Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN
JULIANE KOKOTT
vom 6. Dezember 2012 [1]

Verbundene Rechtssachen C-335/11 und C-337/11

HK Danmark, handelnd für Jette Ring
gegen
Dansk Almennyttigt Boligselskab DAB
und
HK Danmark, handelnd für Lone Skouboe Werge
gegen
Pro Display A/S in Konkurs

(Vorabentscheidungsersuchen des Sø- og Handelsret [Dänemark])

„Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf — Richtlinie 2000/78/EG — Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung — Begriff der Behinderung — Abgrenzung Krankheit und Behinderung — Angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung — Mittelbare Diskriminierung — Rechtfertigung“

I – Einleitung

1. Wann liegt eine Behinderung im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf [2] vor, und wie ist der Begriff der Behinderung von dem der Krankheit abzugrenzen? Diese Frage steht im Mittelpunkt der vorliegenden Vorabentscheidungsverfahren. Der Gerichtshof ist somit aufgerufen, seine in der Rechtssache Chacón Navas [3] erarbeitete Definition des Behinderungsbegriffs zu präzisieren.

2. Darüber hinaus geht es darum, was unter angemessenen Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung zu verstehen ist, die der Arbeitgeber nach Art. 5 der Richtlinie 2000/78 zu ergreifen hat. Schließlich fragt das vorlegende Gericht danach, ob eine wegen Krankheitsfehlzeiten verkürzte Kündigungsfrist eine Diskriminierung wegen einer Behinderung darstellen kann.

1 — Originalsprache: Deutsch.

2 — Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. L 303, S. 16, im Folgenden: Richtlinie 2000/78.

3 — Urteil vom 11. Juli 2006, Chacón Navas (C-13/05, Slg. 2006, I-6467).

II – Rechtlicher Rahmen

A – *Völkerrecht*

3. In dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen[4] heißt es in der Präambel, Buchst. e: „in der Erkenntnis, dass das Verständnis von Behinderung sich ständig weiterentwickelt und dass Behinderung aus der Wechselwirkung zwischen Menschen mit Beeinträchtigungen und einstellungs- und umweltbedingten Barrieren entsteht, die sie an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern".

4. Art. 1 Abs. 2 des Übereinkommens enthält folgende Begriffsbestimmung:

„Zu den Menschen mit Behinderungen zählen Menschen, die langfristige 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."

B – *Unionsrecht*

5. Der 20. Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/78 bestimmt:

„Es sollten geeignete Maßnahmen vorgesehen werden, d. h. wirksame und praktikable Maßnahmen, 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."

6. Gemäß Art. 2 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2000/78 liegt eine mittelbare Diskriminierung 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, es sei denn:

i) diese Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich, oder

…"

7. Art. 5 der Richtlinie 2000/78 sieht unter der Überschrift „Angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung" Folgendes vor:

„Um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behinderung zu gewährleisten, sind angemessene Vorkehrungen zu treffen. Das bedeutet, dass der Arbeitgeber die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen ergreift, um den Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen, es sei denn, diese Maßnahmen würden den Arbeitgeber unverhältnismäßig belasten. Diese Belastung ist nicht unverhältnismäßig, wenn sie durch geltende Maßnahmen im Rahmen der Behindertenpolitik des Mitgliedstaates ausreichend kompensiert wird."

4 — Ratifiziert von der Europäischen Union am 23. Dezember 2010; im Folgenden: UN-Übereinkommen. Siehe Beschluss des Rates 2010/48/EG vom 26. November 2009 über den Abschluss des Übereinkommens, ABl. 2010, L 23, S. 35.

C – *Nationales Recht*

8. Die Umsetzung der Richtlinie 2000/78 in das dänische Recht ist durch das Forskelsbehandlingslov [5] erfolgt. Nach § 7 dieses Gesetzes besteht die Möglichkeit, bei Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot oder Unterlassung der erforderlichen Maßnahmen durch den Arbeitgeber Schadensersatz geltend zu machen.

9. Das Funktionærlov [6] regelt die rechtliche Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer/Angestelltem.

10. § 5 FL Abs. 2 enthält eine besondere Bestimmung zur Kündigung eines Arbeitsverhältnisses wegen Krankheit des Arbeitnehmers und bestimmt:

„Durch schriftliche Vereinbarung kann jedoch für das einzelne Dienstverhältnis bestimmt werden, dass dem Angestellten mit einer Kündigungsfrist von 1 Monat zum Monatsende gekündigt werden kann, wenn der Angestellte innerhalb eines Zeitraums von 12 aufeinanderfolgenden Monaten Lohn während Krankenzeiten von insgesamt 120 Tagen bezogen hat. Die Kündigung ist nur gültig, wenn sie in unmittelbarem Anschluss am Ende der 120 Krankheitstage und noch während der Erkrankung des Angestellten erklärt wird, wohingegen es die Gültigkeit der Kündigung nicht berührt, dass der Angestellte nach der Kündigung die Arbeit wieder aufgenommen hat. …“

III – Sachverhalt und Ausgangsverfahren

11. Die vorliegenden Vorabentscheidungsverfahren gehen zurück auf zwei von dem Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund Danmark (HK) [7] für die Arbeitnehmerinnen Jette Ring und Lone Skouboe Werge im Jahr 2006 erhobene Klagen, mit denen Schadensersatz nach dem dänischen Gleichbehandlungsgesetz wegen Diskriminierung aufgrund einer Behinderung geltend gemacht wurde. Für beide Arbeitsverhältnisse war die Geltung des § 5 Abs. 2 FL vereinbart worden.

A – *Rechtssache C-335/11*

12. Im Fall Ring liegt dem nationalen Verfahren folgender Sachverhalt zugrunde:

13. Frau Ring war seit dem Jahr 2000 bei der Firma Dansk Almennyttigt Boligselskab (DAB) als Mitarbeiterin im Kundencenter beschäftigt. Zwischen Juni 2005 bis zur Kündigung im November 2005 war sie krankheitsbedingt während mehrerer Zeiträume abwesend; die Fehlzeiten betrugen zusammen über 120 Tage. Die für die Fehlzeiten vorgelegten ärztlichen Bescheinigungen verwiesen vornehmlich auf chronische Rückenbeschwerden, die u. a. anderem auf Arthroseveränderungen an den Lendenwirbeln zurückzuführen waren und sich in konstanten Schmerzen im Lendenwirbelbereich äußerten. Nachdem die behandelnden Ärzte von einer Versteifung der Lendenwirbel durch natürliches Zusammenwachsen ausgingen, bestanden keine weiteren Behandlungsoptionen. Mögliche Maßnahmen zur Linderung dieser Beschwerden während der Arbeitszeit von Frau Ring, etwa die Anschaffung eines höhenverstellbaren Tisches für ihren Arbeitsplatz oder das Angebot einer Teilzeittätigkeit, erfolgten nicht. Grundsätzlich bot DAB jedoch Teilzeitstellen an.

5 — Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet (Gesetz über die Gleichbehandlung auf dem Arbeitsmarkt).

6 — Lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer Funktionærlov (Angestelltengesetz), im Folgenden: FL.

7 — Verband der Handels- und Büroangestellten Dänemark.

14. Aufgrund der akkumulierten Fehlzeiten wurde Frau Ring mit nach § 5 Abs. 2 FL verkürzter Kündigungsfrist gekündigt. Unmittelbar nach der Kündigung von Frau Ring gab DAB eine Anzeige für eine Teilzeitstelle mit einer vergleichbaren Aufgabenbeschreibung für ein nahe gelegenes Regionalbüro auf. Frau Ring trat eine neue Stelle als Empfangssekretärin bei einer anderen Firma an, bei der ihr ein höhenverstellbarer Tisch zur Verfügung gestellt und ihre tatsächliche Arbeitszeit auf 20 Stunden pro Woche festgelegt wurde. Die Anstellung erfolgte in Vollzeit nach der dänischen Flexjob-Regelung mit 50 % Lohnkostenerstattung [8].

B – *Rechtssache C-337/11*

15. Im Fall Skouboe Werge hat das Sø- og Handelsret folgenden Sachverhalt mitgeteilt:

16. Frau Skouboe Werge war seit dem Jahr 1998 als Verwaltungsassistentin bei der Firma Pro Display beschäftigt. Nachdem sie im Dezember 2003 bei einem Verkehrsunfall ein Schleudertrauma erlitten hatte und drei Wochen krankgeschrieben war, nahm sie zunächst ihre Vollzeittätigkeit bei Pro Display wieder auf. Als gegen Ende des Jahres 2004 deutlich wurde, dass Frau Skouboe Werge noch immer unter den Nachwirkungen des Schleudertraumas litt, erhielt sie eine Krankmeldung für vorläufig vier Wochen, aufgrund deren sie nur ca. vier Stunden pro Tag arbeitete. Im Januar 2005 meldete sich Frau Skouboe Werge wegen anhaltender Beschwerden für die volle Arbeitszeit krank. Daraufhin wurde ihr unter Anwendung der 120-Tage-Regelung des § 5 Abs. 2 FL mit einer Kündigungsfrist von einem Monat zum 31. Mai 2005 gekündigt.

17. Die Beschwerden von Frau Skouboe Werge äußerten sich in verschiedenen Symptomen, insbesondere durch auf die Schultern ausstrahlende Schmerzen im Nacken, Kieferprobleme, Müdigkeit, Konzentrations- und Erinnerungsstörungen, Formulierungsschwierigkeiten, übermäßige Lärmempfindlichkeit, niedrige Stressschwelle und Schwindel. Im Juni 2006 wurde Frau Skouboe Werge daher aufgrund der Einschätzung ihrer Arbeitsfähigkeit auf ca. acht Stunden pro Woche bei langsamem Tempo eine vorgezogene Altersrente bewilligt. Zudem wurde durch Entscheidung der Behörde für Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten der Grad der Behinderung von Frau Skouboe Werge auf 10 % und die Verminderung ihrer Erwerbsfähigkeit auf 65 % festgesetzt.

18. In den Ausgangsverfahren vertrat HK die Ansicht, dass eine Kündigung der Arbeitnehmerinnen mit verkürzter Kündigungsfrist nach der Regelung des § 5 Abs. 2 FL ausgeschlossen gewesen sei, da dies gegen das Diskriminierungsverbot wegen Behinderung gemäß der Richtlinie 2000/78 verstoße. Dem vorlegenden Gericht stellt sich daher die Frage, wie „Behinderung“ im Sinne der Richtlinie 2000/78 zu definieren ist.

IV – Vorabentscheidungsersuchen und Verfahren vor dem Gerichtshof

19. Mit Beschlüssen vom 29. Juni 2011, in der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen am 1. Juli 2011, hat der Sø- og Handelsret die Verfahren jeweils ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. a) Ist jede Person, die aufgrund physischer, mentaler oder psychischer Beeinträchtigungen während eines Zeitraums, der hinsichtlich der Dauer die Anforderung gemäß Randnr. 45 des Urteils des Gerichtshofs in der Rechtssache C-13/05 (Chacón Navas) erfüllt, ihre Arbeit nicht oder nur in begrenztem Umfang ausüben kann, vom Begriff der Behinderung im Sinne der Richtlinie umfasst?

8 — Bei der flexjob-Regelung handelt es sich um eine dänische Regelung staatlicher Lohnzuschüsse bei Beschäftigung von Menschen mit dauerhaft verminderter Arbeitsfähigkeit.

b) Kann ein Zustand, der durch eine ärztlich diagnostizierte unheilbare Krankheit verursacht ist, vom Begriff der Behinderung im Sinne der Richtlinie umfasst sein?

c) Kann ein Zustand, der durch eine ärztlich diagnostizierte vorübergehende Krankheit verursacht ist, vom Begriff der Behinderung im Sinne der Richtlinie umfasst sein?

2. Ist eine dauerhafte Funktionsbeeinträchtigung, die keinen Bedarf an besonderen Hilfsmitteln oder Ähnlichem zur Folge hat und die allein oder im Wesentlichen darin besteht, dass die betreffende Person nicht zu einer Vollzeittätigkeit in der Lage ist, als Behinderung in dem Sinne anzusehen, in dem dieser Ausdruck in der Richtlinie 2000/78 verwendet wird?

3. Gehört eine Herabsetzung der Arbeitszeiten zu den von Art. 5 der Richtlinie 2000/78 umfassten Maßnahmen?

4. Verbietet es die Richtlinie 2000/78, eine nationale Rechtsvorschrift, nach der ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer mit verkürzter Kündigungsfrist kündigen darf, wenn der Arbeitnehmer innerhalb von zwölf aufeinanderfolgenden Monaten Lohn während Krankheitszeiten von insgesamt 120 Tagen bezogen hat, auf einen Arbeitnehmer anzuwenden, der als behindert im Sinne der Richtlinie anzusehen ist, wenn

a) die Abwesenheit durch die Behinderung verursacht ist?

oder

b) die Abwesenheit darauf zurückzuführen ist, dass der Arbeitgeber nicht die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen ergriffen hat, um einer Person mit einer Behinderung die Ausübung ihres Berufs zu ermöglichen?

20. Mit Beschluss vom 4. August 2011 hat der Präsident des Gerichtshofs die Rechtssachen C-335/11 und C-337/11 zu gemeinsamem schriftlichem und mündlichem Verfahren sowie zu gemeinsamer Entscheidung verbunden.

21. Neben den Parteien des Ausgangsrechtsstreits haben die Regierungen Dänemarks, Irlands, Polens und des Vereinigten Königreichs sowie die Europäische Kommission am schriftlichen und mündlichen Verfahren vor dem Gerichtshof teilgenommen. Darüber hinaus haben die Regierungen Belgiens und Griechenlands schriftliche Erklärungen abgegeben.

V – Würdigung

22. Die erste und die zweite Frage des Sø- og Handelsret sind zusammen zu beantworten, da beide die Definition des Behinderungsbegriffs betreffen (dazu unter A). Die dritte Frage hat die Ausgestaltung und den Umfang von Vorkehrungen, die der Arbeitgeber nach Art. 5 der Richtlinie 2000/78 zu ergreifen hat, zum Gegenstand (dazu unter B). Zuletzt ist die vierte Frage und damit die Verkürzung der Kündigungsfrist wegen krankheitsbedingten Fehlens als diskriminierende Vorschrift zu prüfen (dazu unter C).

A – *Erste und zweite Vorlagefrage*

1. Definition des Behinderungsbegriffs

23. Die Richtlinie 2000/78 enthält selbst keine Definition des Begriffs Behinderung.

24. Der Gerichtshof war bereits in der Rechtssache Chacón Navas aufgerufen, diesen Begriff unionsautonom zu definieren. Danach erfasst der Begriff Behinderung eine „Einschränkung, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betreffenden am Berufsleben bildet“ [9]. Zudem muss es wahrscheinlich sein, dass die Einschränkung von langer Dauer ist [10].

25. Im Jahr 2010 – und damit einige Jahre nach dem Urteil in der Rechtssache Chacón Navas – ratifizierte die Europäische Union das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen. Das UN-Übereinkommen verweist zunächst in seiner Präambel darauf, dass der Begriff der Behinderung dynamisch zu verstehen ist und sich das Verständnis von Behinderung ständig weiterentwickelt [11]. Art. 1 des Abkommens enthält dann eine Begriffsdefinition. Danach zählen zu den „Menschen mit Behinderungen … Menschen, die langfristige 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“.

26. Aus Art. 216 Abs. 2 AEUV folgt, dass die von der Union geschlossenen internationalen Übereinkünfte die Unionsorgane und die Mitgliedstaaten binden. Die von der Union geschlossenen internationalen Übereinkünfte sind ab ihrem Inkrafttreten wesentlicher („integraler“) Bestandteil der Unionsrechtsordnung. [12] Daher sind Bestimmungen des abgeleiteten Unionsrechts nach Möglichkeit in Übereinstimmung mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Union auszulegen [13].

27. Der Begriff der Behinderung nach der Richtlinie 2000/78 dürfte daher nicht hinter dem Schutzbereich zurückbleiben, den das UN-Übereinkommen eröffnet. Nach der Definition des UN-Übereinkommens ergibt sich das Hindernis für die Teilhabe an der Gesellschaft aus der „Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren“. Insofern könnte sich in bestimmten Konstellationen ergeben, dass die Definition des Urteil Chacón Navas hinter der Definition des UN-Übereinkommens zurückbleibt und völkerrechtskonform auszulegen wäre.

28. In den vorliegenden Fällen liegt der Kern des Problems allerdings nicht im Bereich des Definitionselements „Barrieren“. Das vorlegende Gericht möchte wissen, ob ein Zustand, der durch eine ärztlich diagnostizierte unheilbare oder vorübergehende heilbare Krankheit verursacht ist, vom Begriff der Behinderung erfasst sein kann. Weder die Definition des Urteils Chacón Navas noch jene des UN-Übereinkommens geben aus sich selbst heraus eine Antwort auf die Fragen des vorlegenden Gerichts. Denn abgesehen von dem Erfordernis einer langfristigen Einschränkung enthalten beide Definitionen keine expliziten Kriterien für die Abgrenzung von Behinderung und Krankheit.

29. Zur Beantwortung der Fragen des vorlegenden Gerichts ist im Folgenden daher die Abgrenzung von Krankheit und Behinderung zu erörtern.

9 — Urteil Chacón Navas (zitiert in Fn. 3, Randnr. 43).

10 — Ebd., Randnr. 45.

11 — So auch Generalanwalt Geelhoed in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Chacón Navas (zitiert in Fn. 3, Nr. 66).

12 — Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 10. September 1996, Kommission/Deutschland (C-61/94, Slg. 1996, I-3989, Randnr. 52), vom 12. Januar 2006, Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht (C-311/04, Slg. 2006, I-609, Randnr. 25), vom 3. Juni 2008, Intertanko u. a. (C-308/06, Slg. 2008, I-4057, Randnr. 42), sowie vom 3. September 2008, Kadi und Al Barakaat International Foundation/Rat und Kommission (C-402/05 P und C-415/05 P, Slg. 2008, I-6351, Randnr. 307), und vom 21. Dezember 2011, Air Transport Association of America u. a. (C-366/10, Slg. 2011, I-13755, Randnr. 50).

13 — Vgl. Urteile Kommission/Deutschland (zitiert in Fn. 12, Randnr. 52), vom 14. Juli 1998, Bettati (C-341/95, Slg. 1998, I-4355, Randnr. 20), vom 9. Januar 2003, Petrotub und Republica (C-76/00 P, Slg. 2003, I-79, Randnr. 57), und vom 14. Mai 2009, Internationaal Verhuis- en Transportbedrijf Jan de Lely (C-161/08, Slg. 2009, I-4075, Randnr. 38).

2. Abgrenzung von Behinderung und Krankheit

30. In seinem Urteil Chacón Navas hat der Gerichtshof festgestellt, dass Arbeitnehmer nicht schon in den Schutzbereich der Richtlinie 2000/78 fallen, sobald sich bei ihnen irgendeine Krankheit manifestiert [14]. Der Gerichtshof unterscheidet damit zwischen Krankheit und Behinderung. Denn eine „Krankheit" ist in der Richtlinie nicht als eigenes verbotenes Diskriminierungsmerkmal aufgeführt.

31. Der Gerichtshof hat aber nur eine „Krankheit als solche" vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen [15]. Dem Urteil Chacón Navas ist nicht zu entnehmen, dass eine Krankheit als Ursache einer Behinderung die Qualifizierung als Behinderung entfallen lässt. Schließlich hat der Gerichtshof auch in seinem zweiten Urteil zu einer behinderungsbedingten Diskriminierung präzisiert, dass dem Urteil Chacón Navas nicht zu entnehmen ist, dass der sachliche Geltungsbereich dieser Richtlinie restriktiv ausgelegt werden müsse [16].

32. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass die Richtlinie 2000/78 nur Behinderungen erfassen will, die angeboren sind oder von Unfällen herrühren. Für den Anwendungsbereich der Richtlinie je nach Ursache der Behinderung zu differenzieren, wäre willkürlich und würde damit selbst dem Ziel der Richtlinie, die Gleichbehandlung zu verwirklichen, widersprechen.

33. Es ist also zu trennen zwischen der Krankheit als möglicher Ursache der Beeinträchtigung und der daraus resultierenden Beeinträchtigung. Umfasst vom Schutz der Richtlinie ist auch die aus einer Krankheit resultierende dauerhafte Einschränkung, die zu einem Hindernis für die Teilhabe am Berufsleben führt.

34. In den vorliegenden Fällen geht es um körperliche Beeinträchtigungen, die sich u. a. in Schmerzen und Unbeweglichkeit äußern. Die Abgrenzung von Krankheit und Behinderung ist vorliegend daher einfacher als in dem Fall, den der oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten von Amerika zu entscheiden hatte, in dem dieser festgestellt hat, dass auch eine *symptomlose* HIV-Infektion eine Behinderung im Sinne des Anti-Discrimination Act darstellen kann [17]. Ob die Beschwerden einer Person in einem konkreten Sachverhalt eine Einschränkung darstellen, unterliegt der Beurteilung des mitgliedstaatlichen Gerichts.

35. Dem Wortlaut der Richtlinie 2000/78 sind keine Anhaltspunkte für eine Begrenzung des Anwendungsbereichs auf einen bestimmten Schweregrad der Behinderung zu entnehmen [18]. Da diese Frage jedoch weder vom vorlegenden Gericht gestellt wurde, noch zwischen den Verfahrensbeteiligten erörtert wurde, ist sie hier nicht abschließend zu entscheiden.

36. Für das Vorliegen einer Behinderung ist darüber hinaus ausschlaggebend, dass die Einschränkung wahrscheinlich von „langer Dauer" ist [19]. Das UN-Übereinkommen spricht insofern davon, dass es sich um eine „langfristige" [20] Beeinträchtigung handeln muss. Inhaltlich erkenne ich hierin keinen Unterschied.

14 — Urteil Chacón Navas (zitiert in Fn. 3, Randnr. 46).

15 — Ebd., Randnr. 57.

16 — Urteil vom 17. Juli 2008, Coleman (C-303/06, Slg. 2008, I-5603, Randnr. 46).

17 — US Surpreme Court, Bragdon v. Abbott, 524 US 624 [1998], § 12102 Abs. 1 (A) des ADA 1990 bejaht dann eine Behinderung, wenn „a physical … impairment that substantially limits one or more of [an individual's] major life activities" vorliegt.

18 — Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat eine Erkrankung an Diabetes mellitus Typ I, die von den nationalen Behörden als geringfügig eingestuft wurde, als Behinderung für die Zwecke des Diskriminierungsschutzes anerkannt, EGMR, Urteil vom 30. April 2009 (Glor/Schweiz, Nr. 13444/04).

19 — Urteil Chacón Navas (zitiert in Fn. 3, Randnr. 45).

20 — In der englischen Sprachfassung: „long-term [..]impairments", in der französischen Sprachfassung: „incapacités […] durables".

37. Die lange Dauer wird bei einer Einschränkung, die auf einer unheilbaren Krankheit beruht, in der Regel zu bejahen sein. Aber auch eine im Prinzip heilbare Krankheit kann einen so langen Verlauf bis zur vollständigen Heilung nehmen, dass die Einschränkung von langer Dauer ist. Und auch bei einer grundsätzlich heilbaren Krankheit kann eine langfristige Einschränkung zurückbleiben. Gerade bei chronischen Krankheiten kann sich der Übergang von einer (behandelbaren) Krankheit zu einer voraussichtlich dauerhaften Einschränkung, die dann erst den Charakter einer Behinderung hat, als fließender Prozess darstellen. Erst wenn die Prognose einer dauerhaften Einschränkung vorliegt, ist von einer Behinderung zu sprechen.

38. Allein aus der Feststellung, ob eine Krankheit an sich heilbar oder unheilbar, dauerhaft oder vorübergehend ist, kann daher kein definitiver Schluss auf das spätere Vorliegen einer dauerhaften Einschränkung gezogen werden.

3. Bedarf an besonderen Hilfsmitteln

39. Das vorlegende Gericht fragt darüber hinaus, ob die Annahme einer Behinderung die Notwendigkeit besonderer Hilfsmittel voraussetzt oder ob es genügt, dass die Ableistung der vollständigen Arbeitszeit nicht mehr möglich ist.

40. Der Begriff der Behinderung nach der Richtlinie setzt nicht die Notwendigkeit besonderer Hilfsmittel voraus.

41. Art. 5 der Richtlinie 2000/78 macht deutlich, dass zunächst das Bestehen einer Behinderung festgestellt werden muss, um anschließend die geeigneten und erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen. Der 20. Erwägungsgrund liefert Anhaltspunkte dafür, was unter entsprechenden Maßnahmen zu verstehen sein kann, und nennt u. a., dass der „Arbeitsplatz der Behinderung entsprechend einzurichten“ ist. Die Notwendigkeit besonderer Einrichtungen und Hilfsmittel ist also *Folge* der Feststellung der Behinderung und nicht Teil der Definition des Behinderungsbegriffs.

42. Auch vor dem Hintergrund von Sinn und Zweck der Richtlinie kann die Notwendigkeit besonderer Hilfsmittel als Teil der Definition nicht überzeugen. Behinderungen im Sinne der Richtlinie können auf physischen, psychischen oder seelischen Beeinträchtigungen beruhen. Die Forderung nach der Notwendigkeit besonderer Hilfsmittel scheint aber nur vom Leitbild eines Menschen geprägt, der körperliche Beeinträchtigungen hat. Würde man Hilfsmittel als zwingendes Element des Behinderungsbegriffs verlangen, wären schon die in der Richtlinie explizit angesprochenen seelischen oder psychischen Beeinträchtigungen nicht erfasst, da sie in der Regel auch keine Hilfsmittel erforderlich machen. Ein solches Erfordernis würde auch gerade diejenigen Behinderten benachteiligen, deren Behinderung nicht durch ein Hilfsmittel ausgeglichen oder gemildert werden kann und die bereits aus diesem Grund in der Regel eher schwerer betroffen sind als andere.

43. Im Ergebnis kommt es daher allein darauf an, ob ein Hindernis für die Teilhabe am Berufsleben vorliegt.

44. DAB und Pro Display haben vorgetragen, dass nur als behindert angesehen werden könne, wer vollständig vom Berufsleben ausgeschlossen sei, weshalb eine nur reduzierte Arbeitsleistung für die Einstufung als Behinderung nicht ausreiche. Dies überzeugt nicht. Schon nach allgemeinem Sprachverständnis umfasst der Begriff „Hindernis für die Teilhabe am Berufsleben“ auch nur partielle Schranken und nicht nur einen generellen „Ausschluss“ vom Berufsleben.

45. Für eine Einbeziehung von Menschen, deren Hindernis für die Teilnahme am Berufsleben darin liegt, dass sie nicht Vollzeit arbeiten können, spricht auch der 17. Erwägungsgrund der Richtlinie. Dieser sieht vor, dass der Schutzbereich der Richtlinie solche Arbeitnehmer erfasst, die grundsätzlich „für die Erfüllung der wesentlichen Funktionen des Arbeitsplatzes … kompetent, fähig oder verfügbar" sind. Die Richtlinie zielt folglich gerade auf den Schutz solcher Personen ab, die grundsätzlich am Arbeitsleben – wenn auch eventuell in begrenztem Umfang bzw. durch besondere Vorkehrungen – teilhaben können. Somit setzt die Anwendbarkeit der Richtlinie keinen Ausschluss der betroffenen Person vom Berufsleben voraus.

46. Als Zwischenergebnis ist folglich festzuhalten, dass der Begriff Behinderung eine Einschränkung umfasst, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betreffenden am Berufsleben darstellt. Für die Definition der Behinderung ist es unerheblich, dass die Beeinträchtigung durch eine Krankheit verursacht wurde; allein entscheidend ist, ob die Einschränkung von langer Dauer ist. Auch eine Funktionsbeeinträchtigung von langer Dauer, die keinen Bedarf an besonderen Hilfsmitteln zur Folge hat und die allein oder im Wesentlichen darin besteht, dass die betreffende Person nicht zu einer Vollzeittätigkeit in der Lage ist, ist als Behinderung im Sinne der Richtlinie 2000/78 anzusehen.

B – *Dritte Vorlagefrage*

47. Mit seiner dritten Vorlagefrage möchte der Sø- og Handelsret wissen, ob zu den angemessenen Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung auch eine Herabsetzung der Arbeitszeit gehören kann.

48. Art. 5 Satz 1 der Richtlinie 2000/78 sieht vor, dass angemessene Vorkehrungen zu treffen sind, um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behinderung zu gewährleisten. Das bedeutet, dass der Arbeitgeber die „geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen" zu ergreifen hat, um den Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufs, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen. Die Verpflichtung des Arbeitgebers entfällt, wenn ihn die Maßnahmen unverhältnismäßig belasten würden.

49. Ziel dieser Vorschrift ist es, nicht nur die Gleich*behandlung*, sondern die Gleich*stellung* eines behinderten Menschen durchzusetzen und ihm dadurch die Ausübung eines Berufs zu ermöglichen.

50. Art. 5 der Richtlinie 2000/78 selbst legt lediglich fest, dass die Maßnahmen „geeignet und im konkreten Fall erforderlich" sein müssen, um den Zugang zur Beschäftigung etc. zu ermöglichen.

51. Jedoch erläutert der 20. Erwägungsgrund der Richtlinie die Vorschrift näher. Danach sind „wirksame und praktikable Maßnahmen" vorzusehen, „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".

52. Die Herabsetzung der Arbeitszeiten könnte von dem dort explizit aufgeführten Beispiel der „Anpassung des Arbeitsrhythmus" erfasst sein. DAB und Pro Display sind allerdings der Auffassung, dass „Arbeitsrhythmus" sich gerade nicht auf die Arbeitszeiten, sondern lediglich auf die Arbeitsleistung und das Arbeitstempo oder die Verteilung der Arbeitsaufgaben unter den Mitarbeitern beziehe.

53. Selbst wenn man der Auffassung ist, dass die Herabsetzung der Arbeitszeiten nicht unter die „Anpassung des Arbeitsrhythmus" fällt, ist meiner Ansicht nach die Herabsetzung der Arbeitszeit von Art. 5 der Richtlinie erfasst.

54. Denn es geht schon aus dem Wortlaut des 20. Erwägungsgrundes hervor, dass dieser nur eine beispielhafte Aufzählung enthält und nicht abschließend zu verstehen ist. Allein aus der Tatsache, dass die Herabsetzung der Arbeitszeit dort nicht ausdrücklich aufgeführt ist, kann nicht geschlossen werden, dass sie von Art. 5 der Richtlinie nicht erfasst ist.

55. DAB und Pro Display verweisen darüber hinaus darauf, dass der Begriff der Arbeitszeiten in der Richtlinie nicht erwähnt und auch in den Vorarbeiten zur Richtlinie nicht diskutiert worden sei. Auch sei der Begriff der Herabsetzung der Arbeitszeit so eng mit der Teilzeitrichtlinie [21] verknüpft, dass entsprechende Anträge nur nach dieser zu beurteilen seien.

56. Der Unionsgesetzgeber hat jedoch den Wortlaut von Art. 5 weit gefasst. Er spricht allgemein von Maßnahmen, die Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung ermöglichen. Eine Herabsetzung der Arbeitszeit kann zweifelsohne geeignet sein, einem Menschen mit Behinderung die Ausübung eines Berufs zu ermöglichen.

57. Insofern stützt auch der 20. Erwägungsgrund ein weites Verständnis von Art. 5. Aus ihm folgt nämlich, dass entgegen der Ansicht von DAB und Pro Display nicht nur physische, sondern auch organisatorische Maßnahmen umfasst sind. Die „entsprechende Gestaltung der Räumlichkeiten“ oder die „Anpassung des Arbeitsgeräts“ beziehen sich auf die Beseitigung physischer Schranken, wohingegen mit der „Anpassung des Arbeitsrhythmus, der Aufgabenverteilung oder des Angebots an Ausbildungs- und Einarbeitungsmaßnahmen“ Maßnahmen mit organisatorischem Charakter erwähnt sind. Dies entspricht insbesondere dem Verständnis von Behinderung nach dem UN-Übereinkommen, wonach für eine Einschränkung nicht nur physische, sondern auch sonstige, insbesondere gesellschaftliche Barrieren relevant sind.

58. Auch Sinn und Zweck der Richtlinie 2000/78 sprechen für eine Einbeziehung von Teilzeitbeschäftigung. Diese verlangt individuell abgestimmte Maßnahmen zu einer Gleichstellung und damit einer verbesserten Teilhabe von Menschen mit Behinderung am Berufsleben [22]. Entscheidend muss daher sein, ob eine bestimmte Maßnahme dazu führen kann, dass ein Mensch mit Behinderung einen Beruf ergreifen oder seinen Beruf weiterhin ausüben kann. Vor diesem Hintergrund entspricht es gerade Sinn und Zweck der Richtlinie, behinderte Arbeitnehmer, die zumindest teilweise arbeiten können, nicht gänzlich vom Arbeitsmarkt auszuschließen, sondern ihnen durch das Angebot einer Teilzeitbeschäftigung eine adäquate Teilhabe am Berufsleben zu ermöglichen. Es ist nicht zu erkennen, dass die Richtlinie nur Maßnahmen wie den Einbau eines Aufzugs oder rollstuhlgerechter Sanitäranlagen – was ebenfalls aufwändig und kostenträchtig sein kann – verlangt, aber eine Reduzierung der Arbeitszeit nicht erfasst sein kann.

59. Zwar ist der Einwand von DAB und Pro Display nicht von der Hand zu weisen, dass eine Teilzeittätigkeit unter bestimmten Umständen einen starken Eingriff in das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer darstellt und zu einer Belastung für den Arbeitgeber führen kann. Dies kann aber ebenso für die beispielhaft aufgeführte Anpassung der Räumlichkeiten gelten. Aus diesem Grund stellt Art. 5 Satz 2 die Verpflichtung des Arbeitgebers aber auch unter die Bedingung, dass die Maßnahmen den Arbeitgeber nicht unverhältnismäßig belasten dürfen. Insofern fordert die Richtlinie einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen des behinderten Arbeitnehmers, Maßnahmen zu seiner Unterstützung zu erfahren, und des Arbeitgebers, der Eingriffe in seine Betriebsorganisation sowie wirtschaftliche Einbußen nicht ohne Weiteres hinnehmen muss.

21 — Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit, ABl. L 14, S. 9.

22 — Siehe Erwägungsgründe 8, 9, 11 und 16 der Richtlinie 2000/78.

60. Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass eine Herabsetzung der Arbeitszeit zu den von Art. 5 der Richtlinie 2000/78 umfassten Maßnahmen gehören kann. Es obliegt dem nationalen Gericht, im Einzelfall festzustellen, ob eine solche Maßnahme zu einer unverhältnismäßigen Belastung des Arbeitgebers führt.

C – *Vierte Vorlagefrage*

1. Erster Teil der vierten Vorlagefrage

61. Mit dem ersten Teil der vierten Vorlagefrage will der Sø- og Handelsret wissen, inwieweit eine nationale Rechtsvorschrift im Widerspruch zur Richtlinie 2000/78 steht, die eine Kündigung mit verkürzter Frist bei krankheitsbedingtem Fehlen erlaubt, sofern sie auch in Konstellationen angewendet wird, in denen die Abwesenheit durch die Behinderung verursacht ist.

62. Die Richtlinie 2000/78 verbietet gemäß Art. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 2 die unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen Behinderung in Beschäftigung und Beruf. Eine unmittelbare Diskriminierung liegt danach vor, wenn eine Person wegen einer Behinderung in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person. Eine mittelbare Diskriminierung ist zu bejahen, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen mit einer Behinderung gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, dies kann gerechtfertigt werden. Der sachliche Geltungsbereich der Richtlinie umfasst gemäß Art. 3 Abs. 1 Buchst. c explizit die Entlassungsbedingungen. Im Folgenden ist daher zunächst zu prüfen, ob in der verkürzten Kündigungsfrist eine unmittelbare oder mittelbare Benachteiligung zu sehen ist und gegebenenfalls, ob eine solche gerechtfertigt werden kann.

a) Benachteiligung

63. Vorab möchte ich aber zunächst den Prüfungsgegenstand präzisieren: Das vorlegende Gericht fragt nur nach der Unionsrechtskonformität der Bestimmung, aus der sich die Verkürzung der Kündigungsfrist wegen Krankheitsfehlzeiten ergibt.

64. Eine andere, nach der Fallkonstellation naheliegende Frage wäre, inwiefern Fehlzeiten, die mit einer Behinderung oder behinderungsbedingten Krankheit in Zusammenhang stehen, überhaupt ein zulässiger Kündigungsgrund sein können. Der Gerichtshof hat bereits festgestellt, dass die Richtlinie einer Kündigung entgegensteht, die unter Berücksichtigung der Verpflichtung des Arbeitgebers, angemessene Vorkehrungen zu treffen, nicht dadurch gerechtfertigt ist, dass die betreffende Person für die Erfüllung der wesentlichen Funktionen ihres Arbeitsplatzes nicht verfügbar ist[23] Im Gegenschluss könnte hieraus gefolgert werden, dass eine Kündigung zulässig ist, wenn die erforderlichen Vorkehrungen zur Anpassung des Arbeitsplatzes für den Arbeitgeber eine unverhältnismäßige Belastung darstellen würden oder der Arbeitnehmer wegen seiner Fehlzeiten für die wesentlichen Funktionen des Arbeitsplatzes nicht verfügbar ist. Meiner Ansicht nach dürfte mit dieser Feststellung des Gerichtshofs die Frage der Zulässigkeit einer Kündigung aufgrund behinderungsbedingter Krankheitsfehlzeiten jedoch noch nicht abschließend geklärt sein. In Beantwortung der vorgelegten Frage befasse ich mich im Folgenden aber ausschließlich mit der Verkürzung der Kündigungsfrist.

23 — Urteil Chacón Navas (zitiert in Fn. 3, Randnr. 51).

65. Wenn ein Arbeitnehmer mit Behinderung wegen einer „allgemeinen“ Krankheit fehlt, führt die Berücksichtigung der Krankheitszeiten für die Verkürzung der Kündigungsfrist nicht zu einer Benachteiligung im Vergleich zu einem Arbeitnehmer ohne Behinderung. Denn die Wahrscheinlichkeit, an einer Krankheit wie beispielsweise einer Grippe zu erkranken, hängt in der Regel nicht mit der Behinderung zusammen und trifft Arbeitnehmer mit und ohne Behinderung gleichermaßen.

66. Im vorliegenden Zusammenhang geht es aber um Fehlzeiten, die auf einer Behinderung beruhen. § 5 Abs. 2 FL ist auf den ersten Blick neutral, da er sich auf alle Arbeitnehmer bezieht, die wegen Krankheit mehr als 120 Tage gefehlt haben. Er führt daher nicht zu einer unmittelbaren Diskriminierung Behinderter. Denn diese Bestimmung knüpft weder direkt an das verbotene Differenzierungskriterium der Behinderung an, noch nimmt sie eine Ungleichbehandlung aufgrund eines Kriteriums vor, das mit der Behinderung untrennbar verbunden ist. Eine Behinderung führt nämlich nicht in jedem Fall zwangsläufig zu Erkrankungen und Krankheitsfehlzeiten, so dass nicht von einer Untrennbarkeit gesprochen werden kann.

67. Hierin liegt jedoch eine mittelbare Benachteiligung. Sofern die Krankheit nämlich mit einer Behinderung zusammenhängt, werden ungleiche Sachverhalte gleich behandelt. Arbeitnehmer mit einer Behinderung haben in der Regel ein viel höheres Risiko an einer mit ihrer jeweiligen Behinderung zusammenhängenden Krankheit zu erkranken als Arbeitnehmer ohne eine Behinderung. Diese kann nur eine „allgemeine“ Krankheit treffen. An einer solchen können aber Arbeitnehmer mit Behinderung darüber hinaus auch noch erkranken. Die Bestimmung zur verkürzten Kündigungsfrist ist somit eine Vorschrift, die Arbeitnehmer mit einer Behinderung gegenüber Arbeitnehmern ohne eine Behinderung mittelbar benachteiligt.

68. Der Einwand einiger Verfahrensbeteiligter, aufgrund des Anspruchs der Arbeitnehmer, die Art ihrer Erkrankung nicht offenlegen zu müssen, sei eine Differenzierung zwischen „allgemeinen“ Krankheiten und solchen, die auf der Behinderung beruhen, nicht praktikabel, überzeugt nicht. Denn es gibt Möglichkeiten, wie beides miteinander in Einklang gebracht werden kann, etwa über einen Vertrauensarzt.

b) Rechtfertigung

69. Nach Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Ziff. i ist eine Vorschrift wie § 5 Abs. 2 FL gerechtfertigt, wenn durch sie ein legitimes Ziel verfolgt wird und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Diese Formulierung enthält die allgemeinen im Unionsrecht anerkannten Anforderungen an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung [24].

70. Die Regelung muss also geeignet sein zur Erreichung eines legitimen Ziels. Sie muss darüber hinaus erforderlich sein, d. h. das angestrebte legitime Ziel darf nicht durch ein milderes, gleich geeignetes Mittel erreicht werden können. Schließlich muss die Regelung auch verhältnismäßig im engeren Sinne sein, d. h., sie darf keine Nachteile verursachen, die außer Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen [25].

71. Bei der Prüfung dieser Kriterien ist zu beachten, dass in der Rechtsprechung anerkannt ist, dass die Mitgliedstaaten über einen weiten Ermessensspielraum bei der Wahl der Maßnahmen zur Erreichung ihrer Ziele im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik verfügen [26].

24 — Siehe bereits meine Schlussanträge vom 6. Mai 2010, Andersen (C-499/08, Slg. 2010, I-9343, Nr. 42).

25 — Urteile vom 12. Juli 2001, Jippes u. a. (C-189/01, Slg. 2001, I-5689, Randnr. 81), vom 7. Juli 2009, S.P.C.M. u. a. (C-558/07, Slg. 2009, I-5783, Randnr. 41), und vom 8. Juli 2010, Afton Chemical (C-343/09, Slg. 2010, I-7023, Randnr. 45 und die dort angeführte Rechtsprechung).

26 — Vgl. aus dem Bereich der Altersdiskriminierung Urteile vom 16. Oktober 2007, Palacios de la Villa (C-411/05, Slg. 2007, I-8531, Randnr. 68), und vom 12. Oktober 2010, Rosenbladt (C-45/09, Slg. 2010, I-9391, Randnr. 41).

72. Der Vorlagebeschluss enthält keine Informationen zu den Zielen, die mit § 5 Abs. 2 FL verfolgt werden. Dies macht eine Beurteilung schwierig. Es wird daher Sache des vorlegenden Gerichts sein, die Rechtfertigung der streitigen Regelung abschließend zu beurteilen.

73. Die dänische Regierung hat vorgetragen, § 5 Abs. 2 FL versuche einen gerechten Interessenausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern im Falle langer Abwesenheiten wegen Krankheit herzustellen. Letztlich diene er aber insbesondere den Interessen der Arbeitnehmer. Durch die verkürzte Kündigungsfrist im Falle einer langen Krankheitsabwesenheit würde für den Arbeitgeber ein Anreiz geschaffen, einem erkrankten Arbeitnehmer nicht zum frühestmöglichen Zeitpunkt zu kündigen, sondern ihn erst einmal weiterzubeschäftigen, weil der Arbeitgeber wisse, dass bei sehr langen Fehlzeiten dann im Ausgleich die Kündigungsfrist verringert ist.

74. Diese verfolgten Ziele sind legitim, und die Regelung ist angesichts des Ermessensspielraums der Mitgliedstaaten auch nicht offensichtlich ungeeignet[27], um sie zu erreichen. Eine alternative, aber weniger einschneidende Maßnahme müsste sich in das übrige System der arbeitsrechtlichen Regelungen einfügen können. Ob ein solches Mittel vorstellbar ist, ist daher ohne weitere Informationen schwer zu beurteilen.

75. Entscheidend ist, ob die durch die verkürzte Kündigungsfrist in ihrer gegenwärtigen Form bedingten Nachteile für Arbeitnehmer mit Behinderung in einem angemessen Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen, ob sie also nicht zu einer übermäßigen Beeinträchtigung der Betroffenen führt. Dieses verlangt, dass ein gerechter Ausgleich zwischen den verschiedenen widerstreitenden Interessen gefunden wird[28]. Insofern ist fraglich, ob eine angemessene Regelung nicht auch den Schweregrad der Behinderung und die Wiedereinstellungschancen des betroffenen Arbeitnehmers mit in den Blick nehmen müsste. Je schwerer die Behinderung und je schwieriger die Suche nach einer neuen Beschäftigung sein wird, desto wichtiger ist die Länge der Kündigungsfrist für den Arbeitnehmer. Dies im Einzelnen zu beurteilen, ist Sache des vorlegenden Gerichts.

76. Als Ergebnis des ersten Teils der vierten Vorlagefrage ist somit festzuhalten, dass die Richtlinie 2000/78 dahin auszulegen ist, dass sie einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer wegen Krankheitsfehlzeiten mit verkürzter Kündigungsfrist kündigen darf, wenn die Krankheit auf der Behinderung beruht. Das gilt nicht, wenn die Benachteiligung gemäß Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Ziff. i der Richtlinie 2000/78 durch ein legitimes Ziel sachlich gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.

2. Zweiter Teil der vierten Vorlagefrage

77. Mit dem zweiten Teil der vierten Vorlagefrage möchte das vorlegende Gericht schließlich wissen, ob die Richtlinie 2000/78 einer Verkürzung der Kündigungsfrist entgegensteht, wenn die Abwesenheit des Arbeitnehmers darauf zurückzuführen ist, dass der Arbeitgeber nicht die angemessenen Vorkehrungen gemäß Art. 5 der Richtlinie getroffen hat, um einer Person mit einer Behinderung die Ausübung ihres Berufs zu ermöglichen.

78. Im Rahmen der Frage, welche Vorkehrungen angemessen im Sinne von Art. 5 der Richtlinie sind, findet bereits eine Verhältnismäßigkeitsprüfung statt. Hierbei wird unter Abwägung der Interessen des behinderten Arbeitnehmers und seines Arbeitgebers geklärt, ob die zu treffenden Vorkehrungen dem Arbeitgeber zuzumuten sind. Trifft nun der Arbeitgeber diese ihm zumutbaren angemessenen Vorkehrungen nicht, kommt er also seiner Verpflichtung aus Art. 5 der Richtlinie nicht nach, darf

27 — Vgl. hierzu Urteile Palacios de la Villa (zitiert in Fn. 26, Randnr. 72) und vom 12. Januar 2010, Petersen (C-341/08, Slg. 2010, I-47, Randnr. 70).

28 — Vgl. hierzu meine Schlussanträge in der Rechtssache Andersen (zitiert in Fn. 24, Nr. 68) und meine Stellungnahme vom 2. Oktober 2012, Kommission/Ungarn (C-286/12, Nr. 78).

ihm hieraus kein rechtlicher Vorteil entstehen. Die Verpflichtung des Art. 5 der Richtlinie 2000/78 würde leer laufen, wenn die Unterlassung von verhältnismäßigen Maßnahmen eine Benachteiligung eines behinderten Arbeitnehmers rechtfertigen könnte. Nach Sinn und Zweck dieser Vorschrift können daher aus der Unterlassung einer Maßnahme resultierende Fehlzeiten des Arbeitnehmers eine Verkürzung der Kündigungsfrist nicht rechtfertigen.

79. Beruht die Anwendung der verkürzten Kündigungsfrist auf Fehlzeiten des Arbeitnehmers, die dadurch verursacht wurden, dass der Arbeitgeber angemessene Vorkehrungen nach Art. 5 der Richtlinie 2000/78 nicht ergriffen hat, stellt dies daher eine nicht zu rechtfertigende Benachteiligung dar.

VI – Ergebnis

80. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die Vorlagefragen wie folgt zu beantworten:

1. a) Der Begriff Behinderung im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf umfasst eine Einschränkung, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betreffenden am Berufsleben darstellt.

   b) Für die Definition der Behinderung ist es unerheblich, dass die Beeinträchtigung durch eine Krankheit verursacht wurde; allein entscheidend ist, ob die Einschränkung wahrscheinlich von langer Dauer ist.

   c) Auch eine Funktionsbeeinträchtigung von langer Dauer, die keinen Bedarf an besonderen Hilfsmitteln zur Folge hat und die allein oder im Wesentlichen darin besteht, dass die betreffende Person nicht zu einer Vollzeittätigkeit in der Lage ist, ist als Behinderung im Sinne der Richtlinie 2000/78 anzusehen.

2. Eine Herabsetzung der Arbeitszeit kann zu den von Art. 5 der Richtlinie 2000/78 umfassten Maßnahmen gehören. Es obliegt dem nationalen Gericht, im Einzelfall festzustellen, ob eine solche Maßnahme zu einer unverhältnismäßigen Belastung des Arbeitgebers führt.

3. Die Richtlinie 2000/78 ist dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer wegen Krankheitsfehlzeiten mit verkürzter Kündigungsfrist kündigen darf, wenn die Krankheit auf der Behinderung beruht. Das gilt nicht, wenn die Benachteiligung gemäß Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Ziff. i der Richtlinie 2000/78 durch ein legitimes Ziel sachlich gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Beruht die Anwendung der verkürzten Kündigungsfrist jedoch auf Fehlzeiten des Arbeitnehmers, die dadurch verursacht wurden, dass der Arbeitgeber keine angemessenen Vorkehrungen nach Art. 5 der Richtlinie 2000/78 ergriffen hat, stellt dies eine nicht zu rechtfertigende Benachteiligung dar.