

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 C\*\*\*\*\* T\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Arnold Trojer, Rechtsanwalt in Dornbirn, gegen die beklagte Partei Marktgemeinde H\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Bertram Grass, Rechtsanwalt in Bregenz, wegen Anfechtung, über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 1. Juli 2015, GZ 13 Ra 10/15s-13, den

### **B e s c h l u s s**

gefasst:

Die außerordentliche Revision wird gemäß § 508a Abs 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen (§ 510 Abs 3 ZPO iVm § 2 Abs 1 ASGG).

### **B e g r ü n d u n g :**

1. Die behauptete Nichtigkeit und der geltend gemachte Verfahrensmangel liegen - wie der Oberste Gerichtshof geprüft hat - nicht vor.

Qualifiziert das Gericht Feststellungen zu einem Themenbereich ausgehend von seiner Rechtsansicht als nicht relevant und nimmt es aus diesem Grund zu diesem Themenbereich keine Beweise auf, so beruht die angebliche Unvollständigkeit der Tatsachengrundlage nicht auf der Verletzung von Verfahrensvorschriften, sondern auf unrichtiger rechtlicher Beurteilung. In einem solchen Fall liegt allenfalls ein der Rechtsrüge zuzuordnender sekundärer Feststellungsmangel vor. Auch dies ist hier nicht der Fall.

2. Die Klägerin steht in der außerordentlichen Revision auf dem Standpunkt, dass bei ihr keine Behinderung im Sinn des BEinstG vorliege und dieses Gesetz daher nicht zur Anwendung gelange. Sie berufe sich auf eine schwere (psychische) Krankheit. Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses während der Probezeit wegen einer schweren Krankheit sei diskriminierend. Die Bestimmung des § 12 Abs 7 GIBG sei analog anzuwenden.

3. Die Anfechtungsregelung nach dem GIBG folgt in ihrer Konzeption der Anfechtung einer verpönten Motivkündigung (9 ObA 81/05k). Beruft sich der Arbeitnehmer auf ein verpöntes Motiv oder 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 dem Arbeitnehmer, das Motiv oder 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 anderes vom Arbeitgeber geltend gemachtes Motiv bzw ein anderer Grund für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses ausschlaggebend war (vgl 8 ObA 59/14f).

Bei großzügiger Auslegung ihres Vorbringens hat die Klägerin in diesem Sinn unter anderem auch behauptet, das Lehrverhältnis sei während der Probezeit wegen ihrer Krankheit aufgelöst worden. So hat sie vorgebracht, dass der Arbeitgeber noch schnell die Notbremse gezogen habe. Wenn eine Schwangerschaft eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstelle, müsse die „Kündigung“ wegen einer schweren Krankheit analog betrachtet werden.

**4.1** Zur Anfechtung der Auflösung eines Probearbeitsverhältnisses wegen einer Schwangerschaft hat der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung 9 ObA 4/05m (vgl auch 9 ObA 81/05k) ausführlich Stellung genommen. Darin wurde ausgeführt:

*„Wenngleich es sich bei der Lösungsmöglichkeit eines Probendienstverhältnisses nach der Rechtsprechung um eine Auflösungsmöglichkeit besonderer Art handelt, die einer Kündigung oder Entlassung oder einem Austritt nicht gleichzuhalten ist, so liegt doch die Beendigung eines bereits begründeten Arbeitsverhältnisses vor. Macht eine Arbeitnehmerin, deren Probendienstverhältnis gerade wegen ihrer Schwangerschaft aufgelöst wurde, die Diskriminierung glaubhaft und gelingt demgegenüber dem beklagten Arbeitgeber nicht der Beweis, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche*

*Behandlung ausschlaggebend war, gilt die Sanktion des § 2a Abs 8 GIBG aF bzw nunmehr des § 12 Abs 7 GIBG.“*

Aus Anlass dieser Entscheidung wurde durch BGBl I 2008/98 die Anfechtung einer diskriminierenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses während der Probezeit ausdrücklich in den Gesetzestext des § 12 Abs 7 GIBG aufgenommen (RV 415 BlgNR 23. GP 6; *Brenn in Reissner, AngG<sup>2</sup> § 19 Rz 100 f*).

**4.2** Es ist somit richtig, dass die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses auch während der Probezeit (auch bei einem Lehrverhältnis während der Probezeit nach § 15 Abs 1 BAG und auch bei einem begünstigten Behinderten während der Probezeit nach § 8 Abs 1 BEinstG) wegen einer Schwangerschaft - oder aber bei Diskriminierung wegen eines sonstigen geschützten Merkmals außer jenem der Behinderung - gemäß § 12 Abs 7 GIBG angefochten werden kann (vgl *Brenn in Reissner aaO § 19 Rz 54 und 100 f*).

**5.1** Die Klägerin ist nicht schwanger, sondern beruft sich auf eine psychische Krankheit.

Dazu entspricht es der Rechtsprechung, dass die Auflösung eines Probearbeitsverhältnisses im Grundsatz jederzeit und insbesondere auch während krankheitsbedingter Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers erfolgen kann. Kennt das Gesetz schon keinen besonderen Kündigungsschutz wegen einer krankheits- oder unfallsbedingten Arbeitsverhinderung, so muss dies umso mehr für die jederzeit mögliche Auflösung während der Probezeit gelten (9 ObA 154/03t; vgl auch 9 ObA 66/14t).

Daraus folgt, dass die Auflösung eines (Probe-)Arbeitsverhältnisses wegen Krankheit grundsätzlich nicht unter den Schutzbereich der RL 2000/78/EG fällt. Auch nach der Rechtsprechung des EuGH kann Krankheit und

Behinderung nicht ohne weiteres miteinander gleichgesetzt werden (EuGH C-335/11, *HK Danmark*, Rn 42 und 73; vgl auch 9 ObA 165/13z). Eine Krankheit allein erfüllt also keinen Diskriminierungstatbestand.

**5.2** Demgegenüber handelt es sich bei einer Behinderung um ein eigenes Schutzziel nach der RL 2000/78/EG, das zu keiner nachteiligen Behandlung führen darf (EuGH C-335/11, *HK Danmark*, Rn 71; 8 ObA 68/13b). Es ist daher auch die Anfechtung der Auflösung eines (Probe-)Arbeitsverhältnisses möglich, wenn die Auflösung wegen einer Behinderung erfolgt (vgl 9 ObA 60/13h; *Brenn* aaO Rz 72).

Dazu entspricht es der Rechtsprechung des EuGH, dass eine heilbare oder unheilbare Krankheit unter den Begriff „Behinderung“ im Sinn der RL 2000/78/EG fallen kann, wenn sie eine Einschränkung mit sich bringt, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betroffenen an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern können, und wenn diese Einschränkung von langer Dauer ist (EuGH C-335/11, *HK Danmark*, Rn 41; C-354/13, *FOA*, Rn 59).

**6.1** Mit Bezug auf den Anlassfall ist nun zu berücksichtigen, dass die Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben für die von Diskriminierung in der Arbeitswelt betroffenen Personenkreise (insbesondere der RL 2006/54/EG und 2000/78/EG) - außer für Menschen mit Behinderung - einerseits im GIBG erfolgte (vgl *Brenn* aaO Rz 100 f). Hinsichtlich des nach der RL 2000/78/EG geschützten Merkmals der Behinderung einer Person erfolgte

die Umsetzung demgegenüber im BEinstG, insbesondere in den §§ 7a bis 7r idF BGBl I 2005/82 (*Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG § 7a BEinstG Rz 1).

Daraus folgt, dass die Anfechtung der Auflösung eines (Probe-)Arbeitsverhältnisses wegen Behinderung nur unter den besonderen verfahrensrechtlichen Kautelen des BEinstG möglich ist. Eine solche Anfechtung lässt das Gesetz nicht nur bei einem begünstigten Behinderten (im Fall einer Kündigung gilt § 7 Abs 3 BEinstG), sondern auch bei einer festgestellten Behinderung von unter 50 % oder einer sonst tatsächlich bestehenden Behinderung im Sinn des § 3 BEinstG zu (§ 7f iVm § 7k BEinstG; *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG § 7f BEinstG Rz 2).

**6.2** Bei der Klägerin handelt es sich um keine begünstigte Behinderte. Das in den genannten Vorschriften vorgesehene obligatorische Schlichtungsverfahren hat sie nicht eingehalten. Dementsprechend gesteht die Klägerin ausdrücklich zu, dass die Voraussetzungen für eine Anfechtung der Auflösung ihres Probearbeitsverhältnisses nach den Bestimmungen des BEinstG nicht erfüllt sind.

Die Berufung der Klägerin auf einen Analogieschluss zu § 12 Abs 7 GIBG ist mangels planwidriger Gesetzeslücke nicht tragfähig (vgl 8 ObA 91/11g; 8 ObA 57/14m). Der Gesetzgeber hat für die Rechtsfolgen bei Auflösung eines (Probe-)Arbeitsverhältnisses wegen einer Behinderung spezielle Regelungen vorgesehen, wobei zwischen § 12 Abs 7 GIBG und § 7f Abs 1 BEinstG eine inhaltliche Übereinstimmung besteht (*Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG § 7f BEinstG Rz 1).

**6.3** Letztlich könnte nur fraglich sein, ob die besonderen verfahrensrechtlichen Kautelen, die für die Anfechtung der Auflösung eines (Probe-)Arbeitsverhältnisses

wegen einer Behinderung eingehalten werden müssen, den unionsrechtlichen Vorgaben entsprechen.

Dies ist zu bejahen. Nach Art 9 Abs 1 der RL 2000/78/EG stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass alle Personen, die sich durch die Nichtanwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in ihren Rechten für verletzt halten, ihre Ansprüche aus dieser Richtlinie auf dem Gerichts- und/oder Verwaltungsweg sowie, wenn die Mitgliedstaaten es für angezeigt halten, in Schlichtungsverfahren geltend machen können, selbst wenn das Verhältnis, während dessen die Diskriminierung vorgekommen sein soll, bereits beendet ist.

Nach dem den Mitgliedstaaten eingeräumten Umsetzungsspielraum kann somit ausdrücklich auch ein Schlichtungsverfahren vorgesehen werden, in dem aufgrund besonderer Sachkunde auf die Erfordernisse etwa bei der Feststellung einer Behinderung in angemessener Weise besonders bedacht werden kann.

7. Insgesamt gelingt es der Klägerin nicht, mit ihren Ausführungen eine erhebliche Rechtsfrage aufzuzeigen.

Die außerordentliche Revision war daher zurückzuweisen.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 29. September 2015  
Dr. S p e n l i n g  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: