

Jasmin Pieper, Wien

# Absentismus und Low Performance bei Behinderung unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung des EuGH

## Einleitung

Wie die Europäische Kommission bereits 2010 festhielt, hat in der EU „jede sechste Person eine leichte bis schwere Behinderung. Das sind 80 Millionen Menschen, die wegen umwelt- und einstellungsbedingter Barrieren häufig an einer vollen Teilhabe an der Gesellschaft und Wirtschaft gehindert werden“ (Kommission, KOM [2010] 636, 3).

Dies zeigt deutlich, wie wichtig die kritische Auseinandersetzung mit der Behindertenpolitik auf (inter-)nationaler Ebene ist, um Menschen mit Behinderung bei der Überwindung der mit ihrer Behinderung verbundenen Hindernisse zu unterstützen. Zwar besteht über die Notwendigkeit des Schutzes vor Diskriminierung aufgrund von Behinderung auch im Berufsleben in den Mitgliedstaaten (MS) ein weitestgehender Konsens, allerdings zeigt dessen Implementierung zum Teil wesentliche Unterschiede auf nationaler Ebene (vgl. Leder 2005, 29).

Mit dem Verstoß gegen dieses Diskriminierungsverbot setzt sich vorliegender Beitrag auseinander, indem er zwei Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), in denen jeweils ein\*e behinderte\*r Arbeitnehmer\*in (AN) aufgrund von langen Krankenständen (Absentismus vom Arbeitsplatz) und/oder einer niedrigen Produktivität und Einsatzmöglichkeit (Low Performance) gekündigt wurde, kritisch untersucht. Rechtsgrundlage war in beiden Entscheidungen das spanische Real Decreto Legislativo (RDL) in seiner aktuellen Fassung.

## Ausgangssachverhalt und Vorlagefragen

### Sachverhalt der Entscheidung C-270/16, Ruiz Conejero

In der ersten Entscheidung wurde Herr Ruiz Conejero (RJ), angestellt bei der Ferroservicios Auxiliares SA, von seinem Arbeitgeber (AG) gekündigt, da er ein hohes Maß an Fehlzeiten aufwies, die den gesetzlichen Tatbestand des Art .52 lit d RDL 1/1995 („Beendigung des Vertrags aus objektiven Gründen“) erfüllten. Hier nach konnte ein Arbeitsvertrag beendet werden

„wegen – gerechtfertigter, aber wiederkehrender – Abwesenheiten vom Arbeitsplatz, die 20 % der Arbeitstage in zwei aufeinanderfolgenden Monaten und insgesamt 5 % in den vorangegangenen zwölf Monaten oder 25 % in vier nicht aufeinanderfolgenden Monaten innerhalb von zwölf Monaten erreichen.“

Nicht als Fehlzeiten im Sinne des (iSd) Artikels galten unter anderen nicht berufsbedingte Krankheiten bei Genehmigung der Abwesenheit durch die Gesundheitsbehörde und einer Dauer von mehr als 20 aufeinanderfolgenden Tagen.

Wie in Abb. 1 ersichtlich, überschritt RJ in den Monaten März und April 2015 die Gesamtdauer der Fehlzeiten, indem er in diesem Zeitraum 20 % der Arbeitstage und insgesamt 5 % in den zwölf vorangegangenen Monaten krankheitsbedingt vom Arbeitsplatz fernblieb (vgl. EuGH C-270/16, Rz 18).

Problematisch ist diesbezüglich jedoch, dass RJ seit dem 15. September 2014 als Behinderter iSd nationalen Rechts qualifiziert wurde. Ihm wurde ein Behinderungsgrad von 37 % attestiert, wovon 32 % auf eine endokrine Stoffwechselerkrankung (Adipositas) sowie eine Funktionseinschränkung

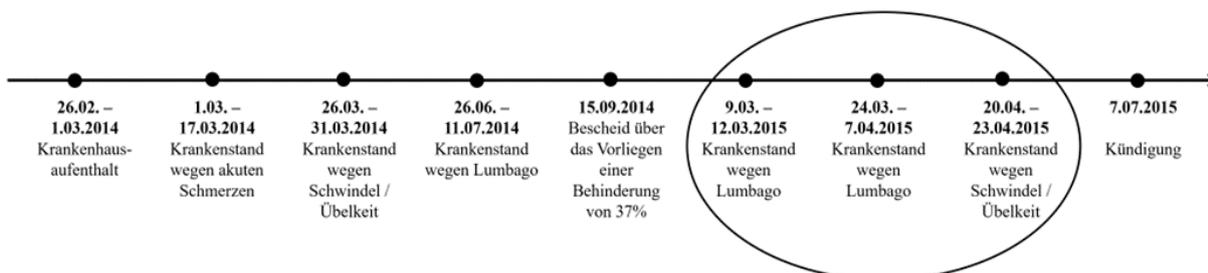


Abb 1: Krankheitsbedingte Fehlzeiten des Herrn Ruiz Conejero (2014 - 2015)

der Wirbelsäule und 5 % auf ergänzende soziale Faktoren entfielen (vgl. ebd. Rz 14). Die häufig mit einer solchen Erkrankung einhergehenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen, wie eine Überlastung von Hüft-, Knie- und Sprunggelenken sowie eine Überstrapazierung der Wirbelsäule, äußerten sich auch in mehrmaligen Krankenständen wegen eines Lumbago (ugs. Hexenschuss). Somit bestand folglich „ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen den Fehlzeiten und seiner Behinderung“, weshalb RJ eine Diskriminierung aufgrund seiner Behinderung beklagte (ebd. Rz 20).

Das spanische Gericht ersuchte den EuGH schließlich um Vorabentscheidung, ob Art. 52 lit d RDL 1/1995 der Richtlinie (RL) 2000/78/EG entgegensteht, wenn ein\*e AN, der/die als behindert iSd RL gilt, aufgrund gerechtfertigter, aber wiederkehrender Fehlzeiten gekündigt werden darf, und wenn die Behinderung Ursache für seine Abwesenheit vom Arbeitsplatz war (vgl. ebd. Rz 24).

### Sachverhalt der Entscheidung C-397/18, *Nobel Plastiques Ibérica SA*

Das zweite Urteil dieses Beitrags befasst sich mit der Kündigung von Frau DW, welche bei der Produktion von Plastikrohren eingesetzt und aufgrund wiederholter krankheitsbedingter Fehlzeiten sowie einer geringeren Produktivität und Einsetzbarkeit gekündigt wurde (vgl. EuGH C-397/18, Rz 17, 26). Das Unternehmen, die Nobel Plastiques Ibérica SA, stützte die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf eigens aufgestellten Kriterien, die eine Kündigung aus sachlichen Gründen rechtfertigen sollten. Hiernach war diese zulässig, wenn die „Zuweisung zu den Prozessen der Montage und Formgebung von Plastikrohren, eine Produktivität von weniger als 95 %, eine geringere vielseitige Einsetzbarkeit an den Arbeitsplätzen des Unternehmens und eine hohe Fehlzeitenquote“ vorlagen (ebd. Rz 24).

Wie Abb. 2 zeigt, litt DW seit September 2011 an einer Epicondylitis (ugs. Tennisarm), welche als Berufskrankheit eingestuft wurde und zu mehreren Krankenständen führte (Seiwerth, GPR 2020, 48). Weiters wies DW wiederholt krank-

heitsbedingte Fehlzeiten wegen Angstzuständen auf und wurde schließlich als „in Bezug auf Berufsrisiken besonders gefährdete Arbeitnehmer [in]“ iSd Art. 25 des Gesetzes 31/1995 qualifiziert. Darüber hinaus suchte DW mehrfach den medizinischen Dienst des Unternehmens auf, da sie über Schmerzen im Ellbogen klagte und begehrte schriftlich die Anpassung ihres Arbeitsplatzes an ihre körperlichen Umstände (vgl. EuGH C-397/18, Rz 21). Nachdem sie aufgrund der Epicondylitis einen Arbeitsunfall erlitt und erneut vorübergehend arbeitsunfähig war, wurde sie als „für ihren Arbeitsplatz oder die Aufgaben der ‚Formgebung durch Dampf‘ für ‚eingeschränkt geeignet‘ erklärt“ (ebd. Rz 23). Sie wurde deshalb bevorzugt zur Arbeit mit kleinen Rohren eingeteilt, um das Gesundheitsrisiko zu reduzieren (ebd.).

Da DW aufgrund ihrer körperlichen Einschränkung lediglich eine Produktivität von 59,82 % und 2016 eine Fehlzeitenquote von 69,55 % aufwies sowie nur noch sehr eingeschränkt einsetzbar war, sprach ihr AG schließlich aufgrund wirtschaftlicher, technischer, produktionsbedingter sowie organisatorischer Gründe die Kündigung aus (vgl. ebd. Rz 25 f). Hierzu wandte die spanische Arbeitsaufsicht jedoch ein, dass das Unternehmen ursächlich für die Erkrankung sei und keine Maßnahmen zur Anpassung des Arbeitsplatzes ergriffen habe (vgl. ebd. Rz 28). Dies könne einen Verstoß gegen Art. 40 RDL 1/2013 darstellen, nach dessen Abs 2 die AG verpflichtet sind,

„geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um den Arbeitsplatz und die Zugänglichkeit des Unternehmens den Erfordernissen jeder konkreten Situation anzupassen, damit Menschen mit Behinderung Zugang zur Beschäftigung erhalten, ihre Arbeit erledigen, beruflich vorankommen und Zugang zur Fortbildung erhalten können, es sei denn, diese Maßnahmen stellen für den Arbeitgeber eine unverhältnismäßige Belastung dar.“



Abb 2: Krankheitsbedingte Fehlzeiten der DW (2011 - 2017)

Das spanische Gericht ersuchte den EuGH um Entscheidung vierer Vorlagefragen, die sich im Kern mit der Auslegung des Behindertenbegriffs iSd RL 2000/78 bezüglich des Terminus „in Bezug auf bestimmte Risiken besonders gefährdete Arbeitnehmer“ sowie der Frage nach einer (un-)mittelbaren Diskriminierung im Sinne von (iSv) Art. 2 Abs 2 RL 2000/78 aufgrund der unternehmensinternen Kündigungskriterien befassten (vgl. ebd. Rz 29).

### Primärrechtliche Vorgaben

Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote finden sich bereits im Primärrecht der EU. Einerseits ist hier der Vertrag von Maastricht vom 7. Februar 1992 hervorzuheben, welcher in seinem Art. 6 den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz verankerte. Er bindet die Organe der EU und nach herrschender Lehre auch die MS, nicht jedoch die Individuen (vgl. Polloczek 2008, 77). Andererseits hat in diesem Kontext vor allem der Vertrag von Amsterdam vom 2. Oktober 1997 eine besondere Bedeutung, da er in ex-Art. 13 Abs 1 EG (seit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon: Art. 19 AEUV) eine Antidiskriminierungsklausel etablierte und als Ermächtigungsgrundlage für die Kommission diente, Antidiskriminierungsrichtlinien wie etwa die RL 2000/78/EG (zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl L 303/16, 1) als Sekundärrecht zu erlassen, welche auch vom EuGH zur Beurteilung der Entscheidungen *Ruiz Conejero* und *Nobel Plastiques Ibérica* herangezogen wurde (vgl. Polloczek 2008, 56, 70).

### Sekundärrechtliche Vorgabe: RL 2000/78/EG

Maßgeblich für die Feststellung einer unzulässigen Diskriminierung ist zunächst, dass der Geltungsbereich der RL in persönlicher und sachlicher Hinsicht eröffnet ist. Wird dies bejaht, ergibt sich aus dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts sowie aus Art. 216 Abs. 2 AEUV, nach welchem die Organe und MS an die von ihnen abgeschlossenen internationalen Übereinkünfte gebunden sind, dass eine unionswidrige nationale Regelung, welche in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt, unangewendet zu lassen ist (vgl. EuGH C-555/07, Rz 54). Eine horizontale Drittwirkung ist hingegen ausgeschlossen; die RL verpflichtet nicht die einzelnen Bürger\*innen, sondern vielmehr die MS selbst, das in der RL vorgegebene Ziel zu erreichen und entsprechende Maßnahmen zu setzen (ebd. Rz 47).

### Geltungsbereich der RL 2000/78/EG

Gemäß (gem) Art. 3 Abs. 1 RL 2000/78 findet diese auf alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen samt öffentlicher Stellen, u. a. in Bezug auf die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Entlassungsbedingungen (lit c), Anwendung. Der sachliche Anwendungsbereich umfasst primär (un)selbstständige berufliche Tätigkeiten, Beschäftigungen in Kleinbetrieben und atypischen Beschäftigungsverhältnissen sowie die Mitgliedschaft in AN- oder AG-Organisationen (vgl. Hießl/Runggaldier 2014, 68; Rabe-Rosendahl 2017, 135; Polloczek 2008, 81).

Sowohl bei RJ als auch bei DW handelt es sich um unselbstständige AN in privaten Arbeitsverhältnissen. In beiden Fällen geht es um die Beendigung des Dienstverhältnisses, sodass sie vom persönlichen und sachlichen Geltungsbereich der RL erfasst sind.

### Der Begriff der „Behinderung“

Weiters muss es sich bei der Krankheit um eine Behinderung iSd RL 2000/78 handeln, damit die Prüfung einer (un)mittelbaren Diskriminierung durchgeführt werden kann. Der Begriff der Behinderung selbst ist jedoch nicht in der RL definiert. Der EuGH betont aber, dass eine autonome Auslegung zu erfolgen hat, um eine einheitliche Anwendung des Unionsrechts sowie des Gleichheitsgrundsatzes zu gewährleisten (vgl. EuGH C-13/05, Rz 40).

Es zeigt sich, dass das Verständnis von „Behinderung“ seit den 1970er Jahren eine prägnante Entwicklung durchlebt hat und sowohl die Europäische Gemeinschaft als auch der EuGH in seiner Rechtsprechung (Rsp.) die Lebenswirklichkeit der Betroffenen stärker zu berücksichtigen versuchen. Während „Behinderung“ mit Bezug zum Berufsleben zunächst als eine

„[a]ngeborene oder erworbene Minderung der körperlichen oder geistigen Leistungsfähigkeit, die sich auf die normalen Tätigkeiten und die Arbeit einer Person dadurch auswirkt, dass ihre Teilnahme am Berufsleben und am Leben der Gesellschaft sowie ihre Fähigkeit zur Benutzung der öffentlichen Dienste beeinträchtigt ist“

verstanden wurde, entwickelte der EuGH in der Folgezeit dieses Verständnis weiter und definierte „Behinderung“ als „Einschränkung [...], die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben bildet (Entschließung des Rates vom 27.6.1974, ABl C 080, 30-32; EuGH C-

13/05, Rz 42).

Überdies wurde festgestellt, dass eine Kündigung allein aufgrund von Krankheit nicht von der RL erfasst sei, da die Begriffe „Krankheit“ und „Behinderung“ nicht ohne Weiteres einander gleichgesetzt werden dürften (vgl. EuGH C-13/05, Rz 44 ff). Vielmehr sei eine Einschränkung der Teilhabe am Berufsleben über einen langen Zeitraum notwendig, sodass kurzfristige Erkrankungen vom Geltungsbereich der RL ausgeschlossen wurden (vgl. ebd.).

Diese Definition der Behinderung erfuhr jedoch durch die kurze Zeit später erlassene UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK, 2006) eine Wandlung. Denn hier wurde bereits in der Präambel unter lit e festgehalten, dass Behinderung kein starres Konstrukt ist, sondern sich das Verständnis stets weiterentwickelt und „aus der Wechselwirkung zwischen Menschen mit Beeinträchtigungen und einstellungs- und umweltbedingten Barrieren entsteht, die sie an der vollen und wirksamen Teilhabe an der Gesellschaft, auf der Grundlage der Gleichberechtigung mit anderen, hindern.“

Dies berücksichtigte der EuGH dann im Jahr 2013 in der Entscheidung *HK Danmark* und rekurrierte auf Art. 1 UN-BRK, indem er festhielt, dass eine (un)heilbare Krankheit eine „Behinderung“ iSd RL 2000/78 darstellen 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 und C-337/11, Rz 41).

Somit wurde die ursprünglich enge Definition der Behinderung ausgeweitet und eine zweistufige Prüfung implementiert, wonach erstens eine individuelle Beeinträchtigung vorliegen und diese zweitens ein dauerhaftes Teilhabehindernis am Berufsleben darstellen muss (vgl. Baumgärtner in Gsell/Krüger/Lorenz [Hrsg], 2020, Rz 134).

### „Behinderung“ iSd spanischen Rechts

Im spanischen Recht lässt sich keine einheitliche Definition des Begriffs der Behinderung vorfinden, jedoch zeigt sich, dass sowohl die körperliche als auch die soziale Beeinträchtigung in verschiedenen Rechtsvorschriften berücksichtigt wird (vgl. Yokota, 2009, 96, 119). In Art. 2 RDL 1/2013 („zur Billigung der Neufassung des allge-

meinen Gesetzes über die Rechte von Menschen mit Behinderung und ihre soziale Eingliederung“) wird Behinderung als

„eine Situation, die sich aus der Wechselwirkung zwischen Menschen mit voraussichtlich dauerhaften Beeinträchtigungen und jeder Art von Barriere ergibt, die ihre volle und wirksame Teilhabe an der Gesellschaft zu gleichen Bedingungen wie andere einschränken oder verhindern“

definiert. Darüber hinaus sind nach Art. 4 RDL 1/2013 unter Menschen mit Behinderung Personen zu verstehen,

„die voraussichtlich dauerhafte körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können“.

Der EuGH weist jedoch darauf hin, dass der Behindertenbegriff einheitlich auszulegen ist, wobei die spanische Definition aber nicht der des EuGH entgegensteht, da auch hier die Beeinträchtigung der sozialen Teilhabe sowie das Element der Dauerhaftigkeit beinhaltet sind.

### Adipositas als „Behinderung“ iSd RL 2000/78/EG

Im Fall *Ruiz Conejero* stand der EuGH nach seiner vorherigen Rsp. nicht mehr vor der Frage, ob eine Krankheit als „Behinderung“ iSd RL 2000/78 angesehen werden kann, sondern musste er vielmehr diskutieren, ob die konkret bei RJ diagnostizierte Adipositas als Behinderung zu werten ist. Während die WHO die Adipositas zwar in der „Internationalen statistischen Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme“ listet, enthalten weder die primär- noch die sekundärrechtlichen Quellen diesbezüglich ein eindeutiges Diskriminierungsverbot (vgl. EuGH C-354/13, Rz 33). Mit Blick auf die Vorjudikatur des EuGH kann jedoch unproblematisch bejaht werden, dass es sich bei Adipositas um eine Behinderung iSd RL 2000/78 handeln kann, sofern sie die og Kriterien erfüllt.

Hervorzuheben ist jedoch, dass die Tatsache, dass RJ als Mensch mit Behinderung iSd spanischen Rechts anerkannt wurde, nicht automatisch bedeutet, dass er auch als Behinderter iSd Unionsrechts gilt (vgl. EuGH C-270/16, Rz 32). Vielmehr müssen die vom EuGH vorausgesetzte Einschränkung der Tätigkeitsausübung sowie eine lange Dauer der Erkrankung vorliegen (vgl. Chlestil, DRdA 2015/73, 81). Eine Entscheidung fällt der EuGH diesbezüglich nicht, sondern ver-

wies dies zur Klärung an das nationale Gericht (vgl. EuGH C-270/16, Rz 33). Aus den Ausführungen im Urteil lässt sich nicht entnehmen, ob es bei RJ zu einer über die krankheitsbedingten Fehlzeiten hinausgehenden Einschränkung kam, die ihn an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben hinderte. Von einer langen Dauer der Erkrankung ist aufgrund der Feststellung der Behinderteneigenschaft durch das Ministerium für Gesundheit und Soziales hingegen auszugehen; ein absehbares Ende der Adipositas wurde nicht bekanntgegeben. Sollte das nationale Gericht folglich bei der Prüfung zu dem Ergebnis gelangen, dass die Erkrankung in einer Tätigkeitsbeeinträchtigung resultierte, würden die kumulativ vorausgesetzten Bedingungen zum Vorliegen einer Behinderung iSd RL 2000/78 gegeben sein und wäre somit eine mögliche Diskriminierung zu untersuchen.

### **Epicondylitis als „Behinderung“ iSd RL 2000/78/EG**

In der Entscheidung *Nobel Plastiques Ibérica* litt die Klägerin DW an Epicondylitis und wurde vom spanischen Gericht als „in Bezug auf Berufsrisiken besonders gefährdete Arbeitnehmer[in]“ iSd Art. 25 des Gesetzes 31/1995 anerkannt (EuGH C-397/18, Rz 20). Fraglich ist aber, ob diese Anerkennung bzw. die Erkrankung an Epicondylitis als Behinderung iSd RL 2000/78 zu werten ist. Diesbezüglich positioniert sich der EuGH insofern, als er äußerte, dass es sich bei DW um eine AN handelt, „die aufgrund einer Krankheit eine Einschränkung ihrer Arbeitsfähigkeit erlitt, die während eines langen Zeitraums zu körperlichen Beeinträchtigungen führte“ (ebd. Rz 47). Somit wendete er seine Definition von „Behinderung“ auf den konkreten Fall an und subsumierte die Epicondylitis als Behinderung iSd RL. Betreffend der Anerkennung als „besonders gefährdete AN“ betonte der EuGH jedoch, dass dieser Begriff nicht mit dem der „Menschen mit Behinderung“ iSd RL gleichzusetzen ist, da die zu erfüllenden Kriterien nicht deckungsgleich sind (vgl. ebd. Rz 49). Vielmehr ist auf die Einschränkung in der Tätigkeit und die Langfristigkeit dieser abzustellen. Dies bejahte der EuGH im vorliegenden Fall jedoch unproblematisch.

### **Diskriminierung wegen einer „Behinderung“ iSd RL 2000/78/EG**

Bejaht man das Vorliegen einer Behinderung iSd RL 2000/78, ist sodann zu prüfen, ob es sich bei der Kündigung der/des AN um eine Diskriminierung aufgrund ihrer/seiner Behinderung handelt. Hierzu ist zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung zu unterscheiden.

Gem. Art. 2 Abs. 2 lit a RL 2000/78

„liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person wegen eines der in Artikel 1 genannten Gründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde“.

Eine mittelbare Diskriminierung liegt nach Art. 2 Abs. 2 lit b RL 2000/78 hingegen vor,

„wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung, einer bestimmten Behinderung, eines bestimmten Alters oder mit einer bestimmten sexuellen Ausrichtung gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können“.

In beiden Entscheidungen verneinte der EuGH das Vorliegen einer unmittelbaren Diskriminierung, da sowohl durch die Kündigungsmöglichkeiten des Art. 52 lit d RDL 1/1995 als auch durch die AG-seitigen Kündigungskriterien Personen mit und ohne Behinderung gleichermaßen betroffen sind, bejahte aber das Bestehen einer mittelbaren Diskriminierung und argumentierte, dass AN „mit Behinderung grundsätzlich einem höheren Risiko als ohne Behinderung ausgesetzt“ sind, zu erkranken und deshalb gekündigt zu werden (EuGH C-270/16, Rz 37 ff; vgl. EuGH C-335/11 und C-337/11, Rz 76; EuGH C-397/18, Rz 57 ff).

Zudem bezog der EuGH in der Entscheidung *Nobel Plastiques Ibérica* zum Kriterium „Low Performance“ Stellung, indem er betonte, dass behinderte AN aufgrund der Fähigkeitseinschränkung „grundsätzlich weniger wahrscheinlich gute Ergebnisse erzielen“ als ohne Behinderung, sodass bei ihnen eher mit einer geringeren Produktivität und Einsetzbarkeit zu rechnen ist, welche für das Unternehmen jedoch ausschlaggebende Faktoren für die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses darstellen (EuGH C-397/18, Rz 60).

Somit liegt in beiden Entscheidungen eine mittelbare Diskriminierung aufgrund von Behinderung vor, welche jedoch gem. Art. 2 Abs. 2 RL 2000/78 gerechtfertigt sein kann.

### **Rechtfertigung gem. Art. 2 Abs. 2 lit b i RL 2000/78/EG**

Gem. Art. 2 Abs. 2 lit b i RL 2000/78 ist eine mittelbare Diskriminierung gerechtfertigt, wenn die Vorschriften, Kriterien oder Verfahren ein rechtmäßiges Ziel verfolgen, „und die Mittel [...] zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich“ sind.

Da die Diskriminierung in der Entscheidung *Ruiz*

*Conejero* durch Art. 52 lit d RDL 1/1995 (als Rechtsvorschrift) ausgelöst wurde, kommt hier eine Rechtfertigung aufgrund von Art. 2 Abs. 2 lit b i RL 2000/78 in Betracht.

Als mit der Norm verfolgtes Ziel führt die spanische Regierung an, dass sie „Absentismus am Arbeitsplatz, der sich in krankheitsbedingter unregelmäßiger und kurzzeitiger Abwesenheit vom Arbeitsplatz äußere“ bekämpfen wolle, um eine starke finanzielle Belastung der Unternehmen zu verhindern (EuGH C-270/16, Rz 41). Weiters argumentiert sie, dass die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall die AG (sehr) belaste, da sie für die ersten 15 Tage des Krankenstandes die Arbeitnehmerkosten selbst tragen müssen und erst ab dem 16. Tag Leistungen von der Allgemeinen Sozialversicherungskasse erstattet bekommen. Zudem müssten die AG nicht erstattungsfähige, mittelbare Kosten aufwenden, um ggf. Vertretungskräfte zu engagieren (vgl. ebd. Rz 42).

Dem EuGH steht bei der Feststellung eines legitimen Ziels ein weiter Wertungsspielraum offen (vgl. Windisch-Graetz/Bertsch, DRdA 2019/380, 43). Im vorliegenden Fall sah er im Kampf gegen Absentismus am Arbeitsplatz aufgrund seines beschäftigungspolitischen Charakters ein sachlich gerechtfertigtes Ziel iSd RL (vgl. EuGH C-270/16, Rz 44). Damit ist die Rechtfertigungsprüfung jedoch noch nicht abgeschlossen, sondern ist vielmehr zu untersuchen, ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eingehalten wurde, spricht die eingesetzten Mittel angemessen sind und nicht über das Erforderliche hinausgehen (vgl. ebd. Rz 45). Hierbei sind sowohl AN- als auch AG-seitige Faktoren zu berücksichtigen.

Auf der Seite des Unternehmens sind die (un-)mittelbaren Kosten, welche durch den Absentismus vom Arbeitsplatz entstehen, sowie die ggf. nicht erfüllte Arbeit zu beachten (vgl. ebd.).

Betreffend die AN ist zu bedenken, dass jene mit Behinderung zum einen einem größeren Risiko ausgesetzt sind, aufgrund ihrer Behinderung krankheitsbedingte Fehlzeiten anzusammeln, sowie zum anderen größere Schwierigkeiten bei der Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt nach erfolgter Kündigung haben (vgl. ebd.). Hierzu führte die spanische Regierung allerdings an, dass sie in Art. 52 lit d RDL 1/1995 „einen Ausgleich zwischen den Interessen der Unternehmen und dem Schutz und der Sicherheit“ der AN schaffen wollte, indem sie einen Katalog an Gründen festlegte, welche nicht als Fehlzeiten iSd Gesetzes anzusehen sind (ebd. Rz 53). Dazu zählen u. a. eine „nicht berufsbedingte Krankheit [...] bei Genehmigung der Abwesenheit durch die Gesundheitsbehörde und einer Dauer von mehr als 20 aufeinanderfolgenden Tagen“ sowie schwere Erkrankungen und Krebs (ebd. Rz 9). Problema-

tisch ist jedoch, dass Krankenstände von weniger als 20 Tagen nicht unter den Schutz dieses Katalogs fallen, sondern in die Berechnung der krankheitsbedingten Fehlzeiten einfließen. Berücksichtigt wird folglich nicht, dass AN aufgrund derselben Krankheit mehrmals fehlen können, durch die Unterbrechung der Krankenstände jedoch zT nicht die 20-Tages-Grenze überschreiten und so selbst bei Vorliegen eines dauerhaften pathologischen Zustandes gekündigt werden können (vgl. Hofedank in Deutsch-Spanische Juristenvereinigung [Hrsg], 2009, 68). Die spanische Regierung erließ zwar ergänzend Art. 40 des RDL 1/2013, welcher „Maßnahmen zur Verhinderung oder zum Ausgleich durch die Behinderung bedingter Nachteile“ gewährleisten soll, indem er u. a. die AG verpflichtet, „geeignete Maßnahmen zu ergreifen, [...] damit Menschen mit Behinderung Zugang zur Beschäftigung erhalten, ihre Arbeit erledigen, beruflich vorankommen und Zugang zur Fortbildung erhalten können“, dies schützt dennoch nicht alle AN mit Behinderung vor einer Kündigung aufgrund krankheitsbedingter Fehlzeiten, welche durch Art. 52 lit d RDL 1/1995 möglich ist.

Der EuGH überlies die Entscheidung betreffend der Frage, ob Art. 52 lit d RDL 1/1995 „unter Verfolgung des legitimen Ziels der Bekämpfung von Absentismus nicht über das zu dessen Erreichung Erforderliche“ hinausgehe, dem vorlegenden Gericht (EuGH C-270/16, Rz 57).

### **Rechtfertigung gem. Art. 2 Abs. 2 lit b ii RL 2000/78/EG**

Gem. Art. 2 Abs. 2 lit b ii RL 2000/78 ist bei Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung der AG

„im Falle von Personen mit einer bestimmten Behinderung aufgrund des einzelstaatlichen Rechts verpflichtet, geeignete Maßnahmen entsprechend den in Artikel 5 enthaltenen Grundsätzen vorzusehen, um die sich durch diese Vorschrift, dieses Kriterium oder dieses Verfahren ergebenden Nachteile zu beseitigen.“

Da die Diskriminierung in der Entscheidung *Nobel Plastiques Ibérica* auf unternehmensinternen Kündigungskriterien beruhte, hatte sich der EuGH hier erstmalig mit der Frage nach angemessenen Vorkehrungen auseinanderzusetzen (vgl. Schmitz, NZA-RR 2020, 283). Was als solche zu qualifizieren ist, führt der 20. Erwägungsgrund (ErwGr) der RL beispielhaft an. Demnach sind „wirksame und praktikable Maßnahmen“ zu treffen, „um den Arbeitsplatz der Behinderung entsprechend einzurichten, z.B. durch eine entsprechende Gestaltung der Räumlichkeiten oder

eine Anpassung des Arbeitsgeräts, des Arbeitsrhythmus, der Aufgabenverteilung oder des Angebots an Ausbildungs- und Einarbeitungsmaßnahmen.“ Eine konkrete Definition liefert die RL jedoch nicht und auch die Begriffsbestimmung in Art. 2 Abs. 4 UN-BRK, wonach darunter

„notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen und die, wenn sie in einem bestimmten Fall erforderlich sind, vorgenommen werden, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen oder ausüben können“

zu verstehen sind, lässt den MS sowie dem EuGH einen weiten Spielraum bei der Auslegung offen (Mair, *Wirtschaftsrechtliche Blätter* 214/28[10], 545).

Als Grenze der für den AG zumutbaren Vorkehrungen führt der 21. ErwGr der RL an, dass die Maßnahmen den AG nicht übermäßig belasten sollten, wobei vor allem der finanzielle Aufwand für das Unternehmen sowie die Verfügbarkeit staatlicher Unterstützung berücksichtigt werden sollen.

Im vorliegenden Fall ist deshalb zu prüfen, ob die Nobel Plásticos Ibérica erforderliche Maßnahmen zum Schutz und zur Integration der AN mit Behinderung geschaffen hat und es ihr dennoch nicht zumutbar war, AN mit einer hohen Fehlzeitenquote und/oder niedriger Leistungserbringung weiterhin zu beschäftigen. Es gilt jedoch zu beachten, dass das Unterlassen einer solchen Maßnahme bereits eine verbotene Diskriminierung aufgrund einer Behinderung darstellt, sodass sich der AG hier im Zugzwang befindet (vgl. Brose, *EuZA* 2020, 162).

Betreffend DW hat das Unternehmen sie nach Begehren einer Arbeitsplatzanpassung an die körperlichen Umstände bevorzugt der Arbeit mit kleinen Rohren zugeteilt, sodass das Gesundheitsrisiko reduziert wurde (vgl. *EuGH* C-397/18, Rz 23). Dem setzte die spanische Arbeitsaufsicht jedoch entgegen, dass die ergonomischen Risiken, die mit der Arbeit verbunden waren, erst die Erkrankung hervorgerufen und sich die Arbeitsbedingungen nach Bekanntwerden der Epicondylitis nicht verändert hätten (vgl. ebd. Rz 28). Hier überlies der EuGH die Entscheidung, ob angemessene Vorkehrungen getroffen wurden, dem vorlegenden Gericht (vgl. ebd. Rz 69).

Entscheidend ist, dass die Vorkehrungen darin resultieren, dass die Behinderung keine negativen Auswirkungen mehr auf die Produktivität, Einsetzbarkeit und Fehlzeitenquote der/des AN hat (vgl. Schmitz, *NZA-RR* 2020, 284). Es sind

jedoch immer die wechselseitigen Interessen abzuwägen, in welche sowohl die Möglichkeit bestimmter Vorkehrungen und die damit verbundene finanzielle Belastung für den AG sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses, die „Dringlichkeit“ der Maßnahme und damit die Schwere der Teilhabebeeinträchtigung“ auf AN-Seite miteinzubeziehen sind (Auer-Mayer, *DRdA* 2018[3], 186). Dies kann aber nur vom spanischen Gericht geprüft werden, da dem EuGH hierzu die Informationen fehlen (vgl. Brose, *EuZA* 2020, 165).

Darüber hinaus hielt der EuGH in seiner Rsp. bereits fest, dass auch eine Arbeitszeitverkürzung als angemessene Maßnahme iSd RL angesehen werden kann, was im vorliegenden Fall bereits ein Mal geschah (vgl. *EuGH* C-335/11 und C-337/11, Rz 56). Diese Verringerung fand jedoch vor Bekanntwerden der Behinderung statt, sodass dies wohl nicht als Maßnahme iSd Art. 5 RL 2000/78 gewertet werden kann.

Voraussetzung ist aber, dass der behinderte AN prinzipiell noch fähig ist, seine Tätigkeit auszuführen, ansonsten entfällt die Verpflichtung des AG, angemessene Maßnahmen zu treffen (vgl. 17. ErwGR der RL). Die grundsätzliche Fähigkeit DWs, die Aufgaben des Unternehmens auszuführen, kann der EuGH aufgrund fehlender Informationen nicht beurteilen. Zu betonen ist aber, dass das Anbieten eines anderen Arbeitsplatzes als angemessene Vorkehrung iSd RL gewertet wird, solange hierfür nicht „zusätzliche Arbeitsplätze geschaffen oder andere AN gekündigt werden müssten“ (Windisch-Graetz, *DRdA* 2014/2, 36). Ob bei der Nobel Plásticos Ibérica die Möglichkeit bestand, DW auf einen anderen Arbeitsplatz zu verweisen, ist ebenfalls vom vorlegenden Gericht zu prüfen.

## Diskussion und Ausblick

In beiden Entscheidungen überließ es der EuGH dem vorlegenden Gericht, zu prüfen, ob hinsichtlich der mittelbaren Diskriminierung einerseits ein legitimes Ziel verfolgt sowie andererseits erforderliche und angemessene Vorkehrungen durch den AG getroffen wurden. Problematisch ist diesbezüglich aber, dass der EuGH einige signifikante Punkte nicht (hinreichend) thematisierte, die meines Erachtens (mE) für den Sachverhalt und die Rechtsfolgen relevant gewesen wären.

Betreffend die Entscheidung *Ruiz Conejero* übergang der EuGH die Tatsache, dass der Kläger freiwillig auf regelmäßige ärztliche Untersuchungen verzichtete (vgl. *EuGH* C-270/16, Rz 21). Die RL stipuliert zwar keine Pflicht für AN, regelmäßig einen Arzt aufzusuchen, sondern setzt lediglich

das Vorliegen einer Behinderung voraus (vgl. Burger, 2013, 218). Dennoch ist fraglich, ob dieser Faktor nicht berücksichtigt werden müsste, da auf Basis der derzeitigen diagnostischen und therapeutischen Möglichkeiten bei Einhaltung der Arztbesuche eine Besserung der Symptomatik zumindest bei einem Teil der Erkrankten vorstellbar wäre (vgl. Barmherzige Schwestern Krankenhaus Wien 2021, bhswien.at). Dies zu prüfen, obläge im konkreten Fall einem Arzt und der anschließenden Würdigung des Gerichts. Da in dieser Entscheidung aber keine angemessenen Vorkehrungen vom AG erwartet werden, ist hierzu eine Stellungnahme verzichtbar. Mit Blick auf das große Ganze ist diese Frage aber meiner Meinung nach von höchster Relevanz, da aus der Behinderung einer/eines AN AG-Pflichten erwachsen, die möglicherweise durch Aktivwerden der/des AN vermindert bzw. obsolet werden könnten.

Ein weiterer Aspekt, den der EuGH m.E. nicht ausreichend thematisierte, ist die Tatsache, dass der AG nichts von der Behinderung des RJ wusste (vgl. EuGH C-270/16, Rz 21). Das spanische Gericht führte hierzu zwar aus, dass Art. 52 lit d RDL 1/1995 unabhängig davon, ob der AG von der Behinderung weiß, Anwendung findet, solange die gesetzliche Fehlzeitenquote erreicht ist (vgl. ebd. Rz 22). Fraglich ist jedoch, wie der AG angemessene Vorkehrungen treffen soll, wenn er sich in Unkenntnis über den Gesundheitszustand des AN befindet. Die RL stipuliert auch keine Verpflichtung zur Nachfrage des AG oder zur Offenlegung seiner Behinderung durch den AN (vgl. Brose, EuZA 2020, 167). Auch aus dem Wortlaut der RL geht keine solche Verpflichtung hervor, sodass erneut nur auf das Vorliegen einer Behinderung abgestellt wird. Da auch diesbezüglich die Rechtfertigung auf das legitime Ziel der gesetzlichen Regelung abstellt, ist die Beantwortung dieser Frage im konkreten Fall nicht von großer Bedeutung. Bezogen aber auf die Rsp. des EuGH und die Konkretisierung des – z.T. sehr vage formulierten – Unionsrechts, wäre eine Stellungnahme des EuGH bzgl. der (Un-)Kenntnis des AG von einer Behinderung jedoch wünschenswert.

Setzt man sich mit der Entscheidung *Nobel Plastiques Ibérica* genauer auseinander, so scheinen auch hier einige Schwächen in der Rsp. des EuGH auf. Meiner Meinung nach ist besonders problematisch, dass der EuGH nur eine ungefähre Orientierung vorgibt, wie die berufliche Integration behinderter AN vorstattengehen soll. Es fehlt an einer inhaltlichen Konkretisierung angemessener Vorkehrungen, inwieweit und mit welchen Mitteln die AG erforderliche Maßnahmen umsetzen sollen/können (vgl. ebd. 166). Während es hier die Nobel Plastiques Ibérica als

ausreichend ansah, DW vornehmlich auf Arbeitsplätze zu verweisen, an denen sie mit kleinen Rohren hantierte, wurde m.E. zu wenig berücksichtigt, welche anderen Möglichkeiten dem Unternehmen offen gestanden hätten, DWs Absentismus und „Low Performance“ entgegenzuwirken und sie in der Arbeit mit einer Behinderung zu unterstützen. Es wurde vor allem der sozialen Gestaltungspflicht des AG zu wenig Beachtung geschenkt, insbes. wenn man bedenkt, dass die Behinderung ihren Ursprung in der Arbeit für das Unternehmen hatte (vgl. Mair, Wirtschaftsrechtliche Blätter 2014/28, 550). Zwar ist der Wortlaut der RL deshalb so weit gewählt, um im Einzelfall eine möglichst effektive und der Behinderung gerechte Maßnahme setzen zu können, jedoch lässt sich auch in der Literatur eine gewisse Unzufriedenheit betreffend die Unklarheit dieser Begrifflichkeit wahrnehmen, sodass m.E. eine weiterführende Rsp. des EuGH hierzu willkommen wäre (vgl. Windisch-Graetz, DRdA 2014/2, 35); Brose, EuZA 2020, 176).

Schließlich ist die Rsp. des EuGH verwunderlich betreffend die Tatsache, dass die Nobel Plastiques Ibérica Auslöser der Behinderung (als Berufskrankheit) und des späteren Arbeitsunfalls war, da der Gerichtshof diesen Aspekt – vor allem mit Hinblick auf den AN-Schutz – gänzlich unbeachtet lässt. Hierzu wäre eine Stellungnahme dringend notwendig gewesen, da die Tätigkeit für das Unternehmen zuerst zu einer gesundheitlichen Einschränkung der AN führte, welche sich – selbstredend – auch in ihrer Fehlzeitenquote und der niedrigen Produktivität widerspiegelte, und schließlich in einer Kündigung aufgrund unternehmensinterner Kriterien resultierte. Behält man hier die Fürsorgepflicht des AG im Hinterkopf, so ist insbes. im Hinblick auf die Prüfung der angemessenen Maßnahmen dieser Faktor zu berücksichtigen und hätte die Nobel Plastiques Ibérica weitere Anstrengungen unternehmen müssen, um die Barrieren aufgrund der Behinderung zu beseitigen und DW die volle Teilhabe am Berufsleben zu ermöglichen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der EuGH zwar seine bisherige Rsp. zur Auslegung des Behindertenbegriffs auch in Bezug auf Krankheiten weiter festigte und in der Entscheidung *Nobel Plastiques Ibérica* erstmals einen Impuls zur Auseinandersetzung mit angemessenen Maßnahmen iSd Art. 5 RL 2000/78 setzte. Jedoch blieben einige Fragen unbeantwortet, die in der Entscheidung *Ruiz Conejero* zwar nicht ausschlaggebend, hinsichtlich *Nobel Plastiques Ibérica* jedoch von großer Bedeutung gewesen wären. Es zeigt sich deshalb, dass vor allem in der Rsp. betreffend Behinderung noch Luft nach oben besteht, um die zentrale Zielsetzung der

(inter-)nationalen Behindertenpolitik, nämlich die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung am Arbeitsmarkt, zu erreichen.

### Literaturverzeichnis

- Auer-Mayer*, Behinderung und Arbeitsrecht, DRdA 2018(3), 183.
- Barmherzige Schwestern Krankenhaus Wien*, Zentrum für Adipositas Therapie, bhs-wien.at (Stand 2.2.2021).
- Baumgärtner* in *Gsell/Krüger/Lorenz* (Hrsg), AGG § 1 Ziel des Gesetzes Rz 131-140.2 (Stand 1.9.2020, beck.online).
- Brose*, Die Arbeitgeberpflichten bei der Beschäftigung von Menschen mit Behinderung nach Art. 5 Richtlinie 2000/78/EG, [EuZA 2020.157](#).
- Burger*, Der Schutz gesundheitsbezogener Beschäftigtendaten (2013).
- Chlestil*, Adipositas des Arbeitnehmers – Vorliegen einer „Behinderung“ iSd RL 2000/78/EG, DRdA 2015/73, 80.
- Hießl/Runggaldier*, Grundzüge des europäischen Arbeits- und Sozialrechts<sup>4</sup> (2014).
- Hofedank*, Arbeitsmarkt und Kündigungsschutz in Spanien, in *Deutsch-Spanische Juristenvereinigung* (Hrsg), Schriften der Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung (2009).
- Leder*, Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung (2005).
- Mair*, Krankheit als Behinderung, Wirtschaftsrechtliche Blätter 2014/28(10), 541.
- Mitteilung der Europäischen Kommission über die Europäische Strategie zugunsten von Menschen mit Behinderungen 2010-2020: Erneuerter Engagement für ein barrierefreies Europa, KOM(2010) 636.
- Polloczek*, Altersdiskriminierung im Licht des Europarechts (2008).
- Rabe-Rosendahl*, Angemessene Vorkehrungen für behinderte Menschen im Arbeitsrecht. Artikel 5 der Richtlinie 2000/78/EG und seine Umsetzung in Deutschland und Großbritannien (2017).
- Schmitz*, Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2019, NZA-RR 2020, 283.
- Seiwerth*, Diskriminierung bei der Kündigung von Menschen mit Behinderung und die Vornahme von „angemessenen Vorkehrungen“ i.S.v. Art. 5 RL 2000/78/EG, GPR 2020, 48.
- Windisch-Graetz*, Begriff der Behinderung und

zumutbare Maßnahmen, DRdA 2014/2, 30.

*Windisch-Graetz/Bertsch*, Diskriminierungsschutz wegen Behinderung bei längeren Krankenständen, DRdA 2019/380, 39.

*Yokota*, [Beschäftigungsförderung behinderter Menschen nach spanischem Recht: Darstellung eines fortschrittlichen Prozesses unter Einbeziehung der Richtlinie 2000/78/EG \(2009\)](#).

### Judikaturverzeichnis

- EuGH C-13/05, *Chacón Navas*, ECLI:EU:C:2006:456.
- EuGH C-555/07, *Kücükdeveci*, ECLI:EU:C:2010:21.
- EuGH C-335/11 und C-337/11, *HK Danmark*, ECLI:EU:C:2013:222.
- EuGH C-354/13, *FOA*, ECLI:EU:C:2014:2463.
- EuGH C-270/16, *Ruiz Conejero*, ECLI:EU:2018:17.
- EuGH C-397/18, *Nobel Plastiques Ibérica*, ECLI:EU:C:2019:703.

**JASMIN PIEPER IST IN DEUTSCHLAND AUFGEWACHSEN UND HAT BEREITS IN NEUSEELAND UND AUSTRALIEN GELEBT, BIS SIE 2019 NACH ABSCHLUSS IHRES BA (LEHRAMT) IN DEUTSCH UND ENGLISCH NACH WIEN GEZOGEN IST. SIE STUDIERT RECHTSWISSENSCHAFTEN, IST ALS STUDIENASSISTENTIN TÄTIG UND BESCHÄFTIGT SICH VERTIEFEND MIT EUROPA- UND ARBEITSRECHT.**