

# Baustellen des Antidiskriminierungsrechts

Univ.-Prof. Dr. Magdalena Pöschl  
Karl-Franzens-Universität Graz

*Hiroshi Nishihara* ist ein japanischer Autor, der eine Dissertation über die Gleichbehandlung von Mann und Frau in Deutschland und in der EU verfasst hat. Im Vorwort dieses Buches bedankt er sich unter anderem bei seinen Kindern und bei seiner Schwester: Erst durch sie, so schreibt er, habe er verstanden, was das Recht auf Gleichheit eigentlich ist.<sup>1</sup> In der Tat leihen Kinder diesem Recht regelmäßig ihre Stimme, und diese Stimme sagt unaufhörlich: *Ich will das auch haben*.<sup>2</sup> Im Erwachsenenalter mag das umständlicher formuliert werden; zum Erliegen kommt dieses Begehren aber bekanntlich nicht, und es beschreibt auch die gegenwärtige Situation im Antidiskriminierungsrecht. Die Veranstalter haben mir aufgetragen, über „Baustellen“ dieses Rechtsgebietes zu berichten. Meine erste These lautet: Das europäische Antidiskriminierungsrecht hat keine Baustellen, es ist eine Baustelle. Das sieht man freilich nicht, wenn man dieses Rechtsgebiet hier und heute betritt, wohl aber, wenn man in den Blick nimmt, wie – und man darf auch sagen: wie geschickt – die EU diesen Baugrund erschlossen hat.

## I. Europäisches Antidiskriminierungsrecht: eine Baustelle

### 1. Entwicklung

#### a) Das Diskriminierungsverbot als liebstes Instrument der EU

Das Antidiskriminierungsrecht arbeitet mit dem liebsten Instrument der Union – dem Verbot der Diskriminierung, das Europa seit der ersten Stunde begleitet: als Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit,<sup>3</sup> in Form der Grundfreiheiten, die zunächst ihrerseits als Diskriminierungsverbote und erst nach und nach als Beschränkungsverbote verstanden wurden;<sup>4</sup> ferner in Vorschriften zur Agrarpolitik,<sup>5</sup> zur Verkehrspolitik<sup>6</sup> und im Wettbewerbsrecht.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> *Nishihara*, Das Recht auf geschlechtsneutrale Behandlung nach dem EGV und GG: die Gleichberechtigung von Mann und Frau vor dem EuGH und dem BVerfG im Vergleich (2002) 7.

<sup>2</sup> Oder kürzer, wie offenbar bei *Nishiharas*: „Für mich auch!“

<sup>3</sup> Zunächst Art 7 EWGV, heute Art 18 AEUV.

<sup>4</sup> Näher *Ehlers*, in ders (Hrsg), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten<sup>3</sup> (2009) § 7 Rz 20 ff.

<sup>5</sup> Art 40 Abs 2 UAbs 2 AEUV.

<sup>6</sup> Art 92, Art 95 Abs 1 AEUV.

<sup>7</sup> Art 107 Abs 2 lit a, Art 110 AEUV.

Diese Verbote bzw Freiheiten dienten allerdings letztlich einem ökonomischen Ziel – der Herstellung des gemeinsamen Binnenmarktes.

## b) Verbot der Geschlechterdiskriminierung

Mit dem Antidiskriminierungsrecht, von dem hier die Rede ist, verbinden wir indes viel Nobleres: Der Träger dieses Rechts ist nicht nur ein Agent des gemeinsamen Marktes, sondern vor allem ein *Mensch*, der einen Anspruch hat, als Person mit Würde und Achtung behandelt zu werden. Folgerichtig schützt das Antidiskriminierungsrecht nicht nur die Unionsbürger, sondern jeden Menschen schlechthin.<sup>8</sup> Von seinem edlen Antlitz soll man sich jedoch nicht blenden lassen, denn auch das Antidiskriminierungsrecht hat letztlich wirtschaftliche Wurzeln. Es nahm seinen Ausgang im Gebot der Entgeltgleichheit für Mann und Frau, das nicht primär aus sozialpolitischen Erwägungen geschaffen wurde, im Gegenteil: Frankreich, wo dieses Gebot schon galt, fürchtete Wettbewerbsnachteile, wenn Frauen in anderen Mitgliedstaaten weiterhin niedriger entlohnt werden dürfen als Männer. Vor allem diese Sorge hat die EWG veranlasst, in Art 119 EWGV den Grundstein des Antidiskriminierungsrechts zu legen und Männern und Frauen gleiches Entgelt für gleiche Arbeit zuzusichern.<sup>9</sup>

Dieses dreifach, auf Geschlecht, Beschäftigung und Entgelt beschränkte Diskriminierungsverbot wurde in der Folge durch eine Reihe von Richtlinien schrittweise zu einem umfassenden Verbot geschlechtsbedingter Diskriminierungen in Beschäftigung und Beruf ausgebaut, das sich auch auf Arbeits- und Ausbildungsbedingungen sowie soziale Sicherungssysteme bezog.<sup>10</sup> Den solcherart geschaf-

---

<sup>8</sup> S zu diesem Unterschied zwischen rein funktionalen und grundrechtlich-personalen Gleichheitsrechten zB *Huster*, Gleichheit im Mehrebenensystem: Die Gleichheitsrechte der Europäischen Union in systematischer und kompetenzrechtlicher Sicht, EuR 2010, 325 (332).

<sup>9</sup> Dazu *Somek*, Rationalität und Diskriminierung (2001) 539 FN 3, und *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG. Gleichbehandlung – Antidiskriminierung (2009), Historische Entwicklung Rz 2, § 5 GIBG Rz 3, jeweils mwN.

<sup>10</sup> S insb Richtlinie 75/117/EWG des Rates vom 10. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen, ABl 1975 L 45/19; Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl 1976 L 39/40; Richtlinie 79/7/EWG des Rates vom 19. Dezember 1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit, ABl 1979 L 6/24; Richtlinie 86/378/EWG des Rates vom 24. Juli 1986 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit, ABl 1986 L 225/40 idF Richtlinie 96/97/EG, ABl 1997 L 46/20; Richtlinie 86/613/EWG des Rates vom 11. Dezember 1986 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit – auch in der Landwirtschaft – ausüben, sowie über den Mutterchutz, ABl 1986 L 359/56; Richtlinie 97/80/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, ABl 1998 L 14/6 idF Richtlinie 98/52/EG, ABl 1998 205/66.

fenen sekundärrechtlichen Schutz adelte sodann der Vertrag von Amsterdam, indem er mit Art 141 EGV (Art 157 AEUV) die primärrechtliche Grundlage für einen allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung der Geschlechter im Arbeitsrecht schuf und zu diesem Zweck auch positive Maßnahmen zuließ.<sup>11</sup> Zugleich erklärte Art 2 EGV die Gleichstellung von Männern und Frauen explizit zu einer Aufgabe der Gemeinschaft,<sup>12</sup> und Art 3 Abs 2 EGV (Art 8 AEUV) sah vor, dass die Gemeinschaft im Zuge ihrer Tätigkeiten darauf hinwirkt, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung der Geschlechter zu fördern: Spätestens damit war die Gleichstellung kein rein ökonomisches Instrument mehr; sie wurde in Europa auch zu einem sozialpolitischen Anliegen.<sup>13</sup>

### c) Art 13 EGV

Das Herzstück des Antidiskriminierungsrechts bringt der Vertrag von Amsterdam jedoch mit Art 13 Abs 1 EGV.<sup>14</sup> Nachdem insbesondere das Europäische Parlament beanstandet hatte, dass die EG gegen Rassismus und Fremdenfeindlichkeit mangels weitergehender Kompetenzen nur mit Erklärungen und Empfehlungen vorgehen konnte,<sup>15</sup> ermächtigte Art 13 Abs 1 EGV den Rat nun, geeignete Vorkehrungen zu treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, Religion, Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen. Anders als Art 141 EGV war Art 13 Abs 1 EGV erstens nicht beschränkt auf Beruf und Beschäftigung, sondern galt für alle Zuständigkeiten der Gemeinschaft.<sup>16</sup> Zweitens erweiterte er die verpönten Differenzierungsmerkmale erheblich.<sup>17</sup> Die Rei-

<sup>11</sup> S näher *Hopf/Mayr/Eichinger* (FN 9) Historische Entwicklung Rz 12; *Krebber*, in Calliess/Ruffert (Hrsg), EUV/EGV – Kommentar<sup>3</sup> (2007) Art 141 EGV Rz 1 ff.

<sup>12</sup> S heute, wenngleich etwas anders formuliert, Art 3 Abs 3 EUV.

<sup>13</sup> Der EuGH hat die Entgeltgleichheit schon zuvor als eine sozialpolitische Vorschrift verstanden und sie später auch als „Grundrecht“ angesprochen, s die Nachweise bei *Rebhahn*, in Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar<sup>2</sup> (2009) Art 141 EGV Rz 1; s auch *Hopf/Mayr/Eichinger* (FN 9) § 5 GIBG Rz 3.

<sup>14</sup> Damals Art 6a EGV.

<sup>15</sup> S die Nachweise bei *Jochum*, Der neue Art 13 EGV oder „political correctness“ auf europäisch? ZRP 1999, 279.

<sup>16</sup> Wörtlich ermächtigt Art 13 Abs 1 EGV den Rat zu den beschriebenen Maßnahmen „im Rahmen der durch den Vertrag auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten“; Dafür genügt („im Rahmen“), dass der Gemeinschaft eine Zuständigkeit übertragen ist; die jeweilige Ermächtigung muss dann nicht auch die Bekämpfung von Diskriminierungen umfassen, näher zB *Grabenwarter*, in Grabitz/Hilf (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union. EUV/EGV, Band I (40. Lfg, 2009) Art 13 EGV Rz 12; *Holoubek*, in Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar<sup>2</sup> (2009) Art 13 EGV Rz 5 f. Im Bereich mitgliedstaatlicher Zuständigkeiten dürfen solche Maßnahmen allerdings nicht ergriffen werden; Art 13 EGV räumt insbesondere keine allgemeine Kompetenz zur Bekämpfung von Diskriminierungen ein, s *Epiney*, in Calliess/Ruffert (Hrsg), EUV/EGV – Kommentar<sup>3</sup> (2007) Art 13 EGV Rz 6.

<sup>17</sup> Zur Bedeutung der Merkmale im Einzelnen näher *Grabenwarter* (FN 16) Rz 30 ff; *Gasser*, Diskriminierungsbekämpfung nach Art 13 EGV (2009) 63 ff.

henfolge, in der diese Merkmale aufgezählt wurden, war wohl kein Zufall: Art 13 Abs 1 EGV begann mit dem Geschlecht als dem „Pionier“ des Antidiskriminierungsrechts; setzte fort bei Rasse und ethnischer Herkunft, die als Differenzierungsmerkmale in allen Mitgliedstaaten und auch in der EU als solcher besonders negativ konnotiert sind;<sup>18</sup> ging weiter zu Religion und Weltanschauung, die zum tradierten Bestand nationaler Diskriminierungsverbote gehören und auch in internationalen Menschenrechtsdokumenten genannt sind.<sup>19</sup> Anderes gilt für die drei übrigen Merkmale:<sup>20</sup> Behinderung und sexuelle Orientierung haben in nationale Grundrechtskataloge erst in jüngerer Vergangenheit Eingang gefunden, und auch das eher vereinzelt.<sup>21</sup> Das Alter wird als Unterscheidungsmerkmal in nationalen Verfassungen schließlich kaum je verpönt,<sup>22</sup> nicht von ungefähr: Es hat mit den anderen hier genannten Merkmalen (Geschlecht, Rasse etc) zwar gemein, dass der Einzelne es nicht oder nicht zumutbar ändern kann und dass es für den Moment auch seine Identität bestimmt. Davon abgesehen ist das Alter aber ein besonders egalitäres Unterscheidungsmerkmal.<sup>23</sup> Denn jeder Mensch altert, und so gleichen sich Differenzierungen, die nach dem Alter getroffen werden, auf der Zeitachse regelmäßig wieder aus. Das ist auch der Grund, warum Rechtsordnungen in verschiedensten Zusammenhängen an das Alter anknüpfen<sup>24</sup> und

---

<sup>18</sup> S schon Art 2 Abs 1 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, der Unterscheidungen ua aufgrund der Rasse und der Farbe verpönt; ebenso Art 2 Abs 2 UN-Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte; Art 2 Abs 1 UN-Pakt über bürgerliche und politische Rechte; Art 14 EMRK, Art 1 12. ZPEMRK (Rasse, Hautfarbe); s ferner das Internationale Übereinkommen über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung, BGBl 1972/377, und nun auch zB den Rahmenbeschluss 2008/913/JI des Rates vom 28. November 2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, AB1 2008 L 328/55.

<sup>19</sup> Vgl Art 2 Abs 1 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, der Unterscheidungen ua aufgrund der Religion, politischer und sonstiger Überzeugung verpönt; ebenso Art 2 Abs 2 UN-Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte; Art 2 Abs 1 UN-Pakt über bürgerliche und politische Rechte; ferner Art 14 EMRK, Art 1 12. ZPEMRK (Religion, politische und sonstige Anschauung).

<sup>20</sup> Die Aufnahme dieser Merkmale in Art 13 EGV war denn auch nicht unbestritten, s mwN *Bell*, *The New Article 13 EC Treaty: A Sound Basis for European Anti-Discrimination Law?* MJ 1 (1999) 1 (7).

<sup>21</sup> S zB für Österreich das Verbot der Benachteiligung aufgrund der Behinderung, das dem Art 7 Abs 1 B-VG mit BGBl I 1997/87 angefügt wurde; s für die anderen Staaten die Übersicht bei *Odendahl*, in Heselhaus/C. Nowak (Hrsg), *Handbuch der Europäischen Grundrechte* (2006) § 45 Rz 59 f; s nun aber auf internationaler Ebene das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, BGBl III 2008/155.

<sup>22</sup> Darauf weist auch der Generalanwalt *Bot* in EuGH 19.1.2010, Rs C-555/07, *Kücükdeveci*, Rz 77, hin. Eine Ausnahme ist insoweit die Verfassung Finnlands; s die Übersicht bei *Odendahl* (FN 21) § 45 Rz 59 f.

<sup>23</sup> S schon *Huster* (FN 8) 336 f.

<sup>24</sup> Das geschieht in Österreich schon auf Verfassungsstufe, etwa bei der Zuerkennung des aktiven und passiven Wahlrechts in Art 26 Abs 1 und Abs 4 sowie Art 60 Abs 3 B-VG, wei-

warum sie – folgerichtig – davon absehen, die Anknüpfung an das Alter in Diskriminierungsverboten für grundsätzlich suspekt zu erklären; umso erstaunlicher war, dass die Mitgliedstaaten dieses gängige Differenzierungsmerkmal auf europäischer Ebene dann ganz anders einstufen.<sup>25</sup>

Mit dem Vertrag von Nizza wurde Art 13 EGV ein zweiter Absatz angefügt, der den Rat ermächtigt, Fördermaßnahmen zu ergreifen, um die Mitgliedstaaten bei ihren Maßnahmen zur Bekämpfung der Diskriminierung zu unterstützen; die Bedeutung dieser Vorschrift ist bislang jedoch eher blass geblieben.

#### d) Richtlinien

Weitaus größere Strahlkraft hat der erste Absatz des Art 13 EGV entwickelt. Auf seiner Grundlage erließ der Rat im Jahr 2000 zunächst die sog *Antirassismus-Richtlinie*;<sup>26</sup> sie verbietet – nachdem 1997 zum Europäischen Jahr gegen Rassismus erklärt wurde: strategisch klug<sup>27</sup> – Diskriminierungen aufgrund der Rasse und der ethnischen Herkunft, und zwar zum einen in den Bereichen Beschäftigung und Beruf sowie sozialer Schutz,<sup>28</sup> also in einem Gebiet, das für die Geschlechtergleichbehandlung schon erschlossen war.<sup>29</sup> Darüber hinaus untersagt diese Richtlinie rassistische Diskriminierungen aber auch im Bereich sozialer Vergünstigungen<sup>30</sup> und der Bildung<sup>31</sup> sowie beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen. Dazu gehört, wie die Richtlinie ausdrücklich sagt, auch der Wohnraum.<sup>32</sup>

---

ters in Art 12 EMRK, der das Recht auf Eheschließung erst im „heiratsfähigen“ Alter einräumt, sodann in Art 88 Abs 1 B-VG, demzufolge einfachgesetzlich eine Altersgrenze zu bestimmen ist, nach deren Erreichung Richter in den dauernden Ruhestand treten.

<sup>25</sup> Treffend bemerkt bereits von *Huster* (FN 8) 336.

<sup>26</sup> Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl 2000 L 180/22.

<sup>27</sup> S dann auch noch den 1998 verabschiedeten Aktionsplan gegen Rassismus KOM(1998) 183 endg. vom 25.3.1998. Das strategische und schrittweise Vorgehen des Rates bei der Richtlinien-Erlassung betont bereits *Jestaedt*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2004) 298 (309).

<sup>28</sup> Der Geltungsbereich der Antirassismus-RL umfasst nach Art 3 Abs 1 zunächst das Arbeitsleben (dazu gehören die Bedingungen für den Zugang zu Erwerbstätigkeit sowie für den beruflichen Aufstieg [lit a], der Zugang zu Berufsberatung, -ausbildung, -weiterbildung und Umschulung [lit b], die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich Entlassungsbedingungen und Arbeitsentgelt [lit c], die Mitgliedschaft und Mitwirkung in beruflichen Interessenvertretungen [lit d]), ferner der Sozialschutz, einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste (lit e).

<sup>29</sup> S die in FN 10 genannten Richtlinien.

<sup>30</sup> Art 3 Abs 1 lit f Antirassismus-RL.

<sup>31</sup> Art 3 Abs 1 lit g Antirassismus-RL.

<sup>32</sup> Art 3 Abs 1 lit h Antirassismus-RL. Wie Erwägungsgrund 4 der Antirassismus-RL allerdings einschränkend hinzufügt, sollen die Privatsphäre und das Familienleben sowie die in diesem Kontext getätigten Geschäfte weiterhin geschützt bleiben.

Der Antirassismus-Richtlinie folgt wenig später eine zweite, die sog *Rahmen-Richtlinie*,<sup>33</sup> die Diskriminierungen nun zwar auch für die übrigen, zum Teil noch weniger stark verpönten Merkmale Religion, Weltanschauung, Behinderung, sexuelle Orientierung und Alter verbietet, sich dafür aber – gleichsam als Ausgleich für diesen Vorstoß – beschränkt auf bereits vertrautes Gelände, nämlich auf den Bereich Beschäftigung und Beruf.<sup>34</sup>

2004 setzt der Rat den nächsten Schritt, der sich auch schon aufdrängte: Nachdem die Geschlechtergleichheit der Vorkämpfer des Antidiskriminierungsrechts war, musste doch merkwürdig erscheinen, dass das Verbot rassistischer Diskriminierungen in der Zwischenzeit schon weiter reichte als jenes geschlechtsspezifischer Diskriminierungen. So wurde auch hier nachgezogen: Eine weitere Richtlinie<sup>35</sup> verbietet geschlechtsbezogene Diskriminierungen bei der Bereitstellung von Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen und die außerhalb des Bereichs des Privat- und Familienlebens und der in diesem Kontext stehenden Transaktionen angeboten werden.<sup>36</sup> Ursprünglich sollte der Gleichbehandlungsgrundsatz hier auch ausschließen, dass das Geschlecht als versicherungsmathematischer Faktor bei der Berechnung von Versicherungsprämien und -leistungen verwendet wird, was zunächst einige Debatten und dann eine Lockerung des Verbotes zur Folge hatte.<sup>37</sup> Das hat der Richtlinie im Volks- oder besser Medienmund den Namen „*Unisex-Tarif-Richtlinie*“<sup>38</sup> eingebracht, ein Ausdruck, der den Inhalt der Richtlinie zwar verkürzt,<sup>38</sup> aber immerhin merkfähig ist und daher auch hier verwendet wird.

2006 lichtet der Rat schließlich das Gestrüpp an sonstigen geschlechtsbezogenen Richtlinien im Bereich Beschäftigung, Beruf und sozialer Sicherheit<sup>39</sup> und

<sup>33</sup> Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl 2000 L 303/16.

<sup>34</sup> Art 3 Abs 1 Rahmen-RL; der dort festgelegte Geltungsbereich entspricht nahezu wörtlich dem in Art 3 Abs 1 lit a-d Antirassismus-RL umschriebenen Geltungsbereich. Ausdrücklich nicht erfasst sind von der Rahmen-RL nach Art 3 Abs 3 Leistungen von staatlichen und ihnen gleichgestellten Systemen, einschließlich der Systeme der sozialen Sicherheit und des sozialen Schutzes; s demgegenüber Art 3 Abs 1 lit e Antirassismus-RL.

<sup>35</sup> Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern oder Dienstleistungen, ABl 2004 L 373/37 (im Folgenden: Unisex-Tarif-RL); ihr Erwägungsgrund 10 nimmt auch ausdrücklich auf die Antirassismus-RL Bezug.

<sup>36</sup> Art 3 Abs 1 Unisex-Tarif-RL. Nicht anwendbar ist diese RL nach Art 3 Abs 3 allerdings auf den Inhalt von Medien und Werbung sowie auf das staatliche und private Bildungswesen. Sie gilt auch nicht im Bereich Beschäftigung und Beruf, der bereits durch andere RLen geregelt ist (FN 39 und 40); ebenso wenig für selbstständige Tätigkeiten, soweit diese von anderen Rechtsvorschriften der Gemeinschaft erfasst werden (Art 3 Abs 4).

<sup>37</sup> S Art 5 Unisex-Tarif-RL und dazu noch unten I.2.c.

<sup>38</sup> S schon *Jestaedt* (FN 27) 309.

<sup>39</sup> Richtlinie 75/117/EWG; Richtlinie 76/207/EWG idF Richtlinie 2002/73/EG, ABl 2002 L 269/15; Richtlinie 86/378/EWG idF Richtlinie 96/97/EG; Richtlinie 97/80/EG idF Richtlinie 98/52/EG (s schon FN 10).

fasst mehrere dieser Richtlinien in eine, die sog *Gleichbehandlungs-Richtlinie* zusammen.<sup>40</sup> Von ihr abgesondert geregelt bleibt das Verbot geschlechtsspezifischer Diskriminierungen im Bereich der Sozialversicherung und der Sozialhilfe.<sup>41</sup> Diese geschlechtsspezifischen, auf Beschäftigung, Beruf und Soziales bezogenen Richtlinien beruhen freilich weiterhin auf Art 141 EGV (Art 157 AEUV). Und sie wehren, anders als die nach Art 13 EGV erlassenen Richtlinien, Diskriminierungen nicht nur ab, sondern verfolgen darüber hinaus eine aktive Politik der Gleichstellung durch positive Maßnahmen.<sup>42</sup>

### e) Vertrag von Lissabon

Auf primärrechtlicher Ebene markiert den vorläufigen Schlusspunkt der Entwicklung der Vertrag von Lissabon, der hier aber nichts Spektakuläres bringt: Art 13 EGV ist jetzt Art 19 AEUV, die darin erteilte Ermächtigung an den Rat ist inhaltlich gleich geblieben.<sup>43</sup> Neu geregelt wurde nur das Verfahren zur Erlassung von Richtlinien: Das Parlament hat nun, wie schon zuvor in der Literatur angeregt,<sup>44</sup> kein bloßes Anhörungs-, sondern ein Zustimmungsrecht. Neben Art 19 AEUV tritt außerdem Art 10 AEUV, der es ganz allgemein zu einem Ziel der Union erklärt, bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen

<sup>40</sup> Vgl die Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABl 2006 L 204/23, mit der die in FN 39 genannten RLen aufgehoben werden (Art 34). Der Geltungsbereich der Gleichbehandlungs-RL entspricht im Bereich der Beschäftigung im Wesentlichen jenem der Antirassismus-RL, umfasst also nach Art 14 Abs 1 die Bedingungen für den Zugang zu öffentlicher und privater, selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit sowie für den beruflichen Aufstieg (lit a), den Zugang zu Berufsberatung, -ausbildung, -weiterbildung und Umschulung (lit b), die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich Entlassungsbedingungen und Arbeitsentgelt nach Maßgabe des Art 141 EGV (lit c) und die Mitgliedschaft und Mitwirkung in beruflichen Interessenvertretungen (lit d). Enger als die Antirassismus-RL zieht die Gleichbehandlungs-RL den Geltungsbereich im Sozialschutz: Er umfasst nur die betrieblichen Systeme der sozialen Sicherheit, die nicht schon durch die RL 79/7/EWG (FN 41) geregelt sind (Art 2 Abs 1 lit f; Art 5–8).

<sup>41</sup> Richtlinie 79/7/EWG des Rates vom 19. Dezember 1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit, ABl 1979 L 6/24.

<sup>42</sup> S *Sporrer*, in Mayer (Hrsg), Kommentar zu EU- und EG-Vertrag (42. Lfg, 2005) Art 13 EGV Rz 39. Ob Art 13 EGV auch zur Anordnung positiver Maßnahmen ermächtigt, wird unterschiedlich beurteilt, bejahend zB *Epiney* (FN 16) Rz 4; *Holoubek* (FN 16) Rz 12; verneinend zB *Jochum*, ZRP 1999, 280 f; *Grabenwarter* (FN 16) Rz 45.

<sup>43</sup> Diese Ermächtigung bezieht sich jetzt freilich nicht mehr auf die der „Gemeinschaft“, sondern die der „Union übertragenen Zuständigkeiten“.

<sup>44</sup> S zB *Holoubek* (FN 16) Rz 24, nach dem das schwache Mitwirkungsrecht des Parlaments „verwundert“, zumal die Entstehungsgeschichte des Art 13 EGV gerade von einschlägigen Initiativen des Parlaments geprägt ist (sZur Rolle des Parlaments näher *Jochum* [FN 42] 279); zustimmend *Zuleeg*, in von der Groeben/Schwarze (Hrsg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft<sup>6</sup> (2003) Art 13 EGV Rz 2; ebenso *Grabenwarter* (FN 16) Rz 48.

Diskriminierungen aus den in Art 19 AEUV genannten Gründen zu bekämpfen. Flankierend verbietet die Charta der Grundrechte (GRC) in Art 21 Abs 1 Diskriminierungen, und zwar „insbesondere“ solche aufgrund der in Art 10 und 19 AEUV genannten Merkmale und überdies aufgrund der sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens und der Geburt. Dieses Verbot bindet die Unionsorgane und die Mitgliedstaaten beim Vollzug von Unionsrecht, beschränkt die Ermächtigung des Art 19 AEUV aber weder, noch dehnt es sie (etwa auf die nur in Art 21 GRC genannten Merkmale) aus.<sup>45</sup>

## 2. Bausteine

### a) Verpflichtete, Begünstigte und Geltungsbereich

Drei wesentliche Bausteine des europäischen Antidiskriminierungsrechts sind damit schon benannt: Es bindet erstens nicht nur den Staat, sondern auch Private; es begünstigt zweitens nicht nur Unionsbürger, sondern Menschen schlechthin. Drittens umfasst das europäische Antidiskriminierungsrecht eine – nicht völlig homogene – Auswahl personaler Differenzierungsmerkmale und erstreckt sich kompetenzrechtlich auf alle Zuständigkeitsfelder der Union. Als „Baugrund“ tatsächlich in Anspruch genommen wurde bisher das ökonomisch besonders bedeutsame Kerngebiet Beschäftigung und Beruf, und um dieses Gebiet herum sind für Rasse, Ethnie und Geschlecht bereits erste Zubauten im Bereich der sozialen Sicherheit und des Güter- und Dienstleistungsverkehrs und für Rasse und Ethnie zudem im Bereich der Bildung entstanden.

### b) Recht, nicht aufgrund eines personalen Merkmals benachteiligt zu werden

Das Fundament des Antidiskriminierungsrechts ist das Verbot von Diskriminierungen, die in allen Richtlinien gleich – und gleich weit – definiert werden:

- Eine Diskriminierung liegt danach zunächst vor, wenn eine Person aufgrund eines verpönten Unterscheidungsmerkmals in einer vergleichbaren Situation<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> S in diesem Sinn auch die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl 2007 C 303/17 (24): „Mit [Art 21] Absatz 1 wird [...] weder der Umfang der nach Artikel 19 zugewiesenen Zuständigkeiten noch die Auslegung dieses Artikels geändert.“ Welche Auswirkungen umgekehrt Art 19 AEUV auf Art 21 Abs 1 GRC hat, wird in der Lehre unterschiedlich beurteilt, s dazu *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 4 Europäische Grundrechte (2009) § 3 Rz 3231 ff. Diese Frage hängt ua davon ab, ob Art 13 EGV über die Ermächtigung zur Bekämpfung von Diskriminierungen hinaus auch noch (implizit) ein unmittelbar anwendbares Diskriminierungsverbot statuiert, dies erwägend zB *Holoubek* (FN 16) Rz 9; verneinend zB *Zuleeg* (FN 44) Rz 2; *Epiney* (FN 16) Rz 1; *Grabenwarter* (FN 16) Rz 6.

<sup>46</sup> Keine vergleichbare Situation liegt zB vor, wenn Männern und Frauen unterschiedliche Gesundheitsdienstleistungen gewährt werden, die auf körperliche Unterschiede zwischen den Geschlechtern zurückzuführen sind: Erwägungsgrund 12 Unisex-Tarif-RL.

eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.<sup>47</sup> Diese Art der Benachteiligung nennen die Richtlinien eine „*unmittelbare*“ Diskriminierung. Sie setzt – was von Diskriminierungsverboten allgemein bekannt ist – einen Vergleich voraus, der nun aber auch hypothetisch sein kann.<sup>48</sup> Wer den Vorwurf der Diskriminierung erhebt, muss daher nicht eine konkrete Person benennen können, die besser behandelt worden ist als er; es genügt, dass er aufgrund eines personalen Merkmals schlechter behandelt wurde als jemand behandelt worden wäre, dem dieses Merkmal fehlt. Das kann zB in Betrieben tragend werden, in denen nur Angehörige einer bestimmten Ethnie beschäftigt sind: Werden sie nur aufgrund ihrer Ethnie schlecht entlohnt, wird sich keine besser bezahlte Vergleichsperson finden lassen; dennoch sind diese Arbeitnehmer/innen iSd Richtlinien diskriminiert worden. Das leuchtet auch ein, denn dass es eine konkret fassbare Vergleichsperson gibt, die besser behandelt wird, ist ja nur ein besonders anschaulicher, gleichsam der lebende Beweis für die Diskriminierung, nicht aber die Diskriminierung selbst – sie ist schlicht die Verletzung des Rechts, nicht aufgrund eines personalen Merkmals benachteiligt zu werden.<sup>49</sup> Fehlt es an einer solchen Benachteiligung, so liegt auch keine Diskriminierung vor; daher dürfen zB Dienstleistungen für Männer und Frauen auch zur getrennten Nutzung bereit gestellt werden, sofern dabei nicht Angehörige des einen Geschlechts besser gestellt werden als die des anderen.<sup>50</sup>

- An dem Recht, nicht aufgrund eines personalen Merkmals benachteiligt zu werden, setzt auch die *mittelbare* Diskriminierung an, die die Richtlinien einheitlich verbieten. Sie liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren die Träger eines verpönten Differenzierungsmerkmals in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles

<sup>47</sup> Art 2 Abs 2 lit a Antirassismus-RL; Art 2 Abs 2 lit a Rahmen-RL; Art 2 lit a Unisex-Tarif-RL, Art 2 Abs 1 lit a Gleichbehandlungs-RL. Eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts liegt auch vor, wenn eine Frau aufgrund von Schwangerschaft oder Mutterschaft schlechter gestellt wird (Art 4 Abs 1 lit a Unisex-Tarif-RL; Art 2 Abs 2 lit c Gleichbehandlungs-RL). Beispiele für geschlechtsspezifische Diskriminierungen in Systemen der betrieblichen Sicherheit nennt Art 9 Gleichbehandlungs-RL.

<sup>48</sup> Ex arg „erfahren würde“. Insoweit gehen die Antidiskriminierungs-RLen über das bis dahin gängige Verständnis von Diskriminierung hinaus, s *Rebhahn*, in *Rebhahn* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz GIBG und GBK-GAW-G (2005) § 3 Rz 7, § 5 Rz 3.

<sup>49</sup> Deshalb hängt auch die Gleichheitswidrigkeit einer generellen Norm nicht davon ab, ob es konkrete Anwendungsfälle gibt, in denen sich diese Gleichheitswidrigkeit auswirkt; maßgeblich ist, dass der Norm ein gleichheitswidriges Differenzierungsschema zugrundeliegt. Daher wäre etwa ein Gesetz, das Tamilen grundlos benachteiligt oder bevorzugt, auch dann gleichheitswidrig, wenn sich in dem Staat, in dem dieses Gesetz gilt, kein einziger Tamile aufhält.

<sup>50</sup> Erwägungsgrund 17 Unisex-Tarif-RL.

angemessen und erforderlich.<sup>51</sup> Auch hier genügt eine hypothetische Vergleichsperson;<sup>52</sup> dass die diskriminierte Person ihr gegenüber „in besonderer Weise“ benachteiligt werden kann, lässt sich insbesondere, aber nicht nur statistisch nachweisen.<sup>53</sup> Der geradezu klassische Fall einer mittelbaren Diskriminierung liegt vor, wenn ein Arbeitgeber, ohne dass dies durch objektive Gründe gerechtfertigt wäre, zwei gleichwertige Tätigkeiten unterschiedlich entlohnt, wobei die eine Tätigkeit typischerweise von Männern und die andere hauptsächlich von Frauen ausgeübt wird.<sup>54</sup>

- Als Annex zu den zwei genannten Formen der Diskriminierung verbieten die Richtlinien auch die *Anweisung* zur Diskriminierung: Sie „gilt“ als Diskriminierung,<sup>55</sup> egal, ob sie unmittelbar oder mittelbar erfolgt. Einer Diskriminierung gleichgestellt ist ferner die *Belästigung*, die keinen, nicht einmal einen hypothetischen Vergleich voraussetzt, aus gutem Grund: Die Belästigung des einen wird ja nicht besser, wenn auch ein anderer belästigt wird; sie ist ein Übel an sich<sup>56</sup> und wird in den Richtlinien auch so definiert, nämlich als unerwünschte Verhaltensweise, die im Zusammenhang mit einem verpönten Merkmal steht und bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.<sup>57</sup> Als Diskriminierung gilt ebenso die sexuelle Belästigung<sup>58</sup> und im Bereich Beschäftigung und Beruf schließlich auch jede *nachteilige Behandlung aufgrund der Zurückweisung oder Duldung* geschlechtsspezifischer oder sexueller Belästigungen.<sup>59</sup>

---

<sup>51</sup> Art 2 Abs 2 lit b Antirassismus-RL; Art 2 Abs 2 lit b Rahmen-RL; Art 2 lit b Unisex-Tarif-RL, Art 2 Abs 1 lit b Gleichbehandlungs-RL.

<sup>52</sup> Ex arg „benachteiligen können“.

<sup>53</sup> S *Rebhahn* (FN 13) Rz 21; *ders* (FN 48) § 5 Rz 24 ff, unter Hinweis auf die noch etwas enger gefassten Voraussetzungen einer mittelbaren Diskriminierung nach der Richtlinie 97/80/EG idF Richtlinie 98/52/EG (FN 10).

<sup>54</sup> EuGH 27.10.1993, Rs C-127/92, *Enderby*, Slg 1993 I-5535.

<sup>55</sup> Art 2 Abs 4 Antirassismus-RL; Art 2 Abs 4 Rahmen-RL; Art 4 Abs 4 Unisex-Tarif-RL; Art 2 Abs 2 lit b Gleichbehandlungs-RL.

<sup>56</sup> S schon *Jestaedt* (FN 27) 313 FN 65.

<sup>57</sup> Art 2 Abs 3 Antirassismus-RL; Art 2 Abs 3 Rahmen-RL; Art 2 lit c und Art 4 Abs 3 Unisex-Tarif-RL; Art 2 Abs 1 lit c und Art 2 Abs 2 lit a Gleichbehandlungs-RL.

<sup>58</sup> Das ist jede Form von unerwünschtem Verhalten sexueller Natur, das sich in verbaler, nichtverbaler oder physischer Form äußert und das bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird: Art 2 lit d und Art 4 Abs 3 Unisex-Tarif-RL; Art 2 Abs 1 lit d und Art 2 Abs 2 lit a Gleichbehandlungs-RL.

<sup>59</sup> Art 2 Abs 2 lit a Gleichbehandlungs-RL.

### c) Zulässige Benachteiligungen

Das Recht, nicht aufgrund eines personalen Merkmals benachteiligt zu werden, besteht allerdings nicht absolut. Die Richtlinien verbieten Benachteiligungen nur prima facie, lassen sie unter bestimmten Voraussetzungen aber auch zu,<sup>60</sup> solcherart erlaubte Ungleichbehandlungen sind dann nicht als Diskriminierung zu qualifizieren.<sup>61</sup>

Mittelbare Benachteiligungen sind, wie erwähnt, ganz allgemein schon dann zulässig, wenn sie durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich sind.<sup>62</sup>

Unmittelbare Benachteiligungen erlauben die Richtlinien hingegen nur unter engen begrenzten Voraussetzungen. Bei einer gewissen Vergrößerung lassen sich hier drei Fallgruppen unterscheiden: Erstens Differenzierungen, die den Träger eines personalen Merkmales als Individuum schützen wollen oder doch immerhin das Kollektiv, dem er aufgrund dieses Merkmals angehört. Eine zweite Gruppe von Benachteiligungen dient den Interessen des (potenziellen) Vertragspartners des Benachteiligten, also zB dem Arbeitgeber oder der Person, die Güter oder Dienstleistungen am Markt anbietet. Drittens ermächtigen die Richtlinien zu Benachteiligungen, die weder die Interessen des jeweils Begünstigten noch die seines Vertragspartners im Auge haben, sondern die primär überindividuellen, insbesondere öffentlichen Interessen dienen. Wie immer lassen sich freilich auch hier individuelle und überindividuelle Interessen nicht völlig scharf voneinander trennen; das gilt insbesondere für Rechtsverhältnisse, die ein Bürger nicht mit einem anderen Privaten, sondern mit dem Staat eingeht: Tritt der Staat etwa als Arbeitgeber auf, so sind seine Interessen in aller Regel (und sollten es auch sein) ident mit den Interessen der Allgemeinheit. In solchen Konstellationen fällt der zweite Ausnahmetyp also mit dem dritten weitgehend zusammen.

- Zur ersten Gruppe von Ausnahmen gehören zunächst *positive Maßnahmen*, die zwar nach einem verpönten Merkmal differenzieren, deren Ziel es aber gerade ist, Benachteiligungen zu verhindern oder sie auszugleichen, wie das

<sup>60</sup> „Technisch“ wird das unterschiedlich gelöst; zum Teil ermächtigen die RLen die Mitgliedstaaten, die jeweilige RL in bestimmten Belangen für unanwendbar zu erklären; zum Teil erklären sie, dass bestimmte nationale Maßnahmen durch die RLen unberührt bleiben; zum Teil formulieren sie eine Ausnahme als negatives Begriffsmerkmal der Diskriminierung; und zum Teil ermächtigen die RLen die Mitgliedstaaten, bestimmte Benachteiligungen für zulässig zu erklären. Alle diese Wege führen aber letztlich zum selben Ergebnis: Sie erlauben, dass jemand aufgrund eines an sich verpönten Merkmals benachteiligt wird.

<sup>61</sup> S in diesem Sinn ganz deutlich zB den 25. Erwägungsgrund der Rahmen-RL: „Es ist daher unbedingt zu unterscheiden zwischen einer Ungleichbehandlung, die insbesondere durch rechtmäßige Ziele im Bereich der Beschäftigungspolitik, des Arbeitsmarktes und der beruflichen Bildung gerechtfertigt ist, und einer Diskriminierung, die zu verboten ist.“

<sup>62</sup> S oben FN 51.

etwa bei Quotenregelungen der Fall ist.<sup>63</sup> Sie sind ebenso erlaubt<sup>64</sup> wie spezifische Maßnahmen, die dem Schutz der Gesundheit und der Sicherheit behinderter Menschen am Arbeitsplatz dienen oder die Eingliederung dieser Personengruppe in die Arbeitswelt fördern.<sup>65</sup> Gestattet sind schließlich auch Vorschriften, die zum Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft, erlassen werden.<sup>66</sup>

Im Interesse der Arbeitgeber dürfen die Mitgliedstaaten ferner Ungleichbehandlungen aufgrund einer mit einem personalen Merkmal zusammenhängenden Eigenschaft erlauben, sofern diese eine *wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung* ist und es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.<sup>67</sup> Dementsprechend können etwa Streitkräfte, Polizei, Haftanstalten oder Notfalldienste die Beschäftigung nicht voll geeigneter Personen ablehnen,<sup>68</sup> ja für Streitkräfte dürfen die Mitgliedstaaten die Bestimmungen der Rahmen-Richtlinie betreffend Alter und Behinderung sogar überhaupt für unanwendbar erklären.<sup>69</sup> Aber auch für andere Tätigkeiten kann ein an sich verpöntes Differenzierungsmerkmal eine maßgebliche Voraussetzung sein; dabei kommt nicht nur die Behinderung in Betracht, auf die die Erwägungsgründe ausdrücklich Bezug nehmen,<sup>70</sup> sondern auch jedes andere Merkmal: So ist es etwa unbedenklich, wenn für die Vorführung von Herrenmode nur Männer eingesetzt werden,<sup>71</sup> ebenso wird man für einen Film, der sich mit dem Problem der Rassendiskriminierung auseinandersetzt, Schauspieler auch nach ihrer ethnischen Zugehörigkeit auswählen dürfen.<sup>72</sup>

Für Kirchen und Tendenzunternehmen<sup>73</sup> legt die Rahmen-Richtlinie die Latte noch etwas niedriger: Ihnen kann erlaubt werden, in Bezug auf berufliche Tätigkeiten nach *Religion und Weltanschauung* zu unterscheiden, wenn die Religion oder die Weltanschauung angesichts des Ethos der Organisation eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung

---

<sup>63</sup> S zu diesen zB *Hopf/Mayr/Eichinger* (FN 9) § 5 Rz 41 ff, mit Beispielen aus der Judikatur des EuGH und wN.

<sup>64</sup> Art 5 Antirassismus-RL; Art 7 Abs 1 Rahmen-RL; Art 6 Unisex-Tarif-RL; Art 3 Gleichbehandlungs-RL.

<sup>65</sup> Art 7 Abs 2 Rahmen-RL.

<sup>66</sup> Art 28 Gleichbehandlungs-RL.

<sup>67</sup> Art 4 Antirassismus-RL; Art 4 Abs 1 Rahmen-RL; Art 14 Abs 2 Gleichbehandlungs-RL.

<sup>68</sup> S den Erwägungsgrund 18 Rahmen-RL, wonach diesen Einrichtungen die Beschäftigung eines nicht voll Befähigten nicht einmal zur Pflicht gemacht werden darf.

<sup>69</sup> Art 3 Abs 4 Rahmen-RL.

<sup>70</sup> Erwägungsgrund 17 Rahmen-RL.

<sup>71</sup> Zahlreiche weitere Beispiele für zulässige, aber auch unzulässige Differenzierungen aufgrund des Geschlechts bei *Hopf/Mayr/Eichinger* (FN 9) § 5 Rz 49 ff.

<sup>72</sup> S auch die Erl zu RV 307 BgNR 22. GP 16.

<sup>73</sup> Die Richtlinie spricht von „anderen öffentlichen oder privaten Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht“.

darstellt.<sup>74</sup> Darüber hinaus dürfen solche Einrichtungen von ihren Arbeitnehmern verlangen, dass sie sich loyal und aufrichtig im Sinne des Ethos der Organisation verhalten.<sup>75</sup> Dementsprechend wird etwa eine katholisch geführte Krankenanstalt von ihrem Seelsorger erwarten dürfen, dass er ihren Glauben teilt; und sie wird auch die bei ihr beschäftigten Ärzte verpflichten können, innerhalb ihres Dienstverhältnisses bestimmte, aus der Sicht der Anstaltsleitung ethisch bedenkliche Forschungen zu unterlassen; als Gärtner wird eine solche Einrichtung aber – wie jeder andere Arbeitgeber – auch einen Atheisten akzeptieren müssen.

Eine Besonderheit in die Gegenrichtung statuiert die Rahmen-Richtlinie für Menschen mit *Behinderung*. Hier sind Ungleichbehandlungen nicht nur erlaubt, sondern sogar geboten: Um behinderten Menschen den Zugang zu einer Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen, muss der Arbeitgeber geeignete und im konkreten Fall erforderliche Maßnahmen ergreifen.<sup>76</sup> Zugleich wird aber auch auf seine Interessen Bedacht genommen: Er muss zum einen keine Maßnahmen setzen, die ihn unverhältnismäßig schwer belasten,<sup>77</sup> und zum Zweiten sind mittelbare Benachteiligungen behinderter Menschen nicht als Diskriminierung zu qualifizieren, soweit der Arbeitgeber durch das nationale Recht verpflichtet ist, Maßnahmen zu ergreifen, um die sich durch Vorschriften, Kriterien oder Verfahren mittelbar ergebenden Nachteile zu beseitigen.<sup>78</sup>

Auch *jenseits des Arbeitslebens* sind an sich verpönte Benachteiligungen punktuell erlaubt: So dürfen Güter und Dienstleistungen ausschließlich oder vorwiegend für die Angehörigen eines *Geschlechts* bereitgestellt werden, wenn das durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich sind.<sup>79</sup> Das wäre zB bei der

<sup>74</sup> Demgegenüber wird bei der allgemeinen berufsspezifischen Ausnahme verlangt, dass das Merkmal eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung ist und dass es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt, s schon oben FN 67.

<sup>75</sup> Art 4 Abs 2 Rahmen-RL.

<sup>76</sup> Art 5 Rahmen-RL. Als eine solche Maßnahme kommt etwa eine entsprechende Gestaltung der Räumlichkeiten, eine Anpassung des Arbeitsgeräts, des Arbeitsrhythmus, der Aufgabenverteilung oder des Angebots an Ausbildungs- oder Einarbeitungsmaßnahmen in Betracht, s die Beispiele im Erwägungsgrund 20 der Rahmen-RL.

<sup>77</sup> Art 5 Rahmen-RL. Ob solche Maßnahmen verhältnismäßig sind, richtet sich vor allem nach dem finanziellen und sonstigen Aufwand, nach der Größe, den finanziellen Ressourcen und dem Gesamtumsatz des Unternehmens, dann aber auch nach der Verfügbarkeit öffentlicher Unterstützungsmöglichkeiten (21. Erwägungsgrund der Rahmen-RL). Belastungen, die durch staatliche Maßnahmen der Behindertenpolitik kompensiert werden, sind keinesfalls unverhältnismäßig; Art 5 letzter Satz Rahmen-RL.

<sup>78</sup> Art 2 Abs 2 lit b ii) Rahmen-RL.

<sup>79</sup> Art 4 Abs 5 Unisex-Tarif-RL.

Einrichtung eines Frauenhauses der Fall, das dem Schutz der Opfer vor sexueller Gewalt dient,<sup>80</sup> kommt aber auch in viel harmloseren Zusammenhängen in Betracht, etwa bei getrennten Saunas oder Schwimmbädern.<sup>81</sup> Ein legitimes Ziel kann ferner der Schutz der Privatsphäre und des sittlichen Empfindens sein, wenn jemand in der Wohnstätte, in der er selbst lebt, Wohnraum vermietet. Die Vereinsfreiheit erlaubt grundsätzlich auch, dass die Mitgliedschaft in privaten Klubs auf ein Geschlecht beschränkt wird, und es kann auch gerechtfertigt sein, zu Sportveranstaltungen nur Angehörige eines Geschlechts zuzulassen.<sup>82</sup> Im Versicherungswesen dürfen die Mitgliedstaaten schließlich geschlechtsspezifische Unterschiede bei Prämien und Leistungen zulassen, wenn die Berücksichtigung des Geschlechts bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist.<sup>83</sup> In der *Antirassismus*-Richtlinie findet sich zwar kein gleichartiger Ausnahmetatbestand; die Erwägungsgründe stellen aber immerhin fest, es sei „wichtig, dass im Zusammenhang mit dem Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen der Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens sowie der in diesem Kontext getätigten Geschäfte gewahrt bleibt.“<sup>84</sup>

- Eine weitreichende Ausnahme zur Erreichung *öffentlicher Interessen* statuiert zunächst Art 2 Abs 5 der Rahmen-Richtlinie: Danach bleiben im einzelstaatlichen Recht vorgesehene Maßnahmen unberührt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit, der Verteidigung der Ordnung und der Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit und zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind: Unter diesen Voraussetzungen sind im Bereich Beschäftigung und Beruf auch Benachteiligungen aufgrund von Religion, Weltanschauung, Behinderung, sexueller Orientierung oder aufgrund des Alters erlaubt.

---

<sup>80</sup> Erwägungsgrund 16 Unisex-Tarif-RL.

<sup>81</sup> S zB *Holoubek* (FN 16) Rz 17.

<sup>82</sup> S zu den genannten Beispielen Erwägungsgrund 16 Unisex-Tarif-RL. Geteilter Meinung kann man aber schon darüber sein, ob es auch zulässig ist, bei Eintrittspreisen zu Sportveranstaltungen nach dem Geschlecht zu differenzieren, Frauen etwa zu einem ermäßigten Preis Eintritt zu Fußballspielen zu gewähren, s dazu das Erkenntnis VfGH 11.12.2009, A 1/09. In dem zugrundeliegenden Fall erhob der Besucher zweier Fußballspiele Staatshaftungsklage nach Art 137 B-VG gegen die Republik; er brachte vor, er habe nur deshalb einen höheren Eintrittspreis bezahlen müssen als Frauen, weil Österreich die Rahmen-RL nicht rechtzeitig umgesetzt habe. Sein darauf gestütztes Begehren, ihm die Preisdifferenz (20 €) zu den für Frauen verbilligten Karten zu ersetzen, wies der VfGH jedoch ab, weil der Kläger nicht nachgewiesen hatte, dass er bei rechtzeitiger Umsetzung der Unisex-Tarif-RL denselben niedrigen Preis wie Frauen hätte bezahlen müssen; ob die Vergünstigung der Eintrittspreise für Frauen dem Grunde nach gerechtfertigt war, konnte deshalb offen bleiben.

<sup>83</sup> Art 5 Abs 2 Unisex-Tarif-RL; s auch Art 9 Abs 1 lit h Gleichbehandlungs-RL.

<sup>84</sup> Erwägungsgrund 4 Antirassismus-RL.

Eine weitere Ermächtigung, Ungleichbehandlungen zulassen, besteht schließlich für das *Alter*. Die dafür erforderlichen Voraussetzungen umschreibt die Rahmen-Richtlinie allerdings eher diffus und zum Teil wohl auch redundant: So wird von altersspezifischen Ungleichbehandlungen zunächst verlangt, dass sie „objektiv und angemessen“ sind; ferner, dass sie durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt und schließlich, dass die Mittel zur Erreichung dieses Zieles (neuerlich) angemessen und überdies erforderlich sind. Als Ziele kommen, wie die Richtlinie beispielhaft ausführt, rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung in Betracht.<sup>85</sup> Für betriebliche Systeme der sozialen Sicherheit ermächtigt die Richtlinie die Mitgliedstaaten schließlich, Altersgrenzen für die Mitgliedschaft oder den Leistungsbezug festzusetzen und dabei weiter zwischen verschiedenen Kategorien von Beschäftigten zu differenzieren; zugelassen werden darf ferner, dass Alterskriterien für versicherungsmathematische Berechnungen verwendet werden, solange das nicht zu einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts führt.<sup>86</sup>

Wie diese lange Liste an Rechtfertigungsgründen zeigt, gibt es selbst bei der Diskriminierung – dem Kerngeschäft der Gleichheit – beträchtliche Binnenunterschiede: Der sachliche Geltungsbereich der Diskriminierungsverbote reicht nicht nur merkmalspezifisch unterschiedlich weit,<sup>87</sup> auch die Ermächtigung, ausnahmsweise doch zu differenzieren, ist ganz verschieden ausgestaltet: Nach manchen Merkmalen darf praktisch nie differenziert werden (Rasse, Ethnie), nach anderen höchst selten (sexuelle Orientierung), nach wieder anderen gelegentlich (Geschlecht, Religion und Weltanschauung) oder durchaus häufig (Alter), und nach einem Merkmal (Behinderung) muss sogar differenziert werden. Schließlich sind auch die Gründe, die eine Differenzierung jeweils rechtfertigen, auf die Merkmale sehr verschieden verteilt: Die Träger mancher Merkmale werden gezielt geschützt (Behinderung, Geschlecht), von Trägern anderer Merkmale werden weitreichende Opfer für die

---

<sup>85</sup> Art 6 Abs 1 Rahmen-RL. Um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Arbeitnehmern oder Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen, kann etwa, wie die Richtlinie exemplarisch hervorhebt, die Festsetzung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung oder zur beruflichen Bildung, für die Beschäftigung selbst einschließlich der Entlassung und Entlohnung zulässig sein (Art 6 Abs 1 lit a). Als denkbare Maßnahmen nennt die Richtlinie ferner die Festlegung von Mindestanforderungen an das Lebensalter, Dienstalter oder die Berufserfahrung für den Zugang zur Beschäftigung oder für bestimmte mit der Beschäftigung verbundene Vorteile (Art 6 Abs 1 lit b); aber auch umgekehrt die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung aufgrund der spezifischen Ausbildungsanforderungen eines Arbeitsplatzes oder der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor Eintritt in den Ruhestand (Art 6 Abs 1 lit c).

<sup>86</sup> Art 6 Abs 2 Rahmen-RL.

<sup>87</sup> S schon oben I.1.d. und I.2.a.

Allgemeinheit erwartet (Alter), im Übrigen wird versucht, im Privatrechtsverkehr die Interessen beider Vertragspartner angemessen zu berücksichtigen. Die Richtlinien statuieren folglich unterschiedlich starke Rechte: Maximalen Schutz genießt das Recht, nicht aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft benachteiligt zu werden; es hat den weitesten sachlichen Anwendungsbereich und duldet kaum Beschränkungen. Am untersten Ende der Skala rangiert das Recht, nicht aufgrund seines Alters benachteiligt zu werden; seine sachliche Reichweite ist eng, und von allen in den Richtlinien gewährten Rechten kann keines so leicht beschränkt werden wie dieses.

#### **d) Rechtsschutz**

Diese bereichs- und merkmalspezifisch einmal enger, einmal weiter gezogenen Rechte sind – das ist ein weiterer Baustein des Antidiskriminierungsrechts – kein leeres Versprechen: Die Mitgliedstaaten müssen Diskriminierungen zunächst mit Sanktionen bedrohen, die wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sind.<sup>88</sup> Sie haben weiters sicherzustellen, dass Personen, die sich aufgrund einer Diskriminierung in ihren Rechten verletzt erachten, ihre Ansprüche aus den Richtlinien auf dem Gerichts- oder Verwaltungsweg und, wenn dies den Mitgliedstaaten angezeigt erscheint, auch in einem Schlichtungsverfahren geltend machen können.<sup>89</sup>

Dabei braucht jenseits eines Strafverfahrens eine Diskriminierung nicht bewiesen zu werden; es genügt, dass der Kläger Tatsachen glaubhaft macht, die eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung vermuten lassen: Dann obliegt es dem Beklagten, sich frei zu beweisen.<sup>90</sup> Flankierend ist der Kläger vor Benachteiligungen zu schützen, die als Reaktion auf die Einleitung eines solchen Verfahrens einsetzen.<sup>91</sup> Er soll in diesen Verfahren weiters durch Interessenvertretungen verstärkt werden, die sich in seinem Namen oder zu seiner Un-

---

<sup>88</sup> Diese Sanktionen können auch Schadenersatzleistungen an die Opfer umfassen, müssen das aber nicht: Art 15 Antirassismus-RL; Art 17 Rahmen-RL; Art 14 Unisex-Tarif-RL; Art 25 Gleichbehandlungs-RL. Nach Art 8 Abs 2 Unisex-Tarif-RL und Art 18 Gleichbehandlungs-RL müssen die Mitgliedstaaten allerdings sicherstellen, dass der Schaden, der jemandem aufgrund einer geschlechtsbezogenen Diskriminierung entsteht, tatsächlich und wirksam ausgeglichen oder ersetzt wird; dies muss auf eine abschreckende und dem erlittenen Schaden angemessene Weise geschehen.

<sup>89</sup> Art 7 Abs 1 Antirassismus-RL; Art 9 Abs 1 Rahmen-RL; Art 8 Unisex-Tarif-RL; Art 17 Abs 1 Gleichbehandlungs-RL.

<sup>90</sup> Art 8 Abs 1–4 Antirassismus-RL; Art 10 Abs 1–4 Rahmen-RL; Art 9 Abs 1–4 Unisex-Tarif-RL; Art 19 Abs 1–2 4 und 5 Gleichbehandlungs-RL. Von einer solchen Beweislastumkehr können die Mitgliedstaaten allerdings in Verfahren absehen, in denen die Ermittlung des Sachverhaltes der über die Diskriminierung erkennenden Behörde obliegt: Art 8 Abs 5 Antirassismus-RL; Art 10 Abs 5 Rahmen-RL; Art 9 Abs 5 Unisex-Tarif-RL; Art 19 Abs 3 Gleichbehandlungs-RL.

<sup>91</sup> Art 9 Antirassismus-RL; Art 11 Rahmen-RL; Art 10 Unisex-Tarif-RL; Art 24 Gleichbehandlungs-RL.

terstützung an dem Verfahren beteiligen können.<sup>92</sup> Für Opfer rassistischer und geschlechtsspezifischer Diskriminierung gebieten die Richtlinien eine noch weitergehende Unterstützung durch eigens einzurichtende Stellen, die mit der Gleichbehandlung befasst sind.<sup>93</sup>

### e) Gesellschaftlicher Dialog

Zu diesem Individualrechtsschutz tritt als letzter Baustein des Antidiskriminierungsrechts die Pflicht der Mitgliedstaaten, den sozialen Dialog zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern zu fördern, um den Gleichbehandlungsgrundsatz durch die Überwachung der betrieblichen Tarifverträge, Verhaltenskodizes, Forschungsarbeiten oder durch einen Austausch von Erfahrungen und bewährten Lösungen voranzubringen.<sup>94</sup> Die Mitgliedstaaten sind außerdem verpflichtet, den Dialog mit geeigneten NGOs zu fördern, die ein rechtmäßiges Interesse daran haben, sich an der Bekämpfung von Diskriminierungen zu beteiligen.<sup>95</sup>

## II. Nationales Antidiskriminierungsrecht: ein Labyrinth

Die Architektur des Antidiskriminierungsrechts besteht also aus verschiedenen starken Rechten, nicht aufgrund eines personalen Merkmals benachteiligt zu werden. Diese Rechte gelten nicht nur dem Staat gegenüber, sondern auch im Privatrechtsverkehr; sie sind abgesichert durch einen relativ scharfen Rechtsschutz und weich eingebettet in einen gesellschaftlichen Dialog. Soweit die Vorgaben der Richtlinien – wie sieht nun ihre Umsetzung in das nationale Recht aus? Um das Ergebnis vorweg zu nehmen: verwirrend.

### 1. Arbeitswelt

Im Bereich von Beschäftigung und Beruf, dem Kerngebiet des Antidiskriminierungsrechts, verläuft im österreichischen Recht zunächst schon kompetenzrechtlich eine Trennlinie zwischen Arbeitsrecht und öffentlichem Dienst.<sup>96</sup>

<sup>92</sup> Art 7 Abs 2 Antirassismus-RL; Art 9 Abs 2 Rahmen-RL; Art 8 Abs 3 Unisex-Tarif-RL; Art 17 Abs 2 Gleichbehandlungs-RL.

<sup>93</sup> Art 13 Antirassismus-RL; Art 12 Unisex-Tarif-RL; Art 20 Gleichbehandlungs-RL.

<sup>94</sup> Art 11 Abs 1 Antirassismus-RL; Art 13 Abs 1 Rahmen-RL; Art 21 Abs 1 Gleichbehandlungs-RL.

<sup>95</sup> Art 12 Antirassismus-RL; Art 14 Rahmen-RL; Art 11 Unisex-Tarif-RL; Art 22 Gleichbehandlungs-RL.

<sup>96</sup> S für den *öffentlichen Dienst* Art 10 Abs 1 Z 16 B-VG, wonach das Dienstrecht der Bundesbediensteten in Gesetzgebung und Vollziehung Bundessache ist, und Art 21 Abs 1 B-VG, der das Dienstrecht einschließlich des Dienstvertragsrechts für Bedienstete der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände in Gesetzgebung und Vollziehung den Ländern zuweist, dies aber nur, soweit nicht in Art 21 Abs 2 (für Bedienstete, die in Betrieben tätig sind) sowie Art 14 Abs 2, Abs 3 lit d und Abs 5, Art 14a Abs 2 lit e und Abs 3 lit b B-VG (für bestimmte Lehrer, Kindergärtner und Erzieher) anderes bestimmt ist. Das *Arbeitsrecht* ist nach Art 10 Abs 1 Z 11 B-VG Bundessache in Gesetzgebung und Vollziehung, ausge-

## a) Arbeitsrecht

Schutz vor Diskriminierungen in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen gewährt zunächst das Gleichbehandlungsgesetz (GlBG).<sup>97</sup> An sich wäre es nahe liegend, hier zunächst allgemeine Bestimmungen zu treffen, die für alle Merkmale gleichermaßen gelten, und dann in einem weiteren Abschnitt die bereichs- und merkmalspezifischen Sondervorschriften. Die Regierungsvorlage sah dies in Ansätzen auch vor;<sup>98</sup> der Gleichbehandlungsausschuss hielt es aber für angezeigt, die Gleichbehandlung in der Arbeitswelt für *Männer und Frauen* zur Gänze in einem eigenen, I. Teil zu regeln und davon abgesondert in einem II. Teil das Verbot von Diskriminierungen aufgrund der *übrigen* Merkmale mit Ausnahme der Behinderung.<sup>99</sup> Diese beiden Teile enthalten nun je 13 praktisch wortgleiche allgemeine Bestimmungen, beginnend beim Geltungsbereich,<sup>100</sup> weiter über das Gleich-

---

nommen für land- und forstwirtschaftliche Arbeiter und Angestellte: Für sie ist das Arbeiterrecht sowie der Arbeiter- und Angestelltenschutz nach Art 12 Abs 1 Z 6 B-VG Bundes-sache in der Grundsatzgesetzgebung und Landessache in der Ausführungsgesetzgebung und Vollziehung. Davon bestehen wiederum Gegenausnahmen zugunsten einer Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenz des Bundes nach dem Bundesverfassungsgesetz vom 2. Juni 1948, betreffend die Zuständigkeit des Bundes auf dem Gebiet des Arbeiter- und Angestelltenschutzes und der Berufsvertretung, BGBl 1948/139, nach § 13 Abs 4 Bundesforstgesetz 1996, BGBl 1996/793 idF BGBl I 2004/136, und nach Art I Behinderten-einstellungsgesetz, BGBl 1970/22 idF BGBl I 2010/58.

<sup>97</sup> Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über die Gleichbehandlung (Gleichbehandlungsgesetz – GlBG) erlassen und das Bundesgesetz über die Gleichbehandlung von Frau und Mann im Arbeitsleben (Gleichbehandlungsgesetz) geändert werden, BGBl I 2004/66 idF BGBl I 2008/98 (im Folgenden: GlBG). Der Langtitel dieses Gesetzes verweist auf einen grundlegenden Umbau des nationalen Antidiskriminierungsrechts im Jahr 2004: Das bis dahin auf geschlechtsspezifische Diskriminierungen beschränkte Gleichbehandlungsgesetz 1979, BGBl 1979/108 idF BGBl I 2001/129, wurde im Wesentlichen auf seine institutionellen und verfahrensrechtlichen Bestimmungen reduziert, inhaltlich geändert und sodann in „Gesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft“, derzeit idF BGBl I 2008/98 (im Folgenden: GBK/GAW-G) umbenannt. Die materiellrechtlichen Vorschriften des Gleichbehandlungsgesetzes 1979 wurden in das (neu erlassene) Gleichbehandlungsgesetz übernommen und in Umsetzung der Antidiskriminierungs-RLen angepasst und erweitert.

<sup>98</sup> Vgl die RV 307 BlgNR 22. GP, die das GlBG in zwei Teile gliederte, Teil 1 betraf die Gleichbehandlung in der Arbeitswelt, Teil 2 die Gleichbehandlung in sonstigen Bereichen. Der 1. Teil zerfiel wiederum in drei Abschnitte: Der erste betraf Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, der zweite Diskriminierungen aufgrund der übrigen in den Antidiskriminierungs-RLen vorgesehenen Merkmalen ausgenommen die Behinderung, der dritte Abschnitt enthielt schließlich gemeinsame Vorschriften für den ersten und den zweiten Abschnitt.

<sup>99</sup> AB 499 BlgNR 22. GP. Die in der Rahmen-RL verwendete Formulierung „Rasse und ethnische Herkunft“ wurde im GlBG durch „ethnische Zugehörigkeit“ ersetzt, um den im deutschen Sprachgebrauch verpönten Begriff „Rasse“ zu vermeiden; eine inhaltliche Abweichung von der RL ist damit nicht verbunden: Erl zu AB 499 BlgNR 22. GP 3.

<sup>100</sup> § 1 (Geschlecht) und § 16 (übrige Merkmale).

behandlungsgebot in Arbeitsverhältnissen<sup>101</sup> und in der sonstigen Arbeitswelt,<sup>102</sup> die richtliniengetreue Definition der Diskriminierung<sup>103</sup> und der Belästigung,<sup>104</sup> die Zulassung positiver Maßnahmen,<sup>105</sup> das Gebot diskriminierungsfreier Stellenausschreibungen<sup>106</sup> und die bei seiner Übertretung angedrohten Strafen,<sup>107</sup> Entlohnungskriterien,<sup>108</sup> Rechtsfolgen einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes,<sup>109</sup> ein Benachteiligungsverbot<sup>110</sup> bis hin zu Förderungsmaßnahmen<sup>111</sup> und Fristen für die Geltendmachung von Ansprüchen.<sup>112</sup> Diese Duplizierung hat, wie aus dem Ausschussbericht hervorgeht, rein symbolische Gründe: Die abgesonderte Regelung geschlechtsspezifischer Diskriminierungen soll „die besondere Bedeutung der Gleichstellung von Frauen und Männern“ hervorheben.<sup>113</sup> In der Sache erschöpft sich das Besondere dann allerdings in zwei Normen, zunächst in § 2, der die Gleichstellung von Frauen und Männern zum Ziel des I. Teiles erklärt, während eine solche Zielbestimmung im II. Teil (ohne spür-

<sup>101</sup> § 3 (Geschlecht) und § 17 Abs 1 (übrige Merkmale); § 17 Abs 2 stellt klar, dass das Gleichbehandlungsgebot die Vorschriften über Einreise und Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen und Staatenlosen unberührt lässt und auch sonst nicht zur Gleichbehandlung dieses Personenkreises mit EWR-Bürgern zwingt.

<sup>102</sup> § 4 (Geschlecht) und § 18 (übrige Merkmale).

<sup>103</sup> § 5 (Geschlecht) und § 19 (übrige Merkmale).

<sup>104</sup> Vgl § 7 Abs 1, Abs 2 Z 1 und Abs 3 (Geschlecht) einerseits und § 21 (übrige Merkmale) andererseits, die geringfügig und wohl auch nur sprachlich voneinander abweichen. § 7 Abs 2 Z 2 enthält eine Spezialvorschrift zur Umsetzung des Art 2 Abs 2 lit a Gleichbehandlungs-RL (FN 59).

<sup>105</sup> § 8 (Geschlecht) und § 22 (übrige Merkmale). Für geschlechtsspezifische Maßnahmen (und nur für sie) sieht § 8 letzter Satz überdies vor, dass der Bund für besondere Aufwendungen, die Arbeitgeber bei der Durchführung solcher Maßnahmen entstehen, Förderungen gewähren kann.

<sup>106</sup> Vgl § 9 (Geschlecht) einerseits und § 23 (übrige Merkmale) andererseits, die nur geringfügig voneinander abweichen.

<sup>107</sup> § 10 (Geschlecht) und § 24 (übrige Merkmale).

<sup>108</sup> § 11 (Geschlecht) und § 25 (übrige Merkmale).

<sup>109</sup> § 12 (Geschlecht) und § 26 (übrige Merkmale); Abweichungen bestehen nur in Abs 12: Darin sehen zunächst beide Vorschriften vor, dass der Kläger bzw Beschwerdeführer einen Diskriminierungstatbestand nur glaubhaft machen muss. Nach beiden Vorschriften hat der Beklagte dann zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder dass ein Rechtfertigungsgrund iSd § 5 Abs 2 bzw § 19 Abs 2 oder § 20 vorliegt. Darüber hinaus lässt § 12 Abs 12 als Freibeweis auch den Nachweis zu, dass das Geschlecht eine „unverzichtbare“ Voraussetzung für die ausübende Tätigkeit ist. Dieser Tatbestand muss in § 12 Abs 12 allerdings nur deshalb gesondert angeführt werden, weil er – systemwidrig – nicht schon zuvor nach der Definition der Diskriminierung als Rechtfertigungsgrund expliziert worden ist, s noch unten nach FN 116.

<sup>110</sup> § 13 (Geschlecht) und § 27 (übrige Merkmale).

<sup>111</sup> § 14 (Geschlecht) und § 28 (übrige Merkmale).

<sup>112</sup> § 15 (Geschlecht) und § 29 (übrige Merkmale).

<sup>113</sup> Erl zu 499 AB BlgNR 22 GP 3. Zu Recht kritisch *Rebhahn* (FN 48) Einleitung Rz 18: „Ein überzeugender Grund für die Verdoppelung ist nicht zu sehen“.

bare Konsequenzen<sup>114</sup>) fehlt; ferner in § 20, der nur für den II. Teil festlegt, unter welchen Voraussetzungen eine Benachteiligung keine Diskriminierung ist.<sup>115</sup> Dass eine vergleichbare Bestimmung im I. Teil nicht vorkommt, erweckt zunächst den Eindruck, das Gebot der Gleichbehandlung von Männern und Frauen gelte ausnahmslos, was durch die Gleichbehandlungs-Richtlinie allerdings nicht vorgegeben ist: Die dort vorgesehene Erlaubnis berufsnotwendiger geschlechtsspezifischer Benachteiligungen<sup>116</sup> findet sich bei näherem Hinsehen dann auch im GIBG, nur an systematisch unpassender Stelle, nämlich bei den Beweislastregeln.<sup>117</sup>

Noch stärker als bei geschlechtsspezifischen Diskriminierungen war das Bedürfnis nach einer gesonderten Regelung beim Diskriminierungsschutz für Menschen mit *Behinderungen*: Er ist sogar in einem eigenen Gesetz geregelt, dem Behinderten-Einstellungsgesetz (BEinstG).<sup>118</sup> Die Vorschriften dieses Ge-

---

<sup>114</sup> Die Bedeutung des § 2 GIBG ist schon für sich genommen unklar: Denn die dort angesprochene „Gleichstellung“ bedeutet ja mehr als bloße Gleichbehandlung; die im I. Teil statuierten Vorschriften dienen dann aber – von der Erlaubnis positiver Maßnahmen in § 8 GIBG abgesehen – allesamt der Gleichbehandlung, s schon *Rebhahn* (FN 48) § 2 Rz 29 f, der die Bedeutung des § 2 GIBG nur darin sieht, „festzuhalten, dass auch die Bestimmungen zum Gleichbehandlungsgebot einen – wichtigen – Beitrag zur Gleichstellung von Frauen und Männern darstellen.“ § 2 GIBG hat dann freilich – wie schon die Trennung des I. und des II. Teiles – nur symbolische Funktion. In diesem Sinn meinen wohl auch *Hopf/Mayr/Eichinger* (FN 9) § 2 GIBG Rz 11, das Fehlen einer gleichartigen Zielbestimmung im II. Teil besage nicht, dass die Gleichstellung dort keine Bedeutung hätte; schließlich lasse § 22 GIBG für sonstige Merkmale ebenso wie § 8 GIBG für das Geschlecht positive Maßnahmen zu. Ein feiner Unterschied besteht hier allenfalls in § 8 letzter Satz GIBG, nach dem der Bund für besondere Aufwendungen, die Arbeitgebern bei der Durchführung solcher Maßnahmen entstehen, Förderungen gewähren kann. Diese Ermächtigung hat zwar kein Korrelat in § 22 GIBG; dass sie bisher in der Praxis besondere Wirkungen entfaltet hätte, ist allerdings auch nicht erkennbar, s neuerlich *Hopf/Mayr/Eichinger* (FN 9) § 8 GIBG Rz 24.

<sup>115</sup> Das ist – wie auch in den RLen vorgesehen – der Fall, wenn ein Merkmal eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt und es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt (Abs 1); ferner wenn die in der Rahmen-RL statuierten merkmalspezifischen Rechtfertigungsgründe für Benachteiligungen aufgrund der Religion und Weltanschauung (Abs 2) und des Alters (Abs 3–5) vorliegen.

<sup>116</sup> S oben FN 67.

<sup>117</sup> Nach § 12 Abs 12 GIBG kann man sich vom Vorwurf einer Diskriminierung durch den Nachweis befreien, dass das Geschlecht eine unverzichtbare Voraussetzung für die ausübende Tätigkeit ist, s schon FN 109. Der auf diese Weise statuierte Rechtfertigungsgrund für geschlechtsspezifische Differenzierungen ist allerdings wegen des Erfordernisses der „Unverzichtbarkeit“ wohl etwas enger als der korrespondierende Rechtfertigungsgrund für sonstige Differenzierungsmerkmale: Nach § 20 Abs 1 genügt nämlich, dass ein solches Merkmal eine „wesentliche und entscheidende“ berufliche Voraussetzung ist und dass es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt; s auch *Hopf/Mayr/Eichinger* (FN 9) § 20 GIBG Rz 3.

<sup>118</sup> §§ 7a–7q Behinderteneinstellungsgesetz, BGBl 1970/22 idF BGBl I 2010/58 (im Folgenden: BEinstG).

setzes entsprechen zum Teil jenen des GIBG, gehen zum Teil aber auch darüber hinaus, weil das Verbot von Diskriminierungen aufgrund der Behinderung nach der Rahmen-Richtlinie, wie erwähnt, in bestimmtem Umfang auch eine Begünstigung behinderter Menschen gebietet.<sup>119</sup>

Für das Arbeitsleben in der *Land- und Forstwirtschaft* ist der Bund nur zur Grundsatzgesetzgebung kompetent;<sup>120</sup> er nimmt diese Zuständigkeit im GIBG und im BEinstG in Anspruch. Im GIBG trifft ein eigener, IV. Teil „Grundsätze“ für Arbeitsverhältnisse land- und forstwirtschaftlicher Arbeiter/innen iSd Landarbeitsgesetzes,<sup>121</sup> dies allerdings im Wesentlichen deckungsgleich mit den beiden ersten Teilen des GIBG; geschlechtsspezifische und sonstige Diskriminierungen werden hier zum Teil gemeinsam, zum Teil aber auch wieder getrennt geregelt, was zu einer Serie neuer Dubletten führt.<sup>122</sup> Etwas weniger detailliert sind die entsprechenden Grundsatzbestimmungen im BEinstG.<sup>123</sup> Diese bundesrechtlichen Vorschriften werden dann landesgesetzlich in den Landarbeitsordnungen ausgeführt,<sup>124</sup> um nicht zu sagen: wiederholt, denn der Spielraum, den

<sup>119</sup> S oben FN 77.

<sup>120</sup> Art 12 Abs 1 Z 6 B-VG.

<sup>121</sup> Landarbeitsgesetz 1984, BGBl 1984/287 idF BGBl I 2010/29.

<sup>122</sup> So entspricht das Gleichbehandlungsgebot in § 43 Abs 1 (Geschlecht) wörtlich § 3, und das Gleichbehandlungsgebot in § 43 Abs 2 (übrige Merkmale) wörtlich § 17 Abs 1; nur § 43 Abs 3 weicht leicht von § 17 Abs 2 ab. Die Definition der Diskriminierung in § 44 entspricht jener in § 5 und § 19. § 45 statuiert wortgleich mit § 20 Rechtfertigungsgründe für Benachteiligungen aufgrund der übrigen Merkmale. § 46 definiert die sexuelle Belästigung wie § 6, nur § 6 Abs 1 Z 4 hat kein Korrelat in § 46. § 47 definiert die Belästigung sowohl für das Geschlecht als auch für die übrigen Merkmale wie § 7 (Geschlecht), was die Abweichungen der Belästigungsdefinition für die übrigen Merkmale in § 21 (FN 104) noch fragwürdiger macht. § 48 lässt positive Maßnahmen zu und entspricht weitgehend § 8 und § 22. § 49 gebietet eine diskriminierungsfreie Stellenausschreibung, und zwar bezogen auf das Geschlecht in Abs 1, der im Wesentlichen § 9 entspricht, und bezogen auf die übrigen Merkmale in Abs 2, der im Wesentlichen § 23 entspricht. Abs 3 bezieht in dieses Gebot für alle Merkmale die in § 9 und § 23 bereits erfassten Arbeitsvermittler ein. § 50 betrifft Entlohnungskriterien und entspricht § 11 und § 25. Die in § 51 geregelten Rechtsfolgen einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes entsprechen überwiegend § 12 und § 26. Das Benachteiligungsverbot in § 52 deckt sich mit § 13 und § 27. § 58 gebietet dem Ausführungsgesetzgeber, diskriminierende Stellenausschreibungen (wie § 10 und § 24) für strafbar zu erklären. Keine Entsprechung im 1. und 2. Teil des GIBG finden nur die §§ 53–57, die – angelehnt an das GBK/GAW-Gesetz – Regelungen über eine Gleichbehandlungskommission und -anwaltschaft treffen.

<sup>123</sup> §§ 24a–24f BEinstG.

<sup>124</sup> §§ 232f ff Burgenländische Landarbeitsordnung 1977, LGBl 1977/37 idF LGBl 2010/19; §§ 24 ff Kärntner Landarbeitsordnung 1995, LGBl 1995/97 idF LGBl 2009/10; §§ 240 ff Niederösterreichische Landesarbeitsordnung 1973, LGBl 9020 idF LGBl 9020–22; §§ 113 Oberösterreichische Landarbeitsordnung 1989, LGBl 25/1989 idF LGBl 2010/38; §§ 134b ff Salzburger Landarbeitsordnung 1995, LGBl 1996/7 idF LGBl 2009/58; §§ 15a ff Steiermärkische Landarbeitsordnung 2001, LGBl 2002/39 idF LGBl 2008/85; §§ 62 ff Tiroler Landarbeitsordnung 2000, LGBl 2000/27 idF 2009/38; Wiener land- und forstwirtschaftliches Gleichbehandlungsgesetz, LGBl 1980/25 idF LGBl 2010/13. In Vorarlberg

die grundsatzgesetzlichen Vorschriften dem Ausführungsgesetzgeber noch belassen, ist denkbar eng.<sup>125</sup>

## b) Öffentlicher Dienst

Der Diskriminierungsschutz im öffentlichen Dienst ist – abermals aus kompetenzrechtlichen Gründen<sup>126</sup> – für Bundesbedienstete bundesgesetzlich und für Landes- und Gemeindebedienstete in diversen Landesgesetzen geregelt.

Auf *Bundesebene* folgt der Gesetzgeber der von privaten Arbeitsverhältnissen bekannten Struktur: Er regelt Diskriminierungen aufgrund der Behinderung abgesondert im BEinstG,<sup>127</sup> alle anderen Diskriminierungen hingegen in einem eigenen Gesetz, dem Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GIBG).<sup>128</sup> Auch dieses Gesetz differenziert systematisch zwischen Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts und solchen aufgrund der übrigen Merkmale,<sup>129</sup> was zum Teil zu neuerlichen Verdoppelungen führt.<sup>130</sup> Manche Regelungen trifft das B-GIBG aber (anders als das GIBG) auch für alle Merkmale gemeinsam,<sup>131</sup> und zum Teil statuiert es merkmalspezifisch auch echte Sonderbestimmungen.<sup>132</sup>

Auf *Landesebene* werden Diskriminierungen aufgrund der Behinderung nicht abgesondert geregelt. Einige Länder trennen allerdings wie der Bund zwi-

---

finden sich die Ausführungsbestimmungen nicht im Vorarlberger Gesetz über das Arbeiterrecht und den Arbeiter- und Angestelltenschutz in der Land- und Forstwirtschaft, LGBl 1997/28 idF LGBl 2010/6, sondern im Vorarlberger Antidiskriminierungsgesetz, LGBl 2005/17 idF LGBl 2008/49 (§ 1 Abs 2 lit b), das geschlossen alle AntidiskriminierungsRLen umsetzt.

<sup>125</sup> Erkennbar ist ein solcher Spielraum noch bei der fakultativen Einrichtung einer Gleichbehandlungskommission und -anwaltschaft (§ 53 Abs 1 und § 55 Abs 1 GIBG), bei der Festsetzung von Strafen nach § 58 GIBG und bei der Statuierung von Rechtsfolgen der Diskriminierung aufgrund der Behinderung (§ 24e BEinstG).

<sup>126</sup> S oben FN 96.

<sup>127</sup> § 7a Abs 2 Z 1 BEinstG.

<sup>128</sup> Bundesgesetz über die Gleichbehandlung im Bereich des Bundes (Bundes-Gleichbehandlungsgesetz – B-GIBG), BGBl 1993/100 idF BGBl I 2009/153.

<sup>129</sup> Vgl das 1. Hauptstück (Diskriminierung aufgrund des Geschlechts) und das 2. Hauptstück (Diskriminierung aufgrund ethnischer Zugehörigkeit, Religion, Weltanschauung, Alter oder sexueller Orientierung) im (materiell-rechtlichen) I. Teil des B-GIBG.

<sup>130</sup> Vgl die Regelungen über die Gleichbehandlungsgebote im Zusammenhang mit einem Dienst- oder Ausbildungsverhältnis (§ 4 und § 13 B-GIBG); Begriffsbestimmungen (§ 4a und § 13a B-GIBG); Einreihung von Verwendungen und Arbeitsplätzen (§ 6 und § 14 B-GIBG); Ausschreibung von Arbeitsplätzen und Funktionen (§ 7 und § 15 B-GIBG); Belästigung (§ 8a und § 16 B-GIBG); Diskriminierung als Dienstpflichtverletzung (§ 9 und § 16a B-GIBG).

<sup>131</sup> Vgl das 3. Hauptstück, das in „Gemeinsame[n] Bestimmungen für das 1. und 2. Hauptstück“ die Rechtsfolgen der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes und die Geltendmachung von Ansprüchen regelt.

<sup>132</sup> Vgl § 5 (Auswahlkriterien); § 8 (sexuelle Belästigung); § 10 (Vertretung von Frauen in Kommissionen); § 10a (Gebot der sprachlichen Gleichbehandlung); 2. Abschnitt §§ 11–11d (Besondere Förderungsmaßnahmen für Frauen); 3. Abschnitt §§ 12 und 12a GIBG (Berichtswesen).

schen geschlechtsspezifischen und sonstigen Diskriminierungen, teils geschieht das innerhalb eines Gesetzes,<sup>133</sup> teils sehen die Länder für diese beiden Diskriminierungen sogar je eigene Gesetze vor,<sup>134</sup> hier wie dort mit den aus dem Bundesrecht gewohnten Wiederholungen. Manche Länder regeln den Diskriminierungsschutz im öffentlichen Dienst aber auch, ohne einzelne Merkmale systematisch zu separieren, in nur einem Gesetz,<sup>135</sup> das dann entsprechend schlank und leicht zu lesen ist.

## 2. Jenseits der Arbeitswelt

Ähnlich zersplittert wie im Bereich Beschäftigung und Beruf ist die Rechtslage auch jenseits des Arbeitslebens. Schutz muss hier nach den Richtlinien, wie erwähnt, nur gegen Diskriminierungen aufgrund der *Ethnie* und des *Geschlechts* gewährt werden.<sup>136</sup>

Beides geschieht auf *Bundesebene* im GIBG, und zwar in zwei weiteren und jeweils getrennten Teilen,<sup>137</sup> die sich neuerlich über weite Strecken wörtlich gleichen. Diese Struktur hat ua zur Folge, dass das GIBG nun insgesamt fünfmal definiert, was unter einer Diskriminierung zu verstehen ist,<sup>138</sup> und zwar fünfmal

<sup>133</sup> So das Tiroler Landes-Gleichbehandlungsgesetz 2005, LGBl 2005/1 idF LGBl 2008/39, das nach § 2 Tiroler Gemeinde-Gleichbehandlungsgesetz 2005, LGBl 2005/2 idF LGBl 2008/4, auf die Bediensteten der Gemeinden und Gemeindeverbände sinngemäß anzuwenden ist.

<sup>134</sup> Burgenländisches Landes-Gleichbehandlungsgesetz, LGBl 1997/59 idF LGBl 2010/18 (Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts); Burgenländisches Antidiskriminierungsgesetz, LGBl 2005/84 idF LGBl 2010/17 (Diskriminierungen aufgrund der übrigen Merkmale); Kärntner Landes-Gleichbehandlungsgesetz, LGBl 1994/56 idF LGBl 2010/11 (Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts); Kärntner Antidiskriminierungsgesetz, LGBl 2004/63 idF LGBl 2010/11; Oberösterreichisches Gemeinde-Gleichbehandlungsgesetz, LGBl 1999/63 idF 2009/93 (Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts); Oberösterreichisches Landes-Gleichbehandlungsgesetz, LGBl 1995/8 idF 2009/93 (Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts); Oberösterreichisches Antidiskriminierungsgesetz, LGBl 2005/50 idF 2007/136 (Diskriminierungen aufgrund sonstiger Merkmale); Wiener Gleichbehandlungsgesetz, LGBl 1996/18 idF LGBl 2009/41 (Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts); §§ 67b ff Dienstordnung, LGBl 1994/56 idF LGBl 2010/2; §§ 54a ff Vertragsbedienstetenordnung 1995, LGBl 1995/50 idF LGBl 2010/2.

<sup>135</sup> Niederösterreichisches Gleichbehandlungsgesetz, LGBl 2060–0 idF 2060-4; Salzburger Gleichbehandlungsgesetz, LGBl 2006/31 idF LGBl 2009/44; Steiermärkisches Landes-Gleichbehandlungsgesetz, LGBl 2004/66 idF LGBl 2010/5; Vorarlberger Antidiskriminierungsgesetz, LGBl 2005/17 idF 2008/49.

<sup>136</sup> S oben FN 28 und FN 36.

<sup>137</sup> III. Teil: Gleichbehandlung ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit in sonstigen Bereichen (Antirassismus); IIIa. Teil: Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.

<sup>138</sup> § 5 (Arbeitsleben/Geschlecht); § 19 (Arbeitsleben/übrige Merkmale); § 44 (Grundsätze für Arbeitsleben in der Land- und Forstwirtschaft/Geschlecht und übrige Merkmale); § 32 (sonstige Bereiche/ethnische Zugehörigkeit); § 40c (Güter und Dienstleistungen/Geschlecht).

in derselben Weise – als müsste jede Gruppierung in jeder Lebenslage ihre eigene, wenn auch gleich lautende Definition der Diskriminierung haben. Unterschiede bestehen zwischen den beiden Teilen vor allem im sachlichen Geltungsbereich und bei den Ausnahmen: Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Ethnie gilt im Güter- und Dienstleistungsverkehr,<sup>139</sup> darüber hinaus aber auch beim Sozialschutz einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste, bei sozialen Vergünstigungen und bei der Bildung.<sup>140</sup> Geschlechtsbedingte Diskriminierungen sind demgegenüber nur im Güter- und Dienstleistungsbereich untersagt;<sup>141</sup> und auch dort bestehen (durch die Richtlinie vorgegebene) Ausnahmen im GIBG<sup>142</sup> und weitere Sonderregelungen für Versicherungstarife und -leistungen im VersicherungsvertragsG<sup>143</sup> und im Versicherungsaufsichtsg.<sup>144</sup>

Soweit der Bund für die genannten Angelegenheiten nur eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz besitzt, trifft er im GIBG in einem eigenen Abschnitt „Grundsätze“.<sup>145</sup> Im Wesentlichen werden dort allerdings nur die bereits außerhalb der Grundsatzkompetenz getroffenen Vorschriften für anwendbar erklärt,<sup>146</sup> sodass dem Landesgesetzgeber neuerlich kaum Spielraum für eine Ausführung dieser Regelungen bleibt.

---

<sup>139</sup> § 30 Z 4 und § 31 Abs 1 Z 4 GIBG.

<sup>140</sup> § 30 Z 1–3 GIBG; näher *Hopf/Mayr/Eichinger* (FN 9) § 30 GIBG Rz 7–9.

<sup>141</sup> § 40a Abs 1 GIBG. Der Wohnraum ist zwar nur nach § 30 Z 4 GIBG und Art 3 Abs 2 Antirassismus-RL ausdrücklich miterfasst („Gütern und Dienstleistungen [...] einschließlich von Wohnraum“), unterfällt aber wohl auch § 40a Abs 1 GIBG und Art 3 Abs 1 Gleichbehandlungs-RL; dafür spricht schon der 16. Erwägungsgrund der Gleichbehandlungs-RL, der als Beispiel für eine gerechtfertigte Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts die Vermietung von Wohnraum durch den Eigentümer in der Wohnstätte nennt, in der er selbst wohnt; der Schutz der Privatsphäre oder das sittliche Empfinden lasse hier die Vermietung nur an Männer bzw nur an Frauen zu. Eine solche Rechtfertigung wäre nicht erforderlich, wenn Wohnraum von vornherein nicht dem sachlichen Geltungsbereich des Diskriminierungsverbotes unterfiele, so zutreffend *Hopf/Mayr/Eichinger* (FN 9) § 40a GIBG Rz 8.

<sup>142</sup> S bereits auf der Ebene des sachlichen Geltungsbereichs insb § 40a Abs 3 Z 3–5 GIBG, der Rechtsverhältnisse oder die Inanspruchnahme oder Geltendmachung von Leistungen ausnimmt, die in den Bereich des Privat- und Familienlebens fallen, den Inhalt von Medien und Werbung betreffen oder in den Bereich der öffentlichen oder privaten Bildung fallen. S auf der Rechtfertigungsebene ferner § 40d GIBG, nach dem die Bereitstellung von Gütern oder Dienstleistungen ausschließlich oder überwiegend für ein Geschlecht keine Diskriminierung ist, wenn dies durch ein rechtmäßiges Ziel gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung des Zieles angemessen und erforderlich sind. Diese „Ausnahmebestimmung“ setzt Art 4 Abs 5 Unisex-Tarif-RL um, s dazu schon oben bei und nach FN 79 sowie *Hopf/Mayr/Eichinger* (FN 9) § 40d GIBG.

<sup>143</sup> § 178b Abs 5 Versicherungsvertragsgesetz 1958, BGBl 1959/2 idF BGBl I 2010/58.

<sup>144</sup> § 9 Abs 2–4, § 118i Abs 1 Z 8, § 129j Versicherungsaufsichtsgesetz, BGBl 1978/569 idF BGBl I 2010/58.

<sup>145</sup> III. Teil, 2. Abschnitt: Grundsätze für die Regelung der Gleichbehandlung ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit in sonstigen Bereichen: §§ 38–40.

<sup>146</sup> S § 39 GIBG, der die §§ 31 bis 36 GIBG für anwendbar erklärt.

Ohne durch die Rahmen-Richtlinie verpflichtet zu sein, hat der Gesetzgeber auch Schutzvorschriften für Menschen mit *Behinderungen* erlassen, und zwar im Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz (B-BGStG),<sup>147</sup> das in § 2 Diskriminierungen aufgrund der Behinderung auch beim Zugang und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen untersagt, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen.

Diese Bestimmungen werden teilweise ergänzt durch Art III Abs 1 Z 3 EGVG: Danach begeht eine Verwaltungsübertretung, wer Personen allein aufgrund ihrer Rasse, Hautfarbe, nationalen oder ethnischen Herkunft, aufgrund ihres religiösen Bekenntnisses oder einer Behinderung ungerechtfertigt benachteiligt oder sie hindert, Orte zu betreten oder Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen, die für den allgemeinen öffentlichen Gebrauch bestimmt sind.<sup>148</sup> Eine Übertretung dieser Vorschrift kann nach § 87 GewO<sup>149</sup> zum Verlust der Gewerbeberechtigung führen. Soweit diese Vorschriften Diskriminierungsschutz im privaten Verkehr auch für Religion und Behinderung gewähren, gehen sie über die Richtlinien-Verpflichtung hinaus; nicht pönalisiert werden im EGVG andererseits geschlechtsspezifische Diskriminierungen, obwohl diese nach der Unisex-Tarif-Richtlinie auch im Güter- und Dienstleistungsverkehr zu unterbinden sind.<sup>150</sup>

Auf *Landesebene* werden die im GIBG festgelegten Grundsätze ausgeführt und Schutzvorschriften in jenen Materien erlassen, deren Regelung (wie etwa bei Wohnbeihilfe, Altenheimen, Veranstaltungswesen ua) ausschließlich den Ländern zukommt.<sup>151</sup>

<sup>147</sup> Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz – BGStG) erlassen wird und das Behinderteneinstellungsgesetz, das Bundesbehindertengesetz, das Bundessozialamtsgesetz, das Gleichbehandlungsgesetz, das Bundesgesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft sowie das Bundes-Gleichbehandlungsgesetz geändert werden, BGBl I 2005/82 idF BGBl I 2008/67.

<sup>148</sup> In der Praxis kommen Bestrafungen nach Art III Abs 1 Z 3 EGVG nur selten vor; dies aber anscheinend nicht, weil solche Straftaten nicht begangen, sondern weil sie von den Behörden oft nicht verfolgt werden, s mwN *Ulrich*, Rechtsschutz gegen Diskriminierung aus religiösen Gründen, in Brünner (Hrsg), Diskriminierung aus religiösen Gründen (2009) 57 (86 f); *Panthéne*, Diskriminierungsverbot im Verwaltungsstrafrecht, ÖJZ 2009, 1049 (1050 ff, 1055), sowie den Bericht der European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) über Österreich (Vierte Prüfungsrunde) vom 15.12.2009, CRI(2010)2 (2010) 20 f, abrufbar unter <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Austria/AUT-CbC-IV-2010-002-DEU.pdf> (10.8.2010). Neben Art III Abs 1 Z 3 EGVG bestehen auch noch landesverwaltungsrechtliche Straftatbestände wegen Ehrenkränkung sowie diverse Straftatbestände nach dem StGG (§§ 111, 115, 117, 283), die bei Diskriminierungen einschlägig sein können (näher *Panthéne*, ÖJZ 2009, 1052 f); auch hier bestehen aber Vollzugs- und überdies Dokumentationsdefizite, s dazu den erwähnten ECRI-Bericht 16 ff.

<sup>149</sup> Gewerbeordnung 1994, BGBl 1994/194 idF BGBl I 2010/58.

<sup>150</sup> Kritisch zu dieser Inkongruenz *Ulrich* (FN 148) 85.

<sup>151</sup> §§ 19d ff Burgenländisches Landes-Gleichbehandlungsgesetz; §§ 23 ff Burgenländisches Antidiskriminierungsgesetz; § 11 ff, §§ 28 f Kärntner Antidiskriminierungsgesetz;

Etwas vereinfacht ergibt der Diskriminierungsschutz auf nationaler Ebene folgendes Bild:

Beschäftigung und Beruf		Güter und Dienstleistungen, Soziales, Bildung			
Öffentlicher Dienst		Arbeitsrecht			
<b>BGBI</b>	<b>B-EinstG</b>	<b>GIBG</b>		<b>B-BGStG</b>	<b>VersVG, VersAG</b>
I. Geschlecht II. Sonstige III. Gemeinsame Bestimmungen für I. und II.		I. Geschlecht II. Sonstige IV. Grundsatzbestimmungen	III.1. Ethnie IIIa. Geschlecht III.2. Grundsatzbestimmungen		
<b>Landes-GIBGe und AntidiskriminierungsGe</b>		<b>Landes-Landarbeitsordnungen</b>		<b>Landes-GIBGe und AntidiskriminierungsGe</b>	

### 3. Rechtsschutz

Der Rechtsschutz gegen Diskriminierung ist in den meisten dieser Gesetze im Anschluss an die materiell-rechtlichen Vorschriften geregelt.<sup>152</sup> Nur für Diskriminierungen nach dem GIBG werden die institutionellen Regelungen in einem eigenen Gesetz getroffen, dem BG über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft (GBK/GAW-G).<sup>153</sup> In ihrer Gesamtheit richten diese Gesetze ein dichtes Netz an Rechtsschutzwegen ein:

Diskriminierungsoffer können zunächst in den meisten Fällen die Beseitigung der Diskriminierung und einen ideellen Schadenersatz für die erlittene persönliche Beeinträchtigung einklagen. Wer daran kein Interesse hat, etwa weil er ein Arbeitsverhältnis nicht mehr aufrechterhalten will, kann alternativ auch nur den Ersatz des Vermögens- und ideellen Schadens geltend machen. Von vornherein auf Schadenersatzansprüche beschränkt sind Personen, die beim Berufszugang oder beim Aufstieg innerhalb eines Arbeitsverhältnisses benachteiligt wurden: Sie haben keinen Anspruch auf Herstellung eines diskriminierungsfreien Zustandes, können also weder eine Einstellung noch eine bessere Position erzwingen, sondern sich nur schadlos halten.<sup>154</sup> Die genannten Ansprüche sind

§ 3 Abs 1 Z 4–7 iVm § 4, § 7 Abs 1 Z 4 iVm § 8 Niederösterreichisches Antidiskriminierungsgesetz; §§ 1 f Oberösterreichisches Antidiskriminierungsgesetz; §§ 28 f Salzburger Gleichbehandlungsgesetz; §§ 32 f Steiermärkisches Landes-Gleichbehandlungsgesetz; § 1 Abs 1 iVm § 3 Tiroler Antidiskriminierungsgesetz; § 1 Abs 3 iVm § 3 Vorarlberger Antidiskriminierungsgesetz; §§ 1 f Wiener Antidiskriminierungsgesetz.

<sup>152</sup> S §§ 21 ff B-GIBG; §§ 7k–7o, 7r BEinstG; §§ 10 ff B-BGStG; sowie die in FN 133–135 genannten Landesgesetze.

<sup>153</sup> S schon FN 97.

<sup>154</sup> S schon die Vorschriften über die Rechtsfolgen einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes in FN 109 und 131; s für Details *Kletečka*, Durchsetzung der Differenzierungsverbote, in Tomandl/Schrammel (Hrsg), Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote (2005) 93 (96 ff); *Ulrich* (FN 148) 60 f, 71 ff.

vor den Arbeits- und Sozialgerichten (bei Diskriminierungen im Arbeitsleben) bzw vor den allgemeinen Zivilgerichten (bei Diskriminierungen im Güter- und Dienstleistungsbereich) und bei Beamten teilweise vor der Dienstbehörde geltend zu machen.<sup>155</sup>

Daneben ist ein *Schlichtungsverfahren* eingerichtet, das die Betroffenen vor dem gerichtlichen Rechtsweg, aber auch parallel zu diesem fakultativ in Anspruch nehmen können. Nur bei Diskriminierungen aufgrund einer Behinderung ist eine solche Schlichtung obligatorisch vor dem Gerichtsweg vorgesehen,<sup>156</sup> was doch etwas paternalistisch erscheint.<sup>157</sup> Der Sinn dieser Schlichtungsverfahren besteht vor allem darin, dem Betroffenen unkompliziert und kostenfrei zu seinem Recht zu verhelfen,<sup>158</sup> bei Diskriminierungen in Dauerschuldverhältnissen, insbesondere im Arbeitsleben, kommt hinzu, dass eine Schlichtung im Allgemeinen weniger Porzellan zerschlägt als ein gerichtlicher Prozess, was für eine gedeihliche Fortsetzung des Rechtsverhältnisses evidentenmaßen sehr bedeutsam ist.

Die nähere Ausgestaltung der Schlichtungsverfahren und Schlichtungsstellen differiert je nach Art der Diskriminierung. Für Diskriminierungen nach dem *GIBG* hat das GBK/GAW-G zum einen eine Gleichbehandlungsanwaltschaft eingerichtet,<sup>159</sup> die die Betroffenen berät und bei der Wahrnehmung ihrer Rechte unterstützt,<sup>160</sup> zum Zweiten eine Gleichbehandlungskommission,<sup>161</sup> die Gutach-

<sup>155</sup> Näher *Ulrich* (FN 148) 71 ff.

<sup>156</sup> § 7k und § 7l BEinstG.

<sup>157</sup> Nach der RV 836 BlgNR 22. GP 15 erfolgt die Vorschaltung der Schlichtung „auch in Hinblick auf die Entlastung der Gerichte“; warum die Gerichte gerade von Prozessen behinderter Menschen entlastet werden müssen, wird in der RV nicht erklärt.

<sup>158</sup> S auch *Ulrich* (FN 148) 61.

<sup>159</sup> § 3 GBK/GAW-G. Organisatorisch ist die Gleichbehandlungsanwaltschaft – der Ordnung des *GIBG* folgend – in drei Gleichbehandlungsanwälte untergliedert: die Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt (§ 4 GBK/GAW-G; Teil I *GIBG*); den Anwalt bzw die Anwältin für die Gleichbehandlung ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder der Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung in der Arbeitswelt (§ 5 GBK/GAW-G; Teil II *GIBG*) und den Anwalt bzw die Anwältin für die Gleichbehandlung ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit in sonstigen Bereichen und für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen (§ 6 GBK/GAW-G; Teil III und IIIa *GIBG*). Näher *Ulrich* (FN 148) 61 ff.

<sup>160</sup> § 4 Abs 1, § 5 Abs 1, § 6 Abs 1 GBK/GAW-G; s auch näher *Ulrich* (FN 148) 63.

<sup>161</sup> § 1 Abs 1 GBK/GAW-G. Die Gleichbehandlungskommission besteht nach § 1 Abs 2 GBK/GAW-G aus drei Senaten, deren Zuständigkeit wiederum der Ordnung des *GIBG* folgt: Senat I für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt (Teil I *GIBG*); Senat II für die Gleichbehandlung ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder der Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung in der Arbeitswelt (Teil II *GIBG*); Senat III für die Gleichbehandlung ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit in sonstigen Bereichen (Teil III, 1. Abschnitt *GIBG*) und für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (Teil IIIa *GIBG*).

ten zu allgemeinen Diskriminierungsfragen erstellen,<sup>162</sup> aber auch im Einzelfall prüfen kann, ob eine Diskriminierung vorliegt;<sup>163</sup> bejahendenfalls hat die Gleichbehandlungskommission der verantwortlichen Person einen Vorschlag zur Verwirklichung der Gleichbehandlung zu übermitteln und sie aufzufordern, die Diskriminierung zu beenden.<sup>164</sup> Führt das nicht zum Erfolg, so können bestimmte Institutionen beim zuständigen Arbeits- oder Zivilgericht auf Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes klagen; eine solche Klage soll dem Betroffenen helfen, die Erfolgsaussichten eines nachfolgenden Leistungsprozesses besser abzuschätzen.<sup>165</sup>

Für Diskriminierungen nach dem *B-GIBG* ist eine Schlichtung durch die Gleichbehandlungskommission des Bundes vorgesehen,<sup>166</sup> flankierend sind nach diesem Gesetz Gleichbehandlungsbeauftragte einzurichten, die Anfragen, Wünsche, Beschwerden, Anregungen oder Anzeigen der Bediensteten ihres Vertretungsbereiches entgegen nehmen.<sup>167</sup> Sonderregelungen gelten für *Universitäten*: Hier ist eine eigene Schlichtungskommission sowie ein Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen einzurichten.<sup>168</sup> Letzter nimmt neben den Aufgaben des Gleichbehandlungsbeauftragten iSd B-GIBG<sup>169</sup> noch weitere Funktionen wahr; er ist ua berechtigt, die Schiedskommission anzurufen, wenn er Grund zur Annahme hat, dass die Entscheidung eines Universitätsorgans Personen auf Grund ihres Geschlechts, ihrer ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung diskriminiert.<sup>170</sup> Über diese Beschwerde entscheidet die Schlichtungskommission (letztinstanzlich) mit Bescheid; daneben hat sie (ua) die Aufgabe, in Streitfällen von Angehörigen der Universität zu vermitteln.<sup>171</sup>

Das Schlichtungsverfahren bei Diskriminierungen aufgrund einer *Behinderung* ist schließlich generell vor der Landesstelle des Bundessozialamts zu führen.<sup>172</sup> Zur Beratung und Unterstützung von behinderten Menschen, die sich iSd

---

<sup>162</sup> § 11 GBK/GAW-G.

<sup>163</sup> § 12 GBK/GAW-G.

<sup>164</sup> § 12 Abs 3 GBK/GAW-G. Weder Gutachten noch Prüfungsentscheidungen der Kommission haben Bescheidcharakter, sie sind also nicht verbindlich (näher *Smutny*, in *Smutny/Mayr*, Gleichbehandlungsgesetz [2001] 382 ff, sowie VfSlg 14.713/1996). Wird derselbe Fall gerichtsanhängig, muss das Gericht auf Gutachten und Prüfungsentscheidungen der Gleichbehandlungskommission aber immerhin eingehen und gegebenenfalls begründen, warum es davon abweicht: § 61 GIBG.

<sup>165</sup> § 12 Abs 4 GBK/GAW-G, näher, auch zur geringen praktischen Bedeutung dieser Verbandsklage *Ulrich* (FN 148) 68 ff.

<sup>166</sup> §§ 22–25 B-GIBG.

<sup>167</sup> §§ 26 f B-GIBG.

<sup>168</sup> § 42 f Universitätsgesetz (UG), BGBl I 2002/120 idF BGBl I 2009/81.

<sup>169</sup> § 27 iVm § 41 Abs 2 B-GIBG.

<sup>170</sup> § 42 Abs 8 UG.

<sup>171</sup> § 43 Abs 1 UG.

<sup>172</sup> §§ 14 ff BGStG.

BEinstG oder B-BGStG diskriminiert fühlen, ist überdies nach dem Bundesbehindertengesetz ein eigener Behindertenanwalt eingerichtet.<sup>173</sup>

## 4. Bilanz

Dieser Überblick über die Umsetzung der Antidiskriminierungs-Richtlinien im österreichischen Recht ist kursorisch, doch er lässt eine weitere These zu: Das *nationale* Antidiskriminierungsrecht ist keine Baustelle, sondern ein Labyrinth: Es ist schwer zugänglich, und wer einmal eingetreten ist, läuft Gefahr, sich heillos zu verirren.

Die extreme Unübersichtlichkeit des nationalen Antidiskriminierungsrechts hat gewiss auch kompetenzrechtliche Gründe; selbst wenn man davon absieht, bleibt im Detail aber vieles dysfunktional und unschlüssig. Dass Österreich für die Umsetzung von drei Antidiskriminierungs-Richtlinien rund fünfzig Gesetze benötigt, immerhin zehn davon auf Bundesebene, ist schwer zu verstehen, zumal die meisten dieser Gesetze sich über weite Strecken nahezu wörtlich gleichen; dies übrigens nicht, weil der nationale Gesetzgeber ein einheitliches Konzept entwickelt hätte, sondern schlicht, weil er in vielen Punkten nur den Text der Richtlinien übernimmt: Das beginnt beim Diskriminierungsverbot, setzt sich fort bei der Definition der Diskriminierung, geht weiter bei den Tatbeständen gerechtfertigter Benachteiligungen und endet bei der Erlaubnis positiver Maßnahmen – ein Wille zur Ausgestaltung und Konkretisierung der europäischen Vorgaben ist hier kaum zu sehen.<sup>174</sup> In seiner Gesamtheit wirkt das nationale Antidiskriminierungsrecht eher widerwillig zusammengebaut als sorgsam abgestimmt; ein liebevoll gepflegtes Rechtsgebiet sieht jedenfalls anders aus. Woran liegt das?

## III. Empörendes und Vertrautes

### 1. Empörendes

Es ist kein Geheimnis, dass das Antidiskriminierungsrecht der EU in einigen Mitgliedstaaten, so auch in Österreich, nicht auf ungeteilte Sympathie gestoßen ist;<sup>175</sup> hört man auf seine Gegner, dann ist dieser Vorstoß der EU eine „semanti-

<sup>173</sup> § 13c Bundesbehindertengesetz, BGBl 1990/283 idF BGBl I 2010/81.

<sup>174</sup> S auch schon *Rebhahn* (FN 48) Einleitung Rz 20, der sogar die Anwendbarkeit einiger Ausnahmebestimmungen bezweifelt, weil es an einer ausreichenden Konkretisierung fehlt.

<sup>175</sup> Während Österreich die erste „Generation“ der geschlechtsbezogenen, auf Art 141 EGV beruhenden Richtlinien noch vor seinem Beitritt zum EWR umgesetzt hat (näher und mwN *Hopf/Mayr/Eichinger* [FN 9] Historische Entwicklung Rz 5 f), erfolgte die Anpassung an die Antirassismus-RL und an die Rahmen-RL schleppend: In beiden Fällen wurde Österreich wegen nicht fristgerechter Umsetzung verurteilt: EuGH 4.5.2005, Rs C-335/04, *Kommission/Österreich*, ABl 2005 C-171/5; 23.2.2006, Rs C-133/05, *Kommission/Österreich*, Slg 2006, I-36. Vertragsverletzungsverfahren wegen mangelhafter Umsetzung der

sche Erziehungsdiktatur“; ein „jakobinische(s) Tugendwächtertum“, ein „Gesinnungsterrorismus“<sup>176</sup> der „in ein weltlich aufgeklärtes Staatswesen kaum hineinpasst, [...] wohl eher in das Zeitalter der spanischen Inquisition, in das calvinistische Genf oder natürlich in die Tugendrepublik eines Robespierre, von den totalitären Systemen des 20. Jahrhunderts zu schweigen.“<sup>177</sup> Weniger polemisch formuliert lautet der Vorwurf im Kern: Die Union und auch der Staat haben sich nicht einzumischen in das allzu Private, haben insbesondere das Recht der Bürger, einen Vertragspartner nach ihrem Geschmack auszuwählen, nicht moralisierend zu beschränken.<sup>178</sup>

## 2. Vertrautes

In der Tat greift das Antidiskriminierungsrecht in die Privatautonomie der Bürger erheblich ein. Und der Bauplan des Antidiskriminierungsrechts ist in dieser Form auch ein Novum; seine einzelnen Bausteine sind das allerdings nicht.<sup>179</sup> Viele Elemente des Antidiskriminierungsrechts sind uns eigentlich wohl vertraut. So ist die Vertragsfreiheit zwar einerseits verfassungsrechtlich geschützt, andererseits aber auch seit jeher diversen Beschränkungen unterworfen. Dementsprechend verhindern zivilrechtliche Vorschriften das wirksame Zustandekommen privater Willenserklärungen oder ermöglichen zumindest deren Vernichtung, zB um die Selbstbestimmung des Vertragspartners zu sichern oder ihn

---

Antidiskriminierungs-RLen wurden aber auch gegen Deutschland, Finnland, Großbritannien und Luxemburg geführt, s die Nachweise bei *Holoubek* (FN 16) Rz 18, und *Grabenwarter* (FN 16) Rz 53, sowie EuGH 4.2.2010, Rs C-186/09, *Kommission/ Vereinigtes Königreich*. Ein weiteres Vertragsverletzungsverfahren wegen mangelhafter Umsetzung der Unisex-Tarif-RL ist derzeit gegen Polen anhängig (s die zu C-326/09 protokollierte Klage der Kommission vom 12.8.2009); auch gegen Estland hat die Kommission am 14.8.2009 eine Klage wegen Nichtumsetzung der Gleichbehandlungs-RL eingebracht; diese Rechtsache (C-328/09) wurde dann aber gestrichen: ABl 2010 C 100/34. Immerhin eine förmliche Aufforderung, die Antirassismus-RL in vollem Umfang umzusetzen, hat die Kommission zudem an Spanien, Schweden, die Tschechische Republik, Estland, Frankreich, Irland, das Vereinigte Königreich, Griechenland, Italien, Lettland, Polen, Portugal, Slowenien und die Slowakei gerichtet (s die Pressemitteilung IP/07/928 vom 27.6.2007); zur vollständigen Umsetzung der Rahmen-RL mussten schließlich die Tschechische Republik, Estland, Irland, Griechenland, Frankreich, Italien, Ungarn, Malta, Niederlande, Finnland und Schweden aufgefordert werden (s die Pressemitteilung IP/08/155 vom 31.1.2008).

<sup>176</sup> S die Nachweise für diese Zuschreibungen (und weitere in ähnlichem Ton) bei *Britz*, *Diskriminierungsschutz und Privatautonomie*, VVDStRL 64 (2004) 355 (358).

<sup>177</sup> *Runggaldier*, Inhalt und Reichweite des Art. 13 EGV sowie der darauf gestützten Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierungen, in FS Adomeit (2008) 645 (659), im Anschluss an den Jubilar dieser Festschrift, bezogen auf die nach deutschem Recht einzurichtende „Antidiskriminierungsstelle des Bundes“.

<sup>178</sup> Zur besonderen Rolle, die das „Private“ in dieser Debatte spielt, s *Britz* (FN 176) 368 ff.

<sup>179</sup> Pointiert *Jestaedt* (FN 27) 312: „eine ebenso gelungene wie gedrungene Montage aus bekannten Figuren und bewährten Instrumenten aus dem Dogmatikrepertoire der Geschlechtergleichstellung“.

zu schützen, weil er unerfahren ist,<sup>180</sup> an einer Urteilsschwäche leidet oder in einer Zwangslage steckt,<sup>181</sup> sich geirrt hat,<sup>182</sup> oder gar überlistet oder bedroht wurde.<sup>183</sup>

Über verschiedene Generalklauseln können auch die Grundrechte in das Zivilrecht einfließen und die Vertragsfreiheit so ein weiteres Stück beschränken.<sup>184</sup> Insofern wirken die Grundrechte also schon längst horizontal, dh auch zwischen den Bürgern. Diese mittelbare Drittwirkung ist dann regelmäßig die Folge staatlicher Schutzpflichten, an die wir uns bei den Freiheitsrechten bereits gewöhnt haben. Bei Gleichheitsrechten begegnet man Schutzpflichten hingegen noch mit Reserve; tatsächlich käme es auch einer Auflösung der Privatautonomie gleich, wollte man dem Bürger bei der Auswahl seiner Vertragspartner eine in jeder Hinsicht „sachliche“ Entscheidung abverlangen. Anders liegen die Dinge allerdings, wenn dem Einzelnen nur untersagt wird, sich bei gewissen Entscheidungen von taxativ aufgezählten Gründen leiten zu lassen.<sup>185</sup> Eine solche Anordnung lässt die Privatautonomie dem Grunde nach bestehen; sie beschränkt sie nur, nicht anders als freiheitsrechtlich induzierte Drittwirkungen auch.<sup>186</sup>

Schutzpflichten dieser Art trafen den Gesetzgeber schon lange vor den Antidiskriminierungs-Richtlinien: So ist Österreich bereits durch das 1973 ratifizierte ILO-Übereinkommen Nr 111<sup>187</sup> verpflichtet, Diskriminierungen aufgrund der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, des Glaubensbekenntnisses, der politischen Meinung, der nationalen Abstammung oder der sozialen Herkunft im Bereich Beschäftigung und Beruf auszuschalten. Und auch nach der Rassen-<sup>188</sup> und der Frauendiskriminierungskonvention<sup>189</sup> haben die Vertragsstaaten ethnische und geschlechtsspezifische Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr zu unterbinden. Dementsprechend verbietet die österreichische Rechtsordnung geschlechtsspezifische Diskriminierungen im Arbeitsrecht seit vielen Jahren,<sup>190</sup>

<sup>180</sup> S insbes die Regeln über die Geschäftsfähigkeit (§§ 151 f, § 280, § 865 ABGB) sowie § 879 Abs 2 Z 4 ABGB.

<sup>181</sup> ZB § 879 Abs 2 Z 4 ABGB.

<sup>182</sup> S § 871 ABGB.

<sup>183</sup> S § 870, § 875 ABGB.

<sup>184</sup> Insbes § 16, § 879, § 1295 ABGB.

<sup>185</sup> Diesen Unterschied betont zu Recht schon *Rebhahn* (FN 48) Einleitung Rz 30.

<sup>186</sup> S auch *Britz* (FN 176) 366 f. Dass eine solche Anordnung gleichheitsrechtlich auch geboten ist, folgt daraus freilich noch nicht; s zur Debatte darüber für Deutschland zB *Britz* (FN 176) 360 ff; *Jestaedt* (FN 27) 343 ff.

<sup>187</sup> Übereinkommen (Nr 111) über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf, BGBl 1973/111.

<sup>188</sup> Internationales Übereinkommen über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung, BGBl 1972/377.

<sup>189</sup> Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, BGBl 1982/443.

<sup>190</sup> S das Bundesgesetz vom 23. Feber 1979 über die Gleichbehandlung von Frau und Mann bei Festsetzung des Entgelts (Gleichbehandlungsgesetz), BGBl 1979/108, und dessen schrittweisen Ausbau, s zu diesem den Überblick bei *Smutny* (FN 164) 57 ff.

ebenso wie Art III EGVG schon lange Diskriminierungen im sonstigen Privatrechtsverkehr untersagt.<sup>191</sup> Art III EGVG wurde zwar zur Durchführung der Rassendiskriminierungskonvention erlassen; seine „Beziehung zum verfassungsgesetzlich gewährleisteten Gleichheitssatz“ schien dem Gesetzgeber aber bemerkenswerterweise als so eng, dass er diese Strafvorschrift kompetenzrechtlich sogar dem Tatbestand „Bundesverfassung“ (Art 10 Abs 1 Z 1 B-VG) zuordnete.<sup>192</sup> Hier klingt zumindest an, dass der Gesetzgeber mit Art III EGVG auch eine aus dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz resultierende Schutzpflicht einlösen könnte.<sup>193</sup>

In manchen Bereichen des Zivilrechts wirkt der Gleichheitssatz noch weiter: Er bindet im kollektiven Arbeitsrecht nach der Judikatur (im Wege des § 879 ABGB) die Parteien von Kollektivverträgen,<sup>194</sup> und im übrigen Arbeitsrecht spielt der – letztlich judikativ entwickelte – Gleichbehandlungsgrundsatz traditionell eine herausragende Rolle.<sup>195</sup> Für den Güter- und Dienstleistungsverkehr ist auch an den Kontrahierungszwang zu erinnern, der zum Teil gesetzlich ausdrücklich angeordnet ist,<sup>196</sup> zum überwiegenden Teil aber ebenfalls judikativ entwickelt wurde.<sup>197</sup> Ursprünglich schützte er nach der Rechtsprechung nur vor der faktischen Übermacht eines Unternehmers, der in monopolartiger Stellung lebensnotwendige Güter vergibt.<sup>198</sup> Allmählich setzte der OGH diese Voraussetzungen aber herab, und zwar sowohl was den Grad der Marktbeherrschung als auch was den Bedarf nach den fraglichen Gütern betrifft.<sup>199</sup> Nach heutiger Judikatur müssen diese Güter nicht mehr lebensnotwendig sein; es genügt, dass sie dem Normalbedarf dienen und dass dem Interessenten eine zumutbare Ausweichmöglichkeit fehlt.<sup>200</sup> Daher darf etwa der Inhaber des einzigen Gasthauses im Ort Besucher nicht aus unsach-

---

<sup>191</sup> S oben vor FN 148. Art III Abs 1 Z 3 EGVG wurde (damals als Art IX Abs 1 Z 6) mit BGBl 1977/232 in das EGVG eingefügt.

<sup>192</sup> Erl RV 438 BlgNR 14. GP 9.

<sup>193</sup> S auch *Hengstschläger*, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>4</sup> (2009) Rz 54, der hier eine „Drittwirkung des Gleichheitssatzes“ annimmt.

<sup>194</sup> OGH 16.12.1992, 9 Ob A 602/92; 11.8.1993, 9 Ob A 133/93; 23.4.2003, 9 Ob A 246/02w.

<sup>195</sup> Näher und mwN *Körber-Risak*, *Die Gleichbehandlungspflichten im Arbeitsrecht*, in *Mazal/Risak* (Hrsg), *Das Arbeitsrecht – Kommentar* (15. Lfg, 2010) Rz 47 ff.

<sup>196</sup> ZB § 4 Bundesgesetz vom 29. Juni 1977 zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen, BGBl 1977/392 idF BGBl I 2005/62; § 8 Postgesetz 1997, BGBl I 1998/18 idF BGBl I 2009/123; § 3 Abs 1 Eisenbahnbeförderungsgesetz, BGBl 1988/180 idF BGBl I 2002/32; § 20 Abs 1 Z 2 Kraftfahrlineiengesetz, BGBl I 1999/203 idF BGBl I 2006/12; § 84 Abs 3 Schifffahrtsgesetz, BGBl I 1997/62 idF BGBl I 2009/17; § 25 Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherungsgesetz 1994, BGBl 1994/651 idF BGBl I 2007/37 ua.

<sup>197</sup> Dementsprechend unklar ist auch, wie ein gesetzlich nicht ausdrücklich angeordneter Kontrahierungszwang begründet werden soll, s die verschiedenen Lösungsansätze der Lehre bei *Rummel*, in *Rummel* (Hrsg), *ABGB*<sup>3</sup> (2000) § 861 Rz 10.

<sup>198</sup> S die Nachweise bei *Rummel* (FN 197) Rz 10.

<sup>199</sup> S *Koppensteiner*, *Kontrahierungszwang und Geschäftsverweigerung*, *ÖBl* 2007, 100.

<sup>200</sup> S die Nachweise bei *Rummel* (FN 197) Rz 10.

lichen Gründen zurückweisen.<sup>201</sup> Der OGH zitiert bei dieser Gelegenheit das Bayerische Oberlandesgericht, nach dem die unsachliche Zurückweisung eines Gastes unzulässig sei, weil sie ein negatives Werturteil über den Gast bedeutet und auch von einem objektiven Beobachter als verletzende Diskriminierung angesehen werde. Akzeptiert man das, dann erfüllt der Kontrahierungszwang heute zwei Funktionen: Er bringt nicht nur die durch eine faktische Übermacht gestörte Gleichheit zwischen den Bürgern wieder einigermaßen ins Lot, sondern schützt den Einzelnen auch vor sozialer Ausgrenzung.

Im Antidiskriminierungsrecht geschieht nichts Anderes: Dabei prävaliert bei Beschäftigung und Beruf wohl das Ziel, das Machtgefälle zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auszugleichen, während es im Güter- und Dienstleistungsverkehr in erster Linie darum gehen dürfte, kränkende Ausgrenzungen zu verhindern. Hier wie dort verzichtet das Antidiskriminierungsrecht allerdings (von Sonderfällen abgesehen) darauf, einen Kontrakt zu erzwingen,<sup>202</sup> es begnügt sich bei einer Vertragsverweigerung stattdessen fast durchwegs mit einem Ersatz des materiellen und ideellen Schadens.<sup>203</sup>

Insgesamt gesehen arbeitet das Antidiskriminierungsrecht also mit einer Reihe von Mosaiksteinen, die uns – jeder für sich genommen – eigentlich vertraut sind. Ungewohnt sind eher die Zusammensetzung dieser Elemente und die Dichte der Verpflichtungen, die dabei entstehen.

## IV. Grenzen und mögliche Entwicklungen

Klar ist gleich, und das soll auch nicht weggeredet werden: Das Antidiskriminierungsrecht greift in die – grundrechtlich geschützte – Privatautonomie des Einzelnen ein. Aus grundrechtlicher Sicht muss sich nicht der Bürger rechtfertigen, wenn er einen anderen diskriminiert, sondern der Staat, wenn er diese Diskriminierung verbietet.<sup>204</sup> Eine solche Rechtfertigung ist ua<sup>205</sup> umso eher zu erbringen, je gravierender die Diskriminierung den anderen trifft. Je niedriger die Kosten sind, die seinem Vertragspartner bei Unterlassung der Diskriminierung entstehen<sup>206</sup> und je weniger privat das Rechtsgeschäft ist, um das es geht. An einem Extrem veranschaulicht: Die Wahl des Ehegatten muss jeder nach seinem Geschmack treffen können; wer umgekehrt in der Öffentlichkeit Massengeschäfte abwickelt, wird kaum ein schützenswertes Interesse haben, zu diskriminieren.

<sup>201</sup> OGH 14.7.1986, 1 Ob 554/86 = SZ 59/130 = JBl 1987, 36 = EvBl 1987/6.

<sup>202</sup> Das betont auch *Rebhahn* (FN 48) Einleitung Rz 39.

<sup>203</sup> S schon oben II.3.

<sup>204</sup> Sehr deutlich *Jestaedt* (FN 27) 333 f.

<sup>205</sup> Weitere Parameter bei *Jestaedt* (FN 27) 347 ff.

<sup>206</sup> Diskriminierendes Verhalten wird bekanntlich nicht nur aus persönlicher Abneigung und Ressentiment gesetzt; es kann unter ökonomischen Gesichtspunkten auch durchaus rational sein, wie insbes die Debatte über die geschlechtsspezifische Berechnung von Versicherungstarifen und -leistungen zeigt, s auch *Britz* (FN 176) 376 ff.

In seiner derzeitigen Ausgestaltung begegnet das Antidiskriminierungsrecht mE keinen grundrechtlichen Bedenken, auch wenn man über seinen Sinn rechtspolitisch streiten kann. Es bezieht sich im Kern nur auf den Bereich Beschäftigung und Beruf, also auf ein Feld, in dem das Private stark herabgesetzt ist und in dem zugleich ein erhebliches Machtgefälle zwischen den Vertragsparteien besteht. Auch jenseits des Arbeitslebens bestehen Diskriminierungsverbote für den Zugang zu Gütern und Dienstleistungen nur insoweit, als diese der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen.<sup>207</sup> Dazu kommt, dass von den Diskriminierungsverboten vielfältige Ausnahmen bestehen, die den wirtschaftlichen Interessen des in seiner Privatautonomie beschränkten Vertragspartners ebenso Rechnung tragen wie dem Schutz seines Privat- und Familienlebens.<sup>208</sup> Wo das schützenswerte „Private“ endet und die „Öffentlichkeit“ beginnt, ist dabei freilich die entscheidende Frage. Hier gilt, was auch sonst in verschiedensten Zusammenhängen bemerkbar ist: Die Grenzen zwischen dem, was man noch als „privat“ und dem, was man schon als „öffentlich“ ansehen kann, stehen nicht ein für alle mal fest,<sup>209</sup> sondern sind kontextabhängig und auch im Zeitverlauf variabel.<sup>210</sup>

Ein weiter gehender Ausbau des Antidiskriminierungsrechts könnte aber allmählich an die Grenzen der Freiheitsrechte stoßen. Freilich trägt das Antidiskriminierungsrecht die Tendenz zur Ausweitung schon im Keim in sich. Das zeigt seine Entstehungsgeschichte,<sup>211</sup> und es kann auch nicht überraschen, dass derzeit schon eine weitere Richtlinie in Verhandlung steht, ist doch noch eine Lücke offen: Die Diskriminierungsverbote in den Bereichen des sozialen Schutzes, der sozialen Vergünstigungen, der Bildung und des Güter- und Dienstleistungsverkehrs gelten noch nicht für Religion, Weltanschauung, sexuelle Orientierung, Alter und Behinderung – auf diese Merkmale sollen sie nun auch erstreckt werden.<sup>212</sup> Zugleich schlägt nun auch das Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz eine Novelle zum GIBG vor,<sup>213</sup> die den Diskriminie-

---

<sup>207</sup> S oben FN 32 und 36.

<sup>208</sup> S den oben I.2.c. referierten zweiten Ausnahmetypus.

<sup>209</sup> S schon *Britz* (FN 176) 372 f.

<sup>210</sup> Ein interessanter Wandel hat sich insoweit auch bei Art III Abs 1 Z 3 EGVG vollzogen: Ursprünglich untersagte diese Vorschrift im ersten Tatbestand nur, dass Personen „öffentlich“ allein auf Grund bestimmter Merkmale ungerechtfertigt benachteiligt werden; diese Einschränkung hatte den Materialien zufolge zum einen „praktische[] Gründe“, zum anderen bezweckte sie aber auch den Schutz der Privatsphäre (Erl RV 438 BlgNR 14. GP 11). Zwanzig Jahre später erweitere der Gesetzgeber das Diskriminierungsverbot des Art III Abs 1 Z 3 EGVG um Benachteiligungen aufgrund der Behinderung; zugleich beseitigte er aber auch – ohne weitere Erläuterung in den Materialien – die Einschränkung „öffentlich“ (BGBl I 1997/63).

<sup>211</sup> S insbes I.1.d.

<sup>212</sup> S den Vorschlag der Kommission vom 2.7.2008 für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, KOM(2008) 426 endgültig.

<sup>213</sup> 179/ME 24. GP.

rungsschutz für die Merkmale Religion, Weltanschauung, sexuelle Orientierung und Alter auf den Güter- und Dienstleistungsbereich<sup>214</sup> ausweitet.<sup>215</sup> Das ist systemimmanent durchaus schlüssig und entspricht den eingangs geschilderten Gesetzmäßigkeiten der Gleichheit. Schützt man eine Gruppe, vermeldet sogleich die nächste: *Ich will das auch haben*.

Dem nachzugeben und immer weitere Gruppen in den Diskriminierungsschutz einzubeziehen und für diesen immer neue gesellschaftliche Felder zu erschließen, ist aber eine gefährliche Sache. Denn je mehr Gründe für eine privat-autonome Entscheidung verpönt werden, desto stärker nähert sich das *Verbot* der Diskriminierung an ein *Gebot* der Sachlichkeit an. Eine Inflation von Diskriminierungsverboten führt aber auch dazu, dass die Diskriminierung banalisiert und lapidar wird.<sup>216</sup> Nicht zuletzt zwingt eine Erweiterung um zusätzliche Merkmale – wie man am Merkmal Alter deutlich sieht – auch dazu, von den Diskriminierungsverboten weit reichende Ausnahmen zuzulassen; das geschieht zunächst nur merkmal- und bereichsspezifisch, kann im nächsten Schritt aber – wegen der allgemeinen Tendenz zur Angleichung und Vereinheitlichung – auch generalisiert werden. Das nivelliert den Schutz nach unten, auch für jene Gruppen und Felder, in denen er dringend nötig wäre.

Diskriminierung ist eine ernste Angelegenheit und sollte das auch bleiben. Selbst wenn es paradox klingt: Ein zu viel und zu weit ausgreifender Diskriminierungsschutz droht auf Dauer das Grundanliegen des gesamten Projekts zu sabotieren.

<sup>214</sup> Was den sozialen Schutz, die sozialen Vergünstigungen und die Bildung betrifft, soll noch die Diskussion auf europäischer Ebene abgewartet werden: Erl zu 179/ME 24. GP 8.

<sup>215</sup> S § 30 des Entwurfs 179/ME 24. GP. Unter einem wird vorgeschlagen, die bisherige Trennung zwischen geschlechtsspezifischen und sonstigen Diskriminierungen aufzugeben und die Teile III. und IIIa. des GIBG in einen III. Teil zusammenzuführen. Das soll „die bisherige als kompliziert empfundene Systematik des Gleichbehandlungsgesetzes vereinfach[en] und die mehrfache Anführung gleicher Bestimmungen verm[e]iden“ (s die Erl zu 179/ME 24. GP 8). Für den Bereich des Arbeitslebens wird eine solche Zusammenführung und Vereinfachung (noch) nicht vorgeschlagen.

<sup>216</sup> In Ansätzen besteht diese Gefahr sogar schon jetzt: Dass Frauen für Fußballkarten 10 € weniger und für Frisuren 12,5 € mehr bezahlen als Männer, mag hier Männer und dort Frauen ärgern (s für den ersten Fall FN 82 und für den zweiten das zur Zahl GBK III/62/10 erstellte Gutachten der Gleichbehandlungskommission). Aber soll das wirklich auf einer Ebene mit Fällen diskutiert werden, in denen ein Unternehmer öffentlich erklärt, keine Menschen fremder Herkunft einzustellen, oder am Eingang seines Campingplatzes deklariert: „Kein Platz für Zigeuner“? (s EuGH 10.6.2008, Rs C-54/07, Slg 2008 I-5187; UVS Tirol 29.11.2006, 2006/20/0477-3).