

Einleitung

Literatur: *Mayer-Maly*, Gleichbehandlung der Arbeitnehmer, DRdA 1980, 261 ff; *Loebenstein*, Die Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht, in FS Strasser (1983) 759 ff; *Eichinger*, Die Frau im Arbeitsrecht (1991); *Sacksosky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung (1991); *Schlachter*, Wege zur Gleichberechtigung (1993; va zum Recht der USA); *Oetker/Preis* (Hrsg), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (EAS, Loseblatt, seit 1994); *Hervey/O’Keeffe* (Eds), Sex Equality Law in the Europe (1996); *McColgan*, Discrimination Law (2000); *Smutny/Mayr*, Gleichbehandlungsgesetz (2001); *Wiedemann*, Die Gleichbehandlungsgebote im Arbeitsrecht (2001); *Thüsing*, Der Fortschritt des Diskriminierungsschutzes im Europäischen Arbeitsrecht, ZfA 2001, 397 ff; *Holzleitner*, Recht Macht Geschlecht. Legal Gender Studies. Eine Einführung (2002); *Wank*; Gleichbehandlung von Mann und Frau, in *Hanau/Steinmeyer/Wank* (Hrsg), Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts (2002), § 16; *Epiney/Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU (2003); *McCrudden*, The New Concept of Equality: Legal approaches in the European Community (ILO, 2003); *Tomei*, Discrimination and equality at work: A review of the concepts, Int Labour Review 142 (2003), 401 ff; *Schindler*, Zur Umsetzung des EU-Rechts in Österreich – Teil 2: Insb die Antidiskriminierungs-Richtlinien, DRdA 2003, 523 ff; *Reichold*, Sozialgerechtigkeit versus Vertragsgerechtigkeit, JZ 2004, 384 ff; *Tomandl/Schrammel* (Hrsg), Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote (2005); *Picker*, Antidiskriminierungsprogramme im freiheitlichen Privatrecht (2005); *Krejci*, Antidiskriminierung, Privatautonomie und Arbeitnehmerschutz, DRdA 2005, 383, 501; *Heldrich*, Antinomien im Gleichbehandlungsrecht (2007); *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008); *Fredman*, Discrimination Law² (2011) 4 ff; *Somek*, Engeneering Equality. An Essay on European Anti-Discrimination Law (2011); *Barnard*, EU Employment Law⁴ (2012); *Rebhahn*, Grundrechte statt Arbeitsrecht? (2012); *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz² (2013); *Pöschl*, Verfassungsrechtliche Gleichheit, arbeitsrechtliche Gleichbehandlung, unionsrechtliche Antidiskriminierung, DRdA 2013, 467; *Schmölzer*, Novelle des Gleichbehandlungsgesetzes: Die verpasste Chance einer echten Reform, juridikum 2013, 165; *Kingreen*, Gleichheitsrechte, in *Ehlers* (Hrsg), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten (2014) § 21; *McColgan*, Discrimination, Equality and the Law (2014); *Heidinger/Kasper*, Antidiskriminierung² (2014); *Rust*, Art 157 AEUV, in *Von der Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg), EUV/AEUV-Kommentar⁷ (2015); *Rebhahn*, Art 157 AEUV, in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar⁴ (2019); *Lee*, Grenzen der Maßnahmen zur Förderung faktischer Gleichstellung („positive action“) – Die Frage nach deren Rechtsnatur, ZöR 2019, 883; *Windisch-Graetz*, Gleichbehandlung –

Gleichheit als Diversität? in *Köck/Niksova/Risak/Wolf* (Hrsg), *Liber Amicorum Wolfgang Mazal. Wandel der Arbeitswelt und Herausforderungen im Arbeitsrecht* (2019) 201; *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, *GIBG²* (2021); *Körber-Risak*, Die Gleichbehandlungspflichten im Arbeitsrecht, in *Gruber-Risak/Mazal* (Hrsg), *Das Arbeitsrecht* (37. Lfg 2021); *Windisch-Graetz*, Gleichbehandlung – Zielsetzung, Begriffe, Konzepte, in *Reissner/Mair* (Hrsg), *Antidiskriminierungsrecht: Aktuelle Entwicklungen* (2022) 1. Vgl auch die Angaben zu § 2.

I. Grundlagen

- 1 Das GIBG 2004 verbietet für den Rechtsverkehr zwischen Privaten in bestimmtem Umfang unmittelbare wie mittelbare Diskriminierungen aufgrund bestimmter Merkmale eines Menschen. Das Gesetz verbietet Diskriminierungen zwischen Privaten aber nicht generell. Das Diskriminierungsverbot ist vielmehr auf **zwei Bereiche des Privatrechtsverkehrs** beschränkt, die man kurz mit (1) Arbeitsleben sowie (2) Sozialschutz und öffentlich angebotene Leistungen umschreiben kann. Diskriminierungen in der Arbeitswelt sind im I. und II. Teil des Gesetzes geregelt. Für das **Arbeitsleben** verbietet das Gesetz Diskriminierungen aufgrund von Geschlecht (§ 3), ethnischer Zugehörigkeit, Religion, Weltanschauung, Alter und sexueller Orientierung (§ 17). Verboten ist eine Diskriminierung aufgrund eines dieser sechs Merkmale im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis sowie darüber hinaus insb beim Zugang zur Berufsbildung und zur sonstigen Erwerbstätigkeit (§§ 3 und 16). Im Zivilrechtsverkehr außerhalb der Arbeitswelt – also insb bei **öffentlich angebotenen Leistungen** – ist derzeit nur die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und der ethnischen Zugehörigkeit verboten (§ 30 f). Die Unterscheidung der beiden Bereiche des Diskriminierungsschutzes nach GIBG – Diskriminierungsverbot im Arbeitsleben und das geschlechts- und ethnizitätsbezogene zivilrechtliche Diskriminierungsverbot – ist für die Rechtsanwendung zentral, weil die Zahl der normierten Diskriminierungsmerkmale für den Bereich des Arbeitslebens viel größer ist.
- 2 Diese Diskriminierungsverbote stehen in starkem Gegensatz zum traditionellen Inhalt des Privatrechts. **Traditionell** stand es im **Belieben** der Bürgerinnen und Bürger, bei der Auswahl ihrer Vertragspartner und auch bei der inhaltlichen Gestaltung der von ihnen abgeschlossenen Verträge nach den persönlichen Merkmalen der potentiellen Vertragspartner zu unterscheiden. So war es insb erlaubt, beim Abschluss eines Arbeitsvertrages Männer gegenüber Frauen und Angehörige der

Mehrheitsbevölkerung gegenüber Angehörigen einer ethnischen Minderheit zu bevorzugen. Allgemeiner gesagt war es den Privatrechtssubjekten erlaubt, bei der Ausübung ihrer **Privatautonomie** verschiedenste persönliche Merkmale zu berücksichtigen und ihre Entscheidung nach einem dieser Merkmale zu treffen. Mögliche und zulässige Unterscheidungsmerkmale waren ua Alter, Geschlecht, ethnische oder lokale Herkunft, körperliche und geistige Fähigkeiten, Gesundheitszustand, Behinderung, sexuelle Orientierung, Verwandtschaft, der Familienstand (Heirat, Lebensgemeinschaft oder Ledigsein) sowie das Haben oder Nichthaben von Kindern, soziale Schicht, Religion, Weltanschauung, politische Überzeugung, Parteimitgliedschaft, Gewerkschaftszugehörigkeit, Aussehen und Körperpflege, Gewicht, sowie schließlich – und oft entscheidend – Sympathie. Manche dieser Merkmale sind leicht erkennbar, andere schwerer. Manche können von der betreffenden Person überhaupt nicht beeinflusst werden, andere zum Teil und wieder andere stark. Die Diskriminierungsverbote verbieten nun die Benachteiligung aufgrund bestimmter, aber lange nicht aller genannten Merkmale.

Für den Staat (Gesetzgebung und Vollziehung) gab es schon früh und zunehmend intensiv Verbote, zwischen den Bürgern nach einem Kriterium zu differenzieren, das mit dem sachlichen Gehalt einer Regelung nichts zu tun hatte (Sachlichkeitsgebot). Den Anfang machte in Österreich das Gleichheitsgebot des Art 2 StGG 1867, das zuerst die Vollziehung band, später auch den Gesetzgeber.¹ Für Private blieb dagegen die Möglichkeit, nach einem der genannten Kriterien zu differenzieren, für lange Zeit weitgehend unbestritten. Eine neue **Entwicklung** trat erst nach dem 2. Weltkrieg ein. Für den Bereich des Arbeitslebens ist insb die **ILO-Konvention Nr 111** aus 1958 zu nennen. Sie untersagt jede Unterscheidung, Benachteiligung oder Bevorzugung aufgrund ethnischer Herkunft, Geschlecht, Religion und politischer Überzeugung sowie sozialer Herkunft. Die Unterscheidung aufgrund von Alter oder Behinderung wurde hingegen noch nicht missbilligt. 1964 wurde in den USA der Civil Rights Act erlassen, der vor allem eine Diskriminierung aufgrund von Rasse, Hautfarbe und Geschlecht verbot, und 1967 um das Verbot der (unmittelbaren) Altersdiskriminierung erweitert wurde. Der Gründungsvertrag der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft aus 1957 normierte ein Gebot gleichen Entgelts für gleiche

1 Pöschl, DRdA 2013, 469; dies, Gleichheit 133.

Arbeit unabhängig vom Geschlecht, allerdings aus wettbewerbsrechtlichen Erwägungen.² Allerdings erging erst 20 Jahre später die erste wichtige Entscheidung des EuGH dazu, die vor allem die unmittelbare Anwendbarkeit des Art 119 EWGV bejahte.³ In demselben Jahr wurde die **GleichbehandlungsRL 76/207/EWG** erlassen, die den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen auch für die anderen Arbeitsbedingungen neben dem Entgelt vorschrieb.⁴ In der Folge entwickelte sich eine reichhaltige Judikatur des EuGH, die das Verbot der mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts entfaltete, etwa zum Vorteil von Teilzeitbeschäftigten, und die das Verbot der unmittelbaren Diskriminierung ausbaute, insb zum Schutz von Schwangeren. Überdies verbietet das Unionsrecht – insb in den Grundfreiheiten – jede Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit und damit auch aufgrund der nationalen Herkunft. Über diese Diskriminierungsverbote hinaus enthielt das Unionsrecht bis zum Jahr 2000 aber kein ausdrückliches Verbot der Diskriminierung aufgrund eines anderen Merkmales. In einigen Mitgliedstaaten wurden aber sukzessive Antidiskriminierungsgesetze erlassen, die auch andere Merkmale missbilligten. Zu nennen sind insb Großbritannien mit dem Race Relations Act 1976, die Niederlande mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz aus 1994, Dänemark (1996), Schweden (1998) und Irland (Employment Equality Act aus 1998, angepasst durch den Equality Act 2004, der einen besonders umfassenden Katalog von missbilligten Merkmalen enthält).

- 4 In der Europäischen Gemeinschaft (EG) gab es schon länger Bestrebungen, das **Gemeinschaftsrecht verstärkt** als Mittel gegen Diskriminierungen **einzusetzen**, und somit auch Diskriminierungen aus anderen Gründen als dem Geschlecht zu verbieten. Motivierend dafür war neben dem Bemühen um Menschenrechte auch der Wunsch, durch das Zurückdrängen von Diskriminierung die wirtschaftliche Effizienz der EG zu fördern. Die Kompetenzgrundlage für neue Regulierungen wurde 1999 durch den Amsterdamer Vertrag in Art 13 EG (heute Art 19 AEUV) geschaffen. Auf dieser Grundlage wurden im Jahr 2000 die beiden neuen Antidiskriminierungs-RL erlassen: die **RL 2000/43/EG** des Rates zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes

2 Art 119 EWGV, später Art 141 EGV, heute Art 157 AEUV; zur Entwicklung vgl *Holzleithner* (2002) 43 ff.

3 EuGH 8.4.1976, 43/75, *Defrenne II*.

4 Vgl zur Entwicklung zB *Rust*, NZA 2003, 72.

ohne Unterschied der Rasse oder ethnischen Herkunft und die **RL 2000/78/EG** des Rates zur Festlegung eines allg Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf. Die **RL 2000/43/EG** verbietet Diskriminierungen aufgrund der Rasse und ethnischen Herkunft für die Arbeitswelt, für soziale Vergünstigungen, die Bildung und den Zugang zu öffentlich zugänglichen Dienstleistungen. Die sog Rahmenrichtlinie 2000/78/EG gilt hingegen nur für die Arbeitswelt, verlangt dafür aber auch, Diskriminierungen aufgrund anderer Merkmale zu verbieten: Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Ausrichtung. Mit der Änderungs-**RL 2002/73/EG** wurde die **RL 76/207/EWG** novelliert und an die Rahmen-**RL 2000/78/EG** angeglichen. Die **RL 2004/113/EG** erstreckt das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts weitgehend auf den Anwendungsbereich der **RL 2000/43/EG** (öffentlich angebotene Leistungen). Positive Maßnahmen, um eine Benachteiligung aufgrund eines der missbilligten Merkmale zu verhindern oder faktisch auszugleichen, werden vom Unionsrecht sowohl in Art 157 AEUV als auch durch die **RL** in bestimmtem Rahmen zugelassen, nicht aber vorgeschrieben (vgl zu §§ 8 und 22). Manche sagen, die Neigung einiger Mitgliedstaaten, den neuen **RL** im Jahr 2000 zuzustimmen, sei durch die öffentliche Erregung über die Regierungsbildung in Österreich (Koalition ÖVP-FPÖ) merklich erhöht worden. In der Folge wurde durch die **RL 2006/54/EG** zur Chancengleichheit von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen das Diskriminierungsverbot nach dem Geschlecht neu gefasst und eine Reihe von **RL** aufgehoben, darunter insb die **RL 76/207/EWG** und die **RL 2002/73/EG**. Die letzte zur Gleichbehandlung ergangene Richtlinie ist die **RL 2010/41/EU** zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung zwischen Männern und Frauen, die eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausüben – eine Personengruppe, die bisher lediglich von der veralteten **RL 86/613/EWG** erfasst gewesen war. Angedacht, aber bislang unterblieben, ist die Ausdehnung des Diskriminierungsschutzes außerhalb der Arbeitswelt auf sämtliche vom Unionsrecht bisher missbilligten Merkmale. Seit dem Vertrag von Lissabon ist weiters die **Europäische Grundrechtecharta** in Kraft, die in Art 21 und 23 Diskriminierungen insb wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters und der sexuellen

Ausrichtung verbietet. Es besteht also eine Überschneidung zu den Merkmalen nach den Gleichbehandlungsrichtlinien.

- 5 Die Diskriminierungsverbote wurden zuerst als Verbot einer unmittelbaren Differenzierung nach einem missbilligten Kriterium verstanden. Untersagt war in den USA zB die Nichtbeförderung eines AN, weil er Afroamerikaner ist. Eine entscheidende Erweiterung trat ein, als manche Verbote auch auf Unterscheidungen ausgedehnt wurden, die nur indirekt auf einem missbilligten Kriterium beruhten. Wegweisend war eine Entscheidung des US-Supreme Court aus 1971; sie subsumierte unter den Civil Rights Act auch den Fall, dass ein AG Einstellungstests verlangt, die über das Anforderungsprofil des Arbeitsplatzes hinausgehen, wenn sie unverhältnismäßig mehr farbige als weiße Bewerber von der Einstellung ausschließen.⁵ Man spricht von *disparate impact discrimination* bzw von **mittelbarer Diskriminierung**. In der EU wurde die Figur der mittelbaren Diskriminierung zuerst zu den Grundfreiheiten entwickelt (ausgehend von den Maßnahmen gleicher Wirkung bei der Warenverkehrsfreiheit) und vom EuGH erstmals 1981 zu Art 119 EWGV angewendet (§ 5 Rz 26).
- 6 Heute sind die beiden Formen der Diskriminierung in den Gleichbehandlungsrichtlinien⁶ und ihnen folgend auch im GIBG (§§ 5, 19) definiert. **Unmittelbare Diskriminierung** liegt vor, wenn eine Person aufgrund eines missbilligten Kriteriums eine weniger günstige Behandlung als eine andere erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Erforderlich ist also eine Regelung oder Maßnahme, die direkt an einem missbilligten Kriterium anknüpft. Die RL aus dem Jahr 2000 haben die Definition der unmittelbaren Diskriminierung beträchtlich erweitert. War zuvor grds eine Vergleichsperson erforderlich, genügt nunmehr eine „hypothetische“ Vergleichsperson (§ 5 Rz 3). Ein unmittelbares Differenzieren nach einem missbilligten Kriterium ist grds nur in jenen Fällen erlaubt, in denen das Recht dies ausdrücklich vorsieht. Das Unionsrecht erlaubt erstens bei allen Merkmalen „spezifische – sog positive – Maßnahmen“ zur Förderung von Personen einer Gruppe, die aufgrund eines missbilligten Merkmales benachteiligt sind (Art 157 Abs 4 AEUV). Das Unionsrecht lässt solche Maßnahmen nur unter besonderen und engen

5 Griggs v Duke Power Co, 8.3.1971, 401 U.S. 424 (1971); zu ihren Auswirkungen auf das Unionsrecht vgl *Windisch-Graetz in Reissner/Mair*, Antidiskriminierung 1 (9).

6 ZB Art 2 Abs 1 lit a und b GleichRL 2006/54/EG.

Voraussetzungen zu, und es verpflichtet die Mitgliedstaaten nicht dazu, solche spezifischen Maßnahmen zuzulassen oder vorzuschreiben. Zweitens besteht eine Ausnahme vom Verbot für den Fall, dass eine bestimmte Merkmalsausprägung eine **wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung** ist. Darüber hinaus gibt es spezifisch geregelte Ausnahmen für bestimmte Merkmale, insb beim Geschlecht die Schwangerschaft sowie beim Alter verschiedene Tatbestände.

Eine **mittelbare** Diskriminierung liegt vor, wenn eine Regelung nach an sich neutralen Kriterien differenziert, dadurch aber Personen mit einer bestimmten Ausprägung des missbilligten Merkmals (zB Frauen, Alte, „Ausländer“) in besonderer Weise – und damit spezifisch – benachteiligt, aber nicht gerechtfertigt werden kann. Auch die Definition der mittelbaren Benachteiligung wurde durch die Richtlinien aus dem Jahr 2000 erweitert. Vorher verlangte die Rsp grds einen statistischen Nachweis für die mittelbare Benachteiligung, der oft schwer zu erbringen war. Heute genügt, dass das verwendete Kriterium – im gegebenen Zusammenhang – geeignet ist, bestimmte Personengruppen in besonderer Weise zu benachteiligen. Schwierig zu beantworten ist die Frage, wodurch und unter welchen Voraussetzungen eine mittelbare Benachteiligung gerechtfertigt werden kann. Der Entscheidungsspielraum der Mitgliedstaaten – und damit die Subsidiarität – ist bei den in der RahmenRL 2000/78/EG geregelten Merkmalen eindeutig größer als bei der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts – wohl auch, weil es hier schon eine längere Entwicklung und damit mehr gemeinsamen Rechtsbestand gibt (vgl dazu § 5 und § 19 Rz 52, 57, 66, 71, 78). **7**

Die **Diskriminierungsverbote** verlangen vom Verpflichteten (zB AG) **8** nach wie vor **keine umfassend sachliche Entscheidung**. Sie verbieten vielmehr „nur“, bei einer Entscheidung oder Maßnahme unmittelbar oder mittelbar aufgrund eines im G missbilligten Merkmals zu entscheiden. Das GIBG verlangt vom Verpflichteten – entgegen einer weit verbreiteten Auffassung – also nicht, Frauen Männern vorzuziehen oder ältere Personen jüngeren. Das GIBG kann vielmehr allen Personen zugute kommen, einem Mann ebenso wie einer Frau; einer Österreicherin ebenso wie einem Zugewanderten, weil eben alle Menschen eine bestimmte Ausprägung des missbilligten Merkmals aufweisen. Die Diskriminierungsverbote schaffen daher auch keine bestimmten Gruppen, die zu schützen sind.⁷ Vielmehr hat der Verpflichtete das

⁷ Treffend *Schindler*, DRdA 2004, 526.

missbilligte Merkmal auszublenden und nicht zu berücksichtigen; und er soll Maßnahmen, die sich auf Personen mit unterschiedlicher Ausprägung eines missbilligten Merkmals (zB Ältere oder Jüngere) in besonderer Weise auswirken, besonders sorgfältig überlegen und ändern (oder unterlassen), falls sie nicht iSd GIBG gerechtfertigt werden können. Insoweit geht manche Kritik an den Diskriminierungsverboten an der Sache vorbei. Ein unzulässiges Beispiel gegen die Diskriminierungsverbote (unter der Voraussetzung, dass bei Mietverträgen dieselben Merkmale missbilligt sind wie beim Arbeitsverhältnis) lautet: „Ein Farbiger, ein Türke, ein Homosexueller, ein Behinderter und eine Familie mit drei Kindern bewerben sich um eine Wohnung. Wen darf der Vermieter ablehnen, ohne gegen das Antidiskriminierungsgesetz zu verstoßen? Nur die Familie mit den Kindern.“⁸ Der Vermieter darf aber auch die anderen Bewerber ablehnen, zwar nicht aufgrund von Herkunft, sexueller Orientierung oder Behinderung, sehr wohl aber aus anderen Gründen (etwa zu geringe finanzielle Sicherheit); und er darf die Familie mit Kindern gezielt bevorzugen (wie auch der AG mE AN mit Kindern gezielt bevorzugen darf; § 3 Rz 44). Man muss also genau blicken, um den genauen Umfang der Verbote zu sehen. Die Diskriminierungsverbote binden daher grds auch weniger als etwa das Vergaberecht.⁹ Auf der anderen Seite gehen die Diskriminierungsverbote über ein bloßes **Sachlichkeitsgebot** hinaus, weil sie unmittelbare Diskriminierungen grds verbieten und mittelbare Diskriminierungen einer strengen Rechtfertigung unterwerfen. Ein AG, der eine schwangere Bewerberin wegen möglicher finanzieller Belastungen nicht einstellt, handelt ökonomisch rational und (daher) an sich „sachlich“.¹⁰ Er verletzt aber das Diskriminierungsverbot. Und die Anforderungen an die Rechtfertigung sind bei der mittelbaren Diskriminierung idR strenger als bei einem bloßen Sachlichkeitsgebot, weil der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eingreift (§ 5 Rz 47).

- 9 Die genaue Analyse des Inhalts der Diskriminierungsverbote darf aber nicht vergessen lassen, dass jedes dieser Verbote in der Praxis zu einer **Rechtfertigungslast** des Verpflichteten führt. Der AG oder ein anderer Verpflichteter muss damit rechnen, darlegen zu müssen, dass er eine bestimmte Entscheidung nicht aufgrund eines missbilligten Merkmals

8 *Braun*, JZ 2002, 424.

9 Vgl dazu *Krejci*, DRdA 2005, 301 ff.

10 Treffend *Reichold*, JZ 2004, 388.

getroffen hat. Die größten Probleme treten bei Auswahlentscheidungen (Einstellung, Beförderung, Versetzung, Kündigung) auf. Am leichtesten wird die Rechtfertigung sein, wenn der Verpflichtete darlegen kann, dass er die am besten geeignete Person eingestellt oder befördert und die am wenigsten geeignete Person gekündigt hat – obwohl eine Diskriminierung auch dann nicht vorliegt, wenn er die Auswahlentscheidung aus Sympathie oder wegen der besseren Teamfähigkeit (die nicht gewählte Person würde das Arbeitsklima belasten, weil „die Chemie nicht stimmt“) getroffen hat, (falls diese Kriterien nichts mit einem missbilligten Merkmal zu tun haben) und er dies auch ausreichend darlegen kann. In jedem Fall führt daher jedes Diskriminierungsverbot zur Last bzw Pflicht, die getroffene Entscheidung zu begründen. Diese Begründungspflicht wird den Verpflichteten idR veranlassen, seine Entscheidungen ausreichend zu dokumentieren, um im Fall einer Klage dazum zu können, dass er nicht diskriminiert hat (**Dokumentationslast**). Und das vorhin Erwähnte wird dazu führen, dass der Verpflichtete insb seine Auswahlentscheidungen an der Eignung der Personen ausrichtet, oder sonst an Überlegungen, aus denen abgeleitet werden kann, dass es sich um die nach ökonomischen und sonstigen sachlichen Kriterien „beste“ Entscheidung handelt. Im Ergebnis führen Diskriminierungsverbote daher weg von Privatautonomie und Auswahlfreiheit hin zum Erfordernis „sachlich“ begründbarer Entscheidungen (auch wenn der Inhalt des Diskriminierungsverbotes vom Inhalt eines Sachlichkeitsgebotes durchaus verschieden ist; vgl Rz 8, 21). Und diese Tendenz steigt mit der Anzahl der missbilligten Merkmale.

Nicht zu den Diskriminierungsverboten iES zählen uE die **Verbote der Belästigung** von Personen aufgrund eines missbilligten Merkmales, auch wenn das Unionsrecht und das GIBG sie heute unter den Begriff der Diskriminierung subsumieren. Die Diskriminierungsverbote betreffen ein Verhalten, das von seinem Inhalt an sich völlig unbedenklich und rechtmäßig ist (zB Einstellung oder Entgeltabrede), wenn es aufgrund eines missbilligten Merkmales erfolgt oder sich bei bestimmten Personen in besonderer Weise auswirkt. Die Belästigungsverbote betreffen hingegen ein an sich bedenkliches Verhalten, das aber nur für den Fall explizit verboten wird, dass es mit einem missbilligten Merkmal in Zusammenhang steht. **10**

Das Unionsrecht enthält auch Vorgaben zur **Durchsetzung** der Diskriminierungsverbote. Die Betroffenen müssen die Möglichkeit haben, die Verbote individuell durchzusetzen, die Mitgliedstaaten müssen also **11**

subjektive Rechte vorsehen. Überdies verlangt das Unionsrecht angemessene Sanktionen bei einer Verletzung und verbietet die Benachteiligung einer Person, die sich gegen eine Diskriminierung wehrt. Die Rechtsdurchsetzung wird durch eine Beweiserleichterung gefördert (die RL verlangen aber keine Beweislastumkehr; vgl § 12 Rz 56 f). Die neuen RL verpflichten die Mitgliedstaaten auch, vorzusehen, dass einschlägige Verbände die Rechtsverfolgung der Betroffenen unterstützen können (zB Art 17 Abs 2 GleichbRL). Die RL verpflichten die Mitgliedstaaten jedoch nicht, eine echte Verbandsklage vorzusehen. Auch eine Erleichterung für Gruppenklagen wird nicht verlangt. Die RL verfolgen also ein grds individualistisches Konzept.¹¹ Das GLBG geht nicht darüber hinaus. Insb räumt es den „Klageverbänden“ nicht das Recht der Verbandsklage nach § 54 ASGG ein. Schließlich verlangen die RL auch die Einrichtung von Stellen zur Förderung der Gleichbehandlung. Dies erfolgt durch das BG über die Gleichbehandlungskommissionen und die Gleichbehandlungsanwaltschaft (GBK/GAW-G).

- 12** Das Verbot einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung aufgrund eines der missbilligten Merkmale ist der Kern des Rechts zur Antidiskriminierung. Ergänzt wird es durch organisatorische Maßnahmen. Die Betroffenen sind häufig nicht in der Lage, sich als Einzelne gegen Diskriminierungen zu wehren, sondern bedürfen der Unterstützung durch spezialisierte Organe oder Organisationen, die Beschwerden Einzelner aufgreifen, und darüber hinaus allgemein die Lage in Bezug auf Diskriminierungen beobachten und sich um Abhilfe bemühen. Dies führte zur Errichtung von **Anwaltschaften für Gleichbehandlung** und zu Klagerechten dieser Organe und/oder von einschlägigen Verbänden. In Österreich ist dies heute im GBK/GAW-G geregelt. Außerdem reichen nach verbreiteter Auffassung Diskriminierungsverbote allein oft nicht aus, um eine benachteiligte Gruppe (zB Frauen im Arbeitsleben, behinderte Personen, Minderheiten) faktisch – insb im Arbeitsleben – „gleichzustellen“, ihnen also zumindest die gleichen Chancen zu eröffnen, weil die Benachteiligungen auch auf strukturellen Nachteilen beruhen. Dies führte zur Forderung nach **spezifischen Maßnahmen** („*positive actions*“) zur Förderung der faktischen Gleichstellung. Da diese Maßnahmen aber gerade an ein missbilligtes Merkmal anknüpfen (zB Vorrangregel zugunsten von Frauen), bedarf es einer Sonderbestimmung, die vom Diskriminierungsver-

11 *Schindler*, DRdA 2004, 527; § 2 Rz 6 ff.

bot freistellt. Das GIBG sieht solche Freistellungen in den §§ 8, 22 und 34 vor. Vorreiter waren auch hier die USA mit der Erlaubnis oder gar der gesetzlichen Pflicht zu *positive actions*.

Vom Verbot der unmittelbaren und der mittelbaren Diskriminierung zu unterscheiden ist die Verpflichtung, zugunsten von Personen mit bestimmten Bedürfnissen **angemessene Vorkehrungen** („*reasonable accommodation*“) zu treffen. Das Unionsrecht enthält eine solche Verpflichtung **nur** in Bezug auf **Behinderte**. Art 5 der RL 2000/78 verpflichtet AG zu angemessenen Vorkehrungen, um die Gleichbehandlung auch zugunsten von Behinderten zu gewährleisten. In Bezug auf die anderen missbilligten Merkmale fehlt ein vergleichbares Gebot – auch im GIBG.¹² Der AG ist also nicht verpflichtet, Vorkehrungen zu treffen, um die Beschäftigung von Angehörigen einer bestimmten Religion oder von Frauen zu erleichtern – er darf diese nur nicht diskriminieren (vgl auch § 19 Rz 80). Hervorzuheben ist, dass die RL zu „angemessenen Vorkehrungen“ für Behinderte nur verpflichtet, sofern die Vorkehrungen nicht zu einer „unverhältnismäßigen Belastung“ des AG führen. Daraus wird abgeleitet, dass eine mittelbare Diskriminierung bei den anderen missbilligten Merkmalen nicht durch rein ökonomische Erwägungen gerechtfertigt werden kann.¹³ Dies ist jedenfalls richtig, soweit es nur um das Argument zu hoher Kosten geht (vgl im Übrigen § 2 Rz 14 ff und 5 Rz 57 ff).

Fraglich ist, inwieweit die vier zentralen RL (Rz 3 f) nur **Mindestvorschriften** (iSd Art 153 Abs 2 lit b AEUV) enthalten, die die Mitgliedstaaten nicht hindern, strengere Vorschriften zu erlassen (sog „gold plating“). Sicher ist, dass der nationale Gesetzgeber ein Diskriminierungsverbot auch für Bereiche erlassen darf, für die das Unionsrecht dies nicht vorschreibt. Er darf bei öffentlich angebotenen Leistungen also auch die Diskriminierung nach einem anderen Merkmal als der ethnischen Herkunft oder dem Geschlecht verbieten, oder ein Diskriminierungsverbot für den gesamten Zivilrechtsverkehr einführen. In Bezug auf den Tatbestand der Diskriminierungsverbote ist es jedenfalls bei den meisten missbilligten Merkmalen so, dass das nationale Recht das Verbot nicht zugunsten von bestimmten Personen abändern darf, die durch eines dieser Merkmale bestimmt werden. Die Bevorzugung der einen Person aufgrund von Geschlecht, Religion, Herkunft oder

¹² Vgl dazu *Windisch-Graetz* in Liber Amicorum Wolfgang Mazal, 207 ff.

¹³ *Schiek*, NZA 2004, 875.

Alter bedeutet ja notwendig eine Benachteiligung einer Person anderen Geschlechts oder Alters bzw anderer Religion oder Herkunft. Maßnahmen zum Vorteil von Personen mit einer bestimmten Ausprägung des an sich missbilligten Merkmals sind daher nur als „spezifische Maßnahmen“ iSd §§ 8 und 22 zulässig. Nur in Bezug auf das Merkmal Behinderung dürfte es anders sein. Auch bei den im GLBG geregelten Merkmalen (Geschlecht usw) kann der nationale Gesetzgeber über die Vorgaben der RL aber insoweit hinausgehen, als es um die Rechtsfolgen einer Diskriminierung und damit um die Sanktionen geht.

- 15 Österreich** war ohne Zweifel kein Vorreiter bei der Gesetzgebung gegen Diskriminierung. Versetzt man sich etwa in die 70er Jahre des 20. Jahrhunderts zurück, so war die Rechtslage in Österreich in Bezug auf die jetzt im GLBG verbotenen Diskriminierungen ganz anders als heute. Lediglich gem Art III Abs 1 Z 3 EGVG¹⁴ machte sich einer Verwaltungsübertretung schuldig, wer „einen anderen aus dem Grund der Rasse, der Hautfarbe, der nationalen oder ethnischen Herkunft, des religiösen Bekenntnisses oder einer Behinderung diskriminiert oder ihn hindert, Orte zu betreten oder Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen, die für den allgemeinen öffentlichen Gebrauch bestimmt sind“. Häufig vollzogen wurde diese Regelung nicht. Eine unmittelbare Benachteiligung aufgrund mancher Merkmale war somit an sich rechtlich missbilligt, während eine Benachteiligung aufgrund anderer Merkmale nicht missbilligt wurde (so Alter und sexuelle Orientierung). Aber auch bei den Merkmalen der ersten Gruppe war nur die unmittelbare Diskriminierung unzulässig, während das Konzept der mittelbaren Diskriminierung in Österreich noch unbekannt war. Und auch bei der unmittelbaren Diskriminierung waren die Kontrolldichte und die Rechtsfolgen im Vergleich zu heute deutlich geringer. Zur privatrechtlichen Geltung der Diskriminierungsverbote wurde insb gesagt, dass die Differenzierungsverbote des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes im Verhältnis zwischen Privaten nur mittelbar und damit in „verdünnter“ Form maßgebend seien, weil jede stärkere Durchsetzung zu lasten Privater die Privatautonomie zu stark einschränke.¹⁵
- 16** Die erste bedeutende Änderung brachte das **Gleichbehandlungsgesetz 1979** (BGBl 108/1979). Es wandte sich nur gegen die Benachteiligung

14 Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 2008; BGBl I 87/2008; eingeführt durch Art IX Abs 1 Z 6 EGVG, BGBl 56/1977.

15 Vgl zur früheren Sicht *Mayer-Maly*, DRdA 1980, 261 ff, 274 f; *Loebenstein* in FS Strasser 759 ff.

aufgrund des Geschlechtes und enthielt sowohl materiellrechtliche als auch organisatorische Bestimmungen. Va die materiellrechtlichen Normen waren aber – verglichen mit den heute geltenden – noch zurückhaltend und schwach, und verboten allein die unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Entgelts. Geistig beeinflusst war schon dieses Gesetz durch das Recht der Europäischen Gemeinschaft. In den Jahren vor dem Beitritt Österreichs zum EWR und zur EG wurde das GIBG verstärkt an den damaligen Stand des Gemeinschaftsrechts herangeführt, insb durch die 2. und 3. Novelle des GIBG 1979.¹⁶

Die RL 2000/43/EG und 2000/78/EG erforderten in Österreich eine umfassende Neuregelung des Gleichbehandlungsrechts. Der Gesetzgeber hat sich entschlossen, die Vorgaben des damaligen Gemeinschaftsrechts – also insb des Art 141 EG und der RL 76/207/EWG sowie der RL 2000/43/EG und 2000/78/EG – nicht in einem einzigen Gesetz umzusetzen. Die **Ausführung** erfolgte vielmehr in **drei Gesetzen**. Die Diskriminierung aufgrund einer **Behinderung**, die auch in der RL 2000/78/EG geregelt ist, wurde im BEinStG geregelt. Das neue GIBG 2004 wurde primär zur Ausführung der beiden RL aus dem Jahr 2000 erlassen. Daneben wurde das alte Gleichbehandlungsgesetz 1979 novelliert und zur Regelung von Gleichbehandlungskommission und Gleichbehandlungsanwaltschaft genutzt; es wurde entsprechend umbenannt (**GBK/GAW-Gesetz**). Dieses Vorgehen ist wohl durch den Wunsch veranlasst worden, die Verfassungsbestimmung des § 10 GIBG 1979 weiter nutzen zu können. **17**

Das GIBG regelt die Diskriminierung außerhalb des Arbeitslebens gesondert im III. Teil. Es regelt aber auch die Diskriminierung im Arbeitsleben in zwei getrennten Teilen. Der I. Teil betrifft nur die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, der II. Teil die Diskriminierung aufgrund eines der anderen missbilligten Merkmale. Da die Sachprobleme in diesen beiden Teilen naturgemäß parallel laufen, sind auch die Regelungen nahezu parallel. Zu fast allen Bestimmungen des I. Teiles gibt es also Bestimmungen im II. Teil, deren Wortlaut – von den Merkmalen abgesehen – zur Gänze oder weitestgehend übereinstimmen. Der Gleichbehandlungsausschuss im Parlament nannte als Grund für die Verdoppelung das Bedürfnis, „die besondere Bedeutung der Gleichstellung von Frauen und Männern hervorzuheben“.¹⁷ **18**

16 BGBl 410/1990 und 833/1992; vgl *Eichinger*, Die Frau im Arbeitsrecht (1991).

17 AB 499 BlgNR 22. GP 3.