

– Fachbeitrag B8-2022 –

27.10.2022

Ausgewählte Einblicke in den Diskriminierungsschutz des österreichischen Behinderteneinstellungsgesetzes¹

*Von Philipp Weinkogl, BA, MA, MCI Die Unternehmerische Hochschule,
Innsbruck, Österreich)*

I. Einleitung

Durch die Europäische RL 2000/78/EG (Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie²)³ wurde ein allgemeiner Rahmen zur Bekämpfung von **Diskriminierungen in Beschäftigung und Beruf** wegen unterschiedlicher Merkmalausprägungen geschaffen (Art. 1 RL 2000/78/EG). Unter diesen findet sich neben Religion, Weltanschauung, Alter oder sexueller Ausrichtung auch Behinderung.⁴ Für die Umsetzung der RL 2000/78/EG in Bezug auf dieses Merkmal wurde in Österreich mit der Novelle BGBl I 2005/82 das Behinderteneinstellungsgesetz (BEinstG)⁵ geändert und §§ 7a bis 7r BEinstG eingefügt.⁶ Besonders auffällig an ihnen ist, dass diese neben die bereits zuvor existierenden spezifischen Regelungen mit starker Fokussierung auf begünstigte Behinderte treten und dadurch einen relativ umfassenden Diskriminierungsschutz für alle Menschen, die von einer Behinderung im Sinne des § 3 BEinstG betroffen sind, gewährleisten.⁷

Neben einer Umsetzung der RL 2000/78/EG im BEinstG entschied sich der österreichische Bundesgesetzgeber auch für eine Umsetzung im Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz (BGStG)⁸, was zu einer **Ausdehnung des Diskriminierungsschutzes** für

¹ Dieser Beitrag wurde unter www.reha-recht.de als Fachbeitrag B8-2022 in der Kategorie B: Arbeitsrecht veröffentlicht; Zitiervorschlag: Weinkogl: Ausgewählte Einblicke in den Diskriminierungsschutz des österreichischen Behinderteneinstellungsgesetzes; Beitrag B8-2022 unter www.reha-recht.de; 27.10.2022.

² Reissner, Das neue Gleichbehandlungsrecht, JAP 2005, 30.

³ RL 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABI L 2000/303, 16.

⁴ Weitere Ausführungen dazu Hilpold in Niedobitek, Europarecht. Grundlagen und Politiken der Union² (2020) § 12 Rz 56 ff.

⁵ Behinderteneinstellungsgesetz BGBl 1970/22 idF BGBl I 2021/78.

⁶ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 7a BEinstG Rz 1 (Stand 1.1.2021, rdb.at).

⁷ Auer-Mayer in Widy, Behinderteneinstellungsgesetz⁸ (2016) Vor §§ 7a-7r Erl 1.

⁸ Bundesgesetz über die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen BGBl I 2005/82 idF BGBl I 2018/32.

Behinderte über den Bereich der Arbeitswelt hinaus führt.⁹ Konkret greift der Diskriminierungsschutz seitdem auch für Rechtsverhältnisse, „die den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen betreffen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“,¹⁰ soweit diese der unmittelbaren Regelungskompetenz des Bundes unterfallen (§ 2 Abs. 2 BGStG). Mitumfasst sind dabei auch deren Anbahnung und Begründung sowie die Inanspruchnahme oder Geltendmachung von Leistungen außerhalb eines Rechtsverhältnisses (§ 2 Abs. 2 BGStG). Unionsrechtlich zwingend war diese weitreichende Umsetzung damals nicht.¹¹

In der Terminologie sind die Umsetzungsbestimmungen in den §§ 7a bis 7r BEinstG und im BGStG aneinander angeglichen und orientieren sich eng an der RL 2000/78/EG sowie dem Gleichbehandlungsgesetz (GIBG)¹² und dem Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GIBG)^{13, 14}

II. Diskriminierungsschutz in den §§ 7a bis 7r BEinstG

1. Geltungsbereich des Diskriminierungsschutzes in § 7a BEinstG

In § 7a Abs. 1 BEinstG wird der Geltungsbereich des Diskriminierungsschutzes anhand des Tatbestandsmerkmals „Bereich der Arbeitswelt“ sachlich eingegrenzt. Zum Bereich der Arbeitswelt werden gezählt: auf privatrechtlichen Vertrag beruhende Dienstverhältnisse aller Art, alle Formen und Ebenen der Berufsberatung, Berufsausbildung (einschließlich Lehrverhältnisse¹⁵), beruflichen Weiterbildung und Umschulung, Mitgliedschaften und Mitwirkungen in Arbeitnehmer-, Arbeitgeber- oder Berufsgruppenorganisationen sowie die Gründung, Einrichtung oder Erweiterung eines Unternehmens bzw. die Aufnahme oder Ausweitung sonstiger selbstständiger Tätigkeit (sonstige Arbeitswelt). Darüber hinaus wird der Geltungsbereich noch auf öffentlich-rechtliche Dienst- und Ausbildungsverhältnisse aller Art zum Bund, Heimarbeitsverhältnisse sowie auf arbeitnehmerähnliche Personen ausgedehnt (§ 7a Abs. 2 BEinstG) und auf von einem Dienstgeber ohne Sitze in Österreich nach Österreich entsandte Dienstgeber erstreckt (§ 7a Abs. 4 BEinstG).¹⁶ Aus kompetenzrechtlichen Gründen explizit

⁹ ErläutRV 836 BlgNR 22. GP 3.

¹⁰ ErläutRV 836 BlgNR 22. GP 6.

¹¹ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, § 7a BEinstG Rz 1.

¹² Bundesgesetz über die Gleichbehandlung BGBl I 2004/66 idF BGBl I 2020/16.

¹³ Bundesgesetz über die Gleichbehandlung im Bereich des Bundes BGBl 1993/100 idF BGBl I 2020/153.

¹⁴ Auer-Mayer in Widy8 Vor §§ 7a-7r, Erl 1.

¹⁵ ErläutRV 836 BlgNR 22. GP 13.

¹⁶ Körper-Risak in Gruber-Risak/Mazal, Das Arbeitsrecht. System und Praxiskommentar39 (2022) Das Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) und die Antidiskriminierungsbestimmungen des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinst) Rz 62.

ausgenommen vom Geltungsbereich sind alle Dienstverhältnisse – inbegriffen arbeitnehmerähnlicher Beschäftigungsverhältnisse - zu einem Land, einer Gemeinde oder einem Gemeindeverband (§ 7a Abs. 3 BEinstG).¹⁷

Für den praktisch bedeutsamen Tatbestand der auf privatrechtlichen Vertrag beruhenden Dienstverhältnisse aller Art (§ 7a Abs. 1 Z 1 BEinstG) wird vom Gesetzgeber an der typischen arbeitsrechtlichen Begriffsdefinition des § 1151 Abs. 1 1. HS Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)¹⁸ angeknüpft.¹⁹ Nach dieser ist maßgeblich, ob auf Basis einer vertraglichen Verpflichtung Dienste in persönlicher Abhängigkeit, also fremdbestimmt und unter Weisungsbindung bezüglich Arbeitszeit, Arbeitsort und arbeitsbezogenes Verhalten, auf gewisse Zeit erbracht werden.²⁰ Gänzlich unerheblich ist, ob die Dienstnehmenden als Angestellte oder Arbeitende tätig sind, ein unbefristetes oder befristetes Dienstverhältnis vorliegt, die Tätigkeit entgeltlich oder unentgeltlich ausgeübt wird oder in welchem Arbeitszeitausmaß die Dienstnehmerin oder der Dienstnehmer beschäftigt wird.²¹ Außerdem bleibt außer Ansatz, welcher Grad der Behinderung konkret besteht (vgl. auch § 7b Abs 4 BEinstG) bzw. ob der Behinderungsgrad mittels ärztlicher Begutachtung festgestellt wurde, da es alleine auf die Glaubhaftmachung der Behinderung als Grund für die erfolgte Diskriminierung ankommt.²²

2. Diskriminierungsverbot und Diskriminierungstatbestände des § 7b BEinstG

In § 7b Abs. 1 BEinstG wird in Form eines generalklauselartig formulierten Diskriminierungsverbots normiert, dass niemand aufgrund seiner Behinderung in Zusammenhang mit einem Dienstverhältnis oder in der sonstigen Arbeitswelt unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden darf. Zur Präzisierung dieser Generalklausel findet sich dort (in den Z 1 bis 7) eine demonstrative²³ Aufzählung einzelner Diskriminierungstatbestände, welche von der Begründung des Dienstverhältnisses, der Festsetzung des Entgelts, der Gewährung freiwilliger Sozialleistungen ohne Entgeltcharakter über Ausbildungs-, Weiterbildungs- und Umschulungsmaßnahmen, dem beruflichen Aufstieg, den sonstigen Arbeitsbedingungen bis hin zur Beendigung des Dienstverhältnisses reichen. Komplettiert wird dies mit drei relativ eigenständigen Diskriminierungstatbeständen (in den Z 8 bis 10), welche sich spezifisch auf die sonstige Arbeitswelt beziehen.²⁴

Aufgrund des demonstrativen Charakters dieser Diskriminierungstatbestände könnte man die Ansicht vertreten, dass einer exakten Zuordnung des einzelnen Diskriminierungsfalles zum passenden Tatbestand keine wirkliche Bedeutung zukommt. Dies wäre

¹⁷ ErläutRV 836 BlgNR 22. GP 13.

¹⁸ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie JGS 1811/946 idF BGBl I 2022/145.

¹⁹ Auer-Mayer in Widy, Behinderteneinstellungsgesetz8 (2016) § 7a Erl 5.

²⁰ Rebhahn in Neumayr/Reissner/Drs, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht3 (2018) § 1151 ABGB 80 ff.

²¹ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG2 (2021) § 1 Rz 4 (Stand 1.1.2021, rdb.at).

²² Auer-Mayer in Widy8 § 7a, Erl 3.

²³ ErläutRV 836 BlgNR 22. GP 13.

²⁴ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG2 (2021) § 7b BEinstG Rz 1 (Stand 1.1.2021, rdb.at).

allerdings insofern verfehlt, als die Bestimmungen der §§ 7e ff BEinstG für die Feststellung der Rechtsfolgen einer Diskriminierung und für die Bestimmung der Fristen zu deren Geltendmachung abhängig vom jeweiligen Diskriminierungstatbestand jeweils unterschiedliche Anordnungen treffen und deshalb eine richtige Zuordnung zum passenden Tatbestand verlangen.²⁵ Dieser Gesetzesaufbau ist dem österreichischen Antidiskriminierungsrecht nicht fremd, sondern wurde vom Bundesgesetzgeber bereits im GIBG, welches mitunter als Blaupause für die Bestimmungen der §§ 7a bis 7r BEinstG gedient hat, ähnlich angewandt.²⁶

Abschließend erfährt das Diskriminierungsverbot des § 7b Abs 1 BEinstG durch § 7b Abs 5 BEinstG noch eine Ausdehnung, indem auch eine Diskriminierung vorliegt, „*wenn eine Person auf Grund ihres Naheverhältnisses zu einer Person wegen deren Behinderung diskriminiert wird*“ (assoziierte Diskriminierung). Dadurch beschränkt sich das Diskriminierungsverbot nicht nur auf Personen, die selbst behindert sind, sondern schützt auch Personen mit einem Naheverhältnis zu einem Menschen mit Behinderung vor einer Diskriminierung.²⁷ Dies ist unionsrechtlich auch geboten, da der EuGH diesen Leitgedanken bereits in seinem Urteil in der Rechtssache Coleman formuliert und das Diskriminierungs- und Belästigungsverbot der RL 2000/78/EG nicht auf behinderte Personen selbst beschränkt hat.²⁸

3. Belästigung, mittelbare und unmittelbare Diskriminierung (§§ 7c, 7d BEinstG)

Die §§ 7c und 7d BEinstG sind im systematischen Zusammenhang mit § 7b BEinstG zu betrachten und definieren, in Diskriminierungs- und Belästigungsarten unterteilt, unterschiedliche Ausprägungen von Diskriminierungen.²⁹ Es werden die unmittelbare Diskriminierung in § 7c Abs. 1 BEinstG, die mittelbare Diskriminierung in § 7c Abs. 2 BEinstG und die Belästigung in § 7d BEinstG genannt. Abgesehen von einer Legaldefinition der aufgezählten Diskriminierungs- und Belästigungsarten, treffen §§ 7c, 7d BEinstG aber auch wesentliche normativ-inhaltliche Anordnungen, indem diese Voraussetzungen für eine Ausnahme vom Diskriminierungsverbot festlegen (§ 7c Abs. 3 BEinstG), Vorbehalte für zusätzliche Ausnahmen vom Verbot der mittelbaren Diskriminierung normieren (§ 7c Abs. 4 bis 7 BEinstG), Anweisungen zur Diskriminierung Diskriminierungen gleichstellen (§ 7c Abs. 8 BEinstG), positive Maßnahmen zur Gleichstellungsförderung zulassen (§ 7c Abs. 9 BEinstG), den vom Belästigungsverbot verpflichteten Personenkreis abgrenzen (§ 7d Abs. 1 BEinstG) und bestimmte Fallkonstellationen Belästigungen gleichhalten (§ 7d Abs. 3 BEinstG). Terminologisch sind diese Bestimmungen eng an der RL 2000/78/EG und an den inhaltlichen Pendanten des GIBG orientiert.³⁰

²⁵ Auer-Mayer in Widy, Behinderteneinstellungsgesetz8 (2016) § 7b Erl 1.

²⁶ Siehe zum GIBG ausdrücklich OGH 9 Ob A 78/11b ecolex 2012/69.

²⁷ Mayr in Neumayr/Reissner/Drs, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht3 (2018) § 7b BEinstG Rz 4.

²⁸ EuGH C-303/06, Coleman, ECLI:EU:C:2008:415, Rn 56, 63.

²⁹ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, § 7c BEinstG Rz 1.

³⁰ Auer-Mayer in Widy, Behinderteneinstellungsgesetz8 (2016) § 7c Erl 1, siehe zur Angleichung des § 7d BEinstG an das GIBG ErläutRV 2300 BlgNR 24. GP 8.

Eine unmittelbare Diskriminierung liegt nach der bereits kurz erwähnten Legaldefinition 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“ (§ 7c Abs. 1 BEinstG). Nach dieser Definition ist also unzulässig, die Behinderung als solche als Unterscheidungskriterium heranzuziehen und Menschen aufgrund ihrer Behinderung in vergleichbarer Situation einer ungünstigeren Behandlung zu unterwerfen. Dabei kommt eine Rechtfertigung aus sachlichen Gründen, anders als bei mittelbaren Diskriminierungen, nicht ohne weiteres in Frage, wobei § 7c Abs. 3 BEinstG eine Ungleichbehandlung zulässt, wenn aufgrund einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung ein mit einer Behinderung im Zusammenhang stehendes Merkmal eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt und es sich um einen rechtmäßigen Zweck sowie eine angemessene Anforderung handelt.³¹

Demgegenüber wird eine mittelbare Diskriminierung bewirkt, „wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sowie Merkmale gestalteter Lebensbereiche Menschen mit Behinderungen gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sowie Merkmale gestalteter Lebensbereiche sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich“ (§ 7c Abs. 2 BEinstG). Bei dieser wird nicht die Behinderung als solche als Unterscheidungskriterium herangezogen, sondern an einem scheinbar neutralen Kriterium, das auch nicht behinderte Personen betrifft, angeknüpft und dadurch eine mögliche Benachteiligung ausgelöst.³² In der Regierungsvorlage wird ausgeführt, dass „[e]ine mittelbare Diskriminierung durch Merkmale gestalteter Lebensbereiche (Barrieren) [...] sinngemäß den einzelnen Diskriminierungstatbeständen zuzuordnen [ist]. So gehört es beispielsweise zu den vom Arbeitgeber im Rahmen der allgemeinen Fürsorgepflicht zu gewährleistenden Arbeitsbedingungen ([§ 7b Abs. 1] Z 6 [BEinstG]), dass die Arbeitnehmer Zugang zu allen für die Erfüllung ihres Arbeitsvertrags erforderlichen Ressourcen haben. Dabei kann es sich um die Zugänglichkeit von Räumlichkeiten oder beispielsweise von Informationen oder Informationsverarbeitungssystemen handeln. (Bauliche oder sonstige) Barrieren würden in diesem Zusammenhang als mittelbare Diskriminierung betreffend die allgemeinen Arbeitsbedingungen wirken. Eine mangelnde Barrierefreiheit einer betrieblich geförderten Kantine wäre beispielsweise der Z 3 [in § 7b Abs. 1 BEinstG] zuzuordnen.“³³ Eine solche mittelbare Benachteiligung ist allerdings einer Rechtfertigung generell zugänglich und kann sachlich gerechtfertigt werden, wenn ein rechtmäßiges Ziel verfolgt wird und die Mittel zur Zielerreichung angemessen und erforderlich sind.³⁴

³¹ Körper-Risak in Gruber-Risak/Mazal³⁹ Das Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) und die Antidiskriminierungsbestimmungen des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinst) Rz 65.

³² Auer-Mayer in Widy⁸ § 7c, Erl 8.

³³ ErläutRV 836 BlgNR 22. GP 13 f.

³⁴ Körper-Risak in Gruber-Risak/Mazal³⁹ Das Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) und die Antidiskriminierungsbestimmungen des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinst) Rz 66.

Eine Belästigung ist gegeben, wenn es im Zusammenhang mit einer Behinderung zu einer unerwünschten Verhaltensweise kommt, die eine Verletzung der Würde der betroffenen Person bewirkt bzw. dies bezweckt, von der betroffenen Person als „*unerwünscht, unangebracht oder anstößig*“ empfunden³⁵ wird und für die betroffene Person ein „*einschüchterndes, feindseliges, entwürdigendes, beleidigendes oder demütigendes Umfeld*“ schafft bzw. dies bezweckt (§ 7d Abs. 2 BEinstG). Zum Verpflichtetenkreis dieses Belästigungsverbots zählen einerseits Dienstgeber, die selbst belästigen oder es schuldhaft unterlassen, bei Belästigungen durch Dritte angemessene Abhilfe zu schaffen und andererseits Dritte, die in Zusammenhang mit einem Dienstverhältnis oder außerhalb eines Dienstverhältnisses belästigen (§ 7d Abs 1 BEinstG).³⁶ Anweisungen zur Belästigung von (behinderten) Personen sowie Belästigungen durch Assoziierung werden dem gleichgestellt behandelt (§ 7d Abs. 3 BEinstG).³⁷

4. Rechtsfolgen bei Verletzung des Diskriminierungsverbots (§§ 7e ff BEinstG)

Kommt es zu einer Verletzung des in § 7b Abs. 1 BEinstG normierten Diskriminierungsverbots, treten, abhängig vom konkret zutreffenden Diskriminierungstatbestand der Z 1 bis 10 leg cit, unterschiedliche Rechtsfolgen ein (§§ 7e ff BEinstG).³⁸ Es wurden Gruppen gebildet, sodass nicht für jeden einzelnen Diskriminierungstatbestand ein eigenständiger Einzelparagraf mit einer Rechtsfolgenanordnung existiert.³⁹ Inhaltlich korrespondieren die Rechtsfolgenanordnungen der §§ 7e bis 7i BEinstG stark mit jenen, die für Verletzungen des Gleichbehandlungsverbotes im GIBG bzw. im B-GIBG vorgesehen sind. Die unterschiedliche Struktur dieser Bestimmungen ist Resultat ihres eigentümlichen Geltungsbereiches.⁴⁰

Anhand der in praxi bedeutenden Rechtsfolgenbestimmung des § 7e BEinstG für Verletzungen des Diskriminierungsverbots bei Begründung eines Dienstverhältnisses (§ 7b Abs 1 Z 1 BEinstG) soll oben erwähnte Regelungstechnik genauer erläutert werden:

Wird bei Begründung eines Dienstverhältnisses das Diskriminierungsverbot infolge einer diskriminierenden Nichtbegründung verletzt, verpflichtet § 7e Abs. 1 BEinstG den Dienstgeber, der Stellenwerberin/dem Stellenbewerber den entstandenen Vermögensschaden zu ersetzen und eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung zu leisten. Neben dieser generellen Verpflichtung zum Ersatz von materiellen und immateriellen Schäden sieht selbige Bestimmung in den Z 1 und 2 leg cit betragsmäßige Unter- und Obergrenzen für ganz spezifische Fallkonstellationen im Prozess der Begründung eines Dienstverhältnisses vor.⁴¹

³⁵ ErläutRV 477 BlgNR 23. GP 2.

³⁶ ErläutRV 836 BlgNR 22. GP 15.

³⁷ Mayr in Neumayr/Reissner/Drs, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht3 (2018) § 7d BEinstG Rz 3.

³⁸ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, § 7e BEinstG Rz 1.

³⁹ Auer-Mayer in Widy, Behinderteneinstellungsgesetz8 (2016) § 7e Erl 3.

⁴⁰ ErläutRV 836 BlgNR 22. GP 15.

⁴¹ Körber-Risak in Gruber-Risak/Mazal39 Das Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) und die Antidiskriminierungsbestimmungen des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinst) Rz 101.

§ 7e Abs. 1 Z 1 BEinstG referenziert auf die Fallkonstellation, dass bei diskriminierungsfreier Auswahl die Stellenwerberin/der Stellenbewerber die Stelle erhalten hätte und sichert diesem einen Mindestschadenersatzanspruch von zwei Monatsentgelten zu.⁴² Hintergrund dieses Mindestschadenersatzanspruchs ist das Unionsrecht, welches zur Durchsetzung des Diskriminierungsverbots einen wirksamen und tatsächlichen Rechtsschutz verlangt und Schadenersatzleistungen als Sanktion zulässt, soweit diese wirksam, verhältnismäßig und abschreckend gestaltet sind (Art 17 RL 2000/78/EG).⁴³ In den Erläuterungen zu diesem Mindestersatzanspruch wird insbesondere der Präventionsgedanke explizit hervorgehoben.⁴⁴ Sollte jedoch im Einzelfall der tatsächlich erlittene Schaden diesen Mindestbetrag übersteigen, bleibt der diskriminierende Dienstgeber verpflichtet, den gesamten erlittenen Schaden zur Gänze auszugleichen.⁴⁵

§ 7e Abs 1 Z 2 BEinstG regelt hingegen die Fallkonstellation, dass der Dienstgeber nachweist, die Stellenwerberin/der Stellenbewerber wurde nur durch die Nichtberücksichtigung ihrer/seiner Bewerbung geschädigt, hätte die Stelle aber ohnedies nicht erhalten und sieht dafür eine Höchstgrenze von bis zu 500 € vor.⁴⁶ Davon erfasst werden insbesondere jene Fälle, in welchen Bewerbungen von behinderten Personen wegen der Behinderung abgelehnt werden, diese allerdings bei sachlicher Prüfung die Stelle auch nicht bekommen hätten.⁴⁷ Unionsrechtlich scheint die Begrenzung dieses meist nur rein ideellen Schadens an sich zulässig,⁴⁸ wenngleich bei einer Höchstgrenze von 500 € die von Art 17 RL 2000/78/EG geforderte abschreckende Wirkung eher zweifelhaft ist.⁴⁹

Nicht ableitbar aus den Rechtsfolgeanordnungen des § 7e BEinstG ist allerdings ein Erfüllungsanspruch auf Einstellung des Betroffenen.⁵⁰ Dies ist auch unionsrechtskonform, da dieses die Wahl zwischen mehreren Sanktionen der Freiheit der Mitgliedstaaten überlässt und die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, die Urheberin/den Urheber der Diskriminierung zur Begründung eines Dienstverhältnisses zu zwingen.⁵¹

⁴² Ist ein Dienstverhältnis zum Bund betroffen, sind „*mindestens drei Monatsbezüge des für die Gehaltsstufe 2 der Dienstklasse V der Beamten der allgemeinen Verwaltung gebührenden Betrages*“ vorgesehen (§ 7e Abs 3 Z 1 BEinstG); bei Verletzungen im Zuge des beruflichen Aufstiegs „*die Differenz für mindestens drei Monate zwischen dem Entgelt, das der Dienstnehmer bei erfolgreichem beruflichem Aufstieg erhalten hätte, und dem tatsächlichen Entgelt*“ (§ 7e Abs 2 Z 1 BEinstG).

⁴³ ErläutRV 415 BlgNR 23. GP 5.

⁴⁴ ErläutRV 477 BlgNR 23. GP 2.

⁴⁵ Auer-Mayer in Widy8 § 7e, Erl 10.

⁴⁶ Ist ein Dienstverhältnis zum Bund betroffen, sind „*bis zu drei Monatsbezüge des für die Gehaltsstufe 2 der Dienstklasse V der Beamten der allgemeinen Verwaltung gebührenden Betrages*“ vorgesehen (§ 7e Abs 3 Z 2 BEinstG); bei Verletzungen im Zuge des beruflichen Aufstiegs bleibt es bei den bis zu € 500,- (§ 7e Abs 2 Z 2 BEinstG).

⁴⁷ Körper-Risak in Gruber-Risak/Mazal39 Das Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) und die Antidiskriminierungsbestimmungen des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinst) Rz 101.

⁴⁸ EuGH C-180/95, Draehmpaehl / Urania Immobilienservice, ECLI:EU:C:1997:208, Rn 35.

⁴⁹ Auer-Mayer in Widy8 § 7e, Erl 15.

⁵⁰ OGH 9 Ob A 161/07b DRdA 2009/27 (Reissner).

⁵¹ EuGH 14/83, Von Colson und Kamann / Land Nordrhein-Westfalen, ECLI:EU:C:1984:153, Rn 18 f; EuGH 79/83, Harz/Deutsche Tradax, ECLI:EU:C:1984:155, Rn 18 f.

5. Geltendmachung einer Verletzung des Diskriminierungsverbots (§ 7k ff BEinstG)

Steht eine Verletzung des umfassenden Diskriminierungsverbots fest, sind für die Geltendmachung der Rechtsfolgen der §§ 7e bis 7i BEinstG die Anordnungen des § 7k BEinstG zu beachten. § 7k BEinstG regelt die Geltendmachung bei den ordentlichen Gerichten und schaltet dieser zur Entlastung der Gerichte ein Schlichtungsverfahren vor.⁵² Gemäß § 7k Abs. 1 S. 1 BEinstG ist sohin ein Schlichtungsverfahren im Sinne des §§ 14 ff BGStG beim Sozialministeriumservice (SMS)⁵³ durchzuführen und in diesem zu versuchen, eine gütliche Einigung zu erzielen. Wird im Schlichtungsverfahren innerhalb einer Frist von drei Monaten keine gütliche Einigung erzielt, kann nach deren Ablauf Klage bei Gericht erhoben werden (§ 7k Abs. 1 S. 2 BEinstG).⁵⁴ Das Nichtzustandekommen einer gütlichen Einigung nach durchgeführtem Schlichtungsverfahren ist gegenüber dem Gericht durch Bestätigung des SMS, die der Klage anzuschließen ist, zu bezeugen (§ 7k Abs. 1 S. 3 BEinstG). Die Ausstellung dieser Bestätigung erfolgt durch das SMS auf Antrag oder, falls eine gütliche Einigung nicht mehr zu erwarten ist, amtswegig (§ 7k Abs. 4 S. 3 BEinstG). Klagebegehren ohne vorgeschaltetes Schlichtungsverfahren führen zur Unzuständigkeitserklärung durch das angerufene Gericht und zur Zurückweisung der Klage.⁵⁵

Für die gerichtliche Geltendmachung sind vom Betroffenen, abhängig von der jeweiligen Diskriminierung und den daraus resultierenden Ansprüchen, die Fristen des § 7k Abs 2 BEinstG zu beachten. Insgesamt werden in dieser Bestimmung vier unterschiedliche Fristen angeordnet: 14 Tage, sechs Monate, ein Jahr bzw. drei Jahre.⁵⁶ Die kürzeste Frist von 14 Tagen gilt für Anfechtungen oder Feststellungsklagen nach § 7f Abs. 1 oder § 7i Abs. 2 BEinstG und beginnt mit dem Zugang der Kündigung, Entlassung, Auflösung des Probendienstverhältnisse oder Beendigung des befristeten Dienstverhältnisses durch Zeitablauf zu laufen (Z 2 leg cit). Die Frist von sechs Monaten wird auf Einstellungsdiskriminierungen und Diskriminierungen beim beruflichen Aufstieg (Z 1 leg cit) bzw. auf Ansprüche laut § 7f Abs 1 letzter Satz BEinstG (Z 3 leg cit) angewandt und vom Zugang der Ablehnung der Bewerbung oder Beförderung (Z 1 leg cit) bzw. vom Zugang der Kündigung, Entlassung, Auflösung des Probendienstverhältnisses oder Beendigung des befristeten Dienstverhältnisses durch Zeitablauf (Z 3 leg cit) gerechnet. Die Frist von einem Jahr gilt für Belästigungen nach § 7i Abs 1 BEinstG (Z 4 leg cit). Die dreijährige Frist wird auf Fälle des § 7g BEinstG bzw Fälle des § 7h BEinstG zur Anwendung gebracht (Z 5

⁵² ErläutRV 836 BlgNR 22. GP 15.

⁵³ Siehe <https://www.sozialministeriumservice.at>, zuletzt abgerufen am 27.10.2022.

⁵⁴ Im Falle einer Kündigung oder Entlassung verkürzt sich diese Frist auf einen Monat (§ 7k Abs 1 S 2 BEinstG). Aus teleologisch Gründen wird diese verkürzte Frist auch auf die anderen in § 7f BEinstG genannten Beendigungsarten ausgeweitet; vgl dazu Potz, Bestandschutz behinderter Arbeitnehmer, ecolex 2009, 466 (467).

⁵⁵ Potz, ecolex 2009, 466 (467).

⁵⁶ Hopf/Mayr/Eichinger/Erlner, § 7k BEinstG Rz 4.

leg cit).⁵⁷ Im Schrifttum wird zu all diesen Fristen deren Vereinbarkeit mit den unionsrechtlichen Grundsätzen der Äquivalenz und Effektivität⁵⁸ diskutiert und von der jeweiligen Frist abhängig, mal mehr mal weniger in Frage gestellt.⁵⁹

Die oben skizzierten Fristen zur gerichtlichen Geltendmachung werden durch die Einleitung des Schlichtungsverfahrens gehemmt (§ 7k Abs. 4 S. 1 BEinstG), wobei die Fristenhemmung mit der Zustellung der Bestätigung des SMS über das Nichtzustandekommen einer gütlichen Einigung wieder beendet wird (§ 7k Abs. 4 S. 2 BEinstG).⁶⁰ Nach Zustellung dieser Bestätigung beim Betroffenen muss diesem, im Falle der Anfechtung der Beendigung bzw. Feststellung des unbefristeten Bestehens des Dienstverhältnisses eine Frist von zumindest 14 Tage⁶¹, in allen anderen Fällen⁶² eine Frist von zumindest drei Monaten zur Geltendmachung verbleiben (§ 7k Abs. 5 BEinstG).⁶³

III. Zusammenfassung

Durch die Novelle BGBl I 2005/82 wurden in Umsetzung der RL 2000/78/EG das BEinstG geändert und die §§ 7a bis 7r in das BEinstG neu eingefügt. Diese Bestimmungen bilden im BEinstG einen relativ umfassenden Diskriminierungsschutz für alle Menschen, welche aufgrund einer Behinderung im Sinne des § 3 BEinstG in Beschäftigung und Beruf diskriminiert werden, ab. Der Geltungsbereich des Diskriminierungsschutzes erstreckt sich auf den „*Bereich der Arbeitswelt*“ und erfasst damit unter anderem jegliche auf privatrechtlichen Verträgen beruhenden Dienstverhältnisse. Für den erfassten Geltungsbereich sehen erwähnte Bestimmungen ein generalklauselartig formuliertes Diskriminierungsverbot vor, welches in demonstrativ aufgezählten Diskriminierungs(einzel)tatbeständen eine Spezifizierung erfährt und dadurch weite Teile des typischen Arbeits- und Berufslebens einer/eines Beschäftigten vor Diskriminierungen schützt. Schutz gewährt das Diskriminierungsverbot nicht nur gegen Diskriminierungen im engeren Sinn (unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen), sondern auch vor Belästigungen.

Dabei ist das BEinstG bestrebt, Betroffenen wirksame Rechtsbehelfe gegen diskriminierende Verhaltensweisen an die Seite zu stellen und räumt diesen, abhängig von der

⁵⁷ Im Detail wird für diese dreijährige Frist auf die Verjährungsfristen gem § 1486 ABGB bzw § 1489 ABGB verwiesen.

⁵⁸ Zur Definition des unionsrechtlichen Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes für viele EuGH C-505/14, Klausner Holz Niedersachsen, ECLI:EU:C:2015:742, Rn 40 f.

⁵⁹ MWN Schratlbauer in Widy, Behinderteneinstellungsgesetz8 (2016) § 7k Erl 19 ff.

⁶⁰ Ob diese Fristenhemmung als Fortlaufs- oder Ablaufshemmung zu verstehen ist, bleibt im Normtext offen und wird auch durch das Schrifttum nicht einheitlich beantwortet.

⁶¹ Für diese einschränkende Interpretation des Anwendungsspektrums der 14 Tagesfrist in § 7k Abs 5 BEinstG sprechen auch teleologische Erwägungen; siehe zum Telos dieser kurzen 14 Tagesfrist: ErläutRV 836 BlgNR 22. GP 16.

⁶² Unter diesen wird auch der Fall zu subsumieren sein, dass der*die Betroffene die Beendigung gegen sich geltend lässt und sich auf die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen beschränkt.

⁶³ Potz, eolex 2009, 466 (467); Schratlbauer in Widy8 § 7k, Erl 7.

konkreten Verletzung des Diskriminierungsverbots, ein breites Rechtsschutzinstrumentarium ein. So ist etwa der Dienstgeber wegen Verletzung des Diskriminierungsverbots bei Begründung eines Dienstverhältnisses verpflichtet, Ersatz für den entstandenen Vermögensschaden und die erlittene persönliche Beeinträchtigung zu leisten. Der zu leistende Ersatz ist dabei für Fälle einer diskriminierenden Auswahl mit einem Mindestschadenersatzanspruch von zwei Monatsentgelten abgesichert bzw bei bloßer Nichtberücksichtigung der Bewerbung mit einer Höchstgrenze von 500 € begrenzt. Ein Anspruch auf Einstellung steht der/dem Geschädigten hingegen nicht zu.

Bei Geltendmachung des Ersatzanspruchs ist zwingend das vorgeschaltete Schlichtungsverfahren beim SMS zu durchlaufen und das Nichtzustandekommen einer gütlichen Einigung dem zuständigen ordentlichen Gericht per Bestätigung des SMS zu bezeugen. Für die Geltendmachung solcher Ersatzansprüche steht prinzipiell eine Frist von sechs Monaten zur Verfügung, wobei das Schlichtungsverfahren diese hemmt und eine Frist von zumindest drei Monaten nach Zustellung erwähnter Bestätigung zur Geltendmachung verbleiben muss.

Ihre Meinung zu diesem Fachbeitrag ist von großem Interesse für uns.
Wir freuen uns auf Ihren Kommentar auf www.reha-recht.de.
