

Dismantling the master's house with the master's tools? Was Diskriminierungsverbote für die Geschlechtergleichstellung (nicht) leisten können.

Ein Bericht aus der Praxis

Kontextualisierung der „master's tools“

Der Grundsatz „Gleiches Entgelt für gleiche Arbeit“ ist seit 1957 als einer der zentralen Grundsätze im Recht der Europäischen Union verankert. Seither sind eine Vielzahl von Richtlinien ergangen, mit welchen die EU anstrebt, Diskriminierung, unter anderem aufgrund des Geschlechts, aus dem Binnenmarkt zu verbannen. In Österreich sind diese unionsrechtlichen Richtlinien gegen Diskriminierung für die Privatwirtschaft im Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) verankert.

Das GIBG normiert damit einige der wohl medial meist diskutierten feministischen Forderungen der vergangenen Dekaden:

- Es ist das nationale Gesetz gegen **Equal Pay-Diskriminierung**, verpflichtet große Unternehmen dazu, über Entgeltgefälle Bericht zu legen und gibt Individuen ein Werkzeug in die Hand, um sich dagegen zu wehren, wenn sie selbst beim Entgelt benachteiligt werden.
- Es verbietet **sexuelle Gewalt** in weiten Bereichen der Privatwirtschaft – vom Arbeitsplatz bis zur Fahrschule – und schreibt Arbeitgeber*innen vor, wie sie ihre Arbeitnehmer*innen vor Übergriffen zu schützen haben. Es ist damit eine der wichtigsten Normen im Kampf gegen **#metoo**.
- Darüber hinaus will das GIBG ein wichtiges Instrument dafür sein, die **Vereinbarkeit von Beruf und Familie** sicherzustellen und schützt vor Diskriminierung in Zusammenhang mit der Übernahme von Care-Arbeit.

Die Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) ist eine unabhängige staatliche Stelle, die im Bundeskanzleramt angesiedelt ist. Sie bietet von Diskriminierung betroffenen Personen kostenfreie Beratung auf Basis dieser Norm und unterstützt sie bei der Durchsetzung ihrer Rechte. Im letzten Berichtszeitraum an den Nationalrat (2022/2023) führte die GAW 5.777 Beratungen durch.

In unserem Beratungsalltag sind wir mit einer großen Bandbreite an Fällen konfrontiert, welche zu rund 48 % (teils intersektionale) Geschlechterdiskriminierung¹ betreffen. Das Gleichbehandlungsgesetz, auf dessen Grundlage wir beraten, reguliert die gesamte private Arbeitswelt – von Berufsausbildung, Berufsberatung bis hin zu allen Stadien eines Arbeitsverhältnisses in puncto Diskriminierung. Darüber hinaus normiert es Diskriminierungsverbote für Geschlechterdiskriminierung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, wozu auch der Zugang zu Wohnraum zählt.

Unser Mandat umfasst die Beratung und Unterstützung bei der Herbeiführung von Vergleichen sowie die Begleitung betroffener Personen vor der Gleichbehandlungskommission. Bei der

¹ Gleichbehandlungsbericht für die Privatwirtschaft 2022 und 2023 Teil II – Anwaltschaft für Gleichbehandlung (2024).

Gleichbehandlungskommission handelt es sich um ein sozialpartnerschaftliches zusammengesetztes Gremium, das ebenfalls im Bundeskanzleramt angesiedelt ist und prüft, ob das Gleichbehandlungsgesetz verletzt wurde. Dies tut es insbesondere in Form einer mündlichen Befragung aller relevanten Auskunftspersonen sowie unter Einbeziehung etwaiger Beweismittel und anschließender Erstellung eines sogenannten „Prüfungsergebnisses“, welches in Gerichtsverfahren als Beweis herangezogen werden kann und von welchem ein Gericht nur mit Begründung abweichen darf. Die Gleichbehandlungsanwaltschaft fordert darüber hinaus seit Jahren ein Recht, auch strategische gerichtliche Verfahren führen zu können; eine Forderung, welche bis dato noch nicht umgesetzt wurde. Diese Forderung besteht mitunter deshalb, weil sich aus den an uns herangetragenen Fällen Muster erkennen lassen, welche lediglich systemisch aufgreifbar sind.

Im Folgenden wollen wir mit der Brille zweier Gleichbehandlungsanwältinnen dieser Institution anhand möglichst repräsentativ ausgewählter Fallbeispiele einige dieser Muster besprechen und fragen, was das Antidiskriminierungsrecht derzeit zu einer **feministischen und fairen Wirtschaft** beitragen kann – und wo seine Grenzen liegen.

#metoo: Verbot sexueller Belästigung in der Privatwirtschaft

Wie bereits zu Eingangs erläutert, gilt das Verbot der sexuellen Belästigung des GIBG in weiten Teilen der Privatwirtschaft – vom Arbeitsplatz (von Büro bis Gastronomie), über die Inanspruchnahme der Leistungen einer Fahrschule, eines Restaurants oder Clubs bis hin zum Besuch von berufsbildenden Schulen wie HAK oder HTL.

Zur Einordnung dieses Belästigungsverbots in die übrige Rechtsordnung sei betont, dass es sich beim GIBG nicht um eine strafrechtliche, sondern eine zivilrechtliche Norm handelt, neben der es noch weitere Gesetze gibt, mit welchen sexualisierte Gewalt bekämpft werden soll. Das Strafrecht setzt, als härtestes Mittel der Rechtsordnung, einige Formen sexualisierter Gewalt auch außerhalb der Privatwirtschaft unter strafrechtliche Sanktion. Darunter fallen etwa geschlechtliche Nötigung (§ 202 StGB), sexuelle Belästigung (§ 218 StGB), Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung (§ 205a StGB) oder Vergewaltigung (§ 201 StGB). Sexuelle Belästigung ist in § 218 StGB deutlich strenger gefasst als im Gleichbehandlungsgesetz und umfasst nur „geschlechtliche Handlungen“ im Sinne der intensiven Berührung einer der Geschlechtssphäre zuzuordnenden Körperstelle. „Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung“ meint im Strafgesetzbuch ausschließlich einen Sexualkontakt, der unfreiwillig unter Ausnutzung einer Zwangslage oder nach vorangegangener Einschüchterung – jedoch ohne Gewalt oder Drohung² – erfolgt (vgl. § 205a StGB). Sachverhalte, welche unter die genannten Tatbestände fallen, wären, sofern sie in den vom GIBG erfassten Teilen der Privatwirtschaft stattfinden, von beiden Gesetzen sanktioniert. Das GIBG setzt im Verhältnis zum StGB allerdings schon früher an:

Nach dem Gleichbehandlungsgesetz liegt eine sexuelle Belästigung immer dann vor, wenn ein Verhalten gesetzt wird, das der sexuellen Sphäre zugehörig ist, die Würde einer Person beeinträchtigt oder dies bezweckt, für die betroffene Person unerwünscht, unangebracht oder anstößig ist und eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betroffene Person schafft oder dies bezweckt (vgl. § 6 sowie § 35 GIBG). Ebenfalls als verbotene sexuelle Belästigung gilt, wenn Arbeitgeber*innen schuldhaft unterlassen angemessene Abhilfe zu leisten, wenn sie von sexueller Belästigung im Betrieb wissen oder wissen müssen (vgl. § 6 Abs 1 Z 2 GIBG).

² Philipp in Höpfer/Ratz, WK² StGB § 205a Rz 13 (Stand 27.4.2020, rdb.at).

Der OGH³ hat den Begriff der sexuellen Belästigung im GIBG konkretisiert und festgehalten, dass die Erscheinungsformen vom „Erzählen freizügiger Witze, anzüglichen, sei es auch in „Komplimente“ verpackten, Bemerkungen über Figur und sexuelles Verhalten im Privatleben, unerwünschten Einladungen mit eindeutiger Absicht, „zufälligen“ Körperberührungen, Po-Kneifen, aufgedrängten Küssen, dem Versprechen beruflicher Vorteile bei „sexueller Willigkeit“, der Androhung beruflicher Nachteile bei sexueller Verweigerung, bis hin zur Zurschaustellung der Genitalien, sexueller Nötigung und Vergewaltigung“ reichen.

Das Verbot des GIBG greift in diesen Fällen dann, wenn alle in der Norm genannten Tatbestandselemente vorliegen. Das heißt etwa, dass das Erzählen sexistischer Witze würdevollverletzend und unerwünscht gewesen sein muss sowie eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt geschaffen haben muss, um einen Gesetzesverstoß darzustellen.

Nach Eindruck der Autorinnen sind die Fälle, welche bei der Gleichbehandlungsanwaltschaft aufschlagen, genauso breit gefächert wie die vom OGH genannten Beispiele, wobei die strafrechtlich relevanten Fälle nach unserer Einschätzung (hierzu gibt es leider keine Daten) nicht die Mehrheit darstellen. In den Jahren 2022/2023 erhielt die GAW 684 Anfragen zu sexueller Belästigung, die mehrheitlich Belästigungen am Arbeitsplatz betrafen. Außerhalb der Arbeitswelt wurden uns vor allem Belästigungen bei der Wahrnehmung von Gesundheitsdienstleistungen, bei Fahrschulstunden, beim Besuch von Sauna- und Wellnesseinrichtungen sowie im öffentlichen Verkehr geschildert.⁴

Die Rechtsfolge von Verstößen gegen das Belästigungsverbot des GIBG ist der Ersatz des Vermögensschadens (etwa Therapiekostenersatz) sowie jedenfalls Schadenersatz für die erlittene persönliche Beeinträchtigung (vgl. § 12 Abs 11 GIBG). Der Schadenersatz ist durch die belästigende Person an die betroffene Person zu leisten; im Fall schuldhaft unterlassener Abhilfe (auch) durch den*die Arbeitgeber*in. Der Ersatz für die erlittene persönliche Beeinträchtigung ist dabei so zu bemessen, dass dadurch die Beeinträchtigung tatsächlich und wirksam ausgeglichen wird und die Entschädigung der erlittenen Beeinträchtigung angemessen ist sowie Diskriminierungen verhindert. Er hat mindestens 1 000 Euro zu betragen (Vgl. §§ 12 Abs 11 und 12 Abs 14 GIBG). De facto liegen die gerichtlich zugesprochenen Beträge derzeit zwischen rund 1 000 bis 4 000 Euro (ohne Berücksichtigung des Vermögensschadens).⁵

Anhand der folgenden (unseres Erachtens typischen) Fallbeispiele wollen wir herausarbeiten, wie die Inanspruchnahme einer rechtlichen Beratung in einem Belästigungsfall nach dem GIBG verlaufen kann und welche Problemstellungen sich aus der Gesetzeslage im Zusammenspiel mit den gesellschaftlichen Strukturen, in welche die Fälle gebettet sind, ergeben:

Fall 1: Die „rechte Hand“ des Geschäftsführers

Fall 1 betrifft Frau X, welche die GAW mit folgender Schilderung kontaktierte: Frau X war zuerst als Filialleitung eines Einzelhandelsunternehmens tätig und wurde nach einiger Zeit zur Leitung für den österreichischen Markt – was für sie eine große Chance war. Auf einer Dienstreise, während welcher

³ OGH 5.6.2008, 9 ObA 18/08z.

⁴ Gleichbehandlungsbericht für die Privatwirtschaft 2022 und 2023 Teil II – Anwaltschaft für Gleichbehandlung (2024).

⁵ Auflistungen siehe etwa in *Körber-Risak* Das Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) und die Antidiskriminierungsbestimmungen des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinstG), in *Gruber-Risak/Mazal*, Das Arbeitsrecht - System und Praxiskommentar (39. Lfg 2022) Rz 170 und *Kletečka/Köck* in *Windisch-Graetz*, GIBG § 12 Rz 66.

eine neue Filiale eröffnet werden sollte, reiste auch ein Geschäftspartner aus einem anderen Unternehmen, Herr Y, an. Gemeinsam mit einer weiteren Kollegin fand ein feierliches Abendessen statt, bei welchem sich alle gut verstanden. Als Frau X sich später bettfertig machen wollte, rief Herr Y sie an und fragte nach ihrer Zimmernummer. Sie ging davon aus, dass er noch eine Frage zur morgigen Eröffnung habe, weshalb sie ihm die Nummer kurzerhand nannte. Als er da war, streckte sie ihren Kopf durch die Tür, um mit ihm zu sprechen. Er stieß die Tür auf und küsste sie. Frau X drückte sich weg, sagte ihm, er solle aufhören, doch er trug sie auf das Bett, legte sich auf sie und küsste sie weiter, bis sie ihn mit Verweisen auf die Tatsache, dass sie beide in einer Beziehung sind, schließlich überzeugen konnte, zu gehen. Sie rief kurz darauf sehr aufgelöst ihren Freund an und schilderte auch einer Freundin in mehreren WhatsApp-Nachrichten, was passiert war. Sie beschloss zum damaligen Zeitpunkt, keine Schritte zu setzen, da sie Herrn Y nicht wiedersehen würde und ihren Traumjob nicht gefährden wollte. Einige Monate später machte der Geschäftsführer des österreichischen Unternehmens Herrn Y allerdings zu seiner „rechten Hand“ am österreichischen Markt und damit de facto zu ihrem Vorgesetzten. Die Interaktionen mit ihm lösten bei ihr Schlafstörungen und Panikattacken aus, weshalb sie sich mit dem Ersuchen um Unterstützung an die GAW wandte. Es war ihr nach wie vor sehr wichtig, ihren Job nicht zu verlieren. Die Beraterin in der GAW unterstützte sie beim Verfassen einiger E-Mails an die Geschäftsführung mit dem Ziel, dass Frau X von Herrn Y getrennt werde, blieb aber auf Wunsch der Klientin zunächst im Hintergrund, um nicht zu riskieren, die Geschäftsführung in die Opposition zu Frau X zu bewegen. Der Geschäftsführer signalisierte Frau X in seinen E-Mails jedoch lediglich, dass er auch mit Herrn Y gesprochen habe, nicht wisse, wem er glauben solle und teilte ihr furchtlos mit, dass sie sich auf die Verkaufszahlen konzentrieren möge. Vor dem Ersuchen um Unterstützung hatte sie nur gutes Feedback zu ihrer Arbeit erhalten. Erst als der Geschäftsführer ein Schreiben unmittelbar durch die GAW erhielt, zog er Herrn Y vom österreichischen Markt ab. Als Frau X nach diesen Erlebnissen noch ein paar Wochen in Krankenstand bleiben musste, wurde sie nach einem Telefonat, in welchem ihr mitgeteilt wurde, sie solle keine „weiteren Probleme machen“ schließlich aufgrund der schlechten Zahlen des österreichischen Marktes gekündigt. Diese waren zwar tatsächlich nicht gut, hatten sich aber seit der Zuziehung des Herrn Y auch nicht verschlechtert. Daraufhin fand ein Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission statt, welches mehrere Monate in Anspruch nahm. Schließlich wurde Frau X Recht gegeben und festgehalten, dass sie sexuell belästigt worden war, keine angemessene Abhilfe erhalten hatte und schließlich auch diskriminierend gekündigt worden war, da die Kündigung zu gegebenem Zeitpunkt zwar nicht ausschließlich, aber auch wegen der Beschwerde über die Belästigung erfolgt war. Frau X war durch ihre Beschwerde plötzlich nicht mehr als Stütze in einem schwierigen Markt, sondern als Mitarbeiterin, die „Probleme macht“ wahrgenommen worden. Ihre glaubwürdige Schilderung, vorhandene zeitnah gesendete WhatsApp-Nachrichten sowie die Aussage ihres (Ex)-Partners waren im Verfahren ausschlaggebend. Frau X erhielt mehrere tausend Euro Schadenersatz und kommunizierte der GAW, dass sie primär froh war, dass sie schließlich seitens einer staatlichen Institution Recht erhalten hatte und das Verhalten des Belästigers sowie des Unternehmens pönalisiert worden war. Sie war gleichzeitig nach wie vor belastet durch den Vorfall und die Tatsache, dass sie trotz des Versuchs, möglichst strategisch und vorsichtig vorzugehen, ihren Traumjob verloren hatte und ihr seitens des Unternehmens zu keiner Zeit geglaubt worden war. Der Belästiger leistete zwar Schadenersatz, insistierte aber bis zum Schluss, alle seine Handlungen seien konsensual gewesen.

Fall 2: Der Unersetzbare

In einem weiteren Fall in der Arbeitswelt wandte sich Frau A an die Gleichbehandlungsanwaltschaft und schilderte über das Arbeitsverhältnis, in welchem sie sich zum gegebenen Zeitpunkt noch befand, das folgende: Bereits zu Beginn kamen zwei Personen aus der Führungsebene unabhängig voneinander zu ihr und teilten ihr mit, dass es schon Vorfälle sexueller Belästigung durch ihren Vorgesetzten

gegeben habe und sie es bitte melden solle, wenn er auch sie belästige. Schließlich drückte ihr Vorgesetzter ihr vor anderen Personen ein „Bussi“ auf die Wange. Wenn sie zu zweit waren, stellte er ihr Fragen zu ihrem Privatleben. Zweimal fasste er ihr an den Oberschenkel. Er verbat ihr auch, mit manchen Kollegen zu sprechen. Sie beschloss schließlich, einem der Geschäftsführer von den Vorfällen zu erzählen. Als ihr Vorgesetzter durch die Geschäftsführung mit den Vorwürfen konfrontiert wurde, leugnete er alles; die Belegschaft, welche beim aufgedrückten Bussi anwesend gewesen war, bestätigte aber die Behauptungen der Frau A. Das Ergebnis ihres Ersuchens, vor ihrem Vorgesetzten geschützt zu werden, war, dass man entschied, dass dieser seine Führungsposition behalten werde, da die Vorfälle nicht so gravierend seien und er seit langem einen sehr wichtigen Beitrag im Unternehmen leiste. Sie müsse akzeptieren, dass man sie nicht anders einsetzen könne, müsse aber keine Termine mehr zu zweit mit ihm wahrnehmen. Ihr Vorgesetzter verbreitete inzwischen über den „Flurfunk“ die Information, dass Frau A ihn fälschlicherweise angeschuldigt habe. Frau A wollte die Situation insbesondere unter Berücksichtigung dessen nicht hinnehmen, dass sie von mehreren Seiten informiert worden war, dass es sich bei ihr nicht um die einzige Betroffene handle. Sie wandte sich an die GAW. Diese verfasste ein Schreiben an das Unternehmen, in welchem die Gleichbehandlungsanwältin kommunizierte, dass das Unternehmen hafte, wenn es wissentlich nicht adäquat sicherstelle, dass weitere Personen vor Belästigung geschützt sind. Für die mangelnde Abhilfe im Fall der Frau A forderte sie Schadenersatz, da man Frau A von Anfang an einer Person ausgesetzt hatte, von welcher man erwartete, dass sie sie belästigen werde. An den Belästiger verfasste die GAW ein Schreiben mit einer Aufforderung zur Stellungnahme und einer Schadenersatzforderung. Da dem Unternehmen daran gelegen war, den Betriebsfrieden zu wahren, wurde zeitnahe ein Vergleich geschlossen, in welchem das Unternehmen sowie der Vorgesetzte sich zur Schadenersatzleistung verpflichteten und für alle Parteien eine Verschwiegenheitserklärung vereinbart wurde. Darüber hinaus fand man für Frau A eine neue gleichwertige Stelle im Unternehmen, womit sie einverstanden war.

Fall 3: Übergriffiger Fahrlehrer

In einem Fall, welcher sich außerhalb der Arbeitswelt zutrug, wandte sich Frau C an uns und schilderte den Verlauf ihrer Fahrstunden für den Traktorführerschein: Bei ihrer ersten Fahrstunde teilte ihr Fahrlehrer ihr mit, dass er sich schon auf sie gefreut habe, da sie so hübsch sei. Er hatte sie schon bei der Terminvereinbarung gesehen. Er fragte sie, ob sie einen „Hawara“ habe. Als er neben ihr Platz nahm meinte er, dass sie nun „kuscheln gehen“ würden. Beim rückwärts einparken, griff er in das Lenkrad, indem er seine Hand auf ihre legte und ihre Finger mit seinen umklammerte. Zurück im „Fahrlehrerkammerl“ erklärte er ihr noch etwas und machte dabei einen sexistischen Witz. Danach stattete er den Raum mit Heizstrahlern aus und meinte, dass er „hier heute noch was vorhabe“. Frau C war unter gegebenen Umständen besorgt, dass das Vorhaben sie involvieren könnte und ging. Sie wandte sich an die Gleichbehandlungsanwaltschaft, da sie fürchtete, dass er auch gegenüber anderen Frauen oder jüngeren Mädchen ähnlich agieren könnte. Die GAW verfasste ein Schreiben an den Fahrlehrer sowie an die Fahrschule. Die Fahrschule wies sie darauf hin, dass auch von der Fahrschule der Schadenersatz für das Fehlverhalten ihres Arbeitnehmers verlangt werden könne, sofern er selbst nicht bezahlt und legte arbeitsrechtliche Konsequenzen für diese nahe. Der Eigentümer versprach, Konsequenzen zu setzen. Ob er dies in irgendeiner Form getan hat, ist nicht bekannt; der Lehrer ist jedenfalls bis dato im Unternehmen beschäftigt. Die Betroffene erhielt allerdings die geleisteten Zahlungen rückerstattet. Vom Fahrlehrer verlangte die GAW Ersatz für den übrigen Vermögensschaden, der durch den Fahrschulwechsel entstanden war sowie Schadenersatz für die erlittene Würdeverletzung. Der Fahrlehrer nahm mit einem anwaltlichen Schreiben Stellung und behauptete, Frau Cs Schilderungen seien falsch oder aus dem Kontext gerissen, er würde aber in Zukunft „noch mehr“ auf sein Verhalten und seine Wortwahl achten. Frau C überlegte sich zunächst,

weitere Schritte gegen den Fahrlehrer und die Schule zu setzen, um sicherzustellen, dass es sich nicht nur um Lippenbekenntnisse handle; sie entscheidet sich schließlich allerdings dagegen und wies darauf hin, dass das Wechseln der Fahrschule sie bereits einiges an Zeit (etwa für die zusätzlichen Fahrstunden) gekostet hatte.

Was kann das Regulativ?

Aus den geschilderten Fällen lassen sich einige Aussagen dazu treffen, was durch die rechtlichen Verbote erreicht werden kann und wo deren Limitationen liegen. In keinem der Fälle wurde den Vorstellungen der Klientinnen vollends entsprochen. Keine Intervention bleibt jedoch vollends frei von positiver Wirkung. Werfen wir zunächst das Augenmerk auf die Stärken des GIBG:

Abhilfe

In den Fällen 1 und 2 aus der Arbeitswelt werden die Betroffenen nach Intervention der GAW von ihren Belästigern getrennt und müssen keine weiteren Interaktionen mit diesen dulden. Das Gesetz verpflichtet Arbeitgeber*innen zum unverzüglichen⁶ Schutz der Betroffenen vor den Belästiger*innen und sanktioniert eine Verfehlung mit einer Haftung der Arbeitgeber*innen. Der Wunsch nach Abhilfe durch das Unternehmen, ist, so der Eindruck der Autorinnen, im Grunde immer das Hauptanliegen jener Betroffenen, die sich in aufrechten Arbeitsverhältnissen an uns wenden und kann durch die Norm in gegebener Form eingefordert werden. Dies stellt aus unserer Sicht eine ihrer Stärken dar.

Anreiz für Prävention und Schutz

Besonders Fall 3 greift ein wiederkehrendes Muster in unserer Beratung auf: Betroffene wenden sich häufig an die GAW, wenn bzw sobald sie selbst nicht damit rechnen müssen, dass dies für sie bedeutsame nachteilige Auswirkungen haben könnte, um andere Personen vor dem*der Belästiger*in zu schützen. In Arbeitsverhältnissen geschieht dies etwa, wenn Betroffene bereits entschieden haben, das Unternehmen mangels Unterstützung durch die Führungskräfte zu verlassen. Das GIBG bietet hier die Möglichkeit, Schadenersatzansprüche gegenüber Arbeitgeber*innen geltend zu machen, *nachdem* die Person aus dem Unternehmen ausgetreten ist und gleichzeitig für die übrige Belegschaft die Einhaltung der Fürsorgepflicht zu verlangen.⁷ Interventionen der GAW können in diesem Kontext etwa Mahnungen oder Beendigungen von Belästiger*innen oder die Implementierung von Abhilfeprozessen für die Zukunft zur Folge haben.

Pönalisierung und rechtliche Anerkennung der Verletzung

Insbesondere Fall 1 verdeutlicht einen Aspekt, dem in der Beratung in Belästigungsfällen regelmäßig große Bedeutung zukommt. Personen, welche belästigt wurden, leiden häufig sehr darunter, wenn ihnen in ihrem Arbeitsumfeld nicht geglaubt wird. Neben der emotionalen Belastung kann dies einen massiven Reputationsschaden sowie – wie in Fall 1 gegeben – auch berufliche Nachteile zur Folge haben. Für Betroffene ist es, so der Eindruck der Autor*innen, daher häufig von großer Bedeutung, wenn ihnen im Rahmen eines förmlichen staatlichen Verfahrens Recht gegeben wird und sie darauf verweisen können. In zivilrechtlichen Verfahren nach dem GIBG gilt ein geringeres Beweismaß (vgl. § 12 Abs 12 GIBG) als in strafrechtlichen Prozessen. So kann etwa mit einer glaubhaften Schilderung der betroffenen Person und zeitnah gesendeten Nachrichten (auch hier sei wieder auf Fall 1 verwiesen) regelmäßig eine Feststellung einer Diskriminierung in einem kostenfreien Verfahren durch die Gleichbehandlungskommission erreicht werden. Dies leistet einen Beitrag dazu, dass Betroffenen vom

⁶ OGH 17.03.2004, 9 ObA 143/03z.

⁷ OGH 22.3.2024, 8 Ob A 70/23m.

Rechtsstaat der Rücken gestärkt wird – und sie bei der Wiederherstellung bzw beim Schutz ihrer Reputation unterstützt werden. Das kann, so unser Eindruck, für Betroffene stabilisierend wirken.

Was fehlt dem Regulativ?

Höhere Schadenersatzbeträge (?)

In der Literatur wird mitunter die Höhe des Schadenersatzanspruchs kritisiert, da dieser nicht, wie unionsrechtlich gefordert, abschreckend ist (vgl. Art 18 RL 2006/54/EG). Die zugesprochenen Beträge seien zu gering, um präventiv wirken zu können. Rechtsanwältin und *Gahleitner*⁸ etwa ist der Ansicht, dass „eine Art Tagsatzsystem“, „bei dem einkommensabhängig und je nach der Schwere der Belästigungshandlung ein Mindestschadenersatz festzulegen wäre“ deutlich effektiver wäre. *Majoros*⁹ betont, dass die präventive Wirkung des Schadenersatzes „in erheblichem Ausmaß von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit desjenigen“ abhängig ist, „der diesen Betrag zu zahlen hat“ und plädiert für deren Berücksichtigung sowie eine Erhöhung der Schadenersatzbeträge.

Diesbezüglich stellt sich den Autorinnen die wohl weniger juristische als vielmehr soziologische Frage, ob überhaupt davon ausgegangen werden kann, dass mehr Individuen von Belästigungen Abstand nehmen würden, wenn die Schadenersatzbeträge angehoben werden, handelt es sich bei Belästigungen wohl häufig nicht um Verstöße, welche rational und unter Erwägung aller rechtlichen Konsequenzen geplant werden. Darüber hinaus entsteht im Rahmen unserer Beratung häufig der Eindruck, dass für (vermeintliche) Belästiger*innen der befürchtete Reputationsschaden und damit einhergehende Nachteile ohnedies klar im Vordergrund stehen und die Sorge vor *diesen* abschreckend wirkt. Unseres Erachtens könnte ein höherer Schadenersatz sinnvoll sein, um dem Handlungsunwert angemessener zu begegnen, während die Präventionswirkung einer solchen Anhebung nur dann ins Treffen geführt werden sollte, wenn es hierfür soziologische Evidenz gibt. Der Vorschlag den Schadenersatz anzuheben greift allerdings ohnedies schlicht zu kurz.

Im Sinne der Abschreckung (oder Prävention) bedeutsamer erscheint aus unserer Sicht in einem ersten Schritt, Arbeitgeber*innen verstärkt in die Pflicht zu nehmen. Unterstützen Arbeitgeber*innen (vermeintliche) Betroffene nicht mit angemessener Sorgfalt, wenn sie eine Belästigungsbeschwerde erreicht, kann mit einem immateriellen Schadenersatz von rund 1000 bis 2 000 Euro jedenfalls keine abschreckende Wirkung erzielt werden. Solche Beträge sind kein Anreiz zur Implementierung eines funktionalen Abhilfeprozesses. Ernstzunehmende Verwaltungsstrafen für Unternehmen, welche nachweislich keine angemessene Abhilfe geleistet haben, erscheinen uns geeignet, tatsächliche Veränderung in Unternehmensstrukturen herbeizuführen und die Einrichtung von Meldeprozessen für Unternehmen wirtschaftlich interessant zu machen.

Verwaltungsstrafrecht als effektiveres (zusätzliches) Mittel

(Vermeintliche) Belästiger*innen bringen in ihren Stellungnahmen häufig vor, der Vorwurf der Belästigung fuße auf einem Interesse der Betroffenen, einen wirtschaftlichen Vorteil zu lukrieren. Genauso wie in den drei Beispielfällen lässt sich aus unserer Beratungserfahrung jedoch konstatieren: Immaterieller Schadenersatz ist für Betroffene in aller Regel uninteressant. Erklärt man diesen in der Beratung, dass das GIBG für die Belästigung nicht eine „Strafe“ durch den Staat vorsieht, sondern, dass sie selbst Schadenersatz fordern können, empfinden manche Personen dies sogar als bizarr und es ist

⁸ In 40 Jahre Gleichbehandlungsgesetz – Europäische Impulse bei der Gleichstellung der Geschlechter, DRdA 2019, 391 (404).

⁹ In Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadens im Gleichbehandlungsgesetz, DRdA 2007, 515.

ihnen unangenehm, eine Geldleistung für die Belästigung zu fordern. Faktum ist, dass das Einfordern eines Schadenersatzes aus rechtlicher Sicht ihre einzige Handlungsoption ist. Häufig entscheiden sie sich daher, auch bei anfänglichen Zweifeln, dazu, diese Möglichkeit wahrzunehmen. Was die große Mehrheit damit erreichen will, lässt sich unseres Erachtens mit dem Wunsch nach Spezialprävention (der*die Belästiger*in soll gestoppt werden), Generalprävention (das Arbeitsumfeld soll abgeschreckt werden) und Sanktionierung abschließend zusammenfassen. Dies sind klassische Zielsetzungen strafrechtlicher Normen. In seiner derzeitigen Ausgestaltung erscheint das GIBG allerdings nur bedingt adäquat, um diese zu erreichen, während Prävention im Sinne einer „abschreckende Wirkung“ aber auch unionsrechtlich gefordert ist. Mit der Wahl zivilrechtlicher Schadenersatzansprüche anstatt verwaltungsstrafrechtlicher Geldstrafen nimmt der Gesetzgeber eine Wertung betreffend den Handlungsunwert vor, welche mitunter einen schalen Beigeschmack hinterlässt. *Gahleitner*¹⁰ arbeitet dies heraus, wenn sie betont, „dass der Gesetzgeber im Rahmen der Vorschriften zum Lohn- und Sozialdumping schon das Nichtbereithalten von Lohnunterlagen pro AN mit einer Geldstrafe von € 1.000,- bis € 10.000“ bestraft. Vergleicht man den Handlungsunwert mit dem einer sexuellen Belästigung ergibt sich, konstatiert sie, kein angemessenes Verhältnis. Dem ist zuzustimmen. Die Wahl des schadenersatzrechtlichen Rechtsschutzregimes hat jedoch weitere praktische Nachteile.

Das zivilrechtliche Verfahren, welches zur Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen nach dem GIBG vonnöten ist, überträgt die emotionale, wirtschaftliche und zeitliche Last für die Sanktionierung sexueller Belästigungen vollständig auf die Betroffenen, sofern die Belästigung nicht in das ordentliche Strafrecht fällt. Der „Fahrlehrerfall“ verdeutlicht, dass dies zur Folge haben kann, dass gewisse Belästigungen gar nicht verfolgt und adäquat sanktioniert werden. Dies ist regelmäßig dann gegeben, wenn die Betroffenen durch die Belästigung zu belastet sind, die Sache abschließen wollen oder auch, wie in Fall 3, nicht aus rein altruistischen Motiven Zeit und Energie zu opfern bereit sind. Auch die Dauer des Verfahrens, welche regelmäßig über ein Jahr beträgt, wirkt für viele Menschen abschreckend. Darüber hinaus ist der entstandene Schaden teils schwer quantifizierbar, was Verhandlungen verunsichert und den Schadenersatz – da Betroffene vermeiden wollen, zu überklagen – bei eher geringen Beträgen „einzementiert“ hat.

Zumindest ergänzend erscheint daher einer Verankerung eines Belästigungsverbots im Verwaltungsstrafrecht äußerst sinnvoll. Dies würde die Ahndung des Verstoßes den Behörden – und nicht den Betroffenen – auferlegen, eine raschere Sanktionierung mit einem nicht verhandelbaren Betrag ermöglichen, was für das Erreichen einer abschreckenden Wirkung relevant erscheint. Darüber hinaus ist eine, nach Ansicht der Autorinnen sehr bedeutsame, Berücksichtigung der Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse der beschuldigten Person dem Verwaltungsstrafrecht immanent.¹¹ So würde ein wichtiges Anliegen – die Sicherstellung eines möglichst belästigungsfreien Arbeitsumfelds sowie einer belästigungsfreien Inanspruchnahme von Dienstleistungen – nicht auf dem Rücken der ohnedies bereits belasteten Betroffenen erstritten. Es wäre kollektiviert.

Fehlerkorrektur: Das absolute Minimum

*Rebhahn/Windisch-Graetz*¹² halten zum GIBG vollkommen treffend fest: „Ein Kennzeichen des österr Antidiskriminierungsrechts ist ohne Zweifel die mangelhafte Legistik. (...) Offenbar konnte man schon bei Schaffung des GIBG 2004 innerhalb der Mehrheitsfraktionen keine politische Einigung finden

¹⁰ In 40 Jahre Gleichbehandlungsgesetz – Europäische Impulse bei der Gleichstellung der Geschlechter, DRdA 2019, 404.

¹¹ *Weilguni* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG³ § 13 Rz 3 (Stand 1.7.2023, rdb.at).

¹² In *Windisch-Graetz*, GIBG Einleitung Rz 42.

und fand dann keine Zeit mehr, das politisch nun Gewollte legislativ ordentlich umzusetzen, was in der Folge auch bei den Novellierungen beibehalten wurde.“ Das GIBG ist durchsetzt von bizarr anmutenden Fehlern in der Systematik, die wohl nur partiell vom Gesetzgeber geplant gewesen sein dürften. Die so entstandenen Schutzlücken haben für Betroffene reale Konsequenzen. Ein markantes Beispiel hierfür, lässt sich anhand des Fall 3 gut darstellen. Das GIBG sieht nur für Arbeitgeber*innen vor, dass diese sicherstellen müssen, dass Arbeitnehmer*innen vor Belästigungen durch sogenannte „Dritte“ geschützt sind (vgl. § 6 Abs 1 Z 2 GIBG). Für den Bereich der Dienstleistungen gilt diese Abhilfepflicht nicht (vgl. § 35 GIBG). Unternehmen können zwar für das Verhalten ihrer „Gehilfen“ unter gewissen Umständen zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet werden; es trifft sie aber nach dem GIBG keine Pflicht, im Fall von Belästigung angemessene Abhilfe zu leisten und sicherzustellen, dass es nicht zu weiteren Vorfällen kommt. Selbiges gilt, da die Norm speziell „Arbeitgeber*innen“ verpflichtet, im Grunde auch für sexuelle Belästigungen in Berufsschulen durch Lehrkräfte oder bei der Berufsberatung durch die Berater*innen. Das Verhältnis des GIBG zu anderen, etwa schulrechtlichen Normen, ist völlig unklar. Aus Sicht der Autorinnen wäre es mehr als wünschenswert, dass das GIBG zumindest in puncto Systematik korrigiert wird und unbeabsichtigte Schutzlücken und die damit einhergehenden Wertungswidersprüche behoben. In diesem Zusammenhang wäre auch das Zuständigkeitslabyrinth, welches sich aus der jedenfalls zu großen Anzahl an Antidiskriminierungsgesetzen ergibt, zu adressieren, um sicherzustellen, dass Betroffene auf dem Weg zur Suche nach Unterstützung nicht verloren gehen.

Was fehlt in der Gesellschaft und kann nicht vom Regulativ gelöst werden?

Selbst bei möglichst evidenzbasierter Ausgestaltung von Belästigungsverboten können diese keineswegs alleine sicherstellen, dass unsere Arbeitsplätze, Freizeitaktivitäten, Arztbesuche etc. Räume sind, in welchen möglichst keine sexuelle Belästigung stattfindet. In Folgenden möchten wir ein paar Aspekte schildern, welche uns in der Beratung begegnen und nicht kurzfristig mit Verboten verändert werden können.

Hierarchiegefälle: „Hohe Tiere“ und „unersetzliche Genies“

Sowohl in Fall 1 als auch in Fall 2 ist der Belästiger ein wichtiger Akteur im Unternehmen. Im Fall 1 ist er die „rechte Hand“ des Geschäftsführers, im Fall 2 ein langjähriger Mitarbeiter, welcher aufgrund seiner Leistungen als schwer ersetzbar gilt. Die betroffene Person ist in beiden Fällen eine jüngere Frau, die ohne großen Aufruhr ausgetauscht werden kann. In Fall 1 wird sie gekündigt, in Fall 2 wird sie versetzt. Die Betroffenen sitzen in den Strukturen zumeist weiter unten als die Belästiger*innen, weshalb Belästiger*innen einerseits berechtigterweise antizipieren dürfen, dass ihr Fehlverhalten von diesen nicht aufgezeigt werden wird. Ist dies wider Erwarten dennoch der Fall, ist es aufgrund der Hierarchie in der Regel einfacher für Entscheidungsträger*innen, den „Betriebsfrieden“ wiederherzustellen, indem diese – dem gesetzlichen Benachteiligungsverbot (vgl. § 13 GIBG) zum Trotz – die Betroffenen kündigen oder versetzen. So schützen starke, undurchlässige Hierarchien in Unternehmen – unabhängig davon, ob diese auf die Unternehmensstruktur oder die Wahrnehmung einer Person als „unersetzbar“ zurückzuführen sind – letztendlich Belästiger*innen.

Bewusstsein, Haltung und Repräsentanz

Regelmäßig kommt es, wie im Fall 1, dazu, dass in Belegschaft und Führungsebene eine mentale Opfer-Täter-Umkehr stattfindet und die betroffene Person nach der Meldung ein Arbeitsumfeld vorfindet, welches ihr nicht mehr wohlgesonnen ist. Dies, da man ihr kollektiv nicht glaubt oder ihre Reaktion als übertrieben wahrnimmt. Das ist jedoch kein Automatismus und kann, wie in Fall 2 zumindest ansatzweise gegeben, durch ein Einschreiten des Unternehmens sowie ein Abfangen des „Flurfunks“ unterbunden werden. Die unternehmensinterne Aufarbeitung eines Belästigungsvorfalles ist neben

bzw. nach der rechtlich gebotenen Abhilfe von größter Bedeutung, um sicherzustellen, dass Betroffene nicht auch nach Ende der Belästigung in einem sehr unangenehmen Umfeld weiterarbeiten müssen. Eine kommunikative Positionierung der Führungsebene ist in vielen Fällen letztendlich unerlässlich. Es macht einen greifbaren Unterschied für den Ausgang von Belästigungsfällen, ob in der Führungsebene Personen sitzen, welche dazu beitragen möchten, dass Menschen in ihrem Unternehmen vor Belästigung geschützt sind und anerkennen, dass so etwas auch in ihrem Betrieb selbstverständlich vorkommen kann. Hierfür braucht es neben gesetzlichen Normen weiter Bewusstseinsbildung in der Gesellschaft wie sie etwa durch die #metoo-Debatte vorangetrieben wurde.

In diesem Zusammenhang erscheint uns auch persönliche Betroffenheit der Führungskräfte von Bedeutung. Wir erleben in unseren Unternehmensschulungen von Führungskräften häufig, dass insbesondere Männer größere Besorgnis darüber äußern, fälschlicherweise beschuldigt zu werden, belästigt zu haben, als darüber, dass es im Unternehmen zu Belästigungen kommt. Bei Frauen ist dies, so unser Eindruck, in der Regel umgekehrt. Im Ergebnis erscheint uns daher neben Bewusstseinsbildung auch die Repräsentanz von Frauen in der Führungsebene ein Faktor, welcher bei einem adäquaten Umgang mit Belästigungsfällen im Betrieb eine positive Rolle spielen kann. Bewusstsein, Haltung und Repräsentanz erscheinen auch betreffend die nächste Thematik des Gleichbehandlungsrechts, welcher hier behandelt werden soll, relevant:

Equal Pay – Gleicher Lohn für gleiche und gleichwertige Arbeit

Das Gleichbehandlungsrecht versucht diskriminierender Entlohnung sowohl auf systematischer als auch auf individueller Ebene entgegenzuwirken. § 3 Z 2 GIBG regelt den individuellen Anspruch, nicht aufgrund des Geschlechts beim Entgelt diskriminiert zu werden. Der Tatbestand arbeitet idR mit einer Vergleichsperson, diese kann auch fiktiv sein. Es kann also z.B. auch das Gehalt des Vorgängers in derselben Funktion herangezogen werden. Als Rechtsfolge sieht der Tatbestand vor, dass man drei Jahre rückwirkend das Gehalt, das man bei nichtdiskriminierender Bezahlung erhalten hätte, einklagen kann. Zusätzlich kann ein Betrag für die dadurch entstandene Würdeverletzung gefordert werden, der idR nicht mehr als 1000-4000 Euro beträgt. Zusätzlich besagt § 11 GIBG, dass bei betrieblichen Einstufungsregelungen und Normen der kollektiven Rechtsgestaltung bei der Regelung der Entlohnungskriterien der Grundsatz des gleichen Entgelts für gleiche Arbeit oder eine Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird, zu beachten ist. Die Überprüfung von Kollektivverträgen (KollIV) auf die Angemessenheit (Gleichwertigkeit) ihrer Einstufungskriterien kann allerdings im Hinblick auf das in Österreich bestehende Prinzip der KollIV-Autonomie nicht in einem Normprüfungsverfahren mit genereller Wirkung, sondern nur im Einzelfall zwischen den Parteien eines Rechtsstreits erfolgen.¹³ § 11 verdeutlicht somit nur, dass diskriminierende Entlohnung auch aus einer kollektivvertraglichen Regelung resultieren kann.

In § 11a GIBG ist außerdem die Verpflichtung zur Erstellung von Einkommensberichten von großen Unternehmen (ab 150 Beschäftigten) verankert. Der Bericht darf keinen Rückschluss auf Einzelpersonen zulassen und lässt Arbeitgeber*innen die Wahl ob ein Median oder Durchschnittsentgelt in den jeweiligen kollektivvertraglichen oder – wenn verfügbar – betrieblichen Verwendungsgruppen angegeben wird. Eine Aufschlüsselung einzelner Entgeltbestandteile ist ebenso nicht erforderlich. Dies führt dazu, dass man über die Ursachen nomineller Einkommensunterschiede oft nur mutmaßen kann. Die Aufschlüsselung nach Männern und Frauen in den einzelnen

¹³ Hopf/Mayr/Eichinger/Erlner, GIBG2 (2021) § 11 Rz 3; vgl ErläutRV 735 BlgNR 18. GP 33.

Verwendungsgruppen führt lediglich dazu, dass häufig die sog. gläserne Decke sichtbar wird. Die Einkommensberichte sind schwer zugänglich und sollten sie entgegen der Vorschrift im GIBG nicht erstellt bzw. veröffentlicht werden, steht lediglich dem (Zentral)betriebsrat ein Anspruch auf Erstellung und Ausfolgung des Berichtes zu. Ohne Tätigwerden des Betriebsrates bleibt die Nichterstellung sanktionslos.

Das GBK/GAW-Gesetz eröffnet der GAW die Möglichkeit vom Sozialversicherungsträger Einblick in die Gehälter von konkreten Personen zu nehmen. Diese kann daher, ohne dass der Arbeitgeber davon erfährt eine Erstanalyse vornehmen, ob Einkommensunterschiede, die Personen nur vom Hören-Sagen bekannt sind, tatsächlich vorliegen. In den Jahren 2022/2023 bildeten Entgeltdiskriminierungen mit 8% der Anfragen in der Arbeitswelt nur einen kleinen Teil der Anfragen an die GAW ab.¹⁴ Die Anfragen weisen jedoch große Parallelen auf und können durchaus einen Einblick in das Problemfeld gleicher Lohn für gleiche und gleichwertige Arbeit geben. Anhand folgender beispielhaft gewählter Fälle wollen wir herausarbeiten, wie eine solche Beratung verlaufen kann und welche Problemstellungen sich aus der Gesetzeslage oder dahinterliegenden Strukturen ergeben:

Fall 1: Die geheimen Entgeltdaten

Eine gut ausgebildete Journalistin mit viel Berufserfahrung arbeitete mehrere Jahre als Redakteurin bei einer österreichischen Lokalzeitung. Ein offiziell einsehbares Gehaltsschema gab es in diesem Lokalmedium nicht und die Geschäftsführung legte Mitarbeiter*innen auch nachdrücklich nahe, ihre Gehälter „nicht an die große Glocke zu hängen“. Trotzdem erfuhr die Journalistin in informellen Gesprächen, dass alle ihre männlichen Kollegen höhere Einstiegsgehälter bekommen hatten als sie. Ein Kollege in vergleichbarer Position meinte zu ihr, dass er für das Geld, das sie aktuell verdiene, „keinen Finger krumm machen würde.“ Die Redakteure hatten auch kurz nach Jobeinstieg deutlich schneller und auch größere Gehaltssprünge gemacht als sie. In mehreren Anläufen ein besseres Gehalt auszuhandeln, konfrontierte die Journalistin die Geschäftsführung mit ihren Einblicken aus den Gesprächen mit männlichen Kollegen. Die Geschäftsleitung ging auf ihre Forderungen nicht ein. Es gäbe kein Geld und ihr Verhalten sei unkollegial, weil sie Kollegen durch ihre Nachfragen unter Druck setzen würde. Die Journalistin löste ihr Arbeitsverhältnis und brachte nach einiger Zeit einen Antrag bei der Gleichbehandlungskommission ein. Diese sollte prüfen, ob eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bei der Festsetzung des Entgelts und beim beruflichen Aufstieg vorliegt. Der mehrmaligen Aufforderung der Gleichbehandlungsanwaltschaft und der Gleichbehandlungskommission, Daten zu Vergleichspersonen nachzureichen (Jahresentgelte und Lebensläufe), kam der Arbeitgeber nicht nach. Begründet wurde dies mit Datenschutz. Die Geschäftsleitung legte aber ein „Standardgehaltsschema“ der Lokalzeitung vor und argumentierte, dass die Gehaltsunterschiede zwischen Kolleg*innen auf „sachlich gerechtfertigte Kriterien“ wie z.B. Tätigkeit, Qualifikation und Erfahrung zurückzuführen seien. Eine Entgeltdiskriminierung aufgrund des Geschlechts stritt die Leitung vehement ab. Bereits die Prüfung des vorgelegten Schemas durch die Gleichbehandlungsanwaltschaft ergab, dass überhaupt keine genauen Kriterien für die Gehaltssprünge festgelegt waren. Das Schema legte außerdem zwar eine Untergrenze, aber keine Obergrenze fest. Klar definierte Bandbreiten sind aber eine wichtige Eigenschaft für ein nachvollziehbares Gehaltsschema. Vergleichspersonen sind ein wichtiges Element, um Diskriminierungen festzustellen. Daher war es wichtig, die mangelnde Kooperation des Arbeitgebers durch alternative Datenquellen auszugleichen. Die Gleichbehandlungsanwaltschaft nutzte deswegen ihre Auskunftsrechte, um von der Sozialversicherung Daten zu im Unternehmen beschäftigten Vergleichspersonen anzufordern. Die anonymisierten Daten zeigten, dass die

¹⁴ Gleichbehandlungsbericht für die Privatwirtschaft 2022 und 2023 Teil II – Anwaltschaft für Gleichbehandlung (2024).

Einkommensunterschiede zwischen Frauen und Männern bei dieser Lokalzeitung eklatant hoch waren. Es konnte nachgewiesen werden, dass Männer grundsätzlich mit besseren Einstiegsgehältern als Frauen zu arbeiten begannen. Außerdem waren aus den Daten die viel rascheren Gehaltssprünge von Mitarbeitern im Gegensatz zu Mitarbeiterinnen in vergleichbaren Tätigkeiten ersichtlich. Auf Grundlage der Sozialversicherungsdaten und durch die hohe Vergleichbarkeit der Redakteur*innentätigkeiten konnte eine Diskriminierung zwischen den Geschlechtern nachgewiesen werden.

Fall 2: Brösl wegen der Knödlakademie

Frau H arbeitete für ein großes Medienunternehmen, sie hatte eine HBLA besucht und las den auf sie anwendbaren Kollektivvertrag durch, dieser rechnete die Schulbesuchszeiten an einer HAK und einer HTL vollumfänglich an, nicht jedoch jene an einer HBLA. Frau H fühlte sich (mittelbar) aufgrund des Geschlechts diskriminiert, hatte sie doch ebenso Fächer wie Rechnungswesen besucht. Sie ging davon aus, dass die Anrechnung nicht erfolgt war, weil HBLAs überwiegend von Frauen besucht wurden. Eine größere Einschlägigkeit für die berufliche Tätigkeit, konnte sie pauschal in einem HAK oder HTL Abschluss nicht erblicken. Sie wandte sich an die GAW, diese ging ebenso von einer mittelbaren Entgeltdiskriminierung aus. Frau Huber und die GAW wollten eine nachhaltige Änderung der Dienstzeitenanrechnung erwirken, die GAW beauftragt daher ein Gutachten, um anhand des Falles auch andere ähnlich gelagerte Fälle und Kollektivvertragsbestimmungen aufgreifen zu können. Das Gutachten kam zu folgendem Schluss: *„§ 6 Abs 3 lit b des relevanten Kollektivvertrags sieht vor, dass einschlägige, abgeschlossene Studien an Handelsakademien (HAK) und Höheren Technischen Lehranstalten (HTL) in der gewöhnlichen Dauer dieses Studiums bis zum Höchstausmaß von insgesamt 5 Jahren als Vordienstzeiten gelten. Die Ausbildung an HBLA, welche mittlerweile in Höhere Lehranstalten für wirtschaftliche Berufe (HLW) umbenannt wurden, ist nach Ansicht der GAW gleichwertig mit jener an HAK und HTL, weil es sich bei allen um berufsbildende höhere Schulen handelt, die sich in Ausbildungslänge (5 Jahre) und Abschluss (Matura) gleichstehen. HBLA und HAK gleichen sich auch darin, dass beide höhere Schulen mit wirtschaftlichem Schwerpunkt sind. Die Ausbildung an der HBLA können aus der Sicht der GAW einschlägig für Berufe im Unternehmen sein, da das Absolvieren einer HBLA die übliche Ausbildung etwa für den Beruf des_der Sekretär_in darstellt. Die Tatsache, dass das Studium an einer HBLA trotz Gleichwertigkeit mit HTL und HAK im Kollektivvertrag nicht als mögliche anrechenbare Vordienstzeit aufgezählt wird, könnte eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellen. HBLAs trugen lange Zeit explizit den Namen „Höhere Bundeslehranstalten für wirtschaftliche Frauenberufe“ und verfügen über einen hohen Anteil an weiblichen Absolventinnen. Die Nicht-Anrechnung von Ausbildungszeiten an Schulen, die als „typisch weiblich“ wahrgenommen wurden, hat daher einen Geschlechterbezug und trifft vorwiegend Frauen. – Kann die oben angeführte Regelung als diskriminierend gewertet werden, weil die Ausbildungen gleichwertig sind und somit eine mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der Festsetzung des Entgelts bei der Anrechnung allfälliger Vordienstzeiten vorliegt? Welche Prüfschritte sind im Einzelnen zu beachten? Nach den Daten der Statistik Austria waren im Schuljahr 1990/91 von 14.279 Schüler_innen der Höheren Schulen für wirtschaftliche Berufe 13.943 weiblich, das sind 97,64 %. An diesen Verhältnissen hat sich übrigens nicht viel geändert – auch im Schuljahr 2016/17 26.740 waren 23.418 SchülerInnen der HLW weiblich, das sind 87,57 %. Hinzugekommen sind noch Bezeichnungen der HBLAs im Volksmund als „Knödelakademie“. Demzufolge kann davon ausgegangen werden, dass es in den maßgeblichen Jahren vor 1996 weit über 90% weibliche Absolventinnen gegeben hat. Trotz unterschiedlicher Inhalte der Schulformen ist von einer Gleichwertigkeit auszugehen, da beide zum Studium berechtigen. Da die Regelung des § 6 des KV 1996 nur Auswirkungen auf die Einstufung hat, wirkt die Nichtanrechnung von HBLA-Studienzeiten mittelbar diskriminierend beim Entgelt. Die zu prüfende Frage ist, ob es dafür einen Rechtfertigungsgrund gibt. Ein genereller Ausschluss der*

*Anrechnung von HBLA-Studienzeiten ist sicher nicht zulässig, da es im Unternehmen viele verschiedene Tätigkeitsbereiche gab und gibt. Denkbar wäre aber eine tätigkeitsabhängige Anrechnung, zB HTL-Studienzeiten für technikaffine und HBLA-Studienzeiten für kaufmännische Bereiche. Eine derartige Splittung sieht aber der Kollektivvertrag nicht vor. Mangels Rechtfertigung ist daher bei einer Nichtanrechnung von HBLA-Studienzeiten von einer unzulässigen mittelbaren Entgeltdiskriminierung auszugehen.*¹⁵ Trotz des Gutachtens und einer positiven Entscheidung der GBK kann nur eine individuelle Einigung mit einer Anpassung der Vordienstzeiten und einer Schadenersatzzahlung für Frau H erzielt werden.

Was kann das Regulativ?

Das GIBG ist aktuell ein nützliches Instrument, um individuelle Entgeltansprüche durchsetzen zu können. Mit dem derzeit bestehenden Rechtsanspruch können Gehaltsunterschiede der letzten drei Jahre eingeklagt werden. Sobald eine Person einen stichhaltigen Anfangsverdacht hat oder aus dem Kollektivvertrag ablesbar ist, dass Arbeitsbewertung nicht geschlechtsneutral erfolgt ist, können Einzelpersonen sehr effektiv ihre Forderungen geltend machen. Der EuGH vertritt die klare Haltung, dass Informationen zur Entgeltbewertung so stark in der Arbeitgeber*innensphäre liegen, dass die reguläre Vorgehensweise im Zivilverfahren – wer eine Sache behauptet, muss sie beweisen – keine Anwendung finden kann. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes legt fest, dass Entgeltsysteme diskriminierungsfrei, transparent und nachvollziehbar sein müssen. Intransparenz geht zu Lasten der Arbeitgeber*innenseite.¹⁶ Außerdem dürfen Arbeitgeber*innen laut Oberstem Gerichtshof Frauen nicht allein aufgrund des „Verhandlungsgeschicks“ weniger Gehalt bezahlen, als männlichen Kollegen in vergleichbaren Positionen.¹⁷ Aufgrund des klaren Informationsmonopols des*der Arbeitgeber*in, hat die GAW auch umfangreiche Informationsrechte und kann Entgeltdaten vom Sozialversicherungsträger anfordern, dies ist ein durchaus nützliches Instrument wie Fall 1 zeigt. Auf diese Art und Weise kann bei Personen, die unter der Höchstbeitragsgrundlage in die SV einzahlen, eine Erstanalyse erfolgen, ob eine Verfahrensführung Sinn macht. Der individuelle Rechtsanspruch ist umfassend gestaltet. Geklagt werden kann selbst dann, wenn es gar keine Vergleichsperson mehr im Unternehmen gibt, man aber zB erfährt, dass der Vorgänger wesentlich mehr verdient hat. Das GIBG gibt also Personen individuell ein Mittel in die Hand sich gegen Entgeltdiskriminierung zu wehren, sofern eine Benachteiligung nachgewiesen werden kann, die aus derselben wirtschaftlichen Quelle stammt.

Was fehlt dem Regulativ?

Die GAW berät jährlich in etwa 85 Fällen zum Thema Gender-Pay-Gap. Personen finden in der Regel zur GAW, weil sie mit Kolleg*innen über das Gehalt gesprochen haben oder weil sie aufgrund ihrer Tätigkeit Einblick in die Gehaltsstruktur des Unternehmens haben. Strukturelles Gehaltsmonitoring in Form der gesetzlich vorgeschriebenen Einkommensberichte hat bisher weder zu einer Verkleinerung des Gender-Pay-Gap in Österreich geführt noch sind sie bisher (nennenswerter) Anstoß dafür gewesen als Individuum Rechtsberatung durch die GAW in Anspruch zu nehmen.¹⁸ Personen finden aktuell eigentlich nur rein zufällig heraus, dass sie weniger verdienen. Da die Entgeltdaten von Unternehmen kaum einsichtig sind und auch in Stellenausschreibungen nur das kollektivvertragliche Mindestentgelt angegeben werden muss, haben Arbeitnehmer*innen kaum Informationen zur Lohn und

¹⁵ *Mayr/Erler*, Gleicher Lohn für gleiche und Gleichwertige Arbeit – Rechtsgutachten für die Gleichbehandlungsanwaltschaft.

¹⁶ EuGH Danfoss C-109/77, Enderby C-127/92.

¹⁷ OGH 20.05.1998, 9 ObA 350/97d.

¹⁸ Vgl Böheim, Gust IZA DP No. 14206: The Austrian Pay Transparency Law and the Gender Wage Gap (2021).

Gehaltsstruktur in einem Unternehmen. Fehlendes Wissen darüber beim Entgelt benachteiligt zu werden, ist sicher eine der Ursachen dafür, warum in Österreich so wenige Verfahren zu diesem Thema geführt werden. Selbst mit dem Wissen, dass Kolleg*innen mehr verdienen, stehen Einzelpersonen immer noch sehr viele Hürden im Weg, wenn sie ihr Recht auf faire Bezahlung geltend machen wollen.

Im Gegensatz zu fast allen Ansprüchen im GIBG, kann es bei der Entgeltdiskriminierung um wirklich hohe Beträge gehen. Dies wirkt sich auf etwaige Verfahrenskosten aus. Wer das Verfahren nicht gewinnt, muss mit enormen Kosten rechnen. Selbst große Arbeitnehmer*innenvertretungsorganisationen müssen das Risiko einen Prozess zu verlieren sorgfältig abwägen. Auch wenn die GAW vor Gericht nicht vertritt, treten sowohl vor der GBK als auch vor Gericht regelmäßig die gleichen Probleme auf. Die Weitergabe von Entgeltdaten und das Spannungsverhältnis zur DSGVO stellt eine Herausforderung dar. Bisher ist nicht geklärt, wer an wen in welchem Umfang Entgeltdaten weitergeben darf. Personen können in der Regel mit gewissen biografischen Daten auch bei anonymisierten Tabellen noch eindeutig feststellen, um wen es sich bei den „anonymisierten Daten“ handelt, weil sie die biografischen Merkmale von Kolleg*innen in der Regel sehr gut kennen. In der Praxis sind Befragungen häufig bizarr und eine sinnvolle Vorbereitung auf ein Verfahren nur mit Weitergabe gewisser Informationen möglich. In der strengst möglichen Auslegung, müssten Personen ein Verfahren führen, ohne jemals selbst, die an die GAW übermittelten, Entgeltdaten gesehen zu haben. Sie müssten sich vollständig auf die Analyse der GAW verlassen und könnten eigentlich auch nicht selbst die ihnen entstanden Schadenssummen beziffern, weil sie offiziell nicht wissen dürfen, was Kolleg*innen verdienen.

Ein weiterer Fallstrick bei der Geltendmachung einer Entgeltdiskriminierung ist die Tatsache, dass es in den seltensten Fällen um Personen geht, die exakt die gleiche Tätigkeit ausüben und das Gesetz keine Definition von gleicher und gleichwertiger Arbeit enthält. Die vom EuGH herausgearbeiteten Kriterien, ob zwei Tätigkeiten gleichwertig sind, werden in der österreichischen Judikatur nicht flächendeckend angewandt, hier würde eine Legaldefinition sicher Abhilfe schaffen. In diesen Fällen kommen aber beinahe immer androzentrische Wertungen zum Tragen, es ist für Frauen oft schwer zu beweisen, dass sie ebenso viel Verantwortung tragen und ihre Tätigkeit gleich viel wert ist. Hier sei beispielhaft auf die unterschiedliche Bewertung von HAK und HBLA in Fall 2 verwiesen.

Wie das Fallbeispiel 2 zeigt, ist die größte Schwachstelle aus unserer Sicht allerdings die starke Individualisierung des Anspruches. Obwohl oft eine große Gruppe von diskriminierenden Mechanismen in Kollektivverträgen betroffen sind, können diese Ansprüche aktuell nicht abseits vom Individuum gerichtlich verhandelt werden. Gerade Fälle wie Fall 2 machen jedoch sichtbar, dass es sich nicht um ein individuelles Problem handelt, für das eine einzelne Person Kosten und Risiko tragen sollte, insbesondere, wenn im Nachhinein nicht einmal sichergestellt werden kann, dass der diskriminierende Effekt dann auch für die anderen Betroffenen beseitigt wird. Unternehmen kommt es billiger einer einzelnen Person eine Gehaltsdifferenz von drei Jahren zu zahlen als flächendeckend Gehälter anzupassen.

Viele der aufgegriffenen Probleme könnten in den nächsten Jahren jedoch deutlich besser werden, sofern Österreich die 2023 erlassene EU-Richtlinie zur Einkommenstransparenz ambitioniert umsetzt. In einigen Belangen sind jedenfalls deutliche Verbesserungen zu erwarten. So müssen Informationen zur Gehaltsstruktur im Unternehmen zukünftig genauer angegeben werden. Bewerber*innen haben zudem das Recht, Informationen über das Einstiegsgehalt und die Gehaltsstruktur zu erhalten. Gehaltsinformationen werden leichter zugänglich und man hat auch einen individuellen Anspruch darauf, Auskunft über das Gehaltsniveau im Unternehmen zu erhalten. Diese individuelle

Auskunftspflicht gilt für Unternehmen unabhängig von der Größe. Unternehmen mit mehr als 100 Mitarbeitenden müssen überhaupt öffentlich zugänglich regelmäßig Berichte über das geschlechtsspezifische Lohngefälle veröffentlichen. Auch eine gesetzliche Definition von Gleichwertigkeit wird nunmehr zu implementieren sein und könnte zu Verbesserungen im Lohngefälle beitragen. Wird ein Lohnunterschied von mehr als 5 % festgestellt, der nicht durch „objektive“ Kriterien gerechtfertigt ist, müssen Unternehmen Maßnahmen ergreifen, um die Ungleichheit zu beheben. Arbeitnehmer*innen können im Falle von Lohndiskriminierung Entschädigung einfordern. Die Richtlinie sieht eine Sonderbestimmung zum Kostenersatz vor: Wenn eine Person nicht offenbar missbräuchlich klagt, soll sie selbst, wenn sie den Prozess verliert, nicht die Kosten der Arbeitgeber*innenseite tragen. Die Richtlinie verankert auch eine Monitoringstelle, die neben der Überprüfung der eingemeldeten Berichte auch die Aufgabe haben wird, Berichte an die EU zum geschlechtsspezifischen Lohngefälle zu verfassen und auch ein Augenmerk auf die horizontale Segregation am Arbeitsmarkt in den Mitgliedsstaaten zu haben. Im Idealfall werden durch die Richtlinie auch umfassende Klagerechte für Institutionen wie etwa die GAW verankert, damit diskriminierende Entgelt Policies auch abseits vom Individuum aufgegriffen werden können. Während die neue Richtlinie durchaus ambitioniert ist und hoffentlich zur Minimierung des Gender Pay Gaps beitragen wird, sind viele Probleme mit ihr nicht lösbar.

Was fehlt in der Gesellschaft und kann nicht vom Regulativ gelöst werden?

Allein kann Einkommens-Transparenz die geschlechtsspezifische Lohnlücke nicht schließen. In vielerlei Hinsicht kommt die Transparenz zu spät – sie versucht Ungleichheiten zu beheben, die sich über den Lebensverlauf hinweg aufgebaut haben. Die Berichterstattung über die geschlechtsspezifische Lohnlücke und Einkommens-Transparenz im Allgemeinen müssen in einen ganzheitlichen, systematischen Ansatz eingebettet sein, der die Förderung der Geschlechtergleichstellung in der Gesellschaft, auf den Arbeitsmärkten und der Politik miteinschließt.¹⁹ Wichtige Maßnahmen um Einkommensunterschiede zu bekämpfen sind aus Sicht der Autorinnen zB Unterstützung bei der Vereinbarkeit von Familie und Beruf mit flächendeckendem Ausbau der Kinderbetreuung und guten Karenzmodellen sowie, Bemühungen zur Verbesserung der Aufteilung (derzeit) unbezahlter Arbeit und der Verbesserung des Zugangs von Frauen zu Führungspositionen.

Seit seiner Geburtsstunde ist das europäische Antidiskriminierungsrecht außerdem an die Bestrebung die Integration der Wirtschaft der EU voranzutreiben geknüpft. Die Eingriffe der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) in den sozialen Bereich mussten zunächst mit wirtschaftlichen Argumenten begründet werden. Bei den Verhandlungen ging es in erster Linie um die Notwendigkeit, die nationalen Sozialsysteme zu harmonisieren, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Die erste antidiskriminierungsrechtliche Bestimmung der EU Art 119 EG Vertrag (Entgeltgleichheit zwischen den Geschlechtern) war daher keine Maßnahme um die Geschlechtergleichstellung voranzutreiben, sondern um Lohn- und Sozialdumping in Sektoren zu vermeiden, die damals stark auf weibliche Arbeitskräfte angewiesen waren, wie z. B. die Textilindustrie.²⁰ Die Verankerung in der Marktmentalität wirkt bis heute fort und auch in vielen nachfolgenden antidiskriminierungsrechtlichen Richtlinien finden sich Verweise auf den Zweck, allen die Beteiligung am europäischen Arbeitsmarkt zu

¹⁹ Vgl OECD (2023), Reporting Gender Pay Gaps in OECD Countries: Guidance for Pay Transparency Implementation, Monitoring and Reform, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/ea13aa68-en>.

²⁰ *Sophie Jacquot*, « European Union Gender Equality Policies Since 1957 », Encyclopédie d'histoire numérique de l'Europe [online], ISSN 2677-6588, published on 22/06/20 , consulted on 29/04/2024. Permalink: <https://ehne.fr/en/node/12435>.

ermöglichen.²¹ Kritische Stimmen sehen daher im Antidiskriminierungsrecht eine Ausformung der europäischen Sozialpolitik die aufgrund der ihr zugrundeliegenden Marktlogik weder zur Dekommodifizierung der Arbeitskraft noch zu nennenswerter Umverteilung von Einkommen beiträgt.²²

Dies ist wohl in punkto Einkommenstransparenz durchaus zutreffend, Autor*innen eines der beiden Standardwerke zum GIBG schreiben zur restriktiven Auslegung welche Tätigkeiten als gleichwertig anzusehen sind: *„Die Preise werden vom Markt und damit von Angebot und Nachfrage nach der Arbeitsleistung und der Leistungsfähigkeit des Unternehmens bestimmt; es gibt in diesem System offenbar keinen „gerechten“ Preis. (...) Die Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebotes gegen den Markt stößt hier an eine immanente Grenze. Man wird Gleichwertigkeit daher nur bejahen, wenn zwar die AN nicht austauschbar sind, aber die Tätigkeiten nach den vom Markt erkennbar zugrunde gelegten Bewertungskriterien als gleichwertig anzusehen wären. Dies ist jedenfalls (aber wohl auch: nur) der Fall, wenn das vom AG oder KollV zugrunde gelegte Bewertungssystem bei konsequenter Anwendung zur Bejahung der Gleichwertigkeit führt, die unterschiedliche Entlohnung also auf einer gleichheitswidrigen Anwendung der selbst gesetzten Regel beruht. Es kommt also auf die vom Markt selbst gesetzte Bewertungsregel – und nicht auf eine unabhängig davon „objektive“ Bewertungsregel an“.*²³ Während die neue Einkommenstransparenzrichtlinie zwar ein Monitoring der horizontalen Segregation am Arbeitsmarkt verlangt, geht sie nicht den Schritt, dass diese rechtlich aufgegriffen werden könnte. Ein GIBG das die „Marktlogik“ als seine „immanente Grenze“ begreift wird Einkommensunterschiede jedoch nie nachhaltig beseitigen können, dies wäre wohl erst mit einer gesellschaftlichen Hinwendung zur Care-Ökonomie möglich.

Schutz vor Diskriminierung in der Lohnarbeit wegen der Care-Arbeit

In einem nächsten Schritt wollen wir diskutieren, was ein Verbot, Personen wegen Care-Arbeit zu diskriminieren in unserer derzeitigen Ökonomie leisten kann. Unsere Rechtsordnung enthält eine Vielzahl von Normen, welche die Vereinbarkeit der Erbringung von Care-Arbeit mit bezahlter Arbeit sicherstellen soll. Darunter fallen die Normen zu Elternkarenz, Mutterschutz und „Papamonat“, Mutterschutzgesetz und Väterkarenzgesetz, welche die Bedingungen für die Freistellung für Care-Arbeit regeln sowie die Regelungen betreffend die Leistung von Zahlungen, welche der Staat übernimmt, um den Einkommensausfall abzufangen, wie etwa das Kinderbetreuungsgeldgesetz. Neben genannten Normen schützt das GIBG Personen vor Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts „insbesondere unter Bezugnahme auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat“ in allen Phasen eines Arbeitsverhältnisses. Dies gilt vom Bewerbungsgespräch, über die Arbeitsbedingungen im aufrechten Arbeitsverhältnis bis zur Beendigung (vgl. § 3 GIBG). Auf diese Norm können sich nicht lediglich Mütter, sondern alle Personen stützen, welche diskriminiert werden, weil sie etwa in Elternkarenz gehen, Elternteilzeit, Pflegefreistellung oder auch Hospizfreistellung in Anspruch nehmen (siehe § 3 GIBG iVm § 5a GIBG).

²¹ Siehe zB Erwägungsgrund 8 der RICHTLINIE 2000/43/EG DES RATES vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft.

²² Alexander Somek, *Engineering Equality An Essay on European Anti-Discrimination Law*, Oxford (Oxford University Press), 2011; Schiek, Dagmar. „Zwischenruf: Den Pudding an Die Wand Nageln? Überlegungen Zu Einer Progressiven Agenda Für Das EU-Anti-Diskriminierungsrecht.“ *Kritische Justiz*, vol. 47, no. 4, 2014, pp. 396–404.

²³ *Rebhahn/Windisch-Graetz*, § 3 Rz 111 in Windisch-Graetz GIBG2 (2022).

In der Praxis sind vor allem folgende Sachverhalte und Rechtsfolgen relevant: Wird eine Person nicht eingestellt oder befördert, weil man ihr eine Tätigkeit aufgrund ihrer Sorgearbeit fälschlicherweise nicht zutraut oder, weil man befürchtet, sie könnte bald schwanger werden, kann sie Schadenersatz für den Vermögensschaden und für den immateriellen Schaden verlangen (vgl. § 12 Abs 1 und 5 GIBG). Wird eine Person bei den Arbeitsbedingungen diskriminiert – etwa indem man ihr unterfordernde Aufgaben zuteilt, welche ihren Karriereverlauf schädigen – kann sie nicht-diskriminierende Arbeitsbedingungen verlangen (vgl. § 12 Abs 6 GIBG). Wird eine diskriminierende Beendigung in Zusammenhang mit der Sorgearbeit ausgesprochen, kann diese Beendigung angefochten werden und auf ein aufrechtes Arbeitsverhältnis geklagt (vgl. § 12 Abs 7 GIBG). Anhand eines Falls sei im Folgenden besprochen, was damit gemeint ist und wie sich das Diskriminierungsverbot des GIBG in den Normenkanon des Arbeitsrechts einbettet.

Fall: Zurück in die Leitungsfunktion nach der Karenz?

Frau C ist Abteilungsleiterin. Als sie schwanger wird und ihre Karenz ankündigt, legt sie ihrem Arbeitgeber einen Zeitplan für ihre Karenzrückkehr vor. Sie schildert (und dies unüblich detailreich), wie sie ihre Tätigkeit mit der Kinderbetreuung in Einklang bringen wird. Ein paar Monate vor Ablauf der einjährigen Karenz nimmt Frau C Kontakt zu ihrem Arbeitgeber auf. Dieser teilt ihr mit, dass er mit der neuen Abteilungsleitung, welche unbefristet eingestellt wurde, sehr zufrieden ist. Es gäbe derzeit leider keine Stelle für Frau C, weshalb eine einvernehmliche Auflösung notwendig sei. Da Frau C von dieser Idee wenig hält und auf die Rückkehr in das Unternehmen insistiert, wird eine neue Stelle für sie erdacht, in welcher sie jedoch weder Budget-, noch Personalverantwortung haben soll. Das Unternehmen betont die Gleichwertigkeit, faktisch handelt es sich bei der Stelle allerdings um eine ungewünschte berufliche Umorientierung in einen völlig anderen Tätigkeitsbereich. Frau C ist verärgert, kann sich im Grunde einen Verbleib im Unternehmen nach diesen „Vorschlägen“ nicht mehr vorstellen, möchte andererseits aber nicht auf ihre Ansprüche auf Elternteilzeit und Kündigungsschutz verzichten. Nach Intervention der GAW und einigen Verhandlungsrunden kann ein Vergleich erzielt werden. Eine einvernehmliche Auflösung bei Leistung einer Entschädigung wird vereinbart, welche Frau C eine Neuorientierung unter aus ihrer Sicht angemessenen Bedingungen ermöglicht.

Was kann das Regulativ?

Wie bereits bei den Equal-Pay-Fällen und den Beispielen zu sexueller Belästigung geschildert, bietet das GIBG eine oftmals hilfreiche Grundlage für die Durchsetzung von Individualrechtsansprüchen. Frau C konnte auf Grundlage des GIBG eine Wiedereinstellung zu Bedingungen verlangen, welche keine Benachteiligung in Folge ihrer Inanspruchnahme von Elternkarenz und Elternteilzeit bedeuten. Nachdem sie nicht in einen langen Rechtsstreit darüber eintreten wollte, wie nicht-diskriminierende Bedingungen konkret aussehen könnten, musste das Unternehmen Schadenersatz für die ihr entstandenen Nachteile leisten, der ihr genug Zeit für die Neuorientierung gab. Werden Arbeitsverhältnisse aufgrund von Schwangerschaft oder vermuteter bevorstehender Schwangerschaft nicht begründet oder beendet oder erhält eine werdende Mutter eine Beförderung aufgrund der Schwangerschaft nicht, kann dies mit dem GIBG sanktioniert und für Betroffene ein Ausgleich für den Schaden erstritten werden. In diesem Bereich des GIBG gibt es eine Judikaturlinie, welche im Grunde jede unsachliche Benachteiligung aufgrund der Elternschaft als Diskriminierung begreift, weshalb hier zum Teil Vergleiche mit Beträgen erzielt werden können, welche abschreckende Wirkung entfalten und Personen in vulnerablen Situationen tatsächlich unterstützen. Auch die Möglichkeit, Beendigungen oder Nicht-Verlängerungen aufgrund (geplanter) Elternschaft anzufechten, schafft mehr Sicherheit in einer schwierigen Lage.

Was fehlt dem Regulativ?

Eine große Schwachstelle des GIBG betreffend den Schutz vor Benachteiligung wegen Care-Arbeit ist, dass derzeit nicht geklärt ist, ob und unter welchen Bedingungen die Rückkehr auf die exakt gleiche Stelle gefordert werden kann. Dies ist deshalb von Bedeutung, da ein Anspruch lediglich auf die Rückkehr auf eine „gleichwertige“ Stelle zu viel Raum für Interpretation – und damit Raum für schlechtere Bedingungen – lässt. Die Herausforderungen sind somit im Grunde dieselben wie bei der Durchsetzung eines Anspruchs auf gleiches Entgelt bei Vorliegen einer „gleichwertigen“ Tätigkeit. Darüber hinaus gilt auch beim Anspruch darauf, nicht wegen Schwangerschaft, Elternkarenz, Elternteilzeit etc benachteiligt zu werden, dass das Verhältnis mit anderen einschlägigen Ansprüchen des Arbeitsrechts und der dsbzgl Judikatur unklar ist. Das GIBG verbietet etwa jegliche Benachteiligung aufgrund einer Schwangerschaft und der Elternkarenz. Ist aber die Einteilung zu einer geringerwertigen Tätigkeit nach der Karenz eine verbotene Diskriminierung, wenn sie vom Arbeitsvertrag abgedeckt ist? Kann ich hier auf Grundlage des GIBG mehr verlangen als auf Grundlage des Arbeitsvertrags? Der Wortlaut des GIBG spricht dafür, rechtlich geklärt ist die Frage nicht.

Was fehlt in der Gesellschaft und kann nicht vom Regulativ gelöst werden?

Bei Diskriminierung aufgrund der Übernahme von Care-Arbeit, handelt es sich letztlich sehr häufig um eine Pönalisierung der Tatsache, dass eine Person, die Care-Arbeit leistet, der Wirtschaft nicht unbegrenzt und genauso zeitlich flexibel für Lohnarbeit zur Verfügung stehen kann, wie eine Person, welche neben der Lohnarbeit kaum Sorgearbeiten übernimmt. Zentrales Thema ist häufig die vom Unternehmen befürchtete oder reale Abweichung von der Vollzeitnorm, welche mit der (potentiellen) Übernahme von Care-Arbeit einhergeht.

Der Rechnungshof stellte 2020 fest, dass in Österreich lediglich 4,5% der Anspruchstage für Kinderbetreuungsgeld auf Väter entfallen.²⁴ Die übrige Zeit wird von Müttern in Anspruch genommen. Die aktive Teilzeitquote von Frauen mit Kindern unter 15 Jahren beträgt 73,8%, bei Männern 7,9%.²⁵ Faktisch trifft eine Pönalisierung wegen der Übernahme von Care-Arbeit daher nach wie vor ganz mehrheitlich Frauen; entweder, weil sie diese tatsächlich wahrnehmen oder, weil ihnen das diesbezügliche „Ausfallsrisiko“ im Verhältnis zur Vollzeitnorm schlicht zugeschrieben wird.

Mit dem GIBG können nicht erfolgte Einstellungen oder Beförderungen allerdings nur dort aufgegriffen werden, wo Personen für die Stelle tatsächlich in Erwägung zu ziehen waren und Zeit gehabt hätten, die Tätigkeit auszuführen. Das GIBG greift dort, wo stereotype Vorstellungen über geringere Leistungsfähigkeit von Müttern, über ein vermeintliches geringeres Interesse an einer Karriere oder eine vermutete bevorstehende Schwangerschaften Grund für die nicht erfolgte Beförderung oder Einstellung sind. Es vermag jedoch nicht auszugleichen, dass Personen, welche Sorgearbeit übernehmen, nicht oder nur unter großer (Über)anstrengung im selben Ausmaß für den Arbeitsmarkt zur Verfügung stehen können. Dieses Spannungsverhältnis mit der Vollzeitnorm birgt jedoch faktische wirtschaftliche Nachteile, die von unserem Wirtschaftssystem nicht systematisch aufgefangen werden. Um diese Nachteile und Risiken auszugleichen, bedarf es aus Sicht der Autorinnen im Grunde derselben Maßnahmen, wie zur Reduktion des Gender Pay Gaps: Es braucht flächendeckende Kinderbetreuungseinrichtungen, bessere Karenzmodelle, eine (Ermöglichung) gleichmäßigere(r)

²⁴ *Rechnungshof Österreich*, Leistungen nach dem Kinderbetreuungsgeldgesetz Bericht des Rechnungshofes (2020), abrufbar unter:

https://www.rechnungshof.gv.at/rh/home/home/004.684_Kinderbetreuungsgeld_2.pdf.

²⁵ Statistik Austria, Vereinbarkeit von Beruf und Familie <https://www.statistik.at/statistiken/bevoelkerung-und-soziales/gender-statistiken/vereinbarkeit-von-beruf-und-familie> (abgerufen am 23.09.2024).

Aufteilung von Sorgearbeit zwischen den Eltern, mehr Frauen bzw Mütter in Führungspositionen und ein Überdenken der Vollzeitnorm. Nicht zuletzt bedarf es eines Wirtschaftssystems, welches Sorgearbeit als wertvolle Tätigkeit, die von Mitgliedern der Gesellschaft übernommen werden *muss*, mitdenkt, diese wertvolle Tätigkeit angemessen bewertet und nicht fragmentarisch für die wirtschaftlichen Ausfälle durch deren Übernahme „korrigiert“. Kurz: eine Hinwendung zu einer Care-Ökonomie.

Fazit

Das GIBG kann schon heute als Werkzeug für die Geschlechtergleichstellung genutzt werden. Schon jetzt bietet es vor allem auf individueller Ebene die Möglichkeit, sich gegen Rechtsverstöße zu wehren. Die Macht der individuellen Verfolgung von Rechtsansprüchen sollte nicht unterschätzt werden, da so Präzedenzfälle geschaffen, das Bewusstsein in der Öffentlichkeit verändert und Machtasymmetrien herausgefordert werden können. Gerade im Bereich der sexuellen Belästigung hat sich, unserem Eindruck nach, viel systemische Veränderung durch den Einsatz von Individuen ergeben.

Unser Praxisbericht zeigt aber ebenso, dass das Gleichbehandlungsrecht aktuell kaum kollektive Angriffspunkte bietet und auch den Präventionsgedanken vernachlässigt. Antidiskriminierungsrecht sollte sich jedoch nicht damit zufriedengeben, lediglich ex post mit Individualansprüchen Fehlverhalten zu sanktionieren. Hier sehen wir in unserer Beratungspraxis die größten Potenziale, mit dem Antidiskriminierungsrecht nachhaltig für Veränderung zu sorgen, ohne dies einzig und allein auf dem Rücken einer Einzelperson unter großem Einsatz von finanziellen, emotionalen und zeitlichen Ressourcen auszutragen.

Die wirkungsorientierteste Ausgestaltung von Diskriminierungsverboten vermag jedoch eine Tatsache nicht zu ändern: Recht spiegelt mehrheitlich die vorherrschenden gesellschaftlichen Normen und Werte wider. Die Forderung nach „Gleichem Lohn“ stößt aber an ihre Grenzen, wenn die Bewertung von Gleichwertigkeit androzentrischen Wertungen unterliegt. Das GIBG kann Arbeitgeber*innen zwar verbieten, die Übernahme von Care-Arbeit zu pönalisieren; es kann allerdings nicht die wirtschaftlichen Dependenz und Fallstricke beheben, welche sich daraus ergeben, dass die Übernahme von Care-Arbeit un- bzw. unterbezahlt ist. Es kann zwar Belästigung verbieten; gesetzliche Normsetzung ersetzt jedoch nicht die Schaffung von Strukturen in der Gesellschaft und in Unternehmen, welche Personen im Alltag vor dieser schützen.

Dieser Praxisbericht soll daher als Grundlage für Diskussionen dienen, welche Allianzen, Maßnahmen sowie soziale und rechtliche Normen notwendig sind, um das Fundament des „master's house“ in Angriff zu nehmen und Geschlechtergleichstellung und Gleichwertigkeit der Geschlechter wirksam zu verankern.