



An den  
Klagsverband zur Durchsetzung der  
Rechte von Diskriminierungsopfern – KLA  
zH Hrn. Generalsekretär MMag. Volker Frey  
Luftbadgasse 14-16  
1060 Wien

Dr. Peter Kostelka  
Volksanwalt

Sachbearbeiter/-in:

Geschäftszahl:

Datum:

Wien, 12.10.2010

Sehr geehrter Herr MMag. Frey!

Wie in meinem letzten Schreiben angekündigt, ermittle ich Ihnen hiermit die Ergebnisse des Prüfungsverfahrens der Volksanwaltschaft zu der von Ihnen eingebrachten Beschwerde gegen mehrere Punkte der Verfahrensführung vor den Senaten der Gleichbehandlungskommission.

Da die von Ihnen eingebrachten Beschwerdepunkte Rechtsfragen betrafen, die zum großen Teil ungeklärt bzw. nicht eindeutig geklärt waren und einer eingehenden juristischen Auseinandersetzung bedurften, hat die Volksanwaltschaft dazu ein äußerst umfangreiches Prüfungsverfahren durchgeführt, woraus die lange Dauer des Prüfungsverfahrens resultiert.

In diesem Verfahren wurden über die damalige Bundesministerin für Frauen, Medien und öffentlichen Dienst Stellungnahmen der Senate der Gleichbehandlungskommission eingeholt (Stellungnahme der damaligen Vorsitzenden des Senates I und Koordinatorin der Gleichbehandlungskommission vom 11. Jänner 2008, Stellungnahme der Vorsitzenden des Senates III vom 7. Dezember 2007, BMGFJ-22110/0010-III/B/6/2007), Einsicht in Verfahrensakten der Senate genommen und die auf der Homepage des Rechtsinformationssystems veröffentlichte gesamte Spruchpraxis der Senate II und III der Gleichbehandlungskommission ausgewertet. Aufgearbeitet wurde weiters die gesamte Literatur und Rechtsprechung zur Gleichbehandlungsgesetzgebung sowie internationale Berichte zur Durchsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien der EU in Österreich.

Aus den Ergebnissen des volksanwaltschaftlichen Prüfungsverfahrens resultieren eine Reihe von legislativen Anregungen, die, wie ich Sie bereits informiert habe, in das Begutachtungsverfahren

zur aktuellen Novellierung des Gleichbehandlungsgesetzes und des GBK/GAW-Gesetzes eingebracht wurden. Ich habe die Feststellungen und Anregungen der Volksanwaltschaft betreffend der Verfahrensführung der Gleichbehandlungskommission auch in einem persönlichen Gespräch mit der Bundesministerin für Frauen und Öffentlichen Dienst, Frau Gabriele Heinisch-Hosek, erläutert sowie darüber auch den Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, informiert. Die wesentlichen Ergebnisse des Prüfungsverfahrens werden auch im kommenden Parlamentsbericht der Volksanwaltschaft dargestellt werden.

In seinem Antwortschreiben an die Volksanwaltschaft vom 9.11. 2010 äußert der für die Legistik zuständige Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz die Erwartung, dass mit dem Entfall der Vertraulichkeit die Frage der Beiziehung von NGO-Vertreterinnen und NGO-Vertretern entschärft werde und sich auch eine Beschleunigung der Entscheidungsfindung ergeben sollte. Aufgegriffen wurde in der Regierungsvorlage der Vorschlag der Volksanwaltschaft klarzustellen, in wieweit die GBG behördliche Befugnisse hat. Man hat sich dafür entschieden, die GBK als Verwaltungseinrichtung ohne hoheitliche Befugnisse, dh als Nicht-Behörde, zu definieren. Zur Beweislastregelung geht der Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz davon aus, dass die geltende Regelung unionsrechtskonform ist. Zu der von der Volksanwaltschaft ebenfalls angeregten Schaffung der Verbandsklage hätten die bisherigen Diskussionen gezeigt, dass diese vor allem von den Interessenvertretungen der Arbeitgeberseite vehement abgelehnt wird. Die Neuzusammensetzung der Senate und die Institutionalisierung des Dialogs mit NGO und Interessengruppen wurden, so der Bundesminister, diskutiert, konnten aber mangels Konsens nur einer späteren Novellierung vorbehalten werden.

Die Regierungsvorlage ist am 19. Oktober 2010 vom Ministerrat beschlossen worden. Das Inkrafttreten der Neuregelung ist für Beginn des Jahres 2011 geplant. Mir erscheint es daher sinnvoll, in einiger Zeit eine Follow-up Überprüfung durchzuführen, um zu eruieren, ob sich die gesetzlichen Änderungen und ev. begleitende Änderungen der Rahmenbedingungen tatsächlich positiv – insbesondere auf die Verfahrensdauer – ausgewirkt haben. Sollten Sie hierzu Anregungen haben bzw. konkrete Fälle einbringen wollen, so lade ich Sie ein, dies jederzeit zu tun. In jedem Fall aber werde ich die Entwicklung in diesem Bereich weiter mit den mir zur Verfügung stehenden Mitteln beobachten, um gegebenenfalls Missstände aufzuzeigen und Verbesserungen anzuregen.

Mit freundlichen Grüßen

## Prüfungsergebnis

Die Volksanwaltschaft hat aufgrund der vom „Klagsverband zur Durchsetzung der Rechte von Diskriminierungsopfern“ und von „ZARA – Zivilcourage und Anti-Rassismus-Arbeit“ eingebrachten Beschwerde vom 30. Oktober 2007 (VA W/622-LAD/07, nunmehr VA-W-LAD/0018-A/1/2009) gegen mehrere Punkte der Verfahrensführung vor den Senaten der Gleichbehandlungskommission ein umfangreiches Prüfungsverfahren durchgeführt.

Hintergrund dieser Prüfung sind mehrere internationale Berichte, die Verbesserungsbedarf bei der Bekämpfung von Diskriminierung in Österreich orten. So ist in diesem Zusammenhang auf den **Bericht des Menschenrechtskommissars des Europarates, Thomas Hammarberg, vom 12.12.2007** (CommDH(2007)26, Punkt 5.1) zu verweisen. Darin übt der Menschenrechtskommissar nicht nur Kritik an der mit mittlerweile 50 Gesetzen, entsprechend unterschiedlichen Verfahren und zuständigen Organen unübersichtlichen und zersplitterten österreichischen Rechtslage im Bereich Antidiskriminierung.

Die in Wien angesiedelte **Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (FRA)** hat kürzlich ihren Jahresbericht 2009 ([http://www.fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/FRA-AnnualReport09\\_en.pdf](http://www.fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/FRA-AnnualReport09_en.pdf)). Daraus geht hervor, dass Österreich so wie einige andere EU-Länder (Polen, Irland, Schweden und Großbritannien) ein wachsendes Problem mit rassistischen, antisemitischen und rechtsradikalen Übergriffen hat. Dazu kommt, dass besorgniserregend wenige Menschen ihre Rechte kennen und wissen, wo sie Fälle von Diskriminierungen melden können. Dazu Morten Kjaerum, der Direktor der EU-Grundrechteagentur (FRA-Medienmitteilung, Wien, 24. Juni 2009):

*„Eine bessere Information ist dringend notwendig. Den meisten Opfern von Diskriminierung ist nicht bewusst, dass das was sie erleben rechtswidrig ist. Gleichzeitig wissen viele nicht, wie und wo sie Beschwerde einreichen könnten. Die Dunkelziffer der Diskriminierung ist folglich extrem hoch. Die Regierungen haben die Pflicht, jeden über seine Rechte zu informieren. Das Rechtssystem muss für alle Diskriminierungsopfer zugänglich sein – nicht nur auf dem Papier, sondern auch in der Praxis.“*

Auch der jüngst erschienene **4. Bericht der Europäischen Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI)** fordert eine Reihe von Verbesserungen im Antidiskriminierungsschutz. Thematisiert wird dabei ua. die mangelhafte Ressourcenausstattung der Gleichbehandlungsorgane und die lange Dauer der Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission. Kritik geübt wird auch an der zu großen Fragmentierung von Gesetzgebung, Institutionen und Verfahren im Gleichbehandlungsrecht. ECRI fordert hier eine Reform der Gleichbehandlungsgesetze, in die

auch die Zivilgesellschaft und die spezialisierten NGOs einzubeziehen sind (ECRI-Bericht über Österreich, vierte Prüfungsrunde, veröffentlicht am 2. März 2010, CRI(2010)2) Pkt. 38-41).

## **1. Dauer der Verfahren und Befugnisse der Gleichbehandlungskommission bei Nichterscheinen von Auskunftspersonen**

### **Beschwerde**

Ein Beschwerdepunkt des Klagsverbandes und von ZARA betrifft die Dauer der GBK-Verfahren, die den Beschwerdeführern zufolge regelmäßig über einem Jahr liege.

Als eine Ursache für die lange Verfahrensdauer führen die Beschwerdeführer an, dass den Antragsgegnerinnen und Antragsgegnern bei unentschuldigtem Fernbleiben trotz rechtzeitiger Ladung zu einer GBK-Sitzung mehrmals neuerlich eine Ladung zugesendet werde. Dies gebe diesen die Möglichkeit, das Verfahren ungebührlich lang zu verzögern. Nach Ansicht der Beschwerdeführer hätte die Gleichbehandlungskommission hier gemäß § 19 Abs. 3 AVG die Möglichkeit, den Ladungen den Hinweis anzufügen, dass dieser Folge zu leisten ist und man bei unentschuldigtem Fernbleiben zur Erfüllung dieser Pflicht durch Zwangsstrafen verhalten und vorgeführt werden kann.

Weiters wird kritisiert, dass die Senate der Gleichbehandlungskommission in einzelnen Fällen den Ausgang von Verfahren abwarten würden, die nicht präjudiziell für eine Prüfung eines Sachverhaltes nach dem GIBG seien und für die insbesondere auch nicht die Beweislastregeln des Gleichbehandlungsgesetzes gelten (zB Verwaltungsstrafverfahren nach Art IX Abs 1 Z 3 EGVG, gerichtliche Strafverfahren gegen die diskriminierende Personen). Die abgewarteten Ergebnisse dieser Verfahren führen nach Ansicht der Beschwerdeführer überdies nicht zu einem höheren Erkenntnisgewinn, als durch die Befragung von Auskunftspersonen und die gesetzmäßige Beweisaufnahme durch die Senate der Gleichbehandlungskommission erzielbar ist. Nach Abschluss der Befragung der Verfahrensbeteiligten dauere die Beschlussfassung und Ausfertigung der Prüfungsergebnisse ebenfalls oft mehrere Monate.

### **Stellungnahme der Gleichbehandlungskommission**

Die Senate der Gleichbehandlungskommission weisen in ihren Stellungnahmen (Stellungnahme der Vorsitzenden des Senates I und Koordinatorin der Gleichbehandlungskommission vom 11. Jänner 2008, Stellungnahme der Vorsitzenden des Senates III vom 7. Dezember 2007, BMGFJ-

22110/0010-III/B/6/2007) an die Volksanwaltschaft darauf hin, dass es aus unterschiedlichen Gründen zu einer längeren Verfahrensdauer kommen könne. So würden in einzelnen Fällen auf Ersuchen der Antragseinbringer mit der Begründung, dass noch laufende Vergleichsgespräche stattfinden, welche zum Vorteil des Antragstellers oder der Antragstellerin geführt werden, noch keine mündliche Verfahren ausgeschrieben. Häufig können auch Antragsteller trotz fristgerechter Vorabinformation und Ladung nicht zu Sitzungsterminen erscheinen, weshalb eine nochmalige Ladung vorzunehmen ist. Hingegen werden Fälle, deren Dringlichkeit dargelegt wird, wie zum Beispiel ein bei aufrechter Arbeitsverhältnis geführtes Verfahren, vorgezogen und haben somit eine viel kürzere Verfahrensdauer von 3-4 Monaten.

Hinsichtlich des Nichterscheinens von Auskunftspersonen verweist die Gleichbehandlungskommission auf § 12 Abs. 2 GBK-GO. Darin ist vorgesehen, dass alle Auskunftspersonen höchstens zweimal zu laden sind. In der zweiten Ladung wird darauf hingewiesen, dass das Verfahren bei unentschuldigtem Fernbleiben ohne weitere Ladung fortgesetzt wird. Die Vorsitzende des Senates III führt in ihrer Stellungnahme dazu weiter aus: *„Dass dies zu Verfahrensverzögerungen, vor allem durch Antragsgegner, führen kann, ist ein strukturelles Problem, auf das die Vorsitzende des Senates III auch mehrfach hingewiesen hat. Dieses Problem kann aus Sicht des Senates III aber nur durch eine entsprechende gesetzliche Änderung beseitigt werden.“*

Insgesamt betont die Gleichbehandlungskommission gegenüber der Volksanwaltschaft, dass eine Verkürzung der Verfahrensdauer auch ihr oberstes Anliegen ist. Zur Erreichung dieses Zieles, um die Vollziehung des GIBG zu gewährleisten und den ständigen Aufgabenerweiterungen gerecht zu werden, ist der Gesetzgeber aufgerufen, die hierfür notwendigen Rahmenbedingungen zu schaffen. Die Gleichbehandlungskommission und ihre Vorsitzenden verfügen über keine Mitarbeiter. Die den Senaten zur Verfügung stehenden Geschäftsführungen im Bereiche der Administration, sind in einer Abteilung der Frauensektion im Bundeskanzleramt angesiedelt. So wurde etwa von Senat I seit langem eine Ressourcenaufstockung eingefordert, insbesondere unter dem Aspekt, dass etwa im Jahre 2007 eine ca. 60% Fallsteigerung der Anträge an diesen Senat zu verzeichnen war (zu den mittlerweile erfolgten Änderungen siehe unten).

## **Erwägungen der Volksanwaltschaft**

### 1.1. Einhellige Kritik an Verfahrensdauer der Gleichbehandlungskommission

Kritik an der Dauer der GBK-Verfahren wird nicht nur von den Beschwerdeführern geübt, sondern insbesondere auch von der Gleichbehandlungsanwaltschaft und der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte im jüngsten Gleichbehandlungsbericht 2006-2007 (Teil II, 209; Teil I, 284 ff). Da-

nach betrage die durchschnittliche Wartezeit von der Einbringung des Antrages bis zu dessen Behandlung ein Jahr. Die aus einer langen Verfahrensdauer resultierenden Probleme seien für die Betroffenen schwerwiegend. Gerade in Fällen sexueller Belästigung könne die Aufarbeitung des Erlebten nicht abgeschlossen werden. Auch führe die lange Dauer bis zur Befragung der betroffenen Personen und der Auskunftsperson in vielen Fällen dazu, dass die Befragten angeben, sich nicht mehr erinnern zu können, da der Sachverhalt deutlich mehr als ein Jahr zurückliegt. Die Bereitschaft, nach Abschluss eines GBK-Verfahrens noch ein gerichtliches Verfahren zu beginnen, sinke durch die lange Verfahrensdauer.

Auch im jüngst erschienenen 4. Bericht der Europäischen Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI) wird die lange Dauer der Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission, die *„die Rechtssuchenden abschreckt und somit die Wirksamkeit des vom Gesetzgebers geschaffenen Instrumentariums beeinträchtigt,“* kritisiert (ECRI-Bericht über Österreich, vierte Prüfungsrunde, veröffentlicht am 2. März 2010, CRI(2010)2) Pkt. 38).

Von den Senaten der Gleichbehandlungskommission selbst wird die durchschnittliche Verfahrensdauer im jüngsten Gleichbehandlungsbericht folgendermaßen angegeben: Senat I: 11 Monate, Senat II: 9,4 Monate, Senat III 10,7 Monate.

§ 73 AVG sieht vor, dass Behörden über Anträge ohne unnötigen Aufschub, spätestens aber sechs Monate nach deren Einlangen zu entscheiden haben. Diese Bestimmung ist im Verfahren vor den Senaten der Gleichbehandlungskommission mangels ausdrücklicher Anordnung in § 16 GBK/GAW-G zwar nicht anzuwenden. Unabhängig davon ist die möglichst rasche Durchführung und Entscheidung selbstverständlich auch hier oberstes Gebot. Dies gilt insbesondere für die Verfahren der GBK, ist es doch deren Zielsetzung, Menschen, die sich diskriminiert fühlen, eine Alternative zum Gerichtsverfahren zu bieten, in dem sie kostenlos, vertraulich, relativ formlos und vor allem rasch eine Feststellung einer staatlichen Einrichtung erlangen, ob eine Diskriminierung tatsächlich vorliegt und wie diese behoben werden kann.

Die Prüfung einer Reihe von GBK-Verfahren der Jahre vor 2008 durch die Volksanwaltschaft hat gezeigt, dass deren Dauer tatsächlich oft über einem Jahr liegt. Die Gründe dafür sind unterschiedlich. In manchen Verfahren mussten die Antragsgegner erst ausfindig gemacht werden, in anderen Fällen erfolgten Absagen und nochmalige Ladungen von Auskunftspersonen (dazu näher unten). In manchen Fällen fand die Befragung der von der vermuteten Diskriminierung betroffenen Person erst ein Jahr nach der Antragstellung statt. In anderen Verfahren wurden Entscheidungen anhängiger Verfahren abgewartet oder es dauerte mehrere Monate, bis das Prüfungsergebnis nach erfolgter Beschlussfassung im Senat ausgefertigt und zugestellt wurde.

Das letztgenannte Problem sollte mit der jüngsten GIBG-Novelle (BGBl 98/2008) behoben sein: Gemäß § 11 Abs. 3 und § 12 Abs. 7 GBK/GAW-G sind nun Gutachten und Einzelprüfungsergebnisse der Senate binnen drei Monaten nach der Beschlussfassung auszufertigen und anonymisiert auf der Website des Bundeskanzleramtes zur Verfügung zu stellen.

**Eine wirksame Beschleunigung ist aber nur mit einer ausreichenden Ressourcenausstattung zu erwarten. Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund der derzeit geplanten Novelle des GIBG und GBK/GAW-G, mit der der Aufgabenbereich der Gleichbehandlungskommission ein weiteres Mal vergrößert wird, ohne gleichzeitig eine Ressourcenerweiterung vorzusehen.**

Kritik an der unzureichenden Mittelausstattung der Gleichbehandlungsorgane wurde auch vom Menschenrechtskommissar des Europarates, Thomas Hammarberg (Bericht vom 12.12.2007, CommDH(2007)26, Punkt 5.1) geübt.

In diesem Zusammenhang ist die durch die letzte GIBG-Novelle (BGBl 98/2008) erfolgte verpflichtende Bestellung einer Stellvertretung des/der jeweiligen Vorsitzenden der Senate (§ 2 Abs. 6 GBK/GAW-G) positiv zu bewerten. Ebenso hat der Umstand, dass seit November 2007 jeder Senat der Gleichbehandlungskommission über eine eigene Geschäftsführung verfügt, zu einer Verbesserung der Situation geführt (vgl. dazu auch die parlamentarische Anfragebeantwortung durch die Bundesministerin für Frauen, Medien und öffentlichen Dienst 3723/AB 23. GP, 1).

Fraglich ist aber, ob dies ausreicht. Die Volksanwaltschaft hat daher eine Evaluierung der Ressourcenausstattung angeregt. Dabei sollte insbesondere evaluiert werden, ob die Anzahl der Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen und die den Senatsvorsitzenden gemäß § 10 Abs. 1a GBK/GAW-G für ihre Tätigkeit in der Gleichbehandlungskommission zur Verfügung stehende Arbeitszeit ausreichend ist (aut einer Stellungnahme des Bundeskanzleramtes, BKA-109.265/0013-1/2/A/2008, wenden diese nur einen kleinen Teil ihrer Arbeitszeit für diese nebenberufliche Tätigkeit auf). An Budgetmitteln standen allen drei Senate der Gleichbehandlungskommission gemeinsam im Jahr 2008 € 18.000 zur Verfügung (2007: € 15.000,-; 2006: € 10.000,-; parlamentarische Anfragebeantwortung des Bundeskanzlers, 3720/AB 23. GP, 2). Ob dieser Mitteleinsatz für eine effiziente Aufgabenerfüllung ausreicht, ist zweifelhaft. So vertritt die Bundesarbeitskammer die Ansicht, dass es dringend erforderlich ist, den Senaten der Gleichbehandlungskommission Budgets für die eigenständige Beauftragung von Fachleuten, für Gutachten und für Schulungen der Senatsmitglieder zur Verfügung zu stellen (Gleichbehandlungsbericht 2006 – 2007, Teil I, S. 286).

Insgesamt waren daher nach Prüfung durch die Volksanwaltschaft jedenfalls Verfahrensverzögerungen festzustellen. Diese wurden mit der für die Angelegenheiten der Gleichbehandlungskommission zuständigen Bundesministerin für Frauen und Öffentlichen Dienst, Gabriele Heinisch-Hosek, besprochen und insbesondere eine Evaluierung der Ressourcenausstattung angeregt. Seit dem Jahr 2008 werden Maßnahmen gesetzt, die zu einer rascheren Verfahrensführung beitragen sollten. Ob dies ausreichend ist, kann erst zu einem späteren Zeitpunkt festgestellt werden.

#### 1.2. Nichterscheinen von Auskunftspersonen - Befugnisse der Gleichbehandlungskommission ungeklärt

Als eine Ursache für eine lange Verfahrensdauer wird von den Beschwerdeführern angegeben, dass Antragsgegner und Antragsgegnerinnen durch Nichterscheinen das Verfahren verzögern können und die Gleichbehandlungskommission dagegen nicht die ihr zustehenden Mittel ausschöpft, um dem zu begegnen. Nach Ansicht des Klagsverbandes und von ZARA hätte die Gleichbehandlungskommission hier gemäß § 19 Abs. 3 AVG die Möglichkeit, den Ladungen den Hinweis anzufügen, dass dieser Folge zu leisten ist und man bei unentschuldigtem Fernbleiben zur Erfüllung dieser Pflicht durch Zwangsstrafen verhalten und vorgeführt werden kann. Stattdessen werden neuerliche Ladungen vorgenommen, was zu Verfahrensverzögerungen führe.

Die Frage, welche Befugnisse die Gleichbehandlungskommission tatsächlich hat, um gegen das Nichterscheinen von Auskunftspersonen, insbesondere von Personen, gegen die sich der Antrag auf Feststellung einer Diskriminierung richtet, ist jedoch im Schrifttum nicht eindeutig geklärt.

Wie sich schon in den Erörterungen zum ersten Beschwerdepunkt gezeigt hat, führt auch hier der Verweis auf einige AVG-Bestimmungen in einem niederschweligen Verfahren, für das es in der GBK-GO bereits eigene Verfahrensbestimmungen gibt, ohne nähere Auseinandersetzung, wie diese Bestimmungen konkret anzuwenden sind, zu Problemen. So stellt auch *Hattenberger* fest, dass die Anwendung mehrerer Verfahrensvorschriften – einmal das GBK/GAW-G samt Durchführungsverordnung der GBK-GO, zum anderen die Bestimmungen des AVG – problematisch ist, „weil damit ‚Doppelregelungen‘ geschaffen werden, die interpretatorisch erst aufgelöst werden müssen“ (in: Rebhahn, GIBG § 1 GBK/GAW-G Rz 4 und § 16 GBK/GAW-G Rz 2).

§ 16 GBK/GAW-G, der wie bereits beschrieben, die Anwendung einzelner Bestimmungen des AVG auf das GBK-Verfahren vorsieht, verweist unter anderen auf § 19 AVG. Dessen Abs. 3 besagt, dass einer Ladung Folge zu leisten ist und die oder der Geladene zur Erfüllung dieser Pflicht



durch Zwangsstrafen verhalten oder vorgeführt werden kann. Die Anwendung dieser Zwangsmittel ist zulässig, wenn sie in der Ladung angedroht waren.

Dagegen nennt § 12 Abs. 12 GBK-GO als einzige Folge des Nichterscheinens einer Auskunftsperson, dass das Verfahren ohne die Aussage dieser Auskunftsperson fortgesetzt wird. Ein Hinweis auf Zwangsmittel zur Durchsetzung des Erscheinens einer Auskunftsperson, wie in § 19 Abs. 3 AVG vorgesehen, findet sich hier nicht.

**Zur Frage, ob die Gleichbehandlungskommission tatsächlich Zwangsmittel gegen eine Auskunftsperson bei Nichterscheinen setzen kann, werden in der Literatur unterschiedliche Meinungen vertreten.**

#### 1.2.a. Literaturstimmen gegen Befugnis der Gleichbehandlungskommission, Zwangsmittel zu setzen

Dagegen sprechen sich zB *Sturm/Körber* aus. Sie gehen davon aus, dass keine Sanktion für die Nichtgewährung einer Auskunft vorgesehen ist und diese somit „*im Belieben des Arbeitgebers, des Betriebsrates oder der im Betrieb Beschäftigten [bleibt] und ... zu einer erheblichen Erschwerung des Verfahrens vor der Gleichbehandlungskommission führen kann*“ (in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht [Oktober 2008] GBK/GAW-G Rz 239).

Auch nach *Hopf/Mayr/Eichinger* (GIBG 2009 § 16 GBK/GAW-G Rz 14) ist der Verweis des § 16 GBK/GAW-G auf §§ 18 bis 22 AVG teleologisch zu reduzieren. Die Autoren verweisen darauf, dass es sich beim Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission weiterhin um ein niederschwelliges Verfahren handelt, in dem es nach hA weder eine Verwaltungsbehörde gibt, noch Bescheide vorgesehen sind. Der Verweis auf § 19 Abs. 3 im Kommissionsverfahren sei daher überschießend. Dies auch deshalb, weil eine Erzwingung des Erscheinens von Auskunftspersonen sogar über das zivilgerichtliche Verfahren hinausgehen würde, „*von dem man sich eigentlich bei der GBK durch ‚Niederschwelligkeit‘ abgrenzen und das man nicht in punkto obrigkeitlichen Verhaltens ‚überholen‘ wollte*“. Demzufolge sei die Gleichbehandlungskommission nur berechtigt, Personen mittels einfacher Ladung vorzuladen; die Erlassung eines Ladungsbescheides und die Androhung oder Setzung von Zwangsstrafen oder einer zwangsweisen Vorführung ist nach diesen Autoren nicht zulässig (so auch *Heidinger/Frank-Thomasser/Schmid*, Antidiskriminierung, 229).

#### 1.2.b. Literaturstimmen für Befugnis der Gleichbehandlungskommission, Zwangsmittel zu setzen

Andere Stimmen in der Literatur gehen hingegen von einer uneingeschränkten Geltung des § 19 Abs. 3 AVG im GBK-Verfahren und somit von der Befugnis der GBK, bei Nichterscheinen von Auskunftspersonen Zwangsmittel anzudrohen und zu setzen, aus. So stellt *Hattenberger* (in: Rebhahn, GIBG § 1 GBK/GAW-G Rz 4 und § 16 GBK/GAW-G Rz 2) fest, dass die im Verordnungsrang stehende GBK-GO die in § 19 AVG der Kommission gesetzlich übertragene Befugnis zur Androhung und Setzung von Zwangsstrafen bei Nichterscheinen in unzulässiger Weise einschränkt. Danach hat die Gleichbehandlungskommission durch § 19 AVG die Ermächtigung erhalten, im Fall der Nichtbefolgung von Ladungen Zwangsstrafen oder die Vorführung anzudrohen. Da dies mit verfahrensrechtlichem Bescheid zu erlassen ist, ist die Gleichbehandlungskommission nach *Hattenberger* nun als (partielle) Verwaltungsbehörde zu qualifizieren (AM *Heidinger/Frank-Thomasser/Schmid*, Antidiskriminierung 228, wonach mit der Anwendung einzelner Bestimmungen des AVG keine Änderung des Status der Gleichbehandlungskommission als Nicht-Behörde verbunden ist).

#### 1.2.c. Gesetzliche Klärung notwendig

Aus Sicht der Volksanwaltschaft ist die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes (VfSlg 18.180), wonach die Gleichbehandlungskommission grundsätzlich die Befugnis hat, verfahrensrechtliche Bescheide zu erlassen, sicher ein Schritt hin zu einem „Mehr an Behördenqualität“ der GBK. Ob sich vor diesem Hintergrund aber ergibt, dass die Gleichbehandlungskommission die Befugnis hat, Zwangsstrafen bei Nichterscheinen anzudrohen und zu setzen, kann angesichts der Zurückhaltung des Verfassungsgerichtshofes bei der Annahme einer Bescheiderlassungskompetenz der Gleichbehandlungskommission, die nur hinsichtlich der Erlassung eines verfahrensrechtlichen Bescheides durchbrochen wurde, sowie angesichts der unterschiedlichen in der Literatur vertretenen Auffassungen von der Volksanwaltschaft nicht mit ausreichender Sicherheit festgestellt werden.

Hier ist daher eine gesetzliche Klarstellung nötig, wie dies etwa auch von der Vorsitzenden des Senates III festgestellt wurde. Auch das Boltzmann-Institut für Menschenrechte stellte in seiner Stellungnahme zum Entwurf der GIBG-Novelle 2008 (142/ME, 23. GP) ein Regelungsdefizit fest, das vom Gesetzgeber zu beheben wäre:

*„Dagegen besteht ein Regelungsdefizit für das Vorgehen im Fall des Nichterscheinens. Zur Steigerung der Rechtssicherheit im Kommissionsverfahren wird dringend geraten, Regelungen dafür zu treffen, wie in einem solchen Fall vorzugehen ist, insbesondere wenn es sich bei den betreffenden geladenen, aber nicht erschienenen Auskunftspersonen um Antragsgegner/Antragsgegnerinnen handelt. Für das Verfahren ist es wünschenswert, dass sowohl Antragsteller/Antragstellerinnen als auch Antragsgegner/Antragsgegnerinnen ihre Sichtweise darlegen. Ein Regelungsziel sollte daher darin bestehen, dass Antragsgegnern/Antragsgegnerinnen*

*kein systematischer Vorteil daraus erwächst, sich der Teilnahme am Kommissionsverfahren zu verweigern. Grundsätzlich sieht § 16 bereits vor, dass § 19 AVG auf das Kommissionsverfahren anzuwenden ist. Allerdings wird von der Möglichkeit der Androhung einer Zwangsstrafe bzw. zwangsweisen Vorführung von den Senaten der Kommission anscheinend bisher kein Gebrauch gemacht. Es wird daher angeregt, dass die Senatsvorsitzenden in den Ladungen der Auskunftspersonen Zwangsmittel gegen Fernbleiben ohne begründete Hindernisse androhen.“*

**Die Volksanwaltschaft hat daher angeregt, angesichts der divergierenden Meinungen im Schrifttum über die Befugnisse der Gleichbehandlungskommission im Fall des Nichterscheinens von Auskunftspersonen, durch gesetzliche Maßnahmen eine Klärung herbeizuführen.**

## **2. Spruchpraxis der Gleichbehandlungskommission**

### **Beschwerde**

Der dritte Beschwerdepunkt richtet sich dagegen, dass die Empfehlungen der Senate II und III bei festgestellter Diskriminierung nicht ausreichend konkret formuliert seien, um auf ihre Erfüllung überprüft werden zu können. Deshalb gehe auch das Recht zur Feststellungsklage, das an die Nichterfüllung der Empfehlungen der Gleichbehandlungskommission anknüpft, ins Leere.

### **Stellungnahme der Gleichbehandlungskommission**

Zu diesem Beschwerdepunkt nahm einzig Senat III Stellung gegenüber der Volksanwaltschaft und führte dazu lediglich aus: *„Senat III hat in allen Fällen, in denen eine Diskriminierung festgestellt wurde, im Sinne der genannten Gesetzesstelle Empfehlungen zur Beseitigung derselben erstattet. Die Sichtweise des Beschwerdeführers kann daher nicht nachvollzogen werden.“*

### **Erwägungen der Volksanwaltschaft**

Stellt die Gleichbehandlungskommission eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes fest, so hat sie den für die Diskriminierung Verantwortlichen schriftlich einen *„Vorschlag zur Verwirklichung der Gleichbehandlung“* zu übermitteln und diese aufzufordern, die Diskriminierung zu beenden (§ 12 Abs. 3 GBK/GAW-G). Mit der jüngsten GIBG-Novelle (BGBl 98/2008) wurde dem hinzugefügt, dass für die Umsetzung dieses Vorschlages eine Frist von zwei Monaten zu setzen ist.

Als Folge bei Nichtumsetzung dieses Vorschlages ist vorgesehen, dass jede im jeweiligen Senat vertretene Interessenvertretung sowie die Gleichbehandlungsanwaltschaft mit Zustimmung

der/des Betroffenen bei von ihr initiierten Verfahren auf Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebots klagen kann, wenn diesem Vorschlag nicht entsprochen wird (§ 12 Abs. 4 und 5 GBK/GAW-G).

Eine mangelnde Konkretetheit der Empfehlungen der Gleichbehandlungskommission wird nicht nur in der vorliegenden Beschwerde sondern auch von der Gleichbehandlungsanwaltschaft im jüngsten Gleichbehandlungsbericht 2006 und 2007 (S. 208) festgestellt:

*„In der bisherigen Praxis der Senate der Gleichbehandlungskommission wurde der Vorschlag zur Verwirklichung der Gleichbehandlung in den Einzelfallentscheidungen sehr allgemein und ohne Setzung einer Frist erteilt. Es handelte sich dabei nur um einen Vorschlag an die diskriminierende Person oder Stelle, sich mit dem Gleichbehandlungsgesetz intensiv zu befassen. Die Umsetzung dieses Vorschlages ist nicht überprüfbar. An die Umsetzung sind jedoch wichtige im Gleichbehandlungsgesetz geregelte Rechtsfolgen geknüpft. Wird dem Vorschlag der Gleichbehandlungskommission nicht entsprochen, haben die Gleichbehandlungsanwaltschaft bzw. die dazu befugten Interessenvertretungen das Recht, eine Klage auf Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes bei Gericht einzubringen. Um diese im Gleichbehandlungsgesetz vorgesehene Klagsmöglichkeit auch tatsächlich in Anspruch nehmen zu können, ist es erforderlich, dass die Umsetzbarkeit eines Vorschlages der Gleichbehandlungskommission überprüft werden kann. Dies wiederum erfordert die Formulierung eines konkreten Vorschlages unter Setzung einer angemessenen Frist seitens der Gleichbehandlungskommission. Die Anwaltschaft für Gleichbehandlung fordert daher, konkrete und auf ihre Umsetzbarkeit überprüfbare Vorschläge unter Setzung einer angemessenen Frist zu erteilen.“*

Hinsichtlich der Formulierung der Vorschläge bzw. Empfehlungen der Gleichbehandlungskommission brachte die Prüfung durch die Volksanwaltschaft folgende Ergebnisse:

### 2.1. Auswertung der Spruchpraxis des Senates II

Seit seiner Schaffung am 1. Juli 2004 bis 30. Juli 2008 hat der Senat II 29 Einzelfallprüfungsergebnisse veröffentlicht, wovon in 16 Fällen eine Diskriminierung festgestellt wurde. Davon wurde in 6 Fällen lediglich der Vorschlag erteilt, *„sich intensiv mit dem Gleichbehandlungsgesetz zu befassen“*. In 4 Fällen wurden allgemein gehaltene Empfehlungen hinzugefügt, das diskriminierende Verhalten künftig abzustellen (zB Recruitingprozesse künftig transparent, objektiv und gesetzeskonform zu gestalten; eine Frauen, die Kopftuch tragen, diskriminierende Personalauswahl künftig zu unterlassen (GBK II/8, II/14, II/23, II/31). In 2 Fällen wurde trotz festgestellter Diskriminierung aus für die Volksanwaltschaft nicht ersichtlichem Grund gar keine Empfehlung erteilt (GBK II/30, II/36).

Lediglich in 3 Fällen wurden Empfehlungen erteilt, deren Erfüllung auch konkret überprüfbar ist: so wurde eine Führungskräftebildung zu den Themen Konfliktmanagement und interkulturelle Kompetenz vorgeschlagen (GBK II/28), die rückwirkende Überstellung der Betroffenen in die ent-

sprechende Verwendungsgruppe (GBK II/29) und die Abschaffung der Altershöchstgrenze für neu eintretende Bewerberinnen und Bewerber empfohlen (GBK II/40).

Ein etwas besseres Bild zeigt sich in den Ergebnissen der jüngeren Vergangenheit: Seit dem 1. August 2008 (Beginn der verpflichtenden Veröffentlichung der Prüfungsergebnisse) bis 31. April 2010 hat Senat II 13 Einzelfallprüfungsergebnisse veröffentlicht, wovon in 8 Fällen eine Diskriminierung festgestellt wurde. Davon wurde in 7 Fällen nicht nur eine eingehende Befassung mit dem GIBG sondern zusätzlich auch die Zahlung eines angemessenen Schadenersatzes an die oder den Betroffenen empfohlen. In 2 Fällen wurden daneben noch weitere konkrete Maßnahmen, wie die Abhaltung von betriebsinternen Schulungen und die Umsetzung eines Erlasses zum Thema des Kopftuchtragens am Arbeitsplatz, empfohlen (GBK II/52/08, II/70/08).

Aber auch in diesem Zeitraum empfahl Senat II noch in einem Fall einer Kursleiterin, die sich dem Gleichbehandlungskommissionsverfahren trotz zweimaliger Ladung entzogen hat, lediglich, sie möge sich mit dem Gleichbehandlungsgesetz befassen (GBK II/45/07).

Ein Hinweis auf die Möglichkeit der Klageeinbringung bei Nichterfüllung der Vorschläge (§ 12 Abs. 4 und 5 GBK/GAW-G) findet sich in keinem Prüfungsergebnis des Senates II.

## 2.2. Auswertung der Spruchpraxis des Senates III

Seit seiner Schaffung am 1. Juli 2004 bis 30. Juli 2008 hat der Senat III 15 Einzelfallprüfungsergebnisse (und ein allgemeines Gutachten) veröffentlicht, wovon in 11 Fällen eine Diskriminierung festgestellt wurde.

In einem großen Teil davon wurden Empfehlungen erteilt, die als moralische Aufforderung zu verstehen sind, jedoch keine konkrete, auf ihre Erfüllung überprüfbare Empfehlung darstellen. So wurde zB vorgeschlagen, *„die geltende Rechtslage nach dem Gleichbehandlungsgesetz zu respektieren, in dem sie durch geeignete Maßnahmen dafür Sorge trägt, dass die ethnische Herkunft von Wohnungsinteressent/inn/en kein Auswahlkriterium für die Vermietung ihrer Mietwohnungen oder der ihres Ehegatten darstellen darf“* (GBK III/2, III/6/05). Ein weiterer Vorschlag an einen Marktstandbetreiber lautete etwa, *„dafür Sorge zu tragen, dass seine Mitarbeiter/innen und mit-helfenden Familienangehörigen die geltende Rechtslage nach dem Gleichbehandlungsgesetz kennen und respektieren und insbesondere dafür Sorge zu tragen, dass Beleidigungen und Beschimpfungen gegenüber Personen mit anderem ethnischen Hintergrund unterbleiben“* (GBK III/8).

In jenen Fällen, in denen eine diskriminierende Einlasspolitik bei Lokalen festgestellt wurde, waren die erteilten Empfehlungen konkreter: So wurde neben der Akzeptanz des GIBG auch die Aufnahme eines Hinweises auf das GIBG und dessen Diskriminierungsverbotes und auf die Beratungsmöglichkeit bei der Gleichbehandlungsanwaltschaft auf die Firmenhomepage und die Hausordnung empfohlen. Weiters wurde empfohlen, für eine ausreichende Zahl von Türstehern zu sorgen, damit den Betroffenen auch die Ablehnungsgründe genannt werden können (GBK III/9/05, GBK III/10/05, III/16/06, III/18/06).

In einem Fall, in dem neben der diskriminierenden Dienstleistungsverweigerung auch eine diskriminierende Beschimpfung festgestellt wurde, ist empfohlen worden, das Gleichbehandlungsgesetz zu respektieren, künftig alle Menschen bei Ausübung der Dienstleistung gleich zu behandeln, einen gut sichtbaren Hinweis auf die Einhaltung des Gleichbehandlungsgesetzes im Lokal anzubringen sowie auch ein entsprechendes Merkblatt aufzulegen (GBK III/15/06).

In einem Fall wurde die konkrete Empfehlung erteilt, gemeinsam mit der Gleichbehandlungsanwaltschaft eine Hausordnung für das Lokal auszuarbeiten (GBK III/5/05).

Seit dem 1. August 2008 bis 31. April 2010 hat Senat II 18 Prüfungsergebnisse (und ein allgemeines Gutachten) veröffentlicht, wovon in 15 Fällen eine Diskriminierung festgestellt wurde.

In 7 Fällen wurde wiederum eine ethnisch diskriminierende Einlasspolitik zu Lokalen festgestellt. Den bisherigen Empfehlungen wurde noch die Empfehlung hinzugefügt, *„taugliche innerbetriebliche Strukturen zur Vermeidung der diskriminierenden Einlasspraxis zu schaffen, die auch eine Schulung und Kontrolle der Türsteher umfasst“* sowie die gesetzlich möglichen Einlasskriterien ebenfalls mit Hinweis auf das GIBG und den Umstand, dass keine Person aus ethnischen Gründen des Lokales verwiesen wird, im Eingangsbereich des Lokals aufzuhängen. In einem Fall (GBK III/24/07) wurde offenbar aufgrund eines Besitzerwechsels keine Empfehlung ausgesprochen.

Schulungen für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter und Kontrollen wurden auch bei einer Belästigung und bei der Verweigerung der Aufnahme in eine Tagesmutterstätte empfohlen (GBK III/31/07, III/35/08). In einem Fall, in dem eine ethnisch motivierte Belästigung aufgrund einer Beschimpfung durch einen Dienstleister festgestellt worden ist, wurde daneben auch die Leistung eines angemessenen Schadenersatzes empfohlen (GBK III/49/09).

Im Fall des diskriminierenden Gratiseintritts für Frauen in Diskotheken wurde neben der Befassung mit dem GIBG empfohlen, diese diskriminierende Geschäftspolitik abzustellen, Mitarbeiter-

schulungen betreffend die Gleichbehandlungsbestimmungen durchzuführen und Hinweise auf das GIBG auf die Firmen-Website und die Hausordnung aufzunehmen (GBK III/38/09, III/48/09).

Der Republik Österreich empfahl Senat III nach festgestellter diskriminierender Befristung bei Sozialleistung, einen entsprechenden Passus in das Organisationshandbuch aufzunehmen, der klarstellt, dass Namen nicht zur Beurteilung einer Staatsbürgerschaft herangezogen werden dürfen (GBK III/34/08).

In drei von 15 Fällen beschränkte sich die Empfehlung aber weiterhin auf eine Befassung mit dem GIBG bzw. auf die Aufforderung, künftig alle Personen ungeachtet ihrer ethnischen Herkunft gleich zu behandeln (GBK III/39/08, III/40/09, III/41/09).

Während im Zeitraum vor 2009 ein Hinweis auf die Möglichkeit der Klagseinbringung bei Nichterfüllung der Vorschläge (§ 12 Abs. 4 und 5 GBK/GAW-G) nur vereinzelt zu finden ist, ist dieser Hinweis seit dem Jahr 2009 in beinahe jedem Prüfungsergebnis des Senates III enthalten.

### 2.3. Beurteilung der ausgewerteten Spruchpraxis

Schon *Smutny/Mayr* (Gleichbehandlungsgesetz, 2001, S. 440 mwH) stellten fest, dass sich die Kommission nicht mit der bloßen Feststellung einer Diskriminierung begnügen darf, sondern auch einen „*konkreten Vorschlag*“ zur Verwirklichung der Gleichbehandlung zu erstatten hat. Aus der entsprechenden gesetzlichen Bestimmung ist nämlich „*ein Auftrag an die Kommission zur Vermittlung zwischen ArbeitgeberInnen und ArbeitnehmerInnen im Einzelfall abzuleiten. Der Vorschlag der Kommission zur Verwirklichung der Gleichbehandlung und die Aufforderung, die Diskriminierung zu beenden, sollen eine Phase der Auseinandersetzung mit dem/der diskriminierenden ArbeitgeberIn einleiten*“.

Die Gleichbehandlungskommission ist von der Gesetzgebung als niederschwellige Einrichtung, deren Empfehlungen nicht durchsetzbar und nicht sanktionierbar sind, eingerichtet worden. Als einzige Konsequenz bei Nichterfüllung ist vorgesehen, dass Klage bei Gericht auf Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes eingebracht werden kann. Umso wichtiger ist es daher, dass die Empfehlungen der Gleichbehandlungskommission konkret formulierte Verbesserungsvorschläge sind, um deren Erfüllung überprüfen und bei Nichterfüllung von der Klagsmöglichkeit Gebrauch machen zu können. In diesem Sinne sollen die Empfehlungen dem oder der für die Diskriminierung Verantwortlichen ein konkretes Verhalten auftragen, das geeignet ist, die Diskriminierung zu beenden, nachhaltige Maßnahmen umfasst, um ähnliche Vorfälle in Zukunft zu vermeiden und der oder dem von der Diskriminierung Betroffenen, einen gewissen Ersatz für den erlittenen Schaden zu leisten.

Zielführend wäre zB die Empfehlung, nachweislich Schulungsmaßnahmen für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter und/oder für Führungskräfte durchzuführen. Auch die Empfehlung, einen Hinweis in Lokalen und auf Firmenwebsites auf das Diskriminierungsverbot nach dem Gleichbehandlungsgesetz und die Beratungsmöglichkeit bei der Gleichbehandlungsanwaltschaft aufzunehmen, erscheint als geeignetes Mittel, um auf die Verpöntheit diskriminierender Einlasspolitiken in Lokalen aufmerksam zu machen. Positiv ist etwa auch die Empfehlung, Hausordnungen, Organisationshandbücher nachweislich, und unter Umständen mit Einbeziehung der Gleichbehandlungsanwaltschaft, zu ändern. Auch die Empfehlung, einen angemessenen Schadenersatz zu leisten, zu der in den Entscheidungen der jüngeren Vergangenheit immer mehr übergegangen wird, erscheint sinnvoll.

Dagegen mögen Appelle, „*sich intensiv mit dem Gleichbehandlungsgesetz zu befassen*“ oder „*sich mit der geltenden Rechtslage vertraut zu machen, das Gleichbehandlungsgesetz zu respektieren und in Hinkunft alle Menschen bei Ausübung ihrer Dienstleistung ungeachtet ihrer ethnischen Herkunft gleich zu behandeln*“, die vor allem in den älteren, vereinzelt aber auch noch in jüngeren Prüfungsergebnissen zu finden sind, als moralische Empfehlungen taugen, stellen jedoch in keiner Weise konkrete und überprüfbare Verhaltensanforderungen dar. Auch allgemein gehaltene Verhaltensaufforderungen, Recruitingprozesse künftig transparent zu gestalten, Bewerberinnen mit Kopftuch nicht zu diskriminieren, die ethnische Herkunft bei der Vermietung einer Wohnung künftig nicht zu berücksichtigen, sind zahnlos und mangels Konkretheit nicht überprüfbar.

Einer verbesserten Einhaltung der Empfehlungen der Gleichbehandlungskommission sollen auch die Bestimmungen über eine Fristsetzung für die Umsetzung des Vorschlages der Gleichbehandlungskommission und über die Möglichkeit der Klageeinbringung bei Nichtbefolgung dienen:

Obwohl bereits seit dem Jahr 2004 in der Geschäftsordnung der Gleichbehandlungskommission (§ 13 Abs. 2) vorgesehen ist, dass die Gleichbehandlungskommission bei Erstattung eines Vorschlages auch eine Frist vorzusehen hat, innerhalb die oder der für die Diskriminierung Verantwortliche dem Senat über die Umsetzung des Vorschlages schriftlich zu berichten hat, hat die Gleichbehandlungskommission davon bis zum Jahr 2009 keinen Gebrauch gemacht. Seit der jüngsten Novelle (BGBl 98/2008) ist nun auch gesetzlich vorgesehen, dass für die Umsetzung des Vorschlages eine Frist von zwei Monaten zu setzen ist (§ 12 Abs. 3 letzter Satz GBK/GAW-G). Dementsprechend ist den Prüfungsergebnissen der Gleichbehandlungskommission auch der Zusatz angefügt, dass über die Umsetzung der Empfehlung binnen zwei Monaten schriftlich zu berichten ist.



Die Möglichkeit der Klageeinbringung bei Nichtumsetzung ist nach Durchsicht der Volksanwaltschaft in den Prüfungsergebnissen des Senates II bislang jedoch noch nicht enthalten.

**Die Volksanwaltschaft hat festgestellt, dass bei festgestellter Diskriminierung erteilte allgemeine Aufforderungen, wie zB „sich intensiv mit dem Gleichbehandlungsgesetz zu befassen“ oder „künftig nicht mehr zu diskriminieren“, die sich vor allem in der Spruchpraxis der Jahre vor 2008 finden, zahnlos und einer konkreten Überprüfung nicht zugänglich sind.**

**Im Gespräch mit der Bundesministerin für Frauen und öffentlichen Dienst wurde daher noch einmal auf die Wichtigkeit ausreichend konkreter Empfehlungen bei festgestellter Diskriminierung hingewiesen. Hingewiesen wurde auch darauf, dass die Einhaltung der Empfehlungen dann auch in jedem Fall tatsächlich überprüft werden muss, was offenbar nicht immer der Fall ist (vgl. etwa Kommentar des Klagsverbandes zu GBK III/23/07, [www.klagsverband.at](http://www.klagsverband.at)).**

**Dies sollte schließlich auch dazu führen, dass von der Möglichkeit der Klageeinbringung in Zukunft öfter als bisher Gebrauch gemacht wird. Denn seit dem Bestehen der Gleichbehandlungskommission wurde erst zwei Mal – jeweils durch die Gleichbehandlungsanwaltschaft – eine derartige Klage eingebracht (Gleichbehandlungsbericht 2006 und 2007, S. 219).**

### **3. Rechtliches Gehör und Beweiswürdigung im Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission**

#### **Beschwerde**

Ein weiterer Beschwerdepunkt betrifft die Verfahrensführung der Gleichbehandlungskommission bei Befragungen. Das vermeintliche Diskriminierungsopfer (Antragsteller/in) und die/der vermeintliche Diskriminierer/in sowie allfällige weitere Auskunftspersonen – dies können auch Vertreter/innen des Klagsverbandes, Parteienvertreter/in oder Fachpersonen sein – werden jeweils getrennt voneinander befragt. In den Verfahren vor den Senaten der Gleichbehandlungskommission erfolgt keine Gegenüberstellung zwischen vermeintlichem Opfer und Täter und keine Information über den Inhalt der Befragungen der übrigen Verfahrensbeteiligten. Es werden nur die schriftlichen Stellungnahmen dem Verfahrensgegner übermittelt.

Nach Auffassung der Beschwerdeführer verletzt diese Art der Verfahrensführung die gesetzlichen Grundsätze der Beweislastleichterung und des rechtlichen Gehörs:

*„Die Beweiswürdigung in den Senaten trägt weder den Anforderungen des AVG, noch denen des GIBG in allen Fällen ausreichend Rechnung. Vor den Senaten der GBK (siehe § 14 Abs. 4 GBK/GAW-G und § 5 GBK-GO) ist es nicht möglich, als AntragstellerIn, AntragsgegnerIn oder Auskunftsperson an den Befragungen anderer Auskunftspersonen teilzunehmen oder über den Inhalt der Befragungen Kenntnis zu erlangen. Dadurch wird der AntragstellerIn jede Möglichkeit genommen, zum mündlichen Vorbringen der AntragsgegnerIn Stellung zu nehmen. In manchen Fällen führte das dazu, dass die Aussagen der AntragsgegnerIn unhinterfragt dem Prüfungsergebnis zugrunde gelegt wurde, ohne dass dem/der AntragstellerIn Gelegenheit gegeben wird, etwas auf diese Vorbringen zu erwidern, diese richtig zu stellen und entsprechende weitere Beweise vorzubringen.“*

Als Vorschlag zur Behebung dieser Situation regen die Beschwerdeführer an:

*„Wenn die AntragstellerInnen nicht von den Aussagen der anderen Auskunftspersonen informiert werden, sollten zumindest die Senate verpflichtet werden, bei der Beweisaufnahme von Amts wegen vorzugehen. Da das in manchen Fällen geschieht, in anderen aber nicht, entsteht eine unzumutbare Rechtsunsicherheit für die AntragstellerInnen und sie geraten in eine den oben genannten Richtlinien, dem GIBG und dem GBK/GAW-G widersprechenden Nachteil.“*

### **Stellungnahme der Gleichbehandlungskommission**

In ihren Stellungnahmen an die Volksanwaltschaft betonen die Senate der Gleichbehandlungskommission die Bedeutung der Vertraulichkeit ihrer Verfahren. Sie stellen fest, dass es sich bei ihrer Tätigkeit um eine gutachterliche handelt, die keine verbindliche Normenkontrolle darstellt. Weder die Gerichte noch die betroffenen Arbeitgeber sind an die Ergebnisse der Kommissionsverfahren gebunden. Mit den rechtlich unverbindlichen Prüfungsergebnissen habe der Gesetzgeber aber die Hoffnung verbunden, dass eine erhöhte Bereitschaft besteht, eine von der Gleichbehandlungskommission festgestellte Diskriminierung zu beenden, ohne in ein arbeitsgerichtliches Verfahren eintreten zu müssen:

*„Insbesondere die im Gleichbehandlungsgesetz zugesicherte Vertraulichkeit des Verfahrens ermöglicht bei einem aufrechten Arbeitsverhältnis schlichtend im Interesse der Rechtssuchenden tätig zu werden. ... Um den im § 14 GBK/GAW-Gesetz angeführten Grundsatz der Vertraulichkeit und Nichtöffentlichkeit Rechnung zu tragen, kann [nach Ansicht der GBK] kein Anspruch auf Gegenüberstellung der Antragstellerin/des Antragstellers oder der Antragsgegnerin/des Antragsgegners mit den aus Sicht des erkennenden Senates zu befragten Personen oder Fragen an Auskunftspersonen, die nur auf Grund der zugesicherten Vertraulichkeit vor dem erkennenden Senat erscheinen, bestehen ... Die Teilnahme der Auskunftsperson oder deren Vertreter/in an der Befragung einer anderen Auskunftsperson ist daher unzulässig. Diese zugesicherte Vertraulichkeit stellt bei den Betroffenen ein wesentliches Element für ihre Entscheidung sich an die GBK zu wenden, dar.“*

Nach Ansicht von Senat I wird dem in § 45 Abs. 3 AVG angeführten Parteiengehör mit der derzeit angewandten und in der GBK-GO ausgeführten Praxis Rechnung getragen: Der Antrag, mit Aus-

nahme der Beweisanträge, wird den Personen, gegen die er gerichtet ist, mit der Aufforderung, zum Antragsinhalt binnen einer gesetzten Frist Stellung zu nehmen, übermittelt (§ 11 Abs. 3 GBK/GO). Diese schriftliche Stellungnahme ist der/dem Antragsteller/in, wiederum mit Ausnahme der Beweisanträge, zur Kenntnisnahme zu übermitteln. Eine allfällige weitere schriftliche Äußerung des Antragstellers/der Antragstellerin ist der/dem Antragsgegner/in zu übermitteln. In der Übermittlung wird auf die nachfolgende Befragung als Auskunftsperson hingewiesen (§ 11 Abs. 5 GBK/GO). Die Gleichbehandlungskommission betont dazu auch, dass nur die Senatsmitglieder Verschwiegenheit über die Beweisaufnahme zu wahren haben. Nach Vorliegen sämtlicher Stellungnahmen fasst der erkennende Senat von Amtswegen im Zuge einer Senatssitzung einen Beweisbeschluss bezüglich sämtlicher aus Sicht des erkennenden Senates logischer Beweise, die zur Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes führen können (vgl. § 12 Abs. 1 GBK-GO).

Senat III geht von einem Vorrang der Vertraulichkeit vor dem Recht auf Kenntnisnahme aus:

*„Der Senat III geht davon aus, dass § 45 Abs. 3 AVG im Widerspruch zu § 14 Abs. 4 GBK/GAW-G i.V.m. § 5 GBK-GO steht. Die im AVG normierte Stellungnahmegelegenheit der Parteien kann nicht in Einklang mit den o.g. Bestimmungen des GBK/GAW-G und der GBK-GO vollzogen werden, da sich die Bestimmungen inhaltlich widersprechen. Der Senat III ging in seiner bisherigen Verfahrensführung und der Vollziehung dieses Gesetzes davon aus, dass § 14 Abs. 4 GBK/GAW-G und § 5 GBK-GO als lex specialis zu den §§ 45, 46 AVG zu sehen sind und daher vorrangig Anwendung finden.“*

## **Erwägungen der Volksanwaltschaft**

### 3.1. Ausgestaltung der Beweislastverteilung

Ist – wie hier – die Verfahrensführung bei der Durchführung von Befragungen zu untersuchen, so steht dies in einem Zusammenhang mit den Regeln über die Beweislastverteilung. Das im Rahmen dieses Prüfungsverfahrens durchgeführte Studium vieler Entscheidungen der Senate der Gleichbehandlungskommission zeigt, dass die Regelungen über die Beweislastverteilung grundsätzlich europarechtskonform angewandt werden. Dennoch soll auch an dieser Stelle angeregt werden, durch eine gesetzliche Änderung einen eindeutig europarechtskonformen Zustand herzustellen.

Die Gleichbehandlungs- und Antidiskriminierungsrichtlinien der EU verlangen nämlich, dass dann, wenn die betroffene Person Tatsachen glaubhaft macht, die das Vorliegen einer Diskriminierung vermuten lassen, es dem Beklagten obliegt zu beweisen, dass keine Diskriminierung vorgelegen hat (Art. 4 Abs. 4 RL 97/80/EG, Art. 8 Abs. 1 RL 2004/43, Art. 10 Abs. 1 RL 2000/78/EG, Art. 9 Abs. 1 RL 2004/113/EG).

Nach den Bestimmungen des Gleichbehandlungsgesetzes, mit denen diese europarechtlichen Vorgaben umgesetzt werden sollen, hat die betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand beruft, diesen glaubhaft zu machen. Dem/der Beklagten obliegt es „zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war“ (§ 12 Abs. 12, 26 Abs. 12, 35 Abs. 3 GIBG).

**In der Literatur wird einhellig bezweifelt, ob diese gesetzliche Formulierung den europarechtlichen Vorgaben entspricht:** So schreibt etwa *Kletecka* (in Rebhahn/GIBG, § 12 Rz 57):

*„Ob mit Abs 12 den Richtlinienvorgaben entsprochen wird, erscheint allerdings zweifelhaft. Die [Richtlinien] verlangen nämlich, dass der Beklagte nach Bescheinigung der Diskriminierung durch den Kläger den Beweis dafür zu erbringen hat, dass keine Ungleichbehandlung vorgelegen hat ... Der Beklagte hat nämlich nur ‚zu beweisen‘, dass es ‚wahrscheinlich ist‘, dass ein anderes ‚vom Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv‘ ausschlaggebend war ... Dem Gesetzgeber ist es daher nicht gelungen, Zweifel an der vollständigen Umsetzung zu zerstreuen ... Die RL verlangen nämlich vom Beklagten mehr als vom Kläger. Nach der vorliegenden Regelung werden sie hingegen gleichbehandelt“* (dazu auch näher *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 12 Rz 131 ff).

Auch *Sturm* (Richtlinienumsetzung im neuen GIBG und GBK-/GAW-G, DRdA 6/2004, 581) kritisiert, dass:

*„im neuen GIBG die Gelegenheit neuerlich nicht genützt [wurde], eine Anpassung an die für die betroffene Person günstigere Formulierung [der Richtlinien] vorzunehmen, wonach dem AG der volle Beweis obliegt, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat ... Bei strenger Betrachtung des Wortlautes – die ‚bloße Erschütterung eines Anscheins‘ im Gegensatz zur ‚Führung des vollen Gegenbeweises‘ – wäre die österr Beweislastregelung nicht europarechtskonform, weshalb eine RLen-konforme Interpretation vorgenommen werden muss“.*

Dies hatte der OGH bereits in seiner Entscheidung vom 7.7.2004, (9 ObA 46/04m) getan und zur Vorgängerbestimmung des § 2a Abs 9 GIBG' (idF vor BGBl I 2004/66) ausgeführt, dass jedenfalls bei richtlinienkonformer Interpretation die Bestimmung ‚dahin zu verstehen ist, dass es – sofern dem Kläger die Glaubhaftmachung eines Diskriminierungstatbestandes gelingt – am Arbeitgeber liegt, zu beweisen, dass er tatsächlich nicht diskriminiert hat“

Auf die europarechtlich bedenkliche Formulierung der gesetzlichen Bestimmungen wurde etwa auch im Begutachtungsverfahren zur GIBG-Novelle 2008 (142/ME, 23. GP) oftmals hingewiesen (so zB durch die Gleichbehandlungsanwaltschaft, den Klagsverband oder auch das Boltzmann Institut für Menschenrechte). Eine Änderung wurde bislang jedoch nicht vorgenommen.

**Die Volksanwaltschaft hat daher angeregt, durch eine gesetzliche Änderung der Beweislastregelungen im Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission einen europarechtskonformen Zustand herzustellen.**

### 3.2. Normierung weiterer Verfahrensgrundsätze für die Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission

Gemäß § 16 GBK/GAW-G ist zwar § 45 Abs. 3 AVG sowie auch dessen Abs. 1 und 2 die ua. vorsehen, dass die Behörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen hat, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist, im Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission anzuwenden. Eine Anwendung zweier wesentlicher AVG-Beweisgrundsätze im Kommissionsverfahren ist jedoch gesetzlich nicht vorgesehen: jener der *Offizialmaxime* und der Grundsatz der materiellen Wahrheit. Nach dem Grundsatz der *Offizialmaxime* gemäß § 39 AVG legt die Behörde von Amts wegen fest, welcher Sachverhalt festzustellen ist und sind grundsätzlich alle erforderlichen Beweise von Amts wegen aufzunehmen. Der Grundsatz der materiellen Wahrheit gemäß § 37 AVG bestimmt, dass die Behörde von Amts wegen ermitteln muss, ob der entscheidungserhebliche Sachverhalt tatsächlich gegeben ist (*Thienel/Schulev-Steindl*, *Verwaltungsverfahrenrecht* 2009, S. 184).

Gerade in einem Verfahren, das vertraulich und nichtöffentlich durchgeführt wird und dessen Ergebnis rechtlich nicht bindend ist, erscheint aber die ausdrückliche Anordnung der amtswegigen Erforschung der materiellen Wahrheit nach Ansicht der Volksanwaltschaft unumgänglich.

Als Beispiel ist hier ein Fall zu nennen, der unter diesem Aspekt auch nach Prüfung und Akteneinsicht durch die Volksanwaltschaft als problematisch zu beurteilen ist: In einem Fall (GBK II/22/06) stellte die Gleichbehandlungskommission fest, dass eine Diskriminierung aufgrund der Religion in einer Bewerbungssituation nicht vorliegt und folgte der Rechtfertigung des Arbeitgebers, dass der erfolgreiche Bewerber eine deutlich bessere Qualifikation aufwies. Dies jedoch ohne die Bewerbungsunterlagen der Antragstellerin, die diese Frage von sich aus nicht thematisierte, gesehen oder ihr Fragen zu ihrer Qualifikation gestellt zu haben.

In einem anderen Fall (GBK III/4/05) wurde eine Belästigung eines Mannes dunkler Hautfarbe, der ein Auto zu einer Reparaturwerkstatt brachte, ihm dort vom Inhaber aber mit dem Argument, dass er zum vereinbarten Termin verspätet erschienen sei, gesagt wurde, dass er weder an diesem Tag noch zu einem anderen Termin die Reparatur durchführen wolle, verneint. Auf die Frage des so abgewiesenen Kunden, ob dieser Rassist sei, soll dies vom Unternehmer bejaht worden sein. Die Gleichbehandlungskommission kam jedoch zur Ablehnung einer Diskriminierung oder Belästigung, ohne die Angaben des Antragsgegners näher überprüft zu haben und ebenfalls ohne Prüfung, wie dieses Verhalten beim Betroffenen angekommen ist, was aber für die Beurteilung einer Belästigung notwendig ist (vgl. auch die Kritik der Gleichbehandlungsanwaltschaft zu diesem Prüfungsergebnis, *Gleichbehandlungsbericht* 2006 und 2007, S. 215).

Wenn die Beschwerdeführer vermeinen, dass hier die Regeln des Parteiengehörs verletzt wurden, so ist aus Sicht der Volksanwaltschaft darauf zu erwidern, dass – wie sich in der nachfolgenden Untersuchung zeigen wird – die Regeln des Parteiengehörs nach den geltenden Bestimmungen im Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission nicht uneingeschränkt gelten. Die Prüfung der Fälle hat aber gezeigt, dass die gesetzliche Normierung weiterer Verfahrensgrundsätze, nämlich der AVG-Grundsätze der materiellen Wahrheit und der Officialmaxime für die Verfahren vor allen drei Senaten der Gleichbehandlungskommission sinnvoll wäre. Für den Senat III wäre aus Sicht der Volksanwaltschaft zusätzlich noch ein weitergehendes Parteiengehör bei gesetzlicher Änderung der Vertraulichkeitsbestimmungen zu erwägen (dazu unten 3.3.e.).

**Die Volksanwaltschaft hat daher angeregt, die AVG-Grundsätze der Officialmaxime (§ 39 AVG) und der der materiellen Wahrheit (§ 37 AVG) auch für die Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission für anwendbar zu erklären.**

### 3.3.a. Gesetz schreibt Vertraulichkeit der Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission vor

Bereits in der Stammfassung des GIBG (BGBl 108/1979) war vorgesehen, dass die GBK-Verfahren nicht-öffentlich stattfinden. Dadurch sollten Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse geschützt werden, die im Verfahren zur Sprache kommen (*Mayer-Maly*, Gleichbehandlungsgesetz 1981, 90). Ebenfalls seit der Stammfassung ist daher auch eine spezielle Verschwiegenheitspflicht in § 10 Abs. 3 GBK/GAW-G verankert, derzufolge alle Mitglieder der Gleichbehandlungskommission über alle ihnen bei der Ausübung ihrer Tätigkeit bekanntgewordenen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse Verschwiegenheit bewahren müssen. Diese Verschwiegenheitspflicht gilt sinngemäß auch für die Vertreter/innen der Kollektivvertragsparteien und für die sonstigen Fachleute.

Die Vertraulichkeit des Kommissionsverfahrens wurde erst mit der vierten Novelle zum GIBG 1998 (BGBl I 44/1998) eingeführt. Dies hatte datenschutzrechtliche Gründe, wie aus den Materialien ersichtlich ist:

*„Die Mitglieder der Gleichbehandlungskommission sind gemäß § 10 Abs. 3 zur Amtsverschwiegenheit verpflichtet. Ergänzend dazu soll aus datenschutzrechtlichen Gründen in [damaligen] § 7 Abs. 4 festgelegt werden, dass die Sitzungen der Kommission nicht nur nicht öffentlich, sondern auch vertraulich sind. Im Hinblick auf den gesetzlichen Auftrag der Gleichbehandlungskommission zur Vermittlung und der Beteiligung der Interessenvertretungen an Vermittlung bzw. Schlichtung ist jedoch die zur Vorbereitung einer Entscheidung bzw. zur Ausübung dieser Vermittlungstätigkeit notwendige Weitergabe auch personenbezogener Informationen durch Mitglieder der Kommission nicht von der Amtsverschwiegenheit erfasst. Da die auf die Gleichbehandlungskommission bezogene Wahrnehmung der jeweiligen Interessenvertretungsaufgaben im öffentlichen Interesse liegt, ist sie nicht nur von der Amtsverschwiegenheit, sondern auch von der Vertraulichkeit ausgenommen“ (RV 842 BlgNR 20. GP 8).*

### 3.3.b. Gesetzlich normierte Anwendung einzelner AVG-Bestimmungen im Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission schafft neue Probleme

Die Gleichbehandlungskommission ist ein Art „staatliche Vermittlungs- und Schlichtungsstelle ohne Befugnis zur Zwangsschlichtung, die im Vorfeld der Gerichtsbarkeit die vielschichtigen Phänomene sachfremder Ungleichbehandlung aufdecken und durch Vorschläge und Gutachten zur Verwirklichung der Gleichbehandlung beitragen soll“ (*Hattenberger in Rebhahn*, GIBG, § 1 GBK/GAW-G Rz 1 mwH; vgl. auch VfGH 12.12.1996, B 2903/95, B 2934/95, B 3662/95, VfSlg 14.713;).

Lange Zeit ist man davon ausgegangen, dass die Gleichbehandlungskommission keine Behörde ist und sie daher keine Bescheide erlassen kann. Dies ist immer noch die herrschende Meinung (vgl. zB *Mayer-Maly*, Gleichbehandlungsgesetz 59; vgl. nun aber auch *Hattenberger in Rebhahn*, GIBG, § 1 GBK/GAW-G Rz 2 ff; *Hopf/Mayr, Eichinger*, GIBG, § 1 GBK/GAW-G Rz 1), wurde durch die jüngere Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes, wonach die Gleichbehandlungskommission die Kompetenz zur Erlassung verfahrensrechtlicher Bescheide hat, zwar etwas relativiert (VfSlg 18.180; dazu auch unten 2.3.). Fest steht aber weiterhin, dass eine unmittelbare Anwendung der Verwaltungsverfahrensgesetze in den Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission mangels Behördenqualität nicht in Betracht kommt und auch nicht vorgesehen ist. Im GIBG, nunmehr GBK/GAW-G, selbst gibt es nur einzelne Verfahrensvorschriften, die in der GBK-GO näher ausgeführt werden.

Nach mehrjähriger Praxis der Gleichbehandlungskommission wurde das Fehlen grundlegender Verfahrensvorschriften vom Gesetzgeber jedoch als Manko angesehen und er ordnete daher mit der großen GIBG-Novelle 2004 (BGBl I 66/2004) die Anwendung einzelner Bestimmungen des AVG im Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission an (§ 16 GBK/GAW-G). Damit folgte der Gesetzgeber dem Vorbild des für den öffentlichen Bundesdienst geltenden Bundes-Gleichbehandlungsgesetzes, das bereits in seiner Stammfassung eine Reihe von AVG-Bestimmungen auf das Verfahren der Bundes-Gleichbehandlungskommission für anwendbar erklärte. Die Materialien zu dieser GIBG-Novelle führen dazu Folgendes aus:

*„Da es sich bei der Gleichbehandlungskommission um keine Verwaltungsbehörde handelt, ist das Verfahren sehr formlos und unbürokratisch. Das Fehlen von Verfahrensvorschriften kann in der Praxis jedoch zu Schwierigkeiten führen. Daher sollen auch für die Gleichbehandlungskommission jene grundsätzlichen Verfahrensvorschriften des AVG durch Verweisung anwendbar gemacht werden, die ein rasches und eindeutiges Verfahren sichern. Da dem/der Antragsteller/in keine Parteistellung zukommt, müssen nur wenige Bestimmungen des AVG sinngemäß übernommen werden.“* (RV 307 BlgNR 22. GP 26).

Nicht übernommen wurden insbesondere die Bestimmungen über die Parteistellung und das Recht auf Akteneinsicht. Damit sind die Beteiligten im GBK-Verfahren weiterhin keine Parteien im Sinne des AVG und gibt es auch weiterhin kein Recht auf Akteneinsicht bei der GBK. Übernommen wurde aber unter anderem die §§ 45 und 45 AVG, die die allgemeinen Beweisgrundsätze regeln.

**Im Schrifttum wird bezweifelt, ob das Ziel des Gesetzgebers, ein rasches und eindeutiges Verfahren zu sichern, damit erreicht wurde.** So merken *Hopf/Mayr/Eichinger* (GIBG 2009 § 16 GBK/GAW-G Rz 7) im jüngsten Kommentar dazu kritisch an:

*„Zweck der durch § 16 angeordneten sinngemäßen Anwendung einzelner Bestimmungen des AVG soll die Sicherung eines raschen und eindeutigen Verfahrens sein. Weshalb sich der Gesetzgeber gerade von den konkret verwiesenen AVG-Bestimmungen ein rasches Verfahren versprach, ist den Materialien nicht zu entnehmen. Offen blieb auch, was mit einem ‚eindeutigen‘ Verfahren gemeint ist und wodurch dieses ‚gesichert‘ werden soll (und kann). Offenbar war dem Gesetzgeber aber daran gelegen, mit § 16 zu signalisieren, dass es sich beim Verfahren der GBK, wenn schon um kein verwaltungsbehördliches, so doch um ein ‚rechtsstaatliches‘ Verfahren (sui generis) handelt. Wenn auch weiterhin keine Überprüfung der Ergebnisse der GBK in einem Rechtszug vorgesehen ist, so sollen doch das Verfahren für die vom Ergebnis betroffenen Personen etwas berechenbarer und die Akzeptanz dieser Ergebnisse gefördert werden.*

*Führt das Verfahren der GBK unter sinngemäßer Anwendung einzelner Bestimmungen des AVG zu einer raschen und endgültigen Schlichtung zwischen den betroffenen Personen, dann haben das GBK/GAW-G im Allgemeinen und § 16 im Besonderen ihren Zweck erfüllt ... Kommt jedoch keine Schlichtung zustande und bleibt der Sachverhalt strittig, dann ist zu bezweifeln, dass mit der sinngemäßen Anwendung einzelner AVG-Bestimmungen – bei gleichzeitiger Nichtanwendung aller anderen Bestimmungen des AVG (ins jener über die Parteien, Bescheide und Rechtsmittel) – ein ‚eindeutiges‘ Verfahren ‚gesichert‘ werden kann ... **Die verfahrensrechtlichen Probleme, die ... aus der sinngemäßen Anwendung einzelner AVG-Bestimmungen auf ein als unbürokratisch konzipiertes Verfahren einer ‚Nicht-Behörde‘ resultieren können, sind jedoch geradezu vorprogrammiert.** Ob somit § 16 [AVG] in der Lage ist, die Rechtslage gegenüber der Situation vor dem GBK/GAW-G entscheidend zu verbessern, erscheint daher fraglich.“*

Dass diese Kritik aus der Sicht der Volksanwaltschaft berechtigt ist, wird an den hier in Rede stehenden Bestimmungen deutlich sichtbar.

### 3.3.c. Spannungsverhältnis zwischen Vertraulichkeit und Parteiengehör

Die §§ 45 und 46 AVG, die die allgemeinen Beweisgrundsätze regeln, gelten nun also gemäß § 16 GBK/GAW-G auch im Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission. § 45 Abs. 2 AVG bestimmt, dass die Behörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen hat, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht.



§ 45 Abs. 3 AVG normiert das – für ein rechtsstaatliches Verwaltungsverfahren fundamentale – Recht auf Parteiengehör: Danach ist den Parteien Gelegenheit zu geben, vom Ergebnis der Beweisaufnahme Kenntnis zu erlangen und dazu Stellung zu nehmen. Die Behörde darf in ihre rechtliche Würdigung keine Sachverhaltselemente einbeziehen, die der Partei nicht bekannt sind (sog. Überraschungsverbot). Es muss den Parteien ausdrücklich Gelegenheit geboten werden, u.a. Vorbringen zu gegnerischen Behauptungen zu erstatten und ergänzende Tatsachenbehauptungen aufzustellen.

Das Recht auf Parteiengehör umfasst aber kein Recht darauf, vor der Behörde mündlich gehört zu werden. Insbesondere verleiht es keinen Anspruch auf persönliche Anwesenheit bei der Beweisaufnahme, auf Gegenüberstellung mit den Zeugen oder darauf, den Zeugen und Sachverständigen Fragen zu stellen (*Hengstschläger*, Verwaltungsverfahrensrecht, 2009, Rz 372 ff). Die Vorschrift legt auch keine Verpflichtung der Behörde fest, Befragungen von Zeugen in Gegenwart der am Verfahren Beteiligten vorzunehmen. Eine Gegenüberstellung kann nur im Einzelfall, etwa wenn sie für eine Identifizierung notwendig ist, erforderlich sein (VwGH 19.2.1987, 86/02/0159; *Hauer/Leukauf*, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens, 2003, § 45 AVG, Rz 150a). Ebenso kommt dem Rechtsfreund eines am Verfahren Beteiligten bei der Zeugeneinvernahme im Verwaltungsverfahren kein Fragerecht zu (VwGH 13.6.1986, 86/18/0065).

Die §§ 45 und 46 AVG sind im Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission zudem nur „nach Maßgabe“ der §§ 12 Abs. 12, 26 Abs. 12 und 35 Abs. 3 GIBG anzuwenden (§ 16 GBK/GAW-G). Diese Bestimmungen normieren eine Beweislasteileichterung zugunsten des vermuteten Diskriminierungsopfers: Personen, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand berufen, müssen diesen lediglich „glaubhaft“ machen. Dem/der Beklagten obliegt zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war“ oder dass ein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Diese Beweislasteileichterung ergibt sich aus den zugrunde liegenden Gleichbehandlungs- und Antidiskriminierungs-Richtlinien (Art. 8 AntirassismusRL 2000/43/EG, Art. 10 GleichbehandlungsrahmenRL 2000/78/EG, Art. 19 GleichbehandlungsRL 2006/54/EG und Art. 9 Gender-Güter und Dienstleistungs-GleichbehandlungsRL 2004/113/EG) (zur europarechtlichen Bewertung dieser Bestimmungen siehe unten).

### 3.3.d. Überwiegendes Schrifttum bestätigt Verfahrenspraxis der Gleichbehandlungskommission

Zur Bedeutung von § 45 Abs. 3 AVG im GBK-Verfahren finden sich in der Literatur folgende Stimmen:

Schon vor der ausdrücklichen Normierung der Anwendung der § 45 und 46 AVG stellten *Smutny/Mayr* (Gleichbehandlungsgesetz 2001, 477) fest, dass der Grundsatz des rechtlichen Gehörs, der einen Kardinalgrundsatz jedes Verfahrens darstellt, im Verfahren vor der Kommission in ausreichender Form durch Stellungnahmerechte und Anhörung vor der Kommission gewährleistet sei:

*„Zur Absicherung der Vertraulichkeit und Nicht-Öffentlichkeit besteht auch kein Recht auf Akteneinsicht. Auch dieses Recht ist primär auf die Parteien eines Verfahrens zugeschnitten und steht im engen Zusammenhang mit dem Recht auf Gehör. Mangels Anwendbarkeit des AVG haben jedoch ArbeitgeberInnen und ArbeitnehmerInnen gerade keine Parteistellung im engeren Sinn. In der Praxis der Kommission wird auf Ersuchen ein Auszug aus dem Protokoll mit der eigenen Aussage zur Verfügung gestellt (Smutny/Mayr, Gleichbehandlungsgesetz 2001, 460).*

Ob und inwiefern sich an diesem Befund etwas durch die ausdrückliche Anwendung der §§ 45 und 46 AVG für das GBK-Verfahren geändert hat, ist äußerst zweifelhaft. So geht *Hattenberger* zwar davon aus, dass § 45 Abs. 3 AVG im GBK-Verfahren grundsätzlich anzuwenden ist, trifft jedoch keine Aussage über die konkrete Ausgestaltung und Reichweite der Bestimmung, insbesondere im Zusammenhang mit der gesetzlich normierten Vertraulichkeit des Verfahrens:

*„Selbst wenn nun das Verfahren der GBK durch Verweis auf einzelne Bestimmungen des AVG dichter vorherbestimmt ist und die Position der Beteiligten doch auch verbessern dürfte (so zB das Recht, vom Ergebnis der Beweisaufnahme Kenntnis und dazu gemäß § 45 Abs. 3 AVG Stellung zu nehmen), so bleibt doch zu beachten, dass diese Rechte nicht durchsetzbar sind. Durchsetzbar wären diese Rechte nur als Verfahrensfehler in einem gegen den abschließenden Bescheid eingeleiteten Rechtsschutzverfahren. Da die Entscheidungen der GBK allerdings nicht in Bescheidform ergehen und unbekämpfbar sind, muss dies auch für die der Entscheidungsfindung vorangehende Verfahrensführung gelten“ (Hattenberger in *Rebhahn*, GIBG, § 21 GBK/GAW-G Rz 5; vgl. auch *Heidinger et al*, Antidiskriminierung, 2004, S. 228f).*

Auch *Sturm* geht von der Anwendbarkeit des § 45 Abs. 3 AVG im GBK-Verfahren aus:

*„Da das Verfahren vor der GBK bisher weitgehend formfrei war, bestand keine durchsetzbare Möglichkeit, zu bestimmten Beweisergebnissen Stellung zu nehmen, beantragte Zeugen anzuhören, in Akten einzusehen oder Zugang zu Protokollführungen über die durchgeführten Verhandlungen und Aussagen der dort einvernommenen Personen zu erlangen. Da sich Gerichte und Verwaltungsbehörden deshalb in keinster Weise an von der GBK verfasste Gutachten, Berichte, Vorschläge und Stellungnahmen gebunden erachteten, normiert nunmehr § 16 GBK/GAW die Anwendung der ... §§ 45 und 46 AVG (allgemeine Grundsätze über den Beweis). Ein subjektives Recht auf Akteneinsicht gem § 17 AVG wurde hingegen bewusst nach wie vor nicht gewährt. Den Parteien wird lediglich Gelegenheit gegeben, vom Ergebnis der Beweisaufnahme Kenntnis zu erlangen und dazu Stellung zu nehmen (§ 45 Abs. 3 AVG).“ (Sturm, Richtlinienumsetzung im neuen GIBG und GBK-/GAW-G, DRdA 6/2004, 581).*

Erst im jüngsten Kommentar zum GIBG und zum GBK/GAW-G von *Hopf/Mayr/Eichinger* finden sich Aussagen zur konkreten Ausgestaltung und Reichweite von § 45 Abs. 3 AVG, insbesondere im Zusammenhang mit der gesetzlich normierten Vertraulichkeit des GBK-Verfahrens:

„Den Gesetzesmaterialien [noch zur Vorgängerfassung BGBl 1988/44] ist zu konzедieren, dass die praktische Handhabung der Vertraulichkeit vor dem Hintergrund der gesetzlichen Aufgaben der GBK zu Problemen führen kann. Bezüglich einer Lockerung der Vertraulichkeit ist aber im Hinblick auf die ausdrückliche Anordnung der Vertraulichkeit der Sitzungen äußerste Vorsicht und Zurückhaltung geboten [so auch Smutny/Mayr 492]. Andererseits ist nicht zu übersehen, dass die Vertraulichkeit zu Gunsten der diskriminierten Person zu Rechtsschutzdefiziten des „Antragsgegners“ führen kann, wenn etwa § 6 Abs. 3 GBK-GO normiert, dass (im Hinblick auf die Nichtöffentlichkeit und Vertraulichkeit) den vom Senat befragten Auskunftspersonen auf Verlangen (nur) das Protokoll der (eigenen) Aussage der befragten Auskunftsperson zu übermitteln ist ...

**Nach § 45 Abs. 3 AVG ist den Parteien Gelegenheit zu geben, vom Ergebnis der Beweisaufnahme Kenntnis und dazu Stellung zu nehmen. Auch hier sind Probleme in der Praxis absehbar. Wie diese Bestimmung im Verfahren der GBK sinngemäß und sinnvoll angewendet werden soll, ist fraglich.** Es gibt dort weder Parteien, noch wurden jene Bestimmungen des AVG, die das Ermittlungsverfahren (§§ 37 ff AVG) und die einzelnen Beweise ... regeln, von § 16 GBK/GAW-G für anwendbar erklärt. Dennoch wird nicht übersehen, dass es va im Einzelprüfungsverfahren bei der GBK (§ 12) typischerweise Konstellationen gibt, in denen sich die von einer behaupteten Diskriminierung betroffene Person und die als angeblich diskriminierend adressierte Person gegenüberstehen und zu ihren jeweiligen Standpunkten Angaben gegenüber der GBK machen. Gleichzeitig normiert aber § 14 Abs. 4 ausdrücklich, dass die Sitzungen der GBK-Senate vertraulich sind. Bei einem bloß zweipersonalen Konflikt ist eine „Anonymisierung“ der wechselseitigen Angaben nicht möglich. Es ist auch nicht klar, wie man bspw den Fall einer behaupteten sexuellen Belästigung zwischen den unmittelbar beteiligten Personen „vertraulich“ behandeln will. In anderen Konstellationen mit mehr als zwei Beteiligten wird es der sorgfältigen Beurteilung des zuständigen Senats obliegen, ob und in welcher Form die Ergebnisse der Befragung einer Person zur Kenntnis gebracht werden können, ohne gleichzeitig die Vertraulichkeit preiszugeben. **In letzter Konsequenz muss die im § 14 Abs. 4 GBK/GAW-G unbedingt angeordnete Vertraulichkeit Vorrang gegenüber § 45 Abs. 2 [gemeint wohl: Abs. 3] AVG haben, der bloß sinngemäß auf ein Verfahren anzuwenden ist, in dem es nach dem Willen des Gesetzgebers ohnehin keine Parteien gibt, die Adressat/inn/en des § 45 Abs. 2 [gemeint wohl: Abs. 3] AVG sein können. Dies kann allerdings zu unbefriedigenden Pattstellungen führen, in denen bei Aufrechterhaltung der Vertraulichkeit die vollständige Beurteilung eines Falles durch die GBK unter Umständen nicht mehr möglich ist. Dies hat der Gesetzgeber offenbar bei der Anordnung der Vertraulichkeit in Kauf genommen.“** (Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 14 GBK/GAW-G Rz 4 und 16 GBK/GAW-G Rz 18).

Insgesamt ist das überwiegende Schrifttum zu dieser Frage also derart zusammenzufassen, dass die Normierung der Rechts auf Kenntnisnahme der Beweisergebnisse als einer Form des Parteiengehörs in einem als vertraulich konzipierten Verfahren in der Praxis zwangsläufig zu Problemen führen kann. Einhellig wird aber mit Blick auf die Funktion der Gleichbehandlungskommission im Zweifelsfall der gesetzlich normierten Vertraulichkeit Vorrang gegenüber dem Parteiengehör gegeben.

### 3.3.e. Gleiche Vertraulichkeitsregeln für Senat III sachgerecht?

Die Verfahrensbestimmungen des GBK/GAW-G selbst, wie auch jene AVG-Bestimmungen, die im Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission anzuwenden sind, gelten in den Verfahren

aller drei Senate gleichermaßen. Somit gilt auch der Grundsatz der Vertraulichkeit des Verfahrens gleichermaßen in den Verfahren aller drei Senate.

Betrachtet man aber die Funktion und Zuständigkeitsbereiche der 3 Senate der Gleichbehandlungskommission, so zeigt sich doch ein **grundlegender Unterschied zwischen den einzelnen Senaten**. Denn während die Senate I und II Diskriminierungen (Senat I: aufgrund des Geschlechts; Senat II: aufgrund ethnischer Zugehörigkeit, Religion, Weltanschauung, Alter oder sexueller Orientierung) in der Arbeitswelt zu prüfen haben und sich damit ihre Befragungen auf ein – zumeist noch aufrechtes – Arbeitsverhältnis beziehen, ist dies beim Senat III anders.

Der Senat III prüft vermutete Diskriminierungen aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit außerhalb der Arbeitswelt. Dies umfasst insbesondere die (in die Bundeskompetenz fallenden) Bereiche Sozialschutz, Bildung und die Versorgung von und mit Gütern und Dienstleistungen. Seit 1. August 2008 ist Senat III auch zuständig für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.

Die Prüfung etwa der Frage, ob in einem aufrechten Arbeitsverhältnis eine Diskriminierung oder sexuelle Belästigung stattgefunden hat, bewegt sich naturgemäß in einem schwierigeren Umfeld als die Prüfung, ob ein Gastronomiebetrieb eine ethnisch diskriminierende Türpolitik hat, ob die Verweigerung einer Wohnung aufgrund der ethnischen Herkunft erfolgte, ob der Zugang zu einer Leistung der Sozialversicherung diskriminierungsfrei verläuft oder ob ermäßigte Preise für Frauen für öffentliche Verkehrsmittel eine sachliche Rechtfertigung haben.

Wenn nun die Bedeutung der Vertraulichkeit mit der Zielsetzung begründet wird, die Prüfung einer vermuteten Diskriminierung auch bei Aufrechterhaltung eines ansonsten möglichst friktionsfreien Arbeitsverhältnisses zu ermöglichen, so trifft dies auf den Bereich des Senats III, der vermutete Diskriminierungen außerhalb der Arbeitswelt prüft, nicht zu. Folglich wäre im Senat III – nach Schaffung entsprechender Rechtsgrundlagen – keine vergleichbare Schonung eines Vertrauensverhältnisses und damit gleichzeitig ein weitergehendes Parteiengehör möglich (vgl auch Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte im jüngsten Gleichbehandlungsbericht 2006-2007, S. 281, 289).

**Die Volksanwaltschaft hat daher eine Änderung der Vertraulichkeitsbestimmungen für den Senat III bei gleichzeitiger Ausweitung des Parteiengehörs angeregt, um eine Gegenüberstellung der Verfahrensbeteiligten bzw. eine Information über den Inhalt deren Befragungen zu ermöglichen.**

Der vorliegende Entwurf für eine Novelle des GBK/GAW-Gesetzes sieht hier noch weitergehende Änderungen für alle drei Senate vor.

#### **4. Teilnahme von NGO-Vertreter/innen in den Verfahren der Gleichbehandlungskommission**

##### **Beschwerde**

Ein weiterer Beschwerdepunkt richtet sich dagegen, dass die den Verfahren der Gleichbehandlungskommission beigezogenen NGO-Vertreter und Vertreterinnen nicht am gesamten Verfahren teilnehmen können. Vielmehr würden sie lediglich zur Beantwortung einzelner Fragen, die von den Antragstellerinnen und Antragstellern grundsätzlich vorab zu formulieren seien, für einen kurzen Zeitraum als Auskunftspersonen in den Verhandlungssaal gebeten. Sie hätten so keine Möglichkeit, an den Sitzungen und Beratungen der Gleichbehandlungskommission teilzunehmen und stünden den Kommissionsmitgliedern daher zu einem späteren Zeitpunkt auch nicht mehr zur Verfügung.

Diese Vorgangsweise ist nach Ansicht der Beschwerdeführer gesetzwidrig. Sie stützen sich dabei auf ein Gutachten von ao. Univ. Prof. Dr. Gerhard Muzak, wonach der gemäß § 12 Abs. 2 iVm § 14 Abs. 4 GBK/GAW-G beigezogenen Fachperson eine beratende Stimme zukomme. Dies bedeute, dass sie dadurch

*„Mitglied der Gleichbehandlungskommission wird, allerdings beschränkt auf das jeweilige Einzelfallprüfungsverfahren iSd § 12. Sie hat daher das Recht, an den Sitzungen und Beratungen in der jeweiligen konkreten Angelegenheit als zusätzliches Mitglied teilzunehmen. Ein Stimmrecht bei der Fassung von Beschlüssen kommt ihr allerdings nicht zu“.*

##### **Stellungnahme der Gleichbehandlungskommission**

Die Senate der Gleichbehandlungskommission bestätigen die von den Beschwerdeführern beschriebene Vorgangsweise und stützen deren Rechtmäßigkeit auf eine anders lautende Stellungnahme des damals für die Vollziehung des Gleichbehandlungsgesetzes primär zuständigen Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit aus dem Jahr 2005. Diese besagte, dass die beigezogenen Fachpersonen die Stellung von Sachverständigen haben, was bedeute, dass:

- *„sie/er auf Grund seiner Fachkenntnisse an der Sachverhaltsfeststellung mitwirkt, dh bestimmte Tatsachen ermittelt und klarstellt; daraus folgt, dass klar sein muss, zu welchem Thema (Sachverhaltselement) die/der Sachverständige einen Beitrag liefern soll;*

- *ihr/ihm jene Unterlagen aus dem Verfahren zur Verfügung zu stellen sind, die erforderlich sind, damit sie/er den sachverständigen Beitrag erstellen kann; dies können gegebenenfalls auch die Aussage einer Auskunftsperson und andere Dokumente sein;*
- *sie/er über die Erörterung des sachverständigen Beitrags hinaus nicht an der – nicht öffentlichen und vertraulichen – Senatsverhandlung teilzunehmen hat.“*

Die beigezogenen Fachpersonen nehmen daher nach der Praxis der Senate der Gleichbehandlungskommission nur bei der Erörterung des sachverständigen Beitrags an den Senatssitzungen teil. Eine andere Vorgangsweise erachtete die Gleichbehandlungskommission gegenüber der Volksanwaltschaft als gesetzwidrig. Die Gleichbehandlungskommission vertritt die Ansicht, dass bei einer Beiziehung während der gesamten Senatsverhandlung NGO's mit der Gleichbehandlungsanwaltschaft praktisch gleich gesetzt werden würden. Dies könne dem Gesetz jedoch nicht entnommen werden, hat es doch nur der Gleichbehandlungsanwaltschaft das ausdrückliche Recht, bei den Sitzungen der Senate und der Ausschüsse der Gleichbehandlungskommission teilnahme- und anhörungsberechtigt zu sein, zuerkannt (§ 3 Abs. 10 und 11 GBK/GAW-G).

### **Erwägungen der Volksanwaltschaft**

#### 4.1. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

Die Gleichbehandlungs- und Antidiskriminierungsrichtlinien der EU verlangen, dass Verbände, Organisationen oder andere juristische Personen, die gemäß den in ihrem einzelstaatlichen Recht festgelegten Kriterien ein rechtmäßiges Interesse daran haben, für die Einhaltung der Bestimmungen dieser Richtlinien zu sorgen, sich entweder im Namen der beschwerten Person oder zu deren Unterstützung und mit deren Einwilligung an den in diesen Richtlinien zur Durchsetzung der Ansprüche vorgesehenen Gerichts- und/oder Verwaltungsverfahren beteiligen können (Art. 7 Abs. 2 RL 2000/43/EG; Art. 9 Abs. 2 RL 2000/78/EG; Art 6 Abs. 3 RL 2002/73/EG; Art 8 Abs. 3 RL 2004/113/EG; Art 17 Abs. 2 RL 2006/54/EG).

Diese gemeinschaftsrechtliche Vorgabe sollte (auch) durch die im GBK/GAW-G vorgesehene Teilnahme von NGO-Vertreterinnen und -Vertretern umgesetzt werden. Ob dies tatsächlich gelungen ist, wird im Schrifttum jedoch hinsichtlich mehrerer Punkte bezweifelt (dazu sogleich).

#### 4.2. Gesetzliche Grundlagen

Die gesetzlichen Bestimmungen sehen eine Teilnahme von Vertreterinnen und Vertretern von NGO's am Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission auf zwei verschiedene Arten, nämlich als Parteienvertreter einerseits und als Fachpersonen andererseits vor.

Gemäß § 12 Abs. 2 GBK/GAW-G hat die betroffene Person das Recht, „*sich durch eine Person ihres Vertrauens, insbesondere eine/n Vertreter/in einer Interessenvertretung oder einer Nichtregierungsorganisation, im Verfahren vor der Kommission vertreten zu lassen. Der Senat hat auf Antrag der ... betroffenen Person eine/n Vertreter/in einer von dieser Person namhaft gemachten Nichtregierungsorganisation gemäß § 14 Abs. 4 beizuziehen.*“ Über dieses Recht ist die betroffene Person ausdrücklich zu belehren.

Weiters normiert § 14 Abs. 4 GBK/GAW-G: „*Die Sitzungen des Senates sind vertraulich und nicht öffentlich. Der/die Vorsitzende kann den Sitzungen des Senates auch sonstige Fachleute mit beratender Stimme beiziehen. Dem Verlangen von mehr als einem Drittel der Mitglieder, der Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt oder der/des Anwalts/Anwältin für die Gleichbehandlung nach § 5 oder § 6 nach Beiziehung bestimmter Fachleute hat der/die Vorsitzende zu entsprechen.*“

Auch die sonstigen Fachleute sind verpflichtet, über alle ihnen bei der Ausübung ihrer Tätigkeit bekanntgewordenen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse Verschwiegenheit zu bewahren (§ 10 Abs. 3 GBK/GAW-G).

Damit sind die gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten einer Teilnahme von NGOs an Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission abschließend beschrieben. Was deren Teilnahme an gerichtlichen Gleichbehandlungsverfahren betrifft, so bestimmt § 62 GIBG, dass der Klageverband auf Verlangen der oder des Betroffenen, dem Rechtsstreit als Nebenintervenient beitreten kann.

#### 4.3. Teilnahme von NGOs an Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission in der Praxis

Zur Frage, ob mit diesen gesetzlichen Bestimmungen die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts erfüllt werden, steht zunächst schon nicht eindeutig fest, ob das Verfahren der Gleichbehandlungskommission überhaupt an den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu messen ist. So vertritt *Hattenberger* die Meinung, dass dies nicht der Fall ist, da in einem Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission keine „Ansprüche“ durchgesetzt werden und es wohl insgesamt nicht als ein Verwaltungsverfahren iSd Richtlinie zu verstehen sein dürfte. Danach sollte die Umsetzung dieser gemeinschaftsrechtlichen Beteiligungsverpflichtung von NGO's primär mit der in § 62 GIBG vorgesehen Möglichkeit des Klagsverbandes, gerichtlichen Verfahren als Nebenintervenient beizutreten, erfolgen (*Hattenberger* in Rebhahn, GIBG, Vor § 1 GBK/GAW-G Rz 15 und § 12 Rz 6; vgl. auch *Sturm*, Richtlinienumsetzung im neuen GIBG und GBK-/GAW-G, DRdA 6/2004, 581).

Wenn auch das Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission streng genommen kein Verfahren zur Durchsetzung von Ansprüchen ist, so ist es aus Sicht der Volksanwaltschaft doch im wei-

teren Sinn als Verfahren, das die Durchsetzung von Ansprüchen unterstützt, anzusehen. Folglich wäre auch im Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission eine Beteiligung von einschlägigen Verbänden und Organisationen im Sinne der Richtlinien vorzusehen (so: *Heidinger/Frank-Thomasser/Schmid*, Antidiskriminierung 223). Auch *Hopf/Mayr/Eichinger* sind der Ansicht, dass (auch) durch die das GBK-Verfahren betreffenden Bestimmungen der §§ 12 Abs. 2 und § 14 Abs. 4 GBK/GAW-G die gemeinschaftsrechtlich gebotene Beteiligung der NGOs sichergestellt werden soll (GIBG § 12 GBK/GAW-G Rz 6).

Zur Frage der Art und des Ausmaßes dieser Beteiligung gibt es, soweit ersichtlich, nur wenige Literaturstimmen, die im folgenden zitiert werden:

*Hattenberger* weist vor allem auf die geringere Verschwiegenheitspflicht der sonstigen Fachleute hin:

*„§ 14 Abs. 4 sieht die Möglichkeit der Beiziehung von sonstigen Fachleuten vor. Sie nehmen an der Sitzung mit (bloß) beratender Stimme teil. Ihre Funktion ist es, die Kommission mit ihrem Fachwissen bei der Entscheidungsfindung zu unterstützen. Ihre Stellung entspricht der eines Sachverständigen ... Sitzungen des Senates sind vertraulich und nicht öffentlich. Diese Anordnung der Vertraulichkeit von Sitzungen geht über die in § 10 Abs. 3 für ... die sonstigen Fachleute angeordnete Verschwiegenheitspflicht der Senatsmitglieder hinaus. Vertraulichkeit bedeutet wohl, dass alles, was in der Sitzung bekannt wird nicht über den Kreis der Sitzungsteilnehmer hinaus publik werden soll“* (*Hattenberger* in *Rebhahn*, GIBG, § 14 GBK/GAW-G Rz 5 und 6 mwH).

*Hopf/Mayr/Eichinger* stellen ein gesetzliches Regelungsdefizit in dieser Frage fest, gehen offenbar aber auch davon aus, dass die Beiziehung von NGOs auf Verlangen beim gesamten Verfahren möglich ist:

*„Diese Fachleute (‚Sachverständige‘) nehmen in beratender Funktion an den Sitzungen teil. Nähere Ausführungen über den konkreten Ablauf und die Dauer der Beiziehung sonstiger Fachleute ‚mit beratender Stimme‘ fehlen im Gesetz. In jenen Fällen, in denen der Senat sonstige Fachleute nicht bloß beiziehen ‚kann‘, sondern einem diesbezüglichen Verlangen zu entsprechen hat, wird das Ausmaß der Beiziehung von der Aufrechterhaltung des diesbezüglichen Verlangens abhängen“* (*Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG § 14 GBK/GAW-G Rz 5).

*Heidinger/Frank-Thomasser/Schmid* stellen dazu fest:

*„Es handelt sich um Fachleute mit beratender Stimme. Sie haben also die Stellung von Sachverständigen, wobei diese – anders als im Verwaltungsverfahren nach AVG – nicht beschränkt sind auf die Beweisaufnahme, dh die Ermittlung des Sachverhalts. Die Fachleute nach § 14 Abs. 4 können die GBK in jeder Hinsicht beraten und ihre Expertise einbringen. Die GBK ist natürlich nicht verpflichtet, die Meinung der Fachperson ungeprüft zu übernehmen, muss sich aber damit auseinandersetzen und dies begründen“* (*Heidinger/Frank-Thomasser/Schmid* Antidiskriminierung 223).



Diese Stimmen zeigen, dass hier eine Klarstellung durch die Gesetzgebung nötig ist, um das Ausmaß und die Dauer der Beteiligung der Vertreterinnen und Vertreter von NGO's am Verfahren der Gleichbehandlungskommission zu bestimmen. Dabei sollte nach Ansicht der Volksanwaltschaft im Sinne der Antidiskriminierungsrichtlinien der EU eine weitestmögliche Beteiligung von NGOs, unter Umständen auch unter Ausweitung ihrer Verschwiegenheitspflichten, angestrebt werden.

Dabei wäre auch eine Besetzung der Senate auch mit Vertreterinnen und Vertretern von NGO's zu erwägen. So wird auch im Schrifttum kritisiert, dass

*„sich der Gesetzgeber bisher nicht zu einer Besetzung der Senate auch mit Vertreter/inne/n von NGOs durchringen [konnte] und sich die Frage stellt, weshalb neben der bereits erheblichen Zahl an ministeriellen Mitgliedern die einzelnen Interessenvertretung jeweils durch zwei Mitglieder repräsentiert werden, während für NGOs kein Platz ist“ (Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG § 2 GBK/GAW-G Rz 6).*

**Die Volksanwaltschaft hat daher angeregt, durch gesetzliche Maßnahmen die umfassende Beteiligung von NGO-Vertreter/inne/n als Fachpersonen auf Verlangen von Betroffenen im gesamten Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission sicherzustellen bzw. eine Besetzung der Senate auch mit Vertreterinnen und Vertretern von NGOs zu erwägen.**

#### 4.4. Weitere Einbeziehungsmöglichkeiten von NGOs: Verbandsklage und regelmäßiger Dialog

In diesem Zusammenhang soll aber nicht unerwähnt bleiben, dass auch weitere Formen der Einbeziehung von NGOs in der Durchsetzung des Gleichbehandlungsrechts sinnvoll und teilweise auch gemeinschaftsrechtlich geboten sind.

So verlangen die Gleichbehandlungs- und Antidiskriminierungsrichtlinien der EU von den Mitgliedstaaten, neben der Führung eines Dialogs mit den Sozialpartnern, auch die Führung eines Dialogs mit NGOs bzw. Interessengruppen, um den Grundsatz der Gleichbehandlung zu fördern (Art. 12 RL 2000/43/EG; Art 14 RL 2000/78/EG, Art 8c RL 2002/73/EG; Art 11 RL 2004/113/EG; Art 22 RL 2006/54/EG).

Diese Verpflichtung ist bislang nicht erfüllt (*Hattenberger* in Rebhahn, GIBG Vor § 1 GBK/GAW-G Rz 15). Wie aus Stellungnahmen im Begutachtungsverfahren zur GIBG-Novelle 2008 hervorgeht, fand bislang lediglich ein Treffen, im Mai 2006, mit Vertreter/innen von NGOs und der Regierung statt. Zwei parlamentarischen Anfragebeantwortungen (3693/AB 23. GP, 9 und 3723/AB 23.GP, 9) ist zu entnehmen, dass der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit sowie insbesondere die Bundesministerin für Frauen immer wieder Dialoge mit diversen NGOs im Bereich Antidiskriminierung führen.

Dies ist zweifellos zu begrüßen. Eine Institutionalisierung und gesetzliche Verankerung wäre aus Sicht der Volksanwaltschaft, insbesondere vor dem Hintergrund gemeinschaftsrechtlicher Anforderungen aber geboten. Um einen regelmäßigen Austausch unter NGOs, Interessengruppen und der Regierung zu gewährleisten, wurde von NGOs vorgeschlagen, eine gesetzliche Verankerung von 2 bzw. 3 Treffen jährlich vorzusehen. Dabei sollten die Entwicklung der Rechtsprechung, der Austausch von „Good Practice“ und die Besprechung von gemeinsamen Strategien zur Gleichstellung benachteiligter Gruppen einen fixen Bestandteil dieses Dialogs darstellen (so etwa der Klagsverband und das Boltzmann Institut für Menschenrechte, 142/ME, 23. GP).

**Die Volksanwaltschaft hat daher die Schaffung eines institutionalisierten und regelmäßigen Dialoges sowie dessen gesetzliche Verankerung angeregt.**

Weitgehend einig ist man sich im Schrifttum darin, dass die Schaffung einer Verbandsklage von den gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien zwar nicht zwingend gefordert ist, die Schaffung einer derartigen Möglichkeit aber gerade im Gleichbehandlungsrecht äußerst sinnvoll wäre (vgl. zB *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG § 62 Rz 7; *Sturm*, Richtlinienumsetzung im neuen GIBG und GBK/GAW-G, DRdA 6/2004, 581; zur Situation in Deutschland und in weiteren EU-Staaten: *Kocher* in Schiek, AGG § 23 Rz 1 ff).

Eine Verbandsklage wäre nämlich vor allem dort notwendig, wo keine betroffene Person bereit ist, sich auf ein Verfahren einzulassen, wo aber die Diskriminierung in der Öffentlichkeit deutlich wahrnehmbar ist, wie dies zB bei diskriminierenden Inseraten, Aufschriften oder Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Fall ist.

In diesem Sinne hat auch der EuGH (10.7.2008, Rs C-54/07, *Feryn*, Rn 27) ausgesprochen, dass es durch die Antidiskriminierungsrichtlinien der EU den Mitgliedstaaten nicht verwehrt ist, in ihren nationalen Rechtsvorschriften Vereinigungen, die ein berechtigtes Interesse daran haben, für die Einhaltung dieser Richtlinien zu sorgen, oder den gemäß Art 13 der Richtlinie bezeichneten Stellen das Recht einzuräumen, Gerichts oder Verwaltungsverfahren zur Durchsetzung der Verpflichtungen aus dieser Richtlinie einzuleiten, auch wenn sie nicht im Namen einer bestimmten beschwerten Person handeln oder sich keine beschwerte Person feststellen lässt.

**Die Volksanwaltschaft hat daher angeregt, durch gesetzliche Maßnahmen die Möglichkeit einer Verbandsklage im Gleichbehandlungsrecht zu schaffen.**

