Diskriminierungsverbote für Menschen mit Behinderung in Österreich[1]
Angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung

Ao. Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Brodil
Universität Wien

1. Allgemeines

Die hier gegenständlichen Umsetzungsmaßnahmen in den Mitgliedsstaaten gründen sich auf europarechtlichen Umsetzungsbedarf: Aufbauend auf insb Art 13 EGV, der unter anderen Gründen auch Vorkehrungen vorsieht, um Diskriminierungen wegen einer Behinderung zu vermeiden, verpflichtet die sog Rahmenrichtlinie 2000/78/EG[2] zu *angemessenen Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung*, um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behinderung zu gewährleisten.

Die RL gilt an sich nur für Beschäftigung und Beruf[3]. Das bedeutet gem Art 5, dass der Arbeitgeber die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen hat, um behinderten Menschen den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen. Die RL ordnet allerdings dann eine Ausnahme an, wenn derartige Maßnahmen den Arbeitgeber unverhältnismäßig belasteten. Keinesfalls als unverhältnismäßig belastend sind Maßnahmen allerdings dann, wenn sie durch geltende Maßnahmen – offenbar im Sinne von Rechtsvorschriften – im Rahmen der Behindertenpolitik eines Mitgliedsstaates ausreichend kompensiert werden[4]. Wir werden darauf noch näher einzugehen haben.

Die Europäische Union weitete jedenfalls den in mehreren Rechtsakten der Gemeinschaft festverankerten Grundsatz der Gleichbehandlung auch auf Behinderte aus[5]. Die grundlegenden Erwägungen liegen etwa im Ansatz, dass die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz und der Schutz vor Diskriminierung ein allgemeines Menschenrecht ist[6]. Auch in der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte wird anerkannt, dass die Bekämpfung jeder Art von Diskriminierung und geeignete Maßnahmen zur sozialen und wirtschaftlichen Eingliederung älterer und behinderter Menschen als wichtig anzusehen sind[7]. Ausdrücklich verweist der 11. Erwägungsgrund der RL darauf, dass Diskriminierungen – unter anderem wegen einer Behinderung – die Verwirklichung der im EG-Vertrag festgelegten Ziele unterminieren, insbesondere die Erreichung eines hohen Beschäftigungsniveaus. Ebenso ausdrücklich wird auf die wichtige Rolle der angeordneten Maßnahmen bei der Bekämpfung

---

[1] Die folgenden Ausführungen beruhen im wesentlichen auf den Beiträgen des Vortragenden in Tomandl/Schrammel (Hrsg) Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote (2005) 63 ff bzw in Rebhahn (Hrsg) Gleichbehandlungsgesetz Kommentar (2005) Anhang II, Diskriminierungsverbote für Menschen mit Behinderung 681 ff.

[2] RL des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.

[3] Vgl Art 1 bzw 3 RL 2000/78/EG.

[4] Art 5 letzter Satz der RL.

[5] Zum folgenden vgl *Brodil*, Differenzierung nach Behinderungen, in Tomandl/Schrammel (Hrsg), Arbeitsrechtliche Diskriminerungsverbote (2005) 63 ff.

[6] Vgl den 4. Erwägungsgrund der RL 2000/78/EG.

[7] 6. Erwägungsgrund der RL 2000/78/EG.

von Diskriminierungen wegen einer Behinderung hingewiesen[8]. Den Bedürfnissen von behinderten Menschen am Arbeitsplatz soll so Rechnung getragen werden. Erfasst sind dabei entsprechende *geeignete* Maßnahmen – wobei der europäische Normsetzer darunter wirksame und praktikable Maßnahmen verstehen möchte –, um den Arbeitsplatz der Behinderung entsprechend einzurichten. Dazu gehört etwa auch eine entsprechende Gestaltung der Räumlichkeiten oder eine Anpassung des Arbeitsgerätes.

Im Übrigen folgt die RL 2000/78/EG den „bewährten" Grundstrukturen. Sie verwendet die bereits bekannten Begriffe der mittelbaren und unmittelbaren Diskriminierung[9] sowie den Begriff der Belästigung. Auch das System der möglichen sachlichen Rechtfertigung folgt den bekannten Strukturen[10]. Weiters sind Sozialversicherungs- und Sozialschutzsysteme aus ihrem Geltungsbereich ausgenommen[11]. Zudem können die Arbeitsbedingungen bei Streitkräften – sowie auch die Bereiche Polizei, Strafvollzug ua[12] – aus der Gleichbehandlungspflicht für Behinderte bzw im Hinblick auf das Alter ausgenommen werden[13].

2. Die Umsetzung in Österreich durch das Behindertengleichstellungsgesetz – BGStG

Der österreichische Gesetzgeber hat sich – aufgrund hier nicht näher dargelegter Umstände – entschlossen, einen sehr **umfassenden** Diskriminierungsschutz für Menschen mit Behinderung zu erlassen. Die Umsetzung der RL 2000/78/EG erfolgte somit in zwei Bereichen: im „allgemeinen Bereich" durch das Bundesbehindertengleichstellungsgesetz. Für den Beeich der Arbeitswelt wurde das existierende Behinderteneinstellungsrecht novelliert[14].

Ziel des „allgemeinen" BGStG ist die Beseitigung der Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen[15]. Ebenso sollen die gleichberechtigte Teilhabe von Menschen mit Behinderungen am Leben in der Gesellschaft gewährleistet und eine selbstbestimmte Lebensführung ermöglicht werden.

Über den an sich aus europäischem Kontext vorgesehenen Geltungsbereich hinaus gewährt das Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz (BGStG) einen „allgemeinen" Diskriminierungsschutz für Menschen mit Behinderungen[16]. Wesentliche Absicht des

---

[8] Vgl den 16. bzw 20. Erwägungsgrund der RL 2000/78/EG.

[9] Vgl Art 2.

[10] Vgl Art 2 Abs 2 lit i, ii.

[11] Art 3 Abs 3 der RL.

[12] Siehe den 18. Erwägungsgrund der RL 2000/78/EG.

[13] Vgl Art 3 Abs 4 der RL.

[14] BGBl I 82/2005. Bundesgesetz, mit dem die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen geregelt wird (Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz – BGStG). Gleichzeitig wurden das Behinderteneinstellungsgesetz, das Bundesbehindertengesetz, das Bundessozialamtsgesetz, das Gleichbehandlungsgesetz, das Bundesgesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft sowie das Bundes-Gleichbehandlungsgesetz geändert.

[15] Vgl die Zielbestimmung des § 1.

[16] Vgl den 18. Erwägungsgrund der RL 2000/78/EG.

Gesetzgebers ist, die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen in allen Lebensbereichen zu fördern[17].

Abseits von hier nicht näher dargelegten speziellen Geltungsbereichen erfasst das BGStG primär Rechtsverhältnisse einschließlich deren Anbahnung und Begründung sowie die Inanspruchnahme oder Geltendmachung von Leistungen außerhalb eines Rechtsverhältnisses, soweit es jeweils um den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen geht, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, und die unmittelbare Regelungskompetenz des Bundes gegeben ist[18]. Ausgenommen ist allerdings der Schutz vor Diskriminierung in der Arbeitswelt, dessen Regelung dem Behinderteneinstellungsgesetz (BEinstG) vorbehalten bleibt[19].

Der Behinderungsbegriff enstpricht jenem des ebenso novellierten § 3 BehEinstG. Zentrale Regelungen umfassen Verbote unmittelbarer oder mittelbarer Diskriminierungen (§ 4 BGStG), die (auch) den technischen Zugang bzw dessen Erschwerung für Menschen mit Behinderungen betreffen („*Barrierefreiheit in gestalteten Lebensbereichen*"). Begrenzt ist der Diskriminierungsbegriff iZm Menschen mit Behinderungen allerdings durch die **Verhältnismäßigkeit**. Gem § 6 Abs 1 BGStG liegt nämlich eine mittelbare Diskriminierung im Sinne von § 5 Abs 2 nicht vor, wenn die Beseitigung von Bedingungen, die eine Benachteiligung begründen, insbesondere von Barrieren, rechtswidrig oder wegen unverhältnismäßiger Belastungen unzumutbar wäre.

Auch das BGStG sieht der „allgemeinen" Gleichbehandlung nachgebildete Rechtsfolgen bei Verletzung des Diskriminierungsverbots vor[20]. Für die Durchsetzung von Ansprüchen nach dem BGStG ist die *Schlichtungsstelle* zuständig[21]. Auf Näheres wird hier nicht weiter eingegangen.

Allerdings ist bereits jetzt festzuhalten, dass der österreichische Gesetzgeber den deutschen Richtlinien-Text im Wesentlichen wörtlich abzuschreiben pflegt und keinerlei klärende Detailregelungen erlässt. Der RL-Text selbst zeichnet sich im allgemeinen – offenbar aufgrund der schwierigen Meinungsfindung innerhalb der 15 oder 25 Mitgliedstaaten – va durch hochgradige Unbestimmheit aus. Durch die wörtliche Transformation in das innerstaatliche Recht werden die schwierigen Abgrenzungsfragen aber hpts den nationalen Rechtsanwendern auferlegt. Lassen sie mich daher nun versuchen, anhand einiger Aspekte Licht ins Dunkel zu bringen.

3. Änderungen der Behinderteneinstellung im BEinstG

3.1. Allgemeines

Im Bereich der **Arbeitswelt** wird mit der vorliegenden Neuregelung das bestehende Behindertenrecht[22] grundsätzlich unverändert bleiben. MaW: die Regelungen über sog

---

[17] Vgl den 18. Erwägungsgrund der RL 2000/78/EG sowie Art 7 Abs 1 B-VG.

[18] Vgl § 2 Abs 2 BGStG.

[19] Dazu unten eingehend 3.

[20] Vgl die §§ 9 ff BGStG.

[21] Vgl auch die Zuständigkeitsregel bei Mehrfachdiskriminierung in § 11 BGStG.

[22] Behinderteneinstellungsgesetz , BEinstG BGBl 22/1970 idF BGBl I 71/2003.

„begünstigte“ Behinderte, somit Menschen mit einem Grad der Behinderung von mehr als 50% (vgl auch das deutsche SGB IX) blieben gleich. Für diese Arbeitnehmer sieht das BEinstG bereits jetzt Sonderregelungen vor (Kündigungsschutz, Einstellungsverpflichtung bzw bei Nichtbeachtung Zahlung der Ausgleichstaxe etc).

Die europarechtlichen Diskriminierungsverbote werden durch eine umfangreiche Neureglung in den §§ 7 ff Behinderteneinstellungsgesetz ersetzt werden. § 7 enthielt bis jetzt lediglich das Verbot, einem behinderten Arbeitnehmer aus dem Grunde der Behinderung das Entgelt zu mindern. Daneben sah bereits § 6 Abs 1 BEinstG einen „milden“ Diskriminierungsschutz vor, als etwa auf Behinderte nach Art der Beschäftigung oder der Betriebsstätte Rücksicht zu nehmen war. Gleichzeitig wird nunmehr in § 6 Abs 1a ein **allgemeines Beseitigungsgebot** für Hindernisse geschaffen, auf das gleich einzugehen sein wird.

3.2. Zum Behinderungsbegriff

Sehen wir uns zunächst die gesetzliche Definition der Behinderung an: Die österreichischen Regelungen erfassen Behinderung als „die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden körperlichen, geistigen oder psychischen Funktionsbeeinträchtigung oder Beeinträchtigung der Sinnesfunktionen, die geeignet ist, die Teilhabe am Arbeitsleben zu erschweren. Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von mehr als voraussichtlich sechs Monaten.“

Die RL gibt den Begriff der Behinderung ja nicht vor, wodurch nationale Gesetzgeber einen relativ großen Gestaltungsspielraum haben. Die österreichische Definition beruht jedenfalls (weiterhin) auf einem materiell „krankenversicherungssystematischen“ Ansatz, schließt aber nunmehr auch Sinnesbehinderungen ein[23]. Im Rahmen einer *materiellen* Betrachtung des Begriffes der Behinderung ist auch darauf abzustellen, ob die Teilhabe dieser Person am Arbeitsleben erschwert ist.

ME erscheint der Erfassung von Behinderung hervorragende Bedeutung zuzukommen, weil die Rechtsfolgen an die Existenz *irgendeiner minimalen Form von Behinderung* anknüpfen. Naturgemäß ist Behinderung bei einem Menschen mit Querschnittlähmung leicht erfassbar. Ist allerdings auch ein Linkshänder oder ein Mensch, der sehr leicht ins Schwitzen kommt, als behindert anzusehen? Gleichzeitig erscheint die Erfassung von „Behinderung“ auch von Bedeutung für Art und Umfang von angemessenen Maßnahmen.

Dieses Verständnis von Behinderung beruht auf Ansätzen der europäischen Kommission selbst[24]. Ähnliche Ansätze finden sich auch in Definitionen der Weltgesundheitsorganisation WHO[25]. Inhaltlich Ähnlichkeiten finden sich auch in der Regelung des § 2 Abs 1 des deutschen SGB IX[26].

---

[23] Vgl dazu die 836 BlgNR EBzRV XXII. GP, Seite 12.

[24] Vgl Helios II – Europäischer Leitfaden für empfehlenswerte Praktiken – auf dem Weg zur Chancengleichheit für behinderte Menschen; vgl auch *Sturm*, Der europarechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz und dessen Umsetzung im österreichischen Arbeitsrecht, Diss. Wien 2003, 171 bei FN 536; siehe auch *Steinmeyer*, in Council of Europe Publishing (Hrsg), Legislation to counter discrimination against persons with disabilities[2] (2003).

[25] Vgl *Steinmeyer*, in Council of Europe Publishing (Hrsg), Legislation to counter discrimination against persons with disabilities[2] 23.

[26] Vgl dazu ausführlich *Mrozynski*, SGB IX Teil 1 (2002) § 2 Rz 1 ff; siehe auch *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX §§ 68, 69 Rz 1.

Die Erfassungsproblematik im Zusammenhang mit dem Vorliegen einer Behinderung ist äußerst komplex. Die hochgradige Unbestimmtheit und Abgrenzungsfragen zum Krankheitsbegriff stehen dabei im Vordergrund. Die Behinderung und ihre Bewältigung im sozialen Kontext wird im wesentlichen durch die Trias „impairment – activity – participation" vorgegeben[27]. Mit *impairment* (Schaden) wird der Verlust oder die Veränderung der Körperstruktur bzw einer physischen oder psychischen Funktion bezeichnet. Der Begriff *activity* steht für die Art und das Ausmaß der (Einschränkung der) Funktionsfähigkeit einer konkreten Person, die für einen Menschen als normal angesehen wird. *Participation* ist schließlich die Art und Ausmaß der Beteiligung einer Person an verschiedenen Lebensbereichen. Somit muß aus einem Gesundheitsschaden eine funktionelle Beeinträchtigung resultieren, die in Teilhabe-Defizite in einem oder mehreren Lebensbereichen mündet[28].

Als Beispiel sei eine gehbehinderte Person (bspw mit einer Versteifung eines Kniegelenks) erwähnt. Impairment ist vorhanden. Die Fähigkeitsstörung (activity) liegt in einer Einschränkung beim Treppensteigen. Ist diese Beschränkung dauerhaft gegeben, wird zumeist auch die Teilhabe (participation) beeinträchtigt sein, sodaß von Behinderung ausgegangen werden muß[29]. In anderen Fällen kann trotz Vorliegens einer Funktionsstörung keine Behinderung vorliegen, weil im konkreten Zusammenhang keine Beschränkung der *participation* besteht. Der Begriff der Behinderung ist demnach als *Typusbegriff* zu erfassen. Im konkreten Fall müssen nicht immer alle Elemente ausgeprägt sein. Welche Elemente gegeben sein müssen, hängt daher davon ab, in *welchem konkreten Sachbereich* der Begriff „Behinderung" relevant ist.

Bewirbt sich etwa der erwähnte Gehbehinderte als Feinmechaniker, mag er bei der Berufsausübung im Kern, somit bei der eigentlichen Leistungserbringung nicht als behindert angesehen werden. Seine Teilhabe ist aber im Zusammenhang mit dem Zugang zur Arbeitsstätte wohl beschränkt, wodurch Behinderung gegeben ist. Ist demgegenüber eine Person etwa lernbehindert, hängt es ebenfalls vom jeweiligen Sachzusammenhang ab, ob deren Teilhabe beeinträchtigt ist. Im Bereich des Zugangs zu arbeitsmarktpolitischen Maßnahmen durch die Teilnahme an Schulungen liegt wohl Behinderung vor[30]. Für die Bewerbung als Arbeiter für einfache manuelle Tätigkeiten wird dies zu verneinen sein. Im Zweifel ist im Bereich des *Arbeitsrechts* wohl ein weiteres Verständnis der Behinderung anzunehmen[31].

3.3. Angemessene Vorkehrungen und Förderungsmaßnahmen

§ 6 Abs 1a BEinstG ordnet zunächst an: „Dienstgeber haben 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 nicht unverhältnismäßig, wenn sie durch Förderungsmaßnahmen nach bundes- oder landesgesetzlichen Vorschriften ausreichend kompensiert werden kann."

---

[27] *Mrozynski*, SGB IX Teil 1 § 2 Rz 1 ff.
[28] *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX §§ 68, 69 Rz 1.
[29] *Mrozynski*, SGB IX Teil 1 § 2 Rz 5.
[30] So etwa *Mrozynski*, SGB IX Teil 1 § 2 Rz 33 mwN.
[31] *Brodil*, in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote 63 ff.

Die Regelung des § 6 Abs 1a BEinstG enthält offenbar eine *generelle* Verpflichtung für den Dienstgeber zur Beseitigung bzw Vermeidung von Zugangshindernissen für Menschen mit Behinderungen. Das Verhältnis zur § 7c Abs 4 ff BEinstG ist aber völlig offen[32]. Werfen wir daher einen Blick auf den Kerntatbestand dieser Regelung in § 7c.

(3) Bei Ungleichbehandlung wegen eines Merkmals, das im Zusammenhang mit einer Behinderung steht, liegt dann keine Diskriminierung vor, wenn das betreffende Merkmal auf Grund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt, und sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.
(4) Eine mittelbare Diskriminierung im Sinne von Abs. 2 liegt nicht vor, wenn die Beseitigung von Bedingungen, die eine Benachteiligung begründen, insbesondere von Barrieren, rechtswidrig oder wegen unverhältnismäßiger Belastungen unzumutbar wäre.
(5) Bei der Prüfung, ob Belastungen unverhältnismäßig sind, sind insbesondere zu berücksichtigen:

1. der mit der Beseitigung der die Benachteiligung begründenden Bedingungen verbundene Aufwand,

2. die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Dienstgebers oder in Fällen des § 7b Abs. 1 Z 8 bis 10 des jeweiligen Rechtsträgers,

3. Förderungen aus öffentlichen Mitteln für die entsprechenden Maßnahmen,

4. die zwischen dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes und der behaupteten Diskriminierung vergangene Zeit.

(6) Erweist sich die Beseitigung von Bedingungen, die eine Benachteiligung begründen, als unverhältnismäßige Belastung im Sinne des Abs. 4, liegt dann eine Diskriminierung vor, wenn verabsäumt wurde, durch zumutbare Maßnahmen zumindest eine maßgebliche Verbesserung der Situation des Betroffenen im Sinne einer größtmöglichen Annäherung an eine Gleichbehandlung zu bewirken. Bei der Prüfung der Zumutbarkeit ist Abs. 5 heranzuziehen.
(7) Bei der Beurteilung des Vorliegens einer mittelbaren Diskriminierung durch Barrieren ist auch zu prüfen, ob einschlägige auf den gegenständlichen Fall anwendbare Rechtsvorschriften zur Barrierefreiheit vorliegen und ob und inwieweit diese eingehalten wurden. Barrierefrei sind bauliche und sonstige Anlagen, Verkehrsmittel, technische Gebrauchsgegenstände, Systeme der Informationsverarbeitung sowie andere gestaltete Lebensbereiche, wenn sie für Menschen mit Behinderungen in der allgemein üblichen Weise, ohne besondere Erschwernis und grundsätzlich ohne fremde Hilfe zugänglich und nutzbar sind.

§ 7c stellt die zentrale Regelung der Antidiskriminierung für Menschen mit Behinderung dar. Liegt Behinderung vor, ist es verboten, wegen dieser Behinderung mittelbar oder unmittelbar zu diskriminieren, zu belästigen oder zur Diskriminierung anzuweisen. Nach allgemeinen Kriterien liegt auch im Bereich der Behinderung eine Diskriminierung vor, wenn keine *objektiven sachlichen Rechtfertigungsgründe* vorliegen. § 7c Abs 1 und 2 BEinstG entsprechen somit „bekannten Antidiskriminierungsstrukturen".

Im Hinblick auf Abs 3 ist festzuhalten, dass tatsächliche Unterschiede bei der

[32] Vgl bereits *Brodil*, Invalidi v avstrijskem pravnem redu (Menschen mit Behinderungen in der österreichischen Rechtsordnung; zweisprachig), in Nacionalni informativni dnevi 2005 - Nediskriminacija in enake pravice invalidov v zakonodaij (National Information Days - Non-discrimination and equal rights in legislation for persons with disabilities, Slovenija 2005) 69ff 151f; *Schindler*, Zur Umsetzung des EU-Rechts in Österreich – Teil 2: Überblick über die RL, deren Umsetzung bevorsteht, insb die Antidiskriminierungs-RL, DRdA 2003, 523 (530).

Leistungsfähigkeit im Wesen einer Behinderung liegen. Diese Unterschiede sind jedenfalls tw Wesensmerkmal einer Behinderung. Dies unterscheidet diesen Sachbereich deutlich von der Ungleichbehandlung etwa wegen des Geschlechts, der sexuellen Orientierung oder der rassischen Herkunft. Im Hinblick auf die Struktur der Vorschriften ist der Problembereich *zweizuteilen*: einmal sind jene Fälle zu erörtern, wo sich die mögliche Diskriminierung nicht im Zusammenhang mit Zugangsbeschränkungen im technischen Sinne ergibt. In diesen Fällen kann die Diskriminierung typischerweise durch eine Willensentscheidung bzw autarke Dispositionen des Arbeitgebers vermieden werden (Abs 3). Die zweite Gruppe erfaßt jene Fälle, wo die Teilhabebeschränkung Behinderter nur durch die Vornahme technischer Maßnahmen iwS beseitigt werden kann (im wesentlichen Abs 4 ff).

Zu § 7c Abs 3:
Keine Diskriminierung liegt vor, wenn ein bestimmtes Merkmal auf Grund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt. Jedenfalls muß es sich hierbei um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung – im Sinne der bewährten sachlichen Rechtfertigung – handeln. Nach den Materialien[33] kann ein derartiges Merkmal nur dann als wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung für eine bestimmte Position angesehen werden, wenn es sich um Kernaufgaben des Arbeitsvertrages handelt. Daher könnte ein erwartetes Image von Sportlichkeit bei einem Handelsvertreter für Sportartikel (sicher) keinen Ausschluss eines Rollstuhlfahrers für diese Position begründen. Dies steht in gewissem Widerspruch zu Judikatur des OGH bei der geschlechtlichen Diskriminierung: Die Weigerung eines Arbeitgebers, weibliche Modeverkäuferinnen im Außendienst einzusetzen, ist kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts[34]. Eine Beschränkung auf Arbeitnehmer männlichen Geschlechts ist so als entsprechende sachlicher Rechtfertigung anzusehen.

Zweifelsfrei liegt es nicht ausschließlich in der arbeitgeberischen *Disposition*, ob Diskriminierung vorliegt. Im Extremfall würden sonst stark schwitzenden oder übergewichtigen Personen – bei welchen nach dem dargelegten Verständnis von Funktionsstörung und Teilhabebeschränkung ebenfalls von Behinderung ausgegangen werden *könnte* – allein kraft Vorgabe etwa von Imagezielen eine Anstellung mit sachlicher Rechtfertigung verweigert werden können.

Allerdings muss eine Behinderung objektiv vorliegen. ME muss abstrakt eine Feststellung **irgendeines Grades der Behinderung bzw der Minderung der Erwerbsfähigkeit** möglich sein[35]. Nach § 14 BEinstG ist zwar nur eine MdE von mindestens 50% für die *Feststellung* der begünstigten Behinderteneigenschaft relevant. Im Hinblick auf die Einheit der Rechtsordnung sowie in systematischem Zusammenhang kann aber nur eine solche Funktionsstörung zum Vorliegen einer Behinderung führen, die auch eine MdE im Sinne der Systematik des Behinderteneinstellungsgesetzes oder verwandter Regelungsbereiche herbeiführt. Dabei sind auch die bestehenden – an den Knochen- und Gliedertaxen orientierten – Richtsätze beachtlich. Körperliche Eigenschaften, die nach diesen Kriterien zu keiner MdE führen, können daher niemals Ansatzpunkt für eine Diskriminierung sein. Arbeitgeberische Differenzierungen in diesem Bereich unterliegen somit keiner

---

[33] 836 BlgNR EBzRV XXII. GP, Seite 14.

[34] OGH 12.1.2000, 9 Ob A 318/99a, RdW 2000, 474 - Herrenmodeverkäufer; dazu *Gerlach*, Gleichbehandlung bei der Begründung des Dienstverhältnisses, RdW 2000, 610; *Rauch*, Zum Schadenersatz nach dem GlBG, ecolex 2000, 441.

[35] *Brodil*, in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote 63 ff.

Inhaltskontrolle.

Zum anderen ist das Diskriminierungsverbot teleologisch auszulegen. Ansatzpunkt sind die verwendeten Begriffe „entscheidende berufliche Voraussetzung“ sowie der europarechtliche Telos. Mit den Materialien werden Differenzierungskriterien nach körperlichen Merkmalen wohl tatsächlich nur im Bereich der Kernaufgaben des Arbeitsvertrages zulässig sein – somit muß der Ausnahmebestimmung des § 7b Abs 3 ein enges Verständnis unterlegt werden[36]. Die Ungleichbehandlung darf also nicht *ausschließlich wegen der Behinderung* erfolgen. Ungleichbehandlung aufgrund allgemeiner, nicht spezifisch tätigkeitsbezogener Erwägung sind damit ausgeschlossen.

Mit zunehmendem Grad der Behinderung wird somit Ungleichbehandlung eher sachlich gerechtfertigt sein. Bei schwerer Behinderung sind bestimmte körperliche Funktionen oder Fähigkeiten leichter als wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen darzutun und auch anzusehen. Gleichzeitig greifen sodann die besonderen Anreizsysteme – etwa der Entfall der Zahlungspflicht für die Ausgleichstaxe oder anderes. Umgekehrt: umso geringer die Behinderung, je schwieriger wird es für den Arbeitgeber, seine Differenzierung auf die in § 7c Abs 3 erwähnten wesentlichen und entscheidenden beruflichen Voraussetzungen zurückzuführen.

Zu § 7c Abs 4 ff:
Die Regelungen über die verpflichtende Beseitigung von Benachteiligungen für Behinderte schaffen ein Fülle von schwierigen Abgrenzungsfragen. Die europarechtlichen Vorgaben verpflichten nämlich den Arbeitgeber, ihm zumutbare, geeignete und im konkreten Fall erforderliche Maßnahmen zu ergreifen, um behinderten Menschen den Zugang zur Beschäftigung und der Ausübung des Berufes zu ermöglichen. Hier spielt weniger eine singuläre willentliche Entscheidung des Arbeitgebers als die technische Beseitigung von Barrieren eine Rolle. Dabei ist festzuhalten, dass ein insofern „neuer“ Bereich von Gleichbehandlung vorliegt, als dem Arbeitgeber nicht nur Unterlassungspflichten, sondern echte Handlungspflichten auferlegt werden[37].

Zunächst ist auf die Bestimmung des § 6 Abs 1a hinzuweisen. Dieser sieht ebenso wie § 7c Abs 4 und 5 eine Verpflichtung vor, Zugangsbehinderungen zu verhindern bzw zu beseitigen. Interessanterweise ordnet § 6 Abs 1a offenbar eine *grundsätzlich* bestehende Verpflichtung zur behindertengerechten Gestaltung von Arbeitsplätzen iwS an, wobei der Aufwand durch Förderungsmaßnahmen gedeckelt zu sein scheint. Demgegenüber spricht § 7c Abs 4 (bzw 5) nur von der *Beseitigung* von Behinderungen, wobei Fördermaßnahmen und Zuschüsse bei der Zumutbarkeit nur „zu berücksichtigen“ sind[38].

Dabei ist schon der Begriff einer *Beseitigungspflicht* unscharf. Es ist nämlich völlig offen, wann und in welchem Ausmaß diese Handlungspflichten bestehen. Dass Arbeitgeber insb den Zugang zu Arbeitsstätten vorausschauend barrierefrei zu gestalten hätten, soweit dies nicht

---

[36] So auch der deutsche Ansatz, vgl *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX § 81 Rz 7.

[37] Verfassungsrechtliche Erwägungen im Hinblick auf den damit implicite geschaffenen Eigentumseingriff finden sich in der Genese der Regelungen überhaupt keine; krit dazu etwa *Winkler*, Die neuen europäischen Gleichbehandlungsregeln, ZAS 2004, 52 (57).

[38] Das Folgende in Anlehnung an *Brodil*, Invalidi v avstrijskem pravnem redu (Menschen mit Behinderungen in der österreichischen Rechtsordnung; zweisprachig), in Nacionalni informativni dnevi 2005 - Nediskriminacija in enake pravice invalidov v zakonodaij (National Information Days - Non-discrimination and equal rights in legislation for persons with disabilities, Slovenija 2005.

mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist[39], erscheint überschiessend. Daher ist bei Neuerrichtungen oder Umbauten die generelle Zugänglichkeit für RollstuhlfahrerInnen, die Anbringung taktiler Leitlinien für Blinde uam nicht zu gewährleisten. Die europarechtlichen Vorgaben und die geplante innerstaatliche Umsetzung stehen im natürlichen Spannungsfeld mit dem ebenfalls europa- und jedenfalls verfassungsgesetzlich geschützten Eigentumsrecht[40]. Daher ist die Vornahme einer Abwägung zwischen den Anliegen der Behinderten und den Interessen der Arbeitgeber zwingend vorzunehmen[41]. Ohne Konkretisierung der Gleichbehandlungspflicht – etwa durch Bewerbung oder Vermittlung eines Behinderten – ist der Arbeitgeber daher nicht prophylaktisch verpflichtet, seine Arbeitsstätten in jeder oder maximal möglicher Hinsicht behindertengerecht auszugestalten. Eine solche generelle Pflicht mag – etwa nach BGstG – für öffentlich zugängliche Kundenräumlichkeiten sinnvoll sein. Für bloß Arbeitnehmern zugängliche Betriebsbereiche ist diese Verpflichtung allerdings nicht anzunehmen. Letztlich bleibt auch völlig offen, in welchem Ausmaß oder welcher Qualität behindertengerechte Gestaltung irgendwann einmal notwendig sein wird.

Zwar spricht § 6 Abs 1a von einer offenbar „allgemeinen" Verpflichtung, nennt aber gleichzeitig nur den „konkreten Fall". Daher ist ein ausgewogener Ansatz vorzuziehen, wonach ein Arbeitgeber bei der Neuerrichtung bzw dem Umbau einer Arbeitsstätte verpflichtet ist, eine behindertengerechte Gestaltung vorzunehmen *soweit* Förderungen bestehen.

§ 7c Abs 4 und 5 spricht demgegenüber die *Beseitigung* der die Benachteiligung von Behinderten begründenden Bedingungen an. Sie kann dann unterbleiben, wenn sie zu unverhältnismäßigen Belastungen führen würde. Bei der Feststellung ist daher auf den entsprechenden Aufwand und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers abzustellen. Unzumutbarkeit kann sich jedenfalls auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens gründen[42], die wohl ein maßgebliches Kriterium darstellt. Dies lässt sich auch mit hinreichender Deutlichkeit dem 21. Erwägungsgrund der RL entnehmen, wonach etwa der mit der Beseitigung verbundene finanzielle und sonstige Aufwand sowie die Größe, die finanziellen Ressourcen und der Gesamtumsatz des Unternehmens und die Verfügbarkeit von öffentlichen Mitteln oder anderen Unterstützungsmöglichkeiten berücksichtigt werden sollen.

Nach den Gesetzesmaterialien zu § 7c wäre etwa der Einbau eines Aufzugs in ein Haus unzumutbar, in dem der Arbeitgeber in einem höheren Stockwerk eine Arbeitsstätte mit weniger als 5 Mitarbeitern betreibt. Das Beispiel lässt viele Fragen offen. Jedenfalls ist aber neben der wirtschaftlichen Zumutbarkeit auch auf die *rechtliche (Un-)Möglichkeit* der Beseitigung abzustellen. Dies gilt etwa für den Fall, dass der Arbeitgeber nur Mieter von Betriebsräumlichkeiten ist und der Vermieter nicht zum behindertengerechten Umbau verpflichtet werden kann (auf Rechtsfragen iZm mietrechtlichen Vorschriften sei hier nur verwiesen).

Unzumutbarkeit kann aber auch vorliegen, wenn die Umgestaltung andere Arbeitsplätze

---

[39] So *Schindler*, DRdA 2003, 523 (530).

[40] Etwa Art 5 StGG, Art 1 1.ZP-EMRK; dazu vgl etwa *Öhlinger*, Verfassungsrecht[5] (2003) 375ff mwN.

[41] *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX § 81 Rz 16.

[42] Vgl Abs 5 Z 1 und 2; siehe auch *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX § 81 Rz 16.

gefährden oder auch andere Arbeitnehmer unzumutbar belasten würde[43]. Ein Anspruch auf *Teilzeitarbeit* Behinderter ist unzumutbar, wenn der Arbeitgeber dazu Änderungen in der Arbeitsorganisation vornehmen müßte, die einen Eingriff in andere Arbeitsverträge fordern[44] Ebenso sind die Kosten-Nutzen-Relation sowie etwa die prospektive Dauer des Arbeitsverhältnisses mit dem Behinderten beachtlich[45]. Die genauen Grenzen der zumutbaren Beseitigung von Zugangshemmnissen behinderter Arbeitnehmer hängen somit von Art und Ausmaß der Behinderung sowie von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers und den sonstigen arbeitsbezogenen Umständen im Betrieb ab.

Gem Abs 6 ist auch bei Vorliegen unzumutbarer bzw unverhältnismäßiger Belastungen dennoch von einer Diskriminierung auszugehen, wenn es der Arbeitgeber (oder die Organisation) verabsäumen, durch zumutbare Maßnahmen einen Zustand herzustellen, der eine maßgebliche Verbesserung der Situation vom Behinderten im Sinne einer *größtmöglichen Annäherung an eine Gleichbehandlung* darstellt. Damit soll ein mehrstufiges Verfahren zur Feststellung der Unzumutbarkeit eingeführt werden[46]. Als Beispiel nennen die Materialien die faktische Unmöglichkeit eines behindertengerechten Umbaus einer Betriebskantine. In diesem Fall soll der Arbeitgeber nicht in die Situation versetzt werden durch bloßes Nichtstun einer Diskriminierung zu entgehen. Vielmehr wäre er verpflichtet sonstige zumutbare Maßnahmen, wie etwa ersatzweises Zurverfügungsstellen von Essensbons in zugänglichen Lokalitäten, anzubieten. Diese – sozusagen subsidiären – Pflichten unterliegen gem § 7c Abs 6 aE aber wiederum einer Zumutbarkeitskontrolle.

Zuletzt ist bei der Beurteilung der Zumutbarkeit zudem zu berücksichtigen, ob die Möglichkeit der Inanspruchnahme entsprechender Förderungen aus öffentlichen Mitteln besteht. Überdies ist der Zeitraum zwischen Inkrafttreten der Regelung und dem Zeitpunkt der (behaupteten) Diskriminierung beachtlich. Bei der Prüfung der (technischen) Barrierefreiheit ist darauf abzustellen, inwieweit einschlägige bauliche und sonstige Rechtsnormen eingehalten wurden[47].

4. Zusammenfassung

Kommen wir zusammenfassend zu einem Resümee. Auf Anhieb fielen einige weitere hier offen gebliebene Fragen ein. Dies betrifft etwa das Problem, ob im arbeitsvertraglichen Anbahnungsverhältnis über bestehende Behinderungen wahrheitskonform informiert werden muss[48]. Ebenso offen bleibt, inwieweit Behinderungen – denken wir nur an die Benachteiligung von Frauen – im Bereich des allgemeinen Kündigungsschutzes eine Rolle, und vor allem welche Rolle spielen werden. Auch die Auswirkungen des Diskriminierungsverbotes auf die Kündigung an sich sind offen. Die Erfassung von vielen Detailproblemen wird die Rechtswissenschaft daher noch weiter beschäftigen.

---

[43] *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX § 81 Rz 16 mwN.

[44] So etwa LAG Schleswig-Holstein, LAGReport 2003, 29, zitiert nach *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX § 81 Rz 16 mwN.

[45] *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX § 81 Rz 17 mwN.

[46] Vgl die 836 BlgNR EBzRV XXII. GP, Seite 14.

[47] Abs 7; erfasst sind etwa Regelungen des technischen Arbeitnehmerschutzes bzw der Arbeitsstätten-VO, vgl die 836 BlgNR EBzRV XXII. GP, Seite 15.

[48] Dazu etwa *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX § 81 Rz 6; zur alten Rechtslage bejahend BAG 5.10.1995, AP BGB § 123 Nr. 40; vgl auch *Düwell*, BB 2001, 1527ff; zuletzt *Schaub*, Ist die Frage nach Schwerbehinderung zulässig? NZA 2003, 299.

Im Hinblick auf die vorliegende Umsetzung ist jedenfalls festzuhalten, daß ihr in weiten Bereichen Europarechtskonformität attestiert werden kann. Gleichzeitig zeigt sich auch das in jüngster Zeit immer deutlicher werdende Problem, daß europarechtliche Vorgaben recht unterdeterminiert sind und damit nationale Gesetzgeber und Gerichte vor teilweise unlösbare Aufgaben stellen.