



**GUTACHTEN ÜBER DIE AUS DEM UN-ÜBEREINKOMMEN ÜBER DIE RECHTE VON MENSCHEN MIT
BEHINDERUNGEN ERWACHSENDEN VERPFLICHTUNGEN ÖSTERREICHS**



Innsbruck, 28. Februar 2014

Vorwort zum Gutachten

Am 24. Oktober 2013 haben die Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, als Auftraggeber und die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Innsbruck als Auftragnehmer nach einem öffentlichen Auslobungsverfahren einen Vertrag über die Erstellung eines rechtswissenschaftlichen Gutachtens über die aus der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen erwachsenden Verpflichtungen Österreichs abgeschlossen. Das Interesse an dem Thema verbindet die am Gutachten beteiligten Mitglieder der Fakultät. Darüber hinaus erachtet sich die Rechtswissenschaftliche Fakultät verantwortlich dafür, einen gesellschaftlichen Beitrag zur Verwirklichung der durch das Recht geschützten Würde eines jeden Menschen zu erbringen. Diese Aufgabe wird auch durch die Begutachtung von völkerrechtlichen Übereinkommen, die einzelne Gesellschaftsmitglieder schützen können, verwirklicht. Daher war es der Fakultät ein besonderes Anliegen, das gegenständliche Projekt zu unterstützen.

Dieses Gutachten liegt nun vor. Es handelt sich um ein Fakultätsgutachten, an dem VertreterInnen von vier Instituten der Rechtswissenschaftlichen Fakultät in einer inhaltlich, formal und terminologisch auf einander abgestimmten und koordinierten Weise zusammengearbeitet haben. Im Einzelnen wurde das Gutachten von Univ.-Prof. Dr. Werner Schroeder/Ass.-Prof. Dr. Andreas Müller (Institut für Europa- und Völkerrecht), Univ.-Prof. Dr. Karl Weber/Univ.-Ass. Dr. Gregor Heißl (Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre), Univ.-Prof. Dr. Gert-Peter Reissner/Ass.-Prof. Dr. Andreas Mair (Institut für Arbeits- und Sozialrecht, Wohn- und Immobilienrecht und Rechtsinformatik) sowie Univ.-Prof. Dr. Michael Ganner/Univ.-Ass.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Caroline Voithofer (Institut für Zivilrecht) schwerpunktmäßig entsprechend den Fachkompetenzen bearbeitet.

In Bezug auf die sprachliche Ausgestaltung der Konvention wurde von den BearbeiterInnen neben der deutschen Fassung jeweils (zumindest) auch die englische Version der Begutachtung zu Grunde gelegt. Mitberücksichtigt wurde auch die im Gang

befindliche deutsche Neuübersetzung durch eine im Außenministerium eingerichtete Arbeitsgruppe.

Die wesentlichen Ergebnisse der Begutachtung sind jeweils am Ende der nach den verschiedenen rechtlichen Teilaspekten gebildeten Kapitel des Gutachtens zusammengefasst.

In meiner Eigenschaft als Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Innsbruck bedanke ich mich für die Auftragserteilung und bringe meine Hoffnung zum Ausdruck, dass das vorliegende Gutachten die Umsetzung der Konvention in die österreichische Rechtsordnung in der geforderten Qualität erleichtert und damit auch einen Beitrag für den angestrebten Fortschritt im Zusammenleben der Menschen in unserem Staat leistet.

Mit freundlichen Grüßen



Univ.-Prof. Dr. Bernhard Eccher



**A. DAS ÜBEREINKOMMEN ZUM SCHUTZ DER RECHTE VON MENSCHEN
MIT BEHINDERUNGEN UND SEIN FAKULTATIVPROTOKOLL.....8**

I. Mitgliedschaft8

1. Österreich 8

2. Europäische Union..... 9

3. Andere EU-Mitgliedstaaten 10

II. Authentische Sprachfassungen.....10

III. Terminologie14

**B. ART UND REICHWEITE DER AUS DEM ÜBEREINKOMMEN
ENTSTEHENDEN VERPFLICHTUNGEN ÖSTERREICHS15**

I. Übereinkommen und Fakultativprotokoll als völkerrechtliche Verträge15

II. Übereinkommen und Fakultativprotokoll als Staatsvertrag iSd Art 50 B-VG.....18

1. Erfüllungsvorbehalt (Ausschluss der unmittelbaren Anwendbarkeit) 18

2. Keine völkerrechtliche Verpflichtung, Staatsverträge unmittelbar anzuwenden 19

3. Adressaten der innerstaatlichen Verpflichtungen aus dem Staatsvertrag 20

a. Bundes- und Landesgesetzgeber als Adressaten der Umsetzungsverpflichtung 20

b. Verpflichtung von Verwaltungsbehörden und Gerichte zur völkerrechtskonformen
Interpretation 21

i. Vorschläge und allgemeine Empfehlungen im Staatenberichtsverfahren gem Art 36 Abs 1 des
Übereinkommens..... 23

ii. Vorschläge und allgemeine Empfehlungen gem Art 39 des Übereinkommens 26

iii. Vorschläge und Empfehlungen im Verfahren individueller Mitteilungen gem Art 5 des
Fakultativprotokolls 27

c. Gesetzliche Betrauung staatlicher Einrichtungen mit Aufgaben in Zusammenhang mit dem
Übereinkommen 29

i. Unabhängige Mechanismen gem Art 33 des Übereinkommens – Innerstaatliche
Monitoringausschüsse 30

ii. Kommissionen der Volksanwaltschaft und Landesvolksanwaltschaft in Vorarlberg in Bezug auf
Art 16 Abs 3 des Übereinkommens 37

d. Keine Verpflichtungen Einzelner aus dem Übereinkommen und dem Fakultativprotokoll als
Staatsvertrag..... 40

4. Inhalt und Reichweite der Verpflichtungen 40

a. Allgemeine Grundsätze gem Art 3 des Übereinkommens 41

b. Allgemeine Verpflichtungen gem Art 4 Abs 1 des Übereinkommens 43

c.	Einschränkung der Verpflichtungen der Vertragsparteien durch Art 4 Abs 2 des Übereinkommens?	47
III.	Übereinkommen als internationale Übereinkunft der Union iSd Art 216 AEUV	51
1.	Authentische Sprachfassungen	51
2.	Kompetenzverteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten im Bereich des Übereinkommens.....	52
3.	Geltung des Übereinkommens als integrierender Bestandteil des Unionsrechts	54
4.	Unmittelbare Wirkung des Übereinkommens als internationale Übereinkunft der Union	55
5.	Verpflichtung zur übereinkunftskonformen Auslegung des Unionsrechts und des nationalen Rechts	61
a.	Übereinkunftskonforme Auslegung unionsrechtlicher Bestimmungen	61
b.	Übereinkunftskonforme Auslegung des nationalen Rechts	64
6.	Implikationen des Übereinkommens als internationaler Übereinkunft der Union für das Mitteilungsverfahren nach dem Fakultativprotokoll.....	67

**C. ÜBERBLICK ÜBER DIE VERFASSUNGSGESETZLICH
GEWÄHRLEISTETEN RECHTE VON MENSCHEN MIT BEHINDERUNG69**

I.	Gleichberechtigung und Nichtdiskriminierung	69
1.	Artikel 5 – Gleichberechtigung und Nichtdiskriminierung („Equality and non-discrimination“)	69
2.	Umsetzung auf grundrechtlicher Ebene	69
a.	Allgemeines.....	69
b.	Art 7 Abs 1 S 3 B-VG – Grundrecht	70
i.	Allgemein	70
ii.	Grundrechtsträger.....	70
iii.	Schutzbereiche	71
c.	Art 7 Abs 1 S 4 B-VG – Staatszielbestimmung.....	74
3.	Konsequenzen für staatliche Verpflichtungen aus dem Übereinkommen	75
a.	Allgemeines zur Umsetzung durch Grundrechte.....	75
b.	Unmittelbare Drittwirkung des Diskriminierungsverbots aus dem Übereinkommen und Art 7 Abs 1 S 3 B-VG?	76
c.	Grundsätzliche Umsetzung auf einfachgesetzlicher Ebene durch das Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz.....	77
d.	Schwangerschaftsabbrüche.....	78
i.	Rechtlicher Rahmen und Kritik des Ausschusses	78
ii.	Würdigung im Lichte des Gleichheitsgrundsatzes.....	79
II.	Gleichbehandlung behinderter und nichtbehinderter Kinder	82
1.	Artikel 7 – Kinder mit Behinderungen („Children with disabilities“).....	82
2.	Umsetzung auf grundrechtlicher Ebene	83

3.	Konsequenzen für staatliche Verpflichtungen aus dem Übereinkommen	83
III.	Verbot von Folter oder grausamer, unmenschlicher, erniedrigender Behandlung oder Strafe.....	85
1.	Maßgebliche Bestimmungen des Übereinkommens	85
a.	Artikel 15 – Freiheit von Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe („Freedom from torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment“)	85
b.	Artikel 17 – Schutz der Unversehrtheit der Person („Protecting the integrity of the person“)	86
2.	Umsetzung auf grundrechtlicher Ebene	86
a.	Allgemein	86
b.	Haftbedingungen.....	87
c.	Schutzpflicht bei Misshandlungen durch Private	89
3.	Konsequenzen für staatliche Verpflichtungen aus dem Übereinkommen	90
a.	Grundrechtliche Ebene	90
b.	Mangel an einfachgesetzlichen Vorkehrungen für Haftbedingungen	91
IV.	Recht auf Achtung der Privatsphäre, der Wohnung und der Familie	92
1.	Maßgebliche Bestimmungen des Übereinkommens	92
a.	Artikel 22 – Achtung der Privatsphäre („Respect for privacy“)	92
b.	Artikel 23 – Achtung der Wohnung und der Familie („Respect for home and the family“)	92
2.	Umsetzung auf grundrechtlicher Ebene	94
a.	Allgemein	94
b.	Anspruch auf barrierefreien Zugang zu öffentlichen Gebäuden?	94
c.	Sachwalterschaft	95
d.	Schutzpflicht bei Misshandlungen durch Private	97
3.	Konsequenzen für staatliche Verpflichtungen aus dem Übereinkommen	97
V.	Recht auf Freiheit und Sicherheit der Person.....	99
1.	Artikel 14 – Freiheit und Sicherheit der Person („Liberty and Security of Persons)	99
2.	Umsetzung auf grundrechtlicher Ebene	99
3.	Konsequenzen für staatliche Verpflichtungen aus dem Übereinkommen	103
VI.	Zugang zur Justiz	107
1.	Artikel 13 – Zugang zur Justiz („Access to Justice“)	107
2.	Umsetzung auf grundrechtlicher Ebene	107
3.	Konsequenzen für staatliche Verpflichtungen aus dem Übereinkommen	108
VII.	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	110
D.	ANALYSE KONKRETER BESTIMMUNGEN DES ÜBEREINKOMMENS..	112
I.	Bestimmung des Begriffs der Menschen mit Behinderungen (Art 1 S 2)	112

1.	Funktion der Begriffsbestimmung	112
2.	Elemente der Begriffsbestimmung	114
a.	Körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen	114
b.	Langfristigkeit	115
c.	Hinderung an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft in Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren	117
d.	Negative Definitionselemente?	121
i.	Bestehen einer de-minimis-Grenze?	121
ii.	Krankheit als Ausschlusskriterium gegenüber Behinderung?	122
iii.	Altersbedingte Beeinträchtigungen als Ausschlusskriterium gegenüber Behinderungen?	123
3.	Implikationen für das österreichische Recht	124
II.	Baurecht (Art 9)	125
1.	Maßgebliche Bestimmungen des Übereinkommens	125
2.	Inhalt des Art 9 des Übereinkommens	127
3.	Empfehlungen des Ausschusses	129
4.	Konsequenzen für Bauordnungen der Länder	130
5.	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	136
III.	Rechts- und Handlungsfähigkeit im Zivilrecht (Art 12)	136
1.	Vorgaben des Übereinkommens	137
a.	Rechtsfähigkeit	138
b.	Handlungsfähigkeit	139
c.	Genuss der Rechts- und Handlungsfähigkeit	141
i.	Allgemeines	141
ii.	Rechtsfähigkeit	141
iii.	Handlungsfähigkeit	141
2.	Grundsätzliche Zulässigkeit einer Vertreterentscheidung	145
a.	Allgemeines	145
b.	Vorsorgevollmacht	147
c.	Sachwalterrecht	148
i.	Fakten	148
ii.	Bestehende Probleme	150
iii.	Selbstbestimmung versus Verkehrsschutz	152
iv.	Eingriff in die Handlungsfähigkeit	152
d.	Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger	158
e.	Gesetzlicher Vertrauensschutz bei Vorsorgevollmacht und Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger	159
3.	Schutz vor Missbrauch	160
4.	Art 12 Abs 5 des Übereinkommens	163
5.	Modelle zur unterstützen Entscheidungsfindung	164

6.	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....	167
IV.	Unabhängige Lebensführung und Einbeziehung in die Gemeinschaft (Art 19)	169
1.	Recht auf Autonomie und Inklusion in die Gesellschaft	170
2.	Verpflichtung zur Deinstitutionalisierung	173
3.	Segregative Wohnformen und Segregationsverbot.....	179
4.	Operationalisierung des Autonomiegrundsatzes – Etablierung geeigneter Verfahren zur Gewährleistung der Entscheidungsfreiheit	180
V.	Bildung – Schule (Art 24)	184
1.	Maßgebliche Bestimmungen des Übereinkommens	184
2.	Inhalt des Art 24 UN-Übereinkommen.....	186
a.	Terminologische Klarstellung.....	186
b.	Inklusiver Ansatz	187
3.	Empfehlungen des Ausschusses	188
4.	Konsequenzen für die Schulorganisation	190
5.	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....	192
VI.	Arbeit (Art 27)	192
1.	Der Verpflichtungsgehalt von Art 27 des Übereinkommens	193
a.	Vorbemerkungen zur Struktur der in Art 27 enthaltenen Garantien	193
b.	Das Recht auf Arbeit (Art 27 Abs 1)	196
i.	Das „gleiche Recht auf Arbeit“ (Art 27 Abs 1 HS 1)	197
ii.	Das Recht auf freie Wahl der Arbeit in einem „integrativen Arbeitsmarkt“ (Art 27 Abs 1 HS 2)	199
iii.	Sicherung und Verwirklichung des Rechts auf Arbeit (Art 27 Abs 1 Satz 2).....	202
iv.	Verbot der Diskriminierung im Zusammenhang mit einer Beschäftigung (Art 27 Abs 1 Satz 2 lit a)	202
v.	Das gleiche Recht von Menschen mit Behinderungen auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen (Art 27 Abs 1 Satz 2 lit b)	204
vi.	Koalitionsrecht und Mitbestimmungsrechte (Art 27 Abs 1 Satz 2 lit c)	204
vii.	Zugang zu Beratungsprogrammen, Stellenvermittlung und Berufsausbildung (Art 27 Abs 1 Satz 2 lit d)	205
viii.	Förderung und Unterstützung von unselbständiger Beschäftigung (Art 27 Abs 1 Satz 2 lit e)	205
ix.	Förderung von selbständiger Erwerbstätigkeit (Art 27 Abs 1 Satz 2 lit f)	206
x.	Beschäftigung im öffentlichen Sektor (Art 27 Abs 1 Satz 2 lit g).....	206
xi.	Förderung von Beschäftigung im privaten Sektor (Art 27 Abs 1 Satz 2 lit h).....	206
xii.	Angemessene Vorkehrungen (Art 27 Abs 1 Satz 2 lit i).....	207
xiii.	Förderung von „job experience“ (Art 27 Abs 1 Satz 2 lit j)	208
xiv.	Berufliche Rehabilitation (Art 27 Abs 1 Satz 2 lit k)	208

c.	Verbot von Sklaverei, Leibeigenschaft, Zwangs- und Pflichtarbeit (Art 27 Abs 2).....	209
2.	Rechtslage in Österreich	210
a.	Themenspezifische internationale Übereinkommen	210
i.	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte („UN-Menschenrechtspakt I“).....	210
ii.	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte („UN-Menschenrechtspakt II“) ..	211
iii.	Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau	211
iv.	Internationales Übereinkommen über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung 211	
v.	Übereinkommen im Rahmen der ILO	211
vi.	Europäische Sozialcharta (revidiert)	212
vii.	Europäische Grundrechtecharta	212
b.	Verfassungsrechtliche Ebene	213
i.	Diskriminierungsverbot (Art 7 Abs 1 B-VG)	213
ii.	Freiheit der Erwerbsbetätigung (Art 6 StGG) und Freiheit der Berufswahl und Berufsausbildung (Art 18 StGG)	213
iii.	Gleicher Zugang zu öffentlichen Ämtern (Art 3 StGG)	214
iv.	Koalitionsfreiheit (Art 11 EMRK).....	214
v.	Verbot von Sklaverei, Leibeigenschaft, Zwangs- und Pflichtarbeit (Art 4 EMRK).....	215
vi.	Akzessorisches Diskriminierungsverbot (Art 14 EMRK)	215
c.	Einfachgesetzliche Ebene	215
i.	Umsetzung von Art 27 Abs 1 HS 1: Das „gleiche Recht auf Arbeit“	216
ii.	Umsetzung von Art 27 Abs 1 HS 2: Das Recht auf freie Wahl der Arbeit in einem „integrativen Arbeitsmarkt“	220
iii.	Umsetzung von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit a: Verbot der Diskriminierung im Zusammenhang mit einer Beschäftigung	223
iv.	Umsetzung von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit b: Das gleiche Recht von Menschen mit Behinderungen auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen	225
v.	Umsetzung von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit c: Koalitionsrecht und Mitbestimmungsrechte.....	226
vi.	Umsetzung von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit d: Zugang zu Beratungsprogrammen, Stellenvermittlung und Berufsausbildung	227
vii.	Umsetzung von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit e und f: Förderung und Unterstützung von unselbständiger Beschäftigung und Förderung von selbständiger Erwerbstätigkeit.....	227
viii.	Umsetzung von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit g: Beschäftigung im öffentlichen Bereich	228
ix.	Umsetzung von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit h: Förderung von Beschäftigung im privaten Sektor	228
x.	Umsetzung von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit i: Angemessene Vorkehrungen.....	229
xi.	Umsetzung von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit j: Förderung von „job experience“	230
xii.	Umsetzung von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit k: Berufliche Rehabilitation.....	231
xiii.	Umsetzung von Art 27 Abs 2: Verbot von Sklaverei, Leibeigenschaft, Zwangs- und Pflichtarbeit	232

3.	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....	232
VII.	Präimplantationsdiagnostik.....	233
1.	Rechtslage in Österreich	233
2.	Vereinbarkeit einer zugelassenen PID mit dem Übereinkommen.....	236
3.	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....	240
VIII.	Wrongful birth/wrongful conception	240
1.	Rechtslage in Österreich	241
2.	Neue Wertung des Übereinkommens.....	242
3.	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....	244

A. Das Übereinkommen zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen und sein Fakultativprotokoll

- 1 Die „Convention on the Rights of Persons with Disabilities“ („das **Übereinkommen**“) und das „Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities“ („das **Fakultativprotokoll**“) – so die Titel in der authentischen englischen Fassung² – wurden am 13.12.2006 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen angenommen.³ Sie traten gem Art 45 des Übereinkommens⁴ und gem Art 13 des Fakultativprotokolls am 3.5.2008 in Kraft.

I. Mitgliedschaft

- 2 Das Übereinkommen zählt gegenwärtig **138 Mitglieder**, das Fakultativprotokoll 79 Mitglieder. Weitere 20 Staaten haben das Übereinkommen und weitere 13 Staaten das Fakultativprotokoll unterzeichnet, aber noch nicht ratifiziert.⁵

1. Österreich

- 3 Österreich unterzeichnete das Übereinkommen zum gem Art 42 erstmöglichen Tag, dh am 30.3.2007. In der Folge wurden – nach Genehmigung durch den Nationalrat gem Art 50 Abs 1 Z 1 B-VG⁶ – die vom Bundespräsidenten unterzeichneten und vom Bundeskanzler gegenzeichneten Ratifikationsurkunden für das Übereinkommen und das Fakultativprotokoll am 26.9.2008 beim Generalsekretär der Vereinten Nationen hinterlegt. Österreich gab **weder** bei der Unterzeichnung noch bei Hinterlegung der Ratifikationsurkunden einen **Vorbehalt** zum Übereinkommen oder Fakultativprotokoll ab. Es gab auch **keine Erklärung** ab.
- 4 Im BGBl wurde am 23.10.2008 neben der authentischen englischen und französischen Fassung eine **deutsche Übersetzung** unter dem Titel „Übereinkommen über die Rechte von

¹ 2515 UNTS 3.

² Gem Art 50 des Übereinkommens und Art 18 des Fakultativprotokolls sind neben der englischen auch die arabische, chinesische, französische, russische und spanische Fassung gleichermaßen authentisch; vgl dazu noch *infra* Rn 13.

³ UN-Generalversammlung, Resolution A/RES/61/106, 13.12.2006.

⁴ Zur deutschsprachigen Nomenklatur vgl *infra* Rn 22.

⁵ Vgl http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en; http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15-a&chapter=4&lang=en.

⁶ Zur Genehmigung durch den Nationalrat und den damit verbundenen Erfüllungsvorbehalt vgl *infra* Rn 35ff.

Menschen mit Behinderungen sowie das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen“ kundgemacht.⁷ Gem Art 49 Abs 2 Z 1 B-VG gilt nämlich:

Ist ein Staatsvertrag gemäß Art. 50 Abs. 1 Z. 1 in mehr als zwei Sprachen authentisch festgelegt worden, reicht es aus, wenn zwei authentische Sprachfassungen und eine Übersetzung in die deutsche Sprache [...] kundgemacht werden. Anlässlich der Genehmigung eines Staatsvertrags gemäß Art. 50 Abs. 1 kann der Nationalrat beschließen, auf welche andere Weise als im Bundesgesetzblatt die Kundmachung des Staatsvertrags oder einzelner genau zu bezeichnender Teile desselben zu erfolgen hat; solche Beschlüsse des Nationalrates sind vom Bundeskanzler im Bundesgesetzblatt kundzumachen.⁸

- 5 Der Nationalrat hat dementsprechend anlässlich der Genehmigung (die gem Art 50 Abs 2 Z 3 lit a B-VG auf der Grundlage der authentischen englischen und französischen Sprachfassungen sowie der deutschen Übersetzung erfolgte) beschlossen, dass die arabische, chinesische, russische und spanische Sprachfassung gem Art 49 Abs 2 B-VG dadurch kundzumachen sind, dass sie zur öffentlichen Einsichtnahme im Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten aufliegen.⁹
- 6 Gem Art 45 Abs 2 des Übereinkommens und Art 13 Abs 2 des Fakultativprotokolls traten die beiden Verträge mit **26.10.2008** für Österreich **in Kraft**.¹⁰

2. Europäische Union

- 7 Laut Art 42 des Übereinkommens „liegt [es] für alle Staaten und für Organisationen der regionalen Integration ab dem 30. März 2007 [...] zur Unterzeichnung auf“. Gem Art 44 Abs 1 des Übereinkommens bezeichnet der „Ausdruck **,Organisation der regionalen Integration‘** [...] eine von souveränen Staaten einer bestimmten Region gebildete Organisation, der ihre Mitgliedstaaten die Zuständigkeit für von diesem Übereinkommen erfasste Angelegenheiten übertragen haben“. Unter diese Begriffsbestimmung fällt zweifellos auch die Europäische Union (EU), die ebenso wie Österreich bereits am 30.3.2007 von der Möglichkeit der Unterzeichnung des Übereinkommens Gebrauch machte. Dem Erfordernis des Art 43 des Übereinkommens, wonach es der förmlichen Bestätigung durch die unterzeichnenden Organisationen der regionalen Integration bedarf, kam die EU am 23.12.2010 nach, nachdem der Rat

⁷ BGBl III 155/2008.

⁸ Vgl hierzu – auf Grundlage von Art 49 Abs 4 B-VG – § 5 Abs 4 BGBIG, BGBl I 100/2003 idF BGBl I 33/2013.

⁹ BGBl III 155/2008.

¹⁰ Ibid.

den Abschluss des Übereinkommens als internationale Übereinkunft der Union gem Art 217 Abs 6 AEUV genehmigt hatte.¹¹

- 8 Gem Art 45 Abs 2 des Übereinkommens trat es für die EU mit **22.1.2011 in Kraft**.
- 9 Art 44 Abs 1 des Übereinkommens sieht vor, dass in der Urkunde der förmlichen Bestätigung seitens der Organisation der „Umfang ihrer Zuständigkeit in Bezug auf die durch dieses Übereinkommen erfassten Angelegenheiten [erklärt wird]. Danach teil[t] sie dem Depositar jede erhebliche Änderung des Umfangs ihrer Zuständigkeiten mit“. Die EU hat sowohl die geforderte **Erklärung** abgegeben als auch einen **Vorbehalt** zum Übereinkommen angebracht.¹²
- 10 Die EU ist weder Signatar noch Vertragspartei des Fakultativprotokolls.

3. Andere EU-Mitgliedstaaten

- 11 **25** der 28 EU-Mitgliedstaaten sind Vertragsstaaten des **Übereinkommens**. Drei EU-Mitgliedstaaten (Finnland, Irland, Niederlande) sind seit 30.3.2007 zwar Signatarstaaten, haben das Übereinkommen aber bislang nicht ratifiziert.¹³
- 12 **19** EU-Mitgliedstaaten (neben Österreich Belgien, Deutschland, Estland, Frankreich, Griechenland, Italien, Kroatien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Portugal, Slowakei, Slowenien, Spanien, Ungarn, das Vereinigte Königreich und Zypern) sind Vertragsstaaten des **Fakultativprotokolls**. Vier EU-Mitgliedstaaten (Bulgarien, Finnland, Rumänien und die Tschechische Republik) sind zwar Signatarstaaten des Fakultativprotokolls, haben es allerdings nicht ratifiziert.¹⁴

II. Authentische Sprachfassungen

- 13 Art 33 Abs 1 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)¹⁵ normiert für die „Auslegung von Verträgen mit zwei oder mehr authentischen Sprachen“:

Ist ein Vertrag in zwei oder mehr Sprachen als authentisch festgelegt worden, so ist der Text in jeder Sprache in gleicher Weise maßgebend, sofern nicht der Vertrag vorsieht o-

¹¹ ABI 2010 L 23/35.

¹² Vgl http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en.

¹² ABI 2010 L 23/35; vgl dazu noch *infra* Rn 126ff.

¹³ Vgl http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en.

¹⁴ Vgl http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15-a&chapter=4&lang=en.

¹⁵ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.5.1969, BGBl 40/1980.

der die Vertragsparteien vereinbaren, daß bei Abweichungen ein bestimmter Text vorgehen soll.

Weder das Übereinkommen noch das Fakultativprotokoll sehen dergleichen vor. Vielmehr treffen Art 50 des Übereinkommens und Art 18 des Fakultativprotokolls eine Festlegung genau iSv Art 33 Abs 1 WVK.¹⁶ Dementsprechend sind das Übereinkommen und das Fakultativprotokoll in **sechs Sprachen** gleichermaßen **authentisch**, nämlich arabisch, chinesisch, englisch, französisch, russisch und spanisch.

- 14** Gem Art 33 Abs 2 WVK gilt des weiteren: „Eine Vertragsfassung in einer anderen Sprache als einer der Sprachen, deren Text als authentisch festgelegt wurde, gilt nur dann als authentischer Wortlaut, wenn der Vertrag dies vorsieht oder die Vertragsparteien dies vereinbaren“. Das Übereinkommen und das Fakultativprotokoll sehen dies aber nicht vor, und die Vertragsparteien haben auch keine diesbezüglichen Vereinbarungen getroffen. Daraus folgt, dass die **deutsche Fassung** des Übereinkommens und des Fakultativprotokolls, wie sie im BGBl verlautbart wurden¹⁷, **nicht als authentisch** gelten kann.
- 15** Obwohl es sich um eine amtliche Übersetzung handelt, die im Übrigen zwischen Österreich und Deutschland, Liechtenstein und der Schweiz abgestimmt wurde¹⁸, kommt dem **deutschen Text** für die Auslegung des Übereinkommens und des Fakultativprotokolls nach den völkerrechtlichen Interpretationsregeln also **keine Relevanz** zu. Denn

die deutsche Übersetzung, die einem nicht in deutscher Sprache abgefassten multilateralen Vertrag [...] bei der Kundmachung im BGBl beigegeben wird, [ist] weder authentischer Text noch der für die österreichischen Vollzugsorgane maßgebende Text. Letzteres ist schon durch die in jedem solchen Vertrag enthaltene Bestimmung über die authentischen Texte ausgeschlossen. Das Vollzugsorgan hat daher bei der Interpretation im Zweifel auf die authentischen Texte zurückzugreifen.¹⁹

¹⁶ Vgl *supra* Fn 2.

¹⁷ Vgl *supra* Fn 7.

¹⁸ Erster Staatenbericht Österreichs zur UN-Behindertenrechts-Konvention, 5.10.2010, 1.

¹⁹ *Reinisch* (Hg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts⁵, Bd I (2013) Rn 312; vgl ebenso *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger*, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis (2013) 22: „Für die Auslegung [des Übereinkommens] hat dann die deutsche Fassung allenfalls den Charakter eines Hilfsmittels oder eines praktischen Ausgangspunkts zur Ermittlung des Wortsinns der jeweiligen Vorschriften. Entstehen aber Zweifel über den Inhalt einer Vorschrift, so sind diese Zweifel unter Anwendung der [...] völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze mit Vorrang der authentischen Vertragssprachen (also z.B. der englischen Sprache) zu beheben.“

Dass die deutsche Fassung nicht die maßgebliche ist, kommt auch in den einschlägigen Bestimmungen des B-VG²⁰ sowie *in casu* in der Verlautbarung im BGBl zum Ausdruck, indem die deutsche Fassung ausdrücklich als (bloße) „Übersetzung“ bezeichnet wird.²¹

- 16 Die Auslegung des Übereinkommens und des Fakultativprotokolls hat dementsprechend auf Grundlage der sechs authentischen Fassungen zu erfolgen. Im Folgenden wird jedoch lediglich mit der **englischen und (teils auch) der französischen Fassung** gearbeitet, da die Genehmigung des Nationalrats auf Grundlage dieser beiden authentischen Sprachfassungen erfolgte (Art 50 Abs 2 Z 3 lit a B-VG) und diese beiden authentischen Sprachfassungen im BGBl kundgemacht sind (Art 49 Abs 2 Z 1 B-VG) (Rn 4). Dies dürfte im Übrigen auch den typischerweise zu erwartenden Sprachkenntnissen der rechtsanwendenden Organe entsprechen.²²
- 17 In aller Regel wird die vergleichende Bezugnahme auf zwei authentische Sprachfassungen den Auslegungserfordernissen auch Genüge tun. Gem Art 33 Abs 3 WVK wird nämlich „vermutet, daß die Ausdrücke des Vertrags in jedem authentischen Text dieselbe Bedeutung haben“. Nach Abs 4 gilt darüber hinaus:

[W]enn ein Vergleich der authentischen Texte einen Bedeutungsunterschied aufdeckt, der durch die Anwendung der [Regeln für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge gem Art 31 und 32 WVK (vgl Rn 49)] nicht ausgeräumt werden kann, [wird] diejenige Bedeutung zugrunde gelegt, die unter Berücksichtigung von Ziel und Zweck des Vertrags die Wortlaute am besten miteinander in Einklang bringt.

- 18 Den im Folgenden verwendeten englischen und französischen authentischen Fassungen wird jeweils die im BGBl verlautbarte amtliche deutsche Übersetzung – unter Vorbehalt des in Rn 15 Gesagten – gegenübergestellt, um mögliche Bedeutungsunterschiede zu identifizieren und herauszuarbeiten. Allerdings ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass das auf Grundlage des Übereinkommens eingesetzte „Committee on the Rights of Persons with Disabilities“ („der Ausschuss“)²³ anlässlich der Bewertung des ersten Staatenberichts Öster-

²⁰ Art 49 Abs 2 Z 1 sowie Art 50 Abs 2 Z 3 lit a B-VG („authentische Sprachfassungen und eine Übersetzung in die deutsche Sprache“); vgl *supra* Rn 4.

²¹ BGBl III 155/2008.

²² Vgl in diesem Sinne auch *Reinisch* (Fn 19) Rn 312 aE.

²³ Zum Ausschuss noch *infra* Rn 23.

reichs die **Ungenauigkeit** der deutsche Übersetzung **kritisiert** und eine **Revision** derselben **empfohlen** hat.²⁴

6. The Committee is concerned that the German translation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities does not accurately represent the meaning of the Convention and may give rise to decisions that are incompatible with the Convention. For example, the German word for “integration” is used instead of the word for “inclusion”. The translation of “living independently” does not accurately reflect the meaning of the concept for the purposes of the Convention and may in fact lead to disabled persons being denied the opportunity of living in the community. During the constructive dialogue, the Austrian delegation hinted at the possibility of revisiting the German translation of the Convention.

7. The Committee recommends that the State party revise the German translation of the Convention in line with the Convention. The Committee further recommends that the State party ensure that persons with disabilities and disabled persons’ organizations be involved in the revision process.

- 19** Die beiden vom Ausschuss genannten Beispiele betreffen die Übertragung des englischen „inclusion“ mit „Integration“ und von „living independently“ mit „Unabhängige Lebensführung“ in Art 19 (vgl Rn 455) oder Art 24 (vgl Rn 186) des Übereinkommens. Unschärfen der Übersetzung wurden darüber hinaus vor allem in der sog **Schattenübersetzung** herausgearbeitet²⁵, etwa die Übersetzung des englischen „accessibility“ und französischen „accessibilité“ in Art 9 des Übereinkommens mit „Zugänglichkeit“ statt „Barrierefreiheit“. Auf Abweichungen der Schattenübersetzung von der im BGBl verlautbarten amtlichen Übersetzung wird im Folgenden jeweils hingewiesen, soweit dies für das vorliegende Gutachten von Relevanz ist.
- 20** Laut Auskunft des Bundesministeriums für Europa, Integration und Äußeres arbeitet eine Arbeitsgruppe derzeit an der Revision der amtlichen Übersetzung. Entsprechend den Empfehlungen des Ausschusses (Rn 18) sind auch Menschen mit Behinderungen und Behindertenorganisationen in diesen Prozess einbezogen. Dementsprechend ist in absehbarer Zeit mit einer **Neuverlautbarung** der amtlichen Übersetzung des Übereinkommens und des Fakultativprotokolls zu rechnen, wobei insbesondere über folgende Neuübersetzungen bereits Einigung

²⁴ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD/C/AUT/CO/1, Concluding observations on the initial report of Austria, 13.9.2013, nr 6 und 7 (“Concluding observations”); vgl deutsche Übersetzung unter http://www.bizeps.or.at/downloads/CRPD-C-AUT-CO-1_de.pdf. Zur rechtlichen Bewertung der „Concluding observations“ des Ausschusses vgl *infra* Rn 51ff.

²⁵ Vgl NETZWERK ARTIKEL 3 e.V., Schattenübersetzung zum Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Berlin 2009, abrufbar unter <http://www.netzwerk-artikel-3.de/index.php/info-material>.

erzielt wurde: „Inklusion“ statt „Integration“, „selbstbestimmtes Leben“ statt „unabhängige Lebensführung“, „Barrierefreiheit“ statt „Zugänglichkeit“.²⁶

21 Die im BGBl kundgemachte deutsche Fassung des Übereinkommens und des Fakultativprotokolls ist also nicht authentisch (Rn 14). Darüber hinaus weist sie in mehrfacher Hinsicht Ungenauigkeiten und Unzulänglichkeiten auf (Rn 18f). Dies gebietet Vorsicht und **Zurückhaltung** bei der Verwendung der deutschen Übersetzung, insbesondere solange keine überarbeitete Fassung vorliegt (Rn 20). Grundlage und Gegenstand der Auslegung müssen vielmehr die authentischen Fassungen des Übereinkommens und Fakultativprotokolls sein, wobei das Gutachten sich im Folgenden auf die englischen und französischen Sprachfassungen stützt (Rn 13, 16).

III. Terminologie

22 Was die Bezeichnung der zu behandelnden Verträge selbst betrifft, orientiert sich das vorliegende Gutachten an der Nomenklatur der amtlichen deutschen Übersetzung, die den Wortlaut der authentischen Fassungen („Convention on the Rights of Persons with Disabilities“/„Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities“; „Convention relative aux droits des personnes handicapées“/„Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits des personnes handicapées“) folgendermaßen wiedergibt:

- „Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen“ („das **Übereinkommen**“)²⁷;
- „Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen“ („das **Fakultativprotokoll**“).

23 Das durch Art 34 Abs 1 des Übereinkommens eingerichtete „Committee on the Rights of Persons with Disabilities“/„Comité des droits des personnes handicapées“ heißt laut amtlicher deutsche Übersetzung „Ausschuss für die Rechte mit Behinderungen“ („der **Ausschuss**“). Gegen diese Übersetzung bestehen keine Bedenken.

²⁶ E-Mail-Auskunft des Bundesministeriums für Europa, Integration und auswärtige Angelegenheiten vom 20.2.2014 auf Basis eines noch nicht endgültigen Arbeitsdokuments (Stand: 30.1.2014).

²⁷ Der Gutachtensauftrag spricht diesbezüglich von der „UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen“. An sich die Übersetzung von „convention“ als „Konvention“ als gleichwertig zu „Übereinkommen“ zu betrachten. Das vorliegende Gutachten gibt diesbezüglich aber der Nomenklatur der amtlichen deutschen Übersetzung den Vorzug.

B. Art und Reichweite der aus dem Übereinkommen entstehenden Verpflichtungen Österreichs

- 24** Der Gutachtensauftrag spricht allgemein von den „Verpflichtungen Österreichs“ aus dem Übereinkommen und dem Fakultativprotokoll. Da das **Übereinkommen** für bzw in Österreich in mehrfacher Hinsicht als Rechtsquelle gilt, bestehen auch Verpflichtungen Österreichs auf mehreren Ebenen:
1. **völkerrechtliche Ebene:** Zum ersten ist das Übereinkommen ein völkerrechtlicher Vertrag, der die Republik Österreich als Vertragspartei gegenüber den anderen Vertragsparteien verpflichtet.
 2. **staatsrechtliche Ebene:** Aus innerstaatlicher Sicht stellt das Übereinkommen einen Staatsvertrag iSd Art 50 Abs 1 Z 1 B-VG dar und wurde als solcher vom Nationalrat genehmigt (vgl Rn 3ff). Die Rechtswirkungen des Übereinkommens auf dieser Ebene werden vor allem durch den mit dem Genehmigungsbeschluss verbundenen Erfüllungsvorbehalt modifiziert.
 3. **unionsrechtliche Ebene:** Schließlich ist das Übereinkommen auch eine internationale Übereinkunft der Union iSd Art 216 AEUV, deren Abschluss gem Art 217 Abs 6 AEUV vom Rat genehmigt wurde (vgl Rn 7ff). Gem Art 216 Abs 2 AEUV binden die von der Union geschlossenen Übereinkünfte als Unionsrecht die Organe der Union und die Mitgliedstaaten, also auch Österreich. Der österreichische Erfüllungsvorbehalt ist unionsrechtlich ohne Bedeutung.
- 25** Hinsichtlich des **Fakultativprotokolls** ist die Rechtslage anders: Hier treten nur Wirkungen auf der völkerrechtlichen und der staatsrechtlichen Ebene ein. Unionsrechtliche Wirkungen scheiden aus, da die Union nicht Vertragspartei des Fakultativprotokolls ist.

I. Übereinkommen und Fakultativprotokoll als völkerrechtliche Verträge

- 26** Das Übereinkommen und das Fakultativprotokoll sind **völkerrechtliche Verträge** iSd Art 2 Abs 1 lit a WVK und stellen gem Art 38 Abs 1 lit a des IGH-Statuts²⁸ eine Rechtsquelle des Völkerrechts dar.

²⁸ Statut des Internationalen Gerichtshofes, BGBl 120/1956.

- 27 Durch die Hinterlegung der Ratifikationsurkunden für das Übereinkommen und das Fakultativprotokoll beim Generalsekretär der Vereinten Nationen (Rn 3) hat sich die Republik Österreich völkerrechtlich gegenüber den anderen Vertragsparteien zur Beachtung dieser Verträge verpflichtet. Gem dem „**pacta sunt servanda**“-Grundsatz des Art 26 WVK gilt: „Ist ein Vertrag in Kraft, so bindet er die Vertragsparteien und ist von ihnen nach Treu und Glauben zu erfüllen.“
- 28 Da bis Ratifizierung des Übereinkommens und des Fakultativprotokolls von österreichischer Seite weder ein Vorbehalt noch eine Erklärung abgegeben wurde, handelt es sich um eine **vollumfängliche Bindung** an alle Vorschriften des Übereinkommens und des Fakultativprotokolls.
- 29 In dieser Beziehung ist auch Art 27 WVK zu beachten, demzufolge sich eine Vertragspartei nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen kann, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen. Verstärkt wird dies noch durch Art 4 Abs 5 des Übereinkommens, demzufolge seine Bestimmungen „ohne Einschränkung oder Ausnahme für alle Teile eines Bundesstaates [gelten]“. Aus diesem Grund können **innerstaatliche Gründe** (zB das Anbringen eines Erfüllungsvorbehalts oder Probleme oder Verzögerungen, die aus der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern entstehen), die Nicht- oder Späterfüllung von Verpflichtungen aus diesen Verträgen **nicht rechtfertigen**. Im Falle der Verletzung der völkerrechtlichen Verpflichtungen aus dem Übereinkommen oder dem Fakultativprotokoll kommen die Regeln über die **Staatenverantwortlichkeit** zum Tragen.²⁹
- 30 Auf Art 4 Abs 5 des Übereinkommens hat auch der Ausschuss in seinen „Concluding Observations“ (vgl Fn 24) zum ersten Staatenbericht Österreichs besonders hingewiesen:

10. The Committee notes that Austria has a federal system of government and is concerned that this has led to an undue fragmentation of policy, especially as the Länder (regions) are the providers of social services. This fragmentation can be seen in the development of the National Disability Action Plan, in the development of which the Länder's participation was intermittent and uneven. Fragmentation is also apparent in the different definitions of disability, different accessibility standards, and different protections against discrimination across the various Länder. The Committee notes that article 4(5) of the Convention makes it clear that the administrative difficulties of a federal structure do not allow a state to avoid its obligations under the Convention.

11. The Committee recommends that the State party ensure that federal and regional governments consider an overarching legislative framework and policy on disability in Austria in conformity with the Convention. It is recommended that this policy should include

²⁹ Vgl allg *Reinisch* (Fn 19) Rn 2406ff.

frameworks for real and genuine participation by persons with disabilities through their representative organisations with respect to the development and implementation of legislation and policies concerning persons with disabilities in accordance with article 4 paragraph 3 of the Convention.

- 31 Diese Kritik muss jedoch vor dem Hintergrund der österreichischen Staatsorganisation relativiert werden. Die bundesstaatliche Struktur Österreichs ist als **Baugesetz der Bundesverfassung** an höchster Ebene im Stufenbau der Rechtsordnung verankert. Ein Kernelement des Bundesstaates ist die **Verteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Ländern**. An eine Beseitigung dieses Grundprinzip des Staates ist nicht zu denken (Rn 42ff). Es darf nicht vergessen werden, dass das Übereinkommen als Staatsvertrag im Rang eines einfachen Gesetzes ratifiziert wurde und überdies unter Erfüllungsvorbehalt steht. Dadurch werden die Grundprinzipien nicht berührt. Die österreichische Bundesstaatlichkeit ist historisch und auch demokratisch ein Wesenselement der österreichischen Bundesverfassung. Ihre Abschaffung oder wesentliche Änderung bedürfte einer obligatorischen Volksabstimmung gem Art 44 Abs 3 B-VG. Eine solche Forderung hätte keinerlei Chancen auf Realisierung.
- 32 Rechte von Menschen mit Behinderungen sind in verschiedenen Kompetenztatbeständen enthalten. Das „Behindertenrecht“ stellt demnach eine **Querschnittsmaterie** dar. Dadurch kommt es zu unterschiedlichen Zuständigkeiten zwischen Bund und Ländern. Es entspricht einer bundesstaatlichen Verfassung, dass die Länder im Rahmen ihrer Zuständigkeiten unterschiedliche Regelungen erlassen können. Ein Verständnis des Gleichheitsgrundsatzes dahingehend, dass Rechtsansprüche und Leistungen für Menschen mit Behinderungen im gesamten Bundesgebiet gleich ausgestaltet werden müssen, wenn deren Regelung in die Länderkompetenz fällt, wird vom VfGH und auch von der Lehre einhellig abgelehnt.
- 33 Es bleibt zu prüfen, ob es möglich wäre, einen **eigenen Kompetenztatbestand** „Behindertenwesen“ zu schaffen. Die Herausnahme von Angelegenheiten von Menschen mit Behinderungen aus der allgemeinen Kompetenzverteilung wäre mit zahlreichen Problemen behaftet. Zum einen würde die ohnehin extreme Kompetenzzersplitterung des österreichischen Bundesverfassungsrechts noch weiter verschärft werden. Zum anderen würde die derzeitige integrative Rechtslage in einem Maße gestört, dass große Vollzugsprobleme und auch eine nicht zu unterschätzende Rechtsunsicherheit die Folge wären. Soweit Leistungen für Menschen mit Behinderungen im Wege der Privatwirtschaftsverwaltung erfolgen, ist auf die **Kompetenzneutralität der Privatwirtschaftsverwaltung** (Art 17 B-VG) zu verweisen. Kooperations- und Koordinationsprobleme zwischen Bund und Ländern können besser im Wege von **staats-**

rechtlichen Vereinbarungen gem Art 15a B-VG gelöst werden. Die Schaffung eines eigenen Kompetenztatbestandes „Behindertenwesen“, der – den Empfehlungen des Ausschusses zufolge – als Bundessache einzurichten sein würde, wäre aus Sicht der Gutachter nicht zweckmäßig.

II. Übereinkommen und Fakultativprotokoll als Staatsvertrag iSd Art 50 B-VG

- 34 Das „Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen“ wurde vom Nationalrat als Staatsvertrag gem Art 50 Abs 1 Z 1 B-VG genehmigt.³⁰

1. Erfüllungsvorbehalt (Ausschluss der unmittelbaren Anwendbarkeit)

- 35 Der Nationalrat hat iSd Art 50 Abs 2 Z 3 (jetzt: Z 4) B-VG anlässlich der Genehmigung beschlossen, dass der gegenständliche Staatsvertrag „durch Erlassung von Gesetzen zu erfüllen“ sei.
- 36 Nach allgemeiner Ansicht führt ein derartiger **Erfüllungsvorbehalt**³¹ dazu, dass eine Vorschrift eines Staatsvertrags nicht „unmittelbare Grundlage für einen (generellen oder individuellen) Verwaltungsakt oder für ein Urteil sein kann“³², auch wenn sie im Übrigen hinreichend bestimmt wäre, um unmittelbar angewendet zu werden. Ein unter Erfüllungsvorbehalt genehmigter Staatsvertrag kann folglich „ohne Hinzutreten eines (schon vorhandenen oder erst zu erlassenden) Gesetzes nicht unmittelbare Grundlage für einen Verwaltungsakt oder ein Urteil bilden“.³³ Der Nationalrat hat so „die Möglichkeit, die mangelnde unmittelbare Anwendbarkeit *authentisch*, d.h. in einer für alle Gerichte und Verwaltungsbehörden verbindlichen Weise, festzustellen“.³⁴ Ein derartiger Vertrag vermag dementsprechend **als solcher keine subjektiven Rechte und Pflichten für den Einzelnen** zu begründen.³⁵ Dies bringt auch die Regierungsvorlage zum Übereinkommen zum Ausdruck, wenn sie festhält, dass durch den Beschluss des Nationalrats „ausgeschlossen [sei], dass Einzelpersonen oder Perso-

³⁰ BGBl III 155/2008.

³¹ Vgl *Öhlinger* in Korinek/Holoubek (Hg), B-VG (9. Lfg 2009) Art 50 B-VG Rn 84ff.

³² Vgl VfSlg 12.558/1990, unter Berufung auf *Öhlinger*, Der völkerrechtliche Vertrag im staatlichen Recht (1973) 149ff; *Walter/Mayer/Kuscko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrechtsrecht¹⁰ (2007) Rn 239f; *Adamovich/Holzinger/Funk/Frank*, Österreichisches Staatsrecht I³ (2011) 212; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht⁹ (2012) Rn 119.

³³ VfSlg 12.558/1990.

³⁴ *Öhlinger* (Fn 32) 152 (Hervorhebung im Original).

³⁵ VwGH 15.12.1999, 98/09/0209; vgl auch *Reinisch* (Fn 19) Rn 550; vgl auch *ibid*, Rn 313.

nengruppen unmittelbar aus dem Übereinkommen Rechte geltend machen können“.³⁶ Dies wurde hinsichtlich des Übereinkommens auch bereits von der Rsp bestätigt.³⁷

- 37** Das Anbringen eines Erfüllungsvorbehalts entspricht der **gängigen Praxis** des Nationalrats in Bezug auf **Menschenrechtsverträge**. Er hat dies zB auch beim Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte („UN-Menschenrechtspakt I“)³⁸ und beim Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte („UN-Menschenrechtspakt II“)³⁹, bei der Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau⁴⁰, beim Übereinkommen über die Rechte des Kindes⁴¹ oder bei der Europäischen Sozialcharta⁴² getan.
- 38** Angesichts des Erfüllungsvorbehalts muss für die Zwecke des vorliegenden Gutachtens **nicht geprüft** werden, welche Bestimmungen des Übereinkommens geeignet wären, unmittelbar angewendet zu werden.⁴³ Anders stellt sich die Lage freilich für die Frage dar, ob das Übereinkommen als internationale Übereinkunft der Union unmittelbar wirksame Vorschriften iSd **Unionsrechts** enthält (vgl Rn 133ff).

2. Keine völkerrechtliche Verpflichtung, Staatsverträge unmittelbar anzuwenden

- 39** Das Völkerrecht überlässt es grds den Staaten zu bestimmen, welche innerstaatlichen Wirkungen sie einem völkerrechtlichen Vertrags zuerkennen. Dies schließt namentlich die Entscheidung darüber ein, **ob** seine Bestimmungen **unmittelbar anwendbar** sein sollen, dh ob sie von innerstaatlichen Gerichten und Verwaltungsbehörden zur unmittelbaren Entscheidungsgrundlage gemacht werden können und/oder Rechtsunterworfenen sich vor Gerichten und Behörden unmittelbar auf Rechte aus einem völkerrechtlichen Vertrag berufen können.
- 40** Das Anbringen eines Erfüllungsvorbehalts, der derartige Rechtswirkungen erst dann und insoweit zulässt, als entsprechende Umsetzungsgesetze erlassen werden, stellt dementsprechend für sich genommen **keine Verletzung** der völkerrechtlichen Verpflichtungen aus dem

³⁶ 564 BlgNR 23. GP, 2.

³⁷ OGH 15.5.2013, 3 Ob 97/13f, wonach „es der Erlassung von Transformationsnormen [bedarf], um dem Übereinkommen auch innerstaatlich zur Wirksamkeit zu verhelfen“.

³⁸ BGBl 590/1980.

³⁹ BGBl 591/1980.

⁴⁰ BGBl 443/1982.

⁴¹ BGBl 7/1993.

⁴² BGBl 460/1969.

⁴³ Zu den Kriterien vgl etwa *Winkler*, Zur Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Staatsverträgen, JBl 1961, 8; *Öhlinger* (Fn 32) 133ff; *Öhlinger* (Fn 31), Art 50 B-VG Rn 80ff mwN.

Übereinkommen und dem Fakultativprotokoll dar. Der Vorbehalt verstößt daher nicht gegen den „pacta sunt servanda“-Grundsatz des Art 26 WVK (Rn 27).

3. Adressaten der innerstaatlichen Verpflichtungen aus dem Staatsvertrag

41 Der Gutachtensauftrag spricht allgemein von den „Verpflichtungen Österreichs“ aus dem Übereinkommen und dem Fakultativprotokoll. Diesbezüglich ist zu klären, wer in Österreich – und in welchem Umfang – Adressat von Verpflichtungen aus diesem Staatsvertrag iSd Art 50 B-VG ist. Von den Verpflichtungen der Republik Österreich als Völkerrechtssubjekt aus dem Übereinkommen und Fakultativprotokoll als völkerrechtlichen Verträgen war schon gesondert die Rede (vgl Rn 26ff).

a. Bundes- und Landesgesetzgeber als Adressaten der Umsetzungsverpflichtung

42 Die Umsetzungsverpflichtungen aus dem Übereinkommen und dem Fakultativprotokoll treffen vermöge des Erfüllungsvorbehalts vorrangig den **Gesetzgeber**, und zwar je nach der im B-VG verankerten Kompetenzverteilung den Bundes- oder die Landesgesetzgeber (vgl Rn 32). Der Gesetzgeber ist umfassend zur Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Übereinkommen verpflichtet (Rn 28; 93ff) und kann sich dabei, wie erwähnt (Rn 29), nicht auf innerstaatliche Gründe und insbesondere nicht bundesstaatsbedingte Umsetzungsprobleme berufen.

43 Werden Staatsverträge durch den jeweils zuständigen Gesetzgeber nicht „durch Erlassung von Gesetzen“ erfüllt, sieht die österreichische Verfassung dafür **grundsätzlich keine direkte Sanktion** vor, mit der die Erlassung von Umsetzungsgesetzen erzwungen werden könnte. Zu beachten ist diesbezüglich aber Art 16 Abs 4 und 5 B-VG:

(4) Die Länder sind verpflichtet, Maßnahmen zu treffen, die in ihrem selbständigen Wirkungsbereich zur Durchführung von Staatsverträgen erforderlich werden; kommt ein Land dieser Verpflichtung nicht rechtzeitig nach, so geht die Zuständigkeit zu solchen Maßnahmen, insbesondere zur Erlassung der notwendigen Gesetze, auf den Bund über. Eine gemäß dieser Bestimmung vom Bund getroffene Maßnahme, insbesondere ein solcherart erlassenes Gesetz oder eine solcherart erlassene Verordnung, tritt außer Kraft, sobald das Land die erforderlichen Maßnahmen getroffen hat.

(5) Ebenso hat der Bund bei Durchführung von Staatsverträgen das Überwachungsrecht auch in solchen Angelegenheiten, die zum selbständigen Wirkungsbereich der Länder gehören. Hierbei stehen dem Bund die gleichen Rechte gegenüber den Ländern zu wie bei den Angelegenheiten der mittelbaren Bundesverwaltung (Art. 102).

44 Auch bleiben die völkerrechtlichen Regeln der Staatenverantwortlichkeit (vgl Rn 31) dadurch unberührt.

b. Verpflichtung von Verwaltungsbehörden und Gerichte zur völkerrechtskonformen Interpretation

45 Gem Art 18 Abs 1 B-VG darf die gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden. Daraus folgt in Zusammenhang mit den Vorschriften über den Erfüllungsvorbehalt (Art 50 Abs 2 Z 4 B-VG), dass Verwaltungsbehörden und Gerichte ihre Entscheidungen nicht unmittelbar auf einen Staatsvertrag mit dem beschriebenen Erfüllungsvorbehalt (Rn 36) stützen dürfen.

46 Wenn teilweise die Rede davon ist, dass ein unter Erfüllungsvorbehalt genehmigter Staatsvertrag innerstaatlich „nicht wirksam“⁴⁴ sei oder „innerstaatlich vorläufig keine Rechtswirkungen entfalte [...]“⁴⁵ oder man ihm erst durch Transformationsakte „innerstaatlich zur Wirksamkeit [...] verhelfen“⁴⁶ müsse, ist damit iSd oben Gesagten der **Ausschluss der unmittelbaren Anwendbarkeit** der Vorschriften des Staatsvertrags gemeint.⁴⁷ Dies steht **anderen rechtlichen Wirkungen** eines solchen Staatsvertrags **keineswegs entgegen**. Denn es gilt, dass

durch einen Erfüllungsvorbehalt nicht die Rechtswirkungen eines Staatsvertrages im innerstaatlichen Bereich – und damit die von diesen Rechtswirkungen vorausgesetzte ‚Geltung‘ – schlechthin beseitigt werden, sondern diese Rechtswirkungen bloß beschränkt werden: Ausgeschlossen wird durch einen solchen Beschluss lediglich die unmittelbare Anwendbarkeit eines Staatsvertrages.⁴⁸

47 Zu diesen Rechtswirkungen gehört insbesondere die Verwaltungsbehörden und Gerichte gleichermaßen treffende verfassungsrechtliche Pflicht zur **völkerrechtskonformen Interpretation**. Diese besteht nämlich nach der hM auch und insbesondere in Bezug auf unter Erfüllungsvorbehalt abgeschlossene Staatsverträge.⁴⁹ Dementsprechend „[müssen] [i]nnerstaatliche Rechtsnormen [...], sofern es ihr Wortlaut nicht verbietet, so ausgelegt werden, daß sie mit den zwischenstaatlichen Verpflichtungen Österreichs nicht in Widerspruch geraten.“⁵⁰ Das bedeutet, dass ein derartiger Staatsvertrag „zur völkerrechtskonformen Auslegung eines be-

⁴⁴ *Reinisch* (Fn 19) Rn 313.

⁴⁵ *Ibid*, Rn 550.

⁴⁶ OGH 15.5.2013, 3 Ob 97/13f.

⁴⁷ Vgl *Mayer*, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁴ (2007) 238; *Muzak*, Die Obsoleterklärung 1990 und die Bedeutung des Staatsvertrages heute in Olechowksi (Hg), Fünfzig Jahre Staatsvertrag und Neutralität (2006) 145 (153).

⁴⁸ *Öhlinger* (Fn 31), Art 50 B-VG Rn 77 mwN; zur Eigenschaft eines unter Erfüllungsvorbehalt genehmigten Staatsvertrages als „geltender Bestandteil des österreichischen Rechts“ *ibid*, Rn 86.

⁴⁹ Vgl statt aller *Öhlinger* (Fn 31), Art 50 B-VG Rn 45, Fn 133 sowie Rn 87, Fn 229 mwN; zur völkerrechtskonformen Interpretation vgl auch *Gamper*, Regeln der Verfassungsinterpretation (2012) 240f.

⁵⁰ VwGH 28.2.1962, 0535/58, RS 5; vgl ebenso VwGH 20.2.1964, 0493/63; VwGH 21.10.1983, 82/17/0087; vgl auch OGH 6.5.2008, 1 Ob 8/08w.

stehenden Gesetzes oder einer bestehenden Verordnung **innerhalb jenes Spielraumes**, den dieses Gesetz oder diese Verordnung der Auslegung durch Gerichte oder Verwaltungsbehörden **offen lassen**, herangezogen⁵¹ wird. Dementsprechend gilt also, dass

bestehendes staatliches Recht [...] im Lichte eines unter Erfüllungsvorbehalt genehmigten Staatsvertrages auszulegen [ist]. Es ergibt sich aus der B-VGNov 1964 kein Anhaltspunkt, dass der völkerrechtliche Grundsatz der völkerrechtskonformen Auslegung staatlichen Rechts durch diese Novelle in Bezug auf das in Österreich unter Erfüllungsvorbehalt geltende völkerrechtliche Vertragsrecht eingeschränkt werden sollte.⁵²

- 48 Dabei ist einmal zu beachten, dass „nicht nur intentional in ‚Erfüllung‘ eines Beschlusses nach Art 50 Abs 2 B-VG erlassene Gesetze“⁵³ völkerrechtskonform – *in casu* in Übereinstimmung mit dem Übereinkommen und dem Fakultativprotokoll – auszulegen sind, sondern das **gesamte staatliche Recht**, sei es auf Bundes-, Länder- oder Gemeindeebene. Denn es ist aus dem Grundsatz der völkerrechtskonformen Interpretation „zu folgern, dass im Zweifel nicht anzunehmen ist, dass [auch] ein später erlassenes Gesetz oder eine später erlassende Verordnung einem bestehenden Staatsvertrag widerspricht. [...] Vielmehr ist nach Möglichkeit die später erlassene staatliche Regelung im Einklang mit der vertraglich festgelegten Verpflichtung Österreichs auszulegen.“⁵⁴
- 49 Im Rahmen der völkerrechtskonformen Interpretation ist der Inhalt der entsprechenden völkerrechtlichen Normen (*in casu* also des Übereinkommens und des Fakultativprotokolls) nicht nach den Auslegungsregeln für innerstaatliche Gesetze (§ 6 ABGB), sondern nach den für Österreich verbindlichen **Art 31ff WVK über die Auslegung völkerrechtlicher Verträge** zu ermitteln, denn „auch die innerstaatlichen Rechtsanwendungsorgane [haben] bei ihrer Interpretation [von Staatsverträgen] die völkerrechtlichen Regeln anzuwenden“.⁵⁵ Insbesondere gilt als allgemeine Auslegungsregel, dass **auch von österreichischen Organen** gem Art 31 Abs 1 WVK ein Vertrag „nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen [ist]“.⁵⁶ Bezüglich des Auslegungskriteriums von „Ziel und Zweck“ des Vertrags ist namentlich auf die Legaldefinition des Art 1 S 1 des Übereinkommens zu verweisen (Rn 98).

⁵¹ Öhlinger (Fn 32) 150.

⁵² Öhlinger (Fn 31), Art 50 B-VG Rn 87 mwN; zum letzteren Aspekt vgl bereits Öhlinger (Fn 32) 150, Fn 119.

⁵³ Öhlinger (Fn 31), Art 50 B-VG Rn 97.

⁵⁴ Vgl *ibid*, Rn 45.

⁵⁵ Reinisch (Fn 19) Rn 335.

⁵⁶ Zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge vgl statt aller *ibid*, Rn 317ff.

50 Diesbezüglich stellt sich auch die Frage, inwieweit – neben den Bestimmungen des Übereinkommens und des Fakultativprotokolls selbst – auch **Beschlüsse** des gem Art 34 des Übereinkommens eingerichteten **Ausschusses** (Rn 23) als Maßstab für die völkerrechtskonforme Interpretation des innerstaatlichen Rechts heranzuziehen sind. In Betracht kommen dabei vor allem drei Typen solcher Beschlüsse, die im Folgenden gesondert zu untersuchen sind:

- i) „Vorschläge und allgemeine Empfehlungen“ im Staatenberichtsverfahren gem Art 36 Abs 1 des Übereinkommens;
- ii) „Vorschläge und allgemeine Empfehlungen“ gem Art 39 des Übereinkommens;
- iii) „Vorschläge und Empfehlungen“ im Verfahren individueller Mitteilungen gem Art 5 des Fakultativprotokolls.

i. Vorschläge und allgemeine Empfehlungen im Staatenberichtsverfahren gem Art 36 Abs 1 des Übereinkommens

51 Gem Art 35 Abs 1 legt jeder Vertragsstaat dem Ausschuss innerhalb von zwei Jahren nach Inkrafttreten des Übereinkommens für ihn einen umfassenden Bericht über die Maßnahmen, die er zur Erfüllung seiner Verpflichtungen aus dem Übereinkommen getroffen hat, und die dabei erzielten Fortschritte vor (**Erstbericht**). Gem Abs 2 legen die Vertragsstaaten danach alle vier Jahre und darüber hinaus jeweils auf Anforderung des Ausschusses **Folgeberichte** vor. Gem Art 36 Abs 1 prüft der Ausschuss jeden Bericht und kann ihn „mit den ihm geeignet erscheinenden **Vorschlägen und allgemeinen Empfehlungen** versehen“ („suggestions and general recommendations“; „suggestions et recommandations d’ordre général“).

52 Unabhängig von der Frage, inwieweit gewisse Beschlüsse von Organen internationaler Organisationen völkerrechtlich verbindlich sein können⁵⁷, trifft dies für derartige „Vorschläge und allgemeine Empfehlungen“ jedenfalls nicht zu. Wenn die Bezeichnung eines Akts für dessen völkerrechtliche Bewertung auch nicht für sich allein ausschlaggebend ist, kommt ihm doch Indizwirkung zu. Die Rede von „Vorschlägen“ und „Empfehlungen“ suggeriert aber, dass die diesbezüglichen Äußerungen des Ausschusses völkerrechtlich **nicht verbindlich** sind. Überhaupt manifestiert sich im ganzen Aufgabenspektrum des Ausschusses in Art 35-39 des Übereinkommens dessen beratende und empfehlende Funktion. Dieser Befund verstärkt sich auch im Vergleich mit den Ausschüssen anderer UN-Menschenrechtsverträge, denen im

⁵⁷ Vgl *ibid*, Rn 452ff.

Rahmen der jeweiligen Staatenberichtsverfahren vergleichbare Aufgaben zukommen.⁵⁸ Schließlich bestätigt auch die Wortwahl⁵⁹ der „Concluding observations“ (Fn 24), die der Ausschuss zum ersten Staatenbericht Österreichs angenommen hat, dass es sich dabei um rechtlich nicht verbindliche Äußerungen des Ausschusses handelt.

- 53 Daraus folgt freilich nicht, dass derartige Äußerungen rechtlich unbeachtlich sind. Sie stellen sog **völkerrechtliches soft law** dar, das zwar als solches nicht rechtsverbindlich ist, aber dennoch mehr als nur politische und moralische Wirkung besitzt.⁶⁰

Unverbindliche Beschlüsse verpflichten [...] Staaten [...] nicht dazu, diese zu befolgen. Dies heißt jedoch nicht, dass sie juristisch wirkungslos sind [...] [Sie] besitzen [...] **erhebliche praktische Bedeutung**. Sie sind trotz ihrer Unverbindlichkeit ein geeignetes Mittel, neue Standards für das Verhalten im internationalen Bereich zu setzen, weil sie von den Staaten und anderen Völkerrechtssubjekten **häufig befolgt** werden. Die Staaten scheuen sich meist, offen gegen solche Beschlüsse zu verstoßen [...] Die Autorität oder rechtliche Bedeutung unverbindlicher Beschlüsse internationaler Organisationen hängt von einer **Reihe von Faktoren** ab, die **in jedem Fall gesondert untersucht** werden müssen [...] Eine Rolle spielen auch die wiederholte Nennung des ursprünglichen Beschlusses in späteren Beschlüssen und gegebenenfalls die Schaffung eigener Verfahren und Organe für die Überwachung der Durchführung des Beschlusses. Schließlich hängt die Autorität einer Empfehlung auch vom späteren Verhalten der Adressaten ab.⁶¹

- 54 Unter Anwendung dieser Kriterien erweist sich, dass die Vorschläge und allgemeinen Empfehlungen gem Art 36 Abs 1 des Übereinkommens nicht bloß politischen oder moralischen Charakter haben, sondern einen **deutlichen Bezug zum Völkerrecht** aufweisen: Immerhin ist das Staatenberichtsverfahren ein **obligatorisches** Verfahren, das die Staaten akzeptieren, wenn sie das Übereinkommen ratifizieren⁶² und das sie zur regelmäßigen Abgabe von Staatenberichten verpflichtet sowie besondere Folgen bei Verletzung der Berichtspflicht vorsieht (Art 36 Abs 2). Das Übereinkommen enthält eine **ausdrückliche Ermächtigung** zur Verabschiedung von Vorschlägen und Empfehlungen durch den von den Vertragsstaaten zu diesem Zweck eingerichteten Ausschuss. Überdies verankert das Übereinkommen ein **geregeltes Verfahren** für das Entstehen sowohl der Staatenberichte als auch der Vorschläge und Empfehlungen. Es sieht hierfür einen **Dialog** zwischen den beiden Seiten vor, der von der generellen **Kooperationspflicht** der Vertragsstaaten gegenüber dem Ausschuss (Art 37 Abs 1) getragen ist: Die Vorschläge und Empfehlungen des Ausschusses beruhen auf dem Bericht

⁵⁸ Vgl etwa Art 19 UN-Pakt I; Art 40 UN-Pakt II.

⁵⁹ ZB „the Committee welcomes“, „commends“, „is concerned“, „recommends“, „encourages“.

⁶⁰ Vgl *Reinisch* (Fn 19) Rn 514; vgl insb auch *Thürer*, *Soft Law*, in Max Planck Encyclopedia of Public International Law (March 2009), abrufbar unter <http://opil.ouplaw.com/home/epil>.

⁶¹ *Ibid*, Rn 449-451 (Hervorhebungen nicht im Original).

⁶² Vgl dazu etwa *ibid*, Rn 1396.

der Vertragsstaaten, der in einem offenen und transparenten Verfahren, unter gebührender Berücksichtigung von Art 4 Abs 3 des Übereinkommens⁶³ sowie nach den durch den Ausschuss verabschiedeten Leitlinien⁶⁴ entstehen soll (Art 35 Abs 3 und 4), und werden den Vertragsstaaten in der Folge zur Stellungnahme zugeleitet. Diese können dem Ausschuss dabei jede Information übermitteln, die sie zu geben wünschen. Der Ausschuss kann seinerseits die Vertragsstaaten um weitere Angaben über die Durchführung des Übereinkommens ersuchen (Art 36 Abs 1). Darüber hinaus sind sowohl Bericht wie auch Vorschläge und Empfehlungen auf eine gewisse **Publizität** hin ausgerichtet. Die Vertragsstaaten sind nämlich nicht nur verpflichtet, für eine weitere Verbreitung ihrer Berichte im eigenen Land zu sorgen, sondern auch den Zugang zu den Vorschlägen und allgemeinen Empfehlungen zu diesen Berichten zu erleichtern (Art 36 Abs 4).

- 55** Im Lichte dessen bestätigt sich, dass den Vorschlägen und Empfehlungen des Ausschusses im Staatenberichtsverfahren, obschon völkerrechtlich nicht verbindlich, als völkerrechtlichem *soft law* doch eine gewisse **rechtliche Relevanz** zukommt. Dabei geht es nicht um eine Befolgungspflicht (die rechtsverbindlichen Vorschriften vorbehalten bleibt), sondern um eine **Berücksichtigungs- oder Auseinandersetzungspflicht**. *Soft law* wird insofern vor allem bei Entscheidungen relevant, bei denen ein Ermessen bzw ein Beurteilungsspielraum gegeben ist, den die zur Entscheidung berufenen Behörden iSd in der Rechtsordnung vorherrschenden Wertungen auszufüllen haben. Derartige Wertungen finden sich insb auch in einschlägigen, wenn auch unverbindlichen Beschlüssen internationaler Organisationen, namentlich von Vertragsorganen wie dem Ausschuss. Wenn auch ieS keine Bindung an derartige unverbindliche Beschlüsse besteht, ist dennoch durchaus denkbar, dass die **gänzliche Nichtbeachtung** relevanten *soft laws* zur innerstaatlichen **Rechtswidrigkeit** einer Entscheidung iS einer fehlerhaften Willensbildung führen kann.
- 56** Schließlich können Vorschläge und Empfehlungen des Ausschusses trotz ihres *soft law*-Charakters in Zusammenhang mit **allfälligen verbindlichen einseitigen Erklärungen** eines Vertragsstaates im Staatenberichtserfahren rechtliche Relevanz gewinnen.⁶⁵

⁶³ Vgl dazu noch *infra* Rn 104.

⁶⁴ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD/C/2/3, Guidelines on treaty-specific document to be submitted by states parties under article 35, paragraph 1, of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 18.11.2009, abrufbar unter <http://www.ohchr.org/en/hrbodies/crpd/pages/crpdindex.aspx>.

⁶⁵ Zu den einseitigen Rechtsgeschäften vgl *Reinisch* (Fn 19) Rn 470ff; zur Relevanz des Verhaltens des Adressaten vgl *ibid*, Rn 451.

ii. Vorschläge und allgemeine Empfehlungen gem Art 39 des Übereinkommens

- 57 Gem Art 39 des Übereinkommens berichtet der Ausschuss der Generalversammlung und dem Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen alle zwei Jahre über seine Tätigkeit und kann aufgrund der Prüfung der von den Vertragsstaaten eingegangenen Berichte „Vorschläge machen und allgemeine Empfehlungen abgeben“ („may make suggestions and general recommendations“; „peut formuler des suggestions et des recommandations générales“). Derartige Vorschläge und Empfehlungen sind **völkerrechtlich nicht verbindlich**, aber als einschlägiges *soft law* bei der **Auslegung** des Übereinkommens und des Zusatzprotokolls **relevant**. Diesbezüglich kann *mutatis mutandis* auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.
- 58 Ähnlich sind die Aktivitäten des Ausschusses im Blick auf die Annahme sog „**General Comments**“ zu bewerten. Der Ausschuss hat bereits im September 2013 Entwürfe zu General Comments zu **Art 9 und 12** des Übereinkommens angenommen, die im Laufe des Jahres 2014 verabschiedet werden sollen.⁶⁶ Der Ausschuss stellt sich damit in eine mittlerweile fest etablierte Praxis der Ausschüsse zu anderen UN-Menschenrechtsübereinkommen⁶⁷, die in derartigen General Comments nicht in Bezug auf bestimmte Vertragsparteien, sondern in allgemeiner Weise ihre Auffassung zur **gebotenen Auslegung** verschiedener Vorschriften der jeweiligen Übereinkommen kundtun und bestimmte Vertragspflichten konkretisieren.⁶⁸
- 59 Wie bereits erläutert (Rn 53), hängt der **Grad der Beachtlichkeit** von *soft law* von einer Reihe von Faktoren ab und muss in jedem Fall gesondert untersucht werden. Die General Comments werden vom entsprechenden Vertragsorgan in aller Regel in einem längeren Diskussionsprozess erarbeitet und verabschiedet. Da sie von der Situation von einzelnen Staaten losgelöst sind, kommt ihnen ein „quasi-legislativer“ Charakter zu. Auf die General Comments wird in der Staatenpraxis und von Gerichten bei der Auslegung der entsprechenden Vertrags-

⁶⁶ Vgl Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *Draft General Comment on Article 12 of the Convention – Equal Recognition before the Law; Draft General Comment on Article 9 of the Convention – Accessibility*, 10th session, September 2013, abrufbar unter <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/DGCArticles12And9.aspx>.

⁶⁷ Zu den General Comments des UN-Menschenrechtsausschusses (zum UN-Pakt II) vgl http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11, für jene des Ausschusses zum UN-Pakt I vgl http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11.

⁶⁸ Vgl *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Fn 19) 22f: „In diesen General Comments werden Art und Umfang menschenrechtlicher Verpflichtungen der Vertragsstaaten ausgelegt sowie näher bestimmt [...] In ihrer Gesamtschau bilden die General Comments somit eine Art ‚Kommentierung‘ des jeweiligen Vertrages.“

vorschriften vielfältig Bezug genommen. Im Lichte dessen dürfte den General Comments in der Praxis noch eine **gesteigerte Relevanz** zukommen. Umso schwerer ist es für einen Staat, derartige Empfehlungen offen zu missachten. Dementsprechend ist verständlich, wenn derartige General Comments zwar nicht als völkerrechtlich verbindlich, aber sehr wohl als „**autoritative Interpretationen**“⁶⁹ der fraglichen Vertragsbestimmungen bewertet werden.

iii. Vorschläge und Empfehlungen im Verfahren individueller Mitteilungen gem Art 5 des Fakultativprotokolls

- 60** Gem Art 1 Abs 1 des Fakultativprotokolls ist der Ausschuss in Bezug auf die Vertragsparteien des Fakultativprotokolls (darunter auch Österreich; vgl Rn 4) zuständig „für die Entgegennahme und Prüfung von **Mitteilungen**, die von oder im Namen von [der] Hoheitsgewalt [des betreffenden Vertragsstaats] unterstehenden Einzelpersonen oder Personengruppen eingereicht werden, die behaupten, **Opfer einer Verletzung** des Übereinkommens durch den betreffenden Vertragsstaat zu sein“ („receive and consider communications“, „recevoir et examiner les communications“).
- 61** Dem schließt sich gem Art 3ff des Fakultativprotokolls ein vertrauliches Verfahren an, nach Abschluss dessen der Ausschuss dem betreffenden Vertragsstaat und dem „Beschwerdeführer“ („petitioner“; „pétitionnaire“) ggf. seine „**Vorschläge und Empfehlungen**“ („suggestions and recommendations“; „suggestions et recommandations“) übermittelt (Art 5 des Fakultativprotokolls).
- 62** Art 6 und 7 des Fakultativprotokolls schaffen ein spezielles (freilich ebenso vertrauliches) Verfahren im Falle zuverlässiger Angaben, die auf **schwerwiegende oder systematische** Verletzung der in dem Übereinkommen niedergelegten Rechte durch einen Vertragsstaat hinweisen. Diesbezüglich kann der Ausschuss eine **Untersuchung** („inquiry“; „enquête“) durchführen, die mit Zustimmung des Vertragsstaats auch einen Besuch in dessen Hoheitsgebiet einschließen kann. Auch dieses Verfahren führt zur Mitteilung der „Ergebnisse“ („findings“; „résultats“) der Untersuchung und etwaiger „**Bemerkungen und Empfehlungen**“ („comments and recommendations“; „observations and recommandations“) an den Vertragsstaat, die aber mit verstärkten Reaktionspflichten auf Seiten des letzteren verbunden sind: Er muss innerhalb von sechs Monaten dem Ausschuss seine „Stellungnahmen“ („observations“) unterbreiten. Sofern erforderlich, kann der Ausschuss nach ungenutztem Ablauf dieser Frist den

⁶⁹ *Reinisch* (Fn 19) Rn 1397.

Vertragsstaat auffordern, ihn über die als Reaktion auf eine solche Untersuchung getroffenen Maßnahmen zu unterrichten (Art 6 Abs 4 iVm Art 7 Abs 2 des Fakultativprotokolls). Überdies kann der Ausschuss den betreffenden Vertragsstaat auffordern, in seinem Bericht nach Art 35 des Übereinkommens (Rn 51) Einzelheiten über Maßnahmen aufzunehmen, die als Reaktion auf eine derartige Untersuchung getroffen wurden.

63 Sowohl das reguläre als auch das qualifizierte Mitteilungsverfahren führen zu **Bemerkungen, Empfehlungen und Stellungnahmen**, die einmal mehr, wie bereits aus dem Wortlaut erhellt, für den betreffenden Vertragsstaat nicht völkerrechtlich verbindlich sind. Insofern unterscheiden sie sich signifikant vom Verfahren der „**Individualbeschwerde**“ („individual application“; „requête individuelle“) gem Art 34 EMRK, die gem Art 42ff EMRK in einem „Urteil“ („judgment“; „arrêt“) mündet. Gem Art 46 Abs 1 EMRK sind die Vertragsparteien diesfalls ausdrücklich „verpflichtet [...], in allen Rechtssachen, in denen sie Partei sind, das endgültige **Urteil** des Gerichtshofs zu **befolgen**“.⁷⁰ Eine derartige oder nur annähernd vergleichbare Bestimmung findet sich indes weder im Übereinkommen noch im Fakultativprotokoll. Vielmehr zeigt sich klar, dass die diesbezüglich verankerten Verfahren **nicht** zu einem für die Vertragsstaaten **rechtsverbindlichen** Ergebnis führen sollen. Aus dem Argument, Art 5 des Fakultativprotokolls rede ebenso wie Art 34ff EMRK vom „Beschwerdeführer“, ist dabei nichts zu gewinnen, was schon allein der Vergleich der authentischen Sprachfassungen zeigt. Das Fakultativprotokoll verwendet in der englischen und französischen Fassung „petitioner“ und „pétitionnaire“ (Rn 61), während die EMRK von „applicant“ und „requérant“ spricht.

64 Die österreichische Rsp hat sich überdies schon mehrfach mit dem Verfahren individueller Mitteilungen nach dem Fakultativprotokoll zum UN-Pakt II⁷¹ beschäftigt, dem das Verfahren nach dem hiesigen Fakultativprotokoll in Diktion wie auch Struktur ähnelt. Die damit befassenen Gerichte⁷² haben bislang stets festgehalten, dass ein derartiges Mitteilungsverfahren im Unterschied zur EMRK **nicht** zu einer für Österreich **rechtsverbindlichen Entscheidung** führt. Darüber hinaus komme angesichts des Erfüllungsvorbehalts, dem ja auch der UN-Pakt II unterliegt (Rn 37), keine unmittelbare Bindung österreichischer Verwaltungsbehörden und Gerichte in Frage. Diese in Bezug auf das Fakultativprotokoll zum UN-Pakt II getätigten

⁷⁰ „The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties.“; „Les Hautes Parties contractantes s’engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties.“

⁷¹ BGBl 105/1988.

⁷² Vgl VfSlg 14.050/1995, 5.2.5 (sowie das in 2.2 wiedergegebene Vorbringen der BReg); OGH 6.5.2008, 1 Ob 8/08w; vgl Nowak, CCPR Commentary², 2005, Art 5 1st OP, Rn 39ff.

Aussagen sind auch auf die Vorschläge und Empfehlungen in Folge der Verfahren nach dem hiesigen Fakultativprotokoll **übertragbar**.

- 65 Allerdings ergibt sich daraus nicht, dass derartige Vorschläge und Empfehlungen völkerrechtlich unbeachtlich wären. Nach den oben dargelegten Grundsätzen (Rn 55ff) stellen diese sehr wohl einen **berücksichtigungswürdigen Aspekt** bei der gebotenen Auslegung nach Treu und Glauben dar und werden dementsprechend für die Pflicht zur völkerrechtskonformen Interpretation und die Anwendung von Art 31 WVK relevant. Die **gänzliche Missachtung** dieser Berücksichtigungspflicht kann zu einer fehlerhaften Willensbildung und dementsprechend zur innerstaatlichen **Rechtswidrigkeit** führen. Wenn dies in der Rsp auch bislang nicht in dieser Konsequenz judiziert wurde, merkt der OGH in Bezug auf die „views“ des Menschenrechtsausschusses nach dem Fakultativprotokoll zum UN-Pakt II (die den hier diskutierten Äußerungen des Ausschusses vergleichbar sind) immerhin an: „Staaten, die ihnen bisher entsprachen, bestritten nie den autoritativen Charakter der Feststellung einer Paktverletzung.“⁷³ Dazu kommt, dass derartige Verfahren, vor allem wenn sie gehäuft auftreten, „eine ‚Prangerwirkung‘ haben und zu einem **politischen Handlungsdruck** führen können, der letztlich z.B. zu Rechtsänderungen führt“.⁷⁴
- 66 Was die Relevanz von Äußerungen des Ausschusses im Verfahren individueller Mitteilungen nach dem Fakultativprotokoll anlangt, macht es im Übrigen grundsätzlich keinen Unterschied, ob sich die Vorschläge und Empfehlungen an Österreich oder einen anderen Vertragsstaat richten. Diese Einschränkung der Wirkungen auf Beschlüsse betreffend den jeweiligen Staat bezieht sich nur auf Beschwerdeverfahren, die zu einer unmittelbaren völkerrechtlichen Bindungswirkung führen (vgl Rn 63), was hier nicht der Fall ist.

c. Gesetzliche Betrauung staatlicher Einrichtungen mit Aufgaben in Zusammenhang mit dem Übereinkommen

- 67 Darüber hinaus ist der Gesetzgeber in gewissen Bereichen „durch Erlassung von Gesetzen“ zur Erfüllung des gegenständlichen Staatsvertrages tätig geworden und hat gewisse staatliche Einrichtungen mit Aufgaben in Zusammenhang mit dem Übereinkommen betraut. Diesbezüglich hat sich der **Erfüllungsvorbehalt** also **erledigt**. Die fraglichen Einrichtungen sind – im Gegensatz zu anderen staatlichen Behörden (vgl Rn 45ff) – von Gesetzes wegen sogar ver-

⁷³ OGH 6.5.2008, 1 Ob 8/08w.

⁷⁴ Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger (Fn 19) 26.

pflichtet, im Rahmen ihres Aufgabenbereichs das Übereinkommen anzuwenden und den daraus entstehenden Verpflichtungen Österreichs Rechnung zu tragen.

68 Zu nennen sind hier vor allem (i) die als „Unabhängige Mechanismen“ iSd Art 33 des Übereinkommens errichteten **Monitoringausschüsse** – der Bundesmonitoringausschuss sowie, soweit schon ins Leben gerufen, die Landesmonitoringausschüsse – sowie (ii) in Bezug auf Art 16 Abs 3 des Übereinkommens die von der **Volksanwaltschaft** eingesetzten Kommissionen sowie den Landesvolksanwalt/die Landesvolksanwältin in Vorarlberg.

i. Unabhängige Mechanismen gem Art 33 des Übereinkommens – Innerstaatliche Monitoringausschüsse

69 Gem Art 33 Abs 2 des Übereinkommens „unterhalten, stärken, bestimmen oder schaffen [die Vertragsstaaten] nach Maßgabe ihres Rechts- und Verwaltungssystems auf einzelstaatlicher Ebene für die Förderung, den Schutz und die Überwachung der Durchführung dieses Übereinkommens eine Struktur, die, je nachdem, was angebracht ist, einen oder mehrere **unabhängige Mechanismen** einschließt“ („one or more independent mechanisms, as appropriate, to promote, protect and monitor implementation of the present Convention“; „un ou plusieurs mécanismes indépendants, selon qu’il conviendra, de promotion, de protection et de suivi de l’application de la présente Convention“).

70 Auf dieser Grundlage überträgt der Bundesgesetzgeber durch § 8 Abs 1 iVm Abs 2 Z 4 BBG⁷⁵ dem beim Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz errichteten **Bundesbehindertenbeirat** 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** (§ 13)“. Dementsprechend ordnet § 13 Abs 1 S 1 BBG an: „Zur Wahrnehmung der Aufgaben gemäß § 8 Abs. 2 Z 4 ist ein Ausschuss zur Überwachung der UN-Konvention ‚Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen‘ (Monitoringausschuss) zu bilden.“ Gem § 13 Abs 3 BBG sind die Mitglieder des Monitoringausschusses in ihrer Tätigkeit unabhängig und an keine Weisungen gebunden.

71 Gem § 13 Abs 2 BBG „obliegt es [dem Monitoringausschuss],

1. dem Bundesbehindertenbeirat regelmäßig über seine Beratungen zu berichten,

⁷⁵ BGBl 283/1990 idF BGBl I 138/2013.

2. im Einzelfall Stellungnahmen von Organen der Verwaltung einzuholen,
3. Empfehlungen und Stellungnahmen betreffend die Rechte von Menschen mit Behinderungen im Zusammenhang mit Angelegenheiten im Sinne des § 8 Abs. 2 Z 4 gegenüber dem Bundesbehindertenbeirat abzugeben.“

- 72 Dem Monitoringausschuss ist somit gesetzlich die „**Überwachung der Einhaltung**“ des Übereinkommens (§ 8 Abs 2 Z 4 BBG) durch die in § 13 Abs 2 BBG genannten Instrumente übertragen. Diesbezüglich ist es also zur „Erlassung von Gesetzen“ iSd Art 50 Abs 2 Z 4 B-VG gekommen und der Erfüllungsvorbehalt insofern erledigt. Der Monitoringausschuss ist deshalb gesetzlich ermächtigt und verpflichtet, „in Angelegenheiten, die **in Gesetzgebung und Vollziehung Bundessache** sind“ (§ 8 Abs 2 Z 4 BBG), also im Bereich des Art 10 B-VG (einschließlich der **mittelbaren Bundesverwaltung**), die Einhaltung des Übereinkommens umfassend – dh bezüglich **aller** aus dem Übereinkommen entstehenden **Verpflichtungen** – zu überwachen und diesbezüglich ggf Stellungnahmen von Organen der Verwaltung einzuholen sowie gegenüber dem Bundesbehindertenbeirat Empfehlungen und Stellungnahmen abzugeben.
- 73 Nach der Grundsatzbestimmung des § 13 Abs 8 BBG sind die in § 13 Abs 2 BBG genannten Aufgaben (Rn 71) „[i]n Angelegenheiten, die in die **Grundsatzgesetzgebungskompetenz** des Bundes fallen, [...] von zu schaffenden oder zu benennenden Einrichtungen der Länder wahrzunehmen, die den Anforderungen an einen unabhängigen Mechanismus gemäß Art. 33 der UN-Konvention entsprechen“. Parallel dazu normiert § 13 Abs 9 BBG: „In Angelegenheiten, die **in Gesetzgebung Bundessache und in Vollziehung Landessache** sind, sind die Aufgaben gemäß Abs. 2 von den in Ausführung des Abs. 8 geschaffenen oder benannten Stellen wahrzunehmen.“
- 74 Die Länder sind in Hinblick darauf zum Teil tätig geworden:
- Für **Kärnten** normiert § 35 Abs 1 ChancengleichheitsG⁷⁶, dass dem nach dieser Bestimmung beim Amt der Kärntner Landesregierung eingerichteten Chancengleichheitsbeirat auch „die Überwachung der Einhaltung [des Übereinkommens] und die diesbezügliche Beratung der Landesregierung [obliegen]“.

⁷⁶ Gesetz zur Chancengleichheit für Menschen mit Behinderung, LGBl 8/2010 idF LGBl 56/2013.

- Das **niederösterreichische** MonitoringG⁷⁷ führt „zur Förderung und Überwachung der Durchführung des Übereinkommens“ im Rahmen der Vollziehung des Landes „einen unabhängigen und weisungsfreien Ausschuss (NÖ Monitoringausschuss)“ ein.
- In **Oberösterreich** legt § 14 Abs 5 Z 1a AntidiskriminierungsG⁷⁸ fest, dass zu den Aufgaben der Antidiskriminierungsstelle auch „Förderung, Schutz und Überwachung der Durchführung des Übereinkommens [...], soweit nicht die Zuständigkeit einer anderen Stelle des Landes gegeben ist“, gehören. Des weiteren normiert § 14 Abs 5a leg cit: „Die Aufgabe nach Abs. 5 Z 1a erfolgt unter Einbeziehung eines Beirats (Oö. Monitoringausschuss).“
- In **Tirol** bestimmt § 16 Abs 2 des Tiroler AntidiskriminierungsG 2005⁷⁹, dass „der (dem) Antidiskriminierungsbeauftragte(n) die Überwachung der Durchführung des Übereinkommens [...] [obliegt]“. Die Antidiskriminierungsbeauftragte hat sich entschieden, sich bei Erfüllung dieser Aufgabe von einem (nicht gesetzlich verankerten) „Landesmonitoringausschuss“ beraten zu lassen, der zu Beginn des Jahres 2014 seine Arbeit aufgenommen hat.
- § 12 Abs 1 des **Vorarlberger** AntidiskriminierungsG⁸⁰ bestimmt: „Die Antidiskriminierungsstelle hat die Aufgabe, im Anwendungsbereich dieses Gesetzes und ihrer sich aus § 11 ergebenden Zuständigkeit⁸¹ die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ohne Diskriminierungen zu fördern. Sie ist insofern auch jene Stelle, die zur Förderung, zum Schutz und zur Überwachung der Durchführung des Übereinkommens [...] zuständig ist; Abs. 4 bleibt unberührt.“ Der besagte Abs 4 ordnet an: „Der Landesvolksanwalt als Antidiskriminierungsstelle hat im Hinblick auf den Grundsatz der Gleichbehandlung ohne Diskriminierung aufgrund einer Behinderung ferner Einrichtungen und Programme für Menschen mit Behinderung, soweit diese der

⁷⁷ LGBI 4/2013.

⁷⁸ Landesgesetz über das Verbot der Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion, der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters, des Geschlechts oder der sexuellen Orientierung, LGBI 50/2005 idF LGBI 68/2012.

⁷⁹ LGBI 25/2005 idF LGBI 150/2012.

⁸⁰ Gesetz über das Verbot der Diskriminierung, LGBI 17/2005 idF LGBI 91/2012.

⁸¹ Ibid, § 11: „Antidiskriminierungsstellen sind a) der Landesvolksanwalt, soweit es um Diskriminierungen in der Verwaltung des Landes sowie um Diskriminierungen in anderen Bereichen als jenen nach lit. b geht; b) die Patientenanwaltschaft, soweit es um Diskriminierungen von Patienten und Klienten geht, die dem Aufgabenbereich der Patientenanwaltschaft nach dem Patienten- und Klientenschutzgesetz unterliegen.“

Regelungskompetenz des Landes unterliegen, aber nicht Angelegenheiten der Landesverwaltung besorgen, zu besuchen und zu überprüfen.“

- Gem § 7 Abs 2 Z 6 des **Wiener AntidiskriminierungsG**⁸² hat die Stelle zur Bekämpfung von Diskriminierungen ua die Aufgabe „Förderung, Schutz und Überwachung der Durchführung des Übereinkommens“, wobei § 7 Abs 6 leg cit die Zusammensetzung der Stelle regelt.
- In **Burgenland, Salzburg** und der **Steiermark** ist es, soweit erkennbar, noch zu keinen einschlägigen Umsetzungsschritten gekommen. Dadurch wird Österreich seinen Verpflichtungen aus Art 33 des Übereinkommens jedenfalls nicht gerecht (Rn 82).

75 Das **Überwachungsmandat** der unabhängigen Mechanismen in den **Ländern** erstreckt sich auf alle Angelegenheiten, die **in Vollziehung Landessache** sind, näherhin

- gem § 13 Abs 8 und 9 BBG auf die Angelegenheiten, die iSd **Art 11 B-VG** in Gesetzgebung Bundessache und in Vollziehung Landessache
- und iSd **Art 12 B-VG** in der Gesetzgebung über die Grundsätze Bundessache und bezüglich der Erlassung von Ausführungsgesetzen und in Vollziehung Landessache sind.
- Zusätzlich werden die unabhängigen Mechanismen in den Ländern durch Landesgesetz auch mit den Angelegenheiten betraut, die iSd Art 15 Abs 1 B-VG **im selbständigen Wirkungsbereich der Länder** verbleiben.

Nicht vom Überwachungsmandat der unabhängigen Mechanismen der Länder erfasst sind vermöge § 8 Abs 2 Z 4 BBG die Angelegenheiten der Bundesverwaltung, einschließlich der **mittelbaren Bundesverwaltung** (vgl Rn 72).

76 Was die **Beschaffenheit** der unabhängigen Mechanismen anlangt, fordert § 13 Abs 8 und 9 BBG für die Mechanismen der Länder im Bereich der Art 11 und 12 B-VG ausdrücklich, dass diese „den Anforderungen an einen unabhängigen Mechanismus gemäß Art. 33 der UN-Konvention entsprechen“. Das Übereinkommen verlangt darüber hinaus, dass diese Anforderungen auch in den Angelegenheiten des selbständigen Wirkungsbereiches der Länder (Art 15 B-VG) beachtet werden. Dasselbe muss für den gem § 13 Abs 1 S 1 BBG für den Bereich der

⁸² Gesetz zur Bekämpfung von Diskriminierung, LGBl 35/2004 idF LGBl 88/2012.

Angelegenheiten des Art 10-BVG eingerichteten unabhängigen Mechanismus auf Bundesebene, den (Bundes)Monitoringausschuss, gelten.

- 77 Hinsichtlich der von Art 33 des Übereinkommens aufgestellten Anforderungen an die unabhängigen Mechanismen normiert dessen Abs 2, dass die Vertragsstaaten

[b]ei der Bestimmung oder Schaffung eines solchen Mechanismus [...] die Grundsätze betreffend die Rechtsstellung und die Arbeitsweise der **einzelstaatlichen Institutionen zum Schutz und zur Förderung der Menschenrechte** [berücksichtigen];

shall take into account the principles relating to the status and functioning of national institutions for protection and promotion of human rights;

tiennent compte des principes applicables au statut et au fonctionnement des institutions nationales de protection et de promotion des droits de l'homme“.

Darüber hinaus verlangt Art 33 Abs 3 des Übereinkommens, dass

[d]ie **Zivilgesellschaft, insbesondere Menschen mit Behinderungen** und die sie vertretenden Organisationen, [...] in den Überwachungsprozess **einbezogen** [wird] und [...] in vollem Umfang daran teil[nimmt].

Civil society, in particular persons with disabilities and their representative organizations, shall be involved and participate fully in the monitoring process.

La société civile – en particulier les personnes handicapées et les organisations qui les représentent – est associée et participe pleinement à la fonction de suivi.

- 78 Art 33 Abs 2 verweist auf die völkerrechtlich relevanten Grundsätze betreffend die Rechtsstellung und die Arbeitsweise der einzelstaatlichen Institutionen zum Schutz und zur Förderung der Menschenrechte. Dabei handelt es sich weitgehend um *soft law* (Rn 53), wobei die zentrale Rolle dabei die 1991 in Paris verabschiedeten „Principles relating to the status of national institutions“, die sog. „**Pariser Prinzipien**“, bilden. Diese wurden 1993 zunächst von der (damaligen) UN-Menschenrechtskommission⁸³ und in der Folge von der UN-Generalversammlung ausdrücklich angenommen.⁸⁴ Parallel dazu betonte die Wiener Weltkonferenz für Menschenrechte 1993 die Wichtigkeit der innerstaatlichen Institutionen und bezog sich in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf die Pariser Prinzipien.⁸⁵

⁸³ UN-Menschenrechtskommission, Resolution 1993/55, 9.3.1993.

⁸⁴ Vgl UN-Generalversammlung, Resolution A/RES/48/134, National institutions for the promotion and protection of human rights, 0.12.1993, die in ihrem Anhang auch den Text der „Pariser Prinzipien“ enthält.

⁸⁵ Vgl World Conference on Human Rights, Vienna Declaration and Programme of Action, 25.6.1993, Nr 36: „The World Conference on Human Rights reaffirms the important and constructive role played by national institutions for the promotion and protection of human rights, in particular in their advisory capacity to the competent authorities, their role in remedying human rights violations, in the dissemination of human rights information, and education in human rights. The World Conference on Human Rights encourages the establishment and

- 79 Diese normieren den Grundsatz, dass die innerstaatlichen Institutionen durch **verfassungs- oder einfachgesetzliche** Vorschriften eingesetzt werden sollen und dass darin ihr **Mandat**, ihre **Zusammensetzung** und ihr **Zuständigkeitsbereich** spezifiziert werden sollen.⁸⁶ Die Prinzipien heben des weiteren die **Unabhängigkeit** der innerstaatlichen Institutionen hervor und fordern diesbezüglich, dass die **Berufung ihrer Mitglieder** durch einen **formellen** Akt erfolgen solle, in dem auch die Dauer des Mandats festgelegt ist.⁸⁷ Schließlich verlangen die Prinzipien, dass die Institutionen von der Regierung mit einer **Infrastruktur**, dh mit Personal- und Sachressourcen, ausgestattet werden, damit die Unabhängigkeit der Institutionen gewährleistet ist und sie nicht einer finanziellen Kontrolle unterliegen, die ihre Unabhängigkeit beeinträchtigen könnte.⁸⁸
- 80 Eine kursorische Überprüfung ergibt, dass die aus Art 33 Abs 2 des Übereinkommens iVm den Pariser Prinzipien und aus Art 33 Abs 3 des Übereinkommens (Rn 77) ableitbaren **sechs Bewertungskriterien** – 1) gesetzliche Einrichtung, 2) gesetzliche Spezifizierung des Mandats und der Zusammensetzung, 3) Einbeziehung der Zivilgesellschaft, insb von Menschen mit Behinderungen in den Überwachungsprozess (Art 33 Abs 3 des Übereinkommens), 4) Verankerung der Unabhängigkeit, 5) Berufung der Mitglieder und Festlegung der Dauer des Mandats durch formellen Akt, 6) Ausstattung mit Sach- und Personalressourcen – in Österreich gegenwärtig **weitgehend, aber nicht umfassend** gewährleistet sind.
- 81 In Bezug auf den Monitoringausschuss auf **Bundesebene** gewährleistet § 13 Abs 1-4 BBG die ersten fünf Kriterien zu einem erheblichen Grad. Was die Ressourcenausstattung betrifft, sieht § 13 Abs 5a BBG vor, dass dem/der Vorsitzenden neben dem Ersatz der Reise- und Aufenthaltskosten eine Verfügung für seine/ihre Tätigkeit gebührt. Darüber hinaus sieht § 13 Abs 7 BBG vor, dass das Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen den Monitoringausschuss bei der Erfüllung seiner Aufgaben nach Bedarf zu unterstützen hat. Nichtsdestotrotz hat der

strengthening of national institutions, having regard to the "Principles relating to the status of national institutions" and recognizing that it is the right of each State to choose the framework which is best suited to its particular needs at the national level.“

⁸⁶ Pariser Prinzipien (Fn 84), Nr 2: “A national institution shall be given as broad a mandate as possible, which shall be clearly set forth in a constitutional or legislative text, specifying its composition and its sphere of competence.”

⁸⁷ Ibid, Nr 6: “In order to ensure a stable mandate for the members of the national institution, without which there can be no real independence, their appointment shall be effected by an official act which shall establish the specific duration of the mandate [...]”

⁸⁸ Ibid, Nr 5: „The national institution shall have an infrastructure which is suited to the smooth conduct of its activities, in particular adequate funding. The purpose of this funding should be to enable it to have its own staff and premises, in order to be independent of the Government and not be subject to financial control which might affect its independence.“

Ausschuss – allerdings ohne weitere Begründung⁸⁹ – in seinen „Concluding Observations“ (vgl Fn 24) zum ersten Staatenbericht Österreichs festgestellt:

52. [T]he Committee is concerned that the monitoring committee does not have its own budget and it appears to lack the independence required by the Principles relating to the status and functioning of national institutions for protection and promotion of human rights (Paris Principles).

54. The Committee recommends that the Independent Monitoring Body be allocated a transparent budget and be given the power to administer that budget autonomously.

- 82** Auch hinsichtlich der **Länder**monitoringausschüsse ist festzustellen, dass die gesetzlichen Grundlagen weitgehend den ersten fünf Kriterien Genüge tun.⁹⁰ Eine entsprechende Ausstattung mit **Sach- und Personalressourcen** ist allerdings **nur limitiert** vorgesehen und beschränkt sich meist auf einen Reisekostenersatz für die Ausschussmitglieder und eine allgemeine Verpflichtung der Landesbehörden, den jeweiligen Ausschuss bei seiner Arbeit zu unterstützen.⁹¹
- 83** In **Tirol** ist zwar der/die Antidiskriminierungsbeauftragte als „unabhängiger Mechanismus“ gesetzlich verankert, ebenso sein/ihr Mandat, seine/ihre Unabhängigkeit und seine/ihre Ressourcenausstattung.⁹² Allerdings ist das zur Verfügung stehende Personal nicht direkt dem/der Antidiskriminierungsbeauftragten zugeteilt. Überdies besitzt der in Tirol zur Beratung des/der Antidiskriminierungsbeauftragten in Zusammenhang mit dem Übereinkommen errichtete

⁸⁹ Vgl aber Österreichische Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation (ÖAR), Bericht zur Umsetzung der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen in Österreich anlässlich des 1. Staatenberichtsverfahrens vor dem UN-Ausschuss über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Jänner 2013, 171ff, abrufbar unter <http://www.oear.or.at/ihr-recht/un-behindertenrechtskonvention/zivilgesellschaftsbericht>.

⁹⁰ Vgl §§ 35, 36 Kärntner ChancengleichheitsG, LGBI 8/2010 idF LGBI 56/2013 (allerdings ohne ausdrücklich Verankerung der Unabhängigkeit des Chancengleichheitsbeirats); §§ 2-5 NÖ MonitoringG, LGBI 4/2013; § 14 Abs 5a OÖ AntidiskriminierungsG, LGBI 50/2005 idF LGBI 68/2012 (allerdings ohne ausdrücklich Verankerung der Unabhängigkeit des Oö. Monitoringausschusses); §§ 11-14a Vorarlberger AntidiskriminierungsG, LGBI 17/2005 idF LGBI 91/2012 (aufgrund der Betrauung des Landesvolksanwalts aber ohne Einbeziehung der Zivilgesellschaft, insb von Menschen mit Behinderungen in den Überwachungsprozess iSd Art 33 Abs 3 des Übereinkommens); § 7 Abs 1-3 und Abs 5 Wiener AntidiskriminierungsG, LGBI 35/2004 idF LGBI 88/2012.

⁹¹ Vgl § 39 Kärntner ChancengleichheitsG, LGBI 8/2010 idF LGBI 56/2013, der einen Aufwand- und Fahrtkostenersatz vorsieht; § 3 Abs 4 NÖ und § 6 Abs 2 MonitoringG, LGBI 4/2013, die einen Reisegebührenersatz vorsehen und normieren, dass das Amt der NÖ Landesregierung den NÖ Monitoringausschuss bei der Erfüllung seiner Aufgaben nach Bedarf zu unterstützen hat; § 14 Abs 5a OÖ AntidiskriminierungsG, LGBI 50/2005 idF LGBI 68/2012, wonach für die Teilnahme an Sitzungen des Beirats die Kosten der Mitglieder für persönliche Assistenz sowie die Reisekosten getragen werden und die Behörden und Dienststellen des Landes, die Gemeinden, die durch Landesgesetz geregelten Selbstverwaltungskörper sowie sonstigen mit einem konkreten Fall befassten Stellen die zur Erfüllung der Aufgaben der Antidiskriminierungsstelle notwendige Unterstützung und erforderlichen Auskünfte zu gewähren haben; §§ 9-11 Vorarlberger Gesetz über den Landesvolksanwalt, LGBI 29/1985 idF LGBI 90/2012 mit weitgehender Sach- und Personalressourcenzuordnung; § 7 Abs 5 Z 3 Wiener AntidiskriminierungsG, LGBI 35/2004 idF LGBI 88/2012, wo für die Teilnahme an Sitzungen ein Kostenersatz für persönliche Assistenz und angemessene Reisekosten vorgesehen ist.

⁹² §§ 15-17 Tiroler AntidiskriminierungsG, LGBI 25/2005 idF LGBI 150/2012.

Monitoringausschuss keine gesetzliche Grundlage. Dementsprechend ist auch die dabei vorgesehene **Beteiligung von Menschen mit Behinderungen rein informeller Natur**, denn das Überwachungsorgan für Tirol iSd Art 33 Abs 2 des Übereinkommens ist gegenwärtig (lediglich) der/die Antidiskriminierungsbeauftragte selbst. Dies ist in Hinblick auf Art 33 Abs 3 des Übereinkommens, wonach die Zivilgesellschaft, insbesondere Menschen mit Behinderungen und die vertretenden Organisationen, in den Überwachungsprozess einbezogen werden und in vollem Umfang daran teilhaben, problematisch. Dazu kommt, dass gem § 13 Abs 2 iVm Abs 8 und 9 BBG (Rn 73) jene Angelegenheiten, die in Gesetzgebung Bundessache und in Vollziehung Landessache sind (Art 11 B-VG) und die in die Grundsatzgebungskompetenz des Bundes fallen (Art 12 B-VG), von „Einrichtungen der Länder wahrzunehmen [sind], die den Anforderungen an einen unabhängigen Mechanismus gemäß Art. 33 der UN-Konvention entsprechen“. Insofern ist die Tiroler Regelung hinsichtlich dieses bundesgesetzlich statuierten Erfordernisses auch aus **innerstaatlichen** Gründen problematisch, indem sie – zumindest in Bezug auf den Tiroler Landesmonitoringausschuss – die in den Pariser Prinzipien verankerten Kriterien der a) gesetzlichen Einrichtung und b) der nötigen Infrastrukturausstattung nicht erfüllt (Art 33 Abs 2 des Übereinkommens) und c) die Zivilgesellschaft, insbesondere Menschen mit Behinderungen nur informell in den Überwachungsprozess einbezieht (Art 33 Abs 3 des Übereinkommens).

- 84** Für **Burgenland, Salzburg** und die **Steiermark** fehlen „unabhängige Mechanismen“ iSd Art 33 des Übereinkommens gegenwärtig **gänzlich**, sodass diesbezüglich jedenfalls eine Verletzung der Verpflichtungen aus dem Übereinkommen vorliegt. Zu Recht hat der Ausschuss in seinen „Concluding Observations“ (vgl Fn 24) zum ersten Staatenbericht Österreichs die Anforderung aufgestellt, dass „the Länder create their own independent monitoring mechanisms to further coordinate disability policies and practices throughout Austria“.⁹³

ii. Kommissionen der Volksanwaltschaft und Landesvolksanwaltschaft in Vorarlberg in Bezug auf Art 16 Abs 3 des Übereinkommens

- 85** Art 16 des Übereinkommens verlangt, dass „Menschen mit Behinderungen sowohl innerhalb als auch außerhalb ihrer Wohnung vor **jeder Form von Ausbeutung, Gewalt und Miss-**

⁹³ Rn 53.

brauch, einschließlich ihrer geschlechtsspezifischen Aspekte geschützt werden“. In diesem Zusammenhang fordert Art 16 Abs 3, dass die Vertragsstaaten

[z]ur Verhinderung jeder Form von Ausbeutung, Gewalt und Missbrauch [...] sicher[stellen], dass alle Einrichtungen und Programme, die für Menschen mit Behinderungen bestimmt sind, wirksam von unabhängigen Behörden überwacht werden.

In order to prevent the occurrence of all forms of exploitation, violence and abuse, the State Parties shall ensure that all facilities and programmes designed to serve persons with disabilities are effectively monitored by independent authorities.

Afin de prévenir toutes les formes d'exploitation, de violence et de maltraitance, les États Parties veillent à ce que tous les établissements et programmes destinés aux personnes handicapées soient effectivement contrôlés par des autorités indépendantes.

- 86** Gem dem durch das **OPCAT-Durchführungsg**⁹⁴ geschaffenen Art 148a Abs 3 Z 3 B-VG gilt: „Zum Schutz und zur Förderung der Menschenrechte obliegt es der Volksanwaltschaft und den von ihr eingesetzten Kommissionen (Art. 148h Abs. 3), im Bereich der Verwaltung des Bundes einschließlich dessen Tätigkeit als Träger von Privatrechten [...] 3. für Menschen mit Behinderungen bestimmte Einrichtungen und Programme zu überprüfen bzw. zu besuchen.“
- 87** Nach dem zugleich geschaffenen § 11 Abs 1 Z 3 VolksanwG⁹⁵ ist die **Volksanwaltschaft** unter anderem damit beauftragt, „[z]um Schutz und zur Förderung der Menschenrechte [...] im Bereich der Verwaltung des Bundes einschließlich dessen Tätigkeit als Träger von Privatrechten und im Fall des Art. 148i Abs. 1 erster Satz B-VG auch im Bereich der Verwaltung des betreffenden Landes [...] 3. **in Durchführung des Art. 16 Abs. 3 des Übereinkommens** [...] und **zur Verhinderung jeder Form von Ausbeutung, Gewalt und Missbrauch** Einrichtungen und Programme, die für Menschen mit Behinderungen bestimmt sind, regelmäßig zu **besuchen** bzw. zu **überprüfen**.“ Nach § 11 Abs 2 VolksanwG gilt: „Die Volksanwaltschaft hat mit der Besorgung von Aufgaben gemäß Abs. 1 die von ihr eingesetzten Kommissionen (§§ 12, 13) zu betrauen.“
- 88** § 11 Abs 1 Z 3 iVm Abs 2 VolksanwG verankert demnach als gesetzliches Mandat der gem §§ 12, 13 VolksanwG errichteten Kommissionen, „zum Schutz und zur Förderung der Menschenrechte“ tätig zu werden, und zwar namentlich „in Durchführung des Art 16 Abs 3 des

⁹⁴ Bundesgesetz zur Durchführung des Fakultativprotokolls vom 18. Dezember 2002 zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe, BGBl I 2012/1.

⁹⁵ BGBl 433/1982 idF BGBl I 1/2012.

Übereinkommens“, der auf die „Verhinderung jeder Form von Ausbeutung, Gewalt und Missbrauch“ abzielt und zu diesem Zweck eine umfassende und wirksame Kontrolle durch unabhängige Behörden fordert. Auch hier gilt also (vgl Rn 67, 72), dass es diesbezüglich zur „Erlassung von Gesetzen“ iSd Art 50 Abs 2 Z 4 B-VG gekommen ist und sich daher der **Erfüllungsvorbehalt** hinsichtlich der Kommissionen der Volksanwaltschaft zumindest betreffend Art 16 des Übereinkommens **erledigt** hat. Die Kommissionen haben daher im Rahmen ihrer gesetzlichen Beauftragung die Vorschriften des Übereinkommens anzuwenden.

89 Gem Art 148i Abs 1 B-VG können die Länder durch Landesverfassungsgesetz die Volksanwaltschaft auch für den Bereich der Verwaltung des betreffenden Landes für zuständig erklären. Von dieser Möglichkeit haben gegenwärtig **alle Bundesländer außer Vorarlberg**⁹⁶ Gebrauch gemacht, sodass die **Kommissionen der Volksanwaltschaft** in diesen acht Bundesländern **auch** für den Bereich der **Landesverwaltung** zuständig sind.

90 Art 148i Abs 3 B-VG normiert darüber hinaus:

Ein Land, das hinsichtlich der Aufgaben nach Art. 148a Abs. 3 von der Ermächtigung des Abs. 1 nicht Gebrauch macht, hat durch Landesverfassungsgesetz eine Einrichtung mit den Aufgaben nach Art. 148a Abs. 3 gleichartigen Aufgaben für den Bereich der Landesverwaltung zu schaffen und zur Besorgung dieser Aufgaben den Art. 148c und Art. 148d entsprechende Regelungen zu treffen.

Vorarlberg hat den **Landesvolksanwalt**/die Landesvolksanwältin landesverfassungsgesetzlich damit beauftragt, „zum Schutz und zur Förderung der Menschenrechte in Angelegenheiten des Landes von Amts wegen [...] Einrichtungen und Programme für Menschen mit Behinderung zu besuchen und zu überprüfen“.⁹⁷ In Umsetzung dessen normiert § 2 Abs 4 lit c des Gesetzes über den Landesvolksanwalt⁹⁸: „Zum Schutz und zur Förderung der Menschenrechte kann der Landesvolksanwalt in Angelegenheiten des Landes [...] Einrichtungen und Programme für Menschen mit Behinderung besuchen und überprüfen“.

⁹⁶ Obwohl es in Tirol auf Grundlage von Art 59 der Tiroler Landesordnung einen Landesvolksanwalt gibt, erklärt Art 59 Abs 10 der Landesordnung für die im Art 148a Abs 3 B-VG vorgesehenen besonderen Kontroll- und Überwachungsaufgaben für den Bereich der Landesverwaltung die Volksanwaltschaft für zuständig.

⁹⁷ Art 59 Abs 5 Vorarlberg LV, LGB1 9/1999 idF LGB1 89/2012.

⁹⁸ LGB1 29/1985 idF LGB1 90/2012.

d. Keine Verpflichtungen Einzelner aus dem Übereinkommen und dem Fakultativprotokoll als Staatsvertrag

- 91 Der bezüglich dem Übereinkommen und Fakultativprotokoll als Staatsvertrag iSd Art 50 B-VG angebrachte **Erfüllungsvorbehalt** schließt, wie erwähnt, die unmittelbare Anwendbarkeit von Bestimmungen desselben aus (vgl Rn 36). Dies bedeutet, dass der gegenständliche Staatsvertrag als solcher keine subjektiven Rechte und Pflichten für die Einzelnen begründen kann. Insofern sind die Einzelnen **keine Adressaten** von Verpflichtungen aus dem Übereinkommen und dem Fakultativprotokoll, und eine Verwaltungsbehörde oder ein Gericht darf dementsprechend das Übereinkommen nicht zur unmittelbaren Grundlage eines gegen einen Einzelnen gerichteten Verwaltungsaktes oder Urteils machen. Wirksam ist das Übereinkommen aber auch in Bezug auf die Einzelnen vermöge der Pflicht der staatlichen Behörden zur **völkerrechtskonformen Interpretation** des gesamten innerstaatlichen Rechts (vgl Rn 47f).
- 92 Aber auch unabhängig vom Erfüllungsvorbehalt ergibt sich aus den verschiedenen Bestimmungen des Übereinkommens und des Fakultativprotokolls, dass seine primären Adressaten die Vertragsstaaten sind. In diesem Zusammenhang ist insbesondere die Verpflichtung der Vertragsstaaten nach Art 4 Abs 1 lit e des Übereinkommens zu erwähnen, „alle geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung aufgrund von Behinderung durch Personen, Organisationen oder private Unternehmen zu ergreifen“. Dies bestätigt, dass das Übereinkommen die Einzelnen nicht unmittelbar verpflichtet, sondern dies (namentlich im Antidiskriminierungsrecht) im Wege von Umsetzungsrechtsakten der Vertragsstaaten erfolgen soll. Für derartige Umsetzungsrechtsakte gilt einmal mehr, dass diese **übereinkommensform auszulegen** sind.

4. Inhalt und Reichweite der Verpflichtungen

- 93 Nach Klärung der Frage, wer Adressat der „Verpflichtungen Österreichs“ aus dem Übereinkommen und dem Fakultativprotokoll ist, gilt es nun zu prüfen, **welche Verpflichtungen** sich aus dem gegenständlichen Staatsvertrag ergeben und **wie weit** diese reichen. Damit soll nicht die Analyse einzelner konkreter Verbürgungen des Übereinkommens vorweggenommen werden, die im Besonderen Teil des vorliegenden Gutachtens (vgl Rn XXff) erfolgt. Vielmehr geht es hier lediglich um eine knappe Untersuchung der in Art 3 und 4 des Übereinkommens verankerten „Allgemeinen Grundsätze“ (a) und „Allgemeine Verpflichtungen“ (b).

a. Allgemeine Grundsätze gem Art 3 des Übereinkommens

94 Art 3 des Übereinkommens verankert acht „Allgemeine Grundsätze“ („general principles“; „principes généraux“) des Übereinkommens, nämlich:

- a) die Achtung der dem Menschen innewohnenden Würde, seiner individuellen Autonomie, einschließlich der Freiheit eigene Entscheidungen zu treffen, sowie seiner Unabhängigkeit⁹⁹ („respect for inherent dignity, individual autonomy including the freedom to make one’s own choices, and independence of persons“; „le respect de la dignité intrinsèque, de l’autonomie individuelle, y compris la liberté de faire ses propres choix, et de l’indépendance des personnes“);
- b) die Nichtdiskriminierung („non-discrimination“; „la non-discrimination“);
- c) die volle und wirksame Teilhabe an der Gesellschaft und Einbeziehung in die Gesellschaft („full and effective participation and inclusion in society“; „la participation et l’intégration pleines et effectives à la société“);
- d) die Achtung vor der Unterschiedlichkeit von Menschen mit Behinderungen und die Akzeptanz dieser Menschen als Teil der menschlichen Vielfalt und der Menschheit („respect for difference and acceptance of persons with disabilities as part of human diversity and humanity“; „le respect de la différence et l’acceptation des personnes handicapées comme faisant partie de la diversité humaine et de l’humanité“);
- e) die Chancengleichheit („equality of opportunity“; „l’égalité des chances“);
- f) die Zugänglichkeit¹⁰⁰ („accessibility“; „l’accessibilité“);
- g) die Gleichberechtigung von Mann und Frau („equality between men and women“; „l’égalité entre les hommes et les femmes“);
- h) die Achtung vor den sich entwickelnden Fähigkeiten von Kindern mit Behinderungen und die Achtung ihres Rechts auf Wahrung ihrer Identität („respect for the evolving capacities of children with disabilities and respect for the right of children with disabilities to preserve their identities“; „le respect du développement des capacités de l’enfant handicapé et le respect du droit des enfants handicapés à préserver leur identité“).

95 Die genannten Grundsätze gehören zum operativen Teil des Übereinkommens und sind damit – im Gegensatz zur Präambel – jedenfalls **rechtsverbindliche** Vorschriften. Die ausdrückliche Bezeichnung als „allgemeine Grundsätze“ könnte jedoch als Hinweis darauf verstanden werden, dass es sich dabei um verbindliche, aber rein programmatische Normen handelt, aus denen **keine selbstständigen** Verpflichtungen entstehen.

⁹⁹ In der Schattenübersetzung (Rn 19) heißt es „Selbstbestimmung“ statt „Unabhängigkeit“; vgl dazu *infra* Rn 455.

¹⁰⁰ In der Schattenübersetzung (Rn 19) heißt es „Barrierefreiheit“ statt „Zugänglichkeit“; vgl dazu *infra* Rn [...].

- 96 Im Umgang mit derartigen allgemeinen Prinzipien gibt es aber auch andere Tendenzen, namentlich im Unionsrecht. Hier hat der EuGH mehrfach allgemeine Grundsätze des Unionsrechts, die in den Verträgen eine besonders hervorgehobene Stellung einnehmen oder aus ihnen ableitbar sind, so interpretiert, dass aus ihnen **eigenständige Rechtsfolgen** erfließen.¹⁰¹ Zwar kann diese auf das Unionsrechtssystem bezogene Rsp nicht ohne weiteres auf ein völkerrechtliches Abkommen übertragen werden. Gleichwohl ist nicht auszuschließen, dass sich auch im letzteren Bereich derartige Tendenzen verstärken, zumal es sich beim Übereinkommen gleichzeitig um eine internationale Übereinkunft der Union und mithin um einen Teil des Unionsrechtssystems handelt (vgl Rn 120ff). **Inhaltlich** kämen dafür vor allem jene Grundsätze in Frage, die ein relativ konkretes Profil aufweisen und sich daher besonders zur Ableitung eigenständiger Rechtsfolgen eignen, namentlich die Menschenwürde, die Entscheidungsfreiheit, die Nichtdiskriminierung oder die Gleichberechtigung von Mann und Frau. **Institutionell** könnten derartige Tendenzen insb durch den Ausschuss im Staatenberichtsverfahren, im Mitteilungsverfahren nach dem Fakultativprotokoll und insb in dessen General Comments befördert werden (vgl Rn 51ff), im Anwendungsbereich des Unionsrechts ggf auch durch den EuGH in Hinblick auf den Charakter des Übereinkommens als internationaler Übereinkunft der Union (vgl Rn 120ff).
- 97 Desungeachtet sind die in Art 3 des Übereinkommens normierten Grundsätze **jedenfalls** bei der im Lichte des Art 31 Abs 1 WVK gebotenen (**systematischen**) **Auslegung** des Übereinkommens und Fakultativprotokolls als Element des „Zusammenhangs“ heranzuziehen. Als solche sind sie vom Bundes- und Landesgesetzgeber bei Umsetzung des Übereinkommens zu beachten. Sie müssen aber auch – ungeachtet des Erfüllungsvorbehalts – Eingang in die von allen Verwaltungsbehörden und Gerichten verpflichtend durchzuführende **völkerrechtskonforme Interpretation** (vgl Rn 47ff) der österreichischen Rechtsordnung im Lichte des Übereinkommens finden.
- 98 Die allgemeinen Grundsätze müssen nicht stets in dieselbe Richtung weisen. Vielmehr sind auch **Grundsatzkonflikte und -kollisionen** möglich. Diese sind nach der jeweiligen Konstellation und dem jeweiligen Grad der Betroffenheit der Grundsätze durch **Abwägung** und Ge-

¹⁰¹ Vgl dazu insb *Schroeder*, Das Gemeinschaftsrechtssystem (2002) 264ff.

wichtung zu beurteilen, und zwar unter besonderer Rücksichtnahme auf den **allgemeinen Zweck** des Übereinkommens (Art 1 S 1), **den die Grundsätze konkretisieren**¹⁰²:

Zweck dieses Übereinkommens ist es, den **vollen und gleichberechtigten Genuss aller Menschenrechte und Grundfreiheiten** durch alle Menschen mit Behinderungen zu fördern, zu schützen und zu gewährleisten und die **Achtung** der ihnen innewohnenden **Würde** zu fördern.

The purpose of the present Convention is to promote, protect and ensure the full and equal enjoyment of all human rights and fundamental freedoms by all persons with disabilities, and to promote respect for their inherent dignity.

La présente Convention a pour objet de promouvoir, protéger et assurer la pleine et égale jouissance de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales par les personnes handicapées et de promouvoir le respect de leur dignité intrinsèque.

- 99 Insofern das Übereinkommen Menschen mit Behinderungen den vollen und gleichberechtigten Genuss **aller** Menschenrechte und Grundfreiheiten garantieren will, steht es in einem Zusammenhang zu den bestehenden **universalen Menschenrechtsinstrumenten**, dh es baut auf ihnen auf und entwickelt sie fort.¹⁰³ „Damit wird aufgezeigt, dass mit der Behindertenrechtskonvention keine neuen Menschenrechte eingeführt, sondern die von den Vereinten Nationen bereits anerkannten Menschenrechte aus der Perspektive von Menschen mit Behinderungen beschrieben und präzisiert werden sollen.“¹⁰⁴ Dies zeigt sich insb auch daran, dass Präambularartikel d des Übereinkommens ausdrücklich auf den UN-Pakt I und den UN-Pakt II sowie etwa auch auf das Frauenrechtsübereinkommen und das Kinderrechtsübereinkommen Bezug nimmt.¹⁰⁵

b. Allgemeine Verpflichtungen gem Art 4 Abs 1 des Übereinkommens

- 100 Art 4 Abs 1 des Übereinkommens verankert **neun „Allgemeine Verpflichtungen“** („general obligations“; „obligations générales“) der Vertragsstaaten:

Die Vertragsstaaten verpflichten sich, 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 verpflichten sich die Vertragsstaaten:

¹⁰² Vgl etwa *infra* Rn 456ff (Art 19).

¹⁰³ Vgl *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Fn 19) 2.

¹⁰⁴ *Ibid.*, 65.

¹⁰⁵ Vgl Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, BGBl 443/1982; Übereinkommen über die Rechte des Kindes, BGBl 7/1993. Zu letzterem und seinen Implikationen für Österreich vgl insb *Weber*, Das BVG über die Rechte von Kindern, in Feik/Winkler (Hg), FS Berka (2013) 263; *Fuchs*, Kinderrechte in der Verfassung: Das BVG über die Rechte von Kindern, in Lienbacher/Wielinger (Hg), Jahrbuch Öffentliches Recht (2011) 91.

- a) alle geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und sonstigen Maßnahmen zur Umsetzung der in diesem Übereinkommen anerkannten Rechte zu treffen;
- b) alle geeigneten Maßnahmen einschließlich gesetzgeberischer Maßnahmen zur Änderung oder Aufhebung bestehender Gesetze, Verordnungen, Gepflogenheiten und Praktiken zu treffen, die eine Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen darstellen;
- c) den Schutz und die Förderung der Menschenrechte von Menschen mit Behinderungen in allen politischen Konzepten und allen Programmen zu berücksichtigen;
- d) Handlungen oder Praktiken, die mit diesem Übereinkommen unvereinbar sind, zu unterlassen und dafür zu sorgen, dass die staatlichen Behörden¹⁰⁶ und öffentlichen Einrichtungen im Einklang mit diesem Übereinkommen handeln;
- e) alle geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung aufgrund von Behinderung durch Personen, Organisationen oder private Unternehmen zu ergreifen;
- f) Forschung und Entwicklung für Güter, Dienstleistungen, Geräte und Einrichtungen in universellem Design [...] zu betreiben oder zu fördern, ihre Verfügbarkeit und Nutzung zu fördern und sich bei der Entwicklung von Normen und Richtlinien für universelles Design einzusetzen;
- g) Forschung und Entwicklung für neue Technologien [...] zu betreiben oder zu fördern sowie ihre Verfügbarkeit und Nutzung zu fördern und dabei Technologien zu erschwinglichen Kosten den Vorrang zu geben;
- h) für Menschen mit Behinderungen zugängliche¹⁰⁷ Informationen über Mobilitätshilfen, Geräte und unterstützende Technologien, einschließlich neuer Technologie, sowie andere Formen von Hilfe¹⁰⁸, Unterstützungsdiensten und Einrichtungen zur Verfügung zu stellen;
- i) die Schulung von Fachkräften und anderem mit Menschen mit Behinderungen arbeitenden Personal auf dem Gebiet der in diesem Übereinkommen anerkannten Rechte zu fördern, damit die aufgrund dieser Rechte garantierten Hilfen¹⁰⁹ und Dienste besser geleistet werden können.

101 Im Unterschied zu den allgemeinen Grundsätzen (Rn 95) stellen die in Art 4 Abs 1 positivierten allgemeinen Verpflichtungen **jedenfalls selbständige** Pflichten dar, die als solche völkerrechtliche Handlungs- und Unterlassungspflichten schaffen, welche die Vertragsstaaten binden.

102 Im Übrigen dienen sie ähnlich wie die allgemeinen Grundsätze auch dazu, den Gehalt der konkreten Pflichten, wie sie in Art 5ff des Übereinkommens verankert sind, im Rahmen **systematischer Auslegung** zu erschließen. Die in Art 4 Abs 1 verankerten Verpflichtungen ha-

¹⁰⁶ In der Schattenübersetzung (Rn 19) heißt es „die Träger der öffentlichen Gewalt“ statt „die staatlichen Behörden“.

¹⁰⁷ In der Schattenübersetzung (Rn 19) heißt es „barrierefreie“ statt „zugängliche“; vgl dazu *infra* Rn 341ff.

¹⁰⁸ In der Schattenübersetzung (Rn 19) heißt es „Assistenz“ statt „Hilfe“.

¹⁰⁹ In der Schattenübersetzung (Rn 19) heißt es „Unterstützungen“ statt „Hilfen“.

ben durchwegs den Charakter von „**Querschnittspflichten**“, die im Kontext der jeweiligen konkreten Verbürgungen zu verwirklichen sind.

Diese Verpflichtungen beziehen sich auf alle Lebensbereiche, die von [im Übereinkommen] geregelten Menschenrechten erfasst werden und wirken auf diese Weise in **alle** Auslegungs-, Anwendungs- und Umsetzungsprozesse der Behindertenrechtskonvention hinein. Sie müssen deshalb bei der konkreten Anwendung der einzelnen Menschenrechte [des Übereinkommens] immer beachtet und „mitgedacht“ werden.¹¹⁰

Dabei sind vor allem die in lit a, b und d normierten allgemeinen **Umsetzungs-** und **Reform-**pflichten zu nennen, die, wie insb in lit d betont wird, nicht nur – auf der normativen Ebene – die Veränderung von Rechtsvorschriften, sondern auch – auf der **faktischen** Ebene – von mit dem Übereinkommen nicht vereinbaren „Handlungen oder Praktiken“ beinhaltet. Dazu kommt, dass das Übereinkommen die Vertragsstaaten gem lit e ausdrücklich dazu verpflichtet, die geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung aufgrund von Behinderung durch **Private** zu ergreifen.

103 Darüber hinaus verdienen die **Planungspflicht** der lit c und die **Schulungspflicht**¹¹¹ der lit i besondere Erwähnung. Da es sich bei Behinderungen um ein komplexes gesellschaftliches Phänomen handelt¹¹², kommt der Verpflichtung der Vertragsstaaten, geeignete Konzepte, Programme und Planungsinstrumente zu entwickeln und Fachkräfte iSd Verbürgungen aus dem Übereinkommen zu schulen, im Blick auf die langfristige Ziele des Übereinkommens großes Gewicht zu. Dementsprechend hat auch der Ausschuss in seinen „Concluding Observations“ (vgl Fn 24) zum ersten Staatenbericht Österreichs festgehalten: „National plans are an excellent method of bringing laws, policies and practices into line with the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities.“

104 In Zusammenhang damit ist auch die allgemeine Anordnung des Art 4 Abs 3 des Übereinkommens zu beachten, die ebenso **Querschnittscharakter** hat:

Bei der Ausarbeitung und Umsetzung von Rechtsvorschriften und politischen Konzepten zur Durchführung dieses Übereinkommens und bei anderen Entscheidungsprozessen in Fragen, die Menschen mit Behinderungen betreffen, führen die Vertragsstaaten mit den **Menschen mit Behinderungen, einschließlich Kindern** mit Behinderungen, über die sie vertretenden Organisationen **enge Konsultationen** und beziehen sie **aktiv** ein.

¹¹⁰ Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger (Fn 19) 85.

¹¹¹ Vgl zur Schulungspflicht noch Rn 487.

¹¹² Vgl noch *infra* zum Behinderungsbegriff Rn 308ff.

105 Hierher gehört auch die Verpflichtung zur „**Bewusstseinsbildung**“ („awareness-rising“; „sensibilisation“) gem Art 8 Abs 1 des Übereinkommens, demzufolge die Vertragsstaaten sich verpflichten,

sofortige, wirksame und geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um

- a) in der gesamten Gesellschaft, einschließlich auf Ebene der Familien, das Bewusstsein für Menschen mit Behinderungen zu schärfen und die Achtung ihrer Rechte und Würde zu fördern;
- b) **Klischees, Vorurteile und schädliche Praktiken** gegenüber Menschen mit Behinderungen, einschließlich aufgrund des Geschlechts oder Alters, in allen Lebensbereichen zu **bekämpfen**;
- c) das Bewusstsein für die Fähigkeiten und den Beitrag von Menschen mit Behinderungen zu fördern.

106 Diesbezüglich hat der Ausschuss in seinem „Concluding Observations“ (vgl Fn 24) zum ersten Staatenbericht Österreichs folgende Kritik formuliert:

The Committee notes with concern that there appears to be very few awareness raising campaigns being conducted in Austria to counter negative and out-dated stereotypes about persons with disabilities which formen discrimination. The Committee is concerned that throughout Austrian society there does not appear to have been a complete understanding of the paradigm shift created by the human rights-centred approach in the Convention.¹¹³

107 Die in Art 4 Abs 1 des Übereinkommens verankerten Verpflichtungen richten sich vermöge des Erfüllungsvorbehalts **vornehmlich an den Gesetzgeber** (Rn 42), der entsprechende Umsetzungs-, Reform-, Planungs-, Schulungsmaßnahmen gesetzlich zu verankern hat, soll die Republik Österreich nicht wegen Nichterfüllung des Übereinkommens völkerrechtlich verantwortlich werden (Rn 31, 44). Die **Verwaltungsbehörden und Gerichte** treffen demgegenüber wegen der Genehmigung unter Erfüllungsvorbehalt keine unmittelbaren Umsetzungspflichten aus Art 4 Abs 1 des Übereinkommens. Zugleich sind sie aber verpflichtet, die allgemeinen Verpflichtungen des Art 4 bei der gebotenen **völkerrechtskonformen Interpretation** der österreichischen Rechtsordnung im Lichte des Übereinkommens (Rn 47ff) zu beachten. Die allgemeinen Verpflichtungen sind darüber hinaus insb auch für diejenigen staatlichen Stellen relevant, die gesetzlich mit bestimmten Aufgaben in Zusammenhang mit dem Übereinkommen betraut sind (Rn 67).

¹¹³ Rn 21; vgl dazu auch die Empfehlungen in Rn 22.

**c. Einschränkung der Verpflichtungen der Vertragsparteien durch Art 4
Abs 2 des Übereinkommens?**

108 Gem Art 4 Abs 2 des Übereinkommens, dem sog „**Progressionsvorbehalt**“¹¹⁴, gilt:

Hinsichtlich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte verpflichtet sich jeder Vertragsstaat, unter Ausschöpfung seiner verfügbaren Mittel und erforderlichenfalls im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit Maßnahmen zu treffen, um nach und nach die volle Verwirklichung dieser Rechte zu erreichen, unbeschadet derjenigen Verpflichtungen aus diesem Übereinkommen, die nach dem Völkerrecht sofort anwendbar sind.¹¹⁵

109 Damit wird die Unterscheidung wichtig, ob eine Rechtsverbürgung in den Bereich der „**wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte**“ („economic, social and cultural rights“; „droits économiques, sociaux et culturels“) oder – so das Komplementärkonzept (Rn 37) – der „**bürgerlichen und politischen Rechte**“ („civil and political rights“; „droits civils et politiques“) fällt, denn davon hängt der **Umfang** der Verpflichtungen der Vertragsstaaten ab. Bürgerliche und politische Rechte schaffen nämlich grundsätzlich unbedingte Verpflichtungen.

110 Das Übereinkommen enthält indes **keinen Katalog**, dem entnommen werden könnte, ob eine Verbürgung dem einen oder dem anderen Bereich zuzuordnen ist. Dies ist **durch Auslegung** iSd Art 31 WVK (Rn 49) zu ermitteln.

111 Schon bei erster Durchsicht des Übereinkommens zeigt sich, dass **mehrere Verbürgungen** den **wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen** Rechten (schwerpunktmäßig) zuzuordnen sind, zB Art 9 (Zugänglichkeit/Barrierefreiheit), Art 19 (Unabhängige Lebensführung/Selbstbestimmtes Leben und Einbeziehung in die Gemeinschaft), Art 20 (Persönliche Mobilität), Art 24 (Bildung), Art 25 (Gesundheit), Art 26 (Habilitation und Rehabilitation), Art 27 (Arbeit und Beschäftigung), Art 28 (Angemessener Lebensstandard und sozialer Schutz) und Art 30 (Teilhabe am kulturellen Leben sowie an Erholung, Freiheit und Sport).¹¹⁶ Andere gehören hauptsächlich in den Bereich der **bürgerlichen und politischen** Rechte, nämlich Art 10 (Recht auf Leben), Art 12 (gleiche Anerkennung vor dem Recht), Art 14 (Freiheit und Si-

¹¹⁴ Vgl etwa *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Fn 19) 93.

¹¹⁵ „undertakes to take measures to the maximum of its available resources and, where needed, within the framework of international cooperation, with a view to achieving progressively the full realization of these rights“; „s’engage à agir, au maximum des ressources dont il dispose et, s’il y a lieu, dans le cadre de la coopération internationale, en vue d’assurer progressivement le plein exercice de ces droits“.

¹¹⁶ Vgl dazu insb die Parallelverbürgungen im UN-Menschenrechtspakt I, namentlich Art 6 und 7 (Arbeit und Arbeitsbedingungen), Art 9 (soziale Sicherheit), Art 11 (angemessener Lebensstandard), Art 12 (Gesundheit), Art 13 (Bildung) und Art 15 (Teilnahme am kulturellen Leben).

cherheit der Person), Art 15 (Freiheit von Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe), Art 16 (Freiheit von Ausbeutung, Gewalt oder Missbrauch), Art 17 (Schutz der Unversehrtheit der Person), Art 21 (Recht der freien Meinungsäußerung, Meinungsfreiheit und Zugang zu Informationen), Art 22 (Achtung der Privatsphäre) und Art 23 (Achtung der Wohnung und der Familie).¹¹⁷

112 Zur Beurteilung, ob Art 4 Abs 2 des Übereinkommens anwendbar ist, muss aber auf die jeweilige **einzelne Bestimmung** abgestellt werden, denn in den Artikeln des Übereinkommens sind typischerweise verschiedene Regelungen zusammengefasst, von denen die einen den bürgerlichen und politischen, die anderen den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten zuordenbar sein können. Zum Beispiel sind die Verbürgungen des Art 19 des Übereinkommens weitgehend dem letzteren Bereich zuordenbar. Das in Art 19 lit a verankerte Recht auf gleichberechtigte Wahl und Entscheidung, wo und mit wem Menschen mit Behinderungen leben, und das Recht, nicht verpflichtet zu werden, in besonderen Wohnformen zu leben, sind jedoch den bürgerlichen Rechten zuzuordnen.¹¹⁸

113 Art 4 Abs 2 des Übereinkommens, der den Umfang der Verpflichtungen der Vertragsstaaten für den Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte relativiert, ist **Art 2 Abs 1 des UN-Menschenrechtspaktes I** (Rn 37), der wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte garantiert, nachgebildet. Demzufolge verpflichtet sich jeder Vertragsstaat,

einzelnen und durch internationale Hilfe und Zusammenarbeit, insbesondere wirtschaftlicher und technischer Art, unter Ausschöpfung aller seiner Möglichkeiten Maßnahmen zu treffen, um nach und nach mit allen geeigneten Mitteln, vor allem durch gesetzgeberische Maßnahmen, die volle Verwirklichung der in diesem Pakt anerkannten Rechte zu erreichen.

114 Eine ähnliche Bestimmung findet sich auch in **Art 4 des UN-Kinderrechtsübereinkommens**¹¹⁹:

Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und sonstigen Maßnahmen zur Verwirklichung der in diesem Übereinkommen anerkannten Rechte. Hinsichtlich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte treffen die Vertragsstaaten derartige Maßnahmen unter Ausschöpfung ihrer verfügbaren Mittel und erforderlichenfalls im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit.

¹¹⁷ Vgl dazu insb die Parallelverbürgungen im UN-Menschenrechtspakt II, namentlich Art 6 (Recht auf Leben), Art 7 (Verbot der Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe), Art 9 (Recht auf persönliche Freiheit und Sicherheit), Art 16 (gleiche Anerkennung vor dem Recht), Art 17 (Achtung der Privatsphäre), Art 18 (Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit) und Art 19 (Meinungsfreiheit).

¹¹⁸ Vgl *Welke* (Hg), UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen (2012) 154f.

¹¹⁹ Übereinkommen über die Rechte des Kindes, BGBl 7/1993.

- 115** Im Gegensatz zu den **bürgerlichen und politischen Rechten**, die der UN-Menschenrechtspakt II (Rn 37) und nach seinem Vorbild das Übereinkommen grundsätzlich¹²⁰ **unbedingt** gewähren, sehen die einschlägigen Menschenrechtskonventionen bei **wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten** durchwegs eine **Relativierung** der Verpflichtung dahingehend vor, dass ein Vertragsstaat „unter Ausschöpfung seiner verfügbaren Mittel“ Maßnahmen treffen muss, um „nach und nach“ die „volle Verwirklichung“ der verbürgten Rechte zu erreichen.
- 116** Dies ändert nichts daran, dass **alle** Bestimmungen des Übereinkommens, gleichviel ob es sich um bürgerliche, politische, wirtschaftliche, soziale oder kulturelle Rechte handelt, **echte völkerrechtliche Rechtspflichten** verankern, dh verbindliches Völkerrecht schaffen. Insofern darf Art 4 Abs 2 des Übereinkommens nicht als Ausnahme von der Anordnung völkerrechtlicher Bindungswirkung verstanden werden, sondern als Präzisierung, was diese Bindungswirkung in Bezug auf wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte heißt. Immer wieder wird hier mit der Unterscheidung von sog **Erfolgsverpflichtungen** (*obligation of result*) und **Bemühensverpflichtungen** (*obligation of means*) operiert. Obschon diese Unterscheidung bis zu einem gewissen Grad nützlich sein mag, ist bei ihrer Verwendung Vorsicht geboten.
- 117** Zunächst stellt Art 4 Abs 2 selbst klar, dass durch die zitierte Bestimmung jedenfalls diejenigen Verpflichtungen aus dem Übereinkommen nicht beeinträchtigt werden dürfen, „die nach dem Völkerrecht sofort anwendbar sind“ („without prejudice to those obligations contained in the present Convention that are immediately applicable according to international law“; „sans préjudice des obligations énoncées dans la présente Convention qui sont d’application immédiate en vertu du droit international“). Darunter fällt vor allem die Verpflichtung zur **diskriminierungsfreien Gewährleistung** der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte, einschließlich der Vornahme angemessener Vorkehrungen (Art 2 Abs 3 des Übereinkommens).¹²¹
- 118** Darüber hinaus darf Art 4 Abs 2 des Übereinkommens **nicht** so verstanden werden, als ob die Vertragsstaaten in Bezug auf wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte gleichsam *ad libi-*

¹²⁰ Abgesehen etwa vom Verbot der Folter und der unmenschlichen, erniedrigenden und grausamen Bestrafung oder Behandlung und vom Verbot der Sklaverei bestehen für die meisten Freiheitsrechte Grundrechtsvorbehalte; vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012) 168, 182.

¹²¹ Vgl insb *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Fn 19) 94ff mwN; *Welke ua* (Fn 118) 155, Fn 29 mwN; vgl dazu allg Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment Nr 3: The nature of States parties obligations, 14.12.1990.

tum in Untätigkeit verharren dürften.¹²² (i) Zunächst würde dies den **verbindlichen Charakter** dieser Rechte **konterkarieren** und wäre dementsprechend mit dem Ziel des Übereinkommens nicht vereinbar, das den vollen und gleichberechtigten Genuss **aller** Menschenrechte (also auch derjenigen wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Natur) durch alle Menschen mit Behinderungen fördern, schützen und gewährleisten will (Art 1 S 1). Vertragsbestimmungen sind aber so auszulegen, dass der Vertragszweck erreicht wird (*effet utile – ut res magis valeat quam pereat*).¹²³ (ii) Des Weiteren ist festzuhalten, dass die primären Adressaten von Klauseln wie Art 4 Abs 2 des Übereinkommens die sog „Entwicklungsländer“ sind, die in Hinblick auf den mit derartigen Rechten typischerweise verbundenen Ressourceneinsatz besonders stark belastet sind. Umgekehrt können derartige Überlegungen für die **wohlhabenderen Staaten** des Globus, unter denen Österreich wieder zu den privilegiertesten gehört, **nur sehr abgeschwächt** gelten, auch in Zeiten von Sparbedarf in den öffentlichen Haushalten.¹²⁴ (iii) Art 4 Abs 2 des Übereinkommens betont darüber hinaus, dass die Unzulänglichkeit der eigenen Leistungsfähigkeit eines Vertragsstaats keine Rechtfertigung für Untätigkeit darstellt. Vielmehr muss er sich jedenfalls auch darum bemühen, gegebenenfalls durch **internationale Zusammenarbeit**¹²⁵ weitere Handlungsmöglichkeiten zu gewinnen.

- 119** Die Verpflichtung zum Treffen von Maßnahmen „unter Ausschöpfung seiner verfügbaren Mittel“, um „nach und nach“ die „volle Verwirklichung“ der im Übereinkommen verbürgten wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte zu erreichen, muss demnach heißen, dass ein Vertragsstaat seine **Kräfte und Ressourcen anspannt**, um seinen Verpflichtungen aus dem Übereinkommen gerecht zu werden. Bloß „symbolische Politik“ genügt nicht zur Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Übereinkommen. Zu verlangen sind vielmehr **klare und konkrete** Programme, die **schrittweise, aber kontinuierlich** die eingegangenen Leistungsverpflichtungen verwirklichen. **Völlige Untätigkeit**, aber auch ein **erkennbares Zurückbleiben** eines Vertragsstaats hinter den ihm nach seiner Leistungsfähigkeit möglichen Anstrengungen bedeuten demnach eine Verletzung des Übereinkommens. Vielmehr muss gelten:

¹²² Vgl *Simma*, Soziale Grundrechte und das Völkerrecht, in FS Lerche (1996) 83 (86); *Schmahl*, Menschen mit Behinderungen im Spiegel des internationalen Menschenrechtsschutzes, AVR 2007, 517 (537).

¹²³ Vgl *Reinisch* (Fn 19) Rn 331.

¹²⁴ Vgl *Müller/Walter*, Die vergessene Dimension in der stationären Altenhilfe. Implikationen des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen für demenzerkrankte Personen in Alten- und Pflegeheimen, RdM 2013, 84 (88); vgl auch *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Fn 19) 12, wonach man „bei reichen Industrienationen (wie der Bundesrepublik Deutschland) zumindest im Hinblick auf die ökonomische Zumutbarkeit einen höheren Standard anlegen [wird] müssen als z.B. bei Entwicklungsländern“.

¹²⁵ Siehe dazu insb auch Art 32 des Übereinkommens.

Die Verpflichtung zu einer solchen „zunehmenden“ Verwirklichung erfordert einen **zielgerichteten** Prozess, mit dem der Staat nach dem Inkrafttreten [des Übereinkommens] beginnen muss, indem er geeignete, wirksame und zielgerichtete Maßnahmen „unter Ausschöpfung seiner verfügbaren Mittel“ ergreift. Die Vertragsstaaten haben hier zwar einen **Gestaltungsspielraum**, um geeignete Maßnahmen zu entwickeln. **Keinesfalls** darf aber eine solche „Progressivklausel“, wie sie Art. 4 Abs. 2 formuliert, als **Schlupfloch** für leistungsunwillige Staaten zum **Hinauszögern** von Verpflichtungen zur Verwirklichung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte missbraucht werden.¹²⁶

Ähnlich kritisch zu sehen sind im Lichte dessen **Rückschritte** von einem schon erreichten Leistungsniveau.¹²⁷

III. Übereinkommen als internationale Übereinkunft der Union iSd Art 216 AEUV

120 Die EU ist Vertragspartei des Übereinkommens, aber nicht des Fakultativprotokolls (Rn 7ff). Damit stellt das Übereinkommen eine internationale Übereinkunft der Union iSd Art 216 AEUV dar.

1. Authentische Sprachfassungen

121 Das Übereinkommen wurde im ABl der EU in allen (damals) 23 Amtssprachen verlautbart, unter anderem auch in **deutscher Sprache**.¹²⁸ Die im ABl veröffentlichte deutsche Fassung stimmt, soweit ersichtlich, mit der im BGBl verlautbarten Fassung (Rn 4) überein.

122 Im Gegensatz zur BGBl-Fassung, bei der es sich um eine bloße Übersetzung handelt (Rn 15ff), ist die im ABl verlautbarte deutsche Fassung des Übereinkommens aus unionsrechtlicher Sicht ebenso beachtlich wie die anderen Sprachfassungen, da die **Amtssprachen gleichberechtigt** sind.¹²⁹ Allerdings dürfte der EuGH bei der Auslegung von internationalen Übereinkünften der Union, die völkerrechtlich nur in einzelnen Amtssprachen (namentlich englisch, französisch und spanisch) authentisch sind, diesen Sprachfassungen auch bei der unionsrechtlichen Auslegung einen **gewissen Vorzug** geben.

123 Im Ergebnis bleibt es also dabei, dass der Analyse der englischen und französischen (und ggf auch der spanischen) Fassung, wie sie in Zusammenhang mit der Auslegung des Überein-

¹²⁶ *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Fn 19) 14.

¹²⁷ Vgl etwa Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment Nr 3: The nature of States parties obligations, 14.12.1990, Rn 2 und 9; *Klee*, Die progressive Verwirklichung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte (2000) 215; *Schmahl* (Fn 122) 537.

¹²⁸ ABl 2010 L 23/37.

¹²⁹ Vgl Art 1 der Verordnung Nr 1/58/EWG, ABl 1958 L 17/385 idF ABl 2013 L 158/1; vgl auch EuGH, Rs 100/84, Kommission/Vereinigtes Königreich, Slg 1985, 1169 Rn 14f.

kommens als Staatsvertrag iSd Art 50 B-VG praktiziert wurde (Rn 18), auch bei der Ermittlung des Gehalts des Übereinkommens aus unionsrechtlicher Sicht besonderes Gewicht beizumessen ist.

124 Falls es im Zuge der laufenden Arbeiten zu einer Neuverlautbarung der amtlichen deutschen Übersetzung des Übereinkommens im BGBl kommen sollte (Rn 20), ist zu beachten, dass dann abweichende deutschsprachige Fassungen desselben Übereinkommens auf **österreichischer und Unionsebene** kundgemacht wären. Dies wäre der Rechtssicherheit abträglich. Es wäre diesfalls empfehlenswert, auf EU-Ebene – in Abstimmung mit Deutschland – auch eine Neuverlautbarung der deutschen Fassung im ABl der EU anzustreben.

2. Kompetenzverteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten im Bereich des Übereinkommens

125 Laut dem Genehmigungsbeschluss des Rates stützt sich die Genehmigung des Übereinkommens insb auch die (jetzigen) Art 19 iVm Art 114 AEUV¹³⁰, also auf die Kompetenz zur Rechtssetzung im Bereich Nichtdiskriminierung und zur Setzung von Maßnahmen der Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben.¹³¹

126 Art 44 Abs 1 des Übereinkommens sieht vor, dass in der Urkunde der förmlichen Bestätigung des Übereinkommens durch eine Organisation der regionalen Integration der „**Umfang ihrer Zuständigkeit** in Bezug auf die durch dieses Übereinkommen erfassten Angelegenheiten [erklärt wird]. Danach teil[t] sie dem Depositär jede erhebliche Änderung des Umfangs ihrer Zuständigkeiten mit.“

127 Die Union hat gem Art 2 Abs 2 des Genehmigungsbeschlusses die geforderte **Erklärung** abgegeben.¹³² Aus dieser ergibt sich, dass die Zuständigkeiten der Union vom Übereinkommen in unterschiedlicher Weise betroffen sind¹³³:

¹³⁰ ABl 2010 L 23/35.

¹³¹ Zu den gewählten Rechtsgrundlagen und zum deutlich weitergehenden Vorschlag der Kommission vgl *Waddington, The European Union and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Story of Exclusive and Shared Competences*, 18 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2011, 431 (440).

¹³² Anhang II: Erklärung betreffend die Zuständigkeiten der EG in bezug auf die durch das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen erfassten Angelegenheiten, ABl 2010 L 23/55.

1. Die [Union] verfügt über die **ausschließliche** Zuständigkeit hinsichtlich der Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen mit dem gemeinsamen Markt und dem gemeinsamen Zolltarif.

Soweit Bestimmungen des [Unions]rechts von den Bestimmungen des Übereinkommens berührt werden, liegt die ausschließliche Zuständigkeit für die Übernahme entsprechender Verpflichtungen für die eigene öffentliche Verwaltung bei der Europäischen [Union]. [...]

2. Die [Union] und die Mitgliedstaaten verfügen über **geteilte** Zuständigkeit in Bezug auf Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierungen aufgrund einer Behinderung, den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr, die Landwirtschaft, den Eisenbahn-, Straßen-, See- und Luftverkehr, Steuern, den Binnenmarkt, gleiches Entgelt für Männer und Frauen, die Politik der transeuropäischen Netze sowie die Statistik.

Die Europäische Gemeinschaft besitzt hinsichtlich des Beitritts zu dem Übereinkommen in Bezug auf diese Angelegenheiten nur insofern **ausschließliche** Zuständigkeit, als die Bestimmungen des Übereinkommens oder die aufgrund des Übereinkommens erlassenen Rechtsvorschriften gemeinsame Vorschriften berühren, die vorab von der Europäischen Gemeinschaft festgelegt wurden. Bestehen Gemeinschaftsvorschriften, die jedoch unberührt bleiben, insbesondere Gemeinschaftsvorschriften, die lediglich Mindeststandards festlegen, so sind, unbeschadet der Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft, in diesem Bereich tätig zu werden, die Mitgliedstaaten zuständig. In den übrigen Fällen bleiben die **Mitgliedstaaten zuständig**. Ein Verzeichnis der einschlägigen von der Europäischen Gemeinschaft angenommenen Rechtsakte ist als Anlage¹³⁴ beigefügt. Die sich aus diesen Rechtsakten ergebende Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft ist aufgrund des genauen Inhalts des einzelnen Rechtsakts und insbesondere danach zu beurteilen, inwieweit darin gemeinsame Regeln festgelegt werden.

3. Die folgenden [EU]-Politikbereiche können auch für das VN-Übereinkommen **von Bedeutung** sein: Die Mitgliedstaaten und die [Union] arbeiten auf die Entwicklung einer koordinierten Beschäftigungsstrategie hin. Die [Union] trägt zur Entwicklung einer qualitativ hoch stehenden Bildung bei, indem sie die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten fördert und die Tätigkeit der Mitgliedstaaten erforderlichenfalls unterstützt und ergänzt. Die [Union] führt eine Politik der beruflichen Bildung durch, welche die Maßnahmen der Mitgliedstaaten unterstützt und ergänzt. Die [Union] entwickelt und verfolgt weiterhin ihre Politik zur Stärkung ihres wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts, um eine harmonische Entwicklung der [Union] als Ganzer zu fördern. Die [Union] verfolgt, unbeschadet der jeweiligen Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten, eine Politik der Entwicklungszusammenarbeit und der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Zusammenarbeit mit Drittländern.

128 Dementsprechend stellt das Übereinkommen ein sog **gemischtes Abkommen** dar, und zwar insofern als die von ihm erfassten Sachbereiche sowohl in die Zuständigkeit der Union als

¹³³ Zur Zuständigkeitsverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten in Zusammenhang mit dem Übereinkommen vgl namentlich *Waddington* (Fn 131) 442ff.

¹³⁴ In der Anlage „Rechtsakte der Gemeinschaft zu den durch das Übereinkommen erfassten Angelegenheiten“ sind 17 Rechtsakte unter der Überschrift „Zugänglichkeit“, 9 Rechtsakte unter „selbstständige Lebensführung, soziale Eingliederung, Arbeit und Beschäftigung“, 9 Rechtsakte unter „persönliche Mobilität“, 5 unter „Zugang zu Informationen“, 5 Rechtsakte unter „Statistik und Datenerhebung“ und 3 Rechtsakte unter „internationale Zusammenarbeit“ angeführt, also insgesamt 48 Rechtsakte; vgl dazu und zu einer 2009 für das *Academic Network of European Disability experts* (ANED) 2009 erstellten Studie, die mehr als hundert einschlägige EU-Rechtsakte identifizierte, *Waddington* (Fn 131) 443f.

auch in jene der Mitgliedstaaten fallen.¹³⁵ Deshalb treten als Vertragsparteien sowohl die Union als auch die (meisten; Rn 11) Mitgliedstaaten auf. Soweit die Union durch Genehmigung des Übereinkommens ihre Zuständigkeit im Bereich der geteilten Zuständigkeiten ausgeübt hat, dürfen die Mitgliedstaaten diese nicht mehr wahrnehmen (sog **Sperrwirkung**; Art 2 Abs 2 AEUV).¹³⁶ Darüber hinaus sind die Mitgliedstaaten und die Union bei der Erfüllung ihrer jeweiligen Vertragsverpflichtungen aus gemischten Abkommen zu enger und **loyaler Zusammenarbeit** verpflichtet (Art 4 Abs 3 EUV).¹³⁷ Schließlich bestehen auch Besonderheiten bezüglich der **Auslegung** derartiger gemischter Abkommen (vgl Rn 162).

129 Gem Art 2 Abs 2 des Genehmigungsbeschlusses wurde namens der Union auch folgender Vorbehalt angebracht:

Die [EU] erklärt, dass nach dem [Unions]recht (insbesondere der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf) die Mitgliedstaaten gegebenenfalls eigene Vorbehalte zu Artikel 27 Absatz 1 des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen einbringen können, da sie gemäß Artikel 3 Absatz 4 der Richtlinie des Rates vorsehen können, dass diese Richtlinie hinsichtlich Diskriminierungen wegen einer Behinderung nicht für die Beschäftigung in den Streitkräften gilt. Daher erklärt die [Union], dass sie das Übereinkommen unbeschadet des obengenannten Rechts, das ihren Mitgliedstaaten nach dem [Unions]recht zusteht, abschließt.

Österreich hat keinen derartigen Vorbehalt angebracht (Rn 3).

3. Geltung des Übereinkommens als integrierender Bestandteil des Unionsrechts

130 Der in Art 216 Abs 2 AEUV angeordnete Bindung der Unionsorgane lässt sich entnehmen, dass die internationalen Übereinkünfte der Union, also auch das gegenständliche Übereinkommen, im **Rang** über dem von den Organen erlassenen Sekundärrecht stehen, jedoch gem Art 218 Abs 11 S 2 AEUV unter dem Primärrecht angesiedelt sind.¹³⁸ Art 216 Abs 2 AEUV normiert darüber hinaus, dass internationale Übereinkünfte der Union auch die Mitgliedstaaten binden.

¹³⁵ Vgl *Waddington* (Fn 131) 432; zu gemischten Abkommen allg vgl etwa *Schmalenbach* in Calliess/Ruffert (Hg), *EUV/AEUV*⁴ (2011) Art 216 AEUV Rn 5, wonach diese „notwendig [sind], wenn sich Union und Mitgliedstaaten die Zuständigkeit hinsichtlich des materiellen Rechts des Übereinkommens teilen“.

¹³⁶ Vgl *Schmalenbach* (Fn 135) Art 216 AEUV Rn 22.

¹³⁷ Vgl dazu *ibid*, Rn 6, aber auch Rn 22.

¹³⁸ Vgl *Schroeder*, *Grundkurs Europarecht*³ (2013) § 21 Rn 18.

131 Nach stRsp werden die internationalen Übereinkünfte mit ihrem Inkrafttreten für die Union „integrierender Bestandteil“ der Unionsrechtsordnung.¹³⁹ Sie werden damit zu einer **Rechtsquelle des Unionsrechts** wie Primärrecht und Sekundärrecht und **gelten** als solche in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen **unmittelbar**. Wie das gesamte Unionsrecht haben internationale Übereinkünfte der Union **Vorrang** vor dem Recht der Mitgliedstaaten (auch vor Verfassungsrecht) und verdrängen dieses im Konfliktfall.

132 Während **alle** Vorschriften des Übereinkommens als integrierender Bestandteil des Unionsrechts **unmittelbar gelten**, ist die Frage, ob sie unmittelbare **Wirkung** haben, im **Einzelfall** zu entscheiden (vgl Rn 133ff).¹⁴⁰

4. Unmittelbare Wirkung des Übereinkommens als internationale Übereinkunft der Union

133 Die Vorschriften internationaler Übereinkünfte der Union können **unmittelbare Wirkung** haben, wenn sie gewisse Voraussetzungen erfüllen. Für jede Bestimmung einer internationalen Übereinkunft ist **einzeln zu überprüfen**, ob sie unmittelbar wirksam ist.

134 Die nationalen Verwaltungsbehörden und Gerichte sind dann verpflichtet, die entsprechenden Vorschriften von Amts wegen in Rechtsstreitigkeiten zur Anwendung zu bringen und daraus Rechtsfolgen abzuleiten (**objektive** unmittelbare Wirkung), und Einzelpersonen haben das Recht, sich vor den nationalen Stellen auf diese Vorschriften zu berufen (**subjektive** unmittelbare Wirkung).¹⁴¹ Kommt es dadurch zur Kollision mit entgegenstehendem nationalen Recht, **verdrängen** die unmittelbar wirksamen Bestimmungen einer internationalen Übereinkunft der Union die nationalen Bestimmungen vermöge des **Vorrangs** des Unionsrechts (Rn 130).

135 Die unmittelbare Wirkung von Bestimmungen einer internationalen Übereinkunft der Union, die zugleich ein österreichischer Staatsvertrag iSd Art 50 B-VG ist (wie im Falle des Übereinkommens), ist **unabhängig** von einem vom Nationalrat beschlossenen **Erfüllungsvorbehalt**. Im Anwendungsbereich des Unionsrechts müssen die mit dem Erfüllungsvorbehalt verbundenen Anwendungsbeschränkungen (Rn 36) dem Vorrang des Unionsrechts weichen.

¹³⁹ StRsp seit EuGH, Rs 181/73, Haegemann, Slg 1974, 449 Rn 2/6; vgl auch Rs 104/81, Kupferberg, Slg 1982, 3641 Rn 13.

¹⁴⁰ Vgl *Schroeder* (Fn 138) § 21 Rn 17.

¹⁴¹ Vgl *ibid.*, § 5 Rn 27.

Wird also für einzelne Vorschriften des Übereinkommens die – ausschließlich nach den Regeln des Unionsrechts selbst zu entscheidende¹⁴² – unmittelbare Wirkung bejaht, müssen diese in Österreich angewendet werden, ohne auf den Erfüllungsvorbehalt Rücksicht zu nehmen.

136 Zur Klärung der Frage, ob eine Bestimmung einer internationalen Übereinkunft der Union unmittelbar wirksam ist, prüft der EuGH in stRsp, ob diese Bestimmung „unter Berücksichtigung ihres Wortlauts und nach Gegenstand und Art des Abkommens eine klare und eindeutige Verpflichtung enthält, deren Erfüllung oder deren Wirkungen nicht vom Erlass eines weiteren Aktes abhängen.“¹⁴³ Darin lassen sich **zwei Prüfschritte** unterscheiden¹⁴⁴:

1) Der EuGH prüft zunächst, ob sich die **Übereinkunft** angesichts ihrer **Rechtsnatur und Systematik** generell dafür **eignet**, dass sich Individuen vor nationalen Behörden und Gerichten auf sie berufen können.¹⁴⁵

2) In der Folge untersucht der Gerichtshof – wie auch sonst bei der Prüfung der unmittelbaren Wirkung unionsrechtlicher Bestimmungen –, ob die **konkret** in Frage stehende Vorschrift **inhaltlich geeignet** ist, in einem Rechtsstreit vor Behörden und Gerichten konkrete Rechte und Pflichten zu begründen. Entscheidend hierfür ist, ob die jeweilige Norm hinreichend klare und **eindeutige Handlungs- oder Unterlassungspflichten** für nationale Stellen oder natürliche und juristische Personen begründet und nicht durch einen Ermessensvorbehalt der Normadressaten bedingt oder durch Fristen eingeschränkt ist.¹⁴⁶ Dies ist durch Auslegung der jeweiligen Vorschrift im Einzelfall zu ermitteln. Dazu zieht der EuGH in Bezug auf internationale Übereinkünfte der Union die allgemeinen völkerrechtlichen Auslegungsregeln der Art 31ff WVK (Rn 49) heran.¹⁴⁷

137 Der EuGH hat in der Vergangenheit in Bezug auf einige internationale Übereinkünfte die generelle Eignung zur unmittelbaren Wirkung **verneint**, etwa hinsichtlich des GATT und des WTO-Abkommens¹⁴⁸ sowie hinsichtlich des UN-Seerechtsübereinkommens.¹⁴⁹ **Bejaht** hat

¹⁴² Vgl *ibid*, § 5 Rn 26.

¹⁴³ Vgl zB EuGH, Rs C-162/00, Pokrzeptowicz-Meyer, Slg 2002, I-1049 Rn 19; Rs C-438/00, Deutscher Handballbund, Slg 2003, I-4135 Rn 24; vgl auch die Belegstellen in *Schmalenbach* (Fn 135) Art 216 AEUV Rn 34, Fn 122.

¹⁴⁴ Vgl hierzu etwa *Mögele* in Streinz (Hg), EUV/AEUV² (2012) Art 216 AEUV Rn 55 mwN.

¹⁴⁵ EuGH, Rs 104/81, Kupferberg, Slg 1982, 3641 Rn 17ff.

¹⁴⁶ Vgl *Schroeder* (Fn 138) § 5 Rn 26.

¹⁴⁷ Vgl etwa *Schmalenbach* (Fn 135) Art 216 AEUV Rn 55.

¹⁴⁸ EuG, Rs T-174/00, Biret et Cie/Rat, Slg 2002, II-17, Rn 61; EuGH, Rs C-94/02 P, *Biret et Cie/Rat*, Slg 2003, I-10565, Rn 64.

der EuGH dagegen die generelle Eignung zur unmittelbaren Wirkung im Falle von Freihandels-, Assoziierungs- und Partnerschaftsabkommen.¹⁵⁰

- 138** Zur Beurteilung der Frage im gegenständlichen Fall gibt es **kein unmittelbares Vorbild**, da das Übereinkommen das erste rechtsverbindliche Menschenrechtsinstrument ist, das von der Union gem Art 216ff AEUV genehmigt wurde.¹⁵¹ In Hinblick darauf, dass gerade **Menschenrechtsverträge typischerweise** darauf **ausgerichtet** sind, Individuen Rechte und Freiheiten zu verleihen, dürfte die generelle Eignung des Übereinkommens zur unmittelbaren Wirkung aber außer Frage stehen. Bereits aus Sicht des Völkerrechts, das im Vergleich zum Unionsrecht bei der Bejahung der unmittelbaren Anwendbarkeit von Vertragsbestimmungen eher zurückhaltender ist, sind Menschenrechtsverträge klassische Kandidaten für die unmittelbare Anwendbarkeit. Umso mehr muss dies aus unionsrechtlicher Sicht gelten.
- 139** Daraus lässt sich ableiten, dass ein Menschenrechtsabkommen wie das gegenständliche Übereinkommen im Lichte der stRsp des Gerichtshofes **von seiner Rechtsnatur und Systematik her generell geeignet ist, Einzelpersonen Rechte zu verleihen**. Die unmittelbare Wirkung des Übereinkommens besteht demnach dann und insoweit, als seine einzelnen Vorschriften eine „klare und eindeutige Verpflichtung [enthalten], deren Erfüllung oder deren Wirkungen nicht vom Erlass eines weiteren Aktes abhängt“. Dem steht nicht entgegen, dass Generalanwalt *Wahl* jüngst festgehalten hat, dass er, „[d]a das Übereinkommen programmatisch formuliert ist, [...] es nicht so verstehen [kann], dass es Vorschriften enthielte, die die Voraussetzung erfüllten, dass [...] die Vorschrift unbedingt und hinreichend genau sein muss“. ¹⁵² Diese Äußerung bezieht sich erkennbar nicht auf den ersten Prüfschritt (den der Generalanwalt offenbar implizit bejaht), sondern darauf, dass er auf Ebene des zweiten Prüfschritts keine einzelnen Vorschriften identifizieren kann, die den Voraussetzungen der Unbedingtheit und hinreichenden Genauigkeit genügen würden.
- 140** In der Tat ist festzustellen, dass die **überwiegende** Zahl der im Übereinkommen enthaltenen Vorschriften **keine derartigen klaren und eindeutigen Verpflichtungen** enthält. Dieser

¹⁴⁹ Nach der Rsp sind die Vorschriften des Seerechtsübereinkommens nicht „dazu bestimmt [...], direkt und unmittelbar auf Einzelne Anwendung zu finden und diesen Rechte oder Freiheiten zu verleihen, die den Staaten gegenüber unabhängig von der Haltung des Flaggenstaats des Schiffes geltend gemacht werden können“; EuGH, Rs C-308/06, Intertanko, Slg 2006, I-4057, Rn 54ff; vgl *Mögele* (Fn 144) Art 216 AEUV Rn 162.

¹⁵⁰ Vgl *Schmalenbach* (Fn 135) Art 216 AEUV Rn 39 mwN.

¹⁵¹ Vgl *Waddington* (Fn 131) 432.

¹⁵² EuGH, Rs C-363/12, Z, SchlA GA Wahl, Rn 114.

Befund wird dadurch verstärkt, dass sich aus Art 4 Abs 2 des Übereinkommens (vgl Rn 108ff) ergibt, dass die im Übereinkommen enthaltenen **wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen** Rechte durchwegs eine Wahlentscheidung zwischen verschiedenen Regelungsmodellen voraussetzen und dementsprechend durch einen Ermessensvorbehalt des Normadressaten bedingt sind. Demzufolge sind sie in aller Regel nicht unmittelbar wirksam.¹⁵³ Dies ist bemerkenswert, weil es sich dabei gerade um die Bereiche handelt, die bei den Mitgliedstaaten den größten Reformbedarf mit sich bringen werden.¹⁵⁴

141 Differenzierter¹⁵⁵ muss die Antwort jedoch für die im Übereinkommen enthaltenen **bürgerlichen und politischen** Rechte ausfallen, zumal wenn damit **Unterlassungspflichten** verbunden sind, bei denen regelmäßig kein Ermessensvorbehalt schlagend wird, zB in den Bereichen Gleichberechtigung und Nichtdiskriminierung (Art 5), Recht auf Leben (Art 10), Recht auf persönliche Freiheit und Sicherheit (Art 14), Freiheit von Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (Art 15), Schutz der Unversehrtheit der Person (Art 17), Recht der freien Meinungsäußerung, Meinungsfreiheit und Zugang zu Informationen (Art 21), Achtung der Privatsphäre (Art 22), Achtung der Wohnung und der Familie (Art 23).

142 Freilich wird die Bedeutung der unmittelbaren Wirkung von Vorschriften des Übereinkommens in diesen Bereichen teilweise dadurch **relativiert**, dass auf Unionsebene bereits unmittelbar wirksame (und sogar höherrangige) Rechte in Form der Unionsgrundrechte bestehen. Diese ergeben sich aus den einschlägigen Bestimmungen der im Primärrechtsrang stehenden Europäischen Grundrechtecharta (Art 6 Abs 1 EUV) und aus ungeschriebenen allgemeinen Grundsätzen der Unionsrechts, wie sie in der EMRK gewährleistet sind und sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben (Art 6 Abs 3 EUV). Die hauptsächliche Bedeutung der diesbezüglichen Verbürgungen des Übereinkommens liegt deshalb darin, dass sie der EuGH bei der **völkerrechtskonformen Interpretation** des Unionsrechts (vgl Rn 147ff) heranzieht und so an bestehenden Verbürgungen Aspekte herausarbeitet, die in dieser Form im Unionsrecht noch nicht greifbar waren. In der Praxis kann es

¹⁵³ Vgl aber *infra* ad Art 19 (Rn 459); vgl auch *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Fn 19) 15f bezüglich der in Verbürgungen wirtschaftlicher, sozialer und kulturelle Rechte enthaltenen speziellen Diskriminierungsverbote.

¹⁵⁴ Man denke dabei allein an die vom Ausschuss in Hinblick auf den ersten Staatenbericht Österreichs identifizierten besonders neuralgischen Bereiche, namentlich Barrierefreiheit, Wohnsituation, Bildung, Arbeit; vgl *infra* Kapitel D.

¹⁵⁵ Vgl in diesem Sinne auch *Welke et al* (Fn 118) 84, 156 und 158.

dadurch zu einer **Verstärkung** unionsrechtlicher Pflichten durch ihre Verankerung in internationalen Übereinkünften der Union kommen.

143 Gewisse Vorschriften des Übereinkommens, die die vom EuGH aufgestellten Kriterien (Rn 136) erfüllen, scheinen jedoch gegenüber dem bestehenden unionsrechtlichen Rechtsbestand neue, **zusätzliche Rechte** zu beinhalten. Dies gilt insbesondere für folgende Vorschriften des Übereinkommens:

- Art 12 (Gleiche Anerkennung vor dem Recht):
 - Art 12 Abs 1: „Die Vertragsstaaten bekräftigen, dass Menschen mit Behinderungen das Recht haben, überall als Rechtssubjekt anerkannt zu werden.“
 - Art 12 Abs 2: „Die Vertragsstaaten anerkennen, dass Menschen mit Behinderungen in allen Lebensbereichen gleichberechtigt mit anderen Rechts- und Handlungsfähigkeit genießen.“
- Art 13 Abs 1 (Zugang zur Justiz): „Die Vertragsstaaten gewährleisten Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen wirksamen Zugang zur Justiz, unter anderem durch verfahrensbezogene und altersgemäße Vorkehrungen, um ihre wirksame unmittelbare und mittelbare Teilnahme, einschließlich als Zeugen und Zeuginnen, an allen Gerichtsverfahren, auch in der Ermittlungsphase und in anderen Vorverfahrensphasen, zu erleichtern.“
- Art 18 (Staatsangehörigkeit):
 - Art 18 Abs 1: „Die Vertragsstaaten anerkennen das gleiche Recht von Menschen mit Behinderungen [...] auf eine Staatsangehörigkeit, indem sie unter anderem gewährleisten, dass a) Menschen mit Behinderungen das Recht haben, eine Staatsangehörigkeit zu erwerben und ihre Staatsangehörigkeit zu wechseln, und dass ihnen diese nicht willkürlich oder aufgrund von Behinderung entzogen wird; b) Menschen mit Behinderungen nicht aufgrund von Behinderung die Möglichkeit versagt wird, Dokumente zum Nachweis ihrer Staatsangehörigkeit oder andere Identitätsdokumente zu erhalten, zu besitzen und zu verwenden oder einschlägige Verfahren wie Einwanderungsverfahren in Anspruch zu nehmen, die gegebenenfalls erforderlich sind, um die Ausübung des Rechts auf Freizügigkeit zu erleichtern [...]“
 - Art 18 Abs 2: „Kinder mit Behinderungen sind unverzüglich nach ihrer Geburt in ein Register einzutragen und haben das Recht auf einen Namen von Geburt an, das Recht, eine Staatsbürgerschaft zu erwerben, und soweit möglich das Recht, ihre Eltern zu kennen und von ihnen betreut zu werden.“

144 Ohne hier näher in eine Untersuchung dieser Verbürgungen eintreten zu können, zeigen die exemplarisch angeführten Rechte doch, dass sie die obgenannten Voraussetzungen der hinreichenden Bestimmtheit und Unbedingtheit weitgehend zu erfüllen imstande sind. Nachdem in der GRC und auch den ungeschriebenen allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Unionsrechts bislang aber keine ausdrücklichen Rechte auf **Anerkennung als Rechtssubjekt**¹⁵⁶, auf **Zu-**

¹⁵⁶ Vgl aber Art 6 AEMR und Art 16 UN-Pakt II.

gang zur Justiz¹⁵⁷ und auf **Staatsangehörigkeit**¹⁵⁸ enthalten sind, würde einer Anerkennung ihrer unmittelbaren Wirkung erhebliche Bedeutung zukommen.

145 Zusammenfassend lässt sich sagen, dass in gewissen Bereichen die Anerkennung der **unmittelbaren Wirkung** von Vorschriften des Übereinkommens **erhebliche Bedeutung** haben könnte: Für die in Art 12 Abs 1 und 2, in Art 13 Abs 1 und Art 18 Abs 1 und 2 verankerten Vorschriften kommt eine unmittelbare Wirkung nach den vom EuGH aufgestellten Kriterien durchaus in Frage. Im Übrigen gibt es bei den meisten im Übereinkommen verankerten bürgerlichen und politischen Rechten bereits einschlägige unionsgrundrechtliche Verbürgungen, die durch das Übereinkommen konkretisiert und verstärkt werden können. Die im Übereinkommen enthaltenen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte gewähren durchwegs ein relevantes Ermessen und stehen auch unter dem Vorbehalt von Art 4 Abs 2 des Übereinkommens, sodass hier idR die unmittelbare Wirkung ausscheidet. Deshalb ist neben der (teilweise durchaus gegebenen) unmittelbaren Wirkung des Übereinkommens immer auch das besondere Gewicht seiner Vorschrift als Maßstab **völkerrechtskonformer Interpretation** des Unionsrechts (vgl Rn 147ff) im Auge zu behalten.

146 **Keinesfalls unmittelbare Wirkung** für sich beanspruchen können die Vorschläge und Empfehlungen des Ausschusses im Verfahren **individueller Mitteilungen** gem Art 5 des Fakultativprotokolls (vgl Rn 60ff). Dies gilt zunächst schon deshalb, weil die Union gegenwärtig nicht Partei des Fakultativprotokolls ist (Rn 10). Aber auch wenn sie diesem beitreten sollte, kommt eine unmittelbare Wirkung nicht in Frage. Zwar geht der Gerichtshof davon aus, dass sich Einzelpersonen uU auf die unmittelbare Wirkung von Beschlüssen von Vertragsanwendungsorganen berufen können, die durch internationale Übereinkünfte eingesetzt sind. Es muss sich dabei jedoch um verbindliche Beschlüsse handeln.¹⁵⁹ Die Entscheidungen des Ausschusses sind aber **unverbindlich** (Rn 63). Bezeichnenderweise hat der EuGH selbst bezüglich des auf Basis des UN-Paktes II eingerichteten Menschenrechtsausschusses (Human

¹⁵⁷ Vgl aber Art 47 GRC.

¹⁵⁸ Vgl aber Art 15 AEMR sowie Art 24 Abs 3 UN-Pakt II bezüglich der Staatsangehörigkeit von Kindern. Fragen der Staatsangehörigkeit fallen zwar nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts. Nichtsdestotrotz sind die entsprechenden Kompetenzen der Mitgliedstaaten unter Beachtung des Unionsrechts auszuüben. Es ist zumindest denkbar, dass bei willkürlicher Verweigerung der Einbürgerung eines staatenlosen Kindes mit Behinderungen aus Art 18 Abs 2 des Übereinkommens eine unionsrechtliche Pflicht zur Verleihung der Staatsbürgerschaft eines Mitgliedstaats und damit der Unionsbürgerschaft abgeleitet werden könnte. Zur Relativierung der Akzessorietät der Unionsbürgerschaft vgl im Übrigen bereits EuGH, Rs C-135/08, Rottmann, Slg 2010, I-1457.

¹⁵⁹ EuGH, Rs C-188/91, Deutsche Shell AG, Slg 1993, I-363 Rn 18; vgl *Schroeder* (Fn 138) § 21 Rn 17; *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht (2007) Rn 325; *Schmalenbach* (Fn 135) Art 216 AEUV Rn 46, jeweils mwN.

Rights Committee) ausgesprochen, dass dieser „keine gerichtliche Instanz ist und dessen Feststellungen keinen rechtsverbindlichen Charakter haben“.¹⁶⁰ Der aufgrund des Übereinkommens errichtete Ausschuss ist mit dem Menschenrechtsausschuss weitgehend vergleichbar, rechtlich jedenfalls nicht stärker positioniert, sodass seine Vorschläge und Empfehlungen jedenfalls keine unmittelbare Wirkung beanspruchen können. Indes steht dies nicht der Judikatur¹⁶¹ entgegen, derzufolge unverbindliche Beschlüsse derartige Vertragsorgane in Zusammenhang mit der übereinkunftskonformen Auslegung des Unionsrechts relevant sind (Rn 147ff).

5. Verpflichtung zur übereinkunftskonformen Auslegung des Unionsrechts und des nationalen Rechts

147 Aus der Rsp des EuGH ergibt sich, das (a) sowohl unionsrechtliche als auch (b) nationale Bestimmungen nach Möglichkeit so auszulegen sind, dass sie mit den internationalen Übereinkünften der Union vereinbar sind.¹⁶²

a. Übereinkunftskonforme Auslegung unionsrechtlicher Bestimmungen

148 Im Hinblick auf das Übereinkommen ist die völkerrechtskonforme Interpretation des Unionsrechts durch den EuGH zumindest in zweifacher Hinsicht relevant:

149 Sie manifestiert sich einmal in der Pflicht zur übereinkunftskonformen Auslegung des **Sekundärrechts** der Union. Diese ergibt sich sowohl aus dem Grundsatz des Vorranges der Verfassung (der internationale Übereinkünfte normhierarchisch über das Sekundärrecht stellt) als auch aus dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Unionsrechtsordnung, die – wenn das Unionsrecht nicht im Einzelfall anderes erfordert¹⁶³ – eine einheitliche Auslegung unionsrechtlicher Begriffe gebietet (vgl Rn 328).¹⁶⁴ Dies lässt sich exemplarisch in Bezug auf die

¹⁶⁰ EuGH, Rs C-249/96, Lisa Jacqueline Grant, Slg 1998 I-621 Rn 46.

¹⁶¹ EuGH, Rs C-188/91, Deutsche Shell AG, Slg 1993 I-363 Rn 18.

¹⁶² EuGH, Rs 61/94, Kommission/Deutschland, Slg 1996, I-3989 Rn 52; *Mögele* (Fn 144) Art 216 AEUV Rn 52; vgl jüngst mit ausdrücklichem Bezug auf das hier gegenständliche Übereinkommen EuGH, verb Rs C-335/11 und C-337/11, Ring, Urteil vom 11.4.2013, noch nicht in der amtl Slg, Rn 29.

¹⁶³ Etwa wenn im EU-Sekundärrecht der Begriff der „Familienangehörigen“ unterschiedlich definiert ist; vgl zB Art 2 Z 2 Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl 2004, L 158/77 im Vergleich zu Art 4 Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22.9.2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABl 2003, L 251/12.

¹⁶⁴ Zum Prinzip der einheitlichen Anwendung (Uniformitätsprinzip) vgl ausführlich *Schroeder* (Fn 101) 426ff.

Richtlinie 2000/78/EG¹⁶⁵ zeigen. Hier hat der EuGH in seiner jüngeren Rsp den **Behinderungsbegriff** des EU-Sekundärrechts (zumindest im Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG) mangels Legaldefinition des Begriffs in der Unionsrechtsordnung übereinkunftskonform im Lichte von Art 1 S 2 des Übereinkommens ausgelegt (vgl Rn 323ff).

- 150** Internationale Übereinkünfte können aber auch – trotz ihres niedrigeren Rangs im Stufenbau des Unionsrechts (Rn 130) – dazu herangezogen werden, den Gehalt **primärrechtlicher** Vorschriften ermitteln zu helfen. Hier kommt insb der obgenannte Grundsatz der einheitlichen Auslegung von Begriffen in der Unionsrechtsordnung zum Tragen. Bestimmungen des Sekundärrechts – und umso mehr Bestimmungen internationaler Übereinkünfte der Union (wegen ihres Sekundärrecht gegenüber höheren Rangs; Rn 149) – können dementsprechend zur Auslegung und Konkretisierung von Grundrechten dienen, zumal bei „Regelungen, die auf der Ebene des Sekundärrechts entsprechende Rechte gewähren und insoweit als Konkretisierungen des jeweiligen Grundrechts verstanden werden können“.¹⁶⁶ Genau ein derartiger **sachlicher Zusammenhang** besteht aber zwischen dem Übereinkommen einerseits und Art 21 und 26 GRC andererseits.
- 151** Im Lichte dessen wird das gegenständliche Übereinkommen einmal für das in **Art 21 GRC** verankerte Gebot der Nichtdiskriminierung relevant, das insbesondere auch Diskriminierung „wegen einer Behinderung“ verbietet. Generalanwalt *Bot* hat unlängst genau in diesem Sinne argumentiert, dass der Behinderungsbegriff des Übereinkommens nicht nur für die Auslegung der Richtlinie 2000/78/EG selbst relevant sei, sondern auch für die Beurteilung der Frage, ob Art 21 GRC anzuwenden sei, und zwar wegen des Gebots der einheitlichen Auslegung unionsrechtlicher Begriffe und weil die Richtlinie 2000/78/EG aufgrund von Art 19 AEUV erlassen worden sei, an den sich Art 21 Abs 1 GRC, wie sich aus den Erläuterungen zur GRC ergebe, ausdrücklich anlehne.¹⁶⁷
- 152** Ähnliches gilt auch für **Art 26 GRC**, der unter der Überschrift „Integration von Menschen mit Behinderungen“ normiert:

¹⁶⁵ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl 2000 L 303/16.

¹⁶⁶ *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union² (2013) Einl, Rn 53a.

¹⁶⁷ Vgl EuGH, Rs C-356/12, Glatzel, SchlA GA Bot, Rn 33, 35, 40; vgl dazu auch *infra* Rn 328.

Die Union anerkennt und achtet den Anspruch von Menschen mit Behinderungen auf Maßnahmen zur Gewährleistung ihrer Eigenständigkeit, ihrer sozialen und beruflichen Eingliederung und ihrer Teilnahme am Leben der Gemeinschaft.

- 153** Bei Art 26 GRC handelt es sich iSd Art 52 Abs 5 GRC um eine der „Bestimmungen [der] Charta, in denen Grundsätze festgelegt sind“. Dies ergibt sich ua aus den Erläuterungen zur GRC¹⁶⁸, die gem Art 52 Abs 7 bei Auslegung der Charta „gebührend zu berücksichtigen“ sind. Derartige Grundsätze können durch Akte der Gesetzgebung und der Ausführung der Organe, Einrichtungen und Stellen der Union sowie durch Akte der Mitgliedstaaten zur Durchführung des Rechts der Union in Ausübung ihrer jeweiligen Zuständigkeiten umgesetzt werden und können dann vor Gericht bei Auslegung dieser Akte und bei Entscheidungen über deren Rechtmäßigkeit herangezogen werden (Art 52 Abs 5 GRC). Eine unmittelbare Wirkung von Art 26 GRC scheidet angesichts des Umsetzungsvorbehalts freilich aus.
- 154** Das Übereinkommen kann diesbezüglich – ebenso wie im Fall von Art 21 GRC – hinsichtlich der **Auslegung des Behinderungsbegriffs** relevant werden.¹⁶⁹ Darüber hinaus können bei der Auslegung der Begriffe „Eigenständigkeit“ („independence“; „autonomie“), „soziale und berufliche Eingliederung“ („social and occupational integration“; „intégration sociale et professionnelle“) und „Teilnahme am Leben der Gemeinschaft“ („participation in the life of the community“; „participation à la vie de la communauté“) jedenfalls die Art 3, 9, 19 und 24-30 des Übereinkommens eine wichtige Rolle spielen. Über den Umweg des Art 26 GRC wirkt das Übereinkommen dann auf die Auslegung der Gesetzgebungs-, Ausführungs- und Durchführungsakte gegenüber und in den Mitgliedstaaten ein (vgl auch Rn 157ff).
- 155** Im Gegensatz zur unmittelbaren Wirkung, die für die allesamt nicht rechtsverbindlichen Stellungnahmen des Ausschusses ausgeschlossen wurde (Rn 146), sind im Rahmen der übereinkunftskonformen Interpretation des Unionsrechts **auch Beschlüsse von Vertragsorganen** relevant, die **nicht verbindlich** sind. Der EuGH hat bereits in Hinblick auf (nicht verbindliche) Empfehlungen iSd Art 288 Abs 5 AEUV darauf hingewiesen,

daß die fraglichen Maßnahmen nicht als völlig wirkungslos angesehen werden können. Die innerstaatlichen Gerichte sind nämlich verpflichtet, bei der Entscheidung der bei ihnen anhängigen Rechtssachen die Empfehlungen zu **berücksichtigen**, insbesondere dann, wenn diese Aufschluß über die Auslegung zu ihrer Durchführung erlassener inner-

¹⁶⁸ Den Erläuterungen zur GRC zufolge, die Art 26 GRC ausdrücklich als „Grundsatz“ bezeichnen, stützt dieser sich auf Art 15 der Europäischen Sozialcharta und lehnt sich an Nummer 26 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer an; vgl dazu auch *Kingreen* in Calliess/Ruffert (Hg), EUV/AEUV⁴ (2011); *Streinz*, in Streinz (Hg), EUV/AEUV² (2012).

¹⁶⁹ Vgl EuGH, Rs C-356/12, Glatzel, SchlA GA Bot, Rn 40.

staatlicher Rechtsvorschriften geben oder wenn sie verbindliche gemeinschaftliche Vorschriften ergänzen sollen.¹⁷⁰

156 Eine derartige **Berücksichtigungspflicht** hat der Gerichtshof auch bereits für nicht verbindliche Empfehlungen eines durch ein Abkommen eingesetzten Ausschusses anerkennt. Er hat entschieden, dass diese „Teil des [Unions]rechts“¹⁷¹ sind, und daraus gefolgert:

Wenn die Empfehlungen [...] auch keine Rechte für den einzelnen begründen können, auf die dieser sich vor den nationalen Gerichten berufen könnte, so sind die nationalen Gerichte dennoch verpflichtet, sie bei der Entscheidung der bei ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten zu berücksichtigen, zumal sie [...] für die Auslegung der Bestimmungen des Übereinkommens von Nutzen sind.¹⁷²

Insofern kommt den Stellungnahmen des Ausschusses – ähnlich wie schon oben erörtert (vgl Rn 51ff) – autoritative Bedeutung auch bei der Auslegung des Übereinkommens als internationaler Übereinkunft der Union zu. Die gänzliche Nichtbeachtung der Berücksichtigungspflicht kann dabei zur **Rechtswidrigkeit** einer Entscheidung iS einer fehlerhaften Willensbildung führen (Rn 55).

b. Übereinkunftskonforme Auslegung des nationalen Rechts

157 Auch das **nationale Recht** ist in Übereinstimmung mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen zu interpretieren, die die Union eingegangen ist.¹⁷³ Dieses Gebot verpflichtet vermöge des Vorrangs des Unionsrechts alle staatlichen Behörden und Einrichtungen, namentlich alle Verwaltungsbehörden und Gerichte im Anwendungsbereich des Unionsrechts.¹⁷⁴ Deshalb ist jedenfalls im Anwendungsbereich der genannten Richtlinie 2000/78/EG (Rn 149) der Behinderebegriff des Übereinkommens auch für Österreich verbindlich.

158 Obwohl das Gebot zur Auslegung des nationalen Rechts im Lichte des Übereinkommens, das nach österreichischem Verfassungsrecht besteht (vgl Rn 47ff), und das aus dem Unionsrecht entspringende Gebot zur übereinkunftskonformen Auslegung des nationalen Rechts viele **Parallelen** aufweisen, gibt es auch wesentliche **Unterschiede**: (a) Während jenes aus dem innerstaatlichen Recht entspringt, gründet dieses unmittelbar im Unionsrecht, namentlich im **Vorrangprinzip**. (b) Aus letzterem ergeben sich besondere Rechtsfolgen, namentlich das Recht und ggf die Pflicht der Gerichte gem Art 267 AEUV, dem EuGH in Fra-

¹⁷⁰ EuGH, Rs 322/88, Grimaldi, Slg 1989, 4407 Rn 18.

¹⁷¹ EuGH, Rs C-188/91, Deutsche Shell AG, Slg 1993, I-363 Rn 17.

¹⁷² *Ibid*, Rn 18.

¹⁷³ Vgl hiezu etwa *Ranacher/Frischhut*, Handbuch der Anwendung des EU-Rechts (2009) 115ff.

¹⁷⁴ Vgl etwa *ibid*, 103 unter Verweis auf EuGH, Rs C-106/89, Marleasing, Slg 1990, I-4135 Rn 8.

gen der übereinkunftskonformen Interpretation ein **Vorabentscheidungsersuchen** zur Klärung der Frage vorzulegen, welche Rechtswirkungen das Übereinkommen in der Unionsrechtsordnung entfaltet; daraus ergeben sich mittelbar auch Folgen für die nationale Rechtsordnung. (c) Damit zusammenhängend ist die Verletzung der Pflicht zur unionsrechtskonformen Interpretation (oder der Verletzung der Vorlagepflicht in diesem Bereich) mit den für das Unionsrecht typischen **Sanktionen** bewehrt, insbesondere i) der Möglichkeit eines Vertragsverletzungsverfahrens durch die Kommission (Art 258 AEUV), ii) der Inanspruchnahme Österreichs im Wege der Staatshaftung oder iii) nach stRsp bei Verletzung der Vorlagepflicht auch wegen Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art 83 Abs 2 B-VG).¹⁷⁵

159 (d) Schließlich besteht zwischen beiden Geboten auch ein Unterschied hinsichtlich der **Intensität**, in der die vom nationalen Recht zur Verfügung gestellten Auslegungsmethoden zu Zwecken der konformen Interpretation in Anspruch genommen werden müssen. Jedenfalls sind bezüglich der (bloßen) **völkerrechtskonformen** Interpretation, nicht zuletzt wegen der vergleichsweise spärlichen Judikaturbeispiele, die Konturen des Gebots zur konformen Interpretation nicht ähnlich deutlich gezeichnet wie bei der unionsrechtskonformen Auslegung. Im ersten Fall findet sich in der Rsp nämlich etwa die Formulierung „sofern es [...] [der] **Wortlaut** [des nationalen Rechts] **nicht verbietet**“¹⁷⁶, was eine strikte Wortlautgrenze suggeriert. Auch findet sich der Hinweis, dass das Auslegungsgebot soweit geht, dass die Bestimmungen des nationalen Rechts „mit den zwischenstaatlichen Verpflichtungen Österreichs nicht in Widerspruch geraten“¹⁷⁷, was als *minus* gegenüber einer umfänglichen Pflicht zur konformen Interpretation verstanden werden könnte.

160 Das **Unionsrecht** erfordert demgegenüber eine unionsrechtskonforme Auslegung „unter **voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums**, den [...] das nationale Recht einräumt“.¹⁷⁸ Dabei gilt, dass „[d]er Grundsatz der [unions]rechtskonformen Interpretation verlangt [...], dass die nationalen Gerichte unter Berücksichtigung des gesamten nationalen Rechts und unter Anwendung ihrer Auslegungsmethoden **alles tun**, was in ihrer Zuständigkeit

¹⁷⁵ Vgl. *Schroeder* (Fn 138) § 9 Rn 88f; zu Art 83 Abs 2 B-VG vgl. insb. VfSlg 14.390/1995; 14.607/1996.

¹⁷⁶ VwGH 28.2.1962, 0535/58, RS 5; vgl. ebenso VwGH 20.2.1964, 0493/63; VwGH 21.10.1983, 82/17/0087; vgl. auch OGH 6.5.2008, 1 Ob 8/08w.

¹⁷⁷ VwGH 28.2.1962, 0535/58, RS 5; vgl. ebenso VwGH 20.2.1964, 0493/63; VwGH 21.10.1983, 82/17/0087; vgl. auch OGH 6.5.2008, 1 Ob 8/08w.

¹⁷⁸ EuGH, Rs 14/83, von Colson und Kamann, Slg 1984, 1921 Rn 28.

liegt, um die **volle Wirksamkeit** der fragliche Richtlinie zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel übereinstimmt¹⁷⁹. Dabei gilt, dass diese vornehmlich auf die richtlinienkonforme Auslegung zielenden Ausführungen des EuGH (ebenso wie die folgenden Belegstellen) auf die unionsrechtskonforme Interpretation insgesamt und damit auch auf die übereinkunftskonforme Interpretation umlegbar sind.

- 161** Aus dem Unionsrecht ergibt sich dabei keine Verpflichtung zu einer Auslegung *contra legem*¹⁸⁰, wohl aber die Nutzung vorhandener Auslegungsspielräume im Hinblick auf die bestmögliche Realisierung der Ziele des Unionsrechts.¹⁸¹ Auch wenn einer nach Wortlaut und Sinn eindeutigen nationalen Regelung im Wege der unionsrechtskonformen Interpretation kein entgegengesetzter Sinn verliehen werden darf¹⁸², muss der Wortlaut des nationalen Rechts keine Grenze für die Auslegung bilden, namentlich wenn die unionsrechtskonforme Auslegung mit den Methoden des nationalen Rechts, zB aufgrund einer Analogie oder einer teleologischen Reduktion, durchzuführen ist.¹⁸³ Auf dieser Grundlage ist auch eine korrigierende Auslegung des nationalen Rechts und damit **unionsrechtskonforme Rechtsfortbildung** (in den von den nationalen Regeln gesteckten Grenzen) möglich und in der Folge unionsrechtlich geboten.¹⁸⁴
- 162** Die Pflicht zur übereinkunftskonformen Interpretation erstreckt sich auf das **gesamte staatliche Recht**, nicht bloß auf Umsetzungsakte in Bezug auf das gegenständliche Übereinkommen.¹⁸⁵
- 163** Insofern es sich beim Übereinkommen um ein sog **gemischtes Abkommen** handelt (Rn 128), bestehen ggf Besonderheiten bezüglich der Auslegung, denn der EuGH hat sich bereits auch für die Auslegung jenes Teils eines gemischten Abkommens für zuständig erklärt, der in die

¹⁷⁹ EuGH, Rs C-212/04, Adeneler, Slg 2006, I-6057 Rn 111.

¹⁸⁰ Vgl EuGH, Rs C-212/04, Adeneler, Slg 2006, I-6057 Rn 110; Rs C-268/06, Impact, Slg 2008, I-2484 Rn 100ff.

¹⁸¹ Vgl *Ranacher/Frischhut* (Fn 173) 112.

¹⁸² Vgl VwGH 23.10.1995, 95/10/0108; OGH 30.8.2000, 6 Ob 167/00n; OGH 19.12.2007, 9 ObA 106/06p.

¹⁸³ Vgl *Schroeder* (Fn 138) § 6 Rn 66, Fn 98, mit Verweis auf BGH, NJW 2009, 527; NJW 2012, 1073 – Bodenfliesen.

¹⁸⁴ Siehe dazu auch VfSlg 14.391/1995; vgl auch *Weber/Schmid*, Die Rechtsmittelbefugnis von Umweltorganisationen in Umweltverfahren, in FS Stolzlechner (2013) 705 (720).

¹⁸⁵ Bezogen auf die richtlinienkonforme Interpretation, aber auf den gegenständlichen Fall umlegbar EuGH, Rs C-397/01, Pfeiffer, Slg 2004, I-8835 Rn 115; Rs C-212/04, Adeneler, Slg 2006, I-6057 Rn 108; vgl auch *Ranacher/Frischhut* (Fn 173) 103f.

Kompetenz der Mitgliedstaaten fällt.¹⁸⁶ Erst unlängst nahm er etwa eine weite Auslegungsbefugnis bezüglich der sog Aarhus-Konvention¹⁸⁷ an und beurteilte auf dieser Grundlage ob Art 9 Abs 3 der Konvention unmittelbar wirksam sei, was er schlussendlich verneinte.¹⁸⁸ Zu dieser Problematik bestehen aber in der Rsp noch zahlreiche Unklarheiten.¹⁸⁹ Dementsprechend ist schwer abzusehen, wie der EuGH das Übereinkommen als gemischtes Abkommen auslegen wird und für welche die Mitgliedstaaten betreffenden Teile des Übereinkommens der Gerichtshof anlässlich allfälliger Vorabentscheidungsersuchen Auslegungsanleitungen geben wird.

6. Implikationen des Übereinkommens als internationaler Übereinkunft der Union für das Mitteilungsverfahren nach dem Fakultativprotokoll

- 164** Die Regierungsvorlage zum Übereinkommen weist darauf hin, dass „nicht ausgeschlossen werden [kann], dass Personen und Gruppen die Beschwerdemöglichkeit nach dem Fakultativprotokoll auch hinsichtlich **behaupteter Verletzungen von EU-Recht** nutzen“.¹⁹⁰ Dies ist eine Folge davon, dass das Übereinkommen als internationale Übereinkunft mit seinem Inkrafttreten für die Union integrierender Bestandteil des Unionsrechts ist und damit auch in der österreichischen Rechtsordnung unmittelbar gilt (Rn 131). Insofern ist es durchaus möglich, dass in einem auf Grundlage des Fakultativprotokolls gegen die Republik Österreich gerichteten Mitteilungsverfahren (Rn 60ff) auch unionsrechtliche Bestimmungen zum Tragen kommen, obwohl die Union selbst (gegenwärtig) nicht Partei des Fakultativprotokolls ist (Rn 10) und dementsprechend ein Mitteilungsverfahren nicht gegen die Union gerichtet werden kann.
- 165** Wenn die Regierungsvorlage aber suggeriert, dass es hier lediglich um die Fallkonstellation geht, dass „im Bereich der Rechte von Menschen mit Behinderungen EU-Rechtsnormen von Österreich in Form von nationalen Gesetzen umgesetzt wurden“¹⁹¹ (etwa wenn eine zur Durchführung des Übereinkommens verabschiedete EU-Richtlinie in ein österreichisches Gesetz umgesetzt wird), greift sie zu kurz. Neben dem „**Umsetzungsszenario**“ (a) kann das Übereinkommen als integrierender Bestandteil des Unionsrechts im Lichte der vorangehenden

¹⁸⁶ Vgl *Schroeder* (Fn 138) § 21 Rn 13.

¹⁸⁷ Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten, BGBl III 88/2005.

¹⁸⁸ Vgl EuGH, Rs C-240/09, *Lesoochranárske*, Slg 2011, I-1255 Rn 42ff; vgl dazu insb auch *Weber/Schmid* (Fn 184) 718.

¹⁸⁹ Vgl *Schmalenbach* (Fn 135) Art 216 AEUV Rn 54; *Mögele* (Fn 144) Art 216 AEUV Rn 70.

¹⁹⁰ 564 BlgNR 23. GP, 3.

¹⁹¹ *Ibid*, 3.

Ausführungen in österreichischen Verfahren und ebenso in Mitteilungsverfahren nach dem Fakultativprotokoll auch relevant werden, wenn (b) Bestimmungen des Übereinkommens im oben dargestellten Umfang **unmittelbare Wirksamkeit** entfalten (vgl Rn 133ff) und wenn und insoweit (c) nationales Recht **übereinkunftskonform** auszulegen ist (vgl Rn 147ff). Die Beschwerdemöglichkeit nach dem Fakultativprotokoll muss demnach auch eröffnet sein, wenn behauptet wird, dass eine Einzelperson oder Personengruppe im Anwendungsbereich des Unionsrechts durch die Verletzung einer unmittelbar wirksamen, aber nicht umgesetzten Bestimmung des Übereinkommens „Opfer“ einer Verletzung durch Österreich geworden ist oder sich die Verletzung aus der übereinkunftskonformen Auslegung einer (vielleicht gar nicht zur Umsetzung von EU-Rechtsnormen im Behinderungsbereich bestimmten; vgl Rn 66) nationalen Rechtsvorschrift ergibt.

C. Überblick über die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte von Menschen mit Behinderung

I. Gleichberechtigung und Nichtdiskriminierung

1. Artikel 5 – Gleichberechtigung und Nichtdiskriminierung („Equality and non-discrimination“)

166 Art 5 des Übereinkommens „Gleichberechtigung und Nichtdiskriminierung“ („Equality and non-discrimination“) lautet:

(1) Die Vertragsstaaten anerkennen, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, vom Gesetz gleich zu behandeln sind und ohne Diskriminierung Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz und gleiche Vorteile durch das Gesetz haben. („1. States Parties recognize that all persons are equal before and under the law and are entitled without any discrimination to the equal protection and equal benefit of the law.“)

(2) Die Vertragsstaaten verbieten jede Diskriminierung aufgrund von Behinderung und garantieren Menschen mit Behinderungen gleichen und wirksamen rechtlichen Schutz vor Diskriminierung, gleichviel aus welchen Gründen. („2. States Parties shall prohibit all discrimination on the basis of disability and guarantee to persons with disabilities equal and effective legal protection against discrimination on all grounds.“)

(3) Zur Förderung der Gleichberechtigung und zur Beseitigung von Diskriminierung unternehmen die Vertragsstaaten alle geeigneten Schritte, um die Bereitstellung angemessener Vorkehrungen zu gewährleisten. („3. In order to promote equality and eliminate discrimination, States Parties shall take all appropriate steps to ensure that reasonable accommodation is provided.“)

(4) Besondere Maßnahmen, die zur Beschleunigung oder Herbeiführung der tatsächlichen Gleichberechtigung von Menschen mit Behinderungen erforderlich sind, gelten nicht als Diskriminierung im Sinne dieses Übereinkommens. („4. Specific measures which are necessary to accelerate or achieve de facto equality of persons with disabilities shall not be considered discrimination under the terms of the present Convention.“)

2. Umsetzung auf grundrechtlicher Ebene

a. Allgemeines

167 Dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz in Art 7 B-VG („Alle Staatsbürger sind vor dem Gesetz gleich.“)¹⁹² wurden durch BGBl I 1997/87 zwei weitere Sätze hinzugefügt. Art 7 Abs 1 S 3 B-VG lautet nunmehr: „Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.“ Darüber hinaus bestimmt Art 7 Abs 1 S 4 B-VG: „Die Republik (Bund, Länder und Gemein-

¹⁹² Dazu statt vieler *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008).

den) bekennt sich dazu, die Gleichbehandlung von behinderten und nichtbehinderten Menschen in allen Bereichen des täglichen Lebens zu gewährleisten.“ Obwohl diese beiden Sätze zugleich erlassen wurden, sind sie jedoch hinsichtlich ihrer rechtlichen Einordnung streng voneinander zu trennen.

b. Art 7 Abs 1 S 3 B-VG – Grundrecht

i. Allgemein

168 Art 7 Abs 1 S 3 B-VG basiert auf dem Initiativantrag 342/A,¹⁹³ der in weiterer Folge vom Verfassungsausschuss übernommen wurde.¹⁹⁴ Erklärtes Ziel dieser Regelungen ist die Erweiterung des allgemeinen Gleichheitsgebots des Art 7 Abs 1 B-VG um „ein ausdrückliches Verbot der Diskriminierung von Behinderten“.¹⁹⁵ Damit wird – so der Initiativantrag 342/A – „ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht geschaffen, das vor dem VfGH durchsetzbar ist“. Auch wenn die Begründung des Verfassungsausschusses diesen Passus nicht aufnimmt, ordnet die herrschende Lehre Art 7 Abs 1 S 3 B-VG als Grundrecht ein, das demnach subjektive Rechte verleiht.¹⁹⁶ Auch der VfGH bezieht sich ausdrücklich auf die Begründung des Initiativantrages 342/A.¹⁹⁷

ii. Grundrechtsträger

169 Ein fundamentaler Unterschied zwischen dem allgemeinen Gleichheitssatz und dem Diskriminierungsverbot von Menschen mit Behinderungen besteht hinsichtlich der Grundrechtsträger. Während Art 7 Abs 1 S 1 B-VG von „Staatsbürger“ spricht, bezieht sich Art 7 Abs 1 S 3 B-VG auf alle Menschen mit Behinderung. Gestützt auf die Materialien hat der VfGH unmissverständlich festgehalten: „Art 7 Abs 1 S 3 B-VG enthält ein Diskriminierungs-

¹⁹³ vom 29.11.1996.

¹⁹⁴ AB 785 BlgNR 20. GP, 3.

¹⁹⁵ AB 785 BlgNR 20. GP, 4.

¹⁹⁶ ZB geht *Berka*, Art 7 B-VG, in Kneihls/Lienbacher (Hg), Rill-Schäffer-Kommentar (2001) Rz 93 von einem „Anspruch“ aus. Auch *Davy*, Der Gleichheitssatz des österreichischen Rechts und Menschen mit Behinderung, in FS Funk (2003) 63 (71); *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 676; *Pöschl*, Gleichheitsrechte, in Meriten/Papier (Hg), Handbuch der Grundrechte. Band VII/1 Grundrechte in Österreich (2009) Rz 113.

¹⁹⁷ VfGH 1.3.2013, G 106/12, 17/13.

verbot nicht nur gegenüber Staatsbürgern, sondern gegenüber jedermann.¹⁹⁸ Jedermann kann unabhängig von seiner Staatsbürgerschaft diese subjektiven Rechte in Anspruch nehmen.¹⁹⁹

iii. Schutzbereiche

170 Unter Heranziehung der allgemeinen Grundsätze des Gleichheitsgrundsatzes erfasst Art 7 Abs 1 S 3 B-VG zwei verschiedene Aspekte.

171 Erstens sind sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierungen zwischen Menschen mit Behinderungen und Menschen ohne Behinderungen unzulässig. Dabei ist jedoch beachtlich, dass nicht jede Regelung die negative Folgen an Behinderungen knüpft, *per se* einen Widerspruch zu Art 7 Abs 1 S 3 B-VG darstellt.²⁰⁰ In diese Richtung argumentiert auch *Berka*:²⁰¹

An sich bringt dieser Satz nur eine Verdeutlichung; dass eine Benachteiligung Behinderter wegen ihrer Behinderung unzulässig ist, folgt schon aus dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz, der andererseits natürlich auch nicht eine strikte und undifferenzierte Gleichbehandlung behinderter und unbehinderter Menschen gebietet, wenn es dafür sachliche Gründe gibt.

172 Beispielsweise erachtet es *Pöschl* als zulässig, Blinden den Erwerb eines Führerscheins zu versagen.²⁰² Auch bei der Zugänglichkeit zu Berufen können Behinderungen unter Umständen zu einer sachlich begründbaren Ungleichbehandlung zwischen Menschen mit Behinderungen und Menschen ohne Behinderungen führen. So wird einem Blinden die Zulassung als Chirurg und einem Gehörlosen jene als Musiklehrer wohl zu Recht verweigert werden können.

173 Erforderlich hingegen ist die Prüfung der Ungleichbehandlung hinsichtlich ihrer sachlichen Rechtfertigung. Dies wird ausdrücklich im Ausschussbericht festgehalten:²⁰³

Dieser innere Gehalt des Gleichheitssatzes soll durch das explizite Verbot der Diskriminierung von Behinderten nicht verändert, sondern zusätzlich bekräftigt wer-

¹⁹⁸ VfGH 1.3.2013, G 106/12, 17/13.

¹⁹⁹ Übereinstimmend *Pöschl*, Gleichheitsrechte (FN 196) Rz 114; *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte (2012) 122; *Feik*, Der räumliche und persönliche Geltungsbereich der Grundrechte in der Judikatur des VfGH, ZÖR 1999, 19 (21).

²⁰⁰ *Pöschl*, Gleichheitsrechte (FN 196) Rz 116.

²⁰¹ *Berka* (FN 196) Rz 93.

²⁰² *Pöschl*, Gleichheitsrechte (FN 196) Rz 116.

²⁰³ AB 785 BlgNR 20. GP, 5.

den, dass auch bei einer auftretenden Ungleichbehandlung von behinderten Menschen der (VfGH) diese immer auf ihre sachliche Rechtfertigung zu überprüfen hat.

- 174** Es reicht somit nicht aus, allein auf die Behinderung hinzuweisen.²⁰⁴ Vielmehr bedarf es einer nachvollziehbaren sachlichen Begründung der rechtlichen Ungleichbehandlung aufgrund der Behinderung. Eine sachliche Differenzierung muss im Hinblick auf die verschiedenen Tätigkeiten vorgenommen werden und die Behinderung muss genau deren Ausübung im Wege stehen. Diese Unterscheidung ist naturgemäß sehr stark abhängig von der Art der Behinderung. Eine sachlich gerechtfertigte Ungleichbehandlung zwischen Menschen mit Behinderungen und Menschen ohne Behinderungen muss nachvollziehbar und bezogen auf die spezifische Art und das Ausmaß der Behinderung begründet werden. Aus dem allgemeinen Gleichheitsgebot und dem Diskriminierungsverbot ergibt sich, dass im Zweifel eine Gleichbehandlung geboten und somit eine Ungleichbehandlung unzulässig ist.
- 175** Anhand dieser Leitlinien lassen sich auch die oben dargestellten Beispiele erklären. Beim Autofahren kommt der visuellen Wahrnehmung entscheidende Bedeutung zu. Dahingehende Defizite stellen nicht nur eine Gefahr für den Lenker selbst, sondern auch für übrige VerkehrsteilnehmerInnen dar. Aus diesem Grund ist eine Ungleichbehandlung zwischen Menschen mit gravierenden (nicht korrigierbaren) Sehbehinderungen und Menschen ohne Behinderungen in Bezug auf Ausstellung eines Führerscheins sachlich gerechtfertigt. Ähnliches gilt für die ebenfalls stark visuell orientierte Tätigkeit eines Chirurgen. Genau diese Tätigkeit könnte wiederum von einem Gehörlosen durchaus durchgeführt werden, sofern die Arbeit im OP nicht akustisch orientierte Kooperation erfordert. Für diesen wiederum scheiden klar auf die akustische Wahrnehmung gerichtete Berufe und Tätigkeiten aus, wie eben zB jener des Musiklehrers bzw der Musiklehrerin oder jene Berufe, die auch mit Hilfe von Gebärdensprache (Art 8 Abs 3 B-VG) nicht bewältigt werden können.
- 176** Zweitens wird auch eine Gleichbehandlung von behinderten und nicht-behinderten Menschen verboten, wenn eine differenzierte Behandlung sachlich geboten wäre.²⁰⁵ Dazu stellen die Materialien klar:²⁰⁶

²⁰⁴ Dazu *Pöschl*, Gleichheitsrechte (FN 196) Rz 116: „Art 7 Abs 1 Satz 3 vermittelt somit ein prima-facie-Recht, nicht aufgrund seiner Behinderung benachteiligt zu werden.“

²⁰⁵ So zB VfSlg 19.084/2010.

²⁰⁶ AB 785 BlgNR 20. GP, 5.

Die vorliegende Nichtdiskriminierungsklausel verbietet demgegenüber aber nicht die Bevorzugung Behinderter, sondern erlaubt und fordert sie in einem dem gesetzgeberischen Entscheidungsspielraum überlassenen Umfang.

- 177** Der Gesetzgeber ist verpflichtet durch rechtliche Ungleichbehandlung eine tatsächliche Benachteiligung zu vermeiden. Dazu zB *Pöschl*:²⁰⁷

Art 7 Abs 1 S 3 B-VG kann den Gesetzgeber daher auch zu einer Ungleichbehandlung zwingen, soweit diese zur Abwendung einer Benachteiligung erforderlich ist.

- 178** So müssen besondere Regelungen für Menschen mit Behinderungen vorliegen, wenn eine rechtliche Gleichbehandlung mit Menschen ohne Behinderungen sonst zu einer faktischen Ungleichbehandlung führen würde. Der VfGH sieht zB das für alle Menschen geltende Erfordernis der Selbsterhaltungsfähigkeit für die Erlangung der Staatsbürgerschaft als Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen an und hob die einschlägige Bestimmung des Staatsbürgerschaftsgesetzes auf:²⁰⁸

Das Erfordernis der Selbsterhaltungsfähigkeit für die Erlangung der Staatsbürgerschaft benachteiligt behinderte gegenüber nichtbehinderten Menschen bei der Erlangung dieses Rechts. Denn in einer Reihe von Fällen (und jedenfalls nicht nur in atypischen Härtefällen) führt die Behinderung von Menschen dazu, dass diese wegen des Grades ihrer Behinderung nur erschwerten oder gar keinen Zugang zum Arbeitsmarkt haben. In diesen Fällen sind Menschen mit einer entsprechenden Behinderung aber nach § 10 Abs 1 Z 7 iVm Abs 5 StbG 1985 anders als Menschen ohne Behinderung von vornherein von der Verleihung der Staatsbürgerschaft ausgeschlossen, ohne Rücksicht darauf, ob sie die sonstigen Voraussetzungen zur Verleihung der Staatsbürgerschaft erfüllen, und ohne dass diese Menschen mit Behinderung eine Möglichkeit hätten, diese Benachteiligung gegenüber anderen Menschen aus Eigenem auszugleichen. § 10 Abs 1 Z 7 iVm Abs 5 StbG 1985 normiert ausnahmslos die Voraussetzung der Selbsterhaltungsfähigkeit für die Erlangung der Staatsbürgerschaft und behandelt damit Menschen mit Behinderung und nichtbehinderte Menschen gleich. Dies verstößt gegen Art 7 Abs 1 S 3 B-VG, weil damit Menschen mit Behinderung, deren Behinderung gerade wesentlich dafür sein kann, dass diese Menschen diese Voraussetzung von vornherein nicht erfüllen können, benachteiligt und damit diskriminiert werden.

- 179** Art 7 Abs 1 S 3 B-VG stellt eine Verpflichtung an den Gesetzgeber dar, das Ziel der faktischen Gleichheit von Menschen mit Behinderungen zu erreichen. Vergleichbar mit Bestrebungen zur Gleichstellung der Frau sind somit positive Behindertenförderungsmaßnahmen zu setzen. Für den Bereich des Arbeitsrechts wird dabei auf Kapitel D VI. verwiesen. Die

²⁰⁷ Übereinstimmend *Pöschl*, Gleichheitsrechte (FN 196) Rz 115.

²⁰⁸ VfGH 1.3.2013, G 106/12, 17/13.

verfassungsgesetzlich vorgesehene rechtliche Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen und Menschen ohne Behinderungen muss somit zu einer **faktischen** Gleichstellung führen.

180 In diese Richtung gehen sämtliche Maßnahmen zur Unterstützung von Menschen mit Behinderungen im Straßenverkehr bzw zur Zugänglichkeit öffentlicher Gebäude.²⁰⁹ Es könnte auch in einem generellen Prüfungserfordernis einer „fünfstündigen, schriftlichen Klausurarbeit“ ein Mangel an besonderen Regelungen erblickt werden, da auf den erhöhten Zeitbedarf von mobilitätsbeeinträchtigten Studierenden oder jenen mit Lernschwierigkeiten nicht ausreichend Bedacht genommen wird.²¹⁰

c. Art 7 Abs 1 S 4 B-VG – Staatszielbestimmung

181 Die Republik bekennt sich zur Gewährleistung der Gleichbehandlung von behinderten und nichtbehinderten Menschen in allen Bereichen des täglichen Lebens. Im Unterschied zum soeben besprochenen Diskriminierungsverbot werden dadurch hingegen keine subjektiven Rechte geschaffen.²¹¹ Art 7 Abs 1 S 4 B-VG wird sowohl nach dem Initiativantrag 389/A als auch nach dem Bericht des Verfassungsausschusses als Staatszielbestimmung ausgestaltet.²¹² Diese Ansicht teilt auch die ständige Rechtsprechung und herrschende Lehre.²¹³ Staatszielbestimmungen werden auch als Verfassungsaufträge bezeichnet.²¹⁴ Beispiele dafür sind das Verbot nazistischer Tätigkeit (Art 9 und 10 StV Wien) sowie die Bekenntnisse zur dauernden Neutralität (BVG Neutralität, BGBl 1955/211), zur umfassenden Landesverteidigung (Art 9a B-VG) und zum umfassenden Umweltschutz (BVG Umwelt, BGBl 1984/491). Staatsziele weisen einen gravierenden Unterschied zu Grundrechten auf: Staatszielbestimmungen begründen keine subjektiven Rechte. Betroffene können sich deshalb zur Durchsetzung ihrer Rechte nicht auf Art 7 Abs 1 S 4 B-VG stützen.

²⁰⁹ Dazu Rz 144ff sowie *Berka* (FN 196) Rz 94.

²¹⁰ *Davy* (FN 196) 82.

²¹¹ Zu dahingehenden Auswirkungen der Unterscheidung zwischen Grundrecht (Art 7 Abs 1 S 3 B-VG) und Staatszielbestimmung (Art 7 Abs 1 S 4 B-VG) auf das Baurecht *Davy* (FN 196) 74f.

²¹² AB 785 BlgNR 20. GP, 5.

²¹³ Dazu zB VfSlg 19.084/2010 sowie *Berka* (FN 196) Rz 94; *Davy* (FN 196) 71; *Pöschl*, Gleichheitsrechte (FN 196) Rz 117.

²¹⁴ Dazu zB *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht⁹ (2012) Rz 90.

- 182** Trotzdem sind Staatszielbestimmungen bedeutsam. Als Teil des Verfassungsrechts binden sie durch das Gebot der verfassungskonformen Interpretation von einfachgesetzlichen Bestimmungen auch die Vollziehung. Einschlägige Regelungen sind im Lichte des Art 7 Abs 1 S 4 B-VG auszulegen. So zieht der VfGH diese Bestimmung als Interpretationsgrundlage einfachgesetzlicher Regelungen wie zB der Rechtmäßigkeit von Behindertenparkplätzen heran.²¹⁵ Davon ist auch die Privatwirtschaftsverwaltung betroffen, da jede Staatstätigkeit umfasst wird. Auch bei Verlagerung von bestimmten hoheitlichen Tätigkeiten in das Privatrecht, ist das Staatsziel beachtlich: Neben der allgemeinen Sachlichkeitsprüfung ist dabei auch zu prüfen, ob dadurch die Position der Behinderten nicht beeinträchtigt wird.
- 183** Aus dem Staatsziel der Behindertenintegration lässt sich ein Schutz vor wesentlichen Verschlechterungen des *status quo* ableiten. Damit stellt Art 7 Abs 1 S 4 B-VG auch eine Bremse gegen Kürzungen von Sozialleistungen und medizinischen und therapeutischen Unterstützungen von Menschen mit Behinderungen dar.

3. Konsequenzen für staatliche Verpflichtungen aus dem Übereinkommen

a. Allgemeines zur Umsetzung durch Grundrechte

- 184** Art 7 B-VG nimmt ausdrücklich auf die Rechte von Menschen mit Behinderungen Bezug.
- 185** Art 5 Abs 1 und Abs 2 des Übereinkommens entsprechen dem grundrechtlich geschützten Diskriminierungsverbot des Art 7 Abs 1 S 3 B-VG. Dahingehende Verstöße können von Betroffenen als Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte gerichtlich geltend gemacht werden.
- 186** Auch entspricht die gängige Auslegung des Art 7 Abs 1 S 3 B-VG den Vorgaben des Art 5 Abs 4 des Übereinkommens, wonach besondere Fördermaßnahmen für Menschen mit Behinderungen nicht als Diskriminierung gelten.
- 187** Darüber hinaus fordert Art 7 Abs 1 S 3 B-VG in Übereinstimmung mit Art 5 Abs 3 des Übereinkommens die Setzung solcher Maßnahmen, um bestehende Diskriminierungen zu verringern bzw zu vermeiden.
- 188** Aus verfassungsrechtlicher Sicht werden somit die Verpflichtungen aus Art 5 des Übereinkommens durch den umfassenden Art 7 B-VG erfüllt.

²¹⁵ VfSlg 19.084/2010, 19.096/2010.

b. Unmittelbare Drittwirkung des Diskriminierungsverbots aus dem Übereinkommen und Art 7 Abs 1 S 3 B-VG?

- 189** Unklar ist die Frage nach der Drittwirkung. Der Initiativantrag 342/A spricht die unmittelbare Drittwirkung des Art 7 Abs 1 S 3 B-VG ausdrücklich an: „Das Diskriminierungsverbot gilt aber darüber hinaus auch im Verhältnis zwischen Privatrechtsträgern, wobei es – so wie das Grundrecht auf Datenschutz – vor den ordentlichen Gerichten durchzusetzen ist.“ Demgegenüber verneint dies jedoch der Bericht des Verfassungsausschusses wiederum ausdrücklich:²¹⁶ „Eine Drittwirkung wird mit dieser Bestimmung nicht begründet.“
- 190** Aus dem Übereinkommen lässt sich keine unmittelbare Drittwirkung des Diskriminierungsverbots ableiten. Dies wird auch von *Rothfritz* bestätigt:²¹⁷

Die Wirkung im Privatrechtsverkehr kann allerdings nicht unmittelbarer Natur sein, da die UN-Behindertenrechtskonvention an die Staatenwelt und nicht an Individuen adressiert ist. Art 4 der Konvention verpflichtet die Vertragsstaaten zu bestimmten Handlungen und Maßnahmen, die sich im Falle des Artikels 4 lit e) nur mittelbar auf den Privatrechtsverkehr auswirken. Das Verbot der Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen entfaltet somit in der reinen Privatsphäre keine Wirkung.

- 191** Wenn auch die Verankerung einer unmittelbaren Drittwirkung in dem Übereinkommen nicht gefordert ist, ist doch zu prüfen, ob sich eine solche aus dem positiven Verfassungsrecht ableiten lässt. Der Bestand der österreichischen Grundrechte kennt grundsätzlich keine unmittelbare Drittwirkung. Einzig das Grundrecht auf Datenschutz entfaltet eine solche. Die positivrechtliche Ausgestaltung des speziellen Gleichheitssatzes für Behinderte weicht nicht von der sonstigen Struktur der in Österreich geltenden Grundrechte ab. Das Grundrecht auf Datenschutz ist sowohl von seiner Zielrichtung als auch von seiner Normstruktur her mit diesem Grundrecht nicht vergleichbar. Was die Drittwirkung betrifft, entfaltet das spezielle Behinderten-Grundrecht des Art 7 Abs 1 B-VG die gleiche mittelbare Drittwirkung wie der allgemeine Gleichheitsgrundsatz. So sind Vertragsklauseln, die Behinderte diskriminieren iSd § 879 ABGB nichtig. Auch die AGB dürfen keine Bestimmungen enthalten, die der speziellen

²¹⁶ AB 785 BlgNR 20. GP, 5.

²¹⁷ Dazu zB *Rothfritz*, Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen. Eine Analyse unter Bezugnahme auf die deutsche und europäische Rechtsebene (2010) 213f.

Gleichheitsverbürgung für Behinderte entgegenstehen. Schließlich kann die mittelbare Drittwirkung unter Umständen auch Kontrahierungszwänge schaffen.²¹⁸

c. Grundsätzliche Umsetzung auf einfachgesetzlicher Ebene durch das Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz

- 192** Das Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz (BGStG) sieht in seinem § 4 ein unmittelbares und mittelbares Diskriminierungsverbot vor. Nach § 5 Abs 1 BGStG liegt eine unmittelbare Diskriminierung 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. Von einer mittelbaren Diskriminierung ist nach § 5 Abs 2 BGStG auszugehen, 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.
- 193** In Bezug auf die mittelbare Diskriminierung ist jedoch die Einschränkung des § 6 Abs 1 BGStG beachtlich. Demnach liegt eine mittelbare Diskriminierung nicht vor, wenn die Beseitigung von Bedingungen, die eine Benachteiligung begründen, insbesondere von Barrieren, rechtswidrig oder wegen unverhältnismäßiger Belastungen unzumutbar wäre. Nach § 6 Abs 2 BGStG sind folgende Aspekte bei der Prüfung der Unverhältnismäßigkeit besonders zu berücksichtigen: (1) der mit der Beseitigung der die Benachteiligung begründenden Bedingungen verbundene Aufwand, (2) die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der eine Diskriminierung bestreitenden Partei, (3) Förderungen aus öffentlichen Mitteln für die entsprechenden Maßnahmen, (4) die zwischen dem In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes und der behaupteten Diskriminierung vergangene Zeit, (5) die Auswirkung der Benachteiligung auf die allgemeinen Interessen des durch dieses Gesetz geschützten Personenkreises, (6) beim Zugang zu Wohnraum der von der betroffenen Person darzulegende Bedarf an der Benutzung der betreffenden Wohnung.
- 194** Das BGStG richtet sich erstens an die Verwaltung des Bundes einschließlich der von ihm zu beaufsichtigenden Selbstverwaltung und einschließlich dessen Tätigkeit als Träger von Privat-

²¹⁸ Zu dieser Thematik ausführlich zB *Davy* (FN 196) 87ff.

rechten. Das BGStG sieht somit eine über das Übereinkommen hinausgehende Verpflichtung zur Herstellung völliger Barrierefreiheit im öffentlich-rechtlichen Bereich vor.

195 Darüber hinaus gilt das BGStG zweitens auch für Rechtsverhältnisse einschließlich deren Anbahnung und Begründung sowie für 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 (§ 2 Abs 2). Nach den Materialien zu dieser Bestimmung wären etwa „Geschäfte zwischen Privaten, bei denen der Vertragsgegenstand nicht der Öffentlichkeit zur Verfügung steht, beispielsweise die Vermietung einer Wohnung an einen Freund“ nicht umfasst (ErlRV 836 BlgNR 22. GP, 6). Das Übereinkommen spricht von „der Öffentlichkeit offenstehen oder für sie bereit gestellt(en)“ Einrichtungen und Diensten (Art 9 Abs 2 lit b). Somit liegt auch in diesem Bereich eine ausreichende Umsetzung durch das BGStG vor. Graduelle terminologische Unterschiede haben für die Praxis wohl keine Auswirkungen.

d. Schwangerschaftsabbrüche

i. Rechtlicher Rahmen und Kritik des Ausschusses

196 Unter dem Blickwinkel des Art 5 des Übereinkommens kritisiert der Ausschuss die in § 97 StGB vorgesehenen Regelungen über den Schwangerschaftsabbruch.

14. While the Committee recognises women's right to reproductive autonomy, the Committee notes that under Austrian law it is legal for a foetus to be aborted up to the onset of birth if serious damage to the health of the foetus can be expected. The Committee is concerned that there appears to be a link between this provision and the fact that according to OECD statistics, births of children with Down's syndrome in Austria fell by 60% between 1995 and 2006. The Committee notes that discussions on this matter are underway.

197 Als generelle Regelungen sind Schwangerschaftsabbrüche nach § 97 Abs 1 Z 1 StGB straflos, wenn diese „innerhalb der ersten drei Monate nach Beginn der Schwangerschaft nach vorhergehender ärztlicher Beratung von einem Arzt vorgenommen“ werden. Diese Regelung wird gemeinhin als „Fristenlösung“ bezeichnet. Eine Ausnahme davon sieht § 97 Abs 1 Z 2 StGB vor. Ein Schwangerschaftsabbruch ist ohne zeitliche Beschränkung straflos, wenn „eine ernste Gefahr besteht, dass das Kind geistig oder körperlich schwer geschädigt sein werde“.

198 Darauf bezugnehmend empfiehlt der Ausschuss jede rein auf Behinderungen abstellende Unterscheidung für die Straflosigkeit von Schwangerschaftsabbrüchen zu beseitigen.

15. The Committee recommends that the State party abolish any distinction in the period allowed under law within which a pregnancy can be terminated based solely on disability.

ii. Würdigung im Lichte des Gleichheitsgrundsatzes

199 Der Grundgedanke des Übereinkommens zielt auf eine Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen ab und verbietet demnach eine Diskriminierung. Um diesen Grundsatz konsequent weiterzudenken, müsste dieser Grundgedanke auch auf das ungeborene Leben anwendbar sein. Nun liegt eine klare Ungleichbehandlung von Föten mit Behinderungen und Föten ohne Behinderung vor.

200 Während der EGMR Schwangerschaftsabbrüche des Öfteren im Lichte des Rechts auf Leben prüft,²¹⁹ liegt für Österreich keine Judikatur zu dieser vom Ausschuss aufgeworfenen Frage vor. In Bezug auf das Recht auf Leben wird hingegen in stRsp der Standpunkt vertreten, dass die Grundrechtsträgerschaft erst mit der Geburt beginnt.²²⁰ In die gleiche Kerbe schlägt Art 10 des Übereinkommens der sich auf das „angeborene“ Recht auf Leben bezieht.²²¹ Auf das Diskriminierungsverbot übertragen, tritt auch hier die Grundrechtsträgerschaft erst mit der Geburt ein. Das ungeborene Kind kann sich deshalb nicht auf Art 7 Abs 1 S 3 B-VG berufen. Abgesehen von der Frage der Rechtsschutzmöglichkeiten müssen allgemeine Regelungen verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechen.

201 Wie oben angemerkt verbietet der Gleichheitsgrundsatz eine rechtliche Ungleichbehandlung von tatsächlich Gleichem.²²² Damit verbunden darf nach Art 7 Abs 1 S 3 B-VG niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.

²¹⁹ EGMR 7.3.2006, *Vo* (GK), 53924/00, Z. 82; 10.4.2007, *Evans* (GK), 6339/05, Z. 56. Dazu *Eberhard*, Recht auf Leben, in Heißl (Hg), Handbuch Menschenrechte (2008) Rz 4/4.

²²⁰ Dazu VfSlg 7400/1974. So hat der VfGH bisher sämtliche Individualanträge gegen die einschlägigen Regelungen des StGB als unzulässig zurückgewiesen, zB VfSlg 9275/1981, 17.401/2004.

²²¹ Dazu auch *Trenk-Hinterberger*, Art 10 Recht auf Leben, in Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger (Hg), Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis (2013) 136. *Infra* Rn 626.

²²² *Supra* Rn 167ff.

- 202** Die Regelungen über den Schwangerschaftsabbruch unterscheiden unzweifelhaft zwischen behinderten und nichtbehinderten Föten. Eine solche Ungleichbehandlung ist – wie gerade angesprochen – nur bei einer sachlichen Rechtfertigung zulässig. Die Frage stellt sich somit, ob eine solche bei der rechtlichen Ungleichbehandlung von behinderten und nichtbehinderten Fötus besteht.
- 203** Eine allfällige Rechtfertigung in dieser Ungleichbehandlung könnte in der Situation der Mutter (bzw der Eltern) gefunden werden. Die Erziehung und Betreuung eines Kindes mit Behinderungen bringt größere Herausforderungen mit sich als jene von Kindern ohne Behinderungen. So würde die Betreuung eines schwerstbehinderten Kindes einer alleinerziehenden Mutter unlösbare Schwierigkeiten bereiten, wenn diese zur Erlangung eines gesicherten Lebensunterhalts auf eine berufliche Tätigkeit angewiesen ist. In diesem Zusammenhang hat auch der OGH einen erhöhten finanziellen Aufwand für die Betreuung eines behinderten Kindes angenommen.²²³

Es kann nicht geleugnet werden, dass auch der finanziellen Komponente ein nicht zu vernachlässigender Stellenwert innerhalb all jener Faktoren beizumessen ist, die sich in der schweren Last, an der die Eltern eines unheilbar schwerstbehinderten Kindes zu tragen haben, niederschlagen. Die Angst vor massiver finanzieller Überforderung, die allein mit dem Hinweis auf Sozialleistungen nicht wettgemacht werden kann, setzt in durchschnittlichen Verhältnissen lebende Eltern zumeist zusätzlich unter Druck. Die umfassenden Elternpflichten werden jedenfalls auch durch eine finanzielle Komponente mitbestimmt, die bei einem schwerstbehinderten Kind besonders spürbar wird.

- 204** Der OGH verpflichtete deshalb einen Arzt zum Schadenersatz, da dieser eine Behinderung des Fötus bei dahingehenden Untersuchungen nicht erkannt hatte. Das Kind kam mit Behinderungen zur Welt. Die Eltern gaben im Verfahren an, sie hätten einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen lassen, wenn sie vom Arzt über die Behinderung informiert worden wären.
- 205** Der Schade liegt wohlgermerkt – so der OGH später bekräftigend – nicht in der Existenz des behinderten Kindes, sondern in der dadurch entstehenden (erhöhten) Unterhaltspflicht der Eltern.²²⁴

Kommt es aufgrund eines Beratungsfehlers des behandelnden Arztes zu einer bei richtiger Aufklärung nicht gewollten Geburt eines behinderten Kindes, liegt der

²²³ OGH 25.5.1999, 1 Ob 91/99 k = SZ 72/91. Siehe auch Kapitel D VIII.

²²⁴ OGH 7.3.2006, 5 Ob 165/05 h.

vermögensrechtliche Nachteil nicht in der Existenz dieses Kindes, sondern in der dadurch entstehenden Unterhaltspflicht der Eltern.

- 206** Durch die allgemeine Grenze der Straffreiheit der Schwangerschaftsabbrüche von drei Monaten soll ein – wohl weitgehend rechtspolitisch zu begründender – Ausgleich zwischen Interessen der Mutter (Selbstbestimmungsrecht der Frau) und jenen des ungeborenen Kindes gefunden werden. Um die Entscheidung für oder gegen das Kind zu treffen, reichen wohl drei Monate aus, auch wenn man berücksichtigt, dass die Entscheidungsfindung wohl erst später, ab Kenntnis der Schwangerschaft beginnen kann. Die Dreimonate-Frist wird mit Gesundheitsaspekten der Schwangeren begründet.²²⁵
- 207** Körperliche bzw geistige Behinderungen eines Kindes bringen jedenfalls das Potential mit sich, die grundlegende Entscheidung einen Schwangerschaftsabbruch durchführen zu lassen, zu beeinflussen. Aufgrund der Entwicklung des Fötus können jedoch bestimmte körperliche oder geistige Behinderungen innerhalb der ersten drei Monate nach Beginn der Schwangerschaft nicht erkannt werden. Eine Gleichbehandlung mit der „Fristenlösung“ wäre somit problematisch.
- 208** Deshalb soll der Mutter (bzw den Eltern) mehr Zeit für die Entscheidung für oder gegen das Kind gegeben werden. Auch beruhen Schwangerschaftsabbrüche bei ernsten Gefährdungen einer geistigen oder körperlichen schweren Schädigung auf einem demokratischen Konsens.²²⁶ Diese lassen sich auch auf das – lange erkämpfte – Selbstbestimmungsrecht der Frau als nunmehr herrschende moralische Vorstellung gründen.
- 209** Ein Kompromiss könnte hingegen dahingehend gefunden werden, dass der Schwangerschaftsabbruch, sofern „eine ernste Gefahr besteht, dass das Kind geistig oder körperlich schwer geschädigt sein werde“, innerhalb einer bestimmten Frist ab Kenntnis dieser ernsten Gefahr, vorgenommen werden muss. Analog zu Schwangerschaftsabbrüchen ohne Behinderung könnte diese Frist der Entscheidungsfindung drei Monate betragen. Es wäre somit ein Schwangerschaftsabbruch nur mehr innerhalb von drei Monaten ab Kenntnis der ernsten Gefahr einer geistigen oder körperlichen schweren Schädigung des Kindes möglich.

²²⁵ Dazu AB 959 BlgNR 13. GP, 21 sowie *Eder-Rieder*, in Wiener Kommentar zum StGB² (Stand Jänner 2014) Vor § 96-98 Rz 11.

²²⁶ Dazu *Müller-Terpitz*, Der Schutz des pränatalen Lebens: eine verfassungs-, völker- und gemeinschaftsrechtliche Statusbetrachtung an der Schwelle zum biomedizinischen Zeitalter (2005).

- 210** Diese Variante bringt freilich auch Probleme mit sich: Zunächst ist es fraglich, wie die Fristberechnung vorzunehmen ist. Sodann könne eine starre Regelung zu medizinisch problematischen Härtefällen führen. Aus diesem Grund wurde auch im dStGB die bisher vorgesehene 22-Wochen-Frist aufgegeben. Nunmehr ist auch in Deutschland die embryopathische Indikation unbegrenzt zulässig.²²⁷
- 211** Eine weitere Kritik an einer solchen Variante setzt an der prinzipiellen Funktion des Strafrechts an. Dieses soll allgemein gesprochen, von der Gesellschaft nicht gewolltes Verhalten sanktionieren. Es kann bezweifelt werden, ob durch ein strafrechtliches Verbot der gewünschte Erfolg bei Schwangerschaftsabbrüchen erreicht wird. Vielmehr besteht die Gefahr, dass eine Verschärfung der strafrechtlichen Regelungen Schwangere in emotionalen Ausnahmesituationen in die Illegalität oder in andere Staaten treibt, in denen dahingehende Schwangerschaftsabbrüche zulässig sind. Ein wesentliches Ziel der Straffreiheit von Schwangerschaftsabbrüchen war es ja gerade die Gesundheit der Betroffenen durch saubere medizinische Behandlungen zu schützen.
- 212** Anstatt einer Verschärfung des strafrechtlichen Rahmens braucht es vielmehr staatliche Fördermaßnahmen, um Eltern die Angst vor der Erziehung von behinderten Kindern zu nehmen, und diese auch dabei zu begleiten.

II. Gleichbehandlung behinderter und nichtbehinderter Kinder

1. Artikel 7 – Kinder mit Behinderungen („Children with disabilities“)

- 213** Artikel 7 des Übereinkommens lautet:

(1) Die Vertragsstaaten treffen alle erforderlichen Maßnahmen, um zu gewährleisten, dass Kinder mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen Kindern alle Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen können. („1. States Parties shall take all necessary measures to ensure the full enjoyment by children with disabilities of all human rights and fundamental freedoms on an equal basis with other children.“)

(2) Bei allen Maßnahmen, die Kinder mit Behinderungen betreffen, ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist. („2. In all actions concerning children with disabilities, the best interests of the child shall be a primary consideration.“)

(3) Die Vertragsstaaten gewährleisten, dass Kinder mit Behinderungen das Recht haben, ihre Meinung in allen sie berührenden Angelegenheiten gleichberechtigt mit anderen Kindern frei zu äußern, wobei ihre Meinung angemessen und entsprechend ihrem Alter und ih-

²²⁷ Eder-Rieder (FN 225) zu § 97 Rz 18.

rer Reife berücksichtigt wird, und behinderungsgerechte sowie altersgemäße Hilfe zu erhalten, damit sie dieses Recht verwirklichen können. („3. States Parties shall ensure that children with disabilities have the right to express their views freely on all matters affecting them, their views being given due weight in accordance with their age and maturity, on an equal basis with other children, and to be provided with disability and age-appropriate assistance to realize that right.”)

2. Umsetzung auf grundrechtlicher Ebene

- 214** Mit dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art 7 Abs 1 B-VG verbunden fordert Art 6 S 2 des Bundesverfassungsgesetzes über die Rechte von Kindern (BVG-Kinder, BGBl I 2011/4) die Gleichbehandlung von behinderten und nichtbehinderten Kindern in allen Bereichen des täglichen Lebens. Darüber hinaus hat jedes Kind mit Behinderung Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die seinen besonderen Bedürfnissen Rechnung tragen (Art 6 S 1 BVG-Kinder). Bei sämtlichen Kinderrechten muss „das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein“ (Art 1 S 2 BVG-Kinder).
- 215** Vergleichbare Garantien manifestiert auch Art 24 GRC. Ohne konkret auf Kinder mit Behinderungen einzugehen, haben sie dieser Bestimmung zufolge „Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für ihr Wohlergehen notwendig sind“ (Art 24 Abs 1 S 1 GRC). Weitgehend wortgleich mit Art 1 S 2 BVG-Kinder bekräftigt auch Art 24 Abs 2 GRC das Kindeswohl als vorrangige Erwägung.
- 216** Über die grundrechtlichen Verankerungen hinaus hat Österreich auch die UN-Kinderrechtskonvention ratifiziert.²²⁸ Diese enthält in Art 23 umfassende Garantien für Kinder mit Behinderungen. Da die UN-Kinderrechtskonvention jedoch unter Erfüllungsvorbehalt erlassen wurde,²²⁹ lassen sich daraus keine verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte ableiten.

3. Konsequenzen für staatliche Verpflichtungen aus dem Übereinkommen

- 217** Im Hinblick auf umfassende verfassungsgesetzlich garantierte Kinderrechte sind die Vorgaben des Art 7 des Übereinkommens erfüllt, wenn nicht sogar übertroffen. Die in Art 7 Abs 1 geforderte Gewährleistung der Gleichberechtigung entspricht Art 6 Abs 2 B-VG-Kinderrechte. Auch die von Art 7 Abs 2 vorgeschriebene stets vorrangige Bedeutung des Kindeswohls findet in Art 1 S 2 BVG-Kinder Niederschlag.

²²⁸ BGBl 7/1993.

²²⁹ Dazu *supra* Rn 35ff und 47ff.

- 218** Art 7 Abs 3 spricht die Meinungsfreiheit von Kindern mit Behinderungen an. Die Meinungsfreiheit von Kindern allgemein wird in Art 4 BVG-Kinder gewährleistet. Dieser Bestimmung kommt in Zusammenschau mit Art 6 BVG-Kinder die gleiche Bedeutung zu wie Art 7 Abs 3.
- 219** Die Empfehlungen des Ausschusses orientieren sich weitgehend an den Concluding Observations des Committee on the Rights of the Child²³⁰ und fordern deren Umsetzung:

20. The Committee endorses the recommendations of the Committee on the Rights of the Child and requests the State Party to implement those recommendations as speedily as is appropriate.

²³⁰ Concluding observations: Austria, Committee on the Rights of Child, 17.9.-5.10.2012, CRC/C/AUT/CO/3-4, Rz 45.

220 Diese wären:

- a) Maßnahmen zur vollen Integration von Kindern mit Behinderungen in allen Bereichen des öffentlichen Lebens zu ergreifen;
- b) die physische Zugänglichkeit zu deren Umgebung, insbesondere zu Gebäuden, zu Transportmitteln und in anderen öffentlichen Bereichen sicherzustellen;
- c) Maßnahmen zur De-Institutionalisierung von Kindern mit Behinderungen zu ergreifen und die Unterstützung von Familien weiter zu stärken, um ihnen zu ermöglichen mit den Eltern zu leben;
- d) den vollen Zugang zu Information, Kommunikation und anderen Leistungen für Kinder mit Behinderungen sicherzustellen;
- e) inklusive Bildung von Kindern mit Behinderungen zu priorisieren und das Kindeswohl als primären Aspekt in Entscheidungen über die Anmeldungen zur Schule sicherzustellen;
- f) beim nächsten periodischen Bericht Informationen über die Ausbildung von Minderheitenkindern mit Behinderungen zur Verfügung zu stellen.

Die einzelnen Aspekte daraus, werden in Zusammenhang mit anderen Bereichen des Gutachtens besprochen.

III. Verbot von Folter oder grausamer, unmenschlicher, erniedrigender Behandlung oder Strafe

1. Maßgebliche Bestimmungen des Übereinkommens

- a. **Artikel 15 – Freiheit von Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe („Freedom from torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment“)**

(1) Niemand darf der Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe unterworfen werden. Insbesondere darf niemand ohne seine freiwillige Zustimmung medizinischen oder wissenschaftlichen Versuchen unterworfen werden. („1. No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his or her free consent to medical or scientific experimentation.“)

(2) Die Vertragsstaaten treffen alle wirksamen gesetzgeberischen, verwaltungsmäßigen, gerichtlichen oder sonstigen Maßnahmen, um auf der Grundlage der Gleichberechtigung zu verhindern, dass Menschen mit Behinderungen der Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe unterworfen werden. („2. States Parties shall take all effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent persons with disabilities, on an equal basis with others, from being subjected to torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.“)

b. Artikel 17 – Schutz der Unversehrtheit der Person („Protecting the integrity of the person“)

Jeder Mensch mit Behinderungen hat gleichberechtigt mit anderen das Recht auf Achtung seiner körperlichen und seelischen Unversehrtheit. („Every person with disabilities has a right to respect for his or her physical and mental integrity on an equal basis with others.“)

2. Umsetzung auf grundrechtlicher Ebene

a. Allgemein

221 Art 3 EMRK verbietet jegliche Form von Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe. Darin kann auch die Verfassungsgrundlage für die Menschenwürde in Österreich erblickt werden. So sieht der VfGH jede die Menschenwürde gröbliche Beeinträchtigung des Betroffenen als Person als Verletzung von Art 3 EMRK an.²³¹ Als Grundrecht ohne Gesetzesvorbehalt gilt das Folterverbot absolut. In den Schutzbereich darf somit unter keinen Umständen eingegriffen werden. Dieses Grundrecht gilt gleichermaßen für Menschen mit Behinderungen und für Menschen ohne Behinderungen.

222 Es bezieht sich nicht nur auf staatliche (bzw polizeiliche) Handlungen sondern enthält auch Gewährleistungspflichten des Staates. So kann dieser bei besonders schutzbedürftigen Personen gefordert sein, aktive Handlungen zu setzen, um einen tatsächlichen Schutz zu garantieren. So hat etwa der Gesetzgeber in §§ 92, 93 und 100 StGB spezielle Straftatbestände zum Schutz von behinderten Personen geschaffen. Aus Art 5 Abs 2 BVG Kinder gibt sich das Recht auf angemessene Entschädigung und Rehabilitation für Kinder, die Opfer von Gewalt wurden. Dies gilt auch für Verletzungen des Art 3 EMRK durch staatliche Organe. Für er-

²³¹ ZB Slg 16.384/2001 mwN. Dazu zB *Tretter*, Art 3 EMRK, in Korinek/Holoubek (Hg), Bundesverfassungsrecht (2012) Rz 41 sowie *Heißl*, Verbot von Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlungen oder Strafe, in Heißl (Hg), Handbuch Menschenrechte (2008) Rz 5/3.

wachsene Behinderte existiert ein solcher Rechtsanspruch nicht. Hier gelten die allgemeinen Regelungen des Polizei-Entschädigungsrechts.

223 Die nachfolgenden Konkretisierungen der staatlichen Verpflichtungen wurden weitgehend durch die Rsp des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte geprägt.

b. Haftbedingungen

224 Ein in diesem Zusammenhang besonders hervorzuhebender Aspekt betrifft Haftbedingungen.²³² Von der Natur der Sache her befinden sich alle Häftlinge in einer Situation mangelnder Selbstbestimmung und sind allein schon deshalb schutzbedürftig.²³³ Nach der Judikatur des EGMR kann eine Verletzung des Art 3 EMRK schon dann vorliegen, ohne dass staatlichen Organen eine Intention bewiesen werden kann, den Betroffenen zu erniedrigen.²³⁴ Vielmehr sind die objektiven Umstände relevant.

225 Eine Grundrechtsverletzung durch den Staat kann unter Umständen durch Selbstmord des Inhaftierten oder durch Verletzung durch Zellenkollegen entstehen.²³⁵

226 Bei Menschen mit Behinderungen wird die aufgrund der Inhaftierung auftretende Schutzbedürftigkeit zusätzlich verstärkt. Sofern diese in Haft gehalten werden, sind besondere der Behinderung angemessene Vorkehrungen und Bedingungen erforderlich. Diesen Grundsatz wiederholt der EGMR in stRsp:²³⁶

Wenn Behörden sich entschließen einen Menschen mit Behinderung einzusperren, müssen sie besondere Fürsorge darlegen und deshalb Bedingungen garantieren, die den aus der Behinderung resultierenden Bedürfnissen angemessen sind.

²³² Dazu zB EGMR 17.1.2012, *Stanev* (GK), 36.760/06 = NLMR 2012, 24.

²³³ EGMR 12.3.2013, *Zarzycki*, 15.351/03, Z 102: „Persons in custody are in a vulnerable position and the authorities are under a duty to protect them.”

²³⁴ EGMR 12.2.2013, *DG*, 45.705/07, Z 177.

²³⁵ ZB 14.3.2002, *Edwards*, 46.477/99 = NLMR 2002, 55; 3.10.2013, *Shchokin*, 4299/03; 17.10.2013, *Keller*, 26.824/04; 29.10.2013, *DF*, 11.160/07.

²³⁶ Zitiert nach EGMR 8.11.2012, *ZH*, 28.973/11, Z 29 mwN. Übereinstimmend 12.3.2013, *Zarzycki*, 15.351/03, Z 102 mwN; 25.6.2013, *Grimailovs*, 6087/03, Z 151 mwN.

227 Der EGMR hat in seiner Rsp zu Haftbedingungen von Menschen mit Behinderungen drei zu berücksichtigende Faktoren herausgearbeitet, um die Konformität mit Art 3 EMRK zu prüfen:²³⁷

- 1) der gesundheitliche Zustand des Häftlings,
- 2) die Qualität der zu Verfügung gestellten Unterstützung, sowie
- 3) die Prüfung, ob der Betroffene aufgrund seines Gesundheitszustands weiterhin in Haft gehalten werden sollte.

228 Auf einen Rollstuhl angewiesene Menschen benötigen besondere Vorkehrungen. Neben baulichen Veränderungen muss diesen zB auch ein eigener Rollstuhl zur Gewährleistung einer gewissen Mobilität zur Verfügung gestellt werden. Ziel dabei ist die Möglichkeit, sich selbständig frei zu bewegen und insb die Zelle verlassen zu können.²³⁸ Besonders der Gebrauch der Toilette und sonstiger sanitärer Einrichtungen muss barrierefrei zugänglich und selbständig möglich sein.²³⁹ So kritisiert der EGMR in seiner Entscheidung *DG* das Fehlen von Handstangen in der Duschkabine, was dem Betroffenen das Aufstehen bzw die nötigen Bewegungen unmöglich macht, sowie generell die nicht-behindertengerechte Ausstattung der Zelle.²⁴⁰ Eine Hocktoilet über die ein Eisengestell mit einem Holzstuhl platziert wird, stellt – für den EGMR – eine rudimentäre und improvisierte Ausstattung dar, die ohne weitere Unterstützungsmittel bzw dahingehende Ausstattung schwerlich angemessen für einen Menschen mit schweren körperlichen Behinderungen sein kann.²⁴¹

229 Eine Abhängigkeit von Mithäftlingen ist dabei tunlichst zu vermeiden. So erachtet der Straßburger Gerichtshof die Ermöglichung der Mobilität nur aufgrund der Hilfe übriger Insassen als nicht ausreichend.²⁴² Dadurch könne – so der EGMR – eine die Menschenwürde verletzende Situation der Unterordnung entstehen.²⁴³

²³⁷ ZB EGMR 12.3.2013, *Zarzycki*, 15.351/03, Z 103 mwN.

²³⁸ EGMR 25.6.2013, *Grimailovs*, 6087/03, Z 153 mwN.

²³⁹ EGMR 25.6.2013, *Grimailovs*, 6087/03, Z 159.

²⁴⁰ EGMR 12.2.2013, *DG*, 45.705/07, Z 148f.

²⁴¹ EGMR 30.7.2013, *Mircea Dumitrescu*, 14.609/10, Z 62.

²⁴² EGMR 2.12.2004, *Farbtuhs*, 4672/02, Z 60; 12.3.2013, *Zarzycki*, 15.351/03, Z 104 mwN; 25.6.2013, *Grimailovs*, 6087/03, Z 153 mwN; 30.7.2013, *Mircea Dumitrescu*, 14.609/10, Z 64.

²⁴³ EGMR 12.2.2013, *DG*, 45.705/07, Z 147.

- 230** Bei Haftbedingungen spielt neben Art 3 EMRK auch das Bundesverfassungsgesetz zum Schutz der persönlichen Freiheit (PersFrG) eine Rolle. Dieses fordert bei Festgenommenen und Angehaltenen die Behandlung unter „Achtung der Menschenwürde“ und „möglichster Schonung der Person“ sowie eine Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen (Art 4).
- 231** Verfahrensrechtlich besteht hinsichtlich der Adäquanz der Haftbedingungen eine Beweislastumkehr. Generell obliegt es dem Betroffenen das Vorliegen eines Grundrechtseingriffs zu beweisen. Im Gegensatz dazu obliegt es dem Staat – als Reaktion auf die EGMR-Beschwerde eines Betroffenen – darzulegen, dass der Behinderung angemessene Umstände geschaffen und Vorkehrungen getroffen wurden.²⁴⁴ Als Vorbild dafür dient folgender Grundsatz: Sofern eine Person gesund in Haft bzw. Gewahrsam genommen wird, und bei der Freilassung Verletzungen aufweist, muss der Staat beweisen, dass diesem daran kein Verschulden trifft. Vergleichbares trifft somit auch auf Haftbedingungen von Menschen mit Behinderungen zu. Der Staat muss – zumindest im Verfahren vor dem EGMR – beweisen, dass eine den Bedürfnissen der Häftlinge mit Behinderungen angemessene Ausstattung vorliegt.

c. Schutzpflicht bei Misshandlungen durch Private

- 232** Während sich grundrechtliche Verpflichtungen hinsichtlich Haftbedingungen auf das Verhältnis zwischen Staat und Bürger beziehen, kann aufgrund der grundrechtlichen Gewährleistungspflichten auch das Verhältnis zwischen Privaten betroffen sein. In diesem Zusammenhang hat der EGMR bei Misshandlungen eines Kindes mit Behinderung durch Gleichaltrige eine Verletzung des Staates nach Art 3 EMRK angenommen.²⁴⁵ Kroatien hatte es unterlassen, aktive Schutzvorkehrungen für den Minderjährigen vor weiteren Misshandlungen zu ergreifen.²⁴⁶ So hätten Sozialarbeiter aktiv und Experten konsultiert werden müssen, um eine angemessene Strategie und Vorgehensweise gemeinsam mit den betroffenen Kindern zu erreichen.²⁴⁷ Auch sei dem misshandelten Kind keine Hilfe angeboten worden.²⁴⁸
- 233** Zum Entstehen einer staatlichen Verantwortung muss eine Dimension erreicht werden, die über rein abscheuliche Einzelfälle hinausgeht. Als primäre Verpflichtung trifft den Staat die

²⁴⁴ EGMR 8.11.2012, *ZH*, 28.973/11, Z 31 mwN.

²⁴⁵ EGMR 24.7.2012, *Dordevic*, 41.526/10.

²⁴⁶ *Ibidem*, Z 148.

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ *Ibidem*.

Verpflichtung gesetzliche Rahmenbedingungen und präventive Maßnahmen einzurichten. Sofern diese bestehen tritt eine grundrechtlich abgeleitete Verantwortung erst ein, wenn staatlichen Organen bei voller Kenntnis sämtlicher relevanter Umstände konkrete Verfehlungen unterstellt werden können.

234 Einfachgesetzlich ist diese Verpflichtung in den Jugendwohlfahrtsgesetzen der Länder niedergelegt, die dahingehende Maßnahmen vorsehen (zB § 37ff Tiroler Kinder- und Jugendhilfegesetz, LGBI 150/2013).

3. Konsequenzen für staatliche Verpflichtungen aus dem Übereinkommen

a. Grundrechtliche Ebene

235 Durch das in Österreich verfassungsgesetzlich gewährleistete Verbot der Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (Art 3 EMRK) wird Art 15 Abs 1 S 1 des Übereinkommens wortgleich entsprochen. Eine ausdrückliche Bezugnahme auf das Verbot der unfreiwilligen medizinischen oder wissenschaftlichen Versuche findet sich zwar in der österreichischen Grundrechtsordnung nicht ausdrücklich. Dieses wird jedoch von Art 3 EMRK bzw Art 8 EMRK mitumfasst.

236 Da sich – wie oben dargestellt – aus Art 3 EMRK auch die Verpflichtung zu aktiven Maßnahmen ableiten lässt, wird auch Art 15 Abs 2 des Übereinkommens durch Art 3 EMRK ausreichend umgesetzt.

237 Der Schutzbereich des Art 3 EMRK betrifft nach der Rsp des VfGH die physische und psychische Unversehrtheit.²⁴⁹ Genau dies wird durch Art 17 des Übereinkommens gefordert.

238 Der Ausschuss fordert in seinen Empfehlungen die Abschaffung der Verwendung von Netzbetten, Festhalteeinrichtungen oder anderen nicht-konsensualen Praktiken gegenüber Menschen mit intellektuellen, mentalen oder psychosozialen Defiziten in psychiatrischen Krankenhäusern und Einrichtungen. Darüber hinaus wird empfohlen, Ausbildungen über die Verhütung von Folter, grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe für medizinisches und übriges, in Heilstätten und sonstigen Einrichtungen tätiges, Personal, wie vom Übereinkommen vorgesehen, anzubieten:

²⁴⁹ Dazu statt vieler *Tretter* (FN 231) Rz 42.

33. The State party should abolish the use of net beds, restraints and other non-consensual practices used against persons with intellectual, mental and psychosocial disabilities in psychiatric hospitals and institutions. It is further recommended that the State party should continue to provide training to medical professionals and personnel in the care and other similar institutions on the prevention of torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment as provided by the Convention.

b. Mangel an einfachgesetzlichen Vorkehrungen für Haftbedingungen

239 Hinsichtlich der Betreuung von Häftlingen mit körperlichen Behinderungen weisen die einfachgesetzlichen Regelungen deutliche Lücken auf. Diese nehmen nicht konkret auf die Betreuung von Häftlingen mit Behinderungen Bezug.

240 § 5 Strafvollzugsgesetz schafft die Möglichkeit des Aufschiebens des Strafvollzuges wegen Vollzugsuntauglichkeit insb wegen „Invalidität oder eines sonstigen körperlichen oder geistigen Schwächezustandes“. Diese Vollzugsuntauglichkeit kann auch im Nachhinein und somit schon während aufrechter Haft festgestellt werden, wenn ein Strafgefangener insb „in einen sonstigen schweren körperlichen oder geistigen Schwächezustand verfällt und anzunehmen ist, dass sein Zustand mit naher Lebensgefahr verbunden ist oder für immer oder für lange Zeit fortbestehen wird“ (§ 133 Abs 2 StVG). Daneben sind „Strafgefangene, die sich wegen psychischer Besonderheiten nicht für den allgemeinen Vollzug eignen, [...] getrennt von anderen Strafgefangenen zu verwahren und entsprechend ihrem Zustand zu betreuen“ (§ 129 StVG). Die Regelungen über sanitäre Einrichtungen (§ 42 Abs 4 StVG) werden sehr allgemein gehalten:

Die sanitären Anlagen müssen hygienisch eingerichtet und so beschaffen sein, dass die Strafgefangenen jederzeit in sauberer und schicklicher Weise ihren Bedürfnissen nachkommen können.

241 Auf allfällige benötigte Hilfsmittel geht § 132 Abs 3 StVG ein:

Körperersatzstücke, orthopädische und andere Hilfsmittel, die die Strafgefangenen benützen, sind ihnen zu belassen, soweit sie dieser Gegenstände im Hinblick auf ihren Zustand bedürfen.

242 Darüber hinaus finden sich noch detaillierte Regelungen über „geistig abnorme Rechtsbrecher“ (§ 158, 164ff StVG).

243 Das Verwaltungsstrafgesetz sieht die Unzulässigkeit des Vollzuges von Freiheitsstrafen vor. So darf nach dessen § 54 Abs 1 eine Freiheitsstrafe „an psychisch kranken oder körperlich schwer kranken Personen“ nicht vollzogen werden.

- 244** Auf die Vollziehung der – ebenfalls in den Bereich des Verwaltungsrechts fallenden – Schubhaft nimmt § 78 Fremdenpolizeigesetz Bezug. Allgemein formuliert ist bei Erforderlichkeit des Gesundheitszustandes des Fremden die weitere Schubhaft in einer geeigneten Krankenanstalt zu vollziehen, sofern die Behandlung nicht in den gewöhnlichen Hafträumen der Landespolizeidirektion durchgeführt werden kann.
- 245** Zusammengefasst nehmen weder das für den Vollzug von gerichtlichen Freiheitsstrafen einschlägige StVG noch das VStG für den Bereich der verwaltungsrechtlichen Freiheitsstrafen auf Menschen mit körperlichen Behinderungen ausreichend Bezug. Die äußerst allgemein gehaltenen Formulierungen spiegeln konkrete grundrechtliche Verpflichtungen nicht wieder. Um erstens den Anforderungen des Art 15 Übereinkommens und zweitens auch jenen des Art 3 EMRK zu entsprechen, sind detaillierte Standards erforderlich, die durch eindeutige gesetzliche Vorgaben umgesetzt werden müssen.

IV. Recht auf Achtung der Privatsphäre, der Wohnung und der Familie

1. Maßgebliche Bestimmungen des Übereinkommens

a. Artikel 22 – Achtung der Privatsphäre („Respect for privacy“)

(1) Menschen mit Behinderungen dürfen unabhängig von ihrem Aufenthaltsort oder der Wohnform, in der sie leben, keinen willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in ihr Privatleben, ihre Familie, ihre Wohnung oder ihren Schriftverkehr oder andere Arten der Kommunikation oder rechtswidrigen Beeinträchtigungen ihrer Ehre oder ihres Rufes ausgesetzt werden. Menschen mit Behinderungen haben Anspruch auf rechtlichen Schutz gegen solche Eingriffe oder Beeinträchtigungen. („1. No person with disabilities, regardless of place of residence or living arrangements, shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his or her privacy, family, home or correspondence or other types of communication or to unlawful attacks on his or her honour and reputation. Persons with disabilities have the right to the protection of the law against such interference or attacks.“)

(2) Die Vertragsstaaten schützen auf der Grundlage der Gleichberechtigung mit anderen die Vertraulichkeit von Informationen über die Person, die Gesundheit und die Rehabilitation von Menschen mit Behinderungen. („2. States Parties shall protect the privacy of personal, health and rehabilitation information of persons with disabilities on an equal basis with others.“)

b. Artikel 23 – Achtung der Wohnung und der Familie („Respect for home and the family“)

(1) Die Vertragsstaaten treffen wirksame und geeignete Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen auf der Grundlage der Gleichberechtigung mit anderen in allen Fragen, die Ehe, Familie, Elternschaft und Partnerschaften betreffen, um zu gewährleisten, dass („1. States Parties shall take effective and appropriate measures to eliminate discrimination against persons with disabilities in all matters relating to marriage, family, parenthood and relationships, on an equal basis with others, so as to ensure that:”)

a) das Recht aller Menschen mit Behinderungen im heiratsfähigen Alter, auf der Grundlage des freien und vollen Einverständnisses der künftigen Ehegatten eine Ehe zu schließen und eine Familie zu gründen, anerkannt wird; („(a) The right of all persons with disabilities who are of marriageable age to marry and to found a family on the basis of free and full consent of the intending spouses is recognized;“

b) das Recht von Menschen mit Behinderungen auf freie und verantwortungsbewusste Entscheidung über die Anzahl ihrer Kinder und die Geburtenabstände sowie auf Zugang zu altersgemäßer Information sowie Aufklärung über Fortpflanzung und Familienplanung anerkannt wird und ihnen die notwendigen Mittel zur Ausübung dieser Rechte zur Verfügung gestellt werden; („(b) The rights of persons with disabilities to decide freely and responsibly on the number and spacing of their children and to have access to age-appropriate information, reproductive and family planning education are recognized, and the means necessary to enable them to exercise these rights are provided;“)

c) Menschen mit Behinderungen, einschließlich Kindern, gleichberechtigt mit anderen ihre Fruchtbarkeit behalten. („(c) Persons with disabilities, including children, retain their fertility on an equal basis with others.”)

(2) Die Vertragsstaaten gewährleisten die Rechte und Pflichten von Menschen mit Behinderungen in Fragen der Vormundschaft, Pflegschaft, Personen- und Vermögenssorge, Adoption von Kindern oder ähnlichen Rechtsinstituten, soweit das innerstaatliche Recht solche kennt; in allen Fällen ist das Wohl des Kindes ausschlaggebend. Die Vertragsstaaten unterstützen Menschen mit Behinderungen in angemessener Weise bei der Wahrnehmung ihrer elterlichen Verantwortung. („2. States Parties shall ensure the rights and responsibilities of persons with disabilities, with regard to guardianship, wardship, trusteeship, adoption of children or similar institutions, where these concepts exist in national legislation; in all cases the best interests of the child shall be paramount. States Parties shall render appropriate assistance to persons with disabilities in the performance of their child-rearing responsibilities.”)

(3) Die Vertragsstaaten gewährleisten, dass Kinder mit Behinderungen gleiche Rechte in Bezug auf das Familienleben haben. Zur Verwirklichung dieser Rechte und mit dem Ziel, das Verbergen, das Aussetzen, die Vernachlässigung und die Absonderung von Kindern mit Behinderungen zu verhindern, verpflichten sich die Vertragsstaaten, Kindern mit Behinderungen und ihren Familien frühzeitig umfassende Informationen, Dienste und Unterstützung zur Verfügung zu stellen. („3. States Parties shall ensure that children with disabilities have equal rights with respect to family life. With a view to realizing these rights, and to prevent concealment, abandonment, neglect and segregation of children with disabilities, States

Parties shall undertake to provide early and comprehensive information, services and support to children with disabilities and their families.“)

(4) Die Vertragsstaaten gewährleisten, dass ein Kind nicht gegen den Willen seiner Eltern von diesen getrennt wird, es sei denn, dass die zuständigen Behörden in einer gerichtlich nachprüfaren Entscheidung nach den anzuwendenden Rechtsvorschriften und Verfahren bestimmen, dass diese Trennung zum Wohl des Kindes notwendig ist. In keinem Fall darf das Kind aufgrund einer Behinderung entweder des Kindes oder eines oder beider Elternteile von den Eltern getrennt werden. („4. States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when competent authorities subject to judicial review determine, in accordance with applicable law and procedures, that such separation is necessary for the best interests of the child. In no case shall a child be separated from parents on the basis of a disability of either the child or one or both of the parents.“)

(5) Die Vertragsstaaten verpflichten sich, in Fällen, in denen die nächsten Familienangehörigen nicht in der Lage sind, für ein Kind mit Behinderungen zu sorgen, alle Anstrengungen zu unternehmen, um andere Formen der Betreuung innerhalb der weiteren Familie und, falls dies nicht möglich ist, innerhalb der Gemeinschaft in einem familienähnlichen Umfeld zu gewährleisten. („5. States Parties shall, where the immediate family is unable to care for a child with disabilities, undertake every effort to provide alternative care within the wider family, and failing that, within the community in a family setting.“)

2. Umsetzung auf grundrechtlicher Ebene

a. Allgemein

246 Art 8 EMRK gewährt jedermann einen Anspruch auf Achtung seines Privatlebens. Auch wenn der Begriff „Privatleben“ einer erschöpfenden Definition nicht zugänglich ist, werden dadurch wesentliche Ausdrucksmöglichkeiten der Persönlichkeit geschützt und ein Grundsatz der Selbstbestimmung normiert.²⁵⁰ Wie auch bei Art 3 EMRK fordert der in Art 8 EMRK vorgesehene Anspruch auf Achtung des Privatlebens besondere Vorkehrungen bei schutzwürdigen Personen. Auch die dahingehenden Vorgaben wurden durch die Rsp entwickelt.

b. Anspruch auf barrierefreien Zugang zu öffentlichen Gebäuden?

247 Art 22 des Übereinkommens wird in Österreich auf Verfassungsebene durch Art 8 EMRK umgesetzt. Art 22 nimmt zwar nicht ausdrücklich Bezug auf behindertengerechtes Bauen und

²⁵⁰ Dazu *Wiederin*, Art 8 EMRK, in Korinek/Holoubek (Hg), Bundesverfassungsrecht (2002) sowie *Heißl*, Recht auf Achtung des Privatlebens, des Hausrechts sowie des Brief- und Fernmeldegeheimnisses, in Heißl (Hg), Handbuch Menschenrechte (2009) Rz 8/2.

eine behindertengerechte Zugänglichkeit zu öffentlich zugänglichen Orten. Durch Art 8 EMRK wird aber ein begrenzter diesbezüglicher Anspruch realisiert. Das Recht auf Achtung des Privatlebens führt – so der EGMR in seiner Entscheidung *Zehnalova & Zehnal* – jedoch nicht zu einer generellen Verpflichtung auf barrierefreien Zugang zu sämtlichen öffentlichen Gebäuden. Der Straßburger Gerichtshof formuliert dabei bewusst vorsichtig und sieht das Recht auf Achtung des Privatlebens nur in außergewöhnlichen Fällen betroffen. Von solchen Konstellation ist dann auszugehen, wenn der Mangel an Zugang zu öffentlichen oder der Öffentlichkeit zur Verfügung stehenden Gebäuden das Leben der Betroffenen konkret beeinträchtigen würde. Diese Beeinträchtigung muss das Recht auf persönliche Entwicklung und das Recht Kontakte mit anderen Menschen und der Außenwelt zu knüpfen und zu pflegen, betreffen. In solchen Fällen könnte – so der EGMR – eine positive Verpflichtung bestehen, Zugang zu den betroffenen Gebäuden zu ermöglichen.²⁵¹ Ein direkter Zusammenhang zwischen der Zugänglichkeit zu Gebäuden und dem Recht auf Achtung des Privatlebens ist insb bei Ausbildungs- oder Wohnstätten anzunehmen. Es muss – in anderen Worten – eine konkrete Beeinträchtigung des Privatlebens vorliegen. Dies wird im gegenständlichen Fall verneint, da generell die mangelnde Zugänglichkeit zu öffentlichen Gebäuden gerügt wurde:

Im gegenständlichen Fall formuliert der Beschwerdeführer seine vermeintliche Grundrechtsverletzung zu breit und unbestimmt ohne konkrete Details über mögliche Hürden anzugeben. Auch fehlt ein überzeugender Beweis des Eingriffs in das Recht auf Privatleben. Der Beschwerdeführer hat deshalb in der Meinung des Gerichtshofs den Zusammenhang zwischen der Unmöglichkeit des Betretens der angeführten Gebäude und der speziellen Bedeutung für sein Privatleben nicht bewiesen. In Anbetracht der großen Anzahl an angeführten Gebäuden bleiben Zweifel, ob der Beschwerdeführer diese täglich benötigt und ob ein direkter und unmittelbarer Zusammenhang zwischen den geforderten staatlichen Maßnahmen und dem Privatleben des Beschwerdeführers besteht; dieser hat nichts unternommen, um diese Zweifel zu streuen.

248 Ein **generelles** Recht auf Zugang zu öffentlichen Gebäuden lässt sich demnach aus Art 8 EMRK nicht ableiten. Dogmatisch fällt die Frage der Zugänglichkeit zu öffentlichen Gebäuden eher unter Art 7 B-VG. Weitere dahingehende Aspekte werden im Kapitel D. II. über die Zugänglichkeit behandelt.

c. Sachwalterschaft

²⁵¹ EGMR 14.5.2002, *Zehnalova & Zehnal* (ZE), 38.621/97.

- 249** Wesentliche Elemente des Art 23 Abs 2 Übereinkommens sind vom Schutzbereich des Art 8 EMRK abgedeckt. Eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit durch eine Sachwalterschaft stellt zweifellos einen Eingriff in Art 8 EMRK dar. Der Grundsatz der Selbstbestimmung wird massiv beeinträchtigt.²⁵² Eine solche Maßnahme betrifft naturgemäß Menschen mit Behinderungen.
- 250** Grundsätzlich muss jeder Eingriff in den Schutzbereich des Privatlebens gesetzlich vorgesehen sein, einem öffentlichen Interesse entsprechen, geeignet, erforderlich und angemessen sein. Das öffentliche Interesse an einer Sachwalterschaft besteht wohl im Schutz des Betroffenen selbst. Im Lichte der Verhältnismäßigkeit muss die Einschränkung der Geschäftsfähigkeit angemessen zum Grad der Behinderung sein. So zieht es der EGMR zB bei bestimmten Behinderungen in Zweifel, ob eine Sachwalterschaft für sämtliche Angelegenheiten notwendig ist.²⁵³
- 251** Daneben spielen auch verfahrensrechtliche Aspekte eine Rolle:²⁵⁴

In Fällen von Menschen in besonders verwundbaren Situationen, wie zB Menschen mit Behinderungen, müssen die Behörden besondere Achtsamkeit zeigen. Dies erfordert erhöhten Schutz vor dem Hintergrund, dass die individuelle Möglichkeit oder der individuelle Wille den Rechtsweg zu verfolgen, oft beeinflusst sein könnte.

- 252** So ist dem Betroffenen Gelegenheit zu geben, selbst vor dem entscheidenden Gericht vorzusprechen, bzw – in anderen Worten – muss sich dieses selbst ein unmittelbares Bild vom Gesundheitszustand des Betroffenen machen.²⁵⁵ Auch wenn dieser Grundsatz nicht absolut gelten kann, bedarf eine Abweichung davon einer nachvollziehbaren Begründung. Ein bloßer Verweis auf das Vorliegen der Schizophrenie reicht nach der Rsp des EGMR dafür nicht aus.²⁵⁶ In jedem Fall ist Betroffenen die Entscheidung des Gerichtes über die Sachwalterschaft verständlich mitzuteilen bzw zur Kenntnis zu bringen.²⁵⁷

²⁵² So zB EGMR 3.11.2011, *X & Y*, 5193/09, Z 102; 22.11.2012, *Sykora*, 23.419/07, Z 101.

²⁵³ EGMR 27.3.2008, *Shtukaturov*, 44.009/05, Z 90; 22.1.2013, *Lashin*, 33.117/02, Z 81.

²⁵⁴ EGMR 19.2.2013, *B*, 1285/03, Z 86; ähnlich auch 22.11.2012, *Sykora*, 23.419/07, Z 102; 22.1.2013, *Lashin*, 33.117/02, Z 81 mwN.

²⁵⁵ EGMR 22.11.2012, *Sykora*, 23.419/07, Z 107.

²⁵⁶ EGMR 22.1.2013, *Lashin*, 33.117/02, Z 82 mwN.

²⁵⁷ EGMR 22.11.2012, *Sykora*, 23.419/07, Z 109 mwN; 19.2.2013, *B*, 1285/03, Z 95.

- 253 Die Entscheidung muss sich auf ein aktuelles Gutachten eines Sachverständigen stützen.²⁵⁸ Eine Bezugnahme auf eine Stellungnahme von vor eineinhalb Jahren wird vom EGMR nur dann als zulässig angesehen, wenn besondere Gründe vorliegen, die eine Verbesserung des Gesundheitszustandes des Betroffenen unwahrscheinlich machen.²⁵⁹
- 254 Damit verbunden müssen verfahrensrechtliche Möglichkeiten der Überprüfung (des Ausmaßes) der Sachwalterschaft bestehen.²⁶⁰

d. Schutzpflicht bei Misshandlungen durch Private

- 255 Wiederum vergleichbar mit Art 3 EMRK können auch im Lichte des Art 8 EMRK aufgrund grundrechtlicher Gewährleistungspflichten aktive Handlungen des Staates zur Vermeidung von Beeinträchtigungen besonders schutzwürdiger Personen erforderlich sein. Oben wurde der Fall von Misshandlungen eines behinderten Kindes durch Gleichaltrige angesprochen. Damit verbunden hat der EGMR in Bezug auf diesen Einzelfall auch eine Beeinträchtigung des Privat- und Familienlebens der Mutter festgestellt. Die Unterlassungen des Staates führen deshalb zu einer Verletzung des Art 8 EMRK.²⁶¹
- 256 Die fortlaufenden Belästigungen (des Minderjährigen) haben auch das Privat- und Familienleben der (Mutter) betroffen. (Der Gerichtshof) hat festgestellt, dass die staatlichen Behörden keine angemessenen und relevanten Maßnahmen ergriffen haben, um weitere Misshandlungen (des Minderjährigen) zu verhindern. Somit haben die staatlichen Behörden auch keinen angemessenen Schutz in Bezug auf die (Mutter) ergriffen. Aus diesem Grund liegt eine Verletzung des Art 8 EMRK der (Mutter) vor.
- 257 In diesem Zusammenhang wird auf die aus Art 3 EMRK ableitbaren staatlichen Verpflichtungen verwiesen (Rn 228ff).

3. Konsequenzen für staatliche Verpflichtungen aus dem Übereinkommen

- 258 Durch die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte aus Art 8 EMRK wird dem Art 22 des Übereinkommens ausreichend Rechnung getragen. Das Verbot willkürlicher und rechtswidriger Eingriffe des Art 22 Abs 1 S 1 Übereinkommens deckt sich mit jenem des Art 8

²⁵⁸ EGMR 22.11.2012, *Sykora*, 23.419/07, Z 102.

²⁵⁹ EGMR 22.1.2013, *Lashin*, 33.117/02, Z 82 mwN.

²⁶⁰ EGMR 22.1.2013, *Lashin*, 33.117/02, Z 79.

²⁶¹ EGMR 24.7.2012, *Dordevic*, 41.526/10, Z 153.

EMRK. Art 22 des Übereinkommens fordert ausdrücklich einen Schutz der Ehre und des guten Rufes. Aus der Rsp des EGMR lässt sich ein Recht auf Schutz des guten Rufes aus Art 8 EMRK ableiten.²⁶² Deshalb wird auch diese Vorgabe durch Art 8 EMRK umgesetzt. Auch hat die Rsp aus Art 8 EMRK die Verpflichtung zu positiven Maßnahmen abgeleitet, die somit den Vorgaben des Art 22 Übereinkommens Rechnung tragen.

- 259** Art 22 Abs 2 des Übereinkommens schützt die Vertraulichkeit von bestimmten Informationen über Menschen mit Behinderungen. Diese Daten werden erstens ebenfalls vom Schutzbereich des Art 8 EMRK umfasst. Darüber hinaus schützt zweitens das eigene mit unmittelbarer Drittwirkung ausgestattete Grundrecht auf Datenschutz personenbezogene Daten. Unter diesen Begriff fallen nach der Definition alle „Informationen über eine bestimmte oder bestimmbare Person“ und somit auch genau die in Art 22 Abs 2 des Übereinkommens genannten „Informationen über die Person, die Gesundheit und die Rehabilitation von Menschen mit Behinderungen“.
- 260** Über Vorgaben des Art 8 EMRK hinaus gehen hingegen die Forderungen des Art 23 Übereinkommens. So sieht zB Art 23 Abs 1 lit a das „Recht aller Menschen mit Behinderungen im heiratsfähigen Alter, auf Grundlage des freien und vollen Einverständnisses der künftigen Ehegatten eine Ehe zu schließen und eine Familie zu gründen“ vor. Das vergleichbare Recht auf Eheschließung des Art 12 EMRK garantiert dieses Recht hingegen nur „gemäß den einschlägigen nationalen Gesetzen“.
- 261** Die Eheschließung darf als höchstpersönliches Recht nur von den zukünftigen Ehegatten selbst vorgenommen werden. Allein schon aus diesem Grund sind unter Sachwalterschaft stehende Personen davon ausgeschlossen. Für die einfachgesetzliche Ausgestaltung der Sachwalterschaft zusammen mit der Umsetzung der soeben dargestellten Vorgaben wird auf Rn 392ff verwiesen.

²⁶² Zu dieser Thematik *Heißl*, Privatleben zwischen Allgemeiner Erklärung der Menschenrechte und Europäischer Menschenrechtskonvention. Der gute Ruf als Teil des grundrechtlich geschützten Privatlebens, JRP 2013, 83.

V. Recht auf Freiheit und Sicherheit der Person

1. Artikel 14 – Freiheit und Sicherheit der Person („Liberty and Security of Persons)

(1) Die Vertragsstaaten gewährleisten, („1. States Parties shall ensure that persons with disabilities, on an equal basis with others:“)

a) dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen das Recht auf persönliche Freiheit und Sicherheit genießen; („(a) Enjoy the right to liberty and security of person;)

b) dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen die Freiheit nicht rechtswidrig oder willkürlich entzogen wird, dass jede Freiheitsentziehung im Einklang mit dem Gesetz erfolgt und dass das Vorliegen einer Behinderung in keinem Fall eine Freiheitsentziehung rechtfertigt. („(b) Are not deprived of their liberty unlawfully or arbitrarily, and that any deprivation of liberty is in conformity with the law, and that the existence of a disability shall in no case justify a deprivation of liberty.“)

(2) Die Vertragsstaaten gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen, denen aufgrund eines Verfahrens ihre Freiheit entzogen wird, gleichberechtigten Anspruch auf die in den internationalen Menschenrechtsnormen vorgesehenen Garantien haben und im Einklang mit den Zielen und Grundsätzen dieses Übereinkommens behandelt werden, einschließlich durch die Bereitstellung angemessener Vorkehrungen. („2. States Parties shall ensure that if persons with disabilities are deprived of their liberty through any process, they are, on an equal basis with others, entitled to guarantees in accordance with international human rights law and shall be treated in compliance with the objectives and principles of the present Convention, including by provision of reasonable accommodation.“)

2. Umsetzung auf grundrechtlicher Ebene

262 In Bezug auf freiheitsbeschränkende Maßnahmen von Menschen mit Behinderungen sind in der österreichischen Rechtsordnung zwei verschiedene Grundrechtsquellen heranzuziehen. Nach Art 5 Abs 1 lit e EMRK darf einem Menschen die Freiheit entzogen werden, „weil er geisteskrank, Alkoholiker, rauschgiftsüchtig oder Landstreicher ist“. Das später erlassene Bundesverfassungsgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit (PersFrG, BGBl 1988/684) schränkt diese Ermächtigung auf einen Menschen ein, „wenn Grund zur Annahme

besteht, dass er [...] wegen psychischer Erkrankung sich oder andere gefährde“ (Art 2 Abs 1 Z 5).²⁶³

263 Die verfassungsrechtlichen Regelungen über die Freiheitsbeschränkungen orientieren sich terminologisch nicht an „Behinderungen“. Sie sprechen vielmehr von „geisteskrank“ (Art 5 Abs 1 lit e EMRK) und „psychischer Erkrankung“ (Art 2 Abs 1 Z 5 PersFrG). Trotzdem fallen diese Bezeichnungen sinngemäß unter das Übereinkommen. Für weitere dahingehende Ausführungen zum Behindertenbegriff vgl Kapitel D. I.

264 Die Freiheitsbeschränkung nach dem PersFrG fordert neben der psychischen Erkrankung auch eine konkrete Selbst- oder Fremdgefährdung. Auch wenn sich dies aus dem Wortlaut des Art 5 EMRK nicht herauslesen lässt und auch in der Literatur einige Zeit umstritten war,²⁶⁴ geht auch der EGMR vom Erfordernis einer Gefährdung aus, die demnach geprüft wird.²⁶⁵

Im vorliegenden Fall ist aber nicht erwiesen, dass der Bf aufgrund seines Geisteszustands eine Gefahr für sich oder andere dargestellt hätte. Die bloße Behauptung bestimmter Zeugen, er sei aggressiv geworden, wenn er getrunken habe, reicht hierfür nicht aus. Die Behörden haben auch von keinen gewalttätigen Handlungen während seines Aufenthalts im Heim berichtet.

265 Dies wird mit dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit begründet, bei der Grundrechtseingriffe im Allgemeinen nur bei stärkerer Gewichtung der öffentlichen Interessen und Menschen mit Behinderungen im Speziellen als besonders schutzwürdig angesehen werden.²⁶⁶

Wenn eine Grundrechtsbeschränkung eine besonders verwundbare Gruppe der Gesellschaft – wie jene der Menschen mit psychischen Behinderungen – betrifft, die in der Vergangenheit erheblicher Diskriminierung ausgesetzt war, ist der staatliche Ermessensspielraum deutlich enger und es müssen sehr gewichtige Gründe für die Beschränkung vorliegen. Dieser Ansatz, der bestimmte Klassifizierungen an sich in Frage stellt, gründet sich darauf, dass eine solche Gruppe historisch Opfer von Vorurteilen war, deren immer noch andauernde Konsequenzen zu einer sozialen Ausgrenzung führen. Solche Vorurteile könnte eine stereotypisierende Gesetzgebung,

²⁶³ Dazu umfassend *Kopetzki*, Art 2 PersFrG, in Korinek/Holoubek (Hg), Bundesverfassungsrecht (2001) Rz 56ff.

²⁶⁴ Zusammenfassend *Kopetzki* (FN 263) Rz 64.

²⁶⁵ EGMR 17.1.2012, *Stanev* (GK), 36.760/06 = NLMR 2012, 24. Ähnlich auch 22.1.2013, *Mihailovs*, 35.939/10, Z 149.

²⁶⁶ EGMR 20.5.2010, *Alajos Kiss*, 38.832/06, Z 42. Dazu auch 17.1.2012, *Stanev* (GK), 36.760/06 = NLMR 2012, 24; 2.10.2012, *Pleso*, 41.242/08, Z 62 mwN; 22.1.2013, *Mihailovs*, 35.939/10, Z 149.

die die individuelle Begutachtung der Fähigkeiten und Bedürfnisse verbietet, mit sich bringen.

266 Bei der Frage der Rechtmäßigkeit einer Freiheitsbeschränkung nach Art 5 Abs 1 lit e EMRK prüft der EGMR in stRsp drei verschiedene Minimalkriterien:²⁶⁷

- 1) Die Geisteskrankheit muss verlässlich festgestellt werden. Dabei müssen mentale Störungen von der zuständigen Instanz aufgrund einer objektiven medizinischen Expertise festgestellt werden.²⁶⁸
- 2) Art und Ausmaß der mentalen Störung muss die verpflichtende Freiheitsbeschränkung rechtfertigen.²⁶⁹
- 3) Die Rechtmäßigkeit einer fortgesetzten Freiheitsbeschränkung hängt vom Andauern der Störung ab.²⁷⁰

267 In diesem Zusammenhang spielt die Freiwilligkeit eine entscheidende Rolle. Sofern eine Person der Freiheitsbeschränkung zustimmt, liegt kein Grundrechtseingriff vor. Wird hingegen ein Sachwalter bestellt, reicht dessen Einwilligung nicht aus. Sofern der Wille des Betroffenen nicht zweifelsfrei festgestellt werden kann, darf die Freiheitsbeschränkung nur unter den oben, angeführten Voraussetzungen durchgeführt werden.²⁷¹

268 Aber auch Verhalten und Qualität des Sachwalters bedürfen einer gewissen objektiven Unabhängigkeit.²⁷² So kritisiert der EGMR in seiner Entscheidung *Sykora* die organisatorische Einbindung des Sachwalters in jene Institution bei der sich Betroffene während der Freiheitsbeschränkung befinden:²⁷³

Der Sachwalter gehörte der gleichen medizinischen Einrichtung an, die die Hospitalisierung initiiert hatte, die für die weitere Behandlung des Patienten verantwortlich war und die vom Betroffenen früher in Gerichtsverhandlungen attackiert wor-

²⁶⁷ EGMR 2.10.2012, *Pleso*, 41.242/08, Z 60 mwN. Übereinstimmend zB 22.11.2012, *Sykora*, 23.419/07, Z 62 mwN; 22.1.2013, *Lashin*, 33.117/02, Z 110 mwN; 22.1.2013, *Mihailovs*, 35.939/10, Z 144.

²⁶⁸ EGMR 24.10.1979, *Winterwerp*, 6301/73, Z 39; 22.1.2013, *Mihailovs*, 35.939/10, Z 144 mwN.

²⁶⁹ EGMR 24.10.1979, *Winterwerp*, 6301/73, Z 39; 2.10.2012, *Pleso*, 41.242/08, Z 66f.

²⁷⁰ EGMR 24.10.1979, *Winterwerp*, 6301/73, Z 39.

²⁷¹ EGMR 22.1.2013, *Lashin*, 33.117/02, Z 116 mwN.

²⁷² Zur dahingehenden einfachgesetzlichen Ausgestaltung vgl Kapitel D. III.

²⁷³ EGMR 22.11.2012, *Sykora*, 23.419/07, Z 68f.

den war. In anderen Worten, die Unparteilichkeit des neu ernannten Sachwalters gegenüber dem Betroffenen konnte bezweifelt werden.

269 In jedem Fall sind Betroffenen Freiheitsbeschränkungen und auch Rechtsmittelmöglichkeiten dagegen in einer verständlichen Sprache näher zu bringen. Diese Verpflichtung geht weitgehend übereinstimmend aus Art 5 Abs 2 EMRK bzw Art 4 Abs 6 PersFrG hervor. Dieses Erfordernis wurde zB bei einem Taubstummen, der der Gebärdensprache nicht mächtig war, verletzt.²⁷⁴

Der Betroffene ist taubstumm, Analphabet und hat eine intellektuelle Behinderung. Auch konnte er nicht über die Gebärdensprache kommunizieren, ein dahingehender Dolmetscher war anwesend. Unter diesen Umständen ist der Gerichtshof nicht überzeugt, dass angenommen werden kann, dass der Betroffene jene Informationen erhalten und verstanden hat, die notwendig sind, um seine Inhaftierung überprüfen zu lassen.

270 Ebenfalls inhaltlich deckungsgleich garantieren sowohl Art 5 Abs 4 EMRK als auch Art 6 Abs 1 PersFrG das Recht auf ein Verfahren in dem die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung durch ein Gericht (bzw eine unabhängige Behörde) überprüft wird. So ist es zwar zulässig, dass bei Gefahr in Verzug Verwaltungsbehörden bzw -organe die Freiheitsentziehung für eine kurze Zeit verfügen, Betroffene müssen jedoch die Möglichkeit haben, deren Rechtmäßigkeit überprüfen zu lassen.²⁷⁵ Nach dieser Einleitungsphase der Freiheitsentziehung aufgrund Gefahr in Verzug („initial period of emergency detention“) muss Betroffenen, sofern sie länger oder unbefristet festgehalten werden, ermöglicht werden, in vernünftigen Intervallen die Rechtmäßigkeit der Anhaltung gerichtlich überprüfen zu lassen, wenn dies nicht ohnehin ex officio vorgesehen ist.²⁷⁶ Das gerichtliche Verfahren muss zwar nicht die strengen Voraussetzungen eines fairen Verfahrens nach Art 6 EMRK erfüllen, trotzdem muss der Zugang zum Gericht sowie die Möglichkeit, persönlich bzw durch eine Vertrauensperson vertreten, gehört zu werden, gewährleistet werden. Jedenfalls müssen verfahrensrechtliche Garantien angemessen zur Art und zum Ausmaß der Freiheitsentziehung stehen.²⁷⁷ Besondere verfahrensrechtliche Sicherheiten müssen für jene Personen eingeräumt werden, die sich nicht selbst vertreten können.²⁷⁸ Für den EGMR ist ein Rechtszustand etwa dann übereinkommenswidrig,

²⁷⁴ EGMR 8.11.2012, *ZH*, 28.973/11, Z 42 mwN.

²⁷⁵ EGMR 22.10.2013, *MH*, 11.577/06, Z 77 mwN.

²⁷⁶ EGMR 24.10.1979, *Winterwerp*, 6301/73, Z 60 mwN; 22.10.2013, *MH*, 11.577/06, Z 77 mwN.

²⁷⁷ EGMR 22.10.2013, *MH*, 11.577/06, Z 77 mwN.

²⁷⁸ EGMR 22.10.2013, *MH*, 11.577/06, Z 77.

wenn ein Rechtsmittel nur durch die Mutter des Betroffenen erhoben werden kann, die sich jedoch gegen eine Freilassung ausspricht.²⁷⁹ In diesem Zusammenhang wird auf obigen Äußerungen zu Sachwaltern hingewiesen (*Supra* Rn 245ff).

3. Konsequenzen für staatliche Verpflichtungen aus dem Übereinkommen

271 Nach Art 14 Abs 1 lit b des Übereinkommens darf das Vorliegen einer Behinderung in keinem Fall eine Freiheitsentziehung rechtfertigen. Diese steht in Einklang mit Art 2 Abs 1 Z 5 PersFrG, wonach zusätzlich zur psychischen Erkrankung entweder die Fremd- oder die Selbstgefährdung treten muss. Auch der EGMR verbietet die Freiheitsbeschränkung ausschließlich aufgrund von Behinderungen, sondern fordert darüber hinaus – übereinstimmend mit der österreichischen Rechtslage – das zusätzliche Vorliegen einer Gefährdung.

272 Der Ausschuss fordert in seinen Empfehlungen die Sicherstellung, dass niemand gegen seinen Willen in irgendeiner mentalen Gesundheitseinrichtung untergebracht sein darf:

29. The Committee is deeply concerned that Austrian laws allow for a person to be confined against his or her will in a psychiatric institution where they have a psychosocial disability and it is forecast that they might endanger themselves or other persons. The Committee is of the opinion that the legislation is in conflict with article 14 of the Convention because it allows a person to be deprived of their liberty on the basis of their actual or perceived disability.

30. The Committee urges the State Party to take all necessary legislative, administrative and judicial measures to ensure that no one is detained against their will in any kind of mental health facility. It urges the State party to develop deinstitutionalization strategies based on the human rights model of disability.

273 In dieser Allgemeinheit kann diesen Aussagen jedoch nicht gefolgt werden. Diese Empfehlung kann nur so verstanden werden, dass aufgrund der psychischen Erkrankung **alleine** niemand gegen seinen Willen in einer mentalen Gesundheitseinrichtung untergebracht werden darf. Sofern jedoch eine Selbst- oder Fremdgefährdung vorliegt, ist dies zulässig.

274 Andernfalls dürften fremd- oder selbstgefährdende Menschen mit psychischen Erkrankungen nur mehr in herkömmlichen Gefängnissen angehalten werden, nicht jedoch in einem dafür

²⁷⁹ EGMR 22.11.2012, *Sykora*, 23.419/07, Z 57 mwN.

besser geeigneten geschlossenen Bereich eines psychiatrischen Krankenhauses die als mentale Gesundheitseinrichtungen anzusehen sind.

- 275** In Übereinstimmung mit dem Standard des Europäischen Menschenrechtsschutzes ist Art 14 des Übereinkommens so zu verstehen, dass eine Freiheitsbeschränkung zwar nicht alleine aufgrund der Behinderung, sehr wohl jedoch, wenn eine (Selbst- oder Fremd-)Gefährdung hinzutritt zulässig ist.²⁸⁰
- 276** Ein Widerspruch zu Art 14 Abs 1 lit a könnte durch die Ermächtigungen zur Freiheitsentziehung des Art 2 Abs 1 PersFrG erblickt werden. Nach Art 14 Abs 1 lit a müssen Vertragsstaaten gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen das Recht auf persönliche Freiheit und Sicherheit genießen. Demgegenüber ermächtigt – wie oben besprochen – Art 2 Abs 1 Z 5 PersFrG zur Freiheitsentziehung bei Selbst- oder Fremdgefährdung, jedoch nur wenn dies aufgrund einer psychischen Erkrankung erfolgt. Menschen mit (psychischen) Behinderungen kommen somit in Frage, Menschen ohne Behinderung nicht.
- 277** Dies lässt sich an einem einfachen Beispiel veranschaulichen. Ein an Schizophrenie leidender Mensch erklärt, Selbstmord begehen zu wollen. Es liegen die Voraussetzungen zur Freiheitsbeschränkungen nach Art 2 Abs 1 Z 5 PersFrG vor: Aufgrund der psychischen Erkrankungen (Schizophrenie) liegt die Gefahr von Selbstgefährdung (Selbstmordgefahr) vor. Er darf nach der derzeitigen Rechtslage gegen seinen Willen untergebracht werden.
- 278** Im Unterschied dazu äußert nun ein geistig vollkommen gesunder Mensch ebenfalls Selbstmordgedanken. Es liegt zwar wieder eine Selbstgefährdung vor. Aus Ermangelung einer psychischen Erkrankung scheidet jedoch die Anwendbarkeit des Art 2 Abs 1 Z 5 PersFrG aus. Auch sonst finden sich keine Ermächtigungen zur Freiheitsbeschränkungen. Die Voraussetzungen für eine Unterbringung liegen somit nicht vor.
- 279** Der einzige Unterschied zwischen diesen beiden Konstellationen liegt im Vorliegen einer psychischen Erkrankung. Diese wird als Behinderung im Sinne des Übereinkommens angesehen.²⁸¹

²⁸⁰ Übereinstimmend *Trenk-Hinterberger*, Art 14 Freiheit und Sicherheit der Person, in *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Hg), *Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis* (2013) 176 (177).

²⁸¹ Vgl dazu die Ausführungen *infra* Rn 304ff.

280 In diesem Zusammenhang besteht eine Ungleichbehandlung zwischen Menschen mit Behinderungen und Menschen ohne Behinderung, die zu Art 14 Abs 1 lit a des Übereinkommens im Widerspruch zu stehen scheint. Dieser Widerspruch löst sich freilich bei genauerer Betrachtung auf. In einem freiheitlich demokratischen und grundrechtsverbürgenden Rechtsstaat wird das Selbstbestimmungsrecht des Menschen grundsätzlich auch dahingehend akzeptiert, dass ein Mensch aus freier Entscheidung seinem Leben ein Ende setzen kann. Das freie Selbstbestimmungsrecht des – psychisch gesunden! – Menschen wird heute von allen Rechtsordnungen westlich-demokratischer Prägung akzeptiert. Anders verhält es sich eben bei geisteskranken Menschen, die eben gerade nicht – bedingt durch die psychische Krankheit – jenen freien Willen bilden können, der eine Selbsttötung akzeptabel macht. Bei geisteskranken Menschen ist es die Krankheit, die die Bildung eines wirklich freien Willens verhindert. *Ko-petzki* (Unterbringungsrecht I 291) betont die Verknüpfung zwischen Krankheit und Gefahr (Selbstgefährdung), die als sachliche Rechtfertigung für die Freiheitsbeschränkung dient. Sinn der psychiatrischen Unterbringung ist nicht alleine die Abwehr der Selbstgefährdung, sondern der Versuch einer Heilung dahingehend, dass die volle Diskretionsfähigkeit des Kranken durch medizinische Maßnahmen wieder hergestellt wird. Art 14 Abs 1 lit a des Übereinkommens verweist durch die Wendung „gleichberechtigt“ auf die Struktur des Gleichheitssatzes, der nicht nur sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierungen verbietet, sondern darüber hinaus sachlich gerechtfertigte Differenzierungen verlangt. Daher verstößt § 3 Z 1 UbG auch nicht gegen das Übereinkommen. Denn der Schutz des Lebens eines Patienten vor Akten einer krankheitsbedingten Selbstgefährdung stellt zweifelsfrei einen positiven Akt des Lebensschutzes dar und stellt sohin mit Sicherheit keinen Verstoß gegen das Übereinkommen dar.

281 Eine vergleichbare Konstellation könnte auch bei Fremdgefährdung gefunden werden. Eine Präventivhaft für Menschen ohne Behinderungen wäre zwar nach Art 5 Abs 1 lit c EMRK zulässig („wenn [...] begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, den Betroffenen an der Begehung einer strafbaren Handlung [...] zu hindern“). Bei der Umsetzung dieser Vorgaben durch das PersFrG wurde dieser Passus jedoch bewusst nicht übernommen.²⁸² Deshalb besteht „völlige Einigkeit darin, dass etwa ein Freiheitsentzug, um den Betroffenen an gesetzwidrigen, unmoralischen, störenden oder gefährlichen Verhaltensweisen zu

²⁸² Dazu zB *Heißl*, Recht auf persönliche Freiheit und präventive Maßnahmen gegen Hooligans, ZfV 2008, 168 (172).

hindern, nicht verfassungskonform wäre.“²⁸³ Die Freiheitsentziehung – eines Menschen ohne Behinderung – ist deshalb zur Vorbeugung strafbarer Handlungen (also insb der Fremdgefährdung) in Österreich unzulässig. Allerdings enthält das SPG zahlreiche Befugnisse der Sicherheitsbehörden, um präventive kriminalpolizeiliche Gefahrenabwehr zu ermöglichen.

- 282** Für die zwangsweise Unterbringung zum Schutze vor Fremdgefährdung gilt das oben gesagte. Auch hier kommt wieder die Verbindung von Krankheit (Behinderung) und Fremdgefährdung, die erst in ihrem Zusammenhalt die Zulässigkeit der Freiheitsentziehung begründet. Im Sinne des BVG persönliche Freiheit ist jede Maßnahme, also auch die Unterbringung, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen. Der Freiheitsentzug darf sowohl bei der Selbstgefährdung als auch bei der Fremdgefährdung die ultima ratio sein. Das UbG garantiert sowohl eine periodische Überprüfung der Notwendigkeit der Unterbringung als auch die Sicherung eines Rechtsbeistandes. Auch ist ein hinreichender Rechtsschutz gegen Unterbringungsmaßnahmen gesetzlich verbürgt. Damit folgt die österreichische Rechtslage den Vorgaben des EGMR zu Art 5 EMRK.
- 283** Inwieweit die Praxis der Unterbringung in psychiatrischen Anstalten immer den verfassungsrechtlichen Vorgaben und den Bestimmungen des Übereinkommens entspricht, kann nicht Gegenstand dieses Gutachtens sein. Hier ist nur festzustellen, dass sowohl die Verfassungsrechtslage als auch die einfachgesetzliche Rechtslage zu UbG grundsätzlich nicht im Widerspruch zum Übereinkommen stehen, da die österreichische Rechtslage auf diesem Gebiet durchaus sachlich gerechtfertigte Differenzierungen trifft. Die Überprüfung der praktischen Handhabung dieses Gesetzes muss Gegenstand eigener Untersuchungen bleiben.
- 284** Grundrechtliche Bedenken – jedoch ohne konkreten Bezug zum Übereinkommen – werden in der Lehre zum österreichischen Maßnahmenvollzug geäußert.²⁸⁴ Dies beginnt schon mit der Terminologie des § 21 StGB, der psychisch Kranke oder behinderte Rechtsbrecher als „geistig abnorm“ und den Zustand der Tatbegehung „auf einer geistigen oder seelischen Abartigkeit von höherem Grad“ beruhend sieht. Die Kriterien des § 21 StGB sind bereits tatbestandsmäßig sehr offen formuliert und eröffnen damit vor allem bei Drohungsdelikten einen großen Spielraum für die Einweisung in diese „Anstalten für geistig abnorme Rechtsbrecher“.

²⁸³ *Kopetzki* (FN 263) Rz 51.

²⁸⁴ *ZB Nowak/Krisper*, Der österreichische Maßnahmenvollzug und das Recht auf persönliche Freiheit, *EuGRZ* 2013, 645 mwN.

Nowak/Krisper weisen aber vor allem auf eine äußerst problematische Vollzugspraxis hin. Auch die sehr entlassungsfeindliche Formulierung des § 47 Abs 2 StGB ist mitverantwortlich, dass die Dauer der Freiheitsbeschränkung oft unverhältnismäßig lange ist. Sowohl die rechtlichen Grundlagen als auch die Praxis des österreichischen Maßnahmenvollzuges sind sowohl im Lichte der Grundrechte als auch des Übereinkommens problematisch.

VI. Zugang zur Justiz

1. Artikel 13 – Zugang zur Justiz („Access to Justice“)

(1) Die Vertragsstaaten gewährleisten Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen wirksamen Zugang zur Justiz, unter anderem durch verfahrensbezogene und altersgemäße Vorkehrungen, um ihre wirksame unmittelbare und mittelbare Teilnahme, einschließlich als Zeugen und Zeuginnen, an allen Gerichtsverfahren, auch in der Ermittlungsphase und in anderen Vorverfahrensphasen, zu erleichtern. („1. States Parties shall ensure effective access to justice for persons with disabilities on an equal basis with others, including through the provision of procedural and age-appropriate accommodations, in order to facilitate their effective role as direct and indirect participants, including as witnesses, in all legal proceedings, including at investigative and other preliminary stages.”)

(2) Um zur Gewährleistung des wirksamen Zugangs von Menschen mit Behinderungen zur Justiz beizutragen, fördern die Vertragsstaaten geeignete Schulungen für die im Justizwesen tätigen Personen, einschließlich des Personals von Polizei und Strafvollzug. („2. In order to help to ensure effective access to justice for persons with disabilities, States Parties shall promote appropriate training for those working in the field of administration of justice, including police and prison staff.”)

2. Umsetzung auf grundrechtlicher Ebene

- 285** Art 6 EMRK garantiert jedermann ein Recht auf ein faires Verfahren. Dieses ist jedoch auf „zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen“ sowie auf eine „strafrechtliche Anklage“ beschränkt.²⁸⁵ Schon in der Entscheidung *Winterwerp* stellt der EGMR klar: Die Fähigkeit über sein Vermögen selbständig zu verfügen betrifft die Ausübung von Privatrechten und fällt somit in den Anwendungsbereich der „zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen“.²⁸⁶
- 286** Neben zahlreicher von Art 6 EMRK gewährleisteteter Verfahrensgarantien spielt der Zugang zu einem Gericht eine entscheidenden Rolle.

²⁸⁵ Dazu statt vieler *Grabenwarter*, Art 6 EMRK, in Korinek/Holoubek (Hg), Bundesverfassungsrecht (2007).

²⁸⁶ EGMR 24.10.1979, *Winterwerp*, 6301/73, Z 73.

- 287** Besonders bei Menschen mit Behinderungen kann genau dieser Zugang zu Gericht mit einem zusätzlichen Aufwand verbunden sein. Abgesehen von der Barrierefreiheit spielen dabei auch eine Unterstützung durch Verfahrenshilfe sowie zB Gebärdendolmetscher eine wichtige Rolle.
- 288** Es muss deshalb – so der EGMR in seiner Entscheidung *Stanev* aufgrund von rechtsvergleichenden Argumenten – grundsätzlich jeder Person ein direkter Zugang zu einem Gericht zwecks Beantragung der Wiederherstellung der Geschäftsfähigkeit gewährt werden.²⁸⁷

18 von 20 Europaratsstaaten (sehen) für eingeschränkt geschäftsfähige Personen einen direkten Zugang zu den Gerichten im Fall des Wunsches auf Überprüfung ihres Rechtsstatus vor. In 17 Staaten ist dies für voll entmündigte Personen möglich. Es besteht somit ein Trend in Europa, geschäftsunfähigen Personen direkten Zugang zu den Gerichten zwecks Beantragung der Wiederherstellung ihrer Geschäftsfähigkeit zu gewähren. [...] Unter diesen Umständen ist Art 6 EMRK derart zu interpretieren, dass er grundsätzlich jeder für teilweise geschäftsunfähig erklärten Person in der Position des Bf. direkten Zugang zu einem Gericht zwecks Beantragung der Wiederherstellung ihrer Geschäftsfähigkeit gewährt.

3. Konsequenzen für staatliche Verpflichtungen aus dem Übereinkommen

- 289** Unter „Justiz“ im Sinne des Art 13 Übereinkommens ist Gerichtsbarkeit im Sinne der österreichischen Rechtsordnung zu verstehen. Diese umfasst die gesamte Gerichtsbarkeit einschließlich die (neue) Verwaltungsgerichtsbarkeit.
- 290** Auf grundrechtlicher Ebene ist Art 13 durch das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf ein faires Verfahren (Art 6 EMRK) ausreichend umgesetzt. Auch darin spielt der Zugang zur Justiz eine entscheidende Rolle. Darüber hinaus sind auch einfachgesetzliche Regelungen zu beleuchten.
- 291** Nach § 56 Abs 2 Strafprozessordnung (StPO) ist bei gehörlosen oder stummen Beschuldigten ein Dolmetscher für die Gebärdensprache beizuziehen, sofern der Beschuldigte dieser mächtig ist. Ansonsten ist zu versuchen, mit dem Beschuldigten schriftlich oder auf andere geeignete Art zu kommunizieren.
- 292** Vergleichbares sieht auch die Zivilprozessordnung vor. So ist nach § 73a ZPO dem Verfahren ein Dolmetscher für die Gebärdensprache beizuziehen, sofern eine Partei gehörlos, hochgradig hörbehindert oder sprachbehindert ist und sich in dieser Sprache verständigen kann. Die

²⁸⁷ EGMR 17.1.2012, *Stanev* (GK), 36.760/06 = NLMR 2012, 24. Dazu auch EGMR 9.10.2012, *RP*, 38.245/08.

Kosten des Dolmetschers trägt der Bund. Ähnlich werden auch jene Kosten von der öffentlichen Hand übernommen, die die Partei für den zur Führung des Verfahrens notwendigen Kontakt mit ihrem Rechtsvertreter aufgewendet hat.

293 Auf sehbehinderte Personen nimmt § 79a Gerichtsorganisationsgesetz (GOG) Bezug:

1) Wenn dies erforderlich scheint, hat das Gericht – gegebenenfalls unter Verwendung technischer Hilfsmittel – dafür zu sorgen, dass eine blinde oder hochgradig sehbehinderte Partei, die nicht vertreten ist, vom wesentlichen Inhalt der zugestellten Schriftstücke und der bei Gericht befindlichen Akten Kenntnis erlangen kann; die Kosten trägt der Bund.

2) Kann mit den Maßnahmen nach Abs 1 das Auslangen nicht gefunden werden, ist in Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen einer solchen Partei unabhängig von ihren Einkommens- und Vermögensverhältnissen auf Antrag Verfahrenshilfe (§ 64 Abs. 1 Z 3 und 4 ZPO) zu gewähren; für die Beigebung eines Verteidigers in Strafsachen ist § 41 Abs. 2 StPO mit der Maßgabe anzuwenden, dass auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Beschuldigten nicht Bedacht zu nehmen ist.

294 Das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 bezieht sich in § 17a AVG ausschließlich auf Menschen mit Sehbehinderungen:

Blinden oder hochgradig sehbehinderten Beteiligten, die eines Vertreters entbehren, hat die Behörde auf Verlangen den Inhalt von Akten oder Aktenteilen durch Verlesung oder nach Maßgabe der vorhandenen technischen Möglichkeiten in sonst geeigneter Weise zur Kenntnis zu bringen.

295 Die behindertenfreundliche Formulierung des § 8 BGStG sollte generell ins AVG umgesetzt werden. Das AVG nimmt zwar Rücksicht auf blinde Personen (zB § 17a AVG), nicht jedoch auf sonstige Behinderungen. Es wäre durchaus möglich, in die Bestimmungen über die mündliche Verhandlung (§§ 40 ff AVG) eine Verpflichtung des Verhandlungsleiters aufzunehmen, bei der Teilnahme behinderter Personen entsprechend der Art und dem Grad ihrer Behinderung gebührende Rücksicht walten zu lassen und diesen Personen die nötige Unterstützung zu gewähren.

296 Obwohl das Außerstreitgesetz über einen eigenen Abschnitt für das „Verfahren über die Sachwalterschaft für behinderte Personen“ verfügt, enthält es keine auf Behinderungen Bedacht nehmenden Vorkehrungen.

297 Der Streifzug durch die verschiedenen Verfahrensgesetze offenbart einen Mangel an konkreten prozessualen Vorkehrungen. In aller Regel nehmen die jeweiligen Kodifikationen auf einzelne Behinderungen Bezug. Es fehlen jedoch flächendeckend eine differenzierte Be-

trachtung und damit verbunden umfassende Regelungen, die auf sämtliche Behinderungen Bedacht nehmen.

- 298** So fehlt im Verwaltungsverfahren ein Bezug zu sämtlichen Behinderungen außer jenen mit Sehbehinderungen. Es bedarf jedoch konkreter Vorkehrungen damit zB gehörlose Personen mündlichen Verhandlungen, Vernehmungen und sonstigen verbalen Verfahrenshandlungen folgen können. Für die ordentliche Gerichtsbarkeit liegen zwar Regelungen für Seh- und Hörbehinderungen vor, ein weiterer Bezug zu sonstigen Behinderungen fehlt. So müssten zB Menschen mit Wahrnehmungsdefiziten häufiger Pausen bzw eine Hilfe für das Verständnis komplizierter Rechtstexte gewährt werden.
- 299** Auch wenn sich diese Rechte aus Art 6 EMRK und der dazu ergangenen Rsp ergeben und in einschlägige Verfahrensregelungen hinein interpretiert werden können, bedarf es zu deren Sicherstellung konkrete normative Vorgaben.

VII. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

- 300** Die Verpflichtungen aus dem Übereinkommen richten sich primär an Österreich. Gem Art 16 Abs 4 B-VG sind die Länder verpflichtet, Maßnahmen zu treffen, die in ihrem selbständigen Wirkungsbereich zur Durchführung von Staatsverträgen erforderlich wären. Die bundesstaatliche Struktur ermöglicht naturgemäß eine unterschiedliche Ausgestaltung der jeweiligen in die Kompetenz der Länder fallenden Regelungen. Trotz der rechtlichen Möglichkeit des Art 16 Abs 4 B-VG bestehen **politisch** nur sehr eingeschränkte Möglichkeiten des Bundes auf die Landesgesetzgebung Einfluss zu nehmen.²⁸⁸ Dadurch entstehende Spannungen und Inkonsistenzen, die auch vom Ausschuss hervorgehoben werden, sind jedoch in gewisser Weise mit der bundesstaatlichen Struktur verknüpft. Überlegt werden könnte freilich ein verstärkter Einsatz der Art 15a-B-VG-Vereinbarungen. Diese haben den Nachteil, dass weder gemeinsame Organe mit Hoheitsbefugnissen geschaffen werden, noch dass sie unmittelbare Rechtsansprüche begründen können. Solche Vereinbarungen sind daher stets im Wege der speziellen Transformation wiederum im Bundes- und Landesrecht umzugießen.
- 301** Aus verfassungsrechtlicher Sicht werden die Verpflichtungen Österreichs aus dem Übereinkommen weitgehend umgesetzt. Der umfassend ausgeprägte Grundrechtsschutz verleiht Betroffenen subjektive Rechte, um ihre Ansprüche durchsetzen zu können.

²⁸⁸ Zur möglichen Ersatzvornahme des Bundes gemäß Art 16 Abs 4 B-VG vgl *supra*, Rn 43.

- 302** So sieht der verfassungsgesetzlich gewährleistete Gleichheitsgrundsatz (Art 7 B-VG) schon ein umfassendes Gebot der Gleichbehandlung und damit verbunden ein Diskriminierungsverbot von Menschen mit Behinderungen vor. Die Verpflichtungen aus Art 5 des Übereinkommens werden somit umgesetzt. Zweifel an der Konformität der österreichischen Regelungen über Schwangerschaftsabbrüche wurden vom Ausschuss angemerkt. § 97 StGB erzeugt durchaus Spannungen mit dem Übereinkommen. Die vorgebrachten Argumente sind jedoch nicht geeignet die Verfassungskonformität insb im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz nach dem derzeitigen Stand ernsthaft in Zweifel zu ziehen. Auch würde die Einführung einer Frist für Schwangerschaftsabbrüche bei ernster Gefahr einer schweren körperlichen oder geistigen Schädigung des Kindes wiederum eine Vielzahl neuer Problemfelder aufwerfen. Auch Deutschland hat eine vergleichbare Frist wieder abgeschafft.
- 303** Die in Art 7 des Übereinkommens vorgesehenen Rechte von Kindern mit Behinderungen werden von Art 6 BVG-Kinder ausreichend umgesetzt.
- 304** Den Verpflichtungen aus Art 15 (Folterverbot) und Art 17 (Schutz der Unversehrtheit der Person) wird zwar durch die grundrechtliche Verankerung des Folterverbots in Art 3 EMRK entsprochen. Durch die Rsp des EGMR werden dahingehende Vorgaben aufgestellt. Ein Mangel wird jedoch bei einfachgesetzlichen Vorkehrungen für behindertengerechte Haftbedingungen entdeckt. Einschlägige Regelungen müssen – insbesondere vor dem Hintergrund des Art 15 Abs 2 des Übereinkommens – detaillierte Standards festlegen.
- 305** Durch die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte auf Achtung des Privat- und Familienlebens sowie auf Schutz personenbezogener Daten wird den Verpflichtungen aus Art 22 des Übereinkommens entsprochen. Umsetzungsbedarf besteht hingegen hinsichtlich dem Recht auf Eheschließung nach Art 23 Abs 1 lit a des Übereinkommens, wenn auch nur auf einfachgesetzlicher Ebene. Dieses wird in Art 12 EMRK nur in Übereinstimmung mit den einschlägigen nationalen Gesetzen garantiert, die keine Möglichkeit der Eheschließung von geschäftsunfähigen Personen erlauben.
- 306** Umsetzungsbedarf auf einfachgesetzlicher Ebene besteht in Bezug auf Freiheitsentziehungen. Dies bezieht sich vor allem auf den Maßnahmenvollzug, der in erster Linie psychisch Kranke oder psychisch behinderte Menschen betrifft. Hier besteht Umsetzungsbedarf im Strafrecht und im Strafvollzugsrecht.

307 Abschließend besteht auch Umsetzungsbedarf durch Art 13 des Übereinkommens, der den Zugang zur Justiz regelt. Es besteht zwar ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht auf ein faires Verfahren nach Art 6 EMRK, das genau die geforderten Aspekte abdeckt. Zur deren Sicherstellung bedarf es hingegen konkreter normativer Vorgaben der einzelnen Verfahrensgesetze. Diese nehmen jedoch – wenn überhaupt – nur auf ausgewählte Behinderungen Bezug. Erforderlich sind hingegen Vorkehrungen die sämtliche Behinderungen abdecken.

D. Analyse konkreter Bestimmungen des Übereinkommens

I. Bestimmung des Begriffs der Menschen mit Behinderungen (Art 1 S 2)

308 Art 1 S 2 des Übereinkommens normiert:

Zu den Menschen mit Behinderungen zählen 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.²⁸⁹

Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others.

Par personnes handicapées on entend des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres.

1. Funktion der Begriffsbestimmung

309 Vielfach wird betont, dass das Übereinkommen bewusst auf eine Definition des Begriffs der „Menschen mit Behinderungen“ verzichtet und dass es sich bei Art 1 S 2 des Übereinkommens dementsprechend um **keine Legaldefinition** im eigentlichen Sinne handle.²⁹⁰ Dies zeigt sich *e contrario* bereits daran, dass die Bestimmung – was ansonsten naheliegend gewe-

²⁸⁹ In der Schattenübersetzung (Rn 19) heißt es „die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren ihre volle und wirksame Teilhabe gleichberechtigt mit anderen an der Gesellschaft behindern können“ statt „welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können“.

²⁹⁰ Vgl *Degener*, Die UN-Behindertenrechtskonvention, VN 2010, 57 (58); *Rothfritz*, Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen (2010) 164f; *Schulze*, Understanding the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2010) 27; 35-39; *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Fn 19) 67.

sen wäre – nicht in Art 2 des Übereinkommens aufgenommen wurde, der eine Reihe von Definitionen enthält und auch mit „Begriffsbestimmungen“ („definitions“; „définitions“) überschrieben ist.

- 310** Als *ratio* für den Verzicht auf eine Legaldefinition wird genannt, dass die Vertragsstaaten dafür optiert haben, **nicht** von einem fixen, **festgelegten Begriff** von „Menschen mit Behinderungen“ auszugehen.²⁹¹ Dies wird auch im Übereinkommen selbst manifest, nämlich (i) indem Art 1 S 2 die Formulierung „Zu den Menschen mit Behinderungen zählen [...]“ (ebenso im Englischen: „Persons with disabilities include those [...]“) verwendet, die den **nicht abschließenden** Charakter der folgenden Begriffsbestimmung indiziert. Auch wenn man den französischsprachigen Text als Gegenargument ins Treffen führen wollte („Par personnes handicapées on entend [...]“), zeigt sich der offene Charakter der Begriffsbestimmungen doch deutlich (ii) im Präambularabsatz e des Übereinkommens, demzufolge sich „das Verständnis von Behinderung [...] **ständig weiterentwickelt** und [...] Behinderung aus der **Wechselwirkung** zwischen Menschen mit Behinderungen und **einstellungs- und umweltbedingten Barrieren** entsteht, die sie an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern“.²⁹² Hier werden also Elemente der Begriffsbestimmung ausdrücklich und unmittelbar mit der Offenheit des Behinderungsbegriffs in Verbindung gebracht. (iii) Darüber hinaus spricht Präambularabsatz i von der „**Vielfalt** der Menschen mit Behinderungen“, die im Übrigen im allgemeinen Grundsatz des Art 3 lit d nochmals explizit aufgegriffen wird, der von der „Achtung vor der Unterschiedlichkeit von Menschen mit Behinderungen“ und der „Akzeptanz dieser Menschen als Teil der menschlichen Vielfalt und der Menschheit“ spricht (vgl Rn 94). (iv) Der nicht restriktive Charakter der Begriffsbestimmung wird schließlich darin offenbar, dass es nach Art 1 S 2 des Übereinkommens genügt, wenn die genannten Beeinträchtigungen in Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft „**hindern können**“ („may hinder“; „peut faire obstacle“), dh die bloße Möglichkeit einer Behinderung reicht aus.

²⁹¹ Vgl die Nachweise in der vorangehenden Fn.

²⁹² „[D]isability is an evolving concept and [...] results from the interaction between persons with impairments and attitudinal and environmental barriers that hinders their full and effective participation in society on an equal basis with others“; „la notion de handicap évolue et [...] résulte de l’interaction entre des personnes présentant des incapacités et les barrières comportementales et environnementales qui font obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l’égalité avec les autres“. In der Schattenübersetzung (Rn 19) heißt es „vollen und wirksamen Teilhabe auf der Grundlage der Gleichberechtigung mit anderen“ statt „vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe“.

311 Nichtsdestotrotz erfolgt durch Art 1 S 2 eine Begriffsbestimmung von „Menschen mit Behinderungen“, die den folgenden Vorschriften des Übereinkommens zugrunde gelegt wird. Unter dem Vorbehalt der vorhin herausgearbeiteten **Offenheit** des Behinderungsbegriffs und der Anerkennung der intrinsischen **Vielfalt** der Menschen mit Behinderungen erfüllt Art 1 S 2 demnach **weitgehend die Funktion einer Legaldefinition** und liegt in diesem Sinne auch den nachstehenden Überlegungen des vorliegenden Gutachtens zugrunde.

2. Elemente der Begriffsbestimmung

312 In der Begriffsbestimmung des Art 1 S 2 lassen sich verschiedene Elemente ausmachen, die im Folgenden näher zu untersuchen sind:

- a) körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen;
- b) Langfristigkeit;
- c) Hinderung an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren;
- d) teilweise behauptete negative Elemente (*de minimis*-Klausel, altersbedingte Beeinträchtigungen).

a. Körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen

313 Ein Element des Behinderungsbegriffs des Übereinkommen ist das Vorliegen von „**körperlichen, seelischen, geistigen oder Sinnesbeeinträchtigungen**“ („physical, mental, intellectual or sensory impairments“; „incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles“). Hier wird einmal mehr der bewusst weite Ansatz des Übereinkommens sichtbar, denn es ist kaum eine Beeinträchtigung bei einem Menschen denkbar, die sich nicht entweder als physisch, mental-seelisch-psychisch, geistig-intellektuell oder sensorisch begreifen ließe. Obwohl die Begriffsbestimmung eine „Klassifizierung“ von Phänomenen in die vier Kategorien nahelegt, ist diesbezüglich keinesfalls eine restriktive Auslegung angebracht, zumal die Begriffsbestimmung des Art 1 S 2 **demonstrativen und dynamischen** Charakter hat (Rn 310).

- 314** Bei der Beurteilung von Phänomenen als „Beeinträchtigungen“, die einen Vergleich mit einer als „Normalzustand“ verstandenen Situation suggerieren, stützt man sich gemeinhin auf international weit verbreiteten medizinische Klassifikationen, insbesondere die ICF der WHO.²⁹³ Gleich hier ist aber anzumerken, dass das Übereinkommen (konsequenter als die ICF²⁹⁴) den traditionellen **medizinisch-defektzentrierten** Ansatz zu Gunsten eines **sozial-integrativen** Ansatzes überwunden hat (Rn 319).
- 315** Denselben Weg geht diesbezüglich das **Unionsrecht**. Bereits in der Rs *Chacón Navas*, also noch vor Annahme des Übereinkommens, hat der EuGH den in der Richtlinie 2000/78/EG²⁹⁵ verwendeten, aber nirgends im Unionsrecht definierten²⁹⁶ Begriff der Behinderung dahingehend verstanden, dass er „eine Einschränkung erfasst, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben bildet.“²⁹⁷ (i) Auch hier ist also die Rede von „physischen, geistigen oder psychischen Beeinträchtigungen“ („physical, mental or psychological impairments“; „atteintes physiques, mental ou psychiques“), ohne dass erkennbar wäre, dass die Begriffsbestimmung diesbezüglich enger wäre als jene des Übereinkommens. Dies muss aus heutiger Sicht umso mehr gelten, hat doch der Gerichtshof in der Rs *Ring* ausdrücklich festgehalten, „dass die **Richtlinie 2000/78 nach Möglichkeit in Übereinstimmung mit diesem Übereinkommen auszulegen** ist“²⁹⁸, und die beiden Beschreibungen von Beeinträchtigungen im Übereinkommen und in der Richtlinie demzufolge als **Synonyme** behandelt.²⁹⁹ (ii) Indem der Gerichtshof das Wort „insbesondere“ („in particular“; „notamment“) verwendet, unterstreicht er darüber hinaus, dass diese Begriffsbestimmung demonstrativen Charakter hat. (iii) Bereits die frühe Begriffsbestimmung des EuGH enthält das Element des Ausschlusses von der Teilhabe als konstitutives Element des Behinderungsbegriffs. Auch hier zeigt sich deutlich die Hinwendung zum sog sozial-integrativen Ansatz (Rn 319).

b. Langfristigkeit

²⁹³ World Health Assembly Resolution 54.21, International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF), 22.5.2001, abrufbar unter <http://www.who.int/classifications/icf/en/>.

²⁹⁴ Zur Kritik vgl etwa *Rothfritz* (Fn 290) 158, 162.

²⁹⁵ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl 2000, L 303/16.

²⁹⁶ Vgl EuGH, Rs C-356/12, Glatzel, SchlA GA Bot, Rn 29.

²⁹⁷ EuGH, Rs C-13/05, *Chacón Navas*, Slg 2006, I-6467 Rn 43.

²⁹⁸ EuGH, verb Rs C-335/11 und C-337/11, *Ring*, Urteil vom 11.4.2013, noch nicht in der amtl Slg, Rn 32.

²⁹⁹ *Ibid*, Rn 38f.

- 316** Darüber hinaus hat das Übereinkommen auf die Verankerung einer **konkreten Mindestfrist verzichtet**, für die die Beeinträchtigungen andauern müssen. Vielmehr bedient es sich des unbestimmten Gesetzesbegriffs „langfristig“ („long-term“; „durable“).
- 317** Auch der EuGH hat in der Rs *Chacón Navas* ausgesprochen: „Damit die Einschränkung unter den Begriff ‚Behinderung‘ [iSd Richtlinie 2000/78/EG] fällt, muss daher wahrscheinlich sein, dass sie von langer Dauer ist“.³⁰⁰ In der Rs *Ring* hat er unter ausdrücklicher Berufung auf das Übereinkommen bekräftigt, dass die fraglichen Beeinträchtigungen „langfristig“ sein müssen.³⁰¹
- 318** Verschiedene **nationale** Vorschriften³⁰² verlangen eine Mindestdauer einer Beeinträchtigung von **sechs Monaten**, um von Behinderung sprechen zu können und namentlich um Behinderungen von (heilbaren) Erkrankungen zu unterscheiden.³⁰³ Allerdings ist im Auge zu behalten, dass sowohl das Übereinkommen als auch die Richtlinie (in ihrer Auslegung durch den EuGH) auf eine zahlenmäßige Festlegung einer Mindestdauer verzichtet haben. Zu Recht ist diesbezüglich festgestellt worden:

Eine klare Festlegung des exakten Zeitraumes in Wochen und Monaten lässt sich aber weder dem Zusammenhang noch dem *telos* der Regelung [des Übereinkommens] entnehmen. Eine solche ist auch nicht unbedingt notwendig, um dem Ziel der Langfristigkeit, nämlich der Abgrenzung zur Krankheit, zu genügen. Es ist ausreichend, in einer **Einzelfallbetrachtung** zu schauen, ob eine **Prognose** [...] ergibt, [...] dass ein regelwidriger Zustand besteht, der sich aller Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit nicht wieder in einen medizinisch-biologischen Zustand wandelt, der dem eines durchschnittlichen Altersgenossen entspricht.³⁰⁴

Das Übereinkommen und die Richtlinie, die den Behinderungsbegriff des Übereinkommens übernimmt, können daher im Anwendungsbereich des Unionsrechts in gewissen Konstellationen der Festlegung einer **zahlenmäßig bestimmten Mindestfrist** durch das nationale Recht **entgegenstehen**. Die Pflicht der nationalen Verwaltungsbehörden und Gerichte zur völkerrechtskonformen und unionsrechtskonformen Interpretation in Zusammenhang mit dem Vorrang des Unionsrechts machen es dann erforderlich, die nationalen Begriffsbestimmungen

³⁰⁰ EuGH, Rs C-13/05, *Chacón Navas*, Slg 2006, I-6467 Rn 45.

³⁰¹ EuGH, verb Rs C-335/11 und C-337/11, *Ring*, Urteil vom 11.4.2013, noch nicht in der amtl Slg, Rn 39.

³⁰² § 3 BEinstG, BGBl 22/1970 idF BGBl I 138/2013 („Behinderung im Sinne dieses Bundesgesetzes ist die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden [...] Funktionsbeeinträchtigung [...] Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von mehr als voraussichtlich sechs Monaten.“).

³⁰³ Zum Krankheitsbegriff vgl *infra* Rn 332ff.

³⁰⁴ *Rothfritz* (Fn 290) 168; zur Richtlinie 2000/78/EG vgl ähnlich auch *ibid*, 190f.

soweit als möglich im Lichte der überstaatlichen Vorgaben auszulegen bzw ggf unangewendet zu lassen.

c. Hinderung an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft in Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren

- 319** Die Option des Übereinkommens für einen **sozial-integrativen** Ansatz zu Lasten des traditionell **medizinisch-defektzentrierten** Verständnisses von Behinderung wurde schon angesprochen³⁰⁵ und vielfach als „Paradigmenwechsel“ oder jedenfalls als signifikante Akzentverschiebung in der Herangehensweise an den Behinderungsbegriff bezeichnet.³⁰⁶ Im Mittelpunkt der Begriffsbestimmung steht sohin weniger das Zurückbleiben der Fähigkeiten eines Menschen gegenüber einem „Maßmenschen“ als die Diskrepanz zwischen den Fähigkeiten eines Individuums und den Funktionen, die ihm in der Gesellschaft abverlangt werden.³⁰⁷
- 320** Dies tritt besonders deutlich im Präambularabsatz e des Übereinkommens zutage, demzufolge „Behinderung aus der **Wechselwirkung** zwischen Menschen mit Beeinträchtigungen und **einstellungs- und umweltbedingten Barrieren** entsteht, die [diese Menschen] an der **vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern**“.³⁰⁸ Diese einstellungs- und umweltbedingten Barrieren („attitudinal and environmental barriers“; „barrières comportementales et environnementales“) sind also konstitutiv für das Phänomen der Behinderung, nicht so sehr seine Auswirkung, sondern (Mit)Ursache. Damit wird einem individualisierenden Konzept von Behinderung eine klare Absage erteilt und Behinderung als Ergebnis einer Interaktion von Individuen mit den Reaktionen der Um- und Mitwelt darauf und dementsprechend als **genuin soziales Phänomen** verstanden.
- 321** Die pointiert soziale Ausrichtung des Behinderungsbegriffs des Übereinkommens manifestiert sich insb auch darin, dass es darauf verzichtet, eine eng umgrenzte Definition von Behinde-

³⁰⁵ Vgl *supra* Rn 314.

³⁰⁶ Vgl etwa *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Fn 19) 66; zur Akzentverschiebung vgl insb EuGH, Rs C-363/12, Z, SchlA GA Wahl, Rn 83ff (vgl *infra* Rn 325ff); *Rothfritz* (Fn 290) 155ff, 160ff und 170 mwN; vgl auch *Degener*, Antidiskriminierungsrechte für Behinderte, ZaöRV 2005, 887 (889f).

³⁰⁷ Vgl *Caspar*, Das Diskriminierungsverbot behinderter Personen nach Art 3 Abs 3 S 2 GG und seine Bedeutung in der aktuellen Rechtsprechung, EuGRZ 2000, 135 (136).

³⁰⁸ Für den englischen und französischen Text sowie den abweichenden Text der Schattenübersetzung vgl Fn 292.

rung zu geben und verschiedene Arten von Behinderungen (abschließend) aufzuzählen und damit zu fixieren (Rn 310). In markantem Gegensatz betont Präambularabsatz e, dass „das Verständnis von Behinderung sich ständig weiterentwickelt“, denn die gesellschaftliche Wahrnehmung von und der gesellschaftliche Umgang mit Behinderung sind einem **permanenten Wandel** unterworfen.

- 322** Schließlich genügt schon die **Möglichkeit** (Rn 310) einer Hinderung an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft durch die Existenz von Beeinträchtigungen in Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingte Barrieren, damit eine Behinderung iSd Übereinkommens vorliegt.
- 323** Wie bereits erwähnt (Rn 315), hat der EuGH für die Zwecke der Auslegung des Behinderungsbegriffs in der Richtlinie 2000/78/EG bereits vor der Verabschiedung des Übereinkommens ua darauf abgestellt, ob eine Einschränkung „ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben bildet“.³⁰⁹ In der Rs *Ring* hat der Gerichtshof dann ausdrücklich eine **übereinkunftskonforme Auslegung des Sekundärrechts** eingefordert und dementsprechend seine Begriffsbestimmung dahingehend angepasst, dass der Begriff der Behinderung in der Richtlinie „eine Einschränkung erfasst, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betroffenen an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit anderen Arbeitnehmern, hindern können“.³¹⁰
- 324** Daraus lässt sich ableiten, dass sich der EuGH den **sozialen Behinderungsbegriff** des Übereinkommens **ausdrücklich zu eigen** gemacht hat. In jüngeren SchLA ist dazu etwa bei Generalanwalt *Bot* zu lesen, dass

aus der vom Gerichtshof und der von den Vereinten Nationen vorgenommenen Definition [folgt], dass eine Behinderung nicht angesichts des Grads der betreffenden Einschränkung zu beurteilen ist, sondern im Hinblick auf die Folgen dieser Einschränkung, wenn sie auf ein soziales Umfeld, einen bestimmten Hintergrund trifft. Unser Fokus muss daher auf diese Folge gerichtet sein und nicht auf die Beeinträchtigung selbst [...] Alles hängt vom Lebensumfeld der betreffenden Person ab und von den Schwierigkeiten, denen sie begegnet, wenn ihre Einschränkung und dieses Umfeld aufeinandertreffen.³¹¹

³⁰⁹ EuGH, Rs C-13/05, Chacón Navas, Slg 2006, I-6467 Rn 43.

³¹⁰ EuGH, verb Rs C-335/11 und C-337/11, *Ring*, Urteil vom 11.4.2013, noch nicht in der amtl Slg, Rn 32 und 38.

³¹¹ Vgl EuGH, Rs C-356/12, *Glatzel*, SchLA GA Bot, Rn 35f,

325 Für Generalanwalt *Wahl* hat die Rsp des Gerichtshofs im speziellen Kontext der Richtlinie 2000/78/EG „eine beträchtliche Entwicklung erfahren“. Vor allem stelle das Urteil in der Rs *Ring* „wohl einen Paradigmenwechsel in der Rechtsprechung des Gerichtshofs dar. In jener Rechtssache wurde der unionsrechtliche Begriff der Behinderung ausdrücklich an den des VN-Übereinkommens angeglichen“.³¹² Von diesem Übereinkommen sagt der Generalanwalt:

83. Es ist allgemein anerkannt, dass es (zumindest) zwei unterschiedliche Begriffe der Behinderung gibt: den medizinischen (oder individuellen) und den sozialen Begriff der Behinderung.

84. Der medizinische Begriff betont vor allem das Individuum und die Beeinträchtigung, die es dem Betroffenen schwer macht, sich an das gesellschaftliche Umfeld anzupassen oder sich dort zu integrieren. Im Gegensatz zum medizinischen Modell betont das auf einem kontextabhängigen Ansatz beruhende soziale Verständnis von Behinderung die Wechselwirkung zwischen der Beeinträchtigung und der Reaktion der Gesellschaft bzw. die Art, wie eine Gesellschaft mit Menschen mit Behinderungen umgeht. Wichtig ist, dass dieses Modell ein eher integratives Verständnis von Behinderung ermöglicht. Von besonderer Bedeutung ist, dass Behinderung kontextabhängig und situationsbedingt ist. Eine Langzeiterkrankung, wie beispielsweise Diabetes oder eine Allergie, kann je nach Umfeld, eine Behinderung darstellen.

85. Das VN-Übereinkommen spiegelt das soziale Modell von Behinderung wider. Dabei wird anerkannt, dass ‚Behinderung aus der Wechselwirkung zwischen Menschen mit Beeinträchtigungen und einstellungs- und umweltbedingten Barrieren entsteht, die sie an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern‘. Nach diesem Verständnis entsteht eine Behinderung aufgrund des Unvermögens des sozialen Umfelds, sich auf die Bedürfnisse von Menschen mit Beeinträchtigungen einzustellen und Vorkehrungen zu treffen. Soweit das soziale Modell von Behinderung über die Grenzen dessen hinausgeht, was im eher herkömmlichen Sprachgebrauch unter Behinderung verstanden wird (einschließlich u. a. einer geistigen Behinderung), bietet das VN-Übereinkommen wohl einen stärkeren und weiter reichenden Schutz vor Diskriminierung als eine enge, auf das Individuum fokussierte Definition. In der Tat wird hier anerkannt, dass Behinderung ‚ebenso sehr ein soziales Konstrukt wie eine medizinische Tatsache‘ ist.³¹³

326 Erwähnung verdient freilich, dass Generalanwalt *Wahl* in der jüngsten Rsp des EuGH doch einen „bemerkenswerten Unterschied“ zwischen der Definition des Übereinkommens und der in der Rs *Ring* gewählten Definition feststellen zu können glaubt: „Während das VN-Übereinkommen weitgehend auf Teilhabe an der **Gesellschaft** Bezug nimmt, erfasst die Definition des Gerichtshofs nur eine Teilhabe am **Berufsleben**.“³¹⁴ Er bringt dies allerdings nicht

³¹² Vgl EuGH, Rs C-363/12, Z, SchlA GA Wahl, Rn 86 und 88.

³¹³ EuGH, Rs C-363/12, Z, SchlA GA Wahl, Rn 83-85 (unter Auslassung der Anmerkungen). Am Schluss verweist der GA auf *Kelemen*, Eurolegalism: The Transformation of Law and Regulation in the European Union (2011) 202.

³¹⁴ EuGH, Rs C-363/12, Z, SchlA GA Wahl, Rn 90 (Hervorhebung im Original) unter Bezugnahme auf das Urteil in der Rs *Ring* (vgl *supra* Rn 323). GA *Wahl* leitet in Rn 93ff seiner SchlA spezifische Folgerungen ab, wo es um die Frage ging, ob eine Frau, die nicht schwanger werden kann und ihr genetisches Kind im Rahmen einer

mit einer an sich engeren Begriffsbestimmung in Verbindung, sondern mit der Frage, „was in die Zuständigkeit der Union fällt und was nicht“³¹⁵, denn der EuGH hat sich im konkreten Fall zu einer Richtlinie im Bereich der Beschäftigung geäußert. Wenn auch gegenwärtig noch nicht vollständig geklärt ist, wie weit die Rsp des EuGH zum Behinderungsbegriff gehen wird, wenn andere Politikbereiche betroffen sind, sprechen die überwiegenden Gründe dennoch dafür, dass er den Behinderungsbegriffs des Übereinkommens auch bei diesen anwenden wird.

327 Die **Auslegung des unionsrechtlichen Behinderungsbegriffs im Lichte jenes des Übereinkommens** ist demzufolge verpflichtend im Anwendungsbereich der erwähnten Richtlinie 2000/78/EG³¹⁶, die eines der Herzstücke des behindertenrechtlichen Antidiskriminierungsschutzes der Union bildet. Insofern der EuGH sich für die Begründung der Pflicht zur übereinkunftskonformen Interpretation aber allgemein darauf stützt, dass das Übereinkommen seit seinem Inkrafttreten integrierender Bestandteil der Unionsrechtsordnung ist und die Anlage zum Anhang II des Genehmigungsbeschlusses die Richtlinie 2000/78/EG ausdrücklich zu den Unionsrechtsakten zählt, die durch das Übereinkommen erfasste Angelegenheiten betreffen³¹⁷, ist das Übereinkommen bei der Auslegung des Behinderungsbegriffs jedenfalls wohl auch in Bezug auf die in der Anlage genannten Rechtsakte (Rn 127) heranzuziehen. ISd oben Gesagten erstreckt sich die Pflicht zur übereinkunftskonformen Interpretation des Unionsrechts darüber hinaus aber überhaupt auf das **gesamte Sekundärrecht** (vgl Rn 149), sofern sich aus dem Unionsrecht selbst keine relevanten Gegenindikationen ergeben. Zudem dient der Behinderungsbegriff des Übereinkommens auch zur Auslegung und Konkretisierung des **Primärrechts**, namentlich von Art 21 und 26 GRC (vgl Rn 150).

328 Eine derartige Vorgangsweise steht sowohl im Dienste des Gleichheitsgrundsatzes also auch des Gebots, unionsrechtliche Begriffe innerhalb der Rechtsordnung der Union nach Möglich-

Ersatzmuttervereinbarung bekommt, Anspruch auf einen einem Mutterschaftsurlaub entsprechenden bezahlten Urlaub hat.

³¹⁵ *Ibid*, Rn 91; vgl auch *ibid*, Rn 97: „[...] ist es mir nicht möglich, den bestehenden rechtlichen Rahmen des Unionsrechts so auszulegen, dass er Sachverhalte erfasst, die nicht mit der Arbeitsfähigkeit einer Person in Verbindung stehen. Insoweit ist es nötig, die inhärent funktionale Natur des Begriffs der Behinderung im Sinne der Richtlinie 2000/78 zu unterstreichen. Meiner Meinung nach muss eine Wechselbeziehung zwischen dieser Beeinträchtigung und der Arbeitsfähigkeit des Betroffenen festgestellt werden, damit eine Beeinträchtigung in den Geltungsbereich dieser Richtlinie fällt.“

³¹⁶ EuGH, Rs C-363/12, Z, SchIA GA Wahl, Rn 80 spricht diesbezüglich von einem „zwingenden Parameter für die Auslegung der Richtlinie 2000/78“.

³¹⁷ *Ibid*, Rn 30f; vgl dazu schon *supra* Rn 127.

keit **einheitlich auszulegen** – zumal die Richtlinie 2000/78/EG aufgrund des jetzigen Art 19 AEUV erlassen wurde, an den sich Art 21 Abs 1 GRC unmittelbar anlehnt.³¹⁸

Aus den Erfordernissen der einheitlichen Anwendung des [Unions]rechts wie auch des Gleichheitsgrundsatzes ergibt sich jedoch, dass den Begriffen einer Vorschrift des [Unions]rechts, die für die Bestimmung ihres Sinnes und ihrer Tragweite nicht ausdrücklich auf das Recht der Mitgliedstaaten verweist, normalerweise in der gesamten [Union] eine autonome und einheitliche Auslegung zu geben ist, die unter Berücksichtigung des Zusammenhangs der Vorschrift und des mit der betreffenden Regelung verfolgten Zieles zu ermitteln ist [...].³¹⁹

329 Des weiteren erfasst die unionsrechtliche Pflicht zur übereinkunftskonformen Interpretation des Behinderungsbegriffs die einschlägigen nationalen Umsetzungs- und Ausführungsakte, aber darüber hinaus – im Anwendungsbereich des Unionsrechts – auch das **gesamte innerstaatliche Recht** (vgl Rn 162).

d. Negative Definitionselemente?

330 In Zusammenhang mit dem Behinderungsbegriff sind auch verschiedentlich Bestrebungen erkennbar, gewisse Phänomene aus diesem auszuschließen. Derartige **negative** Elemente der Begriffsbestimmung verdienen hier zumindest eine kurze Behandlung.

i. Bestehen einer de-minimis-Grenze?

331 Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass Personen mit bloß geringfügigen Beeinträchtigungen nicht in den Anwendungsbereich des Übereinkommens fallen sollen.³²⁰ Art 1 S 2 und überhaupt dem System des Übereinkommens lässt sich aber **keine de minimis-Grenze** entnehmen, abgesehen von jener, die dem Wort „Beeinträchtigung“ selbst innewohnt. Von seinem umfassenden, insbesondere in Art 1 S 1 ausgedrückten Schutzzweck her kommt iSd Art 31 Abs 1 WVK eine restriktive Auslegung der Begriffsbestimmung jedenfalls nicht in Frage. Damit durchaus vereinbar ist die Auffassung, dass verschiedene, va weit verbreitete körperliche Beeinträchtigungen (zB leichte Kurzsichtigkeit oder ein Hörschaden)³²¹ keine Behinderungen iSd Übereinkommens darstellen, denn sie treffen oft nicht auf nennenswerte Einstel-

³¹⁸ Darauf weist EuGH, Rs C-356/12, Glatzel, SchlA GA Bot, Rn 33 ausdrücklich hin und nimmt auch auf die diesbezüglichen Erläuterungen zur GRC Bezug.

³¹⁹ EuGH, Rs C-13/05, Chacón Navas, Slg 2006, I-6467 Rn 40.

³²⁰ Vgl hiezu die Nachweise in *Degener* (Fn 306) 909f.

³²¹ Vgl *Caspar* (Fn 307) 136.

lungs- und Umweltbarrieren, sondern sind sozial anerkannt und gut in die Gesellschaft einbezogen.

ii. Krankheit als Ausschlusskriterium gegenüber Behinderung?

- 332** Immer wieder taucht auch die Frage auf, ob **Krankheit ein Gegensatzbegriff** zu Behinderung dergestalt ist, dass das Vorhandensein einer „Krankheit“ das Vorliegen einer „Behinderung“ ausschliesse. Dem Übereinkommen ist eine solche einschränkende Auslegung jedenfalls nicht zu entnehmen.³²²
- 333** Derartige Überlegungen haben jedoch durch das Urteil des EuGH in der Rs *Chacón Navas* einen gewissen Vorschub erfahren. Demzufolge habe der Unionsgesetzgeber „[m]it der Verwendung des Begriffes ‚Behinderung‘ in Artikel 1 [der Richtlinie 2000/78/EG] [...] bewusst ein Wort gewählt, das sich von dem der ‚Krankheit‘ unterscheidet. Daher lassen sich die beiden Begriffe nicht schlicht und einfach einander gleichsetzen.“ Deshalb sei die Richtlinie nicht dahingehend auszulegen, „dass Arbeitnehmer aufgrund des Verbotes der Diskriminierung wegen einer Behinderung in den Schutzbereich der Richtlinie fallen, sobald sich irgendeine Krankheit manifestiert“.³²³
- 334** Allerdings hat der EuGH in seiner jüngsten Judikatur klargestellt, dass das Vorliegen einer Krankheit als solches das Vorliegen einer Behinderung keineswegs ausschließt, sondern letzteres nach den Kriterien der Begriffsbestimmung des Art 1 S 2 des Übereinkommens zu prüfen ist.

40. Ferner ist, wie die Generalanwältin in Nr. 32 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, nicht ersichtlich, dass die Richtlinie 2000/78 nur Behinderungen erfassen will, die angeboren sind oder von Unfällen herrühren, und Behinderungen, die durch eine Krankheit verursacht sind, ausschliesse. Für den Anwendungsbereich dieser Richtlinie je nach Ursache der Behinderung zu differenzieren, würde nämlich ihrem Ziel selbst, die Gleichbehandlung zu verwirklichen, widersprechen.

41. Es ist daher festzustellen, dass eine heilbare oder unheilbare Krankheit unter den Begriff „Behinderung“ im Sinne der Richtlinie 2000/78 fallen kann, wenn sie eine Einschränkung mit sich bringt, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betroffenen an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern können, und wenn diese Einschränkung von langer Dauer ist.

³²² Vgl in diesem Sinne auch *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Fn 19) 69.

³²³ EuGH, Rs C-13/05, *Chacón Navas*, Slg 2006, I-6467 Rn 44 und 46.

42. Dagegen fällt eine Krankheit, die keine solche Einschränkung mit sich bringt, nicht unter den Begriff „Behinderung“ im Sinne der Richtlinie 2000/78. Krankheit als solche kann nämlich nicht als ein weiterer Grund neben denen angesehen werden, derentwegen Personen zu diskriminieren nach der Richtlinie 2000/78 verboten ist (vgl. Urteil Chacón Navas, Randnr. 57).³²⁴

335 Aus Sicht des Übereinkommens ebenso wie des Unionsrechts ist sohin „der **Grund der Behinderung** (angeboren, Unfall oder Krankheit) **irrelevant**“.³²⁵ Generalanawalt *Wahl* hat aus dieser Rsp konsequenterweise abgeleitet, dass „[e]ine Langzeiterkrankung, wie beispielsweise Diabetes oder eine Allergie, [...] je nach Umfeld, eine Behinderung darstellen [kann]“.³²⁶

iii. Altersbedingte Beeinträchtigungen als Ausschlusskriterium gegenüber Behinderungen?

336 Verschiedene Landesrechte schließen „altersbedingte“ **Beeinträchtigungen** aus dem Behinderungsbegriff aus.³²⁷ Dieser Begriff ist freilich insofern ambivalent³²⁸, als darunter gleichsam „natürliche“ altersbedingte Beeinträchtigungen verstanden werden können, die die ganz überwiegende Anzahl der Altersgenossen betreffen, zB eine allgemeine Verminderung der körperlichen Leistungsfähigkeit oder nachlassende Gedächtnisleistung, aber auch Krankheiten, die gehäuft bei älteren Menschen auftreten, zB Demenzerkrankungen.

337 Auch hier kommt nicht in Frage, derartige Phänomene von vornherein aus dem Behinderungsbegriff auszuschließen. Maßstab ist einmal mehr die Begriffsbestimmung des Art 1 S 2 des Übereinkommens. Es ist in Hinblick darauf durchaus denkbar, dass gewisse Beschränkungen aufgrund des Fehlens von einstellungs- und umweltbedingten Barrieren nicht unter den Behinderungsbegriff fallen. Ist dies jedoch nicht der Fall, so liegt eine Behinderung iSd Übereinkommens vor, auch wenn sie „altersbedingt“ ist. Dementsprechend fallen zB Perso-

³²⁴ EuGH, verb Rs C-335/11 und C-337/11, Ring, Urteil vom 11.4.2013, noch nicht in der amtl Slg, Rn 40-42.

³²⁵ EuGH, Rs C-363/12, Z, SchlA GA Wahl, Rn 89.

³²⁶ *Ibid*, Rn 84; vgl in diesem Sinne auch *Rothfritz* (Fn 290) 173f.

³²⁷ Vgl *Mayer/Pfeil*, Behindertenhilfe in *Pürgy* (Hg), *Das Recht der Länder II/1* (2012) 385 (401 mwN), etwa unter Verweis auf § 2 Abs 1 des Oberösterreichischen Landesgesetzes betreffend die Chancengleichheit von Menschen mit Beeinträchtigungen (Oö ChancenG), LGBl 41/2008: „Als Menschen mit Beeinträchtigungen im Sinne dieses Landesgesetzes gelten Personen, die auf Grund körperlicher, geistiger, psychischer oder mehrfacher derartiger nicht vorwiegend altersbedingter Beeinträchtigungen [...]“ Siehe auch § 2 Abs 1 S 1 dSBG IX, wo auf den „für das Lebensalter typischen Zustand“ abgestellt wird; vgl dazu etwa *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Fn 19) 70.

³²⁸ Vgl *Caspar* (Fn 307) 136; *Rothfritz* (Fn 290) 179f.

nen mit **Demenzerkrankungen jedenfalls in den Anwendungsbereich** des Übereinkommens.³²⁹

338 Keinesfalls kann argumentiert werden, dass ältere Menschen vom Anwendungsbereich des Übereinkommens ausgeschlossen sein könnten. Zwar gibt es Arbeiten an einem UN-Übereinkommen zum Schutz der Rechte älteren Menschen, doch diese stecken noch weitgehend in den Kinderschuhen³³⁰ und auch bei Verabschiedung einer derartigen Konvention wären ältere Menschen mit Behinderungen nicht vom Anwendungsbereich des gegenständlichen Übereinkommens ausgeschlossen. Dies zeigt sich schon daran, dass Art 6 und 7 des Übereinkommens spezielle Bestimmungen über „Frauen mit Behinderungen“ und „Kinder mit Behinderungen“ enthalten, obwohl es für diese bereits **spezielle UN-Menschenrechtsinstrumente** gibt.³³¹ Vor allem aber spricht die klare Anordnung des Art 1 S 1 dagegen, dass der Anwendungsbereich des Übereinkommens „**alle Menschen mit Behinderungen**“ erfasst. Zusätzlich normiert Art 8 Abs 1 lit b, dass sich die Vertragsstaaten verpflichten, sofortige, wirksame und geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um „**Klischees, Vorurteile und schädliche Praktiken** gegenüber Menschen mit Behinderungen, einschließlich aufgrund des Geschlechts oder des **Alters** in allen Lebensbereichen zu bekämpfen“. Ältere Menschen „aufgrund des Alters“ vorrangig als alt und gebrechlich, aber nicht (auch) als Menschen mit Behinderungen wahrzunehmen stellt ein derartiges Stereotyp dar, das das Übereinkommen zurückdrängen will.

3. Implikationen für das österreichische Recht

339 Neben der schon erläuterten Verpflichtung der Verwaltungsbehörden und Gerichte zu **völkerrechts- und unionsrechtskonformen Interpretation** im Allgemeinen (Rn 45ff; 147ff) und in Bezug auf den Behinderungsbegriff im Besonderen (Rn 329)

340 bestehen jedenfalls auch Verpflichtungen des **Gesetzgebers auf Bundes- und Landesebene**, die Legaldefinitionen von „Behinderung“ in verschiedenen Gesetzen auf ihre **Kompatibilität mit dem Behinderungsbegriff des Übereinkommens** zu überprüfen und ggf entsprechende Adaptionen vorzunehmen, um die Völkerrechts- und Unionsrechtskonformität der österreichi-

³²⁹ Vgl Müller/Walter (Fn 124) 85f.

³³⁰ Vgl bereits UN-Generalversammlung, Resolution A/RES/46/91, Implementation of the International Plan of Action of Ageing and related activities, 16.12.1991; Third Committee, A/C.3/65/L.8/Rev.1, Follow-up to the Second World Assembly on Ageing, 16.11.2010; vgl dazu insb auch <http://undesadspd.org/Ageing/RightsofOlderPersons.aspx>; <http://undesadspd.org/Ageing/MadridPlanofActionanditsImplementation.aspx>.

³³¹ Vgl Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, BGBl 443/1982; Übereinkommen über die Rechte des Kindes, BGBl 7/1993.

schen Gesetzgebung herzustellen. Dies gilt vor allem für Definitionen, die noch vom sog „medizinischen“ Zugang zum Behinderungsbegriff beeinflusst sind.³³² Aber auch § 3 BEinstG, § 1 Abs 2 BBG oder § 3 BGStG³³³ befinden sich trotz ihrer Neufassung im Lichte des Übereinkommens nicht in völliger Übereinstimmung mit dem Behinderungsbegriff desselben; Ähnliches gilt zB für § 3 des Salzburger BehindertenG.³³⁴ In anderen Bereichen ist speziell darauf zu achten, dass nicht **bestimmte Gruppen** von Menschen mit Behinderungen aus dem Behinderungsbegriff **ausgeschlossen** werden, zB iSd oben Gesagten vermeintlich bloß geringfügig behinderte Menschen, kranke Menschen oder ältere Menschen, namentlich mit Demenzerkrankungen oder ansonsten erheblichem Pflegebedarf.³³⁵

341 Darauf hat auch der **Ausschuss** in seinen „Concluding Observations“ (Fn 24) zum ersten Staatenbericht Österreichs hingewiesen:

8. The Committee noted that there are differing concepts of disability across the State Party's laws and policies. The Committee is concerned that the State Party misunderstands the difference between defining disability and identifying groups of persons who can benefit from different kinds of services. The Committee is concerned that some of these definitions constitute a medical model of disability.

9. The Committee recommends that the relevant laws be amended to include the concept of disability in accordance with the Convention.

II. Baurecht (Art 9)

1. Maßgebliche Bestimmungen des Übereinkommens

342 Artikel 9 des Übereinkommens normiert:

³³² Vgl in diese Richtung insb UN-Generalversammlung, Resolution A/RES/30/3447, Declaration on the Rights of Disabled Persons, 9.12.1975: “The term ‘disabled person’ means any person unable to ensure by himself or herself, wholly or partly, the necessities of a normal individual and/or social life, as a result of deficiency, either congenital or not, in his or her physical or mental capabilities.”

³³³ BGBl 22/1970 idF BGBl I 138/2013; BGBl 283/1990 idF BGBl I 138/2013; BGBl I 67/2008 idF BGBl I 138/2013, wonach Behinderung iS dieser Gesetze „die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden körperlichen, geistigen oder psychischen Funktionsbeeinträchtigung oder Beeinträchtigung der Sinnesfunktionen, die geeignet ist, die Teilhabe am Arbeitsleben [BBG/BGStG: am Leben in der Gesellschaft] zu erschweren.“ Vgl ähnlich § 2 Abs 1 S 1 dSGB IX, wonach „Menschen behindert sind, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist“; vgl dazu etwa *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Fn 19) 70.

³³⁴ § 3 Abs 1 des Gesetzes über die Hilfe an Behinderte im Lande Salzburg, LGBl 76/1996 idF LGBl 17/2013: “Behinderte im Sinne dieses Gesetzes sind Personen, die infolge ihres Leidens oder Gebrechens (Behinderung) in ihrer Fähigkeit dauernd wesentlich beeinträchtigt sind, ein selbständiges Leben in der Gesellschaft zu führen, insbesondere eine angemessene Erziehung und Schulbildung oder Berufsausbildung zu erhalten oder eine ihnen auf Grund ihrer Schul- oder Berufsausbildung zumutbare Beschäftigung zu erlangen bzw. zu sichern.”

³³⁵ Vgl *supra* (Fn 124) 89f zum Entwurf für ein Tiroler ChancengleichheitsG.

(1) Um Menschen mit Behinderungen eine unabhängige Lebensführung und die volle Teilhabe in allen Lebensbereichen zu ermöglichen, treffen die Vertragsstaaten geeignete Maßnahmen mit dem Ziel, für Menschen mit Behinderungen den gleichberechtigten Zugang zur physischen Umwelt, zu Transportmitteln, Information und Kommunikation, einschließlich Informations- und Kommunikationstechnologien und -systemen, sowie zu anderen Einrichtungen und Diensten, die der Öffentlichkeit in städtischen und ländlichen Gebieten offenstehen oder für sie bereitgestellt werden, zu gewährleisten. Diese Maßnahmen, welche die Feststellung und Beseitigung von Zugangshindernissen und -barrieren einschließen, gelten unter anderem für („1. To enable persons with disabilities to live independently and participate fully in all aspects of life, States Parties shall take appropriate measures to ensure to persons with disabilities access, on an equal basis with others, to the physical environment, to transportation, to information and communications, including information and communications technologies and systems, and to other facilities and services open or provided to the public, both in urban and in rural areas. These measures, which shall include the identification and elimination of obstacles and barriers to accessibility, shall apply to, inter alia:“)

a) Gebäude, Straßen, Transportmittel sowie andere Einrichtungen in Gebäuden und im Freien, einschließlich Schulen, Wohnhäusern, medizinischer Einrichtungen und Arbeitsstätten; („(a) Buildings, roads, transportation and other indoor and outdoor facilities, including schools, housing, medical facilities and workplaces;“)

b) Informations-, Kommunikations- und andere Dienste, einschließlich elektronischer Dienste und Notdienste. („(b) Information, communications and other services, including electronic services and emergency services.“)

(2) Die Vertragsstaaten treffen außerdem geeignete Maßnahmen, („2. States Parties shall also take appropriate measures:“)

a) um Mindeststandards und Leitlinien für die Zugänglichkeit von Einrichtungen und Diensten, die der Öffentlichkeit offenstehen oder für sie bereitgestellt werden, auszuarbeiten und zu erlassen und ihre Anwendung zu überwachen; („(a) To develop, promulgate and monitor the implementation of minimum standards and guidelines for the accessibility of facilities and services open or provided to the public;“)

b) um sicherzustellen, dass private Rechtsträger, die Einrichtungen und Dienste, die der Öffentlichkeit offenstehen oder für sie bereitgestellt werden, anbieten, alle Aspekte der Zugänglichkeit für Menschen mit Behinderungen berücksichtigen; („(b) To ensure that private entities that offer facilities and services which are open or provided to the public take into account all aspects of accessibility for persons with disabilities;“)

c) um betroffenen Kreisen Schulungen zu Fragen der Zugänglichkeit für Menschen mit Behinderungen anzubieten; („(c) To provide training for stakeholders on accessibility issues facing persons with disabilities;“)

d) um in Gebäuden und anderen Einrichtungen, die der Öffentlichkeit offenstehen, Beschilderungen in Brailleschrift und in leicht lesbarer und verständlicher Form anzubringen; („(d) To provide in buildings and other facilities open to the public signage in Braille and in easy to read and understand forms;“)

e) um menschliche und tierische Hilfe sowie Mittelspersonen, unter anderem Personen zum Führen und Vorlesen sowie professionelle Gebärdensprachdolmetscher und -dolmetscherinnen, zur Verfügung zu stellen mit dem Ziel, den Zugang zu Gebäuden und anderen Einrichtungen, die der Öffentlichkeit offenstehen, zu erleichtern; („(e) To provide forms of live assistance and intermediaries, including guides, readers and professional sign language interpreters, to facilitate accessibility to buildings and other facilities open to the public;“)

f) um andere geeignete Formen der Hilfe und Unterstützung für Menschen mit Behinderungen zu fördern, damit ihr Zugang zu Informationen gewährleistet wird; („(f) To pro-

mote other appropriate forms of assistance and support to persons with disabilities to ensure their access to information;”)

g) um den Zugang von Menschen mit Behinderungen zu den neuen Informations- und Kommunikationstechnologien und -systemen, einschließlich des Internets, zu fördern; („(g) To promote access for persons with disabilities to new information and communications technologies and systems, including the Internet;“)

h) um die Gestaltung, die Entwicklung, die Herstellung und den Vertrieb zugänglicher Informations- und Kommunikationstechnologien und -systeme in einem frühen Stadium zu fördern, sodass deren Zugänglichkeit mit möglichst geringem Kostenaufwand erreicht wird. („(h) To promote the design, development, production and distribution of accessible information and communications technologies and systems at an early stage, so that these technologies and systems become accessible at minimum cost.“)

2. Inhalt des Art 9 des Übereinkommens

343 Nach Art 9 Abs 1 treffen Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen mit dem Ziel Menschen mit Behinderungen den gleichberechtigten Zugang zu einer Reihe von Einrichtungen und Diensten zu gewährleisten.

344 Barrierefreiheit ist denkbar weit zu verstehen. Nach Art 9 Abs 1 des Übereinkommens fallen unter anderem Transportmittel, Information und Kommunikation, einschließlich Informations- und Kommunikationstechnologien und -systeme darunter. Diesen Aspekt bringt das General Comment No 2 (2014) zu Art 9, Rz 15 auf den Punkt:

Persons with disabilities and other users should be able to move in barrier-free streets, enter accessible low-floor vehicles, access information and communication, and enter and move inside universally designed buildings, using technical aids and live assistance where necessary.

Barrierefreiheit ist deshalb im weitesten Sinne zu verstehen. Aufgrund dieses uferlosen Begriffsverständnisses beschränkt sich die gegenständliche Untersuchung auf Aspekte rund um das Baurecht.

345 Art 9 unterscheidet dabei nicht zwischen öffentlichen oder privaten Einrichtungen. Entscheidend ist vielmehr, ob diese der Öffentlichkeit offen stehen oder für diese bereitgestellt werden. Es macht daher keinen Unterschied, ob zB ein Museum von der öffentlichen Hand oder von privater Seite betrieben wird. Diesen Aspekt verdeutlicht auch das General Comment No 2 (2014) zu Art 9, Rz 13: „As long as goods, products and services are open or provided to the public, they must be accessible to all, regardless of whether they are owned and/or provided by a public authority or a private enterprise.“ Beispiele dafür führt Art 9 Abs 1 lit a ausdrücklich an: Gebäude, Straßen, Transportmittel, Schulen, Wohnhäuser, Medizinische Einrichtungen und Arbeitsstätten.

In Österreich wird der „soziale Wohnbau“ nur selten von den Gebietskörperschaften selbst realisiert. Vielmehr bedienen sich diese häufig des Public Private Partnership (PPP), indem sie mit privaten Bauträgern kooperieren. Für die Verankerung der rechtlichen Verpflichtung zur Herstellung der Barrierefreiheit im sozialen Wohnbau ist daher die Reform des Baurechts nicht geeignet. Diese Verpflichtung könnte aber in den **Wohnbauförderungsgesetzen** der Länder verankert werden, da erfahrungsgemäß so gut wie alle sozialen Wohnbauten nach diesen Gesetzen gefördert werden.

Eine weitere Möglichkeit ist die Aufnahme einer entsprechenden Verpflichtungsbestimmung in die **Gemeindeordnungen** der Länder. Darin könnten die Gemeinden verpflichtet werden, bei der Realisierung eigener Projekte oder bei einer entsprechenden Vertragsgestaltung mit Privaten auf die Barrierefreiheit Bedacht zu nehmen. Auf Bundes- und Landesebene kann dies entweder sondergesetzlich oder im Erlasswege umgesetzt werden.

- 346** Diese – die Feststellung und Beseitigung von Zugangshindernissen und -barrieren einschließenden – Maßnahmen gelten nach lit a auch für „Wohnhäuser“. Dieser Begriff wird in der deutschen (nicht offiziellen) Übersetzung verwendet. Die englische Originalfassung des Übereinkommens spricht von „housing“. Die Frage drängt sich nun auf, ob damit nur die von Menschen mit Behinderungen bewohnten Häuser oder sämtliche – auch von Menschen ohne Behinderungen bewohnten – Häuser gemeint sind.
- 347** Der gesamte Art 9 Abs 1 des Übereinkommens bezieht sich ausdrücklich nur „auf Einrichtungen und Dienste, die der Öffentlichkeit [...] offenstehen oder für sie bereit gestellt werden“. Dies ist bei privaten Wohnhäusern gerade nicht der Fall. Der Wortlaut ist in diesem Zusammenhang eindeutig.
- 348** Dies wird auch durch Art 9 Abs 2 lit b verstärkt. Darin wird die Verpflichtung zu geeigneten Maßnahmen manifestiert, „um sicherzustellen, dass private Rechtsträger, die Einrichtungen und Dienste, die der Öffentlichkeit offenstehen oder für sie bereitgestellt werden, anbieten, alle Aspekte der Zugänglichkeit für Menschen mit Behinderungen berücksichtigen. Im Umkehrschluss lässt sich daraus ableiten, dass „Wohnhäuser“, die nicht der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, die Zugänglichkeit für Menschen mit Behinderungen nicht berücksichtigen müssen.
- 349** In Bezug auf den sozialen Wohnbau muss auch Art 28 Abs 2 lit d des Übereinkommens berücksichtigt werden. Demnach unternehmen Vertragsstaaten geeignete Schritte zum Schutz

und zur Förderung der Verwirklichung dieses Recht, insbesondere um „Menschen mit Behinderungen den Zugang zu Programmen des sozialen Wohnbaus zu sichern“. Diese Vorgabe bezieht sich auf von der öffentlichen Hand geförderte bzw bereitgestellte Einrichtungen.³³⁶ Diese Schlussfolgerungen lassen sich durch einen Blick in die englische Originalfassung des Übereinkommens ziehen. Dort ist ausdrücklich von „access ... to public housing programmes“ die Rede.

3. Empfehlungen des Ausschusses

350 Auch wenn der Ausschuss die Fortschritte in den Bereichen Zugang zu Gebäuden, Transportmitteln und Informationen anerkennt, ist es über die Zugänglichkeit zu Einrichtungen in einigen Gebieten, besonders außerhalb großer Städte besorgt. Dabei wird ein – nicht namentlich genanntes – Bundesland hervorgehoben, das eine Mindestanzahl von Betroffenen verlangt, um einen barrierefreien Zugang zu öffentlichen Gebäuden einzurichten:

23. The Committee commends the State party for its achievements in the area of accessibility to buildings, transportation and information. The Committee notes that various cities and Länder have developed plans for improving accessibility to facilities. However, it is concerned that accessibility is poor in some areas, particularly outside of larger cities in the State party. It is particularly concerned that in at least one Länd, a minimum number of people is required for the establishment of barrier-free accessibility to public facilities. The State party should also ensure barrier-free information-communication accessibility to Austrian media, in particular the Austrian broadcasting corporation, ORF.

351 Deshalb empfiehlt der Ausschuss folgende Punkte:³³⁷

- Österreich muss einen allumfassenden inklusiven Zugang der Zugänglichkeit in Konformität mit Art 9 des Übereinkommens entwickeln.
- Der Standard für die Zugänglichkeit zu Gebäuden soll nicht auf Mindestgröße oder Kapazität eingeschränkt, sondern auf alle öffentlichen Einrichtungen in Übereinstimmung mit Art 9 des Übereinkommens angewendet werden.
- Die Zeitpläne der bereitgestellten und derzeit in einigen Städten und Ländern umgesetzten Konzepte sowie auch des Konzeptes für Untertitel bei ORF-Sendungen sollen verkürzt werden.

³³⁶ Dazu auch *Gehrken*, Art 28 BRK, in *Welke* (Hrsg), UN-Behindertenrechtskonvention (2012) Rz 12.

³³⁷ Rz 24.

4. Konsequenzen für Bauordnungen der Länder

- 352** Für private Wohnhäuser besteht nach dem Übereinkommen keine Verpflichtung zur behindertengerechten Ausgestaltung. Für die Bauordnungen der Länder lässt sich demnach keine Verpflichtung ableiten, für sämtliche private Wohnhäuser die Beachtung der Zugänglichkeit von Menschen mit Behinderungen vorzusehen. In diese Richtung sind auch die Empfehlungen des Ausschusses zu verstehen, die sich ausschließlich auf öffentliche Gebäude beziehen und keinen Bezug zu privaten Wohnhäusern herstellen.
- 353** Wenngleich eine allgemeine Verpflichtung, Wohngebäude barrierefrei auszugestalten, rechtlich nur schwer realisierbar ist, wäre sowohl im Hinblick auf die Konvention als auch das BGStG eine solche Verpflichtung im Rahmen des sozialen Wohnbaus möglich. Hierzu bieten sich zwei rechtliche Umsetzungsstrategien an:
- 354** Eine solche Verpflichtung könnte durch eine Reform der Wohnbauförderungsgesetze der Länder erfolgen. Tritt als Förderungswerber eine Gemeinde, ein kommunales Unternehmen oder ein Wohnbauträger auf, könnte eine gezielte Förderung für barrierefreies Bauen vorgesehen werden.
- 355** Eine andere Möglichkeit der Verpflichtung zu barrierefreiem Bauen im kommunalen Wohnbau wäre die Aufnahme einer entsprechenden Berücksichtigungsklausel in die Gemeindeordnungen. Eine Reform der Gemeindeordnung hätte allerdings nur begrenzte Wirksamkeit, da die Realisierung sozialer Wohnbauprojekte in der Regel durch ausgegliederte Rechtsträger oder im Rahmen der „Public-Private-Partnership“ stattfindet und eine entsprechende Regel über die Gemeinderechtskompetenz hinaus stark in das Zivilrecht eingreifen würde. Daher scheint der förderungsrechtliche Ansatz sinnvoller zu sein.
- 356** Sobald Einrichtungen und Dienste der Öffentlichkeit offenstehen oder für sie bereitgestellt werden, fordert das Übereinkommen Regelungen, um die Zugänglichkeit von Menschen mit Behinderungen zu gewährleisten. Nach den Empfehlungen des Ausschusses spielen dabei die Größe bzw die Kapazität sowie auch der Bedarf keine Rolle.
- 357** Konkret verpflichtet damit verbunden Art 9 Abs 2 lit b Österreich zu geeigneten Maßnahmen, „um sicherzustellen, dass private Rechtsträger, die Einrichtungen und Dienste, die der Öffentlichkeit offenstehen oder für sie bereit gestellt werden, anbieten, alle Aspekte der Zugänglichkeit für Menschen mit Behinderungen berücksichtigen“. Dieser soweit unmissverständliche

Wortlaut erweitert die Verpflichtung der Zugänglichkeit auf sämtliche – von privater Seite betriebene – Schulen, Wohnstätten und auch auf Gewerbebetriebe.

- 358** Dieser Grundsatz würde streng genommen zu einer behindertengerechten Ausgestaltung sämtlicher Gaststätten, Beherbergungsbetrieben, Einkaufszentren und Geschäftslokale führen. In dieser Allgemeinheit kann dieser Grundsatz jedoch nicht in der österreichischen Rechtsordnung gelten.
- 359** Grundlegend greift eine absolute Verpflichtung zu behindertengerechter Ausgestaltung sämtlicher privater Gewerbebetriebe in verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte der Betreiber ein. Dabei spielt erstens das Recht auf Freiheit der Erwerbstätigkeit und zweitens das Recht auf Schutz des Eigentums eine wichtige Rolle. Auch wenn diese Grundrechte nicht absolut gelten, erfordern Einschränkungen der Schutzbereiche neben dem Vorliegen eines öffentlichen Interesses auch eine Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Das öffentliche Interesse dieser Regelungen zur Zugänglichkeit liegt zweifelslos in Bestrebungen zur faktischen Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen. Jedoch müssen Grundrechte beschränkende Maßnahmen in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Erfolg stehen. Dieses Prinzip der Verhältnismäßigkeit und der damit verbundenen Interessenabwägung muss somit bei Vorgaben an Private zur behindertengerechten Ausgestaltung stets berücksichtigt werden. Der Einbau einer Verpflichtung zur behindertengerechten Ausstattung von Betriebsanlagen (vor allem Gaststätten und Beherbergungsbetriebe), müsste diesen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (bauliche und auch wirtschaftliche Zumutbarkeit) berücksichtigen. Damit würde aber der Effekt stark verbessert werden. Überlegt werden könnten freilich Förderungsmaßnahmen der öffentlichen Hand bei der behindertengerechten Ausstattung solcher Gewerbebetriebe. Angesichts der nicht übermäßig großen Dimensionen solcher Förderungsleistungen kämen solche Subventionen auch nicht mit dem Beihilfeverbot der EU in Konflikt.
- 360** In die gleiche Richtung gehen Bestimmungen des BGStG. Nach dessen § 6 Abs 1 liegt eine mittelbare Diskriminierung nicht vor, wenn die Beseitigung von Bedingungen, die die Benachteiligung begründen, insbesondere von Barrieren, rechtswidrig oder wegen unverhältnismäßiger Belastungen unzumutbar wäre. Nach den Materialien ist die Verhältnismäßigkeit im Einzelfall detailliert zu prüfen (ErlRV 836 BlgNR 22. GP, 8). Als Beispiel wird – so die Materialien weiter – der nachträgliche Einbau eines Aufzuges in einen Altbau in vielen Fällen nicht zumutbar sein. Als Beispiel für eine rechtliche Unmöglichkeit der Beseitigung der Barriere führen die Materialien eine Untersagung des Einbaus einer Rampe an der Vorderfront

eines denkmalgeschützten Gebäudes an. § 6 Abs 2 BGStG formuliert in diesem Zusammenhang besonders zu berücksichtigende Kriterien. Durch diese Regelungen des BGStG werden die Vorgaben des Übereinkommens – grundsätzlich – ausreichend umgesetzt. Dabei ist jedoch zu bedenken, dass das BGStG ausschließlich für die Bundesverwaltung gilt, das Bauwesen jedoch in den Bereich der Landesverwaltung fällt.

- 361** Kritisch zu betrachten ist der Passus in § 6 Abs 2 BGStG, wonach eine mittelbare Diskriminierung nicht vorliegt, wenn die Beseitigung der Barriere rechtswidrig wäre. Es ist gerade Aufgabe und Verpflichtung des Gesetzgebers den rechtlichen Rahmen dahingehend auszugestalten, dass eine Barrierefreiheit in Einklang mit dem Übereinkommen gewährleistet wird. Das in den Materialien verwendete Beispiel des Denkmalschutzes zeigt zwar die Motivation des Gesetzgebers, überzeugt jedoch nicht. Die dahinter stehende Sicherung historischer Bauwerke sollte unseres Erachtens nicht absolut einer Herstellung der Barrierefreiheit entgegenstehen können. Vielmehr ist es angebracht, dieses öffentliche Interesse im Rahmen der Unzumutbarkeitsprüfung zu werten und zu beurteilen. Zusammengefasst stößt der Passus „rechtswidrig oder“ in § 6 Abs 1 BGStG auf Zweifel.
- 362** Eine zweite Einschränkungen wird bei Betrieben angenommen werden, die sich aus der Natur ihrer Tätigkeit nicht für sämtliche Menschen mit Behinderungen eignen. So werden zB Betreibern alpiner Schutzhütten, an Wanderrouten gelegenen Alpengasthäusern oder Hochseilklettergärten derartige Verpflichtungen wohl generell nicht auferlegt werden können.
- 363** Ebenfalls aus dem Blickwinkel des Verhältnismäßigkeitsprinzips sowie unter Beachtung des grundrechtlichen Vertrauensschutzes bedarf es bei der Verhängung nachträglicher Auflagen besonderer Vorsicht, da schon rechtskräftige Bewilligungsbescheide bestehen. So muss der finanzielle Aufwand, der schließlich vom Betreiber selbst getragen werden muss, in angemessenem Verhältnis zum erwünschten Erfolg stehen. Der finanzielle Aufwand darf somit keine Unrentabilität zur Folge haben bzw die wirtschaftliche Existenz des Betriebes gefährden. Ein grundlegender Unterschied muss demnach auch zwischen Altbeständen und Neuerrichtungen von Betrieben durchgeführt werden.
- 364** Ebenfalls im Lichte der Interessenabwägung müssen andere öffentliche Interessen wie zB Aspekte des Denkmalschutzes beachtet werden.

- 365** Aufgrund der Versteinerungstheorie fallen Änderungen des Verwendungszweckes von Bauwerken in den Zuständigkeitsbereich der Baurechte und nicht in jenen des Gewerberechts. Deshalb sind dahingehende Regelungen durch Bauordnungen der Länder vorzusehen.
- 366** Zu bedenken ist weiters, dass sich sämtliche baurechtlichen Regelungen ausschließlich auf Barrierefreiheit beschränken. Dabei müsste die gesamte Palette der Behinderungen abgedeckt werden. Zu denken ist dabei zB an akustische Signale in Aufzügen um sehbehinderten Menschen ein selbständiges Fortkommen zu ermöglichen.
- 367** Trotz der grundsätzlichen grundrechtlichen und kompetenzrechtlichen Bedenken, Betriebsanlagen barrierefrei zu gestalten, könnte doch eine Berücksichtigungsklausel zugunsten einer behindertengerechten Ausgestaltung von Betriebsanlagen in die GewO aufgenommen werden. Mit einer Wendung „nach Möglichkeit zu berücksichtigen“ würde zwar keine generelle Verpflichtung geschaffen, eine Verbesserung gegenüber dem derzeitigen Rechtszustand jedoch erreicht werden.
- 368** Soweit ersichtlich sehen von den Bauordnungen der neun Länder nur die Steiermark und Wien die barrierefreie Gestaltung von Bauwerken ausdrücklich vor. Zwar nehmen auch andere Bauordnungen mittelbar auf barrierefreies Bauen Bezug, jedoch zumeist nur in Form von nicht bindenden Berücksichtigungsklauseln. Für die Versagung einer Baubewilligung im Falle einer Nichtberücksichtigung reichen diese Bestimmungen nicht aus. So fordert zum Beispiel die Tiroler Bauordnung Abstellmöglichkeiten für Kraftfahrzeuge von Menschen mit Behinderungen (§ 9 Abs 1) und die Bedachtnahme auf die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen bei der Gestaltung von baulichen Anlagen, „soweit der jeweilige Verwendungszweck dies erfordert“ (§ 17 Abs 2). Eine nicht behindertengerechte Errichtung einer baulichen Anlage ist aufgrund dieser Regelung kein Versagungsgrund (*Weber*, § 17, in *Weber/Rath-Kathrein* [Hrsg), *Tiroler Bauordnung* [2014] Rz 7). Das Burgenländische Baugesetz ermächtigt in § 4 die Landesregierung in der sog Bauverordnung nähere Vorschriften über die Zulässigkeit von Bauvorhaben zu regeln. Dabei sind unter anderem Mindestanforderungen für die barrierefreie Gestaltung bestimmter Bauvorhaben festzulegen, sodass diese Personen mit Behinderungen gefahrlos und tunlichst ohne fremde Hilfe zugänglich sind. Bei Umbau-, Zubau- und Sanierungsmaßnahmen ist nach § 4 Abs 4 des Burgenländischen Baugesetzes von diesen Mindestanforderungen abzusehen, wenn das Verhältnis der Kosten zur Herstellung der Barrierefreiheit im Vergleich zu den Gesamtkosten unangemessen erscheint oder wenn hierdurch unbillige Härtefälle entstehen.

369 § 76 Steiermärkisches Baugesetz (LGBl 59/1995 idF 83/2013) Barrierefreie Gestaltung von Bauwerken

(1) Folgende Bauwerke (Neubauten) müssen so geplant und ausgeführt sein, dass die für Besucher und Kunden bestimmten Teile auch für Kinder, ältere Personen und Personen mit Behinderungen gefahrlos und tunlichst ohne fremde Hilfe zugänglich sind:

1. Bauwerke für öffentliche Zwecke (zB Behörden und Ämter),
2. Bauwerke für Bildungszwecke (zB Kindergärten, Schulen, Hochschulen, Volkshilungseinrichtungen),
3. Handelsbetriebe mit Konsumgütern des täglichen Bedarfs,
4. Banken,
5. Gesundheits und Sozialeinrichtungen,
6. Arztpraxen und Apotheken,
7. öffentliche Toiletten sowie
8. sonstige Bauwerke, die allgemein zugänglich und für eine gleichzeitige Anwesenheit von mindestens 50 Besucher oder Kunden ausgelegt sind.

(2) Zur Erfüllung der Anforderungen gemäß Abs 1 müssen insbesondere

1. mindestens ein Eingang, möglichst der Haupteingang, stufenlos erreichbar sein,
2. in Verbindungswegen Stufen, Schwellen und ähnliche Hindernisse grundsätzlich vermieden werden; unvermeidbare Niveauunterschiede sind durch entsprechende Rampen, Aufzüge oder andere Aufstiegshilfen zu überwinden oder auszugleichen,
3. notwendige Mindestbreiten für Türen und Gänge eingehalten werden,
4. eine dem Verwendungszweck entsprechende Anzahl von behindertengerechten Sanitäräumen errichtet werden.

(3) Bei Zu und Umbauten von Bauwerken gemäß Abs 1 Z 1 und Z 2 sind diese und auch die bestehenden baulichen Anlagen barrierefrei auszubilden, sofern hiedurch hinsichtlich des baulichen Bestandes keine im Vergleich zu den Kosten der Baumaßnahme unverhältnismäßig hohen Mehraufwendungen entstehen.

(4) Wohngebäude (Neubauten und solche, die durch Nutzungsänderungen entstehen) mit mehr als drei Wohnungen sind nach den Grundsätzen für den anpassbaren Wohnbau zu planen und zu errichten. Für den anpassbaren Wohnbau müssen jedenfalls die Anforderungen nach Abs 2 Z 1 und 3 eingehalten werden.

370 § 115 Bauordnung für Wien (LGBl 11/1930 idF 64/2012) Barrierefreie Gestaltung von Bauwerken

(1) Folgende Bauwerke oder Bauwerksteile müssen so barrierefrei geplant und ausgeführt sein, dass die für Besucher und Kunden bestimmten Teile auch für Kinder, ältere Personen und Personen mit Behinderungen gefahrlos und tunlichst ohne fremde Hilfe zugänglich sind:

1. Bauwerke mit Aufenthaltsräumen, mit Ausnahme von
 - a. Gebäuden mit nur einer Wohnung,
 - b. Wohngebäuden mit einer Gebäudehöhe von höchstens 7,50 m, die nicht mehr als zwei Wohnungen enthalten und in denen für Betriebs- oder Geschäftszwecke höchstens ein Geschoß in Anspruch genommen wird,
 - c. Reihenhäusern,

2. Bauwerke für öffentliche Zwecke (zB Behörden und Ämter);
 3. Bauwerke für Bildungszwecke (zB Kindergärten, Schulen, Hochschulen, Volkshilungseinrichtungen);
 4. Bauwerke mit Versammlungsräumen;
 5. Veranstaltungs- und Sportstätten;
 6. Handelsbetriebe mit Konsumgütern des täglichen Bedarfs;
 7. Banken;
 8. Kirchen;
 9. Gesundheits- und Sozialeinrichtungen;
 10. Arztpraxen und Apotheken;
 11. öffentliche Toiletten;
 12. sonstige Bauwerke, die allgemein zugänglich und für mindestens 50 Besucher oder Kunden ausgelegt sind.
- (2) Zur Erfüllung der Anforderungen gemäß Abs 1 müssen insbesondere
1. mindestens ein Eingang, und zwar der Haupteingang oder ein Eingang in dessen unmittelbarer Nähe, stufenlos erreichbar sein,
 2. in Verbindungswegen Stufen, Schwellen und ähnliche Hindernisse grundsätzlich vermieden werden; unvermeidbare Niveauunterschiede sind durch entsprechende Rampen, Aufzüge oder andere Aufstiegshilfen zu überwinden oder auszugleichen,
 3. notwendige Mindestbreiten für Türen und Gänge eingehalten werden,
 4. eine dem Verwendungszweck entsprechende Anzahl von behindertengerechten Sanitäräumen errichtet werden.
- (3) Für Montagehallen, Lagerhallen, Werkstätten in Industriebauwerken u. ä. ist Vorsorge zu treffen, dass sie für behinderte Menschen gefahrlos und barrierefrei zugänglich und benützbar sind.
- (4) Die Anforderungen gemäß Abs 2 und 3 sind auch für Zu- oder Umbauten zu erfüllen.
- (5) Bei Unterteilungen eines Bauwerks in Brandabschnitte (Stiegen) mit einem oder mehreren diesen zugeordneten selbstständigen Eingängen sind die Anforderungen gemäß Abs 2 und 3 für jeden einzelnen Brandabschnitt zu erfüllen.
- (6) Werden außerhalb eines Bauwerks im Zuge von Verkehrswegen, die der Erreichbarkeit des Bauwerks von den öffentlichen Verkehrsflächen dienen, einzelne Stufen errichtet, ist dieser Höhenunterschied zusätzlich neben der Stufe durch eine Rampe mit einer lichten Durchgangsbreite von mindestens 1 m zu überbrücken.
- (7) In Bauwerken gemäß Abs 1 Z 2, 3 und 9 sind in jedem Geschoß Toiletten für behinderte Menschen anzuordnen.

371 Übereinstimmend führen beide Regelungen beispielhaft Gebäude und ihre Verwendungszwecke an. Als Auffangklausel sehen weitgehend wortgleich § 76 Abs 1 Z 8 Steiermärkisches Baugesetz und § 115 Abs 1 Z 12 Wiener Bauordnung „sonstige Bauwerke, die allgemein zugänglich und für (eine gleichzeitige Anwesenheit von) mindestens 50 Besuchern oder Kunden ausgelegt sind“ vor. Genau diese Einschränkung widerspricht Art 9 des Übereinkommens. Eine dahingehende Änderung wird auch vom Ausschuss empfohlen. Konform mit den Vorgaben wäre zB ein Bezug auf „sonstige Bauwerke, die allgemein zugänglich sind“ oder „sons-

tige Bauwerke, die der Allgemeinheit oder Öffentlichkeit zugänglich sind“, eben ohne Einschränkung auf eine Mindestkapazität.

- 372** Es kann somit die Forderung vertreten werden, dass auch die übrigen Bundesländer mit Wien und der Steiermark vergleichbare Regelungen vorsehen sollten, freilich unter Berücksichtigung des soeben geäußerten Änderungsbedarfs.
- 373** Neben den einschlägigen Bauordnungen bestehen mehrere ÖNORMEN, die jedoch lediglich Empfehlungen darstellen. Einschlägig sind zB ÖNORM B 1600 „Planungsgrundsätze für das Barrierefreie Bauen“, ÖNORM B 1601 „Planungsgrundsätze bezüglich spezieller Baulichkeiten für behinderte und alte Menschen“, ÖNORM B 1602 „Barrierefreie Schul- und Ausbildungsstätten und Begleiteinrichtungen“, ÖNORM B 1603 „Planungsgrundlagen für barrierefreie Tourismuseinrichtungen“ sowie ÖNORM B 1610 „Barrierefreie Gebäude und Anlagen – Anforderungen für die Beurteilung der Barrierefreiheit“.
- 374** Auf sämtliche nicht rechtsverbindliche Vorgaben und durch Förderungen geschaffene Anreize kann jedoch im Rahmen dieses Gutachtens nicht eingegangen werden.

5. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

- 375** Umsetzungsbedarf besteht aufgrund von Art 9 des Übereinkommens für Bauordnungen der Länder. Diese müssen Regelungen vorsehen, damit sämtliche der Öffentlichkeit offenstehende oder für sie bereit gestellte Gebäude, Dienste und Einrichtungen für Menschen mit Behinderungen zugänglich sind. Dieser Grundsatz gilt auch für private Betreiber. In diesem Zusammenhang ist jedoch wiederum das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten. Zur gehörigen Umsetzung des Art 9 müssen Länder konkrete Vorgaben in die jeweiligen Bauordnungen aufnehmen. Auch bei bestehenden Regelungen besteht Anpassungsbedarf. Ein Bezug zur Mindestkapazität ist zu vermeiden.

III.Rechts- und Handlungsfähigkeit im Zivilrecht (Art 12)

- 376** Gemäß Art 12 des Übereinkommens anerkennen die Vertragsstaaten, „dass Menschen mit Behinderungen in allen Lebensbereichen gleichberechtigt mit anderen Rechts- und Handlungsfähigkeit genießen.“ Diese Anerkennung der Eigenschaft als Rechtssubjekt ist vor dem Hintergrund des sozialen Behindertenbegriffs (Rn 309) des Übereinkommens zu verstehen, wonach Behinderungen keine Eigenschaften der Personen an sich sind, sondern Hindernisse, die durch die Gesellschaft errichtet werden. Ziel des Übereinkommens ist es, dass Menschen

mit Behinderungen über die Gestaltung ihres Lebens möglichst weitgehend selbst entscheiden können,³³⁸ sowie dass ihnen umfassende Teilhabe am gesellschaftlichen Leben ermöglicht wird. Inwieweit die im Zivilrecht bekannten Rechtsinstitute der Sachwalterschaft (etwa über die nach hM bestehende Wunschermittlungspflicht des Sachwalters), der Vorsorgevollmacht, der Patientenverfügung und der Angehörigenvertretung dieser Maxime entsprechen und ob sie daher übereinkommenskonform sind, wird in der Folge erörtert. Dass grundsätzlich legislativer Handlungsbedarf in diesem Bereich besteht, wird relativ einhellig angenommen,³³⁹ die Details freilich sind umstritten. Neben der Erörterung der Rechtslage wird fallweise auch auf die faktischen Verhältnisse eingegangen. Zusätzlich werden einige best-practice-Modelle unterstützter Entscheidungsfindung dargestellt.

1. Vorgaben des Übereinkommens

377 Im Anschluss wird Artikel 12 des Übereinkommens in Englisch – in einer der offiziellen Vertragssprachen (Rn 16) – wiedergegeben. Deutsch ist keine offizielle Vertragssprache, was immer wieder zu Differenzen, im hier interessierenden Zusammenhang insb. hinsichtlich der Definition von „legal capacity“, führt:

Equal recognition before the law

1. States Parties reaffirm that persons with disabilities have the **right to recognition everywhere as persons before the law.**
2. States Parties shall recognize that persons with disabilities enjoy **legal capacity on an equal basis with others** in all aspects of life.
3. States Parties shall take **appropriate measures to provide access** by persons with disabilities **to the support they may require in exercising their legal capacity.**
4. States Parties shall ensure that all measures that relate to the exercise of legal capacity provide for appropriate and effective safeguards to prevent abuse in accordance with international human rights law. Such safeguards shall ensure that measures relating to the exercise of legal capacity respect the rights, will and preferences of the person, are free of conflict of interest and undue influence, are proportional and tailored to the person's circumstances, apply for the shortest time possible and are subject to regular review by a competent, independent and impartial authority or judicial body. The safeguards shall be proportional to the degree to which such measures affect the person's rights and interests.
5. Subject to the provisions of this article, States Parties shall take all appropriate and effective measures to ensure the equal right of persons with disabilities to own or inherit property, to control their own financial affairs and to have equal access to bank loans,

³³⁸ Stichwort: supported decision-making; vgl *Buchner*, Das soziale Modell der Behinderung, iFamZ 2011, 266ff.

³³⁹ *Ganner/Barth*, Die Auswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention auf das österreichische Sachwalterrecht, BtPrax 2010, 204; *Schauer*, Das UN-Übereinkommen über die Behindertenrechte und das österreichische Sachwalterrecht – Auswirkungen und punktueller Anpassungsbedarf, iFamZ 2011, 258.

mortgages and other forms of financial credit, and shall ensure that persons with disabilities are not arbitrarily deprived of their property.

378 Die Concluding observations des Ausschusses³⁴⁰ weisen auf die teilweise problematische deutsche Übersetzung des Übereinkommens hin, führen dabei aber den Begriff der „legal capacity“, im Unterschied zu Integration (anstelle von „inclusion“) und „independent living“, nicht als negatives Beispiel an. Dennoch ist prima vista nicht eindeutig und daher hier im Vorfeld zu klären, in welchem Ausmaß unter **„legal capacity“** **Rechts- und/oder Handlungsfähigkeit** zu verstehen ist. Es handelt sich dabei aber nicht (nur) um ein Übersetzungsproblem. Auch im englischsprachigen Rechtsraum ist die Bedeutung des Begriffs „legal capacity“ nicht eindeutig und hängt daher von der spezifischen Verwendung im jeweiligen Rechtsakt ab.³⁴¹ Es bedarf daher der Interpretation des Begriffes in der spezifischen Verwendung im Übereinkommen.

379 Insgesamt kann der Begriff **„legal capacity“** aus zwei grundlegende Komponenten bestehen: einmal aus der Fähigkeit, Inhaber eines Rechts zu sein und zweitens aus der Fähigkeit, ein Recht auszuüben. Der erste Teil entspricht (im kontinentaleuropäischen Recht) dem Grunde nach der Rechtsfähigkeit und der zweite Teil der Handlungsfähigkeit. Rechtsfähigkeit ist (nach österreichischem Recht) die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Dafür bedarf es keinerlei eigener körperlicher oder geistiger Fähigkeiten. Handlungsfähigkeit ist (nach österreichischem Recht) die Fähigkeit, durch eigenes zurechenbares Verhalten Rechte und Pflichten zu begründen. Sie unterteilt sich in verschiedene mehr oder weniger eigenständige Fähigkeiten. Die wichtigsten sind: die Geschäftsfähigkeit, die Deliktsfähigkeit, die Einsichts- und Urteilsfähigkeit, die Testierfähigkeit, die Ehe- und Verpartnerungsfähigkeit sowie die Prozessfähigkeit.

a. Rechtsfähigkeit

380 Gemäß Art 12 Abs 1 des Übereinkommens bekräftigen die Vertragsstaaten, dass Menschen mit Behinderungen das Recht haben, überall als Rechtssubjekt anerkannt zu werden. Das betrifft die Fähigkeit, Träger von Rechte und Pflichten zu sein und damit Rechtsfähigkeit zu besitzen.

³⁴⁰ Fn 24.

³⁴¹ Vgl zu dieser Frage im Zusammenhang mit dem Übereinkommen: www.disability-studies.leeds.ac.uk/files/library/legal-opinion-LegalOpinion-Art12-FINAL.pdf.

- 381** Aus dem Ziel des Übereinkommens (Telos der Vertragsparteien) sowie aus der Vertragssystematik ist unzweifelhaft zu erkennen, dass dem Begriff eine umfassende Bedeutung zukommen soll. Ziel des Übereinkommens ist es, für Menschen mit Behinderungen den vollen und gleichberechtigten Genuss aller Menschenrechte und Grundfreiheiten zu gewährleisten und sie vor jeder Art der Diskriminierung zu schützen (Art 1). Allein daraus ist die jedermann in gleicher Art und Weise zustehende **Rechtsfähigkeit** ableitbar. Ausdrücklich wird das in Art 12 Abs 1 noch einmal durch die Formulierung „right to recognition everywhere as persons before the law“ zum Ausdruck gebracht. Dabei handelt es sich aber nicht um die Schaffung eines neuen Rechts, sondern um die Wiederholung und allenfalls Konkretisierung bestehender Ansprüche.
- 382** Schon die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948 bestimmt in Art 6, dass jeder das Recht hat, überall als rechtsfähig anerkannt zu werden.³⁴² Wortwörtlich das Gleiche statuiert der Internationale Pakt über Bürgerliche und Politische Rechte in Art 16³⁴³. Jede Person³⁴⁴ ist demnach Rechtssubjekt (= rechtsfähig = fähig, Träger von Rechten und Pflichten zu sein).
- 383** Insofern gibt es auch keine Differenzen zwischen den Vorgaben des Übereinkommens und der, insofern seit Inkrafttreten des ABGB 1812 unveränderten, österreichischen Rechtslage, derzufolge jede Person, völlig unabhängig von ihren körperlichen oder geistigen Fähigkeiten, rechtsfähig ist. Mit der Lebendgeburt bedingte Rechtsfähigkeit besitzt nach österreichischem Recht auch schon der noch nicht geborene Fötus (Nasciturus) gemäß § 22 ABGB.³⁴⁵

b. Handlungsfähigkeit

³⁴² Vgl un.org/depts/german/grunddok/ar217a3.html; je nach Übersetzung heißt es allenfalls auch: „Jeder Mensch hat überall Anspruch auf Anerkennung als Rechtsperson.“

³⁴³ BGBl 591/1978.

³⁴⁴ Wenn im Übereinkommen ausdrücklich Rechte für Menschen mit Behinderungen statuiert werden, so kommt das auch allen anderen Menschen zugute. Aufgrund des verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechts auf Gleichbehandlung, müssen diese Rechte in der Folge auch Menschen ohne Behinderungen (sollte es solche überhaupt geben) zukommen, wenn nicht eine Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt ist, was zumindest in Bezug auf Rechts- und Handlungsfähigkeit kaum vorstellbar ist.

³⁴⁵ Vgl *Schauer* in Kletečka/Schauer (Hg), ABGB-ON § 22 ABGB Rz 4ff [1.01] (rdb); die Rechtsfähigkeit des Nasciturus ist insofern zu seinen Gunsten beschränkt, als ihn keine Pflichten treffen können. Der Schutz beginnt mit der Vereinigung von Eizelle und Samen.

384 Auch hinsichtlich der Handlungsfähigkeit hat sich in der Zwischenzeit, soweit ersichtlich, einhellig die Ansicht durchgesetzt, dass diese sowie ihre Unterarten (Geschäftsfähigkeit, Ehe- und Verpartnerungsfähigkeit, Testierfähigkeit etc.) unter den Begriff „legal capacity“ im Sinne des Übereinkommens zu subsumieren sind.³⁴⁶ So nunmehr auch ausdrücklich im Draft der General Comments zu Art 12.³⁴⁷

385 Dabei stellt sich primär die Frage, ob die „legal capacity“ iSd Art 12 Abs 2 eine Konkretisierung des Abs 1 (recognition everywhere as persons before the law) oder ein aliud, ist. Die Bestimmungen der AEMR und des UN-Zivilpaktes decken sich nur mit dem Text des Abs 1. „Legal capacity“ wird dort nicht eigens thematisiert. Diesbezüglich bringt aber spätestens die UN-Frauenrechtskonvention von 1979³⁴⁸ Licht ins Dunkel, auf die im Übereinkommen auch Bezug genommen wird (Präambel lit d). Sie statuiert in Art 15 Abs 2, dass Frauen (in zivilrechtlichen Angelegenheiten) dieselbe Rechtsfähigkeit wie Männer haben und ihnen auch dieselbe Gelegenheit zur Ausübung dieser Rechtsfähigkeit von den Vertragsstaaten eingeräumt werden muss. Diese Ausübung der Rechtsfähigkeit wird noch konkretisiert, indem festgehalten wird, dass die Vertragsstaaten Frauen insbesondere das gleiche Recht wie Männern in allen Stadien gerichtlicher Verfahren sowie in Bezug auf den Abschluss von Verträgen und die Verwaltung von Vermögen einräumen. Der erste Teil betrifft insbesondere die Prozessfähigkeit, der zweite Teil die Geschäftsfähigkeit. Zumal es sich dabei aber nur um eine beispielhafte Aufzählung handelt (arg: „insbesondere“), sind darunter auch die anderen Aspekte der Ausübung der Rechtsfähigkeit (= Handlungsfähigkeit) zu verstehen. Art 12 Abs 2 des Übereinkommens konkretisiert demnach das in Art 12 Abs 1 festgelegte Recht auf gleiche

³⁴⁶ Vgl *Lipp*, *Betreuungsrecht und UN-Behindertenrechtskonvention*, *FamRZ* 2012, 669 (670); *Schauer*, (Fn 338) 258; *Ganner/Barth* (Fn 338) 204; *Buchner*(Fn 337) 266.

Die authentische spanische Sprachfassung verwendet den Begriff *capacidad jurídica* und die ebenfalls authentische französische Fassung den Begriff *capacité juridique*. In beiden Fällen wird regelmäßig davon ausgegangen, dass davon die Rechts- und Handlungsfähigkeit umfasst sind; vgl *Pérez de Ontiveros Baquero*, *La Capacidad Jurídica y la Capacidad de Obrar. El Artículo 12 de la Convención, sus Implicaciones en el Derecho Privado Español* in www.convenciondiscapacidad.es/Capacidad_new/7_1_Espana.pdf, 31 (35, 38). Gemäß Art 33 Abs 3 WVK wird vermutet, dass die verschiedenen Texte eines völkerrechtlichen Vertrages dieselbe Bedeutung haben.

³⁴⁷ Pkt 1 Draft General comment on Article 12 of the Convention-Equal Recognition before the Law vom 13.09.2013: „Legal capacity includes both the capacity to be a holder of rights and an actor under the law. Legal capacity to be a holder of rights entitles the individual to the full protection of her rights by the legal system. Legal capacity to act under the law recognizes the individual as an agent who can perform acts with legal effect.“

³⁴⁸ BGBl 443/1982.

Anerkennung vor dem Recht durch die Klarstellung, dass die Anerkennung vor dem Recht auch das „Recht auf die Ausübung der Rechtsfähigkeit, nämlich der rechtlichen Handlungsfähigkeit“ als besonders wichtigen Bestandteil beinhaltet.³⁴⁹

c. Genuss der Rechts- und Handlungsfähigkeit

i. Allgemeines

386 Art 12 Abs 2 garantiert Personen mit Behinderungen den mit anderen Personen gleichberechtigten Genuss der Rechts- und Handlungsfähigkeit in allen Lebensbereichen („enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life“). Zentraler Aspekt ist die grundsätzliche Gleichbehandlung von Menschen mit Behinderungen mit anderen und die Vermeidung von Diskriminierung. Der dieser Idee zugrundeliegende verfassungsrechtliche Gleichheitsgrundsatz wird dadurch aber nicht verändert, sondern allenfalls konkretisiert. Aus diesem ergibt sich, dass bei gleichen Voraussetzungen eine Gleichbehandlung und bei unterschiedlichen Voraussetzungen, sofern das sachlich gerechtfertigt ist, eine Ungleichbehandlung zwingend erforderlich ist. Auf diesen Prinzipien beruht etwa die Sonderstellung bestimmter Personengruppen in bestimmten Angelegenheiten: zB die arbeitsrechtlichen Sonderbestimmungen für Menschen mit Behinderungen.

ii. Rechtsfähigkeit

387 Hinsichtlich der Rechtsfähigkeit ist das völlig unproblematisch, weil die österreichische Rechtsordnung in allen Fällen für alle Menschen volle Rechtsfähigkeit gewährleistet. Eine Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen ist diesbezüglich nicht gegeben und wäre in jedem Fall übereinkommenswidrig. Nach österreichischem Recht genießen alle Personen, also auch solche mit Behinderungen in allen Lebensbereichen die gleiche Rechtsfähigkeit wie andere Menschen.

iii. Handlungsfähigkeit

388 Anders ist das im Bereich der Handlungsfähigkeit. Je nach Unterart der Handlungsfähigkeit werden daran verschiedene Voraussetzungen geknüpft. Gemeinsam ist allen die Erforderlich-

³⁴⁹ Vgl *Aichele/Bernstorff*, Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht: Zur Auslegung von Art 12 der UN-Behindertenrechtskonvention, *BtPrax* 2010, 199 (201).

keit einer, der jeweiligen Materie entsprechenden, Diskretions- und Dispositionsfähigkeit,³⁵⁰ an die die Zurechnung der Verantwortung geknüpft wird. Grundsätzlich stellt die Rechtsordnung bezüglich der Unterarten der Handlungsfähigkeit aus Praktikabilitätsgründen³⁵¹ die Rechtsvermutung auf, dass diese ab Erreichung eines bestimmten Alters vorliegen. Dem liegt seinerseits die Vermutung zugrunde, dass mit einem bestimmten Alter entsprechende kognitive Fähigkeiten bestehen.³⁵² Die Rechtsvermutung ist jeweils widerlegbar.³⁵³

389 Volle Geschäftsfähigkeit,³⁵⁴ Testier-³⁵⁵ und Ehe- bzw. Verpartnerungsfähigkeit liegen bei „normal entwickelten“ 18-jährigen Personen vor, die für die Einwilligung in medizinische und (höchst)persönliche Angelegenheiten erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit (§ 173 ABGB) sowie die Deliktsfähigkeit³⁵⁶ bereits mit dem vollendeten 14. Lebensjahr. In der Praxis ist es freilich oft schwierig dies zu beurteilen.

390 Die altersgemäße Differenzierung der Unterarten der Handlungsfähigkeit scheint prinzipiell gerechtfertigt, weil mit jeder Art der Handlungsfähigkeit unterschiedliche Risiken verbunden sind. Es geht dabei jeweils um eine Abwägung zwischen unbegrenzter Selbstbestimmung und

³⁵⁰ Die Diskretionsfähigkeit ist die Fähigkeit, erkennen zu können, welche Vor- und Nachteile sowie Konsequenzen im Groben mit einer Maßnahme iSv rechtlichen Handlung oder Unterlassung verbunden sein können. Unter Dispositionsfähigkeit ist die Fähigkeit zu verstehen, dieser Erkenntnis entsprechend auch handeln und sich entscheiden zu können; vgl *Ganner*, Selbstbestimmung im Alter (2005) 235ff.

³⁵¹ Pauschalierungen hinsichtlich der jeweiligen Handlungsfähigkeit vereinfachen das Rechtsleben im Einzelfall. Vertragspartner können sich demnach grundsätzlich darauf verlassen, dass volljährige Personen geschäftsfähig sind und die mit ihnen geschlossenen Verträge Bestand haben und durchsetzbar sind („pacta sunt servanda“). Müsste man in jedem Einzelfall die Diskretions- und Dispositionsfähigkeit eines potenziellen Vertragspartners überprüfen, käme der Geschäftsverkehr zum Erliegen; vgl *Aicher* in Rummel (Hg), ABGB I³ (2003) § 21 ABGB Rz 8.

³⁵² Vgl *Hommers*, Die Entwicklungspsychologie der Delikts- und Geschäftsfähigkeit (1983) 34ff.

³⁵³ Wer aber bspw bei einer volljährigen Person die mangelnde Geschäftsfähigkeit behauptet, muss dies auch beweisen; vgl § 17 ABGB. Dh, dass eine volljährige Person, die die Nichtigkeit eines Vertrages wegen fehlender Geschäftsfähigkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses behauptet, dies auch beweisen muss, wenn sie nicht auf Grund einer Sachwalterbestellung iSd § 280 ABGB ex-lege in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkt war.

³⁵⁴ Jüngere Personen sind aber bereits beschränkt geschäftsfähig; vgl § 865 ABGB.

³⁵⁵ Mündige Minderjährige, also Personen zwischen 14 und 18 Jahren, sind grundsätzlich auch voll testierfähig, sie können ein Testament aber nur mündlich vor Gericht oder Notar erstellen, vgl § 569 ABGB. An die Testierfähigkeit werden geringere geistige und intellektuelle Anforderungen gestellt als an die Geschäftsfähigkeit; vgl *Eccher* in Apathy (Hg), Bürgerliches Recht VI³ (2008) Rz 4/19.

³⁵⁶ Gemäß § 1310 ABGB kann diese allenfalls unterschrieben werden.

rechtlichem Schutz vor Missbrauch. Wer aufgrund eingeschränkter kognitiver Fähigkeiten die Verantwortung für sein Verhalten nicht tragen kann, muss dadurch geschützt werden, dass die an sein Verhalten grundsätzlich geknüpften Konsequenzen wegfallen oder eingeschränkt werden.³⁵⁷ Art 12 des Übereinkommens trägt dem auch Rechnung, indem mit „legal capacity“ nicht nur die Fähigkeit zur Ausübung von Rechten gemeint ist, sondern auch die Fähigkeit, Verantwortung für die mit dem eigenen Verhalten verbundenen Folgen zu tragen. Das Ausmaß der Selbstbestimmung korreliert folglich immer mit dem Ausmaß an Selbstverantwortung.³⁵⁸

391 Dass bei fehlenden kognitiven Fähigkeiten von der Rechtsordnung die Handlungsfähigkeit verneint wird, ist eine Schutzmaßnahme für die betroffenen Personen.³⁵⁹ Nur deshalb werden sie von negativen rechtlichen Konsequenzen verschont. Mangels strafrechtlicher Deliktsfähigkeit kann jemand, der eine Straftat begeht, nicht bestraft werden. Mangels zivilrechtlicher Deliktsfähigkeit muss jemand den von ihm verursachten Schaden nicht ersetzen. Mangels Geschäftsfähigkeit gilt der Grundsatz „pacta sunt servanda“ nicht und eine Person muss einen Vertrag nicht einhalten, den sie nur auf Grund einer Krankheit (z.B. Sucht etc.) abgeschlossen hat oder bei dem sie die grundlegenden Vertragsinhalte nicht erkennen konnte. Mangels Testierfähigkeit ist ein Testament nicht gültig, das sich jemand unter Ausnutzung der Hilflosigkeit des Erblassers erschlichen hat. Mangels Einsichts- und Urteilsfähigkeit eines Patienten ist nicht jede Ablehnung einer medizinisch notwendigen Behandlung zu befolgen etc.

392 Um die Übereinkommenskonformität der österreichischen Rechtslage in Bezug darauf beurteilen zu können, bedarf es primär der Interpretation der Formulierung des Art 12 Abs 2 „gleichberechtigt mit anderen“, wobei hier primär die aussagekräftigeren Originalfassungen

³⁵⁷ § 21 ABGB stellt Minderjährige und andere Personen, die „alle oder einzelne Angelegenheiten selbst gehörige zu besorgen nicht vermögen“ unter den besonderen Schutz der Gesetze und stellt damit ein umfassend Fürsorgepflicht für schutzbedürftige Personen dar, die damit vor Missbrauch und insbesondere Übervorteilung im rechtsgeschäftlichen Verkehr geschützt werden sollen; vgl Ganner, Selbstbestimmung im Alter¹ (2005) 80ff.

³⁵⁸ So insb auch *Lipp*, FamRZ 2012, 669 (672).

³⁵⁹ Gem § 21 ABGB stehen Minderjährige und Personen, die aus einem anderen Grund als dem ihrer Minderjährigkeit alle oder einzelne ihrer Angelegenheiten selbst gehörig zu besorgen nicht vermögen, unter dem besonderen Schutz der Gesetze. Es handelt sich dabei um eine Generalklausel zum Schutz von nicht voll handlungsfähigen Personen, die diese vor allem vor rechtsgeschäftlicher Übervorteilung schützen soll. Der Schutzgedanke des § 21 ABGB muss folglich auch in die Interpretation konkreter Normen des Sachwalterrechts einfließen; OGH 23.7.1997, 7 Ob 150/97b und OGH 18.11.1993, 8 Ob 25/93; vgl auch *Ganner* (Fn 349) 80ff.

in Englisch („on an equal basis with others“) und Spanisch³⁶⁰ („en igualdad de condiciones“) herangezogen werden sollen. Allein die Textinterpretation ergibt zweifellos, dass damit nicht unbedingte umfassende Handlungsfähigkeit³⁶¹ gemeint ist, sondern dass diese Personen mit Behinderungen unter den gleichen Umständen zustehen muss wie anderen Personen. Auch die systematische und teleologische Interpretation bestätigen dieses Auslegungsergebnis. Es geht um einen Diskriminierungsschutz und die Gleichbehandlung mit allen anderen Menschen und nicht um die Festlegung besonderer Rechte. Ausdrücklich so auch der Ausschuss:³⁶²

„It does not provide additional rights to people with disabilities; it simply describes the specific elements required to ensure the right to equality before the law for people with disabilities on an equal basis with others.“

- 393** Dem Ausschuss folgend ist Art 12 so zu interpretieren, dass (auch) bei allen Personen mit Behinderungen das Vorliegen der vollen Handlungsfähigkeit dauerhaft zu vermuten ist.³⁶³ Hinsichtlich von Kindern mit Behinderungen wird verlangt, dass deren Willen und Präferenzen in gleicher Weise, wie bei anderen Kindern, berücksichtigt werden.³⁶⁴
- 394** Im Draft General comment on Article 12, Z 12 und 13 wird weiters ausgeführt, dass „legal capacity“ und „mental capacity“ verschiedene Konzepte sind, wobei die sich auf die „mental capacity“ beziehende Entscheidungsfähigkeit des Individuums durchaus variieren könne. Art 12 erlaube aber keine Aberkennung der Rechts- und Handlungsfähigkeit auf Grund mentaler Defizite.³⁶⁵ Das ist so zu verstehen, dass eine konstitutive Aberkennung von Rechts- oder Handlungsfähigkeit grundsätzlich übereinkommenswidrig ist. Das heißt aber nicht, dass Personen in jedem geistigen Zustand per Gesetz fähig sein müssen, alle Formen der Handlungsfähigkeit selbst auszuüben. Die in allen (mir bekannten) Rechtsordnungen an die Handlungsfähigkeit geknüpfte Bedingung eines gewissen Ausmaßes an Diskretions- und Dispositionsfähigkeit, welches in sehr vielen Fällen durch umfassende Unterstützungsmaßnahmen auch bei

³⁶⁰ Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

³⁶¹ Die Rechtsfähigkeit wird hier nicht mehr besprochen, weil diese ohnehin immer uneingeschränkt zusteht.

³⁶² Z 1 Draft General comment on Article 12 of the Convention-Equal Recognition before the Law vom 13.09.2013.

³⁶³ „Article 12 affirms a permanent presumption that all persons with disabilities have full legal capacity“; Z 8 Draft General comment on Article 12.

³⁶⁴ Z 32 Draft General comment on Article 12.

³⁶⁵ So auch Z 9 Draft General comment on Article 12.

Menschen mit schweren Behinderungen erreicht werden kann, bleibt daher zwingende Voraussetzung für eine – häufig nicht nur mit Rechten, sondern auch mit schwerwiegenden Verpflichtungen verbundene – der Person mit Behinderungen zurechenbare Entscheidung. Das Übereinkommen ändert an der Definition des Begriffes Handlungsfähigkeit nichts.

395 Aus dem Gleichheitsgrundsatz ergibt sich daher, dass bei gleichen relevanten Voraussetzungen die Gleichbehandlung und bei für den jeweiligen Lebensbereich relevanten unterschiedlichen Voraussetzungen eine sachlich gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung zu erfolgen hat. Das heißt, dass Personen, die im Zeitpunkt der Entscheidung nicht entscheidungsfähig (zB geschäftsfähig) sind, diese Entscheidung nicht zugerechnet werden kann, dass aber auch Personen, die im Zeitpunkt der Entscheidung die erforderliche Diskretions- und Dispositionsfähigkeit besitzen, die Entscheidungsfähigkeit (zB Geschäftsfähigkeit) nicht (per Gesetz oder Gerichtsbeschluss) aberkannt werden darf.

2. Grundsätzliche Zulässigkeit einer Vertreterentscheidung

a. Allgemeines

396 Das österreichische Recht sieht verschieden Formen der Stellvertreterentscheidung für Menschen mit Behinderungen vor: Für die gegenständliche Untersuchung relevant sind die gesetzlichen durch einen Sachwalter (§§ 268ff ABGB) oder durch nächste Angehörige (§§ 284b-e ABGB) sowie die selbstgewählte durch einen Bevollmächtigten (§§ 284f-h und §§ 1002ff ABGB).³⁶⁶ Im Mittelpunkt der aktuellen Diskussion steht dabei das Sachwalterrecht, die Vertretung durch nächste Angehörige ist aber ebenso relevant.

397 Aus Art 12 des Übereinkommens wird teilweise abgeleitet, dass eine Vertreterentscheidung überhaupt nicht zulässig und dass mit dem Übereinkommen der Wandel vom „substituted decision-making“ zum „supported decision-making“ – zumindest rechtlich – vollzogen worden sei und die Vertragsstaaten daher alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen hätten, damit Personen mit Behinderungen in allen Fällen ihre Entscheidungen selbst treffen könnten.³⁶⁷ Wohl dieser Ansicht folgend hat der Ausschuss empfohlen, dass die Mitgliedsstaaten ihr Er-

³⁶⁶ Auf die Vertretung von Kindern und Minderjährigen durch die obsorgeberechtigten Personen wird hier nicht eingegangen.

³⁶⁷ So insb *Lachwitz*, Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, BtPrax 2008, 143 (146) und *Buchner*, „Meine Wünsche sollen ernst genommen werden!“, iFamZ 2009, 120 (122).

wachsenenschutzrecht überprüfen und stellvertretende Entscheidungen durch Unterstützungsmaßnahmen bei der Entscheidungsfindung des Betroffenen ersetzen.³⁶⁸ Auch im Draft der General Comments wird ausgeführt, dass das menschenrechtsbasierte Modell des Übereinkommens einen Wandel von der Vertreterentscheidung zur unterstützten Entscheidungsfindung vorsieht.³⁶⁹

398 Die juristische Fachliteratur beantwortet die Frage, ob eine stellvertretende Entscheidung im Lichte des Übereinkommens – unter bestimmten Umständen und als ultima ratio – überhaupt noch zulässig ist, eindeutig mit ja.³⁷⁰

399 Dem ist zu folgen. Die Vertragsstaaten haben nämlich offenbar nicht beabsichtigt, aufgrund des Übereinkommens ihr diesbezügliches Rechtssystem vollständig oder doch in wesentlichen Bereichen zu verändern. Dies ergibt sich etwa für Österreich aus den Erläuterungen zum Ratifikationsakt,³⁷¹ andere Staaten (Frankreich, die Niederlande, Australien und Kanada) stellen – und zwar unwidersprochen – in interpretativen Erklärungen klar, dass sie auf Vertretungsregelungen nicht verzichten.³⁷² Soweit ersichtlich nahm bisher auch kein Staat die Ratifikation zum Anlass, sein Vertretungsrecht völlig abzuschaffen oder auch nur wesentlich ab-

³⁶⁸ <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/Session6.aspx> (20.8.2013); *Lipp*, FamRZ 2012, 669 (671).

³⁶⁹ Z 3 Draft General Comment on Art 12: „Until now there has been a general failure to understand that the human rights-based model of disability implies the shift from a substitute decision-making paradigm to one that is based in supported decision-making.“

³⁷⁰ Eine große Anzahl von Beiträgen in *Arai/Becker/Lipp* (Hg), *Adult Guardianship Law for the 21st Century* (2013), in denen selbstverständlich von der Grundrechtskonformität der jeweiligen Erwachsenenschutzsysteme mit Stellvertreterentscheidung (USA, England, Kanada, Deutschland, Hong Kong, Japan, Australien etc) ausgegangen wird; ausdrücklich *Lipp*, 108; aber auch *Aichele*, BtPrax 2010, 199 (203); *Schauer* (Fn 338); *Ganner/Barth* (Fn 338) 204.

³⁷¹ Vgl etwa für Österreich RV 564 BlgNR XXIII. GP 2 wonach den sich aus dem Übereinkommen ergebenden völkerrechtlichen Verpflichtungen im Rahmen der österreichischen Rechtsordnung „bereits weitestgehend“ entsprochen wurde.

³⁷² Vgl etwa Kanada: “[...] To the extent Article 12 may be interpreted as requiring the elimination of all substitute decision-making arrangements, Canada reserves the right to continue their use in appropriate circumstances and subject to appropriate and effective safeguards.” Siehe auch Frankreich und Niederlande: “[...] In the case of persons who are not able to give their consent, permission given by their representative or an authority or body provided for by law.” Diese interpretativen Erklärungen sind abrufbar unter: www.treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en.

zuändern. Soweit ersichtlich gibt es auch nach wie vor weltweit keinen Staat, der ohne eine Vertreterentscheidung auskommt.

- 400** Die Notwendigkeit einer Vertretungsmöglichkeit ergibt sich bei der Handlungsfähigkeit schon aus der Natur der Sache, weil hier – im Unterschied zur Rechtsfähigkeit – Entscheidungen getroffen werden müssen. Um eine Entscheidung treffen zu können, bedarf es jedenfalls geistiger Fähigkeiten und in der Folge der Äußerungsfähigkeit, damit jemand die Entscheidung wahrnehmen und umsetzen kann.
- 401** Unter Beachtung der Ziele des Übereinkommens kann man im Interesse der betroffenen Personen wohl nur zum Ergebnis kommen, dass eine Stellvertreterentscheidung unter bestimmten Umständen zwingend erforderlich ist.³⁷³ Beispielsweise ist es bei einer Person im Wachkoma unbedingt erforderlich, Entscheidungen über medizinische Maßnahmen zu treffen. Diese kann nur ein Stellvertreter treffen. Eine Rechtsordnung, die in diesem Falle keine Stellvertreterentscheidung, die Art 12 Abs 4 des Übereinkommens entspricht, vorsieht, würde wohl gegen eine Reihe von Bestimmungen des Übereinkommens, ua gegen Art 25, verstoßen. In allen Fällen, in denen eine unterstützte Entscheidungsfindung möglich ist, ist diese vorzusehen.³⁷⁴

b. Vorsorgevollmacht

- 402** Bei der Vorsorgevollmacht handelt es sich jedoch um eine Stellvertreterentscheidung, die in der gesamten Literatur zum Übereinkommen als übereinkommenskonform und häufig als best-practice-Modell beschrieben wird.³⁷⁵ Der Text des Art 12 sowie sein Kommentar gehen nicht direkt auf (Vorsorge)Vollmachten ein. Aus der Systematik ergibt sich aber ganz eindeutig ihre Konformität mit dem Übereinkommen, vorausgesetzt, sie wurden von der zu vertretenden Person selbst freiwillig erstellt.³⁷⁶ Nach österreichischem Recht kann eine Vorsorge-

³⁷³ So insb auch *Schauer* (Fn 338) 260.

³⁷⁴ Z 37, 38 Draft General Comment on Art 12. Diese Bestimmungen sehen den „free and informed consent“ des Patienten sowie die Unzulässigkeit von Zwangsbehandlungen, ohne Einschränkung, in allen Fällen vor und widersprechen damit anderen grundlegenden Bestimmungen des Übereinkommens. Die systematische und teleologische Interpretation ergeben, dass – zumindest als ultima ratio – eine Stellvertreterentscheidung sowie eine Zwangsbehandlung zulässig sind.

³⁷⁵ Für viele *Arai/Becker/Lipp* (Hg) (Fn 369).

³⁷⁶ Z 23 Draft General Comment on Art 12.

vollmacht aber ohnehin nur höchstpersönlich erstellt werden.³⁷⁷ Sie gewährleistet damit die weitgehende Autonomie der betroffenen Person und entspricht jedenfalls den Vorgaben des Art 12 Abs 2. Die Selbstbestimmung des Vollmachtgebers wird zusätzlich dadurch geschützt, dass der Bevollmächtigte verpflichtet wird (§ 284h Abs 1 ABGB), nach dem Willen des Vollmachtgebers zu handeln sowie auch seine nach Verlust der Entscheidungsfähigkeit geäußerten Wünsche zu berücksichtigen.

c. Sachwalterrecht

i. Fakten

- 403** Im internationalen Vergleich fällt schnell auf, dass die Dichte der Sachwalterschaften/Vormundschaften stark variiert. In Österreich gibt es, bei 8 Mio. Einwohnern, ca. 60.000 Sachwalterschaften, in der Schweiz bei 7,7 Millionen Einwohnern ca. 82.000 Vormundschaften, in Deutschland, bei 81 Mio. Einwohnern, mehr als 1,3 Mio. Betreuungen und in den USA bei 314 Mio. Einwohnern zirka 1,5 Millionen Personen unter guardianship. Das sind pro 1.000 Personen 7,5 Sachwalterschaften in Österreich, 10,6 Vormundschaften in der Schweiz, 4,7 guardianships in den USA und 16 Betreuungen in Deutschland.³⁷⁸
- 404** In Österreich und in der Schweiz werden jährlich ca. 8.200 Sachwalter- bzw. Vormundschaften neu bestellt, in Deutschland ca. 230.000; in Dänemark hingegen nur ca. 2.300 und auch in Japan, mit ca. 120 Millionen Einwohnern, nur ca. 30.000.³⁷⁹ In Österreich überwiegt deutlich der Anteil der Frauen (61 %), in Deutschland wiederum bekommen etwas mehr Männer als Frauen einen Betreuer. In Österreich ist der Anteil der Sachwalter, die Familienangehörige sind, etwas geringer als in Deutschland: 60 % in Österreich und 67 % in Deutschland. In Japan liegt der Anteil der Familienangehörigen bei den gerichtlich bestellten Vormündern bei über 70 %. Auch bei der Altersstruktur bestehen beträchtliche Unterschiede. In Österreich stellen die über 80-Jährigen einen doppelt so hohen Anteil an Sachwalterschaften

³⁷⁷ Ganner in Barth/Ganner (Hg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 353.

³⁷⁸ Ganner, Stand und Perspektiven des Erwachsenenschutzes in Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit (Hg), Perspektiven und Reform des Erwachsenenschutzes, 11. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2012 (2013) 41 (44); Deinert, Betreuungszahlen 2012, BtPrax 2013, 242.

³⁷⁹ Vgl Aoki/Ganner, Das japanische Vormundschaftsrecht – Seinennkoukennhou, BtPrax 2009, 207 (210).

ten/Betreuungen wie in Deutschland, die jüngeren Personen (bis 64 Jahre) folglich einen deutlich geringeren.³⁸⁰

405 Die Gründe für die großen Differenzen in der Betreuungsdichte sind vielseitig. Ein wichtiger Aspekt sind regionale Rechtskulturen: Sogar bei identischer Rechtslage kommt es zu sehr unterschiedlichen Entscheidungen bei den Akteuren.³⁸¹ Eine Untersuchung hat etwa gezeigt, dass in den östlichen und südlichen Gerichtssprengeln Österreichs, bezogen auf die jeweilige Bevölkerung, deutlich mehr Sachwalterschaften angeregt und Sachwalter bestellt werden als im Westen. Nicht verwunderlich ist es daher auch im internationalen Vergleich, wenn bei durchaus vergleichbarer Rechtslage (etwa zwischen Deutschland, Japan und Österreich) ein mit den rechtlichen Differenzen nicht zu erklärender Unterschied an Betreuungsdichte festgestellt wird. Ein anderer Grund ist zweifellos die Ausgestaltung der Sozialsysteme. Während in Skandinavien viele Sozial- und Pflegeleistungen von der jeweiligen Wohnsitzgemeinde ohne großen bürokratischen Aufwand zur Verfügung gestellt werden, diese Leistungen also weitgehend als Sachleistungen ausgestaltet sind, handelt es sich im mitteleuropäischen Raum hauptsächlich um Geldleistungen. Das hat zur Folge, dass mittels zusätzlicher Rechtsgeschäfte, die dann im Falle fehlender Geschäftsfähigkeit erst einen Bedarf für einen Betreuer/Sachwalter begründen (vgl. Heimvertrag), die Sachleistungen zugekauft werden müssen. Daneben spielt auch eine Rolle, dass die Anordnung von Freiheitsbeschränkungen in einigen Ländern nicht in den Aufgabenbereich des gesetzlichen Vertreters (Sachwalter) fällt. In Österreich kommt in diesen Fällen das öffentlich-rechtliche System von Unterbringungsgesetz (UbG) und Heimaufenthaltsgesetz (HeimAufG) zur Anwendung. In der Schweiz erfolgt die zwangsweise Anhaltung im Rahmen der fürsorgerischen Unterbringung auf Anordnung durch die Erwachsenenschutzbehörde.³⁸²

406 Insgesamt stellt sich also die Frage, ob Sachwalterschaften zum Schutz betroffener Personen überhaupt erforderlich sind und wenn ja, in welchem Ausmaß. Unterschiedliche Staaten kommen dabei offensichtlich zu unterschiedlichen Ergebnissen. Die obige Darstellung der

³⁸⁰ *Pilgram/Hanak/Kreissl/Neumann*, Entwicklung von Kennzahlen für die gerichtliche Sachwalterrechtspraxis, Forschungsbericht des Instituts für Rechts- und Kriminalsoziologie (2009) 14ff (59); *Köller/Engels* in Bundesministerium für Justiz (Hg), *Rechtstatsachenforschung – Rechtliche Betreuung in Deutschland* (2009) 71.

³⁸¹ *Fuchs*, Lokale Rechtskulturen im Sachwalterrecht – Eine multivariate Analyse, *iFamZ* 2010, 322.

³⁸² Die Unterbringung aufgrund einer ärztlichen Verfügung muss jedenfalls innerhalb von sechs Wochen durch die Erwachsenenschutzbehörde bestätigt werden; Art 426ff. ZGB; *Wolf*, *Erwachsenenschutz und Notariat*, *Schweizer Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht* 2010, 73 (88).

rechtstatsächlichen Verhältnisse soll für die gegenständliche Untersuchung aufzeigen, dass auch im Falle ganz ähnlicher rechtlicher Ausgestaltung des Sachwalterrechts sowie der sozialen Verhältnisse in den angeführten Ländern die Rechtspraxis sehr unterschiedlich ausfallen kann, was insb. für die Implementierung des Übereinkommens in die österreichische Rechtsordnung bedeutet, dass ganz wesentliche Gestaltungsmöglichkeiten im Bereich der faktischen Umsetzung bestehender Rechtsinstrumente bestehen.

ii. Bestehende Probleme

- 407** Im Rahmen der Diskussion über die Umsetzung des Übereinkommens in Österreich hat sich herausgestellt, dass in Bezug auf das Sachwalterrecht vor allem in der Rechtspraxis Probleme bestehen. Während die Rechtsnormen eine Sachwalterbestellung nur im unbedingt erforderlichen Fall (strenge Subsidiarität der Sachwalterbestellung gegenüber allen gelinderen Maßnahmen; § 268 Abs 2 ABGB) und eine möglichst umfassende Selbstbestimmung mittels Wunschermittlungs- und Verständigungspflicht vorsehen (§ 281 ABGB), werden in der Praxis oft zu schnell Sachwalter bestellt, die dann auch noch Entscheidungen über den Kopf der Personen unter Sachwalterschaft hinweg treffen, ohne auf ihre individuellen Wünsche und Bedürfnisse, wie es das Gesetz vorsehen würde, einzugehen.³⁸³
- 408** Besonders beklagt wird diese paternalistische Entscheidungskultur bei jenen Sachwalterschaften, die von Rechtsanwältinnen und Notaren durchgeführt werden. Zu beachten ist dabei, dass diese die Sachwalterschaften in den meisten Fällen nicht freiwillig, sondern nur aufgrund der entsprechenden gesetzlichen Verpflichtung übernehmen.³⁸⁴ Sachwalterschaftsverfahren werden nicht selten auf Anregung von Behörden, Institutionen und Banken eingeleitet, die für sich durch die Bestellung eines Sachwalters mehr Rechtssicherheit anstreben.³⁸⁵ Das Interesse

³⁸³ Vgl. www.monitoringausschuss.at/sym/monitoringausschuss/Protokolle (Protokoll der Sitzung vom 17.11.2011).

³⁸⁴ Die Zwangsverpflichtung ist in diesem Falle verfassungskonform; vgl. EGMR 18.10.2011, 31950/06 (Graziani-Weiss/Österreich).

³⁸⁵ Durch eine Sachwalterschaft lässt sich das Risiko reduzieren, Rechtsakte (insb. Verträge, Auszahlungen) nachträglich, wenn etwa mangelnde Geschäftsfähigkeit festgestellt wird, rückabwickeln zu müssen und getätigte Aufwendungen nicht ersetzt zu bekommen.

und der Rechtsschutz Dritter ist aber schon nach bestehendem Recht keinesfalls geeignet, die Bestellung eines Sachwalters zu rechtfertigen.³⁸⁶

409 Das derzeit in der Praxis zweifellos, wenn auch hier quantitativ nicht bewertbare, Defizit im Bereich der Sachwalterschaften liegt hauptsächlich bei der Person des Sachwalters sowie beim Umfeld (Dritte: Institutionen, Behörden, Banken, Heime, Familien etc.). Den Sachwaltern fehlen oft die nötige Qualifikation und die Mittel (insb Zeit und Geld), die sie für die einzelne Sachwalterschaft zur Verfügung haben. Rechtsanwälte und Notare werden oft nicht die nötige soziale Kompetenz haben. Die höchste Zufriedenheit der Richter besteht jedenfalls mit der Bestellung von Vereinssachwaltern, gefolgt von Familienangehörigen und sonstigen Nahestehenden. Rechtsanwälte und Notare landen dabei am letzten Platz.³⁸⁷ Auch bei den Personen unter Sachwalterschaft dürfte die Reihenfolge gleich sein. Der Ausbau der Vereinssachwalterschaft wäre daher zweifellos ein Schritt zur Verbesserung der derzeitigen Situation. Der Druck des Umfelds auf die Gerichte, Sachwalterschaften zu bestellen, wird teilweise bereits durch das Clearing-Verfahren abgefangen, das sich durchaus bewährt hat,³⁸⁸ und kann wohl durch dessen Ausbau weiter verringert werden.

410 Es sind auch einige internationale Trends feststellbar, von denen in der Folge die wichtigsten genannt werden sollen: Es mangelt überall an ausreichenden finanziellen Ressourcen und damit auch an qualifiziertem Personal.³⁸⁹ Der kontinuierliche und starke Anstieg des Anteils demenzkranker Personen an der Gesamtbevölkerung ist ein generelles Problem für die Gesundheits- und Sozialsysteme.³⁹⁰ Zentrale Maßnahmen, um die Erwachsenenschutzsysteme zu verbessern, sind eine verbesserte Ausbildung und Unterstützung von Betreuern/Vormündern, Familienmitgliedern und Ehrenamtlichen,³⁹¹ aber auch von RichterInnen und MitarbeiterInnen von Erwachsenenschutzbehörden. Im Mittelpunkt der aktuellen Entwicklungen im Erwachsenenschutzrecht stehen die autonome Vorsorge und damit vor allem das Instrument der Vorsorgevollmacht. Es gibt in der Zwischenzeit zwar in den meisten Ländern die Möglichkeit, mittels Vorsorgevollmacht die eigenen Angelegenheiten auch für den Fall des Verlusts

³⁸⁶ Vgl *Stabentheiner* in Rummel (Hg), ABGB I³ (2003) § 273 ABGB Rz 4: „Alleiniges Interesse Dritter, auch der Allgemeinheit, des Staates, der Familie, ist nie ein Grund zur Sachwalterbestellung.“

³⁸⁷ Vgl *Pilgram/Hanak/Kreissl/Neumann* (Fn 379) 87.

³⁸⁸ Vgl *Kreissl/Pilgram/Hanak/Neumann* (Fn 379) 75ff.

³⁸⁹ *Hume* in Arai/Becker/Lipp (Hg) (Fn 369) 87.

³⁹⁰ *Chalke* in Arai/Becker/Lipp (Hg) (Fn 369) 48.

³⁹¹ *Koike* in Arai/Becker/Lipp (Hg) (Fn 369) 92.

der Entscheidungsfähigkeit zu regeln und damit den Eingriff in die eigenen Grundrechte durch staatliche Erwachsenenschutzmaßnahmen zu vermeiden. Klare und einfache gesetzliche Regelungen, die einen kostengünstigen Einsatz von Vorsorgevollmachten ermöglichen und Rechtssicherheit für die davon Betroffenen – also etwa auch potenzielle Vertragspartner – gewährleisten, fehlen aber häufig.³⁹²

iii. Selbstbestimmung versus Verkehrsschutz

411 Das Sachwalterrecht ist ein wesentliches Instrument zur Umsetzung der in § 21 ABGB normierten staatlichen Fürsorgepflicht für Personen, die die eigenen Angelegenheiten nicht zu besorgen vermögen und dadurch der Gefahr eines Nachteils ausgesetzt sind.³⁹³ Der Schutzgedanke des § 21 ABGB muss auch in die Interpretation konkreter Normen des Sachwalterrechts einfließen.³⁹⁴ Verschiedentlich wird insbesondere die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit von Personen unter Sachwalterschaft gemäß § 280 ABGB mit dem Verkehrsschutz, und damit mit den Interessen Dritter, gerechtfertigt.³⁹⁵ Dem kann hier nicht gefolgt werden. Das Schutzinteresse der in § 21 Abs 1 ABGB genannten Personen geht daher im Konfliktfall gegenläufigen Interessen, und hier insbesondere dem Verkehrsschutz, grundsätzlich vor.³⁹⁶

iv. Eingriff in die Handlungsfähigkeit

412 Grundsätzlich kann der Sachwalter innerhalb seines Wirkungskreises die Person unter Sachwalterschaft vertreten. Das betrifft in der Praxis primär rechtsgeschäftliche Angelegenheiten, kann aber auch die Einwilligung in andere Maßnahmen, wie medizinische Behandlungen,

³⁹² Vgl die Forderung nach weitergehenden Möglichkeiten der antizipierten Entscheidungsmöglichkeiten in der Yokohama Declaration in *Arai/Becker/Lipp* (Fn 369) 332.

³⁹³ Vgl § 268 ABGB.

³⁹⁴ OGH 23.7.1997, 7 Ob 150/97b und OGH 18.11.1993, 8 Ob 25/93; vgl auch *Ganner* (Fn 349) 80ff.

³⁹⁵ Vgl *Aicher* (Fn 350) § 21 ABGB Rz 1 (5) und *Barth/Dokalik* in *Barth/Ganner* (Hg) (Fn 376) 159f.

³⁹⁶ *Spickhoff*, *Medizinrecht* (2011) § 1896 BGB Rz 3; *Ganner* (Fn 349) 81; OGH EFSlg 83.029; vgl *Aicher* (Fn 350) § 21 ABGB Rz 1 (5): Vorrang des individuellen Rechtsschutzbedürfnisses gegenüber dem individuellen Verkehrsschutzbedürfnis; vgl auch OGH 18.11.1993, 8 Ob 25/93, wonach der Schutz des Geschäftsunfähigen im Wechselrecht dem Verkehrsschutz derart vorgeht, dass dieser die Gültigkeit der Wechselverpflichtung betreffende Einwand, nämlich die Geschäftsunfähigkeit, jedem Inhaber des Papiers, also auch dem Zweit- und jedem weiteren Erwerber entgegengesetzt werden kann und demnach als absolut ausschlussunfähiger Einwand gilt.

gen, die Änderung des Wohnortes oder die Verwendung von personenbezogenen Daten betreffen.

- 413** Die Tätigkeit des Sachwalters wäre bereits nach bestehendem Recht von Willen und Bedürfnissen der betroffenen Person geprägt, wie dies auch vom Übereinkommen gefordert wird. § 281 ABGB legt umfassende Verständigungspflichten sowie eine Wunschermittlungspflicht des Sachwalters und Äußerungsrechte der betroffenen Person fest. „Der Sachwalter hat danach zu trachten, dass die Person mit Behinderung im Rahmen ihrer Fähigkeiten und Möglichkeiten ihre Lebensverhältnisse nach ihren Wünschen und Vorstellungen gestalten kann.“ Weiters hat er den Wünschen der Person mit Behinderung zu folgen, wenn das ihrem Wohl nicht widerspricht. Dass dies aber in der Praxis oft nicht ausreichend umgesetzt wird, ist weitgehend unbestritten (*supra* Rn 394).
- 414** Nach § 280 Abs 1 ABGB kann eine unter Sachwalterschaft stehende Person innerhalb des Wirkungskreises des Sachwalters ohne ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung rechtsgeschäftlich weder verfügen noch sich verpflichten. Die Sachwalterbestellung führt also automatisch zur Beschränkung der **Geschäftsfähigkeit** innerhalb des Wirkungskreises des Sachwalters.³⁹⁷ Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens werden jedoch jedenfalls mit ihrer Erfüllung (rückwirkend) rechtswirksam (§ 280 Abs 2 ABGB).
- 415** Diese Regelung verstößt zweifellos gegen Art 12 des Übereinkommens, da es nämlich auf Grund einer Fehleinschätzung des Sachverständigen oder des Gerichts passieren kann, dass die Geschäftsfähigkeit einer Person per Gesetz entzogen wird, obwohl die zum Abschluss von Rechtsgeschäften erforderliche Diskretions- und Dispositionsfähigkeit vorliegt.³⁹⁸ Die automatische Beschränkung der Geschäftsfähigkeit ist auch weder für den Schutz der betroffenen Personen noch für den Schutz Dritter (des Rechtsverkehrs) erforderlich. Die deutsche Rechtslage verdeutlicht dies. Dort kommt es durch die Betreuerbestellung zu keiner Beschränkung der Geschäftsfähigkeit. Nur wenn zusätzlich ein Einwilligungsvorbehalt festgelegt wird, wird auch die Geschäftsfähigkeit eingeschränkt. Im Jahr 2012 wurde nur in 5,83 % der Fälle ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet.³⁹⁹ Besondere Probleme sind dadurch nicht entstanden.

³⁹⁷ Da in Österreich zirka 55 % aller Sachwalter für alle Angelegenheiten und von den übrigen auch noch viele für Vermögensangelegenheiten bestellt werden, ist von dieser automatischen Beschränkung jedenfalls ein Großteil der Personen unter Sachwalterschaft betroffen.

³⁹⁸ Vgl *Ganner/Barth* (Fn 338) 206; so auch *Schauer* (Fn 338) 261.

³⁹⁹ *Deinert* (Fn 377) 243.

Nach *Lipp*⁴⁰⁰ ist die Anordnung eines Einwilligungsvorbehaltes grundsätzlich übereinkommenskonform.

- 416** Die **Einsichts- und Urteilsfähigkeit** sowie die **Deliktsfähigkeit** werden hingegen von einer Sachwalterbestellung nicht berührt. Es hängt also jeweils vom konkreten Einzelfall und den in diesem Moment bestehenden kognitiven Fähigkeiten einer Person ab, ob ihr Verhalten Rechtswirkungen erzeugt oder nicht. Personen unter Sachwalterschaft müssen in medizinische Behandlungen, wenn sie einsichts- und urteilsfähig sind, selbst einwilligen. Nur wenn das nicht der Fall ist, kann der Sachwalter eine Vertreterentscheidung treffen, falls dies zu seinem Wirkungskreis zählt.
- 417** Die Einsichts- und Urteilsfähigkeit ist auch eine essenzielle Voraussetzung, um eine **Patientenverfügung** erstellen zu können (§ 3 PatVG). Die Sachwalterbestellung berührt insoweit die Möglichkeit einer Person mit Behinderung, eine Patientenverfügung zu erstellen, nicht. Eine Patientenverfügung kann nur höchstpersönlich errichtet werden, eine Vertretung dabei (zB durch einen Sachwalter) ist nicht möglich.⁴⁰¹ Konfliktpotential mit dem Übereinkommen besteht kaum. Allenfalls könnte in Betracht gezogen werden, dass umfassendere Maßnahmen hinsichtlich der Unterstützung bei der Entscheidungsfindung (Art 12 Abs 3) erforderlich sind.
- 418** Die einzige ersichtliche Einschränkung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit besteht im Bereich der **Erprobung von Arzneimitteln**. § 43 AMG statuiert einen Einwilligungsvorbehalt bei klinischen Prüfungen. Demzufolge muss für Personen, für die ein Sachwalter mit dem Wirkungskreis medizinischer Behandlungen bestellt wurde, dieser nach entsprechender Aufklärung schriftlich einwilligen.⁴⁰² Zusätzlich ist im Falle eines nicht unerheblichen Risikos, außer bei Gefahr im Verzug, eine gerichtliche Genehmigung einzuholen. Der Prüfungsteilnehmer, also die Person unter Sachwalterschaft, muss ebenfalls schriftlich einwilligen, „sofern er nach entsprechender Aufklärung in der Lage ist, Wesen, Bedeutung, Tragweite und Risiken der klinischen Prüfung einzusehen und seinen Willen danach zu bestimmen“. Diese Bestimmung führt dazu, dass einsichts- und urteilsfähige Personen, für die ein Sachwalter mit dem Wir-

⁴⁰⁰ *Lipp* (Fn 357) 677.

⁴⁰¹ Vgl *König/Pesendorfer* in *Barth/Ganner* (Hg) (Fn 376) 379ff.

⁴⁰² Der Sachwalter einer behinderten Person kann nach § 284 Satz 2 ABGB nur in eine klinische Forschung einwilligen, die für die Gesundheit oder das Wohlbefinden der behinderten Person von unmittelbarem Nutzen ist.

kungskreis für medizinische Behandlungen (etwa auch Gesundheitsangelegenheiten) bestellt wurde, einem Arzneimitteltest (klinische Prüfung) nicht alleine wirksam zustimmen können, sondern die Zustimmung des Sachwalters und allenfalls die Genehmigung des Gerichts benötigen. Es handelt sich dabei zweifellos um eine Ungleichbehandlung gegenüber anderen, ebenfalls einsichts- und urteilsfähigen Personen. Dass es sich dabei aber um eine kühnere Diskriminierung handelt, ist zweifelhaft. Ziel der Bestimmung des § 43 AMG ist der Schutz der betroffenen – besonders schutzwürdigen – Personen,⁴⁰³ insb etwa vor Ausbeutung (Art 16). Das Gleiche gilt für Art 15 Abs 1, der bestimmt, dass niemand ohne seine freiwillige Zustimmung medizinischen oder wissenschaftlichen Versuchen unterworfen werden darf. Denkbar wäre, dass in Einzelfällen durch die hohen (bürokratischen) Hürden der Zugang zu Gesundheitsleistungen (in diesem Falle durch Teilnahme an einer klinischen Studie) im Vergleich zu anderen Personen eingeschränkt wird. Das ist aber allenfalls durch Art 12 Abs 4 gerechtfertigt, welcher ausdrücklich vorsieht, dass die Vertragsstaaten im Einklang mit den internationalen Menschenrechtsnormen geeignete und wirksame Maßnahmen zu treffen haben, um Missbräuche zu verhindern. Für die therapeutische Forschung an Medizinprodukten besteht an Personen, für die ein Sachwalter bestellt wurde, ein absolutes Verbot (§ 52 MPG). Eine sachliche Rechtfertigung für die unterschiedliche Behandlung im Vergleich zu Arzneimitteln ist nicht ersichtlich.⁴⁰⁴

419 Die Testierfähigkeit wird grundsätzlich auch nicht eingeschränkt, allerdings kann gerichtlich angeordnet werden, dass eine Person unter Sachwalterschaft, so wie mündige Minderjährige, nur mündlich vor Gericht oder Notar testieren kann (§ 568 ABGB).⁴⁰⁵ Diese Regelung ist im Lichte des Übereinkommens bedenklich, weil auch hier konstitutiv die Handlungsfähigkeit eingeschränkt wird, die Beurteilung der Voraussetzungen aber fehlerhaft sein kann bzw. die allenfalls im Zeitpunkt des Gerichtsbeschlusses gegebenen Voraussetzungen später wegfallen können. In beiden Fällen wird die betroffene Person gegenüber anderen, die die gleichen (kognitiven) Fähigkeiten haben, diskriminiert.

⁴⁰³ ErläutRV 384 B1gNR XXII. GP 16.

⁴⁰⁴ *Maier*, Forschung an einwilligungsunfähigen Personen, RdM 2013, 92 (98).

⁴⁰⁵ Davon sind aber jedenfalls Nottestamente iSd § 597 ABGB ausgenommen. Dann ist allenfalls der Nachweis der im Zeitpunkt der Testamentserstellung bestehenden „vollen Besonnenheit“ erforderlich; § 567 ABGB. Ausführlich dazu Laimer, Die Feststellung der Geschäfts- beziehungsweise Testier(un)fähigkeit: Frankreich, Italien, Österreich, Deutschland, RabelsZ 77 (2013), 555 (567f).

- 420** Gemäß § 3 EheG bedarf eine Person mit beschränkter Geschäftsfähigkeit, also idR eine Person unter Sachwalterschaft, zur Eingehung der **Ehe** der Zustimmung des Sachwalters.⁴⁰⁶ Es handelt sich diesbezüglich um einen gesetzlichen Einwilligungsvorbehalt. Umstritten ist, ob die Einwilligung des Sachwalters auch dann erforderlich ist, wenn die Eheangelegenheiten nicht zum Wirkungskreis des Sachwalters zählen.⁴⁰⁷ Unter beschränkt Geschäftsfähigen sind nämlich gemäß § 102 Abs 2 EheG Minderjährige über sieben Jahre und Personen zu verstehen, denen ein Sachwalter bestellt ist. Nicht jede Notwendigkeit einer Sachwalterbestellung muss aber die Diskretions- und Dispositionsfähigkeit in Hinblick auf das Eingehen einer Ehe tangieren. Diese Bestimmung ist daher teleologisch zu reduzieren auf die Fälle, in denen tatsächlich eine Sachwalterschaft mit einem Wirkungskreis bestellt wird, der eherelevante Aspekte (insb etwa vermögensrechtliche) umfasst.
- 421** Vergleichbares gilt für das **Eingehen einer eingetragenen Partnerschaft**. Dazu bedarf es der Volljährigkeit sowie einer zumindest beschränkten Geschäftsfähigkeit. Eine volljährige Person, die in ihrer Geschäftsfähigkeit zB durch Sachwalterbestellung gemäß § 280 ABGB beschränkt ist, bedarf zur Begründung einer eingetragenen Partnerschaft der Einwilligung der mit der gesetzlichen Vertretung betrauten Person (§ 4 EPG). Das Gericht kann diese Einwilligung ersetzen, wenn sie ohne gerechtfertigte Gründe verweigert wird. Eine der Ehemündigkeit vergleichbare Voraussetzung besteht nicht.⁴⁰⁸
- 422** Die Zustimmung eines Vorsorgebevollmächtigten anstelle eines Sachwalters scheint nicht auszureichen. § 3 EheG und § 4 EPG sprechen ausdrücklich von einem gesetzlichen Vertreter, der Vorsorgebevollmächtigte ist aber ein gewillkürter. Zumal aber nach der Systematik der Vorsorgevollmacht (§§ 284ff ABGB) ein Bevollmächtigter alle Aufgaben übernehmen kann, die auch einem Sachwalter übertragen werden können, dürfte hier eine planwidrige Gesetzeslücke vorliegen, die durch Analogie zu schließen ist, was zum Ergebnis führt, dass auch Vorsorgebevollmächtigte die Einwilligung zur Eheschließung und Verpartnerung erteilen können, wenn dies zu ihren Aufgaben zählt.⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ Minderjährige bedürfen der Zustimmung des Obsorgeberechtigten und die Zustimmung der Person, die mit der Pflege und Erziehung betraut ist.

⁴⁰⁷ Vgl *Barth/Dokalik* in *Barth/Ganner* (Hg) (Fn 376) 246; *Hinteregger*, *Familienrecht*⁶ (2009) 28.

⁴⁰⁸ Vgl *Hinteregger*, *Familienrecht*⁶ (2009) 149.

⁴⁰⁹ Die Bestellung eines Sachwalters ist gegenüber einer Vorsorgevollmacht subsidiär; § 284g ABGB; vgl *Ganner* in *Barth/Ganner* (Hg) (Fn 376) 345f.

- 423** Völlig geschäftsunfähige Personen („die den Gebrauch der Vernunft nicht haben“; vgl § 102 Abs 1 EheG) können überhaupt keine Ehe oder eingetragene Partnerschaft eingehen, also auch nicht mit Einwilligung des Sachwalters. Die Einwilligung der betroffenen Person ist nämlich höchstpersönlich und stellvertretungsfeindlich.
- 424** Im deutschen Recht hat die Bestellung eines Betreuers keinerlei Auswirkungen auf die Ehe- und Testierfähigkeit. Gemäß § 1903 Abs 2 BGB kann dafür auch kein Einwilligungsvorbehalt angeordnet werden. Tatsächlich bestimmen sich die Testier- und die Ehefähigkeit daher nach den jeweiligen kognitiven Fähigkeiten zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung bzw. der Eheschließung.⁴¹⁰ In der Schweiz führt die Errichtung einer Beistandschaft seit 1.1.2013 (neues Erwachsenenschutzrecht) ebenfalls zu keinerlei Beschränkung der Ehefähigkeit, hinsichtlich der Testierfähigkeit kann unter bestimmten Umständen ein Einwilligungsvorbehalt festgelegt werden (Art 468 Abs 2 ZGB).⁴¹¹
- 425** Diese Regelungen – eine besondere Anfälligkeit für Missbrauch ist nicht bekannt – zeigen, dass die österreichischen Schutzmaßnahmen, die auch eine Einschränkung der Handlungsfähigkeit in diesen Bereichen mit sich bringen, nicht unbedingt erforderlich, allenfalls sogar überschießend und damit im Lichte des Übereinkommens jedenfalls problematisch sind. Gemäß Art 23 Abs 1 lit a haben die Vertragsstaaten Maßnahmen zu treffen, die gewährleisten, dass „das Recht aller Menschen mit Behinderungen im heiratsfähigen Alter, auf der Grundlage des freien und vollen Einverständnisses der künftigen Ehegatten eine Ehe zu schließen und eine Familie zu gründen, anerkannt wird“. § 3 EheG und § 4 EPG beschränken aber die Handlungsfähigkeit in diesem Bereich konstitutiv, ohne dass dies zum Schutz der betroffenen Personen unbedingt erforderlich wäre, und sind daher übereinkommenswidrig.⁴¹² Die Beurteilung der ausreichenden Diskretions- und Dispositionsfähigkeit hat in jedem Einzelfall aktuell im Zeitpunkt der Eheschließung bzw. Verpartnerung zu erfolgen.

⁴¹⁰ § 2229 Abs 4 BGB: „Wer wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln, kann ein Testament nicht errichten.“ Ob eine solche Testierfähigkeit vorliegt, ist vom Nachlassgericht bei Erteilung des Erbscheins von Amts wegen zu prüfen, wenn konkrete Zweifel an der Testierfähigkeit bestehen. Für die Ehefähigkeit bestimmt § 1304 BGB, dass eine Person, die geschäftsunfähig ist, keine Ehe eingehen kann; vgl dazu *Kieß* in *Jurgeleit* (Hg), *Betreuungsrecht*² (2010) § 1903 BGB Rz 39ff.

⁴¹¹ Vgl *Ganner* in *Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit* (Hg) (Fn 377) 51.

⁴¹² So im Ergebnis auch *Schauer* (Fn 338) 266.

d. Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger⁴¹³

- 426** Die gesetzliche Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger (§ 284b-e ABGB),⁴¹⁴ wonach ein bestimmter Personenkreis⁴¹⁵ ex lege mit Verlust der Entscheidungsfähigkeit der betroffenen Person die Vertretungsbefugnis für Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens sowie zur Deckung des Pflegebedarfs, für die Geltendmachung von sozial(versicherungs)rechtlichen Ansprüchen und für gerinfügige medizinische Angelegenheiten eingeräumt bekommt, ist grundsätzlich übereinkommenskonform. Die Vertretungsbefugnis tritt nämlich nur ein, wenn bei der betroffenen Person die erforderliche Diskretions- und Dispositionsfähigkeit verloren geht. Zu einer konstitutiven Beschränkung der Handlungsfähigkeit, wie etwa bei der Sachwalterbestellung gemäß § 280 ABGB, kommt es nicht.
- 427** Handlungsmaxime für die vertretenden nächsten Angehörigen sind Wohl und Wünsche der betroffenen Person.⁴¹⁶ Der Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger kann die betroffene Person auch jederzeit, also auch noch nach Verlust der Entscheidungsfähigkeit, wirksam widersprechen (§ 284d Abs 2 ABGB). Damit wird dem sich im Übereinkommen als roter Faden durchziehenden Ziel der möglichst weitgehenden Selbstbestimmung von Personen mit Behinderungen (wenn das auch in der Praxis so umgesetzt wird) Rechnung getragen.
- 428** Zweifelhaft ist allenfalls, ob Art 12 Abs 4, der für alle Maßnahmen, die die Handlungsfähigkeit betreffen, eine regelmäßige Kontrolle durch eine unabhängige Stelle vorsieht, erfüllt ist, zumal – abgesehen von der Möglichkeit, (zB wegen Missbrauchs) bei Gericht ein Sachwalterverfahren anzuregen – gar keine Kontrolle normiert ist. Die gleiche Problematik besteht bei der Vorsorgevollmacht.

⁴¹³ Neben Österreich kennen auch die Schweiz, Norwegen und Spanien die ex-lege eintretende Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger. In anderen Ländern wird sie faktisch praktiziert. Deutschland und Liechtenstein haben sich, aufgrund der Missbrauchsgefahr, explizit dagegen ausgesprochen; vgl *Ganner*, Stand und Perspektiven des Erwachsenenschutzes in rechtsvergleichender Sicht – Teil 2, BtPrax 2013, 222.

⁴¹⁴ Ausführlich dazu *Barth/Kellner* in *Barth/Ganner* (Hg) (Fn 376) 461ff.

⁴¹⁵ Nächste Angehörige sind die Eltern, volljährige Kinder, der im gemeinsamen Haushalt mit der vertretenen Person lebende Ehegatte oder eingetragene Partner und der Lebensgefährtin, wenn dieser mit der vertretenen Person seit mindestens drei Jahren im gemeinsamen Haushalt lebt (§ 284c ABGB).

⁴¹⁶ Gemäß § 284 Abs 1 ABGB hat der nächste Angehörige bei Wahrnehmung seiner Vertretungsbefugnisse das Wohl der vertretenen Person bestmöglich zu fördern und danach zu trachten, dass sie im Rahmen ihrer Fähigkeiten und Möglichkeiten ihre Lebensverhältnisse nach ihren Wünschen und Vorstellungen gestalten kann.

e. Gesetzlicher Vertrauensschutz bei Vorsorgevollmacht und Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger

429 Problematisch ist der besondere gesetzliche Vertrauensschutz, der zugunsten von Personen statuiert wird, die auf die Wirksamkeit einer im Österreichischen Zentralen Vertretungsverzeichnis (ÖZVV) registrierten Vorsorgevollmacht oder Angehörigenvertretung vertrauen.⁴¹⁷ Vertretungshandlungen sind gemäß §§ 284h Abs 2 und 284e Abs 2 ABGB auch dann rechtswirksam, wenn sie auf einer unwirksamen Vorsorgevollmacht oder Angehörigenvertretung beruhen, sofern bei Vornahme der Vertretungshandlung die Registrierungsbestätigung vorgelegt wird. Kein Vertrauensschutz für Dritte besteht aber, wenn ihnen bekannt oder fahrlässig nicht bekannt ist, dass nicht alle Voraussetzungen für die Vertretungsbefugnis gegeben sind. Bei der Vorsorgevollmacht wird darüber hinaus nur das Vertrauen auf den Eintritt des Vorsorgefalles (= Verlust der Entscheidungsfähigkeit) geschützt. Bei der Angehörigenvertretung ist der Vertrauensschutz, sofern es sich um Geldbezüge von einem Konto handelt, mit dem allgemeinen Grundbetrag des Existenzminimums pro Monat beschränkt.

430 Der Vertrauensschutz kann dazu führen, dass Personen ohne ihre Zustimmung und ohne ihr Zutun wirksam vertreten werden, obwohl sie selbst geschäfts- und/oder einsichts- und urteilsfähig sind und damit die Voraussetzungen für die Vertretung gar nicht erfüllt wären.⁴¹⁸ Der Rechtsschutz bei Vorsorgevollmacht und Angehörigenvertretung ist daher geringer als bei einer zivilrechtlichen Vollmacht nach den allgemeinen Regeln der §§ 1002ff ABGB, weil der Vertrauensschutz der §§ 284e Abs 2 S 2 und 284h Abs 2 ABGB auch über die allgemeinen Grundsätze der Rechtsscheinvollmacht hinausgeht.⁴¹⁹ Stellt sich nämlich bei einer „normalen“ zivilrechtlichen Vollmacht heraus, dass sie, aus welchen Gründen immer, nicht gültig war, so fällt rückwirkend die Grundlage des Rechtsgeschäfts oder der entsprechenden (Rechts-)Handlung weg und es bedarf in der Folge, insbesondere im rechtsgeschäftlichen Bereich, einer nachträglichen Genehmigung oder es kommt zur Rückabwicklung. Davon ausgenom-

⁴¹⁷ Der Beginn des Wirksamwerdens (durch Eintritt der Entscheidungsunfähigkeit) einer Vorsorgevollmacht sowie der Eintritt der Vertretungsbefugnis für nächste Angehörige kann im ÖZVV registriert werden (Wirksamkeitsvoraussetzung ist das jedoch keine), worauf eine öffentliche Urkunde ausgestellt wird, welche den besonderen Vertrauensschutz begründet; vgl *Barth/Ganner* (Fn 376) 553.

⁴¹⁸ Ziel dieser Regelung ist es, die Akzeptanz dieser Vertretungsinstrumente zu erhöhen sowie Unsicherheiten im Rechtsverkehr, die vor allem von Vertretern der Wirtschaft befürchtet wurden, auszuräumen; ErläutRV 1420 B1gNR XXII. GP 30.

⁴¹⁹ So auch *Machold*, ÖZVV und Vertrauensschutz, *ecolex* 2007, 492.

men sind nur Anscheinsvollmachten, die aber voraussetzen, dass der vertretenen Person das Erwecken des Anscheins einer bestehenden Vollmacht in irgendeiner Art zurechenbar sein muss. Das wird bei Vorsorgevollmacht und Angehörigenvertretung aber nicht vorausgesetzt. Diese Regelung stellt daher Personen mit Vorsorgevollmacht oder Angehörigenvertretung, und das sind in der Regel Personen mit Behinderung, schlechter als solche mit einer „normalen“ zivilrechtlichen Vollmacht.⁴²⁰

431 Laut *Schauer* ist ein einer Anscheinsvollmacht vergleichbares zurechenbares Verhalten bei der Vorsorgevollmacht ohnehin gegeben, weil die betroffene Person ja (früher einmal) eine Vorsorgevollmacht erstellt und diese allenfalls im ÖZVV registriert hat. Überdies argumentiert er – unter Verweis auf *Barth*⁴²¹ –, dass dann, wenn der Vertrauensschutz sich als sinnvoll erweist, weil er die Akzeptanz im rechtsgeschäftlichen Verkehr fördert und erst dadurch die Ausübung der Handlungsfähigkeit einer Person mit Behinderungen gewährleistet werden kann, ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nicht vorliegt.⁴²² Diesem Argument ist jedenfalls einiges abzugewinnen, zumal die Frage der Akzeptanz von Vorsorgevollmachten in der Praxis eine beachtliche Rolle spielt. Auch in Norwegen war es bspw. erforderlich, das Inkrafttreten der Vorsorgevollmacht behördlich bestätigen zu lassen, um bei den Banken entsprechende Akzeptanz zu erzielen.⁴²³

3. Schutz vor Missbrauch

432 Gemäß Art 12 Abs 4 des Übereinkommens müssen die Vertragsstaaten sicherstellen, dass insbesondere im Rahmen der Sachwalterschaft und Angehörigenvertretung („bei den Maßnahmen betreffend die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit“) die Rechte, der Wille und die Präferenzen der betreffenden Person geachtet werden, dass es nicht zu Interessenkonflikten und missbräuchlicher Einflussnahme kommt, dass die Maßnahmen verhältnismäßig und auf die Umstände der Person zugeschnitten sind, dass sie von möglichst kurzer Dauer sind und dass sie einer regelmäßigen Überprüfung durch eine zuständige, unabhängige und unparteiische Behörde oder gerichtliche Stelle unterliegen. Diese Vorgaben sind im österreichischen Recht grundsätzlich erfüllt, sind doch nach § 281 ABGB (bzw § 284e Abs 1 bzw

⁴²⁰ So schon *Ganner*, Das österreichische Sachwalterrecht – Eine Erfolgsgeschichte? (Teil 2) BtPrax 2008, 5.

⁴²¹ *Ganner/Barth* (Fn 338) 208.

⁴²² *Schauer* (Fn 338) 265.

⁴²³ *Blankman*, Guardianship systems in europe and continuing powers of attorney in Arai/Becker/Lipp (Hg) (Fn 369) 43.

§ 294h Abs 1 ABGB) vom Vertreter der Wille und die Bedürfnisse der betroffenen Person zu erheben und zu berücksichtigen.

433 Der **Sachwalter** muss über seine Tätigkeit idR einen jährlichen Bericht abliefern und steht unter der laufenden Kontrolle des Pflegschaftsgerichts (§ 130 AußStrG). Bei wichtigen Angelegenheiten (zB außerordentliche Vermögensverwaltung, dauerhafte Wohnortänderung) muss er die Genehmigung des Gerichts oder bei schwerwiegenden medizinischen Maßnahmen ein zweites ärztliches Gutachten oder eine gerichtliche Genehmigung einholen. Zum Sachwalter darf auch nur bestellt werden, wer dafür geeignet ist. Interessenkonflikte können die Eignung ausschließen, ein Abhängigkeitsverhältnis zur Institution, in der die Person mit Behinderungen betreut wird, tut dies auf jeden Fall.⁴²⁴ Insihgeschäfte des Sachwalters sind unwirksam und für schuldhaftes Fehlverhalten haftet er grundsätzlich straf- und zivilrechtlich. Auch wenn in der Praxis die Kontrolle nicht immer funktionieren mag, besteht in Hinblick auf das Übereinkommen kein Bedarf, die Sicherungsmaßnahmen zum Schutz vor Missbrauch zu erweitern.⁴²⁵

434 Bei der Vertretungsbefugnis nächster Angehörige, bei der Vorsorgevollmacht und bei der Patientenverfügung fehlen weitgehend mit der Sachwalterschaft vergleichbare Kontrollmechanismen. Die bestehenden Instrumente der Missbrauchskontrolle bestehen bei der Vertretungsbefugnis nächster Angehörige im beschränkten Vertretungsumfang, in der jederzeitigen Widerrufsmöglichkeit durch die betroffene Person, in ihrer Subsidiarität gegenüber anderen Instrumenten (insb Vorsorgevollmacht) sowie in der Möglichkeit, eine gerichtliche Überprüfung – durch Anregung eines Sachwalterschaftsverfahrens – einzuleiten (Popularanregung). Die straf- und zivilrechtliche Haftung trifft in vergleichbarer Weise, wie beim Sachwalter, auch die nächsten Angehörigen. Die in Art 12 Abs 4 geforderte „regelmäßigen Überprüfung durch eine zuständige, unabhängige und unparteiische Behörde oder gerichtliche Stelle“ ist gesetzlich nicht vorgesehen. Insofern besteht eine Diskrepanz zwischen den Vorgaben des Übereinkommens und der österreichischen Rechtslage.⁴²⁶

435 Ähnliches gilt für die **Vorsorgevollmacht**. Auch hier gibt es keine regelmäßige Überprüfung durch eine unabhängige Stelle. Maßnahmen zum Schutz vor Missbrauch sind die hohen For-

⁴²⁴ Ausführlich dazu *Barth/Ganner* in *Barth/Ganner* (Hg) (Fn 376) 73ff.

⁴²⁵ So auch *Schauer* (Fn 338) 264.

⁴²⁶ So auch *Schauer* (Fn 338) 264 und kritisch *Ganner* in *Ganner/Barth* (Fn 338) 207.

merfordernisse für Vorsorgevollmachten, die auch wichtige Angelegenheiten (zB außerordentliche Vermögensverwaltung) umfassen,⁴²⁷ die jederzeitige Widerrufsmöglichkeit, die Unzulässigkeit der Bestellung von Personen zum Vorsorgebevollmächtigten, die in einem Abhängigkeitsverhältnis zur den Vollmachtgeber betreuenden Institutionen stehen sowie die Popularanregung einer gerichtlichen Überprüfung. Die straf- und zivilrechtliche Haftung trifft in vergleichbarer Weise, wie beim Sachwalter, auch den Vorsorgebevollmächtigten. Hauptsächlicher Zweck der geforderten Sicherungsmaßnahmen muss, nach dem Ausschuss, die Wahrung der Rechte und Präferenzen der betroffenen Person sein.⁴²⁸ Hier stellt sich die Frage, ob die regelmäßige Überprüfung durch eine unabhängige Stelle, die mit einem gewissen Aufwand und eventuell auch mit Kosten verbunden ist, immer dem Willen des Vollmachtgebers entspricht. Hier lässt sich eher argumentieren, dass die bestehenden Schutzinstrumente ausreichen. Ein entsprechender Passus in der Vorsorgevollmacht würde das im Einzelfall untermauern. Die Maßnahmen müssen nämlich auch verhältnismäßig und auf die Umstände der Person zugeschnitten sein. Teilt man diese Ansicht nicht,⁴²⁹ könnten wichtige Entscheidungen des Vorsorgebevollmächtigten, zB so wie in Deutschland (etwa wichtige medizinische Entscheidungen; § 1904 BGB), mit einer gerichtlichen Genehmigungspflicht belegt werden.

436 Bedenken bestehen diesbezüglich auch bei der rechtlichen Ausgestaltung der **Patientenverfügung** nach dem PatVG. Schutz vor Missbrauch besteht durch die hohen formalen Hürden. Für eine verbindliche Patientenverfügung (§ 4 PatVG) sind sowohl ärztliche Aufklärung als auch rechtliche Beratung vorausgesetzt. Sicherungsmaßnahmen, die gewährleisten, dass der Wille und die Präferenzen der betreffenden Person geachtet werden, gibt es aber nicht. Zwar gilt der in der verbindlichen Patientenverfügung geäußerte Wille als aktueller, dass er aber auch umgesetzt wird, wird weder von einer unabhängigen Stelle kontrolliert, noch sind Maßnahmen vorgesehen, die dies fördern würden. Es gibt, im Unterschied zu Vorsorgevollmacht und Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger,⁴³⁰ nicht einmal ein einheitliche – gesetzlich

⁴²⁷ Der Vollmachtgeber wird dadurch angeregt, die Übertragung der Angelegenheiten an bestimmte Personen gut zu überdenken.

⁴²⁸ Z 18 Draft General comment on Article 12: „The primary purpose of these safeguards must be to ensure the respect of the individual’s rights, will and preferences. In order to accomplish this, the safeguards must provide protection from abuse on an equal basis with others.“

⁴²⁹ Schauer (Fn 338) 264) sieht hier Handlungsbedarf.

⁴³⁰ Diese, ihr Wirksamwerden, ihr Widerruf und ihr Erlöschen können im Österreichischen Zentralen Vertretungsverzeichnis (ÖZVV) registriert werden.

vorgesehenes – Register für Patientenverfügungen. Hier ist, insb auch angesichts der höchst-richterlichen Rsp,⁴³¹ Handlungsbedarf gegeben.

4. Art 12 Abs 5 des Übereinkommens

- 437** Die Vertragsstaaten sind verpflichtet, alle geeigneten und wirksamen Maßnahmen zu treffen, damit Menschen mit Behinderungen das gleiche Recht wie andere haben, Eigentum zu besitzen oder zu erben, ihre finanziellen Angelegenheiten selbst zu regeln und gleichen Zugang zu Bankdarlehen, Hypotheken und anderen Finanzkrediten zu haben. Auch muss gewährleistet werden, dass Menschen mit Behinderungen nicht willkürlich ihr Eigentum entzogen wird. Das Geschlecht⁴³² darf – wie selbstverständlich auch in allen anderen Bereichen – kein Grund für eine Diskriminierung in diesem Zusammenhang sein.
- 438** Bei dieser Bestimmung handelt es sich um eine Konkretisierung des Rechts auf Rechts- und Handlungsfähigkeit. Gesonderte Ausführungen sind daher grundsätzlich nicht erforderlich.
- 439** Überprüfenswert ist in diesem Zusammenhang aber die Rechtslage hinsichtlich der Beschränkung der Testierfähigkeit durch das österreichische Landes-Heimrecht sowie im Bereich der Personalbetreuer in der häuslichen Pflege.⁴³³ Die heimrechtlichen Regelungen der Bundesländer sowie die entsprechende Verordnung für den Bereich der häuslichen Pflege sehen sehr unterschiedliche Verbote der Vermögensannahme zum Schutz (potenzieller) Erblasser vor.⁴³⁴ Damit wird einerseits die faktische Handlungsfähigkeit von idR pflegebedürftiger und daher wohl zumeist behinderter Personen iSd Übereinkommens, nämlich von in Heimen lebender oder zu Hause betreuter Erblasser eingeschränkt, weil die testamentarische Zuwendung an Heimträger und -personal allenfalls eines Notariatsaktes bedarf, andererseits handelt es sich wohl um eine Sicherungsmaßnahme iSd Art 12 Abs 4, die die Beachtung des Willens der betroffenen Person gewährleistet und insofern auch verhältnismäßig ist. Eine Vereinheitlichung der Regelung auf der Basis des ABGB wäre aber jedenfalls wünschenswert.

⁴³¹ Vgl *Ganner*, Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen (umfassende Besprechung von OGH 8.10.2012, 9 Ob 68/11g), iFamZ 2013, 50.

⁴³² Siehe Z 19 Draft General comment on Article 12.

⁴³³ Die Verordnung des Bundesministers für Arbeit über Standes- und Ausübungsregeln für Leistungen der Personenbetreuung (BGBl II 278/2007) enthält ein vergleichbares Verbot der Vermögensannahme für Personenbetreuer im Bereich der häuslichen Pflege wie das Landes-Heimrecht.

⁴³⁴ Vgl *Christandl*, Der Schutz pflegebedürftiger Erblasser vor Fremdbestimmung – eine kritische Bestandaufnahme, JBl 2013, 681 (687).

5. Modelle zur unterstützen Entscheidungsfindung⁴³⁵

440 Gemäß Art 12 Abs 3 treffen die Vertragsstaaten geeignete Maßnahmen, um Menschen mit Behinderungen Zugang zu der Unterstützung zu verschaffen, die sie bei der Ausübung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit gegebenenfalls benötigen. Gemeint ist damit nicht nur, dass Zugang zu bereits bestehenden Unterstützungssystemen gewährleistet werden soll, sondern dass, soweit erforderlich, solche auch geschaffen werden sollen, wobei aber Art 12 Abs 3 nicht vorgibt, in welcher Form Unterstützung bei der Entscheidungsfindung zu leisten ist.⁴³⁶ In der Folge werden – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – einige Modelle der unterstützten Entscheidungsfindung beispielhaft vorgestellt, deren Ausbau sowohl im Sinne des Übereinkommens als auch der betreuten Personen ist.

441 Das österreichische Recht kennt als Modell der unterstützten Entscheidungsfindung die Rechtsfigur der **Vertrauensperson**, die ausschließlich von der betroffenen Person benannt werden kann, wofür jedoch keine Geschäfts- oder Einsichts- und Urteilsfähigkeit erforderlich ist. Einerseits kommen ihr im Rahmen des Heimvertrages umfassende Informationsrechte gegenüber dem Heimträger zu. Dieser muss sich nämlich in allen wichtigen zivilrechtlichen Angelegenheiten an die Vertrauensperson wenden und muss diese darüber informieren, wenn der Heimbewohner seine Pflichten aus dem Vertrag gröblich verletzt oder den Betrieb des Heimes schwerwiegend stört und daraufhin eine einer allfälligen Kündigung vorausgehende Ermahnung erteilt wird (§ 27e KSchG). Der Vertrauensperson sind auch eine Abschrift des Heimvertrages auszuhändigen und der Empfang der Kautions sowie die beabsichtigte Inanspruchnahme dieser und der Empfang der Kündigung durch den Heimbewohner zu bestätigen.⁴³⁷ Zusätzlich kommt der Vertrauensperson im Rahmen des Heimaufenthaltsgesetzes eine wichtige Rolle zu. Sie ist über die Anordnung und Aufhebung einer Freiheitsbeschränkung zu informieren, hat selbst ein Antragsrecht auf gerichtliche Überprüfung und ist auch zu entsprechenden mündlichen Verhandlungen zu laden.⁴³⁸ Im belgischen Recht kann eine Person, für die ein „vorläufiger Verwalter“ (in Vermögensangelegenheiten) bestellt worden ist, eine Ver-

⁴³⁵ Ausführlich dazu *Mayrhofer*, Modelle unterstützter Entscheidungsfindung – Beispiele guter Praxis aus Kanada und Schweden (2013); www.irks.at/assets/irks/IRKS_WP16_Unterst%C3%BCtzte-Entscheidungsfindung.pdf; *Ganner*, BtPrax 2013, 222ff.

⁴³⁶ Z 15 Draft General comment on Article 12.

⁴³⁷ Ausführlich dazu *Ganner* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hg), Klang-Kommentar AGBG³ (2006) § 27e KSchG.

⁴³⁸ *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 174 (192ff).

trauensperson benennen, die ihr in allen Angelegenheiten beisteht. Diese hat beispielsweise ein Einsichtsrecht in die Patientenakte. Diese Vertrauensperson kann auch von einem im Interesse der betroffenen Person handelnden Dritten oder vom Gericht benannt werden. Eine wesentliche Aufgabe ist es, den vorläufigen Verwalter zu überprüfen und im Falle, dass dieser seinen Pflichten bei der Ausführung des Auftrages nicht nachkommt, dies dem Gericht zu melden, damit dieses jemand anderen bestellt.⁴³⁹ Damit übernehmen sowohl die belgische als auch die österreichische Variante der Vertrauensperson Tätigkeiten, die sonst einem Sachwalter zukommen würden.

- 442** Bspw. in England⁴⁴⁰ und den USA⁴⁴¹ erstellen Sachwalter für sich selbst einen **Verhaltenskodex** (Code of Conduct, Good Practice Guidance). Zentrale Aspekte sind die Unabhängigkeit von anderen Institutionen, die unbedingte Unterstützung der betreuten Person (empowering), der vertrauliche Umgang mit Informationen, die Beachtung der individuellen Bedürfnisse sowie die Einbeziehung der betroffenen Person in die Tätigkeit und die Beurteilung.
- 443** Ein anderes Modell sind die **Unterstützungskreise** (Circle Networks). Dieses Modell stammt ursprünglich aus Neuseeland, wo es primär in der Jugendwohlfahrt eingesetzt wird und „Family Group Conference“ heißt. Das Grundprinzip besteht darin, dass ein Unterstützungskreis (eine Art Familienrat) mit professioneller Hilfe bestehende Probleme bespricht und gemeinsam Maßnahmen sucht, die geeignet erscheinen, die Probleme zu lösen. Durchaus vergleichbar mit diesen Unterstützungskreisen ist das Circle Network, wie es insbesondere in Großbritannien, aber auch etwa in Kanada und den USA seit den 1980er Jahren zum Einsatz kommt. Eine Gruppe von Personen, meist sind es Angehörige oder Freunde der zu unterstützenden Person, treffen sich regelmäßig und überlegen sich, welche Hilfe die betroffene Person braucht bzw. wer diese in welcher Form anbieten kann. Ein Mitglied des Kreises hat übli-

⁴³⁹ *Pintens*, Erwachsenenschutzrecht, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in Belgien in Löhnig ea (Hg), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa* (2011) 263 (267, 276).

⁴⁴⁰ *Advocacy Services for People with Mental Health Problems and Intellectual Disabilities: Guidance and Model Policies*; www.mdac.info.

⁴⁴¹ Siehe dazu die *Standards of Practice und Code of Ethics* der National Guardianship Association; www.guardianship.org/guardianship_standards.htm.

cherweise die Aufgabe darauf zu schauen, dass die notwendigen Maßnahmen gesetzt werden.⁴⁴²

444 In Schweden wurde im Zusammenhang mit der Psychiatriereform 1995 ein von den Klienten selbst betriebenes System von **persönlichen Ombudsmännern** entwickelt. Diese Ombudsmänner sind Angestellte einer privaten Vereinigung (zB PO- Skåne), die von Behörden und Institutionen möglichst unabhängig sein sollte.

445 Das katalanische Recht kennt die **persönliche und finanzielle Assistenz** ohne Entzug der Handlungsfähigkeit. Die betroffene Person muss selbst die Bestellung dieser Assistenz beantragen und kann dafür auch Personen vorschlagen. Die Assistenz wird vom Gericht beschlossen und führt dazu, dass der Assistent gerichtlich verpflichtet wird, für die betroffene Person Sorge zu tragen und diese Person auch bei der Durchführung von Rechtsgeschäften und anderen Angelegenheiten – innerhalb des festgelegten Wirkungskreises – zu unterstützen. Wenn die betroffene Person innerhalb des Wirkungskreises des Assistenten ein Rechtsgeschäft abschließen will, muss dieser darüber informiert werden und seine Zustimmung dazu erteilen. Das entspricht dem Einwilligungsvorbehalt nach deutschem Recht. Wird der Assistent über das Rechtsgeschäft nicht informiert oder stimmt er diesem nicht zu, so kann jede Vertragspartei bei Gericht die Nichtigkeitserklärung verlangen. Stellt der Assistent fest, dass die betroffene Person ihre Fähigkeiten, am Prozess teilzunehmen, verloren hat, so muss er das Gericht darüber informieren, welches in der Folge einen Sachwalter zu bestellen hat. Ein entscheidender Aspekt ist, dass das Gericht festzulegen hat, in welchen Angelegenheiten die betroffene Person die Zustimmung des Assistenten braucht. Der Vorteil dieser Assistenz gegenüber einer Vorsorgevollmacht ist etwa, dass der Assistent gerichtlich kontrolliert wird und im Falle, dass er seine Aufgaben nicht ordnungsgemäß erfüllt, von diesem abgesetzt werden kann.⁴⁴³ Die Verbindung dieses katalanischen Assistenzsystems mit dem in Mitteleuropa im Behindertenbereich praktizierten System der persönlichen Assistenz scheint mir eine gute Möglichkeit zu sein, um die unterstützte Entscheidungsfindung in weiteren Bereichen als bisher zu ermöglichen. Die Ausweitung der persönlichen Assistenz auf ältere Menschen und auf rechtsgeschäftliche Angelegenheiten könnte dazu führen, dass Personen durch die Unterstützung des

⁴⁴² http://www.mdac.info/sites/mdac.info/files/English_Supported_Decision-making_An_Alternative_to_Guardianship.pdf (26.12.2012).

⁴⁴³ *Ferrer i Riba*, Protection against Incapacity and Private Autonomy in Spanish Law in Löhnig ea (Hg), Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa (2011) 245 (253f).

persönlichen Assistenten häufiger als jetzt die für den Abschluss von Rechtsgeschäften erforderliche Diskretions- und Dispositionsfähigkeit erlangen. Die von betroffenen Personen im Rahmen einer Sitzung des österreichischen Monitoringausschusses zum Übereinkommen geforderten „LebensunterstützerInnen“ dürften diesem Modell entsprechen.⁴⁴⁴

446 Vielfach wird das kanadische Modell des **Representation Agreement** (Representation Agreement Act) als Beispiel einer übereinkommenskonformen Art der unterstützten Entscheidungsfindung und daher als Vorbild propagiert. Dabei handelt es sich im Wesentlichen aber um eine dem österreichischen Recht weitgehend vergleichbare Vorsorgevollmacht und daher um ein Stellvertretermodell. Zur Erstellung eines Representation Agreements bedarf es aber keiner vollen Geschäftsfähigkeit, sondern es reichen bereits geringfügigere kognitive Fähigkeiten aus. Es gibt zwei Arten, grundsätzlich vergleichbar mit der österreichischen Vorsorgevollmacht für einfache (standard provisions: keine Heimunterbringung und Beendigung von lebenserhaltenden Maßnahmen) und für wichtige Angelegenheiten (non-standard provisions).⁴⁴⁵

6. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

447 Unter der Bedingung der vollständigen Implementierung des Übereinkommens in das österreichische Recht ergibt sich folgendes:

448 Die konstitutive Aberkennung sowie Einschränkung der Handlungsfähigkeit ist grundsätzlich übereinkommenswidrig:

- § 280 ABGB, wonach die Geschäftsfähigkeit mit Sachwalterbestellung eingeschränkt wird, entspricht nicht den Vorgaben des Übereinkommens. Der Schutz des Rechtsverkehrs rechtfertigt diesen Eingriff in die Handlungsfähigkeit nicht.
- Die allfällige Beschränkung der Testierfähigkeit, wonach gerichtlich angeordnet werden kann, dass eine Person unter Sachwalterschaft nur mündlich vor Gericht oder Notar testieren kann (§ 568 ABGB), ist ebenfalls übereinkommenswidrig.

⁴⁴⁴ Stellungnahme „Selbstbestimmte Entscheidungsfindung“ vom 21.5.2012; www.monitoringausschuss.at/sym/monitoringausschuss/Stellungnahmen

⁴⁴⁵ Ausführlich dazu Lipp/Bagniewski/Dankert/Newell, Das Representation Agreement in British Columbia (Kanada) – ein Modell für Deutschland?, BtPrax 2013, 217 (221).

- Das gilt auch für den Einwilligungsvorbehalt hinsichtlich der Ehe- und Verpartnungsfähigkeit (§ 3 EheG und § 4 EPG). Die verpflichtende Einwilligung der mit der gesetzlichen Vertretung betrauten Person (idR Sachwalter, aber analoge Anwendung auf Vorsorgebevollmächtigten möglich) ist überschießend und daher übereinkommenswidrig.
- Der Einwilligungsvorbehalt, also die Erforderlichkeit der zusätzlichen Einwilligung durch den Sachwalter (wohl auch analoge Anwendung auf Vorsorgebevollmächtigten möglich), bei der klinischen Prüfung von Arzneimitteln (§ 43 AMG) ist in Abwägung von Missbrauchsschutz und Betroffeneninteresse (Wille unter Beachtung des möglichen Nutzens) gerechtfertigt und daher übereinkommenskonform.
- Die Beschränkung der Testierfähigkeit von HeimbewohnerInnen von Pflege- und Behinderteneinrichtungen sowie von ambulant gepflegten Personen (s. X.), wonach Heimbetreibern und Pflegepersonal die (testamentarische) Vermögensannahme verwehrt wird, wenn dem nicht ein Notariatsakt zugrunde liegt, ist verhältnismäßig und daher übereinkommenskonform.

449 Das Übereinkommen statuiert den Primat der unterstützten Entscheidungsfindung.

450 Die Stellvertreterentscheidung ist als ultima ratio dennoch zulässig.

451 Klargestellt werden sollte aber, dass eine Stellvertreterentscheidung, außer bei einer (Vorsorge)Vollmacht, nur zulässig ist, wenn die Geschäfts- oder Einsichts- und Urteilsfähigkeit aktuell, also im Entscheidungszeitpunkt, nicht gegeben ist. Eine Vertretung bei anderen Formen der Handlungsfähigkeit kommt ohnehin nicht in Betracht.

452 Die im Sachwalterrecht und bei der Vertretung durch nächste Angehörige bestehende Verpflichtung zur Beachtung des Willens der betroffenen Person, auch wenn diese nicht mehr handlungsfähig ist, ist bereits gesetzlich durch Wunschermittlungspflicht, Informationspflicht und Äußerungsrecht vorgeschrieben.

453 In der Rechtspraxis, insb des Sachwalterrechts, müssen die Stellvertreterentscheidungen reduziert und die unterstützten Entscheidungen (s. entsprechende Modelle) ausgebaut werden. Die bestehende Rechtspraxis dürfte nicht nur dem Übereinkommen widersprechen, sondern auch dem geltenden Recht, weil die gesetzlich normierte Subsidiarität der Sachwalterschaft und die Beachtung des Willens und der Präferenzen der betroffenen Person zu kurz kommen.

454 Art 12 Abs 4 verlangt iSd Missbrauchsschutzes eine regelmäßige Überprüfung der die Rechts- und Handlungsfähigkeit betreffenden Maßnahmen durch eine unabhängige und unparteiische Behörde oder gerichtliche Stelle.

- Diese Verpflichtung ist im Bereich des Sachwalterrechts erfüllt.
- Bei der Vertretungsbefugnis fehlen vergleichbare Kontrollen, sodass rechtlicher Handlungsbedarf besteht.
- Bei der Vorsorgevollmacht sind die Schutzmechanismen in Abwägung mit der ausgeprägten selbstbestimmten Gestaltungsmöglichkeit – auch von Kontrollmaßnahmen – ausreichend.
- Bei der Regelung der Patientenverfügung fehlen vor allem die Maßnahmen, die die Beachtung des Willens und der Präferenzen der betroffenen Person garantieren.

IV. Unabhängige Lebensführung und Einbeziehung in die Gemeinschaft (Art 19)

455 Art 19 des Übereinkommens normiert unter der Überschrift „Unabhängige Lebensführung⁴⁴⁶ und Einbeziehung in die Gemeinschaft“ („Living independently and being included in the community“; „Autonomie de vie et inclusion dans la société“):

Die Vertragsstaaten dieses Übereinkommens anerkennen das gleiche Recht aller Menschen mit Behinderungen, mit gleichen Wahlmöglichkeiten wie andere Menschen in der Gemeinschaft zu leben („live in the community, with choices equal to others“; „vivre dans la société, avec la même liberté de choix que les autres personnes“), und treffen wirksame und geeignete Maßnahmen, um Menschen mit Behinderungen den vollen Genuss dieses Rechts und ihre volle Einbeziehung in die Gemeinschaft und Teilhabe an der Gemeinschaft („their full inclusion and participation in the community“; „leur pleine intégration et participation à la société“) zu erleichtern⁴⁴⁷ („facilitate“; „faciliter“), indem sie unter anderem gewährleisten, dass

- a) Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt⁴⁴⁸ die Möglichkeit haben, ihren Aufenthaltsort zu wählen und zu entscheiden, wo und mit wem sie leben, und nicht verpflichtet sind, in besonderen Wohnformen zu leben („Persons with disabilities have the opportunity to choose their place of residence and where and with whom they live on an equal basis with others and are not obliged to live in a particular living arrangement“; „Les personnes handicapées aient la possibilité de choisir, sur la base de

⁴⁴⁶ In der Schattenübersetzung (Rn 19) heißt es „Selbstbestimmt Leben“ statt „Unabhängige Lebensführung“.

⁴⁴⁷ In der Schattenübersetzung (Rn 19) heißt es „ermöglichen“ statt „erleichtern“.

⁴⁴⁸ Die Schattenübersetzung (Rn 19) ergänzt „mit anderen“ nach „gleichberechtigt“.

l'égalité avec les autres, leur lieu de résidence et où et avec qui elles vont vivre et qu'elles ne soient pas obligées de vivre dans un milieu de vie particulier“);

- b) Menschen mit Behinderungen Zugang zu einer Reihe von gemeindenahen Unterstützungsdiensten zu Hause und in Einrichtungen sowie zu sonstigen gemeindenahen Unterstützungsdiensten haben, einschließlich der persönlichen Assistenz, die zur Unterstützung des Lebens in der Gemeinschaft und der Einbeziehung in die Gemeinschaft sowie zur Verhinderung von Isolation und Absonderung von der Gemeinschaft notwendig ist („including personal assistance necessary to support living and inclusion in the community, and to prevent isolation and segregation from the community“; „y compris l'aide personnelle nécessaire pour leur permettre de vivre dans la société et s'y insérer et pour empêcher qu'elles ne soient isolées ou victimes de ségrégation“);
- c) gemeindenaher Dienstleistungen und Einrichtungen für die Allgemeinheit Menschen mit Behinderungen auf der Grundlage der Gleichberechtigung zur Verfügung stehen und ihren Bedürfnissen Rechnung tragen.

1. Recht auf Autonomie und Inklusion in die Gesellschaft

456 Art 19 enthält eine Reihe von Verbürgungen und fasst diese unter der Überschrift „Unabhängige Lebensführung/Selbstbestimmtes Leben und Einbeziehung in die Gemeinschaft“ zusammen. Er stellt sie damit unter den grundsätzlichen Anspruch des **Autonomie- und Inklusionsanliegens**, die tragende Pfeiler des Übereinkommens darstellen. Insofern stehen die Verbürgungen des Art 19 in engem Zusammenhang mit den **allgemeinen Grundsätzen** des Art 3 (Rn 94ff), denn Art 19 garantiert die Autonomie, dh selbstbestimmte Entscheidungsfreiheit von Menschen mit Behinderungen (Art 3 lit a) unter Bedingungen der Nichtdiskriminierung (Art 3 lit b) (*arg* Art 19: „mit gleichen Wahlmöglichkeiten wie andere Menschen“) und bringt diese in Verbindung zum Recht auf Einbeziehung in die Gemeinschaft und volle und wirksame Teilhabe an der Gemeinschaft (Art 3 lit c).

457 Keinem dieser Grundsätze wird ein erkennbarer Vorrang gegenüber dem anderen eingeräumt. Es fällt lediglich auf, dass das Autonomierecht sowohl in Art 3 als auch in Art 19 (in der Überschrift ebenso wie im Text) **als erstes** genannt wird⁴⁴⁹, ohne dass allein daraus besondere Folgen abgeleitet werden könnten. Der Autonomiegrundsatz steht in Art 3 ebenso wie in Art 19 aber jedenfalls zumindest gleichwertig neben dem Inklusionsgrundsatz.

458 Dies bestätigt auch eine genauere Analyse der in Art 19 enthaltenen Verbürgungen. Darin wird zunächst von den Vertragsstaaten das gleiche Recht aller Menschen mit Behinderungen anerkannt, „mit gleichen Wahlmöglichkeiten wie andere Menschen in der Gemeinschaft zu leben“. Auf dieser Grundlage verpflichten sich die Vertragsstaaten, Menschen mit Behinde-

⁴⁴⁹ Dies bemerkt auch *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Fn 19) 79.

rungen „ihre volle Einbeziehung in die Gemeinschaft und Teilhabe an der Gemeinschaft zu erleichtern“ – oder iSd Schattenübersetzung besser „zu ermöglichen“ –, insb indem die Vertragsstaaten gewährleisten, dass „Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt die Möglichkeit haben, ihren Aufenthaltsort zu wählen und zu entscheiden, wo und mit wem sie leben, und nicht verpflichtet sind, in besonderen Wohnformen zu leben“ (Art 19 lit a).

459 Die unbedingte Anerkennung des Rechts von Menschen mit Behinderungen, mit gleichen Wahlmöglichkeiten wie andere Menschen in der Gemeinschaft zu leben, spricht sogar dafür, dass es sich dabei um eine **unmittelbar wirksame** Bestimmung des Übereinkommens handeln könnte⁴⁵⁰, obschon Art 19 schwerpunktmäßig den sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Rechten zuzuordnen ist (vgl Rn 108ff). Allerdings wird dieses Argument durch den Folgesatz abgeschwächt, wonach die Vertragsstaaten zur Erleichterung des vollen Genusses dieses Rechts „wirksame und geeignete Maßnahmen“ setzen müssen, was einen **Ermessensspielraum** indiziert.

460 Art 19, der das „gleiche Recht aller Menschen mit Behinderungen“ statuiert, „mit gleichen Wahlmöglichkeiten wie andere Menschen in der Gemeinschaft zu leben“, impliziert ein **Recht auf Inklusion**.⁴⁵¹ Angesichts der Geschichte struktureller Ausgrenzung von Menschen mit Behinderungen besteht das Bedürfnis, ihnen einen effektiven Inklusionsanspruch zu verschaffen.⁴⁵² **Keine Rede** ist dabei aber von einem **Zwang oder einer Pflicht zu Inklusion**. Dementsprechend verpflichtet Art 19 die Vertragsstaaten, wirksame und geeignete Maßnahmen zu treffen, um Menschen mit Behinderungen „ihre volle Einbeziehung in die Gemeinschaft und Teilhabe an der Gemeinschaft zu erleichtern/ermöglichen“, zu dem Grad und in den Formen, in denen sie dies wollen.

461 Der Autonomiegrundsatz ist demnach in Hinblick auf den Inklusionsgrundsatz insofern beachtlich, als eine Herbeiführung von Inklusion gegen den Willen von Menschen mit Behinderungen nicht mit Hilfe von Art 19 gerechtfertigt werden kann. Auch hier muss wie bei den Menschenrechten insgesamt gelten, dass individuelle Vorstellungen von der Gestaltung der

⁴⁵⁰ Vgl etwa *ibid*, 15 (in Bezug auf die deutsche Rechtslage, wo es kein dem Erfüllungsvorbehalt vergleichbares Rechtsinstitut gibt), wonach insb die Vorschrift des Art 19 lit a des Übereinkommens „so deutlich und konkret formuliert [ist], dass sie je nach Fallgestaltung in einem konkreten Rechtsstreit deutschen Gerichten als Entscheidungsgrundlage dienen kann“; vgl *ibid*, 210.

⁴⁵¹ Vgl dazu und zum Folgenden *Müller/Walter* (Fn 124) 87ff.

⁴⁵² Vgl hierzu ausführlich *Kanter*, *There's No Place Like Home. The Right to Live in the Community for People with Disabilities*, *Israel Law Review* 2012, 181.

eigenen Lebenssphäre nicht leichtfertig auf dem Altar gesellschaftlich-kollektiver Reformanliegen geopfert werden dürfen.⁴⁵³ Nicht umsonst betont Präambularabsatz n,

wie wichtig die **individuelle** Autonomie und Unabhängigkeit für Menschen mit Behinderungen ist, einschließlich der Freiheit, **eigene** Entscheidungen zu treffen⁴⁵⁴;

importance for persons with disabilities of their individual autonomy and independence, including the freedom to make their own choices;

l'importance pour les personnes handicapées de leur autonomie et de leur indépendance individuelles, y compris la liberté de faire leurs propres choix.

Ebenso nennt Art 3 lit a die „**individuelle** Autonomie, einschließlich der Freiheit, **eigene** Entscheidungen zu treffen“⁴⁵⁵ („individual autonomy including the freedom to make one's own choices“; „autonomie individuelle, y compris la liberté de faire ses propres choix“), als wesentlichen Grundsatz des Übereinkommens. Daraus folgt dann aber auch, dass **im Zweifel** die Achtung der **Autonomie** von Menschen mit Behinderungen **Vorrang** vor der Verfolgung von **Inklusionszielen** haben muss. Ansonsten würden diese nämlich zur Verfolgung gesellschaftlicher Zwecke instrumentalisiert und damit zum „Objekt“ staatlicher Politik gemacht, was zu einer Verletzung ihrer Würde führte⁴⁵⁶, wie sie in Präambularabsatz a, Art 1 und Art 3 lit a des Übereinkommens garantiert ist.

462 Gleichzeitig geht das Übereinkommen grundsätzlich von der Konvergenz und dementsprechend von der **gemeinsamen Verwirklichbarkeit** des Autonomie- und des Inklusionsgrundsatzes aus. Das Übereinkommen ist, wie aus Art 3 erhellt, von der Vermutung getragen, dass die freie Betätigung der individuellen Autonomie und Entscheidungsfreiheit von Menschen mit Behinderungen (lit a) sich – wie bei anderen Menschen auch (lit b) – in aller Regel in Richtung auf volle und wirksame Teilhabe an der Gesellschaft und Einbeziehung in die Gesellschaft (lit c) richten wird.

463 Diese Überlegungen wirken sich in den für Art 19 zentralen Themen Deinstitutionalisierung (2.) und Segregation (3.) aus und unterstreichen vor allem die Relevanz der Operationalisierung (4.) der Garantie individueller Autonomie und Entscheidungsfreiheit durch geeigne-

⁴⁵³ Vgl Müller/Walter (Fn 124) 87.

⁴⁵⁴ Hervorhebung nicht im Original.

⁴⁵⁵ Hervorhebung nicht im Original.

⁴⁵⁶ Siehe dazu namentlich BVerfGE 115, 118 (153) unter Hinweis auf die Vorjudikatur; vgl dazu insb auch Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, AA, Bd IV, 385 (429); *Bezemek*, Unschuldige Opfer staatlichen Handelns, JRP 2007, 121 (123f).

te Verfahren zur Ermittlung des Willens von Menschen mit Behinderungen bzw der Unterstützung und Begleitung ihrer Willensbildung.

2. Verpflichtung zur Deinstitutionalisierung

- 464** Obwohl der Begriff der „**Deinstitutionalisierung**“ nirgends im Übereinkommen erwähnt wird, strebt das Übereinkommen dieses Ziel nach allgemeiner Ansicht an.⁴⁵⁷ Dabei herrscht breite Übereinstimmung, dass das Übereinkommen nicht nur ein starkes Signal, sondern ein effektives Instrument gegen die „Internierung“ von Menschen mit Behinderungen und dementsprechend für Deinstitutionalisierung und Inklusion sein will.⁴⁵⁸ Dies ergibt sich aus einer Auslegung des Übereinkommens nach seinem Zusammenhang und seinem Ziel und Zweck (Rn 49).
- 465** Ihren Sitz im Übereinkommen findet die Deinstitutionalisierung einmal im in Art 3 lit c und Art 19 verankerten Recht auf „volle Einbeziehung in die Gemeinschaft und Teilhabe an der Gemeinschaft“ („full inclusion and participation in the community“; „pleine intégration et participation à la société“). Dabei wird im Deutschen – gerade im Bildungsbereich⁴⁵⁹ – „**Inklusion**“ immer wieder von (bloßer) „**Integration**“ abgehoben.⁴⁶⁰

Integration setzt die Diskriminierung (Unterscheidung) einzelner Personen anhand zugeschriebener Merkmale und ihre soziale Verortung außerhalb von Gesellschaft (Separation) voraus, Inklusion geht von der Vielfalt der Gesamtbevölkerung und der sozialen Zugehörigkeit aller Mitglieder aus. Die Blickrichtung sozialer Diagnosen und Interventionen aus der Perspektive Inklusion richtet sich somit stärker auf den „Patienten“ Gesellschaft als auf definierte Personen und ihre vermeintlichen Defizite. „Der deutliche Unterschied zwischen dem Begriff der ‚Integration‘ und dem der ‚Inklusion‘ [...] besteht darin, dass Integration von einer gegebenen Gesellschaft ausgeht, in die integriert werden kann und soll, Inklusion aber erfordert, dass gesellschaftliche Verhältnisse, die exkludieren, überwunden werden müssen.“⁴⁶¹

Da dem Übereinkommen, wie sich in den zitierten Art 3 lit c und Art 19 zeigt, die letztere Vorstellung sicher näher liegt, ist es auch **angemessen**, diesem Umstand bei einer **Neuver-**

⁴⁵⁷ Vgl statt aller *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Fn 19) 207.

⁴⁵⁸ Vgl hierzu etwa *Degener* (Fn 290) 60; vgl insb auch Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment Nr 5: Persons with disabilities, 9.12.1994, wo *segregation* und *isolation* (Rn 15) und insb leichtfertige *institutionalization* (Rn 29) kritisch beleuchtet werden; vgl schließlich die „Concluding Observations“ zum ersten Staatenbericht Österreichs *infra* Rn 469.

⁴⁵⁹ Vgl insb „Concluding Observations“ (Fn 24) zum ersten Staatenbericht Österreichs, Rn 40: „there exists some confusion between inclusive education and integrated education“.

⁴⁶⁰ Vgl etwa *Degener*, Menschenrechte und Behinderung, in: Dederich ua (Hg), *Behinderung und Anerkennung* (2009) 160 (165); *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Fn 19) 81; zum Inklusionsbegriff im Übereinkommen vgl generell *Welke et al* (Fn 118) 93ff.

⁴⁶¹ *Welke et al* (Fn 118) 99, zuletzt mit Zitat aus *Kronauer*, *Exklusion*² (2010) 56.

lautbarung der amtlichen deutschen Übersetzung durch den Ersatz von „Einbeziehung“ durch „**Inklusion**“ Rechnung zu tragen.⁴⁶²

- 466** Verankert ist die Deinstitutionalisierung – namentlich im Wohnbereich – vor allem in Art 19 lit a, wonach Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt die Möglichkeit haben sollen, „ihren Aufenthaltsort zu wählen und zu entscheiden, wo und mit wem sie leben, und nicht verpflichtet sind, in besonderen Wohnformen zu leben“. Gerade der letzte Teil, der von „**besonderen Wohnformen**“ („a particular living arrangement“; „un milieu de vie particulier“) spricht, nimmt Bezug auf eine jahrhundertelange Tradition der Absonderung und Segregation von Menschen mit Behinderungen in besonderen Einrichtungen, Asylern, Kliniken, Heimen, also in Institutionen diverser Art – im Gegensatz zu Menschen ohne Behinderungen, denen (viel eher) ein Recht auf ein „Heim“ zugestanden wurde.
- 467** Derartige Einrichtungen unterwerfen Menschen typischerweise **institutionalisierten Prozessen** und Zeitabläufen und schränken die autonome Lebensgestaltung und Entscheidungsfreiheit erheblich ein. Dies gilt namentlich für Großeinrichtungen, wo sich die Institutionalisierungsdynamiken gegenüber den Individuen noch verstärken. Umso schwerer wiegt es, dass in vielen, gerade auch sog „westlichen“, Gesellschaften bis in die Gegenwart hinein institutionelle Wohnformen für Menschen mit Behinderungen aus einer Vielfalt von Gründen als besonders erstrebenswert galten und gelten. Nicht selten ist eine Tendenz zu bemerken, diese abseits von den Siedlungsgebieten der „Normalbevölkerung“ an relativ abgelegenen Orten einzurichten. Der Austausch mit der Gesellschaft wird oft weiter dadurch eingeschränkt, dass alle relevanten Lebensvollzüge (Wohnen, Arbeit, Freizeitgestaltung) innerhalb ein und derselben Institution abgewickelt werden und die dadurch entstehende Segregation ggf durch physische Ausgangshindernisse und Sperrzeiten noch verschärft wird.
- 468** Zum Phänomen der „Institutionalisierung“ nehmen etwa die – nicht verbindlichen – „**Gemeinsamen europäischen Leitlinien** für den Übergang von institutioneller Betreuung zu Betreuung in der lokalen Gemeinschaft“⁴⁶³ Stellung, wie folgt:

⁴⁶² Vgl *supra* Rn 18f ; zur Kritik an der Übersetzung vgl Concluding observations (Fn 24), nr 6; *Welke et al* (Fn 118) 88. Dass der französische Originaltext, wie erwähnt, von „intégration“ spricht, steht dem angesichts des anderen Sprachgebrauchs im Französischen nicht entgegen.

⁴⁶³ Europäische Expertengruppe zum Übergang von institutioneller Betreuung zu Betreuung in der lokalen Gemeinschaft, Gemeinsame europäische Leitlinien für den Übergang von institutioneller Betreuung zu Betreuung in der lokalen Gemeinschaft. Leitfaden zur Umsetzung und Förderung eines fließenden Übergangs von der institutionellen Betreuung hin zu Betreuung in Familien und in lokalen Gemeinschaften für Kinder, Menschen mit

Mehr als eine Million Kinder und Erwachsene leben europaweit in Einrichtungen. Diese Einrichtungen wurden früher als die beste Methode betrachtet, verwundbare und gefährdete Kinder sowie Erwachsene mit vielfältigen Bedürfnissen zu versorgen. Die Erfahrungen haben aber gezeigt, dass die institutionelle Pflege immer eine geringere Lebensqualität bietet als hochwertige Dienste in der Gemeinschaft, was oft zu lebenslänglicher sozialer Ausgrenzung und Isolation führt. [...] Aus diesen Gründen, und infolge der Annahme der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (BRK) und anderer Menschenrechtsinstrumente wird die Institutionalisierung zunehmend als unbefriedigende Politik und als Verstoß gegen die Menschenrechte betrachtet.⁴⁶⁴

469 In diesem Sinne sind auch die in Reaktion auf den ersten Staatenbericht Österreichs beschlossenen „Concluding Observations“ (Fn 24) des Ausschusses zu verstehen, wenn sie zu Art 19 des Übereinkommens festhalten:

36. The Committee notes with concern reports that over the last twenty years the population of Austrians with disabilities who are institutional dwellers, has increased. The Committee is particularly concerned by this phenomenon because institutions are contrary to article 19 of the Convention and leave persons vulnerable to violence and abuse.

37. The Committee recommends that the State party ensure that the Federal Government and the Governments of the Länder place greater efforts on deinstitutionalization and in allowing persons with disabilities to choose where they live.

470 Das Draft General Comment zu Art 12 des Übereinkommens (vgl Fn 66) unterstreicht darüber hinaus:

42. The segregation of persons with disabilities into institutions continues to be a pervasive and insidious problem in violation of a number of Convention rights. The problem is exacerbated by the widespread denial of legal capacity to persons with disabilities [...] This places all power and control over the individual in the hands of the institution. In order to comply with the [Convention] and respect the human rights of persons with disabilities, deinstitutionalization must be achieved and legal capacity returned to the individuals who must be able to choose where and whom to live.

471 Die Stellungnahmen des Ausschusses bekräftigen, dass es sich bei der **Deinstitutionalisierung** aus Sicht des Übereinkommens um eine konkrete völkerrechtliche **Verpflichtung** der Vertragsstaaten handelt. Sie ergibt sich daraus, dass diese Staaten gem Art 19, insb seinem lit a, das Recht von Menschen mit Behinderungen anerkennen, mit gleichen Wahlmöglichkeiten wie andere Menschen in der **Gemeinschaft** zu leben, und die Staaten sich zu diesem Zwecke zu gewährleisten verpflichten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt die Möglichkeit haben, ihren **Aufenthaltort zu wählen** und zu entscheiden, wo und mit wem sie leben, und nicht verpflichtet sind, in besonderen Wohnformen zu leben. Stellt ein Vertrags-

Behinderungen, Personen mit psychischen Problemen sowie älteren Menschen in Europa, 2012, abrufbar unter <http://deinstitutionalisationguide.eu/>.

⁴⁶⁴ *Ibid*, 8.

staat Menschen mit Behinderungen jedoch nur oder überwiegend institutionelle Wohnformen zur Verfügung, so ergeben sich daraus wenn nicht rechtliche, so doch zumindest faktische Zwänge, in diesen Wohnformen zu leben. Das Recht auf autonome Bestimmung des Aufenthaltsorts und der Wohnform wird dann unterminiert oder läuft gar überhaupt leer. Auch in Österreich ist die entsprechende **Entscheidungsfreiheit** noch bei weitem **nicht hergestellt**, weil **institutionalisierte Wohnformen** noch deutlich **überrepräsentiert** sind und dementsprechend Zwänge und Druck in Richtung der vorrangigen Nutzung dieser Wohnformen bestehen. Insofern befindet sich Österreich **nicht im Einklang** mit seinen Verpflichtungen aus dem Übereinkommen.

- 472** Art 19 des Übereinkommens verpflichtet mithin die Vertragsstaaten und namentlich auch Österreich, ein **adäquates Angebot** an für Menschen mit Behinderungen zur Verfügung zu stellen, das ihnen die **Entscheidungsfreiheit effektiv ermöglicht** und nicht direkt oder indirekt in gegenwärtig noch dominierende Wohn- und Betreuungsstrukturen drängt. So hat der Ausschuss bereits festgehalten: „[...] persons with disabilities have to be protected from forced institutionalisation, [...] bundling of support services or assistance with the obligation to live in separated settings and denial of choice due to non accessibility of mainstream services in the community“.⁴⁶⁵ Die „wirksamen und geeigneten Maßnahmen“, die die Vertragsstaaten diesbezüglich zu setzen haben, bestehen in der **Schaffung und ggf Reform des relevanten Rechtsrahmens**, aber genauso im Zurverfügungstellen der nötigen **Personal- und Sachressourcen**, um eine Entscheidung von Menschen mit Behinderungen zu Gunsten von Wohnformen jenseits institutionalisierter Wohnformen zu ermöglichen.
- 473** Die Notwendigkeit des Ressourceneinsatzes ruft Art 4 Abs 2 des Übereinkommens wieder auf den Plan. Wie bereits ausgeführt (vgl Rn 118f), kann der Hinweis auf knappe Ressourcen gerade bei einem wohlhabenden Land wie Österreich **keinesfalls Untätigkeit** bezüglich der Verpflichtung zur Deinstitutionalisierung oder ein **erkennbares Zurückbleiben** hinter den ihm nach seiner Leistungsfähigkeit möglichen Anstrengungen rechtfertigen. In jedem Falle müssen **geeignete Planungen und Strategien** erarbeitet und beschlossen werden, die „nach und nach“ die vom Übereinkommen geforderte Deinstitutionalisierung herbeiführen.
- 474** In diesem Zusammenhang ist besonders zu beachten, dass Deinstitutionalisierung nicht in erster Linie die „einfache Schließung von Einrichtungen“ bedeutet. Vielmehr bezieht sie sich

⁴⁶⁵ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD/CSP/2010/CRP.3, Third Session of the Conference of State Parties. Inclusion and living in the community (article 19 of the CRPD), 1.9.2010, Rn 5.

auf „das Verfahren zur Entwicklung einer Reihe von Dienstleistungen in der Gemeinschaft, einschließlich Prävention, damit kein Bedarf mehr an institutioneller Pflege besteht“. ⁴⁶⁶ Dabei spielt **langfristige und nachhaltige Planung** eine Schlüsselrolle, wie auch die UNICEF betont:

De-institutionalization is not the mere fact of moving [persons] out of institutions. Rather, it is the full process of planning transformation, downsizing and/or closure of residential institutions, while establishing a diversity of other [...] care services regulated by rights-based and outcomes-oriented standards. These standards should ensure that residential care is one care option among many others, and chosen only when this is in the [person's] best interests, meets his/her specific needs at the time, and in adequate conditions. ⁴⁶⁷

475 Die österreichische Bundesregierung bekennt sich dazu, dass „[u]m Selbstbestimmtes Leben im Sinne der UN-Konvention zu ermöglichen, [...] Großeinrichtungen abgebaut und alternative Unterstützungsleistungen entwickelt werden [sollen]“. ⁴⁶⁸ Auch die Europäische Kommission setzt sich für den „Übergang von der institutionellen zur wohnortnahen Betreuung“ ein und will zu diesem Zweck diverse Mittel zur Verfügung stellen, insb um konkrete Maßnahmen der Mitgliedstaaten in diese Richtung zu bewirken. ⁴⁶⁹ Wichtig ist, dass den Planungen seriöse **Machbarkeitsstudien und Folgenabschätzungen** zugrundegelegt werden, die den für die institutionelle Betreuung erforderlichen Ressourceneinsatz mit jenem für gemeinschaftsnahe Dienste vergleichen. ⁴⁷⁰ Eine aktuelle Studie kommt diesbezüglich etwa zu folgendem Schluss:

Bei teureren Großeinrichtungen können Entscheidungsträger davon ausgehen, dass Bewohner mit leichteren Behinderungen im Rahmen guter gemeindeintegrierter Dienste bei gleicher oder besserer Versorgungsqualität zu niedrigeren Kosten versorgt werden können. Die Kostenwirksamkeit des gemeindeintegrierten Modells ist hierbei also besser. Eine gute gemeindeintegrierte Versorgung von Menschen mit schwereren Behinderungen aus teureren Großeinrichtungen wird genau so viel kosten, wobei die Versorgungsqualität besser sein wird. Folglich ist auch hier die Kosteneffizienz des gemeindeintegrierten Modells besser. ⁴⁷¹

⁴⁶⁶ Gemeinsame europäische Leitlinien (Fn 463), 29.

⁴⁶⁷ UNICEF Regional Office for Central and Eastern Europe and the Commonwealth of Independent States (CEE/CIS), At home or in a home? Formal care and adoption of children in Eastern Europe and Central Asia, September 2010, 52, abrufbar unter www.unicef.org/protection/Web-Unicef-rapport-home-20110623v2.pdf.

⁴⁶⁸ Arbeitsprogramm der österreichischen Bundesregierung 2013-2018, 59.

⁴⁶⁹ Vgl Europäische Strategie zugunsten von Menschen mit Behinderungen 2010-2020: Erneueretes Engagement für ein barrierefreies Europa, KOM(2010) 636 endg, 6.

⁴⁷⁰ Vgl Gemeinsame europäische Leitlinien (Fn 463), 121f.

⁴⁷¹ *Mansell ua*, Übergang von Großeinrichtungen zum selbstbestimmten Wohnen in der Gemeinde – Ergebnisse und Kosten: Bericht einer europäischen Studie (2007) 9, abrufbar unter www.kent.ac.uk/tizard/research/DECL_network/documents/DECLOC_Exec_Summ_DE.pdf.

476 Gleichwohl ist an dieser Stelle nochmals zu bekräftigen (vgl Rn 461), dass es bei Art 19 des Übereinkommens um die **Ermöglichung der individuellen Wahlfreiheit** von Menschen mit Behinderungen geht, wo und mit wem sie leben möchten. Dabei ist zumindest denkbar, dass sich ein Mensch **auch gegen Inklusion** oder zumindest gewisse Formen von Inklusion entscheidet. Insoweit das Übereinkommen grundsätzlich von der Konvergenz seiner Grundsätze ausgeht, dh dass das Autonomie- und Inklusionsanliegen grundsätzlich parallel laufen (Rn 462), darf sicherlich nicht vorschnell von einer Inanspruchnahme des „**Rechts auf Nicht-Inklusion**“ (**negatives Inklusionsrecht**) ausgegangen werden, das Art 19 aber in letzter Konsequenz ebenso schützt⁴⁷².

477 Daraus ergibt sich, dass

nach Wortlaut und Regelungszweck des Art. 19 Menschen mit Behinderungen nicht daran gehindert werden dürfen, eine besondere Wohnform (z.B. eine stationäre Einrichtung) zu wählen, wenn sie die (selbstbestimmte) Wahl einer solchen Wohnform für sich richtig erachten (im Sinne einer „eingewilligten Institutionalisierung“). Sollen Menschen mit Behinderungen das gleiche Recht mit gleichen Wahlmöglichkeiten haben, so muss ihnen auch die Möglichkeit zugestanden werden, als ihren Aufenthaltsort eine besondere Wohnform zu wählen.⁴⁷³

478 Dies erkennen auch die genannten Leitlinien zur Deinstitutionalisierung an, verweisen aber gleichzeitig ganz zu Recht auf die Notwendigkeit, in diesem Zusammenhang besonders stark darauf zu achten, dass die entsprechenden Entscheidungsprozesse tatsächlich frei und nicht durch dritte Personen oder die Umstände manipuliert sind:

Einige Menschen ziehen es vor, in Pflege-/Betreuungseinrichtungen oder in separaten Gemeinschaften zu leben.

Jeder sollte wählen können, wo und wie er leben möchte, und diese Entscheidung sollte respektiert werden. Manche Menschen jedoch entscheiden sich dazu, in einer Betreuungseinrichtung zu leben, weil es in der Gemeinschaft keine angemessene Unterstützung gibt, oder weil sie durch die vorherrschende Meinung, dass sie weniger wert sind, unter Druck gesetzt werden und sie sich aus der Gesellschaft zurückziehen. Sie möchten ihren Familien keine „Belastung“ sein, oder werden vielleicht von ihren Familien unter Druck gesetzt, in eine Betreuungseinrichtung zu ziehen. In einigen Fällen kann die Entscheidung, nicht in der Gemeinschaft zu leben, auf einer Angst vor dem Unbekannten beruhen (ihre eigene oder die ihrer Familien), weil sie noch nie die Gelegenheit hatten, anderswo zu leben als in einer Betreuungseinrichtung. Somit sollte alles daran gesetzt werden, eine Reihe von Optionen in der Gemeinschaft zu entwickeln und zu gewährleisten, dass alle Menschen als wertvolle Mitglieder der Gesellschaft betrachtet werden.⁴⁷⁴

⁴⁷² Vgl Müller/Walter (Fn 124) 87 unter der – wiewohl provokativen – Überschrift: „Kein Zwang zur Inklusion“.

⁴⁷³ Kreuz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger (Fn 19) 207.

⁴⁷⁴ Gemeinsame europäische Leitlinien (Fn 463), 194f.

3. Segregative Wohnformen und Segregationsverbot

- 479** Dass Übereinkommen wendet sich außerdem explizit gegen **Segregation**“. Gem Art 19 lit b soll Menschen mit Behinderungen Zugang zu der persönlichen Assistenz gewährleistet werden, die zur Unterstützung des Lebens in der Gemeinschaft und der Einbeziehung in die Gemeinschaft sowie **zur Verhinderung von Isolation und Absonderung von der Gemeinschaft** („prevent isolation and segregation from the community“; „empêcher qu’elles ne soient isolées ou victimes de ségregation“) notwendig ist.
- 480** In dieselbe Kerbe schlägt Draft General Comment zu Art 12 des Übereinkommens (Fn 66), wenn dort unterstrichen wird: „The segregation of persons with disabilities into institutions continues to be a pervasive and insidious problem in violation of a number of Convention rights.“⁴⁷⁵
- 481** Das Übereinkommen will dementsprechend Segregation beseitigen bzw verhindern. In augenfälligem Gegensatz dazu finden sich (gerade in Bezug auf Menschen mit Demenz angebotene) Wohnformen, bewusst als „**segregativ**“ bezeichnet werden.⁴⁷⁶ Insbesondere aufgrund der starken Zunahme von Demenzerkrankungen in Alten- und Pflegeheimen⁴⁷⁷, die zum Teil mit massiven Verhaltensauffälligkeiten einhergehen, wurden vermehrt Wohngruppen exklusiv für Menschen mit mittelgradiger bis starker Demenz eingerichtet, die eine optimale Betreuung im Rahmen eines multiprofessionellen Teams ermöglichen sollen.⁴⁷⁸ Wenngleich durch derartige Wohnmodelle offenbar Erfolge im Abbau von Verhaltensauffälligkeiten bei demenzkranken Personen erzielt werden können⁴⁷⁹, stellt sich dennoch die Frage nach deren **Vereinbarkeit mit** dem in Art 3 lit c und Art 19 des Übereinkommens verankerten **Inklusionsgrundsatz**. Die mit besonderen Wohngruppen oder spezialisierten Demenzstationen verbundene Isolation von demenzkranken Menschen und Abgrenzung von Menschen ohne Demenz scheint oft unreflektiert damit gerechtfertigt zu werden, dass die Strategie schlicht

⁴⁷⁵ Rn 42.

⁴⁷⁶ Vgl *Arend*, Hausgemeinschaften. Vom Modellversuch zur Regelversorgung (2005) 49-51.

⁴⁷⁷ Studien zufolge sind mittlerweile über 70% der Alten- und Pflegeheimbewohner demenziell erkrankt. Mehr als die Hälfte der neu aufgenommenen Personen weisen Demenzsymptome auf; vgl *Kastner/Löbach*, Handbuch Demenz (2010) 6.

⁴⁷⁸ *Radzey ua*, Qualitätsbeurteilung der institutionellen Versorgung und Betreuung dementiell Erkrankter (2001) 25f.

⁴⁷⁹ Vgl *Weyrer ua*, Lebens- und Betreuungsqualität demenzkranker Menschen in der besonderen stationären Betreuung in Hamburg. Segregative und teilsegregative Versorgung im Vergleich, 10 *Pflege & Gesellschaft* 2005, 90.

„funktioniere“ und ohnehin das Beste für die Betroffenen sei, also mit pragmatischen Überlegungen und paternalisierenden Argumenten („Wohl des Betroffenen“).⁴⁸⁰

482 Diese Überlegungen sind jedoch nach dem Einkommen nicht zu rechtfertigen. Vielmehr sind **auch sog „segregierte“ Wohnformen am Maßstab des Übereinkommens zu messen.** Auch nicht-inklusive Wohnformen können mit diesem vereinbar sein, wenn dabei der in Art 3 lit a und Art 19 des Übereinkommens verankerten Autonomiegrundsatz beachtet wird, wenn dies also etwa auf dem ausdrücklichen Wunsch der Betroffenen entspricht (Rn 476). Dabei ist ganz besonders zu berücksichtigen, dass der Wille bei Menschen mit Behinderungen, insbesondere mit schweren und schwersten Behinderungen, nur sehr schwer verlässlich zu ermitteln sein kann. Umso mehr liegt das Gewicht dann bei der geeigneten Operationalisierung des Autonomiegrundsatzes, um die Möglichkeiten von Menschen mit Behinderungen, ihren Aufenthaltsort zu bestimmen und zu entscheiden, wo und mit wem sie leben, zu gewährleisten und zu fördern.

4. Operationalisierung des Autonomiegrundsatzes – Etablierung geeigneter Verfahren zur Gewährleistung der Entscheidungsfreiheit

483 Bei der Gewährleistung der nach Art 19 des Übereinkommens rechtlich geforderten Gewährleistung der Autonomie und Entscheidungsfreiheit von Menschen mit Behinderungen (vgl Rn 456ff) stellt es oft eine **besondere Herausforderung** dar, den **„wahren“ Willen** so verlässlich wie möglich zu ermitteln. Es gibt verschiedene Faktoren, die hier erschwerend oder sogar willensmanipulierend zum Tragen kommen und im Folgenden nur beispielhaft angeführt werden können.

484 Die Meinungsbildung von Menschen mit Behinderungen kann dahingehend beeinflusst sein, dass sie zu jener Wohnform tendieren, die ihre **Grundbedürfnisse** nach den jetzt vorherrschenden Verhältnissen am ehesten abdeckt, was in größeren Einheiten der Fall sein kann.⁴⁸¹ Eine erhebliche Rolle können auch internalisierte **Vorurteile oder Stereotypen** (Art 8; vgl Rn 105) spielen, dass Menschen mit Behinderungen nicht in „normalen“ Wohnformen leben können und sich aus der Gesellschaft zurückziehen sollen. Manche wollen ihre Umgebung (Familie, bisherige Mitbewohner) **nicht belasten** oder werden von dieser direkt oder indirekt

⁴⁸⁰ Vgl Müller/Walter (Fn 124) 88.

⁴⁸¹ Illustrativ ist hiezu insb das Urteil des US Supreme Court in *Olmstead v. L.C.*, 527 U.S. 581 (1999), 15f.

unter Druck gesetzt, in eine entsprechende Betreuungseinrichtung zu ziehen.⁴⁸² Eine Rolle kann auch die Angst spielen, in einer anderen als der bisher bekannten Lebensform zu leben. Besonders in Fällen von **Hospitalisierung** scheint ein Leben in anderen Wohnformen für die Betroffenen keine Option zu sein. Dazu kommen die Konstellationen, gerade bei schweren und schwersten Behinderungen, wo die Artikulierung eines eigenen Willens zweifelhaft, ja fast unmöglich erscheinen kann.

485 Vor diesem Hintergrund rücken **Möglichkeit und Methodik der Ermittlung des Willens** und der Präferenzen von Menschen mit Behinderungen in den Mittelpunkt des Interesses.⁴⁸³ Zur Beförderung selbstbestimmter Entscheidungen auch und gerade bei schweren und schwersten Behinderungen kann auf **bewährte Praktiken aus der Behindertenhilfe** zurückgegriffen werden, die hier nur beispielhaft angeführt werden können: Verschiedenste Methoden der **Unterstützten Kommunikation**⁴⁸⁴ bieten Hilfen für die Betroffenen, ihre Wünsche und Bedürfnisse für das sie umgebende Umfeld erkenntlich zu machen. Piktogramme, Symbole, Figuren sind nur einige Hilfsmittel, die die Artikulation wesentlich erleichtern können. Methoden der **persönlichen Zukunftsplanung**⁴⁸⁵ (etwa auch das sog Advance Care Planning) gehören seit längerem zum Standard in der Befragung von Menschen mit Behinderungen nach den für sie wesentlichen Zielen in ihrem Leben. Eine neuere Methode in der Erhebung von Wünschen und Bedürfnissen von Menschen mit Behinderungen stellen sog **Peer-Befragungen** dar. Im Sinne einer objektiven Erhebung von Lebensqualitätsindikatoren von Klient(inn)en im Rahmen ihrer Betreuungssituation werden Befragungen in einer sehr einfachen Sprache von Menschen durchgeführt, die selbst Lernschwierigkeiten haben – ein Gedanke, der sich im Übrigen auch in Art 26 Abs 1 des Übereinkommens findet.⁴⁸⁶ In diesem Zusammenhang sei nicht zuletzt das personenzentrierte Evaluations- und Beobachtungsverfahren **Dementia Care Mapping (DCM)**⁴⁸⁷ erwähnt, welches insb für die Abbildung der Le-

⁴⁸² Vgl das Zitat in Fn 482.

⁴⁸³ Vgl dazu und zum Folgenden *Müller/Walter* (Fn 124) 88.

⁴⁸⁴ Siehe hiezu etwa *Wilken*, *Unterstützte Kommunikation* (2010).

⁴⁸⁵ Vgl *Boban/Hinz*, *Persönliche Zukunftskonferenzen, Behinderte in Familie, Schule und Gesellschaft* Nr 4/5 (1999), 13.

⁴⁸⁶ „Die Vertragsstaaten treffen wirksame und geeignete Maßnahmen, *einschließlich durch die Unterstützung durch andere Menschen mit Behinderungen*, um Menschen mit Behinderungen in die Lage zu versetzen, ein Höchstmaß an Unabhängigkeit, umfassende körperliche, geistige, soziale und berufliche Fähigkeiten sowie die volle Einbeziehung in alle Aspekte des Lebens und die volle Teilhabe an allen Aspekten des Lebens zu erreichen und zu bewahren.“ (Hervorhebung nicht im Original).

⁴⁸⁷ *Innes*, *Die Dementia Care Mapping Methode* (2004).

bensqualität und des innerpsychischen Wohlbefindens von demenzkranken Menschen geeignet ist, die keine adäquaten verbalen Rückmeldungen mehr geben können.

486 Darüber hinaus ist zu Recht festgestellt worden, dass

Vertrauenspersonen häufig aus bestimmten körperlichen Reaktionen ableiten [können], welche Wünsche und Abneigungen der behinderte Mensch zum Ausdruck bringen möchte. Die Übertragung der Körpersprache in gesprochene Sprache durch die Vertrauensperson kann dann im Einzelfall auch die Form einer Unterstützung i.S.d. Art. 12 Abs. 3 annehmen, die den Menschen mit geistiger Behinderung dazu befähigt, seine Rechts- und Handlungsfähigkeit auszuüben.⁴⁸⁸

487 In einer langfristigen, systemischen Perspektive sind Operationalisierungsstrategien iSd Aufbaus einer geeigneten **Organisations- und Sorgeskultur** erforderlich, die nicht von der Vorstellung paternalistischer Fürsorge, sondern von jener einer **relationalen Autonomie** geprägt ist.⁴⁸⁹ Die Autonomie von Menschen mit Behinderungen verwirklicht sich in und durch Beziehungen zu anderen Menschen. Einmal mehr ist hier der Gedanke der **Partizipation** maßgeblich, der davon ausgeht, dass Menschen mit Behinderungen

sich über ihre Bedürfnisse bewusst sind und diese formulieren bzw. kommunizieren können. [...] Sollen Bedingungen für die Möglichkeit von Partizipation von [Menschen mit Behinderungen] geschaffen werden, dann setzt dies Kommunikation von Menschen und die dafür notwendigen Strukturen voraus. Hier braucht es [...] **System- bzw. Organisationskompetenz**, um diese Kommunikationskultur zu schaffen.⁴⁹⁰

488 Naturgemäß verlangt die Verwirklichung derartiger Strategien einen gewissen **Zeit- und Ressourcenaufwand**, der sich in Kosten für zusätzliches Personal bzw für entsprechende Schulungen vorhandenen Personals niederschlägt.⁴⁹¹ Die allgemeinen Verpflichtungen der Vertragsstaaten enthalten gem Art 4 Abs 1 lit i des Übereinkommens ausdrücklich auch die Pflicht, „die Schulung von Fachkräften und anderem mit Menschen mit Behinderungen arbeitendem Personal [...] zu fördern“ (Rn 100, 103).

⁴⁸⁸ Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger (Fn 19) 74; vgl in diesem Sinne auch Draft General Comments on article 12 (Fn 66) Rn 15f, 40f.

⁴⁸⁹ Vgl Heimerl/Heller/Wegleitner/Wenzel, Organisationsethik und Palliative Care – partizipative Konzepte, in Rosenbrock/Hartung (Hg), Handbuch Partizipation und Gesundheit (2012) 408 (412); vgl dazu auch Heimerl/Schuchter, Palliative Kultur in Alten- und Pflegeheimen – ein Beitrag zu einer nachhaltigen Gesellschaft, 21 Forum Public Health (2013) 17f.

⁴⁹⁰ Heimerl/Heller/Wegleitner/Wenzel (Fn 489) 411.

⁴⁹¹ Längerfristig ist aber durchaus auch Kostenneutralität, in gewissen Bereichen sogar Kostenersparnis möglich; vgl dazu bereits *supra* Rn 475.

489 Eine besondere Rolle spielt bei der Ermöglichung einer freien Willensbildung und -artikulierung von Menschen mit Behinderungen sowie der Gewährleistung der Verwirklichbarkeit von Lebensformwünschen ein echtes Angebot von **persönlicher Assistenz**. Ihr kommt eine **Schlüsselstellung** in der „Unterstützung des Lebens in der Gemeinschaft und der Einbeziehung in die Gemeinschaft sowie zur Verhinderung von Isolation und Absonderung von der Gemeinschaft“ zu, worauf Art 19 lit b des Übereinkommens besonders hinweist. Auch hierfür ist ein entsprechender Ressourceneinsatz unabdingbar, wenn das Recht auf Autonomie und Entscheidungsfreiheit nach Art 19 nicht leerlaufen soll. Wenn Menschen sich vornehmlich deshalb für eine institutionalisierte Wohnform entscheiden, weil es in der Gemeinschaft keine angemessene Unterstützung und Assistenz gibt, ist den Vorgaben des Art 19 des Übereinkommens nicht Genüge getan. Es muss mithin so viel an Unterstützungs- und Assistenzangeboten zur Verfügung stehen, dass eine **genuine Entscheidung für die gewünschte Wohnform** ermöglicht wird. Gerade in Zeiten von behaupteter Ressourcenknappheit und allenthalben unternommenen Sparanstrengungen verdient dieser Aspekt besondere Hervorhebung. Denn

das Vorhalten eines dezentralen, quartiernahen und kleinteilig organisierten Unterstützungsnetzes eine wichtige Voraussetzung für die Teilhabe an der Gemeinschaft und für die volle Einbeziehung in die Gemeinschaft ist. Hervorgehoben wird die persönliche Assistenz (eine in vielen Vertragsstaaten unbekannt Form der Unterstützung), die den Nutzern ein Höchstmaß an Kontrolle über ihre Hilfen ermöglichen soll und in deren Rahmen die Assistenznehmenden selbst den Grad der Kontrolle bestimmen, den sie entsprechend ihrer persönlichen Bedürfnisse [sic], Fähigkeiten, Lebensumstände, Vorlieben und Ziele über ihre Assistenz ausüben möchten.⁴⁹²

490 In diesem Sinne sind auch die in Reaktion auf den ersten Staatenbericht Österreichs beschlossenen „**Concluding Observations**“ (Fn 24) des Ausschusses zu verstehen, wenn sie zu Art 19 des Übereinkommens festhalten:

38. The Committee commends Austria on its various personal assistance programs (at the federal and Länder levels) to **assist persons with disabilities**. The Committee notes with concern that the personal assistance programs are not available to persons with psychosocial disabilities and that not all cover persons with intellectual disabilities.

39. The Committee recommends that the State party ensure that the assistance programs provide **sufficient financial assistance** to ensure that persons can live independently in the community. The Committee further recommends that the State Party harmonise and broaden its personal assistance programs by **making personal assistants available** to all persons with intellectual and psychosocial disabilities.

491 Diesen Gedanken hat der Ausschuss auch im **Draft General Comment zu Art 12** des Übereinkommens (Fn 66) zum Ausdruck gebracht:

⁴⁹² *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Fn 19) 210.

40. To fully implement Article 12, it is imperative that persons with disabilities have opportunities to develop and express their will and preferences, in order to exercise their legal capacity in conditions equal to others. This means that persons with disabilities must have the opportunity to live independently in the community, and have choice and control over their everyday lives, on an equal basis with others, as enshrined in Article 19.

41. Interpreting Article 12(3) in light of the right to community living in Article 19 means that supports for the exercise of legal capacity should be provided using a **community-based approach**. Communities must be recognized by States as assets and partners in the learning process on the types of supports needed to exercise legal capacity, including raising awareness about different support options. States Parties must recognize persons with disabilities' **own social networks and naturally-occurring community supports** (including friends, family and schools, among others), as key to supported decision-making. This is consistent with the emphasis of the [Convention] on full inclusion and participation in the community.

492 Ebenso gilt es mit dem Draft General Comment zu Art 9 des Übereinkommens (Fn 66) zu beachten: „Accessible environment, transportation, information and communication, and services are a pre-condition for inclusion of persons with disabilities in their respective local communities and independent life (Article 19)“.⁴⁹³ Im Lichte dessen ist nachstehende, auf Deutschland bezogene Einschätzung weitgehend auch auf Österreich übertragbar:

In Deutschland unterscheidet sich die Lebenswirklichkeit vieler Menschen mit Behinderungen erheblich von dem in Art. 19 Buchst. b) und c) entworfenen Leitbild eines durch gemeindenaher Unterstützungsdienste, Dienstleistungen und Einrichtungen assistierten selbstbestimmten Lebens: Ein großer Teil der Menschen mit Behinderung, insbesondere mit geistiger und mehrfacher Behinderung, lebt in stationären Einrichtungen. Und eine hinreichende Infrastruktur im Hinblick auf die in Art. 19 Buchst. b) und c) genannten Dienste und Einrichtungen ist in vielen Regionen noch nicht vorhanden. Insofern kommt den Verpflichtungen aus Art. 19 Buchst. b) und c) bei der (Weiter-)Entwicklung flexibler, verlässlicher und bedarfsgerechter Hilfsarrangements im Sinne einer **inklusiven Infrastruktur** auf lokaler (gemeindenaher, sozialräumlicher) Ebene eine Schlüsselfunktion zu.⁴⁹⁴

V. Bildung – Schule (Art 24)

1. Maßgebliche Bestimmungen des Übereinkommens

493 Artikel 24 des Übereinkommens normiert:

(1) Die Vertragsstaaten anerkennen das Recht von Menschen mit Behinderungen auf Bildung. Um dieses Recht ohne Diskriminierung und auf der Grundlage der Chancengleichheit zu verwirklichen, gewährleisten die Vertragsstaaten ein integratives Bildungssystem auf allen Ebenen und lebenslanges Lernen mit dem Ziel, („1. States Parties recognize the right of persons with disabilities to education. With a view to realizing this right without discrimination and on the basis of equal opportunity, States Parties shall ensure an inclusive education system at all levels and lifelong learning directed to:“)

⁴⁹³ Rn 33.

⁴⁹⁴ *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Fn 19) 212 (Hervorhebung im Original).

a) die menschlichen Möglichkeiten sowie das Bewusstsein der Würde und das Selbstwertgefühl des Menschen voll zur Entfaltung zu bringen und die Achtung vor den Menschenrechten, den Grundfreiheiten und der menschlichen Vielfalt zu stärken; („(a) The full development of human potential and sense of dignity and self-worth, and the strengthening of respect for human rights, fundamental freedoms and human diversity;“)

b) Menschen mit Behinderungen ihre Persönlichkeit, ihre Begabungen und ihre Kreativität sowie ihre geistigen und körperlichen Fähigkeiten voll zur Entfaltung bringen zu lassen; („(b) The development by persons with disabilities of their personality, talents and creativity, as well as their mental and physical abilities, to their fullest potential;“)

c) Menschen mit Behinderungen zur wirklichen Teilhabe an einer freien Gesellschaft zu befähigen. („(c) Enabling persons with disabilities to participate effectively in a free society.“)

(2) Bei der Verwirklichung dieses Rechts stellen die Vertragsstaaten sicher, dass („2. In realizing this right, States Parties shall ensure that:“)

a) Menschen mit Behinderungen nicht aufgrund von Behinderung vom allgemeinen Bildungssystem ausgeschlossen werden und dass Kinder mit Behinderungen nicht aufgrund von Behinderung vom unentgeltlichen und obligatorischen Grundschulunterricht oder vom Besuch weiterführender Schulen ausgeschlossen werden; („(a) Persons with disabilities are not excluded from the general education system on the basis of disability, and that children with disabilities are not excluded from free and compulsory primary education, or from secondary education, on the basis of disability;“)

b) Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen in der Gemeinschaft, in der sie leben, Zugang zu einem integrativen, hochwertigen und unentgeltlichen Unterricht an Grundschulen und weiterführenden Schulen haben; („(b) Persons with disabilities can access an inclusive, quality and free primary education and secondary education on an equal basis with others in the communities in which they live;“)

c) angemessene Vorkehrungen für die Bedürfnisse des Einzelnen getroffen werden; („(c) Reasonable accommodation of the individual's requirements is provided;“)

d) Menschen mit Behinderungen innerhalb des allgemeinen Bildungssystems die notwendige Unterstützung geleistet wird, um ihre erfolgreiche Bildung zu erleichtern; („(d) Persons with disabilities receive the support required, within the general education system, to facilitate their effective education;“)

e) in Übereinstimmung mit dem Ziel der vollständigen Integration wirksame individuell angepasste Unterstützungsmaßnahmen in einem Umfeld, das die bestmögliche schulische und soziale Entwicklung gestattet, angeboten werden. („(e) Effective individualized support measures are provided in environments that maximize academic and social development, consistent with the goal of full inclusion.“)

(3) Die Vertragsstaaten ermöglichen Menschen mit Behinderungen, lebenspraktische Fertigkeiten und soziale Kompetenzen zu erwerben, um ihre volle und gleichberechtigte Teilhabe an der Bildung und als Mitglieder der Gemeinschaft zu erleichtern. Zu diesem Zweck ergreifen die Vertragsstaaten geeignete Maßnahmen; unter anderem („3. States Parties shall enable persons with disabilities to learn life and social development skills to facilitate their full and equal participation in education and as members of the community. To this end, States Parties shall take appropriate measures, including:“)

a) erleichtern sie das Erlernen von Brailleschrift, alternativer Schrift, ergänzenden und alternativen Formen, Mitteln und Formaten der Kommunikation, den Erwerb von Orientierungs- und Mobilitätsfertigkeiten sowie die Unterstützung durch andere Menschen mit Behinderungen und das Mentoring; („(a) Facilitating the learning of Braille, alternative script, augmentative and alternative modes, means and formats of communication and orientation and mobility skills, and facilitating peer support and mentoring;“)

b) erleichtern sie das Erlernen der Gebärdensprache und die Förderung der sprachlichen Identität der Gehörlosen; („(b) Facilitating the learning of sign language and the promotion of the linguistic identity of the deaf community;“)

c) stellen sie sicher, dass blinden, gehörlosen oder taubblinden Menschen, insbesondere Kindern, Bildung in den Sprachen und Kommunikationsformen und mit den Kommunikationsmitteln, die für den Einzelnen am besten geeignet sind, sowie in einem Umfeld vermittelt wird, das die bestmögliche schulische und soziale Entwicklung gestattet. („(c) Ensuring that the education of persons, and in particular children, who are blind, deaf or deafblind, is delivered in the most appropriate languages and modes and means of communication for the individual, and in environments which maximize academic and social development.“)

(4) Um zur Verwirklichung dieses Rechts beizutragen, treffen die Vertragsstaaten geeignete Maßnahmen zur Einstellung von Lehrkräften, einschließlich solcher mit Behinderungen, die in Gebärdensprache oder Brailleschrift ausgebildet sind, und zur Schulung von Fachkräften sowie Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen auf allen Ebenen des Bildungswesens. Diese Schulung schließt die Schärfung des Bewusstseins für Behinderungen und die Verwendung geeigneter ergänzender und alternativer Formen, Mittel und Formate der Kommunikation sowie pädagogische Verfahren und Materialien zur Unterstützung von Menschen mit Behinderungen ein. („4. In order to help ensure the realization of this right, States Parties shall take appropriate measures to employ teachers, including teachers with disabilities, who are qualified in sign language and/or Braille, and to train professionals and staff who work at all levels of education. Such training shall incorporate disability awareness and the use of appropriate augmentative and alternative modes, means and formats of communication, educational techniques and materials to support persons with disabilities.“)

(5) Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass Menschen mit Behinderungen ohne Diskriminierung und gleichberechtigt mit anderen Zugang zu allgemeiner Hochschulbildung, Berufsausbildung, Erwachsenenbildung und lebenslangem Lernen haben. Zu diesem Zweck stellen die Vertragsstaaten sicher, dass für Menschen mit Behinderungen angemessene Vorkehrungen getroffen werden. („5. States Parties shall ensure that persons with disabilities are able to access general tertiary education, vocational training, adult education and lifelong learning without discrimination and on an equal basis with others. To this end, States Parties shall ensure that reasonable accommodation is provided to persons with disabilities.“)

2. Inhalt des Art 24 UN-Übereinkommen

a. Terminologische Klarstellung

494 An den Beginn der inhaltlichen Ausführung soll eine sprachliche Klarstellung gestellt werden.⁴⁹⁵ Art 24 des Übereinkommens verwendet stets den Begriff „Integration“. So sollen zB die Vertragsstaaten ein „integratives Bildungssystem“ gewährleisten mit dem Ziel der „vollständigen Integration“. In diesem Zusammenhang wäre hingegen der Begriff „Inklusion“ zutreffender. Erstens gebraucht die englische Originalfassung stets den Begriff „inclusive“ bzw „inclusion“, nicht hingegen den Begriff „integration“.

⁴⁹⁵ Ausführlich zur Auslegung des Übereinkommens *infra* Rn 16ff.

495 Zweitens heben auch die Erläuterungen einen sinngemäßen Unterschied zwischen Integration und Inklusion hervor.⁴⁹⁶

Während Integration darauf abzielt, Schüler/innen mit besonderem Lernbedarf im bestehenden System zu unterstützen, geht der inklusive Ansatz – ausgehend vom inklusiven Menschenbild (die Verschiedenheit liegt im Gemeinsamen) – einen Schritt weiter: Inklusion setzt nicht an den Lernenden, sondern am Lernsystem selbst an. Inklusive Bildung beseitigt Segregation und schafft gleichen Zugang zu Bildungsmöglichkeiten für alle.

496 Genau dieses Konzept scheint – wie unten näher ausgeführt wird – Art 24 sowie auch das gesamte Übereinkommen vor Augen zu haben.

497 Drittens empfiehlt der Ausschuss offenbar aufgrund der gleichen Argumente die Änderung des Begriffs in der deutschen Übersetzung auf „Inklusion“:

6. The Committee is concerned that the German translation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities does not accurately represent the meaning of the Convention and may give rise to decisions that are incompatible with the Convention. For example, the German word for “integration” is used instead of the word for “inclusion”. [...] 7. The Committee recommends that the State party revise the German translation of the Convention in line with the Convention.

498 Zusammengefasst ist – zumindest in Bezug auf Art 24 – der Begriff Integration im Sinne von Inklusion zu verstehen.⁴⁹⁷ Dies soll auch bei einer Neuübersetzung des Übereinkommens und in weitere Folge Neuverlautbarung im BGBl berichtigt werden.⁴⁹⁸

b. Inklusiver Ansatz

⁴⁹⁶ Erl 564 BlgNR 23. GP, 9. Zur Unterscheidung zwischen Integration und Inklusion auch *Krajewski/Bernhard*, Inklusive Schule im Freistaat Bayern? BayVwBl 2012, 134 (136 mwN): „Integration bedeutet, dass von den behinderten Schülern eine Anpassung an die bestehenden Strukturen verlangt wird, bei der sie durch Hilfeleistungen unterstützt werden.[...] Inklusion bedeutet im Gegensatz dazu, dass sich das Schulsystem an die Fähigkeiten der einzelnen Schüler anpassen muss.“

⁴⁹⁷ Übereinstimmend *Kreutz*, Art 24 Bildung, in *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Hg), (FN 19) 246; *Krajewski/Bernhard*, Art 24 Bildung, in *Welke ua* (Fn 118) 168; *Wansing*, Der Inklusionsbegriff in der Behindertenrechtskonvention, in *Welke ua* (Fn 118) 93ff. Dazu auch Rn 180.

⁴⁹⁸ Übereinstimmend *Kreutz*, Art 24 Bildung, in *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Hg) (FN 19) 246; *Krajewski/Bernhard*, Art 24 Bildung, in *Welke ua* (Fn 118) 168; *Wansing*, Der Inklusionsbegriff in der Behindertenrechtskonvention, *Welke ua* (Fn 118) 93ff. Dazu auch Rn 19.

499 Der inklusive Ansatz zieht sich durch Art 24 des Übereinkommens.⁴⁹⁹ So müssen die Vertragsstaaten ein inklusives Bildungssystem auf allen Ebenen gewährleisten (Abs 1). Demzufolge dürfen Kinder (bzw allgemein Menschen) mit Behinderungen nicht aufgrund von Behinderung vom unentgeltlichen und obligatorischen Grundschulunterricht oder vom Besuch weiterführender Schulen ausgeschlossen werden. Ihnen muss vielmehr „innerhalb des allgemeinen Bildungssystems“ die notwendige Unterstützung geboten werden. Als Ziel wird die „vollständige Inklusion“ klar hervorgehoben.

500 In die gleiche Richtung gehen auch die Empfehlungen des Ausschusses. Es werde eine Stagnation beim Fortschritt zu einer inklusiven Ausbildung attestiert. Deshalb müsse Österreich stärker Kinder mit Behinderungen in allen Bereichen der inklusiven Ausbildung vom Kindergarten bis zur Oberstufe unterstützen.

3. Empfehlungen des Ausschusses

501 Der Ausschuss ist beunruhigt über die stagnierende Entwicklung zu einem inklusiven Bildungssystem in Österreich. Dabei wird mit Beunruhigung festgestellt, dass die Anzahl der Kinder in speziellen Schulen ansteigt und die inklusive Entwicklung von Kindern mit Behinderungen zu wenig unterstützt wird. Auch wird die Verwirrung der Begriffe „Integration“ und „Inklusion“ in der deutschsprachigen Übersetzung bemerkt. Hervorgehoben wird vom Komitee hingegen die Einrichtung von inklusiven Bildungsmodellen in etlichen Ländern:

40. The Committee is concerned that progress towards inclusive education in Austria is stagnant. The Committee notes with concern reports suggesting that the number of children in special schools is increasing and that insufficient efforts are being made to support inclusive education of children with disabilities. It further notes that there is some confusion between “inclusive” education and “integrated” education. However, the Committee commends the establishment of inclusive education models in several Länder.

⁴⁹⁹ Dazu zB *Latham/Watkin*, Völkerrechtliche Fragen des inklusiven Unterrichts in Deutschland im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (2009), abrufbar unter <http://www.gemeinsamleben-rheinlandpfalz.de/KMK.pdf> (13.1.2013); *Riedel*, Gutachten zur Wirkung der internationalen Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen und ihres Fakultativprotokolls auf das deutsche Schulsystem (2010). Eine Zusammenfassung ist unter http://gemeinsam-leben-nrw.de/sites/default/files/Gutachten_Zusammenfassung_0.pdf (13.1.2013) abrufbar. *Rothfritz* (Fn 290) 382ff.

502 Enttäuscht zeigt sich der Ausschuss über die geringe Anzahl von Universitätsabsolventen mit Behinderung. Auch wenn die Bereitstellung gebärdensprachlicher Übersetzungen auf dem tertiären Bildungssektor begrüßt wird, bemerkt der Ausschuss, dass während des Berichtszeitraumes von den 13 Studierenden mit Hörbehinderung nur drei ihr Studium abgeschlossen hatten:

41. The Committee is disappointed that there are very few university graduates with disabilities in Austria. It commends Austria for offering sign language interpretation to students at the tertiary level, however, it noted, as mentioned by the State party during the constructive dialogue, that there have only been 13 students with hearing impairment, of whom only three have graduated from university.

503 Es scheint dem Ausschuss, dass ein Mangel an Lehrern mit Behinderungen und Lehrern, die die Gebärdensprache verwenden können besteht. Ohne ausreichend Lehrer mit Kenntnissen der Gebärdensprache, wären taube Kinder deutlich benachteiligt:

42. It appears that there is a lack of teacher training for teachers with disabilities and teachers who use sign language. Without sufficient teachers with sign language skills, deaf children are at a significant disadvantage.

504 Aus diesem Gründen spricht der Ausschuss folgende Empfehlungen aus:⁵⁰⁰

- Größere Bestrebungen zur Unterstützung von Studierenden mit Behinderungen in allen Bereichen der inklusiven Ausbildung vom Kindergarten bis zu Oberstufe müssten unternommen werden.
- Personen mit Behinderungen insb Kinder mit Behinderungen und deren Vertretungsorganisationen sollten in die tägliche Umsetzung der – in verschiedenen Ländern eingeführten – inklusiven Bildungsmodelle eingebunden werden.
- Größere Bestrebungen sollten unternommen werden, damit Personen mit Behinderungen an Universitäten oder sonstigen tertiären Bildungseinrichtungen studieren können.
- Die Bestrebungen der Ausbildung für Lehrer mit Behinderungen und Lehrer mit Kenntnissen der Gebärdensprache sollten teilweise aufgestockt werden. Damit sollte die Ausbildung von tauben und hörgeschädigten Mädchen und Buben in Überstim-

⁵⁰⁰ Rz 43.

mung mit der formellen Anerkennung der österreichischen Gebärdensprache in der österreichischen Verfassung gestärkt werden.

4. Konsequenzen für die Schulorganisation

- 505** Art 24 des Übereinkommens konkretisiert und verstärkt das in Österreich schon verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Berücksichtigung des Kindeswohls bei sämtlichen Maßnahmen öffentlicher und privater Einrichtungen (Art 1 BVG-Kinder). Darunter fällt auch die Bildung. Darüber hinaus gewährt auch Art 6 S 1 BVG-Kinder jedem Kind mit Behinderung einen Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die seinen besonderen Bedürfnissen Rechnung tragen.
- 506** Das Grundkonzept der Inklusion zieht sich durch das gesamte Übereinkommen und wird im Bereich der Bildung konkretisiert. Es wird eine konkrete Entscheidung für die Inklusion getroffen. Demnach widerspricht der in Österreich (noch) vorherrschender Unterricht in Sonderspädagogischen Zentren den Vorgaben des Art 24.⁵⁰¹ Diese Einrichtungen beruhen auf dem Konzept der räumlichen Trennung von Kindern mit Behinderungen und Kindern ohne Behinderungen und sind deshalb mit dem aus Art 24 des Übereinkommens ableitenbaren Grundsatz der inklusiven Bildung unvereinbar. Es muss ein inklusives Bildungssystem mit individueller Unterstützung von Kindern mit Behinderungen verwirklicht werden.
- 507** Auch im Kindergartenbereich findet teilweise eine Segregation statt. So sehen die jeweiligen Kindergarten Gesetzen der Länder Burgenland, Oberösterreich, Salzburg, Steiermark, Tirol und Wien zwar einerseits sog „Integrationsgruppen“ für die gemeinsame Betreuung von Kindern mit und ohne Behinderungen vor. Andererseits existieren jedoch auch sog „heilpädagogische“ Gruppen bzw Kindergärten für Kinder mit Behinderungen allein.⁵⁰² Einzig Niederösterreich beschränkt sich auf „Heilpädagogisch Integrative Kindergartengruppen“, in der altersgemäß entwickelte Kinder und Kinder mit besonderen Bedürfnissen gemeinsam betreut

⁵⁰¹ In Bezug auf Bayern jedoch mit klaren allgemeinen Aussagen *Krajewski/Bernhard*, Inklusive Schule im Freistaat Bayern? BayVwBl 2012, 134 (136): „Ein Unterricht in Sonderschulen entspricht dieser Anforderung nicht, da Sonderschulunterricht oft räumlich weit entfernt und gerade nicht ortsnah in der jeweiligen Gemeinschaft stattfindet.“

⁵⁰² § 1 Z 6, 7 sowie § 8 Abs 7, 8 Bgld Kinderbildungs- und -betreuungsG; § 2 Z 6, 7 OÖ KinderbetreuungsG; §§ 16, 18 Salzburger KinderbetreuungsG, §§ 46ff Stmk Kinderbildungs- und -betreuungsG; §§ 17ff Tir Kinderbildungs- und KinderbetreuungsG; § 3 Abs 1 Z 2 lit a und b Wr KindergartenG.

werden.⁵⁰³ Für die Länder Kärnten und Vorarlberg wurden keine speziellen Regelungen für die Betreuung von Menschen mit Behinderungen gefunden.⁵⁰⁴

- 508** Die Mehrheit der landwirtschaftlichen Schulgesetze der Länder enthalten keine Regelungen für Kinder mit Behinderungen.⁵⁰⁵ Oberösterreich und Salzburg sehen übereinstimmend die Möglichkeit der Befreiung von der Schulpflicht für „physisch oder psychisch behinderte Jugendliche, denen der Schulbesuch nicht zumutbar ist“ vor.⁵⁰⁶ Vorarlberg nimmt auf „benachteiligte Personen, mit besonderen Vermittlungshindernissen, die zur Verbesserung der Eingliederung in das Berufsleben im Rahmen einer Teilqualifikation ausgebildet werden“ Bezug. Deren Pflicht und Recht, die Berufsschule zu besuchen wird „nach Maßgabe der im Ausbildungsvertrag festgelegten Inhalte“ festgeschrieben.⁵⁰⁷
- 509** Als einziges Bundesland sieht Tirol eine Sonderregel für die Beurteilung von Kindern mit körperlichen Behinderungen vor, wenn diese aufgrund ihrer Behinderung „eine entsprechende Leistung nicht erbringen können oder durch die Leistungsfeststellung gesundheitlich gefährdet wären“.⁵⁰⁸ Diese sind „entsprechend den Vorgaben des Lehrplans unter Bedachtnahme auf den wegen der körperlichen Behinderung bzw gesundheitlichen Gefährdung erreichbaren Stand des Unterrichtserfolges zu beurteilen“. Erforderlich ist jedoch trotzdem, dass „die Bildungs- und Lehraufgabe des betreffenden Unterrichtsgegenstandes grundsätzlich erreicht wird“.
- 510** Um auch im Rahmen eines inklusiven Unterrichts eine optimale Förderung von Kindern mit Behinderungen zu erreichen, sind Mitgliedstaaten zu geeigneten Maßnahmen zur Einstellung von Lehrkräften verpflichtet. Durch die Einrichtung einer inklusiven Ausbildung könnte durchaus ein erhöhter Personalbedarf bestehen, der zu decken ist.

⁵⁰³ § 2 Z 7 NÖ KindergartenG.

⁵⁰⁴ Ktn KinderbetreuungsG und Vbg KindergartenG.

⁵⁰⁵ Burgenländisches Landwirtschaftliches Schulgesetz, LGBl 30/1985 idF 79/2013; Kärntner Landwirtschaftliches Schulgesetz, LGBl 16/1993 idF 92/2012; Niederösterreichisches Landwirtschaftliches Schulgesetz, 5025-10; Steiermärkisches land- und forstwirtschaftliches Schulgesetz, LGBl 12/1977 idF 44/2012; Wiener land- und forstwirtschaftliche Berufsausbildungsordnung 1992, LGBl 35/1992 idF 34/2013.

⁵⁰⁶ § 7 Abs 1 Oberösterreichisches Land- und forstwirtschaftliches Schulgesetz, LGBl 60/1997 idF 90/2013; § 25 Abs 1 Salzburger Landwirtschaftliches Schulgesetz, LGBl 57/1976 idF 107/2012.

⁵⁰⁷ § 37 Abs 2 Vorarlberger Landwirtschaftlichen Schulgesetz, LGBl 14/1979 idF 7/2014.

⁵⁰⁸ § 80 Abs 7 Tiroler Landwirtschaftliches Schulgesetz, LGBl 88/2012 idF 130/2013.

- 511** Zwar steht das Recht auf Bildung nach Art 24 als soziales Grundrecht unter dem allgemeinen Vorbehalt der Verfügbarkeit finanzieller Mittel (Progressionsvorbehalt).⁵⁰⁹ Trotzdem entheben auch allfällige budgetäre Engpässe nicht davor, Schritte in Richtung einer vollständigen Verwirklichung eines inklusiven Bildungssystems einzurichten. Österreich wird die Aufrechterhaltung des segregativen Bildungssystems und damit verbunden die Aufrechterhaltung der Sonderpädagogischen Zentren nicht damit begründen können, für eine Umstellung auf ein inklusives Bildungssystem nicht ausreichende finanzielle Mittel zur Verfügung zu haben. In die gleiche Kerbe schlägt auch die Empfehlung des Ausschusses das eine Beschleunigung des Tempos zur Verwirklichung eines inklusiven Bildungssystems fordert.
- 512** Über die konkrete Entscheidung für die Inklusion hinaus sieht das Übereinkommen keine pädagogische Weichenstellung vor. Es bleibt demnach zu deren Umsetzung ein breiter Spielraum für den Schulgesetzgeber. Dabei spielen pädagogische Konzepte und Sachfragen eine entscheidende Rolle, die von rechtswissenschaftlicher Seite nicht beantwortet werden können. Dahingehende Vorschläge und Varianten müssen von der Bildungswissenschaft erarbeitet und überprüft werden.
- 513** Zusammengefasst entscheidet sich das Übereinkommen zwar unmissverständlich für Inklusion enthält jedoch keine weiteren bzw näheren Vorgaben.

5. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

- 514** Umsetzungsbedarf besteht auch bei der Bildung. Art 24 des Übereinkommens fordert unmissverständlich ein inklusives Bildungssystem. Der in Österreich (noch) vorherrschende Unterricht in Sonderpädagogischen Zentren widerspricht diesen Vorgaben. Über die grundlegende Entscheidung für die Inklusion hinaus, enthält Art 24 jedoch keine weiteren Vorgaben. Die konkrete Ausgestaltung bleibt demnach dem Schulgesetzgeber überlassen.

VI. Arbeit (Art 27)

- 515** Welche **Vorgaben** ergeben sich aus Art 27 des Übereinkommens für die Ausgestaltung der österreichischen Rechtsordnung? Im Speziellen ist zu untersuchen, inwieweit geschützte Arbeitsbereiche zulässig sind und ob die Maßnahmen, die Österreich – etwa im BEinstG – zur Integration von Menschen mit Behinderungen getroffen hat, den Anforderungen des Übereinkommens genügen. Zu fragen ist, ob von Österreich bereits genügend Maßnahmen gem Art 4

⁵⁰⁹ Vgl dazu die Ausführungen von *infra*, Rn 108ff.

Abs 1 lit b ergriffen worden sind? Weiters soll geprüft werden, ob das Abstellen von § 2 BEinstG auf einen Grad der Behinderung von 50% und die von § 9 BEinstG vorgesehene Ausgleichstaxe übereinkommenskonform sind.

516 Zur Beantwortung dieser Fragen ist zunächst Art 27 auf seinen **konkreten Verpflichtungsgehalt** hin zu untersuchen. Anschließend an diese juristische Analyse wird der interpretativ konkretisierte Aussagegehalt der in Art 27 enthaltenen Vorgaben mit der gegenwärtigen österreichischen Rechtslage verglichen. In einer abschließenden Bewertung soll ein Fazit über den Stand der Konformität der österreichischen Rechtslage mit den aus Art 27 abzuleitenden Anforderungen gezogen werden.

1. Der Verpflichtungsgehalt von Art 27 des Übereinkommens

a. Vorbemerkungen zur Struktur der in Art 27 enthaltenen Garantien

517 Das Übereinkommen läutet unbestritten eine „neue Ära des Behindertenrechts“⁵¹⁰ ein. Es möchte nämlich nach ihrem Selbstverständnis die **erste verbindliche universelle Menschenrechtsquelle** für Menschen mit Behinderungen sein.⁵¹¹ Das Ziel des Übereinkommens ist es aber dabei nicht, neue Menschenrechte zu schaffen.⁵¹² Der Anspruch des Übereinkommens ist bescheidener. Das Übereinkommen bezweckt, die bereits im Rahmen der Vereinten Nationen geschaffenen menschenrechtlichen Verbürgungen speziell auf die Situation von Menschen mit Behinderungen zu beziehen.⁵¹³ Dazu greift das Übereinkommen auf bereits existierende internationale Menschenrechtsdokumente zurück und erweist sich damit als eine adressatenspezifische Kompilation bereits bestehender universeller menschenrechtlicher Garantien. Ins-

⁵¹⁰ Ganner, Grundzüge des Alten- und Behindertenrechts (2012) 19; ähnlich auch Petri/Stähler, Menschenrechte und Behinderung, ZESAR 2008, 167.

⁵¹¹ Degener, Welche legislativen Herausforderungen bestehen in Bezug auf die nationale Implementierung der UN-Behindertenrechtskonvention in Bund und Ländern? br 2009, 34.

⁵¹² Trenk-Hinterberger in Kreuz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger (Fn 19) Rz 1; Schulze (Fn 290) 7; Degener (Fn 290) 58; dies, Menschenrechtsschutz für behinderte Menschen – Vom Entstehen einer neuen Menschenrechtskonvention der Vereinten Nationen, VN 2006, 104 (106).

⁵¹³ Masuch, Die UN-Behindertenrechtskonvention anwenden! in Hohmann-Dennhardt/Masuch/Villiger (Hg), Grundrechte und Solidarität. Festschrift für Renate Jaeger (2011) 245 (246); von Bernstorff, Menschenrechte und Betroffenenrepräsentation: Entstehung und Inhalt eines UN-Antidiskriminierungsübereinkommens über die Rechte von behinderten Menschen, ZaöRV 67 (2007) 1041.

besondere bezieht sich das Übereinkommen inhaltlich auf die in den 1960er Jahren erarbeiteten Internationale Pakte über bürgerliche und politische Rechte („UN-Menschenrechtspakt II“) bzw über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte („UN-Menschenrechtspakt I“).⁵¹⁴ Dementsprechend zeigt das Übereinkommen in seinem Schutz- und Pflichtenprogramm eine Doppelgesichtigkeit von bürgerlichen und politischen Rechten einerseits und wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten andererseits.⁵¹⁵

518 Diese inhaltliche Verknüpfung von bürgerlich-politischen und wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten spiegelt sich paradigmatisch in Art 27 des Übereinkommens wider. Während Abs 1 mit dem Recht auf Arbeit eine zur Kategorie wirtschaftlicher und sozialer Rechte gehörende Gewährleistung verbürgt,⁵¹⁶ schützt Abs 2 als klassisch bürgerlich-politisches Recht Menschen mit Behinderungen vor Versklavung und Zwangsarbeit. Die Befragung von Art 27 muss diese spezielle Strukturierung berücksichtigen. Sie muss sie deshalb berücksichtigen, weil das Übereinkommen **unterschiedliche Anforderungen** an den Umsetzungsprozess der in ihr enthaltenen Garantien stellt, je nachdem, ob es sich um bürgerlich-politische Rechte handelt oder ob es um die Realisierung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte geht.⁵¹⁷

519 Soweit es um die Umsetzung der im Übereinkommen garantierten wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte geht, sind die Staaten verpflichtet, deren volle Verwirklichung unter Ausschöpfung ihrer verfügbaren Mittel „nur“ **nach und nach** und damit also „**progressiv**“ zu erreichen. Dieser in Art 4 Abs 2 statuierte und Art 2 Abs 1 des UN-Menschenrechtspaktes I nachgebildete sog **Progressionsvorbehalt** (*infra* Rn 108ff) ist für die im Folgenden anzustellende Analyse insofern von Bedeutung, als damit vom Übereinkommen anerkannt wird, dass

⁵¹⁴ *Trenk-Hinterberger* in *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Fn 19) Rz 2. Daneben greift das Übereinkommen ausweislich der lit d ihrer Präambel auch auf das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (BGBl 377/1972), das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (BGBl 443/1982), das Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (BGBl 492/1987), das Übereinkommen über die Rechte des Kindes (BGBl 7/1993) und auf das Internationale Übereinkommen zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen (von Österreich bislang nicht unterzeichnet) zurück.

⁵¹⁵ *Rothfritz* (Fn 290) 119 spricht in diesem Zusammenhang von einem „Hybridmodell“.

⁵¹⁶ *Trenk-Hinterberger* in *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Fn 19) Art 27 Rz 1; *Masuch* (Fn 512) 261.

⁵¹⁷ *Kälin/Künzli/Wytenbach/Schneider/Akagündüz*, Mögliche Konsequenzen einer Ratifizierung der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen durch die Schweiz (2008) 21.

„eine volle Verwirklichung aller wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte im Allgemeinen nicht innerhalb eines kurzen Zeitraums erzielt werden kann“.⁵¹⁸ Damit unterscheidet sich die vom Übereinkommen den Unterzeichnerstaaten auferlegte Umsetzungsverpflichtung bei wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten in diesem Punkt ganz zentral von den im Übereinkommen enthaltenen bürgerlichen und politischen Rechten, die staatlicherseits in kürzest möglicher Zeit den Berechtigten zu garantieren sind.⁵¹⁹

520 Mit dem Progressionsvorbehalt räumt das Übereinkommen den Konventionsstaaten zwar erhebliche Ermessensspielräume in der Wahl der Umsetzungsmittel und der Art der konkreten Rechteverwirklichung ein.⁵²⁰ Allerdings darf dies nicht zu dem Schluss verleiten, die im Übereinkommen verbürgten wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte seien Programmsätze ohne rechtliche Substanz.⁵²¹ Trotz des Progressionsvorbehalts sind die Konventionsstaaten im Zusammenhang mit der Realisierung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte verpflichtet, dieses Ziel so schnell und effektiv wie möglich zu erreichen.⁵²² In diesem Zusammenhang besteht für die Staaten eine **Kernverpflichtung** in dem Sinn, dass die Staaten wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte zumindest auf einem bestimmten Mindestniveau gewährleisten müssen.⁵²³ Darüber hinaus gilt der Progres-

⁵¹⁸ So das Überwachungsgremium des UN-Menschenrechtspaktes I in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr 3 zu Art 2 Abs 1 des UN-Menschenrechtspaktes I: CESCR 14.12.1990, E/1991/23, Allgemeine Bemerkung Nr 3. Die Rechtsnatur der Verpflichtungen der Vertragsstaaten (Art 2 Abs 1), in *Deutsches Institut für Menschenrechte* (Hg), Die „General Comments“ zu den VN-Menschenrechtsverträgen (2005) 183 (186).

⁵¹⁹ Zumindest was die Umsetzung der Achtungs- und Schutzverpflichtungen betrifft: *Trenk-Hinterberger* in *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Fn 19) Einführung Rz 29.

⁵²⁰ *Klee* (Fn 127) 137.

⁵²¹ Auf diesen Trugschluss machen *Simma/Zöckler* aufmerksam: *Simma/Zöckler*, Social Protection by International Law: Law-Making by Universal Organizations (Especially the United Nations), in *von Maydell/Nußberger* (Hg), Social Protection by Way of International Law. Appraisal, Deficits and Further Development (1996) 69 (73): „For instance, it is said that the Covenant does not really contain true legal rights but merely declarations of goals. Another way of denigrating the value of the Covenant would be to view it as a collection of rules which possess only a minimal amount of normative content“. In dem von *Simma/Zöckler* beschriebenen Sinne etwa *Machacek*, Über das Wesen der wirtschaftlichen und sozialen Grundrechte, in *Matscher* (Hg), Die Durchsetzung wirtschaftlicher und sozialer Grundrechte. Eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme (1991) 21 (41).

⁵²² *Sepúlveda*, The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (2003) 313f; CESCR 14.12.1990, E/1991/23, in *Deutsches Institut für Menschenrechte* (Hg) (Fn 517) 186.

⁵²³ CESCR 14.12.1990, E/1991/23, in *Deutsches Institut für Menschenrechte* (Hg) (Fn 517) 186.

sionsvorbehalt gem Art 4 Abs 2 für diejenigen Verpflichtungen aus dem Übereinkommen nicht, die nach dem Völkerrecht sofort anwendbar sind. Gemeint sind damit solche Verpflichtungen, die den sog staatlichen Achtungsverpflichtungen zuzuordnen sind. Im Speziellen gilt der Progressionsvorbehalt nicht für die Pflicht der Konventionsstaaten, die im Übereinkommen enthaltenen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte diskriminierungsfrei zugänglich zu machen.⁵²⁴

521 Für die weitere Darstellung ist noch darauf hinzuweisen, dass sich die aus dem Übereinkommen ergebenden Staatenverpflichtungen gem Art 1 iVm Art 4 Abs 1 **drei unterschiedlichen Verpflichtungsdimensionen** zuordnen lassen können.⁵²⁵ Die Staaten können im Rahmen von **Achtungsverpflichtungen** gehalten sein, Eingriffe in die vom Übereinkommen geschützten Rechte zu unterlassen („*obligation to respect*“).⁵²⁶ Daneben können Staaten aufgrund des Übereinkommens verpflichtet sein, ein darin gewährleistetes Menschenrecht vor Eingriffen Dritter zu schützen (**Schutzverpflichtung**, „*obligation to protect*“).⁵²⁷ Und schließlich kann das Übereinkommen die Konventionsstaaten zu geeigneten gesetzgeberischen, verwaltungsmäßigen oder haushaltsrechtlichen Maßnahmen verpflichten, um die volle Realisierung der im Übereinkommen enthaltenen Rechte zu gewährleisten (**Erfüllungsverpflichtung**, „*obligation to ensure*“).⁵²⁸ Alle drei staatlichen Verpflichtungsdimensionen sind auch für Art 27 relevant.⁵²⁹

b. Das Recht auf Arbeit (Art 27 Abs 1)

522 Art 27 Abs 1 verpflichtet die Vertragsstaaten zunächst dazu, das gleiche Recht von Menschen mit Behinderungen auf Arbeit anzuerkennen. Daran anschließend enthält Art 27 Abs 1 eine

⁵²⁴ Von Bernstorff (Fn 512) 1051.

⁵²⁵ Masuch (Fn 512) 259.

⁵²⁶ Nowak, Einführung in das internationale Menschenrechtssystem (2002) 62. Das Übereinkommen umschreibt in der englischen Originalfassung ihren Zweck mit „**to promote** (...) the full and equal enjoyment of all human rights and fundamental freedoms by all persons with disabilities“. Schulze zufolge soll damit die Achtungsverpflichtung der Staaten besonders betont werden: Schulze (Fn 290) 34.

⁵²⁷ Trenk-Hinterberger in Kreuz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger (Fn 19) Einführung Rz 10.

⁵²⁸ Deutscher Bundestag, Von Ausgrenzung zu Gleichberechtigung. Verwirklichung der Rechte von Menschen mit Behinderungen (2008) 20.

⁵²⁹ Trenk-Hinterberger in Welke ua (Fn 118) Art 27 Rz 1; Kälin/Künzli/Wytenbach/Schneider/Akagündüz (Fn 516) 102; s auch CESCR 24.11.2005, E/C.12/GC/18, General Comment No. 18. The Right to Work (Article 6 ICESCR).

umfassende Liste an detaillierten Vorgaben, wie die Konventionsstaaten das Recht auf Arbeit zu sichern und zu fördern haben.⁵³⁰ Von seiner Zielrichtung her möchte Art 27 Abs 1 erreichen, dass „Menschen mit Behinderungen grundsätzlich in einem offenen, inklusiven und für Menschen mit Behinderungen barrierefrei zugänglichen Arbeitsmarkt und Arbeitsumfeld beschäftigt werden, und ihnen die Möglichkeit geboten wird, einen angemessenen Lebensunterhalt durch Arbeit zu verdienen“.⁵³¹ Art 27 Abs 1 will damit sicherstellen, dass es für Menschen mit Behinderungen so wenig Sonderarbeitswelten wie möglich gibt. Zudem soll Art 27 Abs 1 den Anstoß für die Schaffung eines inklusiven Arbeitsmarkts geben.⁵³²

523 Inhaltlich nimmt Art 27 Abs 1 auf die in **Art 6 – 8 des UN-Menschenrechtspaktes I verankerten Garantien** Bezug,⁵³³ sodass zur Bestimmung des Verpflichtungsgehalts von Art 27 Abs 1 insbesondere die vom Überwachungsgremium des UN-Menschenrechtspaktes I (CESCR) bereits erarbeiteten interpretativen Klarstellungen dieser drei Paktrechte herangezogen werden können.⁵³⁴

i. Das „gleiche Recht auf Arbeit“ (Art 27 Abs 1 HS 1)

524 Art 27 Abs 1 HS 1 statuiert ganz grundsätzlich für Menschen mit Behinderungen das gleiche Recht auf Arbeit. Mit „Arbeit“ sind dabei sowohl Formen der **unselbständigen** als auch Formen einer **selbständigen Erwerbstätigkeit** gemeint.⁵³⁵ Mit dem Hinweis auf das Menschen mit Behinderungen zukommende „gleiche Recht“ auf Arbeit möchte das Übereinkommen sicherstellen, dass diese Gewährleistung Menschen mit Behinderungen im gleichen Umfang

⁵³⁰ *Trenk-Hinterberger*, Die Bedeutung des Art. 27 BRK für das Recht auf Teilhabe am Arbeitsleben, RdLH 2012, 7.

⁵³¹ So der *Unabhängige Monitoringausschuss zur Umsetzung der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen* in seiner Stellungnahme vom 16.2.2010.

⁵³² *Trenk-Hinterberger*, RdLH 2012, 7; *Düwell*, Das Behindertenrechtsübereinkommen und das Recht auf Arbeit für behinderte Menschen in Deutschland, br 2011, 49.

⁵³³ *Trenk-Hinterberger* in *Welke ua* (Fn 118) Art 27 Rz 2; *von Bernstorff* (Fn 512) 1050.

⁵³⁴ *Rothfritz* (Fn 290) 405 Fn 1172. Ebenso kann damit auf die themeneinschlägige Literatur zu Art 6-8 des UN-Menschenrechtspaktes I zurückgegriffen werden.

⁵³⁵ CESCR 24.11.2005, E/C.12/GC/18, General Comment No. 18. The Right to Work (Article 6 ICESCR); *Körner*, Das internationale Menschenrecht auf Arbeit (2004) 13; *Trenk-Hinterberger* in *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Fn 19) Art 27 Rz 3.

zukommt wie Menschen ohne Behinderungen,⁵³⁶ sodass damit das allgemeine Diskriminierungsverbot von Art 5 Abs 2 bereichsspezifisch konkretisiert wird.⁵³⁷

525 Dass die Konventionsstaaten das gleiche Recht auf Arbeit in Bezug auf Menschen mit Behinderungen anerkennen müssen, bedeutet aber keine staatliche Verpflichtung, konkrete Arbeitsplätze für Menschen mit Behinderungen zu schaffen.⁵³⁸ Art 27 Abs 1 HS 1 vermittelt Menschen mit Behinderungen **keinen Anspruch auf einen bestimmten Arbeitsplatz** gegenüber den Konventionsstaaten.⁵³⁹ Dieses Verständnis wird nicht nur durch den in Art 27 Abs 1 HS 1 enthaltenen Hinweis auf die von den Konventionsstaaten einzuräumende **Möglichkeit** für Menschen mit Behinderungen, ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu verdienen, bestätigt, sondern auch durch die Allgemeine Bemerkung⁵⁴⁰ Nr 18 des CESCR, worin der CESCR zu Art 6 des UN-Menschenrechtspaktes I feststellt, dass das Recht auf Arbeit nicht so verstanden werden dürfe, als würde dieses Recht ein absolutes und bedingungsloses Recht auf Beschäftigung enthalten.⁵⁴¹

526 Damit ist der konkrete Verpflichtungsgehalt von Art 27 Abs 1 HS 1 geringer als er von der reinen Textierung her zu sein scheint.⁵⁴² Im Kern begründet Art 27 Abs 1 HS 1 eine **Achtungsverpflichtung** für die Konventionsstaaten. Diese müssen aufgrund von Art 27 Abs 1 HS 1 alles unterlassen, was den Zugang von Menschen mit Behinderungen zum Arbeitsmarkt behindern könnte, was etwa bei der Errichtung von Zulassungsbeschränkungen oder bei der Statuierung von Arbeitsverboten für Menschen mit Behinderungen der Fall wäre.⁵⁴³ Ein Ver-

⁵³⁶ *Trenk-Hinterberger* in *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Fn 19) Art 27 Rz 4; *Kälin/Künzli/Wytenbach/Schneider/Akagündüz* (Fn 516) 102.

⁵³⁷ *Rothfritz* (Fn 290) 404.

⁵³⁸ *Kälin/Künzli/Wytenbach/Schneider/Akagündüz* (Fn 516) 102.

⁵³⁹ *Trenk-Hinterberger* in *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Fn 19) Art 27 Rz 2; *Rothfritz* (Fn 290) 403; s auch *Craven*, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (1998) 203, 223.

⁵⁴⁰ Die vom CESCR verabschiedeten Allgemeinen Bemerkungen („*General Comments*“) dienen dazu, die Rechtsauffassung des Überwachungsgremiums des UN-Menschenrechtspaktes I zu den konkreten Inhalten und Verpflichtungsgehalten der einzelnen Paktrechte darzustellen: *Riedel*, *Zur Durchsetzung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im Völkerrecht*, in *Giegerich/Zimmermann* (Hg), *Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte im globalen Zeitalter* (2008) 71 (81).

⁵⁴¹ CESCR 24.11.2005, E/C.12/GC/18, General Comment No. 18. *The Right to Work* (Article 6 ICESCR): „The right to work should not be understood as an absolute and unconditional right to obtain employment“.

⁵⁴² S auch *Schulze* (Fn 290) 153.

⁵⁴³ *Trenk-Hinterberger* in *Welke ua* (Fn 118) Art 27 Rz 13.

stoß gegen diese Achtungsverpflichtung wäre nach der Ansicht des CESCR darüber hinaus dann anzunehmen, wenn der Zugang zum Arbeitsmarkt nicht diskriminierungsfrei ausgestaltet ist.⁵⁴⁴

527 Die die Konventionsstaaten in Bezug auf das Recht auf Arbeit treffenden **Schutzverpflichtungen** lassen sich zusammenfassend damit charakterisieren, dass die Konventionsstaaten für den diskriminierungsfreien Zugang zum Arbeitsmarkt in rechtlicher Hinsicht Sorge tragen müssen. Ein Verstoß gegen diese Schutzverpflichtung wäre dann gegeben, wenn keine gesetzlichen Vorkehrungen getroffen sind oder werden, durch die Dritte davon abgehalten werden, das Recht auf Arbeit ihrerseits zu verletzen oder wenn keine gesetzlichen Vorkehrungen gegen etwaige unrechtmäßige Beendigungen des Arbeitsverhältnisses existieren.⁵⁴⁵

528 In Bezug auf etwaige **Erfüllungsverpflichtungen** hält der CESCR fest, dass die Konventionsstaaten – allerdings unter Bedachtnahme auf den von Art 4 Abs 2 formulierten Progressionsvorbehalt –⁵⁴⁶ va bei benachteiligten Gruppen das solcherart konkretisierte Recht auf Arbeit in ihren nationalen Rechtssystemen anerkennen müssen und eine Strategie zur Realisierung des Rechts auf Arbeit implementieren müssen.⁵⁴⁷

ii. Das Recht auf freie Wahl der Arbeit in einem „integrativen Arbeitsmarkt“ (Art 27 Abs 1 HS 2)

529 Art 27 Abs 1 HS 2 **konkretisiert** die im HS 1 grundlegende Verpflichtung für die Konventionsstaaten, das Recht auf Arbeit anzuerkennen, damit, dass die von Art 27 Abs 1 HS 1 formulierte Grundsatzgarantie für Menschen mit Behinderungen das Recht auf die Möglichkeit beinhaltet, den Lebensunterhalt durch Arbeit zu verdienen, die in einem offenen, integrativen und für Menschen mit Behinderungen zugänglichen Arbeitsmarkt und Arbeitsumfeld frei gewählt oder angenommen wird.

530 An Art 27 Abs 1 HS 2 fällt zunächst auf, dass die freie Wahl und Annahme von Arbeit eigens betont wird, obwohl bereits nach Art 27 Abs 2 die Konventionsstaaten Menschen mit Behin-

⁵⁴⁴ CESCR 24.11.2005, E/C.12/GC/18, General Comment No. 18. The Right to Work (Article 6 ICESCR).

⁵⁴⁵ Zum Ganzen: CESCR 24.11.2005, E/C.12/GC/18, General Comment No. 18. The Right to Work (Article 6 ICESCR).

⁵⁴⁶ *Kälin/Künzli/Wytenbach/Schneider/Akagündüz* (Fn 516) 102.

⁵⁴⁷ CESCR 24.11.2005, E/C.12/GC/18, General Comment No. 18. The Right to Work (Article 6 ICESCR).

derungen vor Zwangs- und Pflichtarbeit schützen müssen. Aus Art 27 Abs 1 HS 2 ergibt sich weiters, dass mit dem Recht auf Arbeit solche Arbeit gemeint ist, die **angemessen** entlohnt ist.⁵⁴⁸ Der Verweis auf den „Lebensunterhalt“, der durch Arbeit verdient werden soll, lässt sich im Lichte von Art 16 Abs 1,⁵⁴⁹ Art 28 Abs 1⁵⁵⁰ und Art 7 lit a des UN-Menschenrechtspaktes I⁵⁵¹ nur als übereinkommensrechtlich angestrebte Sicherstellung eines durch Arbeit zu erzielenden angemessenen, nicht unter dem Existenzminimum liegenden Lebensunterhalts verstehen.⁵⁵²

531 Von Bedeutung ist die übereinkommensrechtliche Betonung eines „offenen, integrativen und für Menschen mit Behinderungen zugänglichen Arbeitsmarkt[s] und Arbeitsumfeld[s]“. Allerdings weicht die deutsche Fassung des Übereinkommens in diesem Punkt entscheidend von der englischen und damit authentischen⁵⁵³ Sprachfassung ab. In dieser lautet die vorhin zitierte Passage nämlich folgendermaßen: „in a labour market and work environment that is open, **inclusive** and accessible to persons with disabilities“.

⁵⁴⁸ S auch CESCR 24.11.2005, E/C.12/GC/18, General Comment No. 18. The Right to Work (Article 6 ICESCR): „Work as specified in article 6 of the Covenant must be *decent work*. This is work that respects the fundamental rights of the human person as well as the rights of workers in terms of conditions of work safety and remuneration. It also provides an income allowing workers to support themselves and their families as highlighted in article 7 of the Covenant“ (Hervorhebung im Original).

⁵⁴⁹ Art 16 Abs 1 lautet: „Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs-, Sozial-, Bildungs- und sonstigen Maßnahmen, um Menschen mit Behinderungen sowohl innerhalb als auch außerhalb der Wohnung vor jeder Form von Ausbeutung [...] zu schützen“.

⁵⁵⁰ Art 28 Abs 1 lautet: „Die Vertragsstaaten anerkennen das Recht von Menschen mit Behinderungen auf einen angemessenen Lebensstandard für sich selbst und ihre Familien, einschließlich angemessener Ernährung, Bekleidung und Wohnung, sowie auf eine stetige Verbesserung der Lebensbedingungen und unternehmen geeignete Schritte zum Schutz und zur Förderung der Verwirklichung dieses Rechts ohne Diskriminierung aufgrund von Behinderung“.

⁵⁵¹ Art 7 lit a des UN-Menschenrechtspaktes I lautet: „Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen an, durch die insbesondere gewährleistet wird

a) ein Arbeitsentgelt, das allen Arbeitnehmern mindestens sichert

i) angemessenen Lohn und gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit ohne Unterschied; insbesondere wird gewährleistet, dass Frauen keine ungünstigeren Arbeitsbedingungen als Männer haben und dass sie für gleiche Arbeit gleiches Entgelt erhalten,

ii) einen angemessenen Lebensunterhalt für sie und ihre Familien in Übereinstimmung mit diesem Pakt;“.

⁵⁵² Vgl *Trenk-Hinterberger in Welke ua* (Fn 118) Art 27 Rz 6; *Rothfritz* (Fn 290) 404.

⁵⁵³ Art 50 des Übereinkommens.

Die englischsprachige Fassung fordert also einen **inklusiven** Arbeitsmarkt, während die deutschsprachige Fassung auf einen **integrativen** Arbeitsmarkt verweist. „Inklusion“ und „Integration“ sind aber zwei völlig unterschiedliche Konzepte.⁵⁵⁴ Als völkerrechtlicher Vertrag ist das Übereinkommen für die Konventionsstaaten aber nur in einer ihrer authentischen Sprachfassungen verbindlich.⁵⁵⁵ Damit muss für die Antwort auf die Frage nach der Reichweite der sich aus Art 27 Abs 1 HS 2 ergebenden Staatenverpflichtungen das Wort „integrativ“ als „inklusiv“ gelesen werden.⁵⁵⁶

532 Anknüpfend daran sieht der CESCR in seiner 1994 verabschiedeten Allgemeinen Bemerkung Nr 5 über „Menschen mit Behinderungen“ das Recht von Menschen mit Behinderungen, ihren Lebensunterhalt durch frei gewählte oder angenommene Arbeit zu verdienen, in den Fällen nicht verwirklicht, „in denen die einzige reale Möglichkeit für behinderte Arbeitnehmer darin besteht, in so genannten Behindertenwerkstätten (sheltered facilities) unter Bedingungen jenseits normaler Standards zu arbeiten“.⁵⁵⁷ Damit wird von Art 27 Abs 1 HS 2 als ein zu prüfender Aspekt die Einrichtung von „**Sonderarbeitswelten**“ bzw von „institutionellen Sonderwegen“⁵⁵⁸ thematisiert, deren Konformität mit Art 27 Abs 1 HS 2 *prima facie* in Frage steht, sodass die Konventionsstaaten gefordert sein werden, ihre Rechtsordnung auf deren Vereinbarkeit mit der in Art 27 Abs 1 zum Ausdruck kommenden Leitidee „So wenig Sonderarbeitswelten wie möglich“ kritisch zu überprüfen.⁵⁵⁹ So wird es etwa als Verstoß gegen Art 27 Abs 1 HS 2 gewertet, wenn es für Menschen mit Behinderungen ausschließlich Beschäftigungsmöglichkeiten in „beschützenden Einrichtungen“ gibt.⁵⁶⁰ Um ihre aus dem Übereinkommen erwachsenden Verpflichtungen zu erfüllen, müssen die Konventionsstaaten viel-

⁵⁵⁴ S dazu *Iser* in *Hofer* (Hg), *Alltag mit Behinderung*⁹ (2013) 312: Der integrative Ansatz möchte Menschen mit Behinderungen so weit fördern und anpassen, dass sie in der „normalen“ Arbeitswelt ihren Platz finden können. Der inklusive Ansatz versucht hingegen, die gesellschaftliche Umwelt an die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen anzupassen.

⁵⁵⁵ Dies gilt dann auch für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge: *Graf Vitzthum* in *ders* (Hg), *Völkerrecht*⁵ (2010) 57.

⁵⁵⁶ Diese Fehlübersetzung von „inclusive“ als „integrativ“ wird auch entsprechend kritisiert: *Trenk-Hinterberger*, RdLH 2012, 8.

⁵⁵⁷ CESCR 9.12.1994, E/1995/22, Allgemeine Bemerkung Nr. 5: Menschen mit Behinderungen, in *Deutsches Institut für Menschenrechte* (Fn 517) 205. Diese Kritik bestätigend CESCR 24.11.2005, E/C.12/GC/18, General Comment No. 18. The Right to Work (Article 6 ICESCR).

⁵⁵⁸ *Trenk-Hinterberger* in *Welke ua* (Fn 118) Art 27 Rz 11.

⁵⁵⁹ *Trenk-Hinterberger*, RdLH 2012, 7.

⁵⁶⁰ *Trenk-Hinterberger* in *Welke ua* (Fn 118) Art 27 Rz 11.

mehr Maßnahmen ergreifen, um es Menschen mit Behinderungen zu ermöglichen, adäquate Arbeit zu bekommen und zu behalten.⁵⁶¹

iii. Sicherung und Verwirklichung des Rechts auf Arbeit (Art 27 Abs 1 Satz 2)

533 Mit Art 27 Abs 1 Satz 2 werden die Konventionsstaaten dazu angehalten, das Recht von Menschen mit Behinderungen auf Arbeit zu sichern und zu fördern. Explizit weist das Übereinkommen darauf hin, dass sich diese Verpflichtung auch auf diejenigen Menschen mit Behinderungen bezieht, die erst während der Ausübung einer Beschäftigung eine Behinderung erwerben.⁵⁶² Gleichzeitig macht Art 27 Abs 1 Satz 2 deutlich, dass die in den lit a – k aufgezählten konkreten Staatenverpflichtungen zur Sicherung des Rechts von Menschen mit Behinderungen auf Arbeit durch **geeignete Schritte** und damit **progressiv** umzusetzen sind.⁵⁶³

iv. Verbot der Diskriminierung im Zusammenhang mit einer Beschäftigung (Art 27 Abs 1 Satz 2 lit a)

534 Gem Art 27 Abs 1 Satz 2 lit a sind die Konventionsstaaten verpflichtet, **Diskriminierungen** aufgrund **von Behinderung** in allen Angelegenheiten im Zusammenhang mit einer Beschäftigung gleich welcher Art zu verbieten, wobei der Übereinkommenstext im Speziellen auf das Verbot von Diskriminierungen im Zusammenhang mit den Auswahl-, Einstellungs- und Beschäftigungsbedingungen, der Weiterbeschäftigung, dem beruflichen Aufstieg sowie mit sicheren und gesunden Arbeitsbedingungen verweist.

535 Unter einer Diskriminierung aufgrund von Behinderung ist gem Art 2 jede **Unterscheidung, Ausschließung oder Beschränkung aufgrund von Behinderung**, 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,

⁵⁶¹ CESCR 24.11.2005, E/C.12/GC/18, General Comment No. 18. The Right to Work (Article 6 ICESCR): „States parties must take measures enabling persons with disabilities to secure and retain appropriate employment and to progress in their occupational field [...]“.

⁵⁶² *Trenk-Hinterberger* in *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Fn 19) Art 27 Rz 12; *ders* in *Welke ua* (Fn 118) Art 27 Rz 14.

⁵⁶³ *Trenk-Hinterberger* in *Welke ua* (Fn 118) Art 27 Rz 18ff.

sozialen, kulturellen, bürgerlichen oder jedem anderen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird. Sie umfasst dabei alle Formen der Diskriminierung, einschließlich der Versagung angemessener Vorkehrungen.

- 536** Art 27 Abs 1 Satz 2 lit a konkretisiert insofern bereichsspezifisch das allgemeine Diskriminierungsverbot von Art 5 Abs 2.⁵⁶⁴ Den Konventionsstaaten wird mit Art 27 Abs 1 Satz 2 lit a eine **Schutzverpflichtung** auferlegt. Da sich das hier angesprochene Verbot von Diskriminierungen schwergewichtig auf eine privatrechtliche Rechtsbeziehung zwischen einem AG und einem potenziellen AN bezieht, sind gesetzgeberische Maßnahmen erforderlich, um Art 27 Abs 1 Satz 2 lit a staatlicherseits zu entsprechen.⁵⁶⁵ Sollte hingegen der Staat als Arbeitgeber auftreten, ist Art 27 Abs 1 Satz 2 lit a als Achtungsverpflichtung zu verstehen, selbst alle Diskriminierungen aufgrund von Behinderung zu unterlassen bzw zu verbieten.⁵⁶⁶
- 537 Inhaltlich** erstreckt sich das Verbot von Diskriminierungen aufgrund von Behinderung auf die zentralen Punkte einer arbeitsvertraglichen Beziehung. Beginnend mit dem Begründungsstadium über die konkreten Beschäftigungsbedingungen, worunter va die Entlohnung zu verstehen sein wird, über die beruflichen Aufstiegsmöglichkeiten bis hin zu dem Bereich gesunder und sicherer Arbeitsbedingungen. Dadurch, dass Art 27 Abs 1 Satz 2 lit a das Verbot von Diskriminierungen aufgrund von Behinderung ganz generell auf alle Angelegenheiten im Zusammenhang mit einer Beschäftigung erstreckt, werden auch Diskriminierungen bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verbieten sein.⁵⁶⁷
- 538** Ebenso wie bei Art 5 Abs 2⁵⁶⁸ muss sich das Verbot von Diskriminierungen sowohl auf unmittelbare als auch auf mittelbare Diskriminierungen beziehen. Eine **unmittelbare Diskriminierung** liegt dann vor, wenn der AG die Behinderung des AN zum Anlass nimmt, diesen AN anders und zwar ungünstiger zu behandeln als einen AN ohne Behinderungen. Eine **mittelbare Diskriminierung** zeichnet sich demgegenüber dadurch aus, dass zwar die Behinderung des AN auf den ersten Blick für die Ungleichbehandlung eines AN mit Behinderung

⁵⁶⁴ Rothfritz (Fn 290) 406.

⁵⁶⁵ Trenk-Hinterberger in Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger (Fn 19) Art 27 Rz 15; Rothfritz (Fn 290) 406.

⁵⁶⁶ Kälin/Künzli/Wytenbach/Schneider/Akagündüz (Fn 516) 103; Trenk-Hinterberger in Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger (Fn 19) Art 27 Rz 15.

⁵⁶⁷ Trenk-Hinterberger in Welke ua (Fn 118) Art 27 Rz 17.

⁵⁶⁸ Aichele/Althoff, Nicht-Diskriminierung und angemessene Vorkehrungen in der UN-Behindertenrechtskonvention, in Welke ua (Fn 118) 106; Rothfritz (Fn 290) 207ff.

keine Rolle zu spielen scheint. Der AG zieht vielmehr vermeintlich neutrale, also nicht auf eine Behinderung abstellende Kriterien heran, um zwischen AN mit und ohne Behinderungen zu unterscheiden. Dennoch führt die Anwendung dieser scheinbar neutralen Kriterien durch den AG dazu, dass AN mit Behinderungen dadurch ungünstiger gestellt werden als AN ohne Behinderungen.⁵⁶⁹

v. Das gleiche Recht von Menschen mit Behinderungen auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen (Art 27 Abs 1 Satz 2 lit b)

539 Art 27 Abs 1 Satz 2 lit b macht es den Konventionsstaaten zur Aufgabe, das gleiche Recht von Menschen mit Behinderungen auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen, einschließlich Chancengleichheit und gleichen Entgelts für gleichwertige Arbeit, auf sichere und gesunde Arbeitsbedingungen, einschließlich Schutz vor Belästigungen, und auf Abhilfe bei Missständen zu schützen. Im Kern handelt es sich bei der Vorgabe von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit b um eine staatliche **Schutzverpflichtung**, da die Sicherstellung der in Art 27 Abs 1 Satz 2 lit b genannten Garantien im Regelfall im Rahmen einer (arbeitsvertrags-)rechtlichen Beziehung von Privaten durch gesetzgeberische Maßnahmen erfolgen muss.⁵⁷⁰

540 In seiner Allgemeinen Bemerkung Nr 5 führt der CESCR zur inhaltlichen Reichweite der themenparallelen Vorgabe von Art 7 des UN-Menschenrechtspaktes I für Menschen mit Behinderungen aus, dass das Recht auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen auf alle behinderten AN anzuwenden ist, unabhängig davon, ob sie in Behindertenwerkstätten oder auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt beschäftigt sind. Behinderte AN – so der CESCR – dürfen nicht im Hinblick auf Löhne und sonstige Bedingungen diskriminiert werden, wenn ihre Arbeit mit der von nichtbehinderten AN **gleichwertig** ist. Der CESCR macht es den Konventionsstaaten zur Aufgabe, dafür zu sorgen, dass die Behinderung nicht als Entschuldigung benutzt wird, um niedrige Arbeitsschutzstandards zu schaffen oder um Löhne unterhalb des Mindestlohns zu zahlen.⁵⁷¹

vi. Koalitionsrecht und Mitbestimmungsrechte (Art 27 Abs 1 Satz 2 lit c)

⁵⁶⁹ Hofer/Iser in Hofer (Fn 553) 296f.

⁵⁷⁰ Rothfritz (Fn 290) 407.

⁵⁷¹ Zum Ganzen: CESCR 9.12.1994, E/1995/22, in *Deutsches Institut für Menschenrechte* (Fn 517) 207.

541 Gem Art 27 Abs 1 Satz 2 lit c müssen die Konventionsstaaten gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen ihre **Arbeitnehmermitbestimmungs- und Gewerkschaftsrechte** gleichberechtigt mit anderen ausüben können. Gemeint sind damit die sich auf die Betriebs- bzw. Unternehmensebene beziehenden Arbeitnehmermitbestimmungsrechte⁵⁷² und das auf der überbetrieblichen Ebene angesiedelte Recht, sich mit anderen AN zusammenschließen und seine arbeitsweltbezogenen Interessen kollektiv artikulieren zu können.⁵⁷³ Die Konventionsstaaten müssen sicherstellen, dass Menschen mit Behinderungen diese Rechte gleichberechtigt wie Menschen ohne Behinderungen, also ohne Diskriminierung aufgrund ihrer Behinderung, ausüben können.⁵⁷⁴ Darüber hinaus sind die Konventionsstaaten verpflichtet, Maßnahmen zu ergreifen, damit Menschen mit Behinderungen die genannten Rechte auch ausüben können.⁵⁷⁵

vii. Zugang zu Beratungsprogrammen, Stellenvermittlung und Berufsausbildung (Art 27 Abs 1 Satz 2 lit d)

542 Gem Art 27 Abs 1 Satz 2 lit d haben die Konventionsstaaten Menschen mit Behinderungen einen wirksamen Zugang zu allgemeinen fachlichen und beruflichen Beratungsprogrammen, Stellenvermittlung sowie zur Berufsausbildung und Weiterbildung zu ermöglichen. Aus dieser Bestimmung wird abgeleitet, dass die Konventionsstaaten im Rahmen einer Erfüllungsverpflichtung Menschen mit Behinderungen **kostenfrei Zugang** zu den vorhin genannten arbeitsmarktpolitischen Instrumenten gewähren müssen.⁵⁷⁶

viii. Förderung und Unterstützung von unselbständiger Beschäftigung (Art 27 Abs 1 Satz 2 lit e)

543 Gem Art 27 Abs 1 Satz 2 lit e müssen die Konventionsstaaten für Menschen mit Behinderungen Beschäftigungsmöglichkeiten und den beruflichen Aufstieg sowie die Unterstützung bei der Arbeitssuche, beim Erhalt und bei der Beibehaltung eines Arbeitsplatzes fördern. Zwar enthält Art 27 Abs 1 Satz 2 lit e ein Bündel an Vorgaben. Allerdings sind diese sehr vage und weit formuliert, sodass es sich bei Art 27 Abs 1 Satz 2 lit e im Wesentlichen um eine mehr

⁵⁷² *Trenk-Hinterberger* in *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Fn 19) Art 27 Rz 18.

⁵⁷³ *Kälin/Künzli/Wyttenbach/Schneider/Akagündüz* (Fn 516) 104f.

⁵⁷⁴ *Rothfritz* (Fn 290) 407.

⁵⁷⁵ *Trenk-Hinterberger* in *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Fn 19) Art 27 Rz 18.

⁵⁷⁶ *Trenk-Hinterberger* in *Welke ua* (Fn 118) Art 27 Rz 22.

weich formulierte Zielvorgabe als um eine konkrete Staatenverpflichtung handelt.⁵⁷⁷ Zudem überschneidet sich Art 27 Abs 1 Satz 2 lit e inhaltlich mit anderen in Art 27 Abs 1 verankerten Garantien, namentlich mit Art 27 Abs 1 Satz 2 lit d, e und k.⁵⁷⁸

ix. Förderung von selbständiger Erwerbstätigkeit (Art 27 Abs 1 Satz 2 lit f)

544 Art 27 Abs 1 Satz 2 lit f schließt inhaltlich an Art 27 Abs 1 Satz 2 lit e an und macht es den Konventionsstaaten zur Aufgabe, die Möglichkeiten für Selbständigkeit, Unternehmertum, die Bildung von Genossenschaften und die Gründung eines eigenen Geschäfts zu fördern. Ebenso wie bei Art 27 Abs 1 Satz 2 lit e handelt es sich auch bei Art 27 Abs 1 Satz 2 lit f um eine Bestimmung mit **programmatischem Charakter**, die den Konventionsstaaten einen sehr weiten Ermessensspielraum bei ihrer Umsetzung einräumt.⁵⁷⁹

x. Beschäftigung im öffentlichen Sektor (Art 27 Abs 1 Satz 2 lit g)

545 Art 27 Abs 1 Satz 2 lit g macht es den Konventionsstaaten zur Aufgabe, Menschen mit Behinderungen im öffentlichen Sektor zu beschäftigen. Mit „öffentlichen Sektor“ ist dabei der gesamte staatliche Bereich gemeint. Auch hier handelt es sich eher um eine programmatische Bestimmung,⁵⁸⁰ deren Umsetzung ua durch die Statuierung (und Erfüllung) von Beschäftigungsquoten gefördert werden kann.⁵⁸¹

xi. Förderung von Beschäftigung im privaten Sektor (Art 27 Abs 1 Satz 2 lit h)

546 Art 27 Abs 1 Satz 2 lit h erstreckt die bereits für den öffentlichen Bereich statuierte Förderverpflichtung auch auf den privaten Sektor, sodass die Konventionsstaaten die Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen in diesem Bereich durch geeignete Maßnahmen und Strategien fördern müssen. Dazu können ua auch Programme für positive Maßnahmen und sonstige Anreize gehören. Als Beispiele für derartige Maßnahmen, mit denen die Konventions-

⁵⁷⁷ Rothfritz (Fn 290) 408.

⁵⁷⁸ Trenk-Hinterberger in Kreuz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger (Fn 19) Art 27 Rz 20.

⁵⁷⁹ Kälin/Künzli/Wytenbach/Schneider/Akagiündüz (Fn 516) 106.

⁵⁸⁰ Vgl Kälin/Künzli/Wytenbach/Schneider/Akagiündüz (Fn 516) 106.

⁵⁸¹ Deutscher Bundestag (Fn 527) 87; Trenk-Hinterberger in Welke ua (Fn 118) Art 27 Rz 26.

staaten ihrer Umsetzungsverpflichtung nachkommen können, werden **spezielle Förderprogramme** für Menschen mit Behinderungen oder die Statuierung von **Beschäftigungsquoten** verbunden mit Ausgleichszahlungen für den Fall von deren Nichterfüllung genannt.⁵⁸²

xii. Angemessene Vorkehrungen (Art 27 Abs 1 Satz 2 lit i)

- 547** Bedeutsamer ist hingegen die Vorgabe von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit i, wonach die Konventionsstaaten sicherzustellen haben, dass am Arbeitsplatz angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderungen getroffen werden. Unter „angemessenen Vorkehrungen“ sind gem Art 2 „**notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen**“ zu verstehen, die „keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen“. Nach der Zielvorstellung von Art 2 sollen angemessene Vorkehrungen gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen oder ausüben können.
- 548** Das Konzept der „angemessenen Vorkehrungen“ stammt dabei aus dem US-amerikanischen Rechtsbereich⁵⁸³ und wurde auch in Art 5 der RL 2000/78/EG⁵⁸⁴ der EU implementiert. Art 27 Abs 1 Satz 2 lit i macht es den Konventionsstaaten ganz allgemein zur Aufgabe sicherzustellen, dass am Arbeitsplatz angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderungen getroffen werden. Diese **programmatische Bestimmung**⁵⁸⁵ trifft aber keine Aussage darüber, worin solche angemessenen Maßnahmen bestehen könnten.⁵⁸⁶ In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass als angemessene Vorkehrungen ua der Abbau von baulichen Barrieren, die technische Anpassung von Arbeitsplätzen, eine Änderung der Arbeitsplatzbeschreibung oder die Änderung von Arbeitszeitmustern in Betracht kommen können.⁵⁸⁷

⁵⁸² Rothfritz (Fn 290) 409.

⁵⁸³ Waddington, When it is Reasonable for Europeans to be Confused: Understanding When a Disability Accommodation is „Reasonable“ from a Comparative Perspective, in *Emens/Stein* (Hg), *Disability and Equality Law* (2013) 293 (295); Rothfritz (Fn 290) 240.

⁵⁸⁴ RL 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl 2000 L 303/16.

⁵⁸⁵ So Kälin/Künzli/Wytenbach/Schneider/Akagündüz (Fn 516) 107.

⁵⁸⁶ Kälin/Künzli/Wytenbach/Schneider/Akagündüz (Fn 516) 107.

⁵⁸⁷ Rothfritz (Fn 290) 243; Davy (Fn 196) 106.

549 Was die konkrete Verpflichtung der Konventionsstaaten anbelangt, so geht es zentral um **gesetzgeberische Maßnahmen**, mit denen die AG zu derartigen angemessenen Vorkehrungen zu verpflichten sind,⁵⁸⁸ wobei diese gesetzlichen Regelungen aber die Einschränkung berücksichtigen müssen, dass die den AG abverlangten Änderungen und Anpassungen für diese keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen dürfen.⁵⁸⁹ Aber auch finanzielle Unterstützungsleistungen an AG können von den Konventionsstaaten vorgesehen werden, um ihrer Verpflichtung aus Art 27 Abs 1 Satz 2 lit i zu entsprechen.⁵⁹⁰

xiii. Förderung von „job experience“ (Art 27 Abs 1 Satz 2 lit j)

550 Als weitere Umsetzungsmaßnahmen zur Verwirklichung des Rechts auf Arbeit verpflichtet Art 27 Abs 1 Satz 2 lit j die Konventionsstaaten dazu, das Sammeln von Arbeitserfahrung auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt durch Menschen mit Behinderungen zu fördern. In dieser Bestimmung klingt wieder das allgemeine Ziel von Art 27 Abs 1 an, so wenig Sonderarbeitswelten wie möglich zuzulassen, da es mit dieser Bestimmung darum geht, Menschen mit Behinderungen Arbeitserfahrungen auf dem allgemeinen, dh auf dem durch freien Wettbewerb gekennzeichneten und vorwiegend Menschen ohne Behinderungen beschäftigenden „ersten“ Arbeitsmarkt⁵⁹¹ sammeln zu lassen. Diese **programmatische Vorgabe** kann von den Konventionsstaaten ua durch Programme zur temporären Erprobung einer Tätigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt (sog „Brückenprogramme“) oder durch sonstige Programme, die den Übergang aus den Sonderarbeitswelten auf den allgemeinen Arbeitsmarkt ermöglichen sollen, erfüllt werden.⁵⁹²

xiv. Berufliche Rehabilitation (Art 27 Abs 1 Satz 2 lit k)

551 Art 27 Abs 1 Satz 2 lit k macht es schließlich den Konventionsstaaten zur Aufgabe, Programme für die berufliche Rehabilitation sowie den Erhalt des Arbeitsplatzes und den beruflichen Wiedereinstieg von Menschen mit Behinderungen zu fördern. Auch hier handelt es sich wieder um eine **programmatische Bestimmung**, die die Vorgabe von Art 27 Abs 1 spezifi-

⁵⁸⁸ Kälin/Künzli/Wyittenbach/Schneider/Akagiündüz (Fn 516) 108.

⁵⁸⁹ Art 2 des Übereinkommens.

⁵⁹⁰ *Trenk-Hinterberger* in *Welke ua* (Fn 118) Art 27 Rz 27.

⁵⁹¹ So die Charakterisierung des „allgemeinen Arbeitsmarkts“ durch *Zierer*, Beschäftigungstherapieerkstätten in Österreich – ein Sprungbrett zum allgemeinen Arbeitsmarkt? (Diplomarbeit Univ Wien 2010) 51.

⁵⁹² *Trenk-Hinterberger* in *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Fn 19) Art 27 Rz 25; *Kälin/Künzli/Wyittenbach/Schneider/Akagiündüz* (Fn 516) 108.

ziert. Mit Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation wird dabei bezweckt, die Erwerbsfähigkeit von Menschen mit Behinderungen (wieder-)herzustellen oder zu verbessern.⁵⁹³ Art 27 Abs 1 Satz 2 lit k zielt va auf die staatliche Einführung bzw auf die staatliche Finanzierung von Programmen zur beruflichen Rehabilitation ab.⁵⁹⁴

c. Verbot von Sklaverei, Leibeigenschaft, Zwangs- und Pflichtarbeit (Art 27 Abs 2)

- 552** Art 27 Abs 2 verpflichtet die Konventionsstaaten dazu, sicherzustellen, dass Menschen mit Behinderungen nicht in Sklaverei oder Leibeigenschaft gehalten werden und dass sie gleichberechtigt mit anderen vor Zwangs- oder Pflichtarbeit geschützt werden. Nach dem im Rahmen des Völkerbunds abgeschlossenen Übereinkommen über die Sklaverei⁵⁹⁵ wird unter derselben „der Zustand oder die Stellung einer Person, an der die mit dem Eigentumsrechte verbundenen Befugnisse oder einzelne davon ausgeübt werden“ verstanden. Als Zwangs- oder Pflichtarbeit gilt jede Art von Arbeit oder Dienstleistung, die von einer Person **unter Androhung irgendeiner Strafe** verlangt wird und für die sie sich **nicht freiwillig** zur Verfügung gestellt hat.⁵⁹⁶
- 553** Art 27 Abs 2 verlangt von den Konventionsstaaten im Bezug auf das Verbot von Sklaverei und Leibeigenschaft **zweierlei**. Zum einen ist es den Konventionsstaaten selbst untersagt, Menschen mit Behinderungen zu versklaven oder in Leibeigenschaft zu halten.⁵⁹⁷ Zum anderen müssen die Konventionsstaaten aufgrund von Art 27 Abs 2 Sklaverei und Leibeigenschaft seitens Dritter verbieten.⁵⁹⁸
- 554** Was den von Art 27 Abs 2 geforderten Schutz vor Zwangs- und Pflichtarbeit anbelangt, ist es den Konventionsstaaten selbst untersagt, Menschen mit Behinderungen aufgrund ihrer Behin-

⁵⁹³ *Bucher*, Wesen und Bedeutung der Rehabilitation, *SozSi* 1972, 143; *Trenk-Hinterberger* in *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Fn 19) Art 27 Rz 26.

⁵⁹⁴ *Trenk-Hinterberger* in *Welke ua* (Fn 118) Art 27 Rz 29.

⁵⁹⁵ *BGBI* 17/1928.

⁵⁹⁶ So die Umschreibung von Art 2 Abs 1 des ILO-Übereinkommens Nr 29 vom 28. Juni 1930 über Zwangs- und Pflichtarbeit.

⁵⁹⁷ *Rothfritz* (Fn 290) 411.

⁵⁹⁸ *Trenk-Hinterberger* in *Welke ua* (Fn 118) Art 27 Rz 29.

derung zu Zwangs- oder Pflichtarbeit heranzuziehen.⁵⁹⁹ Darüber hinaus müssen die Konventionsstaaten gegen Zwangs- und Pflichtarbeit, die von Privaten betrieben wird, vorgehen, indem sie diese **verbieten und verfolgen**.⁶⁰⁰

2. Rechtslage in Österreich

a. Themenspezifische internationale Übereinkommen

i. Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte („UN-Menschenrechtspakt I“)⁶⁰¹

555 Gleichlautend wie Art 27 Abs 1 sieht Art 6 Abs 1 des UN-Menschenrechtspaktes I vor, dass die Paktstaaten das **Recht auf Arbeit** anerkennen, welches das Recht jedes einzelnen auf die Möglichkeit, seinen Lebensunterhalt durch frei gewählte oder angenommene Arbeit zu verdienen, umfasst. Die Paktstaaten sind verpflichtet, geeignete Schritte zum Schutz dieses Rechts zu unternehmen. Nach Art 6 Abs 2 des UN-Menschenrechtspaktes I umfassen die von den Vertragsstaaten zur vollen Verwirklichung dieses Rechts zu unternehmenden Schritte fachliche und berufliche Beratung und Ausbildungsprogramme sowie die Festlegung von Grundsätzen und Verfahren zur Erzielung einer stetigen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Entwicklung und einer produktiven Vollbeschäftigung unter Bedingungen, welche die politischen und wirtschaftlichen Grundfreiheiten des Einzelnen schützen.

556 Art 7 des UN-Menschenrechtspaktes I betrifft die Anerkennung des Rechts auf **günstige und gerechte Arbeitsbedingungen** und entspricht damit Art 27 Abs 1 Satz 2 lit b. Art 8 Abs 1 lit a des UN-Menschenrechtspaktes I schützt korrespondierend zu Art 27 Abs 1 Satz 2 lit c das Recht eines jeden, zur Förderung und zum Schutz seiner wirtschaftlichen und sozialen Interessen Gewerkschaften zu bilden oder einer Gewerkschaft eigener Wahl allein nach Maßgabe ihrer Vorschriften beizutreten.

⁵⁹⁹ Rothfritz (Fn 290) 411.

⁶⁰⁰ Trenk-Hinterberger in Welke ua (Fn 118) Art 27 Rz 32.

⁶⁰¹ BGBl 590/1978.

ii. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte („UN-Menschenrechtspakt II“)⁶⁰²

557 Art 8 des UN-Menschenrechtspaktes II verbietet **Sklaverei und Leibeigenschaft** und bestimmt, dass niemand gezwungen werden darf, Zwangs- oder Pflichtarbeit zu leisten. Art 8 des UN-Menschenrechtspaktes II entspricht damit inhaltlich Art 27 Abs 2.

iii. Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau⁶⁰³

558 Gem Art 11 Abs 1 der Frauendiskriminierungskonvention treffen die Konventionsstaaten alle geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau auf dem Arbeitsmarkt, um der Frau das **Recht auf Arbeit** als unveräußerliches Recht eines jeden Menschen zu gewährleisten. Ebenso wird Frauen das Recht auf freie Berufswahl und die freie Wahl des Arbeitsplatzes sowie das Recht auf Beförderung und Arbeitsplatzsicherheit und das Recht auf Berufsausbildung und Weiterbildung garantiert. Mit diesen Garantien gehen die Vorgaben von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit b und d konform, sodass sich Frauen mit Behinderungen zusätzlich auch auf Art 11 Abs 1 der Frauendiskriminierungskonvention berufen können.

iv. Internationales Übereinkommen über die Beseitigung aller Formen rassischer Diskriminierung⁶⁰⁴

559 Art 5 lit e des Rassendiskriminierungsübereinkommens statuiert wie Art 27 Abs 1 HS 1 und Art 27 Abs 1 Satz 2 lit b und c das **Recht auf Arbeit**, auf freie Berufswahl, auf gerechte und befriedigende Arbeitsbedingungen sowie das Recht, Gewerkschaften zu gründen und diesen beizutreten.

v. Übereinkommen im Rahmen der ILO

560 Die Republik Österreich ist an mehrere Übereinkommen gebunden, die im Rahmen der ILO ausgearbeitet wurden und die einen **themenspezifischen Zusammenhang** zu verschiedenen Verbürgungen des Übereinkommens aufweisen. Dies gilt für das Übereinkommen Nr 26 über die Einrichtung von Verfahren zur Festsetzung von Mindestlöhnen,⁶⁰⁵ für das Übereinkom-

⁶⁰² BGBl 591/1978.

⁶⁰³ BGBl 443/1982.

⁶⁰⁴ BGBl 377/1972.

⁶⁰⁵ BGBl 293/1974.

men Nr 29 über Zwangs- und Pflichtarbeit,⁶⁰⁶ für das Übereinkommen Nr 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes,⁶⁰⁷ für das Übereinkommen Nr 88 über die Organisation der Arbeitsmarktverwaltung,⁶⁰⁸ für das Übereinkommen Nr 95 über den Lohnschutz,⁶⁰⁹ für das Übereinkommen Nr 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen,⁶¹⁰ für das Übereinkommen Nr 105 über die Abschaffung der Zwangsarbeit⁶¹¹ und für das Übereinkommen Nr 122 über die Beschäftigungspolitik.⁶¹²

vi. Europäische Sozialcharta (revidiert)⁶¹³

561 Die Republik Österreich hat sich im Rahmen der revidierten ESC in Bezug auf die im vorliegenden Zusammenhang interessierenden Gewährleistungen verpflichtet, an das **Recht auf Arbeit** (Art 1 ESC [rev]), das Recht auf sichere und gesunde Arbeitsbedingungen (Art 3 ESC [rev]), das Recht auf ein angemessenes Arbeitsentgelt (Art 4 ESC [rev]), das Vereinigungsrecht (Art 5 ESC [rev]) sowie an das Recht auf Berufsberatung (Art 9 ESC [rev]) und berufliche Bildung (Art 10 ESC [rev]) gebunden zu sein. Interessant ist, dass im Rahmen des von Art 15 ESC (rev) garantierten Rechts behinderter Menschen auf Eigenständigkeit, soziale Eingliederung und Teilhabe am Leben der Gemeinschaft die Republik Österreich zwar die sich auf die Barrierefreiheit und inklusive Schulbildung beziehenden Vorgaben für sich akzeptiert hat, nicht aber die sich auf die Verpflichtung zur Förderung des Zugangs von Menschen mit Behinderungen zu Beschäftigung beziehende Bestimmung.

vii. Europäische Grundrechtecharta⁶¹⁴

562 Die bei der **Durchführung des Rechts der Union**⁶¹⁵ zu beachtende GRC nimmt mit ihren Art 5 (Verbot der Sklaverei und Zwangsarbeit), 12 (Vereinigungsfreiheit), 15 (Berufsfreiheit

⁶⁰⁶ BGBl 86/1961.

⁶⁰⁷ BGBl 228/1950.

⁶⁰⁸ BGBl 596/1973.

⁶⁰⁹ BGBl 20/1952.

⁶¹⁰ BGBl 20/1952.

⁶¹¹ BGBl 81/1958.

⁶¹² BGBl 355/1972.

⁶¹³ BGBl III 112/2011.

⁶¹⁴ ABl 2010 C 83/389.

⁶¹⁵ Art 51 Abs 1 GRC.

und Recht zu arbeiten), 21 (Nichtdiskriminierung), 26 (Integration von Menschen mit Behinderungen), 27 (Recht auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Unternehmen), 29 (Recht auf Zugang zu einem Arbeitsvermittlungsdienst) und 31 (gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen) Bezug auf jene Gewährleistungen, die auch Art 27 Abs 1 HS 1 des Übereinkommens und Art 27 Abs 1 Satz 2 lit a, b, c, d und f des Übereinkommens sowie Art 27 Abs 2 des Übereinkommens garantieren.

b. Verfassungsrechtliche Ebene

i. Diskriminierungsverbot (Art 7 Abs 1 B-VG)

563 Art 7 Abs 1 Satz 3 B-VG bestimmt, dass **niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt** werden darf. Nach Art 7 Abs 1 Satz 4 B-VG bekennt sich die Republik Österreich und damit der Bund, die Bundesländer und die Gemeinden dazu, die Gleichbehandlung von behinderten und nichtbehinderten Menschen in allen Bereichen des täglichen Lebens zu gewährleisten.

564 Nach den EB zum IA soll mit Art 7 Abs 1 Satz 3 B-VG ins Bewusstsein gerufen werden, dass Diskriminierungen wegen einer Behinderung **verboten** sind. Satz 4 soll als Staatszielbestimmung allen Gebietskörperschaften die Verpflichtung auferlegen, sich vermehrt um die Förderung und Unterstützung von behinderten Menschen zu kümmern und auf deren Gleichbehandlung in allen Bereichen hinzuwirken.⁶¹⁶

565 Im vorliegenden Kontext erweist sich Art 7 Abs 1 Satz 3 B-VG als **programmatische Grundsatzbestimmung** in Bezug auf die aus Art 27 Abs 1 Satz 2 lit a und b abzuleitenden Vorgaben, wobei diese Vorgaben einfachgesetzlich noch spezieller umgesetzt und näher konkretisiert werden. Bedeutung erlangt Art 7 Abs 1 Satz 3 B-VG vorwiegend als **verfassungsrechtliche Wertentscheidung**, die bei der Auslegung des einfachen Gesetzesrechts entsprechend zu berücksichtigen ist.⁶¹⁷

ii. Freiheit der Erwerbsbetätigung (Art 6 StGG) und Freiheit der Berufswahl und Berufsausbildung (Art 18 StGG)

566 Nach Art 6 StGG kann jeder Staatsbürger unter den gesetzlichen Bedingungen jeden Erwerbszweig ausüben. Damit garantiert die österreichische Verfassung allen Staatsbürgern

⁶¹⁶ EB zum IA 389/A 20. GP.

⁶¹⁷ Berka in *Kneihs/Lienbacher* (Fn 196) Art 7 B-VG Rz 94.

und damit auch Menschen mit Behinderungen die Möglichkeit, einer **selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit nachgehen** zu können.⁶¹⁸

567 Art 18 StGG wiederum garantiert allen Staatsbürgern und damit auch Menschen mit Behinderungen das Recht, einen Beruf **frei zu wählen** und sich für denselben auszubilden.

568 Art 6 und Art 18 StGG stellen damit bereits auf der verfassungsrechtlichen Ebene sicher, dass Menschen mit Behinderungen, die österreichische Staatsbürger sind, die von Art 27 Abs 1 HS 2 geforderte **Entscheidungsfreiheit** hinsichtlich der Auswahl und der Annahme von Arbeit nutzen können. Für Menschen mit Behinderungen, die keine österreichischen Staatsbürger sind, ist auf die Rechtsprechung des EGMR zu Art 8 Abs 1 MRK zu verweisen. Danach sieht der EGMR in der als Jedermannsrecht ausgestalteten Garantie der Achtung des Privat- und Familienlebens auch die Möglichkeit, eine Berufstätigkeit aufzunehmen, als mitgeschützt an.⁶¹⁹

iii. Gleicher Zugang zu öffentlichen Ämtern (Art 3 StGG)

569 Art 3 StGG garantiert alle Staatsbürgern und damit auch Menschen mit Behinderungen die **gleiche Zugänglichkeit zu öffentlichen Ämtern**. Zu den öffentlichen Ämtern zählen „diejenigen Organstellungen zu einer Gebietskörperschaft oder sonstigen Person des öffentlichen Rechts, die durch einen öffentlich-rechtlichen Akt (zB bescheidmäßige Ernennung zum Beamten) begründet werden und die Anteil an der Ausübung von Hoheitsgewalt geben“.⁶²⁰ Geschützt durch Art 3 StGG wird für Menschen mit Behinderungen die Möglichkeit, sich um derartige öffentliche Ämter zu bewerben und nicht aus **unsachlichen Gründen** vom Zugang zu diesen Ämtern ausgeschlossen zu werden.⁶²¹ In Art 3 StGG kann damit eine verfassungsrechtliche Umsetzung der Vorgaben aus Art 27 Abs 1 Satz 2 lit a und g gesehen werden.

iv. Koalitionsfreiheit (Art 11 EMRK)

570 Art 11 Abs 1 EMRK gewährleistet allen Menschen das Recht, sich frei mit anderen zusammenzuschließen, wozu auch das Recht gehört, zum Schutz ihrer Interessen Gewerkschaften zu

⁶¹⁸ Berka, Verfassungsrecht⁴ (2012) Rz 115.

⁶¹⁹ EGMR 16.10.2008, 39058/05, Kyriakides/Zypem, NJOZ 2009, 4606; Grabenwarter/Pabel (Fn 120) § 25 Rz 28.

⁶²⁰ Berka, Die Grundrechte. Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 1000.

⁶²¹ Berka (Fn 620) Rz 999.

gründen und Gewerkschaften beizutreten. Dieses Recht steht auch Menschen mit Behinderungen **ohne Einschränkung** zu, sodass damit der Vorgabe von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit c, was die gleichberechtigte Ausübung des Koalitionsrechts betrifft, bereits auf der verfassungsrechtlichen Ebene entsprochen ist.

v. Verbot von Sklaverei, Leibeigenschaft, Zwangs- und Pflichtarbeit (Art 4 EMRK)

571 Verfassungsrechtlich bereits verwirklicht ist auch die Vorgabe von Art 27 Abs 2. Art 4 Abs 1 EMRK bestimmt, dass niemand in Sklaverei oder Leibeigenschaft gehalten werden darf. Nach Art 4 Abs 2 EMRK darf niemand gezwungen werden, Zwangs- oder Pflichtarbeit zu leisten. Diese verfassungsrechtlichen Garantien, die uneingeschränkt auch für Menschen mit Behinderungen gelten, werden zusätzlich durch §§ 104, 105f StGB und § 879 Abs 1 ABGB **verstärkt**, die Sklaverei, Zwangs- und Pflichtarbeit durch Dritte strafrechtlich pönalisieren bzw zivilrechtlich bekämpfen.⁶²²

vi. Akzessorisches Diskriminierungsverbot (Art 14 EMRK)

572 Art 14 EMRK stellt sicher, dass Menschen mit Behinderungen die in der EMRK genannten Garantien ohne jede Benachteiligung aufgrund ihrer Behinderung ausüben können. Grundlage dafür ist der Verweis von Art 14 EMRK auf den „**sonstigen Status**“, der nicht zum Ansatzpunkt für Ungleichbehandlungen bei der Inanspruchnahme der in der EMRK verankerten Garantien herangezogen werden darf. Unter den von Art 14 EMRK in Bezug genommenen „sonstigen Status“ kann auch eine vorliegende Behinderung subsumiert werden.⁶²³

c. Einfachgesetzliche Ebene

573 Auf der einfachgesetzlichen Ebene ist in erster Linie das **BEinstG** daraufhin zu untersuchen, in welchem Umfang die Republik Österreich ihren Verpflichtungen aus Art 27 bereits nachgekommen ist. Das BEinstG ist neben dem BBG und dem BGStG dabei dasjenige Bundesgesetz, das thematisch auf die Umsetzung der aus Art 27 resultierenden Vorgaben ausgerichtet ist. Daneben ist wegen Art 27 Abs 1 Satz 2 lit g, der die Konventionsstaaten zur Beschäfti-

⁶²² Dazu unter Rn 602.

⁶²³ EGMR 6.11.2009, 13444/04, Glor/Schweiz, Rz 80; *Sauer in Karpenstein/Mayer*, EMRK – Kommentar (2012) Art 14 Rz 28; *Grabenwarter/Pabel* (Fn 120) § 26 Rz 8.

gung von Menschen mit Behinderungen im öffentlichen Sektor verpflichtet, auch das BDG 1979 und das VBG 1948 in die Betrachtung einzubeziehen.

574 Vorauszuschicken ist, dass das BEinstG hinsichtlich seiner Schutzvorkehrungen Menschen mit Behinderungen in AN, die „begünstigte Behinderte“ sind, und in „schlichte“ behinderte AN unterteilt. **Begünstigte Behinderte** sind dabei gem § 2 Abs 1 BEinstG diejenigen AN, die als österreichische Staatsbürger einen Grad der Behinderung von mindestens 50% aufweisen.⁶²⁴ Das teilweise Abstellen des BEinstG auf die Eigenschaft als begünstigter Behinderter ist wegen Art 4 Abs 4, wonach das Übereinkommen zur Verwirklichung der Rechte von Menschen mit Behinderungen besser geeignete Bestimmungen, die im Recht eines Konventionsstaats enthalten sind, unberührt lässt, und aufgrund der Tatsache, dass das Übereinkommen mit Art 3 lit d anerkennt, dass Menschen mit Behinderungen unterschiedlichen Unterstützungsbedarf haben können,⁶²⁵ übereinkommensrechtlich nicht zu beanstanden.

i. Umsetzung von Art 27 Abs 1 HS 1: Das „gleiche Recht auf Arbeit“

575 Die die Konventionsstaaten in Bezug auf das von Art 27 Abs 1 HS 1 garantierte Recht auf Arbeit treffende Kernverpflichtung, den **diskriminierungsfreien Zugang** für Menschen mit Behinderungen zu unselbständiger Arbeit sicherzustellen, ist durch § 7b Abs 1 Z 1 BEinstG für alle AN mit Behinderungen gewährleistet. Danach darf bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses niemand wegen einer Behinderung unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden. § 7b Abs 1 Z 1 BEinstG gilt dabei nicht nur für alle privatrechtlich begründeten Arbeitsverhältnisse (§ 7a Abs 1 Z 1 BEinstG), sondern auch für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse und Ausbildungsverhältnisse zum Bund (§ 7a Abs 2 Z 1 und 2 BEinstG). Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot hat zwar nicht zur Folge, dass ein Mensch mit Behinde-

⁶²⁴ Daneben können noch folgende Menschen mit Behinderungen, die keine österreichische Staatsbürger sind, bei einem Grad der Behinderung von mindestens 50% „begünstigte Behinderte“ sein: Unionsbürger, Staatsbürger von Vertragsparteien des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, Schweizer Bürger und deren Familienangehörige (§ 2 Abs 1 Z 1 BEinstG); Flüchtlinge, denen Asyl gewährt worden ist, solange sie zum dauernden Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt sind (§ 2 Abs 1 Z 2 BEinstG); Personen, die über einen Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EG“ oder „Daueraufenthalt – Familienangehöriger“ gemäß § 45 oder § 48 NAG verfügen (§ 2 Abs 1 Z 3 BEinstG) und Personen mit einem Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EG“ eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union, denen eine Niederlassungsbewilligung nach § 49 Abs 2, 3 und 4 NAG erteilt wurde (§ 2 Abs 1 Z 4 BEinstG).

⁶²⁵ Lachwitz in *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger*, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis (2013) Art 3 Rz 10.

rungen eingestellt werden müsste⁶²⁶ – eine Rechtsfolge, die von Art 27 Abs 1 HS auch nicht gefordert wäre –, vielmehr ist der AG gegenüber dem diskriminierten behinderten Stellenbewerber zum Ersatz des Vermögensschadens und zur Zahlung einer Entschädigung für die durch die Diskriminierung erlittene persönliche Beeinträchtigung verpflichtet (§ 7e Abs 1 Z 1 und 2 BEinstG).

576 Art 27 Abs 1 HS 1 verpflichtet zwar die Konventionsstaaten nicht dazu, konkrete Arbeitsplätze für Menschen mit Behinderungen zu schaffen.⁶²⁷ Trotzdem macht § 1 Abs 1 BEinstG es AG unter bestimmten Voraussetzungen AG zur Pflicht, freie Arbeitsplätze mit begünstigten Behinderten zu besetzen. Die von § 1 Abs 1 BEinstG vorgesehene **Beschäftigungspflicht** greift ein, wenn ein AG im gesamten Bundesgebiet mindestens 25 AN beschäftigt. In einem solchen Fall hat der AG auf je 25 AN mindestens einen begünstigten Behinderten einzustellen. Allerdings gilt die Beschäftigungspflicht nicht absolut, sondern der AG hat die Möglichkeit, durch die Zahlung der sog „Ausgleichstaxe“ (§ 9 Abs 1 BEinstG) sich seiner Beschäftigungspflicht zu entledigen. Die Höhe der Ausgleichstaxe variiert dabei je nachdem, wie viele AN der jeweilige AG beschäftigt.⁶²⁸

577 Was die **Effektivität** von § 1 Abs 1 BEinstG betrifft, so äußert der Ausschuss in seinen „Concluding Observations“ zum ersten Staatenbericht der Republik Österreich die Besorgnis, dass nur 22% der AG ihrer Beschäftigungspflicht nachkommen, die Mehrheit der AG es aber bevorzugen, die Ausgleichstaxe zu bezahlen.⁶²⁹ Diese Kritik des Ausschusses ist aber vor dem Hintergrund des konkreten Verpflichtungsgehalts von Art 27 Abs 1 HS 1 **nicht stichhaltig**, da § 1 Abs 1 BEinstG inhaltlich über das hinausgeht, was Art 27 Abs 1 HS 1 von den Konventionsstaaten verlangt. Die vom Ausschuss geäußerte Kritik könnte aber für die Vorgabe

⁶²⁶ S. Mayer, Behinderung und Arbeitsrecht (2010) 279.

⁶²⁷ *Supra*, Rn 512.

⁶²⁸ Werte 2014 nach der VO des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz über die Feststellung der Ausgleichstaxe nach dem Behinderteneinstellungsgesetz für das Kalenderjahr 2014, BGBl II 461/2013: 244 € monatlich für jeden nichtbeschäftigten begünstigten Behinderten in einem Unternehmen mit bis zu 99 AN; 342 € monatlich für jeden nichtbeschäftigten begünstigten Behinderten in einem Unternehmen mit 100 bis zu 399 AN und 364 € monatlich für jeden nichtbeschäftigten begünstigten Behinderten in einem Unternehmen mit 400 AN oder mehr AN.

⁶²⁹ CRPD 13.9.2013, CRPD/C/AUT/CO/1, Concluding observations on the initial report of Austria, Rz 45.

von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit h relevant sein, weshalb an späterer Stelle nochmals darauf einzugehen sein wird.⁶³⁰

578 Als **problematische Regelungen** der österreichischen Rechtsordnung sind aber vor dem Hintergrund von Art 27 Abs 1 HS 1 die Zugangsregeln zu einer Beschäftigung im öffentlichen Dienst bzw die Zugangsregeln zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit zu bewerten. § 4 Abs 1 Z 2 BDG 1979 und § 3 Abs 1 Z 2 VBG 1948 verlangen als Voraussetzung für die Ernennung zum Beamten bzw für die Aufnahme als Vertragsbediensteter die „volle Handlungsfähigkeit“ des Bewerbers. In ähnlicher Weise macht § 8 Abs 1 GewO 1994 die „Eigenberechtigung“ einer Person zur Voraussetzung für die Ausübung eines Gewerbes. Sowohl nach dem öffentlichen Dienstrecht als auch nach der GewO 1994 ist damit vorausgesetzt, dass Interessenten für eine Übernahme in den öffentlichen Dienst bzw für eine der GewO 1994 unterliegende selbständige Erwerbstätigkeit **nicht besachwaltert** sind.⁶³¹ Dabei reicht es aus, wenn für die betreffende Person nur für einen Teilbereich ein Sachwalter bestellt worden ist, um die volle Handlungsfähigkeit bzw die Eigenberechtigung auszuschließen, um damit der betroffenen Person den Zugang zum öffentlichen Dienst bzw zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit im Rahmen der GewO 1994 zu verwehren.⁶³²

579 Bedenklich sind diese gesetzlichen Einschränkungen des Zugangs zu Arbeit vor dem Hintergrund von Art 27 Abs 1 HS 1 deshalb, weil Menschen mit einer geistigen oder psychischen Behinderung, für die ein Sachwalter bestellt worden ist, von vornherein, also unabhängig von einer etwaigen Auswirkung der Besachwalterung auf den auszuübenden Tätigkeitsbereich,⁶³³ vom Zugang zum öffentlichen Dienst bzw vom Zugang zu einer gewerblichen Tätig-

⁶³⁰ S dazu Rn 594.

⁶³¹ Pleyer/Loibl-van Husen/Horvat/Ritter, Beamtendienstrechtsgesetz – Kommentar (2010) 21; Ziehensack, Vertragsbedienstetengesetz – Praxiskommentar (18. Lfg 2012) § 3 Rz 14; Potacs, Gewerberecht, in Holoubek/Potacs (Hg), Öffentliches Wirtschaftsrecht I³ (2013) 1 (30).

⁶³² Gruber/Paliego-Barfuß, GewO⁷ (12. Lfg 2012) § 8 Anm 18; Pleyer/Loibl-van Husen/Horvat/Ritter (Fn 630) 21; Anzenberger/Kern, Vertragsbedienstetenrecht Steiermark (2002) 167 zu den ebenfalls auf die „volle Handlungsfähigkeit“ abstellenden § 3 Abs 1 Z 2 Stmk LVBG (gleichlautend jetzt § 9 Abs 1 Z 2 Stmk L-DBR).

⁶³³ Dass dieser Zusammenhang beachtlich ist, bestätigt das Urteil des OGH vom 23.7.2013, 10 Ob 12/13g. Darin beschäftigt sich der OGH mit der Frage, ob eine Besachwalterung in jedem Fall dazu führt, dass der gesetzliche Vertreter eines besachwalterten Zulassungsbesitzers an dessen Stelle die aus dem KFG resultierenden Verpflichtungen zu erfüllen hat. Der OGH verneint dies mit folgender Begründung: „Ist ein Zulassungsbesitzer aber trotz seiner ‚partiellen‘ Besachwalterung in der Lage, seinen Verpflichtungen als Zulassungsbesitzer selbst nachzukommen (etwa weil seine auf einem Gebiet gegebene Fürsorgebedürftigkeit nichts mit dem Betrieb und der

keit ausgeschlossen sind. Diese Regelungen sind damit als eine durch Art 27 Abs 1 HS 1 **verpönte Errichtung einer Zulassungsbeschränkung**⁶³⁴ zu Arbeit für besachwalterte Menschen mit einer geistigen oder psychischen Behinderung zu bewerten.

580 Ein sachlicher Grund für einen derartigen pauschalen Ausschluss von Menschen mit einer geistigen oder psychischen Behinderung von Arbeit ist **nicht ersichtlich**. Denn: Eine Besachwalterung ist nicht gleichzusetzen mit Arbeitsunfähigkeit. Dies zeigt schon das Beispiel einer 21-jährigen leicht geistig behinderte Frau, die nach einer zur vollsten Zufriedenheit der Vorgesetzten absolvierten Projektbeschäftigung im Bundesministerium für Landesverteidigung und Sport im Anschluss daran wegen ihrer Besachwalterung nicht in ein fixes Dienstverhältnis zum Bund übernommen werden konnte.⁶³⁵ Zudem ist zu berücksichtigen, dass im Bereich des öffentlichen Dienstrechts die durch eine Sachwalterschaft begründete fehlende fachliche und/oder persönliche Eignung für die Erfüllung der Aufgaben, die mit der vorgesehenen Verwendung verbunden sind, allenfalls im Wege von § 4 Abs 1 Z 3 BDG 1979 (§ 3 Abs 1 Z 3 VBG 1948) ohnehin berücksichtigt werden kann. Und schließlich ist kontextuell entscheidend, dass für den Abschluss eines Arbeitsverhältnisses zu einem privaten AG eine bestehende Sachwalterschaft überhaupt **kein rechtlicher Ausschlussgrund** dafür ist, ein Arbeitsverhältnis zu begründen.

581 Fazit: Die aus Art 27 Abs 1 HS 1 für die Konventionsstaaten resultierende Kernverpflichtung, Menschen mit Behinderungen einen diskriminierungsfreien Zugang zum (allgemeinen) Arbeitsmarkt zu ermöglichen, ist durch § 7b Abs 1 Z 1 BEinstG iVm § 7e Abs 1 Z 1 und 2 BEinstG als einfachgesetzlich **umgesetzt** anzusehen. Als **problematische** Regelungen sind aber § 4 Abs 1 Z 2 BDG 1979, § 3 Abs 1 Z 2 VBG 1948 und § 8 Abs 1 GewO 1994 zu identifizieren, da diese eine durch Art 27 Abs 1 HS 1 verpönte gesetzliche Zulassungsbeschränkung zu Arbeit für Menschen mit einer geistigen oder psychischen Behinderung etablieren.

Zulassung eines PKW zu tun hat), erfordert es auch der dem KFG innewohnende Gesetzeszweck nicht, dass diese Pflichten dennoch den Sachwalter treffen“.

⁶³⁴ Dazu Rn 513.

⁶³⁵ www.bizeps.or.at/news.php?nr=14613 (12.2.2014).

ii. Umsetzung von Art 27 Abs 1 HS 2: Das Recht auf freie Wahl der Arbeit in einem „integrativen Arbeitsmarkt“

582 Abseits der für Menschen mit Behinderungen bereits verfassungsrechtlich garantierten Wahlfreiheit hinsichtlich der Auswahl und der Annahme von Arbeit⁶³⁶ gewährleistet das fast alle privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse⁶³⁷ erfassende **Kollektivvertragssystem**, dass Menschen mit Behinderungen für ihre Arbeit angemessen entlohnt werden. Im Bereich des öffentlichen Dienstrechts sichern die im GehG und im VBG 1948 gesetzlich geregelten Entlohnungsbedingungen, dass Menschen mit Behinderungen ein existenzsicherndes Einkommen erzielen können.

583 Wie vorhin erwähnt⁶³⁸ macht Art 27 Abs 1 HS 2 es den Konventionsstaaten zur Aufgabe, ihre Rechtsordnung auf ihre Konformität mit der in Art 27 Abs 1 zum Ausdruck kommenden Leitidee „So wenig Sonderarbeitswelten wie möglich“ kritisch zu überprüfen. Aus der Sicht von Menschen mit Behinderungen stellt sich „die Arbeitswelt“ nämlich **dreigeteilt** dar. Neben dem allgemeinen Arbeitsmarkt stellen als Sonderarbeitswelten der **geschützte Arbeitsmarkt** und der sog „**Ersatzarbeitsmarkt**“ Beschäftigungsmöglichkeiten für Menschen mit Behinderungen zur Verfügung.⁶³⁹

584 Bestandteil des **geschützten Arbeitsmarkts** sind va die sog „Integrativen Betriebe“.⁶⁴⁰ **Integrative Betriebe** gem § 11 Abs 1 BEinstG sind die von Gebietskörperschaften, Körperschaften des öffentlichen Rechtes, von Trägern der freien Wohlfahrtspflege oder sonstigen Rechtspersonen geführten Einrichtungen zur Beschäftigung begünstigter Behinderter, die wegen der Art und der Schwere der Behinderung noch nicht oder nicht wieder auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt tätig sein können, bei denen aber eine wirtschaftlich verwertbare Mindestleistungsfähigkeit vorliegt. Da der Zweck der integrativen Betriebe nicht in erster Linie auf Wirtschaftlichkeit und Gewinnerzielung ausgerichtet ist,⁶⁴¹ werden integrative Betriebe

⁶³⁶ Dazu Rn 553ff.

⁶³⁷ 99% aller privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse sind kollektivvertraglich erfasst: *Glassner/Adam*, Wages and collective bargaining in Austria: trends and development, in *Keune/Galgóczy* (Hg), Wages and wage bargaining in Europe (2008) 29 (31).

⁶³⁸ Rn 519.

⁶³⁹ *Zierer* (Fn 590) 51ff.

⁶⁴⁰ *Widy/Ernst*, BEinstG⁷ (2011) § 11 Anm 3; *Zierer* (Fn 590) 52.

⁶⁴¹ *Widy/Ernst* (Fn 639) § 11 Anm 3.

mit Mitteln des Ausgleichstaxfonds finanziell unterstützt. Für die zu bejahende Konformität der Regelung von § 11 BEinstG über integrative Betriebe ist vor dem Hintergrund von Art 27 Abs 1 HS 2 entscheidend, dass zum einen die Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen in einem integrativen Betrieb kein Abschieben in eine vom allgemeinen Arbeitsmarkt abgeschottete Arbeitswelt bedeutet. Vielmehr ist die Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen in einem integrativen Betrieb nach der Konzeption des Gesetzes klar darauf ausgerichtet, Menschen mit Behinderungen dadurch auf den allgemeinen („freien“) Arbeitsmarkt einzugliedern (§ 11 Abs 2 BEinstG). Zum anderen ist für Menschen mit Behinderungen, die in einem integrativen Betrieb arbeiten, sichergestellt, dass sie für ihre Arbeit angemessen entlohnt werden, da § 11 Abs 4 lit a BEinstG als Voraussetzung für die finanzielle Förderung des integrativen Betriebs verlangt, dass die beschäftigten Menschen mit Behinderungen nach dem jeweiligen Sparten-KollV entlohnt werden.

585 Übereinkommensrechtlich problematischer erscheint die Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen auf dem sog „**Ersatzarbeitsmarkt**“. Dieser ist dadurch gekennzeichnet, dass in den dortigen Einrichtungen weniger die Arbeitsleistung der beschäftigten Menschen mit Behinderungen im Vordergrund steht, sondern vielmehr deren therapeutische Betreuung und Begleitung.⁶⁴² Gleichwohl scheint in den vergangenen Jahren dieser Bereich forciert worden zu sein.⁶⁴³ Diese Entwicklung kritisiert der Ausschuss in seinen „Concluding Observations“ zum ersten Staatenbericht der Republik Österreich. Der Ausschuss äußert darin nämlich seine Besorgnis, dass ca 19.000 Menschen mit Behinderung in „Behindertenwerkstätten“ außerhalb des offenen Arbeitsmarkts arbeiten und nur eine sehr geringe Bezahlung erhalten.⁶⁴⁴ Die vom Ausschuss damit angesprochenen „**geschützten Werkstätten**“ charakterisieren sich dadurch, dass es sich um Einrichtungen handelt, „in denen ausschließlich oder überwiegend Behinderte beschäftigt sind, deren Unterbringung in Betrieben wegen der Art ihrer Behinderung nicht möglich oder nicht zweckmäßig ist“. ⁶⁴⁵ Dabei scheint es in der Tat so zu sein, dass in derarti-

⁶⁴² Zierer (Fn 590) 53.

⁶⁴³ Zierer (Fn 590) 53f.

⁶⁴⁴ CRPD 13.9.2013, CRPD/C/AUT/CO/1, Concluding observations on the initial report of Austria, Rz 44.

⁶⁴⁵ So § 12 Tiroler Rehabilitationsgesetz.

gen „geschützten“ Einrichtungen von den dort tätigen Menschen mit Behinderungen kein adäquates Einkommen erzielt werden kann.⁶⁴⁶

586 Die übereinkommensrechtliche Bewertung der Zulässigkeit derartiger geschützter Einrichtungen muss von der Erkenntnis ausgehen, dass das Übereinkommen **kein explizites Verbot** derartiger Einrichtungen ausspricht. Vielmehr anerkennt das Übereinkommen mit Art 3 lit d, dass Menschen mit Behinderungen unterschiedlichen Unterstützungsbedarf haben und über ganz unterschiedliche Fähigkeiten verfügen.⁶⁴⁷ Nicht alle Menschen mit Behinderungen sind aufgrund ihrer individuellen Beeinträchtigung in der Lage, auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt oder auch „nur“ auf dem geschützten Arbeitsmarkt Arbeitsleistungen erbringen können. Dementsprechend sieht Art 15 Abs 2 ESC (rev) daher beispielsweise vor, dass die Vertragsstaaten das Recht behinderter Menschen auf Eigenständigkeit bei jenen Menschen mit Behinderungen, die aufgrund ihrer Behinderung in der „normalen“ Arbeitswelt nicht beschäftigt werden können, auch durch die Schaffung geschützter Arbeitsplätze verwirklichen können. Insofern ist es konsequent, wenn der Ausschuss in seinen „Concluding Observations“ zum ersten Staatenbericht der Republik Österreich auch keine Abschaffung derartiger Einrichtungen fordert.⁶⁴⁸

587 Fazit: Soweit es um die von Art 27 Abs 1 HS 2 des Übereinkommens für Menschen mit Behinderungen geforderte Sicherstellung eines durch Arbeit zu erzielenden angemessenen, nicht unter dem Existenzminimum liegenden Lebensunterhalts geht, wird dieser Vorgabe im privatwirtschaftlichen Bereich durch die einfachgesetzlich vorgesehene⁶⁴⁹ umfassende Einbindung aller Arbeitsverhältnisse in die **kollektivvertraglichen Entlohnungssysteme** entsprochen. Im Bereich des öffentlichen Diensts sorgen die im GehG und VBG 1948 enthalte-

⁶⁴⁶ S *Unabhängiger Monitoringausschuss zur Umsetzung der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen*, Statement on the implementation of the Covenant on Economic, Social & Cultural Rights (23.9.2013) 4. S weiters § 16 Abs 2 Steiermärkisches Behindertengesetz, wonach Menschen mit Behinderungen für die Beschäftigung in einer Tageseinrichtung ein monatliches Taschengeld in Höhe von 59 € bekommen (§ 16 Abs 2 Steiermärkisches Behindertengesetz iVm § 1 Z 1 der VO der Steiermärkischen Landesregierung vom 6. Dezember 2012 über die Höhe der Richtsätze für die Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem Steiermärkischen Behindertengesetz).

⁶⁴⁷ S *Lachwitz* in *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Fn 19) Art 3 Rz 10.

⁶⁴⁸ CRPD 13.9.2013, CRPD/C/AUT/CO/1, Concluding observations on the initial report of Austria.

⁶⁴⁹ § 3 Abs 1 iVm § 11 Abs 1 iVm § 12 Abs 1 ArbVG.

nen Gehaltsschemata für die Konformität des öffentlichen Dienstrechts mit Art 27 Abs 1 HS 2.

588 Die wegen der von Art 27 Abs 1 HS 2 artikulierten Forderung nach der Möglichkeit für Menschen mit Behinderungen, Zugang zu einem offenen und inklusiven Arbeitsmarkts zu haben, zu problematisierenden Sonderarbeitswelten sind mit Art 27 Abs 1 HS 2 nicht von vornherein **unvereinbar**. Die Hauptfunktion von Art 27 Abs 1 HS 2 ist in diesem Zusammenhang darin zu sehen, einen Diskussionsprozess über die Frage zu initiieren, mit welchen Strategien es in Zukunft immer weniger notwendig sein wird, Sonderarbeitswelten für Menschen mit Behinderungen bereitzuhalten.⁶⁵⁰

iii. Umsetzung von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit a: Verbot der Diskriminierung im Zusammenhang mit einer Beschäftigung

589 Die an die Konventionsstaaten adressierte Verpflichtung, Diskriminierungen aufgrund von Behinderung im Zusammenhang mit einer Beschäftigung zu verbieten, hat die Republik Österreich mit den Regelungen von §§ 7a – 7r BEinstG **umfassend Rechnung getragen**. Inhaltlich erstrecken sich diese antidiskriminierungsrechtlichen Vorschriften auf alle von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit a geforderten Bereiche und verbieten damit Diskriminierungen aufgrund von Behinderung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses (§ 7b Abs 1 Z 1 BEinstG), im Zusammenhang mit den Beschäftigungsbedingungen (§ 7b Abs 1 Z 2, 3 und 6 BEinstG) und dem beruflichen Aufstieg (§ 7b Abs 1 Z 5 BEinstG). Untersagt sind dabei sowohl unmittelbare als auch mittelbare Diskriminierungen wegen einer Behinderung (§ 7b Abs 1 BEinstG). Ebenso ist der Bund als AG gem § 7a Abs 2 Z 1 und 2 BEinstG an die antidiskriminierungsrechtlichen Bestimmungen gebunden. Die Bundesländer haben eigene Antidiskriminierungsgesetze erlassen, die sowohl für öffentlich-rechtliche und als auch privatrechtliche Dienstverhältnisse⁶⁵¹ und darüber hinaus für öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Dienstverhältnisse zu den Gemeinden⁶⁵² gelten.

590 Verstöße gegen das in § 7b BEinstG grundlegende Diskriminierungsverbot sanktioniert das BEinstG überwiegend mit **finanziellen Entschädigungsansprüchen** des Diskriminierungs-

⁶⁵⁰ *Trenk-Hinterberger*, RdLH 2012, 7f.

⁶⁵¹ Etwa §§ 29ff Tiroler Gleichbehandlungsgesetz; §§ 5ff Steiermärkisches Landes-Gleichbehandlungsgesetz; §§ 5ff Oberösterreichisches Antidiskriminierungsgesetz.

⁶⁵² Etwa Tiroler Gemeinde-Gleichbehandlungsgesetz.

opfers (§§ 7e, 7g und 7i BEinstG). Der Ausschuss empfiehlt in seinen „Concluding Observations“ zum ersten Staatenbericht der Republik Österreich aber eine weitere Stärkung der Antidiskriminierungsgesetze durch die Erweiterung der verfügbaren Rechtsmittel um zusätzliche Rechtsmittel, die eine Verhaltensänderung von Personen, die Menschen mit Behinderungen diskriminieren, erforderlich macht, wobei der Ausschuss beispielsweise auf Unterlassungsansprüche verweist.⁶⁵³

591 Im hier zu untersuchenden Beschäftigungsbereich können aber abseits von finanziellen Entschädigungsansprüchen von einem Diskriminierungsopfer bereits *de lege lata* **weitere Ansprüche** geltend gemacht werden. § 7g Abs 2 BEinstG sieht vor, dass bei einer Verletzung des Diskriminierungsverbots des § 7b Abs 1 Z 3 BEinstG das Diskriminierungsopfer die Gewährung der betreffenden Sozialleistung vom AG verlangen kann. Bei einer Verletzung des Diskriminierungsverbots des § 7b Abs 1 Z 4 BEinstG kann das Diskriminierungsopfer die Einbeziehung in die entsprechenden betrieblichen Aus- und Weiterbildungs- sowie Umschulungsmaßnahmen verlangen. Handelt es sich um eine Verletzung des Diskriminierungsverbots von § 7b Abs 1 Z 6 BEinstG kann das Diskriminierungsopfer den AG dazu verpflichten, ihm die gleichen Arbeitsbedingungen zu gewähren wie einem anderen nichtbehinderten AN. Und schließlich kann ein AN mit Behinderungen, der vom AG selbst oder von einem Arbeitskollegen belästigt wird, vom AG aufgrund von dessen Fürsorgepflicht (§ 1157 Abs 1 ABGB; § 18 Abs 1 AngG) verlangen, dass dieser selbst mit den Belästigungen aufhört bzw dafür sorgt, dass Arbeitskollegen Belästigungen unterlassen.⁶⁵⁴

592 Fazit: Art 27 Abs 1 Satz 2 lit a ist durch die auf Bundes- als auch auf Länderebene existierenden antidiskriminierungsrechtlichen Vorschriften einfachgesetzlich **umfassend umgesetzt**. Auch das dabei etablierte Sanktionensystem reagiert in differenzierter Weise auf die unterschiedlichen Diskriminierungskontexte, sodass im Vorgabenbereich von Art 27 Abs 1 ein Ausbau der Rechtsmittel übereinkommensrechtlich nicht gefordert erscheint.

⁶⁵³ CRPD 13.9.2013, CRPD/C/AUT/CO/1, Concluding observations on the initial report of Austria, Rz 13.

⁶⁵⁴ § 7d Abs 1 Z 2 BEinstG; M. Haberer, Gleichbehandlung im Betrieb (2013) 144ff.

iv. Umsetzung von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit b: Das gleiche Recht von Menschen mit Behinderungen auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen

- 593** Was die Verpflichtung der Konventionsstaaten betrifft, Menschen mit Behinderungen das gleiche Recht auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen zu garantieren, so ist dieser Vorgabe durch eine thematisch dichte **arbeitsrechtliche Schutzgesetzgebung** realisiert, die allen AN und damit auch Menschen mit Behinderungen vollumfänglich zugute kommt. Ua bestimmt § 7 BEinstG, dass das Entgelt, das den beschäftigten begünstigten Behinderten gebührt, aus dem Grunde der Behinderung nicht gemindert werden darf, wobei diese Regelung von § 7b Abs 1 Z 2 BEinstG auf alle AN mit Behinderungen erstreckt wird. Dadurch wird verhindert, dass die Behinderung eines AN dazu genutzt wird, das Entgelt zu schmälern. Zudem bietet § 7d BEinstG einen umfassenden Schutz vor Belästigungen im Arbeitsleben.
- 594** Was die Sicherung von gerechten und günstigen Arbeitsbedingungen für jene Menschen mit Behinderungen betrifft, die in **Einrichtungen des „Ersatzarbeitsmarkts“** beschäftigt sind, so ist nochmals auf die Allgemeine Bemerkung Nr 5 des CESCR hinzuweisen, worin der CESCR zur inhaltlichen Reichweite der themenparallelen Vorgabe von Art 7 des UN-Menschenrechtspaktes I für Menschen mit Behinderungen klarstellt, dass das Recht auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen auf alle behinderten AN anzuwenden ist, unabhängig davon, ob sie in Behindertenwerkstätten oder auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt beschäftigt sind. Behinderte AN – so der CESCR – dürfen nicht im Hinblick auf Löhne und sonstige Bedingungen diskriminiert werden, wenn ihre Arbeit mit der von nichtbehinderten AN **gleichwertig** ist.⁶⁵⁵
- 595** Da es in der Tat so zu sein scheint, dass in derartigen „geschützten“ Einrichtungen von den dort tätigen Menschen mit Behinderungen oft kein adäquates Einkommen erzielt werden

⁶⁵⁵ CESCR 9.12.1994, E/1995/22, in *Deutsches Institut für Menschenrechte* (Fn 517) 207. In ähnlicher Weise verlangt Art 15 Abs 2 ESC (rev), dass Menschen mit Behinderungen, die in geschützten Arbeitsstellen arbeiten und in denen die Produktion die Haupttätigkeit ist, die üblichen Leistungen des Arbeitsrechts genießen müssen und dabei insbesondere Entgelt gemäß der geleisteten Arbeit erhalten müssen: *Europarat* (Hg), *Die Europäische Sozialcharta. Ein Leitfaden* (2002) 178f.

kann,⁶⁵⁶ ist aus übereinkommensrechtlicher Sicht **kritisch zu überprüfen**, inwieweit die dort von Menschen mit Behinderungen geleistete Arbeit mit jener von AN ohne Behinderungen gleichwertig ist. Wenn dies zu bejahen sein sollte, so sind jene gesetzlichen Regelungen aus der Sicht des Übereinkommens zu beanstanden, die den Umstand der Gleichwertigkeit nicht oder nicht ausreichend reflektieren, sondern lediglich in pauschaler Form ein Taschengeld als Gegenleistung für die erbrachte Arbeitsleistung vorsehen.⁶⁵⁷

596 Fazit: Durch die thematisch dichte arbeitsrechtliche Schutzgesetzgebung iVm den antidiskriminierungsrechtlichen Regelungen ist bereits einfachgesetzlich **vollumfänglich realisiert**, dass Menschen mit Behinderungen das gleiche Recht auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen zukommt wie AN ohne Behinderungen. Nur im Bereich der Entlohnung von Arbeit in Einrichtungen des Ersatzarbeitsmarkts ist im Einzelfall zu prüfen, inwieweit die bezahlte Entlohnung dem Postulat der gleichen Entlohnung für gleichwertige Arbeit gerecht wird.

v. Umsetzung von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit c: Koalitionsrecht und Mitbestimmungsrechte

597 Über die verfassungsrechtliche Garantie von Art 11 Abs 1 EMRK hinaus⁶⁵⁸ sichert § 105 Abs 3 Z 1 lit a und b ArbVG für Menschen mit Behinderungen die Möglichkeit, sich gewerkschaftlich zu betätigen. Eine deswegen von AG ausgesprochene Kündigung oder Entlassung kann vor dem ASG **angefochten** werden.

598 Was den Bereich der betrieblichen bzw unternehmensbezogenen Mitbestimmung anbelangt, so ist für Menschen mit Behinderungen die gleichberechtigte Wahrnehmung und Ausübung ihrer Arbeitnehmermitbestimmungsrechte durch die Möglichkeit gewährleistet, an der **Wahl des BR** teilzunehmen (§ 52 ArbVG) und auch in den BR gewählt werden zu können (§ 53 Abs 1 ArbVG), wobei § 24 Abs 2a BRWO auf die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen bei der Stimmabgabe speziell Rücksicht nimmt. Für begünstigte Behinderte ist darüber hinaus von § 22a BEinstG die Wahl von Behindertenvertrauenspersonen vorgesehen, die

⁶⁵⁶ S *Unabhängiger Monitoringausschuss zur Umsetzung der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen*, Statement on the implementation of the Covenant on Economic, Social & Cultural Rights (23.9.2013) 4.

⁶⁵⁷ So etwa § 16 Abs 2 Steiermärkisches Behindertengesetz.

⁶⁵⁸ Dazu Rn 557.

berechtigt sind, die wirtschaftlichen, sozialen, gesundheitlichen und kulturellen Interessen der begünstigten Behinderten im Einvernehmen mit dem BR wahrzunehmen.

599 Fazit: Aufgrund dieser gesetzlichen Vorkehrungen ist die Vorgabe von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit c als **umgesetzt** anzusehen.

vi. Umsetzung von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit d: Zugang zu Beratungsprogrammen, Stellenvermittlung und Berufsausbildung

600 Die Verpflichtung der Konventionsstaaten, Menschen mit Behinderungen einen kostenfreien Zugang zu den arbeitsmarktpolitischen Förderinstrumenten zu garantieren, wird von der Republik Österreich durch § 32 Abs 4 AMSG erfüllt. Danach sind die vielfältigen, vom AMS angebotenen Dienstleistungen, wie die Bereitstellungen von Informationen über den Arbeitsmarkt und die Berufswelt (§ 32 Abs 2 Z 1 AMSG) die Berufsberatung (§ 32 Abs 2 Z 2 AMSG) oder die Unterstützung von Arbeitsuchenden bei ihrer Qualifizierung (§ 32 Abs 2 Z 4 AMSG) sowie bei der Suche und Auswahl eines Arbeitsplatzes (§ 32 Abs 2 Z 6 AMSG), für alle und damit auch für Menschen mit Behinderungen **kostenfrei**. Darüber hinaus ist auf die Regelung der integrativen Berufsausbildung in § 8b BAG zu verweisen.

601 Fazit: Mit § 32 Abs 4 AMSG (§ 8b BAG) ist die Vorgabe von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit d einfachgesetzlich umgesetzt.

vii. Umsetzung von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit e und f: Förderung und Unterstützung von unselbständiger Beschäftigung und Förderung von selbständiger Erwerbstätigkeit

602 Den weich formulierten und damit einen weiten Ermessensspielraum der Konventionsstaaten⁶⁵⁹ eröffnenden Vorgaben von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit e und f ist durch verschiedene **Förderprogramme** auf der Grundlage von § 6 Abs 2 bis 6 BEinstG und § 10a BEinstG im sehr breiten Umfang bereits Rechnung getragen. Neben Individualförderungen, wie Zuschüssen zu den Lohn- und Ausbildungskosten, technischen Arbeitshilfen und Leistungen an AG zur Schaffung von Arbeits- und Ausbildungsplätzen, sind in diesem Zusammenhang auch die

⁶⁵⁹ Vgl Degener (Fn 510) 37.

Arbeitsassistenten und das Programm „fit2work“ zu nennen.⁶⁶⁰ Für den Bereich der selbständigen Erwerbstätigkeit ist auf die Hilfen zur wirtschaftlichen Selbständigkeit⁶⁶¹ zu verweisen.

603 Fazit: Im Hinblick auf die Umsetzung der Vorgaben von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit e und f kann daher von einer bestehenden **Sensibilisierung** des Bundes gesprochen werden.⁶⁶² Die Forderung nach weiteren Förderprogrammen, wie sie der Ausschuss in seinen „Concluding Observations“ erhebt,⁶⁶³ muss aber den Progressionsvorbehalt von Art 4 Abs 2 berücksichtigen.

viii. Umsetzung von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit g: Beschäftigung im öffentlichen Bereich

604 Auch bei Art 27 Abs 1 Satz 2 lit g handelt es sich – wie vorhin ausgeführt –⁶⁶⁴ um eine programmatische Bestimmung. Art 27 Abs 1 Satz 2 lit g kann ua durch die Statuierung von Beschäftigungsquoten, wie sie in § 1 Abs 1 BEinstG vorgesehen sind, erfüllt werden. Dabei erfüllt der Bund seit 2007 die Beschäftigungspflicht nach BEinstG.⁶⁶⁵

605 Fazit: Im Bezug auf die Umsetzung der Vorgabe von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit g kann der Bund als entsprechend sensibilisiert angesehen werden. Dies zeigt sich auch daran, dass als Zielsetzung im „Nationalen Aktionsplan Behinderung“ die **verstärkte Aufnahme** von Menschen mit Behinderungen in den öffentlichen Dienst verankert worden ist.⁶⁶⁶

ix. Umsetzung von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit h: Förderung von Beschäftigung im privaten Sektor

606 Ebenso wie Art 27 Abs 1 Satz 2 lit g ist die Aufgabe der Konventionsstaaten, die Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen im privaten Sektor zu fördern, hauptsächlich als **programmatische Zielvorgabe** zu sehen.⁶⁶⁷ Neben den vorhin bereits vorgestellten Förderprogrammen kann Art 27 Abs 1 Satz 2 lit h auch durch die Statuierung von Beschäftigungsquo-

⁶⁶⁰ Hofer/Iser in Hofer (Fn 553) 102ff.

⁶⁶¹ Hofer/Iser in Hofer (Fn 553) 105.

⁶⁶² S dazu auch S. Mayer (Fn 625) 171f.

⁶⁶³ CRPD 13.9.2013, CRPD/C/AUT/CO/1, Concluding observations on the initial report of Austria, Rz 47.

⁶⁶⁴ Rn 532.

⁶⁶⁵ Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, Nationaler Aktionsplan Behinderung 2012 – 2020 (2012) 83.

⁶⁶⁶ Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (Fn 664) 83.

⁶⁶⁷ Rn 533.

ten verbunden mit Ausgleichszahlungen für den Fall von deren Nichterfüllung umgesetzt werden.⁶⁶⁸

607 Abseits der verschiedenen Förderprogramme bringt die Republik Österreich va mit **§ 1 Abs 1 BEinstG** ihren Willen zum Ausdruck, der Vorgabe von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit g entsprechen zu wollen. Dass – wie der Ausschuss kritisiert – nur 22% der privaten AG ihre Beschäftigungspflicht erfüllen, mag zwar aus einer sozialpolitischen Perspektive bedauerlich sein. Rechtlich ändert dies aber nichts daran, dass mit § 1 Abs 1 BEinstG eine Regelung Bestandteil der österreichischen Rechtsordnung ist, die – wie vorhin erwähnt – als geeignet angesehen wird, die Vorgabe von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit g umzusetzen. In diesem Zusammenhang darf auch nicht übersehen werden, dass die bei Nichterfüllung der Beschäftigungspflicht zu zahlende Ausgleichstaxe im Vergleich zur deutschen Ausgleichsabgabe, wo es sich um Beträge von € 105 bis € 260 handelt (§ 77 Abs 2 SGB IX) handelt, signifikant höher ist und damit die Republik Österreich sich über ihre Rechtsordnung in einem stärkeren Ausmaß zum Ziel bekennt, die tatsächliche Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen im privaten Sektor zu fördern.⁶⁶⁹ Letztlich ist die sicher wünschenswerte stärkere Erfüllung der Beschäftigungspflicht durch private AG aber ein Problem der Bewusstseinsbildung, dem versucht wird, mit den Vorgaben von Art 8 zu begegnen.⁶⁷⁰

608 Fazit: Was die Umsetzung der Verpflichtung anbelangt, die Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen im privaten Sektor zu fördern, ist die Republik Österreich als entsprechend **sensibilisiert** anzusehen.

x. Umsetzung von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit i: Angemessene Vorkehrungen

609 Was die Verpflichtung der Konventionsstaaten betrifft, sicherzustellen, dass am Arbeitsplatz für Menschen mit Behinderungen angemessene Vorkehrungen getroffen werden, so ist hinsichtlich der Umsetzung von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit i auf die Regelungen von **§ 6 Abs 1 und**

⁶⁶⁸ Rn 533.

⁶⁶⁹ Dies gegen die Ansicht von *Hartmannshenn*, der der Meinung ist, dass der österreichische Gesetzgeber stärker an der Zahlung der Ausgleichstaxe und nicht an der Integration von Menschen mit Behinderungen interessiert sei: *Hartmannshenn*, Pflicht zur Beschäftigung behinderter Menschen – Rechtsvergleich Österreich und Deutschland, in *Aschauer/Kohlbacher* (Hg), Jahrbuch Sozialversicherungsrecht 2012 (2012) 137 (154).

⁶⁷⁰ *Banafsche*, Die Beschäftigungspflicht der Arbeitgeber nach §§ 71ff. SGB IX zwischen Anspruch und Wirklichkeit, NZS 2012, 205 (209f).

1a BEinstG zu verweisen. Danach haben AG bei der Beschäftigung von begünstigten Behinderten auf deren Gesundheitszustand jede nach Beschaffenheit der Betriebsgattung und nach Art der Betriebsstätte und der Arbeitsbedingungen mögliche Rücksicht zu nehmen (§ 6 Abs 1 Satz 1 BEinstG). Darüber hinaus müssen AG die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen 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 AG unverhältnismäßig belasten, wobei die Belastung dann nicht unverhältnismäßig ist, wenn sie durch Förderungsmaßnahmen nach bundes- oder landesgesetzlichen Vorschriften ausreichend kompensiert werden kann (§ 6 Abs 1a BEinstG).

610 Fazit: Mit diesen Regelungen enthält die österreichische Rechtsordnung eine **einfachgesetzliche Umsetzung** dessen, was Art 27 Abs 1 Satz 2 lit i von den Konventionsstaaten verlangt.⁶⁷¹ Zudem kann – was im vorliegenden Zusammenhang das Entscheidende ist – im Wege der Interpretation die Versagung angemessener Vorkehrungen durch den AG als mittelbare Diskriminierung gewertet werden.⁶⁷² Dies ist deswegen von Bedeutung, weil nach Art 2 iVm Art 5 Abs 2 alle Formen der Diskriminierung wegen einer Behinderung verboten sind und dabei die Versagung angemessener Vorkehrungen ausdrücklich als Diskriminierung *per definitionem* mitumfasst ist, sodass damit die Versagung angemessener Vorkehrungen nach dem Übereinkommen von den Konventionsstaaten zu sanktionieren ist.⁶⁷³

xi. Umsetzung von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit j: Förderung von „job experience“

611 Die von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit j geforderten Programme zur Eingliederung von Menschen mit Behinderungen auf den allgemeinen Arbeitsmarkt⁶⁷⁴ sind in Gestalt von „Projektförderungen“ bereits implementiert. Ua sind in diesem Zusammenhang die „**Qualifizierungs- und**

⁶⁷¹ Dazu Rn 534ff.

⁶⁷² *Hießl*, Behinderung als Beendigungsgrund? ASoK 2013, 21 (25); *S. Mayer* (Fn 625) 245; *Mayr*, Diskriminierungen im betrieblichen Alltag, DRdA 2009, 153 (159). S auch *Degener* (Fn 510) 38.

⁶⁷³ Art 5 Abs 2 des Übereinkommens: Die Konventionsstaaten „garantieren Menschen mit Behinderungen gleichen und wirksamen rechtlichen Schutz vor Diskriminierung, gleichviel aus welchen Gründen“. Eine ausdrückliche gesetzliche Verankerung dieses Postulats findet sich in § 7c Abs 7 BEinstG, wonach die Nichtbeseitigung von Barrieren durch den AG als Diskriminierung zu bewerten ist.

⁶⁷⁴ Dazu Rn 537.

Beschäftigungsprojekte“, die bei am allgemeinen Arbeitsmarkt tätigen Unternehmen angesiedelt sind, und **Projekte mit Transitarbeitsplätzen** zu nennen. Letztere dienen der Zielsetzung von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit j entsprechend dazu, Menschen mit Behinderungen an die Erfordernisse des allgemeinen Arbeitsmarkts heranzuführen. Darüber hinaus entspricht auch die **gemeinnützige Arbeitskräfteüberlassung**, bei der Menschen mit Behinderungen an andere Unternehmen zum Zwecke der dortigen Eingliederung als Arbeitskräfte überlassen werden, der Intention von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit j.⁶⁷⁵

612 Fazit: Was die Umsetzung der Verpflichtung anbelangt, das Sammeln von Arbeitserfahrung auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt durch Menschen mit Behinderungen zu fördern, ist die Republik Österreich daher als entsprechend **sensibilisiert** anzusehen.

xii. Umsetzung von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit k: Berufliche Rehabilitation

613 Was Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation betrifft, so sind in erster Linie die **integrativen Betriebe** (§ 11 BEinstG) zu nennen, die es Menschen mit Behinderung ermöglichen sollen, ihre Leistungs- und Erwerbsfähigkeit für eine Beschäftigung auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt wiederherzustellen bzw zu erhöhen.⁶⁷⁶ Daneben ist auf § 198 ASVG zu verweisen. Danach haben die Unfallversicherungsträger einem Versicherten berufliche Maßnahmen zur Rehabilitation zu gewähren, durch die der Versicherte in die Lage versetzt werden soll, seinen früheren oder, wenn dies nicht möglich ist, einen neuen Beruf auszuüben. Die gleiche Leistungsverpflichtung gilt für die Pensionsversicherungsträger (§ 303 ASVG). Was die ebenfalls von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit k geforderten Maßnahmen zum Erhalt des Arbeitsplatzes betrifft, kann diesbezüglich die vom Bundessozialamt geleistete **Arbeitsplatzsicherungsbeihilfe** ins Feld geführt werden.⁶⁷⁷

614 Fazit: Was die Umsetzung der Vorgabe von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit k anbelangt, ist die Republik Österreich daher als entsprechend **sensibilisiert** anzusehen.

⁶⁷⁵ Zum Ganzen *Hofer/Iser* in *Hofer* (Fn 553) 107.

⁶⁷⁶ *Widy/Ernst* (Fn 639) § 11 Anm 1.

⁶⁷⁷ *Hofer/Iser* in *Hofer* (Fn 553) 103.

xiii. Umsetzung von Art 27 Abs 2: Verbot von Sklaverei, Leibeigenschaft, Zwangs- und Pflichtarbeit

- 615** Neben den verfassungsrechtlichen Sicherstellungen⁶⁷⁸ wird der Vorgabe von Art 27 Abs 2 auf der einfachgesetzlichen Ebene durch **straf- und zivilrechtliche Vorschriften** Rechnung getragen. § 104 StGB pönalisiert die Sklaverei, Zwangs- und Pflichtarbeit können nach § 105f StGB verfolgt und bestraft werden. Darüber hinaus sind zivilrechtliche Verträge, die zu Zwangs- und/oder Pflichtarbeit verpflichten, gem § 879 Abs 1 ABGB rechtsunwirksam.⁶⁷⁹
- 616 Fazit:** Der von Art 27 Abs 2 geforderte Schutz von Menschen mit Behinderungen vor Sklaverei, Leibeigenschaft, Zwangs- und Pflichtarbeit ist auch auf der einfachgesetzlichen Ebene umfassend **sichergestellt**.

3. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

- 617** Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die österreichische Rechtsordnung im Allgemeinen und die Arbeitsrechtsordnung im Speziellen den Vorgaben des Art 27 **weitestgehend entsprechen**.⁶⁸⁰ Insbesondere konnte gezeigt werden, dass die Regelungen von § 2 und § 9 BEinstG aus überinkommensrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden sind.
- 618** Allerdings hat die Untersuchung auch **zwei Problempunkte** aufgezeigt, bei denen noch partiell Anpassungsbedarf an die Vorgaben des Art 27 besteht. Zum einen betrifft dies die **gesetzlichen Regelungen über den Zugang zum öffentlichen Dienst** (§ 4 Abs 1 Z 2 BDG 1979 bzw § 3 Abs 1 Z 2 VBG 1948) bzw über den Zugang zur Ausübung eines Gewerbes (§ 8 Abs 1 GewO 1994). In beiden Fällen handelt es sich um eine aus der Sicht von Art 27 Abs 1 HS 1 verpönte Zulassungsbeschränkung, von der unter Sachwalterschaft stehende Menschen mit einer psychischen oder geistigen Behinderung betroffen sind.
- 619** Zum anderen ist im Bereich der sog **Sonderarbeitswelten** kritisch zu hinterfragen, inwieweit in „geschützten“ Einrichtungen die von Menschen mit Behinderungen dort geleistete Arbeit adäquat entlohnt wird. Zwar enthält das Übereinkommen kein explizites Verbot von Sonder-

⁶⁷⁸ Dazu Rn 558.

⁶⁷⁹ Vgl OGH 15.7.1997, 1 Ob 198/97t, SZ 70/148 = JBl 1997, 786 = EvBl 1997/198, 944.

⁶⁸⁰ Damit konnte die Annahme der ErläutRV 564 BlgNR 23. GP 1, wonach im Rahmen der österreichischen Rechtsordnung den sich aus dem Übereinkommen ergebenden Verpflichtungen bereits weitestgehend entsprochen wurde, für den Verpflichtungsbereich von Art 27 im Großen und Ganzen bestätigt werden.

arbeitswelten. Allerdings verlangt das Übereinkommen, dass auch in „geschützten“ Einrichtungen Menschen mit Behinderungen günstige und gerechte Arbeitsbedingungen zu garantieren sind. Unter der Voraussetzung, dass die von Menschen mit **Behinderungen** in derartigen Einrichtungen geleistete Arbeit mit jener von Menschen ohne Behinderungen gleichwertig ist, sind jene gesetzliche Regelungen übereinkommensrechtlich zu beanstanden, die den Umstand der Gleichwertigkeit nicht oder nicht ausreichend reflektieren, sondern lediglich in pauschaler Form ein Taschengeld als Gegenleistung für die erbrachte Arbeitsleistung vorsehen.

VII. Präimplantationsdiagnostik

620 Präimplantationsdiagnostik (PID) wird definiert als „zellbiologische und molekulargenetische“⁶⁸¹ „Untersuchungen an im Zusammenhang mit einer In-vitro-Fertilisation außerhalb des Körpers der Frau befruchteten Embryonen, die vor dem Transfer des Embryos in die Gebärmutter vorgenommen werden.“⁶⁸² Sie „[...]“ zielt darauf ab, jene Embryonen vom Transfer auszuschließen, die aufgrund bestimmter genetischer Anlagen entweder keine Schwangerschaft auslösen können, zu Fehlgeburten führen oder **zur Geburt von Nachkommen mit schweren genetischen Erkrankungen** führen.“⁶⁸³ PID stellt damit eine Entscheidungshilfe für die Implantation eines Embryos dar.⁶⁸⁴ Oder **anders** formuliert, zielt PID „auf die Verhinderung der Geburt kranker und/oder behinderter Kinder [...]“.⁶⁸⁵ Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass PID medizinisch bald als überholt gelten und von Blutuntersuchungen der Schwangeren abgelöst werden könnte.⁶⁸⁶

1. Rechtslage in Österreich

621 Die nach wie vor hA geht davon aus, dass in Österreich die PID verboten ist.⁶⁸⁷ Obwohl die PID in Österreich einer ausdrücklichen Regelung entbehrt, gelangt man zu dem Ergebnis über

⁶⁸¹ *Hinghofer-Szalkay*, Präimplantationsdiagnostik: friend or foe? in Wenda/Kierein/Lanske (Hg), *Jahrbuch Gesundheitsrecht* (2012) 97 (97).

⁶⁸² *Bruckmüller*, Präimplantationsdiagnostik: Bedarf Österreich einer ausdrücklichen Regelung nach deutschem Vorbild? in Wenda/Kierein/Lanske (Hg), *Jahrbuch Gesundheitsrecht* (2012) 109 (110f).

⁶⁸³ *Hengstschläger*, Grundlagenforschung im Spannungsfeld zwischen Forschungsfreiheit und Kontrolle in Körtner/Kopetzki/Druml (Hg), *Ethik und Recht in der Humanforschung* (2010) 206 (207f).

⁶⁸⁴ *Hinghofer-Szalkay* (Fn 680) 98.

⁶⁸⁵ *Hufen*, Pränatales Leben und Behindertendiskriminierung in Kopetzki/Pöschl/Reiter/Wittmann-Tiwald (Hg), *Körper-Codes* (2010) 33 (34).

⁶⁸⁶ Dazu: *Huber*, Präimplantationsdiagnostik: Hat man bioethisch relevante reproduktionsmedizinische Innovationen übersehen?, *SozSi* 2011, 528-533.

⁶⁸⁷ Etwa: *Hinghofer-Szalkay* (Fn 680) 102; *Kopetzki*, Altes und Neues zur Präimplantationsdiagnostik, *JRP* 2012, 318f mwN; *Mayerhofer*, Recht der Fortpflanzungsmedizin: Reformen verfassungsrechtlich geboten?, *Jahrbuch Öffentliches Recht* (2011) 349 (356) mwN; *Tiefenthaler*, Das Recht auf ein gesundes Kind in Frick/Mbongo/Schallhart (Hg), *PluralismusKonflikte – Le pluralisme en conflits* (2010) 257 (259).

die Auslegung des Fortpflanzungsmedizingesetzes (FMedG). Da Embryonen in vitro noch keine Schwangerschaft begründen, kommen die §§ 96ff StGB nicht zur Anwendung.⁶⁸⁸

622 § 9 Abs 1 FMedG⁶⁸⁹ bestimmt, dass **entwicklungsfähige Zellen** lediglich für fortpflanzungsmedizinische Maßnahmen verwendet und nur insoweit untersucht werden dürfen als dies **für die Herbeiführung einer Schwangerschaft erforderlich** ist und dies dem Stand der medizinischen Wissenschaft entspricht. Fortpflanzungsmedizinische Maßnahmen sind laut § 1 FMedG medizinische Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft und dürfen – derzeit – gem § 2 Abs 2 FMedG nur als ultima ratio bei Infertilität⁶⁹⁰ zur Anwendung kommen. In den Materialien zu § 9 FMedG⁶⁹¹ heißt es ausdrücklich:

„Eine Untersuchung oder Behandlung zur Abwehr einer möglichen Gefahr für die Frau oder das gewünschte Kind soll – wie bei der natürlichen Fortpflanzung – nicht in Betracht kommen.“

623 Der Wille des historischen Gesetzgebers zum Verbot einer PID kommt darin scheinbar eindeutig zum Ausdruck. In der jüngeren Literatur wird aber zunehmend eine zumindest teilweise **Zulässigkeit** der PID diskutiert. Anknüpfungspunkte dafür bilden die Auslegung des Begriffs „entwicklungsfähige Zellen“ sowie die Auslegung was „für die Herbeiführung einer Schwangerschaft erforderlich“ ist.

624 **Entwicklungsfähige Zellen** sind gem § 1 Abs 3 FMedG befruchtete Eizellen und daraus entwickelte Zellen, die grundsätzlich geeignet sind, sich zu einem Menschen zu entwickeln.⁶⁹² Ein durch In-Vitro-Fertilisation (IVF) entstandener Embryo ist eine entwicklungsfähige Zelle iSd FMedG.⁶⁹³ PID wird nicht nur an Embryos durchgeführt, **sondern** auch an **Polkörpern** von Eizellen, die später befruchtet werden sollen.⁶⁹⁴ Da die Eizellen noch nicht befruchtet sind und die Polkörper an der Eizelle haften, aber nicht immer Teil der Eizelle bleiben und für die Entwicklung des Embryos verzichtbar sind,⁶⁹⁵ sind sie nicht unter den Wortlaut von § 1 Abs 3 FMedG subsumierbar. Daher wird diese Variante der PID als zulässig erachtet.⁶⁹⁶ Die Polkörperanalyse lässt nur einen eingeschränkten Kreis von Untersuchungen zu und er-

⁶⁸⁸ Köck, Die strafrechtliche Behandlung „vorgeburtlichen Lebens“, ÖJZ 2011, 546 (547) mwN.

⁶⁸⁹ BGBI 275/1992 idF BGBI 111/2010.

⁶⁹⁰ Hinghofer-Szalkay (Fn 680) 102; Kopetzki (Fn 686) 321; Mayerhofer (Fn 686) 357.

⁶⁹¹ ErläutRV 216 B1gNR 18. GP 20.

⁶⁹² Kopetzki (Fn 686) 319; Bruckmüller (Fn 681) 113; Kopetzki, Zur Lage der embryonalen Stammzellen in Österreich, in Ahrens et al (Hg), Medizin und Hoffnung, FS-Deutsch (2009) 297 (300).

⁶⁹³ Bruckmüller (Fn 681) 112.

⁶⁹⁴ Bruckmüller (Fn 681) 112.

⁶⁹⁵ Hengstschläger (Fn 682) 209.

⁶⁹⁶ Kopetzki (Fn 686) 319; Bruckmüller (Fn 681) 112; Hengstschläger (Fn 682) 208 .

fasst nur ‚das genetische Material‘ der Mutter. Dafür kommt ihr aber ein sehr geringes Risiko zu, den Embryo durch die genetische Untersuchung zu schädigen.⁶⁹⁷

625 Neben der **Polkörperanalyse** ist die **Blastomierzellenanalyse** des 8-zelligen Embryos medizinisch etabliert. Dabei wird der in-vitro befruchteten Eizelle im 8-Zellstadium eine Blastomierzelle entnommen und diese genetisch untersucht.⁶⁹⁸ Blastomierzellen sind entwicklungsfähige Zellen iSd § 1 Abs 3 FMedG, sofern sie totipotent sind, sich also zu einem ganzen Menschen entwickeln können.⁶⁹⁹ Fraglich ist, ob die Untersuchung der Zellen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft erforderlich ist. In der Lehre wird die Erforderlichkeit verneint, da die IVF keine PID voraussetzt.⁷⁰⁰ Zulässig sind demnach Untersuchungen, die Defekte des Embryos erkennen lassen, die dazu führen würden, dass keine Schwangerschaft entsteht und auch solche bei denen der Embryo in der Gebärmutter absterben würde.⁷⁰¹ Alle übrigen PID-Maßnahmen bleiben aber nach hA verboten.

626 Aus der nicht expliziten Regelung erwächst – wie die Verweise auf die hA zeigen – Rechtsunsicherheit, weshalb eine Regelung durch den Gesetzgeber zu fordern ist. Dabei wäre anzudenken, welche Personengruppen⁷⁰² – sofern die PID zugelassen wird – sie in Anspruch nehmen sollen dürfen. Interessant wäre sie für Paare mit genetischen Vorbelastungen, die ein erhöhtes Risiko einer schweren Erkrankung oder Behinderung des Kindes zur Folge hätten; Paare in fortgeschrittenem Alter mit erhöhtem Risiko von Chromosomenveränderungen beim Kind;⁷⁰³ Paaren mit Fertilitätsstörungen, um durch PID die Erfolgswahrscheinlichkeit einer IVF zu erhöhen sowie für Frauen, die bereits mehrere Frühaborte erlebt haben.

Bezüglich einer Neuregelung im österreichischen Recht müsste man sich die Frage stellen, ob die PID – wenn überhaupt – wirklich auf jene Fälle beschränkt bleiben soll, in welchen eine „natürliche“ Befruchtung nicht möglich ist. Dies scheint schon deshalb fragwürdig, da Paare, welche zwar an sich fruchtbar sind, jedoch **zur Hochrisikogruppe bezüglich schwerer Erbkrankheiten und Behinderungen gehören**, von der PID ausgeschlossen blieben. Diskussionswürdig scheint auch, warum fruchtbare Paare, die aber bereits mehrere Frühaborte durchlitten haben, von der PID ausgeschlossen bleiben sollen.⁷⁰⁴

⁶⁹⁷ Hengstschläger (Fn 682) 209f.

⁶⁹⁸ Hengstschläger (Fn 682) 208.

⁶⁹⁹ Mayerhofer (Fn 686) 355f; Bruckmüller (Fn 681) 113.

⁷⁰⁰ Dujmovits, Reproduktionsmedizin – Gesetzgebung im Wandel? in Kopetzki/Mayer (Hg), Biotechnologie und Recht (2002) 99f; Kopetzki, in Körtner/Kopetzki (Hg), Embryonenschutz Hemmschuh für die Biomedizin (2003) 54; Bernat, Schutz vor genetischer Diskriminierung und Schutzlosigkeit wegen genetischer Defekte, Jahrbuch und Recht für Ethik 2002, 210f.

⁷⁰¹ Bruckmüller (Fn 681) 114 mwN; Mayerhofer (Fn 686) 357; Tiefenthaler (Fn 686) 259.

⁷⁰² Dazu: Hinghofer-Szalkay (Fn 680) 103.

⁷⁰³ Hufen (Fn 684) 45.

⁷⁰⁴ Hinghofer-Szalkay (Fn 680) 106.

Hingegen wäre eine Zulassung der PID in jenen Fällen, in denen **ein erhöhtes Risiko einer schwerwiegenden Behinderung oder Krankheit aufgrund erblicher Belastungen** besteht, nicht nur rechtspolitisch erwünscht, sondern verfassungsrechtlich geradezu geboten.⁷⁰⁵

627 Spätestens wenn diese Forderungen erhoben werden, stellt sich die Frage, inwieweit das Übereinkommen der Zulassung der PID entgegenstehen würde. Es handelt sich dabei nicht bloß um eine theoretisch interessante Fragestellung, da das österreichische Verbot unter dem Verdacht steht, gegen Art 8 EMRK zu verstoßen.

628 Der EGMR urteilte in der Rechtssache **Costa/Pavan vs Italien**⁷⁰⁶, dass die italienische Rechtslage zum generellen Verbot der PID bei gleichzeitiger Zulässigkeit von pränatal diagnostischen Untersuchungen (PND) und daran anschließenden Schwangerschaftsabbrüchen gegen das in Art 8 EMRK geschützte Entscheidungsrecht sich fortzupflanzen oder nicht fortzupflanzen das Ausdruck des Privat- und Familienlebens sei wegen Unverhältnismäßigkeit verstoße.⁷⁰⁷

On the one hand it bans implantation limited to those embryos unaffected by the disease of which the applicants are healthy carriers, while on the other hand it allows the applicants to abort a foetus affected by the disease [...] Rn 57.

629 Auch in Österreich ist PND zulässig und wie in Rn 192ff dargestellt, sind daran anschließende Schwangerschaftsabbrüche gemäß § 97 Abs 1 Z 2 StGB straffrei bei Bestehen der „ernsten Gefahr [...], dass das Kind geistig oder körperlich schwer geschädigt sein werde.“ Diese Gefahr wird durch PND erhoben. Der Schutz eines Embryos ist damit in-vitro größer als in-vivo⁷⁰⁸ und die österreichische Rechtslage ist der italienischen vergleichbar und droht ebenso gegen Art 8 EMRK zu verstoßen und wird damit änderungsbedürftig.⁷⁰⁹

2. Vereinbarkeit einer zugelassenen PID mit dem Übereinkommen

630 Die Frage der Vereinbarkeit der PID mit dem Übereinkommen wurde bislang in Österreich noch nicht ausführlich erörtert. Es finden sich lediglich kursorische Bemerkungen der folgen-

⁷⁰⁵ *Tiefenthaler* (Fn 686) 270.

⁷⁰⁶ EGMR 28.8.2012, 54270/10.

⁷⁰⁷ Zu diesem Wertungswiderspruch etwa auch: *Klein*, Anmerkungen zur Diskussion über die Präimplantationsdiagnostik, *SozSi* 2012, 103; *Kopetzki* (Fn 686) 324f; *Waldhauser*, Präimplantationsdiagnostik in Österreich – eine vertane Chance!, *SozSi* 2012, 466; *Bruckmüller* (Fn 681) 119; *Mayerhofer*, Recht der Fortpflanzungsmedizin: Reformen verfassungsrechtlich geboten?, *Jahrbuch Öffentliches Recht* (2011) 349 (371); *Tiefenthaler* (Fn 686) 266.

⁷⁰⁸ *Bruckmüller* (Fn 681) 120; *Mayerhofer* (Fn 686) 371.

⁷⁰⁹ *Ofner*, PID-Verbot kann gegen Art 8 EMRK verstoßen, *ZfRv* 2013/20. So bereits: *Tiefenthaler* (Fn 686) 264.

den Art: „[die] UN-Konvention über die Rechte Behinderter gilt erkennbar nur für geborene und lebende Menschen, nicht für das werdende Leben im Mutterleib oder gar vor Implantation [...]“. ⁷¹⁰ *Kopetzki* spricht davon, dass die Zulassung der PID völkerrechtlich und unionsrechtlich nicht problematisch wäre. ⁷¹¹

631 Eine Notwendigkeit der PID könnte aus Art 25 b des Übereinkommens ableitbar sein. Art 25 normiert unter der Überschrift „Gesundheit“ („Health“; „Santé“):

Die Vertragsstaaten anerkennen das Recht von **Menschen mit Behinderungen** auf das erreichbare Höchstmaß an Gesundheit ohne Diskriminierung aufgrund von Behinderung. (“States Parties recognize that persons with disabilities have the right to the enjoyment of the highest attainable standard of health without discrimination on the basis of disability.”; “Les États Parties reconnaissent que les **personnes handicapées** ont le droit de jouir du meilleur état de santé possible sans discrimination fondée sur le handicap.”) Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Maßnahmen, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen Zugang zu geschlechtsspezifischen Gesundheitsdiensten, einschließlich gesundheitlicher Rehabilitation, haben. (“States Parties shall take all appropriate measures to ensure access for persons with disabilities to health services that are gender-sensitive, including health-related rehabilitation.”; “Ils prennent toutes les mesures appropriées pour leur assurer l’accès à des services de santé qui prennent en compte les sexospécificités, y compris des services de réadaptation.”). Insbesondere (“In particular, States Parties shall.”; “En particulier, les États Parties.”)

b) bieten die Vertragsstaaten die Gesundheitsleistungen an, die von Menschen mit Behinderungen speziell wegen ihrer Behinderungen benötigt werden, soweit angebracht, **einschließlich Früherkennung und Frühintervention, sowie Leistungen, durch die, auch bei Kindern und älteren Menschen, weitere Behinderungen möglichst gering gehalten oder vermieden werden sollen**; („provide those health services needed by persons with disabilities specifically because of their disabilities, **including early identification and intervention as appropriate, and services designed to minimize and prevent further disabilities**, including among children and older persons.”; „Fournissent aux personnes handicapées les services de santé dont celles-ci ont besoin en raison spécifiquement de leur handicap, y compris des services de dépistage précoce et, **s’il y a lieu, d’intervention précoce, et des services destinés à réduire au maximum ou à prévenir les nouveaux handicaps**, notamment chez les enfants et les personnes âgées.”)

632 In Art 25 wird ein **individuelles Menschenrecht auf Gesundheit** von Menschen mit Behinderung verankert. Es handelt sich dabei um ein soziales Recht, womit der Progressionsvorbehalt von Art 4 Abs 2 schlagend wird, der aber wiederum durch das Diskriminierungsverbot von Art 25 relativiert wird:

⁷¹⁰ *Hufen* (Fn 684) 45.

⁷¹¹ *Kopetzki* (Fn 686) 334f.

Dies hat deshalb praktische Bedeutung, weil der Progressionsvorbehalt des Art. 4 Abs. 2 dann nicht greift, wenn das Vorenthalten von Leistungen de[r] Gesundheitsfürsorge, mit denen das Recht auf Gesundheit verwirklicht wird, Menschen mit Behinderungen diskriminiert.⁷¹²

- 633** In Bezug auf die PID könnte Art 25 b) mit seinem Verweis auf „Früherkennung und Frühintervention“ greifen. Doch ist dies mit Hinweis auf die zu Art 10 des Übereinkommens geführte Diskussion zu verwerfen. Auch wenn die Frage der Vereinbarkeit der PID mit dem Recht auf Leben nach Art 10 „nicht so einfach zu beantworten“⁷¹³ ist, so ist sie dennoch Beleg dafür, dass das Übereinkommen nicht zur Legitimation der Einführung der PID als Früherkennungs- und Frühinterventionsmaßnahme herangezogen werden kann.
- 634** Zudem wird in Art 25 von „Menschen mit Behinderungen“ gesprochen. Wie unter Rn 196 bereits ausgeführt, kommt Embryos⁷¹⁴ – speziell vor Implantation – kein grund- und menschenrechtlicher Schutz zu. Von der fehlenden wissenschaftlichen Nachweisbarkeit des Zeitpunkts des Beginns des menschlichen Lebens ganz abgesehen.⁷¹⁵ Es mangelt daher auch am Schutzsubjekt, das einen Anspruch auf Früherkennung und -intervention geltend machen könnte.
- 635** Die notwendige Zulassung der PID kann daher nicht mit dem Übereinkommen begründet werden.
- 636** Geprüft wird als nächstes, ob Art 10 Recht auf Leben („Right to life“; „Droit à la vie“) einer Zulassung der PID entgegenstehen würde. Art 10 lautet:

Die Vertragsstaaten bekräftigen, dass **jeder Mensch** ein angeborenes Recht auf Leben hat, („States Parties reaffirm that **every human being** has the inherent right to life“; „Les États Parties réaffirment que le droit à la vie est inhérent à **la personne humaine**“) und treffen alle erforderlichen Maßnahmen, („and shall take all necessary measures“; „et prennent toutes mesures nécessaires“) um den wirksamen und gleichberechtigten Genuss dieses Rechts durch **Menschen** mit Behinderungen zu gewährleisten. („to ensure its effective enjoyment by **persons** with disabilities on an equal basis with others.“; „pour en assurer aux **personnes** handicapées la jouissance effective, sur la base de l'égalité avec les autres.“)

⁷¹² Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger (Fn 19) 256.

⁷¹³ Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger (Fn 19) 139.

⁷¹⁴ Vgl auch zur fehlenden Grundrechtsträgereigenschaft von Embryos: Kopetzki (Fn 686) 321f mwN.

⁷¹⁵ Waldhauser (Fn 706) 470.

637 Wie bereits angedeutet, wird die Frage als schwierig zu beantworten eingestuft.⁷¹⁶ Der Wortlaut von Art 10 bedient sich jedoch der Formulierungen „jeder Mensch“, „every human being“, „la personne humaine“, „Menschen mit Behinderungen“, „persons with disabilities“, „personnes handicapées“. Der geschützte Personenkreis wird damit spezifiziert und es wird nicht etwa „das Leben“ selbst geschützt, sondern erneut konkrete Personen. Hier gilt wie unter Rn 196 ausgeführt, dass davon auszugehen ist, dass Embryos – insbesondere vor Implantation – rechtlich noch nicht als Menschen oder Personen anzusehen sind. In der Schattenübersetzung wird zwar dafür plädiert „innewohnendes“ statt „angeborenes“ Recht auf Leben zu verwenden, die Personenbezeichnungen bleiben darüber hinaus aber unverändert. Zudem ist nicht die PID lebensbedrohlich, sondern die „Entscheidung der Nichtvornahme der Implantation des Embryos in vitro.“⁷¹⁷

638 Für diese Auslegung spricht auch, dass der Entwurf des International Disability Caucusm, der zu diesem Artikel vorgelegt hat, abgelehnt wurde. Der Entwurf lautete auszugsweise wie folgt:⁷¹⁸

„1. States Parties recognize and protect the inherent right to life of all persons with disabilities, and shall take all necessary measures to ensure its effective enjoyment by girls and boys, women and men **in all stages of life.** [...] 3. **Disability is not a justification for the termination of life.** [...]”

Hier wäre ausdrücklich die Rede davon gewesen, in allen Stadien des Lebens das Recht auf Leben zu schützen. Dies wäre begrifflich weiter als das Mensch- oder Person-Sein. Der Entwurf fand aber – vor allem aufgrund befürchteter Einschränkungen von Schwangerschaftsabbrüchen – keine Zustimmung.

639 In den Concluding observations des Ausschusses zu den Staatenberichten von Spanien⁷¹⁹ und China⁷²⁰ wurde die dort erlaubte PID-Praxis nicht kritisiert. Dies untermauert das bisherige Auslegungsergebnis, wonach Art 10 des Übereinkommens nicht prinzipiell alle Varianten der PID ausschließt.

⁷¹⁶ Waldhauser (Fn 706) 470.

⁷¹⁷ Tiefenthaler (Fn 686) 267.

⁷¹⁸ *Lex Grandia*, Imagine: To Be a Part of This in Sabatello/Schulze (Hg), Human Rights & Disability Advocacy (2014) 146 (152).

⁷¹⁹ 19.10.2011, CRPD/C/ESP/CO/1.

⁷²⁰ 15.10.2012, CRPD/C/CHN/CO/1.

640 Denkbar wäre noch, dass bereits geborene Menschen mit Behinderungen in ihrer in **Art 3** geschützten **Würde** durch die Zulassung der PID verletzt werden könnten. Wie in Rn 94 dargelegt, ist die in Art 3 verankerte Würde einer von acht allgemeinen Grundsätzen des Übereinkommens, der dem einzelnen Menschen mit Behinderung zukommt.

641 Der allgemeine Grundsatz wird aber für sich genommen vor dem skizzierten Hintergrund nicht ausreichen, ein gänzlich Verbot der PID aufrecht zu erhalten.⁷²¹ Um *Kopetzki* zu zitieren:⁷²²

„Eine Beschränkung könnte allerdings auch durch den Schutz der Rechte Geborener – insb behinderter Menschen – gerechtfertigt werden. [...] Eine pränatale oder präimplantative Diagnosemaßnahme berührt nicht allein deshalb die Rechte (geborener) behinderter Menschen, weil diese möglicherweise an eben jener Krankheit oder Behinderung leiden, auf deren Diagnose eine PID abzielt. Ein davon losgelöster Schutz vor symbolischen ‚Kränkungen‘ trägt noch kein Verbot zum Schutz der ‚Rechte anderer‘.“

642 Das Ergebnis würde sich ändern, wenn „PID die ernsthafte Gefahr mit sich brächte, dass dadurch künftig auch der rechtliche Schutz (geborener) behinderter Menschen bedroht wird.“⁷²³

3. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

643 Damit kann festgehalten werden, dass die Zulassung der PID nicht aus dem Übereinkommen zwingend abgeleitet werden kann.

644 Umgekehrt ergibt sich aber auch nicht zwingend ein gänzlich Verbot aus dem Übereinkommen. Der Handlungsspielraum der Vertragsstaaten bleibt damit in den Grenzen der EMRK – insb des Art 8 EMRK – offen.

VIII. Wrongful birth/wrongful conception

645 In diesem Teilbereich wird der Frage nachgegangen, ob das Übereinkommen neue Wertungen in den bisher in Österreich geführten Diskurs einführen kann. Vorwegzunehmen ist die grundsätzliche – die gesamte Rspr und Lehre durchziehende – Grundaussage, wonach ein Kind kein Schaden sei, sondern lediglich die finanziellen Aufwendungen, die mit der Tatsache, dass man für ein Kind zu sorgen hat, allenfalls einen ersatzfähigen Schaden darstellen kann.

⁷²¹ *Hufen* (Fn 684) 45f; *Tiefenthaler* (Fn 686) 266.

⁷²² *Kopetzki* (Fn 686) 329f.

⁷²³ *Kopetzki* (Fn 686) 330.

646 Wrongful birth erfasst jene Fälle, „in denen Eltern durch ein rechtswidriges Verhalten die Möglichkeit eines legalen Schwangerschaftsabbruchs genommen wird.“⁷²⁴ Zur österreichischen Regelung des Schwangerschaftsabbruchs und seiner Vereinbarkeit mit dem Übereinkommen kann auf Rn 192ff verwiesen werden.

647 Wrongful conception hingegen erfasst Fälle, in denen es aufgrund „eines rechtswidrigen Verhaltens, zB durch eine fehlerhafte Sterilisation, zu einer Schwangerschaft und letztlich zur Geburt eines Kindes“⁷²⁵ kommt.

1. Rechtslage in Österreich

648 Vergleichbar zur Rechtslage der PID fehlt es in Österreich an expliziten Normen, die *wrongful birth* und *wrongful conception* regeln. Daher werden die Fragen zivilrechtlich unter Rückgriff auf die allgemeinen schadenersatzrechtlichen Normen in der Lehre heftig diskutiert und in der Rechtsprechung entschieden. Auf die Nachzeichnung der zahlreichen und heftigen Kontroversen kann hier ob des Gutachtensauftrags verzichtet werden.

649 Notwendig erscheint jedoch eine Zusammenfassung der **Judikaturentwicklung**. Der OGH entschied in **wrongful birth** Fällen,⁷²⁶ dass der behinderungsbedingte Mehraufwand als Schaden den Eltern gegenüber aus einer Pflichtverletzung des Behandlungsvertrages ersatzfähig ist. Der Basisunterhalt wurde in diesem Verfahren nicht eingeklagt. Der fünfte Senat entschied im Jahr 2006,⁷²⁷ dass nicht nur der behinderungsbedingte, sondern der gesamte Unterhalt ersatzfähig sei, da der vertraglich geschützte Wille der Mutter ohne die Vertragsverletzung – also bei Kenntnis aller entscheidungsrelevanten Tatsachen – darauf gerichtet gewesen sei, gar kein Kind zu gebären und damit keine Unterhaltspflicht entstanden wäre.⁷²⁸ Zeitnah entschied der 6. Senat in einem **wrongful conception** Fall, dass die Geburt eines gesunden Kindes keinen Schadenersatz begründen könne.⁷²⁹

⁷²⁴ Neumayr, „Embryopathie“ und „wrongful birth“ in Österreichische Juristenkommission (Hg), Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit (2013) 207 (208).

⁷²⁵ Neumayr (Fn 723) 211.

⁷²⁶ OGH 25.51999, 1Ob91/99k.

⁷²⁷ OGH 7.3.2006, 5Ob165/05h. Ebenso: OGH 11.12.2007, 5Ob148/07m.

⁷²⁸ Dazu auch Neumayr (Fn 723) 210.

⁷²⁹ OGH 14.9.2006, 6Ob101/06f. Ebenso: OGH 30.11.2006, 2Ob172/06t; OGH 7.8.2008, 6Ob148/08w.

650 Dies führt zu einer „problematischen **Ungleichbehandlung** behinderter und gesunder Kinder [...]“, ⁷³⁰ in der *Hinghofer-Szalkay* eine mögliche Diskriminierung iSd Art 7 B-VG behinderter Kinder vermutet. Die Beurteilungsmaßstäbe für die (Un)Zulässigkeit einer Ungleichbehandlung sind in Rn 168ff abgehandelt.

2. Neue Wertung des Übereinkommens

651 Eine neue Wertung, die das Übereinkommen einbringt, ist das **Ziel der Armutsbekämpfung**. In der Präambel des Übereinkommens wird unter lit t) darauf hingewiesen, dass Menschen mit Behinderung besonders armutsgefährdet sind und „dass die nachteiligen Auswirkungen der Armut auf Menschen mit Behinderungen dringend angegangen werden müssen.“

652 Maßnahmen dieses Ziel zu erreichen sind in **Art 28** unter der Überschrift „Angemessener Lebensstandard“ („Adequate standard of living and social protection“; „Niveau de vie adéquat et protection sociale“) beispielhaft statuiert:

(1) Die Vertragsstaaten anerkennen das Recht von Menschen mit Behinderungen auf einen angemessenen Lebensstandard für sich selbst und ihre Familien, einschließlich angemessener Ernährung, Bekleidung und Wohnung, sowie auf eine stetige Verbesserung der Lebensbedingungen und unternehmen geeignete Schritte zum Schutz und zur Förderung der Verwirklichung dieses Rechts ohne Diskriminierung aufgrund von Behinderung. („1. States Parties recognize the right of persons with disabilities to an adequate standard of living for themselves and their families, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions, and shall take appropriate steps to safeguard and promote the realization of this right without discrimination on the basis of disability.“; “1. Les États Parties reconnaissent le droit des personnes handicapées à un niveau de vie adéquat pour elles-mêmes et pour leur famille, notamment une alimentation, un habillement et un logement adéquats, et à une amélioration constante de leurs conditions de vie et prennent des mesures appropriées pour protéger et promouvoir l’exercice de ce droit sans discrimination fondée sur le handicap.”)

(2) Die Vertragsstaaten anerkennen das Recht von Menschen mit Behinderungen auf sozialen Schutz und den Genuss dieses Rechts ohne Diskriminierung aufgrund von Behinderung und unternehmen geeignete Schritte zum Schutz und zur Förderung der Verwirklichung dieses Rechts, einschließlich Maßnahmen, um („2. States Parties recognize the right of persons with disabilities to social protection and to the enjoyment of that right without discrimination on the basis of disability, and shall take appropriate steps to safeguard and promote the realization of this right, including measures:“; “2. Les États

⁷³⁰ *Hinghofer-Szalkay*, *Wrongful Birth 2012: Lösung (nicht) in Sicht?* in Österreichische Juristenkommission (Hg), *Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit* (2013) 219 (220).

Parties reconnaissent le droit des personnes handicapées à la protection sociale et à la jouissance de ce droit sans discrimination fondée sur le handicap et prennent des mesures appropriées pour protéger et promouvoir l'exercice de ce droit, y compris des mesures destinées à :” [...]

b) Menschen mit Behinderungen, insbesondere Frauen und Mädchen sowie älteren Menschen mit Behinderungen, **den Zugang zu Programmen für sozialen Schutz und Programmen zur Armutsbekämpfung zu sichern;** („(b) To ensure **access** by persons with disabilities, in particular women and girls with disabilities and older persons with disabilities, **to social protection programmes and poverty reduction programmes;**”; “b) Assurer aux personnes handicapées, en particulier aux femmes et aux filles et aux personnes âgées, **l'accès aux programmes de protection sociale et aux programmes de réduction de la pauvreté;**”) [...]

- 653** Es handelt sich dabei um ein **soziales Recht**, womit der Progressionsvorbehalt von Art 4 Abs 2 des Übereinkommens schlagend wird, der aber wiederum durch das Diskriminierungsverbot relativiert wird.
- 654** Ein angemessener Lebensstandard dient zweifelsohne der Sicherung der in Art 3 a) des Übereinkommens als allgemeiner Grundsatz verankerten **Würde** des Menschen mit Behinderung.
- 655** Jedoch ergibt sich weder aus Art 3 noch aus Art 28 des Übereinkommens zwingend ein schadenersatzrechtlicher Anspruch in wrongful birth Fällen, da es dem Vertragsstaat offen steht, mit welchen Maßnahmen er den angemessenen Lebensstandard von Menschen mit Behinderungen sichert. Die Sicherung kann zT – muss aber nicht – über das Schadenersatzrecht erfolgen.
- 656** Grundgedanke des Schadenersatzrechtes ist es, den Schädiger für von ihm vorwerfbar verursachte Schäden haften zu lassen. Eine darüber hinausgehende Absicherung der geschädigten Person ist nicht über das Schadenersatz-, sondern über das Sozialrecht zu bewirken.
- 657** Anerkennt Österreich – legislativ oder judikativ – jedoch einen schadenersatzrechtlichen Anspruch so darf bei der Bemessung und Zuerkennung nicht aufgrund von Behinderung diskriminiert werden. Dies ergibt sich sowohl aus dem Übereinkommen als auch aus Art 7 B-VG und wurde im Grundsätzlichen unter Rn 167-191 eingehend behandelt.
- 658** Wenn also nur die Geburt eines Kindes mit Behinderung einen Schadenersatzanspruch begründen kann, braucht es eine sachliche Rechtfertigung dafür. Die sachliche Rechtfertigung kann im behinderungsbedingten Mehraufwand erblickt werden. Würde dieser Mehraufwand

nicht ersetzt und auch nicht durch sonstige sozialrechtliche Maßnahmen ein angemessener Lebensstandard iSd Art 28 des Übereinkommens des Kindes gesichert, wäre darin in Summe eine Verletzung des Übereinkommens zu erblicken.

659 Insofern ist Kletečka⁷³¹ zuzustimmen, dass die Zuerkennung auch des Basisunterhaltes in wrongful birth Fällen von Kindern mit Behinderung und die Nicht-Zuerkennung in wrongful conception Fällen von Kindern ohne Behinderung eine Diskriminierung darstellt.

660 Diese Diskriminierung könnte jedoch als positive Maßnahme iSd Art 5 (4) des Übereinkommens gerechtfertigt sein. Führt die Ungleichbehandlung doch dazu, dass mehr Schadenersatz zugesprochen wird und damit dem Kind mittelbar mehr Einkommen zur Verfügung steht und damit in weiterer Folge die Armutsgefährdung reduziert wird.

3. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

661 *Hinghofer-Szalkay* weist zurecht auf die noch offene Frage hin, welche Auswirkungen Schadenersatzverfahren auf die Psyche des Kindes haben können und plädiert daher für alternative Lösungsansätze jenseits des Schadenersatzrechts.⁷³²

662 Aus dem Übereinkommen selbst lässt sich das grundsätzliche Ziel der **Armutsvermeidung** dem österreichischen Diskurs zu wrongful birth/wrongful conception hinzufügen.

⁷³¹ *Kletečka*, Wrongful birth, wrongful conception, JBl 2011, 749 (758).

⁷³² *Hinghofer-Szalkay* (Fn 729) 222.