



**REPUBLIK ÖSTERREICH**  
BUNDESMINISTERIUM FÜR JUSTIZ

GZ 7.361/10-1 6/89

An das  
Präsidium des  
Nationalrats

W i e n

Museumstraße 7  
A-1070 Wien

Briefanschrift  
A-1016 Wien, Postfach 63

Telefon  
0222/96 22-0\*

Telefax  
0222/96 22/727

Fernschreiber  
131264 jusmi a

Teletex  
3222548 = bmjust

Sachbearbeiter

Klappe

(DW)

Betreff: GESETZENTWURF	
ZL	PL ..-Ge/98
Datum: 1. DEZ. 1989	
Verteil: 4. Dez. 1989	

*St. Hayek*

**Betreff:** Stellungnahme des Bundesministeriums für Justiz zum Entwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Gleichbehandlungsgesetz geändert wird; Begutachtungsverfahren.

Das Bundesministerium für Justiz beeckt sich mit Beziehung auf die Entschließung des Nationalrats vom 6.7.1961, 25 Ausfertigungen seiner Stellungnahme zu dem im Gegenstand angeführten Gesetzesentwurf zu übermitteln.

28. November 1989

Für den Bundesminister:

TADES

Für die Richtigkeit  
der Auszertigung:

*Wuhr*





**REPUBLIK ÖSTERREICH**  
BUNDESMINISTERIUM FÜR JUSTIZ

GZ 7.361/10-I 6/89

An das  
Bundesministerium für  
Arbeit und Soziales

Stubenring 1  
1010 Wien

Museumstraße 7  
A-1070 Wien

Briefanschrift  
A-1016 Wien, Postfach 63

Telefon  
0222/96 22-0\*

Telefax  
0222/96 22/727

Fernschreiber  
131264 jusmi a

Teletex  
3222548 = bmjust

Sachbearbeiter

Klappe (DW)

Betrifft: Arbeitsrecht.  
BMAS: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das  
Gleichbehandlungsgesetz geändert wird.  
Begutachtungsverfahren.  
Stellungnahme des Bundesministeriums für Justiz.

zu Zl. 30800/97-V/3/1989

Mit Beziehung auf das Schreiben vom 10.10.1989 beeckt  
sich das Bundesministerium für Justiz, zum übersendeten  
Gesetzesentwurf wie folgt Stellung zu nehmen:

Zu Artikel I Z 2 (§ 2a)

Zu der vorgesehenen Regelung ist zunächst - unabhängig  
von ihrem Inhalt - grundsätzlich folgendes festzuhalten:

Es erscheint fraglich, ob dem Schadenersatzrecht  
- zumindest derzeit - jener "erzieherische Effekt" zu-  
kommt, den sich die Verfasser(innen) offenbar davon ver-  
sprechen. Ohne Zweifel kann eine drohende zivilrechtliche



Haftung (ebenso wie strafrechtliche Sanktionen) in einem gewissen Ausmaß Verhalten steuern und Normenverstöße hinter anhalten. Diese "Präventivwirkung" darf allerdings nicht überschätzt werden, weil - wie die Erläuterungen (Seite 17) richtig hervorheben - die Beseitigung von Diskriminierungen vornehmlich eine Bewußtseinsänderung in der Bevölkerung voraussetzt. Eine derartige Änderung der Einstellungen und Anschauungen kann nicht staatlich "verordnet" werden, sie bedarf vielmehr eines gesellschaftlichen Entwicklungsprozesses. Genausowenig kann die wünschenswerte Gleichbehandlung quasi "durch die Hintertür" mittels entsprechender schadenersatzrechtlicher "Rahmenbedingungen" erzwungen werden. Ob nämlich eine Diskriminierung (als Voraussetzung für Schadenersatz) vorliegt, ist letztlich eine Wertentscheidung, die in hohem Maß von außerrechtlichen Gegebenheiten abhängt. Allerdings ist zu erwarten, daß mit der angesprochenen Entwicklung auch schadenersatzrechtliche Bestimmungen greifen werden.

Unabhängig von diesen prinzipiellen Erwägungen ist zu den vorgeschlagenen Bestimmungen folgendes zu sagen:

Der Ersatz eines dem Geschädigten entstandenen Nachteils setzt voraus, daß dieser dem Schädiger zugerechnet werden kann. Als Zurechnungsgründe kommen bei der Verschuldenshaftung nach den §§ 1295 ff ABGB das schuldhafte und rechtswidrige Verhalten des Schädigers, bei der Gefährdungshaftung die besondere Gefährlichkeit eines an sich zulässigen Verhaltens des Schädigers in Betracht. Nur in Ausnahmefällen wird eine Haftung ohne Verschulden und ohne "Gefährlichkeit" gesetzlich anerkannt, etwa bei der Schadenersatzbestimmung des Art. 5 Abs. 5 MRK für rechtswidrige Freiheitsentziehungen. Diesen Grundsätzen scheint der Entwurf nicht gerecht zu werden, da die Haftung des Arbeitgebers ausschließlich auf die von ihm zu vertretende Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes gegründet wird.



Weitere Voraussetzungen, insbesondere ein Verschulden an dieser Verletzung, sind nicht vorgesehen. Darüber sollte nach Auffassung des Bundesministeriums für Justiz noch einmal nachgedacht werden; allenfalls könnte in den Erläuterungen darauf hingewiesen werden, daß sich die allgemeinen Voraussetzungen für den Schadenersatz nach § 2a nach den §§ 1295 ff ABGB richten, daß also eine Verschuldenhaftung statuiert wird. Sollte ein Verschulden jedoch nicht Haftungsvoraussetzung sein, so wäre es nach Ansicht des Bundesministeriums für Justiz fraglich, ob das Argument, die Durchsetzung des Anspruchs auf Gleichbehandlung müsse erleichtert werden (Seite 24 der Erläuterungen), eine derart gravierende Abweichung von allgemeinen Grundsätzen rechtfertigt und im Hinblick auf Art. 7 B-VG verfassungskonform ist.

Problematischer erscheint es, wenn der Arbeitgeber in § 2a Abs. 1 und 5 verpflichtet wird, dem Stellenwerber das in den ersten sechs Monaten erzielbare Entgelt zu ersetzen. Anders als beispielsweise nach den §§ 1155 Abs. 1 und 1162b ABGB, muß sich der Stellenwerber auf diesen Anspruch nicht anrechnen lassen, was er sich infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat. Die Erläuterungen (Seite 22) lassen daran denken, daß dieser Ersatzanspruch einen Ausgleich für die mit einer Diskriminierung verbundene Verletzung des Persönlichkeitsrechts darstellen soll; sollte der Entwurf tatsächlich von diesen Überlegungen ausgehen, so müßte wohl im Text ausdrücklich gesagt werden, daß der Arbeitgeber dem Stellenwerber auf Grund der Verletzung dessen Rechtes auf Gleichbehandlung haftet. In den Erläuterungen müßte gleichzeitig klargestellt werden, daß es sich um immateriellen Schadenersatz handelt, ähnlich dem Schmerzengeld (§ 1325 ABGB) oder dem Ersatz für rechtswidrige Freiheitsentziehungen.



(§ 1329 ABGB). Ohne derartige Ergänzungen könnte der vorgesehene Anspruch nur als "zivilrechtliche Strafe" angesehen werden, die schon im Hinblick auf die Bestimmung des § 2 Abs. 8, die eine von den Gerichten auszufüllende Anscheinsbeweisregelung für das Vorliegen einer benachteiligenden Differenzierung enthält, höchst bedenklich wäre.

Die Erläuterungen (Seiten 22 f), wonach dem Gericht nicht die Festlegung des Schadenersatzanspruchs, wohl aber die Festsetzung der Höhe des Entgeltes überlassen werden bzw. obliegen sollte, müßten richtiggestellt werden. Über Schadenersatzansprüche haben immer die Gerichte - im Rahmen der vom Gesetz vorgesehenen Grundlage - zu entscheiden. Überhaupt sollten sich die Erläuterungen mehr mit der Einordnung der vorgeschlagenen Bestimmungen in das österreichische Recht und nicht so sehr mit möglichen internationalen Entwicklungen beschäftigen.

Zu Artikel I Z 6 (§ 3a):

In Anbetracht der Vielzahl für eine solche Aufgabe geeigneter Frauen wird wohl stets die "Möglichkeit" bestehen, Personen weiblichen Geschlechts zur Gleichbehandlungsombudsperson oder zu deren Stellvertreter zu bestellen. Im übrigen fragt es sich, ob es in diesem Zusammenhang nicht ehrlicher wäre, entweder gleich von einer Gleichbehandlungsombudsfrau und deren Stellvertreterinnen zu sprechen (zumal "Ombudsperson" nicht gerade eine glückliche Wortbildung darstellt) oder aber auf den zweiten Satz des Abs. 1 überhaupt zu verzichten. Jedenfalls steht der zweite Satz des § 3a Abs. 1 in einem Spannungsverhältnis zu den §§ 2c und 13a, in denen geschlechtsneutrale Stellenausschreibungen geboten und zusätzliche Anmerkungen, "die auf ein bestimmtes Geschlecht schließen lassen", (unter Strafandrohung) verboten werden.



Die in Abs. 7 vorgenommene Formulierung "so hat sie zu versuchen, den Arbeitgeber freiwillig zur Einhaltung dieses Gesetzes zu bewegen" scheint sprachlich mißglückt, da sich die Freiwilligkeit richtigerweise auf die Gesetzes-einhaltung beziehen soll, sie ist im übrigen auch entbehrlich, da der Arbeitgeber zur Einhaltung der Gesetze an sich verpflichtet ist. Es wird daher vorgeschlagen, statt dessen die Formulierung "so hat sie den Arbeitgeber auf die Folgen einer Nichteinhaltung dieses Gesetzes ausdrücklich hinzuweisen" zu verwenden (ebenso § 15a Abs. 5).

Es sollte jedenfalls klargestellt werden, welchen Parteien die Ombudsperson als Nebenintervent beitreten kann (s. § 17 Abs. 1 ZPO). Die vorgeschlagene Regelung im Abs. 10 sagt darüber nichts aus. Es ist daher unklar, ob der Beitritt nur auf Seiten des auf Leistung klagenden Arbeitnehmers möglich sein soll, was offenbar gewollt sein dürfte, oder auch auf Seiten der gemäß § 6 Abs. 3 auf Feststellung klagenden Interessenvertretungen.

Da einerseits die Nebenintervention das Prozeßkostenrisiko des Arbeitgebers beträchtlich erhöht und andererseits nicht jeder Arbeitnehmer unbedingt an einer Nebenintervention der Ombudsperson interessiert sein wird, sollten die Voraussetzungen für den Beitritt als Nebenintervent näher festgeschrieben werden, etwa im Sinn des § 29 Abs. 3 DSG, zumal ja bei der gesetzlichen Nebenintervention das Korrektiv der gerichtlichen Prüfung des rechtlichen Interesses des Nebeninterventen im konkreten Einzelfall wegfällt.



Zu Artikel I Z 16 (§ 10c):

Die im § 10c Abs. 1 aufgenommenen Bestimmungen, bei deren Zuwiderhandlung eine Geldstrafe verhängt werden kann, richten sich zum Teil nicht nur an den Rechtsunterworfenen, sondern enthalten auch Richtlinien für die Ombudsperson (siehe § 3a Abs. 4 des Entwurfes, der nur im zweiten Satz ein an den Normunterworfenen gerichtetes Gebot enthält). Es wird daher - im Sinne der verfassungsrechtlich gebotenen Bestimmtheit einer Strafnorm - empfohlen, entweder die Straftatbestände in § 10c Abs. 1 genau zu umschreiben oder die in Betracht kommenden Teile der Bestimmungen, die der Bestrafung unterliegen sollen, genau zu bezeichnen (ebenso § 18).

(Geld-)Strafuntergrenzen sind grundsätzlich bedenklich, weil sie die Strafzumessungsmöglichkeiten der Verwaltungsbehörde ohne Notwendigkeit einengen. Da dem vorliegenden Entwurf keine besonderen Umstände zu entnehmen sind, welche die (im übrigen unvertretbar hohen) Strafuntergrenzen ausnahmsweise rechtfertigen, sollte - wie dies in § 18 vorgesehen ist - von der Festlegung solcher Untergrenzen Abstand genommen werden. Unter allen Umständen als sachwidrig abzulehnen ist die Festsetzung einer Strafuntergrenze für den Wiederholungsfall, die oberhalb der Obergrenze des Grundstrafsatzes liegt.

Außerdem wird angeregt, anstelle der Formulierung "mit Geldstrafen" die allgemein gebräuchliche Ausdrucksweise "mit Geldstrafe" zu verwenden.

Entsprechend der üblichen legistischen Praxis wäre der Normadressat der Strafbestimmungen in die Einzahl zu setzen.



- 7 -

Es wird folgende Fassung des § 10c Abs. 1 vorgeschlagen:

"§ 10c. (1) Wer

1. ....

2. ....

..... begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit Geldstrafe bis zu 15 000 S, im Wiederholungsfall mit Geldstrafe bis zu 30 000 S zu bestrafen."

Die im § 10c Abs. 2 vorgesehene Möglichkeit der Stellung eines Antrages hinsichtlich des Strafausmaßes ist dem System der Strafprozeßordnung sowie dem des Verwaltungsstrafverfahrens fremd. § 255 Abs. 1 StPO bestimmt ausdrücklich, daß der Ankläger einen Antrag über die Bemessung der Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafsatzes nicht zu stellen hat. Das Verwaltungsstrafgesetz beinhaltet offenbar nur deshalb keine ausdrückliche Regelung dieser Art, weil das Verwaltungsstrafverfahren keine einer Anklagebehörde vergleichbare Institution kennt. Der zweite Satz sollte daher entfallen.

Die im Abs. 2 vorgesehene Wortfolge "längstens binnen zwei Wochen" erscheint sprachlich verfehlt. Das Wort "längstens" sollte entfallen.

28. November 1989

Für den Bundesminister:

TADES

Für die Richtigkeit  
der Ausfertigung:

