



REPUBLIK ÖSTERREICH  
BUNDESKANZLERAMT

A-1014 Wien, Ballhausplatz 2  
Tel. (0222) 531 15/0  
Fernschreib-Nr. 1370-900  
DVR: 0000019

GZ 602.336/1-V/2/89

An das  
Präsidium des Nationalrates

1017 W i e n

Betrifft	GESETZENTWURF
Zi.	82 - GE 932
Datum:	7. DEZ. 1989
Verteilt	20. Dez. 1989

*Probedruck  
H. Holzinger*

Sachbearbeiter

Klappe/Dw

Ihre GZ/vom

BINDER

2475

**Betrifft:** Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Gleichbehandlungsgesetz geändert wird; Stellungnahme

Der Verfassungsdienst übermittelt als Beilage 25 Ausfertigungen seiner Stellungnahme zum Entwurf einer Novelle zum Gleichbehandlungsgesetz.

4. Dezember 1989  
Für den Bundesminister für  
Gesundheit und öffentlicher Dienst:  
HOLZINGER

Für die Richtigkeit  
der Ausfertigung:



REPUBLIK ÖSTERREICH  
BUNDESKANZLERAMT

A-1014 Wien, Ballhausplatz 2  
Tel. (0222) 531 15/0  
Fernschreib-Nr. 1370-900  
DVR: 0000019

GZ 602.336/1-V/2/89

Bundesministerium für  
Arbeit und Soziales

1010 W i e n

DRINGEND

Sachbearbeiter

Klappe/Dw

Ihre GZ/vom

BINDER

2475

30.800/97-V/3/1989  
10. Oktober 1989

Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das  
Gleichbehandlungsgesetz geändert wird;  
Stellungnahme

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst teilt zu dem mit oz.  
Note übermittelten Gesetzesentwurf folgendes mit:

I. Allgemeines:

1. Einleitend ist davon auszugehen, daß es der gegenständliche Entwurf einer Gesetzesnovelle unternimmt, aus der Fülle von im Hinblick auf den Gleichheitssatz problematischen Differenzierungen eine bestimmte Form, nämlich die Differenzierung zwischen Mann und Frau, herauszugreifen und diese nicht nur mit Verwaltungsstrafbestimmungen sanktioniert (z.B. § 2c des Gesetzesentwurfes), sondern vor allem dem Gleichheitssatz im Hinblick auf diese Differenzierungen durch die Einführung von weitreichenden Schadenersatzregelungen sog. "Drittwirkung" verleiht. Damit erhält die Gleichbehandlung von Mann und Frau im Arbeitsleben einen besonderen, über die Gleichbehandlung von

- 2 -

im Hinblick auf andere Kriterien (z.B. Alter, Behinderungen, Rasse etc.) ungleiche Personengruppen hinausgehenden Schutz. Mag die besondere Betonung dieses Aspektes des Gleichheitssatzes auch aus rechtspolitischen Gründen angreifbar sein, so ist in verfassungsrechtlicher Hinsicht davon auszugehen, daß es im rechtspolitischen Spielraum des Gesetzgebers liegt, gerade diesen Aspekt von unsachlichen Differenzierungen herauszugreifen.

2. In kompetenzrechtlicher Hinsicht ist der Entwurf der vorliegenden Gesetzesnovelle davon geleitet, daß sich die Zuständigkeit des Bundes zur Erlassung dieser Regelungen auf den Kompetenztatbestand "Arbeitsrecht" (Art. 10 Abs. 1 Z 11 B-VG) sowie - hinsichtlich der Grundsatzbestimmungen - auf Art. 12 Abs. 1 Z 6 B-VG ("Arbeiterrecht sowie Arbeiter- und Angestelltenschutz", soweit es sich um land- und forstwirtschaftliche Arbeiter und Angestellte handelt) stützt (S 18 der Erläuternden Bemerkungen). Im Hinblick auf die Verwaltungsstrafbestimmung des § 10c Abs. 1 des Gesetzesentwurfes ist - soweit sie den Verstoß gegen das Gebot der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung sanktioniert - in Analogie zu den Erläuterungen zur Einführung des Art. IX Abs. 1 Z 6 EGVG (EB zur RV 438 BlgNR 14. GP) betreffend die Strafbarkeit eines diskriminierenden Verhaltens auf Grund von Rasse, Hautfarbe, nationaler oder ethnischer Herkunft oder des religiösen Bekenntnisses - davon auszugehen, daß diese Bestimmung im Hinblick auf die enge Beziehung zum verfassungsgesetzlich gewährleisteten Gleichheitssatz kompetenzrechtlich dem Kompetenztatbestand "Bundesverfassung" (Art. 10 Abs. 1 Z 1 B-VG) zuzuordnen ist und eine Angelegenheit der Verwaltungspolizei darstellt. Dies wäre in den Erläuterungen ergänzend auszuführen.
3. § 2 Abs. 3 des Entwurfes bestimmt, daß vorübergehende Sondermaßnahmen zur beschleunigten Herbeiführung der De-Facto-Gleichberechtigung von Frau und Mann nicht als Diskriminierung im Sinne dieses Gesetzes gelten. Diese

- 3 -

Bestimmung stellt - worauf die Erläuternden Bemerkungen zu Recht hinweisen - die Ausführung des Art. 4 der Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau samt Vorbehalten, BGBl.Nr. 443/1982, dar. In der gegebenen Form zweifelhaft sind jedoch die weiteren Ausführungen in den Erläuternden Bemerkungen zu dieser Bestimmung, die davon ausgehen, daß die Festlegung einer gesetzlichen Ermächtigung zur Einführung dieser "positiven Aktionen" deshalb nicht im Widerspruch zum verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz stehe, "da diese Bestimmung als verfassungsändernd in die österreichische Rechtsordnung übernommen wurde."

Die Art. 1 bis 4 der UN-Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau sind vom Nationalrat gemäß Art. 50 Abs. 3 i.V.m. Art. 44 Abs. 1 B-VG genehmigt worden. Der Gesetzgeber hat - wie auch zu Recht ausgeführt wird - anlässlich der Genehmigung dieses Staatsvertrags weiters beschlossen, daß dieser durch die Erlassung von Gesetzen zu erfüllen ist, und damit die unmittelbare Anwendbarkeit dieses Staatsvertrages jedenfalls ausgeschlossen. Die EB zur genannten UN-Konvention (823 BlgNR 15. GP) gehen davon aus, daß die "Konvention im wesentlichen eine inhaltliche und formelle Ausgestaltung des allgemeinen Gleichheitssatzes darstellt, der in der österreichischen Rechtsordnung fest verankert ist". Im Sinne eines materiellen Verständnisses des Ausdruckes "verfassungsergänzend" in Art. 50 Abs. 3 B-VG war, da die Konvention die Sphäre der Grund- und Freiheitsrechte berührt, eine Transformation auf der Stufe des Verfassungsrechts notwendig, welcher Zusammenhang von den Erläuterungen des gegenständlichen Staatsvertrages ausdrücklich herausgestellt wird.

Die Bestimmung stellt daher keine materielle Derogation des Gleichheitssatzes dar. (Dagegen kann nicht eingewendet werden, daß jede nähere Ausformung einer Bestimmung aus rechtstheoretischer Sicht als deren "Derogation" aufgefaßt

- 4 -

werden kann, da Art. 50 Abs. 3 B-VG positiv-rechtlich zwischen "Derogation" und "Ergänzung" differenziert.) Das bedeutet aber, daß auch die einfachgesetzliche Bestimmung des § 2 Abs. 3 des vorliegenden Gesetzesentwurfes sowie alle weiteren vorübergehenden Sondermaßnahmen zur beschleunigten Herbeiführung der De-Facto-Gleichbehandlung von Frau und Mann - sei es im Rahmen dieses Gesetzes, sei es im Zusammenhang mit anderen Gesetzen, Verordnungen etc. - vom VfGH im Falle einer nachprüfenden Kontrolle weiterhin am allgemeinen Gleichheitssatz zu messen sind.

Festzuhalten ist allerdings, daß auch der VfGH iS. des sogenannten "Witwerpensionserkenntnisses" (VfSlg. 8871/1980) - durchaus im Sinne der vorgenannten Bestimmung - davon ausgeht, daß auch Ungleichbehandlungen (vorübergehend) sachlich sein können, wenn sie wenigstens in Richtung eines Abbaus von Unterschieden wirken. Ein prinzipieller Einwand gegen den Entwurf besteht daher nicht. Es ist aber bereits an dieser Stelle anzumerken, daß einige Bestimmungen des vorliegenden Gesetzesentwurfes, vor allem im Zusammenhang mit den Rechtsfolgen der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes (insbesondere die strikte Beweislastumkehr in § 2a Abs. 8) im Hinblick auf die Sachlichkeit der Regelung unproblematisch sein könnten.

## II. Zu den einzelnen Bestimmungen:

### Zu Art. I Z 1:

Zu § 2 Abs. 3 ist festzuhalten, daß im Sinne des in Pkt. I Z. 3 Ausgeführten diese Bestimmung keine taugliche Ermächtigung für die Erlassung vorübergehender Sondermaßnahmen zur beschleunigten Herbeiführung der De-Facto-Gleichberechtigung in anderen Gesetzen darstellen kann, da eine Bindung oder Vorherbestimmung eines anderen Gesetzes durch dieses Gesetz nicht möglich ist. Als Maßstab für andere Gesetze ist allein der Gleichheitssatz maßgebend. Was die Statuierung von

- 5 -

derartigen Sondermaßnahmen in Verordnungen betrifft, ist festzuhalten, daß die gegenständliche Bestimmung allein als Verordnungsermächtigung wohl nicht ausreicht, da sie weder im Hinblick auf die Art der Maßnahmen, noch im Hinblick auf das Gebiet, auf dem solche Maßnahmen erlassen werden können, ausreichend determiniert ist. Es erscheint aber nicht ausgeschlossen, daß die gegenständliche Regelung im Zusammenhang mit anderen Verordnungsermächtigungen eine taugliche Grundlage für Verordnungen über derartige vorübergehende Sondermaßnahmen darstellen kann. Dabei ist jedoch i.S. des oben zu Pkt. I Z.3 Ausgeführten von einer verfassungskonformen (nämlich gleichheitskonformen) Interpretation der gegenständlichen Bestimmung auszugehen.

Zu Art. I Z 2:

§ 2a sowie § 13 des Entwurfs lassen die Frage offen, wer bzw. welche Institution die Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes feststellen soll. Sollen dafür - wovon das Gesetz offenbar ausgeht - die Gerichte zuständig sein, wäre das ausdrücklich in der Norm selbst vorzusehen und auch in der Vollzugsklausel (Art. II Abs. 3 Z 2) explizit klarzustellen. Eine für das Gericht bindende Zuständigkeit der Gleichbehandlungskommission zur Entscheidung in dieser Frage kommt aus verfassungsrechtlichen Gründen im Hinblick auf Art. 94 B-VG nicht in Betracht. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist es im Hinblick auf Art. 94 B-VG bereits problematisch, wenn eine parallele Zuständigkeit des Gerichtes und der Gleichbehandlungskommission in dieser Frage gegeben ist, und zwar auch bei Berücksichtigung des Umstandes, daß das Ergebnis des Verfahrens vor der Kommission bloß ein Gutachten ist, da der einfache Gesetzgeber jedenfalls für eine klare Zuordnung der Kompetenzen zu sorgen hat (vgl. VfSlg. 8349).

Der Verfassungsdienst geht weiters davon aus, daß es für die abschließende Beurteilung der Sachlichkeit der gegenständlichen Bestimmungen in § 2a unter Zugrundelegung des in Punkt I Z 3

- 6 -

erläuterten verfassungsrechtlichen Maßstabes und der vergleichsweisen Heranziehung anderer zivilrechtlicher Schadenersatzregelungen wesentlich auf die Beurteilung durch das Bundesministerium für Justiz ankommen wird. Unvorgreiflich der Stellungnahme des Bundesministeriums für Justiz erscheint es jedoch fraglich, ob alle diese Regelungen im Hinblick auf das dem ABGB zugrundeliegende System des Schadenersatzrechtes, insbesondere des Umfangs des Schadenersatzes, sachlich gerechtfertigt sind: Während dem § 1323 ABGB nämlich ein "gegliederter Schadensbegriff" zugrundeliegt und der Umfang der Ersatzpflicht eines Schädigers sich nach seinem Verschulden richtet, scheint die gegenständliche Bestimmung überwiegend davon auszugehen, daß der Arbeitgeber bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes - unabhängig von der Schwere des Verschuldens (vgl. etwa "wegen einer vom Arbeitgeber zu vertretenden Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes" in § 2a Abs. 1 sowie Abs. 5; die übrigen Bestimmungen sprechen überhaupt nur von "einer Verletzung des Gleichheitsgebotes") - Schadenersatz zu leisten hat. Im Falle des § 2a Abs. 1 sowie Abs. 5 scheint für die Schadensberechnung jedenfalls die durch die sogenannte "Differenzmethode" zu ermittelnde subjektive Schadensberechnung maßgebend zu sein, die im Schadenersatzrecht regelmäßig nur bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Schadensverursachung zur Anwendung kommt. Da dieser Verschuldensmaßstab in den betreffenden Bestimmungen nicht zum Ausdruck kommt, scheint der Umfang des Schadenersatzes jedenfalls in diesen Bestimmungen im Hinblick auf das Sachlichkeitsprinzip problematisch. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Judikatur des VfGH zur Haftung von Rechtsnachfolgern (vgl. VfGH G 94, 95/88 v. 7.12.1988; G 85/88 ua. v. 15.12.1988; G 82/88 ua. v. 5.12.1988) Bedacht zu nehmen, bei der der Gerichtshof im Zusammenhang mit zivilrechtlichen Haftungsregelungen in Form von Sachlichkeitsüberlegungen sehr weit in den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers eingegriffen hat.

Auch die in Abs. 8 vorgesehene Regelung, die eine Beweislastumkehr zugunsten des Arbeitnehmers vorsieht, könnte

- 7 -

im Hinblick auf ihre Sachlichkeit problematisiert werden. Dies um so mehr, als die gegenständliche Regelung nicht nur eine Abweichung vom allgemeinen zivilprozessualen Grundsatz, daß der Kläger die Beweislast trägt, darstellt, sondern - trotz vergleichbarer Interessenslage im Anfechtungsverfahren bei Kündigungen nach § 105 des Arbeitsverfassungsgesetzes - auch eine Abweichung von der Beweislastregelung im Zusammenhang mit diesen Verfahren (§ 105 Abs. 5 ArbVG) darstellt.

Zu Art. I Z 3:

Im Hinblick auf die im § 10c dieses Entwurfes vorgesehene verwaltungsstrafrechtliche Sanktion eines Verstosses gegen das Gebot der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung ist festzuhalten, daß diese Bestimmung bis zur Einrichtung der unabhängigen Verwaltungsstrafsenate verfassungsrechtlich bedenklich ist. Es handelt sich dabei nämlich um eine neue, nach der Ratifikation der EMRK durch Österreich eingeführte Verwaltungsstrafbestimmung, die vom österreichischen Vorbehalt zu Art. 5 EMRK nicht gedeckt sein kann.

Zu Art. I Z 6:

1. Zu dieser Bestimmung ist zunächst zu sagen, daß der Ausdruck "Gleichbehandlungsombudsperson" extrem unschön ist.
2. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist davon auszugehen, daß die vom Gesetz entsprechend ermächtigten Personen hoheitlich tätig werden. Dies ergibt sich insbesondere aus den in den Abs. 3 und 4 vorgesehenen Zuständigkeiten. Da die bei der Wahrnehmung dieser Ermächtigungen gesetzten Maßnahmen gemäß Art. 131a und 144 Abs. 1 B-VG vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts bekämpfbar sind, stellt sich die Frage der Zurechnung dieser Maßnahmen zu einer Behörde. Die Erläuterungen (S 26) gehen davon aus, daß als Behörde die Gleichbehandlungskommission fungiert, doch geht dies aus dem Text des § 3a nicht eindeutig hervor, was im Hinblick auf Art. 18 Abs. 1 und Art. 83 Abs. 2 B-VG fragwürdig ist.



- 8 -

3. Die Verpflichtung des Arbeitgebers des betroffenen Betriebes zur Auskunftserteilung gemäß § 3a Abs. 3 des Entwurfes ist im Lichte der Verfassungsbestimmung des § 1 Abs. 1 des Datenschutzgesetzes zu sehen und im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips mit den in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten Gründen, insbesondere dem Schutz der Rechte und Freiheiten anderer, abzuwägen. In diesem Zusammenhang ist auf den jüngsten Unterbrechungsbeschluß des VfGH im Verfahren G 245-250/89, V 46-51/89 hinzuweisen, in dem der VfGH die Verpflichtung zur Auskunftserteilung über Wirtschaftsdaten einer doppelten Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzieht: Die Datenerhebung müsse einerseits im Hinblick auf das die Einschränkung des Grundrechts auf Datenschutz rechtfertigende Rechtsgut (hier: die Rechte und Freiheiten anderer) - also hinsichtlich des Ausmaßes der Datenerhebung - verhältnismäßig sein, andererseits sei auch bei zulässigen Datenerhebungen Vorsorge für eine möglichst vertrauliche Behandlung dieser Daten zu treffen.

Der Verfassungsdienst ist davon geleitet, daß die Bestimmung des § 3a Abs. 3 des Entwurfs auf Grund ihres ausdrücklichen Wortlauts ("die für die Durchführung ihrer Aufgaben erforderlichen Auskünfte") einer verfassungskonformen Auslegung hinsichtlich des erstgenannten Verhältnismäßigkeitspostulats zugänglich ist. Im Hinblick auf das Erfordernis einer möglichst vertraulichen Behandlung dieser Daten erscheint diese Bestimmung jedoch nicht unproblematisch. Zwar sind gemäß § 10 Abs. 3 des Gleichbehandlungsgesetzes alle Kommissionsmitglieder zur Verschwiegenheit über die ihnen bei der Ausübung ihrer Tätigkeit bekanntgewordenen Geschäfts- und Bankgeheimnisse verpflichtet; angesichts des in § 3a Abs. 9 des Entwurfs vorgesehenen umfassenden Veröffentlichungsrechts der Ombudsperson sowie der in § 10c Abs. 1 vorgesehenen Strafsanktion im Falle der Verweigerung der Auskunftserteilung erscheint diese Bestimmung jedoch verfassungsrechtlich bedenklich.

- 9 -

Die Bestimmungen der Abs. 4 und 5 entsprechen weitgehend den Befugnissen der Arbeitsinspektoren nach dem Arbeitsinspektionsgesetz. Es fällt jedoch auf, daß die entsprechenden gesetzlichen Befugnisse der Arbeitsinspektoren an mehreren Stellen Verhältnismäßigkeitsklauseln etwa dahingehend enthalten, daß die Arbeitsinspektoren ihre Untersuchung unter möglicher Schonung des Betriebsablaufes vorzunehmen haben. Darüberhinaus weisen die gesetzlichen Ermächtigungen für die Arbeitsinspektoren einen höheren Determinierungsgrad auf. Beides erscheint angesichts der Judikatur des Verfassungsgerichtshofs zum Fremdenpolizeigesetz (VfSlg 10737/1985; VfGH vom 29. September 1987, G 138/87 ua.) im Hinblick auf die Tatsache, daß es sich bei den vorliegenden Bestimmungen zweifellos um eingriffsnahen Gesetzesbestimmungen handelt, auch im vorliegenden Fall wünschenswert.

In Abs. 7 sollte es wohl heißen: "den Arbeitgeber zur freiwilligen Einhaltung dieses Gesetzes zu bewegen".

Zu Art. I Z 15 (§ 10 Abs. 1):

Diese Bestimmung erscheint im Hinblick auf Art. 18 B-VG problematisch, da sie weder Maßstäbe für die Höhe der Aufwandsentschädigung, noch Kriterien, wonach sich diese bemißt, sondern ausschließlich eine völlig undeterminierte Ermächtigung des Bundesministers für Arbeit und Soziales enthält.

Zu Art. I Z 16:

Wie bereits zu § 2c des Entwurfes ausgeführt, erscheinen die in dieser Bestimmung vorgesehenen Verwaltungsstrafbestimmungen bis zur Einrichtung der unabhängigen Verwaltungsstrafsenate problematisch, da es sich dabei um neue, nach der Ratifikation der EMRK eingeführte Verwaltungsstrafbestimmungen handelt, die vom österreichischen Vorbehalt zu Art. 5 EMRK nicht gedeckt sein dürften.

- 10 -

Abs. 2 S. 2 enthält im Hinblick auf die Antragstellung über das Strafausmaß eine Abweichung von den Verwaltungsverfahrensgesetzen, die im Sinne des Art. 11 Abs. 2 letzter Satz B-VG nicht erforderlich erscheint.

Zu Art. I Z 17 bis 21 (§§ 12 bis 18):

Bei der Statuierung der materiell-rechtlichen Bestimmungen im zweiten Teil des Gesetzes ist darauf zu achten, daß diese Bestimmungen nicht überdeterminiert werden, sondern nur Grundsätze enthalten. Im Hinblick auf dieses verfassungsrechtliche Postulat erscheinen alle Vorschriften, die den unmittelbar anwendbaren Vorschriften nachgebildet sind, als problematisch.

Zu Art. I Z 18:

Anders als der dem ersten Teil des Gesetzes zugrundeliegende Kompetenztatbestand "Arbeitsrecht", der mit der B-VG-Novelle 1974, BGBl.Nr. 444, neu eingeführt wurde und im weitesten Sinn verstanden wird (vgl. die EB zur RV 182 BlgNR 13. GP, 10), wurde der dem zweiten Teil des Gesetzes zugrundeliegende Kompetenztatbestand des Art. 12 Abs. 1 Z 6 B-VG ("Arbeiterrecht, sowie Arbeiter- und Angestelltenschutz, soweit es sich um land- und forstwirtschaftliche Arbeiter und Angestellte handelt") unverändert übernommen und ist daher historisch i.S. der "Versteinerungstheorie" auszulegen. Da das Arbeiterrecht historisch jedoch keine der Schadenersatzregelungen des § 13 des Entwurfes vergleichbaren Regelungen enthielt, ist davon auszugehen, daß die gegenständlichen Schadenersatzregelungen dem Kompetenztatbestand "Zivilrechtswesen" zuzurechnen sind und

- 11 -

daher als unmittelbar anwendbares Bundesrecht erlassen werden können (vgl. aber die obenstehenden inhaltlichen Vorbehalte).

Zu Art. I Z 20:

Der Terminus "Rechtshilfe" in Abs. 4 ist in diesem Zusammenhang ganz unklar.

In Abs. 5 hat es wohl zu heißen: "Die Ombudsperson soll den Arbeitgeber zur freiwilligen Einhaltung dieses Gesetzes bewegen."

Zu Art. I Z 18:

Diese Bestimmung verkennt das Wesen der Grundsatzgesetzgebung in zweifacher Hinsicht: Einerseits erscheint sie in der Diktion (arg.: "kann") verfehlt, da ein Grundsatzgesetz keine Delegationsermächtigung, sondern Grundsätze für den Landesgesetzgeber zu enthalten hat, die dieser auszuführen hat. Andererseits erscheint sie überdeterminiert, da sie sogar den Strafrahmen festlegt und die einzige Freiheit des Landesgesetzgebers in der Entscheidung liegt, ob er derartige Regelungen überhaupt einführen will oder nicht. Von einem Grundsatzgesetz kann in diesem Zusammenhang nicht mehr gesprochen werden.

25 Ausfertigungen dieser Stellungnahme wurden auch dem Präsidium des Nationalrates übermittelt.

4. Dezember 1989  
Für den Bundesminister für  
Gesundheit und öffentlicher Dienst:  
HOLZINGER

Für die Richtigkeit  
der Ausfertigung

