

2. Basics: Antidiskriminierung

Das Antidiskriminierungsrecht kann man, grob gesprochen, als Einschränkung der Privatautonomie auffassen. Ohne dieses könnte der Arbeitgeber frei entscheiden, welche Eigenschaften er im Inserat verlangt, welches Gehalt er weiblichen und männlichen Arbeitnehmern zahlt und mit wem er überhaupt einen Arbeitsvertrag abschließt. Das Gleichbehandlungsrecht allerdings setzt dieser Privatautonomie zum Schutz bestimmter Arbeitnehmergruppen Grenzen. Es ist nicht weiter verwunderlich, dass Arbeitgeber das Gleichbehandlungsrecht daher in erster Linie als (diese Privatautonomie) einschränkend empfinden.⁸¹

Die Gleichbehandlungs-Richtlinien wurden in Österreich in verschiedenen Gesetzen umgesetzt, und zwar für Arbeitsverhältnisse, die auf privatrechtlichem Vertrag beruhen, im GIBG, für Bundesbedienstete im B-GIBG, und für Bedienstete der Länder und Gemeinden in den jeweiligen Länder-GIBG. Daneben ist das BEinstG zu beachten, weil der österreichische Gesetzgeber aufgrund der Existenz dieses Gesetzes die im Zusammenhang mit Behinderung zu beachtenden Antidiskriminierungsvorschriften dort umgesetzt hat. In diesem Buch liegt das Augenmerk auf Handlungsanleitungen für den privaten Arbeitgeber und damit auf dem GIBG.

Ob den Arbeitgeber an der Diskriminierung ein **Verschulden** trifft oder nicht, ist nicht relevant. Für Diskriminierungen trifft den Arbeitgeber daher grundsätzlich eine verschuldensunabhängige Haftung;⁸² lediglich im Bereich der Belästigungen durch andere Arbeitnehmer oder Dritte kommt es im Bereich der Abhilfeverpflichtung auf ein Verschulden des Arbeitgebers an (dazu unter Punkt 8.7).

Arbeitgeber haben die Antidiskriminierungsvorschriften jedenfalls für Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen zu beachten.⁸³ Auch auf Volontäre und Praktikanten, die keine Arbeitnehmer sind, wenn das Ausbildungsinteresse überwiegt, kann die analoge Anwendung der Vorschriften geboten sein.⁸⁴ Nachvollziehbar ist insbesondere, dass weibliche und männliche Praktikanten bei gleicher Arbeit auch Anspruch auf gleiches Entgelt haben und ebenso vor Belästigungen geschützt sind wie Stammarbeitnehmer.

Auch wenn dieses Buch sich nicht einfach streng am Gesetzestext orientieren, sondern praxisnahe Anleitung sein will, ist es zunächst geboten, die grundlegenden Begriffe des Gleichbehandlungsgesetzes zu behandeln.

⁸¹ *Krejci* spricht gar davon, dass es nach Meinung mancher „das Ende der Privatautonomie einläutet“: *Krejci*, Antidiskriminierung Teil I, RdA 2005, 383.

⁸² RV 307 BlgNR 22. GP 18; *Rebhahn*, GIBG § 3 Rz 6 unter Verweis auf EuGH 13.5.1986, 170/84, *Bilka*, Slg 1986, 1620.

⁸³ Für arbeitnehmerähnliche Personen nunmehr ausdrücklich: § 1 Abs 3 GIBG; § 7a BEinstG.

⁸⁴ *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG (2005) § 1 Rz 6.

2.1. Mittelbare – unmittelbare Diskriminierung

Eine Diskriminierung ist nur aus den vom Gesetz vorgesehenen Diskriminierungsgründen verboten. Diese sind: Geschlecht, Alter, sexuelle Orientierung, ethnische Herkunft, Religion und Weltanschauung, Behinderung. Andere Eigenschaften sind im Diskriminierungsrecht nicht geschützt. Die Bevorzugung eines Arbeitnehmers vor einem anderen, weil ersterer zB praktischer veranlagt, intelligenter, ein besserer Rhetoriker oÄ ist, stellt daher grundsätzlich keine Diskriminierung dar.

Eine Diskriminierung kann entweder direkt (unmittelbar) oder indirekt (mittelbar) erfolgen. Eine **unmittelbare** Diskriminierung liegt vor, wenn ein Arbeitnehmer wegen eines bestimmten diskriminierenden Merkmals benachteiligt wird. Diese diskriminierenden Merkmale sind nach dem Gesetz eben (derzeit) ausschließlich das Geschlecht, das Alter, die ethnische Herkunft, die Religion und Weltanschauung, die sexuelle Orientierung, eine Behinderung.

Beispiel:

Wenn ein Arbeitgeber beschließt, alle Arbeitnehmer über 55 Jahren zu kündigen, weil er seine Belegschaft „verjüngen“ will, so stellt dies eine direkte Diskriminierung wegen des Alters dar.

Unmittelbare Diskriminierungen sind einer Rechtfertigung grundsätzlich nicht zugänglich. Eine Diskriminierung liegt aber nicht vor, wenn das betreffende Diskriminierungsmerkmal aufgrund der Art der beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt, soweit es sich dabei um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.⁸⁵ Beim Geschlecht geht dies sogar so weit, dass die unterschiedliche Behandlung nicht auf das Geschlecht, sondern nur auf sachliche und objektiv nachvollziehbare Kriterien zurückzuführen sein darf, die nichts mit dem Geschlecht zu tun haben.⁸⁶

Zu einer indirekten (auch **mittelbaren** genannt) Diskriminierung kann es kommen, wenn ein Arbeitgeber anhand an sich neutraler Kriterien, Vorschriften oder Verfahren eine Entscheidung trifft, diese jedoch diskriminierende Folgen entfaltet. Dafür ist es ausreichend nachzuweisen, dass Personen mit diesem Diskriminierungsmerkmal in besonderer Weise gegenüber Personen ohne dieses Diskriminierungsmerkmal benachteiligt werden können. Dazu müssen Arbeitnehmer in einer vergleichbaren Lage gegenübergestellt werden.⁸⁷ Die Zahl dieser Arbeitnehmer hängt vom Einzelfall ab. Von einer Benachteiligung in besonderer Weise ist dann auszugehen, wenn der Gruppe wesentlich mehr Personen mit dem Diskriminierungsmerkmal angehören als ohne. Das lässt sich nicht an Prozentsätzen

⁸⁵ § 20 Abs 1 GIBG, § 7c Abs 3 BEinstG.

⁸⁶ Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (2012) Rz 64.

⁸⁷ Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 5 Rz 101.

festmachen. Fest steht aber: Je größer die Vergleichsgruppe, desto deutlicher muss die Differenz ausfallen; bei kleineren Gruppen reicht auch eine kleinere Differenz.⁸⁸ Bei einer Maßnahme, die eine Gruppe prozentuell erheblich mehr benachteiligt, besteht eine Vermutung für die mittelbare Diskriminierung.⁸⁹ Im Gegensatz zum arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz kann die Bevorzugung einzelner somit ebenso eine Diskriminierung darstellen.⁹⁰

Beispiel:

Ein Arbeitgeber führt „Essensmarken“ ein, ordnet jedoch gleichzeitig an, dass nur Vollzeit beschäftigte Arbeitnehmer solche erhalten sollen. Diese Entscheidung basiert damit nicht auf einem vom Gesetz genannten Diskriminierungsgrund. Dennoch wird in den meisten Unternehmen dadurch eine indirekte Diskriminierung wegen des Geschlechts begründet, weil der Großteil der Teilzeit-Arbeitnehmer üblicherweise weiblich ist – Frauen sind damit von dieser Regelung überdurchschnittlich oft betroffen.

Eine mittelbare Diskriminierung ist nur dann nicht verboten, wenn diese Vorschriften, Kriterien oder Verfahren, die diese Diskriminierung verursachen, durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.⁹¹

Im Bereich der Behinderung liegt eine mittelbare Diskriminierung auch dann nicht vor, wenn die Beseitigung von Bedingungen, die eine Benachteiligung bedeuten, insbesondere von Barrieren, rechtswidrig⁹² oder wegen unverhältnismäßiger Belastung nicht zumutbar wäre.⁹³ Es ist aber wiederum eine Diskriminierung gegeben, wenn bei unverhältnismäßiger Belastung nicht zumindest mit zumutbaren Maßnahmen eine Verbesserung herbeigeführt wird.⁹⁴ Für die Zumutbarkeit ausschlaggebende Faktoren sind der mit der Beseitigung der Benachteiligung verbundene Aufwand, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers, einschlägige Förderungen aus öffentlichen Mitteln und die seit 1.1.2006 vergangene Zeit.⁹⁵

⁸⁸ Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG § 5 Rz 102 f.

⁸⁹ EuGH 2.10.1997, C-17/95, Gerster, Slg 1997, I-5235; 2.10.1997, C-100/95, Kording, Slg 1997, I-5289; 12.10.2004, C-313/02, Wippel, Slg 2004, I-09483; 10.3.2005, C-196/02, Nikoloudi, Slg 2005, I-01789.

⁹⁰ Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (2012) Rz 67.

⁹¹ § 5 Abs 2 und § 19 Abs 2 GIBG; § 7c Abs 2 BEinstG.

⁹² Dazu sind nur wenige Fälle denkbar; die ErlRV 836 BlgNR 22. GP 8 nennen zB den Denkmalschutz, der einen Umbau verhindert.

⁹³ § 7c Abs 4 BEinstG.

⁹⁴ § 7c Abs 6 BEinstG.

⁹⁵ § 7c Abs 5 BEinstG.

2.2. Andere Formen der Diskriminierung

Die **Anweisung zur Diskriminierung** ist ebenso als Diskriminierung zu qualifizieren.⁹⁶ Dies ist insbesondere im Sinne von Aufforderung oder Aufstachelung zu verstehen.⁹⁷

Seit der GIBG-Novelle 2011 ist auch die **Diskriminierung durch Assoziierung** im Gesetz fest verankert. Eine Diskriminierung liegt demgemäß auch dann vor, wenn eine Person aufgrund einer Nahebeziehung zu einer Person, die ein Diskriminierungsmerkmal aufweist, benachteiligt wird.⁹⁸ Diese Novelle ist maßgeblich auf EuGH-Judikatur zurückzuführen. Dieser hatte entschieden, dass nicht unbedingt die von der geprüften Maßnahme betroffene Person das Diskriminierungsmerkmal aufweisen muss. Eine Diskriminierung wegen des behinderten Sohnes der Arbeitnehmerin sei zB ebenso unzulässig. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt musste eine Arbeitnehmerin Betreuungsleistungen für ihren behinderten Sohn erbringen. Sie musste sich aus diesem Grund boshafte Aussagen ihrer Kollegen gefallen lassen. Da sie außerdem nicht die für ihren Arbeitgeber nötige Flexibilität an den Tag legte (was ihr aufgrund der Betreuung nicht möglich war), sprach dieser die Kündigung aus. Der EuGH qualifizierte diese Umstände als unmittelbare Diskriminierung.⁹⁹

Unter einer Nahebeziehung im Sinn des Gesetzes ist zB eine persönliche Freundschaft oder ein auf Schutzbefohlenheit oder moralischen oder sozialen Fürsorgepflichten basierendes Naheverhältnis zu verstehen.¹⁰⁰ Auch im BEinstG wurde das Diskriminierungsverbot schon länger auf Angehörige erweitert, die behinderte Menschen betreuen.¹⁰¹

2.3. Mehrfachdiskriminierung

In der Arbeitswelt gibt es Situationen, in denen eine Diskriminierung nicht nur auf einem Diskriminierungsgrund fußt, sondern gleich auf mehreren Diskriminierungsgründen. Hier kommt es zur sogenannten „Mehrfachdiskriminierung“.

Das klassische Beispiel für eine Mehrfachdiskriminierung ist die Benachteiligung von Arbeitnehmerinnen, die aufgrund ihres islamischen Glaubens ein Kopftuch tragen. Hier treffen Diskriminierungen aufgrund Geschlechts, der ethnischen Herkunft und der Religion aufeinander.

⁹⁶ § 5 Abs 3 und § 19 Abs 3 GIBG; § 7c Abs 8 BEinstG.

⁹⁷ Kom (2003) 657 endg.

⁹⁸ § 5 Abs 4, § 6 Abs 4, § 7 Abs 4, § 19 Abs 4, § 21 Abs 4 GIBG und § 7b Abs 5 BEinstG.

⁹⁹ EuGH 17.7.2008, C-303/06, *Coleman*, Slg 2008, I-05603; genauer siehe *Längle*, Wird da jemand diskriminiert? Ein Streifzug durch die Diskriminierungsjudikatur des EuGH des letzten Jahres, ÖJZ 2009/71, und *Chlestil*, Glosse zu EuGH 17.7.2008, C-306/06 [richtig C-303/06], RdA 2009, 69.

¹⁰⁰ *Rosenmayr/Sacherer*, Gleichbehandlungsgesetz 2011, ZAS 2011/10.

¹⁰¹ § 7b Abs 5 BEinstG.