



13/SN-182/ME

**REPUBLIK ÖSTERREICH**  
**ÖBERSTER GERICHTSHOF**  
**DER PRÄSIDENT**

Präs. 1611a-3/04

**Stellungnahme des Obersten Gerichtshofes  
im Begutachtungsverfahren über den Entwurf eines Bundesgesetzes mit dem ein  
Bundesgesetz über die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen  
(Behindertengleichstellungsgesetz-BGStG) erlassen wird und das  
Behinderteneinstellungsgesetz, das Bundesbehindertengesetz, das  
Bundessozialamtsgesetz und das Bundesberufungskommissionsgesetz geändert werden**

Zu obigem Bezug erstattet der Oberste Gerichtshof nachfolgende Stellungnahme:

**I.) Zum Behindertengleichstellungsgesetz:**

**Zu § 3 Abs 1:**

§ 3 Behinderteneinstellungsgesetz (BEinstG) enthält bereits eine Definition der Behinderung als die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder psychischen Zustand beruht. Weiters ist dort als letzter Satz angefügt "Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von mehr als voraussichtlich 6 Monaten".

Eine Harmonisierung der beiden gesetzlichen Definitionen wäre wünschenswert um Auslegungsprobleme dahin, ob den Gesetzen allenfalls verschiedene Behinderungsbegriffe zugrunde liegen, zu vermeiden. Auch sollte die Legaldefinition der Einschränkung "als nicht nur vorübergehend" in das hier zu begutachtende Gesetz übernommen werden, ergibt sich doch aus den Erläuterungen (Seite 24) ohnedies, dass auch im neuen Gesetz erst ein sechs Monate überschreitender Zeitraum der Behinderung als anspruchsbegründend angesehen wird.

**Zu § 10:**

Die von diesem Gesetz hinsichtlich behinderter Personen umgesetzte Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 legt in ihrer Präambel (Abs 15) dar, dass die Beurteilung von Tatbeständen die auf eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung schließen lassen, den einzelstaatlichen gerichtlichen Instanzen oder anderen zuständigen Stellen nach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten obliegt. Gemäß Art 9 der Richtlinie haben die Mitgliedsstaaten sicher zu stellen, dass diskriminierte Personen ihre Ansprüche aus dieser Richtlinie auf dem Gerichts- und/oder Verwaltungsweg sowie, wenn die Mitgliedstaaten es für angezeigt halten, in Schlichtungsverfahren geltend machen können, selbst wenn das Verhältnis, während dessen die Diskriminierung vorgekommen sein soll, bereits beendet ist. Vor diesem Hintergrund scheinen die dieses Gesetz und das ebenfalls novellierte Behinderteneinstellungsgesetz unnötig komplizierenden Bestimmungen über die Geltendmachung von Schadenersatz- und Entschädigungsansprüchen "bei der Behörde in deren Zuständigkeit die Diskriminierung stattgefunden hat" entbehrlich und zudem **verfassungsrechtlich mehrfach bedenklich**:

Gemäß § 1 Abs 1 AHG haften der Bund, die Länder, die Bezirke, die Gemeinden, sonstige Körperschaften des öffentlichen Rechts und die Träger der Sozialversicherung nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts für den Schaden am Vermögen oder an der Person, den die als ihre Organe handelnden Personen **in Vollziehung der Gesetze** durch ein rechtswidriges Verhalten wem immer schulhaft zugefügt haben. Über Schadenersatzansprüche auf Grund Amtshaftung haben nur die ordentlichen Gerichte zu entscheiden (VfSlg 6512; 8202; 13.476; 1Ob 272/99b; 1 Ob 80/00x; Mayer, B-VG<sup>2</sup>, 143). Die in § 10 des Gesetzes genannte "Diskriminierung in Vollziehung der Gesetze" stellt einen klassischen **Amtshaftungsanspruch** dar, der jedenfalls der ausschließlichen Entscheidungsbefugnis von Verwaltungsbehörden entzogen ist (1 Ob 80/00x).

Hiezu kommt, dass die Durchführung des Verfahrens vor der vom Diskriminierungsvorwurf selbst betroffenen Behörde den Garantien des **Art. 6 EMRK** in keiner Weise entspricht. Auch die Möglichkeit der Anrufung der unabhängigen Bundesberufungskommission kann einen derart gravierenden Verstoß gegen fundamentale Verfahrensgrundsätze nicht sanieren, zumal wenn die Entscheidung der unabhängigen Stelle auf dem von der betroffenen Behörde gesammelten Tatsachenmaterial aufbaut. Unabhängig von der Ausgestaltung des Instanzenzuges kann durch die gleichzeitige Zuständigkeit der Behörde zur Entscheidung in der Hauptsache für den Antragsteller eine Drucksituation

entstehen, die die Annahme eines fairen Verfahrens schlechthin ausschließt. Es besteht - jedenfalls aus der Sicht des Betroffenen - die Gefahr der Verquickung der Entscheidung über die Entschädigung wegen Diskriminierung mit jener in der Hauptsache. Entsprechende, allenfalls schon im Rechtsmittelverfahren aufgestellte, Behauptungen werden kaum zu entkräften sein. Das Vertrauen der rechtsuchenden Bürger in eine objektive Entscheidung ihrer Angelegenheit wird durch die gewählte gesetzliche Konstruktion nachhaltig gestört.

Die erläuternden Bemerkungen sehen eine divergierende Zuständigkeit von Gerichten und Verwaltungsbehörden dahin, dass bei den Gerichten grundsätzlich alles geltend gemacht werden könne, was nicht im behördlichen Verfahren zu entscheiden sei (Seite 28). Diese Aussage steht mit der Judikatur des Obersten Gerichtshofes in Widerspruch, wonach die vergleichbaren Regelungen der §§ 15 und 19 B-GBG Amtshaftungs- und Staatshaftungsansprüche weder zur Gänze noch teilweise ausschließen können (1 Ob 80/00x). Während die genannten, ebenfalls verfassungsrechtlich äußerst bedenklichen (vgl. die Stellungnahme zu §§ 7d, 7k, 71 BEinstG), Bestimmungen des B-GBG wenigstens noch damit gerechtfertigt werden könnten, dass zwischen Beamtem und Dienstgeber eine Sonderbeziehung mit gegenseitigen Treuepflichten besteht, fällt dieses Argument bei der begutachteten Gesetzesstelle völlig weg, sodass auch jeder Versuch verfassungskonformer Auslegung scheitern muss.

Der vorgeschlagene Verfahrenslauf kann auch nicht damit begründet werden, er sei besonders effektiv oder bürgerlich. Der Behörde steht es auch bei ausschließlicher gerichtlicher Zuständigkeit frei, sich in dem nach Ansicht des Begutachtungssenates an die Stelle des Aufforderungsverfahrens gemäß § 8 AHG zu setzenden Schlichtungsverfahren mit dem Antragsteller zu einigen. Kommt es zu keiner Einigung bietet das Gerichtsverfahren die Gelegenheit der Erörterung vor einem objektiven Tribunal. Bleibt die Entscheidungsgewalt bei der Verwaltungsbehörde, ist demgegenüber vorherzusehen, dass der im Schlichtungsverfahren eingenommene negative Standpunkt nun in Bescheidform gegossen wird, sodass in Wahrheit unproduktiver - aber insgesamt kostenintensiver - Verwaltungsaufwand vorliegt, zumal - wie bereits dargestellt - die gerichtliche Zuständigkeit jedenfalls gegeben ist.

#### **§ 10 des Gesetzes könnte etwa wie folgt gefasst werden:**

“Auf das Diskriminierungsverbot des § 4 ist in jeder Lage des Verwaltungsverfahrens auf Antrag oder von Amtswegen Bedacht zu nehmen. Eine im das Aufforderungsverfahren gemäß § 8 AHG ersetzenen Schlichtungsverfahren oder vom Gericht festgestellte

Diskriminierung bildet einen Wiederaufnahmegrund gemäß § 69 AVG hinsichtlich des davon betroffenen Verfahrens oder - bei gegebener Möglichkeit abgesonderter Entscheidung - des davon betroffenen Verfahrensteiles".

Sollte § 10 des Gesetzes trotz dieser Bedenken unverändert bestehen bleiben, wäre zumindest die Frist des § 10 Abs 4 aus Gründen der Rechtssicherheit entsprechend § 15 Abs 1 Gleichbehandlungsgesetz und § 20 Abs 2 Bundes-Gleichbehandlungsgesetz auf ein Jahr zu verkürzen.

### Zu § 13:

Gemäß Art 10 Abs 1 der Richtlinie ist zu gewährleisten, dass der in seinen Rechten Verletzte bei einem Gericht oder bei einer anderen zuständigen Stelle Tatsachen glaubhaft machen kann, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, während es dem Beklagten obliegt, zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen ist. Obwohl § 13 des zu begutachtenden Gesetzes mit "Beweislast" überschrieben ist, handelt es sich nach dem Text in Wahrheit um eine beiden Parteien auferlegte Glaubhaftmachung im Sinn des § 274 ZPO, deren Beweismaß gegenüber dem Beweis deutlich herabgesetzt ist (vgl Rechberger in Rechberger ZPO<sup>2</sup> § 274 Rz 1). Der Begutachtungssenat verkennt nicht, dass die im § 13 Abs 1 des Gesetzes gewählte Formulierung weitestgehend dem § 13 Abs 9 GBG entspricht. Um Auslegungsschwierigkeiten zu vermeiden, wäre jedoch eine Klarstellung wünschenswert, sprechen doch die erläuternden Bemerkungen (Seite 28) von dem der beklagten Partei gelungenen Entlastungsbeweis und führen sodann aus "dies kommt im Endeffekt einer Beweislastumkehr gleich, da die beklagte Partei aktiv werden und das Gericht vom Wahrheitsgehalt ihrer Aussagen überzeugen muss, d.h., sie muss beweisen, dass sie nicht diskriminiert hat, wenn sie eine Abweisung der Klage erzielen will. "Auch das in Abs 2 der genannten Gesetzesstelle verwendete Wort "beweisen" führt in diesem Sinne nicht zu einer Klarstellung, ist Beweisthema doch nur die größere Wahrscheinlichkeit der Wahrheit der glaubhaft gemachten Tatsachen was im Ergebnis wieder insgesamt einer Glaubhaftmachung im dargestellten Sinn entspricht (vgl Rechberger aaO).

Zumindest für das gerichtliche Verfahren ist zudem darauf zu verweisen, dass das Verfahren zur bloßen Glaubhaftmachung ein summarisches ist, dessen Beweisaufnahme nicht an die Förmlichkeiten des Beweisverfahrens gebunden wird (Rechberger aao Rz 3) und das bislang im wesentlichen dem Beweissicherungs- und Provisorialverfahren vorbehalten war.

## II.) Zum Behinderteneinstellungsgesetz:

### **Zu § 7a Abs 2:**

Mit dieser Gesetzesstelle wird die Definition der Behinderung im § 3 Abs 1 BGStG wiederholt, sodass sich nun im selben Gesetz zwei unterschiedliche Definitionen des selben Begriffs befinden.

### **Zu §§ 7d, 7k und 7l:**

Durch § 7d Absätze 3 und 4, werden Ansprüche geregelt, die hinsichtlich der Beamten dem Amtshaftungsgesetz und hinsichtlich Vertragsbediensteter der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte unterfallen (Schragel AHG<sup>3</sup> Rz 92), wobei die jeweiligen Ziffern 2 der Absätze einen pauschalierten immateriellen Schaden normieren, der bislang im Amtshaftungsverfahren so nicht zugesprochen wurde. Die in § 7k normierte Geltendmachung von Ansprüchen von Beamten gegenüber der Dienstbehörde ist, wie bereits zu § 10 BGStG erörtert, in Hinblick auf Art. 6 EMRK äußerst bedenklich (in diesem Sinne auch Fellner, BDG, Anm 2 zu dem im Wesentlichen gleichlautenden § 19 B-GBG).

Außerdem bestehen hinsichtlich dieser Bestimmung ebenfalls die bereits formulierten Bedenken der **Verfassungswidrigigkeit**, weil auch wegen Schadenersatzansprüchen von Beamten auf Grund von Dienstrechtsverletzungen durch Organe der Rechtsträger mangels besoldungsrechtlicher Deckung nur Amtshaftung eintreten kann (VwGH GZ 99/12/0272; Schragel aaO.) und grundsätzlich über Schadenersatzansprüche auf Grund Amtshaftung nur die ordentlichen Gerichte zu entscheiden haben (VfSlg 6512; 8202; 13.476; 1 Ob 272/99b; 1 Ob 80/00x; Mayer, B-VG<sup>2</sup>, 143). Wie der Oberste Gerichtshof bereits ausgesprochen hat, können die vergleichbaren Regelungen der §§ 15 und 19 B-GBG Amtshaftungs- und Staatshaftungsansprüche weder zur Gänze noch teilweise ausschließen (1 Ob 80/00x).

Auch hinsichtlich § 7l (im Wesentlichen gleichlautend mit § 20 Abs 2 B-GBG) bestehen die zu § 7k vorgetragenen gravierenden verfassungsrechtlichen Bedenken.

### **§ 7k könnte verfassungskonform etwa so lauten:**

"Der von Beamten begehrte Ersatz von Schäden gemäß §§ 7d bis 7f und Ansprüche von Beamten aus einer Belästigung (§ 7h Abs 1) gegen ihren Dienstgeber sind im Amtshaftungsverfahren geltend zu machen, wobei das Schlichtungsverfahren das Aufforderungsverfahren gemäß § 8 AHG ersetzt."

### **Zu § 7m:**

Es wird vollinhaltlich auf die Äußerung zu § 10 BGStG verwiesen.

**§ 7o:**

Zu dieser Bestimmung ist trotz der geringfügig anderen Formulierung auf die Stellungnahme zu § 13 BGStG zu verweisen.

**III.) Zum Bundesberufungskommissionsgesetz:**

Diese Novelle könnte soweit sie sich auf Ansprüche gemäß § 10 BGStG und § 7m BEinstG bezieht - folgt man der abgegebenen Stellungnahme - ersatzlos entfallen.

Wien, am 23. September 2004

*Dr. Rzeszut*

Für die Richtigkeit  
der Ausferitung

