

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Prof. Dr. Spenling als Vorsitzenden, die Hofrätin Dr. Tarmann-Prentner und den Hofrat Dr. Brenn sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Rolf Gleißner und Ing. Thomas Bauer als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei M***** P*****, vertreten durch die Kinberger-Schuberth-Fischer Rechtsanwälte GmbH in Zell am See, gegen die beklagte Partei Land Salzburg, *****, vertreten durch die Loimer Scherzenberger-Preis Rechtsanwältepartnerschaft in Salzburg, wegen 189.304,49 EUR sA und Feststellung (Streitwert 10.000 EUR), über die Revision der klagenden Partei gegen das Teilurteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 27. Mai 2015, GZ 11 Ra 27/15t-50, mit dem das Urteil des Landesgerichts Salzburg als Arbeits- und Sozialgericht vom 27. November 2014, GZ 20 Cga 251/12g-46, teilweise bestätigt wurde, sowie über den Rekurs der klagenden Partei gegen den darin enthaltenen Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichts in nichtöffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

Die Revision und der Rekurs an den Obersten Gerichtshof werden zurückgewiesen.

Die beklagte Partei hat die Kosten ihrer Rechtsmittelbeantwortungen selbst zu tragen.

B e g r ü n d u n g :

Der am 5. 11. 1992 geborene Kläger leidet seit seiner Geburt an einer beinbetonten Tetraparese und ist auf den Rollstuhl angewiesen. Die Fein- und Feinstmotorik ist infolge der Behinderung verlangsamt und eingeschränkt. Der vom Bundessozialamt festgestellte Grad der Behinderung des Klägers beträgt 100 %.

Der Kläger bewarb sich bei der beklagten Partei auf eine Ausbildungsstelle im Lehrberuf Verwaltungsassistent. Am 1. 9. 2008 schloss er mit der beklagten Partei darüber einen dreijährigen Lehrvertrag. Am 9. 8. 2011 bestand der Kläger die Lehrabschlussprüfung. Nach Ablauf der Behaltefrist wurde mit dem Kläger ein auf drei Monate befristetes Dienstverhältnis (bis 13. 2. 2012) abgeschlossen, um ihm Gelegenheit zu geben, sich eine Beschäftigung außerhalb des Landesdienstes zu suchen. In dieser Zeit war er vom Dienst freigestellt.

Im Oktober 2011 bewarb sich der Kläger auf eine interne Stellenausschreibung der beklagten Partei als Sachbearbeiter für die Gruppe Polizei und Verkehr bei der Bezirkshauptmannschaft S*****. Es handelte sich dabei um keine Ausschreibung für begünstigte Behinderte, sondern um

eine „normale“ Stelle für eine C-Fachkraft. Nach Durchführung des üblichen Auswahlverfahrens wurde die Stelle mit einer Mitbewerberin des Klägers besetzt, weil diese 71 Punkte und der Kläger nur 23 Punkte erreicht hatte.

Schon mit Schreiben vom 22. 6. 2011 wurde dem Kläger und allen übrigen vor Abschluss der Lehre stehenden Lehrlingen von der beklagten Partei mitgeteilt, dass für eine dauerhafte Übernahme in den Landesdienst erforderlich sei, dass ein entsprechender freier Dienstposten vorhanden sei, was nicht gesagt werden könne. Die Übernahme in ein unbefristetes Dienstverhältnis wurde dem Kläger nicht zugesagt.

Für das Öffnen der Brandschutztüren in der Bezirkshauptmannschaft bedurfte der Kläger fremder Hilfe, so etwa für den Gang zur Toilette. Es wurde die Möglichkeit geprüft, die Brandschutztüren mit einem automatischen Türöffner zu versehen.

Der Kläger stellte ein Schadenersatzbegehren sowie ein Feststellungsbegehren im Hinblick auf künftige, derzeit nicht vorhersehbare Schäden. Durch die diskriminierende Nichtverlängerung seines Dienstverhältnisses erwachse ihm ein Einkommensverlust von 1.396,91 EUR monatlich. Außerdem habe er als Folge seiner körperlichen Behinderung eine massive psychische Beeinträchtigung erlitten und mache daraus einen angemessenen Betrag von 10.000 EUR geltend. An pauschalen Unkosten begehre er 500 EUR. Das Lehrverhältnis sei darauf angelegt gewesen, unbefristet weitergeführt zu werden. Die Nichtverlängerung sei wegen seiner Behinderung und den damit im Zusammenhang stehenden Friktionen bei den Mitarbeitern der Bezirkshauptmannschaft erfolgt. Dem Kläger hätte auch ein behindertengerechter und barrierefreier

Arbeitsplatz zur Verfügung gestellt werden müssen. Die Umgestaltung der Brandschutztüren wäre nicht unverhältnismäßig gewesen.

Die beklagte Partei entgegnete, dass der Kläger nach Ablauf der Behaltefrist nur auf sein Ersuchen hin drei Monate lang befristet beschäftigt worden sei, um ihm Gelegenheit zu geben, einen anderen Arbeitsplatz zu suchen. Die Umwandlung in ein unbefristetes Dienstverhältnis sei ihm nie zugesagt worden. Die beklagte Partei sei bemüht gewesen, den Kläger bei der Suche nach einer neuen Beschäftigung zu unterstützen. Die Nichtverlängerung des Dienstverhältnisses sei nicht auf die Behinderung des Klägers zurückzuführen. Der Einbau elektrischer Türöffner bei den Brandschutztüren im Gebäude der Bezirkshauptmannschaft sei aus feuerpolizeilichen Gründen nicht zulässig und aufgrund des Gewichts der Türen auch technisch nicht ausführbar gewesen.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren zur Gänze ab. Das befristete Dienstverhältnis des Klägers sei nicht darauf angelegt gewesen, in ein unbefristetes Dienstverhältnis umgewandelt zu werden. Bei der Beendigung des Dienstverhältnisses sei der Kläger nicht wegen seiner Behinderung diskriminiert worden. Auch eine Diskriminierung in den sonstigen Arbeitsbedingungen liege nicht vor, weil die Adaptierung der Brandschutztüren geprüft worden sei. Außerdem sei in § 27 Sbg GIBG das Tatbestandselement „Merkmale gestalteter Lebensbereiche“ unerwähnt geblieben. Aus diesem Grund könnten bauliche Barrieren als faktisch gestalteter Lebensbereich keine mittelbare Diskriminierung begründen.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Klägers teilweise Folge. Mit Teilurteil bestätigte es die abweisende Entscheidung des Erstgerichts betreffend das

Leistungsbegehren über 178.804,49 EUR sA und das Feststellungsbegehren. Im Umfang der Abweisung des Leistungsbegehrens von 10.500 EUR sA hob es das angefochtene Urteil hingegen auf und trug dem Erstgericht darüber die neuerliche Entscheidung nach allfälliger Verfahrensergänzung auf. Das anzuwendende Sbg GIBG weise dieselbe Systematik wie das GIBG und das BEinstG auf. Die Nichtverlängerung eines nicht befristeten Arbeitsverhältnisses betreffe den Diskriminierungsschutz bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Das Lehrverhältnis und das Dienstverhältnis des Klägers seien weder von der rechtlichen Konstruktion her noch aus tatsächlicher Sicht auf die Umwandlung in ein unbefristetes Dienstverhältnis im Sinn des § 18 Abs 2 Sbg GIBG angelegt gewesen. Der Kläger sei auch nicht wegen seiner Behinderung diskriminiert worden. Seine Bewerbung auf den bei der Bezirkshauptmannschaft ausgeschriebenen Posten im Fachdienst „C“ sei aufgrund der besseren Eignung seiner Mitbewerberin nicht erfolgreich gewesen. Das Begehren auf Ersatz des Verdienstentgangs sei daher vom Erstgericht zu Recht abgewiesen worden. Anderes gelte für den Vorwurf der Nichtzurverfügungstellung eines behindertengerechten Arbeitsplatzes. Aus der RL 2000/78/EG sei die Intention erkennbar, die Gleichbehandlung Behinderter auch durch entsprechende Veränderungen an ihrem Arbeitsplatz zu bewirken. Dies beziehe sich vor allem auf die Herstellung von Barrierefreiheit. Da der Kläger für das Öffnen der Brandschutztüren bei jedem Toilettengang auf die Unterstützung eines Mitarbeiters angewiesen gewesen sei, sei er aufgrund seiner Behinderung im Vergleich zu einem gesunden Mitarbeiter nachteilig behandelt worden. Insofern sei ihm die Glaubhaftmachung gelungen, er sei bei den sonstigen Arbeitsbedingungen diskriminiert worden. Die an

sich neutrale Funktionsweise der Brandschutztüren könne eine mittelbare Diskriminierung begründen. Die beklagte Partei habe jedoch eingewendet, dass eine technische Adaptierung der Brandschutztüren nicht möglich sei. Insoweit sei der Sachverhalt aufklärungsbedürftig. Die ordentliche Revision und der Rekurs an den Obersten Gerichtshof seien zulässig, weil zur Auslegung des Sbg GIBG keine höchstgerichtliche Entscheidung vorliege.

Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts richtet sich die ordentliche Revision und - hinsichtlich des Aufhebungsbeschlusses - der Rekurs des Klägers an den Obersten Gerichtshof mit dem primären Antrag, dem Klagebegehren zur Gänze stattzugeben.

Mit ihren Rechtsmittelbeantwortungen beantragt die beklagte Partei, der Revision und dem Rekurs des Klägers keine Folge zu geben.

Entgegen dem - den Obersten Gerichtshof nicht bindenden - Ausspruch des Berufungsgerichts sind Revision und Rekurs an den Obersten Gerichtshof mangels Aufzeigens einer entscheidungsrelevanten Rechtsfrage im Sinn des § 502 Abs 1 ZPO nicht zulässig.

1. Trotz Zulässigerklärung der Revision durch das Berufungsgericht muss im Rechtsmittel eine Rechtsfrage im Sinn des § 502 Abs 1 ZPO aufgezeigt werden. Dass zu einem konkreten Sachverhalt oder einer bestimmten Rechtsgrundlage keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs vorliegt, begründet für sich allein noch keine erhebliche Rechtsfrage. Im Fall der Anwendung bereits vorhandener Rechtsprechungsgrundsätze auf einen konkreten Sachverhalt können nur grobe Subsumtionsfehler der Vorinstanzen eine Anrufung des Obersten Gerichtshofs rechtfertigen (8 Ob 51/12a). Auch in einem für zulässig

erklärten Rekurs gegen einen Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichts muss eine erhebliche Rechtsfrage geltend gemacht werden. Bestehen ausreichende Rechtsprechungsgrundsätze und ist die dem Aufhebungsbeschluss zugrunde liegende Rechtsansicht nicht zu beanstanden, so kann der Oberste Gerichtshof nicht überprüfen, ob sich die vom Berufungsgericht angeordnete Ergänzung des Verfahrens oder der Feststellungen tatsächlich als notwendig erweist (8 ObA 22/12m).

2. Die Beurteilung der Vorinstanzen, dass auf den Anlassfall die Bestimmungen des Salzburger Landesgesetzes über die Gleichbehandlung im Bereich des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände (Sbg GIBG) anzuwenden sind, erweist sich als zutreffend. Das Berufungsgericht hat dazu zutreffend darauf hingewiesen, dass das anzuwendende Landesgesetz die selbe Systematik wie das BEinstG bzw das GIBG aufweist. Der Umstand allein, dass zur Auslegung des Sbg GIBG noch keine höchstgerichtliche Entscheidung vorliegt, begründet keine erhebliche Rechtsfrage.

3.1 Der bestätigende (abweisende) Teil der angefochtenen Entscheidung betrifft das Klagebegehren auf Ersatz des Einkommensverlusts des Klägers. Er bezieht sich somit auf die vom Kläger inkriminierte Nichtverlängerung seines (zuletzt) befristeten Dienstverhältnisses. Der Kläger erachtet sich in dieser Hinsicht als diskriminiert, weil die Nichtverlängerung wegen seiner Behinderung erfolgt sei.

3.2 Der dazu vom Kläger geltend gemachte sekundäre Feststellungsmangel liegt - wie auch schon das Berufungsgericht zutreffend beurteilt hat - nicht vor.

Ein sekundärer Feststellungsmangel ist nicht gegeben, soweit zum fraglichen Thema von den Tatsacheninstanzen ohnehin Feststellungen getroffen wurden

(9 Ob 70/02p; 8 ObA 49/13h). Die Vorinstanzen haben im gegebenen Zusammenhang konkret festgestellt, aus welchen Gründen das befristete Dienstverhältnis des Klägers nicht verlängert bzw nicht in ein unbefristetes Dienstverhältnis umgewandelt wurde.

3.3 Mit der Bezugnahme auf die angebliche Nichtvorlage seines Personalakts durch die beklagte Partei wiederholt der Kläger seine in der Berufung erhobene Mängelrüge betreffend das erstinstanzliche Verfahren.

Ein vom Berufungsgericht verneinter Verfahrensmangel kann im Allgemeinen in der Revision nicht neuerlich geltend gemacht werden (RIS-Justiz RS0042963). Von welcher unrichtigen Rechtsansicht das Berufungsgericht bei Behandlung der Mängelrüge ausgegangen sein soll, lässt sich der Revision nicht schlüssig entnehmen. Die Beweiserleichterung des § 29 Abs 2 Sbg GIBG hat mit der Frage, welche Urkunden zum Personalakt gehören, nichts zu tun. Auf die vom Berufungsgericht ausdrücklich behandelte Frage der Vorlagepflicht nach §§ 303 ff ZPO kommt der Kläger in der Revision nicht zurück. Angemerkt wird, dass der Hinweis in der Revision, die beklagte Partei habe sich bis zuletzt standhaft geweigert, den Personalakt vorzulegen, auch unrichtig ist. Die von der beklagten Partei vorgelegten Urkunden Beilage ./17 bis ./33 betreffen den Personalakt des Klägers.

3.4 Soweit sich der Kläger gegen die Begründung des Berufungsgerichts wendet, der beklagten Partei sei der Gegenbeweis gelungen, dass nicht seine Behinderung für die Nichtverlängerung des befristeten Dienstverhältnisses ausschlaggebend gewesen sei, bekämpft er in Wirklichkeit die Beweiswürdigung, was in dritter Instanz jedoch nicht mehr möglich ist (RIS-Justiz RS0043371).

4.1 Dem Berufungsgericht ist - worauf auch der Kläger hinweist - darin zuzustimmen, dass die Beweiserleichterung nach § 29 Abs 2 Sbg GIBG (inhaltsgleich mit § 20a B-GIBG, § 12 Abs 12 GIBG und § 7p BEinstG) für alle aus dem Landesgesetz zustehenden Ansprüche wegen eines Diskriminierungstatbestands aufgrund eines geschützten Merkmals hier nach der RL 2000/78/EG anzuwenden ist. Beruft sich also der Arbeitnehmer auf einen Diskriminierungstatbestand, so hat er diesen Umstand glaubhaft zu machen. Ob die Glaubhaftmachung, also die Bescheinigung der behaupteten Tatsachen, gelungen ist oder nicht, stellt das Ergebnis richterlicher Beweiswürdigung dar. Gelingt es dem Arbeitnehmer, den Diskriminierungstatbestand glaubhaft zu machen, so kann der Arbeitgeber das Gericht ebenfalls durch Glaubhaftmachung überzeugen, dass bei Abwägung aller Umstände eine höhere Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass ein anderer Grund hier für die Nichtverlängerung des zuletzt befristeten Dienstverhältnisses ausschlaggebend war (8 ObA 62/15y mwN; vgl auch 8 ObA 69/09v).

Das Berufungsgericht ist von diesen Grundsätzen (zum Beweismaß) ausgegangen und hat zutreffend darauf hingewiesen, dass die Frage, ob die Glaubhaftmachung gelungen ist oder nicht, das Ergebnis richterlicher Beweiswürdigung ist (vgl auch 9 ObA 144/14p).

4.2 Nach den Feststellungen hat der Kläger im Auswahlverfahren für eine allgemeine Stelle als C-Fachkraft wesentlich schlechter als seine Mitbewerberin abgeschnitten. Dabei handelt es sich um einen sachlichen Grund. Entgegen der Ansicht des Klägers waren nicht „die Friktionen wegen der erforderlichen besonderen Aufmerksamkeit im

Arbeitsalltag“ für die Nichtverlängerung des befristeten Dienstverhältnisses maßgebend.

4.3 Der Fall, dass ein befristetes, auf die Umwandlung in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis angelegtes Arbeitsverhältnis wegen eines geschützten Merkmals, also diskriminierend, durch Zeitablauf beendet wird, betrifft den Tatbestand der diskriminierenden Beendigung eines Arbeitsverhältnisses (§ 18 Abs 2 Sbg GIBG; § 12 Abs 7 GIBG; § 7f BEinstG; vgl 8 ObA 69/13z; 9 ObA 5/14x; *Brenn in Reissner*, AngG² § 13 Rz 100 f).

Abgesehen davon, dass die Nichtverlängerung des befristeten Dienstverhältnisses des Klägers nicht an seiner Behinderung gescheitert ist, hält er der Beurteilung des Berufungsgerichts, dass sein befristetes Dienstverhältnis weder „von der rechtlichen Konstruktion her“ noch „aus tatsächlicher Sicht“ im Sinn des § 18 Abs 2 Sbg GIBG auf die Umwandlung in ein unbefristetes Dienstverhältnis angelegt gewesen sei, nichts entgegen.

5. Den Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichts zur Frage der Adaptierung der Brandschutztüren im Gebäude der Bezirkshauptmannschaft lässt der Kläger auch inhaltlich unbeanstandet.

Er steht allerdings auf dem Standpunkt, dass der Dienstgeber nach Art 5 der RL 2000/78/EG verpflichtet gewesen sei, ihm eine Arbeitsassistenz zur Unterstützung bei der alltäglichen Arbeit zur Verfügung zu stellen. In Anbetracht der finanziellen „Potenz“ der beklagten Partei sei dies nicht unverhältnismäßig.

Der Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichts bezieht sich auf das Schadenersatzbegehren wegen psychischer Beeinträchtigungen. Der Kläger hat diese Beeinträchtigungen in seinem Vorbringen nicht auf das

Fehlen einer Arbeitsassistenz bezogen. Ungeachtet der Beurteilung der Tauglichkeit dieses Vorbringens zur Begründung des geltend gemachten Anspruchs kann sich der Kläger auf diesen Themenbereich nicht mehr berufen.

Außerdem begründet der Kläger nicht, aufgrund welcher rechtlichen Überlegungen er die Bereitstellung der Arbeitsassistenz auf die beklagte Partei bezieht. Das Erstgericht hat festgestellt, dass Erkundigungen eingeholt worden seien, ob eine Integrationsassistenz tätig werden könne, was wegen des Fehlens eines entsprechenden Projekts im Bundesland Salzburg aber nicht möglich gewesen sei. Das Berufungsgericht führte dazu aus, die beklagte Partei habe nachweisen können, dass eine Arbeitsassistenz wegen des Fehlens eines entsprechenden Projekts im Bundesland Salzburg nicht möglich gewesen sei. Der Kläger legt nun nicht dar, dass er mit dem von ihm verwendeten Begriff der „Arbeitsassistenz“ etwas anderes als die (projektabhängige) Integrationsassistenz im Sinn der angeführten Feststellung meint.

6. Insgesamt gelingt es dem Kläger nicht, mit seinen Ausführungen in der Revision und im Rekurs eine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung aufzuzeigen. Beide Rechtsmittel waren daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 40, 50 ZPO iVm § 2 Abs 1 ASGG. Die beklagte Partei hat auf die Unzulässigkeit der Rechtsmittel nicht hingewiesen (RIS-Justiz RS0035979).

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 25. September 2015
Dr. S p e n l i n g
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: