



universität  
wien

# DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Behinderung und Gerechtigkeit“

Der Umgang mit Menschen mit Behinderungen aus pränataler Sicht und in unserer  
Gesellschaft

Verfasserin

Mag. iur. Karoline Kumptner

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2014

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 783 101

Dissertationsgebiet Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: emer. o. Univ.-Prof. Dr. Gerhard Luf



***Mein Dank gilt meinen Eltern, die mich während meines gesamten Studiums tatkräftig unterstützt haben.***



## Eidesstattliche Erklärung

Ich erkläre hiermit an Eides Statt, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig und ohne Benutzung anderer als der angegebenen Hilfsmittel angefertigt habe. Die aus fremden Quellen direkt oder indirekt übernommenen Gedanken sind als solche kenntlich gemacht. Die Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form keiner anderen Prüfbehörde vorgelegt und nicht öffentlich gemacht.

Wien, September 2014

Karoline Kumptner



# Inhaltsverzeichnis

<b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>12</b>
<b>1 Behinderung.....</b>	<b>16</b>
<b>1.1 Der Begriff der Behinderung in der Geschichte .....</b>	<b>16</b>
<b>1.2 Der Begriff der Behinderung im medizinischen Kontext .....</b>	<b>20</b>
1.2.1 Begriffserklärung der WHO - ICDH 1980 .....	20
1.2.1.1 Schädigung - <i>impairment</i> .....	20
1.2.1.2 Beeinträchtigung - <i>disability</i> .....	20
1.2.1.3 Benachteiligung - <i>handicap</i> .....	21
1.2.1.4 Fallbeispiel.....	21
1.2.1.5 Kritik .....	21
1.2.2 Begriffserklärung der WHO - ICF 2001 .....	22
1.2.2.1 Körperfunktionen und Körperstrukturen - <i>functions</i> .....	22
1.2.2.2 Aktivitäten - <i>activity</i> und Partizipation - <i>participation</i> .....	22
<b>1.3 Der Begriff der Behinderung im Kontext der Heil- und Sonderpädagogik.....</b>	<b>23</b>
1.3.1 Behinderung – ein relativer Begriff .....	23
1.3.2 Behinderung - ein Oberbegriff oder eine Unterkategorie?.....	25
1.3.2.1 Beeinträchtigung als Oberbegriff .....	26
1.3.2.2 Abgrenzung von Behinderung und Schädigung .....	28
1.3.2.3 Abgrenzung von Behinderung und Krankheit .....	29
<b>1.4 Der Begriff der Behinderung im juristischen Kontext in Österreich....</b>	<b>30</b>
1.4.1 Das Behindertenkonzept der österreichischen Bundesregierung .....	30
1.4.2 Bundesbehindertengesetz - BBG.....	33
1.4.3 Bundespflegegeldgesetz - BPGG .....	33
1.4.4 Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz - BGStG .....	34
1.4.5 Bundes-Behinderteneinstellungsgesetz - BEinstG .....	35
1.4.6 Familienlastenausgleichsgesetz - FamLAG .....	37
1.4.7 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch - ABGB.....	37
1.4.7.1 § 175 ABGB.....	38
1.4.7.2 § 268 ABGB.....	39
<b>1.5 UN – Behindertenkonvention .....</b>	<b>40</b>
1.5.1 Allgemeines.....	40

1.5.2	Ausgewählte Artikel.....	42
1.5.2.1	Art 24 - Bildung.....	43
1.5.2.2	Artikel 27 - Arbeit .....	43
<b>1.6</b>	<b>Eigene Ansicht .....</b>	<b>44</b>
<b>2</b>	<b>Gerechtigkeit in Bezug auf Menschen mit Behinderungen bei Singer, Rawls und Nussbaum .....</b>	<b>47</b>
<b>2.1</b>	<b>Utilitarismus .....</b>	<b>48</b>
<b>2.2</b>	<b>Singers „Praktische Ethik“ .....</b>	<b>51</b>
2.2.1	Allgemeines.....	51
2.2.2	Der Begriff der „Person“ bei Singer .....	51
2.2.3	Euthanasie bei behinderten Säuglingen.....	53
2.2.3.1	Spina bifida.....	55
2.2.3.2	Hämophilie.....	56
2.2.3.3	Down-Syndrom.....	59
2.2.3.4	Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen?.....	60
2.2.4	Singers Ansicht zu Behinderung .....	62
<b>2.3</b>	<b>John Rawls - Gerechtigkeit als Fairness.....</b>	<b>66</b>
2.3.1	Urzustand.....	66
2.3.2	Schleier des Nichtwissens.....	68
2.3.3	Grundgüter .....	70
2.3.4	„Am wenigsten Begünstigten“ .....	71
2.3.5	Rawls‘ Gerechtigkeitsgrundsätze .....	71
2.3.5.1	Erster Gerechtigkeitsgrundsatz .....	71
2.3.5.2	Zweiter Gerechtigkeitsgrundsatz .....	72
2.3.6	Höherrangige Interessen.....	73
2.3.7	Rawls‘ Gerechtigkeitstheorie in Bezug auf Menschen mit Behinderungen .....	74
2.3.7.1	Keine Gerechtigkeit in der Solidaritätsgemeinschaft .....	75
2.3.7.2	Gütermaximierung als Indiz .....	76
2.3.7.3	Keine Mitbestimmung bei politischen Entscheidungen.....	77
2.3.7.4	Differenzierung zwischen Parteien des Urzustandes und Bürgern der Gesellschaft .....	79

2.3.7.5	Keine Mitbestimmung von Menschen mit Behinderungen bezüglich der grundlegenden Prinzipien .....	79
2.3.7.6	Stellvertretung von Menschen mit Behinderungen .....	83
<b>2.4</b>	<b>Der Fähigkeitsansatz von Nussbaum.....</b>	<b>84</b>
2.4.1	Konzeption der Kooperation.....	85
2.4.2	Vermögen und Einkommen als gute Indikatoren?.....	86
2.4.3	Liste der Fähigkeiten .....	87
2.4.4	Die Bedeutung der „Fürsorge“ im Fähigkeitsansatz.....	88
2.4.5	Ähnlichkeiten zwischen Rawls' Gerechtigkeit als Fairneß und Nussbaums Fähigkeitsansatz? .....	90
2.4.6	Der Fähigkeitsansatz in Bezug auf Menschen mit geistigen Behinderungen .....	91
<b>2.5</b>	<b>Eigene Ansicht .....</b>	<b>93</b>
<b>3</b>	<b>Der Umgang mit Menschen mit Behinderungen aus pränataler Sicht.....</b>	<b>98</b>
<b>3.1</b>	<b>Pränataldiagnostik .....</b>	<b>98</b>
3.1.1	Allgemeines.....	98
3.1.2	Aufgaben der Pränataldiagnostik .....	99
3.1.3	Unterschiedliche Meinungen zu Pränataldiagnostik.....	99
3.1.4	Methoden der Pränataldiagnostik.....	102
3.1.4.1	Nichtinvasive Methoden .....	102
3.1.4.2	Invasive Methoden .....	103
3.1.5	Aktuelles in der Pränataldiagnostik: „PraenaTest“ .....	105
3.1.5.1	Gutachten zu „PraenaTest“ .....	109
3.1.5.2	Unterschiedliche Meinungen zu „PraenaTest“ .....	112
3.1.6	Test aus Washington .....	113
<b>3.2</b>	<b>Behandlungsvertrag und ärztliche Aufklärungspflicht.....</b>	<b>114</b>
3.2.1	Rechte und Pflichten aus dem Behandlungsvertrag .....	114
3.2.2	Behandlungsfehler .....	115
3.2.3	Die ärztliche Aufklärungspflicht .....	116
3.2.4	Die ärztliche Aufklärungspflicht in der Pränataldiagnostik.....	121
3.2.4.1	Beratung vor pränataldiagnostischen Untersuchungen .....	122
3.2.4.2	Beratung während pränataldiagnostischen Untersuchungen .....	123

3.2.4.3	Psychosoziale Beratung vor und zwischen pränataldiagnostischen Untersuchungen .....	124
3.2.4.4	Beratung nach einem „auffälligen“ Befund .....	125
3.2.5	Pränataldiagnostik und Behinderung .....	126
<b>3.3</b>	<b>„wrongful birth“ .....</b>	<b>127</b>
3.3.1	„wrongful birth“ .....	127
3.3.2	„wrongful conception“ .....	128
3.3.3	„wrongful life“ .....	128
3.3.4	Schadenersatz bei „wrongful birth“ .....	129
3.3.5	Judikatur in Deutschland .....	129
3.3.5.1	OLG – Fall: Fehlerhafte Applikation eines Kontrazeptivums .....	130
3.3.6	Judikatur in Österreich .....	130
3.3.6.1	OGH – Fall: Nichterkennen der Behinderung des Kindes .....	130
3.3.6.2	OGH – Fall: Weiterleitung an die Risikoambulanz .....	133
3.3.6.3	OGH – Fall: Fehlgeschlagene Vasektomie .....	136
3.3.6.4	OGH – Fall: Fehlgeschlagene Eileiterunterbindung .....	138
3.3.7	Zwei Modelle zur Begründung der Haftung bei wrongful birth .....	140
3.3.7.1	Das schadenersatzrechtliche Modell .....	140
3.3.7.2	Das personale Lösungsmodell .....	141
<b>3.4</b>	<b>Eigene Ansicht .....</b>	<b>148</b>
<b>4</b>	<b>Der Umgang mit Menschen mit Behinderungen in unserer Gesellschaft .....</b>	<b>152</b>
<b>4.1</b>	<b>Menschen mit Behinderung im Bereich der Bildung .....</b>	<b>153</b>
4.1.1	Sonderpädagogischer Förderungsbedarf .....	156
4.1.2	Verschiedene Schulmodelle .....	158
<b>4.2</b>	<b>Integration von Menschen mit Behinderungen durch Arbeit .....</b>	<b>160</b>
4.2.1	Beschäftigungspflicht .....	162
4.2.2	Ausgleichstaxe .....	164
4.2.3	Besonderer Kündigungsschutz .....	165
4.2.3.1	Kündigung .....	166
4.2.3.2	Entlassung .....	168
<b>4.3</b>	<b>Antidiskriminierungsrechtliche Bestimmungen des BEinstG .....</b>	<b>172</b>
4.3.1	Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG .....	172

4.3.2	Diskriminierungsverbot gem § 7b BEinstG .....	172
4.3.2.1	EuGH - Fall: „Coleman“ – Umfasst Diskriminierungsschutz auch Angehörige? .....	174
4.3.2.2	EuGH – Fall: „Chacón Navas“ – Wird Krankheit auch von der Richtlinie umfasst?.....	177
4.3.2.3	EuGH – Fälle: „Ring/Skouboe“ – Abgrenzung von Behinderung und Krankheit.....	179
4.3.3	Angemessene Vorkehrungen – zumutbare Maßnahmen.....	183
4.3.3.1	EuGH – Fall: Ist die Herabsetzung der Arbeitszeit eine zumutbare Maßnahme?.....	186
4.3.4	Diskriminierung gemäß § 7c BEinstG .....	187
4.3.4.1	Unmittelbare Diskriminierung.....	187
4.3.4.2	Mittelbare Diskriminierung .....	187
4.3.5	Belästigung gemäß § 7d BEinstG .....	189
4.3.5.1	OGH – Fall: Diskriminierung einer blinden Frau am Arbeitsplatz... ..	189
4.3.6	Exkurs: Diskriminierungsverbot des BGStG.....	192
4.3.6.1	OGH – Fall: Diskriminierung im Zusammenhang mit einer Behinderung .....	193
4.3.7	Rechtsfolgen der Diskriminierung .....	196
4.3.7.1	Rechtsfolgen bei Begründung und bei Beendigung des Dienstverhältnisses.....	196
4.3.8	Schlichtungsverfahren und gerichtliche Geltendmachung .....	198
4.3.9	Mehrfachdiskriminierung .....	200
4.3.10	Exkurs: OGH – Fall: Arbeits- oder Austauschvertrag? .....	201
<b>4.4</b>	<b>Eigene Ansicht .....</b>	<b>204</b>
<b>5</b>	<b>Résumé.....</b>	<b>208</b>
<b>6</b>	<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>214</b>
<b>7</b>	<b>Abstract .....</b>	<b>226</b>
<b>8</b>	<b>Lebenslauf der Verfasserin .....</b>	<b>228</b>

## Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
Art	Artikel
ÄrzteG	Ärztegesetz
BBG	Bundesbehindertengesetz
BEinstG	Bundes-Behinderteneinstellungsgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGStG	Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
BPGG	Bundespflegegeldgesetz
bspw	beispielsweise
bzw	beziehungsweise
ca	circa
dh	das heißt
E	Entscheidung
€	Euro
f	folgende
ff	fortfolgende
FamLAG	Familienlastenausgleichsgesetz

GG	Grundgesetz
gem	gemäß
ICIDH	International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps
ICF	International Classification of Functioning, Disabilities and Health
insb	insbesondere
iS	im Sinne
KAKuG	Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten
mE	meines Erachtens
nF	neue Fassung
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
PND	Pränataldiagnostik
Rsp	Rechtsprechung
S	Schilling
SSW	Schwangerschaftswoche
StGB	Strafgesetzbuch
ua	unter anderem
uU	unter Umständen
va	vor allem
WHO	World Health Organization/Weltgesundheitsorganisation
zB	zum Beispiel

## Einleitung

Die Wahl des Themas „Behinderung und Gerechtigkeit“ hängt für mich ua damit zusammen, dass ich selbst einen Cousin habe, der an einer Form von Autismus leidet. In einem solchen Fall stellen sich in der Familie Fragen wie: „Welche Schule wäre für ihn am besten?“ oder „Welchem Beruf soll/kann/wird er eines Tages nachgehen?“. Daher war ich immer wieder mit der Thematik „Behinderung“ in Bezug auf die Schulwahl und die zukünftige Berufswahl konfrontiert. Darüber hinaus interessierten mich schon seit Beginn meines Studiums besonders medizinrechtliche und medizinethische Themen und Fragestellungen, so auch die Diskussion rund um „wrongful birth“. Nachdem ich den Entschluss gefasst hatte, eine Dissertation zu schreiben, entstand die Idee, diese beiden Gebiete zu verbinden. Daher beschäftigt sich ein Teil der Arbeit mit dem Umgang mit Menschen mit Behinderungen aus pränataler Sicht, während sich der andere Teil mit dem Umgang mit Menschen mit Behinderungen in unserer Gesellschaft auseinandersetzt. Hier wird insb auf die Bereiche der Schule und der Arbeitswelt in Zusammenhang mit behinderten Menschen eingegangen.

Zu Beginn der Arbeit wird ein Überblick über den Begriff der „Behinderung“ aus verschiedenen Blickwinkeln gegeben. Dabei wird auf die Begriffserklärung aus medizinischer, aus sonder- und heilpädagogischer wie auch aus juristischer Sicht eingegangen. Weiters wird der Begriff auch im Kontext der UN-Behindertenkonvention erläutert.

Das anschließende Kapitel beschäftigt sich mit dem utilitaristischen Ansatz von Singer und mit der Gerechtigkeitstheorie von Rawls sowie dem Fähigkeitsansatz von Nussbaum. In Zusammenhang mit Singer soll va dessen Einstellung gegenüber behinderten Menschen geschildert werden. Nach der Erläuterung von Rawls' Gerechtigkeitstheorie und von Nussbaum's Fähigkeitsansatz soll auf die Frage eingegangen werden, ob diese Theorien auch auf Menschen mit Behinderungen anwendbar sind.

Das darauffolgende Kapitel hat den Umgang mit Menschen mit Behinderungen aus pränataler Sicht, die Methoden der Pränataldiagnostik, die „wrongful birth“-Problematik wie auch die ärztliche Aufklärungspflicht und den Behandlungsvertrag zum Inhalt. ME ist es besonders wichtig, auch aktuelle Geschehnisse in die entsprechenden Themengebiete miteinzubeziehen. So ergab sich während des

Schreibens der Arbeit, dass im Bereich der Pränataldiagnostik ein neuer Bluttest auf den Markt gekommen ist. Neben der Schilderung dieses sogenannten „PraenaTest“ wollte ich auch einige Reaktionen und Statements wiedergeben, die durch das Aufkommen dieses Tests hervorgerufen wurden. Innerhalb dieses Kapitels möchte ich auch die Frage behandeln, ob es durch die Pränataldiagnostik zur Diskriminierung von – sowohl ungeborenen als auch bereits geborenen – Menschen mit Behinderungen kommt.

Das letzte Kapitel dieser Arbeit beschäftigt sich mit dem Umgang mit Menschen mit Behinderungen in unserer Gesellschaft. Dies beginnt bei den unterschiedlichen Schulmodellen für behinderte Kinder und reicht bis in die Arbeitswelt. Dort wird insb auf einige wesentliche Bestimmungen - nämlich die Beschäftigungspflicht, den besonderen Kündigungsschutz und die Ausgleichstaxe - des BEinstG eingegangen.

Schließlich wird auf sämtliche antidiskriminierungsrechtlichen Normen des BEinstG eingegangen. Es soll erläutert werden, was unter einer „Diskriminierung“ und einer „Belästigung“ iS dieses Gesetzes verstanden wird und welche Rechtsfolgen dadurch ausgelöst werden. Einige höchstgerichtliche Entscheidungen sollen verdeutlichen, welche Sachverhalte als „Diskriminierung“ oder „Belästigung“ in der Arbeitswelt qualifiziert wurden. Es handelt sich in diesem Kapitel um die Frage, in welcher Weise behinderte Menschen am Arbeitsplatz diskriminiert werden und wie effektiv die zum Schutz behinderter Menschen vor Diskriminierung erlassenen Gesetze in der Praxis wirklich sind.

Ziel dieser Arbeit ist es, allen eben angeführten Fragestellungen nachzugehen und soweit möglich den Tatsachen auf den Grund zu gehen. Es soll untersucht werden, mit welchen Problemen, Vorurteilen und Diskriminierungen behinderte Menschen bzw Embryonen und ihre Angehörigen vor dem Zeitpunkt ihrer Geburt und auch danach zu kämpfen haben.

Es wird auf die gleichzeitige Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen verzichtet, jedoch ist festzuhalten, dass sämtliche Personenbezeichnungen gleichwohl für beiderlei Geschlecht gelten.

# 1 Behinderung

Auf den ersten Blick scheint der Definitionsbereich des Begriffes der Behinderung klar abgesteckt zu sein. Bei genauerer Beurteilung erweist sich diese Betrachtung jedoch als Trugschluss, da die oftmals vorrangig verwendete gesellschaftspolitische Definition der Behinderung nur einen Teil des Definitionsspektrums abdeckt. Im Folgenden wird Behinderung aus unterschiedlichsten Blickwinkeln betrachtet.

Der Begriff Behinderung weist eine erhebliche Unschärfe auf, da zahllose Begriffe darunter subsumiert werden, wie zB körperliche Behinderung, geistige Behinderung, Sprachbehinderung sowie psychische Behinderung.<sup>1</sup> Im alltäglichen Sprachgebrauch zeigt sich, wie unklar dieser Begriff ist. Er ist aus unserem Sprachgebrauch nicht mehr wegzudenken und somit ein Allerweltswort geworden.<sup>2</sup>

## 1.1 Der Begriff der Behinderung in der Geschichte

Der Begriff der Behinderung als solcher existiert noch nicht sehr lange. Das geht daraus hervor, dass sich im „Enzyklopädischem Handbuch der Heilpädagogik“ von Dannemann aus dem Jahre 1911 der Begriff noch überhaupt nicht findet. Damals war es nicht nötig, einen Oberbegriff zu definieren, da es noch keine eigenen Theorien in der Heilpädagogik gab, und auch im juristischen Bereich war es so, dass sich die Regelungen nur auf spezielle Arten von Behinderungen - wie zB Blindheit oder Taubheit - bezogen. Auch in einem anderen „Enzyklopädischen Handbuch“, jenem von Heese/Wegener, das von 1965 bis 1969 immer wieder erschienen ist, ist der Begriff der Behinderung nicht zu finden. Der im Jahr 1969 erschienene Nachtrag zu diesem Handbuch enthält den Begriff „Behinderung“ zum ersten Mal. Näher beschrieben wurde der Behinderungsbegriff darin nicht, weil man scheinbar davon ausging, dass der Begriff ohnehin verständlich und klar sei.<sup>3</sup>

Zu Beginn des 20. Jahrhunderts wurde der Begriff der Behinderung im Kontext der „Krüppelfürsorge“ für Körperbehinderte zum ersten Mal gebraucht. Dieser Begriff hat sich jedoch nicht durchgesetzt. Im späten 18. sowie im 19. Jahrhundert existierten einige Vorläuferbegriffe, die sich stark an medizinischen Gesichtspunkten

---

<sup>1</sup> Angerer/Raab/Streit, Akzeptiert? Soziale Reaktionen von Kindergärtnerinnen und Eltern auf behinderte Kinder im Vorschulalter, 1994, 4.

<sup>2</sup> Lindmeier, Phänomen oder Faktum?, 1993, 22.

<sup>3</sup> Sander in Eberwein, Integrationspädagogik, 1999, 99 f.

orientierten. Während des 19. und 20. Jahrhunderts wurden Menschen, die in intellektuell-kognitiver Sicht markante Schwächen hatten, als „Geistesschwache“, „Schwachsinnige“ oder „Geistigbehinderte“ bezeichnet. Es erfolgte eine Untergliederung in folgende Schweregrade: Debität, Imbezillität und Idiotie.<sup>4</sup>

Der Begriff des „Krüppels“ war in § 9 des preußischen Krüppelfürsorgegesetzes wie folgt geregelt: *„Eine Verkrüppelung im Sinne dieses Gesetzes liegt vor, wenn eine Person (Krüppel) infolge eines angeborenen oder erworbenen Knochen-, Gelenk-, Muskel- oder Nervenleidens oder Fehlens eines wichtigen Gliedes oder von Teilen eines solchen in dem Gebrauch ihres Rumpfes oder ihrer Gliedmaßen nicht nur vorübergehend derart behindert ist, daß ihre Erwerbstätigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkte voraussichtlich wesentlich beeinträchtigt wird.“*<sup>5</sup>

Hinsichtlich dieser Definition existiert eine Entscheidung des Bundesamtes für das Heimatwesen, welche erörtert, was unter dem Begriff des „Krüppel“ zu verstehen ist: *„Für die Auslegung des Begriffs „Krüppel“ im Sinne des § 6 Pr. AV. z. FV., § 9 Pr. Ges. betr. die öffentliche Krüppelfürsorge vom 6.5.1920 macht es keinen Unterschied, ob das Krüppelleiden noch nicht abgeschlossen ist, ob es sich vielmehr noch um einen Krankheitsprozeß handelt, oder ob der Krankheitsprozeß beendet und eine Verkrüppelung als Folgeerscheinung zurückgeblieben ist.“*<sup>6</sup>

Das Gesetz über die Vereinheitlichung des Gesundheitswesens vom 3. Juli 1934 beinhaltete den Begriff der „körperlichen Behinderung“. § 3 Abs 1 lit f<sup>7</sup> lautete: *„Den Gesundheitsämtern liegt ob: Die Durchführung der ärztlichen Aufgaben: der Fürsorge für Tuberkulöse, für Geschlechtskranke, körperlich Behinderte, Sieche und Süchtige.“* Nach dem Anschluss im Jahr 1938 galt dieses Gesetz auch in Österreich. Am 29. November 1938 wurde die „Verordnung über die Einführung des Gesetzes über die Vereinheitlichung des Gesundheitswesens im Lande Österreich“ erlassen.<sup>8</sup>

Während des Nationalsozialismus fand sich der Begriff auch in § 6 des Reichsschulpflichtgesetzes von 1938: „Schulpflicht geistig und körperlich behinderter Kinder.“ In dieser Zeit wurde der Begriff der Behinderung durch „geistig“ und

---

<sup>4</sup> Haeberlin, Grundlagen der Heilpädagogik. Einführung in eine wertgeleitete erziehungswissenschaftliche Disziplin, 2005, 72.

<sup>5</sup> Gütt, Der öffentliche Gesundheitsdienst. Erläuterungen zum Gesetz über die Vereinheitlichung vom 3. Juli 1934 nebst Durchführungsverordnungen, Gebührenordnung und Anhang mit Erlassen, 1939, 293.

<sup>6</sup> Gütt, Der öffentliche Gesundheitsdienst, 293 f.

<sup>7</sup> dRGBI. I S 531/1934.

<sup>8</sup> dRGBI. I S 1680/1938.

„körperlich“ noch näher umschrieben. Heutzutage ist das Verständnis dieses Begriffes so, dass eine solche Ergänzung nicht mehr relevant wäre, da auch die alleinige Verwendung des Begriffs der Behinderung gebräuchlich geworden ist.<sup>9</sup>

Durch das deutsche Bundessozialhilfegesetz aus dem Jahr 1961 erfuhr der Begriff eine weitere Entwicklung. Zwar wurde er nicht explizit definiert, jedoch waren im Abschnitt „Eingliederungshilfe für Behinderte“ Personen angeführt, welchen Eingliederungshilfe zu erteilen ist, womit zumindest enumerativ eine nähere Beschreibung des Begriffs erreicht wurde. § 39 Abs 1 des BSHG<sup>10</sup>, welcher mit „Personenkreis und Aufgabe“ betitelt ist, lautete:

*„(1) Eingliederungshilfe ist zu gewähren*

- 1. Körperbehinderten oder von einer Körperbehinderung bedrohten Personen,*
- 2. Blinden, von Blindheit bedrohten oder nicht nur vorübergehend hochgradig sehschwachen Personen,*
- 3. Personen, die durch eine Beeinträchtigung der Hörfähigkeit nicht nur vorübergehend wesentlich behindert ist oder von einer solchen Behinderung bedroht sind,*
- 4. Personen, die durch eine Beeinträchtigung der Sprachfähigkeit nicht nur vorübergehend wesentlich behindert oder von einer solchen Behinderung bedroht sind,*
- 5. Personen, deren geistige Kräfte schwach entwickelt sind. Körperbehindert im Sinne des Satzes 1 Nr. 1 sind Personen, die in ihrer Bewegungsfähigkeit durch eine Beeinträchtigung ihres Stütz- oder Bewegungssystems nicht nur vorübergehend wesentlich behindert sind oder bei denen Spaltbildungen des Gesichts oder des Rumpfes bestehen.“*

Somit erfasste das Bundessozialhilfegesetz Menschen mit einer körperlichen Behinderung, blinde und gehörlose Menschen, Menschen, deren Sprachfähigkeit beeinträchtigt ist, sowie Menschen mit einer geistigen Behinderung.

Der Begriff hat im Laufe der Zeit zahlreiche Ausweitungen und Entwicklungen durchgemacht. Gegen Ende der 1960er Jahre behauptete sich der Begriff aufgrund der Tatsache, dass er nicht mehr nur ein wichtiger Begriff in der Heilpädagogik,

---

<sup>9</sup> Sander in Eberwein, Integrationspädagogik, 100.

<sup>10</sup> BSHG BGBl I S. 3022.

sondern darüber hinaus auch für das Bildungssystem, das Rechtssystem, das Gesundheitssystem sowie für das System sozialer Sicherung von großer Relevanz wurde.<sup>11</sup> Bis zu den 1970er Jahren stellte er weitgehend einen unpräzisen medizinischen Begriff dar, welcher körperliche Schädigungen, Pathologien wie auch Anomalien umschrieb. Im Anschluss an diese Zeit folgte bezüglich des Begriffes der Behinderung eine grundlegende Diskussion, welche sich darauf bezog, dass bloß einseitige Sichtweisen - wie zB eine medizinische oder psychologische - abgelehnt wurden. An dieser Diskussion waren Aktivisten der Behindertenbewegung, Eltern von Kindern mit Behinderungen, Sozialwissenschaftler wie auch Vertreter der Behindertenpädagogik beteiligt. Infolgedessen wandelte sich die Beobachterperspektive durch die Einbindung der Betroffenen selbst zu einer Betroffenenperspektive.<sup>12</sup>

Da sowohl die angeführten Handbücher der Heilpädagogik als auch die genannten Gesetzesstellen solche aus Deutschland sind, ist anzunehmen, dass der Begriff „Behinderung“ dort seinen Ursprung hat. Abgesehen von der Übernahme der deutschen Gesetze im Jahre 1938, befand sich der Begriff „Behinderung“ in Österreich in der Europäischen Sozialcharta aus 1969. Diese besagt bereits im Teil I Z 15 der Präambel: *„Jeder Behinderte hat das Recht auf berufliche Ausbildung, sowie auf Eingliederung und Wiedereingliederung, ohne Rücksicht auf Ursprung und Art seiner Behinderung.“*<sup>13</sup> Weiters befindet sich der Begriff „Behinderung“ in der Sozialcharta in Art 9 „Das Recht auf Berufsberatung“, Art 10 „Das Recht auf berufliche Ausbildung“ und Art 15 „Das Recht der körperlich oder geistig Behinderten“.

Nachdem kurz die geschichtliche Entwicklung des Behinderungsbegriffes aufgezeigt wurde, wird in der Folge Behinderung aus dem Blickwinkel der Medizin, der Heil- und Sonderpädagogik sowie aus dem juristischen Blickwinkel betrachtet.

---

<sup>11</sup> Lindmeier, Phänomen oder Faktum?, 28.

<sup>12</sup> Dederich in Dederich/Jantzen, Behinderung und Anerkennung. Behinderung als sozial- und kulturwissenschaftlicher Kategorie, 2009, 16 f.

<sup>13</sup> BGBl 1969/460.

## 1.2 Der Begriff der Behinderung im medizinischen Kontext

In diesem Kapitel wird auf den Begriff der Behinderung aus der Sicht der Medizin eingegangen. Hierfür spielt die Klassifizierung der Weltgesundheitsorganisation eine entscheidende Rolle, weshalb auf diese im Anschluss eingegangen wird.

### 1.2.1 Begriffserklärung der WHO - ICDH 1980

Die WHO traf mit der „International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps“ („Internationale Klassifikation der Schädigungen, Fähigkeitsstörungen und Beeinträchtigungen“) von 1980, kurz ICDH, eine dreiteilige Einteilung des Begriffes der Behinderung. Sie ist eine weitgehend anerkannte Klassifikation, anhand derer Behinderungen beschrieben werden.<sup>14</sup> Bei ihr handelt es sich im Kern um eine medizinische Definition.<sup>15</sup> Durch die ICDH erfolgte zum ersten Mal eine Abgrenzung von Behinderung und Krankheit durch die WHO.<sup>16</sup> Es werden folgende drei Ebenen unterschieden: Schädigung - *impairment*, Fähigkeitsstörung/Beeinträchtigung - *disability* und Benachteiligung - *handicap*, auf welche an dieser Stelle näher eingegangen wird.<sup>17</sup>

#### 1.2.1.1 Schädigung - *impairment*

Die erste Ebene bildet die Schädigung, worunter Störungen der Organe bzw generell Störungen des menschlichen Organismus verstanden werden.<sup>18</sup> Es sind Abnormitäten der Körperstruktur, Körpererscheinung oder der Funktion der Organe. Es handelt sich um Störungen auf der organischen Ebene.<sup>19</sup>

#### 1.2.1.2 Beeinträchtigung - *disability*

Sind die üblichen Fähigkeiten und Fertigkeiten eines Menschen eingeschränkt oder fehlen sie gänzlich, so handelt es sich um eine Beeinträchtigung, welche die zweite Ebene bildet.<sup>20</sup> Meist resultiert die Beeinträchtigung aus einer Schädigung, was dazu

---

<sup>14</sup> *Bleidick/Hagenmeister*, Einführung in die Behindertenpädagogik I. Allgemeine Theorie der Behindertenpädagogik, 1998, 11.

<sup>15</sup> *Angerer/Raab/Streit*, Akzeptiert?, 6.

<sup>16</sup> *Hirschberg*, Behinderung im internationalen Diskurs. Die flexible Klassifizierung der Weltgesundheitsorganisation, 2009, 47.

<sup>17</sup> *Antor/Bleidick*, Handlexikon der Behindertenpädagogik: Schlüsselbegriffe aus Theorie und Praxis, 2001, 59.

<sup>18</sup> *Cloerkes*, Soziologie der Behinderten. Eine Einführung, 2007, 5.

<sup>19</sup> *World Health Organization*, ICDH. Teil 2, Internationale Klassifikation der Schädigungen, Fähigkeitsstörungen und Beeinträchtigungen. Ein Handbuch zur Klassifikation der Erkrankung, 1995, 230.

<sup>20</sup> *Haas* in *Neumann*, „Behinderung“. Von der Vielfalt eines Begriffes und dem Umgang damit, 1997, 125.

führt, dass ein Mensch eingeschränkte Fähigkeiten im Vergleich zu einem gleichaltrigen nichtgeschädigten Menschen besitzt.<sup>21</sup> Eingeschränkte Fähigkeiten können somit als Störungen auf der Ebene der Person bezeichnet werden.<sup>22</sup>

#### 1.2.1.3 Benachteiligung - *handicap*

Bei der dritten Ebene handelt es sich um die Benachteiligung im gesellschaftlichen Leben, welche wiederum im Zuge der Schädigung entsteht.<sup>23</sup> Sie erstreckt sich auf Benachteiligungen, die aus der Schädigung oder Fähigkeitsstörung resultieren.<sup>24</sup> Es handelt sich also um potenzielle Folgen auf sozialer Ebene.<sup>25</sup>

#### 1.2.1.4 Fallbeispiel

Ein Kind, das gehörlos zur Welt kommt, hat eine Schädigung (*impairment*). Dies muss keine zwingenden Folgen für die elementare Lebensfähigkeit des Kindes haben. Es ist aber möglich, dass die Sprachkompetenz nicht vollkommen erreicht werden kann, was in der Folge dazu führt, dass es in Verständigung und Verständnis behindert ist (*disability*). Aufgrund dieser Tatsache kann es sein, dass das Kind im privaten und/oder beruflichen Bereich nicht in der Lage ist ein normales Leben zu führen (*handicap*).<sup>26</sup>

#### 1.2.1.5 Kritik

Diese Definitionen erscheinen vorerst plausibel, jedoch ist festzuhalten, dass sie sich mit dem, was im Alltag unter „Behinderung“ verstanden wird, schwer vermitteln lassen.<sup>27</sup> Das liegt daran, dass nicht immer eine klare Subsumtion unter einen der drei Tatbestände erfolgen kann, da Schädigung, Beeinträchtigung und Benachteiligung oft zusammenhängen und schwer voneinander trennbar sind. Vielmehr stellt die Behinderung eines Menschen „*einen komplexen Prozess von Ursachen und Folgen, unmittelbaren Auswirkungen, individuellem Schicksal und sozialen Konsequenzen*“ dar.<sup>28</sup> Es bestünde die Möglichkeit, eine Gesellschaft so zu gestalten, dass die Hilfeangebote für Menschen mit Beeinträchtigungen oder Schädigungen so gut sind, dass es für diese Menschen faktisch gar keine

---

<sup>21</sup> Bleidick/Hagenmeister, Einführung in die Behindertenpädagogik I, 11.

<sup>22</sup> World Health Organization, ICIDH. Teil 2, 230.

<sup>23</sup> Haas in Neumann, „Behinderung“, 125.

<sup>24</sup> World Health Organization, ICIDH. Teil 2, 230.

<sup>25</sup> Cloerkes, Soziologie der Behinderten, 5.

<sup>26</sup> Cloerkes, Soziologie der Behinderten, 5.

<sup>27</sup> Bleidick/Hagenmeister, Einführung in die Behindertenpädagogik I, 11 f.

<sup>28</sup> Bleidick/Hagenmeister, Einführung in die Behindertenpädagogik I, 11 f.

Benachteiligungen mehr gibt. „Im utopischen Sinne gibt es keine Behinderten als Benachteiligte – auf den Begriff der Behinderung kann verzichtet werden.“<sup>29</sup> Die Umsetzung einer solchen Vorstellung ist äußerst schwer und bis heute noch nicht vollbracht worden. Nichtsdestotrotz geht Bleidick von einer „grundsätzlichen Richtigkeit des rehabilitativen Ansatzes“ aus.<sup>30</sup>

## 1.2.2 Begriffserklärung der WHO - ICF 2001

2001 wurde die „International Classification of Functioning, Disability and Health“ („Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit“), kurz ICF, fertiggestellt, an welcher seit 1997 gearbeitet wurde. Sie stellt die Nachfolgerin der ICIDH dar. Während es sich bei der ICIDH um eine Klassifikation der „Krankheitsfolgen“ handelt, hat sich die ICF wesentlich weiterentwickelt zu einer Klassifikation der „Komponenten der Gesundheit“.<sup>31</sup> Die ICF brachte eine neue Einteilung und definiert folgende Komponenten: Körperfunktionen und Körperstrukturen - *functions*, Aktivitäten - *activity* und Partizipation - *participation*.<sup>32</sup>

### 1.2.2.1 Körperfunktionen und Körperstrukturen - *functions*

Unter Körperfunktionen werden die physiologischen Funktionen von Körpersystemen inklusive psychologischer Funktionen verstanden. Körperstrukturen erfassen anatomische Teile des Körpers wie Organe, Gliedmaßen und deren Bestandteile. Ist eine Körperfunktion oder eine Körperstruktur beeinträchtigt, wie zB eine wesentliche Abweichung oder sogar ein Verlust einer solchen, dann liegt eine Schädigung vor.<sup>33</sup>

### 1.2.2.2 Aktivitäten - *activity* und Partizipation - *participation*

Bei einer Aktivität handelt es sich um die Ausführung einer Handlung oder Aktion durch eine Person. Damit wird das Ausmaß der persönlichen Verwirklichung umschrieben. Hat jemand Schwierigkeiten, diese Aktivität auszuführen, dann besteht diesbezüglich eine Beeinträchtigung der Aktivität. Partizipation bedeutet, dass man in eine Lebenssituation einbezogen ist; es betrifft die Teilhabe am Leben der

---

<sup>29</sup> Bleidick/Hagenmeister, Einführung in die Behindertenpädagogik I, 12.

<sup>30</sup> Bleidick/Hagenmeister, Einführung in die Behindertenpädagogik I, 12.

<sup>31</sup> Deutsches Institut für Medizinische Dokumentation und Information, DIMDI WHO-Kooperationszentrum für das System Internationaler Klassifikationen, Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit, 2005, 10.

<sup>32</sup> DIMDI, Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit, 17.

<sup>33</sup> DIMDI, Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit, 17.

Gesellschaft. Hat jemand Probleme, in eine Lebenssituation miteinbezogen zu sein, so liegt eine Beeinträchtigung der Partizipation bzw der Teilhabe vor.<sup>34</sup>

### 1.3 Der Begriff der Behinderung im Kontext der Heil- und Sonderpädagogik

In diesem Teil wird auf Behinderung aus dem Blickwinkel der Heil- und Sonderpädagogik eingegangen.

#### 1.3.1 Behinderung – ein relativer Begriff

Es ist unbestritten, dass es sich bei dem Begriff der Behinderung um einen relativen Begriff handelt. Dies geht aus einigen Definitionen verschiedener Heil- und Sonderpädagogen hervor. Die Relativität kommt durch unterschiedliche Faktoren zum Ausdruck, wie zB dem Faktor der sozialen Bezugsgruppen und dem zeitlichen Faktor.

*„Als behindert gelten Personen, die infolge einer Schädigung ihrer körperlichen, seelischen oder geistigen Funktionen soweit beeinträchtigt sind, dass ihre unmittelbaren Lebensverrichtungen oder ihre Teilnahme am Leben der Gesellschaft erschwert werden“.*<sup>35</sup>

Durch diese von Bleidick gewählte Formulierung *„als behindert gelten Personen, welche...“* wird festgehalten, dass die Tatsache, ob jemand unter den Tatbestand der Behinderung fällt, von der spezifischen sozialen Bezugsgruppe abhängig ist. Es ist denkbar, dass ein Mensch in einer sozialen Bezugsgruppe als ein Mensch mit Behinderung betrachtet wird, hingegen in einer anderen nicht als solcher gilt. Der Behinderungsbegriff wird somit relativiert.<sup>36</sup> Die Definition von Behinderung ist keineswegs starr, was auf einen vorübergehenden Charakter dieser Definition hindeutet.<sup>37</sup> Zu *„unmittelbare Lebensverrichtungen oder Teilnahme am Leben der Gesellschaft“* ist nach Bleidick Folgendes zu ergänzen: Bei Behinderungen existiert sowohl eine soziale als auch eine individuelle Seite. Zur individuellen Seite zählen Erschwerungen für den Behinderten im sozialen Umfeld. Zu nennen wäre ua die Eingliederung in das öffentliche Leben, in Bildungsinstitutionen, in die Berufs- und Arbeitswelt und sogar in die Familie. Individuelle Lebenserschwerungen sind zB, dass sich Körperbehinderte aufgrund ihrer eingeschränkten Bewegungsfreiheit nicht

---

<sup>34</sup> DIMDI, Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit, 19.

<sup>35</sup> Antor/Bleidick, Handlexikon der Behindertenpädagogik, 59.

<sup>36</sup> Haeblerlin, Einführung in die Heilpädagogik. Allgemeine Heilpädagogik, 1985, 26.

<sup>37</sup> Bleidick/Hagenmeister, Einführung in die Behindertenpädagogik I, 12.

frei bewegen können und somit von der Hilfe anderer abhängig sind. Ein weiteres Beispiel ist die Gefährdung von Gehörlosen im Straßenverkehr, da diese nicht in der Lage sind, akustische Alarmsignale wahrzunehmen.<sup>38</sup>

Bleidick legt nahe, den Begriff der Behinderung als Prozessbegriff zu verstehen. Behinderungen können einerseits die Folge eines Unfalls oder einer Erkrankung sein, andererseits können sie jedoch auch durch diverse medizinische Therapien oder pädagogische Unterstützungen wieder beseitigt bzw gelindert werden. Sei es die pädagogische Unterstützung aufgrund einer Gaumenspalte oder ein Hörgerät bei einem Schwerhörigen - es ist eine wesentliche Aufgabe der Medizin, der Pädagogik und der Sozialhilfe, Beeinträchtigungen so früh wie möglich zu erkennen bzw durch entsprechende Maßnahmen zu unterbinden, dass sie überhaupt erst entstehen. Es soll Vorsorge getroffen werden, dass aus einer Beeinträchtigung keine manifeste Behinderung wird.<sup>39</sup>

Auch nach Haeberlin handelt es sich bei Behinderung um einen relativen Begriff. Nach ihm kann eine Behinderung aus der Störung eines pädagogischen Institutes, wie zB einer Schule, folgen. Demnach hat der Begriff der Behinderung nach seinem Verständnis folgende zwei Bedeutungen: *„Behinderung kann als Beeinträchtigung eines Individuums im Verhalten, das zur Bewältigung des Alltagslebens erforderlich ist, verstanden werden.“*<sup>40</sup> Als Beispiel seien an dieser Stelle ein Rollstuhlfahrer, welcher in seinen Möglichkeiten der Fortbewegung behindert ist, oder ein Lernbehinderter, der in seinen Möglichkeiten beim Schreiben und Rechnen behindert ist, genannt. *„Behinderung kann als Beeinträchtigung des Funktionierens einer gesellschaftlichen Einrichtung durch ein Individuum verstanden werden.“*<sup>41</sup> Bezugnehmend auf die obigen Beispiele seien ein Rollstuhlfahrer, welcher das Funktionieren der öffentlichen Verkehrsbetriebe beeinträchtigt, oder ein Lernbehinderter, der den Ablauf in einer Normalklasse stört, genannt.<sup>42</sup>

Eine Behinderung ist daher ein Sachverhalt, welcher immer in Zusammenhang mit den Außenkriterien, von denen er abhängig ist, betrachtet werden muss. Je nachdem in welchem Bereich ein Mensch mit einer Behinderung von Erwartungen, Gewohnheiten oder Wertsetzungen von einer Gesellschaft abweicht, werden

---

<sup>38</sup> Bleidick/Hagenmeister, Einführung in die Behindertenpädagogik I, 12 f.

<sup>39</sup> Bleidick/Hagenmeister, Einführung in die Behindertenpädagogik I, 14.

<sup>40</sup> Haeberlin, Einführung in die Heilpädagogik, 31.

<sup>41</sup> Haeberlin, Einführung in die Heilpädagogik, 32.

<sup>42</sup> Haeberlin, Einführung in die Heilpädagogik, 31 f.

verschiedene Behinderungen unterschieden. Haeberlin nennt bspw soziale Behinderungen, körperliche und psychische Behinderungen sowie schulische oder berufliche Behinderungen. Unter sozialen Behinderungen versteht er Probleme im sozialen Umfeld zB in der Familie oder im Freundeskreis, aber auch im öffentlichen Verkehr. Weiters gibt es körperliche und psychische Behinderungen, von denen die betroffenen Menschen in ihren Aktionen und Reaktionen beeinträchtigt werden und zwar unabhängig von Problemen im sozialen Umfeld. Wenn die geeignete Tätigkeit in der Arbeitswelt beeinträchtigt wird, dann liegt eine berufliche Behinderung vor. Überdies existieren schulische Behinderungen, durch welche es zu einer Einschränkung in der Erziehung und Bildung kommt.<sup>43</sup>

### 1.3.2 Behinderung - ein Oberbegriff oder eine Unterkategorie?

Allein aus dem Wort „Behinderung“ ist schwer ableitbar, was darunter zu verstehen ist, aber es kann eruiert werden, was Personen, die diesen Begriff verwenden, damit verbinden. Es hat sich gezeigt, dass darunter sehr Vielfältiges verstanden wird. Bei Behinderung handelt es sich um einen mehrdeutigen Begriff, der geeignet ist, zu Missverständnissen zu führen.<sup>44</sup> Durch das Benutzen und den willkürlichen Austausch von Bezeichnungen wie Behinderung, Mängel, Defekte, Hemmungen, Abweichungen, Störungen, Schwächen oder Auffälligkeiten ist es besonders schwierig, sich diesbezüglich zu verständigen. Manche Begriffe werden für eine sehr breite Palette verschiedenster Phänomene benutzt. So wird zB die Bezeichnung Behinderung sowohl für eine sehr schwere kognitive Störung wie auch für Rechtschreibschwierigkeiten benutzt. Das kann dazu führen, dass der Begriff der Behinderung in der Praxis missbräuchlich verwendet wird. Auf der anderen Seite könnte eine zu restriktive Auslegung des Begriffs dazu führen, dass bestimmte Probleme vernachlässigt werden, denen zwecks Prävention besonderes Augenmerk geschenkt werden sollte.<sup>45</sup> Dies wäre va in der Arbeitswelt ein wichtiges Thema, da nur für Menschen, die den Status eines „begünstigten Behinderten“ haben, besondere Schutzvorschriften des BEinstG gelten. Würde man in diesem Zusammenhang den Begriff „Behinderung“ zu restriktiv auslegen, könnten diese

---

<sup>43</sup> *Bleidick*, Pädagogik der Behinderten. Grundzüge einer Theorie der Erziehung behinderter Kinder und Jugendlicher, 1978, 74.

<sup>44</sup> *Bach*, Pädagogik bei mentaler Beeinträchtigung. Revision der Geistigbehindertenpädagogik, 2001, 6.

<sup>45</sup> *Bach*, Grundlagen der Sonderpädagogik, 1999, 34.

gesetzlichen Vorschriften möglicherweise umgangen werden, was nicht dem Zweck dieses Gesetzes entspricht.

#### 1.3.2.1 Beeinträchtigung als Oberbegriff

Bach schlägt daher vor, „Beeinträchtigung“ als Oberbegriff zu benutzen und weiters nach dessen Graden - nämlich Behinderung, Störung und Gefährdungen - zu differenzieren. Die Kriterien, anhand welcher die Grade eingeschätzt werden, betreffen das Maß der Abweichung, deren Anzahl sowie die Dauer ihres Bestehens.<sup>46</sup>

*„Als Behinderungen werden hier nun Beeinträchtigungen bezeichnet, die als umfänglich und schwer und längerfristig eingeschätzt werden.“<sup>47</sup>* Mit „umfänglich“ wird ausgedrückt, dass nicht nur eine, sondern mehrere Komponenten und Teilkomponenten betroffen sind. Handelt es sich um einen erheblichen Unterschied zu durchschnittlichen Gegebenheiten, dann liegt eine „schwere“ Beeinträchtigung vor. Mit dem Merkmal der „Längerfristigkeit“ ist gemeint, dass es sich bei der Beeinträchtigung um eine solche handelt, welche schon länger vorliegt bzw in naher Zukunft nicht geheilt werden kann.<sup>48</sup>

*„Unter Störungen sind Beeinträchtigungen zu verstehen, die als partiell oder weniger schwer oder kurzfristig eingeschätzt werden.“<sup>49</sup>* Im Gegensatz zu umfänglich bedeutet „partiell“, dass bloß eine oder nur eine sehr geringe Anzahl an Komponenten oder Teilkomponenten berührt sind. Eine Beeinträchtigung ist „weniger schwer“, wenn der Unterschied zum Regelbereich unerheblich ist. Konträr zum Begriff der Behinderung ist die Beeinträchtigung vermutlich binnen kurzem behebbar - somit „kurzfristig“. Natürlich ist es uU schwer, zwischen einer Behinderung und einer Störung die Grenze zu ziehen, weshalb in dem Bereich, in dem sich diese beiden überlappen, von „schweren Störungen“ gesprochen werden kann. Kann nicht sicher festgelegt werden, worum es sich bei einer bestimmten Beeinträchtigung handelt, so ist im Zweifel eine Schädigung anzunehmen. Für die Differenzierung zwischen Behinderung und Schädigung spricht, dass sie hinsichtlich des Bedarfs und

---

<sup>46</sup> Bach, Grundlagen der Sonderpädagogik, 35.

<sup>47</sup> Bach, Grundlagen der Sonderpädagogik, 37.

<sup>48</sup> Bach, Grundlagen der Sonderpädagogik, 37.

<sup>49</sup> Bach, Grundlagen der Sonderpädagogik, 38.

der Maßnahmen eine Unterscheidung im Personenkreis vornimmt. Es mündet in einem recht weiten Behindertenbegriff, wenn man diese Unterscheidung unterlässt.<sup>50</sup>

Wie eben erwähnt werden Beeinträchtigungen in Behinderungen und Störungen eingeteilt. Benachteiligungen wie das Verlieren einer Bezugsperson, die Überforderung eines Kindes durch die Wahl eines falschen Bildungsweges oder eine geringe Verkürzung eines Beines, die nach Bach in manchen Fällen Störungen oder Behinderungen zur Folge haben können, würden - gäbe es nur diese beiden Kategorien - außer Betracht bleiben. Aufgrund dessen ist es sinnvoll, eine weitere Kategorie - jene der Gefährdung - für eine Einteilung heranzuziehen.<sup>51</sup> Nach Bach liegen Gefährdungen dann vor, *„wenn Unregelmäßigkeiten bezüglich der individuellen Disposition, der Umfeldbedingungen und Umfeldanforderungen in einem Ausmaß bestehen, dass mit der Entstehung von Störungen bzw. Behinderungen zu rechnen ist, wenn nicht vermehrte Aufmerksamkeits- und Unterstützungsangebote gemacht werden.“*<sup>52</sup> Es gibt verschiedenste Rahmenbedingungen, die zu Gefährdungen beitragen können; dies sind bspw somatische oder materielle Bedingungen. Unter erstgenannte fallen zB Erkrankungen, die bereits in der Säuglingszeit auftreten, sowie Unregelmäßigkeiten während der Schwangerschaft und der Geburt. Materielle Bedingungen wären etwa die Unterbringung in einem Heim oder schlechte Wohnverhältnisse. Weiters gibt es soziale und kulturelle Bedingungen, wozu eine starke soziale Isolierung oder das Fehlen eines oder beider Elternteile sowie auch Erkrankungen der Eltern zählen. Bei den Umfeldanforderungen seien eine zu hohe Bildungsanforderung bzw übermäßige Leistungsansprüche festzuhalten.<sup>53</sup> Zu einer Gefährdung kommt es meist, wenn sich mehrere dieser Faktoren, welche nur beispielhaft aufgezählt wurden, kumulieren. Die Differenzierung der Beeinträchtigungsgrade dient dazu, die unterschiedlichen Bedarfslagen zu berücksichtigen.<sup>54</sup>

Sowohl bei Behinderung als auch bei Störungen und Gefährdungen handelt es sich aufgrund der Tatsache, dass sie einem Wandlungsprozess unterliegen, um keine statischen Gegebenheiten. Sondern sie sind mit vielen Faktoren - wie der Behebung,

---

<sup>50</sup> Bach, Grundlagen der Sonderpädagogik, 38 ff.

<sup>51</sup> Bach, Grundlagen der Sonderpädagogik, 40 f.

<sup>52</sup> Bach, Grundlagen der Sonderpädagogik, 41.

<sup>53</sup> Bach, Grundlagen der Sonderpädagogik, 41 f.

<sup>54</sup> Bach, Grundlagen der Sonderpädagogik, 43.

Besserung oder Verschlechterung von Schädigungen bzw wenn Benachteiligungen abnehmen, behoben oder verstärkt werden - verbunden.<sup>55</sup>

### 1.3.2.2 Abgrenzung von Behinderung und Schädigung

Während Bach zwischen Behinderungen, Störungen und Gefährdungen differenziert, unterscheidet Bleidick zwischen mehreren Arten von Schädigungen. Es gibt Anfallserkrankungen, Altersgebrechlichkeiten, Geisteskrankheiten (Psychosen), Hörschädigungen, Intelligenzschädigungen, Körperbehinderungen, langfristige Erkrankungen, Sehschädigungen, Sprachbehinderungen und Verhaltensstörungen. Dies ist eine verbreitete Einteilung in der Gesetzgebung der Rehabilitation.<sup>56</sup>

Nach Bleidick kann sich eine „Schädigung“ im körperlich-biologischen oder im seelisch-geistigen Bereich zeigen und ist von einer Behinderung zu trennen. Weiters wird zwischen Schädigungen der körperlichen, seelischen oder geistigen Funktionen differenziert. Aufgrund der Tatsache, dass auch die seelischen und geistigen Funktionen mitumfasst sind, ist eine präzise Unterscheidung zwischen Behinderten und Nichtbehinderten nicht möglich.<sup>57</sup> Meist sind Behinderungen Folgeerscheinungen einer Schädigung.<sup>58</sup>

Die von Bleidick getroffene Differenzierung zwischen Behinderung und Schädigung erachtet Haerberlin als bedeutsam, jedoch ist sie bei den Fällen, bei welchen die Behinderung nicht von einer körperlich-biologischen Schädigung stammt, schwierig. Nicht jede Lernschwierigkeit, die ein Kind hat, das deshalb in eine Sonderklasse geht, ist auf eine organische Schädigung zurückzuführen. So wird die Schädigung in diesen Fällen lediglich vermutet. Da das aber gerade in solchen Fällen schwer nachweisbar ist, kann diese Vermutung falsch sein. Aufgrund des eben Angeführten stellt Haerberlin die Frage, wie viel Sinn es macht, den abstrakten Begriff der Behinderung einzuführen, da darunter äußerst viele verschiedene Phänomene verstanden werden, die wiederum einerseits auf eine Schädigung zurückzuführen sind, andererseits aber nicht. Jedoch besteht eine Gemeinsamkeit für die Menschen, die pauschal als behindert angesehen werden, darin, dass all diese erfahrungsgemäß fast immer auf soziale Hilfe angewiesen sind. Somit handelt es

---

<sup>55</sup> Bach, Grundlagen der Sonderpädagogik, 44.

<sup>56</sup> Bleidick/Hagenmeister, Einführung in die Behindertenpädagogik I, 14 f.

<sup>57</sup> Haerberlin, Einführung in die Heilpädagogik, 26.

<sup>58</sup> Bleidick/Hagenmeister, Einführung in die Behindertenpädagogik I, 12.

sich bei Behinderten um einen Teil der Bevölkerung, der ein Bedürfnis nach sozialer Hilfe hat.<sup>59</sup>

### 1.3.2.3 Abgrenzung von Behinderung und Krankheit

Schließlich wird bei der Definition der Behinderung oft auf die Unterscheidung zu einer Krankheit hingewiesen. Die Behinderung gilt meist als ein Folgeleiden einer Erkrankung. Führt ein Unfall oder eine Erkrankung zum Verlust von Gliedmaßen, liegt eine Invalidität vor. Es existieren jedoch auch Fälle, bei welchen Behinderung und Krankheit nicht voneinander getrennt werden können; leidet jemand an der Bluterkrankheit, so ist sie für ihn gleichzeitig Krankheit und Behinderung.<sup>60</sup> Behinderung muss als Oberbegriff betrachtet werden, hinsichtlich welchem in der Folge differenziert werden muss. Eine Differenzierung erfolgt anhand der Betrachtung der Art der Schädigung, des Gebietes der Behinderung und des Schweregrades derselben. ZB kann ein Stotterer als schwer behindert bezeichnet werden in Bezug auf seine Möglichkeiten in der sprachlichen Kommunikation, jedoch kann derselbe Mensch als technischer Zeichner sehr gute Arbeit leisten. Es ist möglich, dass ein Kind, das eine geistige Behinderung hat, in seiner Familie und in seinem Freundeskreis völlig integriert ist, jedoch im schulischen und beruflichen Umfeld enormen Schwierigkeiten ausgesetzt ist.<sup>61</sup>

All diese Definitionen, Definitionsversuche oder Begriffsverständnisse zeigen, dass trotz der Tatsache, dass der Begriff der Behinderung schon über einige Jahre hinweg verwendet wird, es bis heute keine allgemein anerkannte Definition davon gibt. Das liegt zum einen daran, dass es sich hierbei um einen medizinischen, psychologischen, pädagogischen, soziologischen und einen bildungs- sowie sozialpolitischen Begriff handelt. Weiters ist die Beziehung des Begriffes der Behinderung zu anderen synonym benutzten Begriffen wie Krankheit, Schädigung, Beeinträchtigung, Gefährdung, Benachteiligung und Störung unklar. Dederich ist daher der Ansicht, dass eine Behinderung als solche nicht existiert.<sup>62</sup> „Vielmehr markiert der Begriff eine von Kriterien abhängige Differenz und somit eine an verschiedene Kontexte gebundene Kategorie, die eine Relation anzeigt.“<sup>63</sup>

---

<sup>59</sup> Haeberlin, Einführung in die Heilpädagogik, 26 f.

<sup>60</sup> Bleidick/Hagenmeister, Einführung in die Behindertenpädagogik I, 15.

<sup>61</sup> Bleidick/Hagenmeister, Einführung in die Behindertenpädagogik I, 15.

<sup>62</sup> Dederich in Dederich/Jantzen, Behinderung und Anerkennung, 15.

<sup>63</sup> Dederich in Dederich/Jantzen, Behinderung und Anerkennung, 15.

Der anschließende Abschnitt beschäftigt sich mit dem Behinderungsbegriff aus juristischer Sicht.

#### **1.4 Der Begriff der Behinderung im juristischen Kontext in Österreich**

Es werden nunmehr einige österreichische Gesetze und Normen erläutert, die sich mit dem Begriff der Behinderung auseinandersetzen bzw diesen erwähnen und definieren. Darüber hinaus existiert das „Behindertenkonzept“ von 1992, in welchem sich die österreichische Bundesregierung mit dem Begriff der Behinderung näher beschäftigt hat. Weitere Regelungen hinsichtlich dieses Begriffs befinden sich im Bundesbehindertengesetz, im Bundespflegegeldgesetz, Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz, im Bundes-Behinderteneinstellungsgesetz, im Familienlastenausgleichsgesetz sowie im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch im Bereich des Sachwalterrechts.

##### 1.4.1 Das Behindertenkonzept der österreichischen Bundesregierung

Um die Entwicklung des Begriffs und des Verständnisses der Behinderung zu verdeutlichen, wird das Behindertenkonzept der österreichischen Bundesregierung aus dem Jahr 1992 überblicksmäßig geschildert. 1977 erstellte das Bundesministerium ein Konzept, welches der Eingliederung behinderter Personen diene. Im Laufe der Zeit sind die Probleme von behinderten Menschen viel mehr in das Bewusstsein der Menschen vorgedrungen. Bei der Behindertenpolitik handelt es sich um eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe. Das hängt damit zusammen, dass eine Behinderung in alle Bereiche des Lebens eingreifen kann. Das entwickelte Konzept versuchte diese Problematiken zu berücksichtigen.<sup>64</sup>

1988 untersuchte die Bundesregierung auf Anfrage des Nationalrats die Definition der Begriffe „Behinderung“ und „Behinderter“ mit dem gleichzeitigen Ersuchen, diese Begriffe einander anzugleichen und zu vereinheitlichen. Aufgrund dessen fand ein Symposium statt, bei welchem das österreichische Komitee für soziale Arbeit den Begriff der Behinderung aus den unterschiedlichsten Blickwinkeln, nämlich aus ökonomischer, gesellschaftlicher und gesetzlicher Sicht, beleuchtete. Daraus resultierte die Feststellung, dass es zum damaligen Zeitpunkt unrealisierbar gewesen

---

<sup>64</sup> *Bundesministerium für Arbeit und Soziales in Zusammenarbeit mit der Österreichischen Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation, Das Behindertenkonzept der österreichischen Bundesregierung, 1993, 5 f.*

wäre, einen derartigen vereinheitlichten Begriff gesetzlich zu regeln, welcher dann auch zur Voraussetzung für etwaige Leistungen gemacht worden wäre.<sup>65</sup> Da aus einer Definition oder einem vereinheitlichten Begriff der Behinderung auch eine Stigmatisierung resultieren könne, wurde bereits im Jahr 1981 eine solche Vereinheitlichung aus diversen Gründen kritisiert. Die davon betroffenen Menschen könnten sich verletzt und ausgeschlossen fühlen. Andererseits bedarf es solcher Definitionen, wenn es um die Erbringung von Leistungen geht, die daran geknüpft werden.<sup>66</sup> Worüber aber Klarheit herrschte, war, dass ein Behindertenbegriff ziemlich weit gefasst werden müsse, da nur so die sozialen Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen erfasst werden können. Folglich erarbeitete das Komitee zwei Definitionen.<sup>67</sup>

Diese lauteten wie folgt:

*„Behinderte Menschen sind Personen jeglichen Alters, die in einem lebenswichtigen sozialen Beziehungsfeld körperlich, geistig oder seelisch dauernd wesentlich beeinträchtigt sind. Ihnen stehen jene Personen gleich, denen eine solche Beeinträchtigung in absehbarer Zeit droht. Lebenswichtige soziale Beziehungsfelder sind insbesondere die Bereiche Erziehung, Schulbildung, Erwerbstätigkeit, Beschäftigung, Kommunikation, Wohnen und Freizeitgestaltung“.*<sup>68</sup>

*„Behindert sind jene Menschen, denen es ohne Hilfe nicht möglich ist, geregelte soziale Beziehungen zu pflegen, sinnvolle Beschäftigung zu erlangen und auszuüben und angemessenes und ausreichendes Einkommen zu erzielen.“*<sup>69</sup>

Diese beiden Definitionen waren als Auftrag an die Behindertenpolitik des Bundes und der Länder gedacht. Da die österreichische Bundesverfassung keinen eigenen Kompetenztatbestand für die Regelung von Behindertenhilfe oder Rehabilitation beinhaltet, obliegt die Zuständigkeit für diese Bereiche gemäß der Generalklausel des Art 15 Abs 1 B-VG den Ländern. Da es sich daher um eine Querschnittsmaterie

---

<sup>65</sup> Bundesministerium, Das Behindertenkonzept der österreichischen Bundesregierung, 6.

<sup>66</sup> Österreichisches Komitee für Sozialrecht im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Tagungsbericht des Symposiums zur Begriffsbestimmung „Behinderung“ und „behinderter Mensch“, 1988, 25.

<sup>67</sup> Bundesministerium, Das Behindertenkonzept der österreichischen Bundesregierung, 6 f.

<sup>68</sup> Bundesministerium, Das Behindertenkonzept der österreichischen Bundesregierung, 7.

<sup>69</sup> Bundesministerium, Das Behindertenkonzept der österreichischen Bundesregierung, 7.

handelt, existierten mehr als 90 Bundes- und Landesgesetze, die allesamt Regelungen enthalten, die für behinderte Menschen relevant sind.<sup>70</sup>

Weiters beschreibt das Komitee, dass es sich bei Behinderung um „eine der vielfältigen Formen menschlichen Lebens“ handelt. Dies muss einerseits anerkannt werden und andererseits darf es nicht dazu kommen, dass diese Menschen vom gesellschaftlichen Leben ausgeschlossen werden und nicht daran teilhaben können.<sup>71</sup> *„Die österreichische Behindertenpolitik muss auf einer ganzheitlichen Sicht des Menschen beruhen, in der seine körperlichen, geistigen, psychischen und sozialen Bedürfnisse gleichermaßen berücksichtigt werden.“*<sup>72</sup>

Darum wurden einige Grundsätze als Orientierungshilfe aufgezählt. Zu Beginn wurde die „Prävention“ angeführt, durch welche mithilfe von Vorsorgemaßnahmen bereits die Entstehung einer Behinderung hintangehalten werden soll. Durch „Integration“ soll garantiert werden, dass diesen Menschen die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben ermöglicht wird. Weiters wird die „Normalisierung“ genannt, da gewollt ist, dass das Leben behinderter Menschen nur minimal von dem Leben nichtbehinderter Menschen abweicht.<sup>73</sup> Wichtig ist weiters, dass behinderte Menschen Entscheidungen im Sinne der „Selbstbestimmung“ selbst treffen oder sich daran zumindest beteiligen können. Mit „Hilfe zur Selbsthilfe“ wird ausgedrückt, dass die Förderung der Fähigkeiten dieser Menschen angestrebt werden soll, damit diese, soweit es möglich ist, selbstständig sein können. Dass diese Menschen einen Anspruch auf eine Hilfe haben, und zwar losgelöst von der Frage, was die Ursache der Behinderung ist, wird mit „Finalität“ beschrieben. Außerdem soll diese Hilfe allen behinderten Menschen zukommen, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit, die jedoch ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich begründet haben. Durch „Individualisierung“ soll die Hilfe auf den konkreten Einzelfall ausgerichtet werden; hierbei sollte zwischen Kurzzeit- und Übergangshilfen unterschieden werden. Des Weiteren müssen diese Hilfen für diese Menschen in Reichweite, nahe ihres Wohn- oder Arbeitsortes, sein, was mit „Dezentralisierung“ betitelt wurde. Durch „fließende Übergänge“ sollen die Hilfen, die die unterschiedlichsten Bereiche des Lebens betreffen, ineinander übergehen.<sup>74</sup> Noch bevor eine Rente oder ein Pflegegeld

---

<sup>70</sup> Bundesministerium, Das Behindertenkonzept der österreichischen Bundesregierung, 8.

<sup>71</sup> Bundesministerium, Das Behindertenkonzept der österreichischen Bundesregierung, 9.

<sup>72</sup> Bundesministerium, Das Behindertenkonzept der österreichischen Bundesregierung, 9.

<sup>73</sup> Bundesministerium, Das Behindertenkonzept der österreichischen Bundesregierung, 9.

<sup>74</sup> Bundesministerium, Das Behindertenkonzept der österreichischen Bundesregierung, 10.

gewährt wird, sollten die Möglichkeiten der Rehabilitation ausgenutzt werden. Durch „mobile und ambulante Hilfe“ soll längeren stationären Aufenthalten entgegengewirkt werden. Mit der vorzugsweisen Errichtung kleinerer Einrichtungen soll eine bessere Überschaubarkeit gegenüber größeren Institutionen gesichert werden. Letztlich ist auch die „Zugänglichkeit“, was bedeutet, dass diese Menschen von den existierenden Hilfen informiert und darüber beraten werden, wichtig.<sup>75</sup>

In der Folge wird auf für den Behinderungsbegriff maßgebliche Normen im Bereich der österreichischen Gesetze eingegangen.

#### 1.4.2 Bundesbehindertengesetz - BBG<sup>76</sup>

Dieses Gesetz, welches 1990 in Kraft trat, enthält in § 1 Abs 2 eine Definition der Behinderung. Weiters regelt das BBG Maßnahmen betreffend der Rehabilitation, deren Kostentragung und Regelungen in Bezug auf den Bundesbehindertenbeirat, welcher den Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz zu beraten hat.<sup>77</sup>

*„Unter Behinderung im Sinne dieses Bundesgesetzes ist die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden körperlichen, geistigen oder psychischen Funktionsbeeinträchtigung oder Beeinträchtigung der Sinnesfunktionen zu verstehen, die geeignet ist, die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft zu erschweren. Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von mehr als voraussichtlich sechs Monaten.“*

Aus dieser Definition geht hervor, dass mehrere Kriterien erfüllt sein müssen, damit eine Behinderung im Sinne dieses Gesetzes vorliegt. Es muss eine „Funktionsbeeinträchtigung“ oder eine „Beeinträchtigung der Sinnesfunktionen“ vorliegen; die Funktionsbeeinträchtigung kann körperlicher, geistiger oder psychischer Art sein. Des Weiteren gibt es einen zeitlichen Faktor, denn die Beeinträchtigung muss „nicht nur vorübergehend“ - womit ein Zeitraum von mehr als einem halben Jahr gemeint ist - vorliegen.

#### 1.4.3 Bundespflegegeldgesetz - BPGG<sup>78</sup>

In § 4 Abs 1 BPGG von 1993 werden die Anspruchsvoraussetzungen für die Gewährung von Pflegegeld beschrieben:

---

<sup>75</sup> Bundesministerium, Das Behindertenkonzept der österreichischen Bundesregierung, 11.

<sup>76</sup> BGBl I 1990/283.

<sup>77</sup> Knyrim/Valencak, Rechtsratgeber für kranke und behinderte Menschen, 2009, 8.

<sup>78</sup> BGBl I 1993/110.

*„Das Pflegegeld gebührt bei Zutreffen der übrigen Anspruchsvoraussetzungen, wenn auf Grund einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung oder einer Sinnesbehinderung der ständige Betreuungs- und Hilfsbedarf (Pflegebedarf) voraussichtlich mindestens sechs Monate andauern wird oder würde.“*

Die Voraussetzung, damit ein Pflegegeldanspruch zusteht, ist, dass der Pflegebedarf der Person aufgrund einer Behinderung besteht. Die Kriterien, die für diese Beurteilung herangezogen werden, sind zum einen, dass sich der Bedarf auf eine gewisse Betreuung oder Hilfe bezieht; zum anderen erfordert der Bedarf eine bestimmte Intensität und auch Kontinuität von voraussichtlich mehr als sechs Monaten.<sup>79</sup>

#### 1.4.4 Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz - BGStG<sup>80</sup>

Das Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz trat 2006 in Kraft. Durch dieses Gesetz sollten Diskriminierungen von Menschen mit Behinderungen beseitigt und unterbunden werden. Das in diesem Gesetz normierte Diskriminierungsverbot umfasst sowohl körperlich, geistig, psychisch Behinderte, Menschen mit einer Behinderung der Sinne als auch Angehörige dieser Menschen.<sup>81</sup> Das BGStG definiert in § 3, was unter Behinderung verstanden wird:

*„Behinderung im Sinne dieses Bundesgesetzes ist die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden körperlichen, geistigen oder psychischen Funktionsbeeinträchtigung oder Beeinträchtigung der Sinnesfunktionen, die geeignet ist, die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft zu erschweren. Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von mehr als voraussichtlich sechs Monaten.“*

Die Definition des § 3 BGStG in der Fassung BGBl I Nr. 17/1999 hatte noch einen anderen Wortlaut:

*„Behinderung im Sinne dieses Bundesgesetzes ist die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder psychischen Zustand beruht. Als nicht vorübergehend gilt ein Zeitraum von mehr als voraussichtlich sechs Monaten.“*

---

<sup>79</sup> Pfeil, Bundespflegegeldgesetz und landesgesetzliche Pflegegeldregelungen, 1996, 77.

<sup>80</sup> BGBl I 2005/82.

<sup>81</sup> Knyrim/Valencak, Rechtsratgeber für kranke und behinderte Menschen, 2.

Beim Vergleich dieser beiden Definitionen wird ersichtlich, dass der Terminus des „regelwidrigen Zustands“ entfernt wurde. Weiters wurde „körperliche Funktionsbeeinträchtigungen“ gegen „Beeinträchtigung der Sinnesfunktionen“ ausgetauscht.<sup>82</sup> Aus den erläuternden Bemerkungen geht hervor, dass es Ziel der Neuformulierung war, eine „sprachliche Modernisierung“ herbeizuführen, jedoch keine „Erweiterung oder Verengung des Behinderungsbegriffs“ damit bezweckt werden sollte.<sup>83</sup>

Maßgeblich für die Erlassung dieses Gesetzes war unter anderem, dass dies schon seit geraumer Zeit von den Behindertenverbänden erwartet wurde. Zweck des BGStG ist es, Menschen mit Behinderungen im Sinne der Gleichberechtigung am gesellschaftlichen Leben teilhaben zu lassen. Aus der erfolgten Definition von Behinderung geht hervor, dass es keines bestimmten Grades einer Behinderung bedarf.<sup>84</sup>

#### 1.4.5 Bundes-Behinderteneinstellungsgesetz - BEinstG<sup>85</sup>

Da ein Einkommen und damit einhergehend Arbeit notwendig ist, um den eigenen Lebensunterhalt bestreiten zu können, und es auch eine Form ist, am gesellschaftlichen Leben teilzunehmen, ist es wichtig, behinderte Menschen in die Arbeitswelt einzubinden. Weiters fördert es das Selbstwertgefühl dieser Menschen und sie sind mit anderen Menschen in Kontakt, was beides für deren Eingliederung in die Arbeitswelt von wesentlicher Bedeutung ist.<sup>86</sup>

Sowohl nach dem Ersten als auch nach dem Zweiten Weltkrieg gab es Bestrebungen, die Arbeitsplätze von Menschen mit Behinderungen zu sichern; dies mit dem ersten Vorläufergesetz des Behinderteneinstellungsgesetzes, welches im Jahr 1920 entstand. Begünstigte waren zunächst Kriegsbeschädigte, im Laufe der Zeit - vor allem nach dem Zweiten Weltkrieg - waren auch Unfallversehrte, Zivilbehinderte sowie Opfer der politischen Verfolgung mitumfasst. 1957 wurde das Kriegsopferversorgungsgesetz und 1973 das Invalideneinstellungsgesetz erlassen. Durch das Letztere realisierte sich das bereits erwähnte Finalitätsprinzip. Das bedeutet, dass jeder behinderte Mensch unabhängig von der Ursache seiner

---

<sup>82</sup> Hofer/Ilser/Miller-Fahringer/Rubisch, Behindertengleichstellungsrecht. Kommentar, 2006, 105.

<sup>83</sup> Hofer/Ilser/Miller-Fahringer/Rubisch, Behindertengleichstellungsrecht, 106.

<sup>84</sup> Blum, Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz, RdA, 2005, 285.

<sup>85</sup> BGBl I 1970/22.

<sup>86</sup> Bundesministerium, Das Behindertenkonzept der österreichischen Bundesregierung, 36.

Behinderung in den Genuss der Begünstigungen kommt. Auch die Vorgängergesetze enthielten bereits die Verpflichtung des Arbeitgebers, eine gewisse Zahl behinderter Menschen anzustellen, andernfalls dieser zur Bezahlung von Ausgleichsbeträgen, die wiederum für behinderte Menschen verwendet wurden, verpflichtet waren.<sup>87</sup> Ziel dieses Gesetzes ist es, dass behinderte Menschen einer eigenen Erwerbstätigkeit nachgehen können. Es sollte weiters primär versucht werden, diese Menschen in den Arbeitsmarkt einzugliedern, anstatt sie in besonderen Einrichtungen unterzubringen.<sup>88</sup>

Hat eine Person eine Behinderung, so beeinflusst dies auch ihr Berufsleben. In der Praxis besteht meist ein Ungleichgewicht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, welches bei Vorliegen einer Behinderung möglicherweise verstärkt werden könnte. In § 3 des BEinstG befindet sich eine Definition der Behinderung, welche identisch mit jener des BGStG ist:

*„Behinderung im Sinne dieses Bundesgesetzes ist die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden körperlichen, geistigen oder psychischen Funktionsbeeinträchtigung oder Beeinträchtigung der Sinnesfunktion, die geeignet ist, die Teilhabe am Arbeitsleben zu erschweren. Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von mehr als voraussichtlich sechs Monaten.“*

Ein wesentlicher Punkt, damit eine Behinderung in diesem Zusammenhang vorliegt, ist, dass sie geeignet ist, zu einer Diskriminierung zu führen. Hat eine Person bspw eine noch nicht virulente, aber bereits diagnostizierte Multiple Sklerose und wird sie aufgrund dessen ungleich behandelt, so liegt eine Behinderung vor. Es gibt eine Einschätzverordnung, die 2010 vom Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz erlassen wurde. Diese enthält Regelungen bezüglich der Beurteilung des Grades der Behinderung.<sup>89</sup> Vor Erlass dieser Einschätzverordnung wurde der Grad der Behinderung mithilfe einer aufgrund der §§ 7 und 9 des Kriegsopferversorgungsgesetz aus 1957 - welches der Ermittlung des Grades der Minderung der Erwerbstätigkeit von Kriegsopfern diente - erlassenen Richtsatzverordnung durch Sachverständige festgestellt. Diese Richtsatzverordnung

---

<sup>87</sup> Bundesministerium, Das Behindertenkonzept der österreichischen Bundesregierung, 37.

<sup>88</sup> Bundesministerium, Das Behindertenkonzept der österreichischen Bundesregierung, 42.

<sup>89</sup> Widy/Ernst, Behinderteneinstellungsgesetz, Gesetze und Kommentare NR 149, 2011, 283.

war jedoch nicht mehr zeitgemäß, weshalb die oben angesprochene Einschätzverordnung erlassen wurde. Hier wird über Stellung eines Antrages, um zu den „begünstigten Behinderten“ zu gehören, der Grad der Behinderung festgestellt.<sup>90</sup>

#### 1.4.6 Familienlastenausgleichsgesetz - FamLAG<sup>91</sup>

Auch im Familienlastenausgleichsgesetz, welches 1967 in Kraft trat, befinden sich einige Regelungen, die ua die Familienbeihilfe für Menschen mit Behinderungen regeln. § 2 Abs 1 lit c FamLAG regelt wer Anspruch auf Familienbeihilfe hat:

*„Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, lit c) für volljährige Kinder, die wegen einer vor Vollendung des 21. Lebensjahres oder während einer späteren Berufsausbildung, jedoch spätestens vor Vollendung des 25. Lebensjahres, eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen“*

In § 8 Abs 5 FamLAG befindet sich eine Beschreibung, was unter einer „erheblichen Behinderung“ zu verstehen ist:

*„Als erheblich behindert gilt ein Kind, bei dem eine nicht nur vorübergehende Funktionsbeeinträchtigung im körperlichen, geistigen oder psychischen Bereich oder in der Sinneswahrnehmung besteht. Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von voraussichtlich mehr als drei Jahren. Der Grad der Behinderung muß mindestens 50 vH betragen, soweit es sich nicht um ein Kind handelt, das voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen(...).“*

Auch in Abs 5 des § 8 FamLAG kommt die Formulierung der „nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung“ vor. Jedoch sind hier, anders als in den bisherig angeführten Gesetzen, nicht sechs Monate, sondern drei Jahre gemeint.

#### 1.4.7 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch - ABGB

Im ABGB findet sich der Begriff der „Behinderung“ ua in § 175 und § 268.

---

<sup>90</sup> *Aubauer/Thomas*, BUAG-, BEinstG- und BAG-Novelle, taxlex 2010, 404.

<sup>91</sup> BGBl I 1967/376.

#### 1.4.7.1 § 175 ABGB<sup>92</sup>

Diese Norm besagt Folgendes:

*„Soweit einem Kind infolge merkbar verzögerter Entwicklung, einer psychischen Krankheit oder einer geistigen Behinderung die für eine einzelne oder einen Kreis von Angelegenheiten erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit oder Geschäftsfähigkeit fehlt, hat das Gericht dies von Amts wegen oder auf Antrag einer Person, die ganz oder zum Teil mit der Obsorge betraut ist, auszusprechen. Dieser Ausspruch wirkt, sofern er nicht vom Gericht widerrufen oder befristet wurde, längstens bis zur Volljährigkeit des Kindes.“*

Ein Sachwalter wird seit der Einführung des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001 nur noch für volljährige Personen bestellt. Damit das Gericht aussprechen kann, dass das Kind nicht die notwendige Einsichts- und Urteilsfähigkeit hat, muss eine psychische Krankheit, eine geistige Behinderung oder eine Entwicklung, die merkbar verzögert, vorliegen. Darüber hinaus müssen Anzeichen vorliegen, aufgrund derer man schließen kann, dass dem Kind ansonsten ein unabwendbarer nicht unerheblicher Nachteil droht. Somit reicht eine bloße „abstrakte Gefährdung“ nicht aus.<sup>93</sup> Es ist nicht möglich, dass das Gericht dem Minderjährigen bezüglich aller Angelegenheiten die Einsichts- und Urteilsfähigkeit abspricht, wie das bei der Bestellung eines Sachwalters der Fall ist. Vielmehr muss der Ausspruch des Gerichts auf ganz konkrete oder auf einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten Bezug nehmen.<sup>94</sup> Wurde in dem Ausspruch des Gerichts keine Frist gesetzt, dann gilt, er bis der Betroffene volljährig ist, es sei denn, er wird vorher vom Gericht widerrufen.<sup>95</sup> Das Gericht macht diesen Ausspruch entweder von Amts wegen oder auf Antrag, zu welchem jene Personen berechtigt sind, denen die Obsorge zukommt.<sup>96</sup>

---

<sup>92</sup> BGBl I 2013/15.

<sup>93</sup> Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 175, Rz 1 ([www.rdb.at](http://www.rdb.at)), Stand: Juli 2013.

<sup>94</sup> Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 175, Rz 2 ([www.rdb.at](http://www.rdb.at)), Stand: Juli 2013.

<sup>95</sup> Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 175, Rz 3 ([www.rdb.at](http://www.rdb.at)), Stand: Juli 2013.

<sup>96</sup> Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 175, Rz 5 ([www.rdb.at](http://www.rdb.at)), Stand: Juli 2013.

#### 1.4.7.2 § 268 ABGB<sup>97</sup>

Zum anderen findet sich der Begriff auch in § 268 ABGB, welcher die Überschrift „Voraussetzungen für die Bestellung eines Sachwalters oder Kurators für behinderte Personen“ hat und wie folgt lautet:

*„(1) Vermag eine volljährige Person, die an einer psychischen Krankheit leidet oder geistig behindert ist (behinderte Person), alle oder einzelne ihrer Angelegenheiten nicht ohne Gefahr eines Nachteils für sich selbst zu besorgen, so ist ihr auf ihren Antrag oder von Amts wegen dazu ein Sachwalter zu bestellen.*

*(2) Die Bestellung eines Sachwalters ist unzulässig, soweit Angelegenheiten der behinderten Person durch einen anderen gesetzlichen Vertreter oder im Rahmen einer anderen Hilfe, besonders in der Familie, in Pflegeeinrichtungen, in Einrichtungen der Behindertenhilfe oder im Rahmen sozialer oder psychosozialer Dienste, im erforderlichen Ausmaß besorgt werden. Ein Sachwalter darf auch dann nicht bestellt werden, soweit durch eine Vollmacht, besonders eine Vorsorgevollmacht, oder eine verbindliche Patientenverfügung für die Besorgung der Angelegenheiten der behinderten Person im erforderlichen Ausmaß vorgesorgt ist. Ein Sachwalter darf nicht nur deshalb bestellt werden, um einen Dritten vor der Verfolgung eines, wenn auch bloß vermeintlichen, Anspruchs zu schützen.*

*(3) Je nach Ausmaß der Behinderung sowie Art und Umfang der zu besorgenden Angelegenheiten ist der Sachwalter zu betrauen*

- 1. mit der Besorgung einzelner Angelegenheiten, etwa der Durchsetzung oder der Abwehr eines Anspruchs oder der Eingehung und der Abwicklung eines Rechtsgeschäfts,*
- 2. mit der Besorgung eines bestimmten Kreises von Angelegenheiten, etwa der Verwaltung eines Teiles oder des gesamten Vermögens, oder,*
- 3. soweit dies unvermeidlich ist, mit der Besorgung aller Angelegenheiten der behinderten Person.*

*(4) Sofern dadurch nicht das Wohl der behinderten Person gefährdet wird, kann das Gericht auch bestimmen, dass die Verfügung oder Verpflichtung hinsichtlich bestimmter Sachen, des Einkommens oder eines bestimmten Teiles davon vom Wirkungsbereich des Sachwalters ausgenommen ist.“*

---

<sup>97</sup> BGBl I 2013/15.

Im Laufe der letzten Jahre stieg die Zahl der Sachwalterschaftsverfahren ua aufgrund der immer höher werdenden Lebenserwartung der Menschen rapide an, was zu einer Überlastung der Gerichte führte. Aufgrund der Tatsache, dass eine Sachwalterschaft einen starken Eingriff in die Autonomie der betroffenen Person bedeuten kann, wurde durch die Möglichkeiten der gesetzlichen Vertretungsbefugnis der nächsten Angehörigen, der Vorsorgevollmacht und der Sachwalterverfügung das Subsidiaritätsprinzip zum Ausdruck gebracht. Durch die genannten Rechtsinstitute soll die Autonomie von Menschen mit Behinderungen gestärkt, geschützt und die Zahl der Sachwalterschaftsverfahren gesenkt werden. Die Bestellung eines Sachwalters sollte daher immer ultima ratio sein.<sup>98</sup>

Nachdem in diesem Kapitel der Begriff der Behinderung aus verschiedenen Blickwinkeln beleuchtet wurde, geht der folgende Abschnitt auf den Behinderungsbegriff der UN-Behindertenkonvention und seinem dahinterliegendem Konzept ein.

## **1.5 UN – Behindertenkonvention**

### **1.5.1 Allgemeines**

Ende 2006 beschloss die Generalversammlung der Vereinten Nationen das „Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen“ - auch UN-Behindertenrechtskonvention genannt - sowie ein Fakultativprotokoll. Das Ziel dieser Konvention ist es, die bereits in Geltung stehenden Menschenrechte an die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen anzugleichen.<sup>99</sup> Einer der ersten Staaten, der sowohl die Konvention als auch das Protokoll unterzeichnet hat, war Österreich. In der Folge stimmten sich Deutschland, Österreich, Liechtenstein und die Schweiz auf eine einheitliche deutsche Übersetzung der Konvention ab. Die Ratifikation durch Österreich erfolgte im Jahr 2008. Durch die Ratifikation ergibt sich für Österreich die Verpflichtung, dass der Bund, die Länder und die Gemeinden innerstaatlich die Konvention umsetzen müssen. Nach Art 45 Abs 1 der UN-Behindertenrechtskonvention muss Österreich zwei Jahre nach Inkrafttreten der Konvention den Vereinten Nationen einen ausführlichen Bericht über die von Österreich zur Durchführung und Erfüllung der

---

<sup>98</sup> *Tschugguel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 §§ 268 ff, Rz 2 ([www.rdb.at](http://www.rdb.at)), Stand: Juli 2013.

<sup>99</sup> *Schmidt* in *Prettenthaler-Ziegerhofer*, Menschen mit Behinderung. Leben wie andere auch? Eine völkerrechtliche und europarechtliche Perspektive, Graz, 2006, 67.

daraus entstandenen Pflichten vorlegen.<sup>100</sup> Dieser „erste Staatenbericht“, aus welchem im Folgenden zitiert wird, wurde 2010 vom Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz erstellt.

Die Konvention hat den Zweck der Sicherung der Menschenrechte und Grundfreiheiten für Menschen mit Behinderungen. Da die Konvention viele Rechte beinhaltet, die bereits grundrechtlich oder einfachgesetzlich gesichert sind und ebenfalls schon für behinderte Menschen gelten, wird festgehalten: *„Die tatsächliche Bedeutung des Übk liegt somit weniger in der Feststellung solcher Rechte an sich, sondern viel mehr darin dass das Übk – insoweit über das klassisch-liberale Verständnis von Grundrechten als Abwehrrechten gegenüber staatlichen Eingriffen hinausgehend – umfassende Pflichten des Staates normiert, durch die die Voraussetzungen dafür geschaffen werden sollen, dass Menschen mit Behinderung ihre Rechte ausüben und möglichst ohne Einschränkungen an der Gesellschaft teilhaben können.“*<sup>101</sup>

Der in Art 7 Abs 1 B-VG verankerte Gleichheitsgrundsatz wurde 1997 modifiziert und lautet: *„Alle Staatsbürger sind vor dem Gesetz gleich. Vorrechte der Geburt, des Geschlechtes, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses sind ausgeschlossen. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden. Die Republik (Bund, Länder und Gemeinden) bekennt sich dazu, die Gleichbehandlung von behinderten und nicht behinderten Menschen in allen Bereichen des täglichen Lebens zu gewährleisten.“* Somit besteht seit 1997 ein Bekenntnis der Republik Österreich, behinderte und nichtbehinderte Menschen gleich zu behandeln. Eine Folge dieses Diskriminierungsverbotes war der Erlass des Behindertengleichstellungsgesetzes.<sup>102</sup>

Das Behindertengleichstellungsgesetz ist wiederum ein Teil des Behindertengleichstellungspaketes aus 2006, welches weiters eine Novelle des Behinderteneinstellungsgesetzes sowie des Bundesbehindertengesetzes beinhaltete. Das Behinderteneinstellungsgesetz sowie das Behindertengleichstellungsgesetz sind von zentraler Bedeutung. Letzteres normiert

---

<sup>100</sup> Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, UN-Behindertenrechtskonvention. Erster Staatenbericht Österreichs, 2010, 1.

<sup>101</sup> Schauer, Das UN-Übereinkommen über die Behindertenrechte und das österreichische Sachwalterrecht. Auswirkung und punktueller Anpassungsbedarf, iFamZ 2011, 259.

<sup>102</sup> Bundesministerium, UN-Behindertenrechtskonvention, 7.

ein Diskriminierungsverbot von Menschen mit Behinderungen in diversen Bereichen des täglichen Lebens. Bloß die Diskriminierung in der Arbeitswelt ist nicht davon umfasst, da diese im Behinderteneinstellungsgesetz geregelt wird. Alle drei Gesetze verfolgen den gleichen Zweck, nämlich den Schutz behinderter Menschen vor Diskriminierungen sowie die Ermöglichung der Teilhabe am gesellschaftlichen Leben.<sup>103</sup> Normiert wurden sowohl unmittelbare als auch mittelbare Diskriminierungen, bei deren Vorliegen das Gesetz diverse Schadenersatzansprüche anordnet. Bevor diese jedoch eingeklagt werden können, muss ein Schlichtungsverfahren durchgeführt werden.

Weiters wurde durch das ebenfalls 2006 in Kraft getretene Bundesbehindertengesetz das Amt eines Behindertenanwalts ins Leben gerufen. Dieser hat die Aufgabe, Menschen mit Behinderungen zu unterstützen, wenn diese diskriminiert wurden, wobei er weisungsfrei ist. Darüber hinaus ist er Mitglied des Bundesbehindertenbeirats, welcher in Fragestellungen in Bezug auf die Behindertenpolitik eine beratende Funktion ausübt.<sup>104</sup>

### 1.5.2 Ausgewählte Artikel

Im Folgenden soll auf die für diese Arbeit wichtigen Artikel der Behindertenkonvention eingegangen werden. Somit werden jene Artikel angeführt, die sich auf die Bereiche der Bildung und der Arbeit beziehen.

Besonders wichtig ist Art 2 der UN-Behindertenrechtskonvention, welcher diverse Begriffsbestimmungen enthält, die für das Verständnis der Konvention von großer Bedeutung sind. Die für diese Arbeit relevante Begriffsbestimmung ist jene der „Diskriminierung aufgrund von Behinderung“, worunter laut der Konvention folgendes zu verstehen ist: *„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, sozialen, kulturellen, bürgerlichen oder jedem anderen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird. Sie umfasst alle Formen der Diskriminierung, einschließlich der Versagung angemessener Vorkehrungen.“*

---

<sup>103</sup> Bundesministerium, UN-Behindertenrechtskonvention, 2 f.

<sup>104</sup> Bundesministerium, UN-Behindertenrechtskonvention, 10.

#### 1.5.2.1 Art 24 - Bildung

Art 24 besagt: *„Die Vertragsstaaten anerkennen das Recht von Menschen mit Behinderungen auf Bildung“*. Durch die Schulreformpakete aus 1993 und 1996 wurde die Integration von behinderten Kindern in die Volksschule sowie in die Sekundarstufe normiert. Kommt es in der Praxis dazu, dass ein behindertes Kind dem Unterricht nicht folgen kann, so wird ein Antrag auf Feststellung des sonderpädagogischen Förderbedarfs durch den Bezirksschulrat gestellt. Durch „barrierefreies Unterrichtsmaterial“ erhalten Schüler, die eine Sehbehinderung aufweisen, die notwendigen Hilfsmittel, wie zB elektronische Lesegeräte, PC-Braillezeilen etc. Für Schüler, die an einer Hörbehinderung leiden, gibt es eine elektronische Gebärdensprachdatenbank für die Schule. Schülerinnen und Schülern, die ohne Hilfe nicht in der Lage wären, eine Schule zu besuchen, wird ab der Pflegestufe 4 eine persönliche Assistenz durch das Bundesministerium für Bildung und Frauen bezahlt.<sup>105</sup>

#### 1.5.2.2 Artikel 27 - Arbeit

Ein weiterer für diese Arbeit maßgeblicher Art der Konvention ist Art 27 „Arbeit und Beschäftigung“. Art 27 erster Satz besagt:

*„Die Vertragsstaaten anerkennen das gleiche Recht von Menschen mit Behinderungen auf Arbeit; dies beinhaltet das Recht auf die Möglichkeit, 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.“*

Das Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz und das Bundessozialamt ergreifen die Maßnahmen von Individualförderungen sowie Projektförderungen und Begleitenden Hilfen, um Menschen mit Behinderungen zu integrieren. Unter begleitenden Hilfen werden bspw Ausbildungs- und Berufsausbildungsassistenz, persönliche Assistenz sowie die technische Ausstattung am Arbeitsplatz verstanden. Weiters besteht die Möglichkeit, dass Unternehmen, die behinderte Menschen einstellen, diverse Zuschüsse bzw Beihilfen gewährt

---

<sup>105</sup> Bundesministerium, UN-Behindertenrechtskonvention, 35 ff.

werden.<sup>106</sup> Somit trifft die Staaten sowohl die Pflicht, ein „Recht auf Arbeit“ zu fördern als auch dieses durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen.<sup>107</sup>

Ein zentraler Teil des Antidiskriminierungsrechtes ist der Schutz vor Diskriminierungen und Belästigung in der Arbeitswelt. Der Schutz umfasst den Bewerbungsprozess, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, die Festsetzung des Entgelts sowie Maßnahmen der Aus- und Weiterbildung. Etwas Bemerkenswertes stellt auch der besondere Kündigungsschutz dar. Auf all diese Regelungen wird im vierten Kapitel dieser Arbeit noch näher eingegangen werden.<sup>108</sup>

## 1.6 Eigene Ansicht

Die Untersuchung des Begriffes der „Behinderung“ hat gezeigt, dass sich in den verschiedenen Disziplinen erhebliche Unterschiede aufzeigen. Oft gibt es auch innerhalb derselben Disziplin zahlreiche Ansichten. Vergleicht man bspw die Meinungen im Bereich der Heil- und Sonderpädagogik, so lassen sich viele Unterschiede feststellen. Während Bleidick eine Unterscheidung zwischen einer Behinderung und einer Schädigung vornimmt, steht bei Haeberlin die Erziehung – sowie eine mögliche Beeinträchtigung derselben – im Zentrum der Überlegungen. Er geht davon aus, dass nur dann eine Behinderung aus dem Blickwinkel der Pädagogik vorliegt, wenn die Erziehung mit normalen Mitteln nicht mehr möglich - und daher behindert ist. Weiters meint er: *„Seit langem weiß die Heil- und Sonderpädagogik, dass der Begriff „Behinderte“ schillernd, unklar und zu beliebigen Ausdehnungen und Eingrenzungen des betroffenen Personenkreises einladend und missbrauchbar geworden ist.“*<sup>109</sup> Trotzdem aber ist es schwer, für die Disziplin der Heil- und Sonderpädagogik auf den Begriff der „Behinderten“ zu verzichten. Auch Bach nimmt eine Unterscheidung vor. Er differenziert zwischen Beeinträchtigung, Schädigung und Gefährdung, wobei er hierbei die Beeinträchtigung als Oberbegriff ansieht. Im Gegensatz zu den anderen nimmt Cloerkes eine negative Definition des Behinderungsbegriffes vor. Im Kern geht es um das Abweichen von gewissen Erwartungen, was zu einer negativen Reaktion führt. Durch die Bezeichnung

---

<sup>106</sup> Bundesministerium, UN-Behindertenrechtskonvention, 43 f.

<sup>107</sup> Stähler, Inklusion behinderter Arbeitnehmer. Rechtliche Grundlagen für Arbeitgeber, Personalabteilungen, Schwerbehindertenvertreter und Betriebsräte, Köln, 2013, 18.

<sup>108</sup> Bundesministerium, UN-Behindertenrechtskonvention, 45.

<sup>109</sup> Haeberlin, Vom Schein zum Sein, 254.

„Behinderter“ kommt es zu einer negativen Personifizierung, was auch Stigmatisierungen zur Folge haben kann.<sup>110</sup>

So unterschiedlich diese Definitionen der Heil- und Sonderpädagogik auch sind, über eines herrscht weitgehend Einigkeit. Aus den meisten Definitionen ergibt sich, dass es sich bei dem Begriff der Behinderung um einen relativen Begriff handelt. Bei Bleidick geht dies aus dem Umstand hervor, dass er von unterschiedlichen sozialen Bezugsgruppen spricht. Je nachdem in welcher sozialen Bezugsgruppe sich der Betroffene befindet, ist zu beurteilen, ob die Behinderung als eine solche angesehen wird. Liegt in einer Bezugsgruppe eine Behinderung vor, heißt dies nicht automatisch, dass der Betroffene auch in anderen sozialen Bezugsgruppen als behindert gilt – es handelt sich daher um einen relativen Begriff. Bleidick spricht sogar von dem „vorübergehenden Charakter“ dieser Definition. Auch Haeblerlin erwähnt ausdrücklich, dass es sich um einen relativen Begriff handelt.

Bei der Untersuchung des Begriffes im juristischen Kontext hat sich gezeigt, dass es in den verschiedenen Gesetzen eine zum Teil sehr große Deckungsgleichheit der Definitionen gibt. Dies ist mE sehr wichtig, da auf diesem Weg dem Gedanken der Rechtssicherheit Rechnung getragen wird.

Es versucht somit jede Disziplin eine passende Definition oder Umschreibung der Behinderung zu finden. Allerdings handelt es sich bei all dem, was unter einer „Behinderung“ verstanden werden kann, um so viel Unterschiedliches, dass diese Definitionsgebung eine äußerst schwierige Aufgabe darstellt. Auch die Tatsache, dass der Begriff in so vielen verschiedenen Disziplinen verwendet wird, macht es unmöglich, „eine“ Definition für diesen zu finden. Sowohl die unterschiedlichen Meinungen in der Heil- und Sonderpädagogik als auch die Novellierung einiger Gesetze erzeugen den Eindruck, dass mit den jeweiligen Begriffsbeschreibungen auf Dauer keine Zufriedenheit erlangt werden kann. Daher ist es mE sehr wichtig, sich immer wieder aufs Neue Gedanken über die Aktualität einer Begriffsbeschreibung zu machen, da sich das Begriffsverständnis im Laufe der Zeit durch die Auffassung in der Gesellschaft wandelt und verändert, was sowohl in den Gesetzen als auch in anderen Definitionen berücksichtigt werden sollte.

---

<sup>110</sup> Speck, System Heilpädagogik. Eine ökologische reflexive Grundlegung, 2008, 52.

Nachdem sich dieses Kapitel mit dem Begriff der „Behinderung“ in den verschiedensten Bereichen befasst hat, erläutert das folgende Kapitel folgende Gerechtigkeitstheorien: den Utilitarismus aus der Sicht von Singer, Rawls' „Gerechtigkeit als Fairneß“ sowie den „Fähigkeitenansatz“ von Nussbaum.

## **2 Gerechtigkeit in Bezug auf Menschen mit Behinderungen bei Singer, Rawls und Nussbaum**

In diesem Kapitel werden drei verschiedene Gerechtigkeitstheorien erläutert und es wird der Frage nachgegangen, wie Menschen mit Behinderungen in der jeweiligen Theorie berücksichtigt werden. Zu Beginn werden der utilitaristische Ansatz von Peter Singer sowie seine Sichtweise in Bezug auf Menschen mit Behinderungen geschildert. Ein wichtiger Themenpunkt in Singers „Praktischer Ethik“ beschäftigt sich mit der Stellung von behinderten Embryonen und Säuglingen, worauf auch im Kapitel „Umgang mit Menschen mit Behinderungen aus pränataler Sicht“ eingegangen wird.

Darauffolgend wird eine der wichtigsten Gerechtigkeitstheorien - Rawls' „Gerechtigkeit als Fairness“ - geschildert. Erst wird auf wesentliche Teile von Rawls Gerechtigkeitstheorie - nämlich den Urzustand, den Schleier des Nichtwissens und die Grundgüter sowie auf die „am wenigsten Begünstigten“ - eingegangen. Weiters werden die beiden wesentlichen Gerechtigkeitsprinzipien, die der Theorie von Rawls zugrunde liegen, aufgezeigt. Insb wird der Frage nachgegangen, ob seine Theorie auch auf Menschen mit Behinderungen anwendbar ist. Um diese Frage zu erläutern, wird auf manche Kritiken an Rawls' Theorie eingegangen.

Im Anschluss an Rawls' Theorie wird auf den „Fähigkeitenansatz“ von Nussbaum eingegangen. Wie bereits aus der Bezeichnung hervorgeht, stellt sie auf bestimmte Fähigkeiten ab, die allen Bürgern zukommen sollen. Auch hier wird die Frage beleuchtet, inwiefern Menschen mit Behinderung in dieser Konzeption Berücksichtigung finden.

## 2.1 Utilitarismus

Zu Beginn ist festzuhalten, dass es nicht „einen“ Utilitarismus gibt; vielmehr gibt es einige Formen und auch verschiedene Vertreter, wie zB J. Bentham oder J.S. Mill. Obwohl es verschiedene Formen des Utilitarismus gibt, können dennoch manche „Hauptgrundsätze dieses philosophischen Systems genannt werden“.<sup>111</sup>

Der wesentliche Leitgedanke, der dem Utilitarismus zugrunde liegt, ist der, dass „es das Ziel jeglicher menschlichen Aktivität ist, danach zu streben, das allgemeine Glück der Menschheit zu vergrößern und ihre Leiden zu minimalisieren“.<sup>112</sup> Das bedeutendste Gut der Menschen ist das Glück. Utilitaristen vertreten die Ansicht, dass sich die Menschen in erster Linie nach ihren eigenen Interessen richten.

Damit in einer Gesellschaft ein Zusammenleben möglich ist, braucht es auf der einen Seite Normen und Richtlinien und auf der anderen Seite eine Instanz, die dafür sorgt, dass diese Regeln auch eingehalten werden. Durch diese Regeln und das Recht „soll eine Ordnung der Freiheit im menschlichen Zusammenleben“ hergestellt werden.<sup>113</sup> Beim Utilitarismus handelt es sich um eine Form der normativen Ethik, die sich mit Fragen bezüglich der „Prinzipien und Ziele moralischen Handelns“ beschäftigt.<sup>114</sup> Setzt man die Existenz einer gewissen Freiheit voraus, so resultiert daraus, dass der Mensch immer mehrere unterschiedliche Möglichkeiten hat, wie er eine Handlung durchführt. Nun gibt es im Rahmen des Utilitarismus Charakteristika, anhand derer beurteilt wird, ob die getroffene Entscheidung moralisch war oder nicht. Im Utilitarismus zählt bei der Beurteilung dieser Frage einzig und allein, welche Folgen die Handlung nach sich zieht. Es wird betrachtet „inwieweit die Konsequenzen einer Handlung bestimmte Ziele fördern oder hemmen.“<sup>115</sup> Um die Folgen einer Handlung zu beurteilen, wird das Utilitätsprinzip herangezogen. Mit Hilfe dessen wird beurteilt, ob die Folgen dazu taugen, das „in sich Gute“ zu verwirklichen. Worum es sich bei dem „in sich Guten“ handelt, wird anhand des Hedonismusprinzips bestimmt. Dieses sieht in Lust, Freude und Glück, somit „in der Maximierung der Befriedigung menschlicher Bedürfnisse und - umgekehrt - in der

---

<sup>111</sup> Mon in Boloz/Höver, Utilitarismus in der Bioethik. Seine Voraussetzungen und Folgen am Beispiel der Anschauungen von Peter Singer. Die Grundzüge des Utilitarismus, 2002, 25.

<sup>112</sup> Mon in Boloz/Höver, Utilitarismus in der Bioethik, 25.

<sup>113</sup> Schlegel, Die Identität der Person, 35.

<sup>114</sup> Schlegel, Die Identität der Person, 36.

<sup>115</sup> Schlegel, Die Identität der Person, 36.

*Minimierung von Schmerz und Unlust, i.e. der Frustration von Bedürfnissen“* das „in sich Gute“.<sup>116</sup>

Im Utilitarismus wird auf die „soziale Dimension“ aufgrund des „utilitaristischen Sozialprinzips“ Rücksicht genommen. Es spielt dabei *„die größtmögliche soziale Nutzensumme oder der größte Durchschnittsnutzen“* eine wichtige Rolle. Man sollte sich daher für jene Handlung entscheiden, mit der das größte Glück für die meisten Menschen verbunden ist. Daraus ergibt sich, dass sich die Entscheidung nie auf eine bestimmte Person oder eine Personengruppe bezieht, sondern es muss dabei immer das „Weltganze“ im Auge behalten werden. Das bedeutet, dass es sich immer dann um eine sittlich gute Handlung handelt, wenn durch sie die Welt am meisten mit Lust angereichert wird. Im Utilitarismus ist daher der Blickwinkel, aus dem heraus die Entscheidung getroffen wird, niemals „akteurzentriert“, sondern immer aus der Perspektive der ganzen Gesellschaft zu treffen. Das eben Gesagte - diese gewisse „Universalität“ - ist ein wesentlicher Unterschied zu anderen Ethikkonzeptionen, bei denen die Sittlichkeit einer Handlung aus dem Blickwinkel einer einzelnen Person beurteilt wird.<sup>117</sup>

Ua Höffe ist der Ansicht, dass mit dem Utilitarismus auch Negatives verbunden wird. Ein wesentlicher Kritikpunkt ist die Tatsache, dass die Förderung des allgemeinen Glückes der einzige Maßstab für die Gültigkeit von Normen darstellt. Doch trotz der Kritik vieler Philosophen wie Marx, Engels, Nietzsche, N. Hartmann wurde der Utilitarismus durch Bentham und Mill zu *„einer der wichtigsten moralphilosophischen Positionen.“*<sup>118</sup> Mittlerweile spaltet sich der Utilitarismus in eine Vielzahl verschiedener Positionen sowie „Unterpositionen“. Es wird daher zwischen negativem, positivem, subjektivem, objektivem, hedonistischem, idealem und Handlungs- sowie Regelutilitarismus differenziert. Es handelt sich beim Utilitarismus nicht um „eine einzige in sich homogene Ethik“<sup>119</sup>. Nichtsdestotrotz haben all diese verschiedenen Formen etwas Gemeinsames. Dies betrifft zunächst die Frage: *„Was ist moralisch verbindlich, und wie kann man es rational begründen?“*<sup>120</sup> Im Utilitarismus geht es darum, Entscheidungen, Handlungen, Normen und Institutionen in moralischer Hinsicht als richtig oder falsch zu qualifizieren. Das dafür nötige

---

<sup>116</sup> Schlegel, Die Identität der Person, 36.

<sup>117</sup> Schlegel, Die Identität der Person, 37.

<sup>118</sup> Höffe, Einführung in die utilitaristische Ethik. Klassische und zeitgenössische Texte, 2008, 9.

<sup>119</sup> Höffe, Einführung in die utilitaristische Ethik, 9.

<sup>120</sup> Höffe, Einführung in die utilitaristische Ethik, 9.

Kriterium liefert der Utilitarismus. Die Ursprungssituation ist jene, dass man die Wahl zwischen unterschiedlichen Handlungsmöglichkeiten hat. Da man nicht weiß, für welche man sich entscheiden soll, sucht man nach einem Kriterium, mithilfe dessen die richtige Entscheidung getroffen werden kann. *„Der Utilitarismus rekonstruiert die moralisch richtige Handlung als Resultat einer rationalen Wahl zwischen alternativen Möglichkeiten.“*<sup>121</sup> Das Kriterium „Rationalität“ gliedert sich in vier Punkte. Erstens soll die Beurteilung, ob Handlungen und Normen richtig sind oder nicht, nur anhand ihrer Folgen stattfinden. Zweitens werden die Folgen an ihrem jeweiligen Nutzen gemessen. An dritter Stelle soll der Nutzen ausschließlich an etwas „in sich Gutem“ gemessen werden. Das bedeutet, dass nicht der Nutzen für jeden Zweck oder Wert, ganz gleichgültig worauf er sich bezieht, beachtet wird. Das menschliche Glück wird als das wichtigste Gut angesehen; *„(...) Ziel ist die maximale Bedürfnis- und Interessenbefriedigung bzw. die minimale Frustration.“*<sup>122</sup> Somit ist immer das, was die größte Lust bereitet, bzw das, was die Unlust fernhält, angebracht. *„Genauer: Kriterium der Beurteilung der Folgen einer Handlung ist ihr Gratifikationswert: das Maß an Lust, das die Handlung hervorruft, vermindert um das mit ihr verbundene Maß an Unlust.“*<sup>123</sup> Letztlich ist wichtig zu wissen, dass es auf den „Gratifikationswert“ all jener, die von dieser Handlung betroffen sind, ankommt. Es zählt bspw nicht der Gratifikationswert, der für den Handelnden selbst besteht, oder der, der für eine bestimmte Gruppe oder Schicht entstehen würde. Der Utilitarismus verlangt, dass der Mensch bei seiner Handlung auf das allgemeine Wohlergehen Rücksicht nimmt.<sup>124</sup>

Fasst man die vier eben genannten Elemente zusammen, so ergibt sich daraus das „Prinzip der Nützlichkeit“: *„Diejenige Handlung bzw. Handlungsregel ist moralisch richtig, deren Folgen für das Wohlergehen aller Betroffenen optimal sind“* bzw als Imperativ: *„Handle so, daß die Folgen deiner Handlung bzw. Handlungsregel für das Wohlergehen aller Betroffenen optimal sind.“*<sup>125</sup>

Einige Vertreter des Utilitarismus, wie bspw Singer, Wolf, Feinberg sowie Tooley und noch manche andere, sind der Meinung, dass nur jenen Menschen ein volles Lebensrecht zusteht, die den Status der „Person“ erfüllen. Nach ihrer Ansicht können

---

<sup>121</sup> Höffe, Einführung in die utilitaristische Ethik, 10.

<sup>122</sup> Höffe, Einführung in die utilitaristische Ethik, 10 f.

<sup>123</sup> Höffe, Einführung in die utilitaristische Ethik, 11.

<sup>124</sup> Höffe, Einführung in die utilitaristische Ethik, 11.

<sup>125</sup> Höffe, Einführung in die utilitaristische Ethik, 11.

ungeborene Menschen unter bestimmten Umständen getötet werden, wobei sich Singers Ansatz sowohl auf ungeborene als auch auf neugeborene Kinder bezieht. Lohner führt an, dass es ganz wesentlich ist, die Ansätze und das Menschenbild dieser Autoren darzulegen und zu erörtern. Dies ist ihm deshalb so wichtig, weil er fürchtet, dass diese Ansätze, Argumente und Sichtweisen in der Zukunft ausbreiten und auf Akzeptanz stoßen könnten. Einige dieser Bioethiker zeigen eine Tendenz, die Menschenrechte nicht mehr als „Menschenrechte“ sondern als „Personenrechte“ zu bezeichnen. Das heißt: *„die Geltung fundamentaler Rechte für alle Menschen abzulösen durch die Geltung dieser Rechte für diejenigen Menschen, die Personen genannt werden können.“*<sup>126</sup>

Eine weitere Form des Utilitarismus ist der Präferenzutilitarismus, welchem Singer angehört. Beim Präferenzutilitarismus wird eine Handlung danach beurteilt, ob sie zum Nutzen der wohlüberlegten Interessen der Beteiligten ist. In der Folge wird auf die Praktische Ethik des Präferenzutilitaristen Singer eingegangen.

## **2.2 Singers „Praktische Ethik“**

### **2.2.1 Allgemeines**

Im Jahr 1979 erschien das Buch „Praktische Ethik“ von Peter Singer. In diesem Werk setzt er sich mit unterschiedlichsten Fragestellungen auseinander. Eine dieser Fragestellungen ist die Beurteilung, welches Leben als lebenswert erachtet wird und welches nicht. Ein weiterer Teil des Werkes widmet sich der Thematik der Euthanasie bei behinderten ungeborenen sowie bei neugeborenen Kindern.

Zu Beginn wird auf den Begriff der „Person“ bei Singer eingegangen. Die Erörterung seines Verständnisses der Person ist unverzichtbar, da viele weitere Punkte seiner Argumente darauf aufbauen.

### **2.2.2 Der Begriff der „Person“ bei Singer**

Nach Singer handelt es sich nur dann um eine Person, wenn ein Wesen über Selbstbewusstsein verfügt und Vernunft hat. Wesen, die sowohl Schmerz als auch Lust empfinden können - wie bspw Tiere - fallen nicht unter diesen Begriff. Für Singer fallen aber auch neugeborene Säuglinge sowie manche Kinder, die eine

---

<sup>126</sup> Lohner in Boloz/Höver, Utilitarismus in der Bioethik, Kein Lebensrecht für ungeborene Kinder?, 2002, 44 f.

geistige Behinderung haben, nicht unter den Begriff der Person. Er führt an: *„Wenn Tooley recht hat, kann man Wesen, denen Selbstbewußtsein fehlt, nicht sagen, sie hätten im vollen Sinne von ‚Recht‘ ein Recht auf Leben. Dennoch mag es aus anderen Gründen Unrecht sein, sie zu töten.“*<sup>127</sup>

Singer stellt die Frage: *„Sollen wir Leben als einen Wert achten?“*<sup>128</sup> Singer unterscheidet diesbezüglich zwischen einem nur empfindungsfähigen Wesen und solchen Wesen, die über ein Selbstbewusstsein verfügen. Das Leben eines Wesens mit einem Selbstbewusstsein erachtet er als lebenswert. Jedoch gibt es auch Wesen, die kein Selbstbewusstsein besitzen, aber trotzdem Lust empfinden können. Es geht daher darum, dass keine Wesen getötet werden sollten, die Lust empfinden können. Wenn man an den Schmerz denkt, den diese Wesen auch empfinden können, könnte auch in die entgegengesetzte Richtung argumentiert werden. Dies dann wiederum nicht, wenn davon auszugehen ist, dass die Lust den Schmerz überwiegen wird. Somit lautet die Aussage, dass Lust wichtig ist. Wenn lustempfindende Wesen getötet werden, stellt dies einerseits eine Unrechtmäßigkeit dar und andererseits würde dadurch Lust vernichtet werden.<sup>129</sup> Somit muss für Singer die Lust im Leben eines Menschen den Schmerz überwiegen, andernfalls handelt es sich nach seiner Meinung um „lebensunwertes“ Leben.

Nach Singer bestehen zwei Möglichkeiten der Reduzierung von Lust in unserer Welt. *„(...) eine besteht darin, die Lust derjenigen zu beseitigen, die ein lustvolles Leben führen; der andere darin, diejenigen zu beseitigen, die ein lustvolles Leben führen.“*<sup>130</sup> Das eben Gesagte gibt es auch in die andere Richtung, denn es existieren ebenso zwei Wege, die zu einem Anstieg von Lust führen: *„der eine besteht darin, die Lust derjenigen zu vermehren, die jetzt existieren; der andere darin, die Zahl derjenigen zu erhöhen, die ein lustvolles Leben führen werden.“*<sup>131</sup>

Singer unterscheidet zwischen zwei verschiedenen Ansichten – der „Vorherigen-Existenz-Ansicht“ und der „Totalansicht“.<sup>132</sup> Die „Vorherige-Existenz-Ansicht“ besagt, *„dass nur die Wesen beachtet werden sollen die vor beziehungsweise unabhängig*

---

<sup>127</sup> Singer, Praktische Ethik, 1994, 136 f.

<sup>128</sup> Singer, Praktische Ethik, 137.

<sup>129</sup> Singer, Praktische Ethik, 137.

<sup>130</sup> Singer, Praktische Ethik, 137 f.

<sup>131</sup> Singer, Praktische Ethik, 138.

<sup>132</sup> Singer, Praktische Ethik, 139 f.

von der Entscheidung existieren.“<sup>133</sup> Hingegen schildert er die „Totalansicht“ folgendermaßen: „Es handelt sich dabei um die Vermehrung der Gesamtsumme von Lust (und um die Verminderung der Gesamtsumme von Schmerz) und es ist gleichgültig, ob dies durch die Vermehrung von Lust bei existierenden Wesen geschieht oder durch die Vermehrung der Zahl von Wesen, die existieren.“<sup>134</sup>

### 2.2.3 Euthanasie bei behinderten Säuglingen

Wenn ein „Subjekt“ zu keinem Zeitpunkt die Möglichkeit hatte, eine Wahl zwischen dem Leben oder dem Sterben zu treffen, so spricht Singer von der sogenannten „nichtfreiwilligen Euthanasie“. Dies betrifft insbesondere Säuglinge, die schwere Behinderungen aufweisen, sowie ältere Menschen, die bereits mit einer schweren geistigen Schädigung auf die Welt gekommen sind.<sup>135</sup>

Für Singer zählt bei der Frage, ob eine Tötung rechtmäßig ist oder nicht, nicht der Umstand, ob es sich dabei um einen Menschen „im Sinne der Zugehörigkeit zur Spezies Homo sapiens“ handelt oder nicht; vielmehr kommt es ihm darauf an, ob bestimmte Eigenschaften – und zwar Rationalität, Autonomie sowie Selbstbewusstsein - gegeben sind oder nicht. Er folgert daraus weiters, dass die Tötung eines Säuglings, der über eben diese Eigenschaften nicht verfügt, nicht gleich angesehen werden kann wie die Tötung eines „menschlichen Wesens oder anderes selbstbewusstes Wesens“.<sup>136</sup> Er sagt ganz klar: „Kein Säugling – mag er nun behindert sein oder nicht – hat in gleichem Maße Anspruch auf das Leben wie Wesen, die fähig sind, sich selbst als distinkte, in der Zeit existierende Entitäten zu sehen.“<sup>137</sup>

Singer nimmt daher eine Unterscheidung zwischen einem „Menschen“ und einer „Person“ vor. Nur eine Person - die über Selbstbewusstsein und Rationalität verfügen muss, um eine solche zu sein - besitzt ein „unverfügbares Lebensrecht“. Lohner schreibt dazu: „Dabei leugnet Singer nicht die humanembryologischen Fakten, dass Ungeborene Menschen sind, also ihre Zugehörigkeit zur menschlichen Gattung, er vollzieht aber eine sprachliche Trennung von Menschsein und Personsein mit den

---

<sup>133</sup> Singer, Praktische Ethik, 139.

<sup>134</sup> Singer, Praktische Ethik, 139.

<sup>135</sup> Singer, Praktische Ethik, 232.

<sup>136</sup> Singer, Praktische Ethik, 233.

<sup>137</sup> Singer, Praktische Ethik, 233.

genannten Konsequenzen.“<sup>138</sup> Mit dem Anspruch, dass ein Mensch nur dann auch eine Person ist, wenn er Selbstbewusstsein hat und rational denken kann, geht er so weit, dass er meint, der Anspruch auf Leben eines „nichtpersonalen Menschen“ sei nicht größer als der Anspruch eines Tieres, welches das gleiche geistige Niveau aufweist.<sup>139</sup>

Des Weiteren sagt Singer: *„Der Unterschied zwischen der Tötung eines behinderten und eines normalen Säuglings liegt nicht in irgendeinem vorausgesetzten Recht auf Leben, das der letztere hätte und der erstere nicht, sondern in anderen Erwägungen über das Töten.“*<sup>140</sup> Eine dieser genannten Erwägungen ist bspw die Auffassung und Denkweise der Eltern. Schließlich ist die Geburt eines Kindes in der Regel ein beglückendes Erlebnis für die Eltern. Durch die Geburt und die Tatsache, dass die Mutter das Kind neun Monate in sich trägt, entsteht eine gewisse Bindung und Zuneigung zwischen den Eltern und dem Kind. Das allein ist schon ein Faktor, der die Tötung des Säuglings für die Eltern furchtbar macht. Singer ist der Ansicht, dass es ein andersgelagerter Fall ist, wenn es sich dabei um einen Säugling mit einer schweren Behinderung handelt. Wobei er auch davon spricht, dass verschiedenste „Schäden“ existieren und nicht alle dazu führen, dass durch diese die Familie in ihrem Glück getrübt wird.<sup>141</sup>

In diesem Zusammenhang gibt es laut Singer die unterschiedlichsten Auffassungen. Während es Eltern gibt, die *„bedauern, daß ein behindertes Kind überhaupt geboren wurde“*<sup>142</sup>, sind andere der Meinung, ihr schwerstbehindertes Kind solle so lange wie möglich am Leben bleiben. Singer sagt zu der Überzeugung der ersten Gruppe *„In diesem Fall kann die Wirkung, die der Tod des Kindes auf seine Eltern haben wird, eher ein Grund dafür als dagegen sein, das Kind zu töten“*, doch sagt er zur Meinung der letzteren: *„(...) dieses Verlangen wäre dann ein Grund gegen die Tötung des Kindes.“*<sup>143</sup>

Singer macht in dem Kapitel „Entscheidungen über Leben und Tod von behinderten Säuglingen“ weitere Ausführungen, allerdings stehen all diese unter der Prämisse, dass die Eltern nicht wünschen, dass ihr behindertes Kind leben soll. Darüber hinaus

---

<sup>138</sup> Lohner in Boloz/Höver, Utilitarismus in der Bioethik, 45.

<sup>139</sup> Lohner in Boloz/Höver, Utilitarismus in der Bioethik, 46.

<sup>140</sup> Singer, Praktische Ethik, 233.

<sup>141</sup> Singer, Praktische Ethik, 234.

<sup>142</sup> Singer, Praktische Ethik, 234.

<sup>143</sup> Singer, Praktische Ethik, 234.

geht er davon aus, dass es sich hierbei um eine derart schwere Behinderung des Kindes handelt, dass eine Adoption durch andere nicht in Betracht kommt.<sup>144</sup>

Bei einem Säugling handelt es sich um ein Wesen, welches in der Lage ist, etwas zu empfinden, jedoch verfügt es nicht über die von Singer verlangte Rationalität und das Selbstbewusstsein. Sieht man sich somit nur den Säugling - unabhängig von der Überzeugung der Eltern - an, so „*müssen die Prinzipien, die die Unrechtmäßigkeit der Tötung nichtmenschlicher Lebewesen bestimmen, welche Empfindungsfähigkeit, aber nicht Rationalität oder Selbstbewußtsein besitzen, auch hier Anwendung finden.*“<sup>145</sup> Nach Singer soll einem Wesen dann das Recht zu leben zukommen, „*wenn es ein gewisses Bewußtsein seiner selbst als eines in der Zeit existierenden Wesens oder eines kontinuierlichen geistigen Selbst besitzt.*“<sup>146</sup> Er meint schließlich weiters, dass dort, wo es gar keine Autonomie - weil dem Wesen die dazu nötige Fähigkeit und das Selbstbewusstsein fehlt - gibt, eine solche auch nicht zu respektieren ist. Des Weiteren spielt die Lebensqualität, die das Kind zu erwarten hat, eine Rolle.<sup>147</sup> Diesbezüglich nennt Singer einige Beispiele von Behinderungen, anhand derer er die Problematik näher erläutert. Dabei macht er Ausführungen über Kinder, die mit Spina bifida zur Welt kommen, Kinder, die an Hämophilie leiden, sowie über Kinder mit Down-Syndrom.

### 2.2.3.1 Spina bifida

Als erstes Beispiel wird Spina bifida genannt. Bei dieser Behinderung ist die Wirbelsäule fehlentwickelt. Der Grad der Behinderung kann unterschiedlich stark ausfallen. Liegt eine schwere Spina bifida vor, so ist es möglich, dass das Kind von der Hüfte an gelähmt ist; weiters ist es nicht in der Lage, Blase und Darm zu kontrollieren. Darüber hinaus kann es vorkommen, dass es zu einer Ansammlung von Flüssigkeit im Gehirn kommt, was bei dem Kind eine geistig Behinderung nach sich ziehen kann. Zwar kann diese Behinderung behandelt werden, allerdings nur bis zu einem bestimmten Punkt; die Lähmung sowie die Inkontinenz können in den meisten schweren Fällen nicht geheilt werden. Manche Ärzte, die mit der Behandlung von Kindern mit dieser schweren Behinderung betraut sind, vertreten die Ansicht, dass eine Operation, die diese Kinder am Leben erhalten würde, „falsch“

---

<sup>144</sup> Singer, Praktische Ethik, 234.

<sup>145</sup> Singer, Praktische Ethik, 235.

<sup>146</sup> Singer, Praktische Ethik, 235.

<sup>147</sup> Singer, Praktische Ethik, 235.

wäre, da der Zustand mancher dieser Kinder sehr schlecht ist. Oft leiden sie unter starken Schmerzen und anderen Beschwerden. Des Weiteren müssen diese Kinder häufig Operationen unterzogen werden. Das hängt auch damit zusammen, dass nur so eine Verkrümmung des Rückgrats, welche in Folge der Lähmung auftreten kann, verhindert werden kann. Bei schweren Fällen kann es vorkommen, dass ein Kind mit dieser Behinderung bis zu seinem Teenageralter an die 40 chirurgische Eingriffe über sich ergehen lassen muss.<sup>148</sup>

Bei einem solchen Fall einer sehr schweren Behinderung sagt Singer Folgendes: *„Wenn das Leben eines Kindes so elend sein wird, daß es sich aus der inneren Perspektive des Wesens, das dieses Leben führen wird, nicht zu leben lohnt, dann folgt sowohl aus der ‚Vorherigen-Existenz‘- als auch aus der ‚totalen‘ Version des Utilitarismus, daß es, sofern keine ‚äußeren‘ Gründe vorliegen den Säugling am Leben zu erhalten – wie etwa die Gefühle der Eltern -, besser ist, ihm ohne weiteres Leiden zum Sterben zu verhelfen.“*<sup>149</sup>

#### 2.2.3.2 Hämophilie

Nach Singer wird die Situation wesentlich komplizierter, wenn es sich nicht um eine derart schwere Behinderung handelt. Er denkt dabei an Kinder, die kein so sorgenfreies Leben führen können, wie es normale Kinder tun, jedoch sind ihre Perspektiven auch nicht derart schlecht, *„daß sich das Leben nicht doch zu leben lohnen würde.“*<sup>150</sup> Für einen solchen Fall nennt Singer als Beispiel Hämophilie, die sogenannte Bluterkrankheit. Dabei handelt es sich um eine genetische Störung, bei der dem Patienten der Blutgerinnungsfaktor fehlt. Das führt dazu, dass es bereits aufgrund einer kleinen Wunde zu starken Blutungen kommen kann. Des Weiteren kann es auch zu inneren Blutungen kommen, was wiederum Gehirnschäden oder Lähmungen zur Folge haben kann. Die Therapien und Behandlungen für Bluter haben sich verbessert; je nach Stärke der Krankheit muss ihnen ein Gerinnungsfaktor gespritzt werden. Nichtsdestotrotz müssen diese Menschen sehr vorsichtig leben. Allein das Betreiben von diversen Sportarten kann für sie sehr gefährlich sein. *„Trotzdem bringen Bluter offensichtlich ihr Leben nicht mit der Frage*

---

<sup>148</sup> Singer, Praktische Ethik, 235 f.

<sup>149</sup> Singer, Praktische Ethik, 236.

<sup>150</sup> Singer, Praktische Ethik, 236.

*zu, ob sie mit allem Schluß machen sollten; die meisten von ihnen finden das Leben eindeutig lebenswert, trotz der vorhandenen Schwierigkeiten.*<sup>151</sup>

Nach der Demonstration dieses Beispiels stellt Singer die Frage, ob im Falle der Diagnose von Hämophilie bei einem Säugling Euthanasie vertretbar wäre. Dabei schildert er sowohl die Antwort aus dem Blickwinkel der „Vorherige-Existenz-Ansicht“ als auch aus der „totalen Version“ des Utilitarismus. Nach der ersten Ansicht würde die Frage mit einem klaren „Nein“ beantwortet werden, da das Kind existiert und zwar nicht das Leben eines normalen Kindes, jedoch dennoch ein „lebenswertes“ Leben vor sich hat.<sup>152</sup> Trotz dieser Behinderung kann davon ausgegangen werden, dass dieser Mensch insgesamt gesehen mehr Glück als Unglück in seinem Leben empfinden wird; die Tötung dieses Menschen, dem man auf diesen Weg auch sein Glück, das er erleben könnte, nimmt, wäre unrecht. Während bei der eben geschilderten Version eine Euthanasie nicht vertretbar wäre, stellt die „totale Version“ des Utilitarismus eine andere Frage: *„werden die Eltern, wenn das hämophile Kind getötet wird, ein weiteres Kind bekommen, das sie nicht hätten, wenn das hämophile Kind leben würde? Und wenn sie es hätten, würde das zweite Kind dann vermutlich ein besseres Leben haben, als das getötete gehabt hätte?“*<sup>153</sup> Singer ist der Ansicht, dass diese Fragen häufig mit einem „Ja“ beantwortet werden würden.

Zur Verdeutlichung führt er wieder ein entsprechendes Beispiel an. Er nennt das Beispiel einer Frau, die plant in ihrem Leben zwei Kinder zu bekommen. Ihr erstes Kind ist gesund, während das zweite Kind an Hämophilie leidet. Singer ist der Meinung, dass ein solches Kind eine derartige Last für die Familie darstellen würde, dass die Eltern kein weiteres Kind bekommen würden. Daher denkt er, wenn die Familie das behinderte Kind nicht hätte - es also töten oder sterben lassen -, dann würden die Eltern nochmals versuchen, ein Kind zu bekommen. Darüber hinaus ist er der Meinung, dass die Chancen auf ein glückliches Leben bei einem gesunden Kind besser stehen als bei einem Kind, das an der Bluterkrankheit leidet.<sup>154</sup> Aufgrund dieses Arguments resultiert daraus für Singer: *„Sofern der Tod eines behinderten Säuglings zur Geburt eines anderen Säuglings mit besseren Aussichten auf ein glückliches Leben führt, dann ist die Gesamtsumme des Glücks größer, wenn der behinderte Säugling getötet wird. Der Verlust eines glücklichen Lebens für den*

<sup>151</sup> Singer, Praktische Ethik, 236 f.

<sup>152</sup> Singer, Praktische Ethik, 237.

<sup>153</sup> Singer, Praktische Ethik, 237.

<sup>154</sup> Singer, Praktische Ethik, 237 f.

ersten Säugling wird durch den Gewinn eines glücklicheren Lebens für den zweiten aufgewogen.“<sup>155</sup> Somit wäre es nach der Totalansicht richtig, den behinderten Säugling, unter der Voraussetzung, dass dadurch andere keine „nachteilige Wirkung“ erfahren, zu töten.<sup>156</sup>

Es wird festgehalten, dass die Totalansicht hinsichtlich der Ersetzbarkeit keinen Unterschied zwischen Tieren und Säuglingen macht. Jedoch wird unmittelbar danach angeführt, dass zahlreiche Menschen etwas dagegen einzuwenden haben, da - wenn selbst die Tötung eines „völlig hoffnungslos geschädigten Säuglings“ als „Mord“ qualifiziert wird - die Tötung eines Säuglings, der eine nicht derart schwere Behinderung aufweist, wie das eben genannte Beispiel der Bluterkrankheit, erst recht nicht toleriert werden würde. Viele Menschen hätten bestimmt gegen die Ersetzbarkeit in Bezug auf menschliche Säuglinge etwas einzuwenden. Jedoch meint Singer, dass sich bei näherer Betrachtung zeigt, dass das Argument der Ersetzbarkeit bei weitem nicht so unpassend ist, wie es scheint. Seine Erklärung für diese Ansicht lautet folgendermaßen: *„Denn es gibt behinderte Mitglieder unserer Spezies, mit denen wir genauso umgehen, wie es das Argument nahelegt.“*<sup>157</sup> Es besteht eine Ähnlichkeit zu den geschilderten Fällen, jedoch mit dem Unterschied, wann die Behinderung des Kindes diagnostiziert und daraus resultierend das „behinderte Wesen“ getötet wird.<sup>158</sup>

Im Laufe der Zeit wurde im Bereich der Pränataldiagnostik immer mehr möglich. Schließlich konnte man ab einem bestimmten Zeitpunkt das Geschlecht eines Fötus eruieren. Bei Hämophilie handelt es sich um eine Krankheit, die nur Männer haben können. Dennoch besteht die Möglichkeit, dass eine Frau, die das Gen aufweist, dieses an ihr Kind weitergibt. Es ist daher möglich – vorausgesetzt die Mutter weiß Bescheid, dass sie selbst dieses Gen hat und dass ihr Kind männlich ist -, es abtreiben zu lassen und somit zu verhindern, ein Kind zu bekommen, das an der Bluterkrankheit leidet.<sup>159</sup> Dazu sagt Singer: *„Statistisch gesehen hätte nur die Hälfte der männlichen Kinder von Frauen, die mit dem schadhaften Gen behaftet sind, an Hämophilie leiden müssen, aber damals war es noch nicht möglich*

---

<sup>155</sup> Singer, Praktische Ethik, 238.

<sup>156</sup> Singer, Praktische Ethik, 238.

<sup>157</sup> Singer, Praktische Ethik, 238.

<sup>158</sup> Singer, Praktische Ethik, 238.

<sup>159</sup> Singer, Praktische Ethik, 239.

*herauszubekommen, zu welcher Hälfte der einzelnen Fötus gehörte.*<sup>160</sup> Das führte dazu, dass - um Geburten von an Hämophilie leidenden Kindern zu vermeiden - doppelt so viele von ihnen, als erforderlich gewesen wäre, umgebracht wurden. In Bezug auf die Entwicklung in der Medizin und der Pränataldiagnostik sagt Singer: *„Jetzt haben wir Methoden, mit denen wir Hämophilie vor der Geburt feststellen können, und sind in der Lage, eine Selektion vorzunehmen.“*<sup>161</sup>

### 2.2.3.3 Down-Syndrom

Eine weitere Behinderung, die bereits vor der Geburt des Kindes diagnostizierbar ist, ist Down-Syndrom. In diesen Fällen weist das Kind eine geistige Behinderung auf. Die Chancen, ein eigenständiges Leben führen zu können, sind schlecht, aber dennoch können diese Menschen ein glückliches Leben vor sich haben. Je älter eine Frau ist, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, ein Kind mit Down-Syndrom zu bekommen. Wenn Down-Syndrom diagnostiziert wird, sollte nach Singer über einen Abbruch der Schwangerschaft nachgedacht werden, denn er ist der Ansicht, dass die Mutter beim Wunsch eines Kindes immer noch die Möglichkeit und Chance hat, ein gesundes Kind zu bekommen.<sup>162</sup> Zu dem Argument, dass Schwangerschaftsabbrüche in vielen Ländern gängige Praxis sei, sagt Singer: *„Ich meine, daß dies auch so sein sollte.“*<sup>163</sup> Jedoch merkt er anschließend an, dass es sich sowohl bei Hämophilie als auch bei Down-Syndrom um keine derart schweren Behinderungen handelt, dass sich nicht doch das Leben – aus der Sicht des behinderten Kindes - für dieses lohnen würde. Jemand, der ein Kind mit einer solchen Behinderung abtreiben lässt und anschließend ein weiteres Kind, das nicht behindert ist, bekommt, sieht Föten nach Singers Ansicht als „austauschbar“ bzw „ersetzbar“ an. Um dieses Verhalten zu rechtfertigen, führt Singer das Argument an, dass seiner Meinung nach das „bessere“ Leben des „normalen“ Kindes den Verlust des abgetriebenen Kindes überwiegt.<sup>164</sup>

Nach Singers Erachten ist es so, dass eine Tötung des Kindes im Mutterleib - somit noch bevor es zur Welt kommt - *„nicht mit allgemein akzeptierten moralischen Überzeugungen in Konflikt“*<sup>165</sup> kommt. Jedoch ist für ihn der Zeitpunkt der Geburt

---

<sup>160</sup> Singer, Praktische Ethik, 239.

<sup>161</sup> Singer, Praktische Ethik, 239.

<sup>162</sup> Singer, Praktische Ethik, 240.

<sup>163</sup> Singer, Praktische Ethik, 240.

<sup>164</sup> Singer, Praktische Ethik, 240.

<sup>165</sup> Singer, Praktische Ethik, 240.

„keine moralisch relevante Grenzlinie“. Er meint: „*Mir ist nicht ersichtlich, wie sich die Ansicht verteidigen ließe, Föten vor der Geburt dürften ‚ersetzt‘ werden, neugeborene Säuglinge dagegen nicht.*“<sup>166</sup> Für ihn ist eine solche Unterscheidung nicht schlüssig, da es für ihn darauf ankommt, dass sowohl der Fötus als auch der geborene Säugling nicht über die Eigenschaft des Selbstbewusstseins verfügen. Da weder der Fötus noch das Neugeborene in der Lage ist, sich als „distinkte Entität“ zu sehen, das über selbstständiges Leben verfügt, sollte nach Singer besonders in diesen frühen Stadien die Möglichkeit der Ersetzbarkeit als „moralisch akzeptable Option“ bereit stehen.<sup>167</sup>

#### 2.2.3.4 Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen?

Singer liefert ein weiteres Argument, das seiner Meinung nach auch für die Rechtmäßigkeit der Ersetzbarkeit von einem Fötus oder neugeborenen Säugling spricht. Die Behauptung, dass durch eine solche Vorgehensweise Menschen, die mit einer Behinderung in unserer Gesellschaft leben, vernachlässigt wird, dass ihr Leben weniger wert sei, weist er zurück. Sein Statement dazu lautet: „*Wer leugnet, daß dies im Durchschnitt gesehen so ist, verkennt die Realität.*“<sup>168</sup> Um seinen Standpunkt besser zu erklären, schildert er folgendes Beispiel: Als die Einnahme von Contergan zu schweren Missbildungen führte, wurde damit aufgehört, dieses Mittel weiter zu verkaufen. Darüber hinaus kam es zu Schadenersatzklagen gegen die betreffende Firma. Seiner Meinung nach wären die Contergan-Fälle nicht als eine solche Katastrophe empfunden worden, wenn die Menschen nicht eben doch der Meinung wären, dass das Leben einer „normalen“ Person besser ist als jenes einer behinderten Person. Wären die Leben eines gesunden und eines behinderten Menschen gleichwertig, so hätte - laut Singer - damals niemand Schadenersatzklagen eingebracht, geschweige denn Schadenersatz von den Gerichten zugesprochen bekommen. Er geht noch weiter, indem er meint, dass dieses Schlafmittel dann nicht vom Markt hätte genommen werden müssen und von den Frauen und Müttern weiterhin als Schlafmittel verwendet hätte werden können.<sup>169</sup> Singer sagt selbst: „*Das klingt grotesk, aber eben nur deshalb, weil wir überhaupt keinen Zweifel haben, daß es besser ist, mit Gliedmaßen geboren zu werden als ohne. Diese Überzeugung bedeutet keinerlei Mißachtung gegenüber*

---

<sup>166</sup> Singer, Praktische Ethik, 241.

<sup>167</sup> Singer, Praktische Ethik, 241.

<sup>168</sup> Singer, Praktische Ethik, 241.

<sup>169</sup> Singer, Praktische Ethik, 241 f.

*jenen, die ohne Gliedmaßen leben müssen; vielmehr wird damit einfach die Realität der Schwierigkeiten anerkannt, denen sich die Betroffenen gegenübersehen.“<sup>170</sup>*

Er zieht daraus die Konsequenz, dass die Eltern von behinderten Kindern in der Lage sein sollen, eine Entscheidung fällen zu können. Weder würden behinderte Menschen dadurch nicht respektiert werden, noch soll damit zum Ausdruck gebracht werden, dass behinderte Menschen nicht am Leben bleiben sollen.<sup>171</sup>

Aufgrund der Tatsache, dass es nach wie vor Behinderungen gibt, die während der Schwangerschaft noch nicht diagnostiziert werden können, bzw Schäden gibt, die erst durch den Geburtsvorgang selbst passieren, fände es Singer gut, wenn man den Status eines Fötus mit dem eines neugeborenen Kindes gleichstellen würde. *„Würde man Neugeborene – so wie nunmehr Föten – als ersetzbar betrachten, so böte dies große Vorteile gegenüber der pränatalen Diagnostik mit anschließendem Schwangerschaftsabbruch.“<sup>172</sup>* Für Singer ist nicht klar, warum eine Abtreibung nicht mit der Tötung eines Säuglings gleichgesetzt werden kann, da so Mütter oder Eltern nur dann die Möglichkeit haben, sich gegen das Kind zu entscheiden, wenn dieses eine Behinderung hat, welche während der Schwangerschaft festgestellt werden kann. *„Würden behinderte Neugeborene bis etwa eine Woche oder einen Monat nach der Geburt nicht als Wesen betrachtet, die ein Recht auf Leben haben, dann wären die Eltern in der Lage, in gemeinsamer Beratung mit dem Arzt und auf viel breiterer Wissensgrundlage in bezug auf den Gesundheitszustand des Kindes, als dies vor der Geburt möglich ist, ihre Entscheidung zu treffen.“<sup>173</sup>*

Jedoch ist sich Singer schon bewusst, dass das eben Dargelegte sich nur auf den Säugling bezieht, während alle übrigen Beteiligten noch nicht berücksichtigt wurden. Er gesteht ein, dass es für eine Mutter, die neun Monate lang ihr Kind austrägt, es dann unter großen Schmerzen zur Welt bringt und in der Folge beschließt, es töten zu lassen, eine äußerst unangenehme und trostlose Situation wäre. Daher ist er überzeugt, dass eine Mutter im Vergleich zu einem Infantizid einen Schwangerschaftsabbruch bevorzugen würde. Wäre aus moralischer Hinsicht ein

---

<sup>170</sup> Singer, Praktische Ethik, 242.

<sup>171</sup> Singer, Praktische Ethik, 242.

<sup>172</sup> Singer, Praktische Ethik, 243.

<sup>173</sup> Singer, Praktische Ethik, 243.

Infantizid gleich anzusehen wie ein Schwangerschaftsabbruch, so könnte die Mutter diese Entscheidung treffen.<sup>174</sup>

Singer behandelt auch die Thematik der Adoption. Er geht davon aus, dass es zur Adoption von Kindern, die bspw an Hämophilie leiden, kommen kann, wenn die Zahl der Paare, die ein Kind adoptieren wollen, jene der „normalen“ Kinder übersteigt. Auf diese Weise hätten sie nicht die „Last“ zu tragen, ein behindertes Kind zu haben. Sie könnten wiederum versuchen, ein weiteres - gesundes - Kind zu bekommen. *„Dann könnte das Ersetzbarkeits-Argument den Infantizid nicht rechtfertigen; denn ob ein anderes Kind in die Welt gesetzt wird, wäre nicht abhängig vom Tod des an Hämophilie leidenden.“*<sup>175</sup> Singer meint daher, dass in einem solchen Fall das Argument der „Ersetzbarkeit“ nicht greifen würde, da die Tötung des Kindes nicht durch das Entstehen eines gesunden Kindes aufgewogen wird.<sup>176</sup>

#### 2.2.4 Singers Ansicht zu Behinderung

Durch die Ethik von Singer fühlen sich viele Menschen mit Behinderungen attackiert und diskriminiert, da ihr Lebensrecht in Frage gestellt wird. Schlegel aber meint: *„Dies ist jedoch keine Implikation von Singers Ethik.“*<sup>177</sup> Natürlich können die Aussagen von Singer in Bezug auf behinderte Menschen als ein Angriff auf sie in ihren ersten Lebenstagen gewertet werden, da sie bei einem stattgefundenen Infantizid heute nicht mehr am Leben wären. Schlegel sagt dazu: *„Der erwachsene Behinderte sollte sich nicht durch die eingeräumte Euthanasiemöglichkeit am neugeborenen Behinderten diskriminiert fühlen, weil es sich dabei um zwei distinktive, verschiedene Individuen handelt.“*<sup>178</sup> Jedoch bleibt diese Thematik in emotionaler Hinsicht schwierig.

Aus einem mit Singer geführten Interview geht hervor, dass es nie seine Intention war, behinderte Menschen durch seine Ethik zu diskriminieren oder anzugreifen:

*“You have been heavily criticised from the handicap movement’s side for your opinion that parents should have the right to kill newborn infants with severe damage. How should we deal in the most appropriate manner with this highly controversial debate? Still we must meet the disabled with their fears and anger and ensure that*

---

<sup>174</sup> Singer, Praktische Ethik, 243.

<sup>175</sup> Singer, Praktische Ethik, 244.

<sup>176</sup> Singer, Praktische Ethik, 244.

<sup>177</sup> Schlegel, Die Identität der Person, 145.

<sup>178</sup> Schlegel, Die Identität der Person, 145.

*there are no threats whatever put against any actually living grown up persons. And isn't it unnecessarily provocative or untactical to go out as you have done, in a way that can be so badly misinterpreted?"*

*"Had I known what I know today, when I wrote about this in my book Practical Ethics in 1979, I would no doubt have left it out. When it first came out and later with translations in French and German, no one took any notice of it. It wasn't until now in the nineties that it has been mentioned really. It was not my intention in any way to underestimate the life of anybody. But nevertheless, we need to discuss this more. When I get the opportunity to talk to disabled people face to face we can mostly discuss in a much more instructive tone, and it can all be calmed down a bit. I completely disagree though, with the view held by some for religious reasons, that we must regard life as holy. Among the handicapped this idea lives, still it is a conservative Christian thought and I think it obsolete. All I wanted to do in my book was to suggest or discuss the possibility of leaving it to the parents to decide whether they would let their child live, if it was born with severe injuries or brain damage and had small chance of surviving any longer period or avoiding meaningless suffering. They could be given an opportunity to actively cut off the pain and shorten the life of the baby. I am convinced that parents are very caring and anxious about their own children, so they are very well suited to make the best out of a situation like this."<sup>179</sup>*

Singer meint, dass er bei Kenntnis der Reaktionen, die es in Folge mancher seiner Ansichten gab, einiges weggelassen hätte. Nichtsdestotrotz ist es Singer ein Anliegen, dass über diese Problematik gesprochen und diskutiert wird. Letztlich ginge es ihm aber darum, dass die Eltern die Möglichkeit haben, selbst die Entscheidung zu treffen, ob ein behindertes Kind am Leben bleiben soll oder nicht.

Nach Singer würde es nicht viel Sinn machen, behinderten Menschen die Möglichkeit einzuräumen, an einer Universität zu studieren, wenn dann die Bibliothek nur über ein Treppenhaus erreicht und so von Behinderten, die im Rollstuhl sitzen, nicht erreicht und gebraucht werden kann. Es bestünde daher der Bedarf, bestimmte Hilfseinrichtungen, die diesen Menschen zugutekämen, einzurichten. *„Da die Erfüllung solcher Bedürfnisse für das Leben der Behinderten oft zentrale Bedeutung hat, wird ihnen nach dem Prinzip der gleichen Interessenabwägung ein viel größeres*

---

<sup>179</sup> Gunnarson, Interview mit Peter Singer, Humanism extended? (01.12.1997), <http://www.iheu.org/node/648> [25.01.2013].

Gewicht zukommen als den geringeren Bedürfnissen anderer“.<sup>180</sup> Daraus ergibt sich für Singer weiters: „Deshalb ist es im allgemeinen gerechtfertigt, für Behinderte mehr auszugeben als für die anderen.“<sup>181</sup>

In seinem Buch „Praktische Ethik“ führt Singer selbst an, dass bei der Betrachtung des eben angeführten Argumentes – Behinderte anzuerkennen sowie die Feststellung, dass diese unrechtmäßig diskriminiert werden – und bei seiner Ansicht hinsichtlich der Rechtfertigung eines Infantizids oder Schwangerschaftsabbruchs eines schwergeschädigten Säuglings ein Widerspruch gesehen werden kann.<sup>182</sup> Er führt deshalb ausdrücklich an, dass seine Argumentation bezüglich des Schwangerschaftsabbruchs und des Infantizids unter der Grundvoraussetzung gesehen werden muss, „daß ein Leben ohne Behinderung besser ist als ein Leben mit Behinderung.“<sup>183</sup>

Er schildert es noch direkter, indem er fragt: „Aber ist dies nicht selbst eine Form von Vorurteil, in dem Nicht-Behinderte befangen sind und das dem ähnelt, wonach es besser ist, europäischer Herkunft oder ein Mann als afrikanischer Abstammung oder eine Frau zu sein?“<sup>184</sup> Für ihn ist es leicht zu erkennen, was an dieser Aussage nicht stimmt. Dass behinderten Menschen, die ihr Leben genießen, auf jede erdenkliche Weise Hilfe zukommen soll, ist eine Seite; „etwas anderes und davon ganz Verschiedenes aber ist es, zu behaupten, wenn wir die Wahl haben, ob unser nächstes Kind behindert oder nicht behindert sein Leben beginnen soll, dann sei es ein bloßes Vorurteil, das uns dazu bringt, die Wahl für ein unbehindertes Kind zu treffen.“<sup>185</sup> Singer nennt das Beispiel, dass ein „Wundermittel“, welches Menschen im Rollstuhl ermöglichen würde wieder gehen zu können, von niemandem verweigert werden würde. Er stellt die Frage in den Raum: „(...) wie viele würden wohl dieses Mittel ablehnen mit der Begründung, daß ein Leben mit Behinderung hinter einem Leben ohne Behinderung keineswegs zurückstehe?“<sup>186</sup> Behinderte Menschen nehmen medizinische Hilfe in Anspruch, die ihnen das Leben mit ihrer Behinderung

---

<sup>180</sup> Singer, Praktische Ethik, 79.

<sup>181</sup> Singer, Praktische Ethik, 79.

<sup>182</sup> Singer, Praktische Ethik, 79.

<sup>183</sup> Singer, Praktische Ethik, 79.

<sup>184</sup> Singer, Praktische Ethik, 79 f.

<sup>185</sup> Singer, Praktische Ethik, 80.

<sup>186</sup> Singer, Praktische Ethik, 80.

erleichtern soll. Dies allein zeigt, *„daß die Bevorzugung eines Lebens ohne Behinderung kein bloßes Vorurteil ist.“*<sup>187</sup>

Als Gegenargument kommt von Seiten behinderter Menschen, dass sie sich nur wegen den gesellschaftlichen Schwierigkeiten, die sie treffen, für ein Leben ohne Behinderung entscheiden würden. Es wird argumentiert, dass sie diese Schwierigkeiten und Hindernisse nicht aufgrund ihrer körperlichen und geistigen Verfassung haben, sondern dass die Behinderung durch die „sozialen Bedingungen“ entsteht. Singer wiederum meint dazu: *„Diese Behauptung verdreht die begrenztere Wahrheit, daß soziale Bedingungen das Leben der Behinderten viel schwieriger als nötig machen, in eine eklatante Unwahrheit.“*<sup>188</sup> Denn er ist der Meinung, in der Lage zu sein zu sprechen, zu hören, zu kommunizieren und zu gehen, unter allen sozialen Bedingungen nur Vorteile sein können. Das soll nicht heißen, dass behinderte Menschen nicht mit ihrer Behinderung gut leben und ihr Leben genießen können. Singer schließt den Teil dieses Kapitels mit folgenden Worten: *„Dennoch ist es kein Zeichen von Befangenheit in Vorurteilen gegenüber Behinderten, wenn wir es für uns selbst und unsere Kinder vorziehen, nicht mit Hindernissen konfrontiert zu werden, die so groß sind, daß ihre Überwindung allein schon einen Triumph darstellt.“*<sup>189</sup>

Darüber hinaus soll aber durch die Gesetzgebung dafür gesorgt werden, dass behinderte Menschen keinen Diskriminierungen ausgesetzt werden. Dies besonders in der Arbeitswelt, denn auch hier darf eine Behinderung genauso wenig als ein Kriterium zu einer diskriminierenden Unterscheidung herangezogen werden wie das Geschlecht oder die ethnische Zugehörigkeit. Allein durch die Chancengleichheit kann für behinderte Menschen kein gleichgestellter Rang im Gesellschaftsleben geschaffen werden. Vor allem in Bezug auf die Bildung von behinderten Menschen wäre ein erhöhter Aufwand von finanziellen Ressourcen vonnöten. Hierbei würde es sich im Sinne des Präferenzutilitarismus um eine schwerwiegende Präferenz handeln - nämlich in den Genuss einer guten Bildung zu kommen.<sup>190</sup> Genau auf diese beiden Bereiche - Arbeit und Bildung in Zusammenhang mit behinderten Menschen - wird in einem späteren Kapitel dieser Arbeit näher eingegangen werden.

---

<sup>187</sup> Singer, Praktische Ethik, 80.

<sup>188</sup> Singer, Praktische Ethik, 80.

<sup>189</sup> Singer, Praktische Ethik, 80 f.

<sup>190</sup> Schlegel, Die Identität der Person, 147 f.

## 2.3 John Rawls - Gerechtigkeit als Fairness

Rawls' „Eine Theorie der Gerechtigkeit“ - „*A theory of justice*“ beendete er im Jahr 1971.<sup>191</sup> Sie stellt eine liberale Theorie mit egalitärem Einschlag dar.<sup>192</sup> Zwar kann die Theorie aufgrund des Vorranges von Freiheit liberal genannt werden, jedoch ist sie im Hinblick auf eine nähere Konkretisierung eher als „sozial-liberal“ einzustufen.<sup>193</sup> Die Vertragsparteien in dieser Theorie befinden sich im Urzustand hinter einem Schleier des Nichtwissens, der dazu führt, dass niemand über seine politischen, ökonomischen sowie sozialen Umstände Bescheid weiß. Ein wesentlicher Teil von Rawls' Theorie sind die beiden von ihm aufgestellten Gerechtigkeitsgrundsätze – dem Prinzip der Freiheit und dem Differenzprinzip sowie der Chancengleichheit.

In der Folge werden die einzelnen Punkte der Gerechtigkeitstheorie von Rawls erläutert, wobei zu Beginn auf den „Urzustand“ und auf den „Schleier des Nichtwissens“ eingegangen wird, damit die Ausgangslage, in der sich die Personen befinden, erklärt wird. Anschließend werden die beiden Gerechtigkeitsgrundsätze von Rawls eingehend betrachtet und erläutert. Weiters wird auf die „Grundgüter“, auf die „am wenigsten Begünstigten“ sowie auf die „höherrangigen Interessen“ näher eingegangen. Bei Rawls' Theorie handelt es sich um eine besonders wichtige und bekannte Gerechtigkeitstheorie, die im Hinblick auf Menschen mit Behinderungen von einigen Philosophen kritisiert wurde. Daher bietet es sich an, im Rahmen dieser Arbeit der Frage nachzugehen, ob diese Gerechtigkeitstheorie auf Menschen mit Behinderungen anwendbar ist oder nicht.

### 2.3.1 Urzustand

Der sogenannte „Urzustand“ - *original position* - dient dazu, eine faire Einigung zu erzielen. Es ist wichtig festzuhalten, dass es nicht nur darum geht, welche Grundsätze rationale Menschen als gerecht erachten würden; vielmehr geht es um die Grundsätze, die rationale Menschen „in einer fairen Ausgangssituation“ auswählen würden. Die Gerechtigkeitsprinzipien, die daraus resultieren, basieren auf fairen Grundvoraussetzungen. Um in diesem Urzustand eine faire Einigung bezüglich

---

<sup>191</sup> Bormann, Soziale Gerechtigkeit zwischen Fairness und Partizipation. John Rawls und die katholische Soziallehre, 2006, 63.

<sup>192</sup> Holzleithner, Gerechtigkeit, 2009, 42.

<sup>193</sup> Seelmann, Rechtsphilosophie, 194 f.

der Gerechtigkeitsprinzipien sicherzustellen, werden diese hinter dem „Schleier des Nichtwissens“ bestimmt.<sup>194</sup>

Rawls' Gedankengang bezüglich seiner Idee des Urzustandes ist folgender: Sieht man die Gesellschaft als ein „faires System der Kooperation zwischen freien und gleichen Personen“, so wirft dies die Frage auf, wie solche „fairen Kooperationsbedingungen“ entstehen.<sup>195</sup> Nach Rawls werden diese durch eine Übereinkunft aller daran Beteiligten erlangt. Damit eine solche Übereinkunft aus Sicht einer politischen Gerechtigkeit als verbindlich angesehen werden kann, muss sie unter speziellen Konditionen abgeschlossen werden. Ziel dieser Konditionen ist es, dass sich freie und gleiche Personen in einer fairen Lage vorfinden, die es nicht erlaubt, dass auf einer der Seiten „unfaire Verhandlungsvorteile“ bestehen. Des Weiteren darf keine Gefahr durch Gewalt, Zwang, Täuschung oder Betrug drohen. Bei den Personen, die sich im Urzustand befinden, handelt es sich daher um freie und gleiche Personen, die darüber hinaus über ein gewisses Wissen verfügen. All das führt dazu, dass jede von diesen Personen getroffene Übereinkunft als fair anzusehen ist. Überdies ist der Urzustand abstrakt. Daher muss zu der Vereinbarung zweierlei gesagt werden. Zum einen ist es eine „hypothetische“ Vereinbarung, da nicht ermittelt wird, worauf sich die Personen tatsächlich geeinigt haben, sondern vielmehr nur, worauf sich diese hätten einigen können. Zudem ist diese Vereinbarung „nichthistorisch“, weil nicht angenommen wird, dass man wirklich von dieser ausgegangen ist. Somit werden die Prinzipien, auf die man sich einigt, durch eine „Analyse“ getroffen.<sup>196</sup>

Auf das Argument, dass es sich um eine hypothetische - somit eine unverbindliche und daher hinfällige - Vereinbarung handle, sagt Rawls Folgendes: Der Urzustand muss als Gedankenexperiment bzw als ein Mittel zur Darstellung der Selbstverständigung sowie der öffentlichen Klärung angesehen werden.<sup>197</sup> Weiters meint er: *„Erstens ist er ein Modell für die – hier und jetzt – als fair erachteten Bedingungen, unter denen sich die ausschließlich als freie und gleiche Personen gesehene Repräsentanten der Bürger auf die der Regulierung der Grundstruktur dienenden fairen Modalitäten der Kooperationen einigen sollen. Zweitens ist er ein Modell für die – hier und jetzt – als annehmbar erachteten Einschränkungen der*

---

<sup>194</sup> Kersting, John Rawls zur Einführung, 2001, 43.

<sup>195</sup> Rawls, Gerechtigkeit als Fairneß. Ein Neuentwurf, 2006, 38.

<sup>196</sup> Rawls, Gerechtigkeit als Fairneß. Ein Neuentwurf, 39 f.

<sup>197</sup> Rawls, Gerechtigkeit als Fairneß. Ein Neuentwurf, 42.

*Gründe, auf deren Basis die in fairen Verhältnissen befindlichen Parteien dazu befugt sind, bestimmte Prinzipien der politischen Gerechtigkeit vorzuschlagen und andere abzulehnen.*<sup>198</sup> Erachtet man den Urzustand in dieser Hinsicht als ein brauchbares Modell, dann ist davon auszugehen, dass die daraus entstehenden Gerechtigkeitsprinzipien die besagten „Kooperationsbedingungen“ festlegen, welche als fair gelten. Das Verhältnis, in dem sich die Parteien im Urzustand gegenüberstehen, ist ein symmetrisches. Wäre dies nicht der Fall, würde der Urzustand durch die sich darin befindlichen Personen nicht als fair angesehen werden.<sup>199</sup>

### 2.3.2 Schleier des Nichtwissens

Der Schleier des Nichtwissens, veil of ignorance, dient dazu, dass die einzelne Person nicht über ihre eigene bevorzugte oder benachteiligte Position in der Gesellschaft Bescheid weiß. Somit ist eine Gleichheit der Urzustandsakteure gegeben. Durch ihn wird eine reine Verfahrensgerechtigkeit ermöglicht, da jegliche Zufälligkeiten, welche die Menschen in ungleichartige Gegebenheiten versetzen, entfernt werden. Wüssten die Menschen über diese gesellschaftlichen und natürlichen Umstände Bescheid, so würden sie von diesen zu ihrem Vorteil Gebrauch machen.<sup>200</sup>

*„Irgendwie muß man die Wirkung von Zufälligkeiten beseitigen, die die Menschen in ungleiche Situationen bringen und zu dem Versuch verführen, gesellschaftliche und natürliche Umstände zu ihrem Vorteil auszunutzen. Zu diesem Zweck setze ich voraus, daß sich die Parteien hinter einem Schleier des Nichtwissens befinden. Sie wissen nicht, wie sich die verschiedenen Möglichkeiten auf ihre Interessen auswirken würden, und müssen Grundsätze allein unter allgemeinen Gesichtspunkten beurteilen.“*<sup>201</sup>

Angenommen eine Person, die über sich selbst keine Kenntnisse hat, muss sich für bestimmte Verfassungsprinzipien entscheiden. Aufgrund der Tatsache, dass diese Person nichts über sich selbst weiß, kann sie auch nicht wissen, welche Verfassungsprinzipien für sie günstig wären. Genau deshalb wird sich diese Person bei ihrer Wahl an allgemeinen Aspekten orientieren. Folglich entstehen

---

<sup>198</sup> Rawls, Gerechtigkeit als Fairneß. Ein Neuentwurf, 42.

<sup>199</sup> Rawls, Gerechtigkeit als Fairneß. Ein Neuentwurf, 42 f.

<sup>200</sup> Frühbauer, John Rawls' „Theorie der Gerechtigkeit“, 2007, 52.

<sup>201</sup> Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975, 159.

Verfassungsprinzipien, die nicht ihr selbst, sondern der Allgemeinheit förderlich sind.<sup>202</sup> *„Der Schleier der Unwissenheit ist genau so dicht, daß er alles diskriminierungsrelevante Wissen der eigenen Interessenskalkulation entzieht, so daß auf ihrer Grundlage nie für ein Verteilungsprinzip argumentiert werden kann, das den eigenen Vorteil zu Lasten anderer sichert, und folglich notgedrungen immer für unparteiliche Verteilungsprinzipien argumentiert werden muß.“*<sup>203</sup>

Nach Eurich wissen die Menschen hinter dem Schleier des Nichtwissens über alle allgemeinen Gesetze, Theorien und Fakten Bescheid, die notwendig sind, damit die Menschen in der Lage sind, Gerechtigkeitsgrundsätze auszuwählen.<sup>204</sup> Auch Holzeithner schreibt, dass sich die Menschen darüber im Klaren sind, dass alle diese Elemente ihr Leben in einer bestimmten Form beeinflussen.<sup>205</sup>

Der Schleier des Nichtwissens beschränkt - und zwar für alle Personen in gleicher Weise – das Wissen über allgemeine Fakten und Informationen. Somit sind im Rahmen dieser Gesellschaft die objektiven wie auch die subjektiven Anwendungsbedingungen der Gerechtigkeit gegeben. Nach Rawls sind die Parteien als rational anzusehen. Das bedeutet zum einen, dass die Personen jene Behelfe auswählen, die für ihre Ziele am effektivsten sind, zum anderen entscheidet man sich für jene Tätigkeiten oder Aktivitäten, durch die die meisten Ziele erreicht werden können. Darüber hinaus sagt Rawls, dass die Parteien Tendenzen oder Verlangen - wie etwa Neid, Gehässigkeit, Ablehnung von Risiko und Ungewissheit oder ein Hang zur Dominanz anderer Menschen – nicht haben.<sup>206</sup> Es stellt sich die Frage, nach welchen Motiven die Parteien die Prinzipien im Urzustand bestimmen. *„Sofern es nicht gelingt, den Urzustand so zu konstruieren, daß sich die Parteien aufgrund angemessener Motive auf Gerechtigkeitsprinzipien einigen können, läßt sich die Konzeption der Gerechtigkeit als Fairneß nicht durchsetzen.“*<sup>207</sup>

Um diese Schwierigkeit zu klären, muss auf die Idee der Grundgüter eingegangen werden. Was zu den Grundgütern gezählt wird, richtet sich danach, ob sie eine

---

<sup>202</sup> Kersting, John Rawls zur Einführung, 44.

<sup>203</sup> Kersting, John Rawls zur Einführung, 44.

<sup>204</sup> Eurich, Gerechtigkeit für Menschen mit Behinderung. Ethische Reflexionen und sozialpolitische Perspektiven, 2008, 45.

<sup>205</sup> Holzeithner, Gerechtigkeit, 41.

<sup>206</sup> Rawls, Gerechtigkeit als Fairneß. Ein Neuentwurf, 141 f.

<sup>207</sup> Rawls, Gerechtigkeit als Fairneß. Ein Neuentwurf, 143.

Voraussetzung sind, die die Menschen benötigen, um ihr „moralisches Vermögen“ entwickeln und die „Konzeption des Guten“ verwirklichen zu können.<sup>208</sup>

### 2.3.3 Grundgüter

Bei den „gesellschaftlichen Grundgütern“ - dem Kern der sozialen Gerechtigkeit - handelt es sich um Güter höherer Ordnung. Diese sind sehr bedeutend, damit die Menschen ihre Ziele erreichen und realisieren können.<sup>209</sup>

Nach Rawls *„handelt es sich um diverse soziale Bedingungen und Allzweckmittel, die generell nötig sind, um den Bürgern die Möglichkeit zu geben, ihre beiden moralischen Vermögen angemessen zu entfalten und voll zum Einsatz zu bringen sowie ihre jeweiligen Vorstellungen vom Guten durchzusetzen.“*<sup>210</sup>

Grundgüter werden von freien und gleichen Personen während ihres ganzen Lebens benötigt. Bei Erörterung der Frage, was nun als Grundgüter angesehen wird, spielen zum einen Fakten über die Fähigkeiten und Bedürfnisse der Menschen und zum anderen das Erfordernis der Versorgung von Menschen bei deren Heranwachsen wie auch Beziehungen der gegenseitigen sozialen Abhängigkeit und vieles mehr eine Rolle. Die Tatsache, dass die Menschen frei und gleich sind, sowie die „Anforderungen an ein soziales Leben“ führen schließlich zu einer Liste der Grundgüter.<sup>211</sup>

Rawls differenziert zwischen fünf Arten von Grundgütern. Die erste Gruppe bilden die Grundrechte und Grundfreiheiten, auf welche später näher eingegangen wird. Die zweite Gruppe umfasst die Freiheit des Ortswechsels sowie der Berufswahl. Ämter und Positionen, die mit Macht und Privilegien ausgestattet und mit Verantwortung und Autorität verbunden sind, formen die dritte Gruppe von Grundgütern. Weiters sind die Allzweckmittel - Einkommen und Vermögen, welche einen Tauschwert haben – unerlässlich, um unzähligen Zielen näher zu kommen. Die fünfte und letzte Art der Grundgüter bildet die soziale Basis der Selbstachtung; dieser bedarf es, um es den Menschen zu ermöglichen, ein ausgeprägtes Selbstbewusstsein zu entwickeln und ihre Ziele voller Selbstvertrauen zu verfolgen.<sup>212</sup>

---

<sup>208</sup> Rawls, Gerechtigkeit als Fairneß. Ein Neuentwurf, 143.

<sup>209</sup> Koller in Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 2006, 45.

<sup>210</sup> Rawls, Gerechtigkeit als Fairneß. Ein Neuentwurf, 99.

<sup>211</sup> Rawls, Gerechtigkeit als Fairneß. Ein Neuentwurf, 99 f.

<sup>212</sup> Rawls, Gerechtigkeit als Fairneß. Ein Neuentwurf, 99 ff.

### 2.3.4 „Am wenigsten Begünstigten“

Die Erläuterung der Grundgüter ist Bedingung, um zu klären, wer unter die „am wenigsten Begünstigten“ fällt.

Aufgrund objektiver Kriterien der sozialen Verhältnisse der Bürger werden die Grundgüter ausgesucht. Darunter werden die institutionellen Rechte und Freiheiten, die den Bürgern zustehenden fairen Chancen und ihre Möglichkeiten, Einkommen und Vermögen zu erlangen, verstanden. In einer Gesellschaft, die dafür sorgt, dass sie geordnet ist und dass sie die Grundrechte, die Grundfreiheiten und die fairen Chancen der Bürger sichert, versteht man unter den besonders schlecht gestellten Personen die, welche sich in der Einkommensklasse befinden, die die kleinsten Erwartungen hat. Nach Rawls ist es notwendig, Einkommen und Vermögen der Menschen zu beachten, wenn man die Gruppe der am schlechtesten gestellten Personen bestimmen möchte. Wie bereits erwähnt, sollte ein System, in dem Ungleichgewichte betreffend Einkommen und Vermögen herrschen, solcherart eingerichtet werden, dass besonders schlecht gestellte Personen daraus für sich den größten Nutzen ziehen können. Rawls meint, man sollte zwischen mehreren Systemen der Kooperation Vergleiche ziehen und analysieren, wie es den besonders schlecht Gestellten in den jeweiligen Systemen geht; schließlich sollte man sich für das System entscheiden, in welchem den eben genannten Personen die größten Vorteile zukommen.<sup>213</sup>

Faire Menschen würden sich demnach aus dieser Situation heraus für zwei Gerechtigkeitsgrundsätze entscheiden, die im Anschluss näher erläutert werden.<sup>214</sup>

### 2.3.5 Rawls' Gerechtigkeitsgrundsätze

#### 2.3.5.1 Erster Gerechtigkeitsgrundsatz

*„Jede Person hat den gleichen unabdingbaren Anspruch auf ein völlig adäquates System gleicher Grundfreiheiten, das mit demselben System von Freiheiten für alle vereinbar.“<sup>215</sup>*

Der erste Grundsatz der Gerechtigkeit besagt, dass allen Menschen die gleichen bürgerlichen Freiheiten zukommen. Folgende Grundfreiheiten gelten für alle

---

<sup>213</sup> Rawls, Gerechtigkeit als Fairneß. Ein Neuentwurf, 101 f.

<sup>214</sup> Seelmann, Rechtsphilosophie, 193.

<sup>215</sup> Rawls, Gerechtigkeit als Fairneß. Ein Neuentwurf, 78.

Menschen gleichermaßen: die politische Freiheit, welche das Recht auf Wahlen sowie öffentliche Ämter innezuhaben beinhaltet. Des Weiteren die Rede- und Versammlungsfreiheit, die Gewissens- und Gedankenfreiheit und die persönliche Freiheit, welche vor körperlicher Misshandlung, Verstümmelung als auch vor psychologischer Unterdrückung schützt. Schließlich das Recht auf persönliches Eigentum wie auch der Schutz vor einer willkürlichen Festnahme und Haft. Die eben aufgezählten Grundfreiheiten sind nicht absolut, da sie beschränkt werden können, aber bloß dann, wenn sie untereinander in einen Konflikt gelangen.<sup>216</sup>

#### 2.3.5.2 Zweiter Gerechtigkeitsgrundsatz

*„Soziale und ökonomische Ungleichheiten müssen zwei Bedingungen erfüllen: erstens müssen sie mit Ämtern und Positionen verbunden sein, die unter Bedingungen fairer Chancengleichheit allen offen stehen; und zweitens müssen sie den am wenigsten begünstigten Angehörigen der Gesellschaft den größten Vorteil bringen (Differenzprinzip)“.*<sup>217</sup>

Der zweite Grundsatz legt fest, dass von den Menschen bei der Güterverteilung oder der Macht Ungleichheiten anerkannt werden, wenn dadurch jeder einen Vorteil erlangt. Das gilt besonders für die Menschen in der Gesellschaft, die ungünstiger gestellt sind.<sup>218</sup> Damit Ungleichheiten zulässig sein können, müssen diese für jedermann von Vorteil sein.<sup>219</sup> Weiters beinhaltet dieser Grundsatz, dass Chancengleichheit hinsichtlich des Zugangs zu allen Ämtern und Positionen herrscht. Der Grundsatz zeigt, dass gewisse soziale Ungleichheiten akzeptiert werden. Diese Theorie zielt darauf ab, dass in den gegebenen Ungleichheiten die Vorteile sowie die Nachteile gleichermaßen verteilt werden.<sup>220</sup> Es ist nicht notwendig, dass das Vermögen und Einkommen gleichmäßig verteilt wird, aber die Verteilung muss auf jeden einen vorteilhaften Effekt haben. Positionen, denen Macht sowie Verantwortung zukommen, müssen für alle Menschen offenstehen.<sup>221</sup>

Wichtig ist festzuhalten, dass in der Theorie von Rawls eine Vorrangregel gilt. Dies bedeutet, dass das erste Prinzip dem zweiten Prinzip vorgeht. Innerhalb des zweiten

---

<sup>216</sup> Frühbauer, John Rawls' „Theorie der Gerechtigkeit“, 82.

<sup>217</sup> Rawls, Gerechtigkeit als Fairneß. Ein Neuentwurf, 78.

<sup>218</sup> Becher/Tretow, Die gerechte Ordnung der Gesellschaft. Texte vom Altertum bis zur Gegenwart, 2000, 287.

<sup>219</sup> Seelmann, Rechtsphilosophie, 194.

<sup>220</sup> Becher/Tretow, Die gerechte Ordnung der Gesellschaft, 287.

<sup>221</sup> Frühbauer, John Rawls' „Theorie der Gerechtigkeit“, 83.

Prinzips geht dem Differenzprinzip die faire Chancengleichheit vor.<sup>222</sup> Durch die Annahme des Primats der Grundrechte und der Grundfreiheiten wird davon ausgegangen, dass gewisse „günstige Verhältnisse“ existieren. Das bedeutet, dass man in der Lage ist, auch hinsichtlich historischer, wirtschaftlicher und sozialer Aspekte, diverse politische Organisationen zu gründen. Diese Organisationen bzw Institutionen hätten die Aufgabe, für die Einhaltung dieser Freiheiten zu sorgen.<sup>223</sup>

Folglich genießen die Grundfreiheiten Vorrang vor Belangen der Güterverteilung. Wird der erste Grundsatz verletzt, so kann diese Verletzung nicht durch Vorteile gesellschaftlicher oder wirtschaftlicher Art wiedergutmacht werden. Die Verteilung von Einkommen und Vermögen und die mit Verantwortung und Macht versehenen Ämter, die der zweite Grundsatz regelt, müssen sowohl mit den Grundfreiheiten als auch mit der Chancengleichheit vereinbar sein.<sup>224</sup>

Die zwei Gerechtigkeitsgrundsätze können in eine politische und soziale Sphäre geteilt werden. Zu der Ersteren zählen die liberalen Freiheiten, wie bspw das aktive und passive Wahlrecht, die Versammlungsfreiheit und die Redefreiheit, die jedem in gleicher Weise zugesichert werden. Die eben genannten Grundgüter müssen gem dem ersten Gerechtigkeitsgrundsatz für jeden unterschiedslos gelten; denn nur so sind die Gesellschaftsmitglieder in der Lage überindividuelle Normen zu erzeugen. In politischer Hinsicht werden durch den ersten Gerechtigkeitsgrundsatz von Rawls die liberalen Freiheitsrechte sowie die Mitwirkungsrechte gewährleistet. Die soziale Sphäre beinhaltet die Institutionen in den Bereichen der Wirtschaft, Bildung und Soziales, welche auch dazu dienen, Differenzierungen in sozialer oder ökonomischer Hinsicht zu beschränken.<sup>225</sup>

### 2.3.6 Höherrangige Interessen

Pogge führt aus, dass Rawls die Gerechtigkeit einer Grundordnung an den höherrangigen Interessen und nicht am Lebensglück der Teilnehmer bemisst. Das Lebensglück als Maßstab wäre parteiisch, da sich jede Person etwas anderes darunter vorstellt. Während die einen nach Wissen und Bildung streben, streben andere nach Liebe, Freundschaft oder nach künstlerischer Leistung. Je nachdem wonach ein Mensch strebt, ist es unwahrscheinlich, dass er sich mit einer

---

<sup>222</sup> Rawls, Gerechtigkeit als Fairneß. Ein Neuentwurf, 78.

<sup>223</sup> Rawls, Gerechtigkeit als Fairneß. Ein Neuentwurf, 84.

<sup>224</sup> Becher/Tretow, Die gerechte Ordnung der Gesellschaft, 298.

<sup>225</sup> Eurich, Gerechtigkeit für Menschen mit Behinderung, 47 f.

Gerechtigkeitskonzeption zufrieden gibt, die das Glück der Menschen mit anderen Ambitionen fördert. Weiters haben die Menschen die unterschiedlichsten Definitionen von Glück. Es ist nicht in Rawls' Sinn, eine Gerechtigkeitskonzeption darzulegen, welche auf wackeligen Annahmen hinsichtlich des Wertes der unterschiedlichen Lebensweisen basiert.<sup>226</sup>

Es existieren drei höherrangige bzw regulative Interessen. Zu Beginn steht das Ausbilden eines Gerechtigkeits sinnes. Darunter versteht man, dass jemand eine Gerechtigkeitskonzeption hat, die sowohl verstanden als auch angewendet und durch welche der eigene Umgang mit anderen überwacht wird. Das zweite Interesse ist die „Konzeption des Guten“ - somit des lebenswerten Lebens - welches ausgebildet, kritisch hinterfragt und rational verfolgt werden soll. Das dritte Interesse ist, nach der ins Auge gefassten Konzeption des Guten zu streben und dabei erfolgreich zu sein. Ein Urteil über die Auswirkungen einer Grundordnung wird danach gefällt, ob es den Teilnehmern möglich ist, diese drei Interessen zu realisieren. Diese höherrangigen Interessen setzen sich gegen die restlichen Interessen einer Person durch.<sup>227</sup>

Nachdem hiermit ein Überblick über die Gerechtigkeitstheorie von Rawls gegeben wurde, soll anschließend auf die Frage, ob Rawls' Theorie auch auf Menschen mit Behinderungen anwendbar ist, eingegangen werden.

### 2.3.7 Rawls' Gerechtigkeitstheorie in Bezug auf Menschen mit Behinderungen

Die zweite Hälfte des zweiten Grundsatzes von Rawls wird, wie bereits angeführt, als Differenzprinzip bezeichnet; dieses wird stark diskutiert und kritisiert. Dieser Grundsatz versucht einerseits, ein ideales Verteilungsprofil für eine Sozialordnung darzulegen und andererseits, die Voraussetzungen für den Zugang zu begünstigten Positionen in der Gesellschaft zu klären. Bormann ist der Meinung, dass diese große Anforderung von Rawls zu vielen Kritiken führt. Die Kritiken beziehen sich auf verschiedenste Punkte von Rawls Theorie, sei es die konkrete Bedeutung eines Wortes bzw seiner Ausdrucksweise oder die Folgen des Differenzprinzips. Die Stellungnahmen und Kritiken sind unterschiedlichster Art, wie zB Zusätze, Verbesserungen, Veränderungen sowie die totale Aufgabe seiner Theorie. Einige Kritiker dieses Fairnessgrundsatzes bringen zum Ausdruck, dass Rawls' sehr

---

<sup>226</sup> Pogge, John Rawls, 54 f.

<sup>227</sup> Pogge, John Rawls, 56.

unpräzise Formulierung es unmöglich macht, seine Forderungen politisch umzusetzen.<sup>228</sup>

Einen Kritikpunkt stellt die Verwendung des Ausdruckes „der am wenigsten Begünstigten“ dar. Durch diese Formulierung wird diese Gruppe nicht spezifisch definiert, weshalb nicht klar ist, wer darunter fällt. Rawls' Erläuterungen zu dieser Formulierung sind sehr allgemein gehalten.<sup>229</sup> „Bei näherem Hinsehen zeigt sich nämlich, dass der typische Repräsentant der ‚am wenigsten begünstigten Position‘ innerhalb der Fairnesskonzeption gerade nicht dazu geeignet ist, als Platzhalter der klassischen Sozialstaatsklientel zu fungieren.“<sup>230</sup> Bormann ist der Meinung, dass die Menschen, die am schlechtesten gestellt sind, zwar den untersten Rang einnehmen, aber trotzdem noch immer in der Lage sind, aktiv an den Kooperationsprozessen teilzunehmen. Und genau diese Eigenschaft unterscheidet diese Menschen von denjenigen, welche aufgrund einer Behinderung, einer Krankheit oder Arbeitslosigkeit nicht im Stande sind zu kooperieren und sich selbst zu versorgen.<sup>231</sup>

Somit fallen unter die am schlechtesten Gestellten Menschen, deren Einkommen unter der „Schwelle des halben Medianwertes“ liegt und ungelernete Arbeiter. Hingegen verbindet man damit Selbstversorgungsunfähige wie zB Menschen mit Behinderungen, Obdachlose, Langzeitarbeitslose als auch Menschen, die drogenabhängig sind. Diese Betrachtung von Rawls führt dazu, dass zentrale Fragestellungen im Rahmen einer Theorie der sozialen Gerechtigkeit unberücksichtigt bleiben.<sup>232</sup>

#### 2.3.7.1 Keine Gerechtigkeit in der Solidaritätsgemeinschaft

Die Gerechtigkeitstheorie von Rawls möchte Teilungsprobleme lösen, die sich innerhalb der Kooperationsgemeinschaft ergeben. Kersting ist jedoch der Meinung, dass die Verfassung, die von den Menschen hinter dem Schleier des Nichtwissens beschlossen wird, nur die Grundstruktur einer Gesellschaft festlegt. Sie setzt sich aus Menschen zusammen, die allesamt dazu in der Lage sind, selbstständig in der Wirtschaft und dem Erwerbsleben tätig zu sein. Die Menschen, die dazu nicht im Stande sind, finden in dieser sogenannten „Marktgesellschaft“ keinen Platz. Daher ist

---

<sup>228</sup> Bormann, Soziale Gerechtigkeit zwischen Fairness und Partizipation. John Rawls und die katholische Soziallehre, 2006, 182 ff.

<sup>229</sup> Bormann, Soziale Gerechtigkeit zwischen Fairness und Partizipation, 182 ff.

<sup>230</sup> Bormann, Soziale Gerechtigkeit zwischen Fairness und Partizipation, 185.

<sup>231</sup> Bormann, Soziale Gerechtigkeit zwischen Fairness und Partizipation, 185.

<sup>232</sup> Bormann, Soziale Gerechtigkeit zwischen Fairness und Partizipation, 185.

Kersting der Meinung, dass Rawls' Differenzprinzip als Sozialstaatsprinzip nicht geeignet ist, da es sich nur auf Problematiken innerhalb der Kooperationsgemeinschaft bezieht. Somit profitieren folglich nur die Mitglieder dieser Gesellschaft von der Gerechtigkeit.<sup>233</sup>

Nach Kersting sind jedoch genau die Menschen Adressaten von Versorgungen des Sozialstaates, die nicht zu dieser Kooperationsgemeinschaft gehören oder denen in dieser kein Platz geboten wird. Bei diesen Menschen handelt es sich um Erwerbsunfähige, Arbeitslose, Personen in Rente, Kranke sowie Menschen mit geistigen, psychischen oder körperlichen Behinderungen. Diese können sich in solch einer Gesellschaft, welche auf gegenseitigem Vorteil basiert, nicht durchsetzen, da sie nicht in gleicher Weise wie die anderen einen Beitrag leisten können, den sie anbieten könnten.<sup>234</sup>

Kersting's Ansicht nach sollte eine Erstreckung der Gerechtigkeit, die innerhalb dieser Gemeinschaft gilt, auf die eben genannten Personen erfolgen. Wichtig ist, dass nicht nur Bestimmungen innerhalb der Kooperationsgemeinschaft existieren, sondern auch Regelungen erzeugt werden, die sich auf die Umverteilung zwischen der Kooperationsgemeinschaft und jenen, die nicht in der Lage sind sich selbst zu versorgen, beziehen.<sup>235</sup> „Eine vollständige Gerechtigkeitsgemeinschaft verlangt also, daß sich die Kooperationsgemeinschaft zur Solidaritätsgemeinschaft ausweitet.“<sup>236</sup> Es ist erforderlich, dass für die Kooperationsgemeinschaft und für die Solidaritätsgemeinschaft in gleicher Weise Regelungen der Gerechtigkeit kreiert werden. Unter den von Rawls genannten „am schlechtesten Gestellten“ werden bspw. ungelernte Arbeiter, Angehörige von Niedriglohngruppen und Personen, die einer geringfügigen Beschäftigung nachgehen, verstanden; all diese Menschen fallen in die angesprochene Kooperationsgemeinschaft und sind daher nicht selbstversorgungsunfähig.<sup>237</sup>

### 2.3.7.2 Gütermaximierung als Indiz

Kersting argumentiert in Hinblick darauf, dass sich das Differenzprinzip nicht dazu eignet, als Basis für einen Sozialstaat zu fungieren, folgendermaßen: Beim Vergegenwärtigen der Lage, in welcher die Mitglieder ihre Verfassung beschließen,

<sup>233</sup> Kersting, Theorien der sozialen Gerechtigkeit, 2000, 160 f.

<sup>234</sup> Kersting, Theorien der sozialen Gerechtigkeit, 161.

<sup>235</sup> Kersting, Theorien der sozialen Gerechtigkeit, 161.

<sup>236</sup> Kersting, Theorien der sozialen Gerechtigkeit, 161.

<sup>237</sup> Kersting, Theorien der sozialen Gerechtigkeit, 161 f.

wird klar, dass sich jeder an einer Gütermaximierung orientiert. Denn jeder von ihnen ist bestrebt, besser mehr zu haben als zu wenig. Daher geht Kersting davon aus, dass jeder bei seiner Entscheidung der wesentlichen Grundsätze davon ausgeht, dass er eine lange berufliche Karriere haben wird.<sup>238</sup> Weiters meint er, dass sich jeder folgende beiden Fragen stellt: *„Wie wirkt sich das zu betrachtende Prinzip auf die Grundstruktur aus? Und wie wirkt sich die Grundstruktur auf die Durchführung meines grundgütermaximierenden Lebensplans aus?“*<sup>239</sup> Aus all diesen Überlegungen zeigt schließlich Kersting, dass Rawls' Theorie nur für die Kooperationsgemeinschaft, in welcher die Menschen fähig sind, sich gegenseitig durch Zusammenarbeit Vorteile zu verschaffen, gilt.<sup>240</sup>

Das was weithin mit dem Begriff der sozialen Gerechtigkeit in Verbindung gebracht wird, nämlich Themengebiete, die sich mit der Versorgung durch die Sozialversicherung, Rentenversicherung, Krankenversicherung, Arbeitslosenversicherung und der Sozialhilfeversicherung auseinandersetzen, werden in seiner Theorie vollkommen übergangen. Nach Kersting war sich Rawls der Tatsache, dass er den sozialstaatlichen Bereich total außer Acht gelassen hat, bewusst. Denn er war sich im Klaren darüber, dass nur eine Theorie, die von vollbeschäftigten und arbeitsfähigen Menschen ausgeht, die Selbstversorgungsunfähigen unbeachtet lassen kann. Nach Kersting ist die Gerechtigkeitstheorie von John Rawls keine „Wohlfahrtsstaatsbegründung“. Denn eine solche würde voraussetzen, dass sich die Gerechtigkeit über die Kooperationsgemeinschaft hinaus auf die Solidaritätsgemeinschaft erstreckt.<sup>241</sup>

### 2.3.7.3 Keine Mitbestimmung bei politischen Entscheidungen

Menschen mit Beeinträchtigungen körperlicher oder geistiger Art können sich nicht an der Entscheidung wesentlicher politischer Bestimmungen beteiligen. Die Vergangenheit hat gezeigt, dass diese Menschen bis vor eine Weile noch von der Gesellschaft ausgeschlossen wurden. Sie unterlagen nicht nur der Stigmatisierung, sondern ein geistig schwer beeinträchtigter Mensch kam zudem nicht in den Genuss, Bildung und Erziehung zu erhalten. Ganz im Gegenteil – diese Menschen wurden in diversen Institutionen untergebracht. Zum einen gab es lange Zeit niemanden - etwa

---

<sup>238</sup> Kersting, Theorien der sozialen Gerechtigkeit, 162.

<sup>239</sup> Kersting, Theorien der sozialen Gerechtigkeit, 162.

<sup>240</sup> Kersting, Theorien der sozialen Gerechtigkeit, 162.

<sup>241</sup> Kersting, Theorien der sozialen Gerechtigkeit, 162 f.

eine politische Bewegung –, der sich für diese Menschen einsetzte bzw sich um deren Inklusion bemühte, und zum anderen wurden sie nie als Teil der Öffentlichkeit gesehen. All das führt dazu, dass die klassischen Vertreter der Vertragstheorie diese Menschen hinsichtlich ihrer Theorien und der damit einhergehenden Entscheidungen über wesentliche politische Prinzipien ausgrenzen. Die Vertreter dieser Theorien gehen von einer annähernden Gleichheit hinsichtlich körperlicher und geistiger Fähigkeiten einerseits und Macht andererseits aus. Somit wird die Möglichkeit einer Mitentscheidung dieser Menschen schon auf dieser elementaren Ebene ausgeschlossen.<sup>242</sup>

Viele Betroffene, die trotz ihrer Behinderung gewiss dazu fähig wären, bei den politischen Fragen mitzuentcheiden, empfinden allein schon die Tatsache, dass sie im Hinblick darauf völlig unberücksichtigt bleiben, als ungerecht. Da man diese Menschen nicht an der Wahl der fundamentalen Grundsätze mitbestimmen lässt bzw sie nicht einmal anhört, werden sie im Vergleich zu den übrigen Bürgern nicht gleich behandelt. Viele Umstände, wie zB die Struktur von Institutionen, aufgrund derer die betroffenen Menschen von dieser Entscheidung ausgegrenzt werden, können geändert werden. Es ist jedoch auf der anderen Seite klar, dass Menschen, die an einer schweren geistigen Behinderung leiden, nicht in der Lage sind an derartigen Entscheidungen mitzubestimmen. Aber besonders in diesen Fällen muss darauf geachtet werden, dass deren Interessen andersartig berücksichtigt und beachtet werden.<sup>243</sup>

Im Rahmen eines Gesellschaftsvertrages müssen folgende zwei zu differenzierende Fragen gestellt werden: „*Von wem werden die grundlegenden Prinzipien einer Gesellschaft formuliert?*“ und „*Für wen werden die grundlegenden Prinzipien einer Gesellschaft formuliert?*“.<sup>244</sup> Sind diese Prinzipien einmal beschlossen, so orientiert sich das Leben der Vertragsparteien und der Bürger, welche bei Nussbaum identisch sind, an ihnen. Der Grundgedanke ist, dass die Menschen von einem gegenseitigen Vorteil profitieren. Die beschlossenen Prinzipien legen die wechselseitigen Beziehungen der Bürger fest. Da davon aber hauptsächlich die Vertragsparteien betroffen sind und somit diese primär die Subjekte der Gerechtigkeit sind, können andere Menschen nur derart berücksichtigt werden, indem die Vertragsparteien auch

---

<sup>242</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 33 f.

<sup>243</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 34 f.

<sup>244</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 35.

die Interessen anderer Personen wahren oder sie zu einem späteren Zeitpunkt berücksichtigen. Die Auswirkungen auf Menschen mit Behinderungen sind enorm, wenn bestimmte Teilnahmebedingungen - wie zB in der Lage sein zu sprechen sowie das Vorhandensein von ähnlichen geistigen und körperlichen Fähigkeiten – bestehen müssen, um an der politischen Entscheidungsfindung teilnehmen zu können. Als Konsequenz daraus, dass Menschen mit Behinderungen nicht zu jenen gehören, die bei der Entscheidung mitbestimmen können, folgt, dass auch die getroffenen Entscheidungen und Prinzipien nicht für diese Menschen gewählt werden.<sup>245</sup>

#### 2.3.7.4 Differenzierung zwischen Parteien des Urzustandes und Bürgern der Gesellschaft

In seiner Gerechtigkeitstheorie differenziert Rawls zwischen den Parteien des Urzustandes und den Bürgern der Gesellschaft, wobei durch die Parteien des Urzustandes die Gesellschaft errichtet wird. Es ist wichtig hervorzuheben, dass - wie eben erläutert - die Parteien diejenigen sind, die die grundlegenden Prinzipien festlegen. Bei der Festlegung dieser Prinzipien haben die Parteien vor Augen, dass diese Prinzipien in einer Gesellschaft gelten würden, in der sie selbst leben. Das führt wiederum dazu, dass sie sich für Prinzipien entscheiden, die ihre eigenen Ziele fördern. Das bedeutet schließlich, dass die Parteien Prinzipien festlegen, die für Menschen gelten, die so sind wie sie selbst – somit nicht für Menschen mit Behinderungen. Im Gegensatz dazu müssen sich die Bürger der Gesellschaft an die von den Parteien geschaffenen Prinzipien halten, ohne dass sie daran mitwirken konnten.<sup>246</sup>

#### 2.3.7.5 Keine Mitbestimmung von Menschen mit Behinderungen bezüglich der grundlegenden Prinzipien

Nussbaum ist der Meinung, dass nach Rawls' Theorie auf die Thematik der Behinderungen erst auf der Ebene der Gesetzgebung eingegangen werden soll und somit zu einem Zeitpunkt, an dem über die fundamentalen Prinzipien der Gesellschaft bereits entschieden wurde. Warum Rawls möchte, dass diese

---

<sup>245</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 35 f.

<sup>246</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 36 f.

Problematik erst danach im Rahmen der Gesetzgebung berücksichtigt wird, soll im Folgenden erläutert werden.<sup>247</sup>

Die Vertragsparteien sind in der Theorie von Rawls Menschen, die in einem gewissen Maß dazu in der Lage sind, miteinander zu kooperieren und produktiv am gesellschaftlichen Leben teilzunehmen. Rawls ist der Ansicht, dass selbst wenn die Fähigkeiten der Menschen nicht gleich sind, alle jedoch ein „notwendiges Minimum“ an moralischen, intellektuellen und physischen Fähigkeiten besitzen. Genau für die eben beschriebenen freien und gleichen Bürger möchte Rawls faire Kooperationsbedingungen schaffen. In Rawls' Beschreibung der Person finden Menschen mit geistigen oder körperlichen Behinderungen sowie vorübergehend oder permanent bedürftige Menschen keinen Platz.<sup>248</sup>

Die Grundgüter von Rawls, welche nur den kooperationsfähigen Bürgern zukommen, verhindern, dass gesellschaftliche Arrangements, durch welche eine Integration von Menschen mit Behinderungen erlangt werden könnte, geschaffen werden. Folglich können zahlreiche Maßnahmen für diese Menschen - wie bspw eine besondere individuelle Behandlung im Bereich der Bildung sowie Veränderungen und Erneuerungen im öffentlichen Raum, dies betrifft zB Rollstuhlrampen oder das Ermöglichen des Einsteigens in Busse - nicht im Zuge der Festlegung der politischen Prinzipien bedacht werden. Obwohl - so meint Nussbaum - Rawls weiß, dass dadurch Menschen mit Behinderungen zunächst ausgeschlossen werden, wird auf Menschen mit Behinderungen und deren Probleme erst eingegangen, wenn die Prinzipien und die Struktur der Gesellschaft bereits beschlossen sind. Wie bereits erwähnt geht Nussbaum davon aus, dass Rawls der Meinung sei, das Problem der Berücksichtigung von Menschen mit Behinderungen sei verschiebbar, nämlich auf den Zeitpunkt der Gesetzgebung.<sup>249</sup> Daraus folgt, dass bei der Festlegung der grundlegenden politischen Prinzipien in keiner Weise an körperliche oder geistige Behinderungen oder Beeinträchtigungen gedacht wird.<sup>250</sup>

Nussbaum stellt in diesem Zusammenhang die beiden folgenden Fragen: *„Erstens, warum denkt Rawls, daß wir diese Probleme aufschieben müssen, und welche Rolle spielen die vier problematischen Aspekte seiner Theorie bei dieser Entscheidung?“*

---

<sup>247</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 157.

<sup>248</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 157 f.

<sup>249</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 158 ff.

<sup>250</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 161 f.

*Zweitens, hat er recht mit seiner Annahme, daß eine kantianische Theorie des Gesellschaftsvertrags wie die seine derartige Probleme aufschieben muß?*<sup>251</sup> Würde man bereits zu Beginn von einem Menschen mit einer dauerhaften körperlichen Behinderung ausgehen, so kann argumentiert werden, dass die Gerechtigkeitstheorie auch auf sie anwendbar ist. Denn sowohl Menschen, die auf den Rollstuhl angewiesen sind, als auch taube oder blinde Menschen sind sehr wohl in der Lage, die von Rawls geforderten Fähigkeiten des kognitiven und moralischen Vermögens aufzuweisen. Interessant erscheint, dass dadurch vorausgesetzt wird, dass die Menschen im Urzustand - die nicht um ihre Stellung in der Gesellschaft, ihr Geschlecht und auch in ethnischer Sicht nichts über sich wissen - anscheinend sehr wohl darüber Bescheid wissen, ob sie sich hinsichtlich ihrer körperlichen Fähigkeiten im „normalen“ Bereich befinden oder nicht. Es ist wichtig festzuhalten, dass diese Menschen im Stande sind sich durch Arbeit und Produktion am gesellschaftlichen Leben zu beteiligen. Das geht jedoch nur dann, wenn die entsprechenden Maßnahmen getroffen werden, um genau das diesen Menschen zu ermöglichen.<sup>252</sup>

Wenn die benötigten Änderungen, wie Rampen, um in Gebäude zu gelangen, und entsprechende Vorrichtungen bei öffentlichen Verkehrsmitteln, existieren, dann können bspw Menschen, die im Rollstuhl sitzen, recht gut fortkommen. So erleichtert man diesen geistig gesunden und kooperationsfähigen Menschen den Einstieg und den Alltag im Arbeitsleben. Dass in der Praxis eine eher geringe Anzahl dieser Menschen produktiv am Arbeitsleben teilnehmen können, liegt nicht an ihnen, sondern an der Tatsache, dass sie einerseits zu wenig berücksichtigt und andererseits diskriminiert werden. Als anderes Beispiel seien blinde Menschen genannt, welche aufgrund unserer heutigen fortgeschrittenen Technologien - wie verschiedene Audioprogramme sowie taktile Leitsysteme - fähig sind zu arbeiten, aber eben nur unter der Voraussetzung, dass das Umfeld in ihrer Arbeit auf sie abgestimmt wird. Weiters können taube Menschen am Arbeitsplatz auf E-Mail und andere visuelle Technologien zurückgreifen. Nussbaum betont, dass es nur Menschen, die sich im Urzustand befinden und nicht wissen, ob sie eine körperliche Beeinträchtigung oder Behinderung haben, möglich ist, Prinzipien zu beschließen, die gegenüber solchen Menschen fair sind. Des Weiteren führt Nussbaum drei

---

<sup>251</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 162.

<sup>252</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 162 f.

Gründe an, weshalb Rawls das eben Ausgeführte nicht seiner Theorie zugrunde legen wollte.<sup>253</sup>

Der erste von ihr angeführte Grund bezieht sich auf Rawls' Konzeption der Grundgüter. Denn würde er die Menschen mit Behinderungen von Anfang an - schon bei der Auswahl der Grundgüter - miteinbeziehen, dann wären die von ihm im Differenzprinzip beschriebenen „am schlechtesten Gestellten“ überflüssig; diese aber sind zur Auf- und Verteilung der Grundgüter von wesentlicher Bedeutung.<sup>254</sup>

Zu dem zweiten Grund sei Folgendes anzuführen: Die sich im Urzustand befindlichen Menschen haben zwar keine Kenntnisse über sich selbst und ihre Stellung, jedoch verfügen sie über allgemeine Informationen über Fakten in der Welt. Deshalb sind sie sich auch der Tatsache bewusst, dass einerseits Beeinträchtigungen existieren, die sehr häufig bei Menschen auftreten können, und andererseits Beeinträchtigungen bzw. Behinderungen bestehen, die weniger oft auftreten. Als Beispiel für Erstere seien etwa Rückenschmerzen genannt, wohingegen Behinderungen, die im Vergleich dazu viel seltener vorkommen, etwa Taubheit oder Blindheit sind. Es zeigt sich, dass auch unter den „normalen“ Menschen Beeinträchtigungen körperlicher Art - wie die Körpergröße, die Reichweite des Armes - vorkommen können. Obwohl das menschliche Ohr nicht in der Lage ist - anders als etwa dasjenige eines Hundes - alle vorhandenen Schallwellen tatsächlich zu hören, existieren in der Praxis keine Geräte oder Apparate, deren Schallwellen nur für Hunde, dafür aber nicht für den Menschen hörbar sind. Als Beispiel in Bezug auf die Körpergröße sei genannt, dass nicht extra Stufen mit so großen Abständen gebaut werden, welche nur von großgewachsenen Menschen überwunden werden können; bei der Errichtung des öffentlichen Raumes orientiert man sich am „normalen“ Menschen, der durchaus auch gewisse weit verbreitete Beeinträchtigungen hat. Die Beeinträchtigungen von blinden, tauben oder Menschen im Rollstuhl weichen mehr von der Norm ab, was dazu führt, dass man ihren Beeinträchtigungen nicht in solchem Maß entgegenkommt. Wir - die Menschen selbst - bauen Straßen, planen die Routen von Bussen und deren Einstiegsmöglichkeiten und trotzdem vernachlässigen wir es des Öfteren, im Zuge dessen gleich die Menschen zu bedenken, die auf eine Rollstuhlrampe angewiesen

---

<sup>253</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 163 f.

<sup>254</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 164 f.

wären.<sup>255</sup> Aufgrund der Tatsache, dass der öffentliche Raum nicht genug verändert wird, werden Menschen, die bei angepassten Umwelt- und Arbeitsbedingungen sehr produktiv sein könnten, ausgegliedert. *„Der öffentliche Raum ist ein Ergebnis unserer Vorstellungen von Inklusion“*.<sup>256</sup>

Das Problem, das sich in diesem Zusammenhang stellt, ist, dass es sich bei diesen Beeinträchtigungen um solche handelt, die relativ selten vorkommen. Das führt wiederum dazu, dass die Maßnahmen, die für das gesamte Arbeitsumfeld dieser Menschen getroffen werden müssten, sehr teuer und mit großer Mühe verbunden sind. Die dadurch entstehenden Kosten sind weit größer als das, was durch das Integrieren dieser Menschen in die Arbeitswelt erwirtschaftet wird. Das Problem liegt darin, dass eine Neu- bzw. Umgestaltung der sozialen Einrichtungen für alle stattfinden müsste, um den Anliegen eines eher kleineren Kreises von Menschen mit Behinderungen zu entsprechen. Es erscheint eher unrealistisch, dass der dadurch entstehende finanzielle Aufwand durch die Produktivität und Mitarbeit von Menschen mit Behinderungen wieder ausbalanciert würde. Somit muss eine Wahl getroffen werden - zwischen Kooperation, was eine vollkommene Integration bedeuten würde, oder keine Kooperation, was zu einer Berücksichtigung zu einem späteren Zeitpunkt führen würde.<sup>257</sup>

Der dritte Grund besteht darin, dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass alle Menschen mit Beeinträchtigungen körperlicher Art produktiv am Arbeitsleben teilnehmen könnten. Bei vielen dieser Beeinträchtigungen werden die Menschen in bedeutenden Funktionen eingeschränkt, weshalb davon auszugehen ist, dass auch deren Eingliederung in die Arbeitswelt durch Schaffung der entsprechenden Vorkehrungen nicht dazu führt, dass diese Menschen arbeiten können.

#### 2.3.7.6 Stellvertretung von Menschen mit Behinderungen

Eurich meint, es müsse geklärt werden, ob Menschen, die aufgrund einer Krankheit, einer Behinderung oder eines Unfalles aus der Kooperationsgemeinschaft ausgeschlossen sind, generell von Rawls außer Acht gelassen wurden. Die Gesellschaftsmitglieder einigen sich im Urzustand über Regelungen betreffend der Stellvertretung solcher Menschen durch Dritte, welche uU auch ohne Verlangen des Betroffenen möglich ist. Die Entscheidungen, die der Stellvertreter trifft, sollen sich

---

<sup>255</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 168 f.

<sup>256</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 169.

<sup>257</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 169 ff.

an den Bedürfnissen des Vertretenen orientieren. Weiters soll bei den Entscheidungen so vorgegangen werden, dass davon auszugehen ist, dass der Betroffene, wenn er wieder urteilsfähig ist oder wäre, mit den für ihn getroffenen Entscheidungen bestmöglich zufrieden ist. Soweit es möglich ist, ist es für Rawls erforderlich, dass der Betroffene, auch wenn er eine geistige Beeinträchtigung aufweist, selbst- bzw, wenn das nicht möglich ist, zumindest mitbestimmen kann. Genau das ist eine Konstellation, in welcher Rawls es akzeptiert, wenn zum Wohlbefinden des Betroffenen die Grundgüter reduziert werden. Die Ratio davon ist, dass auch die Menschenwürde und Ansichten der Menschen, die nur begrenzt selbstbestimmen können, respektiert werden. Trotzdem ist aufgrund folgender Punkte davon auszugehen, dass diese Menschen in der Theorie von Rawls nicht genügend Beachtung erfahren.<sup>258</sup>

Zum Ersten verlangt Rawls, dass die Menschen in der Gesellschaft - somit die Akteure - eine moralisch-praktische Vernunft besitzen. Eurich, welcher sich diesbezüglich der Meinung von Nussbaum anschließt, geht davon aus, dass aufgrund dieser Forderung Menschen, die eine schwere Beeinträchtigung mentaler Art haben und somit nicht urteilsfähig sind, nicht von Rawls' Theorie erfasst werden. Zweitens wird von Menschen mit Behinderungen verlangt, dass sie ganz dicht an die Norm einer Person, welche völlig zur Kooperation fähig ist, herankommen. Dies ist wichtig, um eine Chancengleichheit hinsichtlich der Kooperation in der Gesellschaft zu erreichen. Das führt jedoch dazu, dass diesen Menschen nicht viel Aufmerksamkeit geschenkt wird, da der Schwerpunkt auf ihren nicht vorhandenen Fähigkeiten zur vollständigen Kooperation liegt, und nicht auf der Achtung dieser Menschen. Drittens muss dafür gesorgt werden, dass auch die Würde dieser Menschen geachtet wird, weiters dass sie gut umsorgt werden, obwohl es nicht wahrscheinlich ist, dass sie sich in produktiver Weise an der Kooperation der Gesellschaft beteiligen können.<sup>259</sup>

## **2.4 Der Fähigkeitenansatz von Nussbaum**

Nussbaum beschreibt ihren Fähigkeitenansatz als „eine politische Theorie elementarer Ansprüche“. Er beinhaltet eine Liste von grundlegenden Ansprüchen der Bürger, die für eine „annähernd gerechte Gesellschaft“ erforderlich sind. Werden

---

<sup>258</sup> Eurich, *Gerechtigkeit für Menschen mit Behinderung*, 78 f.

<sup>259</sup> Eurich, *Gerechtigkeit für Menschen mit Behinderung*, 79 f.

diese Ansprüche einzelnen Personen nicht gewährt, so liegt eine elementare Gerechtigkeitsverletzung vor. Diese Ansprüche sind von solcher Wichtigkeit, dass sie in der Idee der Menschenwürde bereits mitenthalten sind. Diese Rechte kommen bspw in Grundrechten bzw in Verfassungsrang stehenden Rechten zum Ausdruck.<sup>260</sup>

Zu den Grundlagen der sozialen Konzeption gehört für Nussbaum die Idee des gegenseitigen Nutzens. Sie erachtet das Anstreben eines gegenseitigen Vorteils als Motivation für die Parteien, den Urzustand zu verlassen. Der gleichen Meinung ist Rawls, der aber darüber hinaus auch davon ausgeht, dass die Macht unter den Parteien gleich aufgeteilt ist. Die Parteien bei Rawls verfolgen ihre Konzeption des Guten und werden dabei nur durch die durch den Urzustand auferlegte Unparteilichkeit beschränkt. Aber wie bereits angeführt verhindert eine derartige Ausgangslage einer Vertragssituation die Möglichkeit, Menschen mit Behinderungen ex ante in die Gesellschaft zu integrieren.<sup>261</sup>

#### 2.4.1 Konzeption der Kooperation

Hingegen spielen bei dem Fähigkeitenansatz von Nussbaum von Beginn an moralische und soziale Aspekte eine Rolle. Bei ihrem, wie sie es nennt „nicht verfahrens- sondern ergebnisorientierten Ansatz“, geht sie davon aus, *„daß Menschen aus einer Vielzahl von Motiven heraus kooperieren, zu denen auch die Wertschätzung der Gerechtigkeit selbst sowie ganz zentral ein moralisch geprägtes Mitgefühl gehören.“*<sup>262</sup> Dieses Mitgefühl gebührt jenen Menschen, die nicht alle Voraussetzungen eines „achtbaren und würdevollen Lebens“ haben. Nussbaum stellt daher nicht auf eine gleiche Machtverteilung unter den Personen ab, sondern sie geht vielmehr davon aus, dass auch diese Menschen die Bedingungen, die für eine politische Stabilität vonnöten sind, erfüllen können. Ihr Fähigkeitenansatz basiert einerseits auf altruistischen Gedanken und andererseits auf der Idee des gegenseitigen Vorteiles; durch diese „Konzeption der Kooperation“ soll von Beginn an eine Einbeziehung stattfinden. Einen weiteren Aspekt in ihrem Ansatz bildet die *„politische Konzeption der Person als eines politischen und sozialen Lebewesens, das nach einem durch und durch sozialen Guten strebt und mit anderen auf verschiedenen Ebenen komplexe Zielsetzungen teilt.“*<sup>263</sup> Hierbei ist wichtig

---

<sup>260</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 218.

<sup>261</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 219 f.

<sup>262</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 220.

<sup>263</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 222.

festzuhalten, dass das Gute der anderen ein Bestandteil des eigenen Guten ist und es keine Beschränkung im Streben nach dem eigenen Guten zur Folge hat. Somit verlassen die Personen den Naturzustand mit dem Gedanken, dass sie ihr Leben mit anderen teilen wollen – und nicht, dass sie bloß einen eigenen Vorteil haben wollen.<sup>264</sup> Nussbaum ist sich dessen bewusst, dass durch dieses „Maß an Wohlwollen und der Verpflichtung zur Gerechtigkeit“, die sie ihrer Theorie zugrunde legt, eine schwierigere Ausgangslage geschaffen wird als bei Rawls. Dennoch ist sie der Meinung: *„Wenn aber bestimmte Probleme aufgrund der schwächeren Vorannahmen nicht gelöst werden können, brauchen wir stärkere Vorannahmen.“*<sup>265</sup>

#### 2.4.2 Vermögen und Einkommen als gute Indikatoren?

Nussbaum stützt ihren Fähigkeitenansatz auf den Vorschlag Sens, welcher Kritik an Rawls' Grundgütern äußerte und der Meinung ist, dass die Grundgüter bei Rawls – vor allem Einkommen und Vermögen – gegen eine Liste von Fähigkeiten ausgetauscht werden sollte. Somit stellt Sen bei der Ermittlung der Lebensqualität auf gewisse Fähigkeiten ab. Er ist weiters der Ansicht, dass das Abstellen auf Einkommen und Vermögen als „Indikatoren des Wohlergehens“ bei behinderten Menschen zu keiner Lösung führt, und nennt dazu folgendes Beispiel: Eine Person, die im Rollstuhl sitzt, kann zwar das gleiche Einkommen und Vermögen besitzen wie eine Person, die keine derartige Beeinträchtigung hat, aber in Hinblick auf die Möglichkeit der Fortbewegung wird die Person im Rollstuhl niemals die gleichen Fähigkeiten haben wie ein anderer.<sup>266</sup> Sen geht darüber hinaus davon aus, dass „Unterschiede in der Bedürftigkeit für das menschliche Leben charakteristisch“ sind. Bspw nimmt eine Frau, die schwanger ist, mehr Nahrung zu sich als eine Frau, die nicht schwanger ist, weiters brauchen Kinder mehr Proteine als Erwachsene. Nach Sen ist das Abstellen auf Fähigkeiten insb dann wichtig, wenn es um Menschen geht, die in der „Struktur der Gesellschaft“ nicht ganz integriert sind. Als Beispiel nennt er Kulturen, in denen Frauen traditionell nur schwer die Möglichkeit einer Ausbildung bekommen. Eine solche Kultur benötigt folglich mehr Ressourcen für die Alphabetisierung von Frauen als für die von Männern.<sup>267</sup>

---

<sup>264</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 222 f.

<sup>265</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 223.

<sup>266</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 229.

<sup>267</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 230 f.

Unter der Voraussetzung, dass gewisse „Asymmetrien“ bei der Bestimmung der Beträge beachtet werden, wäre Senn der Meinung, dass auch Einkommen und Vermögen als gute Indikatoren fungieren könnten. Bspw müsste ein Kind mehr Geld für Nahrung erhalten als ein Erwachsener und weiters müsste eine Person, die im Rollstuhl sitzt, mehr Geld für Mobilität erhalten als jemand, der nicht im Rollstuhl sitzt. Nur unter dieser Prämisse können Einkommen und Vermögen nach der Meinung Senn's als Indikatoren herangezogen werden.<sup>268</sup>

### 2.4.3 Liste der Fähigkeiten

Geht man jedoch von einem Ansatz aus, der den Schwerpunkt auf die Fähigkeiten legt, so ergibt sich daraus, dass es mehrere Grundgüter gibt, die verteilt werden müssen. Damit das wiederum möglich ist, muss eine offene Liste erstellt werden, die jene Fähigkeiten enthält, die die „zentralen menschlichen Ansprüche“<sup>269</sup> darstellen. Nussbaum ist der Meinung, dass Sen's Zurückhaltung hinsichtlich einer solchen Liste ihn daran hindert, eine auf Fähigkeiten basierende Theorie der sozialen Gerechtigkeit zu konzipieren. Sie meint, dass bestimmte Fähigkeiten – etwa das Wahlrecht – von wesentlicher Bedeutung sind, wohingegen manche anderen Fähigkeiten zu vernachlässigen sind. Eine gerechte Verfassung muss die wichtigen Fähigkeiten schützen und Diskriminierungen von Menschen aufgrund ihrer Behinderung oder ethnischen Zugehörigkeit einschränken bzw verbieten. Es ist daher notwendig, eine Bewertung vorzunehmen, bei welchen Fähigkeiten es sich um gute und bei welchen es sich um schlechte handelt. Weiters muss im Kreis der guten Fähigkeiten entschieden werden, welche für die „Bestimmung der Minimalbedingungen eines menschenwürdigen Lebens“ wesentlich sind.<sup>270</sup>

Wenn die wesentlichen Fähigkeiten, die zur Erarbeitung einer Verfassung sowie zur Einrichtung von Institutionen dienen, festgelegt sind, stellt Nussbaum weiters die Frage, ob auch Einkommen und Vermögen als gute Indikatoren für Fähigkeiten - in Hinblick auf die Berücksichtigung von Personen, die sozial benachteiligt sind - herangezogen werden sollen. Sie spricht in diesem Zusammenhang von der Problematik, die sich auf die Unmöglichkeit der Verrechnung der verschiedenen Fähigkeiten bezieht. Damit eine Fähigkeit in die Liste aufgenommen wird, muss sie

---

<sup>268</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 231.

<sup>269</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 231.

<sup>270</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 231 f.

einen elementaren Anspruch darstellen, der allen Bürgern zusteht. Alle Fähigkeiten zusammen sieht Nussbaum als „notwendige Bedingung für ein achtbares und menschenwürdiges Leben“. Deshalb ist eine gegenseitige Verrechnung von Fähigkeiten nicht möglich. Ein Mangel einer Fähigkeit kann nicht durch ein Mehr einer anderen Fähigkeit wettgemacht werden. Somit steht allen Bürgern ein „gerechtigkeitsbasierter Anspruch auf alle Fähigkeiten bis zu einem gewissen Schwellenwert“ zu. Es liegt bereits dann eine Gerechtigkeitsverletzung vor, wenn auch nur bei einer dieser Fähigkeiten der Schwellenwert nicht erreicht wird.<sup>271</sup>

Folgt man Rawls' Meinung, so kann man zur Ansicht gelangen, dass Ressourcen wie Einkommen und Vermögen Dinge darstellen, die an die Menschen verteilt werden können. Auch bei der Betrachtung von Sens' Ansatz ist erkennbar, dass dies nicht „explizit bestritten“ wird. Er ist vielmehr der Meinung, dass es über die Bestimmung der Höhe des Geldbetrages lösbar ist, indem man einem Menschen im Rollstuhl mehr Geld zu kommen lässt, damit dieser in Bezug auf seine Mobilität anderen gleichgestellt wird. Nussbaum stimmt mit dieser Meinung nicht überein, denn sie meint, selbst wenn man einem Menschen im Rollstuhl mehr Geld zukommen lässt, wird ihn das nicht in die Lage versetzen, genauso mobil wie Menschen, die auf keinen Rollstuhl angewiesen sind, zu sein bzw. zu allen Plätzen und Räumlichkeiten einen Zugang zu bekommen. Zwar könnte sich ein vermögender Mensch einen Chauffeur leisten, jedoch wird nach Nussbaum dadurch das Problem nicht gelöst, da diese Menschen erst gar nicht auf einen Chauffeur angewiesen sein sollten. Daher hält sie fest, dass die Integration von Menschen mit Behinderungen eine Aufgabe der Öffentlichkeit darstellt, da der Einsatz öffentlicher Ressourcen sowie eine öffentliche Planung notwendig sind. Es muss die Frage gestellt werden, wozu Menschen mit Behinderungen in der Lage sein sollen, und nicht, wie hoch der Geldbetrag ist, den man ihnen zukommen lässt.<sup>272</sup>

#### 2.4.4 Die Bedeutung der „Fürsorge“ im Fähigkeitenansatz

Fürsorge ist in diesem Zusammenhang von wesentlicher Bedeutung. Das Bedürfnis nach Versorgung ist ein Grundbedürfnis, dessen Gewährleistung ein Ausdruck einer gerechten Gesellschaft ist. Nussbaum erklärt in ihrer Konzeption, wie dieser Umstand in der Liste der Fähigkeiten Berücksichtigung finden kann. Fürsorge ist

---

<sup>271</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 232 f.

<sup>272</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 233 f.

nach der Ansicht Nussbaums nicht etwas, das gesondert in die Liste aufgenommen werden muss. Um Fürsorge gewährleisten zu können, muss sowohl an Fähigkeiten der zu versorgenden sowie der versorgenden Menschen gedacht werden. Durch die Förderung der Fähigkeiten des Lebens, der Gesundheit und der körperlichen Unversehrtheit kann eine gute Fürsorge erreicht werden. Fürsorge ist eine „Art der Bindung“, durch die die Sinne, die kognitiven Fähigkeiten, die praktische Vernunft sowie die Entscheidungsfindung gefördert werden und durch die eine soziale Zugehörigkeit begründet wird. Weiters stellt Fürsorge einen Schutz der Selbstachtung dar. Menschen mit Behinderungen stehen nicht im Eigentum anderer, es handelt sich um Menschen, denen die gleiche Würde zukommt und die das gleiche Recht auf Eigentum, Besitz und einen Arbeitsplatz haben wie jeder andere auch.<sup>273</sup> Auch Menschen mit schweren geistigen Beeinträchtigungen haben in einigen Bereichen die gleichen Bedürfnisse. Bei diesen Menschen ist es besonders wichtig, auf ihre jeweiligen Bedürfnisse einzugehen; somit wird eine „individualisierte Fürsorge“ gefordert.<sup>274</sup>

Aufgrund der Tatsache, dass der Fähigkeitenansatz von Intuitionen abhängig ist, geht Nussbaum davon aus, dass Rawls einige Kritikpunkte an diesem äußern würde. Als ersten hypothetischen Kritikpunkt von Rawls nennt Nussbaum, dass eine Abhängigkeit zwischen den politischen Grundprinzipien und den Intuitionen besteht. Jedoch meint sie, dass auch Rawls' „Gerechtigkeit als Fairneß“ auf Intuitionen beruht. Der Unterschied liegt darin, dass bei Rawls' die Intuitionen im Zusammenhang mit der Gestaltung des Urzustands gegeben sind, während sie beim Fähigkeitenansatz in Bezug auf die Fähigkeitenliste vorkommen. Für Nussbaum liegt dieser Unterschied darin, dass es sich bei Rawls' Theorie um einen „prozeduralen Ansatz“, hingegen beim Fähigkeitenansatz um einen „ergebnisorientierten Ansatz“ handelt.<sup>275</sup> Der weitere Kritikpunkt ist, dass die zehn definierten Ziele des Fähigkeitenansatzes ein „intuitionsbasiertes Abwägen“ zur Folge haben, was wiederum zu politischen Prinzipien führt, die einen hohen Grad an Unbestimmtheit aufweisen. Für Nussbaum trifft dies beim Fähigkeitenansatz nicht zu, denn es gilt folgender Grundsatz: *„Alle zehn dieser heterogenen Ziele sind Minimalbedingungen*

---

<sup>273</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 235 f.

<sup>274</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 236 ff.

<sup>275</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 242.

der Gerechtigkeit.<sup>276</sup> Eben dadurch wird zum Ausdruck gebracht, dass alle Fähigkeiten bis zu einem gewissen Schwellenwert den Menschen zustehen müssen und in dieser Hinsicht keine Abwägung vorgenommen werden darf.<sup>277</sup>

#### 2.4.5 Ähnlichkeiten zwischen Rawls' Gerechtigkeit als Fairneß und Nussbaums Fähigkeitenansatz?

Damit Rawls' Gerechtigkeitstheorie auf Menschen mit Behinderungen anwendbar wäre, müssten nach Nussbaum einige Änderungen vorgenommen werden. Käme es zu diesen Änderungen, wäre Rawls' Theorie dem Fähigkeitenansatz bereits sehr nah. Nichtsdestotrotz fällt die erste Wahl Nussbaum's auf den Fähigkeitenansatz, ua deshalb, weil dieser auch auf das Wohlwollen in der Entscheidungssituation Rücksicht nimmt. Wie bereits angeführt, stellt Rawls für Menschen mit Behinderungen bzw geistigen und körperlichen Beeinträchtigungen keine Prinzipien auf. Bei Rawls handelt es sich laut Nussbaum um keine „elementaren Fragen der Gerechtigkeit“, die sich auf politische Prinzipien auswirken würden. Daher stellt Nussbaum die Frage, wie man mit den seiner Theorie zugrundeliegenden Prinzipien – den Grundfreiheiten, der Chancengleichheit sowie dem Differenzprinzip - auch Menschen mit Behinderung erfassen kann.<sup>278</sup>

Die Gerechtigkeitstheorien von Rawls und Nussbaum sind schwer vergleichbar, da Letztere auf ein gesellschaftliches Minimum abstellt, welches erfüllt werden muss. Dennoch ergibt sich laut Nussbaum eine Ähnlichkeit der Prinzipien der beiden Theorien. Sie sagt: *„Da es sich in beiden Fällen um den Versuch handelt, die Idee eines menschenwürdigen Lebens zu fassen und politisch zu konkretisieren, ähneln sich auch die hinter den Theorien stehenden philosophischen Motivlagen.“*<sup>279</sup>

Die Prinzipien bei Rawls wollen einen Anspruch auf Versorgung mit Grundgütern gewährleisten. Der wesentliche Unterschied zwischen dem Fähigkeitenansatz und der Gerechtigkeit als Fairneß liegt darin, dass bei Ersterem aufgrund der Berücksichtigung von Behinderungen der soziale Anspruch auf Versorgung eine zentrale Rolle spielt. Dies ist bei der Gerechtigkeit als Fairneß deshalb nicht der Fall,

---

<sup>276</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 244.

<sup>277</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 244.

<sup>278</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 246 f.

<sup>279</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 247.

da Rawls von „uneingeschränkt kooperativen“ Bürgern ausgeht und daher der Versorgung „keine angemessene zentrale Stellung“ zukommt.<sup>280</sup>

#### 2.4.6 Der Fähigkeitenansatz in Bezug auf Menschen mit geistigen Behinderungen

Wie bereits erwähnt ist die Liste der Fähigkeiten und die Erreichung eines gewissen Schwellenwertes für Nussbaum eine unabdingbare Voraussetzung dafür, dass Menschen ein würdevolles Leben führen können.<sup>281</sup> Dennoch stellt Nussbaum in der Folge die Frage, ob die Fähigkeitenliste sowie der Schwellenwert auch für Menschen mit geistigen Beeinträchtigungen in dieser Form bleiben und gelten sollen. Fakt ist, dass es Menschen gibt, die aufgrund ihrer kognitiven Möglichkeiten bzw aufgrund ihres Entwicklungsstandes nie in der Lage sein werden, an einer Wahl teilzunehmen.<sup>282</sup> Nussbaum meint, es müsse eine Entscheidung getroffen werden: Entweder handelt es sich dabei um eine komplett andere Lebensform oder man geht davon aus, dass es sich dabei nie um ein „im vollen Sinne gedeihendes menschliches Leben“ handelt.<sup>283</sup> Bei besonders schweren Beeinträchtigungen meint Nussbaum, dass es „vernünftig erscheint“, dieses als eine andere Lebensform und nicht als menschliches Leben anzusehen. Sie meint, es seien unsere moralischen Gefühle, die uns dazu verleiten, bspw Menschen, die im Koma liegen, als „Menschen“ zu bezeichnen. Allerdings sagt sie: *„Wir sollten die Möglichkeit nicht einfach von der Hand weisen, daß wir ihr Leben als eine andere Art von Leben sehen sollten, das der menschlichen Lebensform nicht nahe genug kommt, um uns eine mehr als nur metaphorische Verwendung des Begriffs „Mensch“ zu erlauben.“*<sup>284</sup>

Jedoch könne von menschlichem Leben gesprochen werden, wenn die wichtigsten menschlichen Fähigkeiten vorliegen, wie etwa mit anderen in Beziehung treten zu können sowie die Fähigkeit, zu lieben und wahrnehmen zu können. Da aber bei diesen Menschen auch die beste Versorgung nicht dazu führen wird, dass sie über alle Fähigkeiten der Liste verfügen, stellt Nussbaum die Frage, ob für Menschen mit geistigen Beeinträchtigungen eine eigene Liste bzw ein eigener Schwellenwert festgelegt werden soll. Sie betrachtet es allerdings als gefährlich, an der Liste etwas zu verändern. Da die Förderung von Fähigkeiten dieser Menschen sehr teuer ist,

---

<sup>280</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 248.

<sup>281</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 250.

<sup>282</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 259.

<sup>283</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 260.

<sup>284</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 260.

stellt eine moderne Gesellschaft meist in den Vordergrund, was die Menschen alles nicht können. Somit wird über die oft sehr anspruchsvollen Tätigkeiten, die diese Menschen verrichten können, hinweggesehen, um in diesen sehr kostspieligen Bereich nicht investieren zu müssen. Bis vor kurzer Zeit war man etwa der Meinung, dass weder blinde noch taube Menschen im Stande sind, eine Ausbildung an einer Universität machen zu können. Mit der Zeit aber zeigte sich, dass diese Menschen einige berufliche Tätigkeiten sehr gut ausführen können und dass sogar Menschen mit körperlichen Behinderungen an Sportwettkämpfen teilnehmen können.<sup>285</sup>

Da Nussbaum der Meinung ist, dass die Erschaffung einer eigenen Fähigkeitenliste und eines eigenen Schwellenwertes für Menschen mit Beeinträchtigungen gefährlich ist, zieht sie es vor, dass es nur eine Liste mit Fähigkeiten gibt, die „unverhandelbare soziale Ansprüche“ enthält. Auf diese Weise kann sich niemand - da die Fähigkeiten für alle Bürger von wesentlicher Bedeutung sind und es einen einheitlichen Schwellenwert gibt - der Verantwortung entziehen, indem er gewisse kostspielige Maßnahmen, die zur Ausübung der Fähigkeiten notwendig sind, nicht realisiert. Ein weiterer Punkt, der für eine Liste spricht, ist, dass Menschen mit Beeinträchtigung nur auf diesen Weg als gleichberechtigte Bürger in der Gesellschaft angesehen werden können, wodurch einer Stigmatisierung vorgebeugt wird.<sup>286</sup> Nussbaum begründet die Wahl nur einer Liste so: *„Sie bringt nämlich zum Ausdruck (...), daß sie ebenso sehr Individuen sind wie wir alle anderen auch, und nicht Typen oder eine niedrigere Art, die wir von der Menschheit unterscheiden.“*<sup>287</sup>

Weil Menschen mit Beeinträchtigungen und jene, die diese versorgen, immer wieder mit schwierigen Situationen zu kämpfen haben werden, muss die Gesellschaft durch die Gestaltung des öffentlichen Raumes, durch die Organisation der Bildung sowie anderer Lebensbereiche versuchen, diese Menschen in die Gesellschaft miteinzubeziehen. *„Denjenigen, die andere versorgen, sollen alle Fähigkeiten unserer Liste und Menschen mit Behinderungen so viele Fähigkeiten wie möglich in möglichst hohem Maße gewährleistet werden.“*<sup>288</sup> Nach Nussbaum kann eine derartige Gesellschaft nur durch das Streben nach Gerechtigkeit und Liebe zu

---

<sup>285</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 261 f.

<sup>286</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 264 f.

<sup>287</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 265.

<sup>288</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 308.

anderen Menschen erreicht werden, nicht jedoch, wenn sie auf die Erzielung von Vorteilen und Profit gerichtet ist.<sup>289</sup>

## 2.5 Eigene Ansicht

Ich entschied mich ua deshalb die Sichtweise von Singer in Bezug auf behinderte Menschen zu schildern, weil es sich bei dieser um eine sehr extreme Auffassung handelt, die mE zu Recht vielen Kritiken ausgesetzt ist. In seiner „Praktischen Ethik“ findet sich folgender Satz: *„Auch die Metapher vom Leben als eine Reise liefert einen Grund zur Behauptung, daß im Säuglingsalter die Reise noch kaum begonnen hat.“*<sup>290</sup> Diese Aussage untermauert seine Theorie, dass Embryonen bzw Neugeborene nicht als gleichwertig mit gesunden Menschen, die ein Selbstbewusstsein haben, angesehen werden. Für mich ist diese Aussage in keiner Weise nachvollziehbar. Wo und wann, wenn nicht zu diesem Zeitpunkt, sollte die Reise sonst beginnen? Natürlich ist der Zeitpunkt, zu dem das Leben oder Menschsein beginnt, eine besonders strittige Frage, wobei mE gesagt werden kann, dass es sich bei einem Kind im Säuglingsalter jedenfalls um einen Menschen bzw um eine Person handelt - wenn nicht sogar bereits viel früher. Es ist schwer oder vielleicht sogar unmöglich, in dieser Hinsicht auf einen breiten Konsens zu stoßen, da einen allgemein gültigen Zeitpunkt als den Beginn des Lebens zu definieren eine kaum zu lösende Herausforderung darstellt; zu viele unterschiedliche Meinungen werden diesbezüglich vertreten. Jedoch ist vollkommen klar, dass mit dem Vorgang der Geburt ein vollentwickelter Mensch zur Welt kommt. Singers Argument, dass weder ein Fötus noch ein Säugling die Eigenschaft des Selbstbewusstseins besitzt, mag in dieser Phase des Lebens vielleicht zutreffen. Jedoch ist es doch so, dass kein Wesen der Welt mit Selbstbewusstsein geboren wird. Es handelt sich um eine Fähigkeit, die im Laufe des Lebens erarbeitet wird. Wieso soll daher das Selbstbewusstsein eines Menschen dafür ausschlaggebend sein, ob dieser Mensch weiter am Leben bleiben oder getötet werden sollte?

Weiters erscheint mir Singer's Unterscheidung zwischen „Mensch“ und „Person“ und damit einhergehend in der Folge zwischen „Menschenrechten“ und „Personenrechten“ fatal. Denn mE ist das wesentlichste Charakteristikum der Menschenrechte ihre Uneingeschränktheit und bedingungslose Anwendbarkeit auf

---

<sup>289</sup> Nussbaum, Grenzen der Gerechtigkeit, 308 f.

<sup>290</sup> Singer, Praktische Ethik, 243.

alle Menschen. Dabei darf und soll es keine Rolle spielen, ob dieser Mensch eben erst zur Welt gekommen ist oder bereits erwachsen ist. Darüber hinaus darf es keinen Unterschied machen, ob der Mensch eine Behinderung hat oder nicht. All diese Umstände ändern nichts daran, dass einem Menschen die allgemeinen Menschenrechte zugestanden werden müssen. Hätte man bei der Formulierung und Erlassung der Menschenrechte derartige „Ausnahmen“ machen wollen, wären diese vorgenommen worden. Freilich widerspräche die Erlassung von „Menschenrechten“ einerseits und „Personenrechten“ andererseits dem Gedanken, der den Menschenrechten zugrunde liegt - nämlich alle Menschen gleich zu behandeln sowie durch die Menschenrechte alle Menschen zu erfassen. Die Wichtigkeit der Menschenrechte zeigt sich auch durch die Tatsache, dass sie im Verfassungsrang stehen. Allein das spiegelt wider, wie wichtig die Menschenrechte an sich - sowie deren Beachtung in unserer Gesellschaft sind. Menschenrechte sind ua dazu da, Diskriminierungen zu verhindern und zu bekämpfen. Für mich ist nicht nachvollziehbar, weshalb Singer die Kriterien Selbstbewusstsein und Rationalität heranzieht und diese zu Voraussetzungen, um eine Person sein zu können, erhebt. Folgt man nämlich einer aufgrund dieser Kriterien vorgenommenen Unterscheidung und einer damit verbundenen Kategorisierung von „Mensch“ oder „Person“, sind Diskriminierungen ohne Zweifel vorprogrammiert. Denn so wären nicht nur Embryonen und Säuglinge davon betroffen, sondern auch Menschen mit schweren geistigen Behinderungen sowie Menschen, die im Laufe ihres Lebens, etwa im Zuge einer Alzheimer-Erkrankung, ihr Selbstbewusstsein verlieren. Daraus ergibt sich somit, dass Singer's Theorie auf Menschen mit Behinderungen in keiner Weise anwendbar ist.

Neben dem Utilitarismus, welcher eine „statistische“ Theorie der Gerechtigkeit <sup>291</sup> darstellt, bin ich auf die antiutilitaristische Gerechtigkeitstheorie von Rawls eingegangen.

Die vermehrten Kritiken, die über Rawls Theorie geäußert werden, zeigen, dass auch durch seine Theorie Menschen mit Behinderungen nicht ausreichend berücksichtigt werden. Dabei beziehen sich die einzelnen Kritiken auf unterschiedliche Punkte von Rawls' Theorie. Kersting geht von einer „Gütermaximierung“ aus. Das bedeutet, dass die Menschen danach trachten, besser mehr von etwas zu haben als zu wenig.

---

<sup>291</sup> Schmid in Bendl, Qualitätsentwicklung Gender Mainstreaming, Grundlagen, Band 2. Gleichheit und Gerechtigkeit – zwei aufeinander bezogene Begriffe?, 2007, 84 f.

Aufgrund dessen meint er, dass die Personen im Urzustand davon ausgehen, dass sie über eine lange Zeit einen Beruf ausüben werden. Diese Annahme bewegt Kersting zu der Annahme, dass es sich bei den Menschen im Urzustand um solche handelt, die in der Lage sind sich selbst zu versorgen. Er spricht durchwegs von der „Kooperationsgemeinschaft“ auf der einen Seite und der „Solidargemeinschaft“ auf der anderen Seite. Die Kooperationsgemeinschaft umfasst jene Menschen, die einer Tätigkeit in der Arbeitswelt nachgehen. Daher befinden sich Menschen mit Behinderungen nicht in dieser Kooperationsgemeinschaft und auch die darin gebildeten Gerechtigkeitsprinzipien umfassen nicht die Menschen, die außerhalb dieser Gemeinschaft stehen. Kersting meint weiters, dass alle jene, die unter die „am schlechtesten Gestellten“ fallen, noch immer solche Menschen sind, die die Fähigkeit haben, sich selbst zu versorgen und nicht auf andere angewiesen sind, weshalb Menschen mit Behinderungen nicht darunter fallen. Kersting geht noch viel weiter, indem er sagt, dass Rawls ganz bewusst Menschen mit Behinderungen nicht in seiner Theorie berücksichtigt hat.

Nussbaum kritisiert hingegen, dass die Menschen, die die Prinzipien festlegen - die Parteien des Urzustands -, diese Prinzipien mit dem Gedanken aussuchen, dass diese für Menschen, wie sie es selbst sind, gelten und somit nicht für Menschen mit Behinderungen. Die Bürger der Gesellschaft - die nicht den Parteien des Urzustandes angehören - müssen sich aber an diese geschaffenen Prinzipien halten, obwohl sie nie daran mitgewirkt haben bzw überhaupt Gelegenheit dazu hatten. Sie ist der Meinung, dass Rawls die Thematik von Menschen mit Behinderungen auf die Ebene der Gesetzgebung verschiebt. Auch Nussbaum ist davon überzeugt, dass Rawls diesen Menschen bewusst noch nicht auf der Ebene der Entscheidung der grundlegenden Prinzipien Beachtung geschenkt hat.

Etwas anders ist der Zugang von Eurich. Zwar stellt auch er die Frage, ob Menschen mit Behinderungen, die sich nicht in der Kooperationsgemeinschaft befinden, von Rawls generell nicht beachtet wurden. Jedoch geht er davon aus, dass die Menschen im Urzustand über die Möglichkeit einer „Stellvertretung“ übereinkommen. Dh der Stellvertreter soll bei seiner Entscheidung so vorgehen, dass die Bedürfnisse des Vertretenen, wie bpsw eines behinderten Menschen, am besten gewahrt werden bzw so, wie anzunehmen ist, dass der Vertretene selbst entschieden hätte. Eurich spricht in diesem Zusammenhang von „Selbstbestimmung“ bzw „Mitbestimmung“.

Ob Rawls unter den sogenannten „am schlechtesten Gestellten“ auch Menschen mit Behinderungen subsumiert erscheint mir zweifelhaft. Wie bereits beschrieben, ist wohl davon auszugehen, dass selbst diese „am schlechtesten Gestellten“ noch in der Lage sind einer Arbeit nachzugehen sowie sich selbst zu versorgen - somit eigenständig und selbstständig sind. Aber genau dieser Punkt stellt bei Menschen mit Behinderungen das Problem dar, weil genau diese Menschen sehr oft auf die Unterstützung von anderen angewiesen sind.

Rawls' „A theory of justice“ ist zweifellos ein Meilenstein in der Reihe der Gerechtigkeitstheorien, weshalb es für mich wichtig war, diese in meiner Arbeit darzulegen. ME jedoch zeigen all die angeführten Kritiken, dass Menschen mit Behinderungen von Rawls in seiner Gerechtigkeitstheorie zu wenig bis gar nicht berücksichtigt werden. Sosehr seine Theorie als Fairness für „normale“ Menschen - welche selbstversorgungsfähig sind und am gesellschaftlichen Leben sowie am Arbeitsleben teilnehmen können – anwendbar ist, muss klar darauf hingewiesen werden, dass das nicht auch auf behinderte Menschen zutrifft. Sie werden von Anfang an, schon bei der Entscheidung über die grundlegenden Prinzipien, ausgeschlossen und haben keine Möglichkeit bei der Wahl dieser Grundsätze mitzuwirken. Die Konsequenz daraus ist, dass die Menschen nur solche Grundsätze wählen, die für Menschen wie sie selbst, somit Menschen ohne schwerwiegenden Beeinträchtigungen bzw Behinderungen, vorteilhaft sind. Rawls' Gerechtigkeit als Fairneß ist daher keine geeignete Gerechtigkeitstheorie, um Menschen mit Behinderungen in die Gesellschaft zu integrieren.

Als dritte Gerechtigkeitstheorie schilderte ich den Fähigkeitenansatz von Nussbaum. Dieser Ansatz basiert auf einer Liste von Fähigkeiten - elementare Ansprüche, die jedem Menschen zukommen müssen, andernfalls eine Gerechtigkeitsverletzung vorliegt. Diese Fähigkeiten müssen einen gewissen Schwellenwert erreichen und ausnahmslos allen Menschen, unabhängig davon ob sie eine Behinderung haben oder nicht, zukommen. Darüber hinaus stellt für sie Fürsorge ein zentrales Element einer gerechten Gesellschaft dar. Die Tatsache, dass die Fähigkeitenliste allen Menschen auf die gleiche Art zukommt – auch wenn sie uU aus persönlichen Gründen nicht von allen Menschen auf gleiche Art genutzt werden können – zeigt, dass diese Konzeption eine absolute Gleichstellung und Integration von Menschen mit Behinderungen anstrebt.

Da Singer eine derart extreme Auffassung vertritt, die in gewissen Fällen das Töten eines Embryos sowie eines behinderten Säuglings legalisieren möchte und Rawls auf die Problematik der Behinderung erst gar nicht eingeht, ist von den drei angeführten Gerechtigkeitstheorien der Fähigkeitenansatz von Nussbaum der einzig konstruktive Ansatz, der geeignet ist Menschen mit Behinderungen der Menschenwürde entsprechend zu berücksichtigen und zu integrieren. Menschen mit Behinderungen werden von Beginn an berücksichtigt und miteinbezogen.

Nachdem sich dieses Kapitel mit der Frage des Umgangs mit Menschen mit Behinderungen aus einem theoretischen Blickwinkel auseinandersetzt, beziehen sich die beiden folgenden Kapitel auf den Umgang mit Menschen mit Behinderungen in unserer Gesellschaft – somit aus einem praxisorientierten Blickwinkel. Das anschließende Kapitel erläutert den Umgang mit behinderten Menschen im Zuge der Pränataldiagnostik, während das letzte Kapitel den Umgang mit Menschen mit Behinderungen in der Arbeitswelt zum Inhalt hat.

### **3 Der Umgang mit Menschen mit Behinderungen aus pränataler Sicht**

In diesem Kapitel wird zunächst ein Überblick über die Pränataldiagnostik und ihre Methoden gegeben, damit im Anschluss darauf eingegangen werden kann, welche heiklen Fragestellungen sich in diesem Zusammenhang mit Blick auf Menschen mit Behinderungen ergeben. Des Weiteren wird auch auf rechtliche Punkte, die sich im medizinischen Kontext stellen - etwa jene der ärztlichen Aufklärungspflicht sowie des Behandlungsvertrags - eingegangen. Die „wrongful birth“-Thematik und die daraus resultierenden Schadenersatzansprüche bilden einen weiteren Komplex im Rahmen dieses Kapitels. Diesbezüglich werden einige Fälle der österreichischen und deutschen Judikatur wiedergegeben. In der Folge werden die unterschiedlichen Positionen, die sich in Bezug auf die Frage der Ersatzfähigkeit eines daraus entstehenden vermögensrechtlichen Nachteils entwickelt haben, erläutert. Dazu wird auch kurz allgemein auf die Grundsätze des österreichischen Schadenersatzrechts eingegangen.

#### **3.1 Pränataldiagnostik**

Um die Problematiken, welche sich im Zusammenhang mit Menschen bzw Embryonen mit Behinderungen aus pränataler Sicht ergeben, zu verstehen, ist es notwendig, vorab die verschiedenen Methoden der Pränataldiagnostik zu schildern.

##### **3.1.1 Allgemeines**

Frauen können im Zuge ihrer Schwangerschaft aufgrund ihres Anspruchs auf medizinische Vorsorge resultierend aus der Angehörigkeit bei einer gesetzlichen oder privaten Krankenkasse pränatale Untersuchungen durchführen lassen. Die Mutterschafts-Richtlinien bestimmen die Leistungen in der Vorsorge von Schwangeren. Bis dato existieren keine gesetzlichen Regelungen bezüglich pränataldiagnostischer Untersuchungen. Zwar gibt es bisher kein Gesetz, jedoch bestehen Richtlinien der Bundesärztekammer, die „Richtlinien zur pränatalen Diagnostik von Krankheiten und Krankheitsdispositionen“, an welche Ärzte gebunden

sind. Diese Richtlinien legen fest, wie die Art und der Einsatz der Pränataldiagnostik auszusehen haben.<sup>292</sup>

### 3.1.2 Aufgaben der Pränataldiagnostik

Die Pränataldiagnostik ermöglicht es, eine gewisse Bandbreite an Behinderungen sowie Krankheiten des Embryos zu ermitteln. Obwohl oft eine Diagnose gestellt werden kann, ist selten eine Therapie möglich. Das ist auch ein Grund, warum es die unterschiedlichsten Ansichten und ua auch Gegner der Pränataldiagnostik gibt. Es wird argumentiert - eben weil man nur selten in der Lage ist zu therapieren -, dass die Eltern bei einer auffälligen Diagnose im Prinzip nur zwischen der Vornahme oder Nichtvornahme eines Schwangerschaftsabbruches wählen können.<sup>293</sup>

### 3.1.3 Unterschiedliche Meinungen zu Pränataldiagnostik

Aus der Perspektive der Medizin und auch aus humangenetischer Sicht handelt es sich bei der Pränataldiagnostik um etwas Positives, da sie als eine „Maßnahme der individuellen Lebensplanung“ angesehen wird.<sup>294</sup> Jedoch existieren auch negative Aspekte rund um die Pränataldiagnostik. Dabei handelt es sich ua darum, dass durch pränataldiagnostische Untersuchungen und eine damit - aufgrund einer entsprechenden Diagnose - einhergehenden Abtreibung die Einstellung gegenüber behinderten Menschen negativ besetzt sein könnte. Das könnte dadurch geschehen, dass man Behinderungen aufgrund der Methoden, die in der Pränataldiagnostik zur Verfügung stehen, als etwas ansieht, das man „verhindern“ kann.

Im Bereich der Pränataldiagnostik gibt es zwei Betrachtungsweisen, zwischen denen differenziert werden kann. Zum einen gibt es den gesellschaftlichen und zum anderen den persönlichen Bereich. In der Gesellschaft wird vermittelt, dass Behinderungen etwas sind, dem durch den Einsatz von Pränataldiagnostik ausgewichen werden kann. *„In einer Leistungsgesellschaft wie der unseren, in der der Wert eines Lebens abhängig gemacht wird von der erbrachten Leistung, haben es Menschen mit Behinderung schwer.“*<sup>295</sup> Es darf nicht vergessen werden, dass selbst die Geburt eines gesunden Kindes für eine Mutter ein soziales Risiko

---

<sup>292</sup> Lux, Die Pränataldiagnostik in der Schwangerenvorsorge und der Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik, 2007, 10.

<sup>293</sup> Mock, Stellungnahmen zur Pränataldiagnostik, 2007, 11.

<sup>294</sup> Friedrich/Henze/Stemann-Acheampong, Eine unmögliche Entscheidung. Pränataldiagnostik: Ihre psychosozialen Voraussetzungen und Folgen, 1998, 13.

<sup>295</sup> Strachota in in Huainigg, Aus dem Bauch heraus. Von der Macht der Emotionen, 2010, 131.

bedeuten kann, da die Vereinbarkeit von Beruf und Familie bzw Kindern noch immer schwierig ist. Umso schwerer ist das mit einem Kind, das eine Behinderung aufweist.<sup>296</sup> „Ob ein Kind auf die Welt kommen kann/darf oder nicht, wird abhängig gemacht von seiner biologischen Ausstattung.“<sup>297</sup> Die Gesellschaft erachtet ein „leidvolles Leben“ als äußerst furchtbar und vor allem ein Leben mit einer Behinderung wird als ein solches angesehen. „Die Geburt von Menschen mit Behinderung soll vermieden werden, weil ein (angebliches) Leben in Leid nicht wert ist, gelebt zu werden“.<sup>298</sup> Diese Sichtweise ist mit ein Grund, warum die Pränataldiagnostik als ein zur Schwangerschaft gehörendes Element angesehen wird.

Diskussionen und Problematiken müssen jeweils getrennt auf den verschiedenen Ebenen thematisiert werden, da zB die beste Beratung, die sich auf die persönliche Dimension bezieht, nicht das eben genannte Problem - welches eines der gesellschaftlichen Ebene ist - lösen kann. Auch auf der persönlichen Ebene besteht Handlungsbedarf. Es ist vorgesehen, dass die Mutter optimal beraten wird und aufgrund dieser Informationen selbst eine Entscheidung trifft.<sup>299</sup> Auch zeigt sich, dass viele Frauen nach der Diagnose ein behindertes Kind zu bekommen, mehr Zeit benötigen würden um über die verschiedenen Entscheidungsmöglichkeiten nachdenken zu können. Auf der anderen Seite ist dies eine derartig extreme und belastende Situation, dass sie manche möglichst schnell hinter sich haben wollen. Doch ist es wichtig festzuhalten, dass sich Mütter nach einem pathologischen Befund emotionell gesehen in einer Ausnahmesituation befinden. Es muss die Frage gestellt werden, ob eine Mutter in dieser Situation überhaupt in der Lage ist, eine durchdachte und wohlüberlegte Entscheidung zu treffen. Oft ist es diesen Frauen nicht mehr möglich, klar zu denken. Damit man einer Mutter die Möglichkeit geben kann, eine überlegte Entscheidung zu treffen, muss dafür gesorgt werden, dass sie Raum und Zeit zur Verfügung hat. Sowohl eine gute Aufklärung als auch eine psychosoziale Unterstützung und Beratung sollte für Menschen in derartigen Situationen angestrebt werden.<sup>300</sup>

---

<sup>296</sup> Strachota in in *Huainigg*, Aus dem Bauch heraus, 131 f.

<sup>297</sup> Strachota in in *Huainigg*, Aus dem Bauch heraus, 132.

<sup>298</sup> Strachota in in *Huainigg*, Aus dem Bauch heraus, 132.

<sup>299</sup> Strachota in in *Huainigg*, Aus dem Bauch heraus, 132 ff.

<sup>300</sup> Strachota in in *Huainigg*, Aus dem Bauch heraus, 134 ff.

Es gibt einige Argumente, die auf den ersten Blick als Vorteile der Pränataldiagnostik erscheinen. Doch können eben diese Vorteile uU zugleich auch als Nachteil empfunden werden. Die Möglichkeit, sogenannte Fehlentwicklungen möglichst früh zu erkennen, ist positiv. Die Konsequenz davon ist, dass Schwangerschaftsabbrüche früher vorgenommen werden können und der Mutter somit ein vielleicht noch belastenderer später Schwangerschaftsabbruch erspart bleibt. Die hierin bestehende Selektion darf aber nicht außer Acht gelassen werden. Ein weiterer Vorteil besteht in der Möglichkeit, bei rechtzeitigem Erkennen schon vor der Geburt das Kind zu therapieren - etwa eine Operation im Mutterleib vorzunehmen. Die Kehrseite hier jedoch ist, dass sich derartige Verfahren noch im Stadium des Versuchs befinden. Wiederum ein Punkt ist die Möglichkeit der Eltern, sich in psychischer Hinsicht auf ein behindertes Kind einstellen zu können. Damit geht einher, dass diese sofort nach der Geburt geeignete Maßnahmen treffen können. Jedoch gibt es Frauen, die eine unbeschwerte und schöne Schwangerschaft und Geburt erleben wollen und sich nicht schon während der Schwangerschaft mit einer Behandlung auseinandersetzen wollen, die erst nach der Geburt notwendig ist.<sup>301</sup>

Seitens von Behindertenbewegungen kommt es zu kritischen Äußerungen bezüglich der Pränataldiagnostik. So heißt es: *„Die betonte Orientierung an dem individuellen Bedürfnis, ein behindertes Kind zu vermeiden, schütze im übrigen nicht davor, daß sich aus der Praxis der PND allmählich gesellschaftlich relevante Entwicklungen ergeben: wenn PND und Schwangerschaftsabbruch bei ungünstigen Untersuchungsergebnissen erst einmal als selbstverständliches Recht der einzelnen Elternpaare akzeptiert sind, können sich aus der massenhaften Nutzung des pränataldiagnostischen Angebots leicht neue Normen von „verantwortlicher Elternschaft“ herausbilden, die dann aus der individuell getönten Konsumentenhaltung gegenüber der PND eine gesellschaftliche Verpflichtung werden lassen.“*<sup>302</sup> Durch diese Aussage wird verdeutlicht, dass der Druck – der in einer derartig schweren Situation ohnehin besonders groß ist – durch die möglicherweise eintretende „Selbstverständlichkeit“, bei einer entsprechenden Diagnose einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen zu lassen, noch zusätzlich erhöht wird.

---

<sup>301</sup> Voill in *Huainigg*, Aus dem Bauch heraus. Segen und Fluch der Pränataldiagnostik, 146 f.

<sup>302</sup> *Friedrich/Henze/Stemann-Acheampong*, Eine unmögliche Entscheidung. Pränataldiagnostik: Ihre psychosozialen Voraussetzungen und Folgen, 1998, 14 f.

### 3.1.4 Methoden der Pränataldiagnostik

Die Aufgabe der Pränataldiagnostik liegt einerseits in der Vorbeugung vor Krankheiten der schwangeren Mutter sowie des Embryos und andererseits darin, Fehlbildungen des Embryos zu erkennen. Die Methoden der Pränataldiagnostik werden in invasive und nichtinvasive Methoden eingeteilt.<sup>303</sup>

#### 3.1.4.1 Nichtinvasive Methoden

Bei nichtinvasiven pränataldiagnostischen Untersuchungen wird nicht in den Körper der Schwangeren eingegriffen. Darunter fallen das Ultraschallscreening, die Nackenfaltenmessung, der Combined Test sowie der Triple Test.

Das Ultraschallscreening stellt mittlerweile eine Routineuntersuchung dar. Es besteht aus drei Ultraschalluntersuchungen, die jeweils zu einer bestimmten Zeit erfolgen sollen. Die erste Untersuchung ist in der Zeit von der 9. bis 12. SSW, die zweite Untersuchung zwischen der 19. und 22. SSW und die dritte Ultraschalluntersuchung ist zwischen der 29. und 32. SSW durchzuführen. Sinn und Zweck dieses Screenings ist es, die Schwangerschaft zu überwachen, ob sie normal verläuft. Mithilfe des Ultraschalls wird versucht, das exakte Gestationsalter zu bestimmen und den Embryo hinsichtlich seiner somatischen Entwicklung zu untersuchen. Weiters werden außergewöhnliche Merkmale des Embryos und Mehrlingsschwangerschaften ermittelt.<sup>304</sup> Ultraschallscreenings haben zwei Funktionen. Zu Beginn stellen sie eine Routineuntersuchung dar, jedoch ab dem zweiten Ultraschall sind sie eine Methode zur Fehlbildungsdiagnostik.<sup>305</sup> Kommt es in der Folge während einer solchen Ultraschalluntersuchung zur Diagnose einer Entwicklungsstörung, so gibt es zum einen die Möglichkeit einer Untersuchung mit qualitativ höherwertigen Ultraschallgeräten und zum anderen kann eine dopplersonographische Untersuchung vorgenommen werden. Mit Letzterer ist es möglich, ein dreidimensionales Bild der Gefäße zu erstellen, wodurch bspw. der Blutfluss überprüft werden kann, was vor

---

<sup>303</sup> Lux, Die Pränataldiagnostik in der Schwangerenvorsorge und der Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik, 23.

<sup>304</sup> Lux, Die Pränataldiagnostik in der Schwangerenvorsorge und der Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik, 25 f.

<sup>305</sup> Lux, Die Pränataldiagnostik in der Schwangerenvorsorge und der Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik, 26.

allem bei einem Herzfehler von großer Bedeutung ist. Diese Untersuchung ist jedoch erst ab der 20. SSW gestattet.<sup>306</sup>

Die Nackenfaltenmessung findet zwischen der 11. und 14. SSW statt. Das Messen der Nackenfalte findet über Ultraschall statt und klärt, ob Chromosomenveränderungen oder das Down-Syndrom vorliegen. Ist die Nackenfalte größer als ein bestimmter Normalwert, so steigt die Gefahr, dass eine Fehlbildung vorliegt.<sup>307</sup> Die Untersuchung bezieht sich auf die Ansammlung der Flüssigkeit, die sich zwischen der Haut und der Wirbelsäule befindet. Die Flüssigkeit staut sich dort, da der Fötus vorerst nicht in der Lage ist, die Flüssigkeit wieder abzuführen. Erst im Zuge der weiteren Entwicklung wird dieses Ödem wieder weniger.<sup>308</sup>

Der Combined Test wird zwischen der 11. und der 14. SSW durchgeführt. Sinn des Tests ist es, unter Berücksichtigung der Aspekte der Messung der Nackendicke sowie des Alters der Schwangeren mithilfe eines Bluttests etwaige Chromosomenveränderungen beim Embryo festzustellen.<sup>309</sup>

Der Triple Test wird in der Zeit zwischen der 16. und 18. SSW vorgenommen. Da er oft umstrittene und zweifelhafte Ergebnisse liefert, wird er nicht als Routineuntersuchung vorgenommen.<sup>310</sup> In der Praxis wurde der Triple Test abgelöst durch den sogenannten Combined Test, der wesentlich ausdrucksstärker ist. Hierbei wird der schwangeren Frau Blut abgenommen, welches auf drei bestimmte Hormone und deren Verhältnis zueinander untersucht wird. Auf diese Weise wird ermittelt, wie hoch das Risiko ist, dass das Kind ein Down-Syndrom oder eine andere Chromosomenstörung aufweist.<sup>311</sup>

#### 3.1.4.2 Invasive Methoden

Anders als bei den nichtinvasiven Methoden, muss bei invasiven Methoden ein Eingriff in den Körper der Schwangeren vorgenommen werden. Meist wird dann zu invasiven Untersuchungen gegriffen, wenn bei einer der eben genannten

---

<sup>306</sup> Lux, Die Pränataldiagnostik in der Schwangerenvorsorge und der Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik, 26 f.

<sup>307</sup> Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend, Pränataldiagnostik. Spezielle vorgeburtliche Untersuchungen, 2010, 10.

<sup>308</sup> Wassermann/Rohde, Pränataldiagnostik und psychosoziale Beratung. Aus der Praxis für die Praxis, 2009, 39.

<sup>309</sup> Bundesministerium, Pränataldiagnostik, 11.

<sup>310</sup> Lux, Die Pränataldiagnostik in der Schwangerenvorsorge und der Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik, 30.

<sup>311</sup> Bundesministerium, Pränataldiagnostik, 11.

nichtinvasiven Methoden eine Auffälligkeit des Kindes aufgetreten ist. Solche Auffälligkeiten können im Zuge des Ultraschalls und des Combined oder Triple Tests hervorkommen. Weitere Gründe für den Umstieg auf invasive Methoden sind bspw die Tatsache, dass in der Familie bereits genetische Erkrankungen existieren oder wenn Störungen des Wachstumes des Kindes diagnostiziert wurden.<sup>312</sup> Durch invasive Eingriffe gewinnt man Zellen des Embryos, welche auf Auffälligkeiten analysiert werden.<sup>313</sup> Weiters muss an dieser Stelle erwähnt werden, dass invasive Methoden der Auslöser für eine Fehlgeburt sein können.<sup>314</sup> Als invasive Methoden gelten die Plazentapunktion, die Fruchtwasserpunktion, die Nabelschnurpunktion sowie die Fetoskopie, welche im Folgenden erläutert werden.

Bei der Plazentapunktion - auch Chorionzottenbiopsie genannt - wird Gewebe durch einen Einstich durch die Bauchdecke, welche lokal betäubt wird, entnommen. Aus der Plazenta wird Gewebe durch den Einstich einer Hohlnadel gewonnen.<sup>315</sup> Diese Biopsie wird in der Praxis ab der 11. SSW vorgenommen. Das entnommene Gewebe wird in der Folge auf Chromosomenveränderungen hin untersucht.<sup>316</sup> Mit einem Untersuchungsergebnis kann in etwa nach acht Tagen gerechnet werden. Genau dieser Punkt, nämlich, dass rasch ein Untersuchungsergebnis vorliegt, wird als großer Vorteil dieser Untersuchung gesehen.<sup>317</sup>

Weiters gibt es die Fruchtwasserpunktion – auch Amniozentese – bezeichnet, die ab der 16. SSW vorgenommen werden kann. Bei dieser Untersuchung wird mit einer dünnen Nadel durch Bauchdecke und Fruchtblase gestochen. Dabei wird Fruchtwasser entnommen und mit den sich darin befindlichen abgelösten Zellen des Fötus eine Zellkultur angelegt. Auch hier besteht der Zweck darin, mögliche Chromosomenveränderungen festzustellen.<sup>318</sup> Die aus dieser Untersuchung resultierenden Diagnosen sind meist sehr genau; nur selten kommt es zu Fehldiagnosen.<sup>319</sup>

Bei der Nabelschnurpunktion oder Cordozentese wird mittels einer dünnen Nadel, welche durch die Bauchdecke und die Plazenta gestochen wird, embryonales Blut

---

<sup>312</sup> *Bundesministerium*, Pränataldiagnostik, 12.

<sup>313</sup> *Mock*, Stellungnahmen zur Pränataldiagnostik, 11.

<sup>314</sup> *Wassermann/Rohde*, Pränataldiagnostik und psychosoziale Beratung, 34.

<sup>315</sup> *Wassermann/Rohde*, Pränataldiagnostik und psychosoziale Beratung, 46.

<sup>316</sup> *Bundesministerium*, Pränataldiagnostik, 13.

<sup>317</sup> *Lux*, Die Pränataldiagnostik in der Schwangerenvorsorge und der Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik, 34.

<sup>318</sup> *Bundesministerium*, Pränataldiagnostik, 13.

<sup>319</sup> *Wassermann/Rohde*, Pränataldiagnostik und psychosoziale Beratung, 44.

entnommen. Mithilfe dieser gewonnenen Zellen werden die Chromosomen untersucht. Die Nabelschnurpunktion wird nach der 20. SSW durchgeführt.<sup>320</sup>

Schließlich gibt es die Fetoskopie, welche - wenn sie vorgenommen wird - zwischen der 15. und der 22. SSW gemacht wird. Jedoch kommt sie in der Praxis nicht allzu oft vor, da sie aufgrund der Tatsache, dass sich der Ultraschall sehr verbessert hat, von diesem abgelöst wurde. Bei dieser Untersuchung wird aus dem Körper des Embryos Gewebe entnommen.<sup>321</sup>

Aus dem Dargestellten geht klar hervor, dass der Hauptzweck aller pränataldiagnostischen Methoden darin besteht, den Embryo auf Vorliegen einer Chromosomenveränderung, insb des Down-Syndroms, zu untersuchen. Dass sich die Medizin im Bereich der Pränataldiagnostik sehr schnell weiterentwickelt und immer neue Testverfahren entstehen, soll anhand des neuen „PraenaTests“ – gezeigt werden.

### 3.1.5 Aktuelles in der Pränataldiagnostik: „PraenaTest“

Seit kurzer Zeit gibt es einen neuen Bluttest, mit dem untersucht werden kann, ob das ungeborene Kind an Down-Syndrom leidet. Dieser Test hat zu einer Flut von öffentlichen Kritiken und Stellungnahmen geführt, von denen in der Folge einige geschildert werden. Darüber hinaus existiert bereits ein Gutachten, welches sich mit der rechtlichen Zulässigkeit dieses Tests auseinandersetzt.

Auf den Markt gebracht wurde der Test von der Firma „LifeCodexx“ aus Konstanz. Das Auftreten von Nebenwirkungen ist bei diesem Test äußerst unwahrscheinlich. Jedoch kann es passieren, dass dieser Test „Nebenwirkungen auf die Gesellschaft“ haben könnte, da durch diesen Test eine sehr einfache Methode gefunden wurde, um Down-Syndrom zu diagnostizieren, was viele Abtreibungen zur Folge haben kann.<sup>322</sup>

---

<sup>320</sup> Lux, Die Pränataldiagnostik in der Schwangerenvorsorge und der Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik, 35 f.

<sup>321</sup> Lux, Die Pränataldiagnostik in der Schwangerenvorsorge und der Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik, 36.

<sup>322</sup> Uhlmann, Rasterfahndung nach Menschen mit Down – Syndrom“, Süddeutsche (05.07.2012), <http://www.sueddeutsche.de/gesundheit/neuer-bluttest-fuer-schwangere-rasterfahndung-nach-menschen-mit-down-syndrom-1.1402368> [26.08.2012].

Mit nur sehr wenig Blut der Mutter kann nach etwa 14 Tagen<sup>323</sup> festgestellt werden, ob das Kind an Down-Syndrom leidet. Forscher gehen davon aus, dass man durch diesen Test zukünftig alle Erbinformationen des Kindes ermitteln kann. Der Test ist in Österreich, Deutschland und der Schweiz erhältlich. Es gibt viele kritische Anmerkungen bezüglich dieses Tests. Der Patientenanwalt von Vorarlberg, Alexander Wolf, meint, dass sich derzeit alles in Richtung „das perfekte Kind“ und „Schwangerschaft auf Probe“ entwickelt. Er warnt weiters davor, dass man in Zukunft die Möglichkeit haben wird, sich Kinder nach gewissen Merkmalen aussuchen zu können, was seiner Meinung nach von der Natur aus keineswegs so vorgesehen ist.<sup>324</sup> Ulrich Bemetz, Fachgruppenobmann der Gynäkologen in Vorarlberg, bringt zum einen vor, dass man die Entwicklung in der Medizin nicht bremsen kann. Zum anderen meint er, dass der Entschluss, ob ein solcher Test vorgenommen wird, alleine bei den Eltern liegt. Er meinte, *„[d]ie Diskussion über ethische Grenzen müsse die Gesellschaft führen.“*<sup>325</sup> Aufgrund der Tatsache, dass sich in der vergangenen Zeit immer mehr Eltern für ihr Kind mit Down-Syndrom entschieden haben, muss die Möglichkeit eines solchen Tests nicht unbedingt dazu führen, dass die Mutter bei einer solchen Diagnose eine Abtreibung vornehmen lässt.<sup>326</sup>

Der Fetalmediziner Scheier meint, dass dieser Test nur von solchen Frauen durchgeführt werden soll, die davon ausgehen, dass ihr Kind an Down-Syndrom leiden könnte. Zwar spricht sich Scheier nicht für eine Selektion aus, jedoch sei es wichtig, dass die Eltern in ihrer jeweiligen Lebenssituation eigenständig diese Entscheidung treffen können. Die Kosten dieses Tests, der zukünftig die nicht unbedenkliche Fruchtwasseruntersuchung, bei welcher immer das Risiko einer Fehlgeburt besteht, ablösen soll, belaufen sich derzeit auf € 1.250.<sup>327</sup>

Der Geburtshelfer Philipp Klaritsch von der Uniklinik für Frauenheilkunde in Graz sagt dazu, dass dieser Test eine Ultraschalluntersuchung keineswegs ersetzen kann und daher nur zusätzlich gemacht werden sollte. Dies ist deshalb wichtig, weil durch

---

<sup>323</sup> Österreichische Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (OEGGG), Patientinneninformation PraenaTest, [http://www.oeggg.at/fileadmin/user\\_upload/downloads/Leitlinien/Praena-Test\\_Patienteninformation\\_12-12.pdf](http://www.oeggg.at/fileadmin/user_upload/downloads/Leitlinien/Praena-Test_Patienteninformation_12-12.pdf) [17.01.2014], 4.

<sup>324</sup> N. N., Neuer Bluttest für Schwangere umstritten, vorarlberg.orf.at (08.07.2012) <http://vorarlberg.orf.at/news/stories/2540479/> [26.08.2012].

<sup>325</sup> N. N., Neuer Bluttest für Schwangere umstritten (08.07.2012), [26.08.2012].

<sup>326</sup> N. N., Neuer Bluttest für Schwangere umstritten (08.07.2012), [26.08.2012].

<sup>327</sup> N. N., Down – Syndrom nur für Frauen mit Risiko, vorarlberg.orf.at (25.08.2012), <http://vorarlberg.orf.at/news/stories/2547211/> [26.08.2012].

diesen Test nur überprüft werden kann, ob Down-Syndrom vorliegt, nicht aber, ob das Kind an anderen Fehlbildungen leidet.<sup>328</sup>

Aufgrund der Befürchtung, dieser Test werde zu einer Routineuntersuchung bei Schwangeren, haben nun manche Ethiker die Sorge, dass eine „neue Dimension in der Selektion Ungeborener“ heranbricht.<sup>329</sup> Die Kritiken schlagen große Wellen. So fragt der Wiener Erzbischof, Kardinal Christoph Schönborn: *„Ist das noch eine menschliche Gesellschaft, in der nur mehr topfitte, supergesunde, leistungsstarke Menschen erwünscht sind?“*. Weiters bemerkt er: *„Hier wird Selektion betrieben. Eugenik. Wird das schlimme Wort vom „lebensunwerten Leben“ wieder Wirklichkeit?“*<sup>330</sup> Des Weiteren gibt die Generalsekretärin von „Aktion Leben“, Martina Kronthaler, zu bedenken, dass dies eine „unmenschliche Entwicklung“ darstellt. Sie wünscht daher, dass für Eltern entsprechende Beratungsstellen eingerichtet werden, bei denen man Auskunft und eine gründliche, detaillierte Beratung erhält. Ein weiterer Vorwurf kam von der Bioethik-Kommission der Deutschen Bischofskonferenz, welche meint, dass dadurch *„die Schwelle zur gezielten Aussonderung unerwünschter Menschen massiv gesenkt wird“*.<sup>331</sup>

In einem Artikel von „aktion leben österreich“ äußert sich Generalsekretärin Martina Kronthaler: *„Menschen mit Down-Syndrom sind keine Bedrohung, die man möglichst früh erkennen und beseitigen muss. Bei diesem Bluttest geht es darum, Menschen mit Down-Syndrom aufzuspüren und auszusortieren. Das ist eine unmenschliche Entwicklung. Wir müssen ein Klima schaffen, in der Kinder mit Down-Syndrom selbstverständliche und willkommene Mitglieder unserer Gesellschaft sind.“*<sup>332</sup> Wie bereits angeführt, fordert Kronthaler eigene Beratungsstellen. Ferner würde sie es begrüßen, wenn zwischen den werdenden Eltern und Eltern, die ein Kind mit Down-

---

<sup>328</sup> Saurugger, Neuer Bluttest für werdende Mütter, Kleine Zeitung (06.08.2012), <http://www.kleinezeitung.at/magazin/wellness/3083823/neuer-bluttest-fuer-muetter.story> [26.08.2012].

<sup>329</sup> N. N., Ethiker befürchten neue Dimension in der Selektion Ungeborener, Süddeutsche.de (08.06.2012), <http://www.sueddeutsche.de/gesundheit/bluttest-auf-erbkrankheiten-in-der-schwangerschaft-ethiker-befuerchten-neue-dimension-in-der-selektion-ungeborener-1.1376749> [26.08.2012].

<sup>330</sup> N.N., Kardinal Schönborn: Neuer „Down – Syndrom“- Bluttest ist „Eugenik“, Katholische Presseagentur Österreich (24.08.2012), <http://www.kathweb.at/site/nachrichten/database/48727.html> [26.08.2012].

<sup>331</sup> N.N., Kardinal Schönborn: Neuer „Down – Syndrom“- Bluttest ist „Eugenik“ (24.08.2012), [26.08.2012].

<sup>332</sup> N. N., aktion leben fordert klares Bekenntnis zu Menschen mit Down Syndrom (31.07.2012), [http://www.aktionleben.at/bekenntnis\\_zu\\_menschen\\_mit\\_down-syndrom](http://www.aktionleben.at/bekenntnis_zu_menschen_mit_down-syndrom) [27.08.2012].

Syndrom haben, ein Kontakt hergestellt wird, damit ein Austausch stattfinden kann.<sup>333</sup>

Der Präsident des Vereins „Down-Syndrom Österreich“, Jürgen Wieser, sagt im Rahmen der Vorankündigung: *„Der Test ist ein Frontalangriff auf die Menschenwürde all jener Persönlichkeiten, die mit der Chromosomenbesonderheit ‚Trisomie 21‘ leben, geboren werden oder noch ungeboren sind.“*<sup>334</sup> Durch den neu entwickelten Test gibt man Menschen, die mit Down-Syndrom leben, zu verstehen, dass ein Leben mit Down-Syndrom nicht zumutbar ist. Es geht dabei um folgende Fragestellungen: *„Wie geht eine Gesellschaft mit der Abweichung von einer vermeintlichen Norm um? Und wer bestimmt was lebenswertes Leben ist?“*<sup>335</sup> Menschen mit Down-Syndrom sind - wenn sie die entsprechende Hilfe bekommen - durchaus in der Lage, einem Beruf nachzugehen; viele von ihnen betätigen sich sportlich, sie beschäftigen sich auch in Bereichen wie Theater und Musik. Brigitte Sebold ist Vorsitzende von „Down-Syndrom Österreich“ und meint, *„[e]in Kind mit ‚Down-Syndrom‘ zu haben, habe nichts mit Leid zu tun. Voraussetzung für alles ist jedoch, dass diesen Menschen das grundsätzliche Recht auf Leben nicht abgesprochen wird.“*<sup>336</sup> Auch Otto Lambauer von der Caritas der Erzdiözese Wien ist gegen den Bluttest: *„Jegliche medizinische Untersuchungen, die nicht zu sinnvollen Heilbehandlungen führen können, lehnen wir ab“*. Darüber hinaus ist er der Meinung, eine frühzeitige Feststellung von Down-Syndrom sei *„nicht für eine medizinische Heilbehandlung relevant, da es eine Seinsweise eines Menschen ist, die nicht veränderbar ist“*. Jedoch meint er, dass Untersuchungen betreffend die körperliche Gesundheit, wie etwa Herzfehler, die oft mit der Diagnose von Down-Syndrom einhergehen, sehr wohl wichtig sind.<sup>337</sup> Er unterscheidet somit danach, ob eine Krankheit diagnostiziert wird, die therapiert werden kann - etwa ein Herzfehler - oder ob eine Krankheit diagnostiziert wird, bei der es keine Therapiemöglichkeit gibt – zB Down-Syndrom. Medizinische Untersuchungen, die Krankheiten diagnostizieren, die behandelbar sind, erachtet er als in Ordnung, andernfalls lehnt er diese jedoch ab.

---

<sup>333</sup> N. N., aktion leben fordert klares Bekenntnis zu Menschen mit Down Syndrom (31.07.2012), [27.08.2012].

<sup>334</sup> N. N., Neuer „Down – Syndrom“- Bluttest sorgt weiter für Kritik, APA kathpress (16.08.2012), <http://www.behindertearbeit.at/bha/archives/17151> [27.08.2012].

<sup>335</sup> N. N., Neuer „Down – Syndrom“- Bluttest sorgt weiter für Kritik (16.08.2012), [27.08.2012].

<sup>336</sup> N. N., Neuer „Down – Syndrom“- Bluttest sorgt weiter für Kritik (16.08.2012), [27.08.2012].

<sup>337</sup> N. N., Neuer „Down – Syndrom“- Bluttest sorgt weiter für Kritik (16.08.2012), [27.08.2012].

Wie all diese Stellungnahmen deutlich zeigen, gibt es eine Reihe von Gegnern dieses neuen Tests. Schlagworte wie „Selektion“, „Eugenik“ lassen klar die Ängste der Menschen erkennen. Viele befürchten, dass durch ein derart einfaches und schnelles Verfahren, bei welchem man noch dazu mit keinen Nebenwirkungen zu rechnen braucht, die Abtreibungen bei der Diagnose von Down-Syndrom steigen werden. Ein weiteres Argument, das gegen diese nichtinvasive Methode spricht, ist, dass der Druck auf die Frauen, die vor der äußerst schwierigen Entscheidung stehen, ein behindertes Kind zur Welt zu bringen oder nicht, noch größer wird. Der Druck könnte in dem Sinne steigen, dass den Frauen vorgeworfen werde, selbst dafür verantwortlich zu sein, dass sie ein behindertes Kind haben.

#### 3.1.5.1 Gutachten zu „PraenaTest“

Bereits seit Anfang Juli 2012 existiert zu diesem Test ein Gutachten von Klaus Gärditz von der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, welches dieser im Auftrag des Beauftragten der Bundesregierung für die Belange behinderter Menschen erstellt hat. Auf eine von drei Fragen, die dieses Gutachten behandelt, wird an dieser Stelle eingegangen.

Die „Gutachtliche Stellungnahme zur Zulässigkeit des Diagnoseprodukts PraenaTest“ stammt vom 03. Juli 2012. Durch diesen Bluttest ist es möglich, ab dem Zeitpunkt der 10. SSW festzustellen, ob das Kind an Down-Syndrom leidet oder nicht. Die erste rechtliche und hier zu behandelnde Frage, mit der sich das Gutachten auseinandersetzt, lautet: *„Steht Art. 3 Abs. 3 Satz 2 Grundgesetz (GG) in Bezug auf diskriminierungsfreien Schutz des Rechts auf Leben der Zulässigkeit des neuen Tests entgegen?“*<sup>338</sup>

Um die Erläuterungen zu der eben dargestellten Frage erklärbar zu machen, wird die damit zusammenhängende Gesetzesbestimmung des Art 3 Abs 3 GG angeführt, diese hat folgenden Wortlaut:

*„Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen und seiner politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.“*

---

<sup>338</sup> Gärditz, Gutachtliche Stellungnahme zur Zulässigkeit des Diagnostikprodukts „PraenaTest“, 2012, 2.

Bei Trisomie 21 ist es zweifellos so, dass die geistige Entwicklung nicht jener einer normalen Entwicklung entspricht. Daher ist von einer Behinderung zu sprechen und Personen, die Trisomie 21 aufweisen, fallen in den Schutzbereich des oben angeführten Art 3 GG.<sup>339</sup> Gärditz geht in seinem Gutachten weiters auf die Frage ein, ob auch Ungeborene den Schutz des Art 3 GG genießen. Er führt dazu an, dass Art 3 GG und die darin aufgezählten Verbote der Differenzierung mit der Menschenwürde zusammenhängen. Schon der Embryo ist nach dem Bundesverfassungsgericht Träger von Menschenwürde, was dazu führt, dass *„ihm konsequenterweise auch diejenigen Grundrechte zu Gute kommen, die die Menschenwürde konkretisieren, ohne bereits die selbstständige Handlungsfähigkeit des Subjekts vorauszusetzen“*.<sup>340</sup> Zu diesen eben genannten Grundrechten zählen das Recht auf Leben gem Art 2 Abs 2 GG sowie das Differenzierungsverbot des Art 3 Abs 3 GG, welches *„nicht an ein aktives menschliches Verhalten, sondern an ein passives – von Handlungen des Trägers unabhängiges – Identitätsmerkmal anknüpft“*.<sup>341</sup> Daraus resultiert die Erkenntnis, dass auch Ungeborenen der Schutz des Art 3 Abs 3 GG zukommt.<sup>342</sup>

Als nächster Schritt ist zu beurteilen, ob es zu einer Benachteiligung gekommen ist. Zu einer solchen Benachteiligung von Behinderten kann es bspw durch Bestimmungen kommen, durch die diese in ihrer „Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeit“ eingeschränkt werden. Art 3 Abs 3 GG möchte auch verhindern, dass eine Behinderung als Anknüpfungspunkt für eine ungleiche Behandlung dieser Menschen benutzt wird. Insb geht es dabei um eine differenzierte Behandlung in Bezug auf die soziale Teilhabe sowie darum, Behinderte von dieser nicht auszugrenzen. Im Gutachten wird treffenderweise angeführt: *„Die Teilhabe von Menschen mit Behinderung setzt aber zunächst einmal ihre physische Existenz voraus.“*<sup>343</sup> Beseitigt man einen Embryo durch eine lebensbeendende Maßnahme, so stellt dies wohl die gravierendste Form der Ausschließung aus der Gesellschaft dar,

---

<sup>339</sup> Gärditz, „PraenaTest“, 3.

<sup>340</sup> Gärditz, „PraenaTest“, 3.

<sup>341</sup> Gärditz, „PraenaTest“, 4.

<sup>342</sup> Gärditz, „PraenaTest“, 4.

<sup>343</sup> Gärditz, „PraenaTest“, 4.

da man dadurch von vornherein die „Entstehung einer gleichberechtigten Mitgliedschaft in der Gesellschaft verhindert“.<sup>344</sup>

Wird anhand des PraenaTests das Vorliegen einer Behinderung diagnostiziert, so ist dies für sich allein für den Embryo noch nicht nachteilig. Art 3 Abs 3 verlangt die Feststellung, ob eine Behinderung vorliegt oder nicht. Daher sind weder die Diagnose einer Behinderung noch die Feststellung, dass es sich dabei um Trisomie 21 handelt, unzulässig, da ein Abbruch der Schwangerschaft nicht eine zwingende Folge davon ist. Jedoch ist es laut Professor Gärditz so, dass dieser Test einerseits gemacht wird, um sicherzugehen, dass Trisomie 21 nicht vorliegt, oder andererseits um bestätigt zu bekommen, dass - wenn eine solche Behinderung vorliegt - eine Abtreibung vorgenommen werden sollte. „*Formal neutrale Diagnose und materiell behindertenspezifische Beeinträchtigung stehen daher in einem typisierbaren Kausalzusammenhang*“.<sup>345</sup> Im Resultat kommt Gärditz zum Vorliegen einer unzulässigen Benachteiligung gem Art 3 Abs 3, die dem Staat zuzurechnen ist, welcher diesen Test benutzt.<sup>346</sup>

Als Nächstes behandelt Gärditz die Frage, ob die Benachteiligung eines behinderten Embryos gerechtfertigt sein könnte. Schließlich aber kommt er zu folgender Conclusio: „*Im Ergebnis lässt sich also die mit einer gezielten genetischen Aufklärung von Trisomie 21 zum primären Zweck der Tötung von Embryonen einhergehende Benachteiligung von Menschen mit Behinderung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nicht – in Nachzeichnung der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Schwangerschaftsabbruch – mit gleich- oder höherrangigen kollidierenden Verfassungsgütern rechtfertigen.*“<sup>347</sup>

Gärditz sagt in seinem Gutachten, dass es durch diesen Test zu einer gezielten Benachteiligung von Menschen mit Behinderung kommt, da es sich dabei um eine Methode handelt, die dazu dienen wird, dass in den meisten Fällen als Folge der Diagnose von Down-Syndrom ein Schwangerschaftsabbruch durchgeführt wird.<sup>348</sup>

---

<sup>344</sup> Gärditz, „PraenaTest“, 4.

<sup>345</sup> Gärditz, „PraenaTest“, 5.

<sup>346</sup> Gärditz, „PraenaTest“, 5.

<sup>347</sup> Gärditz, „PraenaTest“, 9.

<sup>348</sup> Gärditz, „PraenaTest“, 9.

### 3.1.5.2 Unterschiedliche Meinungen zu „PraenaTest“

Aus diesem Gutachten von Gärditz ergab sich ua, dass es sich bei „PraenaTest“ um ein unzulässiges Diagnosemittel nach dem Gendiagnostikgesetz handelt. Der Beauftragte der Bundesregierung für Belange von behinderten Menschen, Hubert Hüppe, meint dazu: *„Der Test dient weder medizinischen noch therapeutischen Zwecken. Nach dem Gendiagnostikgesetz müssen aber gerade diese Zwecke für eine zulässige vorgeburtliche Untersuchung vorliegen. Down-Syndrom ist aber weder therapierbar, noch heilbar. Es geht beim Bluttest fast ausschließlich um die Selektion von Menschen mit Down-Syndrom. Er diskriminiert damit Menschen mit Down-Syndrom in der schlimmsten Form, nämlich in ihrem Recht auf Leben. Bereits heute wird in über 90 % aller Fälle abgetrieben, wenn ein Down-Syndrom beim Kind diagnostiziert wird.“*<sup>349</sup> Weiters ahnt er, dass die „Rasterfahndung“ nach Menschen, die an einem Down-Syndrom leiden, noch intensiver wird. werdenden Müttern wird gesagt, dass dieser Test weniger Risiken mit sich bringt als manch andere Methoden. Dabei geht der Berufsverband der niedergelassenen Pränataldiagnostiker nicht davon aus, dass durch diesen Test invasive Methoden entbehrlich werden.<sup>350</sup> Hüppe meint darüber hinaus: *„Gleichzeitig steigt der Druck auf Frauen, den angeblich risikoärmeren Test durchführen zu lassen und bereits bei auffälligem Befund abzutreiben. Frauen, die ein Kind mit Down-Syndrom austragen, werden sich zukünftig noch mehr rechtfertigen müssen.“*<sup>351</sup>

Klaus Zerres, Vorsitzender der Deutschen Gesellschaft für Humangenetik, meinte, dass *„eine neue Ära der Pränatalmedizin“* beginnt.<sup>352</sup> Da sich der Test derzeit allerdings in der Erprobungsphase befindet, hat sich in der Zwischenzeit noch nicht viel verändert. Er meint weiters: *„Kein Arzt darf damit zurzeit einen Schwangerschaftsabbruch begründen. Das wäre ein schwerer Kunstfehler. Falls der Bluttest auf ein Down-Syndrom hindeutet, muss dieses Ergebnis immer mit einem invasiven Verfahren abgesichert werden.“*<sup>353</sup> Der Test ist seit 20. August 2012 erhältlich und wurde seither von etwa 3.500 Frauen gemacht. Damit ein „neues medizinisches Verfahren in der Routinevorsorge ankommt“, müssen noch ein paar

---

<sup>349</sup> N. N., Neuer Bluttest auf Down – Syndrom illegal, Bizeps (05.07.2012), <http://www.bizeps.or.at/news.php?nr=13325> [26.08.2012].

<sup>350</sup> N. N., Neuer Bluttest auf Down – Syndrom illegal (05.07.2012), [26.08.2012].

<sup>351</sup> N. N., Neuer Bluttest auf Down – Syndrom illegal (05.07.2012), [26.08.2012].

<sup>352</sup> Donner, Der Preis ist hoch (19.11.2012), <http://www.freitag.de/autoren/der-freitag/der-preis-ist-hoch-1> [08.01.2012].

<sup>353</sup> Donner, Der Preis ist hoch (19.11.2012), [08.01.2012].

weitere tausend Erfahrungen mit diesem Test gemacht werden.<sup>354</sup> Somit hat dieser Bluttest noch nicht zu einer Ablöse der invasiven pränataldiagnostischen Untersuchungen geführt. Das hängt auch damit zusammen, dass man bspw durch eine Fruchtwasseruntersuchung auch viele andere genetische Defekte diagnostizieren und erkennen kann, was mit dem Bluttest nicht möglich ist.<sup>355</sup>

Der Meinung von Gärditz, der, wie oben angeführt, aufgrund des Ergebnisses seines Gutachtens meint, dass dieser Bluttest verboten werden müsste, stehen aber auch andere Meinungen gegenüber. So sagt Regine Kollek, Professorin für Technologiefolgenabschätzung an der Universität Hamburg: *„Ich bin mir sicher, dass dieser Test nicht verboten werden kann“*.<sup>356</sup> Kollek beschäftigte sich bis Mai 2013 intensiv mit diesem Bluttest im Deutschen Ethikrat, dessen Mitglied sie war. Sie ist der Meinung, dass eventuell der „Zugang und die Bedingungen für eine Anwendung“ anders gestaltet werden könnten. Schließlich darf nicht vergessen werden, dass dieser Test keine Sicherheit ist, dass das Kind nicht doch an einer Behinderung leidet. Kollek meint: *„Er bietet keine Garantie auf ein gesundes Kind. Es gibt viele andere Krankheiten, Komplikationen bei der Geburt, die auftreten können.“*<sup>357</sup> *„Das Leben bleibt auch mit Praena-Test lebensgefährlich.“*<sup>358</sup>

### 3.1.6 Test aus Washington

Außerdem gibt es auch Entwicklungen und Fortschritte durch Genetiker von der University of Washington. Ihnen gelang es, das gesamte Erbgut eines Kindes zu ermitteln. Dafür sind lediglich etwas Blut der Mutter, in welchem sich DNA des Kindes findet, sowie ein wenig Speichel des Vaters nötig. Genetische Auffälligkeiten können auf diese Weise bereits in der 18. SSW festgestellt werden. Das bezieht sich nicht ausschließlich auf das Down-Syndrom, sondern auf alle Arten von Erbkrankheiten und Mutationen. Diese Methode ermögliche es, so Teamleiter Jay Shendure, *„das ganze Genom des Fötus auf mehr als 3000 monogenetische Erkrankungen zu scannen“*.<sup>359</sup> Darüber hinaus meint dieser, dass es dabei nicht um

---

<sup>354</sup> Donner, Der Preis ist hoch (19.11.2012), [08.01.2012].

<sup>355</sup> Donner, Der Preis ist hoch (19.11.2012), [08.01.2012].

<sup>356</sup> Donner, Der Preis ist hoch (19.11.2012), [08.01.2012].

<sup>357</sup> Donner, Der Preis ist hoch (19.11.2012), [08.01.2012].

<sup>358</sup> Donner, Der Preis ist hoch (19.11.2012), [08.01.2012].

<sup>359</sup> N. N., Ethiker befürchten neue Dimension in der Selektion Ungeborener, Süddeutsche.de (08.06.2012), <http://www.sueddeutsche.de/gesundheit/bluttest-auf-erbkrankheiten-in-der-schwangerschaft-ethiker-befuerchten-neue-dimension-in-der-selektion-ungeborener-1.1376749> [26.08.2012].

Abtreibungen ginge, sondern darum, ein Leiden so früh wie möglich zu erkennen und dadurch medizinische Hilfe gewähren zu können.<sup>360</sup>

### **3.2 Behandlungsvertrag und ärztliche Aufklärungspflicht**

Bei all den aufgezählten Methoden der Pränataldiagnostik handelt es sich um Behandlungen, bei welchen eine Aufklärung vorgenommen werden muss. Diese Pflicht zur Aufklärung resultiert aus dem Behandlungsvertrag, dessen Merkmale und Inhalt in der Folge geschildert werden. Ein Behandlungsvertrag wird zwischen dem behandelnden Arzt und dem Patienten abgeschlossen. Damit ein solcher Vertrag zustande kommen kann - was durch übereinstimmende Willenserklärungen geschieht -, muss die Urteils- und Einsichtsfähigkeit der den Vertrag abschließenden Parteien gegeben sein. Des Weiteren muss der Inhalt des Vertrages erlaubt sein und - sollte dies angeordnet sein - eine bestimmte Form erfüllt sein.<sup>361</sup> In der Praxis kommt oft schon durch ein Telefonat mit dem Arzt ein Behandlungsvertrag zustande.<sup>362</sup>

#### **3.2.1 Rechte und Pflichten aus dem Behandlungsvertrag**

Wie bei anderen Verträgen entstehen auch beim Abschluss eines Behandlungsvertrages gewisse Rechte und Pflichten des Arztes und des Patienten. Die Rechte des Arztes bestehen in seinem Anspruch auf eine Vergütung. Ist unklar, ob Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit vereinbart wurde, so wird im Zweifelsfall von einer entgeltlichen Behandlung ausgegangen. Weiters müssen Arzt und Patient miteinander kooperieren. Der Arzt hat das Recht zum Rücktritt von der Behandlung, sollte der Patient ihm nicht die nötigen Informationen zukommen lassen. Darüber hinaus kann der Arzt die Behandlung gem § 50 Abs 1 ÄrzteG auch beenden, jedoch muss er dies dem Patienten gegenüber rechtzeitig kundtun.<sup>363</sup>

Zu den Pflichten des Arztes hingegen zählt primär, dass dieser eine Diagnose fertigstellt. Schließlich hat er eine Behandlung, welche „den Grundsätzen der medizinischen Wissenschaft und den Regeln der ärztlichen Kunst“ entsprechen muss, vorzunehmen. Es ist wichtig zu erwähnen, dass der Patient zwar einen Anspruch darauf hat, dass die an ihm durchgeführte Behandlung nach den allgemein

---

<sup>360</sup> N. N., Ethiker befürchten neue Dimension in der Selektion Ungeborener (08.06.2012), [26.08.2012].

<sup>361</sup> Prutsch, Die ärztliche Aufklärung. Handbuch für Ärzte, Juristen und Patienten, 2004, 25 f.

<sup>362</sup> Prutsch, Die ärztliche Aufklärung, 31.

<sup>363</sup> Prutsch, Die ärztliche Aufklärung, 32.

anerkannten Regeln der Heilkunst – somit „lege artis“ - erfolgt, aber einen Anspruch auf den medizinisch bestmöglichen Standard – den sogenannten „Goldstandard“ - hat der Patient nicht.<sup>364</sup> Andererseits ist der Arzt nicht verpflichtet, einen bestimmten Erfolg herzustellen, etwa eine Heilung. Weitere Pflichten, die den Arzt überdies treffen, sind die angemessene Durchführung einer Untersuchung, die Erstellung einer Anamnese, weiters die Verschreibung notwendiger Medikamente, etc.<sup>365</sup>

Ein Recht des Patienten ist es, dass er sich frei entscheiden kann, ob er Eingriffe in seine körperliche Integrität, bei welchen es sich um Behandlungsmaßnahmen handelt, zulässt oder nicht. Damit diese zulässig sind, ist die Einwilligung bzw die Zustimmung des Patienten erforderlich. Den Patienten trifft weiters die Pflicht, dem Arzt gegenüber alle erforderlichen Angaben hinsichtlich seiner Symptome sowie etwaiger Vorerkrankungen zu machen.<sup>366</sup>

### 3.2.2 Behandlungsfehler

Bei einem Behandlungsfehler geht es darum, dass die notwendige Sorgfaltspflicht nicht eingehalten wurde, welche erforderlich gewesen wäre.<sup>367</sup> Der OGH definiert einen Behandlungsfehler so: *„Ein Behandlungsfehler liegt grundsätzlich in jedem Fehlverhalten des Arztes bei der Heilbehandlung, das zu einer Schädigung führt“*.<sup>368</sup> Ein Behandlungsfehler kann sich auf Verschiedenstes beziehen. Bspw seien hier Fehler bei der Diagnose, der Anamnese, der Therapie oder bei der Aufklärung bzw Beratung genannt. Auch „Konsultationsfehler“, etwa ein Fehler in der Aufsicht, der Organisation oder eine ungenügende Beaufsichtigung von Apparaten sind als Behandlungsfehler zu qualifizieren. Daraus ergibt sich, dass sowohl ein aktives Tun als auch ein Unterlassen einen Behandlungsfehler darstellen kann. Verschlechtert sich der Zustand des Patienten und liegt die Ursache dafür in einem ursächlichen oder inadäquaten Vorgehen des Arztes, so ist von einem Behandlungsfehler auszugehen.<sup>369</sup> Weiters gibt es Kunstfehler, bei welchen der Arzt gegen Kunstregeln der Ärzte verstößt. In der Praxis ist es meist so, dass zur Feststellung hinsichtlich

---

<sup>364</sup> Prutsch, Die ärztliche Aufklärung, 33.

<sup>365</sup> Prutsch, Die ärztliche Aufklärung, 36 ff.

<sup>366</sup> Prutsch, Die ärztliche Aufklärung, 37 f.

<sup>367</sup> Prutsch, Die ärztliche Aufklärung, 40.

<sup>368</sup> OGH 09.09.1986, 2 Ob 599/85.

<sup>369</sup> Prutsch, Die ärztliche Aufklärung, 41 f.

des Vorliegens eines Kunstfehlers ein Gutachten durch einen Sachverständigen vonnöten ist.<sup>370</sup>

Nachdem ein Überblick über den Inhalt sowie die Rechte und Pflichten eines Behandlungsvertrages gegeben wurde, wird nun auf eine sehr wesentliche Pflicht, die sich aus einem solchen Behandlungsvertrag ergibt – nämlich die ärztliche Aufklärungspflicht – näher eingegangen.

### 3.2.3 Die ärztliche Aufklärungspflicht

Da es sich bei pränataldiagnostischen Untersuchungen auch um Behandlungen handelt, hat der Arzt die Mutter entsprechend aufzuklären. Nachdem an dieser Stelle erst allgemein die ärztliche Aufklärungspflicht erläutert wird, wird in der Folge auf die Besonderheiten bei einer pränataldiagnostischen Aufklärung und Beratung eingegangen.

Die ärztliche Aufklärungspflicht besteht für Behandlungen im weitesten Sinn. Darunter fallen sowohl Operationen, bei denen direkt in den Körper des Patienten eingedrungen wird, als auch Operationen, bei denen dies nicht der Fall ist. Letztere wären bspw. der Einsatz von Röntgen- sowie Laserstrahlen oder die Einrenkungen von Gliedmaßen. Auch stellt es eine Behandlung dar, wenn dem Patienten durch den Arzt ein Arzneimittel verschrieben wird. Warum eine Behandlung vorgenommen wird, ist bei der Beurteilung der Frage, ob eine Behandlung vorliegt, unerheblich.<sup>371</sup>

Aus § 1 ÄrzteG ergibt sich, dass es sich primär um Behandlungen, die durch einen Arzt vorgenommen werden und nicht etwa durch andere Heilberufe wie Psychologen, Psychotherapeuten, Pharmazeuten, Optiker, Dentisten, Hebammen oder Heilpraktiker, handelt. Das ist deshalb wichtig zu erwähnen, da auch andere Heilberufe in die körperliche Integrität des Patienten eingreifen können. Infolgedessen trifft auch diese eine Aufklärungspflicht, allerdings auf einer anderen gesetzlichen Grundlage. Ob die Grundsätze der ärztlichen Aufklärungspflicht analog auf diese Heilberufe anzuwenden sind, ist jeweils im Einzelfall zu beurteilen.<sup>372</sup>

Die Verpflichtung zur ärztlichen Aufklärung resultiert aus einem Vertrag oder aus einem Gesetz, wie etwa bspw. aus Schutzgesetzen gemäß § 1311 ABGB. Jedem Eingriff durch einen Arzt hat des Patienten Zustimmung voranzugehen. Die

---

<sup>370</sup> Prutsch, Die ärztliche Aufklärung, 40.

<sup>371</sup> Prutsch, Die ärztliche Aufklärung, 43 f.

<sup>372</sup> Prutsch, Die ärztliche Aufklärung, 44.

Einwilligung des Patienten ist ein Ausfluss des Selbstbestimmungsrechts; diese hat daher - von wenigen Ausnahmen abgesehen - immer vorzuliegen. Dies ist derart schützenswert, dass ein Verstoß dagegen eigens strafrechtlich, durch § 110 StGB, das Verbot der eigenmächtigen Heilbehandlung, geregelt ist.<sup>373</sup> Da die Aufklärung unerlässlich für eine Behandlung ist, stellt sie - so entschied der OGH hinsichtlich der Aufklärung über Nebenwirkungen einer medikamentösen Behandlung - eine vertragliche Nebenleistungspflicht dar. Wird ein Eingriff ohne eine entsprechende Aufklärung vorgenommen, so ist dieser rechtswidrig.<sup>374</sup>

§ 90 StGB normiert, dass eine Körperverletzung nicht rechtswidrig ist, wenn in diese eingewilligt wird. Eine solche Einwilligung bzw Zustimmung ist jedoch nur nach einer Aufklärung durch den Arzt möglich. Denn erst dann hat der Patient die nötigen Informationen über den Eingriff und dessen potenzielle Folgen, sodass es ihm im Sinne des Selbstbestimmungsrechts möglich ist, die Situation selbst zu beurteilen und entscheiden zu können.<sup>375</sup> Eine erteilte Einwilligung kann auch widerrufen werden. Bis zur Beendigung einer Behandlung ist ein Widerruf möglich. Da die Einwilligung ein unbedingtes Erfordernis für eine zulässige Behandlung ist - ohne diese läge Rechtswidrigkeit vor -, fehlt durch den Widerruf dieses Zulässigkeitsersfordernis. Daher ist ab dem Widerruf die Fortsetzung der Behandlung zu unterlassen. Der Widerruf jedoch kann sich auf die gesamte Behandlung oder nur auf einen Teil davon beziehen.<sup>376</sup>

Prinzipiell hat der Arzt die Aufklärung vorzunehmen, der auch den Eingriff durchführt. Ansonsten muss jener Arzt aufklären, der es von „sich aus übernommen“ hat oder der damit beauftragt worden ist. Bei einer Operation zB kann auch ein Kollege des operierenden Arztes aufklären. Wesentlich ist, dass der aufklärende Arzt die nötige Sachkenntnis hinsichtlich des Eingriffs einerseits und in Bezug auf den Patienten andererseits hat. Schließlich ist nicht wichtig, von wem genau der Patient aufgeklärt wurde, vielmehr kommt es darauf an, dass eine entsprechende Aufklärung stattgefunden hat.<sup>377</sup>

Der Arzt muss den Patienten höchstpersönlich aufklären, damit dieser nach der erfolgten Aufklärung sein Selbstbestimmungsrecht, welches durch die Einwilligung

---

<sup>373</sup> Prutsch, Die ärztliche Aufklärung, 55.

<sup>374</sup> OGH 12.07.1990, 7 Ob 593/90.

<sup>375</sup> Prutsch, Die ärztliche Aufklärung, 56.

<sup>376</sup> Prutsch, Die ärztliche Aufklärung, 78.

<sup>377</sup> Prutsch, Die ärztliche Aufklärung, 62 ff.

zum Ausdruck kommt, in Anspruch nehmen kann. Willigt der Patient ein, obwohl er nicht ausreichend oder nicht richtig aufgeklärt wurde, so ist die Einwilligung nicht wirksam. Der OGH formulierte es in einer Entscheidung wie folgt: *„Erteilte der Kranke seine Einwilligung auf Grund unrichtiger oder unvollständiger Belehrung durch den Arzt, ist sie unwirksam“*.<sup>378</sup> Denn eine Einwilligung, die die Behandlung oder den Eingriff auch rechtfertigt, kann nur dann erteilt werden, wenn der Patient vollständig und richtig aufgeklärt worden ist. Darüber hinaus ist es unzulässig, wenn sich der Arzt ohne Wissen und Einverständnis des Patienten an dessen Verwandte oder Angehörige wendet und mit diesen über die Krankheit oder die weiters zu setzenden Maßnahmen spricht. Essentiell ist weiters, dass der Patient über die erforderliche Einsichts- und Willensfähigkeit verfügt, um eine gültige Einwilligung abgegeben zu können. Weist der Patient diese Fähigkeit nicht auf, so muss die Einwilligung von jenen eingeholt werden, die anstatt des Patienten zu einer solchen Entscheidung berufen sind. Auch diese Personen müssen aufgeklärt werden.<sup>379</sup> Dies entschied der OGH und meinte: *„Als Ausfluß dieses fundamentalen Rechtes jedes Menschen auf den eigenen Körper bedarf jeder ärztliche Eingriff in die körperliche Integrität der (ausdrücklichen oder schlüssigen) Einwilligung des Betroffenen, im Falle mangelnder Handlungsfähigkeit jener seines gesetzlichen Vertreters, wobei es keinen Unterschied macht, ob der Eingriff im Interesse des Betroffenen, zum Zweck der Beweisführung in einem (Straf-)Prozeß oder aber zu anderen (hier: Forschungs-) Zwecken vorgenommen werden soll“*.<sup>380</sup>

Bei den Adressaten der Aufklärung muss zwischen Minderjährigen, psychisch Kranken und geistig behinderten Personen, Schmerzpatienten sowie bewusstlosen Personen unterschieden und deren besondere Situation beachtet werden. Bedeutend ist es, über die Einsichts- und Urteilsfähigkeit, somit die Fähigkeit, die Ursache sowie den Sinn der Behandlung zu verstehen, zu verfügen.<sup>381</sup> Bei Minderjährigen wird ab dem 14. Lebensjahr, somit gem § 21 ABGB ab dem Zeitpunkt der Mündigkeit, von ihrer Einsichtsfähigkeit ausgegangen. Es kommt darauf an, dass der Minderjährige in der Lage ist, den Sinn und Zweck sowie die Reichweite seiner Entscheidung und des Eingriffes erfassen zu können. Das muss immer bei der jeweiligen Person, somit individuell, überprüft werden. Weiters muss auch das

---

<sup>378</sup> OGH 07.02.1989, 1 Ob 713/88.

<sup>379</sup> Prutsch, Die ärztliche Aufklärung, 81 f.

<sup>380</sup> OGH 11.09.1984, 9 Os 121/84.

<sup>381</sup> Prutsch, Die ärztliche Aufklärung, 82 f.

Verhältnis zur Dimension des Eingriffs berücksichtigt werden. Bei eher nicht schweren und unkomplizierten Eingriffen liegt die nötige Einsichtsfähigkeit schneller vor als bei schweren komplexen Eingriffen. In diesem Zusammenhang ist § 146c ABGB von großer Bedeutung, welcher Folgendes besagt:<sup>382</sup>

*„(1) Einwilligungen in medizinische Behandlungen kann das einsichts- und urteilsfähige Kind nur selbst erteilen; im Zweifel wird das Vorliegen dieser Einsichts- und Urteilsfähigkeit bei mündigen Minderjährigen vermutet. Mangelt es an der notwendigen Einsichts- und Urteilsfähigkeit, so ist die Zustimmung der Person erforderlich, die mit Pflege und Erziehung betraut ist.*

*(2) Willigt ein einsichts- und urteilsfähiges minderjähriges Kind in eine Behandlung ein, die gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden ist, so darf die Behandlung nur vorgenommen werden, wenn auch die Person zustimmt, die mit der Pflege und Erziehung betraut ist.*

*(3) Die Einwilligung des einsichts- und urteilsfähigen Kindes sowie die Zustimmung der Person, die mit Pflege und Erziehung betraut ist, sind nicht erforderlich, wenn die Behandlung so dringend notwendig ist, dass der mit der Einholung der Einwilligung oder der Zustimmung verbundene Aufschub das Leben des Kindes gefährden würde oder mit der Gefahr einer schweren Schädigung der Gesundheit verbunden wäre.“*

Durch § 146c ABGB ist somit geregelt, dass das wesentliche Kriterium die Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Kindes selbst ist, wobei eine solche bei Mündigen angenommen wird. Die Rechtsprechung hat gezeigt, dass bei Behandlungen, die eine „Beeinträchtigung der Persönlichkeit oder der körperlichen Unversehrtheit“ zur Folge haben, zur Zustimmung des Kindes überdies noch die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters eingeholt werden muss. Dies geschieht deshalb, weil Personen, die mit der Pflege und Erziehung des Kindes betraut sind, die Möglichkeit haben sollen, die Behandlung bzw den Eingriff sowohl mit dem Arzt als auch mit dem Kind besprechen zu können. Von einer schweren Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit ist dann auszugehen, wenn die Beeinträchtigung das Ausmaß einer schweren Körperverletzung gemäß § 84 StGB erlangt.<sup>383</sup>

---

<sup>382</sup> Prutsch, Die ärztliche Aufklärung, 83 f.

<sup>383</sup> Prutsch, Die ärztliche Aufklärung, 85 f.

Auch Personen, die psychisch krank oder geistig behindert sind, sind rechts- und handlungsfähig. Jedoch kann es sein, dass die Einsichtsfähigkeit bei ihnen vermindert ist, wobei auch hier der jeweilige Einzelfall individuell betrachtet werden muss. Hier ist ein sogenanntes „lucidum intervallum“ möglich. Es ist möglich, dass eine psychisch kranke oder geistig behinderte Person in diesen Phasen die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit hat; das kann somit variieren und hängt daher immer vom momentanen Zustand des jeweiligen Patienten ab. Der maßgebliche Zeitpunkt der Beurteilung, ob diese Fähigkeit gegeben ist, ist jener der Einwilligung des Patienten. Die Tatsache, dass jemand einen Sachwalter hat, heißt noch nicht automatisch, dass die besachwalterte Person nicht über die nötige Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügen kann. Auch muss hier Bezug auf den medizinischen Eingriff genommen werden. Ist der Patient hinsichtlich der durchzuführenden Behandlung selbst urteilsfähig, so kann er selbst, nach erfolgter Aufklärung, entscheiden, ob er seine Einwilligung erteilt oder nicht. Der Sachwalter aber hat über die Einwilligung zu entscheiden, wenn diese Urteilsfähigkeit beim Patienten selbst nicht gegeben ist. Doch auch wenn der Patient über keine Urteilsfähigkeit verfügt und daher der Sachwalter diese Entscheidung übernimmt, sollte trotzdem dem behinderten Patienten die Behandlung oder der Eingriff möglichst verständlich erklärt werden.<sup>384</sup>

Eine weitere Kategorie bilden Schmerzpatienten. Bei diesen ist es möglich, dass sie durch die Einnahme schmerzstillender Medikamente in ihrer Einsichts- und Urteilsfähigkeit und somit bei der Möglichkeit, eine Einwilligung zu erteilen, beschränkt sind. Durch die starken Schmerzen kann es dazu kommen, dass der Patient nicht in der Lage ist, die Aufklärung durch den Arzt begreifen zu können. Der BGH ist der Meinung, dass in solchen Fällen der „mutmaßliche Patientenwille“ zu beachten ist. Dies geschieht dadurch, dass mit Verwandten und Angehörigen des Patienten Kontakt aufgenommen wird und diese mit der Situation vertraut gemacht werden. In der Folge soll auf deren Meinung beim Treffen der Entscheidung Rücksicht genommen werden.<sup>385</sup>

Bei bewusstlosen Patienten stellt sich das Problem, dass sie nicht aufgeklärt werden können und, da sie nicht in der Lage sind sich zu artikulieren, auch keine Einwilligung erteilen können. Durch § 8 Abs 3 KAKuG kann auf die Zustimmung des Patienten

---

<sup>384</sup> Prutsch, Die ärztliche Aufklärung, 90 ff.

<sup>385</sup> Prutsch, Die ärztliche Aufklärung, 95 f.

verzichtet werden, wenn die Unterlassung der Behandlung für diesen lebensgefährlich wäre.<sup>386</sup> Über die Geschäftsführung ohne Auftrag käme man auch ohne die analoge Anwendung dieser Norm zum selben Ergebnis. Wenn vom Geschäftsführer bei der sogenannten notwendigen Geschäftsführung nicht rechtzeitig die Zustimmung des Geschäftsherrn eingeholt werden kann, ohne dass ein unmittelbarer Schaden droht, so kann ein eigenmächtiger Eingriff in Rechtsgüter des Geschäftsherrn erfolgen. Das heißt, die Rechtsprechung akzeptiert einen Eingriff in fremde absolut geschützte Rechtsgüter, wenn derartige Notsituationen vorliegen. Das setzt allerdings voraus, dass durch diesen Eingriff ein höherrangiges Gut erhalten wird. Im gegebenen Zusammenhang ist daher eine Behandlung oder ein Eingriff durch den Arzt berechtigt, wenn dadurch ein drohender größerer körperlicher Schaden abgewendet werden kann.<sup>387</sup>

Was den Umfang der Aufklärung betrifft, so muss dazu wieder jeder Fall individuell betrachtet werden. Hier spielen mehrere Faktoren, wie bspw die Verfassung des Patienten, weiters inwieweit er in der Lage ist das ihm Erklärte zu verstehen, mögliche Risiken und Komplikationen, die auftreten können, andere mögliche Behandlungsmethoden, aber auch der Eingriff selbst eine Rolle. Neben diesen Faktoren muss weiters die Sachkunde und Entschlossenheit des Patienten sowie die Eile, die Wichtigkeit und die medizinische Indizierung des Eingriffes beachtet werden.<sup>388</sup>

#### 3.2.4 Die ärztliche Aufklärungspflicht in der Pränataldiagnostik

Der Hauptgrund, weshalb eine schwangere Frau sich pränataldiagnostischen Untersuchungen unterzieht, ist, weil sie Gewissheit darüber haben möchte, dass es dem Kind gut geht und dass dieses gesund ist. Aber auch hier muss - wie bei jedem anderen ärztlichen Eingriff auch - eine entsprechende Aufklärung und Beratung vor einem etwaigen Eingriff stattfinden. Hier kann es in der Praxis oft zu sehr heiklen Situationen kommen, da der Arzt verpflichtet ist, bei weiteren pränataldiagnostischen Untersuchungen die werdende Mutter, die eine freudige Schwangerschaft erleben

---

<sup>386</sup> Reischauer in Rummel, ABGB-ON Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Rz 23 b zu § 1299.

<sup>387</sup> Prutsch, Die ärztliche Aufklärung, 97.

<sup>388</sup> Prutsch, Die ärztliche Aufklärung, 111 f.

will, über die Möglichkeit von diversen Komplikationen sowie möglichen Behinderungen aufzuklären.<sup>389</sup>

#### 3.2.4.1 Beratung vor pränataldiagnostischen Untersuchungen

Durch eine Beratung vor pränataldiagnostischen Untersuchungen soll bewirkt werden, dass die Mutter in die Lage versetzt wird, insb hinsichtlich invasiver Methoden selbst zu entscheiden, inwieweit sie solche vornehmen lassen möchte. Das hängt mit unterschiedlichsten Komponenten zusammen. Zum einen spielt das Alter der werdenden Mutter eine Rolle, weiters auch etwaige Vorbelastungen. Eine wesentliche Frage, die sich im Zusammenhang mit der Durchführung invasiver pränataldiagnostischen Methoden stellt, ist, welche Folge eine bestimmte Diagnose hätte. Würde für die Mutter oder die Eltern des Kindes überhaupt ein Schwangerschaftsabbruch in Betracht kommen? Das soll allerdings nicht so verstanden werden, dass gar keine pränataldiagnostischen Untersuchungen vorgenommen werden, wenn sich die Mutter dazu entschlossen hat, das Kind auf jeden Fall zur Welt zu bringen. Bspw kann ein Herzfehler des Kindes schon über Ultraschall diagnostiziert werden und in der Folge behandelt bzw vorgesorgt werden. Oft ist die Angst der Frauen, ein behindertes oder krankes Kind zu bekommen, so groß, dass sie alle möglichen Untersuchungen durchführen lassen. Gerade in diesem Bereich wäre eine gute Beratung von Vorteil. Denn diese Frauen schätzen das Risiko, dass das Kind eine Behinderung aufweisen könnte, oft zu hoch ein; andererseits aber verkennen sie das Risiko einer potenziellen Fehlgeburt, welche durch invasive Methoden ausgelöst werden kann. Folgendes Beispiel sei an dieser Stelle erwähnt: Laut einer Statistik liegt das Risiko, Down-Syndrom zu haben, bei 1:300 und das Risiko einer Fehlgeburt, welche aus einer Fruchtwasseruntersuchung resultiert, bei 1:100. Die Schwierigkeit für den Arzt liegt darin, den Mittelweg zu finden zwischen dem Beraten - somit der Mutter Auskunft zu geben - und dem gleichzeitigen Verhindern, dass die Mutter dadurch in einen Angstzustand versetzt wird.<sup>390</sup>

Zwar können mit Hilfe der Pränataldiagnostik bereits viele Krankheiten und Behinderungen diagnostiziert werden. Allerdings ist es unmöglich, alles festzustellen. Es kann auch sein, dass bestimmte diagnostizierte Krankheiten nicht therapiert

---

<sup>389</sup> Wassermann/Rohde, Pränataldiagnostik und psychosoziale Beratung, 83.

<sup>390</sup> Wassermann/Rohde, Pränataldiagnostik und psychosoziale Beratung, 84 f.

werden können, sondern nur eine Behandlung der aufgetretenen Störungen vorgenommen werden kann. Wenn nun Down-Syndrom diagnostiziert wird, so weiß man zwar, dass das Kind daran leidet, jedoch kann nicht gesagt werden, wie die Lebensqualität und wie schwer die geistige Behinderung dieses Kindes aussehen wird. Das kann ganz unterschiedlich ausfallen. Es reicht von einer leichten Behinderung der Schulfähigkeit bis hin zu einer schweren geistigen Behinderung und einer damit einhergehenden dauernden Pflege und Hilfe durch andere. Erfahrungsgemäß bleibt den Eltern meist der schlimmste Fall in Erinnerung.<sup>391</sup>

#### 3.2.4.2 Beratung während pränataldiagnostischen Untersuchungen

Wie eben geschildert, ist eine ordentliche Beratung vor pränataldiagnostischen Untersuchungen sehr wichtig. Aber auch während pränataldiagnostischer Untersuchungen ist die Art als auch der Umfang der Aufklärung sehr wichtig. In dieser Zeit geht es vor allem darum, Ängste abzubauen und zu schauen, dass die Schwangere in wichtigen Entscheidungen unterstützt wird.<sup>392</sup>

Die Unsicherheit ist immer in dem Bereich besonders groß, in dem die Eltern zu wenig Wissen haben. Hier spielen verschiedene Faktoren eine Rolle. Man muss sich vor Augen halten, dass es viele Menschen gibt, die noch nie mit Menschen mit Behinderungen zu tun hatten. Sie wissen oft nicht, welche Therapien existieren und wie ein Leben mit einem behinderten Kind aussehen könnte. Aufgrund dieser Tatsache ist es sehr wichtig, eine Mutter, deren Kind Anzeichen einer Fehlbildung oder Behinderung erkennen lässt, darüber aufzuklären. Nur so haben die Eltern die Möglichkeit, sich damit in der Folge näher auseinanderzusetzen und vertrauenswürdige Informationen darüber einzuholen. Darüber hinaus ist es sinnvoll, der Mutter in der Beratung dabei zu helfen, dass sie sich ihrer eigenen Grenzen bewusst wird. Dabei stellen sich Fragen wie: Was und wie viel kann der Familie zugemutet werden? Wann käme es zu einer Überforderung? Auf welche Hilfe wäre man im konkreten Fall angewiesen und wie käme man zu dieser?<sup>393</sup>

---

<sup>391</sup> Wassermann/Rohde, Pränataldiagnostik und psychosoziale Beratung, 90 f.

<sup>392</sup> Wassermann/Rohde, Pränataldiagnostik und psychosoziale Beratung, 99.

<sup>393</sup> Wassermann/Rohde, Pränataldiagnostik und psychosoziale Beratung, 106.

### 3.2.4.3 Psychosoziale Beratung vor und zwischen pränataldiagnostischen Untersuchungen

Beim Familienministerium wurde durch die „Aktion Leben“ sowie Ärzte, Berater und diverse Frauengesundheitszentren eine ergänzende Ausbildung betreffend einer psychosozialen Beratung von Experten, die in diesem Berufsfeld arbeiten, erreicht. Es ist wichtig festzuhalten, dass diese psychosoziale Beratung nur zusätzlich zur ärztlichen Beratung verstanden werden darf.<sup>394</sup>

Die Aufgabe einer derartigen psychosozialen Beratung besteht in der Vermittlung von Information, der Aufklärung sowie der Beratung. Durch die Weitergabe von Informationen erfahren die Personen etwas über die Einzelheiten der Techniken, sie werden aber auch über Risiken sowie Nebenwirkungen informiert. Außerdem erhalten sie Informationsmaterial hinsichtlich Stellen, die in konkreten Fällen Hilfe anbieten. Darüber hinaus handelt es sich bei der Aufklärung darum, dass den Personen Informationen zur Verfügung gestellt werden, dank denen sie die Lage selbst bewerten und sich selbst damit auseinandersetzen können. In diesem Rahmen sollte auf alles, somit auch auf heikle Themen, eingegangen werden. Diese Beratung geht darauf ein, dass manche therapeutische Maßnahmen nach bestimmten Diagnosen nicht in Betracht kommen, weiters auch, dass „unklare Befunde“ existieren. Die Beratung hat das Ziel, dass beim Treffen der Entscheidung geholfen wird. Hierbei spielt die konkrete Lebensplanung der Frau oder des Paares eine wesentliche Rolle. Es wird versucht, unterschiedliche Wege und auch Alternativen aufzuzeigen.<sup>395</sup>

Über den gesamten Zeitraum der Schwangerschaft ist eine Beratung über Pränataldiagnostik hilfreich. Dabei kann zwischen drei Phasen differenziert werden. Es beginnt mit der Beratung vor der Durchführung pränataldiagnostischer Untersuchungen. In dieser Phase ist es wichtig, Vertrauen zu den Eltern, welche möglicherweise unter Druck stehen und verunsichert sind, aufzubauen und diesen Zeit zu geben, damit Entscheidungen abgewogen und getroffen werden können. Die Beratung kann sich in dieser Zeit auf die allgemeine Einstellung gegenüber der Pränataldiagnostik, die Einstellung in Bezug auf Behinderungen sowie die Haltung in Bezug auf einen Schwangerschaftsabbruch beziehen. Die Aufgabe der Beratung ist

---

<sup>394</sup> Dvorak in *Huainigg*, Aus dem Bauch heraus. Schwangerschafts-Konfliktberatung der „Aktion Leben“, 122.

<sup>395</sup> Dvorak in *Huainigg*, Aus dem Bauch heraus, 124 f.

es, die Eltern auf emotionaler Ebene zu unterstützen, sie zu informieren und ihnen die Möglichkeit zu geben, über ihre Ängste zu sprechen. Eine weitere Phase ist jene zwischen einzelnen pränataldiagnostischen Untersuchungen. Hier ist es besonders wichtig, den Eltern, die oft angespannt sind, in dieser Situation unterstützend zur Seite zu stehen und ihnen zu helfen. Themen, die in dieser Phase behandelt werden können, sind wiederum die Einstellung zur Schwangerschaft, die Bindung zu dem ungeborenen Kind, die Einstellung gegenüber einer Behinderung sowie die Einstellung bezüglich eines Schwangerschaftsabbruchs.<sup>396</sup>

#### 3.2.4.4 Beratung nach einem „auffälligen“ Befund

Die letzte Phase bildet jene, die durch die Diagnose eines auffälligen Befundes entsteht. In dieser Zeit ist es essentiell, den Eltern zu helfen, indem sie über Kontakte zu Stellen, die sie in dieser Lage unterstützen, informiert werden. Dies kann Unterstützungen betreffen, die sich einerseits mit Schwangerschaftsabbrüchen oder andererseits mit der Geburt von behinderten Kindern beschäftigen. In dieser für die Eltern sehr schweren Situation erhoffen sich diese, dass ihnen durch genaue Informationen zu der Diagnose und auch moralische Unterstützung geholfen wird. In dieser Lage stehen Informationen im Zentrum, die darüber aufklären, bis wann die Eltern eine Entscheidung treffen können. Weiters werden Fragen bezüglich einer Spätabtreibung behandelt als auch über Fakten aufgeklärt, die die Austragung eines Kindes betreffen, welches nur kurz lebensfähig ist. Darüber hinaus ist es wichtig, den Eltern die Möglichkeit zu geben, andere Betroffene kennenzulernen, oder ihnen Kontakte und Informationen zu Selbsthilfegruppen zu geben.<sup>397</sup> *„Das Beratungsziel ist es, bei der Entscheidung über das Austragen des Kindes emotional zu unterstützen, Hoffnung zu geben und in all der Trauer Perspektiven aufzuzeigen.“*<sup>398</sup>

Infolge eines derartigen Befundes bestehen nun zwei Möglichkeiten. Entweder die Eltern entscheiden sich für das Kind und die Mutter setzt die Schwangerschaft fort oder es kommt zu einem Schwangerschaftsabbruch. Im ersten Fall ist es besonders wichtig, die Eltern und deren Gemütszustände ernst zu nehmen und sie genau über den Befund und die Prognose aufzuklären. In Bezug darauf sollte über die Lebensperspektiven des Kindes, über mögliche Therapiemaßnahmen sowie über Möglichkeiten einer Frühförderung aufgeklärt werden. Darüber hinaus muss ehrlich

---

<sup>396</sup> Dvorak in Huainigg, Aus dem Bauch heraus, 126 ff.

<sup>397</sup> Dvorak in Huainigg, 127 f.

<sup>398</sup> Dvorak in Huainigg, 128.

darüber aufgeklärt werden, dass man eine Behinderung nicht „wegtherapieren“ kann. Manchmal ist es notwendig, den Eltern klarzumachen, dass ihr Kind nur ein kurzes Leben vor sich hat, wodurch sich diese mit Gedanken an „Tod“ und „Abschied“ auseinandersetzen müssen. Im Konkreten muss die Beratung eine Hilfe für die Eltern sein, indem dadurch eine Last von ihnen genommen wird und ihnen in ihrer Trauer beigestanden wird. Auch hinsichtlich der in solch einer Lage möglicherweise auftretenden Schuldgefühle wollen die Eltern ernst genommen werden. Hier gilt es den Eltern zu helfen und sie mit anderen Betroffenen in Kontakt zu bringen und sie auch emotional zu unterstützen. Der andere Fall ist der Tod des Kindes, sei er nun natürlich oder durch einen Abbruch herbeigeführt. Nach einem solchen Vorfall befinden sich die betroffenen Eltern oft in einer sehr schweren Situation. Die Gemütsbewegungen und Gefühle umfassen Trauer, Schuldgefühle, Erleichterung als auch Suizidgedanken. Hier ist es besonders wichtig, die Betroffenen zu begleiten und ihnen beizustehen. Themen, die in so einem Fall in der Beratung behandelt werden sollen, sind zB das Besprechen des Erlebens der Totgeburt. Auch ist elementar und wichtig, dass über das Thema Abschied gesprochen wird. Weiters kann das Thema des Erlebens der Trauer durch den Partner oder durch Geschwister behandelt werden.<sup>399</sup> *„Beratungsziel ist es, in der Trauer Perspektiven aufzuzeigen, innere und äußere Kraftquellen zu erschließen, Entlastungen zur Verfügung zu stellen.“*<sup>400</sup>

### 3.2.5 Pränataldiagnostik und Behinderung

Wie bereits erwähnt dient die Pränataldiagnostik ua der Entspannung der Mutter, welche durch die Untersuchungen erfährt, wie es ihrem Kind geht. Dadurch werden Ängste, möglicherweise ein behindertes Kind zu gebären, reduziert, was das Erleben der Schwangerschaft verbessert.<sup>401</sup>

Gibt es einerseits die positive Seite der Pränataldiagnostik, wie zB die Beruhigung der Mutter, der dadurch Ängste genommen werden können, so betrachten manche Pränataldiagnostik in Verbindung mit Behinderungen als etwas Problematisches.

Das „Netzwerk gegen Selektion durch Pränataldiagnostik“ geht davon aus, dass die Angst vor Behinderung zu einem Wachstum der Pränataldiagnostik geführt hat.

---

<sup>399</sup> Dvorak in Huainigg, 128 f.

<sup>400</sup> Dvorak in Huainigg, 129.

<sup>401</sup> Mock, Stellungnahmen zur Pränataldiagnostik, 2007, 24.

Weiters meint dieses Netzwerk, dass ein „sozial breit vertretener Selektionskonsens“ besteht, der dazu führt, dass bei entsprechenden Befunden aufgrund pränataldiagnostischer Untersuchungen ein Schwangerschaftsabbruch vorgenommen wird. Daraus resultiert in weiterer Folge eine gewisse Abwertung und Abwehr von behinderten Menschen. Somit führt das dazu, dass Behinderung als „Symbol für Bedrohung und Ängste in Schwangerschaft/Elternschaft“ gesehen wird. Dieses Netzwerk möchte mit diesen Ansichten nicht Mütter, die sich für einen Schwangerschaftsabbruch entscheiden, tadeln. Vielmehr möchte es damit aufzeigen, dass das Thema Pränataldiagnostik sowohl durch gesellschaftliche Normen als auch durch Einzelentscheidungen beeinflusst wird.<sup>402</sup> Die „Bundesvereinigung Lebenshilfe“ bringt vor, dass sich Menschen mit Behinderungen durch die Pränataldiagnostik als unerwünscht betrachten.<sup>403</sup>

Das führt zu dem viel diskutierten Thema „wrongful birth“. Was im Zuge pränataldiagnostischer Untersuchungen passieren kann bzw welche Folgen eine fehlerhafte Untersuchung nach sich ziehen kann, soll im anschließenden Abschnitt erläutert werden.

### **3.3 „wrongful birth“**

Im folgenden Abschnitt werden drei unterschiedliche Begriffe - „wrongful birth“, „wrongful conception“ und „wrongful life“ - näher erklärt. Der Vollständigkeit halber werden an dieser Stelle auch die Begriffe „wrongful conception“ und „wrongful life“ kurz erläutert, während anschließend auf „wrongful birth“ ausführlicher eingegangen wird. Sodann wird ein kurzer Überblick über Schadenersatz bei wrongful birth gegeben und in der Folge auf einige Fälle der deutschen und österreichischen Judikatur eingegangen.

#### **3.3.1 „wrongful birth“**

Unter dem aus dem angloamerikanischen Rechtskreis stammenden Ausdruck „wrongful birth“ ist übersetzt „unerwünschte Geburt“ zu verstehen. Die grundlegende Frage, die sich hinter diesem Fachausdruck verbirgt, ist folgende: Bekommen Eltern eines behinderten Kindes ihren Vermögensnachteil ersetzt, der dadurch entstanden ist, dass sie nicht über die Behinderung ihres Kindes aufgeklärt wurden? Hätten sie

---

<sup>402</sup> Mock, Stellungnahmen zur Pränataldiagnostik, 24 f.

<sup>403</sup> Mock, Stellungnahmen zur Pränataldiagnostik, 25.

darüber Bescheid gewusst, so hätten sie das Kind nicht bekommen und es wäre nie zu einem Vermögensschaden gekommen.<sup>404</sup> Es geht also darum, ob die gesetzliche Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber ihrem Kind, welche durch dessen Geburt ausgelöst wird, einen Schaden begründet, der ersatzfähig ist.<sup>405</sup>

Unter „wrongful birth“ können mehrere Fallkonstellationen verstanden werden. Ein Fall ist die Fehldiagnose des Arztes, welcher eine Fehlbildung des Embryos nicht erkennt. Argumentiert wird in der Folge so: Hätte der Arzt keinen Diagnosefehler gemacht, dann hätten die Eltern erfahren, dass ihr Kind eine Missbildung oder Behinderung hat. Hätten die Eltern über diesen Umstand Bescheid gewusst, so hätte die Mutter einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen lassen, was dazu geführt hätte, dass für dieses Kind nie ein finanzieller Aufwand entstanden wäre.

### 3.3.2 „wrongful conception“

Im Gegensatz zu den Fällen bei „wrongful birth“ – wo ein Fehler nach der Zeugung des Kindes, etwa im Zuge einer Untersuchung oder während der Geburt erfolgt - passiert der Fehler des Arztes bei „wrongful conception“ vor der Zeugung des Kindes. Bei den Fällen von „wrongful conception“ geht es daher um die fehlgeschlagene Durchführung von Verhütungsmaßnahmen, wie zB einer Vasektomie oder Sterilisation. In der Folge kommt es aufgrund dieser fehlgeschlagenen Maßnahme zu einer ungewollten Schwangerschaft.

### 3.3.3 „wrongful life“

In Falle von „wrongful life“, geht es um die Frage, ob das Kind selbst - aufgrund seines schweren Lebens oder für Aufwendungen - Schadenersatzsprüche geltend machen kann. Jedoch ist sich die Lehre und Rechtsprechung in diesem Punkt einig:<sup>406</sup> Die Frage, ob die eigene Existenz ein Schaden sein kann, muss verneint werden. Ein behindertes Kind kann daher nicht aufgrund der Tatsache, dass ein Arzt seine eigene Geburt nicht unterbunden hat, diesen dafür in Anspruch nehmen und deshalb Schadenersatz begehren.<sup>407</sup>

---

<sup>404</sup> *Hollaender*, Die Geburt als schadenstiftendes Ereignis – Schadenersatz für „wrongful birth“ bei Behinderung?, RdM, 2007/3, 7.

<sup>405</sup> *Perner/Spitzer*, Bürgerliches Recht. Lernen – Üben – Wissen, 2007, 275.

<sup>406</sup> *Spitzer* in *Welser*, Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht, 2005, 636.

<sup>407</sup> *Fenyves/Hirsch*, Zur Deckung der Ansprüche aus „wrongful life“ und „wrongful birth“ in der Arzthaftpflichtversicherung, RdM 2000, 12.

### 3.3.4 Schadenersatz bei „wrongful birth“

Sinn und Zweck des Schadenersatzrechts ist es, einen entstandenen Schaden wieder auszugleichen, um so die Äquivalenz wiederherzustellen. Der Geschädigte kann unter bestimmten Voraussetzungen eine Wiedergutmachung fordern. Prinzipiell muss jeder seinen Schaden selbst tragen. Das gilt dann nicht, wenn der Schädiger durch ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten einen Schaden herbeigeführt hat.<sup>408</sup>

In Bezug auf „wrongful birth“- Fälle, ist fraglich, ob es überhaupt eines ersatzfähigen Schaden gibt. Die Erfordernisse des rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens stellen in diesem Kontext nicht das Problem dar. Weit schwieriger ist es, den eingetretenen Schaden zu erklären. Denn das Kind selbst kann niemals ein Schaden sein.<sup>409</sup> Darüber hinaus ist die Rechtsprechung, selbst wenn sie einen Schadenersatz zuspricht, nicht einheitlich im Hinblick darauf, dass einmal der gesamte Unterhalt für das Kind gewährt wird, manchmal jedoch nur der durch die Behinderung bedingte Mehraufwand. Auf diese unterschiedlichen Meinungen in der Lehre und die divergierenden Entscheidungen des OGH wird noch näher eingegangen.

Um der zentralen Frage: „Können Eltern aufgrund einer unerwünschten Geburt den daraus resultierenden Unterhalt im Zuge des Schadenersatzrechts von dem Verantwortlichen begehren?“<sup>410</sup> auf den Grund zu gehen, diese Problematik näher zu schildern und auch, um konkrete Fälle und Sachverhalte wiederzugeben, erfolgt eine Auswahl an Fällen der österreichischen und deutschen Judikatur.

### 3.3.5 Judikatur in Deutschland

In Deutschland wird, wenn die Frau nicht vollständig oder unrichtig beraten wurde und ihr somit die Möglichkeit genommen wurde, einen Schwangerschaftsabbruch vorzunehmen, Schadenersatz gewährt. Beispielhaft soll der Sachverhalt des Falles 13 U 134/04<sup>411</sup>, welcher vom OLG Karlsruhe am 01.02.2006 entschieden wurde, kurz geschildert werden.

---

<sup>408</sup> *Perner/Spitzer*, Bürgerliches Recht, 263.

<sup>409</sup> *Hollaender*, Die Geburt als schadenstiftendes Ereignis, RdM, 2007/3, 8.

<sup>410</sup> *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II, 306 f.

<sup>411</sup> OLG Karlsruhe 01.02.2006, 13 U 134/04.

### 3.3.5.1 OLG – Fall: Fehlerhafte Applikation eines Kontrazeptivums

Im gegenständlichen Fall sollte der Frau ein Kontrazeptivum Implanon appliziert werden. Das ist ein etwa drei Millimeter dickes und nur wenige Zentimeter langes Plastikröhrchen. Es wird subcutan oberhalb der Ellenbeuge appliziert. Dies erfolgte jedoch gar nicht oder fehlerhaft, wodurch eine wirkungsvolle Verhütung nicht gewährleistet war.<sup>412</sup> Beim nächsten Arzttermin erkannte der Arzt, dass die Frau schwanger war, und das Implantat konnte nicht gefunden werden. In der Folge gebar die Frau ein gesundes Kind.<sup>413</sup> Die Frau brachte hervor, dass das Implantat gar nicht bzw fehlerhaft eingesetzt wurde. Die Eltern des Kindes wollten weder zum damaligen noch zu einem späteren Zeitpunkt ein Kind bekommen, weil sie sich erst kurze Zeit kannten und gute Arbeitsstellen in Aussicht hatten. Die Mutter beehrte vom Arzt den ihr dadurch entstandenen Schaden - somit den Unterhalt -, welcher ihr vom Gericht zugesprochen wurde.

Festgehalten werden soll, dass sich die Judikatur des Bundesgerichtshofes und die Lehre in diesem Zusammenhang nicht immer einig sind. Es wird unter anderem die Meinung vertreten, dass die Unterhaltspflicht als solche nicht herausgelöst aus dem sehr umfangreichen „Eltern-Kind-Verhältnis“ betrachtet werden kann.<sup>414</sup>

### 3.3.6 Judikatur in Österreich

In der Folge werden einige ausgewählte Fälle aus der österreichischen Judikatur geschildert, um zu zeigen, welche Fälle unter dem Begriff „wrongful birth“ und welche unter dem Begriff „wrongful conception“ vorkommen können. Eine der frühesten Entscheidungen des OGH, die sich mit der Problematik „wrongful birth“ auseinandergesetzt hat, ist die Leitentscheidung 1 Ob 91/99k aus dem Jahr 1999. Der Sachverhalt dieses Falles an dieser Stelle geschildert und anschließend auf die Entscheidung des OGH eingegangen.

#### 3.3.6.1 OGH – Fall: Nichterkennen der Behinderung des Kindes

Das Kind wies sehr schwere Behinderungen auf, nämlich das Fehlen beider oberer Extremitäten sowie Klumpfüße. Weiters ist ein Bein um eine halbe Oberschenkelänge verkürzt. Bei der Mutter wurden durch den Zweitbeklagten, einen Facharzt für Frauenheilkunde und Geburtshilfe, neun gynäkologische

<sup>412</sup> OLG Karlsruhe 01.02.2006, 13 U 134/04, RN 13 f.

<sup>413</sup> OLG Karlsruhe 01.02.2006, 13 U 134/04, RN 15 f.

<sup>414</sup> Hirsch, Arzthaftung bei fehlgeschlagener Familienplanung. „Wrongful birth“ und „wrongful life“ – Problematik im österreichischen Recht, 2002, 16 f.

Untersuchungen, weiters zytologische und bakteriologische Sekretuntersuchungen sowie fünf Harnuntersuchungen vorgenommen. Der Facharzt, der kein Ultraschallgerät besaß und auch kein Spezialist auf diesem Gebiet war - was er den Eltern aber nicht mitteilte -, überwies die Mutter an die Universitätsfrauenklinik, damit dort Ultraschalluntersuchungen vorgenommen würden. Im Jahr 1987 wurde im Zuge von routinemäßigen Ultraschalluntersuchungen untersucht, ob das Kind lebendig war, ob sich die Größe des Kindes mit der Länge der Schwangerschaft deckte und weiters der Sitz der Plazenta eruiert. Ein Missbildung-Screening wurde damals nicht als Routineuntersuchung durchgeführt, sondern nur dann, wenn „anamnestische Belastungen“ bestanden oder wenn im Rahmen einer routinemäßig durchgeführten Ultraschalluntersuchung ein entsprechender Befund gemacht wurde. Der Unterschied liegt darin, dass Missbildung-Screenings durch äußerst erfahrene Ärzte auf diesem Gebiet vorgenommen werden, welche die Untersuchung im Hinblick auf bestimmte Entwicklungsstörungen durchführen. Bei allen Ultraschalluntersuchungen, die bei der Mutter vorgenommen wurden, wurden weder fehlende Extremitäten noch Klumpfüße diagnostiziert. In der 38. Schwangerschaftswoche verlor die Mutter Fruchtwasser, woraufhin sie in der Universitätsklinik untersucht wurde. Schließlich untersuchte der Gynäkologe die Mutter und sprengte die Fruchtblase komplett. Daraufhin begannen die Wehen einzusetzen und die Mutter, die in dem Glauben war, ein gesundes Kind zur Welt zu bringen, gebar ein schwer behindertes Kind. Die Behinderungen dieses Kindes sind nicht therapierbar, weshalb man auch vor der Geburt dieselben nicht beheben oder heilen hätte können.<sup>415</sup>

Die Eltern beehrten S 159.615 sowie S 100.000 für den Schock bei der Geburt als auch die Feststellung, dass die Beklagten *„für sämtliche künftige Aufwendungen, die diese aufgrund der Behinderung des Drittklägers tragen sowie für sonstige Vermögensnachteile, die wegen der Behinderung des Drittklägers bei ihnen eintreten, und b) dem Drittkläger für sämtliche künftige Aufwendungen, die dieser zur „Bewältigung seines Lebens“ durch die erlittene Behinderung zu leisten haben, sowie für sonstige Vermögensnachteile und Schmerzen, die beim Drittkläger aufgrund seiner Behinderung eintreten, zu haften hätten.“*<sup>416</sup> Den Beklagten wurde vorgeworfen, dass nicht alle Untersuchungen, die dem Standard und dem Niveau des Jahres 1987 entsprechen, vorgenommen wurden. Spätestens bei der zweiten

---

<sup>415</sup> OGH 25.05.1999, 1 Ob 91/99k.

<sup>416</sup> OGH 25.05.1999, 1 Ob 91/99k.

Ultraschalluntersuchung hätten die Ärzte die Missbildungen bemerken müssen. Durch die mangelnde ärztliche Aufklärung war es den Eltern nicht möglich, mit einer entsprechenden Therapie, um eine zumindest teilweise Heilung herbeizuführen, sofort nach der Geburt zu beginnen. Den Eltern entstand infolge ihrer Unkenntnis ein Zeitmangel. Aufgrund der Tatsache, dass die Eltern einige Monate nach einem geeigneten Spezialisten suchen mussten, entstanden bei dem Kind in dieser Zeit weitere Schäden an der Wirbelsäule.<sup>417</sup> Weiters wurde vorgebracht: *„Durch die unterlassene Aufklärung sei der Erstklägerin auch die Möglichkeit genommen worden, eine Entscheidung über eine Abtreibung zu treffen. Der Schaden sei primär dadurch eingetreten, daß eine Abtreibung unterblieben sei.“*<sup>418</sup>

Im konkreten Fall wurde, weil nicht mehr eingeklagt wurde, der behinderungsbedingte Mehraufwand zugesprochen. Die oberstgerichtliche Judikatur in Österreich hat sich mit dieser Entscheidung daher dem bereits erwähnten Urteil des Oberlandesgericht Karlsruhe angeschlossen, allerdings mit dem Unterschied, dass der Ersatz nur im Zusammenhang mit behinderten Kindern zugesprochen wurde.<sup>419</sup>

In diesem Urteil erklärte der OGH weiters, dass die Unterhaltspflicht nicht von allen anderen familienrechtlichen Rechten und Pflichten, die durch die Geburt eines Kindes entstehen, losgelöst betrachtet werden kann. Der OGH sagt wörtlich: *„Die Frage der Unterhaltspflicht dürfe nämlich nicht isoliert gesehen werden, weil der Schädiger nicht bloß finanzielle Belastungen verursache, sondern auch die Entstehung einer umfassenden familienrechtlichen Beziehung, die verschiedene materielle, aber vor allem auch ideelle Komponenten enthalte. Die Begründung einer derartigen familienrechtlichen Eltern-Kind-Beziehung könne insgesamt in aller Regel nicht als Vermögensnachteil verstanden werden.“*<sup>420</sup>

Liegt aber darüber hinaus – durch das Entstehen der Unterhaltspflicht – für die Eltern eine außergewöhnliche Belastung vor, wodurch der materielle und immaterielle Lebensstandard der Familie erheblich eingeschränkt wird, dann liegt „insgesamt ein vermögensmäßiger Nachteil“ vor. Dieser soll durch den Verursacher ersetzt werden.

---

<sup>417</sup> OGH 25.05.1999, 1 Ob 91/99k.

<sup>418</sup> OGH 25.05.1999, 1 Ob 91/99k.

<sup>419</sup> *Hollaender*, Die Geburt als schadenstiftendes Ereignis, RdM, 2007/3, 7 f.

<sup>420</sup> OGH 25.05.1999, 1 Ob 91/99k.

Der OGH begründete dies damit, dass durch die Geburt eines schwerbehinderten Kindes für die Eltern eine erhebliche Belastung entsteht.

Der dadurch entstehende finanzielle Mehraufwand für die Pflege des Kindes darf nicht unterschätzt werden und ist der Mutter zu ersetzen. Der Ersatz ist dann zu gewähren, wenn der Arzt nicht ordnungsgemäß aufklärt und somit gegen den mit der Frau abgeschlossenen Behandlungsvertrag verstößt. Kommt es folglich durch eine fehlerhafte Untersuchung seitens des Arztes dazu, dass ein behindertes Kind geboren wird, welches bei dem Wissen darüber von der Frau abgetrieben worden wäre, so haftet der Arzt der Mutter für die finanzielle Belastung. Berechtigt vom Arzt Ersatz zu fordern sind sowohl die Mutter als auch der Vater, welcher dem Kind gegenüber unterhaltspflichtig ist. Die Eltern müssen beweisen, dass sie bei einer vollständigen und richtigen Aufklärung durch den Arzt einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen hätten lassen.<sup>421</sup>

#### 3.3.6.2 OGH – Fall: Weiterleitung an die Risikoambulanz

Bei diesem Fall hat ein Facharzt für Frauenheilkunde und Geburtshilfe der schwangeren Frau, nachdem er bei ihr eine Ultraschalluntersuchung durchgeführt hatte, den Hinweis gegeben: „*Sie gehen mir jetzt in die Risikoambulanz*“. Bei der Ultraschalluntersuchung in der Ordination des Arztes stellte er reichlich Fruchtwasser und einen schmalen Thorax fest. Jedoch verdeutlichte er der Schwangeren nicht, weshalb genau er sie in die Risikoambulanz überwies und welche Folgen es nach sich ziehen könnte, wenn sie dieser Aufforderung nicht nachkommen würde. Die werdende Mutter, welche sich zu diesem Zeitpunkt noch nicht in der 24. SSW befand und somit in einem Stadium war, in dem ein Schwangerschaftsabbruch noch möglich gewesen wäre, befolgte die Aufforderung des Arztes nicht und ging folglich nicht in die Risikoambulanz. Erst mehr als zwei Monate später suchte sie die Risikoambulanz auf, wo sofort Anomalien diagnostiziert wurden, nämlich Down-Syndrom, ein schwerer Herzfehler und ein Darmverschluss.<sup>422</sup>

Die Mutter behauptet, die Behandlung sei nicht lege artis durchgeführt worden. Hätte sie gewusst, dass vermehrtes Fruchtwasser und ein schmaler Thorax Anzeichen für eine Behinderung des Kindes sein können, so wäre sie in die Risikoambulanz gegangen, in der man mittels einer Nabelschnurpunktion sofort die Behinderung des

---

<sup>421</sup> Hollaender, Die Geburt als schadenstiftendes Ereignis, RdM, 2007/3, 7 f.

<sup>422</sup> OGH 07.03.2006, 5 Ob 165/05h.

Kindes hätte feststellen können. Weiters hätte sie zu diesem Zeitpunkt in Österreich einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen lassen können. Sie brachte vor, dass es aufgrund des Fehlers seitens des Arztes zur Geburt eines geistig und körperlich behinderten Kindes gekommen ist, und beehrte vom Arzt den Ersatz des ihr entstandenen finanziellen Aufwandes; somit den gesamten Kindesunterhalt. Der Arzt wiederum brachte vor, dass der Mutter ein erhebliches Mitverschulden anzulasten ist, da sie trotz seiner Aufforderung, in die Risikoambulanz zu gehen, diese nicht aufsuchte. Weiters habe der Arzt Rücksicht auf den psychischen Zustand der Frau genommen, welche sehr nervös und beunruhigt wirkte. Aufgrund dessen ist der Arzt der Meinung, seiner ärztlichen Aufklärungspflicht nachgekommen zu sein, und dass ihm kein Vorwurf gemacht werden kann.<sup>423</sup>

Wilhelm äußert sich dazu mit folgenden Worten: „(...) *aber will man wirklich glauben, der Imperativ wäre erteilt worden, ohne zu sagen warum?*“<sup>424</sup> Zur rechtlichen Beurteilung des OGH ist Folgendes auszuführen. Wird dem Arzt im Zuge einer Untersuchung klar, dass weitere ärztliche Maßnahmen vonnöten sind, so ist es seine Pflicht, den Patienten diesbezüglich aufzuklären: einerseits über die Notwendigkeit dieser Maßnahme und andererseits, welche Risiken es birgt, wenn diese nicht durchgeführt wird. Je deutlicher für den Arzt erkennbar ist, dass das Unterbleiben der Maßnahme schwerwiegende Folgen nach sich ziehen kann, desto umfassender und eindringlicher muss er den Patienten darüber belehren. Besonders wichtig ist, dass dem Patienten die potenziellen Gefahren mitgeteilt werden, denn nur so ist dieser in der Lage die Tragweite seiner Entscheidung – ob nun Handlung, was im konkreten Fall bedeutet der Aufforderung in die Risikoambulanz zu gehen nachzukommen, oder Unterlassung – zu erkennen. Passiert das nicht, ist es dem Patienten nicht möglich, gemäß seinem Selbstbestimmungsrecht eigenverantwortlich zu agieren. Aufgrund des eben geschilderten Sachverhalts reicht eine bloße Überweisung an die Risikoambulanz nicht aus, da dem Patienten die dieser Aufforderung zugrundeliegenden Überlegungen nicht klargemacht wurden. Denn die Äußerung „reichlich Fruchtwasser“ und „schmaler Thorax“ sind für einen medizinischen Laien nicht sehr aussagekräftig. Der Arzt hätte darüber aufklären müssen, dass die Gefahr einer körperlichen und geistigen Behinderung des Kindes besteht und eine weitere diagnostische Abklärung notwendig ist. Die Argumentation,

---

<sup>423</sup> OGH 07.03.2006, 5 Ob 165/05h.

<sup>424</sup> *Wilhelm*, Drei Fälle von wrongful birth – Zur ärztlichen Aufklärungspflicht, *ecolex* 2006, 625.

er habe auf den psychischen Zustand der Frau Bedacht genommen, kann nicht aufrechterhalten werden, da es im Zuge einer Betrachtung der schweren schädlichen Folgen nicht dem Interesse der Mutter entsprechen kann, ihr aufgrund ihres Zustandes diese wichtigen Informationen vorzuenthalten.<sup>425</sup>

In diesem Urteil sprach der OGH weiters aus, dass nicht das Kind an sich einen Schaden darstelle, sondern der durch das Kind entstehende Unterhalt einen vermögensrechtlichen Nachteil darstellt. Der OGH sprach aus, dass der Arzt für den vollen Unterhalt aufkommen muss. *„Kommt es aufgrund eines Beratungsfehlers des behandelnden Arztes zu einer bei richtiger Aufklärung nicht gewollten Geburt eines behinderten Kindes, liegt der vermögensrechtliche Nachteil nicht in der Existenz dieses Kindes, sondern in der dadurch entstehenden Unterhaltspflicht der Eltern.“*<sup>426</sup>

Da im konkreten Fall der gesamte Kindesunterhalt zugesprochen wurde, steht diese Entscheidung im Widerspruch zu der Leitentscheidung aus dem Jahr 1999, wo nur der durch die Behinderung bedingte Mehraufwand zugesprochen wurde. Aus der Leitentscheidung geht hervor, dass der Unterhaltsaufwand einen Schaden darstellt, wenn er eine außergewöhnliche Belastung für die Eltern ist. *„Warum jedoch bei einem behinderten Kind auch der Basisunterhalt jedenfalls eine außergewöhnliche Belastung darstellen soll, ist nicht ersichtlich.“*<sup>427</sup>

Wie bereits in der Abhandlung über die ärztliche Aufklärungspflicht zeigt sich vor allem in diesem Fall, dass die Aufklärung umso umfangreicher sein muss, wenn der Arzt über die Folgen des Unterbleibens einer weiteren Untersuchung Bescheid weiß. Der OGH formulierte es folgendermaßen: *„Wenn der Arzt erkennt, dass bestimmte ärztliche Maßnahmen erforderlich sind, hat er den Patienten auf diese Notwendigkeit und die Risiken der Unterlassung hinzuweisen. Dabei hat die Belehrung umso ausführlicher und eindringlicher zu sein, je klarer für den Arzt die schädlichen Folgen des Unterbleibens sind und je dringlicher die weitere Behandlung - hier: die weitere diagnostische Abklärung - aus der Sicht eines vernünftigen und einsichtigen Patienten erscheinen muss. Dazu gehört, dass der Patient über die nur dem Fachmann erkennbaren Gefahren aufgeklärt wird, weil er andernfalls die Tragweite seiner Handlung oder Unterlassung nicht überschauen und daher sein*

---

<sup>425</sup> OGH 07.03.2006, 5 Ob 165/05h.

<sup>426</sup> OGH 07.03.2006, 5 Ob 165/05h.

<sup>427</sup> Koziol/Steininger, Schadenersatz bei ungeplanter Geburt eines Kindes, RZ 2008, 139.

*Selbstbestimmungsrecht nicht in zurechenbarer Eigenverantwortung wahrnehmen kann“.*<sup>428</sup>

Ob eine Aufklärung angemessen und umfangreich genug war, ist eine schwer zu beurteilende Frage und nach Merckens immer eine Entscheidung des jeweiligen Einzelfalles, den man betrachten muss. Merckens meint weiters, die Entscheidung *„hängt insb sehr von der subjektiven Wertung der einzelnen Sachverhaltselemente ab und hätte im gegenständlichen Fall aus meiner Sicht durchaus gegenteilig beantwortet werden können“.*<sup>429</sup> Aus dem Sachverhalt dieses Falles ergibt sich, dass es sich bei der Mutter um eine Akademikerin handelt. Überdies war bei der gegenständlichen Untersuchung der Kindesvater ebenfalls anwesend. Merckens ist der Ansicht, dass ein *„vernünftiger und einsichtiger Patient spätestens bei dem Wort Risikoambulanz“* den Arzt diesbezüglich fragen würde. Weiters könne auch nicht die Überweisung selbst, die der Patientin von dem Arzt überreicht wurde, rechtlich gänzlich bedeutungslos sein. Doch *„Der OGH scheint diese Bedenken ebenfalls gehabt zu haben, sieht darin aber höchstens zu ergänzende Sachverhaltselemente iS einer Schadensminderungspflicht, nicht aber Gründe, welche die Schadenersatzpflicht des Arztes erst gar nicht entstehen lassen.“*<sup>430</sup>

### 3.3.6.3 OGH – Fall: Fehlgeschlagene Vasektomie

Beim gegenständlichen Fall handelt es sich um einen solchen, der unter den Begriff *„wrongful conception“* zu subsumieren ist. Obwohl es sich um einen *„wrongful conception“* – Fall handelt, soll er an dieser Stelle dargestellt werden, da nur so die daran geäußerte Kritik verständlich ist. Kritisiert wurde vor allem die unterschiedliche Behandlung dieses Falles im Vergleich zu dem eben geschilderten Fall. Auf diese Unterschiede und Kritiken wird später näher eingegangen.

In diesem Fall wurde bei einem Mann eine Vasektomie durchgeführt. Der Mann wurde vom Arzt nicht darüber aufgeklärt, dass es in äußerst seltenen Fällen zu einer Verbindung der Samenleiter kommen kann. In der Folge wurde die Frau dieses Mannes schwanger und brachte ein gesundes Kind zur Welt. Aufgrund dessen begehrten der Mann und die Frau den Ersatz des Unterhaltsschadens sowie Schmerzensgeld aufgrund der Schmerzen bei der Entbindung. Sie brachten vor,

<sup>428</sup> OGH 07.03.2006, 5 Ob 165/05h.

<sup>429</sup> Merckens, Kein Schaden ohne Kind. Rechtliche Erwägungen zur jüngsten *„wrongful birth“*-Judikatur des OGH, 5 Ob 165/05h, AnwBI 2007, 239.

<sup>430</sup> Merckens, Kein Schaden ohne Kind, AnwBI 2007, 239.

wenn sie korrekt aufgeklärt worden wären und somit darüber Bescheid gewusst hätten, dass es wieder zu einer Verbindung der Samenleiter kommen kann, hätten sie vorerst zusätzlich andere Verhütungsmittel benutzt. Der Arzt wiederum meinte, dass das Risiko einer Wiederverbindung so gering sei, dass darüber nicht aufgeklärt werden müsse. Weiters gab es nach der Operation eine Kontrolle durch ein Spermogramm, welches durchgeführt wurde und negativ war.<sup>431</sup>

Zunächst wurde das Klagebegehren vom Erstgericht abgewiesen. Es führte dazu aus: *„Die infolge durchkreuzter Familienplanung entstandene Unterhaltspflicht für ein Kind könne grundsätzlich nicht als ersatzfähiger Vermögensschaden angesehen werden. Das Eltern-Kind-Verhältnis sei von einer solchen Komplexität und Einheit von Rechten, Pflichten und emotionaler und sozialer Beziehungen, dass für eine Kosten-Nutzen-Rechnung kein Raum sei.“*<sup>432</sup> Zu den Schmerzen, die die Mutter bei der Geburt erlitten hat, meint das Gericht, dass diese nicht im Risikozusammenhang liegen. In der Folge kam es zu einer bestätigenden Entscheidung durch das Berufungsgericht. Im Zuge einer ordentlichen Revision gelangte der Fall zum OGH, welcher sich bis dahin noch nicht mit der Ersatzfähigkeit des Unterhaltsaufwands bei einem gesunden Kind auseinanderzusetzen hatte. Schließlich wurde das Begehren der Kläger in diesem Fall vom OGH abgewiesen.<sup>433</sup>

In seiner rechtlichen Beurteilung führt der OGH ua folgendes aus: *„In der hier vertretenen Auffassung liegt auch keine Diskriminierung von Behinderten. Die Einstufung einer Unterhaltspflicht als Schaden ist gerade nicht Ergebnis einer Differenzierung nach der Behinderung oder Nichtbehinderung im Sinne einer „Bewertung“ des Kindes, sondern vielmehr Ausdruck der Abwägung zweier fundamentaler Rechtsprinzipien, nämlich des positiven personalen Eigenwerts jedes Kindes einerseits und der Ausgleichs- und Präventionsfunktion des Schadenersatzrechts andererseits. Die ausnahmsweise Zuerkennung von Schadenersatz trotz des personalen Eigenwerts jedes Kindes ist nicht Folge einer negativen Bewertung eines behinderten Kindes, sondern ausschließlich der Versuch eines geldwerten Ausgleichs eines besonderen Unterhaltsbedarfs.“*<sup>434</sup>

---

<sup>431</sup> OHG 14.09.2006, 6 Ob 101/06f.

<sup>432</sup> OHG 14.09.2006, 6 Ob 101/06f.

<sup>433</sup> OHG 14.09.2006, 6 Ob 101/06f.

<sup>434</sup> OHG 14.09.2006, 6 Ob 101/06f.

Koziol sagt dazu: „Daraus ließe sich ableiten, dass der 6. Senat des OGH lediglich an den Ersatz des behinderungsbedingten Mehraufwandes denkt. Gleichzeitig verweist der OGH darauf, dass auch eine finanzielle Notlage einen Grund dafür darstellen könne, den Unterhaltsaufwand (für ein gesundes Kind) ausnahmsweise zu ersetzen.“<sup>435</sup>

#### 3.3.6.4 OGH – Fall: Fehlgeschlagene Eileiterunterbindung

Bei diesem Fall handelt es sich ebenfalls um einen, der der Kategorie „wrongful conception“ zuzuordnen ist. Der Sachverhalt und das Ergebnis werden kurz wiedergegeben, um einen dadurch auftretenden Widerspruch in der Judikatur des OGH aufzuzeigen.

Eine Frau, die ihr drittes Kind erwartete, wollte Informationen bezüglich der Möglichkeit einer Eileiterunterbindung. Man erklärte ihr, dass es dafür zwei unterschiedliche Methoden gibt. Zum einen gibt es die „Koagulation der Tube“, zum anderen die „Unterbindung der Tube“ durch einen Clip. Der Mutter wurde zwar gesagt, dass trotz der Unterbindung der Eileiter die Wahrscheinlichkeit einer Schwangerschaft bei eins bis fünf zu tausend liegt. Nicht mitgeteilt wurde ihr aber, dass die Versagerquote bei Sterilisationen durch eine Koagulation oder durch einen Clip zwischen 0,7 bis zu 3,65 % liegt. Anschließend an die Geburt des Kindes wurde eine ordnungsgemäße Koagulation durchgeführt. Hätte man der Mutter über die Versagerquote Bescheid gesagt, hätte sie sich gegen eine Koagulation entschieden. In der Folge wurde die Frau wieder schwanger und gebar ein gesundes Kind. Die Eltern dieses Kindes begehren den Ersatz von Kosten für Ultraschalluntersuchungen, die Kosten der Erstausrüstung des Kindes, Schmerzensgeld infolge der Geburt, die Kosten der Koagulation sowie die Kosten der beim Mann durchgeführten Vasektomie. Darüber hinaus wollte die Mutter eine halbtägige Arbeit annehmen, der sie nun nicht nachgehen konnte. Daher klagte sie auch den daraus entstehenden Verdienstentgang ein. Die Frau warf den Ärzten vor, diese hätten sie nicht ausreichend aufgeklärt, insb nicht darüber, dass es, wenn auch selten, trotzdem zu einer Schwangerschaft kommen kann. Die Ärzte hingegen brachten vor, dass sie die Koagulation lege artis durchgeführt haben. Weiters wurde

---

<sup>435</sup> Koziol/Steininger, Schadenersatz bei ungeplanter Geburt eines Kindes, RZ 2008, 140.

der Mutter ein Aufklärungsbogen ausgehändigt, auf welchem auch auf die Sicherheit dieser Methode eingegangen wurde.<sup>436</sup>

In der rechtlichen Beurteilung verweist der OGH auf den Fall 6 Ob 101/06 f, in dem es zu einer Verbindung der Samenleiter gekommen ist und es in Folge auch zur Geburt eines gesunden Kindes kam. Er meint in Bezug darauf: *„Dabei ist der 6. Senat nach eingehender Wiedergabe der bisher ergangenen Judikatur und der in- und ausländischen Lehre (auf die Entscheidungsgründe kann verwiesen werden) zur Rechtsansicht gekommen, die Geburt eines gesunden, wenn auch unerwünschten Kindes bedeute keinen Schaden im Rechtssinne. Das Schadenersatzrecht habe nicht den Zweck, Nachteile zu überwälzen, die bloß eine Seite der Existenz und damit des personalen Eigenwertes des Kindes darstellten und die ohnedies familienrechtlich geordnet seien.“*<sup>437</sup> Er führt aus, dass die Personenwürde vor den Schadenersatz- und Haftungsgründen Vorrang genießt. *„Die Diskussion um die hier auch zu berücksichtigenden, mit der Existenz eines Kindes verbundenen Vorteile zeige deutlich die Unangemessenheit einer rein schadenersatzrechtlichen Betrachtungsweise.“*<sup>438</sup> Jedoch ist es so, dass ein Schadenersatz einen ersetzbaren Schaden voraussetzt, und die Geburt eines Kindes kann kein solcher Schaden sein.

In dieser Entscheidung betont der OGH auch, dass darin keine Diskriminierung von Kindern mit einer Behinderung gesehen werden kann, weil die *„Einstufung einer Unterhaltspflicht als Schaden sei gerade nicht Ergebnis einer Differenzierung nach der Behinderung oder Nichtbehinderung im Sinne einer „Bewertung“ des Kindes, sondern Ausdruck der Abwägung zweier fundamentaler Rechtsprinzipien, nämlich des positiven personalen Eigenwertes jedes Kindes einerseits und der Ausgleichs- und Präventionsfunktion des Schadenersatzrechts andererseits. Eine ausnahmsweise Zuerkennung von Schadenersatz trotz des personalen Eigenwertes jedes Kindes sei nicht Folge einer negativen Bewertung eines behinderten Kindes, sondern ausschließlich der Versuch eines geldwerten Ausgleichs eines besonderen Unterhaltsbedarfs.“*<sup>439</sup> Da ein unerwünschtes und gesundes Kind keinen Schaden darstellt, wurde dem Klagebegehren nicht entsprochen. Er begründet dies weiters, indem er vorbringt, dass das Verhältnis zwischen Eltern und Kind derart komplex ist, dass es falsch wäre, nur einen Punkt - jenen des damit verbundenen finanziellen

<sup>436</sup> OGH 30.11.2006, 2 Ob 172/06 t.

<sup>437</sup> OGH 30.11.2006, 2 Ob 172/06 t.

<sup>438</sup> OGH 30.11.2006, 2 Ob 172/06 t.

<sup>439</sup> OGH 30.11.2006, 2 Ob 172/06 t.

Aufwandes - zu berücksichtigen. Zuletzt sagt der OGH, dass es sich hierbei um einen Fall von „wrongful conception“ handelt, weshalb ein Vergleich mit der Entscheidung 5 Ob 165/05 h nicht möglich ist.<sup>440</sup>

Koziol äußert sich dazu folgendermaßen: *„Durch die Verneinung eines Ersatzanspruches bei der Geburt eines gesunden Kindes kommt es jedoch zu einem Widerspruch mit der Vorentscheidung 5 Ob 165/05h, da dann, wenn bei einem behinderten Kind der Ersatz des gesamten Unterhaltsaufwandes bejaht wird, konsequenterweise auch der Unterhaltsaufwand für ein gesundes Kind ersatzfähig sein müsste.“*<sup>441</sup> Zwar sagt der 2. Senat im konkreten Fall, dass diese beiden Fälle einander nicht gegenübergestellt werden können, da der Fall aus 2005 ein „wrongful birth“ - Fall ist, während dieser ein „wrongful conception“ - Fall ist. Koziol kritisiert diese Position: *„Diese Argumentation übersieht jedoch, dass das Grundproblem der Ersatzfähigkeit des Unterhaltsaufwandes in beiden Fallvarianten - wrongful birth und wrongful conception - übereinstimmt.“*<sup>442</sup>

Die eben geschilderten Fälle des OGH zeigen, dass keine klare Linie bezüglich der Ersatzfähigkeit des Unterhaltsaufwandes erkennbar ist. Koziol formuliert es auf diese Art: *„Im Ergebnis ist der Rechtsanwender daher nach wie vor mit einer widersprüchlichen höchstgerichtlichen Judikatur konfrontiert.“*<sup>443</sup>

### 3.3.7 Zwei Modelle zur Begründung der Haftung bei wrongful birth

Aus den verschiedenen Urteilen des OGH geht hervor, dass bei manchen „wrongful birth“ - Fällen unterschieden wurde, je nachdem, ob ein unerwünscht geborenes Kind eine Behinderung hat oder nicht. Hinsichtlich dieser Problematik wird zwischen zwei verschiedenen Modellen unterschieden. Es handelt sich dabei einerseits um das „schadenersatzrechtliche Lösungsmodell“ und andererseits um das „personale Lösungsmodell“.<sup>444</sup> Diese beiden Modelle sollen an dieser Stelle näher erläutert werden.

#### 3.3.7.1 Das schadenersatzrechtliche Modell

Die Haftung bei dem schadenersatzrechtlichen Modell ergibt sich aus dem abgeschlossenen Behandlungsvertrag, dessen Inhalt auch eine umfassende

<sup>440</sup> OGH 30.11.2006, 2 Ob 172/06 t.

<sup>441</sup> Koziol/Steininger, Schadenersatz bei ungeplanter Geburt eines Kindes, RZ 2008, 140.

<sup>442</sup> Koziol/Steininger, Schadenersatz bei ungeplanter Geburt eines Kindes, RZ 2008, 140.

<sup>443</sup> Koziol/Steininger, Schadenersatz bei ungeplanter Geburt eines Kindes, RZ 2008, 140.

<sup>444</sup> Bydlinski in Magnus/Spier, European Tort Law, 33 f.

Aufklärung umfasst. Findet eine solche Aufklärung nicht statt, so kann daraus eine Haftung des Arztes resultieren.<sup>445</sup> Hierbei wird nur auf das Verschulden des Arztes abgestellt. Es erfolgt eine reine Subsumtion unter die Voraussetzungen der schadenersatzrechtlichen Normen. *„Man faßt insbes. allein die vermögensmäßigen Belastungen der Eltern ins Auge, die aus der Geburt und Existenz des Kindes resultieren, insbes. die ihm zu erbringenden Unterhaltsleistungen, und führt diese ohne alle Schwierigkeiten auf das kausale, pflichtwidrige und schuldhafte Verhalten des in Anspruch Genommenen (oder seines Erfüllungsgehilfen) zurück.“*<sup>446</sup> Oft wird in diesem Zusammenhang auch erwähnt, dass es bei der Frage nach dem Schaden nicht um das Kind als Person gehe. Somit bleibt auch die Personenwürde des Kindes unberührt. Der Schaden wird anhand des Differenzprinzips berechnet. Man zieht einen Vergleich zwischen der Vermögenslage der Eltern vor der pflichtwidrigen und schuldhaften Handlung des Schädigers und dem derzeitigen faktischen Zustand. Durch den Vergleich bemerkt man, dass die Eltern ohne das Verhalten des Schädigers keine Unterhaltskosten zu tragen hätten.<sup>447</sup>

Der deutsche BGH folgt diesem Lösungsmodell. Die Eltern bekommen jedoch nur den „durchschnittlichen Regelunterhalt“ ersetzt. Ist - bedingt durch den jeweiligen Einzelfall - der Unterhaltsaufwand für das Kind höher, so wird der über den Regelunterhalt hinausgehende Teil nicht ersetzt. Es ist nicht verständlich, wieso der BGH eine solche Begrenzung vornimmt, jedoch ist anzunehmen, dass diese Einschränkung dazu dient, die Haftung auf ein Normalmaß zu beschränken. Bydlinski meint: *„Jedoch ist nicht zu sehen, was es rechtfertigen soll, eine solche Art von „Sozialschutz“ gerade und nur für die hier interessierenden Schädiger zu etablieren. Die Haftungsgrenze erscheint also als sach- und prinzipwidrig.“*<sup>448</sup> Dem eben beschriebenen Modell steht das personale Lösungsmodell gegenüber.

### 3.3.7.2 Das personale Lösungsmodell

Die Befürworter dieses Lösungsansatzes gehen besonders auf die Würde des Menschen, *„die den Eigenwert jeder menschlichen Existenz an sich ausmache und die nicht durch das bloß gedanklich mögliche, aber realitätswidrige Herausisolieren bloß der nachteiligen Vermögensaspekte dieser Existenz mißachtet werden dürfe“*

---

<sup>445</sup> Luf, Kind als Schadenquelle, AnwBl 2007, 548.

<sup>446</sup> Bydlinski in Magnus/Spier, European Tort Law, 34.

<sup>447</sup> Bydlinski in Magnus/Spier, European Tort Law, 34.

<sup>448</sup> Bydlinski in Magnus/Spier, European Tort Law, 35.

ein.<sup>449</sup> Die Anhänger des personalen Lösungsmodells kommen mit ihrem Modell zu keiner Haftung des Dritten und entgegen den Vertretern des schadenersatzrechtlichen Lösungsmodells, dass durch die schadenersatzrechtliche Lösung das „wertungsmäßig entscheidende Element des Problems“ nicht berücksichtigt wird. Im Familienrecht manifestiert sich der Zusammenhang zwischen dem „personalem Wert“ und den „vermögensmäßig negativen Einzelaspekten beim Kind“ durch den Unterhaltsaufwand, den die Eltern zu tragen haben. Obwohl ein Kind einen gewissen finanziellen Aufwand mit sich bringt, gibt es wohl keinen, der meint, dass ihm dadurch ein Schaden entstanden ist.<sup>450</sup> Bydlinski bringt es auf den Punkt, wenn er sagt: *„Jedenfalls nach den Maßstäben der Rechtsordnung (und aller „normalen“ Eltern) muß ein Kind, wie auch sonst jeder Mensch, als positiver Wert beurteilt werden; ungeachtet der mit seiner Existenz verbundenen Vermögensnachteile, die irgend jemanden treffen.“*<sup>451</sup>

Prinzipiell wird der tatsächliche Zustand einem hypothetischen gegenübergestellt. Jedoch würde das im gegebenen Zusammenhang bedeuten, man vergleicht die Situation zwischen einem Kind, das tatsächlich zur Welt gekommen ist, und einem „hypothetisch verhinderten“ Kind. Aufgrund des „negativ bewerteten Zustandes“ ist es nötig die Lage zu betrachten, in der das Kind wirklich da wäre. *„Sein Dasein ist also sehr wohl der „Realschaden“, der ökonomisch bewertet wird.“*<sup>452</sup> Das Fragwürdige und Künstliche an dieser Reduktion ist, dass auf den positiven Wert eines „Kindes an sich“, der prinzipiell unbestritten ist, nicht eingegangen werden darf, gleichzeitig aber die Existenz desselben *„sehr wohl in die realen Voraussetzungen der Vermögensschadensberechnung eingestellt werden muß, und zwar auf der Negativseite.“*<sup>453</sup>

In Bezug auf die beiden Lösungsmodelle meint Bydlinski schließlich: *„Lehnt man aber die besprochene Abspaltung als sach- und rechtswertwidrig ab, so ergibt sich, daß die Existenz des Kindes ungeachtet negativer vermögensmäßiger Begleiterscheinungen zu keinem ersatzfähigen Schaden führen kann, wenn man den personalen Eigenwert des Kindes als Mensch im schadenersatzrechtlichen Rahmen*

---

<sup>449</sup> Bydlinski in Magnus/Spier, European Tort Law, 35.

<sup>450</sup> Bydlinski in Magnus/Spier, European Tort Law, 35.

<sup>451</sup> Bydlinski in Magnus/Spier, European Tort Law, 35.

<sup>452</sup> Magnus/Spier, European Tort Law, 36.

<sup>453</sup> Magnus/Spier, European Tort Law, 36.

*nicht verkürzen, genauer gesagt ignorieren will.*<sup>454</sup> Infolgedessen würde man zu einem absolut gegenteiligen Ergebnis als bei dem oben angeführten Modell kommen, nämlich zu keinem Schadenersatz, da weder das Kind selbst einen Schaden darstellt noch durch dieses ein Schaden ausgelöst wird. Bydlinkski selbst, der einst das rein „personale Lösungsmodell“ vertreten hat, stellt dann aber ganz berechtigt die Frage, ob dadurch nicht die Funktionen des Schadenersatzes - nämlich die Herstellung eines Ausgleichs und die Präventivfunktion - außer Acht gelassen werden. Fakt ist, dass ein Dritter, in der Regel ein Arzt, ein schuldhaftes Verhalten gesetzt hat, das zu einem rein „isoliert beschreibbaren Vermögensschaden“ geführt hat. Bydlinkski fragt: *„Wieso soll der schuldhaft Handelnde also gerade hier gänzlich haftungsfrei bleiben?“*<sup>455</sup>

Das Problem bei den beiden stark kontrastierenden Prinzipien ist, dass jedes Lösungsmodell auf bestimmte Merkmale des anderen Lösungsmodells überhaupt nicht eingeht und diese gänzlich außer Acht lässt. Die schadenersatzrechtliche Lösung beschäftigt sich nur mit dem Vermögensschaden und vernachlässigt somit den personalen Eigenwert total. Hingegen lässt das personale Lösungsmodell den entstehenden Unterhaltsaufwand unbeachtet. Auf die Funktionen des Schadenersatzrechts wird im Rahmen dieses Modells nicht eingegangen. Aufgrund der Tatsache, dass diese Modelle bei ein und demselben Fall zu komplett unterschiedlichen Ergebnissen kommen, kommt man mittels der „Methode der Prinzipienanwendung und Prinzipienabwägung“ zum Ergebnis, dass *„beide beschriebenen Modelle in ihrer reinen Form gleichmäßig unzutreffend“* sind.<sup>456</sup>

Der OGH hat sich weder dem einen noch dem anderen Modell vollinhaltlich angeschlossen. Vielmehr wählte er einen *„differenzierenden Weg zur beschränkten Bejahung von Schadenersatz“*.<sup>457</sup> Als Schaden sei die familienrechtliche Beziehung dann zu qualifizieren, wenn diese für die Eltern eine „ganz außergewöhnliche Belastung“ darstellt. Der durch die Behinderung eines Kindes entstehende Mehraufwand ist als solche Belastung zu sehen. Da in einem konkreten Fall der Basisunterhalt nicht eingeklagt wurde, setzte sich der OGH mit der Frage, ob dieser auch ersetzt wird, nicht auseinander. Jedoch wird der Basisunterhalt für ein gesundes Kind nicht als Schaden angesehen. *„Insoweit bleibt es also bei der Einheit*

---

<sup>454</sup> Magnus/Spier, European Tort Law, 36.

<sup>455</sup> Magnus/Spier, European Tort Law, 36 f.

<sup>456</sup> Magnus/Spier, European Tort Law, 41.

<sup>457</sup> Magnus/Spier, European Tort Law, 44.

der personalen Existenz und ihres Eigenwertes sowie bei den jedenfalls sachgerechten familienrechtlichen Konsequenzen ohne schadenersatzrechtliche Überwälzungsmöglichkeit.“<sup>458</sup> Daraus kann man schließen, dass die Personenwürde gegenüber den Funktionen des Schadenersatzes Priorität genießt. Jedoch ist es so, dass selbst die Personenwürde und die Familienfürsorge beschränkt werden können, wenn den Eltern eine außergewöhnliche Belastung entsteht, denn dann schlägt sich das Schadenersatzrecht diesbezüglich durch.<sup>459</sup>

Es ist wichtig festzuhalten, dass auch bei dem strikten Auseinanderhalten von der vermögensrechtlichen Seite, somit dem Unterhaltsaufwand, und der anderen Seite - dem Kind - nur dann ein Vermögensschaden vorliegt, „wenn man als erwiesen annimmt, daß ohne die schuldhafte Handlung des Dritten eine Abtreibung vorgenommen worden wäre.“<sup>460</sup> Nur dann kommt ein Ersatz des Vermögensschadens in Betracht. Wäre es nämlich so, dass die Eltern auch bei umfassender Aufklärung und dem Wissen einer Behinderung das Kind bekommen hätten, so ist der daraus resultierende vermögensrechtliche Schaden nicht durch einen Dritten entstanden. Denn wenn die Eltern von der Behinderung des Kindes wussten, waren sie sich darüber auch im Klaren, dass dadurch ein durch die Behinderung bedingter Mehraufwand entsteht.<sup>461</sup>

Auch Koziol geht auf diese Problematik ein und stellt klar: „Die Geburt eines Menschen stellt sicherlich keinen Schaden dar.“<sup>462</sup> Die Existenz des Kindes selbst stellt keinen Schaden bzw keine negative Änderung im Vermögen der Eltern dar. Vielmehr geht es darum, dass damit auch ein Aufwand in Form des Unterhalts einhergeht; auch kann es, wenn ein Elternteil seinen Beruf aufgrund der Geburt des Kindes nicht mehr ausüben kann, zu einem Verdienstentgang kommen.<sup>463</sup>

„Daß die Belastung mit einer Verpflichtung **positiver Schaden** ist, wird allgemein anerkannt und sollte konsequenterweise auch bei einer **Unterhaltsverpflichtung** nicht geleugnet werden.“<sup>464</sup>

---

<sup>458</sup> Magnus/Spier, European Tort Law, 45.

<sup>459</sup> Magnus/Spier, European Tort Law, 45.

<sup>460</sup> Magnus/Spier, European Tort Law, 49.

<sup>461</sup> Magnus/Spier, European Tort Law, 49.

<sup>462</sup> Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I Allgemeiner Teil, 1997, 29.

<sup>463</sup> Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, 29 f.

<sup>464</sup> Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, 31.

Viel diskutiert wird, ob man nur den Unterhaltsaufwand allein betrachten kann. Fakt ist, dass durch das fehlerhafte Verhalten des Schädigers mehr als bloß der Unterhalt ausgelöst wird. Es entsteht eine familienrechtliche Beziehung, die sowohl materielle als auch ideelle Komponenten enthält. Diese Beziehung kann nicht als Vermögensnachteil angesehen werden. Wenn es aber für die Eltern eine außergewöhnliche Belastung mit sich bringt, stellt sich die Frage, ob diese Beziehung insgesamt als nachteilig angesehen werden kann. Dies wird dann angenommen, wenn nicht die Vorteile überwiegen, sondern „insgesamt ein vermögensmäßiger Nachteil gegeben ist“. Dieser muss von dem, der den Schaden verursacht hat, getragen werden.<sup>465</sup>

Andere wiederum gehen davon aus, dass eine Schwangere durch die Inanspruchnahme von Ultraschalluntersuchungen auch Unterstützung sucht, um sich möglicherweise für oder gegen das Kind zu entscheiden. Dieser Umstand müsste dem behandelnden Arzt bewusst sein, weshalb auch konsequent ist, dass dieser bei fehlerhafter Aufklärung hinsichtlich des Unterhalts finanziell in Anspruch genommen werden kann. Merckens kritisiert diese Annahme und erläutert drei mögliche Auswege aus der „Kind-als-Schaden“-Problematik. Der oberste Gerichtshof geht bei der oben angeführten Annahme davon aus, dass jede Frau im Zuge einer Ultraschalluntersuchung in eine derartige Entscheidungssituation kommt. Jedoch kann davon nicht ausgegangen werden. Denn die Mehrzahl der Schwangeren lassen deshalb solche Untersuchungen vornehmen, damit sie um das Kindeswohl Bescheid wissen. Es kann daher nicht prinzipiell davon ausgegangen werden, dass die Untersuchungen seitens der Mutter primär deshalb gemacht werden, um bei Vorliegen einer Behinderung über einen Abbruch nachzudenken.<sup>466</sup>

Als weiteres Argument wird vorgebracht, dass auch Mütter von Kindern, die bereits geboren sind, mit diesen Kindern zum Arzt gehen und Untersuchungen durchführen lassen. So gibt es sowohl für ungeborene als auch für geborene Kinder vielleicht Wege, diagnostizierte Behinderungen zu heilen oder zu verbessern. Wichtig ist, dass sich der Arzt einerseits als Arzt der Mutter und andererseits auch als Arzt des Kindes sieht. So kann eine vollständige und verlässliche Untersuchung durchgeführt werden,

---

<sup>465</sup> Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, 33 f.

<sup>466</sup> Merckens in Huainigg, Aus dem Bauch heraus. Pränataldiagnostik und behindertes Leben. „Das Kind als Schaden“. Der Status quo in der Judikatur und mögliche Auswege, 162 f.

welche zu keiner Zeit als eine Unterstützung bei einer Entscheidung gegen das Kind interpretiert werden soll.<sup>467</sup>

*„Ein Ausweg aus der „Kind-als-Schaden“ - Judikatur wäre also ein anderer Umgang mit der Pränataldiagnostik.“*<sup>468</sup> Merckens schlägt vor, dass der zwischen Arzt und Mutter bestehende Vertrag als ein solcher zugunsten der Frau und des Kindes verstanden wird. So wäre eine „Entscheidungshilfe“ gegen das Kind nicht möglich. Zwar haftet der Arzt in der Folge weiterhin für eine nicht vertragsgemäße Erfüllung - wenn zB dem Kind aufgrund seines Fehlers nicht oder zu spät geholfen wird -, allerdings nicht mehr dafür, dass ein Kind überhaupt geboren wird.<sup>469</sup>

Fragt man nach dem Umfang der vertraglichen Schadenersatzpflicht bei wrongful birth, so muss zwischen zwei verschiedenen Fällen unterschieden werden. Die eine Fallgruppe bezieht sich auf Fälle, bei denen eine Abtreibung missglückt ist. Die anderen Fälle sind jene, bei denen eine Abtreibung aufgrund unzureichender Aufklärung nicht vorgenommen wurde. Zu Beginn, bei der Beurteilung der Frage nach dem Umfang des Schadenersatzes, muss überprüft werden, was Inhalt des konkreten Behandlungsvertrages ist. Dazu meint Merckens wörtlich: *„Geht eine Schwangere zu einem Arzt, um ihr Kind abtreiben zu lassen, dann ist eindeutiger Vertragsinhalt die Tötung des ungeborenen Kindes. Überlebt das Kind aufgrund vertragswidrigen Verhaltens des Arztes, so ist das Kind jener Schaden, der durch den Vertrag verhindert werden sollte.“*<sup>470</sup> Die Berechnung der Schadenshöhe richtet sich nach den Lebenserhaltungskosten des Kindes.<sup>471</sup>

Auch die Bioethikkommission nahm zu dieser Thematik Stellung. In ihrem Beschluss vom 18. April 2007 legt die Kommission zu Beginn einige Grundsätze fest, die den näheren Ausführungen zugrunde gelegt werden. Die ersten beiden Grundsätze lauten: *„Die Existenz eines Kindes ist niemals ein Schaden“* und *„Es darf keine Werturteile geben, die Kinder mit Behinderungen diskriminieren.“*<sup>472</sup> Zum Punkt der „Diskrepanzen in der Wahrnehmung oberstgerichtlicher Entscheidungen“ meint die Kommission, dass der OGH, wenn er von einem Schaden spricht, von dem durch die Unterhaltspflicht entstehenden finanziellen Vermögensnachteil spricht und keinesfalls

---

<sup>467</sup> Merckens in *Huainigg*, Aus dem Bauch heraus, 163.

<sup>468</sup> Merckens in *Huainigg*, Aus dem Bauch heraus, 163.

<sup>469</sup> Merckens in *Huainigg*, Aus dem Bauch heraus, 163.

<sup>470</sup> Merckens, Kein Schaden ohne Kind, *AnwBI* 2007, 243.

<sup>471</sup> Merckens, Kein Schaden ohne Kind, *AnwBI* 2007, 242 f.

<sup>472</sup> *Bioethikkommission*, Beschluss der Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt vom 18. April 2007, 1.

das Kind selbst meint. Die Kommission sagt weiters ausdrücklich, „*dass die Existenz eines Kindes, ob gesund oder mit Behinderung, ob unerwünscht oder erwünscht, kein Schaden ist, auch nicht im Rechtsinne.*“<sup>473</sup> Nichtsdestotrotz kann ein falsches Verhalten eines Arztes einen finanziellen Nachteil nach sich ziehen.<sup>474</sup>

Die Eltern sollen nach einer umfassenden ärztlichen Aufklärung in der Lage sein, selbst eine Entscheidung vorzunehmen. Die Beziehung zwischen dem Arzt und der werdenden Mutter basiert auf der Patientenautonomie, woraus sich die Pflicht zu einer ordentlichen Aufklärung ergibt. Die Bioethikkommission betont weiters, dass die ärztliche Aufklärung als ein Prozess zu sehen ist, durch welchen eine „wechselseitige Verantwortung“ entsteht. Gerade das sollte auch in der Pränataldiagnostik gelten, da es sich dabei um einen Bereich handelt, in dem sehr viele Verdachtsmomente auftreten können. Die Wahrscheinlichkeit, dass ein solcher Verdacht eintritt, kann ganz verschiedenartig ausfallen. Es wäre nicht zumutbar und würde die Mutter psychisch zu sehr belasten, wenn auf alle erdenklichen Verdachtsmomente eingegangen werden würde.<sup>475</sup>

Auch zur Thematik der Defensivmedizin nimmt die Bioethikkommission Stellung. Es existiert die Sorge, dass sich die aus dem Behandlungsvertrag ergebende Aufklärungspflicht des Arztes derart ausprägt, dass es schließlich in einer Defensivmedizin münden könnte. Das finanzielle Risiko, das sich aus einer „überspannten Aufklärungsverpflichtung“ für einen Arzt ergibt, ist derart hoch, dass es nachvollziehbar ist, dass sich dieser auf solche Weise versucht zu helfen. Die Bioethikkommission führt dazu aus, dass es dadurch zu einer ausufernden Aufklärung und damit verbundenen Dokumentation kommen könnte, die zeitlich nicht zu bewältigen wäre.<sup>476</sup>

Dieser Gedanke ist mE begründet. Dass Ärzte aus Angst vor möglichen Haftungen „sicherheitshalber“ über mehr aufklären, als im konkreten Fall notwendig wäre ist unter diesem Blickpunkt verständlich. Allerdings muss man sich die Frage stellen, wo die Grenze zu ziehen ist. Abgesehen von dem steigenden Aufwand der Dokumentation, kann es dadurch zu – möglicherweise unnötigen – beunruhigenden

---

<sup>473</sup> Bioethikkommission, Beschluss vom 18. April 2007, 2.

<sup>474</sup> Bioethikkommission, Beschluss vom 18. April 2007, 2.

<sup>475</sup> Bioethikkommission, Beschluss vom 18. April 2007, 3.

<sup>476</sup> Bioethikkommission, Beschluss vom 18. April 2007, 4.

Situationen für den Patienten kommen. Gerade im Bereich der Pränataldiagnostik können häufig „Verdachtsmomente“ vorliegen. Der Idealfall eines Arzt – Patienten Verhältnisses wäre mM so ausgestaltet, dass der Arzt die Frau über alle wichtigen Untersuchungsergebnisse aufklärt und dabei die psychische Situation der werdenden Mutter berücksichtigt.

### **3.4 Eigene Ansicht**

Im Rahmen des Kapitels über die Pränataldiagnostik wurde ua die Problematik, die sich für die Eltern durch die Diagnose eines behinderten Kindes ergeben kann, aufgezeigt. Gerade in den letzten Jahren hat sich im Bereich der Pränataldiagnostik einiges getan. Es kam ein neuer Bluttest - „PraenaTest“ - auf den Markt, der es ermöglicht, mit einer einfachen Blutabnahme bei der Mutter festzustellen, ob das Kind im Mutterleib an Down-Syndrom leidet oder nicht. Ist es auf der einen Seite ein großer medizinischer Fortschritt, dass es solche Methoden gibt, wie hier eine Blutabnahme, bei der es sich um eine nicht-invasive Methode handelt, die mit keinerlei Nebenwirkungen oder Risiken – was diesen Test wieder interessant macht - verbunden ist, so ist es auf der anderen Seite trotz alledem eine „heikle“ Entwicklung. ME wird man – wenn man die Wahl hat – eher die Methode wählen, bei der das geringste Risiko für die Mutter und für das Kind besteht. Abgesehen davon, dass der Test mit keinen Risiken verbunden ist spricht für ihn weiters, dass das Testergebnis bereits nach wenigen Tagen ausgewertet ist, was sich positiv auf die Psyche der Mutter auswirkt. Was jedoch, wenn durch diesen Test Down-Syndrom diagnostiziert wird? Es wird befürchtet, dass durch die Tatsache, dass dieser Test so einfach und risikofrei durchgeführt werden kann, die Wahrscheinlichkeit steigt, dass bei der Diagnose von Down-Syndrom ein darauffolgender Schwangerschaftsabbruch die Regel wird und so der Abtreibungsdruck bei der Diagnose von Down-Syndrom noch größer wird. Manche sprechen bereits von „Selektion“. Jedoch darf nicht vergessen werden, dass auch mit den bisherigen Methoden, konkret mit der Nackenfaltenmessung, untersucht wird, ob das Kind an Down-Syndrom leidet. Natürlich kann das nicht verallgemeinernd gesagt werden, jedoch werden sich manche die Frage stellen, weshalb eine Mutter einen solchen Test machen lässt. ME ist es nur verständlich, dass eine Mutter über das Wohlergehen ihres Kindes Bescheid wissen will, dies auch deshalb, weil es der Mutter hilft, eine unbeschwerte Schwangerschaft erleben zu können. Ob nun aber mit den bisher angewendeten

Methoden der Pränataldiagnostik das Auslangen gefunden werden soll oder ob es immer neue Methoden und Tests braucht, ist eine schwer zu beantwortende Frage. Darüber hinaus ist dieser Test noch so jung, dass die relativ hohen Kosten nicht von der Krankenkasse übernommen werden, was bedeutet, dass jemand, der nicht über die finanziellen Mittel verfügt, gar nicht die Möglichkeit hat, diesen Test machen zu lassen. Selbst wenn man der Ansicht ist, dass es keiner zusätzlichen Methoden mehr bedarf, so bin ich davon überzeugt, dass sich der medizinische Fortschritt in diesem Bereich nicht aufhalten lässt. Es wird immer neue Verfahren oder Methoden geben; wie sinnvoll diese dann in der Praxis tatsächlich sind, wird sich erst nach einiger Zeit zeigen.

MM ist eine der wichtigsten Voraussetzungen in diesem Zusammenhang, dass die Mutter so gut wie möglich über den Zustand ihres Kindes sowie auch über die unterschiedlichen pränatalen Methoden aufgeklärt wird. Sie selbst soll in der Lage sein, die Entscheidung zu treffen, welche Untersuchungen sie vornehmen lassen möchte und welche nicht. Und schließlich soll sie selbst, bei der Diagnose einer Behinderung, die Entscheidung treffen können, ob sie einen Schwangerschaftsabbruch durchführen lässt oder nicht. Es ist die Anstrengung und Solidarität von uns allen nötig, damit Eltern von behinderten Kindern den Mut haben, ein Kind mit einer Behinderung zu bekommen. *„Solange diese Eltern alleine alle Anstrengungen tragen müssen, ins gesellschaftliche und berufliche Out befördert werden – schließlich, so heißt es, hätten sie sich ja nicht dafür entscheiden müssen – dürfen wir uns nicht wundern, dass nur wenige den Mut dafür aufbringen.“*<sup>477</sup> Eltern, die ein behindertes Kind bekommen, stehen unter einem enormen Druck. Die Entscheidung, die sie in solch einem Fall treffen müssen, ist bereits aus emotionaler Sicht äußerst schwer. Es darf nicht vergessen werden, dass jeder Einzelne selbst - durch einen Unfall oder eine Krankheit – eine Behinderung davon tragen kann.<sup>478</sup>

Wie sich gezeigt hat bestehen auch innerhalb des Themenkreises „wrongful birth“ viele Diskussionen. Die Diskussionen beziehen sich auf die unterschiedlichsten Bereiche; es handelt sich um juristische, ethische und moralische sowie medizinische Fragen. Manchmal scheint es, als würde durch all diese Diskussionen, Kritiken und Meinungsverschiedenheiten das Wesentliche – nämlich Menschen zu

---

<sup>477</sup> Dvorak in *Huainigg*, Aus dem Bauch heraus. Schwangerschafts-Konfliktberatung der „Aktion Leben“, 129.

<sup>478</sup> Dvorak in *Huainigg*, Aus dem Bauch heraus. Schwangerschafts-Konfliktberatung der „Aktion Leben“, 129.

helfen, die sich in einer schlechten finanziellen und emotionalen Lage befinden und unerwartet ein Kind bekommen, sei dieses behindert oder nicht – zu wenig berücksichtigt wird. Die Hilfe kann mE neben finanzieller Hilfe auch anders ausgestaltet sein. Allein eine ordentliche Beratung über Stellen, an die man sich in derartigen Lebenssituationen wenden kann oder eine umfassende Aufklärung über diverse Behinderungen kann schon eine große Hilfe sein. Weiters ist es hilfreich, einen Kontakt mit anderen Familien, die eine solche Situation bereits erlebt haben, herzustellen. Wer schließlich kann den werdenden Eltern besser erklären, wie es ist und worauf man achten muss, wenn man ein behindertes Kind großzieht, als Menschen, die selbst diese Erfahrung machen?

Nichtsdestotrotz muss hinsichtlich der finanziellen Hilfe eine Lösung gefunden werden. Dass die Erziehung eines Kindes - ob gesund oder behindert - Geld kostet, ist unbestreitbar. Nun gibt es unterschiedliche Theorien, wie man den Ersatz des Unterhaltsaufwandes begründet bzw wie man ihn herleitet. So nachvollziehbar oder verständlich verschiedene Meinungen oder Argumente zu diesem Thema auch sind, es kann nicht durch die Ablehnung eines Ersatzanspruches das Problem aus der Welt geschafft werden. Einerseits ist die Empörung seitens der Behindertenverbände sowie der Angehörigen Behinderter und natürlich von den Betroffenen selbst zu verstehen. Andererseits denke ich, dass es ua auch eine Konsequenz davon ist, den Schadenersatzanspruch bezüglich des Unterhaltsaufwandes in diesem Zusammenhang in das doch recht enge Kostüm des österreichischen Schadenersatzrechtes zu pressen. Durch die Geburt des Kindes kommt es ua auch zu einem finanziellen Aufwand, nämlich der Unterhaltspflicht. Es sollte darum gehen, die Eltern und das Kind durch den ihnen zugesprochenen Unterhalt zu unterstützen. Dass das für einige eine unbefriedigende Herleitung des Schadenersatzes darstellt, ist nachvollziehbar und möglicherweise ist der Weg über die schadenersatzrechtliche Schiene nicht der beste. Aber solange es keine andere befriedigende Lösung gibt, ist es besser, den Eltern und dem Kind auf diese Weise zu helfen als womöglich gar nicht. Denn dann wird das Wesentlichste, worum es hier gehen sollte - die Hilfe -, vollkommen außer Acht gelassen. Auf diese Weise wäre weder dem Kind noch den Eltern geholfen.

Reischauer<sup>479</sup> ist der Meinung, dass diese ganze Thematik im Bereich des Sozialrechts geregelt werden sollte, was mM nach ein guter Ansatz ist. Auch die Tatsache, dass zum jetzigen Zeitpunkt der Unterhalt eingeklagt werden muss und die Eltern beweisen müssen, dass sie bei Kenntnis der Behinderung ihres Kindes einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen hätten lassen, führt zu einer unbefriedigenden Lösung – vor allem auf emotionaler und psychischer Ebene. Man muss nur daran denken, dass das Kind eines Tages von einer derartigen Klage und dem Gerichtsverfahren erfährt. Es kann in niemandes Sinn sein, dass sich ein Kind eines Tages die Frage stellt, ob es seine Eltern eigentlich lieber nicht bekommen hätten. ME sollte auch bei dieser Thematik an das Kindeswohl gedacht werden, welches durch ein derartiges Vorgehen nicht beachtet wird.

---

<sup>479</sup> *Reischauer*, Ersatz wegen Geburt? Haftungsrisiko führt zu Abtreibungsdruck, Die Presse 2011/03/03, Rechtspanorama – 17.01.2011.

## 4 Der Umgang mit Menschen mit Behinderungen in unserer Gesellschaft

Für die Lebensqualität eines behinderten Menschen sind mehrere Faktoren maßgeblich. Zum einen wird die Lebensführung durch die Einschränkung, die durch die Behinderung selbst entsteht, beeinflusst. Was darüber hinaus zu einer Beeinträchtigung der Lebensqualität dieser Menschen führen kann, sind die unterschiedlichen Reaktionen in der Gesellschaft und der Umwelt. Menschen mit Behinderungen werden von der Gesellschaft nicht immer als individuelle Personen angesehen. *„Vielmehr ist der Mensch mit einer Behinderung in den Augen unserer Gesellschaft erst einmal ein Behinderter.“*<sup>480</sup>

In diesem Kapitel wird auf sehr wichtige Bereiche des Lebens – nämlich Bildung und Arbeit – eingegangen und aufgezeigt, wie mit behinderten Menschen in diesen Bereichen umgegangen wird. Denn Bildung und Arbeit sind für behinderte Menschen ebenso wichtig und elementar wie für Menschen ohne Behinderung. Zum einen sind sie für Menschen mit Behinderungen eine Möglichkeit, soziale Kontakte zu knüpfen, und zum anderen sind sie einer der wichtigsten Wege, um diese Menschen in die Gesellschaft zu integrieren. MM nach sollte alles getan werden, um Menschen mit Behinderungen zu unterstützen, damit sie - soweit es ihnen in ihrer individuellen Situation möglich ist - ein eigenständiges und selbstbestimmtes Leben führen können.

Zuerst wird auf den Bereich der Bildung eingegangen. Dabei werden unterschiedliche Schulmodelle beleuchtet, die für behinderte Kinder bestehen. Im Zuge dessen wird auch auf den dafür maßgeblichen Art 24 der Behindertenrechtskonvention eingegangen. Ferner wird in diesem Kapitel der Frage nachgegangen, inwiefern das Behinderteneinstellungsgesetz, welches besonders dazu beitragen soll, behinderte Menschen in die Arbeitswelt zu integrieren, in der Praxis auch tatsächlich umgesetzt wird.

Ein weiterer Teil dieses Kapitels behandelt die antidiskriminierungsrechtlichen Regelungen des Behinderteneinstellungsgesetzes. Dabei handelt es sich um die

---

<sup>480</sup> Willenbring, Pränatale Diagnostik und die Angst vor einem behinderten Kind. Ein psychosozialer Konflikt von Frauen aus systemischer Sicht, 1999, 48.

gesetzlichen Bestimmungen von §§ 7a bis 7r BEinstG, welche Diskriminierungen behinderter Menschen in der Arbeitswelt bekämpfen wollen. Weiters werden einige wichtige Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes und des Obersten Gerichtshofes skizziert.

#### **4.1 Menschen mit Behinderung im Bereich der Bildung**

Wie bereits erwähnt handelt es sich bei der UN-Behindertenkonvention um einen völkerrechtlichen Vertrag, der 2008 von Österreich ratifiziert wurde. Art 24 Abs 1 der Behindertenrechtskonvention mit dem Titel „Bildung“ lautet folgendermaßen:

*„(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,*

*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;*

*b) Menschen mit Behinderungen ihre Persönlichkeit, ihre Begabungen und ihr Kreativität sowie ihre geistigen und körperlichen Fähigkeiten voll zur Entfaltung bringen zu lassen;*

*c) Menschen mit Behinderungen zur wirklichen Teilhabe an einer freien Gesellschaft zu befähigen.“*

Haeberlin ist der Meinung, dass der Begriff der Behinderung in der Behindertenkonvention dem „grenzenlosen“ Behinderungsbegriff im Sprachgebrauch - vor allem im Bereich der Sonderpädagogik - sehr entgegenkommt, weil keine weitere Differenzierung vorgenommen wird.<sup>481</sup> Er begründet dies mit einer der Begriffsbestimmungen des Art 2 der Behindertenkonvention, der Folgendes sagt: *„Diskriminierung aufgrund von Behinderung“* sei *„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, sozialen, kulturellen, bürgerlichen oder jedem anderen Bereich*

---

<sup>481</sup> Haeberlin, Behinderte integrieren – alles klar?, in VHN 4/2011, 279.

*beeinträchtigt oder vereitelt wird. Sie umfasst alle Formen der Diskriminierung, einschließlich der Versagung angemessener Vorkehrungen.“*

Nach Haeberlin wird im Bereich der Sonderpädagogik der Begriff „behindert“ pauschal benutzt, was dazu führt, dass darunter Kinder mit schweren Hirnschädigungen, Kinder mit Einschränkungen in der Bewegungsfreiheit oder Behinderungen der Sinnesorgane sowie Kinder, die eine Schulschwäche aufweisen, fallen können. Das führt dazu, dass die meisten Kinder, die von Sonderpädagogen betreut und unterrichtet werden, eigentlich „lernbehinderte“ Kinder sind. Etwas überspitzt formuliert meint Haeberlin *„Nach dem Verständnis des ‚Normalbürgers‘ gehören sie zu den ‚Schulschwachen‘ oder ‚Schulversagern‘; wer dem Volk aufs Maul zu schauen wagt, hört auch die Wendung ‚zu den Dummen‘.“*<sup>482</sup> In Wahrheit handelt es sich dabei vermehrt um Kinder aus Familien mit Migrantenhintergrund sowie aus bildungsfernen Familien. Somit deklariert er, dass *„Sonderschulen für Lernbehinderte Schulen für gesellschaftlich Benachteiligte“* sind.<sup>483</sup>

Aus Art 24 der Konvention geht hervor, dass das Recht behinderter Menschen auf Bildung durch Chancengleichheit erzielt werden soll. Jedoch ist nicht klar, wann eine derartige Chancengleichheit für bspw geistig behinderte Kinder oder Kinder mit Mehrfachbehinderungen vorliegt.<sup>484</sup>

Um Chancengerechtigkeit herzustellen, müsste nach Haeberlin der Zugang zu Hochschulen sowie zu hoch angesehenen Berufen unabhängig von den unterschiedlichen sozialen Schichten, dem Geschlecht oder der ethnischen Bevölkerungsgruppe gerecht vergeben werden. Die Praxis aber zeigt, dass für Kinder, die aus sozial unterprivilegierten Verhältnissen stammen und in eine Sonderschule gehen, eine derartige Chancengerechtigkeit nicht erreicht werden kann. Aus einer zehnjährigen Studie resultiert, dass es – um Chancengerechtigkeit herstellen zu können – unbedingt erforderlich ist, Sonderschulen für „Lernbehinderte“ abzuschaffen. Fakt ist, dass Menschen, die in einer Sonderschule waren, mit großen Nachteilen und Hürden auf ihrem weiteren Bildungsweg zu kämpfen haben. Jedoch hat dieses Argument nichts mit der „idealisierenden Inklusionspädagogik“ in der Praxis zu tun. Würden alle Kinder in einer Schule die gleiche Beachtung finden, so könnte man von Inklusion sprechen. Es besteht kein Zweifel, dass es in einer

---

<sup>482</sup> Haeberlin, Behinderte integrieren – alles klar?, in VHN 4/2011, 279.

<sup>483</sup> Haeberlin, Behinderte integrieren – alles klar?, in VHN 4/2011, 279.

<sup>484</sup> Haeberlin, Behinderte integrieren – alles klar?, in VHN 4/2011, 279 f.

Gesellschaft verschiedene Hierarchien gibt, jedoch bedarf es zu einer Chancengerechtigkeit einer Modifikation im Bereich der „Zugangsmechanismen“ zu den unterschiedlichen Hierarchiestufen. Aber es wird dennoch - selbst wenn es keine Sonderschulen für Lernbehinderte mehr gibt - in der allgemeinen Schule eine unterschiedliche Behandlung zwischen „normalen“ und „leistungsschwachen“ Schülern stattfinden.<sup>485</sup>

Haeberlin meint weiters, dass das Institut der Chancengerechtigkeit für die Integration von geistig- oder mehrfachbehinderten Kindern in Schulen nicht geeignet ist. Dass diese Kinder nach einer allgemeinen Schule „höhere Bildungs- bzw Berufswege“ gehen werden, ist äußerst unwahrscheinlich und laut Haeberlin nur bei einer „krassen Fehldiagnose“ möglich. Zwar sagt Art 27 der Behindertenkonvention: *„Die Vertragsstaaten anerkennen das gleiche Recht von Menschen mit Behinderungen auf Arbeit; dies beinhaltet das Recht auf die Möglichkeit, 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.“* Jedoch ist leicht erkennbar, dass deren Integration von jener von gesunden Menschen dennoch abweicht. Oft ist es nicht anders möglich, als dass behinderte Kinder immer auf eine Hilfe angewiesen sein werden und daher eine Abhängigkeit von manchen Institutionen gegeben ist. Derartige Institutionen sind bspw sogenannte geschützte Werkstätten oder andere Einrichtungen mit einem speziellen Pflegepersonal. Haeberlin fordert, dass diese Einrichtungen in Zukunft „gemeindenaher“ ausgestaltet werden sollten. Doch selbst wenn dem so wäre, wären Kinder mit einer schweren geistigen Behinderung aufgrund der Tatsache, dass sie mehr auf andere angewiesen sind als andere, isoliert. Ob sich daher eine allgemeine Schule für solche Kinder eignet, ist fraglich, da feststeht, dass ihre Zukunft anders aussehen wird als das Leben eines gesunden Erwachsenen.<sup>486</sup>

In der Folge werden unterschiedliche Modelle des Unterrichts geschildert, die angewendet werden, wenn nachgewiesen ist, dass ein Kind eine Betreuung durch Sonderpädagogen benötigt.

---

<sup>485</sup> Haeberlin, Behinderte integrieren – alles klar?, in VHN 4/2011, 280 f.

<sup>486</sup> Haeberlin, Behinderte integrieren – alles klar?, in VHN 4/2011, 280 ff.

#### 4.1.1 Sonderpädagogischer Förderungsbedarf

Wenn ein Kind eine „sonderpädagogische Förderung“ benötigt, besteht für dessen Eltern die Möglichkeit, einen Antrag einer solchen Förderung beim Bezirksschulrat einzubringen. Sodann wird durch diesen ein Auftrag zur Gutachtenserstellung erteilt. Schließlich wird ein Bescheid erlassen, aus dem hervorgeht, ob das Kind einer solchen sonderpädagogischen Förderung bedarf oder nicht. Nur wenn der Bescheid eine derartige Förderung bejaht, ist ein Sonderpädagoge legitimiert, dieses Kind zu unterrichten. In weiterer Folge sind die Eltern darüber aufzuklären, welche Möglichkeiten einer solchen Förderung in den Schulen bestehen. Sie können unabhängig von der Frage der Schwere der Beeinträchtigung des Kindes zwischen unterschiedlichsten Schulen wählen, wie bspw Sonderschule oder Volksschule, Hauptschule oder Unterstufe einer AHS. Fällt die Entscheidung auf die Integrationsschule, so muss in der Folge der Bezirksschulrat die passendste Form der Integration für das betreffende Kind aussuchen. Gibt es noch keine Form, die für dieses Kind geeignet ist, so muss eine solche errichtet werden. Man unterscheidet weiters die Möglichkeiten einer „Einzelintegration“ oder einer „Integrationsklasse“. Der Unterschied liegt darin, dass bei der Einzelintegration für eine gewisse Zeit ein Stützlehrer anwesend ist, während sich in einer Integrationsklasse mehrere Kinder, die alle sonderpädagogische Förderung brauchen, befinden und von einem Sonderpädagogen betreut werden.<sup>487</sup>

An dieser Stelle soll erklärt werden, was unter einem „sonderpädagogischen Förderbedarf“ zu verstehen ist. Es befindet sich eine Erläuterung dieses Begriffs in § 8 Abs 1 des Schulpflichtgesetzes<sup>488</sup>, welcher wie folgt lautet:

*„Der Bezirksschulrat hat den sonderpädagogischen Förderbedarf für ein Kind auf Antrag der Eltern oder sonstigen Erziehungsberechtigten des Kindes, auf Antrag des Leiters der Schule, dem das Kind zur Aufnahme vorgestellt worden ist oder dessen Schule es besucht oder sonst von Amts wegen festzustellen, sofern dieses infolge physischer oder psychischer Behinderung dem Unterricht in der Volks- oder Hauptschule, Neuen Mittelschule oder im Polytechnischen Schule ohne sonderpädagogische Förderung nicht zu folgen vermag. Zuständig zur Entscheidung ist der Bezirksschulrat, in dessen Bereich das Kind seinen Wohnsitz hat; wenn das*

---

<sup>487</sup> Holzinger/Wohlhart, Schulische Integration, 2009, 64 f.

<sup>488</sup> BGBl 1985/76.

*Kind bereits eine Schule besucht, ist der Bezirksschulrat, in dessen Bereich die Schule gelegen ist, zuständig. Der Bezirksschulrat hat zur Feststellung, ob ein sonderpädagogischer Förderbedarf besteht, ein sonderpädagogisches Gutachten sowie erforderlichenfalls ein schul- oder amtsärztliches Gutachten und mit Zustimmung der Eltern oder sonstigen Erziehungsberechtigten des Kindes ein schulpsychologisches Gutachten einzuholen. Ferner können Eltern oder sonstige Erziehungsberechtigte im Rahmen des Verfahrens Gutachten von Personen, welche das Kind bisher pädagogisch, therapeutisch oder ärztlich betreut haben, vorlegen. Auf Antrag der Eltern oder sonstigen Erziehungsberechtigten ist eine mündliche Verhandlung anzuberaumen. Der Bezirksschulrat hat die Eltern oder sonstigen Erziehungsberechtigten auf die Möglichkeit der genannten Antragstellungen hinzuweisen.“*

Aus dieser Definition geht hervor, dass ein sonderpädagogischer Förderungsbedarf dann vorliegt, wenn das Kind aufgrund einer körperlichen oder psychischen Behinderung nicht in der Lage ist, dem Unterricht in einer Volks-, Hauptschule, neuen Mittel- oder Polytechnischen Schule zu folgen. Es handelt sich dabei um einen pädagogischen Gedanken, der darin besteht, einem Kind zu helfen, das ohne entsprechende Maßnahmen im Unterricht nicht mitkommen würde.

Nach Holzinger und Wohlhart kommt es durch die gesetzliche Festlegung, dass ein solcher Förderungsbedarf nur für Kinder mit einer physischen oder psychischen Behinderung besteht, zu einem Ausschluss anderer Kinder. Schließlich können die unterschiedlichsten Gründe dafür verantwortlich sein, weshalb ein Kind nicht in der Lage ist einem Unterricht zu folgen, wie bspw mangelnde Sprachkenntnis, Krankheit oder auch die Qualität des Unterrichts. Die in § 8 SchPflG angeführte Definition ist daher nicht besonders gut gelungen.<sup>489</sup> Holzinger/Wohlhart fragen dezidiert: „*Wie kann denn festgestellt werden, dass ein Kind ohne sonderpädagogische Förderung dem Unterricht nicht folgen kann?*“<sup>490</sup> Eine Möglichkeit, welche mit dem „pädagogischen Ethos“ wohl nicht Hand in Hand geht, wäre, das Kind ohne eine solche Förderung in eine Klasse gehen zu lassen, bis feststeht, dass es in dieser überfordert ist und dem Unterricht nicht folgen kann. Eine andere Möglichkeit besteht

---

<sup>489</sup> Holzinger/Wohlhart, Schulische Integration, 67 f.

<sup>490</sup> Holzinger/Wohlhart, Schulische Integration, 68.

darin, einen „Experten“ beurteilen zu lassen, ob ein Kind eine sonderpädagogische Förderung benötigt oder nicht.<sup>491</sup>

§ 8 Abs 3a SchPflG sagt weiters:

*„Bei körperbehinderten und sinnesbehinderten Schülern, die in eine Sekundarschule nach Erfüllung der allgemeinen Aufnahmvoraussetzungen der jeweiligen Schulart aufgenommen werden, ist die Feststellung gemäß Abs. 1 aufzuheben. Dies gilt nicht beim Besuch einer Sonderschule.“*

In diesem Zusammenhang gibt es noch eine weitere Kritik an der im Gesetz angeführten Interpretation, welche sich auf die Unbestimmtheit der „physischen oder psychischen Behinderung“ bezieht. Es ist zwar erklärbar, was unter der in § 8 Abs 3a genannten „körperlichen Behinderung“ oder einer „Sinnesbehinderung“ zu verstehen ist, viel schwieriger ist jedoch festzulegen, was unter die in Abs 1 erwähnte „physische und psychische Behinderungen“ fällt.<sup>492</sup>

Wie schwer es ist, einen so allgemeinen Begriff wie jenen der „Behinderung“ – auch wenn man von einer „physischen“ oder „psychischen“ Behinderung spricht – zu erklären oder zu definieren, wurde bereits im ersten Kapitel dieser Arbeit aufgezeigt.

In der Zeit von 1994 bis 2007 kam es zu einem Anstieg von Schülern mit sonderpädagogischem Förderbedarf von 4.731 auf 13.741, hingegen nahm die Zahl der Schüler, die Sonderschulen besuchten, deutlich ab – von 19.000 auf 13.200.<sup>493</sup>

#### 4.1.2 Verschiedene Schulmodelle

Im Laufe der Zeit haben sich vier unterschiedliche Formen der Integration von behinderten Kindern in Schulen herausgebildet. Man kann zwischen „integrativen Klassen“, „Klassen mit Stützlehrern“, „kooperativen Klassen“ und „Förderklassen“ unterscheiden.<sup>494</sup>

„Integrative Klassen“ sind derart gestaltet, dass eine Klasse von etwa 20 Schülern, unter denen sich ca vier behinderte Kinder befinden, von zwei Lehrern - nämlich einem Volksschul- sowie einem Sonderschullehrer - betreut wird. Die behinderten

---

<sup>491</sup> Holzinger/Wohlhart, Schulische Integration, 68.

<sup>492</sup> Holzinger/Wohlhart, Schulische Integration, 69 f.

<sup>493</sup> Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, Behindertenbericht 2008. Bericht der Bundesregierung über die Lage von Menschen mit Behinderungen in Österreich 2008, 124.

<sup>494</sup> Specht, Evaluation der Schulversuche zum gemeinsamen Unterricht behinderter und nichtbehinderter Kinder. Ergebnisse einer bundesweiten Befragung von Lehrerinnen und Lehrern im Schulversuch, 1993, 48 f.

Kinder werden nach einem bestimmten Lehrplan unterrichtet. Dadurch, dass behinderte und nicht behinderte Kinder gemeinsam in einer Klasse sind, sollen Kontakte zwischen ihnen sowie gemeinsames Lernen gefördert und erreicht werden. Bei „Klassen mit Stützlehrern“ werden im Schnitt ein bis zwei behinderte Kinder in eine Volksschulklasse integriert. Zu gewissen Zeiten in der Woche ist außer dem Klassenlehrer noch ein zusätzlicher Stützlehrer anwesend, der dem Klassenlehrer beratend zur Seite steht und besonders auf die Bedürfnisse der behinderten Schüler eingeht. „Kooperative Klassen“ sind so aufgebaut, dass behinderte Schüler, die in einer Sonderschule sind, zeitweise mit nicht behinderten Schülern einer normalen Klasse gemeinsam unterrichtet werden. Je nach Art und Schwere der Behinderungen kann die Zeit des gemeinsamen Unterrichts variieren. Schließlich können in Volk- und Hauptschulen „Förderklassen“ eingerichtet werden, wenn Schüler nicht in der Lage sind, dem normalen Unterricht zu folgen; eine Förderklasse besteht maximal aus elf Schülern, welche von einem Sonderschullehrer unterrichtet werden. Auch der Wechsel eines Schülers von einer Förderklasse in eine reguläre Klasse kann, wenn es für den jeweiligen Schüler möglich ist, angestrebt werden.<sup>495</sup>

Specht kommt zu dem Resultat, dass die Integrationsklasse die beste Lösung ist, und begründet dies folgendermaßen: *„Am konsequentesten wird die Idee des gemeinsamen Unterrichts in der Modellvariante Integrative Klasse (IK) in ein organisatorisches Rahmenkonzept übersetzt, weil hier weder im Unterricht, noch von den Funktionen der beiden Lehrer eine Differenzierung nach Behinderung oder Nichtbehinderung der Kinder vorgesehen ist.“*<sup>496</sup> Daher hat sich von den angeführten Modellen die Integrationsklasse am meisten durchgesetzt.<sup>497</sup>

Ich schließe mich dieser Meinung an, weil ich davon ausgehe, dass ein generelles Umdenken in der Gesellschaft nur dann stattfinden kann, wenn die Integration von Menschen mit Behinderungen bereits so früh wie möglich beginnt. Auf diese Weise lernen sowohl behinderte als auch nichtbehinderte Kinder einen normalen und selbstverständlichen Umgang miteinander, mögliche vorhandene „Ängste“, wie man mit seinem Gegenüber umgehen soll, können abgebaut werden. Genau das wirkt sich dann auch später in der Arbeitswelt aus, da es für diese Menschen normal ist,

---

<sup>495</sup> Specht, Evaluation, 48 f.

<sup>496</sup> Specht, Evaluation, 49.

<sup>497</sup> Holzinger/Wohlhart, Schulische Integration, 82.

dass behinderte und nichtbehinderte Menschen in einer Klasse oder später an einem Arbeitsplatz zusammen sind. Es wird ein Bewusstsein gebildet, dass behinderte Menschen genauso einer Arbeit nachgehen können wie nichtbehinderte Menschen.

Anschließend soll auf die Arbeitswelt, die sich an die Schule sowie die weitere Bildung anschließt, eingegangen werden. Allein die Existenz diverser Gesetze, etwa des Behinderteneinstellungsgesetzes sowie des Behindertengleichstellungsgesetzes, die der Integration und dem Schutz vor Diskriminierungen von behinderten Menschen im Arbeitsleben dienen, zeigt, dass es diese Menschen sehr schwer haben, in der Arbeitswelt Fuß zu fassen.

#### **4.2 Integration von Menschen mit Behinderungen durch Arbeit**

Ein Thema, das in der Behindertenpolitik schon seit geraumer Zeit besondere Diskussionen auslöst, ist die Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen. Vor allem in den neunziger Jahren lebte die Diskussion in den OECD-Ländern aufgrund erlassener Antidiskriminierungsgesetze wieder auf. Es hat sich gezeigt, dass es eine gewisse Diskrepanz gibt, je nachdem ob der Ansatz auf Bürgerrechten aufbaut oder auf einem System, das die Pflicht zur Beschäftigung von „Personen mit verminderter Arbeitsfähigkeit“ vorsieht.<sup>498</sup>

Die Antidiskriminierungsgesetze, die in den neunziger Jahren in den Vereinigten Staaten und dem Vereinigten Königreich erlassen wurden, haben ua zum Inhalt, dass Menschen mit Behinderungen hinsichtlich ihrer Beschäftigung und Einstellung nicht diskriminiert werden dürfen. Existieren in einem Land derartige Antidiskriminierungsgesetze, enthalten diese eine Pflicht des Arbeit- oder Dienstgebers, den Arbeitsplatz für Menschen mit Behinderungen, die „die beruflichen Anforderungen erfüllen“, entsprechend ihrer Bedürfnissen zu gestalten. Das kann nur dann unterbleiben, wenn dies den Arbeitgeber unbillig hart treffen würde.<sup>499</sup>

Gröschke bezeichnet Arbeit als „große Integrationsmaschine“. In einer Gesellschaft, in der Menschen durch die Vergabe von Arbeit integriert werden, sollte folgendes

---

<sup>498</sup> *Organisation für Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung*, Behindertenpolitik zwischen Beschäftigung und Versorgung. Ein internationaler Vergleich, Europäisches Zentrum Wien, 2003, 191 f.

<sup>499</sup> *Organisation für Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung*, Behindertenpolitik zwischen Beschäftigung und Versorgung, 192.

Motto gelten: „*Integration durch ‚Arbeit für alle‘*“.<sup>500</sup> Es soll an dieser Stelle erwähnt werden, dass die Begriffe Inklusion und Integration nicht selten bedeutungsgleich verwendet werden. Jedoch ist es so, dass es sich hierbei um zwei unterschiedliche und zu unterscheidende Begriffe handelt. Inklusion kann „*als Streben zu einer Nichtaussonderung von behinderten Menschen*“ bezeichnet werden, während es sich bei der Integration um den „*Weg zur Inklusion*“<sup>501</sup> handelt. Inklusion möchte zweckmäßige „*Unterstützungsmöglichkeiten*“ kreieren, um behinderten Menschen in ihrer Chance und ihrem Recht auf Arbeit zu entsprechen.<sup>502</sup>

Für Menschen mit Behinderungen ist es äußerst wichtig, an der Arbeitswelt teilhaben zu können. Es sollte ihnen daher ex lege ermöglicht werden, verschiedenste Beschäftigungen ausüben zu können. In der Praxis gibt es sogenannte „Werkstätten für behinderte Menschen“. Zwar gibt es darüber hinaus auch noch andere Formen der Beschäftigung, jedoch finden sich solche bspw in Deutschland eher selten.<sup>503</sup> „*Dass behinderte Menschen durch Arbeit integriert werden, ist deren individueller Rechtsanspruch, den es durch geeignete Unterstützungsmaßnahmen umzusetzen gilt.*“<sup>504</sup> Besonders seit dem Erlass des Sozialgesetzbuches IX in Deutschland kam es in Bezug auf die Beteiligung von behinderten Menschen am Arbeitsmarkt - und daher nicht in Werkstätten für behinderte Menschen - zu einem Fortschritt.<sup>505</sup>

Erwerbstätig zu sein und einer Arbeit nachzugehen ist für alle, behinderte sowie nicht behinderte Menschen, „*eine wesentliche Grundlage menschlichen Daseins.*“<sup>506</sup> Das betrifft auch Menschen mit Lernschwierigkeiten, die eine Schule für Lernbehinderte besucht haben. Oft kommt es nie zu einer Integration dieser Menschen in den Arbeitsmarkt, was dazu führt, dass sie in materieller Hinsicht schlechter gestellt bleiben und auch meist von der Gesellschaft isoliert sind. Gelingt es, diese Menschen am allgemeinen Arbeitsmarkt zu integrieren, so ermöglicht man ihnen, dass sie sowohl in sozialer als auch in gesellschaftlicher Hinsicht Anschluss finden

---

<sup>500</sup> Gröschke, Arbeit, Behinderung, Teilhabe. Anthropologische, ethische und gesellschaftliche Bezüge, 2011, 106 f.

<sup>501</sup> Kühn/Rüter, Arbeitsmarkt und Behinderung, 16.

<sup>502</sup> Kühn/Rüter, Arbeitsmarkt und Behinderung, 15.

<sup>503</sup> Kühn/Rüter, Arbeitsmarkt und Behinderung. Neue Anforderungen an die Soziale Arbeit?, 2008, 9.

<sup>504</sup> Kühn/Rüter, Arbeitsmarkt und Behinderung, 13.

<sup>505</sup> Kühn/Rüter, Arbeitsmarkt und Behinderung, 13.

<sup>506</sup> Kaßelmann/Rüttgers, Projekt Integration. 8 Jahre danach. Verbleib- und Verlaufsstudie der von Integrationsfachdiensten in Westfalen-Lippe in den Jahren 1994 - 1997 auf den allgemeinen Arbeitsmarkt vermittelten schwerbehinderten Menschen mit Lernschwierigkeiten, 2005, [http://www.lwl.org/abt61-download/PDF/broschueren/Verbleibstudie\\_Endbericht.pdf](http://www.lwl.org/abt61-download/PDF/broschueren/Verbleibstudie_Endbericht.pdf) [07.02.2013].

und auf diese Weise ihr Leben eigenständig und selbstbestimmt führen können. Besonders für diese Menschen - die oft kaum über soziale Kontakte verfügen - scheint Arbeit bzw Erwerbstätigkeit eine Chance zu sein, um solche knüpfen zu können.<sup>507</sup> Rauch ist der Meinung: *„Teilhabe am Arbeitsleben ist gerade für Menschen mit Behinderungen eine wichtige Voraussetzung für ein gleichberechtigtes Miteinander in der Gesellschaft.“*<sup>508</sup>

Im Anschluss soll anhand der Schilderung der maßgeblichen Bestimmungen im Behinderteneinstellungsgesetz gezeigt werden, was Ziel und Hintergrund dieser Regelungen in Bezug auf die Einstellung behinderter Menschen ist. Behinderteneinstellungsgesetz

Die Idee der Behinderteneinstellung hatte ihren Anfang 1920, als man mit dem Invalidenbeschäftigungsgesetz versuchte möglichst viele „Kriegsbeschädigte“ wieder in die Arbeitswelt miteinzubeziehen. 1946 folgte das Invalideneinstellungsgesetz, welches wie schon das Invalidenbeschäftigungsgesetz eine Einstellungspflicht normierte aber darüber hinaus auch besondere Regelungen betreffend der Kündigung und der Entlassung enthielt. Aus der gesellschaftlichen Entwicklung über Jahrzehnte hinweg erfolgte 1988 ua eine Umbenennung in das Behindertensteinstellungsgesetz.<sup>509</sup> Dieses enthält viele wichtige Regelungen, wie ua die der Beschäftigungspflicht, der Ausgleichstaxe sowie des besonderen Kündigungsschutzes behinderter Menschen. Auf diese soll an dieser Stelle näher eingegangen werden, da sie von wesentlicher Bedeutung sind. Weitere Bestimmungen dieses Gesetzes normieren antidiskriminierungsrechtliche Regeln, auf welche im nachfolgenden Abschnitt eingegangen wird.

#### 4.2.1 Beschäftigungspflicht

Das BEinstG normiert in seinem § 1 die Beschäftigungspflicht für begünstigt Behinderte. Die Norm lautet folgendermaßen:

*„(1) Alle Dienstgeber, die im Bundesgebiet 25 oder mehr Dienstnehmer (§ 4 Abs. 1) beschäftigen, sind verpflichtet, auf je 25 Dienstnehmer mindestens einen begünstigten Behinderten (§ 2) einzustellen. Dieses Bundesgesetz ist nicht*

---

<sup>507</sup> Kaßelmann/Rüttgers, Projekt Integration, [07.02.2013].

<sup>508</sup> Rauch in Bieker, *Teilhabe am Arbeitsleben. Wege der beruflichen Integration von Menschen mit Behinderung*, 2005, 25.

<sup>509</sup> Reissner in *Prettenthaler-Ziegerhofer*, *Menschen mit Behinderung. Die arbeitsrechtliche Situation von Menschen mit Behinderung*, Graz, 2006, 299.

*anzuwenden auf internationale Organisationen im Sinne des 1 Abs. 7 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1977 über die Einräumung von Privilegien und Immunitäten an internationale Organisationen, BGBl. Nr. 677/1977.*

*(2) Der Bundesminister für Arbeit, Gesundheit und Soziales kann die Zahl der nach Abs. 1 zu beschäftigenden Behinderten (Pflichtzahl) für bestimmte Wirtschaftszweige durch Verordnung derart abändern, daß nur auf je höchstens 40 Dienstnehmer mindestens ein begünstigter Behinderter einzustellen ist. Voraussetzung hierfür ist, daß die Beschäftigung von Behinderten auf Grund der diesen Wirtschaftszweigen eigentümlichen Strukturen in dem im Abs. 1 vorgesehenen Ausmaß auch unter Nutzung aller technischen Möglichkeiten und Unterstützungsstrukturen nicht möglich ist. Ferner kann der Bundesminister für Arbeit, Gesundheit und Soziales durch Verordnung bestimmen, daß Dienstgeber Arbeitsplätze, die sich für die Beschäftigung von Behinderten besonders eignen, diesen Behinderten oder bestimmten Gruppen von Behinderten vorzubehalten haben. Auf den Bund, die Länder und die Gemeinden findet der erste Satz keine Anwendung.“*

Das Ziel dieser Regelung ist es, dass sogenannte „begünstigte Behinderte“ in die Arbeitswelt integriert werden. Das Gesetz verpflichtet den Dienstgeber bei einer bestimmten Anzahl an Dienstnehmern auch einen begünstigten Behinderten einzustellen. Kann der Dienstgeber das nicht tun, so muss er eine Ausgleichstaxe gem § 9 BEinstG bezahlen, welche für bestimmte Hilfeleistungen für Behinderte benutzt wird. Damit für den Dienstgeber diese Zahlungspflicht wegfällt, reicht es nicht aus, beim Arbeitsmarktservice einen Antrag auf Zuweisung von begünstigten Behinderten zu stellen, welcher dann womöglich ergebnislos bleibt.<sup>510</sup>

Unter „begünstigten Behinderten“ gem § 2 BEinstG werden Personen verstanden, die mindestens einen Grad der Behinderung von 50 % aufweisen. Um den Status eines begünstigten Behinderten zu bekommen, muss ein Antrag beim Bundessozialamt gestellt werden. Das Bundessozialamt stellt, nach der Beurteilung durch ärztliche Sachverständige, einen Bescheid über das Vorliegen einer begünstigten Behinderung aus.<sup>511</sup>

---

<sup>510</sup> Widy/Ernst, Behinderteneinstellungsgesetz, 2011, 259 f.

<sup>511</sup> Reissner in Prettenthaler-Ziegerhofer, Menschen mit Behinderung. Die arbeitsrechtliche Situation von Menschen mit Behinderung, 300.

Erfüllt ein Dienstgeber, der gesetzlich dazu verpflichtet wäre, die Beschäftigungspflicht nicht, so muss er eine sogenannte Ausgleichstaxe bezahlen, welche an dieser Stelle näher beschrieben wird.

#### 4.2.2 Ausgleichstaxe

Stellt der Dienstgeber keinen begünstigten Behinderten ein, ist er zur Zahlung einer Ausgleichstaxe verpflichtet. Zweck davon ist es, wieder eine Äquivalenz herzustellen, die bei einer Nichtanstellung und der Nichtzahlung einer solchen Taxe nicht gegeben wäre. Denn bei einer Anstellung eines begünstigten Behinderten hätte der Dienstnehmer durch häufigere Krankenstände, Zusatzurlaube und durch eventuell vorzunehmende Veränderungen des Arbeitsplatzes ebenfalls erhöhte Kosten.<sup>512</sup> „Die Ausgleichstaxe ist daher weder eine Steuer noch eine (Verwaltungs-) Strafe, sondern eine verwaltungsrechtliche Geldleistung besonderer Art.“<sup>513</sup> Die Taxe führt somit zu einem Ausgleich zwischen Dienstgebern, die ihrer Beschäftigungspflicht nachkommen und begünstigte Behinderte einstellen, und Dienstgebern, die begünstigte Behinderte überhaupt nicht einstellen können oder wollen.<sup>514</sup>

§ 9 BEinstG regelt die Ausgleichstaxe und lautet:

*„(1) Vom Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen ist die Entrichtung einer Ausgleichstaxe alljährlich für das jeweils abgelaufene Kalenderjahr mittels Bescheides vorzuschreiben, wenn die Beschäftigungspflicht nicht erfüllt ist.*

*(2) Die Ausgleichstaxe beträgt für jede einzelne Person, die zu beschäftigen wäre, ab 1. Jänner 2011 monatlich 226 Euro. Abweichend davon beträgt die Ausgleichstaxe für Dienstgeber, die 100 oder mehr Dienstnehmer beschäftigen, für jede Person, die zu beschäftigen wäre, ab 1. Jänner 2011 monatlich 316 Euro und für Dienstgeber, die 400 oder mehr Dienstnehmer beschäftigen, für jede Person, die zu beschäftigen wäre, ab 1. Jänner 2011 monatlich 336 Euro. Diese Beträge sind ab 1. Jänner 2012 und in der Folge mit Wirkung vom 1. Jänner eines jeden Jahres mit dem für den Bereich des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes festgesetzten Anpassungsfaktor zu vervielfachen. Die vervielfachten Beträge sind auf den nächsten vollen Eurobetrag zu runden, dabei sind Beträge unter 50 Cent zu vernachlässigen und Beträge von 50 Cent an auf einen vollen Euro zu ergänzen. Die*

<sup>512</sup> Widy/Ernst, Behinderteneinstellungsgesetz, 480.

<sup>513</sup> Widy/Ernst, Behinderteneinstellungsgesetz, 480.

<sup>514</sup> Widy/Ernst, Behinderteneinstellungsgesetz, 480.

*gerundeten Beträge sind der folgenden Anpassung zugrunde zu legen. Der Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz hat die jeweilige Höhe der Ausgleichstaxe mit Verordnung festzustellen. Diese Verordnung kann auch rückwirkend in Kraft gesetzt werden.“*

Beschäftigt ein Unternehmen 25 Arbeitnehmer oder mehr, so ist es verpflichtet, einen begünstigten Behinderten einzustellen. Die Ausgleichstaxe beträgt gem dem Stand 2014 pro Monat und pro zu beschäftigenden begünstigten Behinderten € 244. Beschäftigt ein Dienstnehmer mehr als 100 Arbeitnehmer, beträgt die Taxe € 342 und bei mehr als 400 Arbeitnehmern € 364.<sup>515</sup> Im Jahr 2006 gab es 92.551 zu besetzende Pflichtstellen, von welchen 60.053 mit begünstigten Behinderten besetzt waren. Daher waren 32.498 Stellen unbesetzt, was bedeutet, dass die Quote zu 65 % erfüllt wurde.<sup>516</sup> Eingehoben wird der Betrag der Ausgleichstaxe vom Bundessozialamt und in der Folge zum Zweck der Behindertenförderung benutzt. Wenn ein Arbeitgeber einen begünstigten Behinderten beschäftigt, der in Ausbildung ist, so erhält der Arbeitgeber nach § 9 a BEinstG eine Prämie, die der Höhe der Ausgleichstaxe entspricht.<sup>517</sup>

#### 4.2.3 Besonderer Kündigungsschutz

Da das Behinderteneinstellungsgesetz die Integration von behinderten Menschen in die Arbeitswelt zum Ziel hat, normiert es einige Schutzmaßnahmen, die zur Erreichung dieses Zieles beitragen sollen. Neben der bereits erläuterten Beschäftigungspflicht gibt es auch besondere Kündigungsschutzvorschriften. Während die Beschäftigungspflicht dazu da ist, dass ein behinderter Mensch überhaupt einen Arbeitsplatz bekommt, dient der Kündigungsschutz dazu, dass der angestellte begünstigte Behinderte diesen auch behält.<sup>518</sup>

Allgemein erfolgt im Arbeitsrecht eine Differenzierung zwischen allgemeinem, besonderem und individuellem Kündigungs- und Entlassungsschutz. In Bezug auf Menschen mit Behinderungen spielen alle drei Varianten eine Rolle, wobei der

---

<sup>515</sup> N.N., Ausgleichstaxe und Prämie, bundessozialamt.gv.at, [http://www.bundessozialamt.gv.at/basb/UnternehmerInnen/Ausgleichstaxe\\_und\\_Praemie](http://www.bundessozialamt.gv.at/basb/UnternehmerInnen/Ausgleichstaxe_und_Praemie) [06.01.2014].

<sup>516</sup> Bundesministerium, Behindertenbericht 2008, 147.

<sup>517</sup> Reissner in Prettenthaler-Ziegerhofer, Menschen mit Behinderung. Die arbeitsrechtliche Situation von Menschen mit Behinderung, 300.

<sup>518</sup> Widy/Ernst, Behinderteneinstellungsgesetz, 378.

besondere Kündigungs- und Entlassungsschutz gem § 8 BEinstG von maßgeblicher Bedeutung ist.<sup>519</sup>

#### 4.2.3.1 Kündigung

Kommt es bei einem begünstigten Behinderten, der ein Arbeitsverhältnis, das ab dem 01.01.2011 begründet wurde, und welches noch nicht länger als vier Jahre besteht, zu einer Kündigung, so bedarf es gem § 8 Abs 6 lit b BEinstG keiner Zustimmung durch den Behindertenausschuss. Ebenfalls keine Zustimmung braucht es bei einer Kündigung eines noch nicht begünstigten Behinderten binnen der ersten sechs Monate, wenn es während dieses Arbeitsverhältnisses zur Feststellung der Begünstigteneigenschaft kommt. Auch dieses Arbeitsverhältnis darf nicht vor dem 01.01.2011 begründet worden sein. Wird bspw bei einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis nach dem 01.01.2011 begründet wurde, nach zwei Jahren die Begünstigteneigenschaft festgestellt, so kann der Arbeitgeber eine Kündigung nur mit der Zustimmung des Behindertenausschusses vornehmen. Wäre der Status des begünstigten Behinderten bereits vor Begründung des Arbeitsverhältnisses festgestellt worden, so wäre eine zustimmungsfreie Kündigung vier Jahre lang möglich.<sup>520</sup> Eine Kündigung darf nur unter der Einhaltung einer vierwöchigen Kündigungsfrist erfolgen.

Bei dem Behindertenausschuss handelt es sich um eine Verwaltungsbehörde, welche beim Bundessozialamt eingerichtet ist.<sup>521</sup> Eine Zustimmung zu einer Kündigung durch den Behindertenausschuss erfolgt nur dann, wenn dem Dienstgeber eine Weiterbeschäftigung der betreffenden Person nicht mehr zugemutet werden kann. Wann derartige Fälle vorliegen, ist demonstrativ in § 8 Abs 4 BEinstG geregelt. Eine Weiterbeschäftigung ist dem Dienstgeber ua dann nicht mehr zuzumuten, wenn der Tätigkeitsbereich des Behinderten entfällt und der Dienstgeber darlegt, dass der Behinderte *„trotz seiner Zustimmung an einem anderen geeigneten Arbeitsplatz ohne erheblichen Schaden nicht weiterbeschäftigt werden kann“*. Ein weiterer Fall ist, wenn der begünstigte Behinderte nicht mehr in der Lage ist die vereinbarte Leistung zu erbringen und keine Aussicht auf eine baldige Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit besteht. Schließlich ist dem

---

<sup>519</sup> Reissner in Prettenhaler-Ziegerhofer, Menschen mit Behinderung. Die arbeitsrechtliche Situation von Menschen mit Behinderung, 300.

<sup>520</sup> Rauch, Änderungen im Behinderteneinstellungsgesetz, ASoK 2011, 61 f.

<sup>521</sup> Reissner in Prettenhaler-Ziegerhofer, Menschen mit Behinderung. Die arbeitsrechtliche Situation von Menschen mit Behinderung, 302.

Dienstgeber eine Weiterbeschäftigung dann unzumutbar, wenn eine beharrliche Pflichtverletzung im Rahmen des Dienstverhältnisses stattgefunden hat. Eine beharrliche Pflichtverletzung läge bspw dann vor, wenn ein begünstigter Behinderter gegenüber einem Arbeitskollegen immer wieder herabwürdigende oder beschimpfende Äußerungen von sich gibt und sich die andere Person dadurch gefährdet und bedroht fühlt. Führt ein Gespräch mit dem Dienstgeber zu keiner Änderung des Zustandes gem § 8 Abs 4 BEinstG, so liegt eine beharrliche Pflichtverletzung vor, zu welcher der Behindertenausschuss seine Zustimmung zur Kündigung erteilt.<sup>522</sup>

Für begünstigte Behinderte besteht demnach ein erhöhter Kündigungsschutz, der sich darin manifestiert, dass der Behindertenausschuss seine Zustimmung erteilen muss, bevor eine rechtswirksame Kündigung ausgesprochen werden kann. Eine Person, die zwar behindert ist, bei der aber keine begünstigte Behinderung vorliegt, unterliegt dem allgemeinen Kündigungs- und Entlassungsschutz gem § 105 ff ArbVG, der alle Arbeitnehmer umfasst. In einem derartigen Fall wird eine sozialwidrige Kündigung angefochten, im Zuge welcher ein Interessensausgleich zwischen einer drohenden sozialen Beeinträchtigung des Arbeitnehmers und persönlichen und betrieblichen Gründen des Arbeitgebers stattfindet. Nach Abwägung der Positionen und der Interessen entscheidet das Gericht für den Arbeitnehmer oder den Arbeitgeber. Handelt es sich bei der behinderten Person jedoch um jemanden, der den Status eines begünstigt Behinderten hat, so unterliegt dieser dem besonderen Kündigungs- und Entlassungsschutz gem dem BEinstG.<sup>523</sup>

Sobald alle Voraussetzungen gegeben sind, die den Status des begünstigten Behinderten begründen, gilt für diese Person der besondere Kündigungsschutz. Der früheste mögliche Zeitpunkt ist jener des Einlangens des Antrages beim Bundessozialamt, mit welchem die begünstigte Behinderung festgestellt werden soll. Nach § 14 Abs 2 BEinstG gelten Begünstigungen dieses Gesetzes ab dem Ersten des Monats, in welchem ein Antrag einlangte, sofern dieser sofort nach dem Vorliegen der Behinderung gestellt wurde. Zur Verdeutlichung sei folgendes Beispiel angeführt: Ein Arbeitnehmer weist nach einer schweren Gesundheitsstörung eine Behinderung auf, welche mit 05. Jänner 2006 eintritt. Am 09. Jänner 2006 wird

---

<sup>522</sup> Schäfer, Diskriminierungsschutz für behinderte Menschen. Eine Analyse der Novelle des Behinderteneinstellungsgesetzes, FJ, 2006, 96 ff.

<sup>523</sup> Reissner in Prettenhaler-Ziegerhofer, Menschen mit Behinderung. Die arbeitsrechtliche Situation von Menschen mit Behinderung, 301.

dieser Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber gekündigt. Sodann, am 11. Jänner 2006, stellt der Arbeitnehmer einen Antrag beim Bundessozialamt. Dieses erlässt einen rechtskräftigen Bescheid mit der Feststellung der Behinderteneigenschaft am 04. April 2006. Obwohl der Bescheid grundsätzlich auf den 11. Jänner 2006 – dem Tag der Antragstellung – zurückwirken würde, weist er im konkreten Fall auf den 01. Jänner 2006 zurück, da der Antrag unverzüglich nach Eintritt der Behinderung gestellt wurde. Dies führt dazu, dass die Kündigung durch den Arbeitgeber rechtsunwirksam ist.<sup>524</sup>

#### 4.2.3.2 Entlassung

An dieser Stelle soll, aufgrund einer OGH-Entscheidung<sup>525</sup>, auch auf die Frage der Zulässigkeit von Entlassung von begünstigten Behinderten eingegangen werden.

§ 27 Z 2 AngG<sup>526</sup> regelt den Entlassungsgrund der Dienstunfähigkeit. Dieser Entlassungsgrund liegt dann vor, *„wenn der Angestellte unfähig ist, die versprochenen oder die den Umständen nach angemessenen Dienste zu leisten“*. Voraussetzung für das Vorliegen dieses Entlassungsgrundes ist laut OGH, dass die Dienstunfähigkeit von derart langer Dauer ist, dass dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden kann dieses Arbeitsverhältnis weiterzuführen. Das ist dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer zur Erbringung der vertraglich vereinbarten Tätigkeit nicht mehr in der Lage ist. Aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ergibt sich jedoch, dass er einem Arbeitnehmer, der zur Erfüllung seiner Aufgaben nur mehr beschränkt fähig ist, nach Möglichkeit andere Aufgaben zu geben. Dies jedoch nur dann, wenn dafür nicht eine Umorganisation des Betriebes vonnöten ist. Beim Entlassungstatbestand der dauernden Dienstunfähigkeit wird kein Verschulden des Arbeitnehmers vorausgesetzt.<sup>527</sup>

Eine Entlassung infolge einer Dienstunfähigkeit betrifft aufgrund der genannten Kriterien besonders Menschen mit Behinderungen. Denn die Voraussetzung, dass die Dienstunfähigkeit nicht bloß von kurzer Dauer oder vorübergehend ist, erinnert an die Definition der Behinderung in § 3 BEinstG, der von einer „nicht nur

---

<sup>524</sup> Reissner in Prettenhaler-Ziegerhofer, Menschen mit Behinderung. Die arbeitsrechtliche Situation von Menschen mit Behinderung, 302.

<sup>525</sup> OGH 21.02.2013, 9 ObA 127/12k.

<sup>526</sup> BGBl I 1975/418.

<sup>527</sup> Mayer, Entlassung von Menschen mit Behinderungen als unzulässige Diskriminierung?, wbl 2013, 430.

vorübergehenden - somit mehr als sechs Monate andauernden - Funktionsbeeinträchtigung“ spricht.

In einer Entscheidung aus 2013 beschäftigte sich der OGH mit der Entlassung eines begünstigten Behinderten. Wie bereits erwähnt handelt es sich bei begünstigt Behinderten um Personen, die einen Behinderungsgrad von mehr als 50 % aufweisen. Der OGH sprach in der Entscheidung aus, dass eine Entlassung wegen Dienstunfähigkeit bei begünstigten Behinderten nur in Ausnahmefällen möglich ist, da diese dem besonderen Kündigungsschutz unterliegen. Der OGH äußerte sich auch zum Diskriminierungsschutz aus europarechtlicher Sicht, der alle Menschen mit Behinderungen schützt unabhängig vom Grad ihrer Behinderung. Aufgrund dessen stellt Mayer die Frage, *„ob im Lichte des Diskriminierungsschutzes unter Umständen auch eine Entlassung nicht dem besonderen Kündigungsschutz unterliegender Menschen mit Behinderungen wegen Dienstunfähigkeit nicht bzw nur mehr eingeschränkt zulässig ist.“*<sup>528</sup>

Wie bereits erwähnt muss bei einer Kündigung eines begünstigt Behinderten, die Zustimmung des Behindertenausschusses eingeholt werden. Der Behindertenausschuss muss bei dieser Entscheidung die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers berücksichtigen und prüfen, ob diesem ein Verlust seines Arbeitsplatzes zumutbar ist. Wann eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber nicht mehr zumutbar ist, geht aus § 8 Abs 4 BEinstG hervor. Das ist ua dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer nicht mehr fähig ist die vereinbarte Arbeit zu erbringen und mit keiner baldigen Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit zu rechnen ist. Der OGH sprach nun in der genannten Entscheidung aus, dass eine derartige Entlassung nicht mehr als zulässig erachtet wird. Wenn für eine zulässige Kündigung nach § 8 Abs 4 lit b BEinstG Voraussetzung ist, dass es keine Ersatzarbeitsplätze gibt, so geht daraus hervor, dass der Gesetzgeber auf die gleichen Kriterien abstellt, wie der OGH in seiner Rechtsprechung bezüglich des Entlassungsrechts des Arbeitgebers. Daher kann dem Arbeitgeber die Einhaltung von Kündigungsfristen und des Verfahrens der Zustimmung durch den Behindertenausschuss zugemutet werden. Der OGH sprach allerdings auch aus, dass die Einhaltung des Kündigungsverfahrens dem Arbeitgeber ausnahmsweise

---

<sup>528</sup> Mayer, Entlassung von Menschen mit Behinderungen als unzulässige Diskriminierung?, wbl 2013, 430.

doch nicht zumutbar ist und zwar dann, wenn der Arbeitnehmer nicht nur in seinem Betrieb, sondern auch am „allgemeinen Arbeitsmarkt“ nicht mehr arbeitsfähig ist. Diese Einschränkung ist für Mayer nicht nachvollziehbar, da dieser Umstand auf die Zumutbarkeit für den jeweiligen Arbeitgeber keinen Einfluss hat. Mayer argumentiert viel mehr so, dass im Zuge einer Interessensabwägung bei Vorliegen einer generellen Arbeitsunfähigkeit wesentlich mehr Gründe gegen eine Entlassung sprechen, da in einem solchen Fall der Arbeitnehmer ein besonders großes Interesse daran hat, seinen Arbeitsplatz zu behalten. Daher sind Entlassungen infolge einer Dienstunfähigkeit eines begünstigt Behinderten nicht zulässig – nach Mayer vollkommen unabhängig davon, ob die konkrete Person bloß im jeweiligen Betrieb oder zusätzlich auch am allgemeinen Arbeitsmarkt arbeitsunfähig ist.<sup>529</sup>

*„Dass der Gesetzgeber im Gesetzestext selbst oder in den Materialien eine entsprechende Klarstellung hätte treffen können ist richtig, muss aber nicht zwingend als bewusste Wertung des Gesetzgebers zu sehen sein. Die Tatsache des Fehlens eines besonderen Entlassungsschutzes spricht ebenfalls nicht zwingend dagegen, dass in einzelnen Bereichen - insbesondere im Hinblick auf § 8 Abs 4 lit b BEinstG - das Entlassungsrecht des Dienstgebers eingeschränkt sein kann. Die ausdrückliche Normierung der dauernden Dienstunfähigkeit als Kündigungsgrund mit der Novelle BGBl I 1999/17 lässt vielmehr darauf schließen, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass dem Dienstgeber in der Regel die Einhaltung des entsprechenden Vorverfahrens gemäß § 8 Abs 2 BEinstG zumutbar ist.“<sup>530</sup>*

Eine Entlassung wegen Dienstunfähigkeit infolge einer Behinderung kann uU eine mittelbare Diskriminierung darstellen. Dann wäre in der Folge zu prüfen, ob diese Diskriminierung sachlich gerechtfertigt ist. Es ist zu überlegen, ob unter die Pflicht des Arbeitgebers gewisse Fördermaßnahmen zu ergreifen, auch jene fällt, einen anderen Arbeitsplatz für die betroffene Person zu suchen. Das würde bedeuten, dass eine solche Entlassung nur dann zulässig ist, wenn die betroffene Person trotz der (vergeblichen) Suche eines Ersatzarbeitsplatzes nicht mehr in diesem Betrieb eingesetzt werden kann. Ist ein Arbeitnehmer für seinen Arbeitgeber wegen seiner

---

<sup>529</sup> Mayer, Entlassung von Menschen mit Behinderungen als unzulässige Diskriminierung?, wbl 2013, 431.

<sup>530</sup> OGH 21.02.2013, 9 ObA 127/12k.

Dienstunfähigkeit „unverwendbar“, ist daher von keiner Diskriminierung auszugehen und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gilt als gerechtfertigt.<sup>531</sup>

Kommt es zu einer Entlassung eines begünstigt Behinderten, so ist in diesem Fall sein Rechtsschutz deutlich beschränkt, weil das Verfahren welches für Kündigungen vorgesehen ist, nicht eingehalten werden muss. Mayer meint dazu *„Leitet man nun mit dem OGH aus § 8 Abs 4 lit b BEinstG ab, dass dem AG die Einhaltung des Kündigungsverfahrens (auch) bei bestehender Dienstunfähigkeit des AN grundsätzlich zumutbar ist, dieser durch Einhaltung des diesbezüglichen Verfahrens also nicht unverhältnismäßig belastet ist, scheint die Erforderlichkeit und damit die Rechtfertigung einer fristlosen, an keinerlei Verfahren gebundenen Entlassung jedenfalls in Bezug auf besonders kündigungsgeschützte begünstigte Behinderte zweifelhaft“*.<sup>532</sup> Zwar ist es in Ordnung, dass für den Arbeitgeber durch die „Verpflichtung zur Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses“ keine unzumutbare Belastung entsteht, jedoch ist hierzu eine Entlassung des Arbeitnehmers ohne Einhaltung des Zustimmungsverfahrens bzw jeglicher Fristen aufgrund der sich aus dem Gesetz ergebenden Werten nicht erforderlich. Somit handelt es sich bei einer Kündigung, nicht aber bei einer Entlassung um ein geeignetes, erforderliches und angemessenes Mittel.<sup>533</sup>

Aus einer Studie, welche sich damit auseinandersetzte, welche Faktoren für Unternehmen die Einstellung von Behinderten hemmen und welche sie fördern würden, ergab sich Folgendes: Der Hauptgrund, der die Unternehmen an einer Einstellung von schwerbehinderten Menschen hindert, besteht im besonderen Kündigungsschutz, der für diese Menschen gilt. Weiters wurden „Arbeitsanforderungen“ genannt, die eine Beschäftigung von Schwerbehinderten nicht ermöglichen.<sup>534</sup> Behinderung ist mitunter – neben mangelnder beruflicher Ausbildung sowie höherem Alter – einer der Hauptfaktoren dafür, dass jemand arbeitslos ist.<sup>535</sup>

---

<sup>531</sup> Mayer, Entlassung von Menschen mit Behinderungen als unzulässige Diskriminierung?, wbl 2013, 432.

<sup>532</sup> Mayer, Entlassung von Menschen mit Behinderungen als unzulässige Diskriminierung?, wbl 2013, 432.

<sup>533</sup> Mayer, Entlassung von Menschen mit Behinderungen als unzulässige Diskriminierung?, wbl 2013, 432.

<sup>534</sup> Rauch in Bieker, Teilhabe am Arbeitsleben, 32.

<sup>535</sup> Rauch in Bieker, Teilhabe am Arbeitsleben, 34.

### 4.3 Antidiskriminierungsrechtliche Bestimmungen des BEinstG

In diesem Abschnitt wird auf die §§ 7a bis 7r BEinstG eingegangen, die im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG novelliert wurden. Nachdem erst die Richtlinie kurz geschildert wird, werden anschließend die genannten Bestimmungen sowie einige OGH als auch EuGH-Entscheidungen dargelegt.

#### 4.3.1 Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG

Die „Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf“ wurde im Jahr 2000 aufgrund Art 13 EG-Vertrag erlassen. Durch die Umsetzung dieser Richtlinie kam es zur Novellierung der §§ 7a bis 7r des BEinstG, in welchen das Diskriminierungsverbot in der Arbeitswelt umfassend geregelt wurde. Im Zuge dessen kam es darüber hinaus zur Novellierung einiger Bestimmungen im Bundesbehindertengesetz, im Bundessozialamtgesetz, im Gleichbehandlungsgesetz, im Bundesgesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft als auch im Bundes-Gleichbehandlungsgesetz.<sup>536</sup> Von der Novelle, welche gemäß § 25 Abs 10 BEinstG mit 01.01.2006 in Kraft trat, werden klassische Arbeitsverhältnisse, Lehrverhältnisse, freie Dienstverträge und sonstige arbeitnehmerähnliche Verhältnisse umfasst.<sup>537</sup> Der Geltungsbereich der Bestimmungen §§ 7a bis 7q BEinstG wird in § 7a Abs 1 BEinstG geregelt. Ausgeschlossen sind Dienstverhältnisse der land- und forstwirtschaftlichen Arbeiter sowie arbeitnehmerähnliche Beschäftigungsverhältnisse zum Land, einem Gemeindeverband oder einer Gemeinde.<sup>538</sup>

#### 4.3.2 Diskriminierungsverbot gem § 7b BEinstG

Die zentralen Bestimmungen der antidiskriminierungsrechtlichen Normen des BEinstG sind das in § 7b BEinstG normierte „Diskriminierungsverbot“, die in § 7c BEinstG geregelte „Diskriminierung“ sowie die in § 7d BEinstG geregelte „Belästigung“. Auf diese Tatbestände wird im Folgenden näher eingegangen.

---

<sup>536</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, Gleichbehandlungsgesetz, 2009, § 7a BeinstG Rz 1-4.

<sup>537</sup> Schäfer, Diskriminierungsschutz für behinderte Menschen. Eine Analyse der Novelle des Behinderteneinstellungsgesetzes, FJ, 2006, 96 ff.

<sup>538</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, Gleichbehandlungsgesetz, § 7a BeinstG Rz 6.

Das Diskriminierungsverbot gem § 7b BEinstG lautet folgendermaßen:

*„Auf Grund einer Behinderung darf im Zusammenhang mit einem Dienstverhältnis gemäß § 7 a Abs. 1 Z 1, Abs. 2 und 4 sowie in der sonstigen Arbeitswelt im Sinne des § 7 a Abs. 1 Z 2 bis 4 niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden (...)“*

Während Abs 1 dieser Bestimmung eine unmittelbare und mittelbare Diskriminierung aufgrund einer Behinderung verbietet und in den Ziffern 1 bis 9 die Sachverhalte schildert, bei deren Vorliegen eine Diskriminierung untersagt wird, erklärt § 7c, was unter einer unmittelbaren und einer mittelbaren Diskriminierung zu verstehen ist. Die Ziffern 1 bis 7 gehen auf Diskriminierungsverbote ein, die im Kontext eines Dienstverhältnisses entstehen und auftreten, während sich die Ziffern 8 bis 10 auf die „sonstige Arbeitswelt“, wie etwa Diskriminierungen beim Zugang zu einer Berufsberatung, einer Berufsausbildung und einer beruflichen Weiterbildung sowie Diskriminierungen bei der Mitgliedschaft als auch Mitwirkung in einer Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberorganisation sowie in anderen derartigen Organisationen, beziehen.<sup>539</sup>

Ein Dienstgeber ist nach § 7b Abs 1 Z 6 BEinstG - welcher besagt, dass bei den „sonstigen Arbeitsbedingungen“ keine Diskriminierung erfolgen darf - dazu verpflichtet, alle Ressourcen, die zur Ausführung der Arbeit notwendig sind, zugänglich zu machen. Darunter kann Unterschiedliches, wie bspw der Zugang zu Räumlichkeiten oder zu Informationen, subsumiert werden.<sup>540</sup>

Sowohl § 7b Abs 1 Z 2 BEinstG als auch § 7b Abs 2 BEinstG normieren das Verbot der Diskriminierung bei der Entgeltfestsetzung und Entlohnung. Während § 7b Abs 1 Z 2 BEinstG eine Diskriminierung „bei der Festsetzung des Entgelts“ regelt, bezieht sich Abs 2 auf Diskriminierungen bei kollektivvertraglichen Regelungen. Der darauffolgende § 7b Abs 3 BEinstG erweitert diese Regelung auf den öffentlichen Dienst. Im Sinne des Abs 2 und 3 wäre es bspw verboten, Kriterien, die auf körperliche Fähigkeiten oder den Gesundheitszustand Bezug nehmen, aufzustellen. Es ist klar, dass ein Dienstnehmer mit einer Behinderung derartige Kriterien nicht erfüllen kann.<sup>541</sup>

---

<sup>539</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, Gleichbehandlungsgesetz, § 7b BeinstG Rz 1.

<sup>540</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, Gleichbehandlungsgesetz, § 7b BeinstG Rz 3.

<sup>541</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, Gleichbehandlungsgesetz, § 7b BeinstG Rz 4.

Durch § 7b Abs 5 BEinstG wird der Geltungsbereich auf Angehörige – laut Gesetz auf „jeden Elternteil (...), der auf Grund der Behinderung eines Kindes (Stief-, Wahl-, Pflegekindes) diskriminiert wird, dessen behinderungsbedingte erforderliche Betreuung er wahrnimmt“ erstreckt. Weiters fallen unter Angehörige auch Ehe- sowie Lebenspartner, Geschwister und Verwandte in gerader Linie.<sup>542</sup> Abs 6 besagt, dass ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Abs 1 zugleich auch eine Verletzung der Dienstpflicht darstellt.

Dass der Diskriminierungsschutz nicht bloß die behinderte Person selbst umfasst, sondern auch deren Angehörige – wie Eltern, Stief-, Wahl- und Pflegeeltern –, die mit der behinderten Person in einer Beziehung stehen, geht aus der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Coleman“ hervor. Um die Problematik, die bei Diskriminierungen von Angehörigen eines Menschen mit Behinderung entsteht, zu verdeutlichen, soll an dieser Stelle auf den Sachverhalt und die Entscheidung des EuGH im Fall „Coleman“ eingegangen werden.

#### 4.3.2.1 EuGH - Fall: „Coleman“ – Umfasst Diskriminierungsschutz auch Angehörige?

Im Fall „Coleman“ ging es um Frau Coleman - eine Anwaltssekretärin -, die aufgrund der Behinderung ihres Sohnes, der hauptsächlich von ihr gepflegt wird, einer „freiwilligen Entlassung“ zustimmte.<sup>543</sup> Wenig später klagte sie bei einem Londoner Gericht ein, dass sie aufgrund der Tatsache, dass sie die Hauptbetreuerin für ihren behinderten Sohn ist, zu einer sozialwidrigen Kündigung gezwungen worden sei.<sup>544</sup> Eine zu behandelnde Vorfrage war jene, ob sie sich auf die aufgrund der Umsetzung der Richtlinie 2000/78 bestehenden nationalen Normen berufen kann und damit eine Diskriminierung, die durch eine im Zusammenhang mit der Behinderung ihres Sohnes gesetzt wurde, geltend machen kann.<sup>545</sup> Aus dem Sachverhalt geht weiters hervor, dass Frau Coleman anders als die anderen Arbeitnehmer behandelt wurde. Dies zeigte sich bspw dadurch, dass ihren Arbeitskollegen, die keine Kinder mit Behinderungen hatten, vom Arbeitgeber flexiblere Arbeitszeiten bewilligt wurden, ihr jedoch nicht. Nach dem Ende ihres Mutterschutzurlaubes wollte ihr Arbeitgeber nicht mehr, dass Frau Coleman an ihren Arbeitsplatz zurückkam; bei anderen

---

<sup>542</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, Gleichbehandlungsgesetz, § 7b BeinstG Rz 5.

<sup>543</sup> EuGH 17.07.2008, C-303/06, RN 19 f.

<sup>544</sup> EuGH 17.07.2008, C-303/06, RN 21.

<sup>545</sup> EuGH 17.07.2008, C-303/06, RN 24.

Arbeitskollegen wäre das nicht vorgekommen. Wenn Frau Coleman sich freinehmen musste, um ihren Sohn zu pflegen und zu betreuen, wurde sie als „faul“ abgestempelt, hingegen war dies bei anderen Eltern kein Problem. Darüber hinaus war sie verletzenden Äußerungen über sie selbst und ihren Sohn ausgesetzt. Wenn Frau Coleman aufgrund ihres Sohnes zu spät zur Arbeit kam, drohte ihr der Arbeitgeber, sie zu entlassen, wenn sie erneut zu spät komme. Derartige Drohungen gab es nur gegenüber Frau Coleman, andere Arbeitskollegen, die aus ähnlichen Gründen zu spät kamen, wurde dies nicht vorgeworfen.<sup>546</sup>

Der EuGH hatte sich im konkreten Fall unter anderem mit der Frage auseinanderzusetzen, ob der Schutzbereich der Richtlinie 2000/78 nur Arbeitnehmer umfasst, die selbst eine Behinderung haben, oder auch Arbeitnehmer, die zwar selbst keine Behinderung aufweisen, aber aufgrund *„ihrer Beziehung zu einem Menschen mit Behinderung eine weniger günstige Behandlung erfahren haben oder belästigt werden“*.<sup>547</sup>

Bei der Beantwortung dieser Fragen bringt der EuGH vor, dass sich die Richtlinie 2000/78 nicht nur auf Personen, die selbst eine Behinderung haben, bezieht, da es Sinn und Zweck der Richtlinie ist, alle Formen von Diskriminierungen in der Arbeitswelt und im Beruf zu verhindern.<sup>548</sup> Vielmehr wäre die Wirksamkeit der Richtlinie in Gefahr, wenn sich eine Person, die sich in der geschilderten Situation befindet - in der nachgewiesen wird, dass die Person aufgrund der Behinderung des Kindes ungünstiger als die anderen Arbeitnehmer behandelt wird -, sich nicht auf das Verbot einer unmittelbaren Diskriminierung stützen kann.<sup>549</sup> Auch wenn Frau Coleman nicht selbst behindert ist, so wird sie aufgrund einer Behinderung diskriminiert – nämlich jener ihres Sohnes.<sup>550</sup> Schließlich kam der EuGH zu dem Schluss, *„dass die Richtlinie 2000/78 und insbesondere ihre Art. 1 und 2 Abs. 1 und 2 Buchst. a dahin auszulegen sind, dass das dort vorgesehene Verbot der unmittelbaren Diskriminierung nicht auf Personen beschränkt ist, die selbst behindert sind. Erfährt ein Arbeitnehmer, der selbst nicht behindert ist, durch einen Arbeitgeber eine weniger günstige Behandlung, als sie ein anderer Arbeitnehmer in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde, und ist*

---

<sup>546</sup> EuGH 17.07.2008, C-303/06, RN 26.

<sup>547</sup> EuGH 17.07.2008, C-303/06, RN 27.

<sup>548</sup> EuGH 17.07.2008, C-303/06, RN 38.

<sup>549</sup> EuGH 17.07.2008, C-303/06, RN 48.

<sup>550</sup> EuGH 17.07.2008, C-303/06, RN 50.

*nachgewiesen, dass die Benachteiligung des Arbeitnehmers wegen der Behinderung seines Kindes erfolgt ist, für das er im Wesentlichen die Pflegeleistungen erbringt, deren es bedarf, so verstößt eine solche Behandlung gegen das Verbot der unmittelbaren Diskriminierung in Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2000/78.*<sup>551</sup>

Damit wurde klar ausgesprochen, dass auch nichtbehinderte Menschen, die im Zusammenhang mit einer Behinderung diskriminiert werden, in den Schutzbereich der Richtlinie fallen.

Eine Diskriminierung gemäß § 7b Abs 1 BEinstG ist dann unrechtmäßig, wenn sie anlässlich einer Behinderung stattfindet. Wie der Behinderungsbegriff zu verstehen ist, wird durch Abs 4 geregelt, welcher auf den in § 3 BEinstG angeführten Begriff der Behinderung verweist. Demnach liegt – wie bereits im ersten Kapitel dieser Arbeit erläutert – dann eine Behinderung vor, wenn eine Person eine nicht nur vorübergehende - somit eine mehr als sechsmonatige - Funktionsbeeinträchtigung körperlicher, geistiger oder psychischer Art oder eine Beeinträchtigung der Sinnesfunktionen aufweist. Weiters muss dieser Zustand die Teilnahme an der Arbeitswelt erschweren. Dabei handelt es sich um derartige Beeinträchtigungen von Funktionen, über welche Menschen im Allgemeinen verfügen. Die Tatsache, dass die Beeinträchtigungen der Sinnesfunktionen explizit genannt werden, hat nach Schrank/Tomandl bloß „deklaratorische Bedeutung“.<sup>552</sup> Ein Krankenstand für sich allein bewirkt noch keinen Behindertenschutz. Das hängt damit zusammen, dass das Gesetz eine Funktionsbeeinträchtigung voraussetzt, nicht aber das gänzliche Fehlen derartiger Funktionen. Anders jedoch ist es, wenn damit zu rechnen ist, dass die betroffene Person nach dem Krankenstand zwar noch beschränkt arbeitsfähig ist, aber diese „Beschränkung“ voraussichtlich mehr als sechs Monate bestehen wird. Dann ist von einer Behinderung auszugehen. Der Schutz des Gesetzes bezieht sich daher auf Menschen, die – in welcher Form auch immer – noch arbeiten können. Dabei kommt nicht nur die im Vertrag vereinbarte Arbeit in Betracht, sondern auch jede andere Art und Form von Arbeit. Zweck des Gesetzes ist ua, dass Menschen, die eine bestimmte Arbeit nicht mehr ausführen können, geholfen wird, eine andere Arbeit zu erhalten.<sup>553</sup>

---

<sup>551</sup> EuGH 17.07.2008, C-303/06, RN 56.

<sup>552</sup> Schrank/Tomandl, Das Zusammenspiel von Förderpflicht und Diskriminierungsverbot, ZAS 2006/31, 200 f.

<sup>553</sup> Schrank/Tomandl, Das Zusammenspiel von Förderpflicht und Diskriminierungsverbot, ZAS 2006/

Um die Problematik der Abgrenzung von Behinderung und Krankheit zu veranschaulichen, wird an dieser Stelle der Fall „Chacón Navas“ geschildert, welchen der Europäische Gerichtshof im Jahr 2006 entschieden hat und welcher sich mit eben dieser Fragestellung auseinandersetzt.

#### 4.3.2.2 EuGH – Fall: „Chacón Navas“ – Wird Krankheit auch von der Richtlinie umfasst?

Aus Art 12 der Richtlinie geht hervor, dass *„jede unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in den von der Richtlinie abgedeckten Bereichen gemeinschaftsweit untersagt werden“* soll.

Da die Richtlinie den Begriff der Behinderung jedoch nicht definiert, kam es im Fall „Chacón Navas“ dazu, dass ein spanisches Gericht die Rechtssache dem EuGH zur Auslegung des Begriffes der Behinderung vorlegte. Im konkreten Fall arbeitete die Klägerin - eine Spanierin - in einem Catering-Betrieb. Da sie über acht Monate hinweg krankgeschrieben war, wurde sie gekündigt. Daraufhin klagte sie den Betrieb und brachte vor, dass die Kündigung nichtig sei, da sie aufgrund einer Diskriminierung erfolgt sei, weil sie über mehrere Monate hinweg krankgeschrieben und daher vorübergehend arbeitsunfähig sei. Im Rahmen des Verfahrens vor dem nationalen spanischen Gericht erklärte der medizinische Dienst, von dem die Klägerin untersucht wurde, dass eine baldige Wiederaufnahme der Arbeit nicht möglich sei. Da der Arbeitgeber keine Tatsachen anführte, die eine gültige Kündigung rechtfertigen würden, kam das spanische Gericht zu dem Schluss, dass die Kündigung lediglich aufgrund der Tatsache, dass sie krankgeschrieben war, erfolgt sei.

Die erste Vorlagefrage, mit der sich der EuGH auseinanderzusetzen hatte, bezog sich darauf, ob eine Kündigung infolge einer Krankheit ebenfalls in den Schutzbereich der Richtlinie, insb des Verbots von Diskriminierungen aufgrund einer Behinderung, fällt. Der Behinderungsbegriff wird in der Richtlinie nicht definiert, weiters wird auch nicht auf nationale Normen der Mitgliedsstaaten verwiesen. Der EuGH sagt explizit, dass der Begriff der Behinderung *„im Sinne der Richtlinie (...) auszulegen ist“*.<sup>554</sup> Sowohl der Gleichheitsgrundsatz als auch die einheitliche

---

31, 200 ff.

<sup>554</sup> EuGH 16.03.2006, C-13/05, RN 38.

Anwendung des Gemeinschaftsrechts verlangen eine autonome und einheitliche Auslegung des Begriffes der Behinderung.<sup>555</sup> Ein Ziel der Richtlinie ist es, gegen Diskriminierungen in der Arbeitswelt vorzugehen. In Bezug auf diesen Kontext ist laut EuGH unter Behinderung „(...) 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.“<sup>556</sup> Es ist wichtig festzuhalten, dass die Wortwahl „Behinderung“ bewusst gemacht wurde und daher eine Gleichsetzung mit dem Begriff der „Krankheit“ ausgeschlossen ist. Bei der Behinderung wurde davon ausgegangen, dass sie über einen längeren Zeitraum besteht, was dazu führt, dass der Betroffene von der Teilhabe am Berufsleben während dieser Zeit ausgeschlossen ist. Daraus resultiert, dass eine wegen Krankheit gekündigte Person nicht in den Schutzbereich der Richtlinie fällt.<sup>557</sup>

Die zweite Vorlagefrage setzte sich damit auseinander, ob Krankheit kumulativ zu Behinderung einen weiteren Grund darstellt, aufgrund dessen keine Diskriminierungen stattfinden dürfen. Da die Aufzählung der Gründe in Art 1 der Richtlinie abschließend ist und jenen der „Krankheit“ nicht erwähnt, darf der Geltungsbereich der Richtlinie nicht auf diesen erstreckt werden.<sup>558</sup> Jedoch bedeutet das bloße Fehlen des Kriteriums „Krankheit“ in der Richtlinie nicht, dass Arbeitnehmer mit einer Krankheit diskriminiert werden dürfen.<sup>559</sup>

Der EuGH war trotz des achtmonatigen Krankenstandes der Ansicht, dass es sich im gegebenen Fall nicht um eine Behinderung, sondern um eine Krankheit handelte. Aufgrund dieser Tatsache soll nach Mayr jedoch nicht schlussgefolgert werden, dass nur dann eine Behinderung vorliegt, wenn die Beeinträchtigung mehr als acht Monate besteht. Denn sowohl die österreichische als auch die deutsche Gesetzeslage nimmt eine Behinderung an, wenn eine Beeinträchtigung von „voraussichtlich mehr als sechs Monaten“ besteht. Schließlich muss auch darauf hingewiesen werden, dass die Darstellung des Sachverhalts im Verfahren äußerst mangelhaft und unvollständig war, da daraus nicht einmal hervorging, an welcher Krankheit die Arbeitnehmerin litt. Mayr meint, dass die gesetzlich verankerte Dauer

---

<sup>555</sup> EuGH 16.03.2006, C-13/05, RN 39 ff.

<sup>556</sup> EuGH 16.03.2006, C-13/05, RN 43.

<sup>557</sup> EuGH 16.03.2006, C-13/05, RN 44 ff.

<sup>558</sup> EuGH 16.03.2006, C-13/05, RN 53 ff.

<sup>559</sup> *Pärli*, Behinderungsbegriff im Kontext der Richtlinie 2000/78/EG: Von der Notwendigkeit eines offenen und weiten Verständnisses, ELR 9/2006, 384.

von sechs Monaten auch ein Maßstab für den EuGH sein sollte, da nur so eine Rechtssicherheit gewährt werden kann.<sup>560</sup>

Ein weiterer Fall, in dem sich der EuGH mit der Abgrenzungsproblematik zwischen Behinderung und Krankheit auseinandersetzen hatte, war jener von Ring und Skouboe.

#### 4.3.2.3 EuGH – Fälle: „Ring/Skouboe“ – Abgrenzung von Behinderung und Krankheit

Es handelt sich um zwei Fälle, die vom EuGH als verbundene Rechtssache behandelt wurden, da sie ähnliche Fragestellungen zum Inhalt hatten. In beiden Fällen wurden Schadenersatzklagen wegen Diskriminierungen aufgrund einer Behinderung erhoben.

Im Fall C – 335/11 handelt es sich um eine Frau, die in einem Kundencenter arbeitete. In der Zeit von Juni bis November 2005 war Frau Ring mehrmals in Krankenstand, insgesamt mehr als 120 Tage. Im November 2005 erfolgte die Kündigung durch die Firma. Frau Ring litt an chronischen Schmerzen im Bereich des Rückens und der Lendenwirbel. Da ein Zusammenwachsen und somit eine Versteifung der Lendenwirbel diagnostiziert wurde, kamen weitere Behandlungsoptionen in Betracht. Maßnahmen, die zu einer Linderung der Schmerzen von Frau Ring in der Arbeit beigetragen hätten, wäre ein höhenverstellbarer Tisch oder eine Arbeit im Ausmaß einer Teilzeitanstellung gewesen. Jedoch erfolgte keine dieser Maßnahmen, obwohl die Firma grundsätzlich auch Teilzeitarbeitskräfte beschäftigt. Nach der erfolgten Kündigung von Frau Ring, welche nach einer verkürzten Kündigungsfrist erfolgte, wurde von der Firma eine Teilzeitstelle mit einer ähnlichen Aufgabenbeschreibung ausgeschrieben. Frau Ring ist nun Empfangssekretärin in einer anderen Firma. Dort arbeitet sie 20 Wochenstunden und es wurde ein höhenverstellbarer Tisch angeschafft.<sup>561</sup>

Im Fall C – 337/11 handelt es sich um Frau Skouboe, die bei einer Firma als Verwaltungsassistentin arbeitete. Aufgrund eines Verkehrsunfalls und eines daraus resultierenden Schleudertraumas ging sie für drei Wochen in Krankenstand. Als sie ihre Arbeit wieder aufnahm, bemerkte sie, dass sie noch immer Beschwerden

---

<sup>560</sup> *Mayr*, „Hü“ in „Mangold“ und „Hott“ in „Chacón Navas“?, Die Zurückhaltung des EuGH hinsichtlich des Begriffes der „Behinderung“ im Sinne der RL 2000/78, ELR 78/2006, 313.

<sup>561</sup> EuGH 11.04.2013, C-335/11 und C-337/11, RN 11 ff.

aufgrund des Schleudertraumas hatte. In der Folge meldete sie sich für weitere vier Wochen krank und arbeitete in dieser Zeit etwa vier Stunden am Tag. Kurz darauf erfolgte wieder ein Krankenstand für die volle Arbeitszeit. Daraufhin erfolgte die Kündigung durch die Firma mit einer einmonatigen Kündigungsfrist. Frau Skoubou hatte von den Schultern ausstrahlende Schmerzen im Nacken und im Kiefer, weiters litt sie an Müdigkeit, Konzentrations- und Erinnerungsstörungen, Schwindel und einer niedrigen Stressschwelle. Es wurde ihr aufgrund einer Einschätzung ihrer Arbeitsfähigkeit von acht Stunden pro Woche bei langsamem Tempo eine vorgezogene Altersrente bewilligt. Weiters wurden ein Behinderungsgrad von 10 % und eine Verminderung der Erwerbsfähigkeit von 65 % festgestellt.<sup>562</sup>

Eine aufgrund einer verkürzten Kündigungsfrist erfolgte Kündigung verstoße in den gegenständlichen Fällen gegen das Diskriminierungsverbot wegen Behinderung gemäß der Richtlinie 2000/78. Daher stellte das vorlegende Gericht die Frage nach der Definition von Behinderung im Sinne der Richtlinie.<sup>563</sup>

Die erste Frage, die dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt wurde, lautet: *„Ist jede Person, die aufgrund physischer, mentaler oder psychischer Beeinträchtigungen während eines Zeitraums, der hinsichtlich der Dauer die Anforderung gemäß Randnr. 45 des Urteils des Gerichtshofs in der Rechtssache C-13/05 (Chacón Navas) erfüllt, ihre Arbeit nicht oder nur in begrenztem Umfang ausüben kann, vom Begriff der Behinderung im Sinne der Richtlinie umfasst?“*

Der EuGH beschäftigte sich mit dieser Frage bereits im Fall Chacón Navas. Damals lautete seine Definition für Behinderung wie bereits geschildert folgendermaßen: *„eine Einschränkung, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben bildet“.*<sup>564</sup>

Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen wurde von der Europäischen Union im Jahr 2010 ratifiziert. Darin wird festgehalten, dass es sich bei Behinderung um einen dynamischen Begriff handelt, der einer permanenten Entwicklung unterliegt. Nach Art 1 des Abkommens sind davon *„Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder*

---

<sup>562</sup> EuGH 11.04.2013, C-335/11 und C-337/11, RN 15 ff.

<sup>563</sup> EuGH 11.04.2013, C-335/11 und C-337/11, RN 18.

<sup>564</sup> EuGH 11.04.2013, C-335/11 und C-337/11, RN 26.

*Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können*“ umfasst. Gem Art 216 Abs 2 AEUV werden die internationalen Übereinkünfte Bestandteil der Unionsrechtsordnung, weshalb unionsrechtliche Bestimmungen in Einklang mit den „völkerrechtlichen Verpflichtungen der Union“ ausgelegt werden sollen.<sup>565</sup>

Somit darf der Behinderungsbegriff der Richtlinie „nicht hinter dem Schutzbereich“ des UN-Übereinkommens zurückbleiben.<sup>566</sup> Nach der Definition des UN-Übereinkommens ergibt sich das Hindernis für die Teilhabe an der Gesellschaft aus der „Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren“. Insofern könnte sich in bestimmten Konstellationen ergeben, dass die Definition des Urteils Chacón Navas hinter der Definition des UN-Übereinkommens zurückbleibt und völkerrechtskonform auszulegen wäre.

Bei den konkreten Fällen ging es weiters um die Frage, ob *„ein Zustand, der durch eine ärztlich diagnostizierte unheilbare oder vorübergehend heilbare Krankheit verursacht ist“* unter dem Begriff der Behinderung iSd Richtlinie zu subsumieren ist.<sup>567</sup>

Im Fall Chacón Navas wurde das Vorliegen einer Behinderung verneint. In diesem Fall lag eine Krankheit vor. Jedoch hat der EuGH entschieden, dass bloß eine „Krankheit als solche“ nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, nicht aber, dass „eine Krankheit als Ursache einer Behinderung die Qualifizierung als Behinderung entfallen lässt“.<sup>568</sup> Aus der Richtlinie geht auch in keiner Weise hervor, dass von ihr nur Behinderungen, die angeboren oder die Folge eines Unfalls sind, umfasst sind. Das Vorliegen einer Behinderung nur nach ihrer Ursache zu beurteilen widerspräche dem Sinn und Zweck der Richtlinie. Daher ist zwischen „Krankheit als möglicher Ursache der Beeinträchtigung und der daraus resultierenden Beeinträchtigung“ zu differenzieren. Auch eine „dauerhafte Einschränkung“, die aus einer Krankheit folgt, fällt in den Anwendungsbereich der Richtlinie. Aus der Richtlinie geht weiters nicht hervor, dass nur Behinderungen bestimmter Schweregrade unter

---

<sup>565</sup> EuGH 11.04.2013, C-335/11 und C-337/11, RN 25 f.

<sup>566</sup> EuGH 11.04.2013, C-335/11 und C-337/11, RN 27.

<sup>567</sup> EuGH 11.04.2013, C-335/11 und C-337/11, RN 28.

<sup>568</sup> EuGH 11.04.2013, C-335/11 und C-337/11, RN 30 f.

sie zu subsumieren sind.<sup>569</sup> Damit von einer Behinderung gesprochen werden kann, muss das Erfordernis der „langen Dauer“ - das UN-Übereinkommen nennt es „langfristige Beeinträchtigung“ – vorliegen.<sup>570</sup>

Bei einer aus einer unheilbaren Krankheit resultierenden Einschränkung ist von einer langen Dauer auszugehen. Doch besteht auch die Möglichkeit, dass durch einen langen Heilungsverlauf einer heilbaren Krankheit das Erfordernis der langen Dauer erfüllt ist. Es kann in diesem Zusammenhang nach dem EuGH zu „fließenden Prozessen“ kommen, denn auch bei einer heilbaren Krankheit kann eine Einschränkung von langer Dauer in der Folge bestehen bleiben. Dies betrifft vor allem chronische Krankheiten, bei denen ein Prozess von einer behandelbaren Krankheit zu einer Einschränkung von langer Dauer, und somit einer Behinderung, stattfinden kann. Eine Beurteilung, ob eine Einschränkung von langer Dauer gegeben ist, kann nicht nur aufgrund der Tatsache vorgenommen werden, ob eine Krankheit heilbar, unheilbar, von Dauer oder nur vorübergehend ist.<sup>571</sup>

Im Zuge dieser Entscheidung musste sich der EuGH auch mit der Frage auseinandersetzen, ob es für das Vorliegen einer Behinderung iSd der Richtlinie ausreicht, dass die betreffende Person nicht mehr die volle Arbeitszeit anwesend sein kann, oder ob es darüber hinaus besonderer Hilfsmittel, auf die die Person angewiesen wäre, bedarf. Besondere Hilfsmittel sind gem der Richtlinie keine Voraussetzung für das Vorliegen einer Behinderung. Vielmehr ist es so, dass erst bei Vorliegen einer Behinderung die Frage nach geeigneten Hilfsmittel, wie zB Anpassungen am Arbeitsplatz, gestellt werden kann.<sup>572</sup>

In den konkreten Fällen waren die beiden Arbeitgeber der Meinung, dass eine Behinderung erst dann vorliegt, wenn der Betroffene „vollständig vom Berufsleben ausgeschlossen“ ist. Dies stimmt jedoch nicht mit der Formulierung „Hindernis für die Teilhabe am Berufsleben“ überein. Denn als Hindernis kann bereits eine teilweise Einschränkung im Berufsleben gesehen werden und nicht nur der vollständige Ausschluss aus der Arbeitswelt.<sup>573</sup> Eine Behinderung liegt somit dann vor, wenn eine Einschränkung aufgrund physischer, geistiger oder psychischer Beeinträchtigungen

---

<sup>569</sup> EuGH 11.04.2013, C-335/11 und C-337/11, RN 32 ff.

<sup>570</sup> EuGH 11.04.2013, C-335/11 und C-337/11, RN 36.

<sup>571</sup> EuGH 11.04.2013, C-335/11 und C-337/11, RN 37 f.

<sup>572</sup> EuGH 11.04.2013, C-335/11 und C-337/11, RN 39 ff.

<sup>573</sup> EuGH 11.04.2013, C-335/11 und C-337/11, RN 44.

vorliegt und die Person dadurch an der Teilhabe am Berufsleben eingeschränkt wird. Das ausschlaggebende Kriterium ist das Vorliegen einer Einschränkung über eine lange Dauer hinweg; nicht erheblich ist jedoch, ob die Beeinträchtigung aus einer Krankheit resultiert bzw ob ein Bedarf an besonderen Hilfsmitteln gegeben ist. Denn auch eine langandauernde Funktionsbeeinträchtigung, die keiner besonderen Hilfsmittel bedarf, sondern darin besteht, dass es der Person nicht möglich ist, volle Arbeitszeit anwesend zu sein, stellt eine Behinderung iSd Richtlinie dar.<sup>574</sup>

#### 4.3.3 Angemessene Vorkehrungen – zumutbare Maßnahmen

§ 6 Abs 1a BEinstG enthält eine „Fürsorgepflicht“ des Arbeitgebers für begünstigte Behinderte. Diese besteht darin, geeignete und erforderliche Maßnahmen zu erlassen, die einem behinderten Menschen den Zugang sowie die Ausübung des Berufes, den beruflichen Aufstieg und die Teilhabe an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen ermöglichen sollen. Während durch diese Fürsorgepflicht eine Pflicht zur aktiven Setzung von Maßnahmen normiert ist, gilt beim eben geschilderten Diskriminierungsverbot eine Pflicht zur Unterlassung von benachteiligenden Maßnahmen. Welche Maßnahmen konkret geeignet und erforderlich sind, muss im jeweiligen Einzelfall beurteilt werden.<sup>575</sup> Somit findet eine Interessenabwägung statt, wobei die Zumutbarkeit eine Grenze darstellt. Nach Schrank/Tomandl sollen dadurch nicht nur Nachteile verhindert werden, sondern vielmehr eine Besserstellung von Menschen mit Behinderungen in Kauf genommen werden, um „*die als Folge von Behinderungen zu erwartenden Nachteile ausgleichen zu können.*“<sup>576</sup>

An welche Maßnahmen zur Förderung der Gesetzgeber dachte, ergibt sich einerseits aus § 6 Abs 2 BEinstG sowie aus den diskriminierungsrechtlichen Bestimmungen des BEinstG. Aus Letzteren gehen die schutzbedürftigen Interessen klar hervor; Schrank/Tomandl sprechen diesbezüglich von einem „Funktionszusammenhang“ zwischen den Diskriminierungstatbeständen und der Förderpflicht des Arbeitgebers.<sup>577</sup> Abs 2 nennt als Maßnahmen bspw technische Arbeitshilfen, die

---

<sup>574</sup> EuGH 11.04.2013, C-335/11 und C-337/11, RN 46.

<sup>575</sup> Schrank/Tomandl, Ausgewähltes zum neuen Behindertenschutz. Das Zusammenspiel von Förderpflicht und Diskriminierungsverbot, ZAS 2006/31, 200 ff.

<sup>576</sup> Schrank/Tomandl, Ausgewähltes zum neuen Behindertenschutz. Das Zusammenspiel von Förderpflicht und Diskriminierungsverbot, ZAS 2006/31, 200 ff.

<sup>577</sup> Schrank/Tomandl, Ausgewähltes zum neuen Behindertenschutz. Das Zusammenspiel von Förderpflicht und Diskriminierungsverbot, ZAS 2006/31, 200 ff.

Schaffung von Arbeits- und Ausbildungsplätzen, Arbeitsassistenz, persönliche Assistenz am Arbeitsplatz sowie Ein-, Um- und Nachschulungen.

Auch eine Leistungsminderung kann eine solche Maßnahme darstellen. Diese kann zum einen darin bestehen, eine Minderung der Leistungsfähigkeit durch gewisse Hilfestellungen zu minimieren, zum anderen könnte der Arbeitgeber die Leistungsminderung akzeptieren und daran keine nachteiligen Folgen für den Arbeitnehmer knüpfen. Dies ist auch in Hinblick auf das aufgrund eines Arbeitsvertrages geschuldete Bemühen, und keines geschuldete Erfolges wie bei einem Werkvertrag, konsequent. Reichen derartige Maßnahmen nicht aus, sollte der Arbeitgeber mit dem Betroffenen über „zumutbare Änderungen im Arbeitsverhältnis“ sprechen. Die Grenze liegt gem § 4 Abs 4 BEinstG dann vor, wenn dem Arbeitgeber dadurch ein erheblicher Nachteil droht, wobei die Schwelle bei der Beurteilung der Frage, was als „zumutbar“ zu werten ist, bei begünstigten Behinderten höher liegt als bei Menschen ohne die Begünstigteneigenschaft. Trifft der Arbeitgeber keine solche Maßnahmen, nennt das Gesetz keine eigene Sanktion, weshalb nach Tomandl/Schrank eine *lex imperfecta* vorliegt und eine solche Verletzung die normalen zivilrechtlichen Folgen nach sich zieht.<sup>578</sup>

Welche Maßnahmen zu treffen sind, muss im jeweiligen Einzelfall beurteilt werden. Der Arbeitgeber muss außerdem nur solche Maßnahmen erlassen, die zur Erreichung der im Gesetz angeführten Ziele – „Zugang zur Beschäftigung, Ausübung des Berufes, beruflicher Aufstieg, Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen“ – erforderlich sind. Dabei ist die Unverhältnismäßigkeit sowie die Unzumutbarkeit zu beachten. Zu berücksichtigen ist vor allem der Umstand, wie lange die betroffene Person schon in dem Betrieb gearbeitet hat. Eine besonders teure Ausbildungsmaßnahme wird der Arbeitgeber nur dann machen, wenn der Arbeitnehmer bereits einige Zeit im Betrieb beschäftigt war und voraussichtlich auch noch längere Zeit beschäftigt bleiben wird.<sup>579</sup>

Art 5 der Richtlinie 2000/78/EG ordnet an, dass zum Zweck der Gleichbehandlung behinderter Menschen uU „angemessene Vorkehrungen“ zu erlassen sind. „Das bedeutet, dass der Arbeitgeber die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen

---

<sup>578</sup> Schrank/Tomandl, *Ausgewähltes zum neuen Behindertenschutz*. Das Zusammenspiel von Förderpflicht und Diskriminierungsverbot, ZAS 2006/31, 200 ff.

<sup>579</sup> Schrank/Tomandl, *Ausgewähltes zum neuen Behindertenschutz*. Das Zusammenspiel von Förderpflicht und Diskriminierungsverbot, ZAS 2006/31, 200 ff.

*Maßnahmen ergreift, um den Menschen mit Behinderung 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 Arbeitgeber unverhältnismäßig belasten.*<sup>580</sup> Jedoch könnte im Falle, dass ein Arbeitgeber nicht bereit ist derartige Vorkehrungen zu erlassen, auch eine mittelbare Diskriminierung aufgrund einer Behinderung gem Art 2 Abs 2 der Richtlinie vorliegen.<sup>581</sup> Die Umsetzung des Art 5 erfolgte in Österreich durch § 6 BEinstG. So ist der Wortlaut des § 6 Abs 1a BEinstG mit dem oben zitierten Art 5 der Richtlinie ident.

Wie diese beiden Regelungen im Verhältnis zueinander zu beurteilen sind, ist nicht klar. Es gibt die Ansicht, dass angemessene Vorkehrungen als eine Konkretisierung der Gleichbehandlungspflicht zu betrachten sind. Daraus würde eine Diskriminierung bei Nichtdurchführung solcher Vorkehrungen resultieren. Ein Indiz, das diese Auslegung konsequent erscheinen lässt, ist darin zu sehen, dass Art 7, welcher positive und spezifische Maßnahmen normiert, angemessene Vorkehrungen darin nicht erwähnt. Daraus geht hervor, dass bei diesen Maßnahmen keine Ungleichbehandlung vorliegt, sondern deren Umsetzung notwendig ist, um eine Gleichbehandlung von Menschen mit Behinderungen zu gewährleisten.<sup>582</sup>

Sowohl bei der mittelbaren Diskriminierung als auch bei den angemessenen Vorkehrungen gibt es die Möglichkeit einer Rechtfertigung des Arbeitgebers. Während Art 2 Abs 2 lit b der Richtlinie besagt, dass eine mittelbare Diskriminierung dann nicht vorliegt, wenn *„Vorschriften, Kriterien oder Verfahren durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind“*, sagt Art 5, dass der Arbeitgeber dann keine geeigneten und erforderlichen Maßnahmen ergreifen muss, wenn diese für ihn eine unverhältnismäßige Belastung darstellen würden.<sup>583</sup> Somit hat ein sich auf den Einzelfall beziehender Interessensausgleich stattzufinden, im Zuge dessen auf den Arbeitnehmer in dem Ausmaß eingegangen werden muss, in dem es für den

---

<sup>580</sup> Richtlinie 2000/78/EG, Art 5.

<sup>581</sup> *Hiessl*, Behinderung als Beendigungsgrund?, ASoK 2013, 24 f.

<sup>582</sup> *Hiessl*, Behinderung als Beendigungsgrund?, ASoK 2013, 25.

<sup>583</sup> *Hiessl*, Behinderung als Beendigungsgrund?, ASoK 2013, 25 f.

Arbeitgeber nicht zu einer unverhältnismäßig hohen Belastung seiner betrieblichen Interessen kommt.<sup>584</sup>

#### 4.3.3.1 EuGH – Fall: Ist die Herabsetzung der Arbeitszeit eine zumutbare Maßnahme?

Im bereits geschilderten Fall Ring/Skouboe musste sich der EuGH auch mit der Frage auseinandersetzen, ob es sich bei der Herabsetzung der Arbeitszeit um eine Maßnahme gem Art 5 der Richtlinie – somit um eine angemessene Vorkehrung - handelt.<sup>585</sup> Aus Art 5 geht hervor, dass vom Arbeitgeber geeignete und erforderliche Maßnahmen zu treffen sind, um der betroffenen Person die Ausübung des Berufs zu ermöglichen. Diese Maßnahmen dürfen nur dann unterbleiben, wenn sie für den Arbeitgeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wären.<sup>586</sup> Der 20. Erwägungsgrund der Richtlinie nennt als Beispiel für „wirksame und praktikable Maßnahmen“ die Anpassung des Arbeitsplatzes, des Arbeitsrhythmus, der Aufgabenverteilung sowie das Offert diverser Ausbildungs- und Einarbeitungsmaßnahmen.<sup>587</sup> Nach Windisch-Graetz kann unter das Beispiel der „Anpassungen des Arbeitsrhythmus“ jedenfalls auch eine Herabsetzung der Arbeitszeit als zumutbare Maßnahme subsumiert werden. Bei einer derartigen Maßnahme ist allerdings darauf Bedacht zu nehmen, dass sie keine unverhältnismäßig hohe Belastung für den Arbeitgeber darstellt. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung obliegt dem nationalen Gericht und erfolgt unter der Berücksichtigung der Kriterien des finanziellen Aufwandes sowie der Größe des Unternehmens und der zur Verfügung stehenden öffentlichen Mittel.<sup>588</sup>

Eine Verkürzung der Arbeitszeit könnte somit unter die Formulierung „Gestaltung des Arbeitsrhythmus“ subsumiert werden. Von den beiden Arbeitgebern wurde das in den gegenständlichen Fällen jedoch verneint. Auch wenn die Verkürzung der Arbeitszeit nicht davon umfasst ist, so fällt sie dennoch unter die Maßnahmen des Art 5 der Richtlinie.<sup>589</sup> Der Wortlaut des Art 5, die Umsetzung dieses Art auf nationaler Ebene findet sich in § 6 Abs 1 lit a BEinStG wieder,<sup>590</sup> ist bewusst weit gewählt worden,

---

<sup>584</sup> *Hiessl*, Behinderung als Beendigungsgrund?, ASoK 2013, 26.

<sup>585</sup> EuGH 11.04.2013, C-335/11 und C-337/11, RN 47.

<sup>586</sup> EuGH 11.04.2013, C-335/11 und C-337/11, RN 48.

<sup>587</sup> EuGH 11.04.2013, C-335/11 und C-337/11, RN 51.

<sup>588</sup> *Windisch-Graetz*, Begriff der Behinderung und zumutbare Maßnahmen, RdA 2014/2, 35.

<sup>589</sup> EuGH 11.04.2013, C-335/11 und C-337/11, RN 52 f.

<sup>590</sup> *Windisch-Graetz*, Das neue Pensionsrecht zum 1.1.2014, Auswirkungen auf das Dienstverhältnis, Sonderheft ZAS-Seminar 2013, ZAS 2014/17, 105.

weshalb eine Verkürzung der Arbeitszeit durchaus eine geeignete Maßnahme iSd Richtlinie sein kann.<sup>591</sup> Somit stellt die Möglichkeit einer Teilzeitbeschäftigung eine Maßnahme dar, die geeignet ist einem Menschen mit Behinderung die Teilhabe am Arbeitsleben zu ermöglichen.<sup>592</sup>

#### 4.3.4 Diskriminierung gemäß § 7c BEinstG

§ 7c BEinstG regelt, welche Arten von Diskriminierungen es gibt und welche unter gewissen Umständen gerechtfertigt sind. Es ist zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung zu unterscheiden.

##### 4.3.4.1 Unmittelbare Diskriminierung

§ 7c Abs 1 BEinstG regelt, was unter einer unmittelbaren Diskriminierung zu verstehen ist. Sie besteht dann, *„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.“* Die mittelbare Diskriminierung ist in § 7c Abs 2 BEinstG normiert.

##### 4.3.4.2 Mittelbare Diskriminierung

Bei Menschen mit Behinderungen kann eine mittelbare Diskriminierung einerseits durch das Verhalten oder Taten anderer Menschen ausgelöst werden und andererseits durch die „faktische Gestaltung von Lebensbereichen“. Im letzteren Fall kann die Diskriminierung durch die Schaffung eines barrierefreien Zustandes beseitigt werden, was jedoch uU nur mit beträchtlichen Ausgaben realisiert werden kann. Aufgrund dessen wird bei der Beurteilung, ob eine mittelbare Diskriminierung vorliegt, geprüft, ob zur Herstellung eines barrierefreien Zustandes eine Änderung bzw eine Verbesserung zumutbar ist.<sup>593</sup>

In § 7c Abs 3 BEinstG wird eine Ausnahmeregelung normiert, welche besagt, dass dann keine Diskriminierung vorliegt, wenn das entscheidende Merkmal *„eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung“* für die Ausübung der beruflichen Tätigkeit darstellt, weshalb es sich dabei nur um zentrale Aufgabengebiete handeln kann. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes wird diese Ausnahmeregelung äußerst restriktiv ausgelegt. Artikel 5

---

<sup>591</sup> EuGH 11.04.2013, C-335/11 und C-337/11, RN 56.

<sup>592</sup> EuGH 11.04.2013, C-335/11 und C-337/11, RN 58.

<sup>593</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, Gleichbehandlungsgesetz, § 7c BeinstG Rz 2.

der Gleichbehandlungsrichtlinie beinhaltet die Pflicht des Dienstgebers, die „geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen“ durchzuführen.<sup>594</sup>

Jedoch werden in Abs 4 Ausnahmefälle beschrieben, bei deren Vorliegen ein barrierefreier Zugang nicht hergestellt werden muss – und zwar dann nicht, wenn dies rechtswidrig oder aufgrund eines unverhältnismäßig hohen Aufwandes nicht zumutbar wäre. Die Beseitigung einer Barriere ist zB dann rechtswidrig, wenn in einem unter Denkmalschutz stehenden Gebäude eine Rampe eingebaut werden soll. Ein weiteres Beispiel wäre, wenn der Bau einer Rampe lediglich über das Grundstück eines Nachbarn ausführbar ist; allerdings besteht in einem solchen Fall eine Verhandlungspflicht des Dienstgebers und somit der Versuch, Barrierefreiheit herzustellen. Ergibt sich im Zuge der Verhandlungen, unter welchen Voraussetzungen der Nachbar einer Änderung zustimmen würde, ist in der Folge auf das Kriterium der Verhältnismäßigkeit einzugehen. An diesen Beispielen zeigt sich, dass sowohl öffentlich-rechtliche als auch privatrechtliche Verstöße umfasst sind.<sup>595</sup>

Wann eine Belastung als unverhältnismäßig anzusehen ist, normiert § 7c Abs 5 BEinstG, wobei die dort angeführte Aufzählung demonstrativ ist.<sup>596</sup> Beachtet werden dabei unter anderem der Aufwand, der mit der Beseitigung verbunden ist, weiters die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Dienstgebers sowie öffentliche Förderungen für die in Frage stehende Vorkehrung. Durch Abs 6 wird sichergestellt, dass bei einer vorliegenden Unverhältnismäßigkeit – trotz der Tatsache, dass keine vollkommene Gleichbehandlung hergestellt werden kann – zumindest eine Verbesserung der Situation anzustreben ist.<sup>597</sup> § 7c Abs 7 BEinstG bezieht sich auf Menschen mit Behinderungen, die schon in einem Dienstverhältnis stehen. Ob diese von einer mittelbaren Diskriminierung betroffen sind, ist durch die einschlägigen Rechtsvorschriften, wie bspw das ArbeitnehmerInnenschutzgesetz, die Arbeitsstättenverordnung, das Bundes-Bedienstetenschutzgesetz sowie die Bundes-Arbeitsstättenverordnung zu prüfen.<sup>598</sup>

---

<sup>594</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, Gleichbehandlungsgesetz, § 7c BeinstG Rz 4 f.

<sup>595</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, Gleichbehandlungsgesetz, § 7c BeinstG Rz 6.

<sup>596</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, Gleichbehandlungsgesetz, § 7c BeinstG Rz 8.

<sup>597</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, Gleichbehandlungsgesetz, § 7c BeinstG Rz 7.

<sup>598</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, Gleichbehandlungsgesetz, § 7c BeinstG Rz 9.

#### 4.3.5 Belästigung gemäß § 7d BEinstG

Was unter einer „Belästigung“ zu verstehen ist, normiert § 7d Abs 1 BEinstG. Demnach liegt eine solche dann vor, wenn ein Verhalten gesetzt wird, welches unangebracht oder anstößig ist und im Zusammenhang mit einer Behinderung gesetzt wird, wodurch die Würde des Betroffenen verletzt wird. Darüber hinaus muss durch die Belästigung der Zweck verfolgt werden, ein für die betroffene Person „einschüchterndes, feindseliges, entwürdigendes, beleidigendes oder demütigendes Umfeld“ zu erzeugen. Was der OGH unter einer Belästigung versteht, soll anhand eines Falles einer blinden Frau, welche in der Arbeit Diskriminierungen ausgesetzt war, geschildert werden.

##### 4.3.5.1 OGH – Fall: Diskriminierung einer blinden Frau am Arbeitsplatz

Im konkreten Fall handelte es sich bei der Klägerin um eine blinde Frau, welche von einer Mitarbeiterin, die im gleichen Amt arbeitete, diskriminiert wurde. Die Klägerin wurde von der Beklagten mehrfach auf folgende Weise beschimpft: „*Ah die Depperte*“, „*Die Gstörte kommt a schon wieder*“ oder „*die wird a immer hässlicher*“.<sup>599</sup> Diese Beleidigungen äußerte die Beklagte in einer derartigen Lautstärke, dass diese sowohl für andere Mitarbeiter als auch für die Klägerin selbst hörbar waren. Selbst als andere Mitarbeiter der Beklagten zu verstehen gaben, dass dies eine untragbare Situation ist, hörte diese mit den abschätzigen Beleidigungen nicht auf. Schließlich berichtete die Klägerin ihrem Vorgesetzten von den Beleidigungen. Darauf folgte ein Schlichtungsverfahren, welches allerdings erfolglos verlief. Die von der Beklagten gemachten diskriminierenden Äußerungen erfolgten „im Zusammenhang mit der Blindheit der Klägerin“. Die Beklagte machte in der Folge eine Psychotherapie. In ihrer Klage begehrte sie sowohl Schadenersatz als auch die Kosten der Therapie. Durch die Beleidigungen der Beklagten kam es zu einer psychischen Belastung der Klägerin, weshalb eine psychotherapeutische Behandlung für diese notwendig wurde.<sup>600</sup>

Die Beklagte brachte vor, dass sie in keinerlei Rechtsverhältnis zur Klägerin stehe und daher das Behinderteneinstellungsgesetz gar keine Anwendung finde. Weiters seien die Diskriminierungen nicht aufgrund ihrer Behinderung gemacht worden. Sie führte weiters aus, dass man für eine derartige Diskriminierung unter Kollegen nur

---

<sup>599</sup> OGH 02.04.2009, 8 ObA 8/09y.

<sup>600</sup> OGH 02.04.2009, 8 ObA 8/09y.

dann belangt werden könne, wenn zwischen ihnen eine Art Rechtsverhältnis - bspw im Sinne einer Über- oder Unterordnung - bestehe, was im konkreten nicht der Fall sei. Sie brachte weiters vor, dass die Beleidigungen nicht aufgrund der Behinderung der Klägerin erfolgten. Gegenständlich sei daher nur eine Haftung aus Delikt möglich.<sup>601</sup>

Der OGH führte diesbezüglich aus, dass es genügt, wenn die Belästigung durch die betroffene Person glaubhaft gemacht wird. Gemäß § 7p obliegt es folglich der beklagten Partei darzulegen, dass *„es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die vom Beklagten glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.“*<sup>602</sup> § 7p BEinstG regelt die Beweislast und stellt eine Art Beweislastumkehr dar, weil der Beklagte beweisen muss, dass von ihm keine Diskriminierung ausgegangen ist. Trotz dieser Tatsache trifft der Terminus der Beweislastumkehr nicht gänzlich zu, da dieser voraussetzen würde, dass die Person, die diskriminiert wurde, überhaupt nichts nachweisen müsste, diese somit *„nicht einmal die Pflicht zur Bescheinigung der Diskriminierung träge“*, was aber nicht zutrifft.<sup>603</sup>

Der Klägerin wurde gemäß § 7i Abs 1 BEinstG Ersatzanspruch zugesprochen. In § 7i BEinstG werden die „Rechtsfolgen einer Belästigung oder einer Benachteiligung infolge einer Beschwerde“ geregelt. Daraus geht hervor, dass eine Person, die aufgrund einer Behinderung belästigt wurde, Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens sowie einen Schadenersatzanspruch aufgrund der „erlittenen persönlichen Beeinträchtigung“ hat. Letztere muss zumindest € 720 betragen.<sup>604</sup>

Aus der eben geschilderten OGH-Entscheidung geht hervor, dass – um einen Schadenersatzanspruch gelten machen zu können – gegenüber dem Belästiger kein Rechtsverhältnis bestehen muss. Der OGH sagt wörtlich: *„Eindeutig ist schließlich auch, dass nicht nur Arbeitskollegen, die in einem Unter- und Überordnungsverhältnis stehen, sondern auch sonstige Arbeitskollegen, die in einem gemeinsamen Betrieb (Dienststelle) ihre Arbeit verrichten und dadurch in sozialen Kontakt kommen, vom Verbot der Diskriminierung durch Belästigung (vgl § 7b iVm § 7d BEinstG) erfasst sind und bei entsprechenden Verstoß auch*

---

<sup>601</sup> OGH 02.04.2009, 8 ObA 8/09y.

<sup>602</sup> OGH 02.04.2009, 8 ObA 8/09y.

<sup>603</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, Gleichbehandlungsgesetz, § 7p BeinstG Rz 2.

<sup>604</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, Gleichbehandlungsgesetz, § 7i BeinstG Rz 1.

*schadenersatzpflichtig nach § 7i BEinstG werden können.*<sup>605</sup> Das Erstgericht ging davon aus, dass nach § 7i Abs 1 BEinstG auch Dritte – wie im konkreten Fall eine Kollegin - zum Ersatz „von Schäden aus Belästigungen“ verpflichtet werden können.<sup>606</sup>

Ein wesentlicher Punkt, auf den im Zuge dieses Falles eingegangen wurde, betrifft die Regelung der Belästigung gem § 7d BEinstG. Demnach ist eine Diskriminierung durch eine Belästigung dann gegeben, wenn *„im Zusammenhang mit einer Behinderung für die betroffene Person unerwünschte, unangebrachte oder anstößige Verhaltensweisen gesetzt werden, die bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betroffenen Person verletzt, und ein einschüchterndes, feindseliges, entwürdigendes, beleidigendes oder demütigendes Umfeld für die betroffene Person geschaffen wird.“* Bei den aufgezählten Merkmalen bezüglich der Verhaltensweise einerseits – unerwünscht, unangebracht, anstößig – und den Merkmalen hinsichtlich des Umfelds andererseits – einschüchternd, feindselig, entwürdigend, beleidigend, demütigend – handelt es sich um alternative Voraussetzungen.<sup>607</sup> Aus den Entscheidungsgründen des Gerichts geht hervor, dass *„sowohl hinsichtlich der Qualifikation der Verhaltensweise (unerwünscht, unangebracht oder anstößig) als auch bei der Wirkung der Absicht und der Definition des Umfelds (einschüchternd, feindselig, entwürdigend, beleidigend oder demütigend) es jeweils ausreicht, wenn alternativ („oder“) eine der Tatbestandsvarianten verwirklicht wurde.“*<sup>608</sup> Das Gericht erachtete die Äußerungen der Beklagten als im Zusammenhang mit der Behinderung - nämlich der Blindheit der Klägerin - stehend. Da die Klägerin die Beleidigungen auch selbst gehört hat, waren diese für sie besonders demütigend und führten zu einer psychischen Belastung.<sup>609</sup>

Aus der Formulierung des Gesetzes geht hervor, dass auf die Wahrnehmung aus der Sicht der betroffenen Person abgestellt wird, weshalb eine Belästigung durch den Dienstgeber sowie durch Dritte - und zwar innerhalb oder außerhalb eines Dienstverhältnisses - möglich ist. Wird jemand durch einen Dritten belästigt und unterlässt der Dienstgeber schuldhaft diesen Zustand zu beenden, so begeht er

---

<sup>605</sup> OGH 02.04.2009, 8 ObA 8/09y.

<sup>606</sup> OGH 02.04.2009, 8 ObA 8/09y

<sup>607</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, Gleichbehandlungsgesetz, § 7d BEinstG Rz 1.

<sup>608</sup> OGH 02.04.2009, 8 ObA 8/09y

<sup>609</sup> OGH 02.04.2009, 8 ObA 8/09y.

selbst eine Diskriminierung. Ebenso stellt die Anweisung zu einer Belästigung eine Diskriminierung dar.<sup>610</sup>

#### 4.3.6 Exkurs: Diskriminierungsverbot des BGStG

Nach der eben erfolgten Darstellung eines OGH-Falles, bei dem eine Diskriminierung im Zusammenhang mit einer Behinderung bejaht und ein Schadenersatz zugesprochen wurde, soll an dieser Stelle ein weiterer OGH-Fall geschildert werden, bei dem auch eine Diskriminierung im Zusammenhang mit einer Behinderung gesetzt wurde, jedoch kein Schadenersatzanspruch gewährt wurde. Da in diesem Fall die Diskriminierung nicht bei der Arbeit stattgefunden hat, kam das Diskriminierungsverbot des BGStG zur Anwendung. Dieses wird kurz geschildert und anschließend auf die OGH – Entscheidung eingegangen. Das Diskriminierungsverbot des BGStG ist in § 4 BGStG normiert und lautet wie folgt:

*„(1) Auf Grund einer Behinderung darf niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden.*

*(2) Eine Diskriminierung liegt auch vor, wenn eine Person auf Grund ihres Naheverhältnisses zu einer Person wegen deren Behinderung diskriminiert wird.“*

Die unterschiedlichen Arten der Diskriminierungen werden in § 5 BGStG angeführt.

*„(1) Eine unmittelbare Diskriminierung liegt 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.*

*(2) Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, 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.*

*(3) Eine Diskriminierung liegt auch bei Belästigung vor. Belästigung liegt vor, wenn im Zusammenhang mit einer Behinderung für die betroffene Person unerwünschte, unangebrachte oder anstößige Verhaltensweisen gesetzt werden, die bezwecken*

---

<sup>610</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, Gleichbehandlungsgesetz, § 7d BeinstG Rz 2,3.

*oder bewirken, dass die Würde der betroffenen Person verletzt, und ein einschüchterndes, feindseliges, entwürdigendes, beleidigendes oder demütigendes Umfeld für die betroffene Person geschaffen wird.*

*(4) Eine Diskriminierung liegt auch bei Anweisung einer Person zur Diskriminierung aus dem Grund einer Behinderung sowie bei Anweisung einer Person zur Belästigung vor.“*

Es gibt die unterschiedlichsten Arten von mittelbaren Diskriminierungen. Es seien in diesem Zusammenhang bauliche Barrieren und kommunikationstechnische Barrieren genannt. Erstere sind zB Stufen, zu schmale Türen oder Sanitäreanlagen, die nicht barrierefrei ausgestaltet sind und dadurch behinderte Menschen von Gütern sowie Dienstleistungen ausschließen, bzw können diese nur mit Schwierigkeiten einen Zugang dazu finden. Von kommunikationstechnischen Barrieren spricht man, wenn akustische oder optische Orientierungshilfen fehlen oder wenn eine Software nicht barrierefrei aufgebaut ist und sie dadurch Angebote, die sich an die Öffentlichkeit richten, nicht in Anspruch nehmen können.<sup>611</sup>

Hinsichtlich der Frage, ob eine Diskriminierung erfolgt ist, wird die Lage desjenigen, der angeblich diskriminiert wurde, betrachtet. Auch spielt das Kriterium der Unzumutbarkeit eine große Rolle. Es handelt sich bspw um keine Diskriminierung, wenn die Entfernung von baulichen Hindernissen unverhältnismäßig hohe und daher nicht zumutbare Ausgaben zur Folge hätte. Dabei wird aber nicht nur auf den finanziellen Aufwand Rücksicht genommen, sondern auch auf das Potenzial des Unternehmens sowie auf die Existenz von Förderungen aus öffentlichen Mitteln, welche in Anspruch genommen werden könnten.<sup>612</sup>

#### 4.3.6.1 OGH – Fall: Diskriminierung im Zusammenhang mit einer Behinderung

In konkreten Fall handelt es sich um eine Klägerin, die nach ihrer Geburt 1952 als Mann angesehen wurde und auch in den Urkunden als männlich ausgewiesen war. Die Klägerin hat Hermaphroditismus, was bedeutet, dass sowohl weibliche als auch männliche Geschlechtsmerkmale vorhanden sind. Im Jahr 1992 entschied sich die Klägerin ihren Status auf weiblich zu ändern. In der Folge unterzog sie sich

---

<sup>611</sup> *Kaszanits*, Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz-BGStG) erlassen wird und das Behinderteneinstellungsgesetz, das Bundesbehindertengesetz, das Bundessozialamtgesetz und das Bundesberufungskommissionengesetz geändert werden, ASoK 2004, 325 f.

<sup>612</sup> *Blum*, Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz, RdA, 2005, 285.

Operationen und trug einen weiblichen Vornamen. Trotz operativer und hormoneller Maßnahmen wird die Klägerin immer wieder als Mann angesehen, was damit zusammenhängt, dass sie 1,88 m groß ist, ein Gewicht von 108 kg und eine tiefe Stimme hat. 2008 wurde bei der Lebensgefährtin der Klägerin eine Fahrnisexekution durchgeführt, welche die Klägerin verhindern wollte, indem sie dem Gerichtsvollzieher den Zugang zur Wohnung verwehrt. In weiterer Folge wurde sie aggressiv, erhob ihre Stimme und stieß dem Gerichtsvollzieher gegen den Oberkörper. Erst nachdem die Polizei hinzukam, konnte der Gerichtsvollzieher die Wohnung betreten. Auf das fortdauernde aggressive Verhalten der Klägerin reagierte der Gerichtsvollzieher ruhig. Jedoch sprach der Gerichtsvollzieher die Klägerin wegen ihrer aggressiven körperlichen und verbalen Attacken zwei Mal versehentlich mit „Herr“ an. Dies geschah ohne Absicht und ohne den Willen, die Klägerin dadurch zu verletzen, ansonsten sprach er sie mit „Frau“ an. Die Klägerin erhielt in der Folge eine bedingte Freiheitsstrafe wegen versuchten Widerstands gegen die Staatsgewalt.<sup>613</sup>

Die Klägerin brachte eine Amtshaftungsklage ein und begehrte Schadenersatz in Höhe von € 3.000 für die erlittene persönliche Beeinträchtigung. Die Klägerin weist eine Behinderung aufgrund ihres Hermaphroditismus auf. Sie bringt vor, dass sie sowohl körperlich als auch emotional eine Frau ist. Trotzdem wurde sie von dem Gerichtsvollzieher – auch in Anwesenheit der Polizei – als „Herr“ bezeichnet. Die Klägerin war der Meinung, dass der Gerichtsvollzieher dies in beleidigender und provokanter Absicht äußerte. Es stelle daher einen rechtswidrigen und schuldhaften Eingriff in ihre Privatsphäre dar; gerade aufgrund ihrer Behinderung handele es sich bei der geschlechtlichen Bezeichnung um ein schwieriges Thema. Das Klagebegehren stütze sich neben § 16 ABGB auch auf §§ 4, 9 BGStG. Durch die Anrede der Klägerin mit „Herr“ wurde sie seelisch gekränkt und trug weiters gesundheitliche Beschwerden davon. Neben einer Reizdarmsymptomatik und Rheumabeschwerden habe die Klägerin beinahe einen Kreislaufzusammenbruch bekommen. Aufgrund dieser Beschwerden unterzog sie sich ärztlicher Behandlung.<sup>614</sup>

Der Beklagte, der Gerichtsvollzieher, brachte vor, dass das Ansprechen mit „Herr“ ein reines Versehen war, weiters habe die Klägerin davon keine gesundheitlichen

---

<sup>613</sup> OGH 15.12.2009, 1 Ob 189/09i.

<sup>614</sup> OGH 15.12.2009, 1 Ob 189/09i.

Folgen davon getragen. Bereits das Erstgericht wies die Klage ab und sprach aus, dass es sich um ein Versehen handelte, welches mit dem burschikosen Äußeren und dem aggressiven Verhalten der Beklagten zu tun hatte. Weiters sei eine derartige Situation nicht anders als „die falsche Aussprache eines Namens in einer hektischen Situation“ zu werten.<sup>615</sup>

Bei der Frage, ob eine Belästigung vorliegt, ist zu prüfen, ob eine Diskriminierung im Zusammenhang mit der Behinderung stattgefunden hat. Der OGH bezog sich dabei wiederum auf den bereits zitierten Fall 8 ObA 8/09y, bei welchem eine Frau im Zusammenhang mit ihrer Blindheit diskriminiert wurde. Dass im gegebenen Fall eine Behinderung gem § 3 BGStG, nämlich Hermaphroditismus, vorliegt, stand außer Frage. Das Erfordernis des Zusammenhangs zwischen Behinderung und Diskriminierung nach § 5 Abs 3 BGStG liegt im gegenständlichen Fall vor, da eine Behinderung aufgrund ihrer geschlechtlichen Zuordnung vorliegt und sie als „Herr“ angesprochen wurde. Darüber hinaus soll der Zusammenhang nicht zu eng gesehen werden, um den Schutz vor Diskriminierungen behinderter Menschen zu sichern. Ob dieser Zusammenhang gegeben ist, ist objektiv zu beurteilen; es kommt nicht auf das subjektive Empfinden der betroffenen Person an. Auch wenn der Beklagte die Klägerin nur versehentlich als „Herr“ angesprochen hat, kam es dadurch für die Klägerin zu einer Verletzung ihrer Menschenwürde. Jedoch verlangt § 5 Abs 3 BGStG weiters, dass die erfolgte Beeinträchtigung der Würde ein „Mindestmaß an Intensität“ erreicht. Es muss daher „schwerwiegend“ sein, was wiederum objektiv zu beurteilen ist. Wenn dieses Mindestmaß nicht erreicht wird, aber eine Wiederholung der Verhaltensweise vorliegt, kann eine Belästigung aufgrund der Wiederholung angenommen werden. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass der Gerichtsvollzieher auf die verbalen und körperlichen Angriffe der Klägerin ruhig reagierte. Die zweimalige Anrede mit „Herr“ war versehentlich, somit nicht mit dem Willen, die Klägerin zu verletzen oder zu provozieren. Zwar kann es für die Klägerin dadurch zu einer subjektiven Belästigung gekommen sein, doch war das Verhalten des Gerichtsvollziehers nicht schwerwiegend und erreicht somit nicht das erforderliche Mindestmaß an Intensität.<sup>616</sup>

---

<sup>615</sup> OGH 15.12.2009, 1 Ob 189/09i.

<sup>616</sup> OGH 15.12.2009, 1 Ob 189/09i.

#### 4.3.7 Rechtsfolgen der Diskriminierung

§ 7e BEinstG ff regeln die Rechtsfolgen diverser Diskriminierungen, die im Zusammenhang mit der Arbeitswelt stehen - wie etwa bei der Begründung oder bei der Beendigung eines Dienstverhältnisses sowie auch Diskriminierungen bezüglich des Entgelts. Neben diversen Schadenersatzansprüchen normiert das Gesetz weiters die Möglichkeit der Kündigungs- und Entlassungsanfechtung sowie Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche.<sup>617</sup>

##### 4.3.7.1 Rechtsfolgen bei Begründung und bei Beendigung des Dienstverhältnisses

Nach § 7e BEinstG existieren bei Diskriminierungen, die bei der Begründung des Dienstverhältnisses bzw beim beruflichen Aufstieg vorkommen, zwei verschiedene Ersatzansprüche. Zum einen handelt es sich dabei um den Ersatz des Vermögensschadens, welcher je nach Vorliegen unterschiedlicher Voraussetzungen unterschiedlich hoch sein kann, und zum anderen nennt das Gesetz eine Entschädigung für eine persönlich erlittene Beeinträchtigung, deren Höhe gesetzlich nicht normiert ist.<sup>618</sup>

Erhält eine Person aufgrund einer Diskriminierung einen Arbeitsplatz nicht, beträgt die Höhe des Schadenersatzes zumindest zwei Monatsentgelte. Die Höhe des Schadenersatzanspruches beträgt ferner bis zu € 500, wenn es dem Dienstgeber möglich ist darzulegen, dass der Schaden nur in der Nichtberücksichtigung der Bewerbung liegt. Abs 2 regelt die Höhe des Schadenersatzes bei einer Diskriminierung hinsichtlich des beruflichen Aufstieges. In einem solchen Fall gebührt der diskriminierten Person die Differenz für zumindest drei Monate zwischen dem tatsächlichen Entgelt und jenem Entgelt, welches die Person nach dem beruflichen Aufstieg erhalten hätte.

Eine weitere mögliche Rechtsfolge stellt die Kündigungs- oder Entlassungsanfechtung dar, welche der betroffenen Person bei Vorliegen einer Behinderung gem § 7f BEinstG, zusteht.

---

<sup>617</sup> Schäfer, Diskriminierungsschutz für behinderte Menschen. Eine Analyse der Novelle des Behinderteneinstellungsgesetzes, FJ, 2006, 96 ff.

<sup>618</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, Gleichbehandlungsgesetz, § 7e BeinstG Rz 1,2.

Wurde ein Dienstverhältnis aufgrund der Behinderung beendet, so bestehen mehrere Möglichkeiten. Einerseits kann die Kündigung, Entlassung oder Beendigung bei Gericht angefochten werden. Des Weiteren kann bei Beendigung eines befristeten Dienstverhältnisses, welches in ein unbefristetes umgewandelt werden sollte, die Feststellung des Vorliegens eines unbefristeten Dienstverhältnisses beantragt werden und schließlich kann der Dienstnehmer, der die Beendigung akzeptiert, den Ersatz des Vermögensschadens sowie eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung in Anspruch nehmen.<sup>619</sup> Die Frist gem § 7k Abs 2 BEinstG beträgt für die Geltendmachung bei Gericht 14 Tage ab Zugang der Kündigung.<sup>620</sup> Sonstige Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen bei Vorliegen einer Entgeltdiskriminierung werden in § 7g Abs 1 BEinstG geregelt. Bekommt ein behinderter Dienstnehmer aufgrund seiner Behinderung ein geringeres Entgelt für die gleiche Arbeit als ein anderer Dienstnehmer, so hat er einerseits Anspruch auf die Differenz und andererseits auf eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung. Abs 2 regelt Diskriminierungen hinsichtlich Sozialleistungen. Die für einen solchen Fall angeordnete Rechtsfolge ist die Gewährung der Sozialleistung oder der Ersatz des Vermögensschadens. Kommt es in einem Betrieb zu einer Diskriminierung bei der Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen, bestimmt Abs 3, dass die diskriminierte Person Anspruch darauf hat, in die betreffenden Maßnahmen miteinbezogen zu werden. Andernfalls hat die betroffene Person Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens und auf eine Entschädigung aufgrund der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung. Schließlich regelt Abs 4, dass im Falle einer Diskriminierung hinsichtlich gleicher Arbeitsbedingungen entweder die Gewährung dieser Arbeitsbedingungen zu erfolgen hat oder der Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens als auch einer Entschädigung geltend gemacht werden kann.<sup>621</sup>

Auch § 7h BEinstG normiert Rechtsfolgen, und zwar jene von Diskriminierungen in der sonstigen Arbeitswelt. Aus dieser Norm geht hervor, dass dem Behinderten bei Diskriminierungen betreffend der Berufsberatung, der Berufsweiterbildung und der Umschulung der Ersatz des Vermögensschadens als auch eine Entschädigung

---

<sup>619</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, Gleichbehandlungsgesetz, § 7f BeinstG Rz 1.

<sup>620</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, Gleichbehandlungsgesetz, § 7f BeinstG Rz 4.

<sup>621</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, Gleichbehandlungsgesetz, § 7g BeinstG Rz 1.

aufgrund der persönlich erlittenen Beeinträchtigung gebührt. Bei Diskriminierungen, die im Zusammenhang mit einer Mitgliedschaft oder der Mitwirkung in einer Organisation stattgefunden haben, sieht das Gesetz als Rechtsfolge entweder die Mitgliedschaft und Mitwirkung in der Organisation oder den Ersatz des Vermögensschadens und einer Entschädigung vor.<sup>622</sup>

Eine demonstrative Aufzählung von Kriterien, die dazu dienen, die Höhe des immateriellen Schadenersatzes zu eruieren, findet sich in § 7j BEinstG. Die im Gesetz erwähnten Kriterien sind die Dauer der Diskriminierung, die Schwere des Verschuldens der diskriminierenden Person, die Erheblichkeit der Beeinträchtigung sowie mögliche Mehrfachdiskriminierungen. Durch einen derartigen immateriellen Schadenersatz soll die betroffene Person die Möglichkeit haben, die ihr zugefügten Leiden und Unlustgefühle durch manche Annehmlichkeiten und Erleichterungen so weit als möglich auszugleichen.<sup>623</sup>

#### 4.3.8 Schlichtungsverfahren und gerichtliche Geltendmachung

Wie die eben angeführten Rechtsfolgen durchzusetzen sind, regelt die Bestimmung des § 7k BEinstG. Diese Norm bestimmt, dass in jedem Fall – bevor die ordentlichen Gerichte angerufen werden können – ein Schlichtungsverfahren beim Bundessozialamt durchzuführen ist. Das Schlichtungsverfahren ist bei den Landesstellen des Bundessozialamts durchzuführen. Dies auch aufgrund der „*emotionalen Hemmschwelle bei Gericht Klage einzubringen*“. Darüber hinaus hatte das Bundessozialamt bereits bisher die Zuständigkeit für Angelegenheiten in Bezug auf Menschen mit Behinderungen.<sup>624</sup> Das Schlichtungsverfahren, welches in § 14 ff BGStG geregelt ist, wird durch den Antrag - welcher sowohl schriftlich als auch mündlich zu Protokoll gegeben werden kann - der von einer Diskriminierung betroffenen Person eingeleitet und endet entweder mit einer Einigung oder einer Bestätigung, dass eine gütliche Einigung trotz Schlichtungsverfahrens nicht zustande gekommen ist. Der Grund des zwingend angeordneten Schlichtungsverfahrens besteht zum einen darin, die Gerichte zu entlasten, und zum anderen auch darin, dass dadurch hohe Gerichtskosten, die während eines Verfahrens entstehen,

---

<sup>622</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, Gleichbehandlungsgesetz, § 7h BeinstG Rz 1.

<sup>623</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, Gleichbehandlungsgesetz, § 7j BeinstG Rz 1.

<sup>624</sup> Schäfer, Diskriminierungsschutz für behinderte Menschen. Eine Analyse der Novelle des Behinderteneinstellungsgesetzes, FJ, 2006, 96 ff.

vermieden werden können.<sup>625</sup> Erst wenn innerhalb von drei Monaten keine Einigung zustande gekommen ist und eine Bestätigung über den ergebnislosen Verlauf des Schlichtungsverfahrens vorliegt, kann eine Klage bei Gericht eingebracht werden. Eine kürzere Frist von nur einem Monat besteht im Falle eines Schlichtungsverfahrens, welches aufgrund einer Kündigung oder Entlassung eingeleitet wurde. Dies liegt daran, dass in derartigen Fällen im Interesse beider Parteien möglichst schnell geklärt werden soll, ob noch ein aufrechtes Dienstverhältnis besteht oder nicht.<sup>626</sup>

Ein Beispiel wäre, wenn ein Unternehmen eine Schulung für seine Mitarbeiter der Buchhaltungsabteilung vorsieht und sich kurz vor Beginn ergibt, dass der Ort, an dem die Schulung geplant ist, nicht für den behinderten Arbeitnehmer zugänglich ist. Dieser kann sich sodann an das Bundessozialamt wenden und diesem den Sachverhalt schildern.<sup>627</sup>

Im Anschluss obliegt es den Schlichtern im Bundessozialamt, im Rahmen eines Gespräches, zu dem die Beteiligten eingeladen werden, zu versuchen eine Einigung zu erzielen. Kann im Zuge dieses Gespräches keine Einigung hergestellt werden, muss von Seiten des Bundessozialamtes gem § 15 Abs 2 BGStG eine Konfliktbeilegung durch externe Mediatoren angeboten werden. Eine Mediation erfolgt freiwillig und muss daher, ohne Angabe eines Grundes, nicht in Anspruch genommen werden. Jedoch soll die Tatsache, dass die Mediation kostenlos angeboten wird – die Kosten werden vom Bund getragen -, einen positiven Einfluss auf die Beteiligten haben. Der Vorteil einer Einigung durch Mediation liegt nicht nur in der möglichen Vermeidung eines kostenintensiven und langen Gerichtsverfahrens, sondern weiters darin, dass dadurch eine Bewusstseinsbildung bezüglich der Bedürfnisse behinderter Menschen in Gang gesetzt wird. Es wird darüber hinaus die Konfliktlösungskompetenz gefördert und die Akzeptanz in Bezug auf Vorkehrungen und Maßnahmen zur Behindertengleichstellung erhöht.<sup>628</sup>

Weiters regelt die Bestimmung des § 7k BEinstG die unterschiedlichen Fristen, binnen welcher bei den verschiedenen Diskriminierungstatbeständen eine gerichtliche Geltendmachung möglich ist. Abs 4 regelt die Hemmung dieser Fristen.

---

<sup>625</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, Gleichbehandlungsgesetz, § 7k BeinstG Rz 1 f.

<sup>626</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, Gleichbehandlungsgesetz, § 7k BeinstG Rz 3.

<sup>627</sup> Ferz/Adler in Prettenthaler-Ziegerhofer, Menschen mit Behinderung. Mediation im Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz und im Behinderteneinstellungsgesetz, 331 f.

<sup>628</sup> Ferz/Adler in Prettenthaler-Ziegerhofer, Menschen mit Behinderung. Mediation, 332 f.

So wird ab der Einleitung des Schlichtungsverfahrens die Frist, binnen der die gerichtliche Geltendmachung zu erfolgen hat, gehemmt. Die Hemmung endet mit dem Zeitpunkt der Zustellung der Bestätigung, dass eine Einigung im Schlichtungsverfahren nicht erzielt werden konnte. Ab Zustellung der Bestätigung über die gescheiterte Einigung vom Bundessozialamt hat die betroffene Person noch eine Frist von drei Monaten - bei dem Tatbestand der Kündigung oder Entlassung jedoch nur 14 Tage -, binnen derer sie die Klage bei Gericht einbringen kann.<sup>629</sup> Das Gegenstück zu § 7k bildet § 7l BEinstG, jedoch bezieht sich letztere Bestimmung auf die Geltendmachung von Ansprüchen von Beamten. Diese können ihre Ansprüche bei der Dienstbehörde geltend machen, jedoch auch nur dann, wenn vorher ein Schlichtungsverfahren ergebnislos durchgeführt wurde.

Bei der Geltendmachung von Ansprüchen im Bereich des Bundesdienstes aufgrund einer Belästigung ist § 7m BEinstG heranzuziehen. Nach dieser Bestimmung können Ansprüche gegen den Belästiger bei Gericht und - bei Vorliegen eines Verschuldens - Ansprüche gegen den Dienstgeber bei der Dienstbehörde geltend gemacht werden. Auch hier ist der Geltendmachung vor Gericht oder der Dienstbehörde die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens vorgeschaltet.<sup>630</sup>

Weiters existiert die Norm des § 7n BEinstG, die sich auf nicht dienstrechtliche Ansprüche „bei Diskriminierung in Vollziehung der Gesetze“ bezieht. Diese kommt bspw dann zur Anwendung, wenn einer Person aufgrund ihrer Behinderung eine selbständige Erwerbstätigkeit durch Nichterteilung der Gewerbeberechtigung nicht ermöglicht wird.<sup>631</sup>

#### 4.3.9 Mehrfachdiskriminierung

Für den Fall, dass eine behinderte Person auch aufgrund eines anderen geschützten Merkmals gem dem Bundes-Gleichbehandlungsgesetzes oder dem Gleichbehandlungsgesetzes, wie zB aufgrund des Alters, diskriminiert wird, ist § 7o BEinstG die maßgebliche Kollisionsnorm für Mehrfachdiskriminierungen. Das Gesetz sagt, dass sodann alle Diskriminierungstatbestände Teil des durchzuführenden Schlichtungsverfahrens werden. Dadurch ist es unmöglich, Schadenersatz aus

---

<sup>629</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, Gleichbehandlungsgesetz, § 7k BeinstG Rz 6.

<sup>630</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, Gleichbehandlungsgesetz, § 7m BeinstG Rz 1.

<sup>631</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, Gleichbehandlungsgesetz, § 7n BeinstG Rz 1.

mehreren verschiedenen Titeln aufgrund nur einer gesetzten Diskriminierungshandlung geltend zu machen.<sup>632</sup>

Schließlich wird in § 7p BEinstG die Möglichkeit der Nebenintervention der „Österreichischen Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation“ (ÖAR) geregelt. Dabei handelt es sich um eine Dachorganisation der Behindertenverbände in Österreich, welche mehr als 400.000 Mitglieder hat. Alle Fragen und Problemstellungen von den Mitgliedsverbänden, öffentlichen Stellen sowie der Bevölkerung werden an das ÖAR-Sekretariat herangetragen, welches für die Erfüllung aller Aufgaben zuständig ist. Es hat die Aktivitäten der Vorstandsmitglieder und der Mitarbeiter zu koordinieren sowie die Mitgliedsverbände als auch alle weiteren Mitarbeiter zu informieren.<sup>633</sup> Kommt es zu einer Verletzung des Diskriminierungsverbotes gem § 7b BEinstG, so kann die betroffene Person verlangen, dass die Österreichische Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation als Nebenintervenient beitrifft.

Durch § 7r BEinstG wird schließlich eine Sonderbestimmung für Lehrer an öffentlichen Pflichtschulen und an land- und forstwirtschaftlichen Berufs- und Fachschulen statuiert.

#### 4.3.10 Exkurs: OGH – Fall: Arbeits- oder Austauschvertrag?

Beklagter ist ein gemeinnütziger Verein, der den Zweck verfolgt, psychisch beeinträchtigte Personen zu integrieren. Daher hat er ein Projekt ins Leben gerufen, bei dem Berufsbekleidung durch eine industrielle Serienabfertigung produziert wird. Die Klägerin war seit September 2006 bei diesem Verein als Näherin in einem Ausmaß von 31 Wochenstunden und zu einem Verdienst von € 335,29, später € 559,63 beschäftigt. Jedoch war die Klägerin bereits vor 2006 in diesem Verein tätig und unterlag damals einem höheren Entlohnungsschema (etwa € 1.000). Eine Voraussetzung, um im Rahmen dieses Projektes bei dem Verein arbeiten zu können, ist das Vorliegen einer psychischen Beeinträchtigung und einer damit einhergehenden Einschränkung der Person von mindestens 50 %. Da die Klägerin am Arbeitsmarkt nicht mehr vermittelbar war und die Voraussetzung erfüllte, wurde sie dem Projekt zugewiesen. Die Finanzierung dieses Projektes erfolgte zu Beginn durch das Bundessozialamt. Es wurden befristete Verträge abgeschlossen, da zu

---

<sup>632</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, Gleichbehandlungsgesetz, § 7m BeinstG Rz 1.

<sup>633</sup> Österreichische Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation (ÖAR), <http://www.oear.or.at/oear-info>, [06.04.2014].

Beginn das Ziel verfolgt wurde, dass die Personen langfristig wieder in den ersten Arbeitsmarkt eingegliedert werden. Nachdem das Bundessozialamt in der Folge die Förderung einstellte, wurden die Kosten ab 2006 vom Land übernommen und es erfolgte eine Orientierung an geschützten Werkstätten, weshalb Dauerarbeitsplätze geschaffen wurden. Durch den Wechsel des Förderungsgebers erfolgte auch eine Änderung des Entlohnungsschemas, wobei die Mitarbeiter, die bereits vor 2006 bei diesem Verein beschäftigt waren, die Möglichkeit hatten im alten Entlohnungsschema zu bleiben.<sup>634</sup>

Die Näherinnen in diesem Verein sind an Arbeitsort und Arbeitszeiten gebunden. Darüber hinaus wird ihnen das zu fertigende Modell vorgegeben, wobei jeder Mitarbeiter nur solche Arbeitsschritte macht, zu denen er in der Lage ist. Als Grundlage für eine 100%ige Leistung wird die halbe Leistung einer gesunden Näherin angenommen. Weder die Nichterreichung dieser Leistung, noch längere Krankenstände ziehen Folgen für die Mitarbeiter nach sich. Denn die Bezahlung erfolgt unabhängig von der Leistung. Obwohl die Klägerin beraten wurde und über den die geringe Bezahlung aufgeklärt wurde, schloss sie einen Vertrag ab, ua auch deshalb um Pensionsversicherungszeiten zu erwerben. Die Klägerin war der Ansicht, dass sie in ein anderes Entlohnungsschema falle und begehrte zudem einen Differenzbetrag von € 12.908,12. Sie vertrat die Ansicht, dass es sich aufgrund ihrer Tätigkeit um ein Arbeitsverhältnis handle und daher der Lohn, den sie zuletzt erhalten hatte, unangemessen sei und überdies den guten Sitten widerspräche. Darüber hinaus liege eine Entgeltdiskriminierung nach dem BEinstG vor, welches auf sie Anwendung finde, da sie unter einer Behinderung leidet. Daraus resultierend begehrte sie eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung. Die Beklagte entgegnete, dass es sich hierbei um eine Maßnahme und nicht um ein Arbeitsverhältnis handle. Dies deshalb, weil die Klägerin „im Rahmen einer therapeutischen Maßnahme nach behindertenrechtlichen Bestimmungen des Landes Oberösterreich“ beschäftigt wurde und sich die Entlohnung nach dem Vertrag zwischen dem Land und dem Beklagten richtet.<sup>635</sup>

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab, der anschließenden Berufung wurde nicht Folge geleistet. Im konkreten Fall liegt kein Arbeitsverhältnis vor, da ein solches

---

<sup>634</sup> OGH 18.02.2010, 8 ObA 48/09f.

<sup>635</sup> OGH 18.02.2010, 8 ObA 48/09f.

erfordert, dass die Arbeit in persönlicher Abhängigkeit und „für einen anderen“ erbracht werden muss. Dies geht ausdrücklich aus § 1151 Abs 1 ABGB hervor, welcher wie folgt lautet: *„Wenn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet, so entsteht ein Dienstvertrag; wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt, ein Werkvertrag.“* In diesem Fall liegt dieses Erfordernis jedoch nicht vor, da das Interesse der Klägerin an der Leistungserbringung größer ist, als jenes des Leistungsempfängers. Es liegt ein Austauschvertrag vor, da im konkreten das Hauptaugenmerk auf einem nicht ökonomischen Zweck liegt. Das Umfeld, in dem die Klägerin arbeitet, unterscheidet sich stark von anderen auf dem Arbeitsmarkt. Das Interesse des Beklagten ist humanitärer und nicht ökonomischer Natur und stellt daher besonders auf das Wohlergehen der Arbeitnehmer. Die zeigt sich ua dadurch, dass bereits die Erbringung der halben Leistung als 100%ige Arbeitsleistung gesehen wird, wodurch eine erhebliche Herabstufung von Arbeitsdisziplin und Produktivität im Vergleich zu üblichen Arbeitsbedingungen deklariert wird. Dies zeigt sich weiters durch die Tatsache, dass es psychosoziale Betreuung am Arbeitsplatz gibt und die Nichterreicherung von Leistungszielen keine Folgen für die Beschäftigten nach sich zieht. *„Ziel des Beschäftigungsverhältnisses sei nicht der zu leistende Dienst, an dem der Beklagte mangels Wirtschaftlichkeit kein Interesse haben könne, sondern das Wohlergehen der Dienstnehmer durch Ermöglichung einer Beschäftigung mit ihren positiven psychosozialen Effekten und sozialversicherungsrechtlicher Absicherung.“*<sup>636</sup> Der von den Parteien unterzeichnete Dienstvertrag kann auch Bestimmungen enthalten, die in Arbeitsverträgen vorkommen. Durch Parteiwillen kann die Anwendung des Arbeitsrechts auch für derartige Verträge vereinbart werden, was aber nicht dazu führt, dass das von der Klägerin begehrte Entlohnungsschema – welches vertraglich ausdrücklich ausgeschlossen wurde – zur Anwendung kommt. Der Kollektivvertrag gilt mangels Vorliegen eines Arbeitsvertrages auch nicht ex lege. Auch wurde aus diesem Grund auf die Frage der Entgeltdiskriminierung nach dem BEinstG nicht eingegangen. Die Entlohnung sei gem § 1152 ABGB ortsüblich und orientiere sich an den Entlohnungsschemen der geschützten Werkstätten, weshalb nicht von einer unangemessenen oder sittenwidrigen Entlohnung gesprochen werden kann. Die Entlohnungsschemas der geschützten Werkstätten werden von Fachleuten aus dem Behindertenwesen „unter

---

<sup>636</sup> OGH 18.02.2010, 8 ObA 48/09f.

Berücksichtigung der therapeutischen Zielsetzung unter Beachtung des Wohles des Behinderten“ festgelegt und es sei daher auch davon auszugehen, dass diese angemessen sind. Mit dieser Entscheidung schloss sich der OGH der Entscheidung 9 ObA 105/09 w, bei dem es sich ebenfalls um diesen Verein handelte, vollinhaltlich an und es wurde das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses verneint.<sup>637</sup>

#### **4.4 Eigene Ansicht**

Das BEinstG versucht durch die in § 1 normierte Beschäftigungspflicht, Betriebe ab einer bestimmten Größe dazu zu verpflichten, sogenannte begünstigte Behinderte einzustellen. Kommt ein Betrieb dieser Verpflichtung nicht nach, hat er eine Ausgleichstaxe zu bezahlen. Diese wird jährlich angehoben und beträgt seit 2014 je nach Größe des Betriebs € 342 bzw € 364 pro Monat. Jedoch auch Erhöhungen schrecken Betriebe, die in den Anwendungsbereich des § 1 fallen und daher begünstigte Behinderte einstellen müssten, nicht ab. Eine Erhöhung der Ausgleichstaxe fand bereits im Jahr 2011 statt, was jedoch nichts daran änderte, dass Betriebe insgesamt € 120 Millionen – € 30 Millionen mehr als im Jahr zuvor – an Ausgleichstaxen bezahlten.<sup>638</sup>

Die Tatsache, dass viel mehr Betriebe es bevorzugen, die Ausgleichstaxe zu bezahlen anstatt begünstigte Behinderte einzustellen sowie die Aussagen einiger Behindertenvertreter lassen mich zu dem Schluss kommen, dass va die Regelungen hinsichtlich des besonderen Kündigungsschutzes die Arbeitssuche für behinderte Menschen mehr erschweren als erleichtern. Zwar ist es positiv, dass der Gesetzgeber den Arbeitsplatz eines begünstigten Behinderten durch den erhöhten Kündigungsschutz schützen will, jedoch zeigt die Praxis, dass dieser Schutz für viele Dienstgeber derart abschreckend ist, dass es erst gar nicht zu einer Anstellung dieser Menschen kommt. Um die derzeitige Situation für Menschen mit Behinderungen zu verändern, müsste mE nicht nur eine Änderung mancher gesetzlicher Bestimmungen erfolgen, sondern auch ein generelles Umdenken in der Gesellschaft stattfinden. Es muss aufgezeigt werden, dass behinderte Menschen viele Arbeiten genauso gut wie nicht behinderte Menschen ausführen können.

---

<sup>637</sup> OGH 18.02.2010, 8 ObA 48/09f.

<sup>638</sup> N. N., Lieber zahlen als Behinderte einstellen, DiePresse.com (09.07.2012), [http://karrierenews.diepresse.com/home/karrieretrends/1263427/Lieber-zahlen-als-Behinderte-einstellen?from=gl.home\\_karrierenews](http://karrierenews.diepresse.com/home/karrieretrends/1263427/Lieber-zahlen-als-Behinderte-einstellen?from=gl.home_karrierenews) [15.01.2014].

Gregor Demblin, der selbst aufgrund eines Unfalls im Rollstuhl sitzt und in der Folge ein Onlinejobportal gründete, das sich in erster Linie an behinderte Menschen richtet, ist der Meinung, dass die Probleme von Menschen mit Behinderungen nicht bloß durch deren Beeinträchtigung hervorgerufen werden, sondern besonders wegen der Vorurteile, denen sie ausgesetzt sind.<sup>639</sup> Demblin sagt weiters „*Wir sind nicht behindert, wir werden behindert.*“<sup>640</sup> Er ist der Ansicht, es handelt sich um ein „Denkproblem“, da mit Menschen mit Behinderungen automatisch Vorurteile wie vermehrte Krankenstände, geringere Leistung, Unsicherheit im Umgang mit behinderten Menschen, die Angst nicht „politisch korrekt“ mit ihnen zu sprechen und eventuelle Mobbingvorfälle im jeweiligen Betrieb verbunden sind. Vielen Unternehmen ist darüber hinaus nicht bewusst, dass der Kündigungsschutz vor einigen Jahren bereits eine Lockerung von sechs Monaten auf vier Jahre erfahren hat. Daher ist mit der Einstellung von behinderten Menschen untrennbar der Gedanke verbunden, diese Menschen aufgrund des besonderen Kündigungsschutzes „nicht mehr los zu werden.“ Demblin tritt dafür ein den Kündigungsschutz gänzlich abzuschaffen und stattdessen einen starken Diskriminierungsschutz mit entsprechenden Sanktionen einzuführen. Darüber hinaus käme es durch die derzeitige gesetzliche Lage zu einer „diskriminierenden Botschaft“, da vermittelt wird, dass es sich bei Menschen mit Behinderungen um derart schlechte Arbeitnehmer handelt, dass man Unternehmen dazu zwingen müsse, diese Menschen einzustellen.<sup>641</sup> Auch die erfahrene Susan Scott-Parker, die in London das sogenannte „Business Disability Forum“ gründete, ist dieser Meinung und sagt: „*Jemanden nicht zu beschäftigen, weil er behindert ist, ist genauso wie jemanden nicht zu beschäftigen, weil sie eine Frau ist.*“<sup>642</sup> Beide sind der Meinung, dass die verankerte Quotenregelung kontraproduktiv ist, da sie Folgendes zum Ausdruck bringt: „*Du musst mich nehmen, weil ich beschädigt bin.*“<sup>643</sup> Aus alledem geht hervor, dass vor der besondere Kündigungsschutz mehr schadet als nützt, da es durch die ausgelöste Unsicherheit, die der besondere Kündigungsschutz für den

---

<sup>639</sup> Köttritsch, Vorurteile sind die größte Behinderung, DiePresse.com (20.12.2013), <http://karrierenews.diepresse.com/home/karrieretrends/1510009/Vorurteile-sind-die-grosste-Behinderung?from=suche.intern.portal> [15.01.2014].

<sup>640</sup> Kary, Kontroverse: „Quotensysteme funktionieren nicht“, DiePresse.com (10.07.2014), [http://diepresse.com/home/wirtschaft/recht/3835568/Kontroverse\\_Quotensysteme-funktionieren-nicht?from=suche.intern.portal](http://diepresse.com/home/wirtschaft/recht/3835568/Kontroverse_Quotensysteme-funktionieren-nicht?from=suche.intern.portal) [09.09.2014].

<sup>641</sup> Kary, Kontroverse: „Quotensysteme funktionieren nicht“, DiePresse.com (10.07.2014), [09.09.2014].

<sup>642</sup> Köttritsch, Vorurteile sind die größte Behinderung (20.12.2013), [15.01.2014].

<sup>643</sup> Köttritsch, Vorurteile sind die größte Behinderung (20.12.2013), [15.01.2014].

Arbeitgeber bewirkt, gar nicht erst zu einer Anstellung kommt. Scott sagt dazu: „Wenn ich eine behinderte Person einstelle, habe ich das Risiko, dass ich ihr nicht kündigen kann. Daher bekommen Menschen mit Behinderung erst gar keine Chance.“<sup>644</sup>

Anderer Ansicht ist der Behindertenanwalt Buchinger, der sich in der aktuellen Debatte bezüglich des besonderen Kündigungsschutzes von Menschen mit Behinderungen, gegen die Abschaffung des besonderen Kündigungsschutzes ausspricht. Ganz im Gegenteil möchte er wieder den Kündigungsschutz bereits nach einer Zeit von sechs Monaten einführen. Seiner Meinung nach hat sich im Laufe der letzten Zeit gezeigt, dass die Änderung von sechs Monaten auf vier Jahre zu keiner Verbesserung geführt hat. Das geht aus der Arbeitslosenquote von behinderten Menschen hervor, welche zeigt, dass Ende Juli 2014 10.131 Menschen mit Behinderungen keine Beschäftigung hatten. Dies ist ein Anstieg von 22,5 Prozent. Während Demblin eine Entschärfung bzw. Abschaffung des besonderen Kündigungsschutzes befürworten würde, setzt sich Buchinger für eine deutliche Erhöhung der Ausgleichstaxe ein.<sup>645</sup> Er überlegt, die Ausgleichstaxe zu verdoppeln oder gar zu verdreifachen, was zu einer Taxe von bis zu € 1.100 pro Monat führen könnte. Wiederum ein anderer Ansatz kommt von der Wirtschaftskammer, die nicht für eine Erhöhung der Ausgleichstaxe ist, dafür aber für eine Stärkung der Prämien, die einen Anreiz für Betriebe darstellen soll, Menschen mit Behinderungen einzustellen.<sup>646</sup>

Auch ich bin der Meinung, dass der besondere Kündigungsschutz in seiner jetzigen Form keine ideale Lösung darstellt. Wenn bereits die zuletzt vorgenommene Lockerung des Kündigungsschutzes zu keiner Verbesserung der Lage geführt hat, so wird eine solche bestimmt nicht durch die erneute Verlängerung des Kündigungsschutzes erreicht werden. Möglicherweise aber könnte die Abschaffung des besonderen Kündigungsschutzes eine Verbesserung herbeiführen, da mE nur so die Position der Arbeitgeber – eine einmal eingestellte behinderte Person nicht mehr kündigen zu können – entkräftet werden kann. Die Förderung der beruflichen

---

<sup>644</sup> Kötttritsch, Vorurteile sind die größte Behinderung (20.12.2013), [15.01.2014].

<sup>645</sup> N. N., Behinderte: Der Kündigungsschutz wird geprüft, DiePresse.com (24.08.2014), [http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/3859285/Behinderte\\_Der-Kundigungsschutz-wird-gepruft?from=suche.intern.portal](http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/3859285/Behinderte_Der-Kundigungsschutz-wird-gepruft?from=suche.intern.portal), [11.09.2014].

<sup>646</sup> N. N., Behinderte: Zurück zu strengem Kündigungsschutz?, DiePresse.com (21.07.2014), [http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/3841752/Behinderte\\_Zuruck-zu-strengerem-Kundigungsschutz?from=suche.intern.portal](http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/3841752/Behinderte_Zuruck-zu-strengerem-Kundigungsschutz?from=suche.intern.portal), [11.09.2014].

Integration von Menschen mit Behinderungen kann mM nach über andere Wege als den Kündigungsschutz angestrebt werden. Denkbar wäre eine wesentliche Erhöhung der Ausgleichstaxe, sodass diese auch für große Unternehmen „spürbar“ wird. Denn auch in diesem Bereich hat sich in den letzten Jahren gezeigt, dass sich Unternehmen trotz Erhöhungen der Ausgleichstaxe nicht davon abhalten ließen, vorzugsweise die Ausgleichstaxe zu bezahlen als eine behinderte Person einzustellen.

## 5 Résumé

Wenn im Alltag der Begriff „Behinderung“ verwendet wird, scheint es, als handle es sich dabei um einen klaren und verständlichen Ausdruck. Jedoch zeigt sich im Rahmen dieser Dissertation, dass es nicht „die“ Behinderung gibt. Vielmehr wird zwischen zahllosen Arten von Beeinträchtigungen, deren Überbegriff die „Behinderung“ darstellt, unterschieden.<sup>647</sup>

Im ersten Kapitel meiner Arbeit schildere ich den Begriff der Behinderung aus verschiedenen Blickwinkeln – der Medizin, der Sonder- und Heilpädagogik und der Rechtswissenschaften. MA nach, wie in Kapitel 1.6 zusammenfassend erläutert, unterliegt der Begriff der Behinderung einer ständigen Wandlung, was mit mehreren Faktoren zusammenhängt. Immer wieder vorgenommene Gesetzesnovellen zeigen, dass es ein Bedürfnis gibt, den Behinderungsbegriff an die jeweils aktuelle gesellschaftliche Auffassung anzupassen. Dass dies geschieht ist mE auch sehr wichtig, weil nur so gewährleistet werden kann, dass mit der am besten gewählten Formulierung einer Definition der angestrebte Zweck erreicht werden kann. Zwar mag die Verschiedenheit der Definitionen in den einzelnen Disziplinen Verwirrtheit oder auch Unsicherheit auslösen, jedoch ist diese Verschiedenheit auch notwendig, da jede Disziplin mit ihrer Formulierung einen anderen Zweck verfolgt. Daher ist eine ständige Auseinandersetzung und gegebenenfalls auch Anpassung der Begriffsdefinitionen notwendig, um eine Übereinstimmung mit der aktuellen sonder- und heilpädagogischen, medizinischen, rechtlichen und gesellschaftlichen Auffassung dieses Begriffes zu gewährleisten.

Mit den Ausführungen im zweiten Kapitel bin ich der Frage nachgegangen, wie der Utilitarist Singer, Rawls in seiner „Gerechtigkeit als Fairneß“ und Nussbaum in ihrem „Fähigkeitenansatz“ mit Menschen mit Behinderungen umgehen. Wie in Kapitel 2.5 ausgeführt, ist nur der Fähigkeitenansatz von Nussbaum auf Menschen mit Behinderungen in konstruktiver Weise anwendbar, weshalb dieser Theorie ohne Zweifel der Vorzug zu geben ist. Die Theorie von Singer bietet für behinderte Menschen nur Nachteile. Abgesehen davon, dass Singer eine sehr extreme Haltung gegenüber behinderten Menschen hat, zeigt sich durch sein Abstellen auf die

---

<sup>647</sup> Tröster, Einstellungen und Verhalten gegenüber Behinderten. Konzepte, Ergebnisse und Perspektiven sozialpsychologischer Forschung, 1990, 12.

Kriterien der Rationalität und des Selbstbewusstseins und seiner daraus resultierenden Unterscheidung zwischen Menschen und Personen, dass bspw ein Mensch mit einer geistigen Behinderung in seiner Theorie keinen Platz findet. Weiters zeigen die in Kapitel 2 angeführten Kritikpunkte an Rawls' Theorie, dass sich auch diese nicht eignet, um sie auf behinderte Menschen anzuwenden. ME sind selbst von den „am schlechtesten Gestellten“ keine Menschen mit Behinderungen umfasst. Somit zeigt sich, dass bei Rawls behinderte Menschen gar nicht berücksichtigt wurden. Dass deren „Berücksichtigung“ auf die Ebene der Gesetzgebung verschoben wird, ist mM keine Lösung, da auf diesen Weg nie eine für behinderte Menschen befriedigende Gleichstellung und Integration stattfinden kann.

Nach diesem theoretischen Teil befassten sich die letzten beiden Kapitel dieser Dissertation mit der Praxis – nämlich den Umgang mit Menschen mit Behinderungen im Bereich der Pränataldiagnostik und im Bereich der Bildung und der Arbeitswelt.

Im Zuge des dritten Kapitels zeigt sich ua, welche Konflikte durch die immer fortschreitende Medizin und ihre Möglichkeiten - im gegebenen Zusammenhang im Bereich der Pränataldiagnostik - entstehen können. Sosehr die Pränataldiagnostik auch Vorteile bringt, wirft sie auf der anderen Seite auch heikle Fragen auf, die schwer zu beantworten sind. Es darf nicht vergessen werden, dass uns der im Grunde positive Aspekt – der Fortschritt in der Medizin – auch vor bisher nicht existierende Probleme bzw Herausforderungen ethischer, rechtlicher aber auch gesellschaftlicher Art stellt. Als Beispiel soll der relativ neue „PraenaTest“ angeführt werden. Wie bereits geschildert kann mithilfe dieses Tests durch ein schnelles und unkompliziertes Verfahren festgestellt werden, ob das Kind im Mutterleib an Down-Syndrom leidet oder nicht. Dies stellt einerseits einen medizinischen Fortschritt dar, andererseits muss man sich bestimmten, schwer zu beantwortenden Fragen stellen. Werden Menschen, die Down-Syndrom haben und in unserer Gesellschaft damit leben, durch einen derartigen Test diskriminiert? Um diese Frage beantworten zu können sollten weitere Fragen gestellt werden: Was ist die Motivation von Eltern diesen Test vornehmen zu lassen und wie entscheiden sie bei Vorliegen der Diagnose von Down-Syndrom? Diese Fragen kann nur jeder für sich beantworten. Wie jedoch Gärditz in seinem Gutachten schreibt (siehe Kapitel 3.1.5.1), ist dieser Test unzulässig, da er nur dazu dient auszuschließen, dass das Kind Down-Syndrom

hat bzw wenn das Kind Down-Syndrom hat, einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen zu lassen. Unter diesem Gesichtspunkt bin auch ich der Meinung, dass dieser Test höchst bedenklich in Bezug auf Menschen mit Down-Syndrom ist, da man ihnen durch die Erzeugung solcher Tests zu verstehen gibt, dass man Leben mit Down-Syndrom eher vermeiden möchte. Somit kann es durch pränatale Methoden und Test uU zu Diskriminierungen von Menschen mit Behinderungen in unserer Gesellschaft kommen.

Weiters zeigt die Diskussion, die rund um die „wrongful birth“-Thematik geführt wird, dass man sich auf dem Weg befindet nach einer anderen als der derzeitigen gesetzlichen Lösung zu suchen. Eine solche Lösung zu finden, die auf große Akzeptanz stößt, könnte mM nach schwer zu realisieren sein. Wie in Kapitel 3.4 näher dargestellt, hat sich im Zuge der letzten Jahre ein derartiger Prozess in Gang gesetzt. Wie die zukünftige Lösung für derartige Fälle in der Praxis aussehen wird, ob es eine sozialrechtliche Lösung geben wird oder womöglich eine Stiftung errichtet wird, die die Betroffenen unterstützen soll, kann zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht gesagt werden. Gut und wichtig ist, dass ein Wille zu einer Lösung da ist.

Das vierte Kapitel dieser Dissertation beschäftigt sich mit dem Umgang mit Menschen mit Behinderungen in unserer Gesellschaft – mit besonderem Augenmerk auf deren Situation in der Arbeitswelt. Ich bin ua der Frage nachgegangen, ob die ausgewählten gesetzlichen Bestimmungen des BEinstG – nämlich die Beschäftigungspflicht, die Ausgleichstaxe sowie der besondere Kündigungsschutz – auch tatsächlich effektiv sind. Wie in Kapitel 4.4 dargestellt, bin ich der Meinung, dass der derzeitige besondere Kündigungsschutz nicht geeignet ist, um behinderten Menschen bei ihrer Suche nach einem Arbeitsplatz zu helfen.

Unbestritten ist mE, dass Arbeit einer der wichtigsten und besten Wege ist, um Menschen mit Behinderungen in die Gesellschaft zu integrieren. Nicht nur, dass diese Menschen dadurch soziale Kontakte knüpfen können und Anschluss finden, sie können auch durch ihren Verdienst ein - soweit es ihnen möglich ist - selbstständiges Leben führen. Für viele behinderte Menschen ist der eben genannte Punkt von enormer Wichtigkeit. Es ist aus meiner Sicht nachvollziehbar, dass eine erwachsene behinderte Person, die einer Arbeit nachgeht, ein möglichst eigen- und selbstständiges Leben führen möchte. Dass Menschen mit Behinderungen ohnehin auf die eine oder andere Weise auf Hilfe anderer angewiesen sind, kann nicht

geändert werden, jedoch sollte versucht werden diesen Menschen die Möglichkeit zu geben, ihr Leben nach ihren Vorstellungen führen zu können.

Es hat sich gezeigt, wie schwer es Menschen mit Behinderungen in der Arbeitswelt haben können und welchen Diskriminierungen sie ausgesetzt sein können. Die Gründe hierfür können verschieden sein: schlechte Aussichten auf einen Arbeitsplatz, Diskriminierungen am Arbeitsplatz oder eingeschränkte Bewegungsfreiheit im öffentlichen Raum. Daher ist es wichtig, dass ein Punkt mehr in das Bewusstsein der Gesellschaft gerückt wird, nämlich die Gefahr aufzuzeigen, dass jeder „gesunde“ Mensch durch einen Unfall oder eine Krankheit ebenfalls eine Behinderung davontragen kann. Behinderung ist nicht nur etwas, womit Menschen geboren werden, sondern es kann im Laufe des Lebens jeden betreffen. Daher wäre es wünschenswert, dass jeder darüber nachdenkt und mithilft die Situation von Menschen mit Behinderungen in den verschiedenen Lebensbereichen zu verbessern. Dieses Bewusstsein sollte mE so früh als möglich gebildet werden, somit nicht erst bei einer allfälligen Konfrontation mit dieser Thematik. Wenn es bereits in Schulen Klassen gibt, in denen behinderte und nichtbehinderte Kinder gemeinsam unterrichtet werden, wird schon zu einem viel früheren Zeitpunkt eine Akzeptanz und ein Verständnis dafür entwickelt, dass Menschen mit Behinderungen die eine oder andere Hilfe benötigen, aber dennoch eine gute Arbeit leisten können. Dadurch würde mA nach auch später in der Arbeitswelt der Umgang mit Menschen mit Behinderungen selbstverständlicher und reibungsloser ablaufen.

*„Es ist normal, verschieden zu sein. Es gibt keine Norm für das Menschsein“.* Diese Worte sagte der ehemalige deutsche Bundespräsident Richard von Weizsäcker bei der Eröffnungsveranstaltung der Tagung der Bundesarbeitsgemeinschaft Hilfe für Behinderte am 1. Juni 1993. Es gibt Menschen mit diversen körperlichen Behinderungen, Menschen, die blind oder taub sind, aber es gibt auch Menschen, die gewalttätig oder humorlos sind und somit auch „verschieden“ sind. Er sagt weiters, dass es das Ziel sein sollte, dass Behinderung nur als „Verschiedenheit“ angesehen wird. Die Maßstäbe, die zur Beurteilung einer Behinderung herangezogen werden, sind zufällig und fragwürdig, da sie auf Forderungen einer leistungsorientierten Gesellschaft, in der besonders rationale und motorische Fähigkeiten zählen, basieren. Weizsäcker sagt weiters: *„Wäre soziales Verhalten der*

*beispielgebende Maßstab, dann müssten wir den Menschen mit Down-Syndrom naheifern. Gemessen an der Sensibilität, mit der Taubblinde durch die Haut wahrnehmen können, sind Sehende und Hörende behindert“.* Er weist darüber hinaus darauf hin, dass nicht von „Behinderten“ im Allgemeinen gesprochen werden sollte, da bei einer Behinderung meist nur ein bestimmter Bereich oder eine bestimmte Fähigkeit eingeschränkt ist.<sup>648</sup>

Die Last einer Behinderung kann verringert werden, indem die Gesellschaft lernt anders damit umzugehen und darauf zu reagieren. Zwar kann man Architekten, Städteplaner und Bauherren damit beauftragen, durch Barrierefreiheit ein Zusammenleben mit behinderten Menschen zu ermöglichen, jedoch bedarf es zu einer wirklichen Integration dieser Menschen „Raum in den Köpfen und Herzen der Menschen“. Die Situation von behinderten Menschen kann nur durch eine andere Wahrnehmung durch nichtbehinderte Menschen geändert werden.<sup>649</sup> Dem schließe ich mich an, denn nur wenn ein Umdenken in der Gesellschaft stattfindet, ist es möglich, dass der Umgang mit Menschen mit Behinderungen selbstverständlich wird.

Weiszäcker erachtet die Infragestellung des Lebensrechtes von Kindern mit schwerer Behinderung, die Aufstellung von Kosten-Nutzen-Rechnungen und den Vorwurf gegenüber Eltern, ein behindertes Kind zur Welt gebracht zu haben, als Verletzungen der Menschenwürde.

Auch zur Pränataldiagnostik äußerte sich Weiszäcker. Der Fortschritt in der Medizin, der möglicherweise dazu führt, vererbare Krankheiten zu erkennen oder blinden Menschen ihr Augenlicht wiederzugeben, ist etwas Positives. Jedoch meint er, dass die Pränataldiagnostik das Leben nicht erleichtern, sondern ganz im Gegenteil erschweren wird. Dies deshalb, da durch sie nur „Fakten“ mitgeteilt werden, durch die man in eine „Entscheidungssituation, die moralisch und ethisch höchste Anforderungen stellt“ kommt.<sup>650</sup>

---

<sup>648</sup> Ansprache von Bundespräsident Richard von Weiszäcker bei der Eröffnungsveranstaltung der Tagung der Bundesarbeitsgemeinschaft Hilfe für Behinderte (01.07.1993), [http://www.bundespraesident.de/SharedDocs/Reden/DE/Richard-von-Weizsaecker/Reden/1993/07/19930701\\_Rede.html](http://www.bundespraesident.de/SharedDocs/Reden/DE/Richard-von-Weizsaecker/Reden/1993/07/19930701_Rede.html) [03.03.2014].

<sup>649</sup> Ansprache Weiszäcker [03.03.2014].

<sup>650</sup> Ansprache Weiszäcker [03.03.2014].

Ich schließe diese Arbeit mit den Worten Weiszäckers:  
*„Was wir zu lernen haben, ist so schwer und doch so einfach und klar: Es ist normal,  
verschieden zu sein.“*<sup>651</sup>

---

<sup>651</sup> Ansprache Weiszäcker [03.03.2014].

## 6 Literaturverzeichnis

### Bücher/Kommentare

- *Angerer/Raab/Streit*, Akzeptiert? Soziale Reaktionen von Kindergärtnerinnen und Eltern auf behinderte Kinder im Vorschulalter, Graz, 1994.
- *Antor/Bleidick*, Handlexikon der Behindertenpädagogik: Schlüsselbegriffe aus Theorie und Praxis, Stuttgart, 2001.
- *Bach*, Grundlagen der Sonderpädagogik, Bern, 1999.
- *Bach*, Pädagogik bei mentaler Beeinträchtigung. Revision bei mentaler Beeinträchtigung, Bern, 2001.
- *Becher/Tretow*, Die gerechte Ordnung der Gesellschaft. Texte vom Altertum bis zur Gegenwart, Frankfurt am Main, 2000.
- *Bleidick/Hagenmeister*, Einführung in die Behindertenpädagogik I. Allgemeine Theorie der Behindertenpädagogik, Stuttgart, 1998.
- *Bleidick*, Pädagogik der Behinderten. Grundzüge einer Theorie der Erziehung behinderter Kinder und Jugendlicher, Berlin-Charlottenburg, 1978.
- *Bormann*, Soziale Gerechtigkeit zwischen Fairness und Partizipation. John Rawls und die katholische Soziallehre, Freiburg, 2006.
- *Bundesministerium für Arbeit und Soziales in Zusammenarbeit mit der Österreichischen Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation*, Das Behindertenkonzept der österreichischen Bundesregierung, Wien, 1993.
- *Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz*, Behindertenbericht 2008. Bericht der Bundesregierung über die Lage von Menschen mit Behinderungen in Österreich 2009, Wien.
- *Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz*, UN-Behindertenrechtskonvention. Erster Staatenbericht Österreichs, 2010.
- *Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend*, Pränataldiagnostik. Spezielle vorgeburtliche Untersuchungen, Wien, 2010.
- *Cloerkes*, Soziologie der Behinderten. Eine Einführung, Heidelberg, 2007.

- *Dederich* in *Dederich/Jantzen*, Behinderung und Anerkennung, Behinderung als sozial- und kulturwissenschaftlicher Kategorie, Stuttgart, 2009.
- *Deutsches Institut für Medizinische Dokumentation und Information, DIMDI* WHO-Kooperationszentrum für das System Internationaler Klassifikationen, Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit, 2005.
- *Dvorak* in *Huainigg*, Aus dem Bauch heraus. Schwangerschafts-Konfliktberatung der „Aktion Leben“, Wien, 2010.
- *Eurich*, Gerechtigkeit für Menschen mit Behinderung. Ehtische Reflexionen und sozialpolitische Perspektiven, Heidelberg, 2008.
- *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00, ([www.rdb.at](http://www.rdb.at)).
- *Ferz/Adler* in *Prettenthaler-Ziegerhofer*, Menschen mit Behinderung. Leben wie andere auch? Mediation im Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz und im Behinderteneinstellungsgesetz, Graz, 2006.
- *Friedrich/Henze/Stemann-Acheampong*, Eine unmögliche Entscheidung. Pränataldiagnostik: Ihre psychosozialen Voraussetzungen und Folgen, Berlin, 1998.
- *Frühbauer*, John Rawls' „Theorie der Gerechtigkeit“, Darmstadt, 2007.
- *Gröschke*, Arbeit, Behinderung, Teilhabe. Anthropologische, ethische und gesellschaftliche Bezüge, Bad Heilbrunn, 2011.
- *Gütt*, Der öffentliche Gesundheitsdienst. Erläuterungen zum Gesetz über die Vereinheitlichung vom 3. Juli 1934 nebst Durchführungsverordnungen, Gebührenordnung und Anhang mit Erlassen, Berlin, 1939.
- *Haas* in *Neumann*, „Behinderung“. Von der Vielfalt eines Begriffes und dem Umgang damit, Tübingen, 1997.
- *Haeberlin*, Einführung in die Heilpädagogik. Allgemeine Heilpädagogik, Bern/Stuttgart/Wien, 1985.
- *Haeberlin*, Grundlagen der Heilpädagogik. Einführung in eine wertgeleitete erziehungswissenschaftliche Disziplin, Bern/Stuttgart/Wien, 2005.

- *Hirsch*, Arzthaftung bei fehlgeschlagener Familienplanung. „Wrongful birth“ und „wrongful life“ – Problematik im österreichischen Recht, Wien, 2002.
- *Hirschberg*, Behinderung im internationalen Diskurs. Die flexible Klassifizierung der Weltgesundheitsorganisation, Dortmund, 2009.
- *Hofer/Ilser/Miller-Fahringer/Rubisch*, Behindertengleichstellungsrecht. Kommentar (Stand: 01.01.2006), Wien, 2006.
- *Höffe*, Einführung in die utilitaristische Ethik. Klassische und zeitgenössische Texte, Tübingen, 2008.
- *Holzinger/Wohlhart*, Schulische Integration, Innsbruck, 2009.
- *Holzleithner*, Gerechtigkeit, Wien, 2009.
- *Hopf/Mayr/Eichinger*, Gleichbehandlungsgesetz, Wien, 2009.
- *Kersting*, John Rawls zur Einführung, Hamburg, 2001.
- *Kersting*, Recht, Gerechtigkeit und demokratische Tugend. Abhandlung zur praktischen Philosophie der Gegenwart, Frankfurt am Main, 1997.
- *Kersting*, Theorien der sozialen Gerechtigkeit, Stuttgart, 2000.
- *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00.
- *Knyrim/Valencak*, Rechtsratgeber für kranke und behinderte Menschen, Wien, 2009.
- *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II, Wien, 2007.
- *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I Allgemeiner Teil, Wien, 1997.
- *Koller* in *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 2006.
- *Kuhse/Singer*, Muß dieses Kind am Leben bleiben? Das Problem schwerstgeschädigter Neugeborener, Erlangen, 1993.
- *Kühn/Rüter*, Arbeitsmarkt und Behinderung. Neue Anforderungen an die Soziale Arbeit?, Hildesheim, 2008.
- *Lindmeier*, Phänomen oder Faktum?, Bad Heilbrunn, 1993.
- *Lohner*, Personalität und Menschenwürde. Eine theoretische Auseinandersetzung mit den Thesen der „neuen Bioethiker“, Regensburg, 2000.

- *Lux*, Die Pränataldiagnostik in der Schwangerschaftsvorsorge und der Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik, Berlin, 2007.
- *Magnus/Spier*, European Tort Law. Liber amicorum for Helmut Koziol, Frankfurt am Main, 2000.
- *Merckens* in *Huainigg*, Aus dem Bauch heraus. Pränataldiagnostik und behindertes Leben. „Das Kind als Schaden“. Der Status quo in der Judikatur und mögliche Auswege, Wien, 2010.
- *Mock*, Stellungnahmen zur Pränataldiagnostik, Berlin, 2007.
- *Mon* in *Boloz/Höver*, Utilitarismus in der Bioethik. Seine Voraussetzungen am Beispiel der Anschauungen von Peter Singer. Die Grundzüge des Utilitarismus, Münster, 2002.
- *Nussbaum*, Die Grenzen der Gerechtigkeit. *Behinderung, Nationalität und Spezieszugehörigkeit*, Berlin, 2010.
- *Organisation für Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung*, Behindertenpolitik zwischen Beschäftigung und Versorgung. Ein internationaler Vergleich, Europäisches Zentrum Wien, 2003.
- *Österreichisches Komitee für Sozialrecht* im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Tagungsbericht des Symposiums zur Begriffsbestimmung „Behinderung“ und „behinderter Mensch“, 1988, Linz.
- *Perner/Spitzer*, Bürgerliches Recht. Lernen – Üben - Wissen, Wien, 2007.
- *Pfeil*, Bundespflegegeldgesetz und landesgesetzliche Pflegegeldregelungen, Wien, 1996.
- *Pogge*, John Rawls, München, 1994.
- *Prutsch*, Die ärztliche Aufklärung. Handbuch für Ärzte, Juristen und Patienten, Wien, 2004.
- *Rauch* in *Bieker*, Teilhabe am Arbeitsleben. Wege der beruflichen Integration von Menschen mit Behinderung, Stuttgart, 2005.
- *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt am Main, 1975.
- *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Berlin, 2006. (Hrsg: Höffe).
- *Rawls*, Gerechtigkeit als Fairneß. Ein Neuentwurf, Frankfurt am Main, 2006.

- *Reischauer* in *Rummel*, ABGB-ON, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch.
- *Reissner* in *Prettenthaler-Ziegerhofer*, Menschen mit Behinderung. Leben wie andere auch? Die arbeitsrechtliche Situation von Menschen mit Behinderung, Graz, 2006.
- *Sander* in *Eberwein*, Integrationspädagogik. Kinder mit und ohne Behinderung lernen gemeinsam. Ein Handbuch, Weinheim/Basel, 1999.
- *Schlegel*, Die Identität der Person. Eine Auseinandersetzung mit Peter Singer, Freiburg Schweiz, 2007.
- *Schmid* in *Bendl*, Qualitätsentwicklung Gender Mainstreaming, Grundlagen, Band 2. Gleichheit und Gerechtigkeit – zwei aufeinander bezogene Begriffe?, 2007.
- *Schmidt* in *Prettenthaler-Ziegerhofer*, Menschen mit Behinderung. Leben wie andere auch? Eine völkerrechtliche und europarechtliche Perspektive, Graz, 2006.
- *Seelmann*, Rechtsphilosophie, München, 2001.
- *Singer*, Praktische Ethik, Stuttgart, 1994.
- *Specht*, Evaluation der Schulversuche zum gemeinsamen Unterricht behinderter und nichtbehinderter Kinder. Ergebnisse einer bundesweiten Befragung von Lehrerinnen und Lehrern im Schulversuch, Graz, 1993.
- *Speck*, System Heilpädagogik. Eine ökologische reflexive Grundlegung, München, 2008.
- *Stähler*, Inklusion behinderter Arbeitnehmer. Rechtliche Grundlagen für Arbeitgeber, Personalabteilungen, Schwerbehindertenvertreter und Betriebsräte, Köln, 2013.
- *Strachota* in *Huainigg*, Aus dem Bauch heraus. Von der Macht der Emotionen, Wien, 2010.
- *Tröster*, Einstellungen und Verhalten gegenüber Behinderten. Konzepte, Ergebnisse und Perspektiven sozialpsychologischer Forschung, Bern, 1990.
- *Tschugguel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 ([www.rdb.at](http://www.rdb.at)).

- *Voill in Huainigg*, Aus dem Bauch heraus. Segen und Fluch der Pränataldiagnostik, Wien, 2010.
- *Wassermann/Rohde*, Pränataldiagnostik und psychosoziale Beratung. Aus der Praxis für die Praxis, Stuttgart, 2009.
- *Welser*, Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht, Wien, 2005.
- *Widy/Ernst*, Behinderteneinstellungsgesetz, Gesetze und Kommentare NR 149, Wien, 2011.
- *Willenbring*, Pränatale Diagnostik und die Angst vor einem behinderten Kind. Ein psychosozialer Konflikt von Frauen aus systemischer Sicht. Heidelberg, 1999.
- *World Health Organization*, ICDH. Teil 1, Die ICDH- Bedeutung und Perspektiven. Teil 2, Internationale Klassifikation der Schädigungen, Fähigkeitsstörungen und Beeinträchtigungen. Ein Handbuch zur Klassifikation der Folgeerscheinungen der Erkrankung, Berlin, 1995.

### **Aufsätze**

- *Aubauer/Thomas*, BUAG-, BEinstG- und BAG-Novelle, taxlex 2010, 402.
- *Bioethikkommission*, Beschluss der Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt vom 18. April 2007.
- *Blum*, Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz, RdA, 2005, 285.
- *Fenyves/Hirsch*, Zur Deckung der Ansprüche aus „wrongful life“ und „wrongful birth“ in der Arzthaftpflichtversicherung, RdM 2000.
- *Haeberlin*, Behinderte integrieren - alles klar?, in Vierteljahresschrift für Heilpädagogik und ihre Nachbargebiete: VHN 4/2011.
- *Haeberlin*, Vom Schein zum Sein. In: Vierteljahresschrift für Heilpädagogik und ihre Nachbargebiete VHN 76, 2007.
- *Hiessl*, Behinderung als Beendigungsgrund? Die österreichische Judikatur und das EU-Recht, ASoK, 2013.
- *Hollaender*, Die Geburt als schadenstiftendes Ereignis – Schadenersatz für „wrongful birth“ bei Behinderung?, RdM, 2007/3.

- *Kaszanits*, Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz-BGStG) erlassen wird und das Behinderteneinstellungsgesetz, das Bundesbehindertengesetz, das Bundessozialamtgesetz und das Bundesberufungskommissionsgesetz geändert werden, ASoK 2004.
- *Koziol/Steininger*, Schadenersatz bei ungeplanter Geburt eines Kindes, RZ 2008, 138.
- *Luf*, Kind als Schadensquelle, AnwBI 2007, 547.
- *Mayr*, „Hü“ in „Mangold“ und „Hott“ in „Chacón Navas“?, Die Zurückhaltung des EuGH hinsichtlich des Begriffes der „Behinderung“ im Sinne der RL 2000/78, ELR 78/2006, 313.
- *Mayer*, Entlassung von Menschen mit Behinderungen als unzulässige Diskriminierung?, wbl 2013.
- *Merckens*, Kein Schaden ohne Kind. Rechtliche Erwägungen zur jüngsten „wrongful birth“- Judikatur des OGH, 5 Ob 165/05h, AnwBI 2007.
- *Ofner*, „Wrongful birth“ – ein neuer Lösungsansatz?, ZfRV, 2011.
- *Pärli*, Behinderungsbegriff im Kontext der Richtlinie 2000/78/EG: Von der Notwendigkeit eines offenen und weiten Verständnisses, ELR 9/2006.
- *Rauch*, Änderungen im Behinderteneinstellungsgesetz, ASoK 2011.
- *Reischauer*, Ersatz wegen Geburt? Haftungsrisiko führt zu Abtreibungsdruck, Die Presse 2011/03/03, Rechtspanorama – 17.01.2011.
- *Schäfer*, Diskriminierungsschutz für behinderte Menschen. Eine Analyse der Novelle des Behinderteneinstellungsgesetzes, FJ, 2006.
- *Schauer*, Das UN-Übereinkommen über die Behindertenrechte und das österreichische Sachwalterrecht. Auswirkung und punktueller Anpassungsbedarf, iFamZ 2011.
- *Schrank/Tomandl*, Das Zusammenspiel von Förderpflicht und Diskriminierungsverbot, ZAS 2006/31.
- *Wilhelm*, Drei Fälle von wrongful birth – Zur ärztlichen Aufklärungspflicht, ecolex 2006, 625.

- *Wilhelm*, „Ein behindert geborenes Kind ist kein Schaden!“. Eine Logelei über Wrongful Birth, *ecolex*, 2011.
- *Windisch-Graetz*, Begriff der Behinderung und zumutbare Maßnahmen, *RdA* 2014/2.
- *Windisch-Graetz*, Das neue Pensionsrecht zum 1.1.2014, Auswirkungen auf das Dienstverhältnis, Sonderheft ZAS-Seminar 2013, *ZAS* 2014/17.

### **Onlineressourcen**

- Ansprache von Bundespräsident Richard von Weizsäcker bei der Eröffnungsveranstaltung der Tagung der Bundesarbeitsgemeinschaft Hilfe für Behinderte (01.07.1993),  
[http://www.bundespraesident.de/SharedDocs/Reden/DE/Richard-von-Weizsaecker/Reden/1993/07/19930701\\_Rede.html](http://www.bundespraesident.de/SharedDocs/Reden/DE/Richard-von-Weizsaecker/Reden/1993/07/19930701_Rede.html) [03.03.2014].
- *Donner*, Der Preis ist hoch (19.11.2012), <http://www.freitag.de/autoren/der-freitag/der-preis-ist-hoch-1> [08.01.2012].
- *Gärditz*, Gutachtliche Stellungnahme zur Zulässigkeit des Diagnostikprodukts „PraenaTest“, Bonn, (03.07.2012),  
<http://www.behindertenbeauftragter.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Praena-Test.pdf>.
- *Gunnarson*, Interview mit Peter Singer, Humanism extended? (01.12.1997),  
<http://www.iheu.org/node/648> [25.01.2013].
- *Kary*, Kontroverse: „Quotensysteme funktionieren nicht“, *DiePresse.com* (10.07.2014),  
<http://diepresse.com/home/wirtschaft/recht/3835568/Kontroverse-Quotensysteme-funktionieren-nicht?from=suche.intern.portal> [09.09.2014].
- *Kaßelmann/Rüttgers*, Projekt Integration. 8 Jahre danach. Verbleib- und Verlaufsstudie der von Integrationsfachdiensten in Westfalen-Lippe in den Jahren 1994 - 1997 auf den allgemeinen Arbeitsmarkt vermittelten schwerbehinderten Menschen mit Lernschwierigkeiten, 2005,  
[http://www.lwl.org/abt61-download/PDF/broschueren/Verbleibstudie\\_Endbericht.pdf](http://www.lwl.org/abt61-download/PDF/broschueren/Verbleibstudie_Endbericht.pdf) [07.02.2013].

- *Köttritsch*, Vorurteile sind die größte Behinderung, DiePresse.com (20.12.2013),  
<http://karrierenews.diepresse.com/home/karrieretrends/1510009/Vorurteile-sind-die-grosste-Behinderung?from=suche.intern.portal> [15.01.2014].
- *N. N.*, aktion leben fordert klares Bekenntnis zu Menschen mit Down Syndrom (31.07.2012),  
[http://www.aktionleben.at/bekenntnis\\_zu\\_menschen\\_mit\\_down-syndrom](http://www.aktionleben.at/bekenntnis_zu_menschen_mit_down-syndrom) [27.08.2012].
- *N.N.*, Ausgleichstaxe und Prämie, bundessozialamt.gv.at,  
[http://www.bundessozialamt.gv.at/basb/UnternehmerInnen/Ausgleichstaxe\\_und\\_Praemie](http://www.bundessozialamt.gv.at/basb/UnternehmerInnen/Ausgleichstaxe_und_Praemie) [06.01.2014].
- *N. N.*, Behinderte: Der Kündigungsschutz wird geprüft, DiePresse.com (24.08.2014),  
[http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/3859285/Behinderte\\_Der-Kundigungsschutz-wird-gepruft?from=suche.intern.portal](http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/3859285/Behinderte_Der-Kundigungsschutz-wird-gepruft?from=suche.intern.portal), [11.09.2014].
- *N. N.*, Behinderte: Zurück zu strengerem Kündigungsschutz?, DiePresse.com (21.07.2014),  
[http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/3841752/Behinderte\\_Zuruck-zu-strengerem-Kundigungsschutz?from=suche.intern.portal](http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/3841752/Behinderte_Zuruck-zu-strengerem-Kundigungsschutz?from=suche.intern.portal), [11.09.2014].
- *N. N.*, Down – Syndrom nur für Frauen mit Risiko, vorarlberg.orf.at (25.08.2012), <http://vorarlberg.orf.at/news/stories/2547211/> [26.08.2012].
- *N. N.*, Ethiker befürchten neue Dimension in der Selektion Ungeborener, Süddeutsche.de (08.06.2012),  
<http://www.sueddeutsche.de/gesundheit/bluttest-auf-erbkrankheiten-in-der-schwangerschaft-ethiker-befuerchten-neue-dimension-in-der-selektion-ungeborener-1.1376749> [26.08.2012].
- *N. N.*, Geringfügig Beschäftigte, Help.gv.at,  
<https://www.help.gv.at/Portal.Node/hlpd/public/content/207/Seite.2070006.html> [06.01.2014].
- *N.N.*, Kardinal Schönborn: Neuer „Down – Syndrom“- Bluttest ist „Eugenik“, Katholische Presseagentur Österreich (24.08.2012),  
<http://www.kathweb.at/site/nachrichten/database/48727.html> [26.08.2012].

- N. N., Lieber zahlen als Behinderte einstellen, DiePresse.com (09.07.2012), [http://karrierenews.diepresse.com/home/karrieretrends/1263427/Lieber-zahlen-als-Behinderte-einstellen?from=gl.home\\_karrierenews](http://karrierenews.diepresse.com/home/karrieretrends/1263427/Lieber-zahlen-als-Behinderte-einstellen?from=gl.home_karrierenews) [15.01.2014].
- N. N., Neuer Bluttest auf Down – Syndrom illegal, Bizeps (05.07.2012), <http://www.bizeps.or.at/news.php?nr=13325> [26.08.2012].
- N. N., Neuer Bluttest für Schwangere umstritten, vorarlberg.orf.at (08.07.2012), <http://vorarlberg.orf.at/news/stories/2540479/> [26.08.2012].
- N. N., Neuer „Down – Syndrom“- Bluttest sorgt weiter für Kritik, APA kathpress (16.08.2012), <http://www.behindertearbeit.at/bha/archives/17151> [27.08.2012].
- N. N., Österreichische Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation, <http://www.oear.or.at/oear-info> [04.01.2014].
- Saurugger, Neuer Bluttest für werdende Mütter, Kleine Zeitung (06.08.2012), <http://www.kleinezeitung.at/magazin/wellness/3083823/neuer-bluttest-fuer-muetter.story> [26.08.2012].
- *Österreichische Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (OEGGG)*, Patientinneninformation PraenaTest, [http://www.oeggg.at/fileadmin/user\\_upload/downloads/Leitlinien/Praena-Test\\_Patienteninformation\\_12-12.pdf](http://www.oeggg.at/fileadmin/user_upload/downloads/Leitlinien/Praena-Test_Patienteninformation_12-12.pdf) [17.01.2014].
- *Österreichische Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation (ÖAR)*, <http://www.oear.or.at/oear-info>, [06.04.2014].
- Uhlmann, Rasterfahndung nach Menschen mit Down – Syndrom“, Süddeutsche (05.07.2012), <http://www.sueddeutsche.de/gesundheit/neuer-bluttest-fuer-schwangere-rasterfahndung-nach-menschen-mit-down-syndrom-1.1402368> [26.08.2012].

## Gesetze

### Österreich:

- ABGB BGBl I 2013/15 - Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
- AngG BGBl I 1975/418 – Angestelltengesetz
- ÄrzteG BGBl I 1998/169 - Ärztegesetz
- BBG BGBl I 1990/283 - Bundesbehindertengesetz
- BEinstG BGBl I 1970/22 - Behinderteneinstellungsgesetz
- BGStG BGBl I 2005/82 - Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz
- BPGG BGBl I 1993/110 - Bundespflegegeldgesetz
- FamLAG BGBl I 1967/376 - Familienlastenausgleichsgesetz
- KAKuG BGBl I 1957/1 - Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten
- StGB BGBl I 1974/60 - Strafgesetzbuch

### Deutschland:

- BSHG BGBl I S. 3022 - Bundessozialhilfegesetz
- SchPflG BGBl 1985/76 - Schulpflichtgesetz

## Judikatur

### Österreich:

- OGH 09.09.1986, 2 Ob 599/85.
- OGH 07.02.1989, 1 Ob 713/88.
- OGH 12.07.1990, 7 Ob 593/90.
- OGH 25.05.1999, 1 Ob 91/99k.
- OGH 07.03.2006, 5 Ob 165/05h.
- OHG 14.09.2006, 6 Ob 101/06f.
- OGH 30.11.2006, 2 Ob 172/06t.
- OGH 02.04.2009, 8 ObA 8/09y.
- OGH 18.02.2010, 8 ObA 48/09f.
- OGH 21.02.2013, 9 Ob A127/12k.

### Deutschland:

- OLG Karlsruhe 01.02.2006, 13 U 134/04.

### Europäischer Gerichtshof:

- EuGH 16.03.2006, C-13/05 - „Chacón Navas“
- EuGH 17.07.2008, C-303/06 - „Coleman“
- EuGH 11.04.2013, C-335/11 und C-337/11 - „Ring/Skouboe“

## **7 Abstract**

### **Deutsch**

Diese Dissertation setzt sich mit dem Umgang mit Menschen mit Behinderungen sowohl aus pränataler Sicht sowie mit deren Umgang in der Gesellschaft, insb der Arbeitswelt, auseinander. Das erste Kapitel zeigt einen Überblick verschiedener Definitionen des Begriffes der Behinderung in den Bereichen der Medizin, der Sonder- und Heilpädagogik und der Rechtswissenschaften. Das zweite Kapitel schildert drei sehr unterschiedliche Gerechtigkeitstheorien – den Utilitarismus aus der Sicht von Singer, die „Gerechtigkeit als Fairneß“ von Rawls und den Fähigkeitenansatz von Nussbaum – und untersucht die Frage, ob diese Theorien auch auf Menschen mit Behinderungen anwendbar sind. Das dritte Kapitel beschäftigt sich mit dem Umgang mit Menschen mit Behinderungen aus pränataler Sicht. Im Zuge dessen werden verschiedene Methoden der Pränataldiagnostik sowie neue pränataldiagnostische Testverfahren erläutert und anschließend wird auf die Frage eingegangen, ob es durch diese zu einer Diskriminierung von behinderten Menschen kommen kann. Darüber hinaus wird auf einige Fälle der „wrongful-birth“-Problematik eingegangen. Das letzte Kapitel behandelt den Umgang mit Menschen mit Behinderungen in der Gesellschaft. Der Schwerpunkt liegt dabei auf der Integration behinderter Menschen in die Arbeitswelt, weshalb besonders auf einige Normen des Behinderteneinstellungsgesetzes als auch einige OGH- sowie EuGH-Fälle eingegangen wird.

## English

This thesis is about the interaction of people with disabilities, from the prenatal point of view and with their interaction in society, especially in their working environment. The first chapter gives an overview of different definitions of the term “disability” from the medical, special and remedial education and the legal point of view. The second chapter describes three different theories of justice – the utilitarianism including the view of Singer, Rawls’ „*A theory of justice*“ and the “Fähigkeitenansatz” by Nussbaum - and analyzes the question whether these theories are also applicable to people with disabilities or not. The third chapter deals with the interaction of people with disabilities from prenatal perspective and explains various methods of prenatal diagnosis and new prenatal test methods. It also examines the question, if disabled people get discriminated because of prenatal diagnosis. Furthermore, it contains cases of "wrongful-birth" judicature. The last chapter is about disabled people in our society. The focus lies on the integration of disabled people into the working environment, therefore some cases by the European Court of Justice and the OGH are described.

## 8 Lebenslauf der Verfasserin

### Persönliche Daten:

Name: Karoline Kumptner

Geburtsdatum: 02.07.1987

### Ausbildung:

1998 - 2006 Bundesrealgymnasium Haizingergasse, 1180 Wien

2006 - 2010 Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien

2011 – dato Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien

### Berufspraxis:

08/2007 – 04/2007 Wolf Theiss Rechtsanwälte

05/2008 – 08/2008 Hauser Milchrahm & Stadlmann Rechtsanwälte GmbH, juristischer Mitarbeiter

10/2008 – 03/2010 Wolf Theiss Rechtsanwälte

07/2010 Wolf Theiss Rechtsanwälte, Praktikum

10/2011 – 06/2012 Gerichtspraxis am BG Innere Stadt Wien und am LG ZRS

11/2012 – 12/2012 Harnik & Finkelstein, Praktikum New York

03/2013, 06/2013 Künstlerbetreuung im Rahmen der IAMA (International Artist Managers' Association) sowie Mitarbeit in der Künstleragentur Buchmann

04/2014 – dato Verwaltungspraktikum beim Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz