

Schober, Christian et al.

Research Report

Evaluierung des Behindertengleichstellungsrechts: Zwei Studien im Auftrag des BMASK

Sozialpolitische Studienreihe, No. 10

Provided in Cooperation with:

Government of Austria, Federal Ministry of Social Affairs, Health, Care and Consumer Protection, Vienna

Suggested Citation: Schober, Christian et al. (2012) : Evaluierung des Behindertengleichstellungsrechts: Zwei Studien im Auftrag des BMASK, Sozialpolitische Studienreihe, No. 10, ISBN 978-3-99046-007-8, Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, Wien

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/226671>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.



<https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>

RECHTLICHE EVALUIERUNG DES BEHINDERTENGLEICHSTELLUNGSRECHTS

ENDFASSUNG

(vorgelegt am 2. 12. 2011)

Univ.-Prof. Dr. Walter J. Pfeil/

Univ.-Ass.in Dr.in Susanne Mayer

(Universität Salzburg)

INHALTSVERZEICHNIS

RECHTLICHE EVALUIERUNG DES BEHINDERTENGLEICHSTELLUNGSRECHTS	191
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	197
I. EINFÜHRUNG	201
A. Ausgangssituation und Fragestellungen	201
B. Methodische Vorgangsweise	202
C. Überblick über die aktuelle Rechtslage	203
1. Verfassungsrechtliche Vorgaben	203
2. Neuregelung durch das Behindertengleichstellungspaket	206
2.1. Entstehung	206
2.2. Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz	208
2.3. Behinderteneinstellungsgesetz	214
2.4. Bundesbehindertengesetz	216
3. UN-Behindertenrechtskonvention	218
II. RECHTLICHE EINSCHÄTZUNG DER VORGELEGTEN FRAGESTELLUNGEN	221
A. Rechtsschutzmöglichkeiten	222
1. Rechtsschutzinstrumente	222
1.1. Ausgangslage und Problemstellung	222
1.2. Mögliche weitere Rechtsschutzinstrumente	224
1.2.1. Erfüllungsanspruch	224
1.2.2. Unterlassungsanspruch	231
1.2.3. Anspruch auf Feststellung der Diskriminierung	233
1.2.4. Nebenintervention und Verbandsklage	233
1.3. Effektivitätssteigerung durch Anhebung des Mindestschadensersatzbetrages?	234

1.4. Zwischenbilanz	235
2. Zugang zum Recht	237
2.1. Ausgangslage und Problemstellung	237
2.2. Mögliche Änderungen im Hinblick auf das Prozesskostenrisiko	239
2.3. Sonstige Verbesserungsmöglichkeiten	242
2.4. Zwischenbilanz	245
3. Verbandsklage	247
3.1. Ausgangslage und Problemstellung	247
3.2. Möglichkeiten zur Verbesserung der Effizienz der Verbandsklage	249
3.2.1. Ausweitung der Klagebefugnis	249
3.2.2. Modifikation der Mitwirkung des Bundesbehindertenbeirats	252
3.2.3. Ermöglichung einer auf Unterlassung bzw Beseitigung gerichteten Klage	253
3.3. Schaffung einer Verbandsklagemöglichkeit auch im Anwendungsbereich des BEinstG	254
3.4. Zwischenbilanz	258
4. Schlichtungsverfahren	260
4.1. Ausgangslage und Problemstellung	260
4.2. Generelle Möglichkeiten für eine Optimierung des Schlichtungsverfahrens	265
4.2.1. Einführung von Sanktionen	265
4.2.2. Verstärkte Information und Vernetzung	269
4.2.3. Explizite Regelungen über die Fristen zur Einleitung des Schlichtungsverfahrens	271
4.3. Möglichkeiten für eine Effizienzsteigerung im öffentlichen Dienstrecht	272
4.4. Zwischenbilanz	278
5. Sonderproblem: Rechtsschutz gegen Diskriminierungen bei privaten Versicherungen und Finanzdienstleistungen	282

5.1. Ausgangslage und Problemstellung	282
5.2. Wann sind Versicherungsbedingungen diskriminierend?	286
5.2.1. Grundsätzliches	286
5.2.2. Unversicherbarkeitsklauseln	288
5.2.3. Erhöhte Prämien und/oder Leistungsausschlüsse	295
5.3. Mögliche Verbesserungen der Rechtsschutzmöglichkeiten	300
5.3.1. Ausschöpfung der bestehenden Möglichkeiten	300
5.3.2. Zusätzliche Rechtsschutzmöglichkeiten	304
5.4. Zwischenbilanz	311
6. Verhältnis der Diskriminierungsverbote zum Gebot „angemessener Vorkehrungen“ für ArbeitgeberInnen	314
6.1. Ausgangslage und Problemstellung	314
6.2. Konkretisierung der Förderpflicht und der Rechtsfolgen ihrer Verletzung	315
6.3. Verhältnis des § 6 Abs 1a BEinstG zu den Diskriminierungsverboten	319
6.4. Zwischenbilanz	323
B. Behindertenanwaltschaft	325
1. Befugnisse des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin	325
1.1. Ausgangslage und Problemstellung	325
1.2. Möglichkeiten zur Aufwertung der Behindertenanwaltschaft	327
1.2.1. Einräumung zusätzlicher Befugnisse an den Behindertenanwalt/die Behindertenanwältin	327
1.2.2. Sonstige Optimierungsmöglichkeiten	331
1.3. Zwischenbilanz	333
2. Überlegungen zu einer Neuregelung der Vergütung des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin	335
2.1. Ausgangslage und Problemstellung	335
2.2. Möglichkeiten für eine Neuregelung	337
2.3. Zwischenbilanz	340

III. ZUSAMMENFASSUNG	341
<u>ANHANG I: Bereits im Zuge der Novelle BGBl I 2011/58 berücksichtigte</u>	
Stellungnahmen	356
1. Überlegungen zu einer Neuregelung der Bestellung des Behinderten-	
anwalts/der Behindertenanwältin	356
1.1. Ausgangslage und Problemstellung	356
1.2. Methodische Vorgangsweise	358
1.3. Analyse der geltenden Regelung und der bisherigen	
Vorgangsweise bei der Bestellung	359
1.4. Vergleich mit Regelungen in anderen Bereichen	362
1.4.1. Regelungen des Bestellvorgangs	362
1.4.2. Regelungen des Anforderungsprofils	366
1.5. Vorschläge für eine Neuregelung des Bestellvorganges und	
der Bestellungskriterien	367
1.5.1. Ausschreibung	367
1.5.2. Einbindung anderer Personen in den Entscheidungsprozess	369
1.5.3. Nähere Determinierung des Anforderungsprofils	372
1.6. Zwischenbilanz	374
2. Überlegungen zur Beurteilung einer vorübergehenden Verhinderung	
des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin	376
2.1. Ausgangslage und Problemstellung	376
2.2. Folgen einer vorübergehenden Verhinderung	378
2.2.1. Bestehen einer Regelungslücke	378
2.2.2. Wertungen des BBG	378
2.2.3. Maßgeblichkeit von Ursache und Dauer der Verhinderung	380
2.3. Zwischenbilanz	381
<u>ANHANG II: Verzeichnis verwendeter Quellen</u>	382

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, JGS 1811/946 zuletzt idF BGBl I 2010/58
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AGG	(deutsches) Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AHG	Amtshaftungsgesetz, BGBl 1949/20 zuletzt BGBl I 1999/194
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt (Zeitschrift)
Arb	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz, BGBl 1974/22 zuletzt idF BGBl I 2010/111
ARD	Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis (Zeitschrift)
Art	Artikel
ASGG	Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz, BGBl 1985/104 zuletzt idF BGBl I 2010/111
ASoK	Arbeits- und SozialrechtsKartei (Zeitschrift)
AUVB	Allgemeine Unfallversicherungsbedingungen
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz, BGBl 1991/51 zuletzt idF BGBl I 2011/100
BBG	Bundesbehindertengesetz, BGBl 1990/283 zuletzt idF BGBl I 2011/58
BEinstG	Behinderteneinstellungsgesetz, BGBl 1970/22 zuletzt idF BGBl I 2011/7
BGBI	Bundesgesetzblatt
B-GlBG	Bundes-Gleichbehandlungsgesetz, BGBl 1993/10 zuletzt idF BGBl I 2011/6
BGStG	Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz, BGBl I 2005/82 zuletzt

	idF BGBl I 2011/7
B-KUVG	Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz, BGBl 1967/200 zuletzt idF BGBl I 2010/111
BlgNR	Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats
BMASK	Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz
BMSVG	Betriebliches Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz, BGBl I 2002/100 zuletzt idF BGBl I 2011/77
BSAG	Bundessozialamtsgesetz, BGBl I 2002/150 zuletzt idF BGBl I 2010/111
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl 1930/1 zuletzt idF BGBl I 2011/60
bzw	beziehungsweise
DVG	Dienstrechtsverfahrensgesetz, BGBl 1984/29 zuletzt idF BGBl I 2010/6
DRdA	Das Recht der Arbeit (Zeitschrift)
EA	Entschließungsantrag
EB	Erläuternde Bemerkungen
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EGC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
etc	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f	folgend(-e; er)
ff	fortfolgend(-e)
FS	Festschrift
GBK/GAW-G	Bundesgesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft, BGBl 1979/108 zuletzt idF BGBl I 2011/7
GIBG	Gleichbehandlungsgesetz, BGBl I 2004/66 zuletzt idF BGBl I 2011/7
GP	Gesetzgebungsperiode
Hrsg	HerausgeberIn
IA	Initiativantrag
idR	in der Regel

idS	in diesem Sinne
iFamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
infas	Informationen aus dem Arbeits-und Sozialrecht (Zeitschrift)
insb	insbesondere
iSd	im Sinne des/der
JBl	Juristische Blätter (Zeitschrift)
JGS	Justizgesetzsammlung
JN	Jurisdiktionsnorm, RGBl 1895/111 zuletzt idF BGBl I 2010/111
KSchG	Konsumentenschutzgesetz, BGBl 1979/140 zuletzt idF BGBl I 2011/100
LGBL	Landesgesetzblatt
ME	Ministerialentwurf
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (deutsche Zeitschrift)
NR	Nationalrat
NWV	Neuer Wissenschaftlicher Verlag
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung (Zeitschrift)
OLG	Oberlandesgericht
RdM	Recht der Medizin (Zeitschrift)
RdW	Recht der Wirtschaft (Zeitschrift)
RGBl	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie der Europäischen Union
Rs	Rechtssache
RV	Regierungsvorlage
S	Seite(-n)
SGB	(deutsches) Sozialgesetzbuch
SVSlg	Sozialversicherungsrechtliche Entscheidungen (Entscheidungssammlung)
ua	unter anderem
uE	unseres Erachtens

UN	United Nations (Vereinte Nationen)
usw	und so weiter
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz, BGBl 1978, 569 zuletzt idF BGBl I 2011/77
VersVG	Versicherungsvertragsgesetz, BGBl 1959/2 zuletzt idF BGBl I 2010/58
vgl	vergleiche
VR	Versicherungsrundschau (Zeitschrift)
Z	Ziffer
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
zB	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung, RGBl 1895/113 zuletzt idF BGBl I 2011/108
zuvo	Zukunftsvorsorge aktuell (Zeitschrift)

I. EINFÜHRUNG

A. AUSGANGSSITUATION UND FRAGESTELLUNGEN

Im Jahr 2005 ist in Österreich ein Behindertengleichstellungspaket verabschiedet worden, das mit 1. 1. 2006 insb mit dem Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz (BGStG, BGBl I 2005/82 zuletzt idF BGBl I 2011/7) und einer umfassenden Novellierung des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinstG, BGBl 1970/22 zuletzt idF BGBl I 2011/7) sowie der Einrichtung eines Behindertenanwalts/einer Behindertenanwältin im Rahmen des Bundesbehindertengesetzes (BBG, BGBl 1990/283 zuletzt idF BGBl I 2010/111) umgesetzt wurde.

Im Regierungsübereinkommen für die 24. Gesetzgebungsperiode (2008-2013) sind ein Monitoring, eine Evaluierung und eine Weiterentwicklung des Behindertengleichstellungsrechts vorgesehen.

Das Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (BMAASK) hat dazu eine sozialwissenschaftliche Studie in Auftrag gegeben, deren Zwischenergebnisse bereits vorliegen. Diese Untersuchung soll nun durch eine rechtliche Evaluierung ergänzt werden, in der insb den folgenden Fragen nachgegangen werden soll und dazu entsprechende Lösungsvorschläge entwickelt werden sollen:

1. Bisher gibt es nur eine Klagemöglichkeit auf Schadenersatz. Welche **zusätzlichen Rechtsinstrumente** wären sinnvoll, um die Behindertengleichstellung weiter zu entwickeln (zB Klagen auf Unterlassung von Diskriminierungen, Klagen auf Beseitigung von Barrieren?)
2. Bisher gibt es nur sehr wenige Klagen nach dem Behindertengleichstellungsrecht. Wie könnte der **Zugang zum Recht** erleichtert werden?
3. Bei privaten **Versicherungen und Finanzdienstleistungen** kommt es immer wieder zu Benachteiligungen wegen einer Behinderung. Wie könnte in diesem Bereich

der **Rechtsschutz** verbessert werden?

4. Bisher gab es keine einzige Verbandsklage. Wie kann das Instrument der **Verbandsklage effizienter gestaltet** werden (zB Ausweitung der Klagebefugnis auf andere Interessenvertretungen?)
5. Ist eine **Adaptierung des Schlichtungsverfahrens** erforderlich? Sind beim Schlichtungsverfahren **Sanktionen** möglich und sinnvoll?
6. Wie ist das **Verhältnis der Diskriminierungsverbote** im BGStG und BEinstG zum Gebot der „**angemessenen Vorkehrungen**“ für ArbeitgeberInnen in § 6 Abs 1a BEinstG?
7. Wie kann die Einrichtung der **Behindertenanwaltschaft** verbessert werden? Soll der Behindertenanwalt/die Behindertenanwältin zusätzliche Befugnisse bekommen?
8. Sollten für den **Behindertenanwalt/die Behindertenanwältin** Regelungen getroffen werden über die Bestellung, die Bezahlung sowie über seine/ihre Vertretung im Fall vorübergehender Verhinderung?

B. METHODISCHE VORGANGSWEISE

Die Beantwortung dieser und im Zuge der näheren Auseinandersetzung möglicherweise noch auftauchender zusätzlicher Fragen setzt zunächst eine **Analyse der bestehenden Rechtslage** insb im Lichte ihrer Genese voraus. Dabei sind auch offene grundsätzliche dogmatische Probleme zu klären, wie etwa die Frage der Auswirkungen der Konvention („Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen“) BGBl III 2008/155 auf die bereits vorher erlassenen nationalen Regelungen oder die sachliche Rechtfertigung von Unterschieden zwischen BGStG/BEinstG und dem Gleichbehandlungsgesetz (GIBG, BGBl I 2004/ 66 zuletzt idF BGBl I 2011/7), auf die gegebenenfalls auch im Zuge der Erörterung der einzelnen Fragestellungen gesondert einzugehen ist.

Noch bevor also eine Auseinandersetzung mit den formulierten Fragestellungen erfolgt, ist ein (möglichst kurz gehaltener) **Überblick über die geltende Rechtslage** und deren Entstehungsgeschichte zu geben, wobei die in den Fragen des BMASK angesprochenen Probleme in ihren rechtlichen Kontext eingeordnet werden müssen.

Erst im Anschluss daran kann auf die **konkreten Fragestellungen** eingegangen werden. Da zum Behindertengleichstellungsrecht aufgrund der relativen Neuheit der Materie nur wenig Literatur und noch weniger Judikatur vorliegt, setzt sowohl die **Identifikation der rechtlichen Problematik** als auch die **Entwicklung von Vorschlägen**, wie die Rechtslage und vor allem die Praxis der Behindertengleichstellung verbessert bzw effizienter gestaltet werden könnte, einiges an Grundlagenarbeit voraus. Darüber hinaus müssen nicht nur – soweit vorhanden – Vergleiche mit anderen „Anti-Diskriminierungsregelungen“ angestellt werden, sondern ist auch eine Analyse anderer gesetzlicher Vorgaben (etwa zum Versicherungsrecht) erforderlich. Zweckmäßigerweise sind auch Good-Practice-Modelle aus anderen Rechtsbereichen (etwa dem Konsumentenschutzrecht) im Inland, sowie nach Möglichkeit in anderen Staaten und deren Übertragbarkeit auf das Behindertengleichstellungsrecht zu untersuchen. Nur auf diese Art und Weise wird es möglich sein, Antworten auf die gestellten Fragen zu finden und – allenfalls auch in Alternativen – Möglichkeiten für die bessere Bewältigung der jeweils dahinter stehenden Probleme aufzuzeigen.

C. ÜBERBLICK ÜBER DIE AKTUELLE RECHTSLAGE

1. VERFASSUNGSRECHTLICHE VORGABEN

Die Kompetenzbestimmungen der österreichischen Bundesverfassung, genauer die Art 10 ff Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG, BGBl 1930/1 zuletzt idF BGBl I 2011/60) enthalten keinen einheitlichen Kompetenztatbestand für die Belange von Menschen mit Behinderungen. Das Behindertenrecht gehört somit zu den sogenannten **Querschnittsmaterien** (vgl auch EBRV 836 BlgNR 22. GP 6), womit sich die Zuständigkeit danach richtet, mit welchem Kompetenztatbestand der Regelungsinhalt in einem sachlichen Konnex steht.

Somit ist der Bund neben der „Einrichtung der Bundesbehörden und sonstigen Bundesämter“ sowie dem Dienstrecht der Bundesbediensteten (Art 10 Abs 1 Z 16 B-VG) insb

für Regelungen im Zusammenhang mit dem „Zivilrechtswesen“ (Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG), dem „Arbeitsrecht“ sowie dem „Sozialversicherungswesen“ (beide Art 10 Abs 1 Z 11 B-VG), dem „Gesundheitswesen“ (Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG), aber auch etwa dem „Geld-, Kredit-, Börse- und Bankwesen“ (Art 10 Abs 1 Z 5 B-VG), der „Fürsorge für Kriegsteilnehmer und deren Hinterbliebene“ (Art 10 Abs 1 Z 15 B-VG), sowie „Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie“ (Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG) in Gesetzgebung und Vollziehung zuständig. Im Bereich des „Armenwesens“ und der „Heil- und Pflegeanstalten“ (Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG) obliegt dem Bund lediglich die Grundsatzgesetzgebung, während Ausführungsgesetzgebung und Vollziehung in die Kompetenz der Länder fällt. Letztere sind darüber hinaus aufgrund deren subsidiären Generalkompetenz nach Art 15 B-VG insb für Fürsorgeangelegenheiten und damit vor allem die über das „Armenwesen“ hinausgehende Sozial- und Behindertenhilfe zuständig.

Diese Zersplitterung der Kompetenzverteilung hat naturgemäß zur Folge, dass sich in einer **Vielzahl von Bundes- und Landesgesetzen** Bestimmungen zum **Schutz von Menschen mit Behinderungen** finden (vgl auch EBRV 836 BlgNR 22. GP 6).

Neben diesen kompetenzrechtlichen Vorgaben ist aus verfassungsrechtlicher Sicht im Hinblick auf die Behindertengleichstellung vor allem der Gleichheitsgrundsatz des Art 7 Abs 1 B-VG und insb die dort mit BGBl I 1997/87 eingefügten Sätze drei und vier bedeutsam. Art 7 Abs 1 **Satz 3** B-VG normiert explizit, dass niemand wegen einer Behinderung benachteiligt werden darf. Zwar ergibt sich ein verfassungsrechtlich gewährleistetes Recht auf Gleichbehandlung (auch) für Menschen mit Behinderungen grundsätzlich bereits aus dem ersten Satz des Art 7 B-VG. Da Behinderungen aber in der Realität vielfach Grund für Diskriminierungen waren, wurde den Materialien zufolge ein ausdrückliches **Diskriminierungsverbot** in das B-VG aufgenommen (AB 785 BlgNR 20. GP 3 f).

Durch dieses wird nunmehr eindeutig klargestellt, dass eine bestehende Behinderung kein Grund für eine Benachteiligung sein kann. Eine solche kann dabei nicht nur in

einer **nachteiligen Ungleichbehandlung**, sondern auch in einer **unsachlichen Gleichbehandlung** begründet sein. Letzteres ist insofern von Bedeutung, als sich damit in bestimmten Fällen schon aus den Vorgaben des B-VG eine Verpflichtung zur Bedachtnahme auf die besondere Situation von Menschen mit Behinderungen ergibt (idS auch Davy, Der Gleichheitssatz des österreichischen Rechts und Menschen mit Behinderung, in FS Funk 2003, 81 f). Die explizite Bezugnahme des Art 7 Abs 1 Satz 3 B-VG auf eine Benachteiligung und nicht etwa eine Ungleichbehandlung macht überdies deutlich, dass eine rechtliche **Besserstellung von Menschen mit Behinderungen** im Vergleich zu solchen ohne Behinderung aufgrund der besonderen Situation von Menschen mit Behinderungen (auch) **verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig** ist.

Vergleicht man den dritten Satz des Art 7 B-VG mit dem ersten dieser Bestimmung, so fällt weiters auf, dass erstgenannter im Gegensatz zu letzterem nicht auf die Staatsbürgerschaft der Betroffenen Bezug nimmt („niemand“). Anders als der allgemeine Gleichheitsgrundsatz des ersten Satzes gilt das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung somit nicht nur für österreichische StaatsbürgerInnen (sowie aufgrund des unionsrechtlichen Diskriminierungsverbots für UnionsbürgerInnen), sondern für **alle** Menschen mit Behinderungen, unabhängig von deren Staatsbürgerschaft (vgl auch die EB zum IA 342/A BlgNR 20. GP).

Wie aus den Erläuterungen zum ursprünglichen Initiativantrag hervorgeht, war zunächst eine Geltung des Benachteiligungsverbots wegen einer Behinderung auch zwischen Privatrechtsträgern beabsichtigt, wobei dieses wie das Grundrecht auf Datenschutz vor den ordentlichen Gerichten durchzusetzen sein sollte (EB zum IA 342/A BlgNR 20. GP). Demnach sollte nicht, wie es sonst bei Grundrechten die Regel ist, eine unmittelbare Bindung nur des Staates, sondern eine unmittelbare Drittwirkung des Diskriminierungsverbots vorgesehen werden. Im Rahmen des parlamentarischen Verfahrens wurde jedoch ein Abänderungsantrag eingebracht, welcher explizit darauf verweist, dass mit der Nichtdiskriminierungsklausel **keine Drittwirkung** begründet wird (vgl AB 785 BlgNR

20. GP 5). Da dieser Abänderungsantrag am 26. 6. 1997 im Ausschuss angenommen wurde (vgl http://-www.parlament.gv.at/PG/DE/XX/I/I_00785/pmh.shtml), lässt sich eine unmittelbare Drittwirkung des Benachteiligungsverbots im Lichte des Willens des historischen Gesetzgebers nicht mehr begründen. Es ist somit davon auszugehen, dass auch der dritte Satz des Art 7 B-VG Menschen mit Behinderungen grundsätzlich **(nur) gegenüber dem Staat** ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes subjektives Recht auf Gleichbehandlung einräumt.

Darüber hinaus enthält Art 7 Abs 1 **Satz 4** B-VG eine **Staatszielbestimmung**, wonach sich die Republik Österreich (also Bund, Länder und Gemeinden) dazu bekennt, die Gleichbehandlung von behinderten und nichtbehinderten Menschen in allen Bereichen des täglichen Lebens zu gewährleisten. Zwar räumt diese Bestimmung Einzelnen kein subjektives Recht und damit keinen Anspruch auf Einhaltung des Bekenntnisses seitens der Republik Österreich ein. Jedoch ist mit Art 7 Abs 1 Satz 4 die Gleichbehandlung von Menschen mit Behinderungen verfassungsgesetzlich als **Ziel** festgeschrieben und damit insb auch bei der Auslegung österreichischer Rechtsvorschriften zu berücksichtigen.

Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass neben diesen Vorgaben mit BGBl I 2005/81 in Art 8 B-VG ein neuer Abs 3 eingefügt wurde, wonach die österreichische **Gebärdensprache** als eigenständige Sprache anerkannt ist (dazu auch Widy/Ernst, Behinderteneinstellungsgesetz7 [2011] 170).

2. NEUREGELUNG DURCH DAS BEHINDERTENGLEICHSTELLUNGSPAKET

2.1. ENTSTEHUNG

Ausgangspunkt für die Neuregelung durch das Behindertengleichstellungspaket waren zum einen unionsrechtliche Vorgaben, genauer die Gleichbehandlungs-Rahmen-Richtlinie der Europäischen Union (RL 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen

Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl 2000/303, 16-22). Diese verpflichtete die Mitgliedstaaten dazu, entsprechende rechtliche Vorkehrungen zu treffen, um Diskriminierungen im Bereich Beschäftigung und Beruf ua aufgrund einer Behinderung zu verhindern. Diese Vorgaben durch die Gleichbehandlungs-Rahmen-Richtlinie waren von den Mitgliedstaaten grundsätzlich bis zum 2. 12. 2003 in das nationale Recht umzusetzen.

Zum anderen wurde im Jahr 2003 eine EntschlieÙung aller im Parlament vertretenen Parteien getroffen, wonach die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen herbeigeführt werden sollte. Zu diesem Zweck wurde die Bundesregierung mit der Erarbeitung eines Entwurfs zu einem Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz beauftragt (vgl EBRV 836 BlgNR 22. GP 1, 3). Mit dem mit 1. 1. 2006 in Kraft getretenen Behindertengleichstellungspaket wurde sodann ua das BGStG erlassen und damit auch auf einfachgesetzlicher Ebene ein umfassendes Verbot der Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen statuiert.

Die durch die Gleichbehandlungs-Rahmen-Richtlinie vorgesehenen Diskriminierungsverbote im Zusammenhang mit Beschäftigung und Beruf wurden jedoch von diesem „allgemeinen“ Diskriminierungsschutz ausgenommen (vgl § 2 Abs 3 BGStG) und aus gesetzessystematischen Erwägungen im BEinstG verankert (siehe insb §§ 7a bis 7r; vgl auch EBRV 836 BlgNR 22. GP 4; Hofer/Iser/Miller-Fahringer/Rubisch, Behindertengleichstellungsrecht [2006], § 2 BGStG Rz 24). Darüber hinaus wurde mit dem Behindertengleichstellungspaket auch das BBG novelliert und ein eigener Abschnitt über die Bestellung eines weisungsfreien „Anwalts für Gleichbehandlungsfragen für Menschen mit Behinderungen“ (vgl §§ 13b ff BBG) eingefügt.

Mit Erlassung des Behindertengleichstellungspakets und insb des BGStG ging der österreichische Gesetzgeber weit über die unionsrechtlichen Vorgaben hinaus, gebietet die Gleichbehandlungs-Rahmen-Richtlinie (RL 2000/78/EG) doch nur die Verwirklichung

der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf. Das BGStG gewährt demgegenüber einen **allgemeinen Diskriminierungsschutz für Menschen mit Behinderungen** in nahezu allen Lebensbereichen. Wie sich nunmehr zeigt, war diese Entscheidung des österreichischen Gesetzgebers nicht nur aus Sicht der Betroffenen richtig. Denn inzwischen liegt ein Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung auch außerhalb der Bereiche Beschäftigung und Beruf vor (KOM [2008] 426 endg).

Aufgrund der kompetenzrechtlichen Situation hätte freilich auch eine Antidiskriminierungsregelung für alle Gesellschaftsbereiche die Schaffung eines neuen Kompetenztatbestands erfordert. Ein Konsens zur Schaffung einer entsprechenden Verfassungsbestimmung ließ sich im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens jedoch nicht herstellen (vgl EBRV 836 BlgNR 22. GP 4; AB 1028 BlgNR 22. GP 2). Aus diesem Grund wurden im Rahmen des BGStG und des BEinstG Antidiskriminierungsregelungen nur für jene Bereiche getroffen, die in die Kompetenz des Bundesgesetzgebers fielen. **Gegenstand der vorliegenden Analyse** sind in der Folge ebenfalls nur diese **bundesrechtlichen Regelungen zur Behindertengleichstellung**, nicht also die Antidiskriminierungsbestimmungen der Bundesländer.

2.2. BUNDES-BEHINDERTENGLEICHSTELLUNGSGESETZ

Ziel des BGStG ist es nach dessen § 1, die Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen zu beseitigen oder zu verhindern und damit die **gleichberechtigte Teilhabe** von Menschen mit Behinderungen am Leben in der Gesellschaft zu gewährleisten und ihnen eine selbstbestimmte Lebensführung zu ermöglichen. Sein Geltungsbereich umfasst dabei einerseits die Verwaltung des Bundes einschließlich der von ihm zu beaufsichtigenden Selbstverwaltung und dessen Tätigkeit als Träger von Privatrechten. Andererseits gelten die Vorgaben des BGStG aber auch für Rechtsverhältnisse

einschließlich deren Anbahnung und Begründung sowie die Inanspruchnahme oder Geltendmachung von Leistungen außerhalb eines Rechtsverhältnisses, soweit es um den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen geht, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, und für die unmittelbare Regelungskompetenz des Bundes gegeben ist (vgl § 2 Abs 1 und 2 BGStG). Explizit ausgenommen ist dem oben Gesagten entsprechend der im BEinstG geregelte Schutz vor Diskriminierungen in der Arbeitswelt (§ 2 Abs 3 BGStG).

§ 3 BGStG definiert, im Wesentlichen übereinstimmend mit § 3 BEinstG, was unter einer Behinderung im Sinne dieses Gesetzes zu verstehen ist und grenzt so den geschützten Personenkreis ab. Eine solche ist demnach „die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden körperlichen, geistigen oder psychischen Funktionsbeeinträchtigung oder Beeinträchtigung der Sinnesfunktionen, die geeignet ist, die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft zu erschweren.“ Als nicht nur vorübergehend gilt dabei ein Zeitraum von „mehr als voraussichtlich sechs Monaten“. Eine Einschränkung auf einen bestimmten Grad der Behinderung, wie sie sich insb für den an die Begünstigteneigenschaft iSd § 2 BEinstG anknüpfenden besonderen Kündigungsschutz (§ 8 BEinstG) ergibt, ist nicht vorgesehen.

Der **Behinderungsbegriff** ist damit **sehr weit** gefasst, was im Hinblick auf den Zweck, jegliche Diskriminierungen aus dem Grund einer Behinderung hintanzuhalten, unzweifelhaft zu befürworten ist. Auch ermöglicht es die gewählte Formulierung, einem modernen Verständnis von Behinderung – und der Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (dazu auch unten 3.) – entsprechend, sozial konstruierte Benachteiligungen (insb infolge von Barrieren und ablehnenden Verhaltensweisen der Umwelt) in den Behinderungsbegriff und damit den Diskriminierungsschutz einzubeziehen. Eine Diskriminierung aufgrund einer Behinderung wäre demnach, wie in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum BGStG explizit ausgeführt, etwa auch im Falle einer Benachteiligung aufgrund einer diagnostizierten,

aber noch nicht virulenten Multiplen Sklerose oder einer Diagnose HIV positiv ohne Merkmale von AIDS anzunehmen (EBRV 836 BlgNR 22. GP 7).

Eine unzulässige Diskriminierung liegt dabei nicht nur dann vor, wenn „eine Person auf Grund einer Behinderung in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde“, diese also **unmittelbar** aufgrund ihrer Behinderung **diskriminiert** wird. Untersagt sind vielmehr auch **mittelbare Diskriminierungen**, also „dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sowie Merkmale gestalteter Lebensbereiche (die) Menschen mit Behinderungen gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können“, es sei denn, diese sind im konkreten Fall sachlich gerechtfertigt (§ 5 Abs 1 und 2 BGStG). Erfasst sind demnach auch Vorgaben im weiteren Sinn, die zwar nicht ausschließlich Menschen mit Behinderungen betreffen, bzw sich nicht ausschließlich auf diese nachteilig auswirken, die aber geeignet sind, Menschen mit Behinderungen besonders zu benachteiligen. Grundsätzlich verboten sind somit insb auch Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen durch verschiedene Arten von Barrieren (vgl auch EBRV 836 BlgNR 22. GP 7 f). Ein wesentliches Ziel des BGStG ist damit die möglichst weitgehende Herstellung von **Barrierefreiheit**, wobei diese gemäß § 6 Abs 5 dieses Gesetzes dann anzunehmen ist, wenn „bauliche und sonstige Anlagen, Verkehrsmittel, technische Gebrauchsgegenstände, Systeme der Informationsverarbeitung sowie andere gestaltete Lebensbereiche (...) für Menschen mit Behinderungen in der allgemein üblichen Weise, **ohne besondere Erschwernis** und grundsätzlich **ohne fremde Hilfe zugänglich und nutzbar** sind“.

Darüber hinaus stellen auch **Belästigungen** im Zusammenhang mit einer Behinderung und die **Anweisung** zu einer Diskriminierung oder Belästigung eine Diskriminierung dar (§ 5 Abs 3 und 4 BGStG). Explizit erfasst sind überdies Diskriminierungen von (nichtbehinderten) Personen aufgrund deren **Naheverhältnisses** zu einer Person mit Behinderung, wobei letzteres seit der Novelle mit BGBl I 2011/7 nicht mehr auf bestimmte Angehörige

eingeschränkt wird. Diese Änderung trägt nicht nur dem Zweck des BGStG Rechnung, Diskriminierungen aufgrund einer Behinderung generell hintanzuhalten, sondern stellt den Materialien zufolge auch eine Reaktion auf die von Behindertenverbänden geäußerten Probleme in der Praxis dar (EBRV 938 BlgNR 24. GP 13).

Für die durch das BGStG verpflichteten Personen besteht freilich – neben detaillierten Übergangsbestimmungen (vgl § 19 Abs 2 bis 10 BGStG) – eine zentrale (und auch verfassungsrechtlich gebotene) Einschränkung des Diskriminierungsverbots: Eine mittelbare Diskriminierung liegt nämlich dann nicht vor, wenn die Beseitigung der Benachteiligung rechtswidrig oder für den/die Verpflichtete/n wegen **unverhältnismäßiger Belastungen** unzumutbar wäre (§ 6 Abs 1 BGStG). Hierbei sind gemäß § 6 Abs 2 BGStG insb der mit der Beseitigung der die Benachteiligung begründenden Bedingungen verbundene Aufwand, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der eine Diskriminierung bestreitenden Partei, Förderungen aus öffentlichen Mitteln für die entsprechenden Maßnahmen, die zwischen dem In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes und der behaupteten Diskriminierung vergangene Zeit, die Auswirkung der Benachteiligung auf die allgemeinen Interessen des durch dieses Gesetz geschützten Personenkreises, sowie beim Zugang zu Wohnraum der von der betroffenen Person darzulegende Bedarf an der Benutzung der betreffenden Wohnung zu berücksichtigen. Darüber hinaus ist zu prüfen, ob einschlägige auf den gegenständlichen Fall anwendbare Rechtsvorschriften zur Barrierefreiheit vorliegen und ob und inwieweit diese eingehalten wurden (§ 6 Abs 4 BGStG).

Eine möglichst weitgehende Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen wird dadurch sichergestellt, dass im Falle des Vorliegens einer unverhältnismäßigen Belastung dennoch eine Diskriminierung vorliegt, wenn „verabsäumt wurde, durch zumutbare Maßnahmen zumindest eine maßgebliche Verbesserung der Situation der betroffenen Person im Sinne einer größtmöglichen Annäherung an eine Gleichbehandlung zu bewirken“ (§ 6 Abs 3 BGStG).

Wird das Diskriminierungsverbot verletzt, so hat die diskriminierte Person gemäß § 9 Abs 1 BGStG „jedenfalls Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens und auf eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung“, wobei letztere im Falle von Belästigungen (nunmehr) mindestens EUR 1 000,- beträgt (§ 9 Abs 2 BGStG). Ist die Belästigung in Vollziehung der Gesetze erfolgt, besteht der Anspruch auch gegenüber dem zuständigen Rechtsträger (§ 9 Abs 3 BGStG). Darüber hinaus ist bei der Bemessung der Höhe des immateriellen Schadenersatzes insb auf die Dauer der Diskriminierung, die Schwere des Verschuldens, die Erheblichkeit der Beeinträchtigung und Mehrfachdiskriminierungen Bedacht zu nehmen (§ 9 Abs 4 BGStG). § 9 Abs 5 BGStG ergänzt diese Vorgaben durch ein **Viktimisierungsverbot**, wonach weder die betroffene, noch eine andere Person, die als Zeugin oder Zeuge oder Auskunftsperson in einem Verfahren auftritt oder eine Beschwerde einer betroffenen Person unterstützt, als Reaktion auf eine Beschwerde oder auf die Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung des Diskriminierungsverbots benachteiligt werden darf.

Wie ua die Ergebnisse der vom BMASK in Auftrag gegebenen sozialwissenschaftlichen Studie zeigen, wird freilich die bestehende Möglichkeit zur Geltendmachung von Schadenersatz seitens der Betroffenen vielfach als nicht ausreichend zur Verwirklichung der Behindertengleichstellung angesehen. Die Frage, **welche zusätzlichen Rechtsschutzinstrumente hier sinnvoll und möglich** wären, bedarf daher an geeigneter Stelle einer eingehenderen Erörterung.

Ein besonders rezentes Problem stellen nach Auskunft des BMASK in diesem Zusammenhang Verträge in Bezug auf **private Versicherungen und Finanzdienstleistungen** dar, sodass es diesbezüglich zu klären gilt, ob und gegebenenfalls welche **spezifischen Rechtsschutzmöglichkeiten** hier vorgesehen werden könnten. Da es bisher insgesamt relativ wenige Klagen nach dem BGStG gibt, stellt sich darüber hinaus die Frage, ob und wie der **Zugang zum Recht** für die Betroffenen erleichtert werden kann.

Ansprüche nach dem BGStG können gemäß § 10 Abs 1 BGStG nach dem Amtshaftungsgesetz (AHG, BGBl 1949/20 zuletzt BGBl I 1999/194), geltend gemacht werden, sofern eine Diskriminierung in Vollziehung der Gesetze erfolgt ist. Ansonsten steht den Betroffenen eine Klage bei Gericht offen, die allerdings gemäß § 10 Abs 2 BGStG an die vorherige **erfolgreiche** Durchführung eines **Schlichtungsverfahrens** beim Bundessozialamt (§§ 14 ff BGStG) gebunden ist. Diese Voraussetzung gilt dabei auch im Falle von Mehrfachdiskriminierungen. Macht demnach eine Person sowohl eine Verletzung des Diskriminierungsverbots nach dem BGStG (oder dem BEinstG) als auch eine Verletzung des Verbots von Diskriminierungen aus anderen Gründen geltend (wobei ein solches außerhalb der Arbeitswelt nach dem GIBG bzw Bundes-Gleichbehandlungsgesetz [B-GIBG, BGBl 1993/10 zuletzt idF BGBl I 2011/6] nur hinsichtlich der ethnischen Zugehörigkeit und des Geschlechts besteht), so sind **alle Diskriminierungstatbestände** im Schlichtungsverfahren abzuhandeln und nach den Vorgaben des BGStG (bzw BEinstG) geltend zu machen (vgl § 11 BGStG; siehe auch § 30 Abs 7 B-GIBG; § 38 Abs 6 sowie §§ 15 Abs 4, 29 Abs 4 GIBG).

Für die gerichtliche Geltendmachung gilt gemäß § 10 Abs 3 BGStG grundsätzlich eine **Verjährungsfrist von drei Jahren**. Lediglich im Falle von Belästigungen steht hier nur ein Jahr zur Verfügung. Die Einleitung des Schlichtungsverfahrens bewirkt freilich nicht nur die Hemmung der Fristen zur gerichtlichen Geltendmachung (§ 10 Abs 4 BGStG). Der betroffenen Person steht vielmehr nach Zustellung der Bestätigung über die erfolglose Durchführung der Schlichtung gemäß § 10 Abs 5 BGStG zumindest noch eine Frist von drei Monaten offen.

Das Schlichtungsverfahren wurde, wie auch die Ergebnisse der sozialwissenschaftlichen Studie belegen, grundsätzlich gut angenommen und von den Betroffenen auch durchwegs als positiv bewertet. Kritisiert wurde jedoch fallweise die fehlende Sanktionsmöglichkeit im Falle des Nichterscheinens zum Schlichtungsverfahren. Auch davon abgesehen gilt es im Rahmen dieser Einschätzung zu klären, **ob und wie**

das Instrument der Schlichtung weiter verbessert und so dessen positive Wirkungen optimiert werden können.

Da der Nachweis einer Diskriminierung naturgemäß schwierig sein kann, sieht § 12 BGStG Beweiserleichterungen zugunsten der die Diskriminierung behauptenden Person in der Form vor, dass deren Glaubhaftmachung genügt. Ist dies gelungen, so obliegt es der beklagten Partei, zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes von ihr glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war; im Falle der Berufung auf eine Belästigung oder eine durch Barrieren verursachte Diskriminierung obliegt der beklagten Partei der Beweis, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die von ihr glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

Neben den betroffenen Personen selbst, steht – unter relativ eingeschränkten Voraussetzungen – der Österreichischen Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation die Möglichkeit einer **Verbandsklage** offen (§ 13 BGStG). Werden demnach durch einen Verstoß gegen das BGStG die allgemeinen Interessen des durch dieses Gesetz geschützten Personenkreises wesentlich und dauerhaft beeinträchtigt, kann dieser Dachverband auf Empfehlung der Bundesbehindertenbeirats gemäß § 8 BBG unabhängig von einem konkreten Einzelfall eine Klage auf Feststellung einer Diskriminierung aus dem Grund einer Behinderung einbringen. Diese Möglichkeit einer Verbandsklage wurde freilich bisher kein einziges Mal genützt. Im Rahmen dieser Stellungnahme soll damit auch der Frage nach einer **effizienteren Gestaltung dieses Instrumentes** nachgegangen werden.

2.3. BEHINDERTENEINSTELLUNGSGESETZ

Wie bereits erwähnt, wurden mit dem Behindertengleichstellungspaket auch – durch die Gleichbehandlungs-Rahmen-Richtlinie notwendig gewordene – Antidiskriminierungsbestimmungen in das BEinstG aufgenommen. Diese orientieren sich im Wesentlichen

am Text der Richtlinien und sind weitgehend analog zu den im GIBG (bzw B-GIBG) bezüglich Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters sowie der sexuellen Ausrichtung getroffenen Regelungen. Einige Besonderheiten sind jedoch hervorzuheben:

Zunächst ist zu erwähnen, dass in Umsetzung der Gleichbehandlungs-Rahmen-Richtlinie nicht nur die Antidiskriminierungsbestimmungen der §§ 7a ff BEinstG eingefügt, sondern auch in § 6 Abs 1a BEinstG eine besondere Förderpflicht für (potentielle) ArbeitgeberInnen von Menschen mit Behinderungen vorgesehen wurde. Demnach haben diese „die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um Menschen mit Behinderungen 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 Dienstgeber unverhältnismäßig belasten.“ Diese Belastung ist dabei (jedenfalls) dann nicht unverhältnismäßig, „wenn sie durch Förderungsmaßnahmen nach bundes- oder landesgesetzlichen Vorschriften ausreichend kompensiert werden kann“. Diese auf den ersten Blick relativ klare Regelung wirft – neben der naturgemäß immer bestehenden Schwierigkeit, das (Nicht-)Vorliegen einer unverhältnismäßigen Belastung im Einzelfall festzustellen – insb die noch zu beantwortende Frage auf, wie das **Verhältnis** dieses Gebots **zu den im BGStG und BEinstG enthaltenen Diskriminierungsverboten** zu beurteilen ist.

Darüber hinaus ist festzustellen, dass sich die Rechtsschutzmöglichkeiten im Anwendungsbereich des BEinstG von jenen des BGStG in zweifacher Hinsicht **unterscheiden**. Zum einen stehen dem/der in der Arbeitswelt Diskriminierten nicht nur **Schadenersatzansprüche** zu. So kann etwa bei Diskriminierung im Zusammenhang mit der Beendigung eines Dienstverhältnisses gemäß § 7f BEinstG die Kündigung, Entlassung oder Auflösung des Probedienstverhältnisses bei Gericht angefochten werden bzw bei diskriminierender Beendigung durch Zeitablauf auf Feststellung des unbefristeten Bestehens des Dienstverhältnisses geklagt werden. Bei sonstigen Diskriminierungen im

Zusammenhang mit einem Dienstverhältnis (Diskriminierung bei Entgelt, freiwilligen Sozialleistungen, betrieblicher Aus- und Weiterbildung oder sonstigen Arbeitsbedingungen) steht dem/der Diskriminierten ebenso wie bei solchen in der sonstigen Arbeitswelt (mit Ausnahme des Zugangs zur selbständigen Erwerbstätigkeit) gemäß §§ 7g, 7h BEinstG alternativ zum Ersatz des Vermögensschadens und kumulativ zum Ersatz des immateriellen Schadens ein **Erfüllungsanspruch** zu.

Zum anderen besteht im Gegensatz zum BGStG im Falle von Diskriminierungen im Bereich der Arbeitswelt **keine Möglichkeit einer Verbandsklage** durch die Österreichische Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation. Vielmehr kann diese lediglich auf Verlangen einer betroffenen Person einem Rechtsstreit als **Nebenintervenient** iSd §§ 17 bis 19 Zivilprozessordnung (ZPO, RGBl 1895/113 zuletzt idF BGBl I 2011/108) beitreten (§ 7q BEinstG). Diese Vorgabe überrascht nicht nur im Vergleich zum BGStG, sondern auch in Anbetracht der im Bundesgesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft (GBK/ GAW-G, BGBl 1979/108 zuletzt idF BGBl I 2011/7) für Diskriminierungen aufgrund anderer geschützter Merkmale getroffenen Regelung und wirft die **Frage der sachlichen Rechtfertigung** dieser unterschiedlichen Vorgaben auf (dazu II. A.1.2.4. und II.A.3.).

Schwierigkeiten in der Praxis scheint überdies die (erfolgreiche) Durchführung des Schlichtungsverfahrens im Anwendungsbereich des öffentlichen Dienstrechts (vgl insb § 7l BEinstG) zu bereiten, sodass auch über **Möglichkeiten für eine Steigerung der Effizienz** der Schlichtung im dienstrechtlichen Verfahren nachzudenken ist.

2.4. BUNDESBEHINDERTENGESETZ

Auch das BBG erfuhr mit Erlassung des Behindertengleichstellungspakets eine Änderung bzw Ergänzung, indem ein neuer **Abschnitt IIb** über die Bestellung eines „Anwalts für Gleichbehandlungsfragen für Menschen mit Behinderungen (Behindertenanwalt)“

eingefügt wurde. Die Bestellung obliegt dabei gemäß § 13b dem/der **SozialministerIn**, wobei diese/r seit der mit 1. August 2011 wirksam gewordenen jüngsten Änderung (vgl Art 5 BGBl I 2011/58) verpflichtet ist, die Funktion des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin **öffentlich auszuschreiben** und Menschen mit Behinderung ausdrücklich zur Bewerbung einzuladen (§ 13d Abs 2 BBG). Darüber hinaus ist der/die SozialministerIn nunmehr gesetzlich verpflichtet, nach Einlangen der Bewerbungen und vor der Bestellung den Bundesbehindertenbeirat gemäß § 8 BBG anzuhören. Die im § 10 Abs 1 Z 6 BBG genannte Vereinigung – also die Österreichische Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation – hat weiters ein Hearing mit den in die engere Wahl gezogenen BewerberInnen durchzuführen (vgl § 13d Abs 4 BBG idF BGBl I 2011/58).

Um dem Problem einer (vorübergehenden) Verhinderung des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin vorzubeugen, ist der/die SozialministerIn nunmehr überdies verpflichtet, eine/n Bedienstete/n seines/ihres Ressorts als StellvertreterIn des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin für den Fall einer aus wichtigem Grund eingetretenen vorübergehenden Verhinderung für die Dauer von höchstens zwölf Monaten zu bestellen (§ 13d Abs 7 BBG).

Auch die materiellen Anforderungen an den Kandidaten/die Kandidatin wurden mit BGBl I 2011/58 neu geregelt. Demnach kann zum Behindertenanwalt/zur Behindertenanwältin nur bestellt werden, wer eigenberechtigt ist und besondere Erfahrungen und Kenntnisse auf den Gebieten der Belange von Menschen mit Behinderung, der Gleichbehandlung und der entsprechenden Rechtsvorschriften (§ 13d Abs 3 Z 1 BBG), Kenntnisse des Arbeits- und Sozialrechts (§ 13d Abs 3 Z 2 BBG) sowie praktische Erfahrungen im Hinblick auf die Aufgabengebiete des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin (§ 13d Abs 3 Z 3 BBG) aufweist. Bei gleicher sonstiger Eignung ist wie schon bisher einem Menschen mit Behinderung bei der Bestellung ausdrücklich der Vorzug zu geben.

Zu den Aufgaben des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin zählt gemäß § 13c BBG die Beratung und Unterstützung von Personen, die sich iSd BGStG oder der §§ 7a bis 7q BEinstG diskriminiert fühlen. Überdies kann er/sie Untersuchungen zum Thema der Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen durchführen sowie Berichte veröffentlichen und Empfehlungen abgeben. Er/sie ist dabei in Ausübung seiner/ihrer Tätigkeit „selbständig, unabhängig und an keine Weisungen gebunden“, hat aber jährlich einen Tätigkeitsbericht an den/die SozialministerIn zu legen sowie dem Bundesbehindertenbeirat (§ 8 BBG) mündlich zu berichten.

Auch die Einrichtung des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin wird nach den Ergebnissen der sozialwissenschaftlichen Evaluierungsstudie grundsätzlich positiv beurteilt. Vor allem von den Interessenvertretungen der Menschen mit Behinderungen wird jedoch immer wieder die Zahnlosigkeit der Behindertenanwaltschaft kritisiert, was insb die Frage nach **möglichen zusätzlichen Befugnissen** und/oder weiteren Optionen aufwirft, um diese Einrichtung zu verbessern. Davon abgesehen brachten die nicht sehr detaillierten gesetzlichen Vorgaben Fragen im Hinblick auf Bestellung, Bezahlung und Vertretung des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin mit sich. Da diese jedoch teilweise schon in vorab abgelieferten Stellungnahmen erörtert wurden (dazu auch Anhang I), die bereits in die mit 1. August 2011 (BGBl I 2011/58) vorgenommenen Änderungen im BBG eingeflossen sind, ist diesbezüglich nur noch die Regelung der **Bezahlung des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin** offen.

3. UN-BEHINDERTENRECHTSKONVENTION

Einfluss auf das Behindertengleichstellungsrecht hat nicht zu Letzt auch das für Österreich mit 26. 10. 2008 in Kraft getretene „Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen“ der Vereinten Nationen (mit BGBl III 2008/155 in das österreichische Recht transformiert).

Nach Artikel 4 dieses Übereinkommen verpflichten sich die Vertragsstaaten, die volle Verwirklichung aller Menschenrechte und Grundfreiheiten für alle Menschen mit Behinderungen **ohne jede Diskriminierung** aufgrund von Behinderung zu gewährleisten und zu fördern. Zu diesem Zweck haben sie ua alle geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und sonstigen Maßnahmen zur Umsetzung der in diesem Übereinkommen anerkannten Rechte und zur Änderung oder Aufhebung bestehender Gesetze, Verordnungen, Gepflogenheiten und Praktiken zu treffen, die eine Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen darstellen.

Zu den Menschen mit Behinderungen zählen dabei nach Artikel 1 Satz 2 „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“, womit wiederum ein **soziales Verständnis** der Behinderung deutlich wird (idS auch jüngst Buchner, Das soziale Modell von Behinderung, iFamZ 2011, 266). Unter einer „Diskriminierung aufgrund von Behinderung“ ist nach Artikel 2 jede Unterscheidung, Ausschließung oder Beschränkung aufgrund von Behinderung zu verstehen, „die zum Ziel oder zur Folge hat, dass das auf die Gleichberechtigung mit anderen gegründete Anerkennen, Genießen oder Ausüben aller Menschenrechte und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, bürgerlichen oder jedem anderen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird“. Dies umfasst explizit alle Formen der Diskriminierung, einschließlich der Versagung angemessener Vorkehrungen, also jener Änderungen und Anpassungen, die zur Gewährleistung eines gleichberechtigt mit anderen möglichen Genusses bzw einer Ausübung aller Menschenrechte und Grundfreiheiten notwendig und geeignet sind, und die keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen.

Die Republik Österreich ist damit auch nach dem internationalen Recht dazu verpflichtet, Diskriminierungen von Menschen mit Behinderungen in **allen Lebensbereichen** entgegenzuwirken. Da die UN-Behindertenrechtskonvention idS Art 50 Abs 2 Z 3

B-VG „durch Erlassung von Gesetzen zu erfüllen“ ist (vgl BGBl III 2008/ 155), wurde die innerstaatliche Wirkung an einen **Erfüllungsvorbehalt** gebunden. Durch diese „spezielle Transformation“ in das österreichische Recht entstehen unmittelbar aus der UN-Behindertenrechtskonvention weder subjektive Rechte, noch Verpflichtungen einzelner Personen (vgl nur *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰ [2007] Rz 239 f; s etwa auch OGH 6. 5. 2008, 1 Ob 8/08w = SZ 2008/59, hinsichtlich des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte).

Private LeistungsanbieterInnen werden somit durch die UN-Behindertenrechtskonvention nicht unmittelbar verpflichtet, sodass sich Diskriminierte diesen gegenüber auch nicht unmittelbar auf die Konvention berufen können. Diese können eine Diskriminierung vielmehr nur im Anwendungsbereich des BGStG/BEinstG (bzw der entsprechenden Landesregelungen) geltend machen. Wird demnach durch den Gesetzgeber in bestimmten Bereichen den Vorgaben des Übereinkommens nicht entsprochen, und wird in Anwendung dieser Vorgaben diskriminiert, besteht für die Betroffenen keine Möglichkeit, unter Berufung auf die UN-Behindertenrechtskonvention Schadenersatz oder Ähnliches zu verlangen. Insb stehen diesen, anders als beim unmittelbar anwendbaren Unionsrecht, auch keine Staatshaftungsansprüche gegenüber der Republik Österreich zu. Eine Berufung auf das BGStG scheidet im Falle von in (anderen) Gesetzen vorgesehenen (oder tolerierten) Diskriminierungen grundsätzlich ebenfalls aus, da die diskriminierenden gesetzlichen Vorgaben auf gleicher Stufe wie das BGStG stehen, und der jeweilige Widerspruch auch kaum jemals durch die *lex-posterior-* bzw *lex-specialis-*Regel zu lösen sein wird.

Ungeachtet der fehlenden unmittelbaren Anwendbarkeit der UN-Behindertenrechtskonvention zwischen Privaten ist diese freilich im Rahmen der Auslegung bestehender Vorgaben zu berücksichtigen. Analog zur sehr gebräuchlichen richtlinienkonformen Interpretation im Bereich des Unionsrechts, ist damit eine **konventionskonforme Auslegung** insoweit geboten, als die bestehenden innerstaatlichen Vorgaben einen diesbezüglichen Freiraum

eröffnen. Dies folgt schon daraus, dass die Republik Österreich (und insb der Gesetzgeber) durch Nichtanpassung der nationalen Vorgaben an das Konventionsrecht gegen die Verpflichtungen aus der Konvention verstößt. Schauer (Das UN-Übereinkommen über die Behindertenrechte und das österreichische Sachwalterrecht, iFamZ 2011, 258 [259]) hat darüber hinaus jüngst zu Recht darauf hingewiesen, dass die Behindertenrechtskonvention auch eine wichtige Argumentationshilfe im politischen Diskurs leisten kann.

II. RECHTLICHE EINSCHÄTZUNG DER VORGELEGTE FRAGESTELLUNGEN

Im Rahmen der folgenden Ausführungen werden die im Auftrag formulierten sowie im Zuge der Untersuchung der Rechtslage teilweise zusätzlich aufgetauchten Fragestellungen eingehend erörtert. Im **ersten** – und umfangreichsten – **Teil (A.)** werden zunächst jene fünf Fragen behandelt, die die **Antidiskriminierungsbestimmungen des BGStG bzw BEinstG** zum Gegenstand haben und letztlich alle auf eine mögliche **Verbesserung des Rechtsschutzes** im Falle von Diskriminierungen abzielen. Da auch die sechste Frage nach dem Verhältnis des Gebots der „angemessenen Vorkehrungen“ gemäß § 6 Abs 1a BEinstG zu den Diskriminierungsverboten (vor allem) für den Rechtsschutz der Betroffenen von Bedeutung ist, erfolgt auch die Auseinandersetzung mit dieser Frage im Rahmen des ersten Teils.

Die die Behindertenanwaltschaft und damit die Vorgaben des BBG betreffenden Fragestellungen werden demgegenüber in einem eigenen **Teil (B.)** behandelt.

Der Aufbau der Ausführungen folgt dabei dem einheitlichen Muster, dass zunächst die jeweils maßgebliche **Ausgangslage** geschildert und die diesbezüglich bestehenden **Probleme** identifiziert werden. Im Anschluss daran werden jeweils konkrete (auch alternative) **Lösungs- bzw Verbesserungsvorschläge** herausgearbeitet.

A. RECHTSSCHUTZMÖGLICHKEITEN

1. RECHTSSCHUTZINSTRUMENTE

1.1. AUSGANGSLAGE UND PROBLEMSTELLUNG

Die Rechtsfolgen bei Verletzung des Diskriminierungsverbots werden wie bereits erwähnt in § 9 BGStG geregelt und unterscheiden sich von jenen im Anwendungsbereich des BEinstG (§§ 7e ff BEinstG), wo den Betroffenen je nach Diskriminierungstatbestand teilweise ausdrücklich auch Erfüllungsansprüche – also solche auf Herstellung des diskriminierungsfreien Zustands – zugestanden werden (vgl §§ 7f ff BEinstG). Dagegen besteht gemäß § 9 Abs 1 bei Verletzung des Diskriminierungsverbots nach § 4 Abs 1 BGStG nur „jedenfalls Anspruch auf Ersatz des **Vermögensschadens** und auf eine Entschädigung für die erlittene **persönliche Beeinträchtigung**“, wobei letztere im Falle von Belästigungen seit 1. März 2011 mindestens EUR 1 000,- zu betragen hat (vgl § 9 Abs 2 BGStG idF Art 4 BGBl I 2011/7, womit dieser Betrag von EUR 720,- auf EUR 1000,- angehoben wurde). Ist die Belästigung in Vollziehung der Gesetze erfolgt, besteht der Schadenersatzanspruch jeweils auch gegen den zuständigen Rechtsträger (§ 9 Abs 3 BGStG). Davon abgesehen ist bei Bemessung der Höhe des immateriellen Schadenersatzes gemäß § 9 Abs 4 BGStG insb auf die Dauer der Diskriminierung, die Schwere des Verschuldens, die Erheblichkeit der Beeinträchtigung und Mehrfachdiskriminierungen Bedacht zu nehmen.

Diese Vorgaben werden (abgesehen von dem vor Klageeinbringung verpflichtend durchzuführenden Schlichtungsverfahren; § 10 Abs 2 iVm §§ 14 ff BGStG sowie II.A.4.) zum einen durch das explizite **Viktimisierungsverbot** (§ 4 Abs 5 BGStG) ergänzt. Demnach darf als Reaktion auf eine Beschwerde oder auf die Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung des Diskriminierungsverbots weder die betroffene noch eine andere Person benachteiligt werden, die als Zeuge/ Zeugin oder Auskunftsperson in einem

Verfahren auftritt oder eine Beschwerde einer betroffenen Person unterstützt. Wird gegen diese Vorgabe verstoßen, so stehen den Betroffenen die gleichen Ansprüche, wie im Falle einer Diskriminierung zu. Auch diese können demnach sowohl einen all-fälligen Vermögens- als auch (und insbesondere) deren immateriellen Schaden (nach erfolgloser Schlichtung) gerichtlich geltend machen.

Zum anderen sieht § 13 BGStG die Möglichkeit der **Verbandsklage** durch die Österrei-chische Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation vor. Letztere wird demnach ermächtigt, eine Klage auf Feststellung einer Diskriminierung aus dem Grund einer Behinderung einzubringen, wenn gegen die im BGStG enthaltenen Gebote oder Verbote verstoßen wird und dadurch die allgemeinen Interessen des durch das BGStG geschützten Per-sonenkreises wesentlich und dauerhaft beeinträchtigt werden (§ 13 Abs 1 BGStG). Die Klage kann freilich jeweils nur aufgrund einer mit Zweidrittelmehrheit beschlossenen Empfehlung des Bundesbehindertenbeirats gemäß § 8 des BBG eingebracht werden (§ 13 Abs 2 BGStG; zur Verbandsklage vgl auch II.A.3.).

Unzweifelhaft wird schon durch diese Rechtsschutzmöglichkeiten sichergestellt, dass diskriminierte Personen für den ihnen aus der Diskriminierung erwachsenden Schaden entschädigt werden. Darüber hinaus wird mit der Verbandsklage und dem Viktimi-sierungsschutz auch für selbst nicht unmittelbar von der Diskriminierung betroffene Personen die Möglichkeit geschaffen bzw abgesichert, bestehende Diskriminierungen aufzugreifen oder ein entsprechendes Vorgehen der Betroffenen zu unterstützen. Wie die sozialwissenschaftliche Studie und die dort dokumentierte Befragung zeigt, werden diese Vorgaben jedoch seitens der Menschen mit Behinderungen und der Behinder-tenorganisationen teilweise nicht als ausreichend angesehen, um Diskriminierungen wirksam entgegenzuwirken (vgl zB S 48, 84 ff der Studie). Grund hierfür ist nicht nur, dass Diskriminierte (ua aufgrund des Kostenfaktors, siehe dazu S 48 f der Studie sowie II.A.2.) generell häufig vor einer Klage zurückschrecken. Vielmehr ist deren Intention vielfach weniger darauf gerichtet, von dem/der Diskriminierenden Schadenersatz zu

erlangen, sondern wollen diese eine Beseitigung der diskriminierenden Bedingungen herbeiführen. Dies zeigt sich etwa auch daran, dass nach den Ergebnissen der sozialwissenschaftlichen Evaluierung Hauptziel der Einleitung eines Schlichtungsverfahrens die Beseitigung einer bestehenden Diskriminierung und die Erlangung einer generellen Verbesserung der Situation auch für andere Menschen mit Behinderungen war (vgl S 54 der Studie).

In diesem Lichte stellt sich somit die Frage, ob und gegebenenfalls welche **zusätzlichen Rechtsinstrumente möglich und sinnvoll** wären, um die **Behindertengleichstellung weiter zu entwickeln**. Da auch die Höhe der (Mindest-)Schadenersatzbeträge immer wieder Gegenstand der Kritik ist, soll darüber hinaus auch auf die Zweckmäßigkeit diesbezüglicher Änderungen eingegangen werden.

1.2. MÖGLICHE WEITERE RECHTSSCHUTZINSTRUMENTE

1.2.1. Erfüllungsanspruch

Zu denken ist in diesem Zusammenhang zunächst an die Einräumung eines **Erfüllungsanspruches** an die Betroffenen und infolgedessen die Möglichkeit einer Klage auf **Herstellung des diskriminierungsfreien Zustands** bzw auf **Beseitigung** des diskriminierenden Zustands, insb von **Barrieren**.

Dagegen könnte möglicherweise sprechen, dass auch die im III. Teil des GIBG (§§ 30 ff GIBG) geregelten Verbote von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts oder der ethnischen Zugehörigkeit in sonstigen Bereichen, also außerhalb eines Dienstverhältnisses, eine solche Möglichkeit derzeit nicht vorsehen. Vielmehr werden den Betroffenen unabhängig vom geschützten Merkmal Erfüllungsansprüche lediglich im Falle von Diskriminierungen im Bereich der Arbeitswelt eingeräumt. Aus den Materialien geht diesbezüglich nur hervor, dass bei Formulierung der Rechtsfolgen einer Diskriminierung im sonstigen Bereich „auf den Umstand, dass es sich um Diskriminierungen

außerhalb der Arbeitswelt handelt, Rücksicht genommen“ werden musste und aus diesem Grund entsprechende Abänderungen erfolgt sind (RV 307 BlgNR 22. GP 21, bezüglich des Verbots der Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit). Letztlich ist die derzeitige Beschränkung auf Schadenersatzansprüche wohl vor allem aus **Zweckmäßigkeitsüberlegungen** erfolgt, kommt doch ein Erfüllungsanspruch für die individuell Betroffenen häufig zu spät, und ist letzteren mit (nachträglichem) Schadenersatz idR besser gedient. Dies gilt insb, wenn man an Diskriminierungen aufgrund einer Behinderung durch Merkmale gestalteter Lebensbereiche, also Barrieren, denkt, deren Beseitigung etwa durch einen Umbau meist erhebliche Zeit in Anspruch nimmt.

Dennoch erscheint die Einräumung eines Erfüllungsanspruches auch außerhalb des Bereiches der Arbeitswelt möglich und alles andere als abwegig. Dies zeigt ua auch die Regelung im **deutschen** Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Demnach kann eine „im Zivilrechtsverkehr“ benachteiligte Person gegen den/die Benachteiligende/n nicht nur den Ersatz des durch die Diskriminierung verursachten Schadens fordern, sondern unbeschadet weiterer Ansprüche die **Beseitigung der Beeinträchtigung** verlangen. Darüber hinaus steht dem/der Diskriminierten im Falle zu befürchtender weiterer Beeinträchtigungen die Möglichkeit einer **Unterlassungsklage** offen (dazu auch unten 1.2.2.).

Auch im Hinblick auf die **Wirksamkeit** der Vorgaben des BGStG und die bestmögliche Verwirklichung der Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen, wäre die Einräumung eines Erfüllungsanspruches an die Betroffenen durchaus zu **befürworten**. Vor allem angesichts dessen, dass diskriminierende Bedingungen (auch) für die Zukunft beseitigt werden sollen, stellt ein solcher das effektivere Mittel dar als die „bloße“ Einräumung von Schadenersatzansprüchen. Denn durch diesen wird viel eher – gleichsam „generalpräventiv“ – gewährleistet, dass Menschen mit Behinderungen künftig diskriminierungsfreie Bedingungen vorfinden, da sich der/die Diskriminierende nicht durch Leistung von Schadenersatz „freikaufen“ kann.

Käme es im Bereich des BGStG zu einer solchen Änderung, erschiene es freilich aus Sachlichkeitsgründen jedenfalls ratsam, auch die Regelungen im GIBG entsprechend anzupassen. Darüber hinaus wäre zu überlegen, auch die Möglichkeit einer **Verbandsklage** dahingehend auszuweiten, dass mit einer solchen nicht nur die Feststellung diskriminierender Bedingungen, sondern auch deren **Beseitigung** – etwa durch Vornahme entsprechender baulicher Veränderungen – beantragt werden kann (zur Verbandsklage siehe II.A.3.).

Eine **unzumutbare Belastung** derjenigen Personen, die in den Anwendungsbereich des BGStG fallende Güter anbieten, wäre infolge einer diesbezüglichen Änderung nicht zu befürchten. Nicht nur bestehen in § 19 BGStG schon jetzt entsprechende **Übergangsvorschriften** und ist davon auszugehen, dass diese im Falle einer Gesetzesänderung entsprechend erweitert würden. Vielmehr ist unverhältnismäßigen Belastungen vor allem dadurch vorgebeugt, dass eine mittelbare Diskriminierung – und um eine solche wird es sich in Bezug auf kostspieligere (Umbau-)Maßnahmen idR handeln – nicht vorliegt, wenn die Beseitigung von Bedingungen, die eine Benachteiligung begründen, insb von Barrieren, rechtswidrig oder **wegen unverhältnismäßiger Belastungen unzumutbar** wäre: Immerhin sind nach den gesetzlichen Vorgaben insb der mit der Beseitigung der die Benachteiligung begründenden Bedingungen verbundene Aufwand, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der eine Diskriminierung bestreitenden Partei, Förderungen aus öffentlichen Mitteln für die entsprechenden Maßnahmen, aber auch die zwischen dem In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes und der behaupteten Diskriminierung vergangene Zeit, die Auswirkung der Benachteiligung auf die allgemeinen Interessen des durch dieses Gesetz geschützten Personenkreises sowie beim Zugang zu Wohnraum der von der betroffenen Person darzulegende Bedarf an der Benutzung der betreffenden Wohnung zu berücksichtigen (vgl § 6 Abs 1 und 2 BGStG). Darüber hinaus ist bei der Beurteilung des Vorliegens einer mittelbaren Diskriminierung durch Barrieren auch zu prüfen, ob einschlägige, auf den gegenständlichen Fall anwendbare Rechtsvorschriften zur Barrierefreiheit vorliegen und ob und inwieweit diese eingehalten wurden.

Würde die Herstellung des diskriminierungsfreien Zustands unter Berücksichtigung der genannten (und unter Umständen weiterer) Kriterien für den/die Benachteiligte/n eine unverhältnismäßige Belastung darstellen, so liegt schon a priori **keine Diskriminierung** vor, sodass auch keine Ansprüche aus einer solchen abgeleitet werden können. § 6 Abs 3 BGStG stellt in derartigen Fällen jedoch eine weitest mögliche Beseitigung der diskriminierenden Bedingungen sicher: Eine Diskriminierung liegt demnach auch dann vor, wenn verabsäumt wurde, durch zumutbare – also verhältnismäßige – Maßnahmen zumindest eine maßgebliche Verbesserung der Situation der betroffenen Person im Sinne einer **größtmöglichen Annäherung** an eine Gleichbehandlung zu bewirken.

Freilich kann nicht in Abrede gestellt werden, dass es gerade die gebotene umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung für die Betroffenen in der Praxis häufig schwierig machen wird, überhaupt das Vorliegen einer Diskriminierung richtig zu beurteilen. Angesichts dessen schiene jedenfalls auch eine entsprechende **Ausweitung der Möglichkeit der Verbandsklage** (dazu auch II.A.3.) ratsam. Ungeachtet der möglichen Schwierigkeiten bei Feststellung einer Diskriminierung, kann aber auch die Einräumung eines individuellen Erfüllungsanspruches an die potentiell Diskriminierten nicht per se als unzweckmäßig angesehen werden. Dies umso mehr, als selbiges Problem ja auch bei der Geltendmachung von Schadenersatz besteht.

Angemerkt sei jedoch, dass sich im Hinblick auf die Berücksichtigung von Förderungen aus öffentlichen Mitteln dann ein Problem ergibt, wenn die Person, der eine Diskriminierung vorgeworfen wird, entsprechende Förderungen nicht beantragt hat, etwa der notwendige Umbau aber nur infolge der Gewährung dieser Mittel als verhältnismäßig und dessen Nichtvornahme damit als diskriminierend zu qualifizieren wäre. Da der/die FörderungswerberIn idR **keinen Rechtsanspruch** auf Gewährung von Förderungen hat, kann das Vorhandensein dieser Mittel im Zuge der Diskriminierungsprüfung nicht einfach fingiert werden. Zwar sind die jeweiligen Behörden einerseits durch detaillierte Förderungsrichtlinien, andererseits aufgrund der Fiskalgeltung der Grundrechte vor

allem auch an den Gleichheitssatz gebunden. Ungeachtet dessen lässt sich aber nicht dezidiert feststellen, ob diese/r im Falle eines entsprechenden Antrages Förderungen erhalten hätte. Das Vorliegen einer (un-)verhältnismäßigen Belastung und damit einer Diskriminierung kann nach derzeitiger Rechtslage somit nur dann unter Berücksichtigung entsprechender Förderungen erfolgen, wenn der/die potentiell Diskriminierende auch tatsächlich einen Antrag auf Förderungen gestellt hat, und bezüglich des Förderungsgesuchs eine Entscheidung der zuständigen Stelle vorliegt. Dementsprechend wird auch in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum Behindertengleichstellungspaket explizit festgehalten, dass Förderungen nur insoweit zu berücksichtigen sind, als sie tatsächlich gewährt werden (EBRV 836 BlgNR 22. GP 8).

Diese Annahme hat ein nicht unbedeutendes Rechtsschutzdefizit zur Folge: Personen, denen ein Verstoß gegen das BGStG vorgeworfen wird, könnten sich letztlich auch bei verschuldeter oder sogar **bewusster Nichtbeantragung** von Förderungen auf die Unverhältnismäßigkeit kostenintensiver Maßnahmen berufen und damit einer Diskriminierungsklage mit Erfolg entgehen. Zwar ist den Materialien zufolge auch die Tatsache, dass „Förderungen des Bundes, des Landes von Fonds oder anderen Rechtsträgern – insb mutwillig – nicht beantragt“ wurden „zu würdigen“ (EBRV 836 BlgNR 22. GP 8), wie diese Würdigung jedoch im konkreten Fall zu erfolgen hat, bleibt offen.

Abhilfe gegen diese Problematik böte zunächst die Einräumung eines **Rechtsanspruches** auf Gewährung von Förderungen, könnte in der Folge doch das Vorliegen entsprechender Fördermittel unabhängig von deren Beantragung bei Erfüllung der Fördervoraussetzungen angenommen werden. Freilich scheint ein solcher aufgrund der naturgemäß nicht uneingeschränkt zur Verfügung stehenden Finanzmittel nicht nur politisch kaum durchsetzbar, sondern auch **nicht zweckmäßig**.

Ein **Ausweg** aus dem angesprochenen Dilemma besteht jedoch bei genauerer Betrachtung bereits nach der geltenden Rechtslage: Insb unter Berücksichtigung des bereits oben

zitierten § 6 Abs 3 BGStG lässt sich ungeachtet des Nichtbestehens von Rechtsansprüchen eine Verpflichtung zur Beantragung in Betracht kommender Förderungsmöglichkeiten ableiten. Denn kommt man mangels Förderungen zum Ergebnis, dass die Vornahme bestimmter Maßnahmen eine unverhältnismäßige Belastung darstellt, so ist dennoch jedenfalls eine größtmögliche Annäherung an den diskriminierungsfreien Zustand zu gewährleisten. Mit anderen Worten sind also geeignete verhältnismäßige Maßnahmen vorzunehmen, die zur Verbesserung der Situation beitragen. Hier kommt nun aber auch die **Förderungsbeantragung** in Betracht, trägt diese doch insofern zur Annäherung an einen diskriminierungsfreien Zustand bei, als im Falle des Zuspruchs von Fördermitteln im Rahmen des Verhältnismäßigen ansonsten nicht durchführbare (bauliche) Veränderungen durchgeführt werden können. Somit könnte die Nichtbeantragung realistischer Weise in Betracht kommender Förderungen letztlich doch als Verstoß gegen das BGStG gewertet werden (vgl auch S. Mayer, Behinderung und Arbeitsrecht [2010] 138 ff).

Ungeachtet dieser Interpretationsmöglichkeit erschiene es aus **Rechtsschutzgründen** jedenfalls **ratsam**, diese Konsequenz **explizit im BGStG zu verankern**. Dies könnte etwa in Form der Festschreibung erfolgen, dass auch die Unterlassung der Beantragung von Förderungen einen Verstoß gegen das BGStG darstellt, soweit dies nicht von vornherein aussichtslos ist.

Auch in diesem Lichte erweist sich die Normierung eines Erfüllungsanspruches als sinnvolle Erweiterung der bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten. Damit bekommen Menschen mit Behinderungen letztlich ein (stärkeres) Instrument in die Hand, um zu erreichen, dass die bestehenden Möglichkeiten zur Herstellung der Behindertengleichstellung und insb der Barrierefreiheit wirklich ausgeschöpft werden. Erblickt man nämlich in der Nichtbeantragung selbst einen Verstoß gegen das BGStG und räumt dem/der Diskriminierten in einem solchen Fall einen Anspruch auf (weitest mögliche) Herstellung des diskriminierungsfreien Zustands ein, so könnte diese/r mit Hilfe einer

Klage dafür sorgen, dass bestehende Fördermöglichkeiten in Anspruch genommen und in der Folge notwendige (Umbau-) Maßnahmen vorgenommen werden.

Möchte man nicht so weit gehen, eine **echte Pflicht** zur Förderungsbeantragung, verbunden mit Schadenersatz- und/oder Erfüllungsansprüchen vorzusehen, bestünde alternativ die Möglichkeit einer diesbezüglichen **Obliegenheit** der in den Anwendungsbereich des BGStG fallenden Institutionen/Personen. Freilich läuft auch deren Verletzung im vorliegenden Kontext letzten Endes auf einen Schadenersatz- (bzw allfälligen künftigen Erfüllungs-)Anspruch diskriminierter Personen hinaus: Selbst wenn nämlich die Obliegenheitsverletzung nur den Verlust eigener Vorteile nach sich zieht, so kann letzterer wohl nur darin bestehen, dass sich der/ die der Obliegenheit zur Förderungsbeantragung nicht Nachkommende im Zuge der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht (uneingeschränkt) auf die hohen Kosten der Herstellung des diskriminierungsfreien Zustands berufen kann. Notwendige Konsequenz einer derartigen Auslegung wäre jedoch, dass eine Diskriminierung mangels Unverhältnismäßigkeit zu bejahen und der/die Diskriminierte wieder Schadenersatzansprüche geltend machen könnte.

Damit hätte jedoch die Annahme einer Obliegenheitsverletzung letzten Endes sogar **weiterreichende Konsequenzen** als eine (durchsetzbare) Pflicht zur Förderungsbeantragung: In ersterem Fall wird letzten Endes das Vorliegen der Förderung – ungeachtet des Fehlen eines Rechtsanspruches – fingiert und der/die diese nicht Beantragende doch wegen diskriminierender Zustände schadenersatzpflichtig, deren Beseitigung ohne die fingierten (!) Fördermittel unverhältnismäßig und damit **nicht** diskriminierend wäre. Dagegen können im zweiten Fall Ansprüche (zunächst) nur im Hinblick auf den unterlassenen Förderungsantrag geltend gemacht werden. Insb dann, wenn man dem/ der Diskriminierten einen Erfüllungsanspruch (uU hier auch anstelle des Schadenersatzanspruches) einräumt, hätte somit die Verpflichtung zur Beantragung von Förderungen für die Verpflichteten zunächst nur die Konsequenz, dass sie sich um diese Förderungen bemühen müssen, ohne dass aber anhand einer (mangels Rechtsanspruches ja

hypothetischen) Situation auch über das Vorliegen einer Diskriminierung im Hinblick auf die zu beseitigenden Bedingungen zu entscheiden wäre.

Durch eine entsprechende gesetzliche Änderung würde uE die effektive Nutzung der bestehenden Förderungsmöglichkeiten und damit einhergehend die Durchführung entsprechender Maßnahmen zur Herstellung der Barrierefreiheit sehr positiv beeinflusst. Daher wäre die explizite **Festschreibung einer Verpflichtung zur Förderungsbeantragung, verbunden mit einem diesbezüglichen Erfüllungsanspruch, jedenfalls zu empfehlen.**

1.2.2. Unterlassungsanspruch

Neben dem genannten Erfüllungsanspruch käme auch die explizite Einräumung eines **Unterlassungsanspruches** an die diskriminierten Menschen mit Behinderungen in Betracht, wie er etwa in Deutschland besteht (§ 21 Abs 1 Satz 2 AGG). Zwar wird ein solcher insb bezüglich Barrieren, die sicherlich eines der Hauptprobleme im Zusammenhang mit der Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen darstellen, letztlich mit einem Anspruch auf Erfüllung einhergehen, setzt doch die Unterlassung der Diskriminierung diesbezüglich die **Beseitigung der Diskriminierung** und damit ein aktives Handeln des/der Diskriminierenden voraus. In anderen Konstellationen scheint jedoch eine Unterlassungsklage durchaus alternativ bzw kumulativ zu einer solchen auf Erfüllung sinnvoll. Dies insb dann, wenn man diese Möglichkeit nicht nur den Diskriminierten selbst einräumt, sondern auch diesbezüglich die Möglichkeit einer **Verbandsklage** eröffnet.

In bestimmten Bereichen besteht eine solche sogar bereits: Sind diskriminierende Bestimmungen nämlich in **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** oder Vertragsformblättern enthalten, ist schon nach § 28 Abs 1 Konsumentenschutzgesetz (KSchG, BGBl 1979/140 zuletzt idF BGBl I 2011/100) eine Unterlassungsklage möglich. Demnach kann auf Unterlassung geklagt werden, wer „im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er von ihm geschlossenen Verträgen zugrunde legt, oder in hiebei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein

gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, oder wer solche Bedingungen für den geschäftlichen Verkehr empfiehlt“. Dies schließt ausdrücklich auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässiger Weise vereinbart wurde. Darüber hinaus besteht bei rechtswidrigen Individualvereinbarungen im Zuge bestimmter Verträge zwischen UnternehmerInnen und VerbraucherInnen gemäß § 28a KSchG die Möglichkeit einer Unterlassungsklage.

Die Klagebefugnis steht dabei jedoch in allen Fällen gemäß § 29 Abs 1 KSchG nur der Wirtschaftskammer Österreich, der Bundesarbeitskammer, dem Österreichischen Landarbeiterkammertag, der Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs, dem Österreichischen Gewerkschaftsbund, dem Verein für Konsumenteninformation und dem Österreichischen Seniorenrat zu. Eine Klage etwa durch die Österreichische Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation oder den Klagsverband zur Durchsetzung der Rechte von Diskriminierungsopfern auf dieser Rechtsgrundlage scheidet daher derzeit aus. Hinzu kommt, dass der Geltungsbereich der Vorgaben des KSchG doch sehr eingeschränkt ist und insb eine Verbandsklage außerhalb von Rechtsverhältnissen auf deren Grundlage nicht in Betracht kommt. Schon aus diesen Gründen schiene – neben einer allfälligen Erweiterung des nach § 29 Abs 1 KSchG klagebefugten Personenkreises – eine entsprechende **Adaptierung des § 13 BGStG** ratsam (dazu auch II.A.3.).

In der Folge wäre es etwa denkbar, dass ein betroffener Mensch mit Behinderung, dem ein privater Versicherungsvertrag nur zu diskriminierenden Bedingungen angeboten wird (dazu auch II.A.5.), das diskriminierende Versicherungsunternehmen auf Schadenersatz und/oder Erfüllung (und damit auf diskriminierungsfreien Vertragsabschluss) klagt, während die Österreichische Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation unter den für die Verbandsklage vorgesehenen Voraussetzungen eine Unterlassungsklage einbringen und damit die Verwendung diskriminierender Vertragsbedingungen für die Zukunft unterbinden könnte.

1.2.3. Anspruch auf Feststellung der Diskriminierung

Nicht zuletzt käme auch eine explizite Festschreibung der Möglichkeit der Betroffenen in Betracht, in jenen Fällen, in denen eine Leistungsklage mangels ausreichender Konkretisierung etwa der Höhe des Schadens noch nicht möglich ist, eine Feststellungsklage (vgl § 228 ZPO) zu erheben.

Darüber hinaus wäre zu überlegen, die diesbezüglich bereits bestehende Möglichkeit zu **einer Verbandsklage etwa durch eine Erweiterung des klagebefugten Personenkreises** zu erleichtern (siehe dazu II.A.3.).

1.2.4. Nebenintervention und Verbandsklage

Vergleicht man die Vorgaben des BGStG mit jenen der §§ 7a ff BEinstG, so fällt zunächst der Unterschied auf, dass im Falle von Diskriminierungen im Bereich der Arbeitswelt eine Verbandsklagemöglichkeit anders als nach § 13 BGStG nicht besteht. Umgekehrt ist jedoch die im Anwendungsbereich des BEinstG vorgesehene Möglichkeit der Österreichischen Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation, einem Verfahren als Nebenintervenient beizutreten (§ 7q BEinstG), nach dem BGStG nicht gegeben. Diese Differenzierungen verwundern zum einem insofern, als nach § 62 GIBG dem Klageverband zur Durchsetzung der Rechte von Diskriminierungsopfern hinsichtlich aller Ansprüche nach dem GIBG das Recht eingeräumt wird, einem Rechtsstreit auf Verlangen des/der Betroffenen als Nebenintervenient beizutreten. Zum anderen ist nach § 12 GBK/GAW-G auch im Bereich der Arbeitswelt eine Art Verbandsklage möglich, wenn den Vorschlägen des zuständigen Gleichbehandlungssenats nicht nachgekommen wird. Im Falle von Diskriminierungen aus anderen Gründen bestehen damit letztlich **weitergehende Rechtsschutzmöglichkeiten** als bei Benachteiligung wegen einer Behinderung.

Dies zeigt nicht nur eine Möglichkeit auf, wie sowohl im Anwendungsbereich des BEinstG als auch des BGStG der Rechtsschutz zusätzlich verbessert werden könnte, sondern wirft auch die **Problematik der sachlichen Rechtfertigung** der bestehenden

Unterschiede auf. Schon in diesem Lichte schiene es ratsam, durch die Schaffung einer Nebeninterventionsmöglichkeit auch nach dem BGStG einerseits, sowie die Ermöglichung einer Verbandsklage nach dem BEinstG andererseits (dazu auch II.A.3.) jeweils ein zusätzliches Rechtsschutzinstrument zu implementieren.

1.3. EFFEKTIVITÄTSSTEIGERUNG DURCH ANHEBUNG DES MINDESTSCHADENERSATZBETRAGES?

Neben der Frage neuer zusätzlicher Rechtsschutzmöglichkeiten, stellt sich angesichts der diesbezüglich immer wieder laut werdenden Kritik auch jene nach einer möglichen **Anhebung** der bestehenden bzw **Einführung weiterer Mindestschadenersatzbeträge**. Zwar wurde dieser Kritik bezüglich des Mindestersatzes im Falle von Belästigungen mit BGBl I 2011/7 dahingehend entsprochen, dass die Mindestgrenze des Schadenersatzes bei Belästigungen von EUR 720,- auf EUR 1000,- angehoben wurde. Ungeachtet dessen bestünde natürlich die Möglichkeit einer weiteren Anhebung oder der Einführung einer Mindestgrenze auch bei sonstigen Diskriminierungen.

Wenngleich eine (höhere) gesetzliche Mindestgrenze unter Umständen die – in Bezug auf Diskriminierungen von Menschen mit Behinderungen in der Arbeitswelt auch durch die Gleichbehandlungs-Rahmen-Richtlinie gebotene – abschreckende Wirkung erhöht, ist zunächst fraglich, inwieweit eine solche politisch durchsetzbar wäre. Hinzu kommt, dass der im konkreten Fall entstehende Schaden stets unterschiedlich und damit nicht im Vorhinein prognostizierbar ist. Zwar steht dies einem Mindestersatz in Form von „Punitive Damages“, also einer Art „Strafschadenersatz“ nicht entgegen, allerdings ist fraglich, ob ein solcher zur Verbesserung der Behindertengleichstellung wirklich erforderlich ist. Dies gilt umso mehr für den Fall, dass der bestehende Schadenersatzanspruch durch einen Erfüllungsanspruch des/der Diskriminierten ergänzt wird. Hinzu kommt, dass sich angesichts der vielfältigen und – auch für die später Diskriminierenden – teilweise nicht absehbaren möglichen Diskriminierungskonstellationen nur

schwer sagen lässt, welche Mindestgrenze hier gewählt werden sollte. Letzten Endes käme als „kleinster gemeinsamer Nenner“ wohl nur eine relativ niedrige Grenze in Frage. Eine solche birgt wiederum die Gefahr, nicht abschreckend, sondern im Gegenteil eher kontraproduktiv zu sein, wäre doch sowohl in der allgemeinen Wahrnehmung, als auch im Zuge des Gerichtsverfahrens stets diese Grenze präsent und damit eine (zu weitgehende) Orientierung am Mindestschadenersatz zu befürchten.

Dass die in Diskriminierungsfällen seitens der Gerichte in Bezug auf den immateriellen Schaden zugesprochenen Ersatzbeträge generell sehr niedrig und daher für die Diskriminierenden alles andere als abschreckend sind, steht auf einem anderen Blatt. Dieser Problematik wäre jedoch weniger durch eine gesetzliche Regelung, denn durch eine entsprechende Änderung der geltenden Entscheidungspraxis beizukommen. Da die gerichtlich zugesprochenen Schadenersatzbeträge letztlich auch den allgemeinen gesellschaftlichen Grundkonsens zur Bewertung von Diskriminierungen widerspiegeln, setzt dies freilich vor allem eine diesbezügliche Bewusstseinsbildung in der Öffentlichkeit voraus.

1.4. ZWISCHENBILANZ

- » Im Hinblick auf die bestmögliche Verwirklichung der Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen jedenfalls **zu befürworten** wäre die Ergänzung des bestehenden Schadenersatzanspruches der Betroffenen durch einen solchen auf **Erfüllung** und damit auf Herstellung des **diskriminierungsfreien Zustands**. Letzten Endes stellt ein solcher das effektivere Mittel zur Beseitigung diskriminierender Bedingungen für die Zukunft dar als die Einräumung von Schadenersatzansprüchen. Da eine unzulässige Diskriminierung stets nur dann vorliegt, wenn die Beseitigung der diskriminierenden Bedingungen für die Verpflichteten keine unverhältnismäßige Belastung darstellt, bestünde auch nicht die Gefahr deren unzumutbarer Belastung.

- » Die gebotene umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung wird es freilich für die Betroffenen häufig schwierig machen, das Vorliegen einer Diskriminierung richtig zu beurteilen. Aus diesem Grund schiene auch eine entsprechende **Ausweitung der Möglichkeit der Verbandsklage ratsam**, um ein aktives Hinwirken auf die Herstellung der Barrierefreiheit auch unabhängig von einer individuellen Klage Betroffener zu ermöglichen.
- » Darüber hinaus wäre dringend die explizite gesetzliche **Festschreibung einer Pflicht zur Beantragung von Förderungen** aus öffentlichen Mitteln, verbunden mit einem **diesbezüglichen Erfüllungsanspruch zu empfehlen**, um das Problem einer (bewussten) Nichtbeantragung von Förderungen hintanzuhalten. Dies könnte etwa in Form der Festschreibung erfolgen, dass (auch) die Unterlassung der Beantragung von Förderungen einen Verstoß gegen das BGStG darstellt, sofern dieser Antrag nicht von vornherein offenkundig aussichtslos ist.
- » Neben einem Erfüllungsanspruch wäre auch die explizite Einräumung eines **Unterlassungsanspruches** an die diskriminierten Menschen mit Behinderungen möglich. Da ein solcher jedoch vor allem in Bezug auf Barrieren letztlich mit einem Anspruch auf Erfüllung einhergeht, schiene eine Unterlassungsklage kumulativ zu einer solchen auf Erfüllung wohl nur sinnvoll, wenn (auch) diesbezüglich die **Möglichkeit einer Verbandsklage** eröffnet wird. Angesichts des (sehr) eingeschränkten Geltungsbereiches der §§ 28 f KSchG schiene hier eine entsprechende **Adaptierung des § 13 BGStG ratsam**.
- » Ergänzend dazu könnte den Betroffenen in Fällen, in denen eine Leistungsklage mangels ausreichender Konkretisierung noch nicht in Betracht kommt, eine **Feststellungsklage** nach § 228 ZPO ausdrücklich ermöglicht werden.
- » Nicht zuletzt scheinen die derzeit unterschiedlich geregelten Mitwirkungsbefugnisse Dritter (insb der Österreichischen Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation) nach dem BEinstG (Nebeninterventionsmöglichkeit) und dem BGStG (Verbandsklage) auch angesichts der Möglichkeiten nach dem GIBG im Hinblick auf deren sachliche Rechtfertigung nicht unproblematisch. Es wäre damit jedenfalls **zu**

empfehlen, eine **Harmonisierung** der Vorgaben des BGStG und des BEinstG einerseits, andererseits aber auch eine **Angleichung** zwischen BEinstG/BGStG und **GLBG** vorzunehmen.

- » Die immer wieder geforderte (weitere) Anhebung des Mindestschadenersatzes im Falle von Diskriminierungen ist demgegenüber uE angesichts der vielfältigen Möglichkeiten von (auch unbeabsichtigten) Diskriminierungen nicht empfehlenswert. Dies umso mehr, als die Möglichkeiten der Gerichte ohnedies nach oben hin grundsätzlich nicht beschränkt sind.

2. ZUGANG ZUM RECHT

2.1. AUSGANGSLAGE UND PROBLEMSTELLUNG

Die Einhaltung der Vorgaben zur Behindertengleichstellung und damit deren tatsächliche Verwirklichung ist naturgemäß auch wesentlich davon abhängig, inwieweit sich diskriminierte Personen auf die ihnen aus dem BGStG/BEinstG erwachsenden Rechte berufen und deren Verletzung geltend machen können. Die Frage des **Zugangs zum Recht** ist damit essentiell für die Durchsetzung der Diskriminierungsverbote und die Herstellung der Behindertengleichstellung.

Dieser Zugang wurde unzweifelhaft durch die Institution des Schlichtungsverfahrens (vgl dazu II.A.4.) wesentlich erleichtert, haben die Betroffenen in einem solchen doch die Möglichkeit, relativ informell und vor allem **ohne Kostenrisiko** auf diskriminierende Bedingungen aufmerksam zu machen, ohne den Weg einer formellen Klage beschreiten zu müssen. Die Tatsache, dass es bisweilen nur sehr wenige Klagen nach dem Behindertengleichstellungsrecht gibt, zeigt freilich, dass bezüglich des Zugangs zum Recht durchaus noch **Verbesserungsbedarf** besteht.

Dies zeigt sich etwa auch darin, dass es zwar in knapp 40% der in der Schlichtungsdatenbank der Organisation Bizeps (<http://www.bizeps.or.at/gleichstellung/schlichtungen/>) dokumentierten Schlichtungen (konkret in 44 der 117 Fälle) im Zuge der Schlichtungsverfahren zu keiner Einigung kam, jedoch nur in fünf dieser Fälle im Anschluss an das erfolglose Schlichtungsverfahren Klage erhoben wurde. Bezüglich der insgesamt seit Erlassung des Behindertengleichstellungspakets durchgeführten Schlichtungsverfahren fehlen zwar verlässliche Daten über die Häufigkeit der Klageeinbringung infolge des Scheiterns der Schlichtung. Es ist jedoch nach Auskunft der mit der Thematik befassten Stellen davon auszugehen, dass insgesamt ein im Verhältnis noch wesentlich geringerer Prozentsatz der Betroffenen in einem solchen Fall Klage erhebt, als dies bei den von der Organisation Bizeps betreuten Personen der Fall ist.

Für diese Annahme spricht auch, dass bislang nur ein höchstgerichtliches Urteil zum BGStG (OGH 15. 12. 2009, 1 Ob 189/09i, JBl 2010, 457, wobei die behauptete Belästigung einer Hermaphroditismus aufweisenden, aber als Frau lebenden Person durch das wiederholte Ansprechen mit „Herr“ im konkreten Fall verneint wurde) sowie zwei zu §§ 7a ff BEinstG (OGH 2. 4. 2009, 8 Ob A 8/09y, ZAS 2010/5, 29 [Majoros] = DRdA 2010/48, 498 [Weiß], wo die Belästigung einer blinden Arbeitnehmerin durch einen Arbeitskollegen bejaht wurde; OGH 28. 2. 2011, 9 Ob A 1/11d, taxlex 2011, 270 [Gerhart]), wo es um die Frist für die Einleitung des Schlichtungsverfahrens ging, vgl dazu auch unten 4.2.3.) existieren.

Nun kann es natürlich nicht Ziel des Behindertengleichstellungsrechts sein, eine möglichst hohe Zahl von Klagen oder gar eine „Klageflut“ herbeizuführen. Ungeachtet dessen sollen die Betroffenen aber die Möglichkeit haben, ihre Rechte erforderlichenfalls auch geltend zu machen und nicht durch faktische Gegebenheiten davon abgehalten werden. Während die Tatsache, dass Betroffene insb bei längerfristigen Rechtsverhältnissen wie Arbeitsverhältnissen den Klageweg nicht oder nur sehr ungern beschreiten, weil damit eine (weitere) Zerrüttung mit dem/ der KontrahentIn zu befürchten ist, auch

durch einen noch so einfach gestalteten Zugang zum Recht nicht beeinflusst werden kann, bestünde in einem anderen Bereich durchaus die Möglichkeit einer Verbesserung: Wie ua die Ergebnisse der sozialwissenschaftlichen Evaluierung zeigen, sind es – neben dem Argument des „Betriebsfriedens“ iwS – vor allem **finanzielle Hürden und mögliche Prozesskostenrisiken**, die Menschen mit Behinderungen vor einer Klage zurückschrecken lassen (vgl S 46, 48 f der Studie). Dies gilt umso mehr, wenn auf der Gegenseite ein mächtiges Unternehmen (zB eine große Versicherung) steht und sich der die eine Diskriminierung Behauptende einer Riege von RechtsexpertInnen gegenüber sieht. Damit gewinnt die Frage, **ob und wie der Zugang zum Recht verbessert werden kann**, ganz zentrale Bedeutung.

2.2. MÖGLICHE ÄNDERUNGEN IM HINBLICK AUF DAS PROZESSKOSTEN-RISIKO

§ 16 BGStG trifft hinsichtlich der Kostentragung für das Schlichtungsverfahren (und eine allfällige Mediation) eine Sonderregelung. Danach sind sowohl die Kosten für die Mediation und eine allfällige Beiziehung von Sachverständigen, DolmetscherInnen sowie sonstigen Fachleuten nach Maßgabe der von dem/der SozialministerIn zu erlassenden Richtlinien, als auch die Gebühren, die den Personen, die einer Einladung des Bundessozialamts oder des Mediators/der Mediatorin im Rahmen des Schlichtungsverfahrens nachkommen, auf Antrag zustehen, vom Bund zu tragen. Für die Tragung der Kosten des gerichtlichen Verfahrens bestehen demgegenüber derzeit keine Sonderregelungen.

Abgesehen von Diskriminierungen im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis, für welche die Regelungen des Arbeits- und Sozialgerichtsgesetzes (ASGG, BGBl 1985/104 zuletzt idFBGBl I 2010/111) und damit teilweise abweichende Vorgaben zur Anwendung kommen (dazu sogleich nochmals unten), sind demnach die allgemeinen Vorgaben der **§§ 40 ff ZPO** maßgeblich. Insofern hat jede Partei die durch ihre Prozesshandlungen verursachten Kosten zunächst selbst zu bestreiten (§ 40 Abs 1 ZPO), kann die zur

zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten jedoch im Falle eines Obsiegens von der **vollständig unterliegenden gegnerischen Partei ersetzt** verlangen, wobei hiervon auch die tarifmäßigen Kosten eines Rechtsanwaltes/einer Rechtsanwältin erfasst sind (§ 41 Abs 1 und 2 ZPO). Kommt es demgegenüber zu einem Teilsieg beider Parteien, so sind die Kosten grundsätzlich verhältnismäßig zu teilen oder gegeneinander aufzuheben (§ 43 ZPO). Letzteres gilt mangels abweichender Vereinbarungen auch, wenn es im Zuge des Verfahrens zum Abschluss eines Vergleiches kommt (§ 47 ZPO).

Den/die eine Diskriminierung Behauptende/n trifft damit stets ein erheblichen **Prozesskostenrisiko**, läuft er/sie doch (sofern nicht im konkreten Fall Verfahrenshilfe zugewilligt wurde) Gefahr, im Falle der Verneinung einer Diskriminierung nicht nur die eigenen Kosten, sondern auch jene des/der Beklagten tragen zu müssen.

Als eine Möglichkeit, dieses Kostenrisiko zu senken (bzw sogar gänzlich entfallen zu lassen) wird in der sozialwissenschaftlichen Studie die Dotierung eines **Klagsfonds**, also einer Art **Rechtshilfefonds** genannt, der Menschen mit Behinderungen im Falle einer Klagseinbringung die finanziellen Mittel zur Verfahrensaufnahme bereitstellt (S 48 f der Studie). Dabei bleibt freilich offen, aus welchen Mitteln dieser Fonds gespeist werden könnte. Schon angesichts der nur beschränkt zur Verfügung stehenden Finanzmittel scheint die Dotierung eines spezifischen Rechtshilfefonds wohl nicht allzu wahrscheinlich.

Hinzu kommt, dass in Form der Unterstützung etwa durch den aus Mitteln des BMASK, des Bundeskanzleramts sowie des Landes Salzburg geförderten **Klagsverband** zur Durchsetzung der Rechte von Diskriminierungsopfern oder, soweit ArbeitnehmerInnen betroffen sind, die **Arbeiterkammern** bereits jetzt die Möglichkeit besteht, den Klageweg auch ohne (großes) finanzielles Risiko zu beschreiten. Zwar ist eine diesbezügliche Unterstützung naturgemäß von der Zusage der jeweiligen Institution abhängig, auch im Falle der Einrichtung eines besonderen Rechtshilfefonds wäre aber wohl kaum zu erwarten, dass dieser unabhängig von den konkreten Erfolgsaussichten sämtliche Kosten

übernimmt. Darüber hinaus wäre unter Umständen eine (teilweise) Finanzierung der Prozesskosten aus Mitteln des Ausgleichstaxenfonds (vgl §§ 10 f BEinstG) zu erwägen. Zwar hätte dies ohne eine entsprechende Erhöhung seiner Dotierung (etwa auch durch Anhebung der Ausgleichstaxe) naturgemäß eine Verschiebung zulasten der derzeit mit diesen Mitteln durchgeführten Maßnahmen zur Folge. Aus Wirtschaftlichkeits- wie Zweckmäßigkeitsgründen sollte aber einer **Nutzung vorhandener Ressourcen** der **Vorzug** gegeben werden. Eine Erweiterung des Angebots könnte – sofern gewünscht und aus budgetären Gründen möglich – allenfalls durch eine entsprechende (Erhöhung der) Förderung aus öffentlichen Mitteln überlegt werden.

Sowohl eine Prozessfinanzierung aus Mitteln des Ausgleichstaxenfonds als auch eine solche durch einen neu errichteten Klagefonds bedürfte unabhängig davon der Einführung zusätzlicher Regelungen hinsichtlich Möglichkeit und Ausmaß der Inanspruchnahme der jeweiligen Fonds-Mittel. Jedenfalls ratsam schiene es in einem solchen Fall, die Inanspruchnahme des Fonds analog zur Regelung der Verfahrenshilfe (§§ 63 ff ZPO) auf jene Fälle zu beschränken, in denen eine Klage eine gewisse Aussicht auf Erfolg hat oder zumindest **nicht offensichtlich aussichtslos** ist. Überdies wäre denkbar, auch eine (teilweise) Kostentragung durch den Fonds an die fehlende „Finanzkraft“ des/der eine Diskriminierung Behauptenden zu binden, wobei freilich die Voraussetzungen hier spürbar niedriger angesetzt werden müssten als jene für die Gewährung der Verfahrenshilfe, wäre andernfalls für die Betroffenen doch nicht allzu viel gewonnen.

Neben einer (teilweisen) Finanzierung der Prozesskosten des/der eine Diskriminierung behauptenden Klägers/Klägerin wäre eine Erleichterung des Zugangs zum Recht für die Betroffenen jedoch auch durch eine (bloße) Modifikation der **Kostenersatzregelungen** möglich. Am nächstliegenden wäre sicherlich eine Orientierung an **§ 58 ASGG**, der die Kostentragung im **arbeitsgerichtlichen Verfahren** regelt. Nach Abs 1 dieser Bestimmung kommt in Rechtsstreitigkeiten nach § 50 Abs 2 ASGG, das sind Streitigkeiten über Rechte oder Rechtsverhältnisse, die sich aus dem II., V., VI., VII. oder VIII. Teil des Arbeitsver-

fassungsgesetzes (ArbVG, BGBl 1974/22 zuletzt idFBGBlI 2010/111) oder gleichartigen österreichischen Rechtsvorschriften ergeben, also betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeiten, ein **Kostenersatzanspruch** einer Partei an die andere **nur im Verfahren vor dem Obersten Gerichtshof** zu. Freilich bringt eine derartige Regelung neben dem Vorteil, im Falle der Erfolglosigkeit der Klage nicht zum Kostenersatz verpflichtet zu sein, für die Betroffenen zwangsläufig den Nachteil mit sich, dass sie auch im Falle eines Obsiegens im Prozess die ihnen entstandenen Kosten selbst zu tragen haben. Infolge dessen bestünde das Risiko, dass selbst in an und für sich aussichtsreichen Sachverhaltskonstellationen aufgrund der dann jedenfalls anfallenden Kosten keine Klage erhoben wird. Insofern wäre zu überlegen, die Anpassung der **Kostenersatzregelungen** mit der oben angesprochenen **Fonds-Finanzierung** zu **verknüpfen**.

Eine Orientierung an den – deutlich über § 58 ASGG hinausgehenden – Regelungen über die Kostentragung im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren (vgl insb §§ 77 Abs 1 Z 1, 93 ASGG) erscheint demgegenüber unangemessen, ja im Verhältnis zu Privaten, die im Anwendungsbereich des § 2 Abs 2 BGStG bzw der Antidiskriminierungsbestimmungen des BEinstG ebenfalls Adressaten des Diskriminierungsverbots sind, sogar verfassungsrechtlich problematisch: Insb im Lichte des **verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes** ist es verboten, gleichartige Sachverhalte ohne sachlichen Grund ungleich zu behandeln. Gerade dies hätte eine Regelung, wonach eine Partei ihre Prozesskosten in jedem Fall selbst zu tragen hat, aber zur Folge. Eine Kostentragung, wie sie in § 77 ASGG vorgesehen ist, wäre somit bestenfalls für die von § 2 Abs 1 BGStG erfassten Verhältnisse, also im Bereich der **Verwaltung des Bundes**, allenfalls einschließlich der von ihm zu beaufsichtigenden **Selbstverwaltung** und dessen Tätigkeit als **Träger von Privatrechten** zu erwägen.

2.3. SONSTIGE VERBESSERUNGSMÖGLICHKEITEN

Neben einer Neuregelung der Kostentragung im Falle einer Klage könnte der Zugang zum Recht bzw die Geltendmachung auch durch andere Instrumente erleichtert wer-

den. Von der bereits bestehenden Möglichkeit des **Schlichtungsverfahrens** (siehe dazu II.A.4.) abgesehen, käme hier zunächst eine **Ausweitung der Möglichkeit einer Verbandsklage** in Betracht (vgl II.A.3.). Anders als (bloße) Kostenregelungen, hätte eine diesbezügliche Änderung den Vorteil, dass die Geltendmachung von Diskriminierungen nicht mehr (vorwiegend) den Betroffenen selbst überlassen bliebe.

Eine Erleichterung des Zugangs zum Recht würden darüber hinaus spezifische **Vertretungsregelungen** auch im Anwendungsbereich des BGStG bringen, wie sie sich in § 40 ASGG für **Arbeitsrechtssachen** und damit für weite Bereiche des Diskriminierungsschutzes nach dem BEinstG bereits finden. Demnach steht es den Parteien insb im erstinstanzlichen Verfahren frei, sich neben RechtsanwältInnen auch von einer Reihe anderer, vom Gesetz als qualifiziert angesehener Personen vertreten zu lassen. Im vorliegenden Zusammenhang besonders bedeutsam ist dabei die den Mitgliedern der nach § 9 Abs 1 Z 7 BBG im Bundesbehindertenbeirat unmittelbar oder mittelbar vertretenen Verbände – also der Behindertenverbände – eingeräumte Möglichkeit, sich durch **Funktionäre oder ArbeitnehmerInnen dieser Verbände** vertreten zu lassen. Zu erwägen wäre auch die Ermöglichung einer (zumindest erstinstanzlichen) Vertretung durch den Behindertenanwalt/die Behindertenanwältin.

Überdies schiene die Ermöglichung einer **Nebenintervention** durch die Österreichische Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation (und allenfalls auch andere Institutionen), wie sie bei Diskriminierungen im Bereich der Arbeitswelt bereits besteht (vgl § 7p BEinstG), nicht nur aus Gründen der Rechtsdurchsetzung, sondern auch aus gleichheitsrechtlicher Sicht ratsam (dazu bereits II.A.1.2.4.).

Weiters wäre zu erwägen, den Zugang zum Recht durch eine Verlängerung der Möglichkeit zur gerichtlichen Geltendmachung zu erleichtern. Zum einen käme hier eine Ausdehnung der bestehenden Verjährungsfristen in Betracht, wobei dies insb im Hinblick auf Belästigungen durchaus folgerichtig wäre: Während für die gerichtliche

Geltendmachung gemäß § 10 Abs 3 BGStG grundsätzlich, den Vorgaben des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (vgl § 1489 ABGB, JGS 1811/946 zuletzt idF BGBl I 2010/58) entsprechend, ein Zeitraum von **drei Jahren** und damit wohl **ausreichend** Zeit zur Verfügung steht, können Schadenersatzansprüche wegen Belästigung nur binnen **eines Jahres** geltend gemacht werden. Zwar wurde diese Frist erst mit BGBl I 2008/67 von sechs Monaten auf ein Jahr verlängert. Insb in Anbetracht dessen, dass gerade im Falle von Belästigungen die Betroffenen häufig eine gewisse Zeit brauchen, um diese zu realisieren und auch den Entschluss zu fassen, sich zur Wehr zu setzen, scheint die Frist jedoch – ungeachtet deren Hemmung mit Einleitung des Schlichtungsverfahrens (§ 10 Abs 4 BGStG) – immer noch eher kurz bemessen. Zwar wird mit zunehmendem Zeitablauf naturgemäß auch die Beweislage schwieriger, was für eine zeitnahe Geltendmachung spricht. Letzten Endes würde dieses Risiko aber hauptsächlich den/die eine Belästigung Behauptende/n treffen, welche/r die Frist auch nicht ausschöpfen muss, sodass eigentlich nichts generell dagegen spricht, den Zeitraum für die Geltendmachung zu **verlängern** und an die **allgemeinen Verjährungsregeln anzupassen**. Hinzu kommt, dass die auch im europarechtlich determinierten Bereich der Arbeitswelt im Vergleich zu allgemeinen Regelungen kürzere Verjährungsfrist bei Belästigung im Licht des unionsrechtlichen Äquivalenzgebots nicht unproblematisch ist. Freilich dürfen die zu erwartenden positiven Effekte einer diesbezüglichen Änderung in der Praxis nicht überschätzt werden.

Eine andere Erleichterung der gerichtlichen Geltendmachung könnte durch eine Verlängerung der nach Beendigung des Schlichtungsverfahrens noch zur Verfügung stehenden Mindestfrist bewirkt werden. Nach derzeitiger Rechtslage steht der betroffenen Person nach Zustellung der Bestätigung über die erfolglose Durchführung der Schlichtung (von Fällen der Kündigung oder Entlassung abgesehen, wo nur 14 Tage zur Verfügung stehen, vgl § 7k Abs 5 BEinstG) zumindest noch eine Frist von drei Monaten offen (§ 10 Abs 5 BGStG, § 7k Abs 5 BEinstG). Hier könnte unter Berücksichtigung dessen, dass der/die Betroffene sich gerade im Falle der Erfolglosigkeit des Schlichtungsverfahrens erst über

die Erfolgsaussichten einer Klage klar werden und sich idR um einen geeigneten Rechtsbeistand kümmern muss, eine **Verlängerung, etwa auf sechs Monate** erwogen werden.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass Voraussetzung der Berufung auf die Rechte nach dem BGStG/BEinstG naturgemäß die **Kenntnis dieser Rechte** ist. Damit kommt der **Information und Beratung** potentiell von Diskriminierungen Betroffener **entscheidende Bedeutung** zu. Ein Schwerpunkt der Bemühungen sollte damit (auch künftig) die Propagierung der rechtlichen Vorgaben sowie der diesbezüglichen Beratungs- und Unterstützungsangebote (bei Interessenvertretungen, Klagsverband, Behindertenanwaltschaft, Bundessozialamt ua) sein.

2.4. ZWISCHENBILANZ

- » Eine Erleichterung des Zugangs zum Recht könnte an erster Stelle durch eine **Senkung des Prozesskostenrisikos** für die Betroffenen erreicht werden.
- » Die in der sozialwissenschaftlichen Studie aufgeworfene Dotierung eines eigenen **Klagsfonds** scheint hierfür nicht nur aus praktischer Sicht unangemessen: Nicht nur besteht in Form der Unterstützung etwa durch den **Klagsverband** oder die **Arbeiterkammern** bereits jetzt teilweise die Möglichkeit, den Klageweg ohne (großes) finanzielles Risiko zu bestreiten. Auch käme eine (teilweise) Finanzierung durch Mittel aus dem **Ausgleichstaxenfonds** in Betracht. Aus Wirtschaftlichkeitsgründen wäre einer **Nutzung dieser vorhandenen Ressourcen jedenfalls der Vorzug** zu geben. Eine Erweiterung des Angebots könnte – sofern aus budgetären Gründen möglich – allenfalls durch eine entsprechende (Erhöhung der) Förderung aus öffentlichen Mitteln herbeigeführt werden.
- » Neben einer teilweisen Finanzierung der Prozesskosten (auch) des/der eine Diskriminierung Behauptenden, könnte der Zugang zum Recht durch eine (bloße) Modifikation der **Kostenersatzregelungen** erleichtert werden. Am nächstliegenden wäre hier eine Orientierung an der Regelung des **§ 58 ASGG**, wenngleich

eine solche für die Betroffenen zwangsläufig den Nachteil mit sich brächte, dass sie auch im Falle eines Obsiegens im Prozess die ihnen entstandenen Kosten selbst zu tragen hätten. Allenfalls wäre somit zu überlegen, die Anpassung der **Kostenersatzregelungen mit der angesprochenen „Fondslösung“ zu verknüpfen.**

- » Von diesen Kostenregelungen abgesehen, könnte der Zugang zum Recht auch durch eine Ausweitung der Möglichkeit einer **Verbandsklage** sowie die Einführung spezifischer **Vertretungsregelungen**, wie sie sich in § 40 ASGG für Arbeitsrechtssachen bereits finden, erleichtert werden.
- » Überdies schiene die Ermöglichung einer Nebenintervention durch die Österreichischen Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation (und allenfalls auch andere Institutionen), wie sie bei Diskriminierungen im Bereich der Arbeitswelt besteht (vgl § 7p BEinstG), nicht nur aus Gründen der Rechtsdurchsetzung, sondern auch aus gleichheitsrechtlicher Sicht ratsam.
- » Weiters wäre zu erwägen, den Zugang zum Recht durch eine **Verlängerung der Verjährungsfristen** insb im Falle von Belästigungen zu erleichtern. Freilich wären die positiven Effekte einer diesbezüglichen Änderung angesichts der mit Zeitablauf zunehmenden Schwierigkeiten bei Glaubhaftmachung einer Diskriminierung wohl gering, sodass einer diesbezüglichen Änderung jedenfalls **keine Priorität** eingeräumt werden müsste. Gleiches ist auch bezüglich einer **Verlängerung der nach Beendigung des Schlichtungsverfahrens noch zur Verfügung stehenden Mindestfrist** (zB auf sechs Monate) zu sagen.
- » Da Voraussetzung der Rechtsdurchsetzung naturgemäß die Kenntnis der aus dem BGStG/BEinstG erwachsenden Rechte ist, kommt darüber hinaus der **Information und Beratung** potentiell von Diskriminierungen Betroffener erhebliche Bedeutung zu. Ein **Schwerpunkt der Bemühungen** sollte damit auch künftig auf diesen Bereich gelegt werden.

3. VERBANDSKLAGE

3.1. AUSGANGSLAGE UND PROBLEMSTELLUNG

Ergänzend zu den individuellen Rechtsansprüchen der Betroffenen wurde, wie bereits erwähnt, in § 13 BGStG die Möglichkeit einer **Verbandsklage** durch die Österreichische Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation geschaffen. Wird demnach gegen die im BGStG „geregelten gesetzlichen Gebote oder Verbote verstoßen, und werden dadurch die allgemeinen Interessen des durch dieses Gesetz geschützten Personenkreises wesentlich und dauerhaft beeinträchtigt, kann die Österreichische Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation eine Klage auf Feststellung einer Diskriminierung aus dem Grund einer Behinderung einbringen“. Dies ist jedoch nach Abs 2 der zitierten Bestimmung nur aufgrund einer mit der Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen gefassten Empfehlung des Bundesbehindertenbeirats möglich.

Mit Hilfe dieser Bestimmung sollte den Materialien zufolge ermöglicht werden, dass in Fällen von allgemeinem rechtlichen Interesse, in denen zum Nachteil der Interessen behinderter Menschen beharrlich diskriminiert wird, **unabhängig vom konkreten Einzelfall** von der Österreichischen Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation als „bundesweit tätigen Dachverband der organisierten Menschen mit Behinderungen“ eine **Feststellungsklage** eingebracht werden kann. Die zwingend erforderliche Empfehlung des Bundesbehindertenbeirats wurde vorgesehen, um sicherzustellen, dass von diesem Instrument **kein überschießender Gebrauch** gemacht werden kann (EBRV 836 BlgNR 22. GP 11).

Offenkundig aus demselben Grund wurde die im seinerzeitigen Ministerialentwurf geplante weitergehende Regelung nicht umgesetzt. Dort war zum einen vorgesehen, dass „die Vereinigung, auf die die Voraussetzungen des § 10 Abs 1 Z 6 des Bundesbehindertengesetzes (BBG)“ – das ist der verwiesenen Bestimmung zufolge die „Vereinigung, die für das gesamte Bundesgebiet als Dachorganisation konstituiert ist und in

der die Mehrzahl jener Vereinigungen vertreten ist, die gemäß deren Satzungen für das ganze Bundesgebiet gebildet sind, Zweigorganisationen besitzen und die Förderung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Interessen von behinderten Menschen zum Ziele haben“, also die **Österreichische Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation** – bei „der gerichtlichen Geltendmachung von ihr zur klagsweisen Geltendmachung abgetretenen Ansprüchen“ den im § 29 KSchG genannten Verbänden gleichgestellt ist (vgl § 14 Abs 1 idF ME 182 BlgNR 22. GP 5 f). Wie aus den Erläuterungen hervorgeht, sollte mit dieser Regelung eine Verbandsklage im Sinne von Musterprozessen und aufgrund des Rechtsmittelprivilegs des § 55 Abs 4 Jurisdiktionsnorm (JN, RGBI 1895/111 zuletzt idF BGBl I 2010/111) auch für Fälle mit zu geringem Streitwert ein Rechtszug an den OGH ermöglicht werden (ME 182 BlgNR 22.GP 28). Darüber hinaus war geplant, dass sowohl der „in Abs 1 genannten Vereinigung“ also wiederum der Österreichische Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation, als auch den „in § 29 KSchG genannten Verbänden“ (Wirtschaftskammer Österreich, Bundesarbeitskammer, Österreichischer Landarbeiterkammertag, Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Verein für Konsumenteninformation und Österreichischer Seniorenrat) die Möglichkeit einer **Unterlassungsklage** – im Hinblick auf bestehende Barrieren also ein Anspruch auf Herstellung des barrierefreien Zustands – offensteht, wenn gegen die im BGStG geregelten Vorgaben verstoßen wird und dadurch die allgemeinen Interessen des durch dieses Gesetz geschützten Personenkreises beeinträchtigt werden (vgl § 14 Abs 2 idF ME 182 BlgNR 22. GP 6, 28).

In der Praxis sieht man sich nun freilich nicht mit einer zu häufigen Inanspruchnahme der Verbandsklage, sondern mit dem Problem konfrontiert, dass die Verbandsklage bisher keine praktische Wirkung entfalten konnte. Obwohl eine solche von Betroffenenorganisationen (insb im Bereich des privaten Versicherungsrechts, dazu II.A.5) für nötig gehalten wird, wurde **bisher keine einzige Verbandsklage** eingebracht. Es stellt sich damit die Frage, wie das Instrument der Verbandsklage **effizienter gestaltet** werden könnte.

Einer eingehenden Betrachtung bedarf darüber hinaus die Tatsache, dass das **BEinstG** im Gegensatz zum BGStG **keine** Möglichkeit einer **Verbandsklage** durch die Österreichische Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation vorsieht. Zwar war im Ministerialentwurf ursprünglich eine zu § 14 BGStG idF des Entwurfs analoge Regelung in § 7p BEinstG und damit sogar eine relativ großzügige Ermöglichung der Verbandsklage vorgesehen (ME 182 BlgNR 22. GP 12). Dieses Vorhaben wurde jedoch zur Gänze fallen gelassen und stattdessen (lediglich) eine Nebeninterventionsmöglichkeit normiert. Im Falle von Diskriminierungen im Bereich der Arbeitswelt besteht für die Österreichische Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation demnach nur die Möglichkeit, auf Verlangen einer betroffenen Person einem Rechtsstreit als **Nebenintervenient** iSd §§ 17 bis 19 ZPO beizutreten (vgl § 7q BEinstG). Diese Vorgabe überrascht nicht nur im Vergleich zum BGStG, sondern auch in Anbetracht der im GBK/GAW-G für Diskriminierungen aufgrund anderer geschützter Merkmale getroffenen Regelung und wirft die Frage der **sachlichen Rechtfertigung** dieser Unterschiede auf.

3.2. MÖGLICHKEITEN ZUR VERBESSERUNG DER EFFIZIENZ DER VERBANDSKLAGE

3.2.1. Ausweitung der Klagebefugnis

Eine effizientere Gestaltung der Verbandsklage könnte zunächst durch eine Ausweitung der Klagebefugnis erreicht werden, indem neben der Österreichischen Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation auch **anderen Organisationen** eine Klagebefugnis eingeräumt wird.

Dies könnte etwa dadurch geschehen, dass – wie im seinerzeitigen Ministerialentwurf vorgesehen – den **von § 29 KSchG erfassten Institutionen** (also der Wirtschaftskammer Österreich, der Bundesarbeitskammer, dem Österreichischen Landarbeiterkammertag, der Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs, dem Österreichischen Gewerkschaftsbund, dem Verein für Konsumenteninformation und dem Österreichischen Seniorenrat) eine Klagebefugnis eingeräumt wird. Zwar ist es diesen

Institutionen gemäß § 28 Abs 1 KSchG schon nach derzeitiger Rechtslage möglich, auch diskriminierende Bestimmungen zu bekämpfen. Da nach § 28 KSchG allerdings nur derjenige auf Unterlassung geklagt werden kann, der „im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er von ihm geschlossenen Verträgen zugrunde legt, oder in hiebei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, oder wer solche Bedingungen für den geschäftlichen Verkehr empfiehlt“, kann diese Bestimmung weder bei rechtswidrigen Individualvereinbarungen (sofern nicht ausnahmsweise ein Fall des § 28a KSchG vorliegt) noch bei faktisch diskriminierenden Bedingungen, wie insb Barrieren, nutzbar gemacht werden. Hinzu kommt, dass sich die Klagemöglichkeit nach dem KSchG insofern von jener des BGStG unterscheidet, als erstere eine Unterlassungs-, zweite aber eine Feststellungsklage zum Gegenstand hat. Insofern wäre eine **explizite** Regelung im BGStG erforderlich.

Eine schlichter Verweis auf die Institutionen nach § 29 KSchG brächte freilich den Nachteil mit sich, dass zwar eine Erweiterung des Kreises der Klagebefugten eintreten würde, die hiervon erfassten Institutionen aber nicht unbedingt hohe Expertise im Hinblick auf die Belange von Menschen mit Behinderungen und deren Diskriminierung aufweisen. Aus diesem Grund wäre eine **eigenständige Regelung** wohl die bessere Lösung, in deren Rahmen neben der Österreichischen Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation etwa dem **Klagsverband** zur Durchsetzung der Rechte von Diskriminierungsopfern und dem **Behindertenanwalt/der Behindertenanwältin** ein Verbandsklagerecht eingeräumt werden könnte.

Auch eine Klagebefugnis anderer **Behindertenorganisationen** käme grundsätzlich in Betracht. Möchte man hier zweckmäßigerweise nicht einzelne Organisationen aufzählen (und sich somit erneut der Kritik einer Bevorzugung bestimmter Einrichtungen aussetzen), wäre eine Regelung denkbar, wie sie etwa das deutsche Sozialgesetzbuch (SGB) hinsichtlich der Klagebefugnis „der Verbände“ trifft. Werden behinderte Menschen in

ihren Rechten nach dem SGB IX verletzt, so können nach dessen § 63 an ihrer Stelle und mit ihrem Einverständnis „Verbände klagen, die nach ihrer Satzung behinderte Menschen auf Bundes- oder Landesebene vertreten und nicht selbst am Prozess beteiligt sind“. Ähnlich dieser Bestimmung steht nach § 23 Abs 1 des deutschen AGG etwa die Befugnis zum Auftreten als Beistand (auch aus anderen Gründen als einer Behinderung) diskriminierter Personen im gerichtlichen Verfahren „Antidiskriminierungsverbänden“ zu, die als „Personenzusammenschlüsse, die nicht gewerbsmäßig und nicht nur vorübergehend entsprechend ihrer Satzung die besonderen Interessen von benachteiligten Personen oder Personengruppen (...) wahrnehmen“ definiert werden. § 23 Abs 2 AGG schränkt dies sodann insofern ein, als die Unterstützungsbefugnisse diesen Verbänden nur dann zustehen, wenn sie mindestens 75 Mitglieder haben oder einen Zusammenschluss aus mindestens sieben Verbänden bilden, womit eine Erfassung nur von Institutionen mit einer gewissen Bedeutung gewährleistet ist.

Analog zu diesen Regelungen käme auch in Österreich etwa eine Einräumung der Verbandsklagebefugnis an Organisationen bzw Verbände in Betracht, die **nicht nur vorübergehend** (und nicht gewerbsmäßig) entsprechend ihrer Satzung die **besonderen Interessen von Menschen mit Behinderungen wahrnehmen** und allenfalls eine bestimmte Mindestzahl an Mitgliedern aufweisen.

Freilich stellt sich angesichts der Vielzahl und Heterogenität der Behindertenorganisationen und der von diesen vertretenen Interessen naturgemäß die Frage deren **Repräsentativität und Objektivität**. Zwar könnte überlegt werden, diese Möglichkeit in Bezug auf spezialisierte Organisationen jeweils fallbezogen (nur) derjenigen zuzugestehen, welche die Interessen der von der Diskriminierung betroffenen Personengruppen vertritt, also etwa dem Blindenverband hinsichtlich Blinde oder dem Gehörlosenbund hinsichtlich Gehörlose diskriminierender Bedingungen. Dies hätte jedoch nicht nur eine starke Verkomplizierung der gesetzlichen Regelung zur Folge, sondern würde auch das Problem der unter Umständen fehlenden Objektivität und Repräsentativität der

Organisation letztlich nicht lösen. Da auch die Festlegung einer Mindestmitgliederzahl allein hier idR nicht zwingend maßgeblich sein wird, müsste somit über eine Art **Anerkennungsverfahren** für „klagewillige“ Institutionen durch das BMASK nachgedacht werden, um eine sachgerechte Lösung zu finden. Dass dies nicht nur die Rechtslage verkomplizieren, sondern auch einen beträchtlichen zusätzlichen Verwaltungsaufwand mit sich bringen würde, kann jedoch nicht in Abrede gestellt werden. Insofern sollte die Einbeziehung zusätzlicher Behindertenorganisationen gut überlegt werden.

Ein eigenständiges Klagerecht des Bundesbehindertenbeirats (allenfalls als Ausgleich für das Entfallen seiner Mitwirkungsrechte, dazu sogleich unten) wäre demgegenüber schon aus praktischer Sicht wenig sinnvoll, erscheint doch dessen Nutzung angesichts der differenzierten Zusammensetzung des Beirats äußerst unwahrscheinlich. Hinzu kommt, dass die Einräumung einer Klagemöglichkeit an den Behindertenbeirat diesem eine völlig andere Aufgabe zuschreiben würde als dies seiner bisher im Wesentlichen beratenden Funktion entspricht.

3.2.2. Modifikation der Mitwirkung des Bundesbehindertenbeirats

Ungeachtet einer möglichen Erweiterung des Kreises der klagebefugten Institutionen sollte dringend das derzeit bestehende Erfordernis einer Empfehlung des Bundesbehindertenbeirats mit Zweidrittelmehrheit überdacht werden, wenn man der Verbandsklage zu praktischen Wirkungen verhelfen möchte. Angesichts der bei Einführung des BGStG offensichtlich bestehenden Befürchtung eines ausufernden Gebrauchs des Verbandsklagerechts war eine Einschränkung durchaus nachvollziehbar. Da sich diese Befürchtungen nicht bewahrheitet haben, kann ein Bedürfnis nach derartigen Restriktionen jedoch nicht mehr behauptet werden. Insofern könnte sogar überlegt werden, das **Empfehlungserfordernis** gänzlich **fallen zu lassen**. Mit dem plötzlichen Auftreten einer Klageflut ist wohl selbst im Falle einer Ausweitung der Klagebefugnis nicht zu rechnen.

Um etwaigen dennoch bestehenden Befürchtungen entgegenzuwirken, könnte allenfalls erwogen werden, das Verbandsklagerecht, ähnlich dem besonderen Feststellungsverfahren nach § 54 ASGG (demnach müssen mindestens drei ArbeitnehmerInnen bzw ArbeitgeberInnen von dem Feststellungsbegehren betroffen sein), an die Voraussetzung zu binden, dass eine bestimmte Mindestzahl von Personen (potentiell) von der Diskriminierung betroffen ist. Da jedoch eine Verbandsklage schon jetzt nur in Betracht kommt, wenn die **allgemeinen Interessen** des durch das BGStG geschützten Personenkreises **wesentlich und dauerhaft** beeinträchtigt sind, scheint eine derartige Restriktion entbehrlich.

Möchte man demgegenüber von der Einbindung des Behindertenbeirats nicht generell absehen, so bestünde die Möglichkeit, anstelle einer Empfehlung nur dessen **Anhörung** vorzusehen. Auch wäre es denkbar, der die Klage vorantreibenden Institution die Möglichkeit einzuräumen, im Falle einer negativen Stellungnahme des Behindertenbeirats, nach erneuter Prüfung der Sachlage eine Art Beharrungsbeschluss zu fassen. Dies würde jedoch das vor Einbringung der Verbandsklage abzuwickelnde „Vorverfahren“ deutlich verkomplizieren.

Soll es bei einer verpflichtenden Empfehlung des Behindertenbeirats bleiben, so sollte zumindest das bestehende **Zustimmungsquorum** von zwei Dritteln auf einfache Mehrheit **gesenkt** werden. Angesichts der verschiedenen im Beirat vertretenen Interessen wird eine Zweidrittelmehrheit sehr schwer zu erreichen sein und somit die praktische Wirksamkeit der Verbandsklage erheblich eingeschränkt.

3.2.3. Ermöglichung einer auf Unterlassung bzw Beseitigung gerichteten Klage

Eine nicht unbeträchtliche Effizienzsteigerung könnten neben den genannten Änderungen vermutlich durch die – im seinerzeitigen Ministerialentwurf ebenfalls vorgesehene – **Erweiterung der Verbandsklagemöglichkeit** um eine solche auf Unterlassung bzw

Beseitigung der Diskriminierung erreicht werden. Letztlich würde es den klagebefugten Institutionen damit ermöglicht, viel **aktiver** auf die Beseitigung diskriminierender Bedingungen hinzuwirken als dies bei einer (bloßen) Feststellungsklage der Fall ist.

Zwar besteht im Anwendungsbereich des § 28 (bzw § 28a) KSchG eine solche Möglichkeit nach dem Gesagten bereits. Da Diskriminierungen von Menschen mit Behinderungen häufig durch Barrieren verursacht werden, wofür die Vorgaben des KSchG nicht nutzbar gemacht werden können, schiene jedoch auch hier eine **eigenständige Regelung im BGStG sinnvoll**.

Da (auch) eine Verbandsklage stets nur im Falle des tatsächlichen Vorliegens einer Diskriminierung und damit insb dann nicht in Betracht kommt, wenn die Beseitigung der diskriminierenden Bedingungen für den/die Verpflichtete/n eine unverhältnismäßige Belastung (§ 6 BGStG) darstellt, bestünde infolge einer diesbezüglichen Ausweitung auch **nicht die Gefahr**, dass Personen gerichtlich zur Durchführung **unzumutbarer Maßnahmen verpflichtet** werden können.

3.3. SCHAFFUNG EINER VERBANDSKLAGEMÖGLICHKEIT AUCH IM ANWENDUNGSBEREICH DES BEINSTG

Anders als im Falle eines Verstoßes gegen die Vorgaben des BGStG besteht im Anwendungsbereich des **BEinstG** bisher **keine** § 13 BGStG entsprechende Möglichkeit zu einer Verbandsklage. Vielmehr steht hier – neben dem besonderen Feststellungsverfahren nach § 54 ASGG (dazu sogleich nochmals unten) nur die „allgemeine“ Verbandsklage nach dem KSchG zur Verfügung. Selbst deren Anwendbarkeit für das Arbeitsrecht ist jedoch nicht unumstritten. So ist etwa **Graf-Schimek** (KSchG-Verbandsklage im Arbeitsrecht?, ZAS 2011, 220 ff) der Ansicht, die KSchG-Verbandsklage sei im Bereich des Arbeitsrechts nicht anwendbar; der Gesetzgeber habe dies trotz Fehlens einer diesbezüglichen Ausnahme im KSchG offenkundig nicht beabsichtigt, da er im ASGG eine spezielle Verbandsklage

für das Arbeitsrecht geschaffen habe und überdies nicht unterstellt werden könne, dass alle in § 29 KSchG angeführten Verbände auch im Arbeitsrecht klagebefugt sein sollten. Die Autorin begründet dies ua auch mit der ohnedies bloß eingeschränkten Gestaltungsbefugnis des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin im Arbeitsrecht.

Kodek (Die Verbandsklage nach § 29 KSchG im Arbeitsrecht, DRdA 2007, 356 ff) und auch das OLG Wien (18. 1. 2010, 9 Ra 129/09w, ARD 6051/6/2010) gehen demgegenüber und uE zutreffend von der Anwendbarkeit ersterer auch im Arbeitsrecht aus: Es gibt keine Einschränkung des zweiten Hauptstückes des KSchG auf Verbrauchergeschäfte und insb keinen Ausschluss von Arbeitsverträgen, wie er sich für das erste Hauptstück in § 1 Abs 4 KSchG findet, außerdem unterscheiden sich die Anwendungsbereiche der KSchG-Verbandsklage und des besonderen Feststellungsverfahrens nach § 54 ASGG doch erheblich. Vor allem überzeugt das Argument, dass dem Gesetzgeber letztlich nicht unterstellt werden kann, dass er den Rechtsschutz im Arbeitsrecht geringer ausgestalten wollte als sonst. Gerade dies hätte aber ein Ausschluss der KSchG-Verbandsklage zur Folge, da damit insb keine Möglichkeit bestünde, die Verwendung unzulässiger Allgemeiner Vertragsbedingungen in Arbeitsverträgen mit einer auf Unterlassung gerichteten Verbandsklage zu bekämpfen.

Unabhängig davon, ob man nun eine Verbandsklage nach dem KSchG (im Falle der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern) im Arbeitsrecht zulässt oder nicht, schiene die Ermöglichung einer Verbandsklage, wie sie § 13 BGStG vorsieht, auch im Anwendungsbereich des BEinstG ratsam. Dies würde nicht nur die Chancen für einen tatsächlichen Gebrauch dieses Instruments erhöhen, sondern wäre auch aus gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten sehr zu empfehlen. Während sich die Unterschiede zwischen BEinstG und BGStG nämlich unter Umständen noch mit dem völlig unterschiedlichen Anwendungsbereich beider Gesetze und dem im Rahmen des BGStG größeren Bedürfnis nach einer abstrakten Klagemöglichkeit durch die Österreichische Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation rechtfertigen lassen,

liegt nach geltender Rechtslage auch eine **Ungleichbehandlung** von Menschen mit Behinderungen im Vergleich zu anderen diskriminierungsgeschützten Personen vor:

Nach § 12 GBK/GAW-G ist im Anwendungsbereich des GIBG auch im Bereich der Arbeitswelt eine Verbandsklage möglich, freilich unter anderen Voraussetzungen, als sie § 13 BGStG vorsieht. Erstgenannter Bestimmung zufolge hat der jeweils zuständige Gleichbehandlungssenat nämlich nicht nur auf Antrag eines Arbeitnehmers/einer Arbeitnehmerin oder weiterer im Gesetz aufgezählter Personen/Stellen im Einzelfall zu prüfen, ob eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots vorliegt (Abs 1). Vielmehr hat der Senat, sofern er zur Auffassung gelangt, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots vorliegt, dem/der ArbeitgeberIn bzw dem/der für die Diskriminierung in der sonstigen Arbeitswelt oder in sonstigen Bereichen Verantwortlichen schriftlich einen Vorschlag zur Verwirklichung der Gleichbehandlung zu übermitteln und ihn/sie aufzufordern, die Diskriminierung zu beenden (Abs 3). Wird diesem Vorschlag nicht binnen einer Frist von zwei Monaten entsprochen, so kann gemäß Abs 4 dieser Bestimmung **jede der im jeweiligen Senat vertretenen Interessenvertretungen** beim zuständigen Arbeits- oder Zivilgericht **auf Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebots klagen**. Wurde das Verfahren – gemeint kann hier wohl nur jenes vor dem jeweiligen Gleichbehandlungssenat sein – auf Verlangen eines/einer der GleichbehandlungsanwältInnen eingeleitet, steht das Klagerecht diesem/dieser zu, wobei eine Klage nur mit Zustimmung des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin oder der betroffenen Person eingebracht werden darf (Abs 5).

Für Diskriminierungen nach dem GIBG besteht damit im Gegensatz zum BEinstG auch im Bereich der Arbeitswelt die Möglichkeit, unabhängig von einer Individualklage des/der Betroffenen gerichtlich gegen bestehende Diskriminierungen vorzugehen.

Zwar kann in Arbeitsrechtssachen gemäß § 50 Abs 1 ASGG ein besonderes Feststellungsverfahren nach § 54 ASGG eingeleitet werden. Demnach können die parteifähigen Organe der Arbeitnehmerschaft, also insb der Betriebsrat, im Rahmen ihres

Wirkungsbereiches sowie der/die jeweilige ArbeitgeberIn auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens von Rechten oder Rechtsverhältnissen, die mindestens drei ArbeitnehmerInnen des Betriebes oder Unternehmens betreffen, klagen bzw geklagt werden (Abs 1). Ebenso steht den kollektivvertragsfähigen Körperschaften der ArbeitgeberInnen und der ArbeitnehmerInnen im Rahmen ihres Wirkungsbereiches die Möglichkeit offen gegenüber einer gegnerischen Körperschaft beim Obersten Gerichtshof einen Antrag auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens von Rechten oder Rechtsverhältnissen einzubringen, die einen von bestimmten Personen unabhängigen Sachverhalt betreffen, aber zumindest für drei ArbeitgeberInnen bzw ArbeitnehmerInnen von Bedeutung ist (Abs 2). Sowohl Feststellungsklagen nach Abs 1 als auch Feststellungsanträge nach Abs 2 können dabei auch dann erhoben werden, wenn der/die Berechtigte eine Leistungsklage erheben könnte, wobei für die Dauer des Verfahrens alle Fristen zur Geltendmachung des Anspruches des/der Berechtigten gehemmt sind und diesem/ dieser nach Beendigung des Verfahrens zumindest noch eine Frist von drei Monaten zur Erhebung der Leistungsklage offensteht (vgl § 54 Abs 5 ASGG).

Da die Möglichkeit des besonderen Feststellungsverfahrens nach § 54 ASGG jedoch auch im Anwendungsbereich des GIBG besteht und darüber hinaus das Diskriminierungsverbot in der Arbeitswelt weiter ist als die Arbeitsrechtssachen des § 50 Abs 1 ASGG, erscheint die Differenzierung bezüglich der Verbandsklagemöglichkeit kaum zu rechtfertigen. Es wäre somit dringend anzuraten, die **Rechtsschutzmöglichkeiten in diesem Bereich zu harmonisieren**.

Am Einfachsten zu bewerkstelligen wäre dies wohl durch die, im Ministerialentwurf ursprünglich vorgesehene **Ausweitung der Verbandsklagemöglichkeit auf die im BEinstG geregelten Diskriminierungsverbote**, was freilich im Lichte möglichst gleichartiger Regelungen für alle Diskriminierungsmerkmale die Frage auch nach einer diesbezüglichen **Adaptierung der Vorgaben des GIBG** aufwirft.

Weiters käme eine am GBK/GAW orientierte Regelung etwa in der Form in Betracht, dass den im Bundesbehindertenbeirat (§§ 8 ff BBG) vertretenen Stellen ein Klagerecht eingeräumt wird, sofern dessen Empfehlungen nach § 8 Abs 1 Z 2 BBG nicht beachtet werden. Freilich erschiene neben den Mitgliedern des Bundesbehindertenbeirats auch eine (über § 54 Abs 1 ASGG hinausgehende) Klagelegitimation des Betriebsrates sinnvoll.

Darüber hinaus wäre in allen Fällen der Verbandsklage, also sowohl bei Diskriminierungen in der Arbeitswelt, als auch im sonstigen Bereich, zu erwägen, analog zu § 54 Abs 5 ASGG explizit festzuschreiben, dass eine solche **auch dann erhoben werden kann, wenn** eine diskriminierte Person **Leistungsklage** erheben könnte. Auch um im Falle einer künftigen Nutzung der Verbandsklagemöglichkeit Parallelverfahren zu vermeiden, käme überdies die ebenfalls an § 54 Abs 5 ASGG orientierte Normierung einer Fristhemmung für die Dauer des Verbandsklageverfahrens in Betracht.

3.4. ZWISCHENBILANZ

- » Eine effizientere Gestaltung der Verbandsklage könnte insb durch eine **Ausweitung der Klagebefugnis** auf andere Stellen erreicht werden. Dies könnte relativ einfach durch einen Verweis auf § 29 KSchG erreicht werden, im Hinblick auf die erforderliche Expertise auf dem Gebiet der Belange von Menschen mit Behinderungen wäre eine **eigenständige Regelung** jedoch die bessere Lösung.
- » Neben der Österreichischen Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation könnte etwa dem **Klagsverband** zur Durchsetzung der Rechte von Diskriminierungsopfern und dem **Behindertenanwalt/der Behindertenanwältin** ein Verbandsklagerecht eingeräumt werden.
- » Auch eine Klagebefugnis anderer **Behindertenorganisationen** käme grundsätzlich in Betracht. Angesichts der dann unweigerlich zu klärenden Frage der Repräsentativität und Objektivität, würde es freilich zu einer unverhältnismäßigen Komplizierung der Rechtslage und einem beträchtlichen zusätzlichen Verwal-

tungsaufwand kommen. Eine diesbezügliche Änderung bedürfte somit jedenfalls eingehender Vorüberlegungen und sollte damit **nicht prioritär verfolgt** werden.

- » Ein eigenständiges Klagerecht des Bundesbehindertenbeirats scheint ebenfalls nicht sinnvoll, da ein solches nicht nur angesichts dessen Zusammensetzung in der Praxis wohl kaum Wirkungen, sondern überdies eine völlige Änderung dessen Aufgabenkreises zur Folge hätte.
- » Ungeachtet einer allfälligen Ausweitung der Klagebefugnis, sollte **dringend** das derzeit bestehende Erfordernis einer mit Zweidrittelmehrheit beschlossenen **Empfehlung des Bundesbehindertenbeirats** überdacht, wenn nicht sogar fallen gelassen werden.
- » Allenfalls könnte im Gegenzug erwogen werden, das Verbandsklagerecht, ähnlich dem besonderen Feststellungsverfahren nach § 54 ASGG, an die Voraussetzung zu binden, dass eine bestimmte **Mindestzahl von Personen** (potentiell) von der Diskriminierung betroffen ist.
- » Soll hingegen die Einbindung des Behindertenbeirats nicht generell entfallen, so bestünde insb die Möglichkeit, (nur) dessen **Anhörung** vorzusehen.
- » Bei Beibehaltung der Notwendigkeit einer verpflichtenden Empfehlung des Behindertenbeirats sollte zumindest das bestehende **Zustimmungsquorum** von zwei Dritteln auf einfache Mehrheit **gesenkt** werden.
- » Eine nicht unbeträchtliche Effizienzsteigerung könnten auch durch eine Erweiterung der **Verbandsklagemöglichkeit** um eine solche **auf Unterlassung bzw Beseitigung** der Diskriminierung erreicht werden.
- » Darüber hinaus wäre nicht nur aus Effizienzgründen, sondern auch aufgrund gleichheitsrechtlicher Gesichtspunkte die Ermöglichung einer **Verbandsklage auch im Anwendungsbereich des BEinstG empfehlenswert**. Am Einfachsten zu bewerkstelligen – und wohl auch am Sinnvollsten – wäre hier die **Ausweitung der Verbandsklagemöglichkeit nach § 13 BGStG auf das BEinstG**. Auch eine am GBK/GAW-G orientierte Regelung, etwa in der Form, dass den im Bundesbehindertenbeirat vertretenen Stellen ein Klagerecht eingeräumt wird, sofern dessen

Empfehlungen nach § 8 Abs 1 Z 2 BBG nicht beachtet werden, käme aber grundsätzlich in Betracht.

4. SCHLICHTUNGSVERFAHREN

4.1. AUSGANGSLAGE UND PROBLEMSTELLUNG

Eine wesentliche Besonderheit im Falle der Geltendmachung einer Diskriminierung (auch) aufgrund einer Behinderung im Anwendungsbereich des BGStG oder auch des BEinstG besteht in der **verpflichtenden Durchführung eines Schlichtungsverfahrens** bei den Landesstellen des Bundesamts für Soziales und Behindertenwesen. Eine Klage bei den ordentlichen Gerichten ist demnach stets nur dann zulässig, wenn nicht längstens innerhalb von drei Monaten (im Fall einer Kündigung oder Entlassung binnen einem Monat) ab Einleitung des Schlichtungsverfahrens eine gütliche Einigung erzielt worden ist und die klagende Partei der Klage hierüber eine Bestätigung des Bundessozialamts anschließt (§ 10 Abs 2 BGStG, § 7k Abs 1 BEinstG). Die Einleitung des Schlichtungsverfahrens bewirkt dabei die Hemmung der Fristen zur gerichtlichen Geltendmachung bis zur Zustellung der Bestätigung des Bundessozialamts an die eine Diskriminierung behauptende Person, dass keine gütliche Einigung erzielt werden konnte (§ 10 Abs 4 BGStG, § 7k Abs 4 BEinstG). Danach steht der betroffenen Person zumindest noch eine Frist von drei Monaten, im Falle der Anfechtung einer Kündigung oder Entlassung noch 14 Tage zur gerichtlichen Geltendmachung offen (§ 10 Abs 5 BGStG, § 7k Abs 5 BEinstG).

Gleiches gilt für diesbezügliche Ansprüche von **Beamten**, die gemäß § 7l BEinstG ebenfalls erst nach erfolgloser Durchführung eines Schlichtungsverfahrens bei der Dienstbehörde geltend gemacht werden können. Liegt es im Ermessen der Behörde, über die Rechtsfrage mittels Bescheides zu entscheiden, ist ein Antrag auf Bescheiderlassung ebenfalls erst nach Beendigung des Schlichtungsverfahrens zulässig (Abs 1 vorletzter Satz). Die Dienstbehörde hat dabei im Verfahren die Antidiskriminierungsbestimmungen

des BEinstG unmittelbar anzuwenden (Abs 2). Werden nach Beendigung des Schlichtungsverfahrens Ansprüche geltend gemacht, die eine diskriminierende Entscheidung mittels Bescheides betreffen, und steht ein ordentliches Rechtsmittel offen, so hat die Geltendmachung von Ansprüchen nach Abs 3 der zitierten Bestimmung im Zuge dieses Rechtsmittels zu erfolgen. Entscheidet die Dienstbehörde dagegen in erster und letzter Instanz, besteht binnen 14 Tagen ab Bescheidzustellung die Möglichkeit eines Antrages auf Erklärung der Rechtsunwirksamkeit der diskriminierenden Entscheidung. Stellt sich heraus, dass eine Entscheidung diskriminierend erfolgt ist, so hat die Dienstbehörde den erlassenen Bescheid aufzuheben und die Rechtsfrage neu zu entscheiden.

Die Einleitung des Schlichtungsverfahrens (§ 14 Abs 2 BGStG) bewirkt dabei nach § 71 Abs 5 BEinstG sowohl die Hemmung der Fristen zur Geltendmachung bei der Dienstbehörde als auch die ordentlicher oder außerordentlicher Rechtsmittelfristen, wobei der betroffenen Person nach Zustellung der Bestätigung des Bundesamts für Soziales und Behindertenwesen, dass eine Einigung nicht erzielt werden konnte, im Fall einer Kündigung oder Entlassung jedenfalls noch eine Frist von 14 Tagen bzw in Fällen, in denen eine Rechtsmittelfrist gehemmt wurde, jedenfalls noch diese Frist, in allen anderen Fällen aber zumindest noch eine Frist von drei Monaten offen steht (Abs 6). Darüber hinaus besteht in all jenen Fällen, in denen eine gütliche Einigung nicht zustande kommt, die Möglichkeit des Bundessozialamts, nach Durchführung der entsprechenden Ermittlungen auf Ersuchen der betroffenen Person eine Stellungnahme über das Vorliegen einer Diskriminierung abzugeben (Abs 7). Gleiches gilt gemäß § 7m BEinstG auch für gegen den/die Dienstgeberin gerichtete Ansprüche eines/einer Beamten wegen Belästigung.

Ist in anderen Fällen die (behauptete) Diskriminierung in Vollziehung der Gesetze erfolgt, so kommt, wie sonst auch, das Amtshaftungsgesetz (AHG, BGBl 1949/20 zuletzt BGBl I 1999/194) zur Anwendung. Dabei ersetzt allerdings das Schlichtungsverfahren gemäß §§ 14 ff BGStG das Aufforderungsverfahren nach § 8 AHG ersetzt (§ 10 Abs 1 BGStG, § 7n BEinstG).

Das Schlichtungsverfahren beginnt gemäß § 14 Abs 2 BGStG jeweils mit Einbringen des Antrags, mit dem Schlichtung begehrt wird, durch die eine Diskriminierung behauptende Person. Hier ist § 13 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes (AVG, BGBl 1991/51 zuletzt idF BGBl I 2011/100) mit der Maßgabe anzuwenden, dass das Anbringen schriftlich oder mündlich zu Protokoll eingebracht werden muss; auch für die Berechnung und den Lauf der gesetzlich vorgesehen Fristen sind die Vorgaben des AVG (konkret §§ 32, 33) anzuwenden.

Ziel der Vorschaltung des weitgehend der Schlichtung im Nachbarrecht nachgebildeten Schlichtungsverfahrens war den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zufolge ua die **Entlastung der Gerichte**: Insb im Hinblick auf die durchzuführende Mediation wurde erwartet, dass der überwiegende Teil der Diskriminierungsfälle durch die Schlichtung einer gütlichen Einigung zugeführt wird, sodass es gar nicht zur Befassung des Gerichts kommt (EBRV 836 BlgNR 22. GP 10 f).

Aufgabe des Bundessozialamts im Zuge der Schlichtung ist es, unter Einbeziehung einer Prüfung des Einsatzes möglicher Förderungen nach bundes- oder landesgesetzlichen Vorschriften zu versuchen, einen **einvernehmlichen Ausgleich der Interessensgegensätze** zwischen den Parteien herbeizuführen (§ 15 Abs 1 BGStG), wobei der Einsatz von Mediation durch externe MediatorInnen iSd Bundesgesetzes über Mediation in Zivilrechtssachen (BGBl I 2003/29) anzubieten ist (§ 15 Abs 2 BGStG). Ziel des Schlichtungsverfahrens ist somit nicht eine Entscheidung über das Vorliegen einer Diskriminierung und allenfalls die Verurteilung der diskriminierenden Person, sondern vielmehr ein Interessenausgleich und damit das Finden einer Lösung, mit der beide Parteien zufrieden sind. Gelingt eine solche Einigung, so endet das Schlichtungsverfahren mit dieser. Andernfalls wird es mit Zustellung der Bestätigung des Bundessozialamts beendet, dass eine Einigung nicht erzielt werden konnte (§ 14 Abs 3 BGStG).

Die Kosten für die Mediation und eine allfällige Beiziehung von Sachverständigen, DolmetscherInnen sowie sonstigen Fachleuten trägt nach Maßgabe der von dem/ der SozialministerIn zu erlassenden Richtlinien ebenso der Bund, wie die den Personen, die einer Einladung des Bundessozialamts oder des Mediators/ der Mediatorin nachkommen, auf Antrag zustehenden Gebühren (vgl § 16 Abs 1 und 2 BGStG). Ein wesentlicher Vorteil des Schlichtungsverfahrens für die Betroffenen liegt demnach darin, dass im Rahmen dieses Verfahrens **kein Kostenrisiko** für die Schlichtungsparteien besteht.

Wie die Ergebnisse der sozialwissenschaftlichen Erhebung zeigen, wird die Einrichtung des Schlichtungsverfahrens durchwegs als **sehr positiv bewertet**. So konnte im Zuge der bisher durchgeführten über 800 Schlichtungsverfahren mehrheitlich entweder eine Einigung erzielt werden oder der Antrag wurde ua aufgrund einer Einigung im Vorfeld des Schlichtungsverfahrens zurückgezogen. Begrüßt wird dabei insb die Möglichkeit, ohne ein häufig langwieriges und kostspieliges gerichtliches Verfahren relativ rasch eine gütliche Einigung herbeizuführen. Insb da Diskriminierungen nach den Erhebungen in der überwiegenden Anzahl der Fälle unbeabsichtigt erfolgt sind, wird weiters der direkte Kontakt zwischen den Betroffenen in einem neutralen Rahmen und der (auch über den konkreten Fall hinaus) eintretende Sensibilisierungsprozess als Vorteil des Schlichtungsverfahrens angesehen (vgl S 10, 44 ff der sozialwissenschaftlichen Studie).

Neben diesen durchwegs positiven Effekten hat die durchgeführte sozialwissenschaftliche Evaluierung freilich auch Schwachpunkte des Schlichtungsverfahrens ausgemacht. Als problematisch wird insb die **fehlende Sanktionsmöglichkeit** angesehen, wenn sich eine der Streitparteien **weigert**, am Schlichtungsverfahren teilzunehmen. Darüber hinaus hat sich gezeigt, dass die Betroffenen vorab häufig **nicht (ausreichend)** über das Instrument der Schlichtung **informiert** waren. Dies gilt insb für Personen, die (relativ) weit weg von Ballungszentren leben. Manche Behindertenorganisationen fordern überdies eine intensivere Vorbereitung der SchlichtungswerberInnen vor allem im Hinblick darauf, dass das Bundessozialamt in der Aufbauphase vielfach

unterstützende Aufgaben für Menschen mit Behinderung wahrnimmt, während die MitarbeiterInnen im konkreten Schlichtungsverfahren zur Neutralität verpflichtet sind. Weiters wird nach den Ergebnissen der Studie die Behandlung des **gleichen Themas** in zwei oder **mehr Schlichtungsverfahren** ohne Vorwissen zum anderen Fall insb von Unternehmen als irritierend empfunden (S 46 ff der Studie). Nicht zu Letzt wurde das Instrument der **Mediation bisher kaum** in Anspruch genommen (vgl zB S 49, 56 der sozialwissenschaftlichen Studie).

Ein besonderes Problem stellt nach Auskunft des BMASK darüber hinaus die **Schlichtung im Rahmen des dienstrechtlichen Verfahren** dar, welches nicht nur für die (Bundes-) Beamten, sondern häufig auch (einen Teil der) bei ausgegliederten Rechtsträgern, wie etwa der Post (ÖIAG) oder auch den Universitäten tätige Personen sowie Beliehene maßgebend ist. Zwar wurden diesbezüglich die oben genannten Sonderregelungen in §§ 71 ff BEinstG getroffen. In der Praxis scheitert die erfolgreiche Durchführung einer Schlichtung jedoch offenbar (vor allem) dann häufig, wenn seitens der entscheidungsbefugten Stelle (also vor allem der Dienstbehörde) ein Bescheid erlassen wurde, den der/die AdressatIn für diskriminierend hält.

In diesem Zusammenhang tritt zum einen die Schwierigkeit auf, dass ein bereits erlassener Bescheid durch die erlassende Behörde – die ja nach dem allgemeinen Konzept des Schlichtungsverfahrens Schlichtungspartnerin ist – im Gegensatz zu einer privatrechtlich getroffenen Vereinbarung nur unter sehr eingeschränkten, formalen Voraussetzungen (vgl insb §§ 13 f Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984 [DVG, BGBl 1984/29 zuletzt idFBGBl I 2010/6] iVm §§ 68 f AVG bezüglich der amtswegigen Abänderung von Bescheiden bzw der Wiederaufnahme des Verfahrens) abgeändert werden kann. Das hat aber dann – mangels Möglichkeiten eines „Entgegenkommens“ im Rahmen des Schlichtungsverfahrens – auch das Scheitern einer Vereinbarung im Schlichtungsverfahren zur Folge. Zum anderen scheint in der Praxis auch die Bereitschaft zur Abänderung einer einmal formal mittels Bescheides getroffenen Entscheidung eher gering zu sein.

Wenngleich somit das Schlichtungsverfahren an sich als (wohl sogar großer) Erfolg angesehen werden kann, bestehen doch Bereiche, in denen es zu Problemen kommt. In diesem Lichte stellt sich zunächst die Frage, inwieweit das Instrument des Schlichtungsverfahrens allgemein noch optimiert werden kann bzw inwieweit eine **Adaptierung des Schlichtungsverfahrens erforderlich und möglich** ist. Angesichts der geschilderten Problematik der fehlenden Einlassung auf das Schlichtungsverfahren gilt es dabei insb zu klären, ob und gegebenenfalls welche Sanktionen hier möglich und sinnvoll sind. Darüber hinaus ist zu untersuchen, ob und durch welche Maßnahmen dem Schlichtungsverfahren auch im **hoheitlichen Bereich**, im Speziellen im **dienstrechtlichen Verfahren** in der Praxis **zum Durchbruch verholfen** werden kann.

4.2. GENERELLE MÖGLICHKEITEN FÜR EINE OPTIMIERUNG DES SCHLICHTUNGSVERFAHRENS

4.2.1. Einführung von Sanktionen

Was die Problematik fehlender Sanktionen im Zusammenhang mit dem Schlichtungsverfahren betrifft, ergeben sich für den/die SchlichtungswerberIn letztlich Schwierigkeiten auf zwei Ebenen:

Ein Schwachpunkt ist sicherlich, dass derzeit weder der/die SchlichtungswerberIn noch die Landesstelle des Bundessozialamts als schlichtende Institution eine Handhabe hat, wenn sich der/die (gewünschte) SchlichtungspartnerIn **weigert, sich auf das Verfahren einzulassen**. Mit anderen Worten steht es diesem frei, sich einzubringen oder auch nicht. Die AutorInnen der sozialwissenschaftlichen Studie erwähnen in diesem Zusammenhang etwa den teilweise geäußerten Wunsch einer öffentlichkeitswirksamen **Bekanntmachung** des Nichterscheinens einer Partei zum Schlichtungsverfahren (S 112 der Studie). Zu denken wäre demnach vor allem an eine Veröffentlichung in (bestimmten) Medien.

Das Risiko einer solchen Bekanntmachung wäre unter Umständen auch durchaus geeignet, den/die eine Schlichtung (mental) Ablehnende/n dazu zu bewegen, doch den Versuch einer Einigung zu unternehmen. Freilich sollte nicht außer Acht gelassen werden, dass ein echter Wille des/der Betroffenen, sich auch inhaltlich auf das Schlichtungsverfahren einzulassen und sich aktiv am Finden einer gütlichen Einigung zu beteiligen, durch Strafen, Zwangsmittel oder Ähnliches nicht herbeigeführt werden kann. Vielmehr ist wesentliches Element der Schlichtung der **beiderseitige Wille, auf eine Einigung hinzuwirken**. Ist dieser bei einer der Parteien nicht gegeben, kann das Schlichtungsverfahren letztlich nur scheitern und bleibt lediglich der Weg einer Befassung des Gerichts. Würde man somit gesetzlich die mediale Veröffentlichung der Weigerung der Teilnahme am Schlichtungsverfahren vorsehen, hätte dies wohl idR lediglich zur Folge, dass der/die unwillige SchlichtungspartnerIn sich „pro-forma“ auf das Verfahren einlässt, ohne aber etwas an dessen/deren fehlender Kompromissbereitschaft zu ändern.

Würde man demgegenüber jedes Scheitern der Schlichtung in den Medien veröffentlichen, würde damit ausgeblendet, welche der Parteien nicht zu einer Einigung bereit war und aus welchen Gründen es nicht zu einer solchen kam. Dies hätte somit entweder gar keinen Effekt oder es käme unter Umständen zu einer „Ächtung“ bestimmter Unternehmen, ohne dass aber das Nichtzustandekommen einer Einigung diesen zuzurechnen ist. Auch die Variante der öffentlichen Bekanntgabe der „schuldigen“ Partei kommt wohl nicht ernsthaft in Betracht, widerspricht die Feststellung des oder der „Schuldigen“ doch schon per se dem Schlichtungsverfahren. Hinzu kommt, dass die Gründe für eine fehlende Kompromissbereitschaft auf beiden Seiten sehr vielfältig sein können, sodass die Nichteinlassung auf das Verfahren nicht pauschal als mutwillig oder unkooperativ abgetan werden kann.

Möglich wäre damit letztlich nur die mediale **Veröffentlichung des Gangs** des gesamten Schlichtungsverfahrens, also des Sachverhalts, des Verfahrensablaufs und des

Ergebnisses, wie sie etwa im Falle in den Schlichtungsdatenbanken bei der Organisation Bizeps bereits vorgenommen wird (<http://www.bizeps.or.at/gleichstellung/schlichtungen/>). Freilich erscheinen für eine derartige Vorgangsweise die (allgemeinen) Medien ebenfalls nicht geeignet. Dies umso mehr angesichts der steigenden Zahl an Schlichtungsverfahren und der üblicherweise von Medien vorgenommenen Verkürzungen und Vereinfachungen gerade komplexer Sachverhalte. Hinzu kommt die mit einer namentlichen Veröffentlichung – und nur eine solche hätte ja „Sanktionscharakter“ – einhergehende **datenschutzrechtliche** Problematik.

In Anbetracht dessen scheint eine mediale „Anprangerung“ unwilliger SchlichtungspartnerInnen nicht als geeigneter Weg. Auch sonstige „Strafen“ im weiteren Sinn werden aus den genannten Gründen eher nicht in Betracht kommen. Zu erwägen wäre freilich, die Motivation, auf eine gütliche Einigung hinzuwirken, positiv zu beeinflussen. Einen Vorschlag liefert hier schon das Gesetz selbst, ist es doch gemäß § 15 Abs 1 BGStG Aufgabe des Bundessozialamts im Zuge der Schlichtung, „unter Einbeziehung einer Prüfung des Einsatzes möglicher Förderungen nach bundes- oder landesgesetzlichen Vorschriften“ zu versuchen, einen einvernehmlichen Ausgleich der Interessensgegensätze zwischen den Parteien herbeizuführen. Im Zuge des Schlichtungsverfahrens sind demnach insb die bestehenden Möglichkeiten einer **Förderung aus öffentlichen Mitteln** zu erörtern. Da auf diese Förderungen idR kein Rechtsanspruch besteht, könnte die Motivation zu einer gütlichen Einigung durch die (allenfalls von den zuständigen Ländern beschaffte) definitive **Zusage bzw die in Aussicht Stellung bestimmter Förderungen** mit hoher Wahrscheinlichkeit beträchtlich gesteigert werden.

In den Stellungnahmen zum seinerzeitigen Ministerialentwurf zum BGStG (ME 182 BlgNR 22. GP) wurde neben der Weigerung einer Partei, sich (aktiv) am Schlichtungsverfahren zu beteiligen, insb auf die Problematik hingewiesen, dass es unter Umständen zwar im Zuge des Schlichtungsverfahrens zu einer Einigung kommt, der/die **SchlichtungspartnerIn sich aber anschließend nicht (mehr) an diese Einigung hält**. Diesbezüglich

wurde befürchtet, dass der/die Betroffene, der/die ja seine/ihre Ansprüche aufgrund der Einigung nicht gerichtlich geltend gemacht hat, mangels einer expliziten Regelung auf diese Art und Weise seiner/ ihrer Ansprüche verlustig geht. Da allerdings die im Zuge der Schlichtung getroffene Vereinbarung als **verbindliches Rechtsgeschäft** zu qualifizieren ist, besteht das Risiko eines gänzlichen Anspruchsverlusts schon nach geltender Rechtslage nicht, kann doch im Falle der Nichteinhaltung der Schlichtungsvereinbarung auf deren Grundlage Klage erhoben werden. Aus Klarstellungsgründen könnte dennoch erwogen werden, dies explizit im Gesetz festzuschreiben, etwa in der Form, dass zur **Durchsetzung** der im Rahmen der Schlichtung getroffenen **Vereinbarung** der **ordentliche Rechtsweg** offen steht.

Eine noch weitergehende Regelung, etwa eine Verlängerung der Hemmung der Fristen zur gerichtlichen Geltendmachung der Ansprüche nach dem BGStG/ BEinstG nicht nur bis zur Zustellung der Bestätigung, dass eine Einigung nicht erzielt werden konnte, sondern bis zur Erfüllung der getroffenen Vereinbarung, wäre zwar ebenfalls möglich, aus Rechtssicherheitsgründen aber nicht unbedingt ratsam. Schließlich kann es durchaus sein, dass im Zuge der Schlichtung nicht eine einmalige Handlung des Schlichtungspartners/der Schlichtungspartnerin (etwa die Bezahlung eines Geldbetrags) vereinbart, sondern eine längerfristige Vereinbarung getroffen wird. So wurde etwa hinsichtlich der fehlenden Untertitelung der DVDs eines Unternehmens im Rahmen der Schlichtungsvereinbarung die gegenseitige Unterstützung bei der Mobilisierung von Fördergeldern sowie das Bemühen zugesagt, im Rahmen der wirtschaftlichen Möglichkeiten bei allen Neuproduktionen eine Untertitelung zu gewährleisten (vgl <http://www.bizeps.or.at/gleichstellung/schlichtungen/index.php?nr=126>).

In einem solchen Fall ist es nun durchaus möglich, dass der/die SchlichtungspartnerIn die Vereinbarung zwar anfangs einhält, zu einem späteren Zeitpunkt aber gegen diese verstößt. Würde man hier eine Fristhemmung bis zur Erfüllung der Vereinbarung vorsehen, hätte dies eine solche für alle Zukunft und damit große Rechtsunsicherheit über

die Möglichkeit einer Klage nach dem BGStG zur Folge. Da gerade in derartigen Fällen eine Nichteinhaltung der Schlichtungsvereinbarung idR eine (erneute) Diskriminierung (etwa im Beispiel in Form der fehlenden Untertitelung einer neu herausgegebenen DVD) zur Folge hat, ist eine Fristhemmung darüber hinaus aus Rechtsschutzgründen gar nicht erforderlich. Nicht nur kann der Verstoß gegen die Schlichtungsvereinbarung gerichtlich geltend gemacht werden, sondern kann auch die erneute Diskriminierung als eigener Tatbestand bei der Schlichtungsstelle abgehandelt werden.

4.2.2. Verstärkte Information und Vernetzung

Den im Zuge der sozialwissenschaftlichen Evaluierung festgestellten Informationsdefiziten bezüglich der Möglichkeit eines Schlichtungsverfahrens kann naturgemäß nur durch eine verstärkte Bekanntmachung dieses Instruments begegnet werden. Zum einen sind hier die Betroffenenorganisationen gefordert, ihre Klientel umfassend über das Instrument der Schlichtung zu informieren. Zum anderen käme natürlich eine verstärkte Information durch das Bundessozialamt bzw das BMASK (auch) in den Medien in Betracht. Im Besonderen böte sich hier auch eine Publikmachung der Schlichtungsdatenbank der Organisation Bizeps an (<http://-www.bizeps.or.at/gleichstellung/schlichtungen/>), können dort doch zahlreiche Beispiele für Schlichtungsverfahren und deren erfolgreichen Abschluss gefunden werden. Allenfalls wäre zu überlegen, einige erfolgreich abgeschlossene Schlichtungsverfahren in Form von Best-Practice-Beispielen zusätzlich gesondert zu publizieren.

Der vor allem von Unternehmenseite kritisierten mehrfachen Behandlung des gleichen Themas im Schlichtungsverfahren ohne Vorwissen zum anderen Fall könnte demgegenüber durch eine stärkere Vernetzung der Schlichtungsstellen entgegengewirkt werden. Freilich kann – und sollte aus Präventionsgründen wohl auch nicht – die Duplizierung von Schlichtungsverfahren bei mehrfacher Diskriminierung aus gleichen oder gleichartigen Gründen naturgemäß nicht zur Gänze hintangehalten werden. Da im Zuge der Schlichtung stets eine individuelle Vereinbarung und eben, anders als bei einem Gerichtsurteil,

keine objektive Entscheidung getroffen wird, käme insb eine Regelung, dass bereits mit anderen SchlichtungswerberInnen abgehandelte Diskriminierungsvorwürfe nicht oder nur mehr eingeschränkt vor der Schlichtungsstelle verhandelt werden, nicht in Betracht.

Zu erwägen wäre allenfalls eine Regelung hinsichtlich der **Verbindung gleichartiger** anhängiger **Verfahren**, sodass es zu einer gemeinsamen Abhandlung gleichartiger Fragestellungen kommen kann. Nicht nur müsste hierbei aber sichergestellt werden, dass im Zuge des Verfahrens auf den jeweiligen individuellen Fall Bedacht genommen und allen Beteiligten Gelegenheit zur Darlegung ihres Standpunktes gegeben wird. Vielmehr ist auch zu bedenken, dass eine aktive freiwillige Mitwirkung des Schlichtungspartners/der Schlichtungspartnerin bei Einbeziehung eines größeren Personenkreises idR noch schwerer zu erreichen sein wird als sonst. Insofern würde von der Verbindungsmöglichkeit wohl nicht allzu häufig Gebrauch gemacht werden.

Was schließlich das bisher kaum in Anspruch genommene Instrument der **Mediation** betrifft, wäre zwar ebenfalls eine Informationsoffensive inklusive des verstärkten Hinweises auf eine solche Möglichkeit zu Beginn des Schlichtungsverfahrens möglich. Da freilich die Schlichtung bisher auch ohne Inanspruchnahme der Mediation häufig erfolgreich war, stellt sich die Frage, ob ein (verstärkter) Einsatz der Mediation überhaupt erforderlich ist.

Möchte man diesen demgegenüber forcieren, um allenfalls auch im Falle relativ verhärteter Fronten zu einer Lösung zu kommen, wäre es grundsätzlich möglich, etwa im Falle des Scheiterns einer Einigung binnen einer bestimmten (zB zweimonatigen) Frist eine Verpflichtung zur Beiziehung von MediatorInnen vorzusehen. Ob eine derartige Regelung allerdings zum Erfolg führen würde, ist fraglich, ist doch im Falle eine Mediation gegen den Willen auch nur eines/einer der SchlichtungspartnerInnen kaum mit einer Einigung zu rechnen. Insofern schiene es ratsam, die Möglichkeit einer **Mediation** zwar dem Grunde nach **beizubehalten** und auch **verstärkt auf diese Möglichkeit**

hinzuweisen, diesem Konzept aber nicht in Form der Ausübung von Zwang zum Erfolg (und damit eben unter Umständen auch zum Misserfolg) zu verhelfen.

4.2.3. Explizite Regelungen über die Fristen zur Einleitung des Schlichtungsverfahrens

Neben den genannten, auch in der durchgeführten sozialwissenschaftlichen Erhebung festgestellten Ansatzpunkten für eine Verbesserung des Schlichtungsverfahrens, schiene vor allem eine Ergänzung der Regelungen zur Fristhemmung und gerichtlichen Geltendmachung ratsam. Diesbezüglich sehen § 10 Abs 4 BGStG bzw § 7k Abs 4 BEinstG explizit vor, dass die Einleitung des Schlichtungsverfahrens die Hemmung der Fristen zur gerichtlichen Geltendmachung bis zur Zustellung der Bestätigung des Bundessozialamts an die eine Diskriminierung behauptende Person bewirkt, dass keine gütliche Einigung erzielt werden konnte. Was hier jedoch fehlt, ist eine explizite **Vorgabe dafür, binnen welcher Frist das Schlichtungsverfahren an sich eingeleitet** werden muss.

Zwar führt eine systematische Auslegung der gesetzlichen Vorgaben zur gerichtlichen Geltendmachung unter Einbeziehung teleologischer Gesichtspunkte letztlich zum Ergebnis, dass (auch) das **Schlichtungsverfahren** jedenfalls dann **binnen der in § 10 Abs 3 BGStG bzw § 7k Abs 2 BEinstG angeführten Frist** zur gerichtlichen Geltendmachung eingeleitet werden muss, wenn sich der/die SchlichtungswerberIn die Möglichkeit einer gerichtlichen Klage offenhalten will. Eine Frist kann schließlich nur dann „gehemmt“ werden, wenn sie noch nicht zur Gänze abgelaufen ist (idS auch OGH 28. 2. 2011, 9 Ob A 1/11d; vgl statt vieler K. Mayr in Neumayr/Reissner, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht² [2011] § 7k BEinstG Rz 2).

Ungeachtet dessen wäre eine **ausdrückliche gesetzliche Klarstellung** zu empfehlen. Dies umso mehr, als – wie auch der OGH in der vorstehend zitierten Entscheidung ausgeführt hat – im Lichte der derzeit bestehenden Regelung wohl davon auszugehen ist, dass die **bloße Einleitung eines Schlichtungsverfahrens** ohne Offenhaltung der

Option einer Klage **unbefristet zulässig** ist. Zwar ist die Eröffnung dieser Möglichkeit (die mangels expliziter Regelungen in GIBG bzw GBK/GAW-G wohl auch für die Anrufung der Gleichbehandlungskommission im Falle behaupteter Diskriminierungen nach dem GIBG gilt), nicht zuletzt angesichts der im Bereich der Arbeitswelt häufig bestehenden Sorge vor einem Verlust des Arbeitsplatzes im Falle eines Schlichtungsantrags, grundsätzlich durchaus zu befürworten. Allerdings schiene auch diesbezüglich eine **explizite Regelung ratsam, um Unklarheiten und Unsicherheiten entgegenzuwirken**.

4.3. MÖGLICHKEITEN FÜR EINE EFFIZIENZSTEIGERUNG IM ÖFFENTLICHEN DIENSTRECHT

Was das Sonderproblem der häufigen Erfolglosigkeit des Schlichtungsverfahrens im Bereich des öffentlichen Dienstrechts betrifft, sind die rechtlichen Handlungsmöglichkeiten zunächst insofern eingeschränkt, als das hoheitliche Verfahren per se sehr formal und „starr“ ist und gänzlich anderen Grundsätzen folgt, als sie für privatrechtliche Vereinbarungen und Handlungen gelten. Da eine generelle Modifikation dieser Grundsätze de lege ferenda nicht ernstlich in Betracht gezogen werden kann, ist im Folgenden darüber nachzudenken, ob auch in den damit **bestehenden Grenzen eine Effizienzsteigerung** des Schlichtungsverfahrens bewirkt werden kann.

Offenkundig ist in diesem Zusammenhang zunächst, dass die möglichen Effekte des Schlichtungsverfahrens begrenzt sind, sobald seitens der entscheidungsbefugten Behörde ein Bescheid erlassen wurde, da dieser, wie bereits ausgeführt, nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen durch diese selbst bzw die nächst höhere Instanz modifiziert werden kann. Durch eine Vereinbarung im Schlichtungsverfahren (allein) kann damit letztlich keine Änderung der potentiell diskriminierenden Entscheidung herbeigeführt, sondern allenfalls eine „Wiedergutmachung“, insb in Form von Schadenersatz bewirkt werden. Die Problematik der Effizienz des Schlichtungsverfahrens

tritt somit insb in all jenen Fällen auf, in denen die von dem/der Betroffenen als diskriminierend erachtete Handlung iwS in Bescheidform ergangen ist.

Daher scheint es geboten, das **Schlichtungsverfahren** möglichst **vor** der allfälligen **Bescheiderlassung** anzusiedeln. Da freilich schon aus verwaltungsökonomischer Sicht naturgemäß nicht vor jeder bescheidmäßigen Erledigung, die eine/n öffentlich Bedienstete/n mit Behinderung betrifft, unabhängig davon, ob eine Diskriminierung im Raum steht oder diese/r überhaupt Kenntnis von der geplanten Entscheidung hat, ein Schlichtungsverfahren eingeleitet werden kann, kommt eine derartige Regelung zunächst vor allem dort in Betracht, wo der/die Betroffene über den beabsichtigten Vorgang schon vorab Kenntnis erlangt bzw erlangen muss, sei es durch eine vorangegangene nicht bescheidmäßige Entscheidung, sei es durch eine formlose Information. Dies ist zum einen in jenen Konstellationen der Fall, in denen zur Wahrung des Parteihörs der bescheidmäßigen **Erledigung zwingend eine (formlose) Information des/der Betroffenen voranzugehen hat**, wie dies etwa § 38 BDG bezüglich einer geplanten Versetzung vorsieht: Nach Abs 6 dieser Bestimmung ist der Beamte/die Beamtin im Falle einer beabsichtigten Versetzung von Amts wegen von dieser schriftlich unter Bekanntgabe der neuen Dienststelle und Verwendung mit der Beifügung zu verständigen, dass gegen die beabsichtigte Maßnahme binnen zwei Wochen nach Zustellung Einwendungen vorgebracht werden können.

Würde man nun die gesetzlichen Vorgaben (insb § 71 BEinstG) dahingehend modifizieren, dass im Falle der **Einwendung einer Diskriminierung** aufgrund einer Behinderung durch den/die Betroffene/n infolge der Verständigung über eine geplante (bescheidmäßige) Entscheidung (hier: eine Versetzung) die **Erledigung mittels Bescheides erst nach verpflichtender Durchführung eines Schlichtungsverfahrens** beim Bundessozialamt zulässig ist, hätte das in diesen Fällen eine wohl nicht unbeträchtliche Steigerung der Wirksamkeit des Schlichtungsverfahrens zur Folge. Anders als nach Bescheiderlassung kann in diesem Stadium des Verfahrens das Ergebnis der Schlichtung nämlich durchaus

für die in Aussicht genommene Entscheidung Berücksichtigung finden oder den Bescheid entbehrlich machen, weil etwa von der Versetzung Abstand genommen wird. Würde dem Einwand, dass eine Diskriminierung vorliegt, dagegen nicht Rechnung getragen, wäre das ein Umstand, der im Fall einer Berufung von der Berufungskommission (§§ 41a ff BDG) neuerlich zu prüfen wäre.

Hinsichtlich der maximalen **Dauer des Zuwartens** auf eine gütliche Einigung schiene dabei eine Orientierung an den Fristen des § 71 Abs 1 BEinstG, im Falle der geplanten Versetzung wohl an der Frist von einem Monat, zweckmäßig, wobei je nach Inhalt der allenfalls erzielten Einigung eine solche der späteren bescheidmäßigen Erledigung angesichts des Stadiums vor der Entscheidung naturgemäß nicht von vornherein entgegensteht.

Ergänzend dazu schiene auch die Adaptierung der entsprechenden Vorgaben im öffentlichen Dienstrecht dahingehend sinnvoll, dass der/die Betroffene in der Verständigung (auch) darüber **zu informieren** ist, dass er/sie eine vermutete **Diskriminierung einwenden** bzw die **Durchführung eines Schlichtungsverfahrens beim Bundessozialamt beantragen kann**, wenn er/sie sich aus Gründen einer Behinderung diskriminiert fühlt. Da die in § 38 Abs 6 BDG vorgesehene Einwendungsfrist von zwei Wochen angesichts dessen, dass eine Diskriminierung nicht immer offenkundig ist, etwas kurz scheint, wäre überdies anzudenken, diese in bestimmten Fällen zu verlängern, was freilich naturgemäß ein „In-die-Länge-Ziehen“ des Verfahrens zur Folge hätte. Dieser Nachteil kann aber angesichts der auch sonst häufig längeren Dauer dienstrechtlicher Verfahren im Vergleich zu den Nachteilen, die aus einer sonst kaum erfassbaren Diskriminierung eines/einer öffentlich Bediensteten mit Behinderung resultieren, eigentlich nicht den Ausschlag geben.

Unabhängig davon käme de lege ferenda eine **Erweiterung** des genannten Konzeptes auch **auf andere Fallkonstellationen** in Betracht. Zwar scheint die Einführung einer

generellen Verständigungspflicht vor der bescheidmäßigen Erledigung wohl schon aus verwaltungsökonomischer Sicht nicht realistisch, jedoch wäre zu überlegen, eine § 38 BDG nachgebildete Konstruktion zumindest in jenen Fällen vorzusehen, die, wie insb die amtswegige **Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit** (vgl §§ 14, 15a BDG), der Versetzung ähnliche bzw noch **drastischere Auswirkungen** auf den/die Beamte/n haben.

Letztlich bedürfte es hier einer Anpassung des DVG, das in seinem § 8 Abs 2 eine Sonderregelung zu den allgemeinen Parteienehör-Bestimmungen insb nach § 45 Abs 3 AVG enthält. Demnach hat die Partei im Dienstrechtsverfahren nicht schlechthin, sondern nur „insoweit Anspruch darauf, daß ihr Gelegenheit gegeben wird, von den Ergebnissen amtlicher Erhebungen und Beweisaufnahmen Kenntnis und zu ihnen Stellung zu nehmen, als diese Ergebnisse von dem bisherigen für den Bescheid maßgebenden Vorbringen der Partei abweichen“. Diese Vorschrift sollte jedenfalls dahingehend ergänzt werden, dass eine solche Information stets dann zu gewährleisten ist, wenn der/die Betroffene ein Mensch mit Behinderung ist und die Gefahr einer Diskriminierung besteht.

Eine Durchführung des Schlichtungsverfahrens schon vor der Entscheidung mittels Bescheides käme darüber hinaus ohne größere gesetzliche Änderungen in all jenen Fällen in Betracht, in denen es im **Ermessen der Behörde** liegt, über eine bestimmte Angelegenheit bescheidmäßig zu entscheiden bzw ein Bescheid nur auf Verlangen des/der Betroffenen zu erlassen ist. Hier wäre einerseits zu überlegen, durch eine entsprechende gesetzliche Modifikation, oder allenfalls auch einen internen Erlass, darauf hinzuwirken, dass in potentiellen Diskriminierungskonstellationen – also letztlich immer dann, wenn von der Entscheidung ein Mensch mit Behinderung betroffen ist und eine Diskriminierung nicht von vornherein ausgeschlossen ist (was insb dann der Fall wäre, wenn der/die Betroffene durch die Entscheidung ausschließlich begünstigt wird) – in Fällen nicht verpflichtender Bescheiderlassung zunächst **grundsätzlich nicht mittels Bescheides** entschieden wird. Andererseits bedürfte es wiederum einer

entsprechenden Ergänzung, wonach der/die Betroffene im Falle einer **behaupteten Diskriminierung aus dem Grund einer Behinderung** zwar die **Erlassung eines Bescheides verlangen kann, dies aber erst dann, wenn vorher ein Schlichtungsverfahren beim Bundessozialamt stattgefunden hat** (vgl dazu auch die bereits bestehende Regelung in § 71 Abs 1 BEinstG, wonach ein Antrag auf Bescheiderlassung in Fällen, in denen es im Ermessen der Behörde liegt, „über die Rechtsfrage“ mittels Bescheides zu entscheiden, erst nach Beendigung des Schlichtungsverfahrens zulässig ist).

Freilich ergibt sich im vorliegenden Zusammenhang die Schwierigkeit, dass der/die Betroffene einen Bescheid auch aus anderen Gründen als einer Diskriminierung wegen einer Behinderung verlangen kann, wobei in diesen Fällen das Schlichtungsverfahren naturgemäß nicht zur Anwendung kommt. Um beurteilen zu können, ob es im konkreten Fall eines Schlichtungsverfahrens bedarf oder nicht, wäre somit überdies eine Normierung dahingehend erforderlich, dass derjenige/diejenige, der/die den Bescheid begehrt, das Begehren begründen bzw die behauptete Diskriminierung anführen muss.

Sowohl in Fällen verpflichtender Verständigung vor Erlassung eines Bescheides als auch in solchen zunächst nicht verpflichtender Bescheiderlassung tritt darüber hinaus die Frage auf, wie vorzugehen ist, wenn der/die Betroffene sich im Vorfeld der Bescheiderlassung nicht auf die Diskriminierung berufen hat – womit ein Schlichtungsverfahren noch gar nicht stattfinden konnte – diese aber anschließend im Rahmen des Berufungsverfahrens geltend machen möchte. Auch diesbezüglich schiene also eine ergänzende Regelung ratsam. Da man dem/der Betroffenen die Geltendmachung der Diskriminierung im Instanzenzug (wohl) ungeachtet seiner/ihrer vorherigen diesbezüglichen Untätigkeit schon im Lichte des Rechtsstaatsprinzips nicht ohne der Gefahr einer Beanstandung des VfGH versagen wird können, besteht dabei – sofern man das verpflichtende Schlichtungsverfahren ungeachtet des dann bereits vorliegenden Bescheides beibehalten möchte – letztlich nur die Möglichkeit, die Schlichtung im **Vorfeld des zweitinstanzlichen Verfahrens** durchzuführen.

Die Berufungsbehörde gleichsam als Schlichtungspartnerin festzulegen, erscheint freilich **nicht zweckmäßig**. Zum einen könnte (auch) die Berufungsinstanz den bestehenden Bescheid nicht im Rahmen des Schlichtungsverfahrens, sondern erst aufgrund des Berufungsverfahrens abändern. Zum anderen könnte das Ergebnis der Schlichtung unter Umständen im Rahmen der Berufung gar nicht berücksichtigt werden, sagt die getroffene Einigung ja noch nichts darüber aus, ob tatsächlich diskriminiert wurde oder nicht, ob also die bekämpfte Entscheidung – wegen der geltend gemachten Diskriminierung – als rechtswidrig anzusehen ist oder nicht. Vor allem liefe eine derartige Regelung aber dem **Zweck des Schlichtungsverfahrens** zuwider, der ja darin besteht, eine gütliche Einigung zwischen der (angeblich) **diskriminierenden Stelle** und dem/der eine **Diskriminierung behauptenden** öffentlich Bediensteten herbeizuführen. Beachtet man, dass es Personen, die sich diskriminiert fühlen, nicht immer (nur) um eine Beseitigung der Diskriminierung bzw den Erhalt von Schadenersatz, sondern häufig auch um einfache Gesten, wie etwa eine Entschuldigung oder ein Eingeständnis des Fehlverhaltens geht, zeigt sich ebenfalls, dass eine Durchführung des Schlichtungsverfahrens mit einer anderen Stelle als jener, der eine Diskriminierung vorgeworfen wird, **nicht sinnvoll** ist.

Schlichtungspartnerin kann somit ungeachtet der im Falle einer bescheidmäßigen Erledigung bestehenden Einschränkungen der Einigungsmöglichkeiten auch weiterhin zweckmäßiger Weise nur die diejenige **Stelle** sein, **die den (potentiell) diskriminierenden Bescheid erlassen hat**. Allerdings wäre es ungeachtet dessen voreilig, das Schlichtungsverfahren als solches in diesem Zusammenhang in Frage zu stellen. So besteht im Verwaltungsverfahren grundsätzlich die Möglichkeit einer **Berufungsvorentscheidung** durch die erstinstanzlich entscheidende Behörde (§ 1 DVG iVm 64a AVG). Zudem ist in jenen Fällen, in denen die Dienstbehörde in erster und letzter Instanz entscheidet, nach § 7k Abs 3 BEinstG ein **Antrag auf Erklärung der Rechtsunwirksamkeit** der diskriminierenden Entscheidung und damit eine Abänderung der Erstentscheidung durch die entscheidende Behörde selbst möglich. Und selbst ohne eine solche Abänderung der potentiell diskriminierenden Entscheidung kann das Schlichtungsverfahren in-

sofern – vor allem **atmosphärisch** – von Nutzen sein, als der/die Betroffene seinen/ihren Standpunkt auf informellem Wege deutlich machen und es zu einer **Aussprache** kommen kann, die eine weitere Geltendmachung im Verwaltungsverfahren für diese/n unter Umständen nicht mehr erforderlich scheinen lässt. Dies gilt umso mehr angesichts der **Einbeziehung des Bundesamts für Soziales und Behindertenwesen** als neutrale schlichtende Instanz.

Um die Bedeutung des Schlichtungsverfahrens hervorzuheben, wäre schließlich eine explizite Regelung dahingehend zu erwägen, dass die Berufungsbehörde – die naturgemäß an allfällige Anregungen aus dem Schlichtungsverfahren nicht gebunden ist – die im Zuge der Schlichtung vorgebrachten Argumente bzw die Gründe, warum die Schlichtung gescheitert ist, bei ihrer Entscheidung berücksichtigen und sich mit diesen auseinandersetzen muss.

4.4. ZWISCHENBILANZ

- » Ein unbestreitbarer Schwachpunkt des Schlichtungsverfahrens ist die derzeit fehlende Handhabe gegen die **Weigerung** des/der (gewünschten) Schlichtungspartners/Schlichtungspartnerin, sich auf das Verfahren einzulassen.
- » Eine **Bekanntmachung** der Weigerung **in den Medien** bietet hier keinen Ausweg, denn ein **echter Wille** des/der Betroffenen, sich auf das Schlichtungsverfahren einzulassen und sich aktiv daran zu beteiligen, kann durch Strafen, Zwangsmittel oder Ähnliches letztlich **nicht erzwungen** werden.
- » Auch die mediale Veröffentlichung jedes Scheiterns der Schlichtung scheint ebenso wenig sinnvoll wie die öffentliche Bekanntgabe der „schuldigen“ Partei. Möglich wäre damit letztlich nur die mediale Veröffentlichung des Gangs des gesamten Schlichtungsverfahrens, wie sie in den Schlichtungsdatenbanken bereits vorgenommen wird. Auch für eine derartige Vorgangsweise scheinen jedoch die (allgemeinen) Medien nicht unbedingt geeignet.

- » Eher zielführend als eine mediale „Anprangerung“ wäre vielmehr die Motivation, auf eine gütliche Einigung hinzuwirken, etwa durch die (allenfalls von den zuständigen Ländern beschaffte) **definitive Zusage bzw die in Aussicht Stellung bestimmter Förderungen** zu fördern.
- » Das Problem, dass der/die SchlichtungspartnerIn sich nach einer Einigung **nicht (mehr) an diese hält**, bedarf demgegenüber keiner gesonderten gesetzlichen Lösung. Da die im Zuge der Schlichtung getroffene Vereinbarung als verbindliches Rechtsgeschäft zu qualifizieren ist, kann im Falle deren Nichteinhaltung auf deren Grundlage Klage erhoben werden. Aus **Klarstellungsgründen** könnte dennoch erwogen werden, dies explizit etwa in der Form festzuschreiben, dass zur **Durchsetzung der Schlichtungsvereinbarung der ordentliche Rechtsweg** offensteht. Eine noch weitergehende Regelung dahingehend, dass die Fristen zur gerichtlichen Geltendmachung der Ansprüche nach dem BGStG/BEinstG im Falle einer Einigung bis zur Erfüllung der getroffenen Vereinbarung gehemmt sind, wäre demgegenüber aus Rechtssicherheitsgründen nicht ratsam und ist angesichts dessen, dass die Nichteinhaltung der Schlichtungsvereinbarung häufig eine erneute Diskriminierung zur Folge haben wird, auch nicht erforderlich.
- » Den im Zuge der sozialwissenschaftlichen Evaluierung festgestellten Informationsdefiziten kann nur durch eine **verstärkte Bekanntmachung** des Instruments der Schlichtung begegnet werden. Allenfalls wäre zu überlegen, einige erfolgreich abgeschlossene Schlichtungsverfahren in Form von **Best-Practice Beispielen** gesondert zu publizieren.
- » Der teilweise kritisierten mehrfachen Behandlung des gleichen Themas im Schlichtungsverfahren ohne Vorwissen zum anderen Fall könnte durch eine **stärkere Vernetzung der Schlichtungsstellen** entgegengewirkt werden. Da im Zuge der Schlichtung stets eine individuelle Vereinbarung getroffen wird, käme demgegenüber eine Vorgabe, wonach bereits abgehandelte Diskriminierungsvorfälle nicht oder nur mehr eingeschränkt vor der Schlichtungsstelle verhandelt werden, nicht in Betracht.

- » Zu erwägen wäre jedoch eine Regelung hinsichtlich der **Verbindung gleichartiger anhängiger Verfahren**. Freilich wird eine freiwillige Mitwirkung des Schlichtungspartners/der Schlichtungspartnerin bei Einbeziehung eines größeren Personenkreises idR noch schwerer erreicht werden können als sonst. Da von der Verbindungsmöglichkeit somit wohl nicht allzu häufig Gebrauch gemacht werden würde, ist fraglich, inwieweit eine diesbezügliche Änderung wirklich eine Verbesserung mit sich brächte.
- » Was die **Mediation** betrifft, stellt die Normierung einer Verpflichtung sicherlich keinen gangbaren Weg dar. In Betracht käme demgegenüber wiederum eine Informationsoffensive. Da die Schlichtung jedoch bisher auch ohne Mediation häufig erfolgreich war, ist dieser Bereich wohl eher zu vernachlässigen.
- » Darüber hinaus wäre eine Ergänzung der bestehenden Regelungen zur Fristhemmung und gerichtlichen Geltendmachung ratsam, da derzeit eine ausdrückliche Vorgabe darüber fehlt, binnen welcher Frist das Schlichtungsverfahren an sich eingeleitet werden muss. Zwar lässt sich diese Lücke durch Interpretation schließen, dennoch scheint eine **explizite gesetzliche Regelung empfehlenswert**, um Unklarheiten und Unsicherheiten entgegenzuwirken.
- » Da hinsichtlich des Sonderproblems der häufigen Erfolglosigkeit des Schlichtungsverfahrens im Anwendungsbereich des **öffentlichen Dienstrechts** die möglichen Effekte des Schlichtungsverfahrens insb dann begrenzt sind, wenn seitens der entscheidungsbefugten Behörde bereits ein Bescheid erlassen wurde, scheint es zweckmäßig, das **Schlichtungsverfahren hier möglichst schon vor einer allfälligen Bescheiderlassung** anzusiedeln.
- » Dies ließe sich zum einen in jenen Konstellationen (wohl) relativ leicht realisieren, in denen der **bescheidmäßigen Erledigung** schon de lege lata **zwingend eine (formlose) Information des/der Betroffenen verbunden mit der Möglichkeit zur Erhebung von Einwendungen voranzugehen hat**. Hier käme insb eine Modifikation der gesetzlichen Vorgaben dahingehend in Betracht, dass im Falle der **Einwendung einer Diskriminierung** aufgrund einer Behinderung durch den/

die Betroffene/n die **Erladigung mittels Bescheides erst nach verpflichtender Durchführung eines Schlichtungsverfahrens** zulässig ist, wobei hinsichtlich der maximalen Dauer des Zuwartens auf eine gütliche Einigung eine Orientierung an den Fristen des § 71 Abs 1 BEinstG zweckmäßig schiene. Ergänzend wäre die Adaptierung der Vorgaben im öffentlichen Dienstrecht dahingehend zu überlegen, dass der/die Betroffene in der Verständigung (auch) darüber **zu informieren** ist, dass er/sie eine vermutete **Diskriminierung einwenden bzw die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens beim Bundessozialamt beantragen kann**, wenn er/sie sich aus Gründen einer Behinderung diskriminiert fühlt.

- » Überdies käme de lege ferenda eine **Erweiterung** des genannten Konzeptes **auf andere Fallkonstellationen**, insb solche, die der Versetzung ähnliche bzw noch **drastischere Auswirkungen** auf den/die Beamte/n haben, in Betracht. Ratsam schiene hier insb auch eine Anpassung von § 8 Abs 2 DVG dahingehend, dass die Partei im Dienstrechtsverfahren immer (auch) dann Anspruch darauf hat, dass ihr Gelegenheit gegeben wird, von den Ergebnissen amtlicher Erhebungen und Beweisaufnahmen Kenntnis und zu ihnen Stellung zu nehmen, wenn diese ein Mensch mit Behinderung ist und die Gefahr einer Diskriminierung besteht.
- » Zum anderen wäre eine Durchführung des Schlichtungsverfahrens vor der beschneidmäßigen Entscheidung in all jenen Fällen möglich, in denen es im **Ermes-sen der Behörde** liegt, über eine bestimmte Angelegenheit mittels Bescheides zu entscheiden bzw ein solcher nur auf Verlangen des/der Betroffenen zu erlassen ist. Hier könnte einerseits durch eine entsprechende gesetzliche Modifikation oder einen internen Erlass darauf hingewirkt werden, dass in potentiellen Diskriminierungskonstellationen zunächst **nicht beschneidmäßig** entschieden wird. Andererseits wäre wiederum eine Ergänzung zu empfehlen, wonach der/die Betroffene im Falle einer behaupteten Diskriminierung aus dem Grund einer Behinderung die **Erlassung eines Bescheides** nur verlangen kann, wenn vorher ein **Schlichtungsverfahren beim Bundessozialamt** stattgefunden hat. Um beurteilen zu können, ob es im konkreten Fall eines Schlichtungsverfahrens bedarf

oder nicht, wäre überdies eine Normierung dahingehend ratsam, dass derjenige/ diejenige, der/die den Bescheid begehrt, das Begehren begründen bzw die behauptete Diskriminierung anführen muss.

- » In allen anderen Fällen bleibt letztlich nur die Möglichkeit, die Schlichtung im **Vorfeld des zweitinstanzlichen Verfahrens** durchzuführen, wobei **Schlichtungs-partnerin** schon angesichts des **Zweckes des Schlichtungsverfahrens** auch hier zweckmäßiger Weise nur die diejenige **Stelle** sein kann, **die den (potentiell) diskriminierenden Bescheid erlassen hat**. Neben der Möglichkeit eines Einflusses auf die allfällige Berufungsvorentscheidung bzw die Entscheidung über einen **Antrag auf Erklärung der Rechtsunwirksamkeit** der (potentiell) diskriminierenden Entscheidung, kann der Nutzen des Schlichtungsverfahrens hier insb in einer **Aussprache auf neutralem Boden** bestehen.

5. SONDERPROBLEM: RECHTSSCHUTZ GEGEN DISKRIMINIERUNGEN BEI PRIVATEN VERSICHERUNGEN UND FINANZDIENSTLEISTUNGEN

5.1. AUSGANGSLAGE UND PROBLEMSTELLUNG

Der Kreis möglicher Diskriminierungen wegen einer Behinderung im täglichen Leben oder der Arbeitswelt ist naturgemäß sehr weit. Neben der häufig nicht annähernd verwirklichten Barrierefreiheit (vgl dazu die zahlreichen in der Schlichtungsdatenbank dokumentierten Verfahren unter <http://www.bizeps.or.at/gleichstellung/schlichtungen/>) stellen ua diskriminierende Vertragsbedingungen von Finanzdienstleistungsunternehmen, insb privater Versicherungsunternehmen ein besonderes Problem dar. So sehen sich Menschen mit Behinderungen häufig mit **höheren Prämien** und **teilweisen Leistungsausschlüssen** konfrontiert oder wird ihnen ein **Vertragsabschluss** seitens des Versicherungs-/Finanzdienstleistungsunternehmens überhaupt **verweigert**.

Zwar handelt es sich auch bei privaten Versicherungsverträgen um Rechtsverhältnisse, die den Zugang zu und die Versorgung mit Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, regeln iSd § 2 Abs 2 BGStG, sodass auch diese vom Geltungsbereich dieses Gesetzes erfasst sind. Auch zeigt das BGStG in diesem Bereich inzwischen insofern Wirkungen, als die meist in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen enthaltenen diskriminierenden Klauseln von einigen Unternehmen beseitigt wurden. So ist etwa die noch in den Allgemeinen Unfallversicherungsbedingungen der Allianz Elementar Versicherung-AG (AUVB 2003) enthaltene Klausel, wonach „Personen, die dauernd vollständig arbeitsunfähig oder von schwerem Nervenleiden befallen sind, sowie Geisteskranke“ unversicherbar und daher jedenfalls nicht versichert waren (vgl Art 16 AUVB 2003), in den AUVB 2011 nicht mehr zu finden. Ebenso ist – infolge eines diesbezüglichen Schlichtungsverfahrens – ein gleichlautender Passus in den AUVB 1995 der Wiener Städtischen AG Versicherung Vienna Insurance Group entfallen.

Freilich enthalten die aktuellen AUVB der Wiener Städtischen ungeachtet dessen wiederum eine Unversicherbarkeitsklausel (vgl Art 21 AUVB Top400 Large). Ebenso finden sich in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen anderer Versicherungsunternehmen nach wie vor Klauseln, denen zufolge Menschen mit bestimmten Beeinträchtigungen unversicherbar sind. Diesen Personengruppen wird damit letzten Endes seitens der Versicherung ein Vertragsabschluss verweigert. Als Beispiel seien nur die aktuellen „Reiseschutz Versicherungsbedingungen“ (gültig seit 1. 8. 2011) der Ärzteflugambulanz (OFA) genannt, nach deren Punkt A.I.04. Personen mit: „Schweren behandlungspflichtigen Organleiden, Organtransplantaten, HIV, pathologischen Störungen der psychischen Funktionen und Krankheiten des Nervensystems (...)“ unversicherbar sind. Liegt eine der genannten Beeinträchtigungen vor oder tritt eine solche bei Bestehen eines Vertragsverhältnisses auf, so kommt nach ausdrücklicher Anordnung kein Versicherungsvertrag zustande bzw endet ein solcher und damit auch die Leistungspflicht des Versicherers.

Nicht nur dieses Beispiel zeigt, dass Menschen mit Behinderungen beim Abschluss privater Versicherungen nach wie vor häufig mit Nachteilen konfrontiert sind. Vielmehr scheitern diese aufgrund des (behaupteten) erhöhten Risikos häufig auch beim Versuch des Abschlusses privater **Krankenzusatz-** oder **Lebensversicherungen**. Dies hat nicht nur eine schlechtere Absicherung im Krankheitsfall, sondern etwa auch **Schwierigkeiten bei der Beschaffung eines Kredits** zur Folge, da dafür von den Kreditinstituten häufig die Absicherung durch eine Ablebensversicherung gefordert wird (idS etwa auch ein im Jahr 2008 eingebrachter Entschließungsantrag, vgl EA 306/A BlgNR 24. GP). Dementsprechend hat auch der Behindertenanwalt Dr. Erwin Buchinger in seinem Beitrag zum 1. Staatenbericht der Republik Österreich an die Vereinten Nationen über die Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention darauf hingewiesen, dass der **Zugang** von Menschen mit Behinderungen **zu privaten Personenversicherungen** wie etwa Lebens-, Kranken-, Unfall- oder Reiserückholversicherungen nach wie vor ein **ungelöstes Problem** darstellt (vgl S 4 dieses Beitrags). Besonders kritisiert wird in diesem Zusammenhang, dass Versicherungsbedingungen auch die „Unversicherbarkeit“ von Menschen vorsehen, deren individuelle Behinderung auf das Risiko de facto in keiner Weise erhöhend wirkt (vgl auch S 41 des Ersten Staatenberichts Österreichs zur UN-Behindertenrechtskonvention).

Selbst wenn es Menschen mit Behinderungen aber gelingt, einen entsprechenden privaten Versicherungsvertrag abzuschließen, sehen diese sich in Gestalt regelmäßig deutlich **höherer Versicherungsprämien** bzw teilweiser **Leistungsausschlüsse** einer Benachteiligung im Vergleich zu VersicherungsnehmerInnen ohne Behinderung gegenüber.

Spezifische Vorgaben zur Hintanhaltung derartiger Benachteiligungen finden sich weder im Versicherungsvertragsgesetz (VersVG, BGBl 1959/2 zuletzt idF BGBl I 2010/58) noch im Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG, BGBl 1978/569 zuletzt idF BGBl I 2011/77). Zwar wurde im Zuge der Umsetzung der RL 2004/113/EG (ABl L 373/2004, 37-43), die Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts auch beim Zugang zu und bei der Versorgung

mit Gütern und Dienstleistungen unionsrechtlich verbietet (dazu etwa ausführlich Egger, Die (erweiterte) Gleichbehandlungsrichtlinie 2004/113/EG der EU und ihre Umsetzung im österreichischen Recht, in FS Binder 2010, 239 ff), den Materialien zufolge erwogen, im Versicherungsrecht auch ein Verbot der Diskriminierung kranker und behinderter Menschen einzuführen. Derartige spezifische Regelungen wurden aber letztlich aufgrund der Anwendbarkeit des BGStG (auch) auf private Versicherungsverträge nicht für erforderlich gehalten, da die im BGStG vorgesehenen Rechtsschutzinstrumente, also **Schadenersatzansprüche** des/der Diskriminierten sowie die gemäß § 13 BGStG bestehende Möglichkeit einer **Verbandsklage** als ausreichend angesehen wurden (vgl EBRV 1428 BlgNR 22. GP 5).

Mittlerweile hat sich jedoch gezeigt, dass sich private Versicherungsunternehmen ungeachtet dessen, dass sie eine Verletzung des BGStG schadenersatzpflichtig macht, häufig nicht an das Diskriminierungsverbot halten. Hieran ändert offenbar die im Falle diskriminierender Allgemeiner Geschäftsbedingungen – wie sie Allgemeine Versicherungsbedingungen darstellen – bestehende Möglichkeit einer **Verbandsklage** nicht nur gemäß § 13 BGStG, sondern auch nach den Vorgaben des KSchG (§§ 28, 28a KSchG; siehe auch unten 5.3.1.) nichts. Die bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten sind somit in diesem Bereich offenbar nicht ausreichend (bzw werden nicht häufig genug in Anspruch genommen), um Diskriminierungen zu verhindern. Im Lichte dieser Problematik stellt sich die Frage, wie im genannten Bereich der **Rechtsschutz verbessert werden könnte**.

Deren Beantwortung setzt insb die nicht einfache Klärung voraus, **wann Versicherungsbedingungen** überhaupt als **diskriminierend** einzustufen sind. Erst in einem zweiten Schritt kann folglich über **mögliche** zusätzliche **rechtliche Maßnahmen** zur Hintanhaltung diskriminierender Vertragsbedingungen nachgedacht werden.

5.2. WANN SIND VERSICHERUNGSBEDINGUNGEN DISKRIMINIEREND?

5.2.1. Grundsätzliches

Die Frage, wann Versicherungsbedingungen, seien sie nun in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder (nur) im individuellen Versicherungsvertrag enthalten, eine unzulässige Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen darstellen, ist naturgemäß nicht leicht zu beantworten.

Relativ eindeutig ist zunächst nur, dass sowohl die Verweigerung einer Versicherung als auch die Verrechnung erhöhter Prämien wegen einer bestehenden Behinderung bzw Krankheit grundsätzlich eine **Benachteiligung** der hiervon betroffenen Personen darstellt. Bereits die Einordnung dieser Benachteiligung als unmittelbare Benachteiligung aufgrund der Behinderung, oder aber (bloß) als mittelbare, bereitet erhebliche Schwierigkeiten. Diese Differenzierung ist jedoch ungemein wichtig: Während nämlich gemäß § 5 Abs 1 BGStG eine unmittelbare Diskriminierung immer dann vorliegt, „wenn eine Person auf Grund einer Behinderung in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde“, liegt eine mittelbare Diskriminierung gemäß Abs 2 dieser Bestimmung (nur) dann vor, „wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sowie Merkmale gestalteter Lebensbereiche Menschen mit Behinderungen gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können“ und diese nicht „durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel (...) zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich“ sind. Ebenso liegt eine mittelbare, nicht aber auch eine unmittelbare Diskriminierung gemäß § 6 BGStG dann nicht vor, „wenn die Beseitigung von Bedingungen, die eine Benachteiligung begründen, insbesondere von Barrieren, rechtswidrig oder wegen unverhältnismäßiger Belastungen unzumutbar wäre“.

Während somit **mittelbare** Diskriminierungen durch bestimmte sachliche Gründe (einschließlich dem Einwand einer unverhältnismäßigen Belastung) **gerechtfertigt**

werden können, besteht eine solche Möglichkeit im Falle von **unmittelbaren** Diskriminierungen **nicht**. Das BGStG trifft nun, anders als etwa das deutsche AGG (vgl § 20 Abs 2 Satz 3 AGG) bzw der Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie der Europäischen Union zur Hintanhaltung von Diskriminierungen ua aufgrund einer Behinderung beim Zugang und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (KOM [2008], 426 endg, 20), keine Regelung hinsichtlich der Zulässigkeit von Differenzierung anhand einer versicherungsmathematisch ermittelten Risikobewertung. Somit hat die Feststellung einer unmittelbaren Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen im Hinblick auf das Versicherungsverhältnis auch dann das Vorliegen einer unmittelbaren Diskriminierung zur Folge, wenn diese Benachteiligungen durch sachliche Gründe, wie etwa ein möglicherweise erhöhtes Risiko gerechtfertigt sind.

Einzig dann, wenn man zum Ergebnis käme, dass Menschen mit (bestimmten) Behinderungen in Bezug auf den Versicherungsvertrag mit anderen Personen aufgrund faktischer Unterschiede gar **nicht vergleichbar** sind, läge eine Diskriminierung letztlich doch nicht vor. Freilich sei festgehalten, dass die Argumentation einer nicht bestehenden Vergleichbarkeit zwischen Menschen mit Behinderungen und solchen ohne Behinderung aufgrund des behinderungsbedingt erhöhten (Kosten-)Risikos für die Versicherung aus rechtlicher Sicht höchst problematisch wäre. Damit würde letztlich die Vergleichbarkeit gerade aufgrund von unmittelbar aus der Behinderung resultierenden Umständen ausgeschlossen. Ließe man einen derartigen Ausschluss der Vergleichbarkeit zu, so würde das Diskriminierungsverbot letzten Endes ausgehebelt, könnte doch beispielsweise in der Folge auch im Bereich der Arbeitswelt die Bezahlung eines niedrigeren Entgelts an einen Menschen mit Behinderung mit dem Argument „gerechtfertigt“ werden, dieser sei mit ArbeitnehmerInnen ohne Behinderung nicht vergleichbar.

Gegen einen Ausschluss der Vergleichbarkeit im oben beschriebenen Sinn spricht darüber hinaus und vor allem die jüngst ergangenen Entscheidung des EuGH in der **Rs Test-Achats** (EuGH 1. 3. 2011, C-236/09), in der auf versicherungsmathematischen

Faktoren beruhende unterschiedliche Versicherungstarife für Männer und Frauen als unzulässige Diskriminierung der Frauen qualifiziert wurden. Zwar unterscheidet sich diese Entscheidung von der hier behandelten Thematik insofern, als im Bereich der Geschlechtergleichbehandlung auch für die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, also außerhalb des Bereiches Beschäftigung und Beruf eine Richtlinie der Europäischen Union existiert (vgl RL 2004/113/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl L 373/2004, 37-43). Der EuGH hat jedoch in der zitierten Entscheidung ua unter Berufung auf **Art 21 der Europäischen Grundrechtecharta (EGC)**, der den Grundsatz der Nichtdiskriminierung auch hinsichtlich einer bestehenden Behinderung festschreibt, festgestellt, dass sich Frauen und Männer in Bezug auf Prämien und Leistungen der von ihnen abgeschlossenen Versicherungen ungeachtet versicherungsmathematischer Faktoren in einer vergleichbaren Lage befinden (siehe insb Randnummer 30 des Urteils).

Da in Österreich mit dem BGStG eine Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen ebenfalls auch außerhalb der Arbeitswelt verboten wurde, wird man diese vom EuGH zur Vergleichbarkeit getroffene Aussage übertragen können. **Das aus einer Behinderung erfließende (möglicherweise) höhere Risiko reicht damit uE nicht aus, um die Vergleichbarkeit zu anderen Versichertengruppen auszuschließen.**

5.2.2. Unversicherbarkeitsklauseln

Was die Qualifikation der gegenständlichen Vertragsbestimmungen betrifft, zeigt sich hinsichtlich der Einordnung als unmittelbare oder aber mittelbare Benachteiligung ein differenziertes Bild.

Unversicherbarkeitsklauseln, denen zufolge etwa „Personen, die (...) von schwerem Nervenleiden befallen sind, sowie Geisteskranke“ oder Personen, die an schweren „behandlungspflichtigen Organleiden, HIV, pathologischen Störungen der psychischen

Funktionen und Krankheiten des Nervensystems“ leiden, von der Versicherung ausgeschlossen sind, stellen sich auf den ersten Blick als eindeutig **unmittelbar** aufgrund einer Behinderung **diskriminierend** und daher unzulässig dar (vgl § 5 Abs 1 BGStG). Zwar mag es durchaus sein, dass die bestehenden Leiden abstrakt betrachtet ein erhöhtes Risiko für die Versicherung darstellen, de facto bewirken die genannten Beeinträchtigungen aber keineswegs zwingend ein höheres Risiko, als es andere Personen darstellen. Dies gilt umso mehr, als unter „Nervenleiden“ oder „Geisteskrankheiten“ ebenso wie unter „pathologische Störungen der psychischen Funktionen und Krankheiten des Nervensystems“ eine Vielzahl von Beeinträchtigungen mit jeweils unterschiedlichen Auswirkungen und Risiken subsumiert werden können.

Der Versicherungsausschluss wird hier somit **pauschal** aufgrund bestimmter Arten (oder besser: Artgruppen) von Beeinträchtigungen und letztlich **nicht** anhand eines bezüglich der **konkreten** Beeinträchtigung bestehenden **individuell** festgestellten **erhöhten Risikos** vorgenommen. Damit wird nicht auf das tatsächliche Risiko und damit einen (bestenfalls) mittelbar benachteiligenden Faktor, sondern **unmittelbar auf die bestehende Beeinträchtigung abgestellt**. Liegt eine solche vor, so genügt dieser Faktor allein, um zur Unversicherbarkeit der Betroffenen zu führen.

Dass eine derartige Vorgehensweise aber unzulässig ist, zeigt etwa auch der bereits zitierte Vorschlag der Kommission für eine entsprechende Richtlinie der Europäischen Union zur Hintanhaltung von Diskriminierungen ua aufgrund einer Behinderung beim Zugang und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (KOM [2008], 426 endg). Gemäß Art 2 Z 7 dieses Vorschlags können die Mitgliedstaaten bei der Bereitstellung von Finanzdienstleistungen zwar verhältnismäßige Ungleichbehandlungen zulassen, dies aber explizit **nur dann**, wenn für das fragliche Produkt die Berücksichtigung ua einer Behinderung ein zentraler Faktor bei der auf relevanten und **exakten versicherungsmathematischen** oder **statistischen Daten beruhenden Risikobewertung** ist (dem Vernehmen nach ist aber, einem sozialen Verständnis der Behinderung entsprechend, eine

Änderung des Vorschlags dahingehend geplant, dass künftig nicht die „Behinderung“, sondern der Gesundheitszustand maßgeblich sein soll, auf den diese zurückzuführen ist). Dies ist aber bei derart pauschalen Ausschlüssen wie den genannten wohl kaum der Fall (vgl etwa auch Geismann, Risikoprüfung in der Pensionsversicherung – Diskriminierung von Behinderten? Die „Behinderten-Konvention“, VR 2008, 15 ff [insb 17]).

Eine genauere Betrachtung zeigt freilich, dass nicht in allen der oben genannten Fälle eine unmittelbare Benachteiligung aufgrund einer Behinderung gegeben ist. Gemäß § 3 BGStG ist eine Behinderung nämlich „die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden körperlichen, geistigen oder psychischen Funktionsbeeinträchtigung oder Beeinträchtigung der Sinnesfunktionen, die geeignet ist, die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft zu erschweren“, wobei als nicht nur vorübergehend ein Zeitraum von mehr als voraussichtlich **sechs Monaten** gilt. Damit werden aber von Unversicherbarkeitsklauseln wie den angeführten zwar idR, nicht aber ausschließlich Menschen mit Behinderungen betroffen sein, ist es ja etwa bezüglich Krankheiten des Nervensystems durchaus möglich, dass diese nur vorübergehend bestehen und somit zwar eine Krankheit, nicht aber auch eine Behinderung vorliegt. Soweit demnach auf Krankheiten abgestellt wird, die insb aufgrund ihrer möglicherweise nur vorübergehenden Dauer nicht zwangsläufig eine Behinderung zur Folge haben, liegt (bloß) eine **mittelbare Diskriminierung** der Betroffenen vor, die grundsätzlich **einer Rechtfertigung** zugänglich ist (dazu sogleich unten). Allerdings setzt diese Annahme voraus, dass die angeführten Unversicherbarkeitsklauseln – wenn auch selten – seitens der Versicherungen wirklich auch auf lediglich vorübergehend beeinträchtigte Personen angewandt werden. Wäre dem nicht so, so wäre letztlich doch wieder von einer (verdeckten) unmittelbaren Diskriminierung auszugehen.

Noch einen Schritt weiter ging das OLG Karlsruhe (Senat Freiburg, Urteil vom 27. 5. 2010, 9 U 156/09, NJW 2010, 2668 ff) hinsichtlich der vergleichbaren Rechtslage in Deutschland (vgl §§ 19 ff AGG). Dieses verneinte die unmittelbare Diskriminierung eines

Menschen mit Behinderung, der wegen des Bestehens einer „myotonen Dystrophie nach Curschmann-Steinert“ (das ist eine spezifische Form der Muskelschwäche) von einer privaten Krankenversicherung als unversicherbar eingestuft wurde, mit der Begründung, der Vertragsschluss sei nicht wegen der (im konkreten Fall mit 100% eingestuften) Behinderung, sondern wegen der Erkrankung „Myotone Dystrophie“ verweigert worden. Da es sich hierbei um eine genetisch bedingte Muskelerkrankung handle, die häufig erst im Laufe der Zeit entdeckt werde und erst im weiteren Verlauf zu Einschränkungen der körperlichen Funktionen etc führe, und PatientInnen unter Umständen bis ins hohe Alter hinein ohne wesentliche Beeinträchtigungen leben könnten, sei die Diagnose „myotone Dystrophie“ für sich genommen nicht gleichbedeutend mit einer Behinderung. Mit anderen Worten ging das Gericht also davon aus, eine unmittelbare Diskriminierung liege nicht vor, da die für den Versicherungsausschluss maßgebliche Erkrankung nicht zwangsläufig zu körperlichen Einschränkungen der Betroffenen führt, womit nach Ansicht des Gerichts auch nicht immer von einer Behinderung auszugehen sei. Überträgt man diese Judikatur auf die oben angeführten Ausschlussklauseln, würde auch bezüglich Erkrankungen, die wie etwa HIV nie nur vorübergehend bestehen, aber unter Umständen (noch) keine unmittelbaren körperlichen Auswirkungen haben, nicht immer von einer Behinderung und damit (bestenfalls) von einer mittelbaren Diskriminierung auszugehen sein.

Diese Beurteilung läuft jedoch nicht nur einer zeitgemäßen sozialen Betrachtung der Behinderung zuwider, die eben nicht ausschließlich die unmittelbaren (medizinischen) Folgen der Beeinträchtigungen, sondern auch sozial konstruierte nachteilige Auswirkungen – und damit auch mögliche Stigmatisierungseffekte und Ähnliches – berücksichtigt (vgl etwa auch explizit Art 1 Satz 2 der UN-Behindertenrechtskonvention, wonach zu den Menschen mit Behinderungen Menschen zählen, „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“). Vielmehr widerspräche eine Übertragung dieser

Judikatur auf Österreich wohl auch dem Willen des österreichischen Gesetzgebers, wird doch etwa in den Materialien explizit darauf hingewiesen, dass beispielsweise „im Falle einer Ungleichbehandlung aufgrund einer diagnostizierten, aber noch nicht virulenten Multiplen Sklerose oder einer Diagnose HIV positiv ohne Merkmale von AIDS **jedenfalls von einer Behinderung** im Sinne dieses Gesetzes auszugehen“ sei (EVRV 836 BlgNR 22. GP 7).

Selbst wenn man nun aber in einigen (oder allen) dervon den Unversicherbarkeitsklauseln erfassten Fälle eine unmittelbare Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen verneinen wollte, erweisen sich diese in der derzeitigen Form als **unzulässig**. Da Menschen mit Behinderungen durch einen Versicherungsausschluss infolge bestimmter Arten von Krankheiten in besonderer Weise benachteiligt werden (können), liegt in allen Fällen zumindest eine **mittelbare Benachteiligung** von Menschen mit Behinderungen vor. Zwar kann eine solche durch rechtmäßige Ziele sachlich gerechtfertigt werden, dies setzt aber voraus, dass die verwendeten Mittel zur Erreichung des Ziels angemessen und erforderlich sind (vgl § 5 Abs 2 BGStG). Als rechtmäßiges Ziel kommt in diesem Zusammenhang die – auch im Richtlinien-Vorschlag mehrfach genannte (vgl den 15. Erwägungsgrund sowie Art 2 Z 7 des Vorschlags, KOM [2008], 426 endg) – **Bewertung nach (versicherungsmathematischen bzw statistischen) Risikofaktoren** in Betracht (vgl aber die Ausführungen zur Rechtsprechung des EuGH [unten [2.3.]). Ein **pauschaler**, in keiner Weise auf das de facto bestehende individuelle Risiko abstellender Versicherungsausschluss ist aber, dem oben Gesagten entsprechend, **weder geeignet noch erforderlich**, um eine exakte Risikobewertung vorzunehmen. Damit sind die angeführten Unversicherbarkeitsklauseln in der genannten generellen Form als **nicht sachlich gerechtfertigt und damit unzulässig** zu qualifizieren.

Dies ändert zwar nichts daran, dass ein Versicherungsausschluss bezüglich einzelner Personen infolge deren Behinderung unter Umständen auf konkreten statistischen Daten bzw versicherungsmathematischen Berechnungen und damit einem individuell

gegebenen erhöhten Risiko beruhen kann. Auch wäre, wenn die Versicherung **nachweislich** nicht pauschal auf eine bestimmte Behinderung, sondern generell auf das **Risiko des/der Betroffenen** abstellt (idS auch die Bestimmung des § 16 VersVG, wonach der Versicherungsnehmer verpflichtet ist, dem Versicherer beim Abschluss des Vertrages „alle ihm bekannten Umstände, die für die Übernahme der Gefahr erheblich sind“ anzuzeigen), von einer (bloß) mittelbaren und daher einer Rechtfertigung zugänglichen Diskriminierung auszugehen. Denn von einer individuellen Risikobewertung sind Menschen mit Behinderungen zwar idR häufiger, nicht aber ausschließlich negativ betroffen, da hier auch andere Faktoren eine Rolle spielen (können).

Zum einen wird es aber der **Versicherung** obliegen, im Streitfall die **konkreten Gründe** für eine erhöhte Risikobewertung (insb) durch entsprechendes Zahlenmaterial **darzutun**. Zum anderen wird ein **gänzlicher Versicherungsausschluss idR nicht als verhältnismäßiges** Mittel zu einer auf Risikofaktoren beruhenden versicherungstechnischen Einstufung gewertet werden können. Nicht nur kann dieses Ziel häufig auch durch **gelindere** Mittel (insb höhere Tarife) erreicht werden, womit eine Unversicherbarkeit schon per se nur dann vorliegen könnte, wenn eine risikoadäquate Prämienvorschrift aufgrund des nicht kalkulierbaren Risikos nicht möglich wäre (vgl noch einmal OLG Karlsruhe 27.5.2010, 9 U 156/09, NJW 2010, 2668 ff, zur deutschen Rechtslage). Vielmehr ist ein gewisses **Kostenrisiko jeder Versicherung immanent** und daher dieser auch in bestimmten Grenzen zumutbar, sodass bestenfalls nachweislich erheblich erhöhte und durch höhere Beiträge nicht kompensierbare Kostenrisiken überhaupt für einen Ausschluss in Betracht kommen. In diesem Sinne sieht auch die legislative Entschließung des Europäischen Parlaments zum bereits mehrfach angesprochenen Richtlinienvorschlag ua eine Ergänzung des Art 2 Z 7 dahingehend vor, dass der Dienstleistungserbringer „bedeutend höhere Risiken objektiv belegen“ und gewährleisten muss, „dass die Ungleichbehandlung objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels verhältnismäßig, erforderlich und wirksam sind“ (vgl ABl C 137E/2010, 68-87).

Auch diese Kostenrisiken könnten aber wohl nur dann einen tauglichen Rechtfertigungsgrund für einen Versicherungsausschluss darstellen, wenn sie für die Versicherung ins Gewicht fallen, was auch anhand der **Anzahl** derartiger Versicherter zu beurteilen sein wird. Darüber hinaus scheint ein **gänzlicher** Versicherungsausschluss unabhängig von diesen Argumenten **unangemessen**, ist Menschen mit Behinderungen damit doch nicht nur die private Vorsorge für „risikoadäquate“ Schäden im weiteren Sinn, sondern auch jene gegen Risiken versagt, die sich **gar nicht infolge der Behinderung realisieren**.

Ein derart weitgehender Ausschluss kann jedoch mit dem Argument eines bestehenden erhöhten Risikos nicht gerechtfertigt werden. Selbst wenn man Versicherungsunternehmen einen Versicherungsausschluss mit der Begründung der nicht möglichen Kalkulierbarkeit des Risikos zugestehen wollte (so OLG Karlsruhe 27.5.2010, 9 U 156/09, NJW 2010, 2668 ff), ist der **gänzliche** Ausschluss von „Risikopersonen“ mangels Erforderlichkeit unzulässig. Denn im Ausschluss (nur) jener Leistungen, die infolge des erhöhten Risikos notwendig werden, bestünde jedenfalls ein gelinderes Mittel als die Unversicherbarkeit der Betroffenen. Dies gilt umso mehr, als die Verweigerung etwa einer privaten Lebensversicherung für die Betroffenen neben dem fehlenden Versicherungsschutz weitere Nachteile, wie Schwierigkeiten oder gar die Unmöglichkeit der Erlangung eines Kredits mit sich bringt. Dass ein **gänzlicher** Versicherungsausschluss für ein funktionierendes (und auch rentables) Versicherungssystem nicht erforderlich ist, zeigen im Übrigen auch jene Allgemeinen Versicherungsbedingungen, die eine Unversicherbarkeitsklausel nicht (mehr) enthalten.

Damit bleibt es – unabhängig davon, ob man diese als unmittelbare oder (bloß) mittelbare Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen ansehen will – bei dem Befund, dass **(auch) an die Gesundheit anknüpfende pauschale Unversicherbarkeitsklauseln eine Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen darstellen und daher bereits de lege lata unzulässig sind**.

5.2.3. Erhöhte Prämien und/oder Leistungsausschlüsse

Werden Menschen mit Behinderungen nicht durch – wie festgestellt: unzulässige – Unversicherbarkeitsklauseln generell von einer Versicherung ausgeschlossen, so sind sie aufgrund ihrer Behinderung idR mit **erhöhten Prämien** und/oder teilweisen **Leistungsausschlüssen** konfrontiert. Letztere betreffend sehen die Allgemeinen Versicherungsbedingungen etwa vor, dass der Versicherungsschutz für zum Versicherungsabschluss bereits bestehende Beeinträchtigungen durch Erklärung des Versicherungsunternehmens ausgeschlossen werden kann (vgl zB § 6 Abs 2 und 6 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Krankheitskosten- und Krankentagegeldversicherung [AVBKV 2004] der Generali Gruppe) oder Vorschädigungen bei der Bemessung von Geldleistungen in Abzug zu bringen sind (vgl zB Art 19 der AUVB der Allianz Elementar Versicherung-AG).

Auch derartige Klauseln haben naturgemäß eine **Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen** zur Folge. Wieder stellt sich aber die Frage, ob in dieser Vorgangsweise eine unzulässige Diskriminierung durch die Versicherung zu erblicken ist.

Anders als bei oben angesprochenen pauschalen Unversicherbarkeitsklauseln, wird in der **risikospezifischen Festsetzung der Versicherungsprämien** – sofern diese auch wirklich anhand des konkreten Risikos des/der Versicherten erfolgt – sehr wahrscheinlich keine unmittelbare, sondern eine **bloß mittelbare Benachteiligung** von Menschen mit Behinderungen zu erblicken sein. Zwar ist eine risikospezifische Prämienfestsetzung naturgemäß geeignet, Menschen mit Behinderungen besonders zu benachteiligen, sind bei diesen doch aufgrund deren gesundheitlicher Beeinträchtigung idR erhöhte Risikofaktoren gegeben. Es sind aber nicht ausschließlich Menschen mit Behinderungen vom Risiko entsprechend erhöhter Prämien betroffen. Vielmehr sind diesbezüglich nicht nur gesundheitliche Einschränkungen, sondern auch andere Faktoren, wie Alter und (bisher) insb auch Geschlecht des/der Versicherten sowie soziale Faktoren maßgeblich. Die Differenzierung erfolgt dabei in allen Fällen nach **versicherungsmathematischen**

Faktoren, was zur Folge hat, dass die Prämienhöhe auch je nach Versicherungssparte unterschiedlich ausgestaltet sein kann. Dabei spielen etwa auch die Lebenserwartung (die bei Frauen im Schnitt höher ist), oder das Verhalten im Straßenverkehr (das bei Männern statistisch betrachtet „risikogeneigter“ ist) eine Rolle (vgl auch KOM (2003) 657 endg, 7).

Schwieriger gestaltet sich demgegenüber die Einordnung des ebenfalls häufig vorgenommenen Ausschlusses bzw der Einschränkung der Leistungspflicht für **Vorschädigungen**. Ähnlich dem zur Unversicherbarkeitsklausel Gesagten, könnte jedoch auch hier mit gutem Grund, und entgegen des ersten Anscheins, von einer bloß mittelbaren Benachteiligung auszugehen sein, da von dem teilweisen Leistungsausschluss auch Personen betroffen sein können, deren Beeinträchtigung nur vorübergehend besteht, die also zwar „krank“, nicht aber auch „behindert“ iSd § 3 BGStG sind.

Folgt man dieser Ansicht, so stellt sich sowohl hinsichtlich einer risikoabhängigen Prämienfestsetzung als auch bezüglich teilweiser Leistungsausschlüsse wiederum die **Frage der sachlichen Rechtfertigung** dieser Benachteiligung durch das Bedürfnis der Versicherungen nach einer individuellen **Risikobewertung**. Wie etwa im bereits mehrfach zitierten Richtlinienvorschlag ausgeführt wird, ist (auch) nach Ansicht der Kommission grundsätzlich anzuerkennen, dass für Versicherungs- und auch Bankdienstleistungen ua eine **bestehende Behinderung** (bzw damit zusammenhängende Faktoren) bei bestimmten Produkten ein **wesentliches Elemente der Risikobewertung** und damit des Preises darstellen kann (vgl S 9 des Vorschlags). Aus diesem Grund ist in Art 2 Z 7 des Richtlinienvorschlags auch explizit vorgesehen, dass die Mitgliedstaaten bei der Bereitstellung von Finanzdienstleistungen verhältnismäßige Ungleichbehandlungen zulassen können, „wenn für das fragliche Produkt die Berücksichtigung ua einer Behinderung ein zentraler Faktor bei der auf relevanten und exakten versicherungsmathematischen oder statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ist“. (Wobei diesbezüglich, wie bereits erwähnt, offensichtlich eine Änderung dahingehend geplant

ist, dass künftig nicht die Behinderung als solche, sondern der dieser zugrundeliegende Gesundheitszustand Anknüpfungspunkt für die Risikobewertung sein soll, was freilich für die gegenständliche Stellungnahme im Ergebnis nichts ändert).

Diesen Grundsätzen folgend, ist grundsätzlich (nur) dann von der **sachlichen Rechtfertigung** behinderungsbedingt erhöhter Versicherungsprämien bzw eines (teilweisen) Ausschlusses von Leistungen für beim Versicherungseintritt bereits bestehende Beeinträchtigungen auszugehen, wenn diese Benachteiligung auf **versicherungsmathematischen Grundsätzen bzw statistischen Daten beruht**, denen zufolge im individuellen Fall ein erhöhtes Risiko gegeben ist. Werden demgegenüber unabhängig von einer konkreten Risikobewertung aufgrund des Gesundheitszustands des/der Betroffenen (und des damit möglicherweise verbundenen abstrakt bestehenden Risikos) erhöhte Prämien vorgeschrieben oder bestehende Versicherungsprämien erhöht, so ist diese Vorgangsweise nicht als sachlich gerechtfertigt und damit als unzulässig anzusehen. Dass hier (auch unabhängig von einer allfälligen Diskriminierung) vor allem bei der Anpassung einmal vereinbarter Prämien eine **strenge Beurteilung** anzulegen ist, macht etwa auch die Vorgabe des § 178f VersVG deutlich. Demnach darf als für eine einseitige Erhöhung der Prämie für eine private Krankenversicherung durch das Versicherungsunternehmen (unbeschadet der Einschränkungen des KSchG) maßgebender Umstand zwar ua eine Veränderung der Häufigkeit der Inanspruchnahme von Leistungen nach Art der vertraglich vorgesehenen Leistungen und deren Aufwendigkeit, bezogen auf die zu diesem Tarif Versicherten, vereinbart werden (vgl Abs 2 Z 3 dieser Bestimmung), bloß von der Verschlechterung des Gesundheitszustands abhängige Anpassungen sind aber jedenfalls unzulässig.

Die Entscheidung des EuGH in der Rs Test-Achats (EuGH 1. 3. 2011, C-236/09; vgl dazu etwa Perner, Geschlechtertarife im Versicherungsrecht unzulässig, ÖJZ 2011/35, 333 f) wirft freilich die Frage auf, ob eine **Rechtfertigung erhöhter Prämien mit versicherungsmathematischen Grundsätzen im Lichte des Unionsrechts überhaupt (unbegrenzt)**

zulässig ist. In dieser Entscheidung verneinte der EuGH ua unter Berufung auf Art 21 EGC, auf die auch in der RL 2004/113/EG Bezug genommen wird, sowie auf Art 19 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), wonach der Rat nach Zustimmung des Parlaments geeignete Vorkehrungen treffen kann, um Diskriminierungen zu bekämpfen, die unbefristete Geltung der in Art 5 Abs 2 der RL 2004/113/EG enthaltenen Ausnahmeregelung. Demnach ist bzw war es den Mitgliedstaaten möglich, proportionale Unterschiede bei den Prämien und Leistungen zwischen Frauen und Männern dann zuzulassen, wenn die Berücksichtigung des Geschlechts bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist. Zwar sei es bei der schrittweisen Verwirklichung der Gleichheit dem Unionsgesetzgeber überlassen, den Zeitpunkt seines Tätigwerdens unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse in der Union zu bestimmen. Sei jedoch ein solches Tätigwerden beschlossen worden, müsse in kohärenter Weise auf die Erreichung des verfolgten Ziels hingewirkt werden. Dies schließe zwar Übergangszeiten oder Ausnahmen begrenzten Umfangs nicht aus, eine Ausnahme vom mit der RL verfolgten Ziel der Anwendung geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen könne aber nicht unbefristet aufrecht erhalten werden, da dies mit dem Zweck der RL 2004/113/EG und mit den Art 21 und 23 EGC unvereinbar sei.

Übertragen auf die Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen würde dies bedeuten, dass – sobald de facto eine Richtlinie zur Gleichbehandlung auch in diesem Bereich erlassen wird – auch diesbezüglich allenfalls für einen **befristeten Übergangszeitraum** (im Hinblick auf die RL 2004/113 wurde hier von fünf Jahren ausgegangen) eine Differenzierung nach versicherungsmathematischen Grundsätzen zulässig, danach aber unzulässig wäre. Nun stellt sich dieses Problem aktuell nicht, da eine entsprechende Richtlinie noch nicht erlassen wurde, sondern nach wie vor lediglich der Vorschlag der Kommission vorliegt (KOM [2008], 426 endg). Auch unterscheidet sich die RL 2004/113/EG vom bestehenden Richtlinienvorschlag insofern, als erstere grundsätzlich auch die Vermeidung unterschiedlicher Prämien für

Frauen und Männer aufgrund geschlechtsspezifischer versicherungsmathematischer Faktoren zum Gegenstand hat und diesbezüglich nur vorübergehend eine Ausnahme zuließ (vgl insb Erwägungsgründe 17 und 18 der RL). Dem Richtlinienvorschlag zufolge sollen demgegenüber behinderungsbezogene versicherungsmathematische Faktoren und Risikofaktoren offenkundig generell nicht als diskriminierend angesehen werden, wenn nachgewiesen wird, dass es sich um für die Risikobewertung zentrale Faktoren handelt (Erwägungsgrund 15 des Vorschlags). Dementsprechend sieht Art 2 Z 7 des Vorschlags auch schlicht vor, dass die Mitgliedstaaten bei der Bereitstellung von Finanzdienstleistungen verhältnismäßige Ungleichbehandlungen zulassen können, „wenn für das fragliche Produkt die Berücksichtigung (...) einer Behinderung ein zentraler Faktor bei der auf relevanten und exakten versicherungsmathematischen oder statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ist“, ohne diese Ermächtigung in irgendeiner Weise (zeitlich) einzuschränken oder eine regelmäßige Überprüfung durch die Mitgliedstaaten zu fordern.

Zwar sieht eine legislative EntschlieÙung des Europäischen Parlaments ua dahingehend eine Abänderung dieser Bestimmung vor, dass die herangezogenen Daten **exakt, aktuell und relevant** sein sollten und der Dienstleistungserbringer bedeutend höhere Risiken objektiv belegen können und zudem gewährleisten muss, „dass die Ungleichbehandlung objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels verhältnismäßig, erforderlich und wirksam sind“ (vgl ABl C 137E/2010, 68-87). Ungeachtet dessen ist aber wohl davon auszugehen, dass die Berücksichtigung einer bestehenden Behinderung auch aus Sicht des Unionsrechts in weiteren Grenzen möglich und zulässig ist, als dies bezüglich des Faktors Geschlechts der Fall ist.

In diesem Lichte ist uE somit nach dem derzeitigen Stand der Dinge davon auszugehen, dass sowohl die **Vereinbarung erhöhter Prämien als auch ein teilweiser Leistungsausschluss** (auch) unionsrechtlich, und damit insb im Falle der Erlassung

einer entsprechenden Richtlinie, **zulässig** ist, **wenn diese Ungleichbehandlung auf einer nachvollziehbaren Risikobewertung beruht und nicht**, wie etwa die völlige Unversicherbarkeit, **unverhältnismäßig wäre**. Da der EuGH in der Rs Test-Achats (EuGH 1. 3. 2011, C-236/09) auch auf das Primärrecht der Union zurückgegriffen hat, schließt dieser Befund freilich nicht aus, dass es in der Zukunft doch zu einer Beanstandung durch den EuGH kommen könnte.

Auch stünde es dem österreichischen Gesetzgeber natürlich ungeachtet der unionrechtlichen Zulässigkeit grundsätzlich frei, eine auf versicherungsmathematischen Grundsätzen beruhende Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen zu verbieten oder nur begrenzt zuzulassen. Freilich wäre diesbezüglich – abgesehen von den verfassungsrechtlichen Grenzen, insb des Sachlichkeitsgebots – insofern Vorsicht geboten, als das Privatversicherungswesen dem Grunde nach auf einer individuellen Risikoeinschätzung und, anders als die gesetzliche Sozialversicherung, nicht auf dem Gedanken des sozialen Ausgleichs beruht. Möchte man dieses System dem Grunde nach aufrechterhalten, ließe sich dies wohl kaum mit einem generellen Verbot der Bedachtnahme auf den Gesundheitszustand des/der Versicherten vereinbaren.

5.3. MÖGLICHE VERBESSERUNGEN DER RECHTSSCHUTZMÖGLICHKEITEN

Was die Möglichkeiten einer Verbesserung des Rechtsschutzes gegen im beschriebenen Sinn diskriminierende Versicherungsbedingungen betrifft, ist – noch bevor über Alternativen nachgedacht werden sollte – zu fragen, ob nicht bereits durch Ausschöpfung der bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten eine maßgebliche Verbesserung der Situation bewirkt werden könnte.

5.3.1. Ausschöpfung der bestehenden Möglichkeiten

Dass Einzelne, die sich durch benachteiligende Versicherungsbedingungen diskriminiert fühlen, häufig (schon) vor der Einleitung eines Schlichtungsverfahrens und noch mehr

vor der Einbringung einer Klage zurückschrecken, ist nicht nur angesichts der dargestellten Schwierigkeiten bei der Feststellung einer Diskriminierung, sondern auch des doch sozial und wirtschaftlich idR übermächtigen Gegners nicht weiter verwunderlich.

Ganz anders stellt sich die Situation demgegenüber im Hinblick auf die schon jetzt bestehenden **Möglichkeiten einer Verbandsklage** dar (dazu auch II.A.3.). Zwar ist die Klagemöglichkeit der Österreichischen Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation gemäß § 13 BGStG (derzeit) an relativ strenge Voraussetzungen geknüpft. Insb im Falle diskriminierender Allgemeiner Versicherungsbedingungen (etwa in Form der angesprochenen Unversicherbarkeitsklauseln) werden die materiellen Voraussetzungen des § 13 Abs 1 BGStG jedoch jedenfalls erfüllt sein. Durch derartige Vorgaben werden wohl unzweifelhaft „die allgemeinen Interessen des durch dieses Gesetz geschützten Personenkreises wesentlich und dauerhaft beeinträchtigt“. Damit stünde der Einbringung einer Verbandsklage nur das Fehlen einer mit Zweidrittelmehrheit beschlossenen Empfehlung des Bundesbehindertenbeirats gemäß § 8 des BBG (§ 13 Abs 2 BGStG) entgegen. Sollte sich herausstellen, dass eine solche (aus welchen Gründen auch immer) in der Praxis nicht erlangbar ist, sollte dringend über eine Modifikation dieses Erfordernisses – sei es durch eine Änderung der Mehrheitsvoraussetzungen oder überhaupt durch Abstandnahme von einem solchen – nachgedacht werden. Denn auch beim privaten Versicherungsschutz handelt es sich um einen ganz zentralen Bereich, in dem Diskriminierungen von Menschen mit Behinderungen mit allen geeigneten Mitteln hintangehalten werden müssen.

Selbst wenn eine Verbandsklage der Österreichischen Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation nach § 15 BGStG (bisher) an der erforderlichen Empfehlung des Bundesbehindertenbeirats scheitert, könnte dem Problem diskriminierender Versicherungsbedingungen schon de lege lata abgeholfen werden, da auch nach dem **KSchG** die Möglichkeit einer Verbandsklage besteht. Sind diskriminierende Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (worunter Allgemeine Versicherungsbedingungen zu subsumieren sind) oder Vertragsformblättern (die idR ebenfalls zur Anwendung kommen werden)

enthalten, kann gemäß §§ 28 Abs 1 iVm 29 Abs 1 KSchG von der Wirtschaftskammer Österreich, der Bundesarbeitskammer, dem Österreichischen Landarbeiterkammertag, der Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs, dem Österreichischen Gewerkschaftsbund, dem Verein für Konsumenteninformation und dem Österreichischen Seniorenrat eine Unterlassungsklage eingebracht werden, da „im geschäftlichen Verkehr“ in Allgemeinen Geschäftsbedingungen bzw Formblättern für Verträge Bedingungen vorgesehen werden, „die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen“. Ebenso könnte auf Unterlassung geklagt werden, wenn etwa der Verband Österreichischer Versicherungsunternehmen in Muster-Versicherungsbedingungen diskriminierende Bedingungen aufnimmt, da in einem solchen Fall gesetzwidrige Bedingungen für den geschäftlichen Verkehr empfohlen werden.

§ 28a KSchG eröffnet darüber hinaus auch im Falle gesetz- oder sittenwidriger (oder, ab 1. 1. 2012, auch gegen ein gesetzliches Gebot oder Verbot aufgrund der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt verstoßender; vgl Art 4 BGBI I 2011/100) Klauseln in Individualvereinbarungen die Möglichkeit einer Verbandsklage, wenn durch diese „die allgemeinen Interessen der Verbraucher beeinträchtigt“ werden und sie im Zusammenhang mit „Haustürgeschäften, Verbraucherkreditverhältnissen, Pauschalreisevereinbarungen, Teilzeitnutzungsverhältnissen, Abschlüssen im Fernabsatz, der Vereinbarung von missbräuchlichen Vertragsklauseln, der Gewährleistung oder Garantie beim Kauf oder bei der Herstellung beweglicher körperlicher Sachen oder im Zusammenhang mit Diensten der Informationsgesellschaft im elektronischen Geschäftsverkehr oder im Zusammenhang mit Wertpapierdienstleistungen oder Dienstleistungen der Vermögensverwaltung oder Zahlungsdiensten oder der Ausgabe von E-Geld“ getroffen werden.

Diese Vorgabe könnte im vorliegenden Zusammenhang insb im Hinblick auf das Problem relevant sein, dass Menschen mit Behinderungen in der Praxis offenbar Kredite nicht gewährt werden, wenn sie nicht über eine Lebensversicherung verfügen. Wird

Menschen mit Behinderungen nämlich in diskriminierender Weise der Abschluss einer Lebensversicherung verweigert und können sie infolgedessen keinen Verbraucherkredit aufnehmen, so wäre die Verweigerung der Kreditvergabe jedenfalls dann als (mittelbare) Diskriminierung anzusehen, wenn die Bank eine Substitution der Lebensversicherung durch andere Sicherheiten nicht akzeptiert. Sollte sich herausstellen, dass diese Vorgangsweise generell praktiziert wird, käme – sofern man die „allgemeinen Interessen der Verbraucher“ dem Gesetzeszweck entsprechend nicht allzu eng auslegt – neben der Geltendmachung von Schadenersatz eine Unterlassungsklage nach § 28a KSchG in Betracht.

Alles in allem wird die Einbringung einer **Verbandsklage** nach den Ergebnissen der sozialwissenschaftlichen Studie von der Mehrheit der befragten Behindertenorganisationen in Bezug auf diskriminierende Versicherungsbedingungen **als notwendig erachtet** (vgl S 74 der Studie). Dass schon eine einzige diesbezügliche Klage zu weitreichenden Verbesserungen für die Betroffenen führen kann, zeigt das Beispiel, dass die Wiener Städtische die in ihren Allgemeinen Unfallversicherungsbedingungen enthaltene Unversicherbarkeitsklausel (schon) infolge eines von einer Einzelperson eingeleiteten Schlichtungsverfahrens, in welches auch der ÖGB involviert war, gestrichen hat (siehe <http://www.bizeps.or.at/gleichstellung/-schlichtungen/index.php?nr=87>).

Darüber hinaus macht aber insb der ebenfalls auf der Homepage der Organisation Bizeps dokumentierte Fall eines Menschen mit Körperbehinderung, dem der Abschluss eine Reiseversicherung offenkundig wegen seiner gesundheitlichen Einschränkung verweigert wurde (<http://www.bizeps.or.at/gleichstellung/schlichtungen/index.php?nr=61>), deutlich, dass sich die Versicherungsunternehmen ihrer zumindest grenzwertigen Versicherungsbedingungen durchaus bewusst sind: Nachdem das Schlichtungsverfahren scheiterte, brachte der Betroffene – unterstützt durch den Klagsverband – Klage bei Gericht ein. Im Zuge des Verfahrens erkannte das beklagte Versicherungsunternehmen das Begehren des Klägers „aus ökonomischen Gründen“ überraschend mit der Be-

gründung an, es handle sich um ein Missverständnis. In der Folge kam es naturgemäß nicht mehr zu einer Entscheidung über das Vorliegen einer Diskriminierung. Diese Vorgangsweise legt die Vermutung nahe, dass das Versicherungsunternehmen es nicht auf eine Entscheidung in der Sache ankommen lassen wollte, wäre im Falle eines, das Vorliegen einer Diskriminierung bejahenden Urteils doch dezidiert festgestellt worden, dass Unversicherbarkeitsklauseln in der praktizierten Form diskriminierend und daher unzulässig sind. Dies hätte naturgemäß viel weiterreichende Folgen – nicht nur für das beklagte, sondern für alle Versicherungsunternehmen – gehabt als die Anerkennung des Klagebegehrens.

Nicht nur in diesem Lichte, sondern auch im Hinblick auf die bestehende Rechtsunsicherheit betreffend die Frage, ob und wann Versicherungsbedingungen diskriminierend sind, sollte – zumindest bezüglich der nach wie vor zu findenden Unversicherbarkeitsklauseln – ernsthaft über die **Führung eines Musterprozesses** nachgedacht werden.

5.3.2. Zusätzliche Rechtsschutzmöglichkeiten

Neben den geschilderten bestehenden Möglichkeiten, käme naturgemäß eine Verbesserung des Rechtsschutzes durch entsprechende Änderungen der gesetzlichen Vorgaben in Betracht.

5.3.2.1. Erweiterung der bei Diskriminierungen generell bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten

Zunächst ist hier erneut an eine Erweiterung der „**allgemeinen**“ **Rechtsschutzmöglichkeiten**, etwa in Form der Einräumung eines Anspruches auf **Herstellung des diskriminierungsfreien Zustands** (dazu II.A.1.2.) bzw durch Erleichterungen des **Zugangs zum Recht** etwa in Form von modifizierten Prozesskostenregelungen (dazu II.A.2.2.) zu denken. Vielfach werden Betroffene freilich ungeachtet diesbezüglicher Erweiterungen vor der Klage gegen ein Versicherungsunternehmen zurückschrecken. Auf dieser Ebene

sind somit zwar Verbesserungsmöglichkeiten gegeben, deren zu erwartende faktische Wirkung muss aber eher gering eingeschätzt werden.

Stärkere positive Effekte wären demgegenüber wohl von einer **Ausweitung** der Möglichkeiten einer **Verbandsklage** zu erwarten (dazu auch II.A.3.). Dies nicht nur, da eine solche bei einer entsprechenden Gesetzesänderung vielleicht (doch) eingebracht und so das eine oder andere Musterverfahren geführt würde. Vielmehr wäre die abschreckende Wirkung für Versicherungsunternehmen unter Umständen größer, weil das „Risiko“ einer Verbandsklage für sie plötzlich schwerer kalkulierbar würde.

5.3.2.2. Änderung der Vorgaben des Versicherungsrechts

Möchte man Diskriminierungen im privaten Versicherungswesen ernsthaft einen Riegel vorschieben, so bedarf es aber wohl **weitergehender Maßnahmen**, wobei insb an eine Änderung des Versicherungsrechts, also der spezifisch für Versicherungsunternehmen geltenden Vorgaben des VersVG bzw VAG zu denken ist. Würde man nämlich dort explizit das Verbot einer Diskriminierung im Zusammenhang mit einer Behinderung bzw entsprechende spezifische Rechtsfolgen vorsehen, so hätte dies einen deutlicheren und damit auch stärker abschreckenden Charakter als die „bloß“ allgemeinen Regelungen im BGStG.

Zwar wurde eine diesbezügliche Änderung ehemals für nicht erforderlich gehalten (vgl EBRV 1428 BlgNR 22. GP 5), jedoch hat sich inzwischen wohl herausgestellt, dass die ursprüngliche Annahme, die im BGStG vorgesehenen Rechtsfolgen, namentlich der Anspruch auf Schadenersatz, böten einen ausreichenden Schutz, doch nicht zutrifft. Wie schon im Zuge der Anpassung des VersVG bzw VAG an die RL 2004/113/EG erwogen wurde, wäre somit nun doch über die Verankerung des Diskriminierungsverbots im VersVG und/oder im VAG nachzudenken.

Versicherungsvertragsgesetz

Im **VersVG** käme zunächst eine teilweise Modifikation der §§ 16 ff hinsichtlich Anzeigepflicht, Erhöhung der Gefahr und daran anknüpfende Rücktritts- bzw Kündigungsrechte der Versicherer in Betracht. Diese könnte darin bestehen, dass das Vorliegen einer **Behinderung** bzw gesundheitlichen Beeinträchtigung **nicht als Grund für die Verweigerung eines Vertragsabschlusses oder eine Kündigung** herangezogen werden darf. Zu denken wäre insb an eine entsprechende Klarstellung in § 16, der eine Anzeigepflicht der VersicherungsnehmerInnen bezüglich aller für die Übernahme der Gefahr erheblichen Umstände normiert, sowie an eine Adaptierung des § 27, der ein Kündigungsrecht des Versicherers bei einer nach Vertragsabschluss eingetretenen Gefahrenerhöhung (auch) dann vorsieht, wenn diese unabhängig vom Willen des/der Versicherten eintritt. Hier wäre eine ausdrückliche Einschränkung zumindest dahingehend zu erwägen, dass eine **nach Vertragsabschluss eintretende Behinderung bzw gesundheitliche Beeinträchtigung nicht zur Kündigung**, sondern bestenfalls zu einer Anpassung der vereinbarten Versicherungsbedingungen (insb der Prämien) **berechtigt**. Neben § 27 VersVG würde sich für eine derartige Regelung auch § 29 VersVG anbieten, wonach eine unerhebliche Erhöhung der Gefahr nicht für eine Kündigung in Betracht kommt bzw eine solche nicht zulässig ist, wenn nach den Umständen als vereinbart anzusehen ist, dass das Versicherungsverhältnis durch die Erhöhung der Gefahr nicht berührt werden soll.

Darüber hinaus wäre auch an eine teilweise **Adaption der gesetzlichen Regelungen bezüglich der Versicherungsprämie** in §§ 35 ff und vor allem in § 41 VersVG zu denken. Nach Abs 1 dieser Bestimmung ist es dem Versicherer erlaubt, vom Beginn der laufenden Versicherungsperiode an eine der höheren Gefahr angemessene höhere Prämie zu verlangen, wenn der/die VersicherungsnehmerIn beim Abschluss des Vertrags seine/ihre Anzeigepflicht verletzt hat, ein Rücktrittsrecht des Versicherers aber deswegen ausgeschlossen ist, weil den/die VersicherungsnehmerIn kein Verschulden trifft. Hier wäre, in Verbindung mit der oben vorgeschlagenen Änderung der §§ 16 ff VersVG, einerseits

eine **Ergänzung** dahingehend ratsam, dass die Möglichkeit einer Prämienhöhung auch dann besteht, wenn eine Kündigung trotz nachträglicher Erhöhung der Gefahr nicht zulässig ist. Andererseits wäre aber die ausdrückliche Normierung günstig, dass eine **Erhöhung der Prämie** infolge des Bekanntwerdens oder nachträglichen Auftretens einer Behinderung bzw Gesundheitsbeeinträchtigung **nur zulässig** ist, wenn diese einen **maßgeblichen Faktor bei der auf versicherungsmathematischen oder statistischen Daten beruhenden Risikobewertung darstellt und im konkreten Fall erforderlich und verhältnismäßig ist**.

Möchte man noch einen Schritt weitergehen, so wäre auch anzudenken, sowohl eine von Beginn an höhere Prämienvorschreibung als auch eine nachträgliche Anpassung der Prämie bzw eine Einschränkung der Leistungspflicht erst dann zuzulassen, wenn sich das erhöhte Risiko auch realisiert hat, der/die Versicherte also zumindest einmal infolge der Behinderung Leistungen aus der Versicherung in Anspruch genommen hat.

In Bezug auf § 41 Abs 2 VersVG, wonach der Versicherer das Versicherungsverhältnis unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monat kündigen kann, wenn die höhere Gefahr nach den für dessen Geschäftsbetrieb maßgebenden Grundsätzen auch gegen eine höhere Prämie nicht übernommen wird, wäre überdies ebenfalls eine Klarstellung dahingehend zu erwägen, dass diese **Kündigungsmöglichkeit aufgrund einer Behinderung bzw Gesundheitseinschränkung nicht besteht**.

Neben den angeführten Änderungen der für alle Versicherungszweige geltenden Vorgaben des VersVG, wären auch punktuelle Änderungen bezüglich einzelner Versicherungszweige möglich. In Betracht käme etwa eine Ergänzung des **§ 178b VersVG**, welcher die Kostenübernahme im Bereich der **Krankenversicherung** regelt. Nach Abs 5 dieser Bestimmung dürfen die Kosten und Risiken der medizinischen Betreuung und Behandlung im Zusammenhang mit der Schwangerschaft, der Entbindung und der Mutterschaft in der Krankenversicherung nicht zu unterschiedlichen Prämien oder

Leistungen zwischen Frauen und Männern führen. Zwar wurde bereits ausgeführt, dass hinsichtlich des Verbots behinderungsbedingt erhöhter Prämien derzeit noch keine unionsrechtlichen Vorgaben in Form einer Richtlinie bestehen und die Beurteilung hier wohl auch aus unionsrechtlicher Sicht weniger streng sein dürfte. Ungeachtet dessen könnte § 178b VersVG etwa durch einen **neuen Abs 6** ergänzt und in diesem (angelehnt an die Vorgaben zur Geschlechtergleichbehandlung) festgelegt werden, dass allein das Vorliegen einer bestimmten **gesundheitlichen Beeinträchtigung nicht zur Vorschreibung erhöhter Prämien oder Leistungseinschränkungen** führen darf, sofern die vorliegende Beeinträchtigung **nicht nachweislich ein bestimmender Faktor einer auf relevanten versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung** ist. Gleichlautende Vorgaben könnten und sollten gegebenenfalls auch hinsichtlich anderer Versicherungszweige getroffen werden.

Zu erwägen wäre darüber hinaus eine **Aufnahme der Österreichischen Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation in den Kreis der** gemäß § 178g Abs 1 VersVG im Falle einer Änderung der Prämie oder des Versicherungsschutzes durch das Versicherungsunternehmen unverzüglich **zu verständigenden Stellen** (bisher sind dies Wirtschaftskammer Österreich, Bundesarbeitskammer, Österreichischer Landarbeiterkammertag, Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Österreichischer Seniorenrat, Finanzprokuratur und Verein für Konsumenteninformation). Diese Stellen sind berechtigt, vom Versicherer **(gerichtlich) die Unterlassung dieser Änderung zu verlangen**, insb wenn dieser gegen § 178f VersVG verstößt. Nach dieser Bestimmung sind Vereinbarungen, nach denen der Versicherer die Prämie nach Vertragsabschluss einseitig erhöhen oder den Versicherungsschutz einseitig ändern darf, nur eingeschränkt und vor allem **allein aufgrund einer Verschlechterung des Gesundheitszustands nicht zulässig**. Darüber hinaus kommt den oben angeführten Institutionen gemäß § 178h VersVG das Recht zu, auf Verlangen unverzüglich **Einsicht in sämtliche Kalkulationsgrundlagen** zu erhalten, die eine erklärte Änderung der Prämie

oder des Versicherungsschutzes begründen können. Die Ergänzung der in § 178g Abs 1 angeführten Stellen um die Österreichische Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation könnte somit nicht unwesentlich dazu beitragen, dass auch bei von Versicherungsunternehmen vorgenommenen Prämienänderungen Menschen mit Behinderungen nicht diskriminiert werden. Insb würde es eine solche der Österreichischen Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation ermöglichen, die vorgenommene Kalkulation auf ihre Diskriminierungsfreiheit zu überprüfen.

Versicherungsaufsichtsgesetz

Neben den genannten Änderungen im VersVG, könnte auch durch die Aufnahme spezifischer Antidiskriminierungsbestimmungen in das VAG versucht werden, eine Verbesserung des Rechtsschutzes zugunsten von Menschen mit Behinderungen zu erreichen. Vor allem schiene eine Ergänzung des § 9 VAG erwägenswert, der den „Inhalt des Versicherungsvertrages“ zum Gegenstand hat. Während Abs 1 dieser Bestimmung jene Inhalte aufzählt, die ein Direktversicherungsvertrag über im Inland belegene Risiken insb zu enthalten hat, beinhalten die Abs 2 bis 4 spezifische Vorgaben hinsichtlich der Berücksichtigung des Faktors Geschlechts (vgl dazu etwa Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) 697 f; Ritzberger-Moser, Gleichbehandlung und Versicherungen, zuvo 2008/62, 95 ff). Demnach darf dieser, soweit gesetzlich nicht explizit anders bestimmt, „nur dann zu unterschiedlichen Prämien oder Leistungen für Frauen und Männer führen, wenn das Geschlecht ein bestimmender Faktor in einer **Risikobewertung** ist, die auf relevanten und genauen **versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruht**“. Diese Risikobewertung ist dabei seitens des Versicherungsunternehmens regelmäßig zu aktualisieren (Abs 2). Darüber hinaus sind Versicherungsunternehmen, die in Anwendung des Abs 2 unterschiedliche Prämien oder Leistungen für Frauen und Männer vorsehen, nach Abs 3 der genannten Bestimmungen **verpflichtet, dies der Finanzmarktaufsicht** unter Anschluss der Risikobewertung und der erhobenen versicherungsmathematischen und statistischen Daten ebenso **zu melden**, wie die Ergebnisse der Aktualisierung der

Risikobewertung. § 9 Abs 4 VAG sieht überdies die **Veröffentlichung** der versicherungsmathematischen und statistischen Daten, aus denen unterschiedliche Prämien oder Leistungen für Frauen und Männer abgeleitet werden, und deren Aktualisierung vor.

Diese Vorgaben wurden zwar in Umsetzung der RL 2004/113/EG getroffen, waren also unionsrechtlich erforderlich, während ein solches Gebot für das Merkmal Behinderung (derzeit) nicht besteht. Ungeachtet dessen wäre zu überlegen, vergleichbare Regelungen auch hinsichtlich des „Faktors“ Behinderung vorzusehen bzw die bestehenden Vorkehrungen des **§ 9 VAG** zur Vermeidung von Diskriminierungen **auf Menschen mit Behinderungen auszudehnen**. Darüber hinaus wäre auch hier zu erwägen, die **Unzulässigkeit eines gänzlichen Ausschlusses von Menschen mit Behinderungen** explizit festzuschreiben.

Würden diese Vorgaben in der Folge seitens Versicherungsunternehmen beharrlich nicht eingehalten, so könnte dies – ohne dass es diesbezüglich einer gesetzlichen Änderung bedürfte – allenfalls sogar zum **Verlust der Konzession** führen. Denn diese ist gemäß § 7b Abs 1 Z 3 VAG ua dann zu widerrufen, wenn „das Versicherungsunternehmen in schwerwiegender Weise Pflichten verletzt, die ihm nach diesem Bundesgesetz, nach dem Geschäftsplan oder auf Grund von Anordnungen der FMA obliegen“. Darüber hinaus käme grundsätzlich auch die Verhängung einer **Verwaltungsstrafe** (vgl insb § 107b VAG) in Betracht.

Noch weitergehende Maßnahmen, wie etwa eine Art „**Zwangszuteilung**“ „kritischer“ Fälle scheinen demgegenüber angesichts dessen, dass es, anders als insb im Fall der Kfz-Haftpflichtversicherung, keine Verpflichtung etwa zum Abschluss einer privaten Krankenzusatz- oder Lebensversicherung gibt, letztlich nicht als gangbarer Weg.

5.4. ZWISCHENBILANZ

- » Die bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten reichen hinsichtlich privater Versicherungsverträge offenkundig nicht aus, um Diskriminierungen zu verhindern. Neben der Frage des Rechtsschutzes ist jedoch schon die **Feststellung einer Diskriminierung** in diesem Zusammenhang äußerst schwierig.
- » Während **Unversicherbarkeitsklauseln** jedenfalls als unverhältnismäßig und damit selbst dann, wenn nachweislich nicht pauschal auf eine bestimmte Behinderung, sondern ein individuell erhöhtes Risiko abgestellt würde, als (zumindest mittelbar) **diskriminierend** zu qualifizieren sein werden, zeigt sich bezüglich der häufig vorgeschriebenen erhöhten Prämien bzw der teilweisen Leistungsausschlüsse ein differenziertes Bild.
- » Da hier idR von einer nur mittelbaren und nicht per se unverhältnismäßigen Benachteiligung auszugehen ist, stellt sich die **Frage der sachlichen Rechtfertigung** dieser Benachteiligung insb durch das Bedürfnis einer individuellen **Risikobewertung**. Nachdem eine solche einen wesentlichen Grundsatz des privaten Versicherungswesens darstellt und etwa auch im Vorschlag der Kommission der Europäischen Union für eine EU-Richtlinie anerkannt wird, ist grundsätzlich (nur) **dann von der sachlichen Rechtfertigung und damit der Zulässigkeit** behinderungsbedingt erhöhter Versicherungsprämien bzw eines (teilweisen) Ausschlusses von Leistungen **auszugehen, wenn diese Benachteiligung auf nachvollziehbaren versicherungsmathematischen Grundsätzen bzw statistischen Daten beruht und im konkreten Fall nicht unverhältnismäßig ist**. Angesichts der jüngst ergangenen Entscheidung des EuGH in der Rs Test-Achats (EuGH 1. 3. 2011, C-236/09), kann eine Beanstandung durch den EuGH freilich nicht für alle Zeit ausgeschlossen werden.
- » Zwar wäre es dem österreichischen Gesetzgeber natürlich unbenommen, auch eine auf versicherungsmathematischen Grundsätzen beruhende Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen zu verbieten. Abgesehen von den

verfassungsrechtlichen Grenzen ist hier jedoch insofern Vorsicht geboten, als das Privatversicherungswesen dem Grunde nach auf einer individuellen Risikoeinschätzung beruht, was sich kaum mit einem generellen Verbot der Bedachtnahme auf den Gesundheitszustand des/der Versicherten vereinbaren ließe.

- » Hinsichtlich der Möglichkeiten einer Verbesserung des Rechtsschutzes gegen im beschriebenen Sinn diskriminierende Versicherungsbedingungen ist zunächst festzustellen, dass eine wesentliche Verbesserung hier schon durch **Inanspruchnahme der bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten** herbeigeführt werden könnte. Dies gilt insb für die Möglichkeiten einer **Verbandsklage** nicht nur nach § 13 BGStG, sondern auch nach den Vorgaben des KSchG. Angesichts der abschreckenden Wirkung einer solchen und auch im Lichte der bestehenden Rechtsunsicherheit betreffend die Frage, ob und wann Versicherungsbedingungen diskriminierend sind, schiene die **Führung eines Musterprozesses längst überfällig**. Seitens des BMASK sollte somit ein **Schwerpunkt der Bemühungen** darauf liegen, die klagebefugten Institutionen zur Inanspruchnahme ihres Klagerechts zu veranlassen.
- » Ungeachtet dessen sollte natürlich auch über **rechtliche Anpassungen** nachgedacht werden. Zum einen käme hier eine **Erweiterung der bei Diskriminierungen generell bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten**, also etwa durch Einräumung eines Anspruches auf Herstellung des diskriminierungsfreien Zustands, durch Erleichterungen des Zugangs zum Recht zB in Form von modifizierten Prozesskostenregelungen und insb durch eine Ausweitung der Möglichkeiten einer Verbandsklage in Betracht.
- » Davon abgesehen sollten jedoch – möchte man Diskriminierungen im privaten Versicherungswesen ernsthaft einen Riegel verschieben – auch **entsprechende Änderungen im Versicherungsrecht** ernstlich in Erwägung gezogen werden.
- » Neben der expliziten Festschreibung, dass eine bestehende **Behinderung bzw gesundheitlichen Beeinträchtigung nicht als Grund für die Verweigerung eines Vertragsabschlusses** oder eine **Kündigung** herangezogen werden darf, wäre die Ergänzung ratsam, dass eine Prämienhöhung aufgrund einer Behinderung bzw

Gesundheitsbeeinträchtigung nur zulässig ist, wenn diese einen **maßgeblichen Faktor** bei der auf nachvollziehbaren versicherungsmathematischen oder statistischen Daten beruhenden **Risikobewertung darstellt und im konkreten Fall erforderlich und verhältnismäßig** ist.

- » Noch einen Schritt weiter ginge es, sowohl eine von Beginn an höhere Prämienvorschrift als auch eine nachträglich Anpassung der Prämie bzw eine Einschränkung der Leistungspflicht nur dann zuzulassen, wenn der/die Versicherte zumindest einmal infolge seiner Behinderung Leistungen aus der Versicherung in Anspruch genommen hat.
- » Zu erwägen wäre darüber hinaus eine **Aufnahme der Österreichischen Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation** in den Kreis der gemäß § 178g Abs 1 VersVG im Falle einer Änderung der Prämie oder des Versicherungsschutzes durch das Versicherungsunternehmen unverzüglich **zu verständigenden Stellen**.
- » Weiters könnte eine Verbesserung des Rechtsschutzes etwa durch eine Ergänzung des § 9 VAG dahingehend erreicht werden, dass neben den in Abs 2 bis 4 enthaltenen Vorgaben hinsichtlich der Berücksichtigung des Faktors Geschlecht **entsprechende Vorgaben auch für Menschen mit Behinderungen** vorgesehen werden. Darüber hinaus wäre auch hier zu überlegen, die Unzulässigkeit eines gänzlichen Ausschlusses von Menschen mit Behinderungen explizit festzuschreiben. Eine derartige Regelung hätte den Vorteil, dass Versicherungsunternehmen, die diese Vorgaben beharrlich nicht einhalten, gemäß § 7b Abs 1 Z 3 VAG sogar ihre Konzession verlieren könnten.
- » Noch weitergehende Maßnahmen, wie etwa eine „**Zwangszuteilung**“ der Betroffenen, wären demgegenüber angesichts dessen, dass es (anders als insb im Fall der Kfz-Haftpflichtversicherung) keine Verpflichtung etwa zum Abschluss einer privaten Krankenzusatzversicherung gibt, wohl kein gangbarer Weg.

6. VERHÄLTNIS DER DISKRIMINIERUNGSVERBOTE ZUM GEBOT „ANGEMESSENER VORKEHRUNGEN“ FÜR ARBEITGEBERINNEN

6.1. AUSGANGSLAGE UND PROBLEMSTELLUNG

Mit dem Behindertengleichstellungspaket wurden nicht nur das BGStG erlassen und die Antidiskriminierungsbestimmungen der §§ 7a ff in das BEinstG eingefügt. Vielmehr wurde – in Umsetzung des Art 5 der Gleichbehandlungs-Rahmen-Richtlinie (RL 2000/78/EG) – in § 6 Abs 1a BEinstG auch eine **besondere Förderpflicht** für (potentielle) ArbeitgeberInnen von Menschen mit Behinderungen implementiert. Demnach haben diese „die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen“ zu ergreifen, „um Menschen mit Behinderungen 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 Dienstgeber unverhältnismäßig belasten.“ Die Belastung ist dabei (jedenfalls) dann nicht unverhältnismäßig, „wenn sie durch Förderungsmaßnahmen nach bundes- oder landesgesetzlichen Vorschriften ausreichend kompensiert werden kann“.

Mit dieser Bestimmung wurde offenkundig dem Umstand Rechnung getragen, dass eine Gleichbehandlung von Menschen mit Behinderungen häufig nur durch spezifische Maßnahmen bewerkstelligt werden kann, da diese nicht selten durch faktische Gegebenheiten, insb Barrieren an der gleichberechtigten Teilhabe (nicht nur am Arbeitsleben) gehindert werden. Für den Umfang der Verpflichtungen des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin entscheidend ist dabei insb die Frage der Verhältnismäßigkeit der von diesem/dieser zu setzenden Maßnahmen.

Im **BGStG** wurde eine § 6 Abs 1a BEinstG entsprechende Bestimmung **nicht** vorgesehen. Vielmehr wird dort „nur“ das Verbot unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierungen aufgrund einer Behinderung normiert. Auch die Definition der mittelbaren Diskrimi-

nierung in § 5 Abs 2 BGStG bzw die gleichlautende Vorgabe in § 7c Abs 2 BEinstG stellt jedoch mit dem Verweis auf „Merkmale gestalteter Lebensbereiche“ (vor allem) auf eine Benachteiligung durch Barrieren ab. Ebenso spielt hier gemäß § 6 BGStG bzw § 7c Abs 4 bis 7 BEinstG das Kriterium der Verhältnismäßigkeit eine erhebliche Rolle, liegt doch eine mittelbare Diskriminierung nicht vor, „wenn die Beseitigung von Bedingungen, die eine Benachteiligung begründen, insbesondere von Barrieren, rechtswidrig oder wegen unverhältnismäßiger Belastungen unzumutbar wäre“ (§ 6 Abs 1 BGStG, § 7c Abs 4 BEinstG).

Sowohl die Förderpflicht des § 6 Abs 1a BEinstG als auch die Diskriminierungsverbote in BGStG und BEinstG zielen damit (unter anderem) auf eine Beseitigung von Barrieren und damit eine möglichst weitgehende **Herstellung der Barrierefreiheit**, machen aber die Verpflichtung zu deren Realisierung vom **Kriterium der Verhältnismäßigkeit** abhängig. Während für den Fall einer Diskriminierung in § 9 BGStG bzw den §§ 7e ff BEinstG spezifische Rechtsfolgen normiert werden, fehlen derartige Vorgaben jedoch hinsichtlich der Förderpflicht des § 6 Abs 1a BEinstG. Insb dieser Umstand wirft die Frage auf, wie das **Verhältnis der Diskriminierungsverbote** in BGStG und BEinstG **zum Gebot der „angemessenen Vorkehrungen“** für ArbeitgeberInnen in § 6 Abs 1a BEinstG zu beurteilen ist. Deren Beantwortung setzt jedoch zunächst die inhaltliche Konkretisierung der Förderpflicht sowie der mit deren Verletzung verbundenen Rechtsfolgen voraus (vgl dazu ausführlich S. Mayer, Behinderung und Arbeitsrecht [2010] 130 ff).

6.2. KONKRETISIERUNG DER FÖRDERPFLICHT UND DER RECHTSFOLGEN IHRER VERLETZUNG

So klar die Formulierung des § 6 Abs 1a BEinstG auf den ersten Blick scheinen mag, so schwierig gestaltet sich im Einzelfall die inhaltliche Konkretisierung der Förderpflicht. Denn was sind die „geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen“ und wann belasten diese den/die ArbeitgeberIn „unverhältnismäßig“? Fest steht in diesem

Zusammenhang nur, dass die Förderpflicht letztlich darauf abzielt, soweit als möglich Barrierefreiheit im weiteren Sinn herzustellen.

Unklar ist zunächst insb, inwieweit aus § 6 Abs 1a BEinstG eine Verpflichtung schon zur vorausschauend barrierefreien Gestaltung resultiert, inwieweit der/die ArbeitgeberIn also auch unabhängig von einem/einer konkret betroffenen ArbeitnehmerIn Maßnahmen zur Herstellung der Barrierefreiheit zu ergreifen hat (grundsätzlich dafür etwa Schindler, Zur Umsetzung des EU-Rechts in Österreich Teil 2, DRdA 2003, 523 [530]; dagegen Brodil in Rebhahn (Hrsg), GIBG Kommentar (2005), Anhang II, 694).

Letztlich entscheidend für die Beantwortung dieser Frage ist, wie das in § 6 Abs1a BEinstG angesprochene Erfordernis einer Vornahme von Fördermaßnahmen „im konkreten Fall“ auszulegen ist, ob sich dieser „konkrete Fall“ also auf konkrete ArbeitnehmerInnen bzw BewerberInnen mit Behinderungen, oder aber auf den Betrieb als solchen bezieht. Mit anderen Worten geht es darum, ob Fördermaßnahmen nur insoweit „im konkreten Fall“ erforderlich sind, als diese aufgrund der konkreten Situation eines individuell betroffenen Menschen mit Behinderungen geeignet, notwendig und verhältnismäßig sind, oder aber, ob sich die Notwendigkeit von Fördermaßnahmen nach Art, Lage, Tätigkeitsbereich usw des Betriebes richtet.

Auf den ersten Blick mag hier erstere Deutung näherliegen. Eine eingehendere Befassung zeigt jedoch, dass – ungeachtet dessen, dass den (Mindest-)Anforderungen der RL 2000/78/EG wohl bezüglich des Erfordernisses „angemessener Vorkehrungen“ auch durch ein Abstellen auf die Situation individuell betroffener Menschen mit Behinderungen Genüge getan werden könnte (vgl etwa Erwägungsgrund 20 der RL: „Es sollten geeignete Maßnahmen vorgesehen werden [...] um den Arbeitsplatz der Behinderung entsprechend einzurichten [...]“) – die besseren Argumente dafür sprechen, hinsichtlich des „konkreten Falls“ und damit der Erforderlichkeit von Fördermaßnahmen auf die **Erfordernisse des Betriebes abzustellen**: Zunächst ist hierfür ins Treffen zu führen,

dass Maßnahmen, die stets erst dann zu treffen wären, wenn sich ein Mensch mit einer bestimmten Behinderung auf eine Stelle beworben hat, **vielfach nicht mehr rechtzeitig** vorgenommen werden könnten, da insb bauliche Maßnahmen nicht unerhebliche Zeit in Anspruch nehmen (idS auch Schrank/Tomandl, Ausgewähltes zum neuen Behindertenschutz, ZAS 2006, 200 [205]). Der Wortlaut des § 6 Abs 1a BEinstG, wonach Menschen mit Behinderungen insb der Zugang zur Beschäftigung und die Ausübung eines Berufes ermöglicht werden sollen, legt ebenfalls nahe, dass diesen ganz generell der **Zugang** etc ermöglicht werden sollte, was für die (auch) vorausschauende Ergreifung von Förderungsmaßnahmen spricht. Darüber hinaus trägt eine derartige Auslegung auch dem Ziel, Diskriminierungen aus Gründen der Behinderung zu beseitigen und eine Eingliederung von Menschen mit Behinderungen in den Arbeitsmarkt zu ermöglichen, Rechnung: ArbeitgeberInnen werden idR eher bereit sein, Menschen mit Behinderungen einzustellen, wenn die erforderlichen Förderungsmaßnahmen (teilweise) ohnedies bereits getroffen wurden, als wenn diese erst aufgrund deren Beschäftigung gesetzt werden müssten.

Es ist somit davon auszugehen, dass hinsichtlich der Frage der **im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen** grundsätzlich **auf die Situation des Betriebes abzustellen** ist. Fördermaßnahmen scheiden damit a priori nur insofern aus, als die Beschäftigung von Menschen mit bestimmten Beeinträchtigungen dort jedenfalls ausgeschlossen ist (was freilich selten der Fall sein wird), oder eine bestimmte Maßnahme (wie etwa eine Bildschirmbrille) eine Berücksichtigung der individuellen Disposition des/der (künftigen) Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin erfordert.

Freilich wird die Tatsache, ob sich eine mögliche Barriere bereits für einen konkret betroffenen Menschen mit Behinderung realisiert hat, ebenso wie die Frage, inwieweit Maßnahmen später nachgeholt werden können, im Zuge der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der erforderlichen Maßnahmen eine Rolle spielen. Damit wäre die zweite wichtige Problematik der Förderpflicht, nämlich die Schwierigkeit der **Beurteilung der Verhältnismäßigkeit** angesprochen.

Zweck der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist letztlich die Herstellung einer angemessenen Ziel-Mittel-Relation bzw eines Ausgleichs zwischen dem Ziel, eine möglichst ungehinderte Teilhabe von Menschen mit Behinderungen am Arbeitsleben zu erreichen, und den Interessen des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin auf möglichst geringe Eingriffe in sein/ihr Eigentum und seine/ihre Erwerbsfreiheit. Es ist somit letzten Endes eine **Interessenabwägung** vorzunehmen, im Zuge derer zahlreiche Aspekte eine Rolle spielen:

Der letzte Satz des § 6 Abs 1a BEinstG legt hier durch den Hinweis auf gesetzliche Förderungsmaßnahmen zunächst eine primär **finanzielle Betrachtungsweise** nahe, wobei keineswegs nur die Möglichkeit, **Förderungen** aus öffentlichen Mitteln zu erhalten, eine Rolle spielt: § 6 Abs 1a BEinstG legt ja lediglich fest, dass dann, wenn die für den/die ArbeitgeberIn entstehenden Belastungen durch Förderungen ausgeglichen werden können keine unverhältnismäßige Belastung anzunehmen ist. Dementsprechend wird die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit etwa auch maßgeblich von den (allenfalls nach Abzug von Förderungen verbleibenden) **Kosten** der Maßnahme, also dem damit für den/die ArbeitgeberIn verbundenen Aufwand und der **Finanzkraft** des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin, also dessen/deren wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit abhängen. Neben diesen finanziellen Aspekten ist aber auch die Berücksichtigung anderer Faktoren keineswegs ausgeschlossen. Abgesehen von der (auch in § 7c Abs 4 BEinstG bzw § 6 Abs 1 BGStG angesprochenen) **rechtlichen Unzulässigkeit**, werden hier etwa **faktische Hindernisse** (wie etwa Gründe der Statik), aber auch die **Möglichkeit**, bestimmte Maßnahmen im Falle der Bewerbung eines individuell betroffenen Menschen mit Behinderungen **rasch nachzuholen**, zu beachten sein. Darüber hinaus wird auch der **seit In-Kraft-Treten** der Förderpflicht **vergangene Zeitraum** zu berücksichtigen sein, lassen sich gerade größere Adaptionen doch (auch) in finanzieller Hinsicht nicht von heute auf morgen bewerkstelligen. Letzten Endes spielen für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit von Fördermaßnahmen, und damit einer Verletzung der Förderpflicht, somit die **gleichen Aspekte** eine Rolle, wie sie auch für die Entscheidung über das **Vorliegen einer (mittelbaren) Diskriminierung** nach § 7c Abs 4 bis 7 BEinstG (bzw § 6 BGStG) maßgeblich sind.

Werden im geschilderten Sinne erforderliche und verhältnismäßige Fördermaßnahmen nicht vorgenommen, so liegt jedenfalls ein Verstoß gegen § 6 Abs 1a BEinstG vor. Da es sich bei der Förderpflicht (jedenfalls bezüglich bereits beschäftigter ArbeitnehmerInnen) um eine besondere Ausformung der arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht handelt, kämen in der Folge mangels Sonderregelungen grundsätzlich die im Falle einer Verletzung der **Fürsorgepflicht allgemein** zur Verfügung stehenden **Sanktionsmöglichkeiten**, insb also Klage auf Erfüllung oder Schadenersatz sowie ein Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers/ der Arbeitnehmerin in Betracht (idS auch Schrank/Tomandl, ZAS 2006, 200 [206]). Kann der/die ArbeitnehmerIn seine Arbeitspflicht aufgrund des Fehlens gebotener Fördermaßnahmen nicht erbringen, ist überdies bis zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustands von einer Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers/ der Arbeitgeberin nach § 1155 ABGB auszugehen, da die Arbeitsleistung in einem solchen Fall aus Gründen in der Sphäre des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin unterbleibt.

Fraglich erscheint allerdings, ob die Nichterfüllung der Förderpflicht nicht auch eine (mittelbare) Diskriminierung iSd § 5 Abs 2 BGStG bzw im gegebenen Kontext: iSd § 7c Abs 2 BEinstG darstellt, sodass auch die Rechtsfolgen der §§ 7e ff BEinstG zur Anwendung kommen.

6.3. VERHÄLTNIS DES § 6 ABS 1A BEINSTG ZU DEN DISKRIMINIERUNGS- VERBOTEN

Insb angesichts der zuletzt angesprochenen Frage der Rechtsfolgen einer Verletzung der Förderpflicht ist die Klärung des Verhältnisses zwischen der Förderpflicht des § 6 Abs 1a BEinstG und den Diskriminierungsverboten wichtig. Dies gilt vor allem im Hinblick auf das Verbot mittelbarer Diskriminierungen durch „Merkmale gestalteter Lebensbereiche“ iSd § 7c Abs 2 BEinstG.

(Höchstgerichtliche) Entscheidungen zu dieser Thematik fehlen angesichts der erst relativ kurzen Geltung der Antidiskriminierungsbestimmungen in BEinstG bzw BGStG. Auch die Materialien zum Behindertengleichstellungspaket enthalten diesbezüglich keine Klarstellung. In der Literatur finden sich bisher ebenfalls nur vereinzelt Aussagen zum Verhältnis der Förderpflicht zu den Diskriminierungsverboten (vgl insb Brodil in Rebhahn, GIBG, Anhang II, 694 f; Schrank/Tomandl, ZAS 2006, 200 [207 ff]; Sturm/Körber in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar, Kapitel VIII Rz 190). Eindeutig Stellung beziehen von diesen AutorInnen nur Schrank/Tomandl, die aufgrund der Regelung in unterschiedlichen Paragraphen und mangels Hinweises auf die Förderpflicht in der Definition der Diskriminierung bzw der Diskriminierungstatbestände und Rechtsfolgen von einer strikten Trennung zwischen Förderpflicht und Diskriminierungsverbot ausgehen. Gegen Verstöße gegen die Förderpflicht stehen dem/der Betroffenen damit nach Ansicht der Autoren nur die „normalen“ zivilrechtlichen Sanktionen, nicht aber auch Ansprüche wegen einer Diskriminierung zu.

Diese Ausführungen können uE nicht überzeugen. Zwar hat der österreichische Gesetzgeber die Förderpflicht in der Tat vom Diskriminierungsverbot getrennt geregelt, sowohl aus § 6 Abs 1a als auch aus dem Verbot mittelbarer Diskriminierungen folgt aber unzweifelhaft (unter anderem) eine Verpflichtung zur Beseitigung jeglicher Art von Barrieren im Rahmen des Verhältnismäßigen. Die Stoßrichtung beider Bestimmungen ist damit trotz der abweichenden Terminologie die gleiche. Auch ist nach dem Gesagten davon auszugehen, dass das Kriterium der Verhältnismäßigkeit in beiden Fällen letztlich gleich auszulegen ist. Die Tatsache, dass sich in der Aufzählung der Diskriminierungstatbestände kein Hinweis auf die Förderpflicht findet, spricht ebenfalls keineswegs gegen die Annahme (auch) einer Diskriminierung, wenn diese verletzt wird. Vielmehr weisen die Materialien sogar explizit darauf hin, dass mittelbare Diskriminierung im Zusammenhang mit **mangelnder Barrierefreiheit** keinen eigenen Diskriminierungstatbestand iSd § 7b Abs 1 BEinstG darstellt, sondern nach den in den einzelnen Ziffern geregelten Diskriminierungsverboten zu beurteilen ist (EBRV 836 BlgNR 22. GP 14).

Eine Verletzung der Förderpflicht durch den/die ArbeitgeberIn wird demnach vielfach auch eine mittelbare Diskriminierung darstellen (vgl bereits S. Mayer, Behinderung und Arbeitsrecht 242 ff; idS wohl auch Sturm/Körber in Mazal/Risak, Arbeitsrecht, Kapitel VIII Rz 190).

Offen ist demnach jedoch, ob auch jede Verletzung der Förderpflicht zugleich eine Diskriminierung darstellt. Das von Schrank/Tomandl vorgebrachte Argument der Regelung in unterschiedlichen Bestimmungen spricht hier ebenso gegen diese Annahme wie der Hinweis der Materialien, wonach § 6 Abs 1a erlassen wurde, da die Gleichbehandlungs-Rahmen-Richtlinie in Art 5 eine Verpflichtung zu angemessenen Vorkehrungen unabhängig von behaupteter Diskriminierung vorsehe (EBRV 836 BlgNR 22.GP 13). An anderer Stelle weisen die Erläuterungen zur Regierungsvorlage freilich darauf hin, dass der in Art 5 der Gleichbehandlungs-Rahmen-Richtlinie enthaltene Verpflichtung zu „angemessenen Vorkehrungen“ (auch) in der Definition von Diskriminierung des § 7c Abs 2 BEinstG insofern Rechnung getragen wurde, als „diese Verpflichtung den Erwägungsgründen für die Beurteilung einer Verhältnismäßigkeit von zu ergreifenden Vorkehrungen zu Grunde gelegt wird“ (vgl EBRV 836 BlgNR 22. GP 14). Eine eindeutige Antwort ist somit weder aus den gesetzlichen Vorgaben noch aus den diesbezüglichen Erläuterungen zu gewinnen.

Bei näherer Befassung zeigt sich jedoch, dass letzten Endes **kaum Fälle denkbar** sind, in denen eine **Verletzung der Förderpflicht nicht auch eine mittelbare Diskriminierung** iSd § 7c Abs 2 iVm Abs 4 bis 7 BEinstG darstellt. Ebenso, wie etwa Menschen, die auf den Gebrauch eines Rollstuhles angewiesen sind, durch Stufen oder zu geringe Türbreiten besonders benachteiligt und daher mittelbar diskriminiert werden können, werden blinde Personen beispielsweise durch Unterlassung einer Beschriftung der Räumlichkeiten in Brailleschrift besonders benachteiligt. In beiden Fällen läge aber dann, wenn eine behindertengerechte Gestaltung im Rahmen des Verhältnismäßigen möglich wäre, bei deren Unterlassung nicht nur eine (mittelbare) Diskriminierung,

sondern auch eine Verletzung der Förderpflicht des § 6 Abs 1a BEinstG vor. Eine Trennung von Förderpflicht und mittelbarer Diskriminierung ist damit uE idR nicht möglich.

Gegen eine diesbezügliche Unterscheidung spricht im Übrigen auch die von Österreich ratifizierte Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen. Nach deren Art 2 umfasst „Diskriminierung aufgrund von Behinderung“ nämlich explizit „alle Formen der Diskriminierung, **einschließlich der Versagung angemessener Vorkehrungen.**“ Dabei sind unter letzteren § 6 Abs 1a BEinstG weitgehend entsprechend notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen zu verstehen, „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“. Diesem völkerrechtlichen Übereinkommen zufolge stellt die Unterlassung angemessener Vorkehrungen, und damit eine Verletzung der Förderpflicht, somit ausdrücklich (auch) eine Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen dar.

Und schließlich sei darauf hingewiesen, dass auch der Vorschlag für eine Richtlinie der Europäischen Union zur Hintanhaltung von Diskriminierungen beim Zugang und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (KOM [2008], 426 endg) explizit vorsieht, dass die **Verweigerung angemessener Vorkehrungen** „im Einklang mit dem Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen und mit der Richtlinie 2000/78/EG“ **als Form der Diskriminierung gilt** (vgl insb S 9, 14, 20 des Vorschlags).

In diesem Lichte ist somit davon auszugehen, dass im Falle einer **Verletzung der Förderpflicht** des § 6 Abs 1a BEinstG (grundsätzlich) **auch eine (mittelbare) Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen** iSd § 7c Abs 2 BEinstG gegeben ist und somit seitens der Betroffenen auch die daraus resultierenden Rechtsfolgen geltend gemacht werden

können. Sollte künftig auch im Falle einer Diskriminierung im Anwendungsbereich des BEinstG die Möglichkeit einer (abstrakten) Verbandsklage durch die Österreichische Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation (und allfällige andere klagebefugte Institutionen) geschaffen werden, stünde in derartigen Fällen auch eine solche offen.

Aus Rechtssicherheitsgründen wäre freilich ungeachtet dieses Auslegungsergebnisses eine **explizite gesetzliche Einbeziehung der Förderpflicht in das Diskriminierungsverbot** empfehlenswert. Am Einfachsten zu bewerkstelligen wäre dies wohl durch eine Einfügung in § 7c BEinstG (allenfalls in einem neuen Absatz), wonach eine Diskriminierung iSd Abs 2 (also eine mittelbare Diskriminierung) auch im Falle der Unterlassung der nach § 6 Abs 1a BEinstG vorzunehmenden angemessenen Vorkehrungen vorliegt.

Im Anwendungsbereich des BGStG stellt sich zwar mangels Normierung einer Förderpflicht ein vergleichbares Abgrenzungsproblem nicht. Nicht nur im Hinblick auf das Bestehen einer möglichst einheitlichen Regelung, sondern auch angesichts der in der UN-Behindertenrechtskonvention sowie im angesprochenen Richtlinienvorschlag vorgenommenen Definition der Diskriminierung wäre ungeachtet dessen auch eine **entsprechende Adaption des BGStG** (konkret in § 5) **zu überlegen**.

6.4. ZWISCHENBILANZ

- » Sowohl die Förderpflicht des § 6 Abs 1a BEinstG als auch die Diskriminierungsverbote des BGStG und BEinstG zielen auf eine Beseitigung von Barrieren und damit eine möglichst weitgehende **Herstellung der Barrierefreiheit** ab und begrenzen die Verpflichtung zu deren Realisierung durch das **Kriterium der Verhältnismäßigkeit**. Anders als für Diskriminierungen werden hinsichtlich der Förderpflicht des § 6 Abs 1a BEinstG jedoch keine spezifischen Rechtsfolgen normiert.
- » Die Beantwortung der sich damit stellenden Frage des **Verhältnisses** der Förderpflicht des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin zu den Diskriminierungsverboten

setzt zunächst eine inhaltliche Konkretisierung der Förderpflicht voraus. Hier sprechen die besseren Argumente dafür, hinsichtlich der Notwendigkeit von Fördermaßnahmen „im konkreten Fall“ grundsätzlich auf die **Situation des Betriebes** abzustellen. Damit scheidet eine Verpflichtung von Fördermaßnahmen a priori nur insofern aus, als die Beschäftigung von Menschen mit bestimmten Beeinträchtigungen dort jedenfalls ausgeschlossen ist oder eine bestimmte Maßnahme einer Berücksichtigung der individuellen Disposition des/der (künftigen) Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin erfordert.

- » Die Verpflichtungen des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin bestehen freilich stets nur im Rahmen des **Verhältnismäßigen**. Dabei ist ein **Ausgleich** zwischen dem Ziel einer möglichst ungehinderten Teilhabe von Menschen mit Behinderungen am Arbeitsleben und den Interessen des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin auf möglichst geringe Eingriffe in sein/ihr Eigentum und seine/ihre Erwerbsfreiheit herzustellen. **Kriterien** dafür sind die Möglichkeit, Förderungen aus öffentlichen Mitteln zu erhalten, die Kosten der Maßnahme und die Finanzkraft des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin, daneben aber auch Faktoren wie rechtliche (Un-)Zulässigkeit, faktische Hindernisse, die Möglichkeiten, bestimmte Maßnahmen im Falle der Bewerbung eines individuell betroffenen Menschen mit Behinderungen rasch nachzuholen, oder der seit In-Kraft-Treten der Förderpflicht vergangene Zeitraum.
- » Damit sind für die Beurteilung der **Verhältnismäßigkeit von Fördermaßnahmen** die **gleichen Aspekte** maßgeblich, wie sie auch für die Entscheidung über das Vorliegen einer (**mittelbaren**) **Diskriminierung** nach § 7c Abs 4 bis 7 BEinstG (bzw § 6 BGStG) entscheidend sind.
- » Werden erforderliche und verhältnismäßige Fördermaßnahmen nicht vorgenommen, liegt somit jedenfalls ein Verstoß gegen § 6 Abs 1a BEinstG vor. Da es sich bei der Förderpflicht (zumindest bezüglich bereits beschäftigter ArbeitnehmerInnen) um eine besondere Ausformung der arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht handelt, kämen grundsätzlich die im Falle einer Verletzung der Fürsorgepflicht

allgemein zur Verfügung stehenden **Sanktionsmöglichkeiten** (insb also Klage auf Erfüllung oder Schadenersatz sowie ein Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin) in Betracht.

- » Trotz der getrennten Regelung von Förderpflicht und Diskriminierungsverbot, wird eine **Verletzung der Förderpflicht** aber **idR auch eine mittelbare Diskriminierung** (durch „Merkmale gestalteter Lebensbereiche“) darstellen.
- » Für diese Annahme sprechen insb auch die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie der Vorschlag für eine Richtlinie der Europäischen Union zur Hintanhaltung von Diskriminierungen beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.
- » Ungeachtet dieses Auslegungsergebnisses wäre aus Rechtssicherheitsgründen dringend eine **explizite gesetzliche Regelung zu empfehlen**. Dies könnte etwa durch eine Einfügung in § 7c BEinstG (allenfalls in einem neuen Absatz) erfolgen, wonach eine mittelbare Diskriminierung auch im Falle der Unterlassung der nach § 6 Abs 1a BEinstG vorzunehmenden angemessenen Vorkehrungen vorliegt.
- » Obwohl sich im Anwendungsbereich des BGStG mangels Normierung einer Förderpflicht ein vergleichbares Abgrenzungsproblem nicht stellt, sollte auch eine entsprechende **Adaption des § 5 BGStG** überlegt werden.

B. BEHINDERTENANWALTSCHAFT

1. BEFUGNISSE DES BEHINDERTENANWALTS/DER BEHINDERTENANWÄLTIN

1.1. AUSGANGSLAGE UND PROBLEMSTELLUNG

Mit dem Behindertengleichstellungspaket wurde ua auch ein neuer **Abschnitt IIb** in das **BBG** eingefügt, der die Bestellung eines „Anwalts für Gleichbehandlungsfragen für Menschen mit Behinderungen (Behindertenanwalt)“ vorsieht.

Aufgabe dieses Behindertenanwalts/dieser Behindertenanwältin ist gemäß § 13c BBG die **Beratung und Unterstützung** von Personen, die sich iSd BGStG oder der §§ 7a bis 7q BEinstG diskriminiert fühlen. Zu diesem Zweck kann er/sie nicht nur „**Sprechstunden und Sprechtage** im gesamten Bundesgebiet“ abhalten (Abs 1), sondern auch „**Untersuchungen** zum Thema der Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen durchführen sowie **Berichte** veröffentlichen und **Empfehlungen** zu allen die Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen berührenden Fragen abgeben“ (Abs 2).

Der Behindertenanwalt/die Behindertenanwältin ist dabei in Ausübung seiner/ihrer Tätigkeit **selbständig, unabhängig** und **an keine Weisungen gebunden** (Abs 1 letzter Satz). Er/sie hat jedoch gemäß § 13c Abs 3 BBG jährlich einen Tätigkeitsbericht an den/die SozialministerIn zu legen sowie dem Bundesbehindertenbeirat nach § 8 BBG mündlich zu berichten.

Diesem **Bundesbehindertenbeirat**, dem „die Beratung des Bundesministers für Arbeit und Soziales in allen grundsätzlichen Fragen der Behindertenpolitik; die Abgabe von Gutachten und Stellungnahmen sowie die Erstattung von Empfehlungen in allen wichtigen, die Interessen behinderter Menschen berührenden Angelegenheiten; die Unterstützung des Bundesministers für Arbeit und Soziales bei der Koordinierung der gesetzlichen und sonstigen Maßnahmen auf dem Gebiete der Behindertenhilfe; (sowie) die Überwachung der Einhaltung der UN-Konvention ‚Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen‘ vom 13. Dezember 2006 in Angelegenheiten, die in Gesetzgebung und Vollziehung Bundessache sind, durch einen unabhängigen und weisungsfreien Monitoringausschuss“ obliegen (§ 8 Abs 2 BBG), gehört der Behindertenanwalt/die Behindertenanwältin freilich auch selbst als **stimmberechtigtes Mitglied** an (vgl § 9 Abs 1 Z 8).

In der Praxis wird immer wieder Kritik vor allem wegen der **(nur) eingeschränkten Befugnisse** des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin geübt. Es stellt sich somit

die Frage, **ob und gegebenenfalls wie die Einrichtung der Behindertenanwaltschaft verbessert** werden könnte und insb ob dem Behindertenanwalt/der Behindertenanwältin **zusätzliche Befugnisse** eingeräumt werden sollen.

1.2. MÖGLICHKEITEN ZUR AUFWERTUNG DER BEHINDERTENANWALTSCHAFT

1.2.1. Einräumung zusätzlicher Befugnisse an den Behindertenanwalt/die Behindertenanwältin

Im Hinblick auf eine mögliche Verbesserung bzw Aufwertung der Behindertenanwaltschaft steht – der oben geschilderten Kritik entsprechend – zunächst die Frage nach einer **Erweiterung der Befugnisse** des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin im Vordergrund.

Diesbezüglich bietet sich zuallererst ein Vergleich mit den im GBK/GAW-G getroffenen Regelungen und den dort vorgesehenen Aufgaben und Befugnissen der Gleichbehandlungskommission bzw der GleichbehandlungsanwältInnen an. Hier fällt zunächst auf, dass der „Anwaltschaft für Gleichbehandlung“ gemäß § 3 Abs 4 und 5 GBK/GAW-G im Wesentlichen gleichartige Befugnisse zukommen wie dem Behindertenanwalt/der Behindertenanwältin. Auch diese ist für die **Beratung und Unterstützung** von Personen zuständig, die sich iSd GIBG diskriminiert fühlen und es können zu diesem Zweck Sprechstunden und Sprechtage im gesamten Bundesgebiet abgehalten werden (Abs 4). Auch kann die Anwaltschaft für Gleichbehandlung ebenfalls (nur) unabhängige **Untersuchungen** zum Thema der Diskriminierung durchführen sowie unabhängige **Berichte** veröffentlichen und **Empfehlungen** zu allen die Diskriminierung berührenden Fragen abgeben. Die genannten Bestimmungen wurden somit ganz offensichtlich aufeinander abgestimmt.

Unterschiede zwischen BBG und GBK/GAW-G ergeben sich freilich im Hinblick auf die den einzelnen GleichbehandlungsanwältInnen (für die Gleichbehandlung von Frauen

und Männern bzw ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit, Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung in der Arbeitswelt, sowie für die Gleichbehandlung ohne Unterschied des Geschlechts oder der ethnischen Zugehörigkeit in sonstigen Bereichen), die zusammen mit den RegionalanwältInnen, den StellvertreterInnen und sonstigen MitarbeiterInnen die Anwaltschaft für Gleichbehandlung bilden, (vgl § 3 Abs 2 GBK/GAW-G) eingeräumten **Befugnisse**. Nach den Abs 2 bis 5 der §§ 4, 5 und 6 können die für Diskriminierungen im Bereich der Arbeitswelt zuständigen GleichbehandlungsanwältInnen zunächst, falls erforderlich, aufgrund einer behaupteten Verletzung des Gleichbehandlungsgebots **Auskünfte** einholen sowie im Bereich der Arbeitswelt den/die ArbeitgeberIn oder sonst Verantwortliche/n zur **Abgabe einer schriftlichen Stellungnahme auffordern**. Wird ein Verstoß gegen das Gebot der Gleichbehandlung beim Entgelt vermutet, so hat der/die zuständige Gleichbehandlungsanwalt/Gleichbehandlungsanwältin überdies die Möglichkeit, die in Betracht kommenden Sozialversicherungsträger um **Auskunft über die sozialversicherungsrechtliche Beitragsgrundlage** bzw die Beitragsgrundlage nach dem Betrieblichen Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz (BMSVG, BGBl I 2002/100 zuletzt idF BGBl I 2011/77) von Personen zu ersuchen, deren Einkommen für die Entscheidung über die vermutete Diskriminierung unbedingt erforderlich sind.

Vermutet der Anwalt/die Anwältin die Nichteinhaltung des Gleichbehandlungsgebots und macht dies dem zuständigen **Gleichbehandlungssenat** (vgl §§ 1, 2 GBK/GAW-G) glaubhaft, ist dieser verpflichtet, von Amts wegen ein **Verfahren zur Erstellung eines Gutachtens** iSd § 11 oder einer **Einzelprüfung** gemäß § 12 GBK/GAW-G einzuleiten. Auch ist der jeweilige Senat verpflichtet, sich mit einem von dem Anwalt/der Anwältin vorgelegten Fall in seiner nächsten Sitzung, spätestens jedoch innerhalb eines Monats, zu befassen. Beauftragt der Senat den Anwalt/die Anwältin mit der Durchführung von Ermittlungen, kann diese/r im Falle einer vermuteten Diskriminierung in der Arbeitswelt weiters die betrieblichen Räume betreten und in die Unterlagen der Betriebe Einsicht

nehmen. Auf Verlangen sind dabei auch Abschriften oder Ablichtungen dieser Unterlagen oder Auszüge davon zur Verfügung zu stellen.

Deckt sich die vom zuständigen Gleichbehandlungssenat in einem von dem Gleichbehandlungsanwalt/der Gleichbehandlungsanwältin vorgelegten Fall getroffene Entscheidung nicht mit dessen/deren Auffassung, so kann dieser/diese ungeachtet dessen gemäß § 12 Abs 5 GBK/GAW-G mit Zustimmung der von einer Diskriminierung (potentiell) betroffenen Person auf **Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebots klagen** (vgl jeweils den fünften Absatz der §§ 4, 5 und 6 GBK/GAW-G).

Die **Befugnisse der GleichbehandlungsanwältInnen** gehen damit nicht unerheblich **über jene des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin hinaus**. Nun käme zwar eine diesbezügliche gänzliche Harmonisierung aufgrund des Zusammenspiels mit der Gleichbehandlungskommission bzw den Gleichbehandlungssenaten nur dann in Betracht, wenn eine entsprechende Kommission bzw ein entsprechender Senat auch im Anwendungsbereich des BGStG sowie der §§ 7a ff BEinstG geschaffen oder dem **Bundesbehindertenbeirat vergleichbare Befugnisse** eingeräumt würden. Selbst wenn diesbezügliche Adaptionen aber nicht vorgenommen werden (können), scheint eine an den Vorgaben des GBK/ GAW-G orientierte Erweiterung der Befugnisse des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin nicht unangemessen.

So käme zunächst insb die Einräumung eines **Informations- und Auskunftsrechts** sowie eines solchen zur **Aufforderung potentiell diskriminierender Stellen zur Stellungnahme** an diese/n in Betracht. Davon abgesehen wäre – auch im Hinblick auf eine Erhöhung der praktischen Wirksamkeit der Verbandsklage (siehe II.A.3.) – vor allem zu überlegen, auch dem Behindertenanwalt/der Behindertenanwältin (allenfalls nach

Abgabe einer Empfehlung zur Verbesserung der Situation und deren unterlassener Umsetzung) ein **Klagerecht** auf Feststellung einer Diskriminierung (bzw ein solches auf Herstellung des diskriminierungsfreien Zustands) einzuräumen. Dies umso mehr, als durch eine diesbezügliche Gesetzesänderung auch den (schon zum seinerzeitigen Ministerialentwurf [ME 182 BgNR 22. GP] vorgebrachten) stetigen Forderungen der Betroffenenorganisationen nach einer diesbezüglichen Stärkung des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin entsprochen würde.

Ergänzend dazu käme grundsätzlich auch die Festlegung eines **Legalvertretungsrechts** des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin vor Gericht in Betracht. Freilich stellt sich (nicht nur) in diesem Zusammenhang das Problem, dass der Behindertenanwalt/die Behindertenanwältin als Einzelperson ungeachtet des gemäß § 13e Abs 1 Satz 1 BBG zur Führung der laufenden Geschäfte beim BMASK einzurichtenden Büros naturgemäß nur **begrenzte Ressourcen** zur Verfügung hat und damit nur eine begrenzte Anzahl diesbezüglicher Vertretungen – in Form von Musterprozessen – übernehmen könnte. Angesichts dessen wäre zu überlegen, auch das Legalvertretungsrecht des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin analog zu der in § 13 Abs 1 BBG für die Verbandsklage getroffenen Regelung an die Voraussetzung der **wesentlichen Beeinträchtigung der allgemeinen Interessen** der vom BGStG geschützten Personen zu knüpfen.

Darüber hinaus wäre zu erwägen, die derzeit mit „Beratung und Unterstützung“ umschriebenen **Aufgaben in § 13c BBG detaillierter aufzulisten**, da auf diese Art und Weise die (durchaus schon bestehende) Aufgabenvielfalt deutlicher gemacht würde. So könnte etwa explizit – wenn auch bloß im Rahmen einer demonstrativen Aufzählung – darauf hingewiesen werden, dass der Behindertenanwalt/die Behindertenanwältin Personen, die sich iSd BGStG oder der §§ 7a bis 7q BEinstG diskriminiert fühlen, über die (rechtlichen) Möglichkeiten, gegen Diskriminierungen vorzugehen oder auch über Beratungsangebote anderer Stellen informiert (idS etwa auch die Regelung des § 27 Abs 2 des deutschen AGG, bezüglich der Aufgaben der Antidiskriminierungsstelle).

Weiters wäre eine Stärkung der Position des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin (auch in der öffentlichen Wahrnehmung) etwa durch die **explizite Verankerung** des Rechts möglich, eine **Stellungnahme zu Gesetzesvorhaben** bzw geplanten **Verordnungen** abzugeben, die die Interessen von Menschen mit Behinderung berühren können (idS etwa auch § 31 Abs 1 lit c Kärntner Chancengesetz [K-ChG, LGBl 2010/8 zuletzt idF 2010/97] hinsichtlich des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin im Bereich der Landesbehindertenhilfe). Anzudenken wäre auch die ausdrückliche Festschreibung der **Öffentlichkeitsarbeit**, insb in Gestalt der Sensibilisierung der Öffentlichkeit für die Belange von Menschen mit Behinderungen sowie der Ergreifung von Maßnahmen zur Vermeidung von Diskriminierungen als Aufgabe des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin (vgl etwa auch § 27 Abs 3 des deutschen AGG).

Der mit einer Ausweitung der Befugnisse bzw Aufgaben des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin verbundene **zusätzliche Ressourcenaufwand** setzt der Ausweitung der Befugnisse der Behindertenanwaltschaft naturgemäß Grenzen. Im Falle einer erforderlichen **Prioritätensetzung** sollte dabei die Einräumung einer **Klagebefugnis an erster Stelle** stehen. Nicht nur stellt diese sicherlich die beste Möglichkeit dar, um der Kritik der „Zahnlosigkeit“ des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin entgegenzuwirken. Vielmehr ließe sich eine solche wohl auch ohne eine Erhöhung der dem Behindertenanwalt/der Behindertenanwältin zur Verfügung stehenden Ressourcen realisieren.

1.2.2. Sonstige Optimierungsmöglichkeiten

Neben einer Ausweitung der Befugnisse des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin käme eine Verbesserung bzw Stärkung der Einrichtung der Behindertenanwaltschaft auch durch andere Maßnahmen in Betracht. So wurde etwa in der Öffentlichkeit die Vorgangsweise bei der Bestellung der bisherigen beiden Behindertenanwälte insb die mangelnde Transparenz und Objektivität des **Bestellvorgangs** kritisiert. Aus diesem Grund wurden mit der jüngsten Novelle (BGBl I 2011/58) spezifische Regelungen darü-

ber, wie im Zuge der Neubestellung des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin vorzugehen ist, in das BBG aufgenommen. Diese werden wohl nicht unwesentlich dazu beitragen, die Anerkennung der Behindertenanwaltschaft in der Öffentlichkeit zu stärken (zu den Möglichkeiten für eine **Neuregelung des Bestellvorgangs** vgl auch Anhang I).

Eine Stärkung der Position des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin (auch in der öffentlichen Wahrnehmung) könnte darüber hinaus durch die ausdrückliche Gestaltung dieser Funktion als **hauptberufliche Tätigkeit** erreicht werden. Wie sich aus den bestehenden Vorgaben zur Entlohnung des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin ergibt, wäre derzeit grundsätzlich auch eine nebenberufliche Ausübung der Funktion des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin möglich. Denn „steht der Behindertenanwalt im aktiven Bundesdienst“, so § 13e Abs 2 BBG, „steht ihm unter Fortzahlung seiner Dienstbezüge die zur Erfüllung seiner Aufgaben notwendige freie Zeit zu“, wobei die Inanspruchnahme dem/der Dienstvorgesetzten mitzuteilen ist. (Lediglich) in allen anderen Fällen sieht Abs 3 der zitierten Bestimmung eine durch den/die SozialministerIn im Einvernehmen mit dem/der FinanzministerIn festzusetzende Vergütung für die Tätigkeit vor. Zwar wurde die Tätigkeit des Behindertenanwalts in der Praxis bisher ungeachtet dieser Regelung stets hauptberuflich ausgeübt, dennoch (oder gerade deshalb) wäre aber zu überlegen, dieses Ausmaß der Funktionsausübung künftig explizit vorzusehen, um nicht den gewiss unerwünschten Eindruck einer Anwaltstätigkeit entstehen zu lassen, die (nur) am Rande auch neben einer anderen (der eigentlichen) beruflichen Tätigkeit ausgeübt werden kann.

Möchte man die Zugänglichkeit der Behindertenanwaltschaft auch in den Bundesländern verbessern, wäre überdies, wiederum orientiert an den Vorgaben des GBK/GAW-G, die Einrichtung von **Regionalbüros** oder regionaler **Außerstellen** der Behindertenanwaltschaft zu überlegen. Allenfalls könnte die Schaffung derartiger Stellen auch analog zu § 7 Abs 1 GBK/GAW-G an eine erforderlichenfalls erlassene diesbezügliche Verordnung gebunden werden.

Allerdings stellt sich die Frage, ob die (zusätzliche) Einrichtung von Regionalbüros wirklich zweckmäßig wäre. Denn nicht nur besteht für (potentiell) diskriminierte Personen schon jetzt die Möglichkeit, sich (auch) an die jeweilige Landesstelle des Bundesamts für Soziales und Behindertenwesen zu wenden. Vielmehr sind diese Landesstellen schon nach der derzeit geltenden Regelung verpflichtet, den Behindertenanwalt/die Behindertenanwältin bei der Erfüllung seiner/ihrer Aufgaben, insb bei der Abhaltung von Sprechtagen, nach Bedarf zu unterstützen (vgl § 13e Abs 1 letzter Satz BBG). Der bessere Weg wäre es damit wohl, erforderlichenfalls die **Zugriffsmöglichkeiten** des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin auf die Landesstellen des Bundesamts für Soziales und Behindertenwesen zu erweitern. Dafür anbieten würde sich zumindest eine § 13e Abs 1 BBG entsprechende Ergänzung des § 2 Bundessozialamtsgesetz (BSAG, BGBl I 2002/ 150 zuletzt idF BGBl I 2010/111) dahingehend, dass zu den Aufgaben des Bundesamts für Soziales und Behindertenwesen auch die Unterstützung des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin zählt.

Nicht zu Letzt könnte erwogen werden, explizit eine „nach Möglichkeit“ wahrzunehmende **Zusammenarbeit** des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin mit **Behindertenorganisationen** (und allenfalls dem Klagsverband zur Durchsetzung der Rechte von Diskriminierungsopfern) vorzusehen und damit das Ziel einer einvernehmlichen Bekämpfung von Diskriminierungen zu betonen (idS etwa auch § 29 des deutschen AGG hinsichtlich der Zusammenarbeit der Antidiskriminierungsstelle mit „Nichtregierungsorganisationen und anderen Einrichtungen“).

1.3. ZWISCHENBILANZ

- » Eine Aufwertung der Behindertenanwaltschaft könnte insb durch eine **Erweiterung der Befugnisse** des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin erreicht werden.
- » Zunächst käme dafür in Anlehnung an das GBK/GAW-G insb die Einräumung

eines **Informations- und Auskunftsrechts** sowie eines solchen zur **Aufforderung potentiell diskriminierender Stellen zur Stellungnahme** in Betracht.

- » Darüber hinaus wäre auch im Hinblick auf eine Erhöhung der praktischen Wirksamkeit der **Verbandsklage** zu überlegen, auch dem Behindertenanwalt/ der Behindertenanwältin (allenfalls nach Abgabe einer Empfehlung zur Verbesserung der Situation und deren unterlassener Umsetzung) ein **Klagerecht** einzuräumen. Damit könnte auch den Forderungen der Betroffenenorganisationen entsprochen werden.
- » Ergänzend dazu käme die Festlegung eines **Legalvertretungsrechts** des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin in Betracht, um diesem/dieser die Unterstützung von Musterprozessen zu ermöglichen. Angesichts der begrenzten Ressourcen könnte dieses Legalvertretungsrecht allenfalls analog zu der in § 13 Abs 1 BBG für die Verbandsklage getroffenen Regelung an die Voraussetzung der **wesentlichen Beeinträchtigung der allgemeinen Interessen** der vom BGStG geschützten Personen geknüpft werden.
- » Weiters könnte die Anerkennung in der Öffentlichkeit unter Umständen durch eine detailliertere beispielhafte Auflistung der **Aufgaben in § 13c BBG** erreicht werden. So könnte etwa explizit darauf hingewiesen werden, dass der Behindertenanwalt/die Behindertenanwältin Personen, die sich iSd BGStG oder der §§ 7a bis 7q BEinstG diskriminiert fühlen, über die (rechtlichen) Möglichkeiten, gegen Diskriminierungen vorzugehen oder über Beratungsangebote anderer Stellen informiert.
- » Daneben könnte die Position durch **explizite Verankerung** des Rechts, eine **Stellungnahme zu Gesetzesvorhaben** bzw geplanten **Verordnungen** abzugeben, welche die Interessen von Menschen mit Behinderung berühren können, gestärkt werden. In Betracht käme auch die ausdrückliche Festschreibung der **Öffentlichkeitsarbeit** als Aufgabe des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin.
- » Da der mit einer Ausweitung der Befugnisse bzw Aufgaben des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin verbundene **zusätzliche Ressourcenaufwand**

freilich vermutlich eine **Prioritätensetzung** erforderlich macht, sollte an erster Stelle jedenfalls die Einräumung einer **Klagebefugnis** realisiert werden.

- » Neben einer Ausweitung der Befugnisse des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin kämen auch andere Maßnahmen in Betracht. Von der bereits umgesetzten **Neuregelung des Bestellvorgangs** abgesehen, schiene hier insb die ausdrückliche Gestaltung dieser Funktion als **hauptberufliche Tätigkeit** ratsam.
- » Im Hinblick auf eine Verbesserung der Zugänglichkeit der Behindertenanwaltschaft in den Bundesländern wäre grundsätzlich eine **stärkere Regionalisierung** anzustreben. Dafür ist aber nicht unbedingt eine Einrichtung von **Regionalbüros** oder regionaler **Außerstellen** wie nach dem GBK/GAW-G erforderlich. Der bessere Weg wäre es, die Zugriffsmöglichkeiten des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin auf die Ressourcen der **Landesstellen des Bundesamts für Soziales und Behindertenwesen** zu erweitern. Zu erwägen wäre hier auch eine entsprechende Ergänzung des § 2 BSAG.
- » Nicht zu Letzt könnte eine **Zusammenarbeit** des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin mit **Behindertenorganisationen** vorgesehen und damit das Ziel einer einvernehmlichen Bekämpfung von Diskriminierungen betont werden.

2. ÜBERLEGUNGEN ZU EINER NEUREGELUNG DER VERGÜTUNG DES BEHINDERTENANWALTS/DER BEHINDERTENANWÄLTIN

2.1. AUSGANGSLAGE UND PROBLEMSTELLUNG

Als letzte Frage wurde seitens des BMASK jene formuliert, ob spezifische Regelungen über die **Bestellung**, die **Bezahlung** sowie die **Vertretung** des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin im Falle vorübergehender Verhinderung getroffen werden sollten. Sowohl die Möglichkeiten einer **Neuregelung des Bestellvorgangs** als auch die Problematik der **Vertretung** des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin wurden jedoch bereits in gesondert abgelieferten Stellungnahmen erörtert (siehe

unten Anhang 1), die in entsprechenden **gesetzlichen Änderungen mit BGBl I 2011/58** Berücksichtigung gefunden haben.

Eine größere Transparenz und Objektivität des **Bestellvorgangs** wurde zum einen durch die verpflichtende **öffentliche Ausschreibung** der Position des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin verbunden mit einer gezielten **gesonderten Bekanntmachung** bei einschlägigen Organisationen sowie dem Hinweis auf die **besondere Erwünschtheit** der Bewerbung von **Menschen mit Behinderungen** hergestellt. Zum anderen werden nunmehr einige wenige, aber zentrale Anforderungskriterien im Gesetz genannt und erfolgt verpflichtend eine Einbindung des Bundesbehindertenbeirats sowie der Österreichischen Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation in den Auswahlprozess.

Die Frage der Vertretung des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin wurde zwischenzeitig dahingehend geregelt, dass der/die SozialministerIn eine/n Bedienstete/n des Ressorts als StellvertreterIn zu bestellen hat, der diese/n im Falle einer aus wichtigem Grund eingetretenen Verhinderung für die Dauer von höchstens zwölf Monaten vertritt.

Zu klären gilt es demnach nur noch die Frage der **Vergütung des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin**. Diesbezüglich differenziert § 13e BBG derzeit danach, ob der Behindertenanwalt/die Behindertenanwältin im aktiven Bundesdienst steht oder nicht. In erstgenanntem Fall steht diesem/dieser gemäß Abs 2 dieser Bestimmung unter **Fortzahlung der Dienstbezüge** die zur Erfüllung seiner/ihrer Aufgaben notwendige freie Zeit zu, wobei die Inanspruchnahme dem/der Dienstvorgesetzten mitzuteilen ist. Darüber hinaus hat er/sie Anspruch auf den Ersatz der Reisegebühren nach den für ihn geltenden Vorschriften.

In allen anderen Fällen gebührt dem Behindertenanwalt/der Behindertenanwältin gemäß § 13e Abs 3 BBG eine durch den/die SozialministerIn im Einvernehmen mit dem/der FinanzministerIn festzusetzende **Vergütung** für seine/ihre Tätigkeit sowie der Ersatz

der Reise- und Aufenthaltskosten unter sinngemäßer Anwendung der für Schöffen und Geschworene geltenden Bestimmungen des Gebührenanspruchsgesetzes (BGBl 1975/136 zuletzt idF BGBl I 2010/111). In letztgenanntem Fall erfolgt die Abgeltung somit nicht aufgrund eines zum Bund begründeten Dienstverhältnisses, der Behindertenanwalt/die Behindertenanwältin wird vielmehr wie ein/e Selbständige/r oder allenfalls auch ein/e freie/r DienstnehmerIn entlohnt. Gesetzlicher Maßstab dafür ist letztlich nur das „angemessene Entgelt“, das § 1152 ABGB sowohl für den Dienst- als auch den Werkvertrag für den Fall vorsieht, dass keine Vereinbarung getroffen wird.

Die derzeitige Regelung hat damit zur Folge, dass der Behindertenanwalt/die Behindertenanwältin nicht nur in Abhängigkeit davon, ob er/sie im aktiven Bundesdienst steht oder „von außen“ kommt, sondern auch je nach seiner/ihrer Stellung/ Funktion im Bundesdienst **verschieden entlohnt** wird. Insb angesichts der bereits geschilderten Tatsache, dass die Funktion des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin ungeachtet § 13e Abs 2 BBG de facto **hauptberuflich** ausgeübt wird (und dieser Aspekt uE noch wesentlich verstärkt werden sollte), stellt sich jedoch die Frage, ob eine umfassende und diese Differenzierung aufgebende (Neu-)Regelung hier nicht zweckmäßiger wäre. Dies auch deshalb, da im Lichte der derzeitigen Regelungen die sozialversicherungsrechtliche Absicherung des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin ebenfalls nicht ganz klar ist.

2.2. MÖGLICHKEITEN FÜR EINE NEUREGELUNG

Entscheidet man sich für eine Neuregelung der Abgeltung des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin, schiene zunächst auch diesbezüglich eine Orientierung an den Vorgaben des GBK/GWA-G hinsichtlich der Gleichbehandlungsanwaltschaften naheliegend. Diese Regelungen helfen jedoch zum einen nicht weiter, da sich in diesem Gesetz keine Vorgaben hinsichtlich der Entlohnung der GleichbehandlungsanwältInnen finden. Zum anderen kann auch die in § 10 GBK/ GAW-G getroffene Regelung

hinsichtlich der Mitglieder (Ersatzmitglieder) der Gleichbehandlungskommission nicht für den Behindertenanwalt/die Behindertenanwältin nutzbar gemacht werden: Nach Abs 1 dieser Bestimmung haben nämlich die Mitglieder der Kommission ihre Tätigkeit mit Ausnahme des/der mit dem Vorsitz betrauten Bediensteten des Bundes und dessen/deren StellvertreterIn **ehrenamtlich** auszuüben. Lediglich hinsichtlich der notwendigen Reise- und Aufenthaltskosten haben sie einen Ersatzanspruch, wobei sich die Höhe des Kostenersatzes nach den für Zeuginnen geltenden Bestimmungen des Gebührenanspruchsgesetzes richtet. Eine ehrenamtliche Ausübung der Tätigkeit des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin kommt jedoch schon angesichts der mit der Gleichbehandlungskommission nicht vergleichbaren Aufgabenstellung **nicht in Betracht**.

Dem/der Vorsitzenden der Gleichbehandlungskommission und dessen/deren StellvertreterIn steht demgegenüber gemäß § 10 Abs 1a GBK/GAW-G unter **Fortzahlung der Dienstbezüge** die zur Erfüllung der Aufgaben notwendige freie Zeit zu. Diese Regelung entspricht somit § 13e Abs 2 BBG in der geltenden Fassung, bietet also ebenfalls keinen Ansatzpunkt für eine Neuregelung.

Da gerade die beliebige Festsetzung vermieden und vielmehr eine **objektivierbare** Höhe der Abgeltung gefunden werden soll, ist nach anderen Orientierungspunkten zu suchen. Die öffentliche Funktion des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin könnte das Gehaltsschema des öffentlichen Dienstes als Bezugspunkt nahelegen. Die Weisungsfreiheit des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin und das relativ starre, auf Ausbildung und Stellung der betreffenden Person in einer behördlichen Hierarchie abstellende Gefüge sprechen jedoch eher gegen den Versuch einer Einordnung in dieses Schema.

Da es sich vorliegend viel eher um eine **politische** Funktion handelt, sollte daher auch das für solche Tätigkeiten maßgebende Bezugsschema herangezogen werden. Dabei

handelt es sich um das **Bundesbezügegesetz** (BBezG, BGBl I 1997/ 64 zuletzt idF BGBl I 2010/113), welches die den obersten Organen des Bundes und den Mitgliedern des Nationalrates und des Bundesrates gebührenden Bezüge regelt (§ 1 Abs 1 BBezG). Als oberste Organe erfasst sind dabei nach Abs 2 dieser Bestimmung derzeit der Bundespräsident, die Mitglieder der Bundesregierung, die StaatssekretärInnen, der Präsident des Rechnungshofes und die Mitglieder der Volksanwaltschaft.

Unabhängig davon, ob der Behindertenanwalt/die Behindertenanwältin formal in den Kreis dieser obersten Organe aufgenommen werden soll (wogegen zunächst natürlich spricht, dass diese Funktion anders als die der angeführten Organe nicht verfassungsrechtlich grundgelegt ist), oder ob seine/ihre Abgeltung nur an diesen Regelungen orientiert sein soll, stellt sich natürlich die Frage der „richtigen Einordnung“ in die „**Bezügepyramide**“ des § 3 BBezG. Dass eine Abgeltung in Höhe jener des Bundespräsidenten, Bundeskanzlers oder Vizekanzlers (§ 3 Abs 1 Z 1 bis 3 BBezG) hier ebenso wenig in Betracht kommen wird wie eine Gleichordnung mit dem Präsidenten/der Präsidentin des Nationalrates (§ 3 Abs 1 Z 4 BBezG), ist eindeutig. Daraus, dass der Behindertenanwalt/die Behindertenanwältin von dem/der SozialministerIn bestellt wird (dazu auch Anhang I), kann nicht nur gefolgert werden, dass seine/ihre Abgeltung unter jener eines Bundesministers/einer Bundesministerin (§ 3 Abs 1 Z 5 BBezG) liegen muss. Vielmehr scheidet damit auch eine Einordnung auf der Ebene des Präsidenten/der Präsidentin des Rechnungshofes oder eines Mitglieds der Volksanwaltschaft (§ 3 Abs 1 Z 6 bzw 11 BBezG) aus, werden diese Organe doch vom Parlament und nicht von einem obersten Verwaltungsorgan bestellt. Vor diesem Hintergrund würde es auch naheliegen, den Bezug auch unterhalb jener Stufe anzusiedeln, wie sie für Mitglieder des Nationalrates vorgesehen sind.

Im Übrigen besteht jedoch naturgemäß ein beträchtlicher **Spielraum** zur Einordnung des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin. Unabhängig davon, wo man hier konkret ansetzen möchte, empfiehlt sich auch im Hinblick auf die Kompatibilität mit der Struktur der derzeitigen Regelungen in § 13e Abs 3 BBG auch für eine konkretere

und objektivierbare Regelung der Vergütung des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin eine allgemeine Festlegung, die weiterhin die Festsetzung dem/der SozialministerIn im Einvernehmen mit dem/der FinanzministerIn überlässt, diesen aber einen Rahmen vorgibt.

Eine Orientierung an den Vorgaben des BBezG böte neben der einheitlichen und objektivierbaren Regelung der Abgeltung jedenfalls den Vorteil, dass damit auch die Erfassung des Funktionsinhabers/der Funktionsinhaberin in der **Sozialversicherung** erleichtert würde. Immerhin stellt § 12 BBezG die Einbeziehung in die gesetzliche **Pensionsversicherung** klar und ergibt sich aus § 1 Abs 1 Z 9 Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz (B-KUVG, BGBl 1967/200 zuletzt idF BGBl I 2010/111) auch eine Pflichtversicherung des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin in der **Kranken- und Unfallversicherung**. Durch entsprechende Verweise auf diese Bestimmungen in (etwa einem neuen Abs 4 in) § 13e BBG könnte somit relativ einfach und systemkonform auch dessen/deren sozialversicherungsrechtliche Stellung eindeutig definiert werden.

2.3. ZWISCHENBILANZ

- » Die derzeitige Regelung der Abgeltung des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin hat zur Folge, dass diese/r nicht nur in Abhängigkeit davon, ob er/sie im aktiven Bundesdienst steht oder „von außen“ kommt, sondern auch je nach seiner/ihrer Stellung/Funktion im Bundesdienst **verschieden entlohnt** wird. Insb angesichts der in der Praxis **hauptberuflichen Ausübung** dieser Tätigkeit wäre eine einheitliche Regelung zweckmäßiger.
- » Da hier letztlich weder das GBK/GWA-G noch das Gehaltsschema des öffentlichen Dienstes als Orientierung in Betracht kommt, wäre wohl eine Heranziehung der **Vorgaben des BBezG** und damit eine Einordnung des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin in die „Bezügepyramide“ des § 3 BBezG am nächstliegenden.

- » Unabhängig von der konkreten Einstufung, böte eine Orientierung an den **Vorgaben des BBezG** den weiteren großen Vorteil, dass die sozialversicherungsrechtliche Stellung des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin eindeutig geregelt werden könnte.

III. ZUSAMMENFASSUNG

Ausgehend von den eingangs (I.A.) formulierten Fragen lassen sich die im Rahmen der vorliegenden Untersuchung gewonnenen Erkenntnisse und die daraus abgeleiteten Vorschläge und Empfehlungen wie folgt zusammenfassen:

Zu Frage 1. Bisher gibt es nur eine Klagemöglichkeit auf Schadenersatz. Welche **zusätzlichen Rechtsinstrumente** wären sinnvoll, um die Behindertengleichstellung weiter zu entwickeln (zB Klagen auf Unterlassung von Diskriminierungen, Klagen auf Beseitigung von Barrieren?)

- » Im Hinblick auf die bestmögliche Verwirklichung der Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen jedenfalls **zu befürworten** wäre die Ergänzung des bestehenden Schadenersatzanspruches der Betroffenen durch einen solchen auf **Erfüllung** und damit auf Herstellung des **diskriminierungsfreien Zustands**. Da eine unzulässige Diskriminierung stets nur dann vorliegt, wenn die Beseitigung der diskriminierenden Bedingungen für den/die Verpflichtete/n keine unverhältnismäßige Belastung darstellt, bestünde auch nicht die Gefahr einer unzumutbaren Belastung der Verpflichteten.
- » Um ein aktives Hinwirken auf die Herstellung der Barrierefreiheit auch unabhängig von einer individuellen Klage Betroffener zu ermöglichen, schiene überdies eine entsprechende **Ausweitung der Möglichkeit der Verbandsklage ratsam**.
- » Darüber hinaus wäre dringend die explizite gesetzliche **Festschreibung einer Pflicht zur Beantragung von Förderungen** aus öffentlichen Mitteln, verbunden

mit einem **diesbezüglichen Erfüllungsanspruch zu empfehlen**. Dies könnte etwa in Form der Festschreibung erfolgen, dass (auch) die Unterlassung der Beantragung von Förderungen einen Verstoß gegen das BGStG darstellt, sofern diese nicht offenbar aussichtslos ist.

- » Die explizite Einräumung eines **Unterlassungsanspruches** kumulativ zu einem solchen auf Erfüllung wäre ebenfalls möglich, sinnvollerweise sollte aber auch diesbezüglich die **Möglichkeit einer Verbandsklage** eröffnet werden. Da der Geltungsbereich der Vorgaben des KSchG (sehr) eingeschränkt ist, schiene eine entsprechende **Adaptierung des § 13 BGStG ratsam**.
- » Ergänzend dazu könnte den Betroffenen in Fällen, in denen eine Leistungsklage (noch) nicht in Betracht kommt, eine **Feststellungsklage** nach § 228 ZPO ausdrücklich ermöglicht werden. Auch diesbezüglich wäre eine Erweiterung der Möglichkeit zu einer **Verbandsklage** zu überlegen.
- » Nicht zuletzt wäre bezüglich der Mitwirkungsbefugnisse Dritter eine **Harmonisierung** der Vorgaben des BGStG und des **BEinstG** sowie eine **Angleichung** zwischen BEinstG/BGStG und **GlBG** zu **empfehlen**.
- » Die immer wieder geforderte (weitere) Anhebung des Mindestschadenersatzes im Falle von Diskriminierungen sollte demgegenüber uE angesichts der vielfältigen Möglichkeiten (auch unbeabsichtigter) Diskriminierungen jedenfalls nicht prioritär erfolgen.

Zu Frage 2. Bisher gibt es nur sehr wenige Klagen nach dem Behindertengleichstellungsrecht. Wie könnte der **Zugang zum Recht** erleichtert werden?

- » Eine Erleichterung des Zugangs zum Recht könnte an erster Stelle durch eine Senkung des Prozesskostenrisikos für die Betroffenen erreicht werden.
- » Da in Form der Unterstützung etwa durch den **Klagsverband** oder die **Arbeiterkammern** bereits jetzt teilweise die Möglichkeit besteht, den Klageweg ohne

(großes) finanzielles Risiko zu bestreiten und überdies eine (teilweise) Finanzierung durch Mittel aus dem **Ausgleichstaxenfonds** in Betracht käme, scheint die Dotierung eines eigenen Klagsfonds hier nicht nur aus praktischer Sicht unangebracht. Aus Wirtschaftlichkeitsgründen wäre einer **Nutzung der vorhandenen Ressourcen jedenfalls der Vorzug** zu geben. Eine Erweiterung des Angebots könnte allenfalls durch eine entsprechende (Erhöhung der) Förderung aus öffentlichen Mitteln herbeigeführt werden.

- » Neben einer teilweisen Finanzierung der Prozesskosten (auch) des/der eine Diskriminierung Behauptenden, könnte der Zugang zum Recht durch eine (bloße) Modifikation der **Kostenersatzregelungen** erleichtert werden. Am nächstliegenden wäre hier eine Orientierung an **§ 58 ASGG**, wenngleich eine solche für die Betroffenen zwangsläufig den Nachteil mit sich brächte, dass sie auch im Falle eines Obsiegens im Prozess die ihnen entstandenen Kosten selbst zu tragen hätten. Allenfalls wäre somit zu überlegen, die Anpassung der **Kostenersatzregelungen** mit der angesprochenen „**Fondslösung**“ zu verknüpfen.
- » Von Kostenregelungen abgesehen, könnte der Zugang zum Recht durch eine Ausweitung der Möglichkeit einer **Verbandsklage** sowie die Einführung spezifischer **Vertretungsregelungen**, wie sie sich in § 40 ASGG für Arbeitsrechtssachen bereits finden, verbessert werden.
- » Überdies schiene die Ermöglichung einer **Nebenintervention** durch die Österreichischen Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation (und allenfalls auch andere Institutionen), wie sie bei Diskriminierungen im Bereich der Arbeitswelt besteht (vgl § 7p BEinstG), auch aus gleichheitsrechtlicher Sicht **ratsam**.
- » Die positiven Effekte einer **Verlängerung der Verjährungsfristen** (insb im Falle von Belästigungen) wären demgegenüber angesichts der mit Zeitablauf zunehmenden Schwierigkeiten bei Glaubhaftmachung einer Diskriminierung wohl gering. Einer diesbezüglichen Änderung müsste somit ebenso wenig **Priorität** eingeräumt werden wie einer **Verlängerung** der nach Beendigung des Schlichtungsverfahrens noch zur Verfügung stehenden **Mindestfrist**.

- » Da Voraussetzung der Rechtsdurchsetzung naturgemäß die Kenntnis der aus dem BGStG/BEinstG erwachsenden Rechte ist, kommt darüber hinaus der **Information und Beratung** potentiell Betroffener erhebliche Bedeutung zu. Ein **Schwerpunkt der Bemühungen** sollte damit (auch künftig) auf diesen Bereich gelegt werden.

Zu Frage 3. Bei privaten **Versicherungen und Finanzdienstleistungen** kommt es immer wieder zu Benachteiligungen wegen einer Behinderung. Wie könnte in diesem Bereich der **Rechtsschutz** verbessert werden?

- » Während **Unversicherbarkeitsklauseln** jedenfalls als unverhältnismäßig und damit selbst dann, wenn nachweislich nicht pauschal auf eine bestimmte Behinderung, sondern ein individuell erhöhtes Risiko abgestellt würde, als (zumindest mittelbar) **diskriminierend** zu qualifizieren sein werden, stellt sich bezüglich der häufig vorgeschriebenen erhöhten Prämien bzw der teilweisen Leistungsausschlüsse die **Frage der sachlichen Rechtfertigung** dieser Benachteiligung insb durch das Bedürfnis einer individuellen **Risikobewertung**. Eine solche wird grundsätzlich (nur) dann anzunehmen sein, **wenn die Benachteiligung auf versicherungsmathematischen Grundsätzen bzw statistischen Daten beruht und im konkreten Fall nicht unverhältnismäßig ist**. Angesichts der jüngst ergangenen Entscheidung des EuGH in der Rs Test-Achats (EuGH 1. 3. 2011, C-236/09), kann eine Beanstandung durch den EuGH freilich nicht für alle Zeit ausgeschlossen werden.
- » Hinsichtlich eines weitergehenden Verbots auch einer auf versicherungsmathematischen Grundsätzen beruhenden Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen ist demgegenüber insb insofern Vorsicht geboten, als das Privatversicherungswesen dem Grunde nach auf einer individuellen Risikoeinschätzung beruht, was sich kaum mit einem generellen Verbot der Bedachtnahme auf den Gesundheitszustand des/der Betroffenen vereinbaren ließe.

- » Eine Verbesserung des Rechtsschutzes gegen im beschriebenen Sinn diskriminierende Versicherungsbedingungen könnte schon durch **Inanspruchnahme der bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten** herbeigeführt werden. Dies gilt insb für die Möglichkeiten einer **Verbandsklage** nicht nur nach § 13 BGStG, sondern auch nach den Vorgaben des KSchG. Da im Lichte der bestehenden Rechtsunsicherheit die **Führung eines Musterprozesses** längst überfällig wäre, sollte seitens des BMASK ein **Schwerpunkt der Bemühungen** darauf liegen, die klagebefugten Institutionen zur Inanspruchnahme ihres Klagerechts zu veranlassen.
- » Ungeachtet dessen sollte natürlich auch über **rechtliche Anpassungen** nachgedacht werden. Zum einen käme hier eine **Erweiterung der** bei Diskriminierungen generell **bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten** in Betracht. Davon abgesehen sollten jedoch auch entsprechende **Änderungen im Versicherungsrecht** ernstlich in Erwägung gezogen werden.
- » Neben der expliziten **Festschreibung**, dass eine bestehende **Behinderung bzw gesundheitlichen Beeinträchtigung nicht als Grund für die Verweigerung eines Vertragsabschlusses oder eine Kündigung** herangezogen werden darf, wäre die Ergänzung ratsam, dass eine Prämienerrhöhung aufgrund einer Behinderung bzw Gesundheitsbeeinträchtigung nur zulässig ist, wenn diese einen **maßgeblichen Faktor bei der** auf nachvollziehbaren versicherungsmathematischen oder statistischen Daten beruhenden **Risikobewertung darstellt** und im konkreten Fall **erforderlich** und **verhältnismäßig** ist.
- » Noch einen Schritt weiter ginge es, sowohl eine von Beginn an höhere Prämienvorschrift als auch eine nachträglich Anpassung der Prämie bzw eine Einschränkung der Leistungspflicht nur dann zuzulassen, wenn der/die Versicherte zumindest einmal infolge seiner Behinderung Leistungen aus der Versicherung in Anspruch genommen hat.
- » Zu erwägen wäre darüber hinaus eine **Aufnahme der Österreichischen Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation** in den Kreis der gemäß § 178g Abs 1 VersVG im Falle einer Änderung der Prämie oder des Versicherungsschutzes durch das

Versicherungsunternehmen unverzüglich **zu verständigenden Stellen**.

- » Weiters könnten den in den Abs 2 bis 4 des § 9 VAG enthaltenen Vorgaben zur Berücksichtigung des Faktors Geschlechts entsprechende Vorgaben auch für Menschen mit Behinderungen vorgesehen werden. Auch wäre zu überlegen, die Unzulässigkeit eines gänzlichen Ausschlusses von Menschen mit Behinderungen auch hier explizit festzuschreiben. Dies hätte unter anderem den Vorteil, dass Versicherungsunternehmen, die diese Vorgaben beharrlich nicht einhalten, gemäß § 7b Abs 1 Z 3 VAG sogar ihre **Konzession** verlieren könnten.
- » Noch weitergehende Maßnahmen, wie etwa eine „**Zwangszuteilung**“ der Betroffenen, wären demgegenüber wohl kein gangbarer Weg.

Zu Frage 4. Bisher gab es keine einzige Verbandsklage. Wie kann das Instrument der **Verbandsklage effizienter gestaltet** werden (zB Ausweitung der Klagebefugnis auf andere Interessenvertretungen?)

- » Eine effizientere Gestaltung der Verbandsklage könnte insb durch eine **Ausweitung der Klagebefugnis** auf andere Stellen erreicht werden. Dies könnte relativ einfach durch einen Verweis auf § 29 KSchG erreicht werden, im Hinblick auf die erforderliche Expertise auf dem Gebiet der Belange von Menschen mit Behinderungen wäre eine **eigenständige Regelung** jedoch die **bessere** Lösung.
- » Neben der Österreichischen Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation könnte etwa dem **Klagsverband** zur Durchsetzung der Rechte von Diskriminierungsopfern und dem/der **Behindertenanwalt/Behindertenanwältin** ein Verbandsklagerecht eingeräumt werden.
- » Die Einräumung einer Klagebefugnis an andere **Behindertenorganisationen** bedürfte demgegenüber angesichts der dann unweigerlich zu klärenden Frage der Repräsentativität und Objektivität und des damit insb verbundenen zusätzlichen Verwaltungsaufwands jedenfalls eingehender Vorüberlegungen und sollte damit **nicht prioritär** verfolgt werden.

- » Ein eigenständiges Klagerecht des Bundesbehindertenbeirats scheint ebenfalls nicht sinnvoll.
- » Ungeachtet einer allfälligen Ausweitung der Klagebefugnis, sollte **dringend** das derzeit bestehende Erfordernis einer **Empfehlung des Behindertenbeirats überdacht**, wenn nicht sogar fallen gelassen werden.
- » Allenfalls könnte im Gegenzug erwogen werden, das Verbandsklagerecht, ähnlich dem besonderen Feststellungsverfahren nach § 54 ASGG, an die Voraussetzung zu binden, dass eine bestimmte **Mindestzahl von Personen** (potentiell) von der Diskriminierung betroffen ist.
- » Soll hingegen die Einbindung des Behindertenbeirats nicht generell entfallen, so bestünde insb die Möglichkeit, (nur) dessen **Anhörung** vorzusehen.
- » Bei Beibehaltung der Notwendigkeit einer verpflichtenden Empfehlung des Behindertenbeirats sollte zumindest das bestehende **Zustimmungsquorum** von zwei Dritteln auf einfache Mehrheit **gesenkt** werden.
- » Eine nicht unbeträchtliche Effizienzsteigerung könnten auch durch eine Erweiterung der **Verbandsklagemöglichkeit** um eine solche **auf Unterlassung bzw Beseitigung** der Diskriminierung erreicht werden.
- » Darüber hinaus wäre auch aus gleichheitsrechtlicher Sicht die Ermöglichung einer **Verbandsklage im Anwendungsbereich des BEinstG empfehlenswert**. Am Einfachsten zu bewerkstelligen – und wohl auch am Sinnvollsten – wäre hier die **Ausweitung der Verbandsklagemöglichkeit nach § 13 BGStG auf das BEinstG**. Auch eine am GBK/GAW-G orientierte Regelung, etwa in der Form, dass den im Bundesbehindertenbeirat vertretenen Stellen ein Klagerecht eingeräumt wird, käme aber grundsätzlich in Betracht.

Zu Frage 5. Ist eine **Adaptierung des Schlichtungsverfahrens** erforderlich? Sind beim Schlichtungsverfahren **Sanktionen** möglich und sinnvoll?

- » Ein unbestreitbarer Schwachpunkt des Schlichtungsverfahrens ist das Fehlen

einer Handhabe gegen die **Weigerung** des/der (gewünschten) Schlichtungspartners/Schlichtungspartnerin, sich auf das Verfahren einzulassen.

- » Eine **Bekanntmachung** der Weigerung **in den Medien** bietet hier keinen Ausweg, da ein **echter Wille** des/der Betroffenen, sich auf das Schlichtungsverfahren einzulassen **nicht erzwungen** werden kann.
- » Auch die mediale Veröffentlichung jedes Scheiterns der Schlichtung scheint ebenso wenig sinnvoll wie die öffentliche Bekanntgabe der „schuldigen“ Partei. Möglich wäre damit letztlich nur die mediale Veröffentlichung des Gangs des gesamten Schlichtungsverfahrens, wie sie in den Schlichtungsdatenbanken bereits vorgenommen wird. Auch für eine derartige Vorgangsweise scheinen jedoch die (allgemeinen) **Medien nicht unbedingt als geeignet**.
- » Zielführender als eine mediale „Anprangerung“ wäre vielmehr die Förderung der Motivation, auf eine gütliche Einigung hinzuwirken, etwa durch die (allenfalls von den zuständigen Ländern beschaffte) **Zusage bzw die in Aussicht Stellung bestimmter Förderungen**.
- » Das Problem, dass der/die SchlichtungspartnerIn sich nach einer Einigung **nicht (mehr) an diese hält**, bedarf demgegenüber keiner gesonderten gesetzlichen Lösung. Aus **Klarstellungsgründen** könnte dennoch erwogen werden, explizit festzuschreiben, dass zur **Durchsetzung der Schlichtungsvereinbarung der ordentliche Rechtsweg offensteht**.
- » Den festgestellten Informationsdefiziten kann nur durch eine **verstärkte Bekanntmachung** des Instruments der Schlichtung begegnet werden. Allenfalls wäre zu überlegen, einige erfolgreich abgeschlossene Schlichtungsverfahren in Form von **Best-Practice Beispielen** gesondert zu publizieren.
- » Der teilweise kritisierten mehrfachen Behandlung des gleichen Themas im Schlichtungsverfahren ohne Vorwissen zum anderen Fall könnte durch eine **stärkere Vernetzung der Schlichtungsstellen** entgegengewirkt werden. Eine Regelung, wonach bereits abgehandelte Diskriminierungsvorwürfe nicht oder nur mehr eingeschränkt vor der Schlichtungsstelle verhandelt werden, käme demge-

genüber schon im Lichte des Zwecks der Schlichtung nicht in Betracht.

- » Zu erwägen wäre jedoch eine Regelung hinsichtlich der **Verbindung gleichartiger anhängiger Verfahren**. Da von einer solchen Möglichkeit jedoch wohl nicht allzu häufig Gebrauch gemacht werden würde, ist fraglich, inwieweit eine diesbezügliche Änderung wirklich eine Verbesserung mit sich brächte.
- » Was die **Mediation** betrifft, stellt die Normierung einer Verpflichtung sicherlich keinen gangbaren Weg dar. In Betracht käme dagegen wiederum eine Informationsoffensive. Da die Schlichtung jedoch bisher auch ohne Mediation häufig erfolgreich war, ist dieser Bereich wohl eher zu vernachlässigen.
- » Ansonsten wäre vor allem eine **explizite gesetzliche Regelung**, binnen welcher Frist das Schlichtungsverfahren an sich eingeleitet werden muss **empfehlenswert, um Unklarheiten und Unsicherheiten entgegenzuwirken**.
- » Da im **dienstrechtlichen Verfahren** die möglichen Effekte des Schlichtungsverfahrens insb dann begrenzt sind, wenn seitens der entscheidungsbefugten Behörde bereits ein Bescheid erlassen wurde, scheint es aus Effizienzgründen zweckmäßig, das **Schlichtungsverfahren hier möglichst schon vor einer allfälligen Bescheiderlassung** anzusiedeln.
- » Dies wäre zum einen in jenen Konstellationen (wohl) relativ leicht realisierbar, in denen der **bescheidmäßigen Erledigung** schon de lege lata **zwingend eine (formlose) Information des/der Betroffenen verbunden mit der Möglichkeit zur Erhebung von Einwendungen voranzugehen hat**. Hier käme insb eine Modifikation der gesetzlichen Vorgaben dahingehend in Betracht, dass im Falle der **Einwendung einer Diskriminierung** aufgrund einer Behinderung durch den/die Betroffene/n die **Erledigung mittels Bescheides erst nach verpflichtender Durchführung eines Schlichtungsverfahrens** zulässig ist. Hinsichtlich der maximalen Dauer des Zuwartens auf eine gütliche Einigung schiene dabei eine Orientierung an den Fristen des § 71 Abs 1 BEinstG zweckmäßig. Ergänzend wäre die Adaptierung der Vorgaben im öffentlichen Dienstrecht dahingehend zu erwägen, dass der/die Betroffene in der Verständigung (auch) darüber **zu informieren** ist, dass

er/sie eine vermutete **Diskriminierung einwenden bzw die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens beim Bundessozialamt beantragen kann**, wenn er/sie sich aus Gründen einer Behinderung diskriminiert fühlt.

- » Überdies käme de lege ferenda eine **Erweiterung** des genannten Konzeptes auch **auf andere Fallkonstellationen**, insb solche, die der Versetzung ähnliche bzw noch **drastischere Auswirkungen** auf den/die Beamte/n haben, in Betracht. Ratsam schiene hier insb eine Anpassung von § 8 Abs 2 DVG dahingehend, dass die Partei im Dienstrechtsverfahren immer (auch) dann Anspruch darauf hat, dass ihr Gelegenheit gegeben wird, von den Ergebnissen amtlicher Erhebungen und Beweisaufnahmen Kenntnis und zu ihnen Stellung zu nehmen, wenn diese ein Mensch mit Behinderung ist und die Gefahr einer Diskriminierung besteht.
- » Zum anderen wäre eine Durchführung des Schlichtungsverfahrens schon vor der bescheidmäßigen Entscheidung in all jenen Fällen denkbar, in denen es im **Ermessen der Behörde** liegt, über eine bestimmte Angelegenheit bescheidmäßig zu entscheiden bzw ein Bescheid nur auf Verlangen des/der Betroffenen zu erlassen ist. Hier wäre einerseits zu überlegen, durch eine entsprechende gesetzliche Modifikation oder auch einen internen Erlass darauf hinzuwirken, dass in potentiellen Diskriminierungskonstellationen soweit als möglich zunächst **nicht mittels Bescheides** entschieden wird. Andererseits bedürfte es wiederum einer Ergänzung, wonach der/die Betroffene im Falle einer behaupteten Diskriminierung aus dem Grund einer Behinderung die **Erlassung eines Bescheides erst dann** verlangen kann, **wenn** vorher ein **Schlichtungsverfahren beim Bundessozialamt stattgefunden hat**. Um beurteilen zu können, ob es im konkreten Fall eines Schlichtungsverfahrens bedarf oder nicht, wäre überdies eine Normierung dahingehend ratsam, dass derjenige/diejenige, der/die den Bescheid begehrt, das Begehren begründen bzw die behauptete Diskriminierung anführen muss.
- » In allen anderen Fällen bleibt letztlich nur die Möglichkeit, die Schlichtung im **Vorfeld des zweitinstanzlichen Verfahrens** durchzuführen. **Schlichtungspartnerin** kann freilich schon angesichts des **Zweckes des Schlichtungsverfahrens**

auch hier zweckmäßiger Weise nur die diejenige **Stelle sein, die den (potentiell) diskriminierenden Bescheid erlassen hat**. Neben der Möglichkeit eines Einflusses auf die allfällige Berufungsvorentscheidung bzw die Entscheidung über einen Antrag auf Erklärung der Rechtsunwirksamkeit der (potentiell) diskriminierenden Entscheidung, kann der Nutzen des Schlichtungsverfahrens hier insb in einer **Aussprache auf neutralem Boden** bestehen, die eine weitere Geltendmachung im Verwaltungsverfahren aus Sicht des/der Betroffenen unter Umständen nicht mehr erforderlich scheinen lässt.

Zu Frage 6. Wie ist das **Verhältnis der Diskriminierungsverbote** im BGStG und BEinstG zum Gebot der „angemessenen Vorkehrungen“ für ArbeitgeberInnen in § 6 Abs 1a BEinstG?

- » Die Beantwortung der Frage des **Verhältnisses** der Förderpflicht des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin zu den Diskriminierungsverboten setzt eine inhaltliche Konkretisierung der Förderpflicht voraus. Hier sprechen die besseren Argumente dafür, hinsichtlich der Notwendigkeit von Fördermaßnahmen „im konkreten Fall“ grundsätzlich auf die **Situation des Betriebes** abzustellen. Eine Verpflichtung zu Fördermaßnahmen scheidet damit a priori nur insofern aus, als die Beschäftigung von Menschen mit bestimmten Beeinträchtigungen dort ausgeschlossen ist oder eine bestimmte Maßnahme einer Berücksichtigung der individuellen Disposition des/der (künftigen) Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin erfordert.
- » Die Verpflichtungen des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin bestehen jedoch stets nur im Rahmen des **Verhältnismäßigen**. Dabei ist ein **Ausgleich** zwischen dem Ziel einer möglichst ungehinderten Teilhabe von Menschen mit Behinderungen am Arbeitsleben und den Interessen des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin herzustellen. **Kriterien** dafür sind die Möglichkeit, Förderungen aus öffentlichen Mitteln zu erhalten, die Kosten der Maßnahme und die Finanzkraft des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin, daneben aber auch Faktoren wie rechtliche (Un-)Zulässigkeit, faktische Hindernisse, die Möglichkeiten, bestimmte Maßnahmen im Falle der

Bewerbung eines individuell betroffenen Menschen mit Behinderungen rasch nachzuholen, oder der seit In-Kraft-Treten der Förderpflicht vergangene Zeitraum.

- » Damit sind für die Beurteilung der **Verhältnismäßigkeit von Fördermaßnahmen** die **gleichen Aspekte** maßgeblich, wie sie auch für die Entscheidung über das Vorliegen einer (**mittelbaren**) **Diskriminierung** nach § 7c Abs 4 bis 7 BEinstG (bzw § 6 BGStG) entscheidend sind.
- » Werden erforderliche und verhältnismäßige Fördermaßnahmen nicht vorgenommen, liegt somit jedenfalls ein Verstoß gegen § 6 Abs 1a BEinstG vor, womit zunächst die im Falle einer Verletzung der Fürsorgepflicht **allgemein** zur Verfügung stehenden **Sanktionsmöglichkeiten** in Betracht kommen.
- » Trotz der getrennten Regelung von Förderpflicht und Diskriminierungsverbot zielen aber sowohl die Förderpflicht des § 6 Abs 1a BEinstG als auch die Diskriminierungsverbote des BGStG und BEinstG auf eine möglichst weitgehende Herstellung der **Barrierefreiheit** ab und begrenzen die Verpflichtung zu deren Realisierung durch das Kriterium der **Verhältnismäßigkeit**.
- » Eine **Verletzung der Förderpflicht** wird damit idR auch eine **mittelbare Diskriminierung** (durch „Merkmale gestalteter Lebensbereiche“) darstellen.
- » Für diese Annahme sprechen insb auch die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen und der Vorschlag für eine Richtlinie der Europäischen Union zur Hintanhaltung von Diskriminierungen beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.
- » Ungeachtet dieses Auslegungsergebnisses wäre aus Rechtssicherheitsgründen dringend eine **explizite gesetzliche Regelung zu empfehlen**. Dies könnte etwa durch eine Einfügung in § 7c BEinstG (allenfalls in einem neuen Absatz) erfolgen, wonach eine mittelbare Diskriminierung auch im Falle der Unterlassung der nach § 6 Abs 1a BEinstG vorzunehmenden angemessenen Vorkehrungen vorliegt.
- » Obwohl sich im Anwendungsbereich des BGStG mangels Normierung einer Förderpflicht ein vergleichbares Abgrenzungsproblem nicht stellt, sollte auch eine entsprechende Adaption des § 5 BGStG überlegt werden.

Zu Frage 7. Wie kann die Einrichtung der **Behindertenanwaltschaft** verbessert werden? Soll der Behindertenanwalt/die Behindertenanwältin zusätzliche Befugnisse bekommen?

- » Eine Verbesserung bzw Aufwertung der Behindertenanwaltschaft könnte insb durch eine **Erweiterung der Befugnisse** des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin herbeigeführt werden. Zu denken wäre etwa an die, an den Vorgaben des GBK/GAW-G orientierte, Einräumung eines **Informations- und Auskunftsrechts** sowie eines solchen zur **Aufforderung potentiell** diskriminierender Stellen **zur Stellungnahme**.
- » Darüber hinaus scheint es – auch im Hinblick auf eine Erhöhung der praktischen Wirksamkeit der **Verbandsklage** – empfehlenswert, auch dem/der Behindertenanwalt/Behindertenanwältin ein **Klagerecht** einzuräumen. Ergänzend dazu käme die Festlegung eines **Legalvertretungsrechts** des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin in Betracht. Angesichts der naturgemäß begrenzten Ressourcen könnte dieses allenfalls analog zu der in § 13 Abs 1 BBG für die Verbandsklage getroffenen Regelung an die Voraussetzung der **wesentlichen Beeinträchtigung der allgemeinen Interessen** der vom BGStG geschützten Personen geknüpft werden.
- » Weiters könnte die Anerkennung in der Öffentlichkeit unter Umständen durch eine detailliertere demonstrative Auflistung der **Aufgaben in § 13c BBG** erreicht werden. So könnte etwa explizit darauf hingewiesen werden, dass der Behindertenanwalt/die Behindertenanwältin Personen, die sich iSd BGStG oder der §§ 7a bis 7q BEinstG diskriminiert fühlen über die Möglichkeiten, gegen Diskriminierungen vorzugehen oder über Beratungsangebote anderer Stellen informiert.
- » Daneben könnte die Position durch **explizite Verankerung** des Rechts, eine **Stellungnahme zu Gesetzesvorhaben** bzw geplanten **Verordnungen** abzugeben, die die Interessen von Menschen mit Behinderung berühren können, gestärkt werden. In Betracht käme auch die ausdrückliche Festschreibung der **Öffentlichkeitsarbeit** als Aufgabe des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin.

- » Da der mit einer Ausweitung der Befugnisse bzw Aufgaben des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin verbundene **zusätzliche Ressourcenaufwand** vermutlich eine **Prioritätensetzung** erforderlich machen wird, sollte an erster Stelle wohl die Einräumung einer **Klagebefugnis** realisiert werden.
- » Neben einer Ausweitung der Befugnisse des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin kämen auch andere Maßnahmen in Betracht. Von der bereits umgesetzten **Neuregelung des Bestellvorgangs** abgesehen, schiene hier insb die ausdrückliche Gestaltung dieser Funktion als **hauptberufliche Tätigkeit** ratsam.
- » Im Hinblick auf eine Verbesserung der Zugänglichkeit der Behindertenanwaltschaft in den Bundesländern wäre grundsätzlich eine **stärkere Regionalisierung** anzustreben. Dafür ist aber nicht unbedingt eine Einrichtung von **Regionalbüros** oder regionaler **Außerstellen** wie nach dem GBK/GAW-G erforderlich. Der bessere Weg wäre es, die Zugriffsmöglichkeiten des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin auf die Ressourcen der **Landesstellen des Bundesamts für Soziales und Behindertenwesen** zu erweitern. Zu erwägen wäre hier auch eine entsprechende Ergänzung des § 2 BSAG.
- » Nicht zu Letzt könnte „nach Möglichkeit“ eine **Zusammenarbeit** des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin mit **Behindertenorganisationen** vorgesehen werden.

Zu Frage 8. Sollten für den **Behindertenanwalt/die Behindertenanwältin** Regelungen getroffen werden über die Bestellung, die Bezahlung sowie über seine Vertretung im Fall vorübergehender Verhinderung?

- » Insb angesichts der in der Praxis **hauptberuflichen Ausübung** der Funktion des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin wäre eine einheitliche Regelung dessen/deren Entlohnung zweckmäßig.
- » Da hier letztlich weder das GBK/GWA-G noch das Gehaltsschema des öffentlichen Dienstes als Orientierung in Betracht kommt, wäre wohl eine Heranziehung

der **Vorgaben des BBezG** und damit eine Einordnung des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin in die „Bezügepyramide“ des § 3 BBezG am nächstliegenden. Dabei schiene die Vorgabe eines Rahmens für eine Festsetzung der Vergütung durch den/die SozialministerIn im Einvernehmen mit dem/der FinanzministerIn als geeigneter Weg.

- » Unabhängig von der konkreten Einstufung, böte eine Orientierung an den Vorgaben des BBezG den weiteren großen Vorteil, dass die **sozialversicherungsrechtliche Stellung** des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin eindeutig geregelt werden könnte.
- » Der **Bestellvorgang** des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin wurde bereits mit BGBl I 2011/58 neu geregelt und so größerer Transparenz und Objektivität hergestellt. Dazu gehört einerseits die verpflichtende **öffentliche Ausschreibung** der Position des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin verbunden mit einer gezielten **gesonderten Bekanntmachung** bei einschlägigen Organisationen sowie dem Hinweis auf die **besondere Erwünschtheit** der Bewerbung von **Menschen mit Behinderungen**. Andererseits werden nunmehr einige wenige, aber zentrale Anforderungskriterien im Gesetz genannt und erfolgt verpflichtend eine Einbindung des Bundesbehindertenbeirats sowie der Österreichischen Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation in den Auswahlprozess.
- » Auch die Frage der Vertretung des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin wurde zwischenzeitig dahingehend geregelt, dass der/die SozialministerIn eine/n Bedienstete/n des Ressorts als StellvertreterIn zu bestellen hat, der diese/n im Falle einer aus wichtigem Grund eingetretenen Verhinderung für die Dauer von höchstens zwölf Monaten vertritt.

ANHANG I:

BEREITS IM ZUGE DER NOVELLE BGBl I 2011/58 BERÜCKSICHTIGTE STELLUNGNAHMEN

1. ÜBERLEGUNGEN ZU EINER NEUREGELUNG DER BESTELLUNG DES BEHINDERTENANWALTS/DER BEHINDERTENANWÄLTIN

1.1. AUSGANGSLAGE UND PROBLEMSTELLUNG

Mit dem mit 1.1.2006 in Kraft getretenen Behindertengleichstellungspaket 2005 (BGBl I 2005/82) wurde ua ein neuer **Abschnitt IIb** in das **Bundesbehindertengesetz** (BGBl 1990/283 zuletzt idFBGBl I 2010/111 – BBG) eingefügt, der die Bestellung eines „Anwalts für Gleichbehandlungsfragen für Menschen mit Behinderungen (Behindertenanwalt)“ vorsieht. Nach der derzeitigen Regelung in § 13b BBG obliegt diese Bestellung dem Bundesminister für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz und damit dem nunmehrigen Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz.

§ 13d Abs 1 BBG konkretisiert diese allgemeine Vorgabe dahingehend, dass der Behindertenanwalt¹ auf die Dauer von vier Jahren zu bestellen ist, aber danach – und zwar offenbar ohne jede Begrenzung – wiederbestellt werden kann. Nach dieser Bestimmung hat der amtierende Behindertenanwalt nach Ablauf der vierjährigen Funktionsperiode die Geschäfte so lange weiterzuführen, bis ein neuer Behindertenanwalt bestellt ist, wobei der Zeitraum dieser Weiterführung auf die Funktionsperiode des in der Folge neu bestellten Behindertenanwalts einzurechnen ist.

Wie der **Bestellvorgang** durch den/die SozialministerIn vonstattengehen soll, wird derzeit nicht näher spezifiziert. § 13d Abs 2 BBG legt lediglich fest, dass zum Behin

¹ Das BBG verwendet hier nur die männliche Form, bezieht dies aber nach seinem § 1a auf Frauen und Männer in gleicher Weise. Rechtstechnisch wäre daher der Begriff „Behinder-tenanwalt“ korrekt. Aus den noch zu erläuternden Gründen wird in den folgenden, auf eine künftige Regelung abstellenden Überlegungen jedoch von einem Behindertenanwalt/einer Behindertenanwältin ausgegangen.

dertenanwalt nur bestellt werden kann, wer zum einen eigenberechtigt ist und zum anderen „auf den Gebieten der Belange von Menschen mit Behinderungen und der Gleichbehandlung über besondere Erfahrungen und Kenntnisse verfügt“. Darüber hinaus ist eine **Vorrangregel** in der Form vorgesehen, dass bei gleicher sonstiger Eignung einem Menschen mit Behinderung bei der Bestellung der Vorzug zu geben ist.

In der Praxis wurde sowohl bei der erstmaligen Bestellung des Behindertenanwalts im Jahr 2006 als auch im Zuge der Neubestellung 2010 so vorgegangen, dass der Posten öffentlich **ausgeschrieben** wurde und der/die zuständige BundesministerIn sodann nach Befassung einer **ExpertInnenkommission** einen Kandidaten auswählte. Beide Bestellvorgänge wurden jedoch nicht nur durch abgelehnte Bewerber, sondern auch von Seiten der Öffentlichkeit ob ihrer **Intransparenz** stark kritisiert.

Bei der Neubestellung des Behindertenanwalts im Jahr 2010 kam es darüber hinaus zur Anrufung der Schlichtungsstelle durch einen nicht zum Zug gekommenen Bewerber mit Behinderung, der sich durch die Auswahl diskriminiert fühlte (AbgzNR Dr. Huainigg). Wie einer Presseaussendung des BMASK vom 12.5.2010 zu entnehmen war, hat sich das BMASK im Rahmen dieses Schlichtungsverfahrens mit Abgeordneten Huainigg darauf verständigt, „bereits vor der nächsten Bestellung der Funktion des Bundesbehindertenanwaltes Ende 2013 in Zusammenarbeit mit Interessenvertretungen der Menschen mit Behinderung und unter Einbeziehung von Experten auf dem Gebiet des Personalwesens **Kriterien und Verfahren** zu entwickeln, die auf den tatsächlichen Anforderungen, den gewonnenen Erfahrungen und den Ergebnissen der Evaluierung der Behindertengleichstellung basieren. Diese Kriterien und Verfahren sollen zur Herstellung der Chancengleichheit dem Umstand Rechnung tragen, dass bei Menschen mit Behinderung **behinderungsbedingte Benachteiligungen wie Karriereeinbrüche** (zum Beispiel Matura im zweiten Bildungsweg), **Mobilitäts- und Kommunikations-einschränkungen** (zB Gebärdensprache) vorliegen können.“ Im Rahmen des Bestellvorganges soll auch ein Hearing stattfinden, welches allerdings im Unterschied

zu den bisherigen Bestellvorgängen überwiegend faktisch und rechtlich **unabhängige ExpertInnen** abnehmen sollen.

Die nachstehenden vorläufigen Überlegungen sollen verschiedene (rechtliche) Möglichkeiten für die Neugestaltung des Bestellvorganges des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin (und damit auch für eine Umsetzung der im Schlichtungsverfahren getroffenen Vereinbarung) aufzeigen. Aufgrund der bisherigen Erfahrungen steht dabei vor allem die Herstellung größerer **Transparenz** und **Objektivierbarkeit** des Bestellvorganges im Mittelpunkt.

1.2. METHODISCHE VORGANGSWEISE

Die Erarbeitung von Kriterien und Verfahren für eine Neuregelung des Bestellvorganges soll in **drei Schritten** erfolgen. Zunächst ist eine kurze Analyse der bestehenden Regelungen und deren Genese sowie der bisherigen Bestellvorgänge anzustellen (3.). Dabei sollen jene Aspekte der bisherigen Regelung bzw faktischen Vorgehensweise **identifiziert** werden, die (insbesondere im Hinblick auf Objektivität und Transparenz des Bestellvorganges) einer **Verbesserung** bedürfen. In diese Überlegungen sind auch die Stellungnahmen zum seinerzeitigen Gesetzesvorschlag einzubeziehen.

In einem zweiten Schritt soll sodann eine **vergleichende** Auseinandersetzung mit **in anderen Rechtsbereichen** bestehenden Regelungen erfolgen (4.). Neben den „allgemeinen“ Vorgaben zur Bestellung von Bundes- aber auch Landesbediensteten gilt es hier zunächst insbesondere auch die für ausgegliederte Rechtsträger geltenden Regelungen zur Bestellung bestimmter (Spitzen-)Positionen zu durchleuchten. Davon abgesehen hat die Suche nach **Good-Practice-Modellen** naturgemäß vor allem bei der Bestellung von mit dem Bundes-Behindertenanwalt „**verwandten**“ **Funktionen**, wie insbesondere den für Diskriminierungen aus anderen Gründen als einer Behinderung (wie etwa Geschlecht, Rasse, ethnische Zugehörigkeit oder Alter) eingerichteten Gleichbehand-

lungsanwaltschaften oder den in den Ländern (teilweise) vorgesehenen (Behinderten-) Anwaltschaften anzusetzen. Überdies sind auch einschlägige Bestimmungen in anderen Staaten (insbesondere in Deutschland) in die Betrachtungen einzubeziehen.

Erst auf Basis dieser Überlegungen können dann Vorschläge für eine mögliche Neugestaltung entwickelt werden (5.). Dabei soll nach verschiedenen Problemebenen und dementsprechend unterschiedlichen Ansatzmöglichkeiten differenziert werden.

1.3. ANALYSE DER GELTENDEN REGELUNG UND DER BISHERIGEN VORGANGSWEISE BEI DER BESTELLUNG

Wie bereits oben (1.) erwähnt, trifft das BBG in der geltenden Fassung keine Regelung dafür, wie die Bestellung des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin in formaler Hinsicht zu erfolgen hat. Weder wird eine Verpflichtung zur öffentlichen Ausschreibung normiert noch finden sich Vorgaben darüber, wie der/die zuständige BundesministerIn bei der Bestellung vorzugehen hat. Eine Regelung bezüglich der Einbeziehung anderer Personen (zB InteressenvertreterInnen, Behindertenbeirat, Behindertenorganisationen) im Vorfeld oder im Zuge der konkreten Auswahlentscheidung ist bisher ebenfalls unterblieben. Auch die Erläuterungen zur seinerzeitigen Regierungsvorlage (836 BlgNR 22.GP) enthalten keinen näheren Hinweis über die formale Durchführung der Bestellung.

Zwar erfolgte in den beiden bisherigen Fällen sowohl eine öffentliche **Ausschreibung** als auch eine Einbeziehung Dritter in die Auswahlentscheidung in Form einer „**ExpertInnenkommission**“. Da freilich weder aus den gesetzlichen Vorgaben noch aus der faktischen Vorgangsweise eindeutig hervorging, wie diese Kommission zusammengesetzt war und anhand welcher Kriterien die einbezogenen Personen ausgewählt wurden, bzw inwieweit diese tatsächlich Einfluss auf die Bestellung hatten, wurde die Objektivität der Entscheidung ungeachtet dieser Maßnahmen vielfach angezweifelt.

Unter dem Gesichtspunkt der wiederholt kritisierten mangelnden **Transparenz** des Bestellvorganges stellt somit das Fehlen von Vorgaben hinsichtlich des **Verfahrens** der Auswahl des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin das **wohl größte Manko** der bestehenden Regelung dar. Die beabsichtigte Neugestaltung hat sich damit sicherlich schwerpunktmäßig auf eine **Konkretisierung dieses Auswahlverfahrens** an sich zu beziehen. Zu überlegen wird dabei ua sein, **welche Personen in welcher Weise** in den Bestellvorgang einbezogen werden sollen, um eine transparente und objektive – und auch als solche anerkannte – Entscheidung sicherzustellen.

Das **Anforderungsprofil** des/der künftigen Behindertenanwalts/Behindertenanwältin wird demgegenüber in § 13d Abs 2 BBG konkretisiert. Wie bereits erwähnt, muss diese/r zum einen **eigenberechtigt** sein und zum anderen auf den Gebieten der **Belange von Menschen mit Behinderungen und der Gleichbehandlung** über **besondere Erfahrungen und Kenntnisse** verfügen. Anders als noch im Ministerialentwurf (vgl ME 182 BlgNR 22. GP) wird diese Vorgabe durch den zweiten Satz dieser Bestimmung dadurch ergänzt, dass bei **gleicher sonstiger Eignung** zweier oder mehrerer Personen **ein Mensch mit Behinderung** einem solchen ohne Behinderung bei der Bestellung **vorzuziehen** ist. Mit dieser Ergänzung wurde offenkundig auf die in mehreren Stellungnahmen zum Ministerialentwurf erhobene Forderung reagiert, dass die betreffende Person selbst ein Mensch mit Behinderung sein müsse.

Während die zuletzt genannte Vorrangregel – ungeachtet unter Umständen weitergehender Forderungen von Betroffenenorganisationen – wohl allgemein **positiv zu bewerten** ist und damit beibehalten werden sollte, stellt sich die Frage, inwieweit die beiden **materiellen Anforderungen** an den/die BewerberIn ergänzt bzw modifiziert werden sollen und können. Bisher erfolgte diese Konkretisierung erst im Zuge der Ausschreibung, wobei im Einzelnen

- » die Eigenberechtigung des Bewerbers/der Bewerberin,
 - » ein abgeschlossenes Studium oder vergleichbare Kenntnisse,
 - » umfassende Kenntnisse und Erfahrungen auf den Gebieten der Belange von Menschen mit Behinderungen, des Gleichbehandlungsrechts, des Arbeits- und Sozialrechts;
 - » besondere Kenntnisse und Erfahrungen in den angeführten Aufgabengebieten;
 - » Kenntnisse der Öffentlichen Verwaltung;
 - » Führungs- und Managementenerfahrung;
 - » Organisationstalent, strategisches Denken, Zielorientiertheit und Entscheidungsfähigkeit;
 - » eine besondere Eignung zur Menschenführung, Kommunikations-, Verhandlungs- sowie Teamfähigkeit;
 - » Erfahrung mit Öffentlichkeitsarbeit;
 - » überdurchschnittliches Engagement;
 - » sowie Reisebereitschaft und internationale Erfahrung
- gefordert wurden.

Die gesetzliche Normierung dieser oder ähnlicher materieller Anforderungen an den/die künftige/n Behindertenanwalt/Behindertenanwältin wäre aus Objektivierungsgründen gewiss zu befürworten. Allerdings birgt eine allzu detailliertere gesetzliche Regelung (oder eine relativ spezifisch formulierte Ausschreibung), die ein durchaus angemessenes Anforderungsprofil beinhalten mag, ein hohes **Risiko** in sich, gerade Menschen mit bestimmten Behinderungen (insbesondere **mittelbar**) dadurch zu **diskriminieren**, dass Anforderungen (zB hinsichtlich der Reisebereitschaft) gestellt werden, die von diesen idR schwerer erfüllt werden können. Insofern erscheint eine grundsätzliche Zurückhaltung bei der konkreten Normierung von Anforderungskriterien geboten bzw sollte sehr genau überprüft werden, inwieweit gewisse Kriterien für die Ausübung der künftigen Tätigkeit wirklich erforderlich sind bzw im Einzelfall nicht durch **andere Qualifikationen substituiert** werden können.

1.4. VERGLEICH MIT REGELUNGEN IN ANDEREN BEREICHEN

1.4.1. Regelungen des Bestellvorgangs

Bereits eine erste Analyse der für einen Vergleich am ehesten in Betracht kommenden „verwandten“ gesetzlichen Bestimmungen (vgl oben 2.) zeigt, dass diese zwar häufig mehr oder weniger detaillierte Regelungen im Hinblick auf die vom/ von der BewerberIn zu erfüllenden materiellen Voraussetzungen treffen. Umfangreichere Vorgaben hinsichtlich des **Verfahrens der Auswahl** finden sich dagegen überraschend **selten**.

Weitgehend üblich ist noch die Notwendigkeit einer **öffentlichen Ausschreibung** der zu besetzenden Position. Dies gilt insbesondere auch bezüglich der auf Landesebene teilweise bestehenden Behindertenanwaltschaften (vgl § 32 Abs 2 des Kärntner Chancengesetzes [K-ChG, KtnLGBl 2010/8 zuletzt idF 2010/97], § 52 Abs 2 des Steiermärkischen Behindertengesetzes [StmkBHG, StmkLGBl 2004/26 zuletzt idF 2010/81] sowie § 5 Abs 1 des Gesetzes über die Burgenländische Gesundheits-, Patientinnen-, Patienten- und Behindertenanwaltschaft [BglG GPB-A-G, BglGBl 2000/51 zuletzt idF 2009/11]). Hervorgehoben sei in diesem Zusammenhang das ORF-Gesetz (ORF-G, BGBl 1984/379 zuletzt idF BGBl I 2010/50), welches die Ausschreibungsverpflichtung **inhaltlich** dahingehend **konkretisiert**, dass in den Ausschreibungen „die mit dem Arbeitsplatz oder der Funktion verbundenen Erfordernisse und Aufgaben so zu formulieren“ sind, dass sie „Frauen und Männer gleichermaßen betreffen“. Die Ausschreibung darf darüber hinaus „keine Kriterien enthalten, die nicht in den Anforderungen der Stelle sachlich gründen und keine zusätzlichen Anmerkungen aufweisen, die auf ein bestimmtes Geschlecht schließen lassen“. Abgesehen vom zusätzlich geforderten, hier aber nicht relevanten Hinweis, dass Bewerbungen von Frauen für Arbeitsplätze besonders erwünscht sind, wenn der Anteil der Frauen in der gegenständlichen Verwendung oder Funktion unter 45vH liegt, ist der Auftrag bemerkenswert, dass das Personalauswahlverfahren „transparent und nachvollziehbar zu gestalten“ ist (§ 30g iVm § 27 ORF-G).

Besondere Erwähnung verdient darüber hinaus die Regelung des Kärntner Chancengesetzes, die nicht nur eine ausdrückliche **Beschränkung der Ausschreibung auf Menschen mit Behinderung** vorsieht, sondern auch die Verpflichtung enthält „die in Kärnten tätigen Organisationen für Menschen mit Behinderung“ **gesondert auf die Ausschreibung** des Postens des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin **hinzuweisen** (§ 32 Abs 2 K-ChG).

Eine nicht seltene Maßnahme zur Gewährleistung höherer Transparenz und Objektivität besteht in der gesetzlichen **Einbindung bestimmter Gremien**, durch die offenkundig ein hohes Maß an Sachverstand und/oder an politischer bzw demokratischer Legitimation sichergestellt werden soll. Dabei finden sich **zwei Grundformen**, zum einen jene eines **Anhørungs-, Stellungnahme- oder Vorschlagsrechts** eines zB aus verschiedenen Interessengruppen bestehenden „Beirats“ oÄ. Zum anderen gibt es Konstruktionen, bei denen solchen Gremien überhaupt die **Entscheidung** überantwortet wird.

Die **erste** Variante gilt insbesondere für die GleichbehandlungsanwältInnen, welche gemäß § 3 Abs 6 des Bundesgesetzes über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft (GBK-/GWA-G, BGBl 1979/108² zuletzt idF BGBl I 2001/7) erst nach **Anhörung** der gemäß § 2 dieses Gesetzes jeweils entsendungsberechtigten Interessenvertretungen und BundesministerInnen vom/von der Bundeskanzler/in zu bestellen sind. Eine ähnliche Konstruktion findet sich etwa bei der Bestellung der/des Kinder- und Jugendanwältin/anwalts in Salzburg durch die Landesregierung, der eine öffentliche Anhörung der BewerberInnen vor dem Jugendwohlfahrtsbeirat voranzugehen hat, wobei letzterer auch **von sich aus Vorschläge** für die Bestellung erstatten kann (§ 13 Abs 2 Sbg Kinder- und Jugendwohlfahrtsordnung, SbgLGBl 1992/83 zuletzt idF 2009/33).

2 Damals noch als Teil des ursprünglichen Gleichbehandlungsgesetzes.

Die Regelungen zur Bestellung des Kärntner Behindertenanwalts enthalten eine sehr gering ausgeprägte Einbindung, die aber angesichts des bereits oa begrenzten AdressatInnenkreises für die Ausschreibung nicht unplausibel erscheint: Nach § 32 Abs 3 K-ChG hat die Landesregierung auf das Ergebnis eines die Chancengleichheit der Bewerber gewährleistenden Auswahlverfahrens (Objektivierungsverfahren) Bedacht zu nehmen, wobei „mindestens zwei Vertreter der in Kärnten tätigen Organisationen für Menschen mit Behinderung, die repräsentativ Menschen mit Behinderung vertreten“ einzuladen sind, an diesem Verfahren teilzunehmen, also zB in eine allfällige ExpertInnenkommission **einzubeziehen** sind.

Stellungnahmerechte von im weitesten Sinn BetroffenenvertreterInnen finden sich etwa auch in § 207e Beamtendienstrechtsgesetz (BGBl 1979/333 zuletzt idF BGBl I 2010/111 - BDG), wonach bei der Besetzung von Leitungsfunktionen an Schulen ua der Schulgemeinschaftsausschuss einzubeziehen ist.

Während bei all diesen Beispielen letztlich die Entscheidung – wie bisher in § 13b BBG – dem jeweils **zuständigen obersten Organ**, zB dem/der BundeskanzlerIn oder dem/der BundesministerIn bzw der Landesregierung obliegt, werden in anderen Fällen Leitungsfunktionen von Gremien entschieden. Diese zweite Grundform ist erkennbar der Bestellung von Vorstandsmitgliedern in Kapitalgesellschaften etc nachgebildet, für die der jeweilige **Aufsichtsrat** zuständig ist.

Solche Konstruktionen finden sich etwa in § 22 ORF-G, wonach der Generaldirektor vom Stiftungsrat zu bestellen ist, der seinerseits zum Teil politisch bzw nach föderalen Gesichtspunkten sowie unter Einbeziehung von Publikums- und ArbeitnehmervertreterInnen zu besetzen ist (vgl § 20 ORF-G). Ein ähnliches Modell enthält das Universitätsgesetz 2002 (BGBl I 2002/120 zuletzt idF I 2011/13 – UG), nach dessen § 23 der/die RektorIn vom Universitätsrat zu wählen ist, dessen Mitglieder wiederum zu gleichen Teilen vom Senat (also letztlich von den VertreterInnen der Universitätsangehörigen) bzw von der

Bundesregierung zu bestellen sind, welche sich dann auf eine/n Vorsitzende/n als zusätzliches Mitglied zu einigen haben (vgl § 21 UG).

Schließlich finden sich auch Beispiele für eine **Mischung** der beiden Grundmodelle, so zB im Hinblick auf die Bestellung von Regulatoren. Hier sieht etwa § 3 KommAustria-Gesetz (BGBl I 2001/32 zuletzt idF I 2010/111 – KOG) vor, dass der/die Vorsitzende der KommAustria vom Bundespräsidenten auf Vorschlag der Bundesregierung bestellt wird, wobei es dafür allerdings – aufgrund der Verfassungsbestimmung in § 3 Abs 3 KOG – zusätzlich des Einvernehmens mit dem Hauptausschuss des Nationalrats bedarf.

Bei aller Würdigung der Bedeutung der Funktion des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin scheint es doch überzogen, dessen/deren Bestellung einem Gremium zu überantworten (das noch dazu selbst vielleicht erst geschaffen werden müsste). Angesichts des (offenbar derzeit nicht in Diskussion stehenden) Aufgabenkreises des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin muss zudem davon ausgegangen werden, dass es sich um eine unterstützende und beratende Funktion handelt, die eher der Vollziehung zugeordnet ist als der Gesetzgebung. Insofern erscheint auch eine Einbeziehung parlamentarischer Organe wie im KOG weder erforderlich noch zweckmäßig. Noch weitergehende Modelle, wie sie etwa bei der Wahl (im Grunde eigentlich: Endsendung) der Mitglieder der Volksanwaltschaft vorgesehen sind (vgl Art 148g B-VG), kommen daher von vornherein nicht in Betracht.

Wenn in der Folge daher eine Einbindung von sachverständigen und/oder der gesellschaftlichen Legitimation der Funktion des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin förderlichen Gremien empfohlen wird, dann lediglich (aber immerhin und durchaus bewusst) im Sinne von **Anhörungs-, Stellungnahme- oder Vorschlagsrechten**.

1.4.2. Regelungen des Anforderungsprofils

Was nun die Regelung der materiellen Anstellungsvoraussetzungen in „vergleichbaren“ Bereichen betrifft, differieren diese zwangsläufig im Hinblick auf die mit der zu besetzenden Position verbundenen Tätigkeiten und die daran anknüpfenden Anforderungen. Insofern können die in anderen Regelungen vorgesehenen Kriterien naturgemäß nur sehr beschränkt für die Bestellung des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin nutzbar gemacht werden.

Dies gilt umso mehr, als weder die Regelungen über die Bestellung der GleichbehandlungsanwältInnen noch jene über die Bestellung der BehindertenanwältInnen in den Bundesländern hier nähere Vorgaben treffen. Diesbezügliche Vorgaben fehlen auch hinsichtlich der in Deutschland bestehenden „Antidiskriminierungsstelle“ (vgl § 26 des deutschen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes). Einzig das StmkBHG sieht zwingend, aber im Grunde der derzeitigen Regelung im BBG weitgehend entsprechend, vor, dass der/die künftige Behindertenanwalt/Behindertenanwältin über Erfahrungen auf dem Gebiet der Behindertenhilfe sowie Kenntnis der einschlägigen Rechtsvorschriften verfügen muss (§ 52 Abs 3 StmkBHG).

Bei Betrachtung sonstiger gesetzlicher Vorgaben zur Bestellung von (Leistungs-) Funktionen fällt freilich ungeachtet der konkret normierten Anforderungen an den/die BewerberIn auf, dass diese häufig schon **im Gesetz** und nicht erst in der Ausschreibung näher spezifiziert werden. Geregelt werden dabei nicht immer nur die zu erfüllenden („positiven“) Anforderungen, sondern teilweise sind auch (mehr oder weniger detaillierte, aber nicht zuletzt auf eine gewisse Distanz zu [früheren] politischen Funktionen abzielende) **Unvereinbarkeitsbestimmungen** zu finden (so etwa in §§ 20 Abs 3, 26 Abs 2 und 3, 28 Abs 2 ORF-G, § 37 Abs 5 KOG oder § 21 Abs 4 und 5 UG).

Bemerkenswert ist auch, dass bisweilen sogar Kriterien hinsichtlich der Auswahl des/der konkreten Bewerbers/Bewerberin für den Fall bestehen, dass **mehrere Personen**

die Ernennungserfordernisse erfüllen (vgl etwa § 207f BDG bezüglich der Besetzung von Leitungsfunktionen an Schulen, wobei ua auch die in § 11c Bundes-Gleichbehandlungsgesetz [BGBl 1993/100 zuletzt idF BGBl I 2011/6 - (B-GlBG)] vorgesehene vorrangige Einstellung weiblicher BewerberInnen eine Rolle spielt). Angesichts der im vorliegenden Fall zu erwartenden wesentlichen geringeren Anzahl von (ernsthaft in Betracht zu ziehenden) BewerberInnen erscheinen derartige weitergehenden Determinierungen ebenso entbehrlich wie die – mit Blick auf die singuläre Stellung des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin – wenig zweckmäßige Vorrangregel im Hinblick auf Angehörige eines bestimmten Geschlechts.

1.5. VORSCHLÄGE FÜR EINE NEUREGELUNG DES BESTELLVORGANGES UND DER BESTELLUNGSKRITERIEN

Im Lichte der (oben 3.) herausgearbeiteten Schwächen der bisherigen Regelung des § 13d BBG sowie des Ziels einer **transparenten und objektiven** Neuregelung eines (auch als diese Kriterien erfüllend wahrgenommenen) Bestellvorganges und der (danach 4.) beispielhaft hervorgehobenen Ansätze anderer Regelungen bestehen naturgemäß **verschiedene Möglichkeiten** für eine Neugestaltung. Einige Ansatzpunkte scheinen allerdings besonders nahe liegend und verfolgenswert und werden daher in der Folge ausdrücklich empfohlen.

1.5.1. Ausschreibung

Jedenfalls sinnvoll erscheint zunächst die gesetzliche Normierung einer verpflichtenden **öffentlichen Ausschreibung** der Position des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin. Zwar wurde in der Praxis auch bisher eine solche vorgenommen, ungeachtet dessen würde eine **gesetzliche** Festschreibung wohl auch von Betroffenenorganisationen positiv bewertet. Auch wäre eine diesbezügliche Ergänzung relativ leicht zu bewerkstelligen und vermutlich auch politisch durchzusetzen.

Darüber hinaus wäre zu überlegen, in Orientierung an der Regelung im K-ChG, auch im BBG eine Verpflichtung zur **gesonderten Bekanntmachung der Ausschreibung bei einschlägigen Organisationen** vorzusehen. Dieser in Praxis wohl ebenfalls mit nicht allzu großem Aufwand zu bewerkstellende Schritt wäre nicht nur geeignet, sicherzustellen, dass insbesondere vermehrt mit den Belangen von Menschen mit Behinderungen befasste bzw selbst beeinträchtigte Personen von der Ausschreibung Kenntnis erlangen. Vielmehr würde das mit einer derartigen Regelung verbundene Signal, dass man auch (und vor allem) Wert auf Bewerbungen von Personen legt, die selbst von einer Behinderung betroffen sind, sicherlich allgemein **positiv bewertet**.

In Betracht zu ziehen wäre auch Konkretisierung der Ausschreibungsverpflichtung wie in der Regelung in § 30g ORF-G, etwa in der Form, dass diese einen Hinweis auf die **besondere Erwünschtheit der Bewerbung von Menschen mit Behinderungen** (sowie allenfalls auch jener von Frauen) zu enthalten hat.

Ob man demgegenüber soweit gehen will, die Position des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin und damit auch die Ausschreibung auf Menschen, die selbst dem Kreis der **Menschen mit Behinderungen** angehören, **zu beschränken**, erscheint sehr **zweifelhaft**. Zwar wäre eine derartige Regelung aus Sicht des Diskriminierungsschutzes, unabhängig von der grundsätzlich zu bejahenden Zulässigkeit „positiver“ Diskriminierungen, jedenfalls unproblematisch, käme sie doch nur Menschen mit, nicht aber solchen ohne Behinderung zugute. Auch Betroffenenorganisationen stünden einer diesbezüglichen Eingrenzung wohl positiv gegenüber, zumal eine Beschränkung auf (begünstigt) behinderte Personen auch in den Stellungnahmen zum Behindertengleichstellungspaket mehrfach urgiert worden war. Und schließlich würde die „Objektivität“ der Auswahlentscheidung bei Bestellung eines Menschen mit Beeinträchtigung wohl eher akzeptiert als bei einem ohne Behinderung.

Ungeachtet dessen erscheint es jedoch überaus unzweckmäßig und wenig sachgerecht, Menschen ohne Behinderung schon a-priori von der Position des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin auszuschließen. Letzten Endes werden damit unter Umständen sehr geeignete KandidatInnen von einer Bewerbung abgehalten. Da sich die künftige Bewerbungslage nicht absehen lässt, hätte eine derartige Regelung möglicherweise zur Folge, dass einmal nur KandidatInnen zur Auswahl stehen, die nicht optimal für die Funktion qualifiziert sind.

Insofern erweist sich wohl die Beibehaltung der bestehenden **Vorrangregel als der bessere Weg**, kann doch auch durch diese grundsätzlich sichergestellt werden, dass **im Zweifel** eine Person mit Behinderung zum Zug kommt.

Weitere „Reihungskriterien“ einschließlich einer Vorrangregel zu Gunsten **weiblicher Bewerberinnen** könnten überlegt werden. Angesichts der zu erwartenden geringen Anzahl von (ernsthaft in Betracht zu ziehenden) BewerberInnen sollten damit freilich nicht allzu hohe Erwartungen verknüpft werden.

1.5.2. Einbindung anderer Personen in den Entscheidungsprozess

Dass die **Bestellung** des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin letztlich dem zuständigen obersten Organ, dem/der **SozialministerIn**, obliegt, wurde bisher soweit ersichtlich nicht ernsthaft in Frage gestellt. Diese Konstruktion erscheint zweckmäßig und sachgerecht und diene daher auch als unverrückbarer Ausgangspunkt für die vorliegenden Überlegungen.

Sowohl der **Transparenz und Objektivität** der Auswahlentscheidung als auch und vor allem deren **Akzeptanz** förderlich wäre freilich die verpflichtende **Einbeziehung weiterer Personen** in den Bestellvorgang. Hier scheint jedenfalls eine **gesetzliche** Regelung ratsam, war doch im Zuge der bisherigen Bestellvorgänge ua die relativ undurchsichtige Zusammensetzung der „ExpertInnenkommission“ bzw die Unklarheit über deren Rolle im Zuge

der Auswahlentscheidung Gegenstand der Kritik. Auch wurde in den Stellungnahmen zum seinerzeitigen Entwurf mehrfach eine Einbindung insbesondere von Behindertenorganisationen gefordert. Dementsprechend sollte sowohl die **Zusammensetzung** des beizuziehenden Personenkreises als auch dessen **Befugnisse bzw Aufgaben im Bestellvorgang** nach Möglichkeit schon im **Gesetz** dezidiert festgelegt werden.

Dafür böte sich naturgemäß vor allem eine Einbeziehung des **Bundesbehindertenbeirats** (§§ 8 ff BBG) an. Dies gilt nicht nur im Hinblick darauf, dass dieses Gremium bereits besteht und gut funktioniert und daher keine neue Struktur etabliert werden müsste. Vielmehr würde auch dessen Zusammensetzung (vgl § 9 Abs 1) eine Einbindung verschiedener Interessengruppen sicherstellen und damit die Akzeptanz der späteren Entscheidung bei den von diesen vertretenen Personen nachhaltig erhöhen. Dies gilt wohl gleichermaßen für die dem Beirat angehörenden **VertreterInnen von Behindertenorganisationen** wie für jene der im **Nationalrat vertretenen Parteien**.

Da auch der Behindertenanwalt/die Behindertenanwältin selbst dem Bundesbehindertenbeirat angehört, käme im Falle einer gesetzlich verpflichtenden Einbindung des Bundesbehindertenbeirats auch dem/der bisherigen Behindertenanwalt/ Behindertenanwältin ein gewisses Mitspracherecht zu. Das mag im Hinblick auf die Beurteilung der Eignung des/der künftigen Nachfolgers/Nachfolgerin kein Nachteil sein, könnte aber jedenfalls dann zum Problem werden, wenn der/die bisherige Behindertenanwalt/Behindertenanwältin für eine Wiederbestellung kandidiert und vielleicht sogar mit anderen Bewerberinnen konkurrieren muss. Insofern würde ein diesbezüglicher **Ausschluss** des/der bisherigen Behindertenanwalts/Behindertenanwältin (wegen „Befangenheit“) geboten erscheinen. Der dennoch vermutlich in der Regel bestehende „Startvorteil“ im Falle einer Wiederkandidatur kann damit nicht beseitigt werden, ist aber notwendige Konsequenz der – weder hier noch in bisher bekannt gewordenen sonstigen Stellungnahmen problematisierten – Möglichkeit einer wiederholten Bestellung und als solcher in Kauf zu nehmen.

Hinsichtlich der **Art und Intensität der Einbindung** des Bundesbehindertenbeirates sollte zumindest die gesetzliche Einräumung einer **Stellungnahmemöglichkeit** zu den eingelangten Bewerbungen (wie für den Schulgemeinschaftsausschuss bei der Schulleiterbestellung in § 207e BDG) vorgesehen werden. Unter Umständen wäre auch eine verpflichtende **Konsultation** des Bundesbehindertenbeirates im Hinblick auf den **Ausschreibungstext** zu überlegen (s auch unten 5.3.).

Daraus kann – schon wegen der verfassungsrechtlichen Stellung als oberstes Organ – **keine Bindung des/der SozialministerIn** resultieren. Insofern kann auch keine Regelung in Betracht kommen, die eine Zustimmung des Bundesbehindertenbeirates vorsehen würde.

Sehr wohl denkbar und durchaus zu überlegen wäre eine Stärkung der Position des Bundesbehindertenbeirates in der Form, dass dieser **verlangen** kann, dass der/die **SozialministerIn** seine/n/ihre/n Kandidaten/Kandidatin vor der Bestellung vorstellt bzw die **Gründe** für seine geplante Auswahlentscheidung vorweg **erörtert**. Als Alternative könnte vorgesehen werden, dass die **BewerberInnen** (allenfalls nur jene, die in eine engere Wahl kommen), sich selbst in einem „**Hearing**“ dem Bundesbehindertenbeirat präsentieren müssen.

Noch weiter gehen würde eine Konstruktion, nach der die **Vorauswahl** der in die engere Wahl kommenden BewerberInnen durch den Bundesbehindertenbeirat vorgenommen wird und der/die SozialministerIn dann aus diesem Dreier-, Fünfer- oder wie auch immer Vorschlag auswählt. Angesichts der Größe und Heterogenität dieses Gremiums scheint eine solche Konstruktion freilich **unzweckmäßig**. Gleiches gilt für ein zwingend vorgesehenes Hearing, auch wenn die Bewerbungslage möglicherweise ganz eindeutig ist.

Eine wie immer geartete Form der Einbindung des Bundesbehindertenbeirates würde nicht ausschließen, dass sich der/die SozialministerIn im Hinblick auf die **Vorauswahl**

der BewerberInnen (evt auch die endgültige Entscheidung) – **intern** und zusätzlich – von einer „**ExpertInnenkommission**“ **beraten** lässt. Ein solches Procedere ist bei den meisten Leitungsfunktionen (zB in Form der Betrauung von Headhunters, dem Einsatz von Assessment Centers etc) üblich und kann angesichts der sonstigen Maßnahmen zur Gewährleistung höherer Transparenz und Objektivität nicht problematisiert werden. Insofern scheint eine diesbezügliche nähere gesetzliche Regelung entbehrlich.

1.5.3. Nähere Determinierung des Anforderungsprofils

Was das **Anforderungsprofil** des/der künftigen Behindertenanwalts/Behindertenanwältin betrifft, besteht wie bereits erwähnt zunächst die Schwierigkeit darin, dass bestimmte Anforderungen geeignet sein können, Menschen mit Behinderungen (mittelbar) zu benachteiligen. Darüber hinaus stellt sich naturgemäß die Frage, inwieweit eine **Konkretisierung schon im Gesetz** gewünscht oder zweckmäßig ist bzw eine solche **erst im Zuge der Ausschreibung** erfolgen soll.

Erstgenannte Variante brächte naturgemäß den Vorteil, dass die zu erfüllenden Anforderungen schon von vornherein und objektiv festgelegt wären. Das zweite Modell hat den Vorteil größerer **Flexibilität**, was eigentlich den Ausschlag geben sollte. Allerdings wäre – wie schon angeregt – zu überlegen, Dritte auf die eine oder andere Art und Weise – sei es im Rahmen eines Vorschlags- oder Stellungnahmerechts oder durch Befassung eines von diesem Gremium nominierten „ExpertInnenausschusses“ – schon in die **Erstellung des Ausschreibungstexts** einzubinden. Vorrangig anbieten würde sich auch in diesem Zusammenhang eine Einbeziehung des Bundesbehindertenbeirats.

Unabhängig von der Frage, ob bzw welche zusätzlichen Kriterien bereits im Gesetz geregelt sein sollten oder nicht, liegt hinsichtlich der **konkreten Anforderungen** grundsätzlich durchaus eine Orientierung an den bisherigen Ausschreibungen nahe. Freilich sind die geforderten Kriterien nicht nur im Lichte des Diskriminierungsschutzes, sondern

auch im Hinblick auf die im Schlichtungsverfahren mit AbgzNR Huainigg getroffene Vereinbarung (siehe oben 1.) einer Überprüfung zu unterziehen:

So sollte etwa bezüglich des Erfordernisses eines abgeschlossenen **Studiums** jedenfalls sichergestellt werden, dass dieses durch **vergleichbare Kenntnisse** auch tatsächlich **substituiert** werden kann und nicht Personen mit Studium, solchen, die ihre Qualifikation auf andere Weise darlegen können, gleichsam automatisch vorgereicht werden. Sollte das Studium aber doch als vorrangiges Kriterium eingesetzt werden, wäre eine Einschränkung auf bestimmte, besonders **einschlägige** Studien (etwa Rechtswissenschaften, Soziologie, Psychologie, Pädagogik, Politikwissenschaften oder auch Kommunikationswissenschaften) zu überlegen.

Fordert man jedoch wie bisher schon im Gesetz, dass der/die BewerberIn auf den **Gebieten der Belange von Menschen mit Behinderungen und der Gleichbehandlung über besondere Erfahrungen und Kenntnisse** verfügt und **ergänzt** dies allenfalls um Kenntnisse des Gleichbehandlungs- und Arbeits- und Sozialrechts sowie besondere Kenntnisse und Erfahrungen im Hinblick auf die späteren Aufgabengebiete, erschiene es sogar eher zielführend, die Forderung nach einem abgeschlossenen Studium überhaupt fallen zu lassen. Letztlich kann dieses Kriterium, ungeachtet dessen möglicher Substitution, Menschen mit Behinderungen unter Umständen vermehrt von einer Bewerbung abhalten.

Auch Anforderungen wie Führungs- und Managementenerfahrung, Organisationstalent, strategisches Denken, Eignung zur Menschenführung, Kommunikations-, Verhandlungs- sowie Teamfähigkeit oder insbesondere Reisebereitschaft und internationale Erfahrung sind geeignet, Menschen mit bestimmten Behinderungen mittelbar zu benachteiligen, können sie diese doch unter Umständen behinderungsbedingt nicht erfüllen. Da derartige Benachteiligungen im Lichte des **Diskriminierungsschutzes** einer **sachlichen Rechtfertigung** bedürfen, sollte nochmals überdacht werden, inwieweit diese Qualifikationen für die künftige Tätigkeit erforderlich sind. Dies vor allem in Anbetracht dessen,

dass dem Behindertenanwalt/der Behindertenanwältin zur Führung der laufenden Geschäfte nach § 13e Abs 1 BBG ein Büro und damit entsprechende MitarbeiterInnen zur Verfügung stehen. Auch haben die Landesstellen des Bundesamts für Soziales und Behindertenwesen den Behindertenanwalt/die Behindertenanwältin bei der Erfüllung seiner/ihrer Aufgaben, insbesondere bei der Abhaltung von Sprechtagen, nach Bedarf zu **unterstützen**. Daher wäre zu überlegen, einige dieser Kriterien (etwa internationale Erfahrung, Reisebereitschaft oder Führungs- und Managementenerfahrung) lediglich als **gewünschte (Zusatz-)Qualifikationen, nicht aber als Anstellungsvoraussetzung** festzulegen, sie aber jedenfalls im Zweifel nicht im Gesetz festzuschreiben.

Da die Tätigkeit als Behindertenanwalt/Behindertenanwältin nach den gesetzlichen Vorgaben die Aufgabe der bisherigen Tätigkeit nicht erfordert, ist weiters zu erwägen, ob im Hinblick auf die Wahrung der Objektivität des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin nicht auch **Unvereinbarkeitsbestimmungen** vorgesehen werden sollten, wobei freilich die Frage, welche (früheren) Tätigkeiten hier als unvereinbar anzusehen sein könnten, noch weiterer Überlegungen bedürfte.

Nicht zuletzt sei schließlich darauf hingewiesen, dass im Zuge der Neuregelung nach Möglichkeit sowohl die gesetzlichen Vorgaben als auch künftige Ausschreibungen **geschlechtsneutral formuliert** werden sollten.

1.6. ZWISCHENBILANZ

Die vorstehenden vorläufigen Überlegungen zu einer zukünftigen Regelung für die Bestellung des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin können wie folgt zusammengefasst werden.

- » Die **Bestellung** des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin soll **auch in Hinkunft** durch den/die **SozialministerIn** vorgenommen werden.

- » Zur Herstellung größerer **Transparenz** und **Objektivität**, welche auch in der **Öffentlichkeit** als solche **wahrgenommen** werden (können) muss, sollen aber mehrere **Vorkehrungen** getroffen werden, die grundsätzlich auch im **Gesetz** ihren Niederschlag finden sollten.
- » Dazu gehört zunächst die **verpflichtende öffentliche Ausschreibung** der Position des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin. Diese sollte mit einer gezielten **gesonderten Bekanntmachung bei einschlägigen Organisationen** sowie dem Hinweis auf die **besondere Erwünschtheit der Bewerbung von Menschen mit Behinderungen** verknüpft werden.
- » Da der Text der Ausschreibung auch nähere Hinweise zum Anforderungsprofil enthalten muss, es aber nicht zweckmäßig (und vielfach auch unmöglich) erscheint, die diesbezüglichen Kriterien allzu genau bereits im Gesetz zu fixieren, sollte eine Steigerung der Transparenz und Objektivität auf dieser Ebene vorrangig durch **Einbindung Dritter in die Erstellung des Ausschreibungstextes** erfolgen. Dafür käme vor allem der Bundesbehindertenbeirat oder ein von diesem legitimierter „ExpertInnenausschuss“ in Betracht.
- » Der **Ausschreibungstext** sollte zur **Vermeidung von möglichen Diskriminierungen** weniger unabdingbare Kriterien als **gewünschte (Zusatz-)Qualifikationen** enthalten.
- » **Als dafür maßgebende Kriterien sollten im Gesetz im Wesentlichen nur genannt werden:** Besondere Erfahrungen und Kenntnisse auf den Gebieten der Belange von Menschen mit Behinderungen und der Gleichbehandlung; Kenntnisse des Gleichbehandlungs- und Arbeits- und Sozialrechts; sonstige besondere Kenntnisse und Erfahrungen im Hinblick auf die späteren Aufgabengebiete.
- » Durchaus gesetzlich determiniert werden könnten allfällige **Unvereinbarkeitsbestimmungen**. Die Verpflichtung zur geschlechtsneutralen Ausschreibung sollte dagegen eigentlich selbstverständlich sein.
- » In jedem Fall beibehalten werden sollte die bestehende **Vorrangregel**, durch die am besten sichergestellt werden kann, dass **im Zweifel eine Person mit Behinde-**

rung zum Zug kommt.

- » Die „Zurückhaltung“ im Hinblick auf eine Determinierung der Kriterien sollte auf einer **Verfahrensebene** kompensiert und insoweit auch **gesetzlich abgesichert** werden. Dabei bietet sich vor allem eine **Einbindung des Bundesbehindertenbeirates** an. Diesem sollte jedenfalls die Möglichkeit zur **Stellungnahme** zu den eingelangten Bewerbungen eingeräumt werden. Der/die SozialministerIn sollte die Bestellung erst vornehmen dürfen, wenn diese Möglichkeit genutzt wurde, oder der Beirat eine ihm eingeräumte angemessene Frist (zB sechs Wochen) ungenützt hat verstreichen lassen.
- » Eine stärkere Einbindung könnte darin bestehen, dass der/die **SozialministerIn aufgefordert** werden kann, seine/ihre geplante **Entscheidung** vor dem Bundesbehindertenbeirat zu **begründen** bzw mit diesem zu **erörtern**.
- » Alternativ könnte dem Bundesbehindertenbeirat das Recht eingeräumt werden, ein **Hearing** der in die engere Wahl gezogenen BewerberInnen durchzuführen und dann eine Stellungnahme abzugeben. Aus zeitökonomischen Gründen sollte dieses Hearing aber nur aufgrund eines ausdrücklichen **Verlangens** durchgeführt werden.
- » Eine **zusätzliche Beratung** des/der SozialministerIn bei der Vorauswahl bzw Endentscheidung durch eine ExpertInnenrunde muss dem/der SozialministerIn **unbenommen** bleiben (und bedarf insoweit auch keiner gesetzlichen Regelung).

2. ÜBERLEGUNGEN ZUR BEURTEILUNG EINER VORÜBERGEHENDEN VERHINDERUNG DES BEHINDERTENANWALTS/DER BEHINDERTENANWÄLTIN

2.1. AUSGANGSLAGE UND PROBLEMSTELLUNG

Nach § 13b Bundesbehindertengesetz (BGBl 1991/695 zuletzt idF BGBl I 2010/ 111, BBG) ist vom Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz ein „Anwalt für Gleichbehandlungsfragen für Menschen mit Behinderungen (Behindertenanwalt)“

zu bestellen. Diese Bestellung hat nach § 13d Abs 1 BBG grundsätzlich auf die Dauer von vier Jahren zu erfolgen. Ein vorzeitiges Ausscheiden ist nach Abs 4 dieser Bestimmung nur in Form einer Enthebung durch den/die SozialministerIn vorgesehen, die auf Antrag des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin selbst oder im Falle einer Pflichtenvernachlässigung in Betracht kommt.

Regelungen über die persönliche Rechtsstellung des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin finden sich von den beiden nachstehenden Ausnahmen abgesehen weder im BBG noch sind solche in anderen Gesetzen ersichtlich. Die erste Ausnahme betrifft die Weisungsfreiheit des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin nach § 13c Abs 1 letzter Satz BBG, die hier nur in einem einzigen Aspekt eine Rolle spielt (vgl 2.).

Die zweite Ausnahme bezieht sich auf seinen/ihren Vergütungs- und Aufwändersatzanspruch. Dabei wird differenziert, ob der Behindertenanwalt/die Behindertenanwältin im aktiven Bundesdienst steht oder ob es sich um eine sonstige Person handelt. Im ersteren Fall werden Ansprüche nach den für Bundesbedienstete geltenden Vorschriften vorausgesetzt (also insb nach BDG, GehG, VBG oder RGV), die einfach weiterbestehen, auch wenn die betreffende Person ihre Aufgaben als Bundesbedienstete/r nicht oder nur eingeschränkt wahrnimmt, weil sie die zur Erfüllung ihrer Aufgaben als Behindertenanwalt/Behindertenanwältin erforderliche freie Zeit in Anspruch nimmt (vgl § 13e Abs 2 BBG).

Bei Personen, die nicht im aktiven Bundesdienst stehen, richtet sich der Aufwändersatz dagegen nach den für Schöffen und Bestimmungen des Gebührenanspruchsgesetzes. Die Höhe der Vergütung obliegt einer Festlegung durch den/die SozialministerIn im Einvernehmen mit dem/der FinanzministerIn (§ 13e Abs 3 letzter Satz BBG).

Gesetzliche Regelungen über die vorübergehende Verhinderung des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin und die damit verbundenen Rechtsfolgen finden sich dagegen nicht. Aus aktuellem Anlass stellt sich nun die Frage, **inwieweit solche Ver-**

hinderungen überhaupt beachtlich sind, ob sie allenfalls eine Enthebung notwendig machen oder welche sonstigen Rechtsfolgen damit verbunden sind.

2.2. FOLGEN EINER VORÜBERGEHENDEN VERHINDERUNG

2.2.1. Bestehen einer Regelungslücke

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass es sich bei dem/der Behindertenanwalt/Behindertenanwältin offenkundig um keine/n ArbeitnehmerIn und auch um keine/n öffentliche/n DienstnehmerIn handelt. Ersteres scheidet bereits aufgrund der Weisungsfreiheit nach § 13c Abs 1 letzter Satz BBG aus. Zweiteres kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil dann die Regelungen in § 13e Abs 2 und 3 BBG überflüssig wären. Vorschriften über die Entgeltfortzahlung bei Krankheit oder sonstigen wichtigen Hinderungsgründen wie etwa in § 8 AngG oder § 24 VBG bzw § 12c GehG finden daher ebenso wenig Anwendung wie gesetzliche Regelungen über Karenzansprüche wie in §§ 15 ff allenfalls iVm §§ 18 ff MSchG oder §§ 2 ff VKG.

Wenn sich auch in den Regelungen nach § 13e Abs 3 letzter Satz BBG über die Vergütung oder in einem allfälligen Vertrag mit dem/der Behindertenanwalt/Behindertenanwältin dazu nichts findet, besteht hier somit offenkundig eine Regelungslücke. In Ermangelung einer wirklichen Vergleichbarkeit der Situation kann diese Lücke wohl nicht durch analoge Anwendung der oben angeführten arbeits- bzw dienstrechtlichen Bestimmungen geschlossen werden.

2.2.2. Wertungen des BBG

Dennoch enthält das BBG einige Hinweise, aus denen zu schließen ist, dass vorübergehende Verhinderungen des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin insoweit unschädlich sind, als sie keine Enthebung erforderlich machen.

Insb ist hier darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber zwar eine dauerhafte Funktion angestrebt hat, dass er aber offenbar davon ausgegangen ist, dass die Aufgabe des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin auch als „Nebentätigkeit“ bzw in „Teilzeit“ ausgeübt werden kann. Dafür spricht die Entgeltregelung für aktive Bundesbedienstete in § 13e Abs 2 BBG (insb arg „notwendige freie Zeit“) ebenso wie die Vorkehrungen für ein Büro und sonstige Voraussetzungen für die Geschäftsführung in Abs 2 dieser Bestimmung. Das völlige Fehlen von zeitlichen Vorgaben für die Erfüllung der Aufgaben (arg § 13c Abs 1 BBG: „kann ... abhalten“, Abs 2 leg cit: „kann ... durchführen“, auch der Tätigkeitsbericht nach Abs 3 dieser Bestimmung ist nur einmal pro Jahr zu legen) legt ebenfalls die Unschädlichkeit vorübergehender Verhinderungen nahe.

In Ermangelung ausdrücklicher gegenteiliger Regelungen in der Vergütungsfestsetzung bzw einem allfälligen Vertrag wird daher **die Vergütung auch für die Zeit vorübergehender Verhinderungen zu leisten sein.**

Wenn insofern also sogar eine Art „Entgeltfortzahlungsanspruch“ besteht, müsste bei einer Freistellung, für die gar keine Bezüge beansprucht werden, wie im Falle einer Mutter- oder Vaterschaftskarenz, sogar eine noch großzügigere Sichtweise Platz greifen.

Dabei ist freilich zu berücksichtigen, dass es bei den Regelungen der §§ 13b ff BBG nicht um den Schutz des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin geht, sondern vor allem darum, dass dessen/deren **Funktion** möglichst **dauerhaft** und **kontinuierlich** sichergestellt werden soll. Das ergibt sich nicht zuletzt aus der Interimsregelung für den/die bisherige/n AmtsinhaberIn bis zur Bestellung eines/ einer Nachfolgers/ Nachfolgerin in § 13d Abs 1 BBG.

Auch die Enthebungsregeln in § 13d Abs 4 BBG sind vor allem im Lichte dieser Funktionswahrung zu sehen. Es ist demnach der/die SozialministerIn, der/die sicherzustellen hat, dass die Funktion des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin entsprechend

ausgefüllt ist. Das Gesetz stellt dabei – neben dem freiwilligen Ausscheiden – nur auf Verfehlungen oä ab, indiziert doch die Formulierung „vernachlässigt“ zunächst ein schuldhaftes Verhalten des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin.

2.2.3. Maßgeblichkeit von Ursache und Dauer der Verhinderung

Für die Beurteilung, ob eine solche „Vernachlässigung“ vorliegt, wird es daher insb auf die **Ursachen für die Nichterfüllung** der Aufgaben ankommen. Daneben wird aber auch die **Dauer der Verhinderung** eine Rolle spielen (müssen), wobei die beiden Kriterien wohl im Zusammenspiel zu bewerten sind: Demnach wird bei schwereren Verfehlungen bereits früher mit einer Enthebung vorzugehen sein, während bei besonderen Rechtfertigungsgründen für die Nichterfüllung der Pflichten auch längere Verhinderungen tolerierbar scheinen. Dabei wird auch zu berücksichtigen sein, ob die Verhinderung **vorhersehbar** ist, so dass anderweitig Vorkehrung getroffen werden kann, damit die Aufgaben des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin weiter wahrgenommen werden können.

Dass es sich bei einer Karenzierung wegen Vater- oder Mutterschaft angesichts der erwähnten arbeits- und dienstrechtlichen Regelungen und auch im Lichte des Grundrechts auf Achtung des Familienlebens (Art 8 Abs 1 EMRK) um einen **besonderen Rechtfertigungsgrund** handelt, kann nicht bezweifelt werden. Dass in diesem Fall auch nicht mit einer Enthebung vorzugehen ist, lässt sich zudem auch auf die offenkundige Vorhersehbarkeit der (Dauer der) Verhinderung stützen.

Dennoch kann diese Verhinderung **nicht beliebig lange** dauern. Ab einem gewissen zeitlichen Ausmaß der Verhinderung ist die Funktion des Behindertenanwalts/der Behindertenanwältin nicht mit „Ersatzlösungen“ und mit Hilfe des Büros aufrechtzuerhalten, sodass von einer gleichsam **„objektiven Vernachlässigung“** ausgegangen werden muss, die eine Enthebung nach § 13d Abs 4 BBG erforderlich macht.

Wann dies der Fall ist, lässt sich auf dieser Ebene **nicht präzise** festmachen. Die Dauer des gesetzlichen Karenzurlaubes nach § 15 Abs 1 MSchG bzw § 2 Abs 1 VKG (bis zur Vollendung des zweiten Lebensjahres des Kindes) wird jedoch als eindeutig zu lange anzusehen sein. Aus der vom BBG angestrebten Kontinuität und unter Berücksichtigung der für eine Vertretung erforderlichen Einarbeitungszeit wird – zumal im Lichte der jährlichen Berichtspflicht an den/die SozialministerIn nach § 13c Abs 3 – sogar zu schließen sein, dass bereits eine Karenz von **einem Jahr nicht mehr in Betracht** kommen kann.

Kürzere Verhinderungen scheinen dagegen solange unproblematisch, als durch andere Vorkehrungen die Funktionsfähigkeit der Institution Behindertenanwalt gewährleistet werden kann.

2.3. ZWISCHENBILANZ

- » Die dennoch bestehenden Unsicherheiten legen nahe, die Frage der (noch vertretbaren Dauer von) Verhinderungen **ausdrücklich zu regeln**. Kurzfristig kann das zwar individuell mit dem/der jeweiligen Behindertenanwalt/Behindertenanwältin erfolgen. Auf Sicht sollte aber unbedingt eine **gesetzliche Regelung** getroffen werden, wie sie sich etwa für die GleichbehandlungsanwältInnen in § 3 Abs 7 bis 9 GAW-G finden.
- » Gleichwohl ist zu betonen, dass die dortigen strengen Regelungen (zB Ruhen der Funktion bereits nach drei Monaten Karenzierung) angesichts der umfassenderen Aufgabenstellung im Bereich des GIBG nicht unbedingt übernommen werden müssen (und aus diesem Grund aus ihnen wohl auch nichts für die Auslegung der hier zu beurteilenden Frage zu gewinnen ist).

ANHANG II: VERZEICHNIS VERWENDETER QUELLEN

Literatur:

Beitrag des Behindertenanwalts Dr. Erwin Buchinger zum 1. Staatenbericht der Republik Österreich an die Vereinten Nationen über die Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention, online abrufbar unter http://www.bmsk.gv.at/cms/site/attachments/1/o/8/CHo450/CMS1234776769957/beitrag_behindertenanwalt.pdf (abgefragt am 1.12.2011).

Buchner, Tobias, Das soziale Modell von Behinderung. „Supported Decision-Making“ und Sachwalterrecht: ein Spannungsfeld?, iFamZ 2011, 266 ff.

Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, Erster Staatenbericht Österreichs zur UN-Behindertenrechtskonvention (2010).

Davy, Ulrike, Der Gleichheitssatz des österreichischen Rechts und Menschen mit Behinderung, in Eisenberger, Iris/ Golden, Iris/ Lachmayer, Konrad/ Marx, Gerda/ Tomasovsky, Daniela (Hrsg), Norm und Normvorstellung. Festschrift für Bernd-Christian Funk zum 60. Geburtstag, (Springer, 2003), 63 ff.

Egger, Johann, Die (erweiterte) Gleichbehandlungsrichtlinie 2004/113/EG der EU und ihre Umsetzung im österreichischen Recht, in Barta, Heinz/ Radner, Thomas/ Held, Linda/ Scharnreitner, Heidi-Theresa, Festschrift für Martin Binder (Linde 2010), 239 ff.

Fasching, Hans W./ Konecny, Andreas (Hrsg), Zivilprozeßgesetze. Kommentar 2. Band, 2. Teilband: §§ 74-225 ZPO, 2. Auflage (Manz, 2003).

Geismann, Bernhard, Risikoprüfung in der Pensionsversicherung - Diskriminierung von Behinderten? Die „Behinderten-Konvention“, VR 2008 H 5, 15 ff.

Graf-Schimek, KSchG-Verbandsklage im Arbeitsrecht? ZAS 2011, 220 ff.

Hofer/ Iser/ Miller-Fahringer/ Rubisch, Behindertengleichstellungsrecht Kommentar (NWV, 2006).

Hopf/ Mayr/ Eichinger, GIBG. Gleichbehandlung – Antidiskriminierung. Kommentar (Manz, 2009).

Institut für interdisziplinäre Nonprofit Forschung an der Wirtschaftsuniversität Wien/ Contrast management-Consulting GmbH, Wirkungsorientierte Evaluierung des österreichischen Behindertengleichstellungsrechts, Dezember 2010

Kodek, Georg, Die Verbandsklage nach § 29 KSchG im Arbeitsrecht, DRdA 2007, 356 ff.

Mayer, Susanne, Behinderung und Arbeitsrecht (LexisNexis, 2010).

Mazal, Wolfgang/ Risak, Martin, Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (LexisNexis, Loseblattausgabe ab 2002).

Neumayr, Matthias/ Reissner, Gert-Peter (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, 2. Auflage (Manz, 2011).

Perner, Stefan, Geschlechtertarife im Versicherungsrecht unzulässig. Bemerkungen anlässlich EuGH 1. 3. 2011, C-236/09, Test-Achats, ÖJZ 2011/35, 333 f.

Rebhahn, Robert (Hrsg), GIBG Kommentar (Springer, 2005).

Ritzberger-Moser, Anna, Gleichbehandlung und Versicherungen, zuvo 2008/62, 95 ff.

Schauer, Martin, Das UN-Übereinkommen über die Behindertenrechte und das österreichische Sachwalterrecht. Auswirkungen und punktueller Anpassungsbedarf, iFamZ 2011, 258 ff.

Schindler, René, Zur Umsetzung des EU-Rechts in Österreich Teil 2, DRdA 2003, 523 ff.

Schrank, Franz/ Tomandl, Theodor, Ausgewähltes zum neuen Behindertenschutz, ZAS 2006/31, 200 ff.

Walter/ Mayer/ Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 10. Auflage (Manz, 2007).

Widy/ Ernst, Kommentar zum Behinderteneinstellungsgesetz, 7. Auflage (2011).

Entscheidungen:

EuGH 1.3.2011, C-236/09, Test-Achats, RdW 2011/220, 222.

OGH 28.2.2011, 9 Ob A 1/11d.

OGH 15.12.2009, 1 Ob 189/09i, Zak 2010/119, 78 = RdM-LS 2010/17, 61 = ecolex 2010, 113 (Wilhelm) = JBl 2010, 457 = AnwBl 2010/8246, 320 (Huber) = ÖJZ EvBl-LS 2010/82, 521 = RZ 2010/EÜ 124, 211.

OGH 6.5.2008, 1 Ob 8/08w, ecolex 2008/236, 636 = JBl 2008, 661 = ÖJZ EvBl 2008/154, 809 = RZ 2008/EÜ 431, 283 = ÖGZ 2008 H 9, 67 = SZ 2008/59.

OGH 2.4.2009, 8 Ob A 8/09y, JBl 2009, 598 = RdW 2009/532, 542 = PVP 2009/79, 238 = ecolex 2009/242, 619 = ÖJZ EvBl 2009/103, 716 (Mayr) = ASoK 2009, 395 = ZAS-Judikatur 2009/109, 275 = ASoK 2009, 290 (Korenjak) = DRdA 2009, 427 = infas 2009,

A 56 = ARD 5970/1/2009 = RZ 2009/EÜ 291/292, 195 = RZ 2009/EÜ 293/294, 196 = ZAS 2010/5, 29 (Majoros) = DRdA 2010/48, 498 (Weiß) = Arb 12.807 = SVSlg 57.366.

OLG Wien 18.1.2010, 9 Ra 129/09w, Zak 2010/214, 122 = ARD 6051/6/2010 = ZAS-Judikatur 2010/104, 219.

OLG Karlsruhe (Senat Freiburg) 27.5.2010, 9 U 156/09, NJW 2010, 2668.

Gesetzesmaterialien

Ausschussbericht 1028 BlgNR 22. GP.

Ausschussbericht 785 BlgNR 20. GP.

Entschließungsantrag 306/A BlgNR 24. GP.

Initiativantrag 342/A BlgNR 20. GP.

Ministerialentwurf 182 BlgNR 22.GP.

Regierungsvorlage 836 BlgNR 22. GP.

Regierungsvorlage 938 BlgNR 24. GP.

Sonstige Quellen

Allgemeinen Unfallversicherungsbedingungen der Allianz Elementar Versicherung-AG 2011, online abrufbar unter http://www.allianz.at/export-/sites/allianz_k/_galleries/documents/services/Allgemeine_Unfallversicherungsbedingungen_AUVB2011_110420.pdf (abgefragt am 1.12.2011).

Allgemeinen Unfallversicherungsbedingungen der Allianz Elementar Versicherungs-AG 2003, online abrufbar unter https://ssl.chegg.net/references/referencesmodul/upload/903622546_allianzaubv2003.pdf (abgefragt am 1.12.2011).

Allgemeinen Unfallversicherungsbedingungen der Wiener Städtische AG, online abrufbar unter http://www.onlineversichert.com/PDF/bedingungen-_17v_top4oolarge.pdf (abgefragt am 1.12.2011).

Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Krankheitskosten- und Krankenhaustagegeldversicherung [AVBKV 2004] der Generali Gruppe, online abrufbar unter http://www.generali.at/fileadmin/media/generali_kranken-versicherung.pdf (abgefragt am 1.12.2011).

Europäisches Parlament, Legislative Entschließung vom 2. April 2009 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, ABl C 137E/2010, 68-87.

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, KOM (2008), 426 endg.

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, KOM (2003) 657 endg.

Reiseschutz-Versicherungsbedingungen der Ärzteflugambulanz (OAFa), gültig ab 1.8.2011,

online abrufbar unter <http://www.oafa.at/download/Versicherungs-Bedingungen.pdf?GSAG=694fe67b4433f4081afceae9e2570f43> (abgefragt am 1.12.2011).

Richtlinie 2004/113/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl L 373/2004, 37-43.

Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl 2000/303, 16-22.

Schlichtungsdatenbank der Organisation Bizeps, <http://www.bizeps.or.at/gleichstellung/schlichtungen/> (abgefragt am 1.12.2011).

Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen der Vereinten Nationen, BGBl III 2008/155.