

# TE OGH 2025/2/13 9ObA24/24f

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.02.2025

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Mag. Ziegelbauer, den Hofrat Dr. Hargassner und die Hofrätin Mag. Korn sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Elke Wostri (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Sylvia Zechmeister (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Z\*, vertreten durch Haider Obereder Pilz Rechtsanwältl:innen GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei Ö\* Aktiengesellschaft, \*, vertreten durch HALO Hahn Loidolt RechtsanwältlInnen OG in Wien, wegen Kündigungsanfechtung gemäß § 7f BEinstG (Streitwert: 24.000 EUR), über den Rekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 19. Dezember 2023, GZ 9 Ra 56/23f-12, mit dem der Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 20. März 2023, GZ 9 Cga 127/22v-6, Folge gegeben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung denDer Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Mag. Ziegelbauer, den Hofrat Dr. Hargassner und die Hofrätin Mag. Korn sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Elke Wostri (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Sylvia Zechmeister (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Z\*, vertreten durch Haider Obereder Pilz Rechtsanwältl:innen GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei Ö\* Aktiengesellschaft, \*, vertreten durch HALO Hahn Loidolt RechtsanwältlInnen OG in Wien, wegen Kündigungsanfechtung gemäß Paragraph 7 f, BEinstG (Streitwert: 24.000 EUR), über den Rekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 19. Dezember 2023, GZ 9 Ra 56/23f-12, mit dem der Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 20. März 2023, GZ 9 Cga 127/22v-6, Folge gegeben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Rekurs wird zurückgewiesen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 1.569,48 EUR (darin enthalten 261,58 EUR USt) bestimmten Kosten des Rekursverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Begründung:

[1] Der Kläger war bei der Beklagten im Rahmen eines unbefristeten Dienstverhältnisses tätig. Er befand sich ab 17. 8. 2022 aufgrund eines Arbeitsunfalls in Krankenstand. Mit Schreiben vom 29. 9. 2022 kündigte die Beklagte das Dienstverhältnis zum 15. 12. 2022. Aufgrund der beim Unfall erlittenen Verletzung wurde der Kläger am 19. 1. 2023 operiert. Bei der Nachkontrolle zeigten sich weiterhin bestehende Beschwerden.

[2] Der Kläger begehrt, die Kündigung für unwirksam zu erklären. Sie sei iSd § 7b BEinstG diskriminierend, weil sie wegen seines Arbeitsunfalls und der damit einhergehenden, nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung iSd § 3 BEinstG ausgesprochen worden sei. Seine Arbeitsunfähigkeit dauere nach wie vor an. [2] Der Kläger begehrt, die Kündigung für unwirksam zu erklären. Sie sei iSd Paragraph 7 b, BEinstG diskriminierend, weil sie wegen seines Arbeitsunfalls und der damit einhergehenden, nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung iSd Paragraph 3, BEinstG ausgesprochen worden sei. Seine Arbeitsunfähigkeit dauere nach wie vor an.

[3] Die Beklagte bestreitet und bringt vor, für die Kündigung seien weit überdurchschnittliche Krankenstände und im Verhalten bzw in der Person des Klägers gelegene Gründe maßgeblich gewesen. Der Kläger habe in einem Gespräch mit seinem Teamkoordinator klar und deutlich angegeben, dass er nicht abschätzen könne, wann er seinen Dienst wieder antreten könne. Dies habe erkennen lassen, dass er seiner Tätigkeit in absehbarer Zeit nicht werde nachkommen können. Aus diesem Grund sei ihr die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar.

[4] Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es mangle an einem Krankheitsbild, das den Tatbestand des § 3 BEinstG erfülle. Es liege daher weder eine mittelbare noch eine unmittelbare Diskriminierung wegen einer Behinderung vor. [4] Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es mangle an einem Krankheitsbild, das den Tatbestand des Paragraph 3, BEinstG erfülle. Es liege daher weder eine mittelbare noch eine unmittelbare Diskriminierung wegen einer Behinderung vor.

[5] Das Berufungsgericht gab der Berufung der Klägerin gegen diese Entscheidung Folge, hob die erstinstanzliche Entscheidung auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung zurück an das Erstgericht. Es bejahte das Vorliegen eines Begründungsmangels und damit eine primäre Mangelhaftigkeit des erstgerichtlichen Urteils. Weiters könne mangels Feststellungen zu den Kündigungsmotiven der Beklagten nicht beantwortet werden, ob eine unmittelbare Diskriminierung wegen Behinderung iSd § 7c Abs 1 BEinstG vorliege. Für eine solche könne es ausreichen, wenn der Arbeitgeber eine Behinderung nur vermute. [5] Das Berufungsgericht gab der Berufung der Klägerin gegen diese Entscheidung Folge, hob die erstinstanzliche Entscheidung auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung zurück an das Erstgericht. Es bejahte das Vorliegen eines Begründungsmangels und damit eine primäre Mangelhaftigkeit des erstgerichtlichen Urteils. Weiters könne mangels Feststellungen zu den Kündigungsmotiven der Beklagten nicht beantwortet werden, ob eine unmittelbare Diskriminierung wegen Behinderung iSd Paragraph 7 c, Absatz eins, BEinstG vorliege. Für eine solche könne es ausreichen, wenn der Arbeitgeber eine Behinderung nur vermute.

[6] Auch das Vorliegen einer mittelbaren Beendigungsdiskriminierung könne noch nicht beurteilt werden. Das Fehlen näherer Kenntnis der Beklagten über das Krankheitsbild des Klägers schließe die Möglichkeit des Vorliegens einer mittelbaren Diskriminierung nicht aus. Es sei Sache des Klägers, den Zusammenhang zwischen dem zum Anlass zur Kündigung genommenen Krankenstand und einer Behinderung iSd § 3 BEinstG darzutun. Der Beklagten sei die allfällige Entkräftung eines solchen Zusammenhangs, also die Dartuung der Kündigung wegen „schlichter“ Krankenstände, aufgetragen. Dabei seien – entgegen der Entscheidung 9 ObA 36/23v – auch Umstände mitzuberücksichtigen, die sich erst im Laufe des gerichtlichen Verfahrens herausstellten. Es sei daher zu erheben und festzustellen, ob beim Kläger zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung eine die Teilhabe am Arbeitsleben erschwerende Funktionsbeeinträchtigung bestanden habe und ob eine solche auch noch zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung gegeben gewesen sei. Erst dann werde beurteilbar sein, ob der Krankenstand des Klägers im Zusammenhang mit einer Behinderung iSd § 3 BEinstG stehe. [6] Auch das Vorliegen einer mittelbaren Beendigungsdiskriminierung könne noch nicht beurteilt werden. Das Fehlen näherer Kenntnis der Beklagten über das Krankheitsbild des Klägers schließe die Möglichkeit des Vorliegens einer mittelbaren Diskriminierung nicht aus. Es sei Sache des Klägers, den Zusammenhang zwischen dem zum Anlass zur Kündigung genommenen Krankenstand und einer Behinderung iSd Paragraph 3, BEinstG darzutun. Der Beklagten sei die allfällige Entkräftung eines solchen Zusammenhangs, also die Dartuung der Kündigung wegen „schlichter“ Krankenstände, aufgetragen. Dabei seien – entgegen der Entscheidung 9 ObA 36/23v – auch Umstände mitzuberücksichtigen, die sich erst im Laufe des gerichtlichen Verfahrens herausstellten. Es sei daher zu erheben und festzustellen, ob beim Kläger zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung eine die Teilhabe am Arbeitsleben erschwerende Funktionsbeeinträchtigung bestanden habe

und ob eine solche auch noch zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung gegeben gewesen sei. Erst dann werde beurteilbar sein, ob der Krankenstand des Klägers im Zusammenhang mit einer Behinderung iSd Paragraph 3, BEinstG stehe.

[7] Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof wurde vom Berufungsgericht zugelassen, weil das Berufungsgericht von der letzten den verfahrensgegenständlichen Themenkreis berührenden Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zu 9 ObA 36/23v abgewichen sei.

[8] Gegen diese Entscheidung richtet sich der Rekurs des Beklagten mit dem Antrag, das klagsabweisende Ersturteil wieder herzustellen. In eventu wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

[9] Der Kläger beantragt, den Rekurs zurückzuweisen, in eventu ihm nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

[10] Entgegen dem – den Obersten Gerichtshof nicht bindenden (§ 508a Abs 1 ZPO) – Ausspruch des Berufungsgerichts ist der Rekurs mangels einer Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung iSd § 502 Abs 1 ZPO nicht zulässig. [10] Entgegen dem – den Obersten Gerichtshof nicht bindenden (Paragraph 508 a, Absatz eins, ZPO) – Ausspruch des Berufungsgerichts ist der Rekurs mangels einer Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung iSd Paragraph 502, Absatz eins, ZPO nicht zulässig.

[11] 1. Gemäß § 7f Abs 1 BEinstG kann eine Kündigung, wenn das Dienstverhältnis vom Dienstgeber wegen einer Behinderung des Dienstnehmers gekündigt worden ist, bei Gericht angefochten werden. [11] 1. Gemäß Paragraph 7 f, Absatz eins, BEinstG kann eine Kündigung, wenn das Dienstverhältnis vom Dienstgeber wegen einer Behinderung des Dienstnehmers gekündigt worden ist, bei Gericht angefochten werden.

[12] Gemäß § 3 BEinstG ist eine Behinderung die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden körperlichen, geistigen oder psychischen Funktionsbeeinträchtigung oder Beeinträchtigung der Sinnesfunktionen, die geeignet ist, die Teilhabe am Arbeitsleben zu erschweren. Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von mehr als voraussichtlich sechs Monaten. [12] Gemäß Paragraph 3, BEinstG ist eine Behinderung die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden körperlichen, geistigen oder psychischen Funktionsbeeinträchtigung oder Beeinträchtigung der Sinnesfunktionen, die geeignet ist, die Teilhabe am Arbeitsleben zu erschweren. Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von mehr als voraussichtlich sechs Monaten.

[13] 2. Eine unmittelbare Diskriminierung liegt dann vor, wenn eine Person aufgrund einer Behinderung in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde (s § 7c Abs 1 BEinstG). [13] 2. Eine unmittelbare Diskriminierung liegt dann vor, wenn eine Person aufgrund einer Behinderung in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde (s Paragraph 7 c, Absatz eins, BEinstG).

[14] Die Belästigung steht dann mit dem Merkmal „im Zusammenhang“, wenn die konkrete belästigende Verhaltensweise der Tatsache, dass ein geschütztes Merkmal vorliegt, zugerechnet werden kann. Weiters genügt es, wenn das geschützte Merkmal (bzw damit in Verbindung stehende Eigenschaften, Handlungen, Verhaltensweisen oder Zustände) innerhalb eines „Motivbündels“ eine Rolle spielt, also zumindest mitursächlich für die Belästigung ist (vgl RS0124663, RS0124664). [14] Die Belästigung steht dann mit dem Merkmal „im Zusammenhang“, wenn die konkrete belästigende Verhaltensweise der Tatsache, dass ein geschütztes Merkmal vorliegt, zugerechnet werden kann. Weiters genügt es, wenn das geschützte Merkmal (bzw damit in Verbindung stehende Eigenschaften, Handlungen, Verhaltensweisen oder Zustände) innerhalb eines „Motivbündels“ eine Rolle spielt, also zumindest mitursächlich für die Belästigung ist vergleiche RS0124663, RS0124664).

[15] 3. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass zur Beurteilung, ob eine unmittelbare Diskriminierung vorliegt, Feststellungen zum Kündigungsmotiv der Beklagten fehlen. Dabei könne eine Diskriminierung schon dann zu bejahen sein, wenn der Arbeitgeber eine Behinderung nur vermutet. In diesem Zusammenhang hat das Berufungsgericht auch eine primäre Mangelhaftigkeit des erstgerichtlichen Verfahrens bejaht (Begründungsmangel zur Mitteilung einer allfälligen Dauer der Arbeitsunfähigkeit).

[16] Abgesehen davon, dass sich der Rekurs mit dieser Thematik nicht weiter auseinandersetzt, kann der Oberste Gerichtshof, der nicht Tatsacheninstanz ist, dann, wenn das Berufungsgericht der Ansicht ist, dass der Sachverhalt in der von ihm dargestellten Richtung noch nicht genügend geklärt ist, dem nicht entgegenreten (RS0042179).

[17] 4. Eine mittelbare Diskriminierung liegt dann vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sowie Merkmale gestalteter Lebensbereiche Menschen mit Behinderungen gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sowie Merkmale gestalteter Lebensbereiche sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich (§ 7c Abs 2 BEinstG). [17] 4. Eine mittelbare Diskriminierung liegt dann vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sowie Merkmale gestalteter Lebensbereiche Menschen mit Behinderungen gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sowie Merkmale gestalteter Lebensbereiche sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich (Paragraph 7 c, Absatz 2, BEinstG).

[18] Entscheidend ist also die Maßgeblichkeit dieser scheinbar „neutralen“ Kriterien. Aber nicht, ob sich der Entscheidungsträger der typischen Verknüpfung mit dem verpönten Kriterium bewusst ist. Der Umstand, dass der Arbeitgeber nicht in Kenntnis über die beim Arbeitnehmer bestehende Behinderung gewesen sein mag, schließt daher die Möglichkeit einer mittelbaren Diskriminierung nicht schon an sich aus (9 ObA 165/13z).

[19] 5. Die Beklagte selbst geht davon aus, dass der Kläger wegen übermäßiger Krankenstände gekündigt wurde. Mangels Vorbringens zu anderen Krankenständen bezieht sie sich damit offenbar nur auf den aus dem Arbeitsunfall resultierenden Krankenstand.

[20] Eine Kündigung ausschließlich wegen „Fehlzeiten“ wurde in der Rechtsprechung als nicht unmittelbar diskriminierend angesehen. Eine mittelbare Diskriminierung könnte aber etwa vorliegen, wenn Arbeitnehmer mit Behinderung im Vergleich zu solchen ohne Behinderung ohne gerechtfertigtes Ziel und ohne angemessene und erforderliche Mittel in besonderer Weise durch Krankenstände als dem Anschein nach neutrales Kriterium benachteiligt würden. Läuft eine undifferenzierte Berechnung krankheitsbedingter Fehlzeiten eines Arbeitnehmers darauf hinaus, dass Fehlzeiten wegen mit einer Behinderung im Zusammenhang stehenden Krankheit Zeiten allgemeiner „schlichter“ Krankheiten gleichgesetzt werden, so kann dies eine mittelbare Diskriminierung eines Arbeitnehmers bewirken. Ein behinderter Arbeitnehmer hat nämlich aufgrund seiner Behinderung typischerweise ein zusätzliches Risiko von mit seiner Krankheit zusammenhängenden Krankenständen und ist auf diese Weise einem höheren Risiko im Zusammenhang mit der Beendigung seines Dienstverhältnisses ausgesetzt als ein nicht Behinderter (RS0129453; 9 ObA 45/21i, Rz 26). Das Auswahlkriterium einer hohen Fehlzeitenquote innerhalb eines Jahres kann also offenkundig Arbeitnehmer mit Behinderung benachteiligen, wenn die Abwesenheit vom Arbeitsplatz mit der Behinderung zusammenhängt, und so zu einer mittelbar auf der Behinderung beruhenden Ungleichbehandlung führen (EuGH C-397/18 Nobel Plastiques Ibérica SA [Rn 59]).

[21] 6. Von dieser Rechtsauffassung ist auch das Berufungsgericht ausgegangen und hat dem Erstgericht dementsprechend Feststellungen zur Beurteilung der Frage, ob die Krankenstände, auf die sich die Beklagte stützt, auf eine Behinderung zurückzuführen sind, aufgetragen. Diese Entscheidung steht daher in Einklang mit der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs. Der vermeintliche Widerspruch zur Entscheidung 9 ObA 36/23v liegt nicht vor. In dem dort im Rahmen einer außerordentlichen Revision zu beurteilenden Sachverhalt lag – auch unter Berücksichtigung des postoperativen Heilungsverlaufs (9 ObA 36/23v, Rz 13) – zum Zeitpunkt der angeblich diskriminierenden Handlung keine Behinderung vor. Die Frage, ob diese erst im Verfahren „hervorkommt“, war dagegen nicht zu beurteilen.

[22] 7. Soweit die Beklagte darauf verweist, dass das Vorliegen der Behinderung vom Kläger zu beweisen sei und es zu seinen Lasten gehe, wenn eine solche nicht sicher festgestellt werden könne, so übergeht sie dabei, dass zum Vorliegen einer als Behinderung einzustufenden Beeinträchtigung bereits zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung gerade keine Feststellungen getroffen wurden.

[23] 8. Es ist nicht Ziel des Schutzes von Behinderten, arbeitsunfähige Arbeitnehmer in Arbeitsverhältnissen zu halten (vgl 9 ObA 165/13z). Dass beim Kläger, der zum Zeitpunkt der Kündigung einen etwa sechswöchigen Krankenstand aufgrund eines Arbeitsunfalls aufwies, von einer derartigen Arbeitsunfähigkeit auszugehen wäre, behauptet auch die Beklagte nicht. Insoweit ist auf die Argumente, dass „das Arbeitsverhältnis zu behinderten Arbeitnehmern bei langen Krankenständen bis zur Pensionierung nicht aufgelöst werden könnte“, nicht weiter einzugehen. [23] 8. Es ist nicht Ziel des Schutzes von Behinderten, arbeitsunfähige Arbeitnehmer in

Arbeitsverhältnissen zu halten vergleiche 9 ObA 165/13z). Dass beim Kläger, der zum Zeitpunkt der Kündigung einen etwa sechswöchigen Krankenstand aufgrund eines Arbeitsunfalls aufwies, von einer derartigen Arbeitsunfähigkeit auszugehen wäre, behauptet auch die Beklagte nicht. Insoweit ist auf die Argumente, dass „das Arbeitsverhältnis zu behinderten Arbeitnehmern bei langen Krankenständen bis zur Pensionierung nicht aufgelöst werden könnte“, nicht weiter einzugehen.

[24] 9. Insgesamt gelingt es der Beklagten nicht, das Vorliegen einer Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung iSd § 502 Abs 1 ZPO aufzuzeigen. Der Rekurs der Beklagten ist daher zurückzuweisen. Einer weiteren Begründung bedarf diese Zurückweisung nicht (§ 510 Abs 3 Satz 3 ZPO). [24] 9. Insgesamt gelingt es der Beklagten nicht, das Vorliegen einer Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung iSd Paragraph 502, Absatz eins, ZPO aufzuzeigen. Der Rekurs der Beklagten ist daher zurückzuweisen. Einer weiteren Begründung bedarf diese Zurückweisung nicht (Paragraph 510, Absatz 3, Satz 3 ZPO).

[25] 10. Die Kostenentscheidung gründet auf §§ 41, 50 ZPO. Der Kläger hat auf die Unzulässigkeit des Rekurses hingewiesen (RS0123222 [T8]). Da der Kläger im Verfahren erster Instanz entgegen § 56 Abs 2 JN keine ausdrückliche Bewertung vorgenommen hat und die Beklagte dies entgegen § 7 Abs 1 RATG nicht spätestens in der ersten Verhandlung gerügt hat, gilt der Zweifelsstreitwert des § 14 lit a RATG, wovon der Kläger in der Rekursbeantwortung zumindest im Ergebnis (§ 10 Pkt 6a RATG ist nicht anwendbar) zutreffend ausgeht (vgl Obermaier, Kostenhandbuch4, 2.44 mwH in FN 2649). [25] 10. Die Kostenentscheidung gründet auf Paragraphen 41, 50, ZPO. Der Kläger hat auf die Unzulässigkeit des Rekurses hingewiesen (RS0123222 [T8]). Da der Kläger im Verfahren erster Instanz entgegen Paragraph 56, Absatz 2, JN keine ausdrückliche Bewertung vorgenommen hat und die Beklagte dies entgegen Paragraph 7, Absatz eins, RATG nicht spätestens in der ersten Verhandlung gerügt hat, gilt der Zweifelsstreitwert des Paragraph 14, Litera a, RATG, wovon der Kläger in der Rekursbeantwortung zumindest im Ergebnis (Paragraph 10, Pkt 6a RATG ist nicht anwendbar) zutreffend ausgeht vergleiche Obermaier, Kostenhandbuch4, 2.44 mwH in FN 2649).

#### **Textnummer**

E143733

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2025:009OBA00024.24F.0213.000

#### **Im RIS seit**

13.03.2025

#### **Zuletzt aktualisiert am**

13.03.2025

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)