

Teil I: Grundlagen des Antidiskriminierungsrechts

1. Gleichbehandlung und Antidiskriminierung im Mehrebenensystem des Rechts

Karin Neuwirth

1.1. Zur Einführung, Einordnung und Abgrenzung

Pluralistische, demokratische Rechtsordnungen gehen von der Gleichheit aller Menschen aus (→ vgl. für die Entwicklung in Österreich 1.3.1.). Eine rechtliche oder faktische Ungleichbehandlung von Personen bedeutet demnach grundsätzlich einen Verstoß gegen das **Gleichbehandlungsgebot**. Dennoch ist für Rechtssysteme beispielsweise die Unterscheidung zwischen eigenen Staatsangehörigen und Menschen ohne entsprechende Staatszugehörigkeit selbstverständlich, ja geradezu funktional.¹ Freilich sehen auch diese Rechtsordnungen im Würde- und Gleichheitsschutz aller Personen ein zentrales rechtsstaatliches Prinzip und gewährleisten Menschen- und Grundrechte. Abhängig von der Situation kann eine Ungleichbehandlung allenfalls eine sachliche Rechtfertigung erfahren; sie stellt dann keine Diskriminierung dar. Rechtsgleichheit bedeutet somit die Abwehr von willkürlichen bzw. ungerechtfertigten Ungleichbehandlungen. In der EU war die Entwicklung der Unionsbürgerschaft – als Ergänzung der nationalen Staatsangehörigkeit – eine Idee, deren Verwirklichung 40 Jahre in Anspruch genommen hat. Die Unionsbürgerschaft garantiert auch wirtschaftlich nicht tätigen Personen und ihren Familienangehörigen den Genuss der Freizügigkeits- und Aufenthaltsrechte und den Gleichheits- und Rechtsschutz des EU-Rechts (→ vgl. 1.3.2.).²

In verschiedenen Anwendungsbereichen wird das allgemeine, alle staatlichen Organe bindende Gleichbehandlungsgebot in Form ausdrücklicher, merkmalsbezogener **Diskriminierungsverbote** rechtlich konkretisiert, „geht es mit dem Antidiskriminierungsrecht im Kern doch darum, Menschen, die aufgrund identitätsprägender Merkmale mit Vorurteilen und Anfeindungen konfrontiert sind, vor Diskriminierungserfahrungen zu bewahren.“³ Diskriminierungsverbote schützen Betroffene in konkreten Situationen. Der Staat hat aber auch die – durch völker-, EU- oder nationalstaatsrechtliche Verpflichtungen begründete – Aufgabe, diskriminierende Zustände aktiv zu bekämpfen und bestehende

1 Zur Annahme, dass jede auf nationaler Zugehörigkeit beruhende rechtliche Unterscheidung der Kritik an sonstigen Diskriminierungen die Glaubwürdigkeit entziehe, Scherr, Die gesellschaftliche Funktion von Diskriminierung und Diskriminierungskritik, in Bauer/Kechaja/Engelmann/Haug (Hrsg.), Diskriminierung und Antidiskriminierung. Beiträge aus Wissenschaft und Praxis (2021) 43–57 (51).

2 Zur Entwicklung bis zur Verankerung im Vertrag von Maastricht Reichelt, Vom Diskriminierungsverbot zur Unionsbürgerschaft im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, in FS Michalek (2005) 355–361 (355 f.).

3 Mair, Die Effektivität des Antidiskriminierungsrechts, in Reissner/Mair (Hrsg.), Antidiskriminierungsrecht (2022) 23–46 (28).

1.4.2.2. Diskriminierungsfreier Zugang zu Wohnraum

Der Abschluss von Kauf- oder Mietverträgen fällt in die Zivilrechtskompetenz des Bundes. Vertragsschließende können Private untereinander, Private und eine Körperschaft öffentlichen Rechts (Bund, Länder, Gemeinden) oder auch Private und in Privatwirtschaftsverwaltung agierende Bundes- oder Landesgesellschaften sein. Die Wohnbauförderung und die Vergabe von Wohnbeihilfen sind hingegen Länderkompetenzen.²⁰⁹

Der diskriminierungsfreie Zugang zu Wohnraum wird hinsichtlich der **personalen Merkmale Geschlecht und Ethnie** als Geltungsbereich von **Teil III GIBG** festgelegt, unterliegt aber umfänglicheren Vorgaben als der dort ebenfalls erfasste Zugang zu (sonstigen) Gütern und Dienstleistungen. So normiert § 36 GIBG das **Gebot des diskriminierungsfreien Inserierens von Wohnraum**.²¹⁰ Gleichzeitig lässt die Norm zwei Ausnahmen zu: Der Aus- oder Einschluss bestimmter personaler Merkmale ist zulässig, wenn dadurch ein gerechtfertigtes Ziel verfolgt wird, bspw ein Wohnprojekt für eine bestimmte Gruppe von Personen. Weiters ist eine Ausnahme dann möglich, wenn ein besonderes Nahe- oder Vertrauensverhältnis begründet wird, etwa durch das gemeinsame Benützen von Räumlichkeiten.²¹¹ Wer in diskriminierender Weise inseriert, unterliegt dem Verwaltungsstrafverfahren gem § 37 GIBG. Wie auch beim sonstigen Zugang zu Gütern und Dienstleistungen soll im Zusammenhang mit dem Zugang zu Wohnraum auf den Schutz vor Belästigung und sexueller Belästigung verwiesen werden.²¹²

Für **Menschen mit Behinderung** ist beim Zugang zu Wohnraum **§ 6 Abs 2 Z 6 BGStG einschlägig**, der eine spezifische, den Wohnraum betreffende Ausnahme vom Grundsatz der Barrierefreiheit anordnet. Eine Prüfung der unverhältnismäßigen Belastungen einer Barrierebeseitigung erfolgt in diesem Fall **nur bei einem konkreten Bedarf an der Nutzung** der Wohnung, der von der interessierten Person darzulegen ist.²¹³ In diesem Zusammenhang spielt auch die **Diskriminierung aufgrund eines besonderen Naheverhältnisses** eine besondere Rolle. Wird eine Wohnung an jemanden nicht vermietet oder erfolgt eine Kündigung, weil dort von dieser Person eine behinderte Person betreut werden soll, liegt eine Diskriminierung gem § 4 Abs 2 BGStG vor.²¹⁴

209 Theoretisch kommt auch für juristische Personen ein Diskriminierungsschutz hinsichtlich des Zugangs zu Wohnraum in Frage, obwohl diese nicht selbst wohnen kann. So könnte sich die diskriminierende Verhaltensweise aufgrund der personalen Merkmale einer agierenden Vertretungsperson ergeben oder aufgrund personaler Merkmale jener Personen, für die der Wohnraum angemietet oder gekauft werden soll. In diesen Fällen wird von einer Diskriminierung aufgrund eines Naheverhältnisses gem § 32 Abs 4 GIBG auszugehen sein.

210 Der Begriff Wohnraum ist großzügig zu interpretieren; darunter fallen Kauf oder Vermietung von Häusern, Wohnungen, Ferienapartments und (touristischen) Zimmern. Von der Pflicht erfasst sind nicht nur Eigentümer*innen und Vermieter*innen des Wohnraums, sondern auch Markler*innen oder Hausverwaltungen. Vgl Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG – Novelle 2011 (2011) § 36 Rz 3 ff.

211 Zur Annahme, dass die Ausnahme des Nahe- oder Vertrauensverhältnisses hinsichtlich des Geschlechts ohnehin bereits durch die Bestimmung von § 30 Abs 3 Z 1 GIBG (innerfamiliäre Vertragsbeziehungen) abgedeckt wäre und dass eine Ausnahme hinsichtlich Ethnie gar nicht durch die Antirassismusrichtlinie gedeckt sein könne, vgl Lee in Windisch-Graetz (Hrsg), GIBG² (2022) § 36 Rz 6 f.

212 § 35 GIBG. Im Zuge von Besichtigungen kommen sowohl Anbietende als auch Mitinteressierte als Belästigende in Frage.

213 Insb private Anbieter*innen sollen vor Überforderung geschützt werden; die behinderte Person müsste ein besonderes Interesse am konkreten Objekt darlegen, weil zB eine sie unterstützende Person dort oder in der Nähe lebt. Bsp bei Ganner, Barrierefreies Wohnen im Sinne des Bundes-Behindertengleichstellungsgesetzes und der UN-Behindertenrechtskonvention, immoLex 2014, 278–282 (279).

214 Ganner, immoLex 2014, 281 verweist in diesem Zusammenhang auch auf die zunehmende Alterung der Bevölkerung und den steigenden häuslichen Pflegebedarf.

2.4.2. Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit

Die Entgeltgleichheit⁵⁴² wird explizit im GLBG geschützt (§ 3, § 11, § 17, § 25, § 43, § 50 GLBG). Die Verletzung des Gebots der Entgeltgleichheit stellt nicht nur eine offensichtliche Gleichheitsverletzung dar, sondern enthält auch eine Herabwürdigung der Leistung der schlechter entlohnenden Person. Ihr wird die gleiche Anerkennung ihrer gleichwertigen Leistung versagt. Vor diesem Hintergrund kann auch der nicht erklärbare Teil des *Gender-Pay-Gaps*⁵⁴³ als Ausdruck struktureller Abwertung von Arbeitsleistungen von Frauen* verstanden werden. Eine niedrigere Entlohnung wirkt sich auch auf die materielle Gleichheit sowie auf materielle Handlungsfreiheiten aus. Jene, die weniger Einkommen zur Verfügung haben, sind in ihren Gestaltungsmöglichkeiten eingeschränkt. Auch in Nahbeziehungen zeitigt dies so lange Effekte, bis eine ausreichende materielle Absicherung aller Gesellschaftsmitglieder unabhängig von ihren eigenen Erwerbseinkommen realisiert ist. Ist es doch mit Blick auf ein „Familieneinkommen“ rational, dass jene Person, die ein niedrigeres Erwerbseinkommen erzielt, mehr Zeit in familiäre Sorgearbeit investiert.⁵⁴⁴ Einerseits, weil so das „Familieneinkommen“ maximiert werden kann, andererseits geht damit aber auch die Wertung einher, dass die Zeit dieser Person weniger wert ist, was zugleich eine Abwertung von (familiärer) Sorgearbeit bedeutet. Dieses Beispiel zeigt deutlich die Komplexitäten, die sich auftun, wenn Chancengleichheit und gleiche Freiheiten in einer Gesellschaft realisiert werden sollen und dabei entweder nur die öffentliche Erwerbssphäre oder die private Sphäre beleuchtet wird (→ vgl den Beitrag von Chwojka/Mader/Reiter Teil II.1.).

Dem Schließen des *Gender-Pay-Gaps* und damit der transformativ-materiellen Gleichheit könnten jene Bestimmungen, die eine Entlohnungstransparenz intendieren, dienen (→ vgl den Beitrag von Schwertner Teil II.2.). Dazu zählen die verpflichtende Angabe des Mindestentgelts und Bereitschaft zur Überzahlung in Stellenausschreibungen (§ 9 Abs 2, § 23 Abs 2, § 49 Abs 4 GLBG) sowie die Einkommensberichte nach § 11a GLBG. Die Einkommensberichte sind allerdings nicht öffentlich zugänglich, sondern zusätzlich mit einer betriebsinternen Verschwiegenheitsverpflichtung behaftet (vgl § 11a Abs 4 GLBG), die verwaltungsstrafrechtlich sanktionierbar ist (vgl § 11a Abs 5 GLBG). Daher wirken Einkommensberichte maximal innerhalb des Unternehmens transparenzfördernd.⁵⁴⁵ Im Vergleich dazu sind die Mindestentgeltangaben in Stellenausschreibungen öffentlich. Das Gefälle zwischen Mindestentgelt und tatsächlich geleistetem Entgelt verbleibt aber intransparent. Beiden Maßnahmen wird daher nur begrenztes Potential zukommen, transformativ gleichheitsfördernd zu wirken und den gesamtgesellschaftlichen *Gender-Pay-Gap* zu schließen.⁵⁴⁶

542 Im Primärrecht des Unionsrechts fußt die Verpflichtung zur Herstellung von Entgeltgleichheit auf Art 157 AEUV. Vgl grundlegend zur Entgeltgleichheit etwa Holzleithner, Recht 43–46, 50 f.

543 Vgl etwa Stöger, ZÖR 2019, 691 f, 698 f mwN.

544 Vgl auch Sagmeister, Schutz 31; dies, juridikum 2020, 222 f.

545 IdS auch für eine Ausweitung der Offenlegungspflichten etwa Stöger, ZÖR 2019, 706.

546 Die Umsetzung der Richtlinie EU 2023/970 vom 10. Mai 2023 zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durch Entgelttransparenz und Durchsetzungsmechanismen, ABl L 2023/132, 21, könnte hier zu einer weiteren Erhöhung der Transparenz und damit materiell-transformativ verstärkend wirken.

1.4.5. Diskriminierung beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen

Wenn einem*r Mitarbeiter*in der berufliche Aufstieg aufgrund des Geschlechts ohne sachliche Rechtfertigung verwehrt wird, dann hat er*sie Anspruch auf Schadenersatz. Der Ersatzanspruch beträgt die Entgeltdifferenz für mindestens drei Monate, wenn die Arbeitnehmerin*der Arbeitnehmer bei diskriminierungsfreier Auswahl beruflich aufgestiegen wäre oder bis 500 Euro, wenn der Arbeitgeber nachweisen kann, dass der Schaden lediglich darin besteht, dass die Berücksichtigung der Bewerbung verweigert wurde. Zusätzlich besteht ein Anspruch auf eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

Die Frist zur Geltendmachung beim Arbeits- und Sozialgericht oder der Gleichbehandlungskommission beträgt sechs Monate nach Ablehnung der Beförderung.

Diskriminierungsfälle und richtungsweisende Entscheidungen

- Nach der Schwangerschaftsmeldung wird eine davor zugesagte Beförderung demen-tiert.
- Benachteiligung im Zusammenhang mit Karenz und Elternzeit, indem keine Fördermaßnahmen für (werdende) Eltern genehmigt werden.
- Befristete Beförderung mit höherer Einstufung erfolgt vor Schwangerschaftsmeldung: Es wird der Arbeitnehmerin vor Schwangerschaftsmeldung mitgeteilt, dass sie sich in dieser Position bewährt hat und daher die Führungsposition unbefristet in Aus-sicht gestellt. Nach Schwangerschaftsmeldung, aber noch vor Ende der Befristung wird der schwangeren Arbeitnehmerin mitgeteilt, dass die Beförderung mit Ende der Befristung ausläuft und sie daher ihre alte Position mit dem geringeren Gehalt wiedererhält.
- Beförderung nur von Arbeitnehmer*innen, die keine Kinder haben und Vollzeit arbeiten.

Das GIBG legt eindeutig fest, dass bei der Entscheidung, wer beruflich aufsteigt und be-fördert wird, keinesfalls auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat, Bezug genommen werden darf. Solche Entscheidungen haben diskriminierungsfrei und objektiv zu erfolgen. Deshalb ist es auch unzulässig, aufgrund vorherrschender Rollen-bilder und Geschlechterstereotypen einzelne Personen wegen allfälliger Betreuungspflich-ten beim beruflichen Fortkommen nicht zu berücksichtigen.

Unter den Begriff des beruflichen Aufstiegs fallen alle Maßnahmen, die einer positiven beruflichen Weiterentwicklung der Arbeitnehmer*innen dienen. Nicht selten kommt es vor, dass junge Frauen aufgrund des „Risikos“ einer Schwangerschaft und vermuteten späteren Inanspruchnahme einer Elternkarenz beispielsweise nicht auf Führungsposi-tionen vorbereitet werden und pauschal nicht zu Führungskräfte-seminaren eingeladen werden. Hier handelt es sich dann zusätzlich um eine Diskriminierung bei der Aus- und Weiterbildung, in Kombination mit dem beruflichen Aufstieg.

2.8. Durchsetzung von Entgeltgleichheit

Bei einem Verstoß gegen das Gebot der Entgeltgleichheit haben Arbeitnehmer*innen auf dem Boden des geltenden Rechts zunächst Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens. Der*die Diskriminierte hat das Recht, gleich wie vergleichbare Beschäftigte der anderen Geschlechter entlohnt zu werden. Bei Teilzeitdiskriminierung gebührt die verhältnismäßig gleiche Vergütung. In der Vergangenheit liegende Diskriminierungen können daher regelmäßig nur dadurch ausgeglichen werden, dass den benachteiligten Beschäftigten das zu Unrecht vorenthaltene Entgelt²²⁶ zugewendet wird („Anpassung nach oben“);²²⁷ die (rückwirkende) Angleichung nach unten durch (nachträglichen) Entzug von in der Vergangenheit gewährten Vergünstigungen ist unzulässig.²²⁸ Der Anspruch auf Bezahlung der Entgeltdifferenz umfasst überdies einen Erfüllungsanspruch für die Zukunft iS einer diskriminierungsfreien Vertragsanpassung.²²⁹ Zusätzlich sieht das GIBG als Rechtsfolge einer Entgeltdiskriminierung einen Anspruch auf Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung, dh den Ersatz immaterieller Schäden, vor (§ 12 Abs 2 GIBG). Die Schadenersatzansprüche bestehen verschuldensunabhängig.²³⁰ Diskriminierende Regelungen in Kollektivverträgen oder Betriebsvereinbarungen sind nichtig (§ 879 Abs 1 ABGB). Verwaltungsstrafen sind indessen, erfüllt die Entgeltdiskriminierung nicht auch den Unterentlohnungstatbestand (§ 29 LSD-BG), nicht vorgesehen. Nicht explizit im GIBG geregelt ist, inwieweit Arbeitnehmer*innen bei Verletzung des Diskriminierungsverbotes ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht. Mit *Rebhahn/Windisch-Graetz* muss die Zurückbehaltung der Arbeitsleistung bei Verletzung der Hauptleistungspflicht des*der AG*in, der Entgeltpflicht, jedoch nach allgemeinen Regeln möglich sein.²³¹

Praxistipp: Vorgehensweise bei Verdacht der Entgeltdiskriminierung

- Vermuten Arbeitnehmer*innen eine Entgeltdiskriminierung, empfiehlt es sich zunächst, mit dem Betriebsrat in Kontakt zu treten. Außerhalb des Betriebes dienen die Gleichbehandlungsanwaltschaft, die Kammern für Arbeiter und Angestellte (AK) sowie Gewerkschaften als Beratungs- und Anlaufstellen für Personen, die mit Diskriminierungen in der Arbeitswelt konfrontiert sind (→ vgl die Beiträge von *Hözl/Senk* Teil III.1. und *Salinger* Teil III.2.).
- Verdichtet sich der Verdacht der Entgeltdiskriminierung und kann keine Einigung mit dem*r AG*in erzielt werden, besteht die Möglichkeit, beim zuständigen Arbeits- und Sozialgericht Klage einzubringen. Für gerichtliche Verfahren kann bei der AK oder den Gewerkschaften ein Antrag auf Rechtsschutz gestellt werden. Achtung: Die Frist zur Geltendmachung des Schadenersatzes bzw der Entgeltdifferenz beim Arbeits- und Sozialgericht beträgt 3 Jahre.²³² Die Einbringung eines Antrags bei der GBK führt zur Fristenhemmung (§ 15 Abs 2 und 3 GIBG).

226 Inkl Zinsen für die Zeit vom Entstehen des Anspruchs bis zur Zahlung des zuerkannten Betrags (vgl § 1333 ABGB; § 49a ASGG); *Hopfl/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² § 12 Rz 24.

227 StRsp; vgl etwa EuGH C-33/89, *Kowalska*, Rn 19; verb Rs C-231/06 und C-232/06, *Jonkman ua*, Rn 39.

228 EuGH C-171/18, *Safeway Ltd*, Rn 34 ff; OGH 25.1.2023, 8 ObA 31/22z.

229 OGH 17.12.2007, 8 ObA 24/07y.

230 *Kletecka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), GIBG² § 12 Rz 38; ErlRV 307 BlgNR 22. GP. 18.

231 *Rebhahn/Windisch-Graetz* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), GIBG² § 3 Rz 29.

232 Ab Kenntnis von Schaden und Schädiger (§ 12 Abs 2 GIBG iVm § 1486 ABGB); *Kletecka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), GIBG² § 12 Rz 2.

4.2. Geschlecht, Geschlechtsidentität, sexuelle Orientierung: Entwicklung und Verortung im Rechtsdiskurs

4.2.1. Differenzen als Motor der Rechtsentwicklung

Geschlecht hat sich sowohl als Kategorie des materiellen Antidiskriminierungsrechts als auch als freiheitsrechtlich geschützte Kategorie fest etabliert.⁶²⁸ Die Bedeutung, die dem Geschlecht eines Menschen in einer Gesellschaft zugeschrieben wird, wirkt sich wesentlich auf Fragen des Zusammenlebens, der Familie, der sozialen Absicherung uvm. aus. Ob und wie Geschlecht und Sexualität als Unterscheidungskategorien definiert werden, beeinflusst zudem das Verständnis des Menschseins bzw. der lebenswerten Realität an sich.⁶²⁹ Dort, wo Menschenrechte nicht ohne Unterschied nach Geschlecht gewährleistet werden, wird der Grundgedanke der Universalität von Menschenrechten auf die Probe gestellt.⁶³⁰ Im Menschenrechtsdiskurs ist die Frage der Anerkennung von vergeschlechtlichten Lebensrealitäten daher eng mit der Frage nach der Rechtssubjektivität verbunden.⁶³¹ Das materielle Antidiskriminierungsrecht wurde maßgeblich durch allgemein formulierte Freiheitsrechte beeinflusst: Gleichheitsgarantien in menschenrechtlichen Vertragstexten gehen vom Grundgedanken aus, dass Rechtspositionen Personen ohne Unterschied gewährleistet werden müssen. Tatsächlich sind Menschen jedoch von vielfältigen Ungleichbehandlungen betroffen: Die Ungleichheit aufgrund des Geschlechts manifestiert sich in Bereichen wie der Betroffenheit von Gewalt,⁶³² der Erziehung⁶³³ und Carearbeit,⁶³⁴ aber etwa auch dem Einkommensteuerrecht.⁶³⁵

4.2.2. Vom biologischen zum sozialen Geschlecht

Das Verständnis von Geschlecht, sexueller Orientierung und Geschlechtsidentität als drei distinkten Kategorien sowie ihre jeweilige Definition ist kulturell, sozial und gesellschaftlich geprägt. „Geschlecht“ stellt nicht bloß eine natürliche Eigenschaft des Körpers dar. Vielmehr ist bereits die Zuschreibung bestimmter Körper zu einem bestimmten Geschlecht, verbunden mit der Annahme, dass daraus sowohl eine bestimmte Geschlechtsidentität als auch eine bestimmte sexuelle Orientierung folgt, kulturell geprägt.⁶³⁶ Diese

628 Siehe Markard, Geschlecht, Geschlechtsidentität und sexuelle Orientierung als Diskriminierungskategorien, in Mangold/Payandeh (Hrsg), Handbuch Antidiskriminierungsrecht. Strukturen, Rechtsfiguren und Konzepte (2022) 262.

629 Weiterführend Butler, Imitation and Gender Insubordination, in Abelow/Barale/Halperin (Hrsg), Lesbian and Gay Studies (1993) 307 (312 ff).

630 Vgl Dreyfus, The 'Half-Invention' of Gender Identity in International Human Rights Law: from CEDAW to the Yogyakarta Principles, Australian Feminist Law Journal 2012, 33 (37).

631 Vgl Genschel, Wann ist ein Körper ein Körper mit (Bürger-)Rechten? in *quaestio* (Hrsg), Queering-Demokratie (2000) 113 (128) und → den Beitrag von Voithofer Teil I.2.2.

632 Siehe Streuer, Feminizid. Diskursbegriff, Rechtsbegriff, Völkerstrafrechtsbegriff (2023).

633 Siehe Sagmeister, Geschlechtergerechte Arbeitsteilung. Der arbeitsrechtliche Schutz von Eltern zwischen Zwang und Autonomie (2021).

634 Siehe Sagmeister, Promising Practices for the Employment of Live-In Care Workers in Europe (2023).

635 Siehe Lachmayer, Genderspezifische Lenkungspotentiale im Abgabenrecht, in Ulrich/Neuwirth (Hrsg), Zum Verhältnis von Reproduktion, Erwerbsarbeit und fairer Budgetpolitik (2015) 173; Spangenberg, Mittlere Diskriminierung im Einkommensteuerrecht. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung am Beispiel der Besteuerung der zusätzlichen Alterssicherung (2013).

636 Vgl Butler, Das Unbehagen der Geschlechter (1991) 169; West/D. H. Zimmermann, Doing gender, in Lorber/Farrell (Hrsg), The social construction of gender (1993) 13 (14); Kessler/MacKenna, Gender. An ethnomethodological approach (2001) 151.

5. (Sexuelle) Belästigung

Jasmine Senk

5.1. Einleitung

Im Jahr 2021 beauftragten Eurostat und das Bundeskanzleramt die Statistik Austria mit einer Studie zu „Geschlechtsspezifischer Gewalt gegen Frauen und andere Formen von interpersoneller Gewalt“. 2,46 % der zum Zeitpunkt der Befragung erwerbstätigen Frauen haben sexuelle Belästigung an ihrem aktuellen Arbeitsplatz erlebt. In absoluten Zahlen ausgedrückt, sind das 44.480 Frauen in Österreich. Zu den häufigsten Formen der sexuellen Belästigung zählen unangemessenes Anstarren oder anzügliche Blicke (20,26 % aller erwerbstätigen oder vormals erwerbstätigen Frauen haben dies erlebt), sexuelle Witze oder übergriffige Bemerkungen über ihren Körper oder ihr Privatleben (16,21 %) oder unerwünschter Körperkontakt (14,60 %). 96,83 % der Frauen, die von sexueller Belästigung am Arbeitsplatz betroffen sind, wurden von einer männlichen Täterperson sexuell belästigt. 44,14 % der betroffenen Frauen haben Belästigungen aus dem Kreis ihrer Kolleg*innen erfahren. Eine ähnlich große Gruppe (42,82 %) hat sexuelle Belästigung durch Kund*innen erfahren. Bei 27,83 % der betroffenen Frauen war es die vorgesetzte Person.⁸⁴⁵

Zuletzt hat die weltweit mediale Aufmerksamkeit erlangende #Me-too-Kampagne, ausgelöst durch eine Unzahl von Berichten sexueller Belästigungen des einflussreichen Hollywood-Produzenten *Harvey Weinstein*, das Thema in den Fokus der arbeits- und wirtschaftsrechtlichen Debatten gerückt. Auch wenn das sowohl straf- als auch zivilrechtliche amerikanische Strafmaß nicht vergleichbar ist mit mitteleuropäischen Sanktionssystemen, treffen die wirtschaftlichen und rechtlichen Folgen internationale Unternehmen und fordern deren Compliance-Systeme.

Die Zahlen spiegeln die persönlichen Erfahrungen der Autorin wider, die sich auf die Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung von Ansprüchen aus dem GIBG in Oberösterreich spezialisiert hat. Neben der Erkenntnis, wie tief Sexismen in der Arbeitswelt verankert sind und strukturellen Diskriminierungen einen optimalen Nährboden bereiten, hat gerade die Abwehr möglicher Ansprüche ein Umdenken unter Arbeitgeber*innen bewirkt, dieser Thematik präventiv zu begegnen und Beratungen und Schulungen zu fördern. Die Thematik hat – leider – nicht an Aktualität verloren.

5.2. Rechtsgrundlagen

Das Vorhaben, (sexuelle) Belästigung in der Arbeitswelt zu bekämpfen, wurde vom Europäischen Gesetzgeber massiv angetrieben. Art 157 Abs 3 AEUV berechtigt den Rat, die Gleichbehandlung von Frauen und Männern, was die Entgeltgleichheit und alle anderen Arbeits- und Beschäftigungsfragen betrifft, zu fördern. Auf dieser Grundlage wurden

⁸⁴⁵ Statistik Austria, Geschlechtsspezifische Gewalt gegen Frauen und andere Formen von interpersoneller Gewalt (2022), https://www.statistik.at/fileadmin/publications/Geschlechtsspezifische-Gewalt-gegen-Frauen_2021_barrierefrei.pdf (11.3.2025).

6.2. Schutz vor religiöser Diskriminierung im internationalen und nationalen Recht

Die Religionsfreiheit ist ein Grundrecht der ersten Stunde und in vielen Grundrechtskatalogen auf internationaler, regionaler und nationaler Ebene verankert.⁹⁴⁶ Ebenso von Bedeutung sind spezielle religionsrechtliche Bestimmungen, insb des Antidiskriminierungsrechts, die jedoch keinen Grundrechtscharakter aufweisen. Teilweise konkretisieren sie jedoch die Religionsfreiheit und das grundrechtliche Diskriminierungsverbot und gestalten diese näher aus.

6.2.1. Universeller Menschenrechts- und Diskriminierungsschutz

Auf internationaler Ebene heben sich menschenrechtliche Verträge vom sonstigen Völkerrecht dahingehend ab, dass sie nicht mehr nur das Verhältnis und die Beziehungen zwischen Staaten zum Gegenstand haben, sondern Garantien zwischen Individuen und dem jeweiligen Staat festlegen.⁹⁴⁷ Zumeist erfolgt die Überwachung eines Menschenrechtsvertrags im Rahmen eines Berichtssystems durch einen Ausschuss. Individualbeschwerdemechanismen sind selten und werden mit Stellungnahmen und Empfehlungen abgeschlossen; nur ausnahmsweise entscheiden internationale Gerichtshöfe auf Beschwerde eines Einzelnen hin verbindlich (so wie der EGMR).⁹⁴⁸

6.2.1.1. Allgemeine Menschenrechtsabkommen

Die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit ist eines jener Menschenrechte, das bereits seit den ersten Entwicklungen des internationalen Menschenrechtsschutzes Teil der Menschenrechtskataloge ist.⁹⁴⁹ Die 1945 in Kraft getretene UN-Charta⁹⁵⁰ verweist im Rahmen der zu verfolgenden Ziele auf die Achtung der Menschenrechte ohne Unterschied, ua aufgrund der Religion.⁹⁵¹ Im ersten völkerrechtlichen, wenn auch noch unverbindlichen Menschenrechtsdokument der Nachkriegszeit, der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen⁹⁵² von 1948 (AEMR), verbürgt Art 18 die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit.⁹⁵³ Ausdrücklich erwähnt ist in der AEMR das Recht, die Religion oder Weltanschauung zu wechseln sowie diese allein oder in Gemeinschaft auszuüben. Als allgemeine Schrankenregelung, die auf alle Garantien der AEMR anwendbar ist, lässt Art 29 AEMR Beschränkungen nur insoweit zu, als sie gesetzlich vorgesehen sind und der Achtung der Rechte und Freiheiten anderer dienen und der Moral, der öffentlichen Ordnung und des allgemeinen Wohles genügen. Ebenso

946 Pabel, Religionsfreiheit, in Kowatsch/Pichler/Tibi/Tripp (Hrsg), 111 Begriffe des österreichischen Religionsrechts (2022) 284 ff; Walter in Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg), EMRK/GG Konkordanzkommentar³ Kap 17 Rz 1.

947 Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁷ § 2 Rz 1; Heintze, Individualschutz im Völkerrecht, in Epping/von Heinegg (Hrsg), Ipsen Völkerrecht⁸ (2024) Kap 8 Rz 2.

948 Siehe auch Schilling, Internationaler Menschenrechtsschutz⁴ Rz 12 ff; von Arnald, Völkerrecht⁵ (2023) Rz 625 ff.

949 Gabriel in Nowak/Januszewski/Hofstätter 392; Walter in Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg), EMRK/GG Konkordanzkommentar³ Kap 17 Rz 1.

950 Charta der Vereinten Nationen vom 26.6.1945, in Kraft getreten am 24.10.1945.

951 Art 1 Abs 3 UN-Charta.

952 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen vom 10.12.1948.

953 Art 18 AEMR.

8. Digitale Transformation und Diskriminierung

Elisabeth Greif

8.1. Einleitung

Die „**digitale Transformation**“ verändert unsere Gesellschaft in rasantem Tempo. Technologien wie Künstliche Intelligenz, Big Data und algorithmenbasierte Entscheidungssysteme prägen zunehmend wirtschaftliche, soziale und politische Prozesse. Die digitale Transformation wird durch die Entwicklung und den Einsatz immer leistungsfähigerer digitaler Techniken und Technologien ermöglicht und befördert. Sie geht über die bloße Digitalisierung (iSe Umwandlung analoger Informationen in digitale Formate) hinaus und umfasst tiefgreifende strukturelle, kulturelle und gesellschaftliche Veränderungen. Dies führt einerseits zur verstärkten **Produktion digitaler Technologien** wie Hard- und Software oder Netzwerktechnologien. Andererseits verändern sich **Arbeitsabläufe und Entscheidungsprozesse**, wenn Arbeitsschritte von Robotern ausgeführt werden oder online ablaufen und arbeitsbezogene Entscheidungen zunehmend ausschließlich durch oder mit Hilfe von algorithmenbasierten Entscheidungssystemen getroffen werden. Die digitale Transformation lässt zudem gänzlich **neue Wirtschaftsmodelle**, wie etwa die sog „Plattformökonomie“, entstehen. Nicht zuletzt bewirkt sie über die Wirtschaft hinaus auch eine **Digitalisierung der Gesellschaft**, die sich unter anderem in der Nutzung von Sozialen Medien widerspiegelt.¹³⁶⁸

Die digitale Transformation weist durch ihre Universalität erhebliche **Veränderungspotenziale** auf: Sie führt zu einer wesentlichen Beschleunigung (auch) komplexer Arbeitsabläufe, kann die Verfolgung individueller und kollektiver Interessen erleichtern und lässt neue, vielfach entlastende Arbeitsformen entstehen. Zahlreiche Vorgänge können digital rascher und effektiver durchgeführt werden. In den Bereichen Gesundheit und Medizin erlauben digitale Anwendungen die Entwicklung neuer Heilungsmöglichkeiten sowie die Minimierung von Risiken bei medizinischen Eingriffen. In vielen Bereichen können künftige Entwicklungen durch den Einsatz digitaler Techniken wie algorithmenbasierte Entscheidungssysteme, künstliche Intelligenz und maschinelles Lernen (→ zu den Begriffen siehe 8.2.) besser und genauer vorhergesagt werden.

Der Einsatz digitaler Techniken wird häufig jedoch nicht nur mit der Hoffnung auf raschere, kostengünstigere und exaktere Ergebnisse verbunden: Anders als menschliche Entscheider*innen, die stets (unbewussten) Vorurteilen ausgesetzt sind, sollen algorithmenbasierte Entscheidungssysteme auch zu objektiveren Ergebnissen führen, die frei von menschlichen Vorurteilen sind.¹³⁶⁹ Mittlerweile belegen jedoch zahlreiche Studien, dass diese Annahme falsch ist:¹³⁷⁰ Personalsoftware benachteiligte weibliche

¹³⁶⁸ Vgl. *Wallmüller*, Praxiswissen Digitale Transformation. Den Wandel verstehen, Lösungen entwickeln, Wertschöpfung steigern (2017) 21 ff.

¹³⁶⁹ Dazu *Cofone*, Algorithmic Discrimination Is an Information Problem, *Hastings Law Journal* 70/6, 2019, 1389 (1396 mwN).

¹³⁷⁰ Grundlegend *Citron/Pasquale*, The Scored Society: Due Process for Automated Predictions, *Washington Law Review* 89/2014, 1; *Barocas/Selbst*, Big Data's Disparate Impact, *California Law Review* 2016, 671; *Kim*, Data-Driven Discrimination at Work, *William & Mary Law Review* 58/2017, 857. Zahlreiche Beispiele finden sich zudem bei *Orwat*, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen (2019) 34 ff.

1.2.3.6. Berufsbildung, Organisation, Selbständigkeit

Auch hier sieht das Gesetz neben der Herstellung des diskriminierungsfreien Zustands samt Ersatz des immateriellen Schadens den Ersatz des Vermögensschadens vor.

1.2.3.7. Belästigung

Nach § 12 Abs 11 bzw § 26 Abs 12 GlBG hat die betroffene Person sowohl gegen die belästigende Person als auch gegen den*die Arbeitgeber*in Anspruch auf den Vermögensschaden und die erlittene persönliche Beeinträchtigung, wobei ein Mindestschadenersatz von 1.000 Euro vorgesehen ist.

Leistungsbegehren

[X] ist schuldig, [Y] brutto [xxx] Euro sowie netto [xxx] Euro samt [x] % Zinsen seit [xx.xx.xxxx] zu bezahlen sowie die Prozesskosten zu ersetzen.

1.2.4. Vorbringen und Beweisanbot

Das Vorbringen ist auf Seiten der klagenden Partei so zu gestalten, dass – sollte das Gericht das Vorgebrachte feststellen – der Tatbestand der Diskriminierung erfüllt ist. Es ist in der Klagserzählung darzulegen, dass die klagende Partei im Sinne der §§ 3, 4, 6 und 7 GlBG diskriminiert bzw im Sinne des § 13 GlBG benachteiligt wurde.³⁵

Auf Beklagtenseite ist vorzubringen, dass für die Ungleichbehandlung nach den §§ 3 und 4 GlBG

- ein nichtdiskriminierendes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war bzw ein Geschehensverlauf vorliegt, der nicht (sexuell) belästigend ist;
- der Vermögensschaden auch ohne Diskriminierung entstanden wäre, zB weil die betroffene Person wegen nichtdiskriminierender Verfehlungen gekündigt worden wäre;
- ein anderes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist;
- im Falle einer mittelbaren Diskriminierung ein Rechtfertigungsgrund im Sinne des § 5 Abs 2 GlBG vorliegt.

Bei einem Belästigungsvorwurf nach den §§ 6 und 7 GlBG hat die beklagte Partei einen nicht belästigenden Geschehensverlauf vorzubringen.

Als Beweis ist aus dem Kanon der möglichen Beweismittel zu wählen. In Diskriminierungsfällen ist auf Seiten der klagenden Partei das zentrale Beweismittel die Parteieneinvernahme. Die Diskriminierung geschieht meist nicht öffentlich; sofern Zeug*innen vorhanden sind, stehen diese vielleicht noch im Dienstverhältnis und befürchten negative Auswirkungen einer Aussage gegen Arbeitgeber*innen oder Arbeitskolleg*innen.

Im Zivilverfahren gewinnt die Vorlage der Kommunikation auf sozialen Plattformen immer größere Bedeutung. Diese kann als exportierte Urkunden³⁶ oder als Beweis des

35 Im Verfahren ist es wichtig, andere Anspruchsgrundlagen mitzudenken und ein entsprechendes Eventualvorbringen zu erstatten.

36 Wobei die wesentlichen Stellen zu markieren sind.