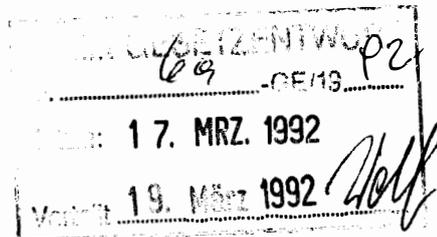


**VEREINIGUNG
DER
ÖSTERREICHISCHEN RICHTER**

1016 WIEN, 12. März 1992
JUSTIZPALAST

An das
Präsidium des Nationalrates

Parlament
Dr. Karl Renner-Ring 3
1017 Wien



S. Hojnik

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

In der Anlage wird die Stellungnahme der Vereinigung
der österreichischen Richter zum o.a. Gesetzesentwurf
in 25-facher Ausfertigung übermittelt.

(Dr. Ernst Markel)
Präsident

25 Anlagen

VEREINIGUNG DER ÖSTERREICHISCHEN RICHTER

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

GESETZENTWURF
69 - GE/19 P2
Datum: 17. MRZ. 1992
Vorfall:

Stellungnahme

zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Gleichbehandlung
von Frau und Mann im Arbeitsleben (Gleichbehandlungsgesetz)

Zu Z 2 (§ 2 Abs. 1 a):

Zur rechts- und sozialpolitischen Problematik dieser
vorgesehenen Regelung wird hier nicht Stellung genommen.

Aus der Sicht der Rechtsanwendung sind Bedenken
gegen die Grenzziehung des Tatbestandes der sexuellen
Belästigung und des hierfür in Betracht kommenden Per-
sonenkreises anzumelden. Der Begriff "im Zusammenhang
mit seinem Arbeitsverhältnis" ist ein sehr weit gefaßter,
der nicht nur die Anbahnung eines Arbeitsverhältnisses
und dessen Nachwirkungen umfaßt, sondern auch jeden nicht
bloß zufälligen, wenn nur überhaupt zeitlichen, örtlichen
oder sonstigen losen Zusammenhang mit dem Arbeitsverhält-
nis (siehe dazu Kuderna, ASGG, § 50, Anm. 4 bis 6). Dies
bedeutet, daß der im Entwurf vorgesehene Zusammenhang
mit dem Arbeitsverhältnis den notwendigen Schutzbereich

- 2 -

verlassen und sich sogar in den privaten Bereich erstrecken würde. Daß dieser aber nicht im selben Maße schutzwürdig ist wie der rein dienstliche, betriebliche Bereich und sich auch weitgehend der Kontrolle und der Einflußmöglichkeit durch den Arbeitgeber entzieht, liegt auf der Hand. Dazu kommt, daß sich in diesem breiten Bereich einer Beweisführung erhebliche, das Maß der an sich schon zu erwartenden Beweisschwierigkeiten noch weit übersteigende Schwierigkeiten entgegenstellen würden.

Vorgeschlagen wird daher in Anlehnung an § 50 Abs. 1 Z 3 ASGG, die Worte "... im Zusammenhang mit seinem Arbeitsverhältnis" durch die Worte "... im Zusammenhang mit der gemeinsamen Arbeit" zu ersetzen. Hiefür genügt ein durch denselben Betrieb und dieselbe Arbeitsordnung herbeigeführter Zusammenhang, ohne dessen Vorliegen die Belästigung nicht erfolgt wäre (siehe dazu Kuderna aaO Anm. 12).

Auch der Begriff des "Dritten" ist viel zu weit, weil er auch Personen umfaßt, die keine Arbeitnehmer des Betriebes sind und daher einer Einflußnahme des Arbeitgebers mit Wirkung für die Zukunft nicht unterliegen (zB Kunden, Lieferanten, Besucher etc.) Es fehlt hier für den Arbeitgeber von vornherein an der Möglichkeit, sexuelle Belästigungen zu verhindern. Anstelle des Wortes "Dritten" sollte daher das Wort "Arbeitskollegen" oder "Mitarbeiter" treten.

- 3 -

Im übrigen wird vorgeschlagen, dem Abs. 1 a eine der herkömmlichen Benennung entsprechende Bezeichnung "2" (mit folgender Neubezifferung) zu geben.

Zu Z 4 (§ 2 a Abs. 1):

Hier wird zunächst an der Verpflichtung zum Ersatz des positiven Vertrauensschadens, der den entgangenen Gewinn (hier: entgangenes Entgelt) nicht umfaßt, festgehalten. Zusätzlich wird aber der Ersatz des Entgelts vorgesehen, das der Stellenwerber bei Begründung des Arbeitsverhältnisses, also wenn das Gleichbehandlungsgebot des § 2 Abs. 1 Z 1 nicht verletzt worden wäre, in den ersten sechs Monaten ab Dienstantritt hätte erzielen können.

Der Stellenwerber würde mit einer solchen Regelung jedoch besser gestellt werden als ein Arbeitnehmer, der aus einem vom Arbeitgeber zu vertretenden Umstand keine Dienstleistungen erbracht hat. Dieser Arbeitnehmer muß sich nämlich gemäß § 1155 Abs. 1 zweiter Halbsatz ABGB auf das ihm aus dem Arbeitsvertrag gebührende Entgelt anrechnen lassen, was er infolge Unterbleibens der Dienstleistungen erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat.

Ein Stellenwerber, dem lediglich ein vom Gesetz eingeräumter (fingierter) Nichterfüllungsanspruch zustehen soll, darf jedoch nicht besser behandelt werden, als ein mit einem Erfüllungsanspruch ausgestatteter Arbeitnehmer. Die Anrechnungspflicht muß daher nicht zuletzt

- 4 -

in Beachtung des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgebotes hier vom Gesetzgeber angeordnet werden, zumal nicht einzusehen ist, daß dem Stellenwerber, der sogleich (bald darauf) einen anderen Arbeitsplatz antritt und daher keinen Schaden, (bloß einen das Entgelt für sechs Monate nicht erreichenden Schaden) erlitten hat, dennoch ein (pauschalierter) Ersatz ohne Rücksicht auf den tatsächlich erlittenen Schaden zustehen soll. Sollte dieser Betrag aber den Charakter einer gesetzlichen Konventionalstrafe haben, müßte er dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliegen.

Im übrigen wird dieser Schadenersatzbestimmung deshalb keine praktische Bedeutung zukommen, weil Arbeitgeber, wenn sie sich den Folgen eines Verstoßes gegen den § 2 Abs. 1 Z 1 (insbesondere in heiklen Fällen) entziehen wollen, wie allgemein üblich ein Probearbeitsverhältnis begründen werden, das sie (ebenso wie der Arbeitnehmer) jederzeit - sogar noch vor Dienstantritt - ohne Anführung und ohne Vorliegen eines hierfür maßgeblichen Grundes mit sofortiger Wirkung beenden können. In einem solchen, vom Gesetzgeber nicht verhinderbaren Fall liegen die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 Z 1 nicht vor. Da diese Auflösung eine solche sui generis ist (sie ist insbesondere keine Kündigung), unterliegt sie auch keiner Anfechtung.

- 5 -

Zu Z 5 (§ 2 a Abs. 1 a):

Hier dürfte wohl vorausgesetzt werden, daß sich mehrere Bewerber um ein und denselben Posten oder doch wenigstens um mehrere, aber gleichzeitig zu besetzende Posten beworben haben, so daß ein konkreter Zusammenhang besteht. Dies wäre aber im Gesetzeswortlaut zum Ausdruck zu bringen. Aus welchem sachlich gerechtfertigten Grund allerdings der Schaden mehrerer solcher Bewerber nur mit einem geringeren Betrag und daher nur zum Teil abgegolten werden soll, bleibt unerfindlich. Die Belastung für den Arbeitgeber wäre wohl kein sachlich gerechtfertigter Grund für die Schlechterbehandlung solcher Stellenwerber. Es bestehen daher erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken. Wenn die Höhe der zu vereinbarenden Entgelte der einzelnen Stellenwerber unterschiedlich ist, ergeben sich bei der Aufteilung nach Köpfen überdies erhebliche Schwierigkeiten. Mit den Grundsätzen des Schadenersatzrechts läßt sich dieses, noch dazu völlig unbestimmte, Regelungsmodell nicht vereinbaren.

Im übrigen gilt hier das zu Z 4 Ausgeführte:

Zu Z 8 (§ 2 a Abs. 7):

Es entspricht den allgemeinen Grundsätzen des Schadenersatzrechts, daß der Schädiger - das ist der, der einen Schaden ursächlich zugefügt hat oder doch wenigstens in einem nahen Zusammenhang zum Schaden steht - dem Geschädigten dessen Schaden zu ersetzen hat. Sieht man von den Fällen der hier nicht in Betracht kommenden Gefährdungshaftung - sie setzt eine gefährliche Tätigkeit des Haft-

- 6 -

den voraus - ab, muß das Verhalten des Schädigers rechtswidrig und schuldhaft sein.

Keine dieser Voraussetzungen liegen in bezug auf den Arbeitgeber, soweit dieser nicht selbst die sexuelle Belästigung vorgenommen hat, vor. Trotzdem soll nicht etwa der belästigende Dritte, also der Schädiger, sondern ausschließlich der Arbeitgeber für den noch dazu pauschalieren und äußerstenfalls bloß immateriellen Schaden haften. Daß eine solche Haftung an die Unterlassung einer dem Arbeitgeber möglichen Abhilfe geknüpft wird, hat nur eine graduelle, aber keine grundsätzliche Bedeutung. Bei lebensnaher Betrachtung wird nämlich dem Arbeitgeber in den meisten Fällen eine wirksame Abhilfe nicht möglich oder jedenfalls nicht zumutbar sein. Eine Abmahnung wird vielfach nicht ausreichen; einer Versetzung, falls sie überhaupt in Betracht kommt, steht häufig die betriebsverfassungsrechtliche Zustimmungsbedürftigkeit (des Betriebsrates) entgegen; die Beendigung des Arbeitsverhältnisses des "Dritten" ist den mit einer Prozeßführung stets verbundenen Risiken ausgesetzt. Das Hauptproblem wird für den Arbeitgeber die Überprüfung der Behauptung der Belästigung auf ihre Richtigkeit sein. Er müßte, um sich Klarheit zu verschaffen, alle als Zeugen in Betracht kommenden Arbeitskollegen befragen und darüber schon aus Beweissicherungsgründen Protokolle aufnehmen (die Arbeitnehmer sind zu einer solchen Protokollaufnahme selbstverständlich nicht verpflichtet), ohne sicher zu sein, daß diese

- 7 -

Personen, wenn sie in einem Prozeß als Zeugen vernommen werden, niederschriftliche Angaben voll aufrecht erhalten werden. Wer über eine entsprechende Gerichtserfahrung verfügt, weiß, daß Angaben über derartige Belästigungen auch bewußt wahrheitswidrig, mitunter auf einer meist nicht erkennbaren pathologischen Grundlage, erfolgen. Ein in Aussicht stehender Schadenersatzbetrag könnte solchen unrichtigen oder weit übertriebenen Behauptung Nahrung geben. Der Arbeitgeber wird jedenfalls in den meisten Fällen beim Versuch, sich Klarheit zu verschaffen, unüberwindlichen Schwierigkeiten gegenüberstehen. Ein gewisser Druck, Abhilfe zu schaffen, besteht für den Arbeitgeber auch schon nach der geltenden Rechtslage. Der solcherart diskriminierte Arbeitnehmer könnte nämlich vorzeitig austreten und der Arbeitgeber hätte die damit verbundenen schwerwiegenden Folgen zu tragen.

Dazu kommt, daß sich die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers auf alle Arbeitnehmer erstreckt, sohin auch auf solche Arbeitnehmer, die unrichtigen Vorwürfen ausgesetzt werden. Der Arbeitgeber muß daher in solchen Fällen ebenfalls Abhilfe schaffen. Eine bewußt unrichtige Beschuldigung einer sexuellen Belästigung berechtigt den Arbeitgeber zur Entlassung. Die Richtigkeit der Beschuldigung wäre dann von dem (entlassenen) Arbeitnehmer zu beweisen, der die Beschuldigung erhoben hat.

- 8 -

Die vorgesehene Schadenersatzregelung widerspricht nicht nur den allgemeinen Grundsätzen des Schadenersatzrechts, sondern auch einer an den allgemein gültigen Grundsätzen einer demokratischen Rechtsordnung orientierten Gesetzgebung überhaupt, weil ihr ein gewisser Geiselcharakter nicht abgesprochen werden kann. Sie wäre in der Praxis weitgehend undurchführbar und würde letztlich gerade jenen Frauen, deren Schutz sie dienen soll, schaden. Wenn man an einen Schadenersatz denkt, sollte dazu der Schädiger, also der Belästiger, verpflichtet werden.

Zu Z 17 (§ 10 b):

Wenn die Anwältin für Gleichbehandlungsfragen als Klägerin bei Gericht einschreitet, so wirkt das in einem solchen Prozeß ergangene Urteil - so wie jedes Urteil - nur zwischen den Prozeßparteien. Wird die Klage abgewiesen, kann daher der betroffene Arbeitnehmer (Stellenwerber) seinen vermeintlichen Anspruch trotzdem bei Gericht geltend machen, ohne daß seiner Klage die Einrede der entschiedenen Sache entgegengehalten werden könnte. Wird der Klage hingegen stattgegeben, ist nur die Anwältin für Gleichbehandlungsfragen aus dem Urteil berechtigt, nicht aber der betroffene Arbeitnehmer. Zu bedenken ist ferner, daß die Einbringung einer Klage durch die genannte Anwältin im gegebenen Rahmen keinesfalls ohne Zustimmung oder gar gegen den Willen des betroffenen Arbeitnehmers zulässig sein sollte. Da die genannte Anwältin ohnehin als Nebenintervenientin einschreiten kann (§ 10 b Abs. 2)

- 9 -

und der klagende Arbeitnehmer ohnehin immer über Möglichkeiten der kostenlosen Rechtsvertretung verfügt, sollte eine gesetzliche Prozeßstandschaft der Anwältin für Gleichbehandlungsfragen nicht vorgesehen werden oder aber - ebenso wie im § 54 ASGG - auf Feststellungsklagen beschränkt werden. Eine Klagslegitimation dieser Anwältin in den Fällen einer Leistungs- (Zahlungs-) oder Rechtsgestaltungsklage gegen den Willen des betroffenen Arbeitnehmers begegnet verfassungsrechtlichen Bedenken; sie stünde mit den Grundsätzen des Zivilprozeßrechts im Widerspruch und ist aus den genannten Gründen auch nicht erforderlich.

Die Einbringung des Antrages auf Prüfung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes bei der Kommission sollte in den Fällen der Anfechtung einer Kündigung oder Entlassung (§ 2 a Abs. 8) nicht die Hemmung der Fristen bewirken. Es liegt im Interesse beider Teile, daß über den Bestand des Arbeitsverhältnisses möglichst bald (vom Gericht) entschieden wird.

Bezüglich der Mitglieder der Gleichbehandlungskommission sollte unbedingt eine Bindung an das Amtsgeheimnis im Gesetz normiert werden, soweit sie nicht schon dem Amtsgeheimnis unterliegen.

In den Erläuterungen zu Z 11 muß es richtig heißen "(§ 3 Abs. 5 a)".

Wien, am 11. März 1992

