



An das
Bundesministerium für Arbeit, Soziales
und Konsumentenschutz
Stubenring 1
1010 Wien
post@bmask.gv.at

**Institut für
Legal Gender Studies**

Mag. CHRISTOPHER FRANK

Dr.ⁱⁿ KARIN NEUWIRTH

Tel.: +43 732 2468-3628

Fax: +43 732 2468-8377

christopher.frank@jku.at

An das
Präsidium des Nationalrates
Parlament
1017 Wien
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Linz, 18. August 2010

Betreff GZ: BMASK-462.207/0017-VII/8/2010

S t e l l u n g n a h m e

zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Gleichbehandlungsgesetz und das Gesetz über die Gleichbehandlungskommission und Gleichbehandlungsanwaltschaft geändert werden (179/ME 24. GP)

Der vorliegende Entwurf des Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz für ein Novelle des Gleichbehandlungsgesetzes (GIBG) sieht eine Reihe von Maßnahmen zur Verbesserung der Einkommenstransparenz, der Angleichung des Schutzniveaus gegen Diskriminierungen beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen sowie die Verbesserung der Instrumentarien zur Durchsetzung des Gleichheitsgrundsatzes vor.

Wenn auch die grundsätzliche Linie der Neuerungen und insbesondere die weitgehende Vereinheitlichung des Diskriminierungsschutzes für die verschiedenen Diskriminierungsgründe positiv zu werten ist, erscheinen dennoch eine Reihe von Punkten der geplanten Neufassung problematisch. Weiters sollen im Rahmen dieser Stellungnahme einige Punkte aufgezeigt werden, deren Novellierung im GIBG notwendig erscheint, die bis dato aber nicht in den Ministerialentwurf zur Novelle aufgenommen wurden.

I.) Zu § 11a. Einkommensberichte

Problematisch sind hier die fehlenden Sanktionen für Säumigkeit bei der Erstellung des Einkommensberichts. Zwar betonen die Materialien zum Gesetz, dass die Erstellung und Ausfolgung der Einkommensanalyse einklagbar sein sollen,¹ das Gesetz sieht aber keine Sanktionsmöglichkeiten gegen säumige Unternehmen vor. Stattdessen besteht lediglich für die Organe der ArbeiterInnenschaft im Betrieb bzw wo diese fehlen für einzelne ArbeitnehmerInnen die Möglichkeit, die Erstellung des Einkommensberichtes gerichtlich einzuklagen.

Legistischer Änderungsvorschlag

Einfügen zweier neuer Absätze § 11a Abs 4 und Abs 5, die analog zu den § 10 bzw § 24 GIBG eine Antragsberechtigung der Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt oder einer Regionalanwältin bei einem Verstoß gegen die Berichtspflicht vorsehen. Analog zu Verstößen gegen das Gebot der geschlechtsneutralen bzw diskriminierungsfreien Stellenausschreibung soll so gegen das säumige Unternehmen von der Bezirksverwaltungsbehörde zuerst eine Abmahnung iVm mit einer Fristsetzung zur nachträglichen Erstellung des Berichts erfolgen sowie bei weiteren Verstößen die Möglichkeit der Verhängung einer angemessenen Geldstrafe geschaffen werden.

II.) Zu § 30 Geltungsbereich

Wie einleitend erwähnt ist die Vereinheitlichung des Schutzniveaus für alle Diskriminierungsgründe ein zentrales positives Element der Novelle. Unbefriedigend ist in dieser Hinsicht aber die Regelung des § 30 Abs 2 der Neufassung: Der Diskriminierungsschutz für das Merkmal der ethnischen Zugehörigkeit reicht nach wie vor weiter als für die anderen Diskriminierungsgründe und erfasst (wie bereits auch bisher in § 30 geltende Fassung) auch die Bereiche des Sozialschutzes, der sozialen Vergünstigungen und der Bildung (§ 30 Abs 2 Z 1 – 3). Für die Diskriminierungsgründe der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Orientierung sind diese drei Bereiche nicht erfasst. Warum hier wiederum eine Hierarchisierung der Diskriminierungsgründe erfolgen soll, ist nicht nachvollziehbar. Im neuen Richtlinienentwurf der Kommission (KOM (2008) 0426 Endg) sind eben diese Bereiche in Art 3 Z 1 lit a - c ausdrücklich erwähnt und in den Geltungsbereich für die

¹ Vgl 179/ME 24. GP Mat 3.

Diskriminierungsgründe der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung mit einbezogen. Warum die Materialien zur Novelle hier davon sprechen, dass erst die Debatte auf europäischer Ebene abgewartet werden soll, ist unter diesem Aspekt nicht nachvollziehbar.

III.) Zu § 30 Abs 3 Ausnahmebestimmungen

Ebenfalls problematisch erscheinen die beiden Ausnahmebestimmungen des § 30 Abs 3: hier sollen zwei Bestimmungen des § 40a Abs 3 GIBG (des nunmehr entfallenden Teils IIIa) in die Neufassung übernommen werden. Beide Ausnahmen wurden und werden auch in ihrer geltenden Fassung kritisiert.

§ 30 Abs 3 Z 1 Ausnahme des Bereichs des Privat- und Familienlebens

Welche Rechtsverhältnisse oder welche Güter oder Dienstleistungen im Bereich des Privat- und Familienlebens (§ 30 Abs 3 Z 1) hier konkret ausgenommen sein sollen, ist für die RechtsanwenderInnen schwer ersichtlich. Die Einführung des § 40a erfolgte in Umsetzung der RL 2004/113/EG, die diese Ausnahmebestimmung in Art 3 Abs 1 und 3 vorsieht. Die Materialien zur damaligen Novelle² bieten wenig bis keinen Anhalt zur konkreten Bedeutung und Reichweite dieser Bestimmung. Punkt 3 der Erwägungen zur RL 2004/113/EG spricht hier von den im Kontext von Privat- und Familienleben stattfindenden Transaktionen. Da solche aber typischerweise nicht Güter oder Dienstleistungen darstellen, die der Öffentlichkeit zugänglich sind, erscheint die Bestimmung insgesamt entbehrlich.

§ 30 Abs 3 Z 2 Ausnahme des Bereichs der Medien und der Werbung

Die RL 2004/113/EG sieht in Art 3 Abs 3 die Ausnahme des Bereichs der Medien und der Werbung vor. Die RL 2004/113/EG bezog sich aber nur auf den Diskriminierungsschutz aufgrund des Geschlechts. Verpflichtend wäre die Umsetzung dieser Ausnahmebestimmung somit aber nur im Bereich der Gleichstellung von Frauen und Männern gewesen, nicht aber – wie in der geltenden Fassung – auch auf den Diskriminierungsgrund der ethnischen Zugehörigkeit. Es besteht auch keine Notwendigkeit einer Ausweitung – wie in der Novelle vorgesehen – dieser Ausnahmebestimmung auch auf die Diskriminierungsgründe der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung. Hier geht der Gesetzesentwurf über die Anforderungen der RL 2004/113/EG deutlich hinaus. Auch der neue Richtlinienentwurf für eine Richtlinie des Rates zur

² ErläutRV 415 BlgNR 23. GP 8.

Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung (KOM (2008) 0426 Endg) kennt derartige Ausnahmeregelungen für den Bereich der Medien und der Werbung oder des Privat- und Familienlebens nicht mehr. Beide Ausnahmen des § 30 Abs 3 erscheinen somit insbesondere im Lichte neuerer unionsrechtlicher Entwicklungen entbehrlich.

Legistischer Änderungsvorschlag zu II.) und III.)

Der Geltungsbereich des III. Teils des GIBG wird für alle Diskriminierungsgründe vereinheitlicht und in § 30 Abs 1 zusammengefasst, in § 30 Abs 2 wird darüber hinaus explizit festgehalten, dass neben dem Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen auch Leistungen des Sozialschutzes, soziale Vergünstigungen und der Bildungsbereich vom Geltungsbereich des GIBG für alle Diskriminierungsgründe erfasst sind. Die Ausnahmeregelungen des § 30 Abs 3 entfallen.

IV.) Zu § 38 Abs 6 Verpflichtendes Schlichtungsverfahren beim Bundessozialamt

Wie der § 35 Abs 4 der geltenden Fassung des GIBG normiert auch der neue § 38 Abs 6 des Entwurfs für Mehrfachdiskriminierungen, die auch eine Diskriminierung aufgrund einer Behinderung umfassen, weiterhin ein verpflichtendes Schlichtungsverfahren beim Bundessozialamt bevor Ansprüche gerichtlich geltend gemacht werden können. Erst nach Abschluss des Schlichtungsverfahrens nach den Bestimmungen der §§ 14 ff Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz (BGStG) kann gerichtlich geklagt werden.

Dieses verpflichtende Verfahren ist nicht unumstritten,³ nach den Materialien wurde es vor allem geschaffen um eine „Klagsflut“ an den ordentlichen Gerichten zu vermeiden.⁴ Eine etwas bizarre Befürchtung, die sich nicht realisiert hat. In Fällen vergleichsweise geringfügiger Diskriminierungen mag das Schlichtungsverfahren ein rascher und unkomplizierter Weg zu einer einvernehmlichen Lösung sein. Ob es aber auch in schwerwiegenderen Fällen – wie einer aus diskriminierenden Gründen erfolgten Kündigung – noch wirklich Sinn macht, ist jedoch zweifelhaft. Hier wird sicherlich das Bedürfnis nach einer raschen gerichtlichen Klärung, die durchsetzbar bzw. exekutierbar ist, überwiegen. Nachdem auch die ursprünglich erwartete „Klagsflut“ ausgeblieben ist, stellt sich daher die

³ Vgl. *Bauer*, Mehrfachdiskriminierung – Das Konzept der intersektionellen Diskriminierung als Schritt zu einem moderneren Nichtdiskriminierungsrecht?, *juridikum* 2008, 50 (51).

⁴ Vgl. *Hofer/Iser/Miller-Fahringer/Rubisch*, Behindertengleichstellungsrecht, § 14 BGStG, Rz 1.

Frage, warum das Schlichtungsverfahren nicht alternativ angeboten statt immer noch verpflichtend vorgeschrieben wird.

Legistischer Änderungsvorschlag

§ 38 Abs 6 des Entwurfs wird auf folgenden Wortlaut geändert:

„(6) Ansprüche nach Abs. 1 und 2, die auch auf den Diskriminierungsgrund der Behinderung gestützt werden, können alternativ zuvor auch in einem Schlichtungsverfahren beim Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen geltend gemacht werden. Die Einbringung eines Antrages auf Einleitung eines Schlichtungsverfahrens beim Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen bewirkt die Hemmung der Fristen zur gerichtlichen Geltendmachung. Wird dem/der von der Diskriminierung Betroffenen nachweislich eine Bestätigung des Bundessozialamtes über das Scheitern einer gütlichen Einigung zugestellt, beendet die Zustellung die Hemmung der Fristen zur gerichtlichen Geltendmachung.“

Die in der geltenden Fassung gleichlautenden § 15 Abs 4 und § 29 Abs 4 sind ebenfalls entsprechend zu ändern.

V.) Zu § 38 Abs 3 Beweislast

Ein bekanntes, vom Entwurf aber nicht erfasstes Problem sind die Beweislastregelungen des GIBG. Die Beweislastregeln des § 38 Abs 3 des Entwurfes sowie der §§ 12 Abs 12, § 26 Abs 12, § 35 Abs 3, § 40g Abs 3 und § 51 Abs 9 der geltenden Fassung sind nach herrschender Meinung nicht richtlinienkonform.

Die Beweislast-Richtlinie (RL 97/80/EG) sowie die Antirassismusrichtlinie (RL 2000/43/EG) und die Rahmgleichbehandlungsrichtlinie (RL 2000/78/EG) halten zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebotes eine Verlagerung der Beweislast auf die beklagte Partei für geboten.⁵ Auch in den neueren Rechtsakten bestätigt die Union diese Linie: So halten auch die Erwägungen zur RL 2006/54/EG in Pkt 30 fest, das *„Der Erlass von Bestimmungen zur Beweislast (...) wesentlich [ist], um sicherzustellen, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung wirksam durchgesetzt werden kann.“*⁶

Ob diesen unionsrechtlichen Vorgaben mit den geltenden Regelungen des GIBG entsprochen wird, ist zweifelhaft. Zwar scheinen die Anforderungen an den Beklagten im

⁵ Siehe dazu Punkt 21 der Erwägungen zur 2000/43/EG.

⁶ Punkt 30 der Erwägungen zur 2006/54/EG.

ersten Moment höher, spricht § 38 Abs 3 GIBG doch von „beweisen“ während hingegen die KlägerInnen eine Diskriminierung „glaubhaft zu machen“ haben. Dies wird jedoch stark dadurch relativiert, dass der Beklagte nur zu beweisen hat, dass es „wahrscheinlicher“ ist, dass ein zulässiges und kein diskriminierendes Motiv ausschlaggebend für sein Handeln war. Damit wird die Beweislast des Beklagten im Vergleich zu einem vollen Beweis deutlich reduziert. Die österreichische Gesetzgebung scheint überzeugt zu sein, mit den bisherigen Regelungen den Anforderungen der Richtlinien zu entsprechen.⁷ In der Literatur wird dies jedoch bezweifelt.⁸

Legistischer Änderungsvorschlag

Streichung der Worte „dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist“ in den §§ 12 Abs 12, § 26 Abs 12, § 38 Abs 3 und § 51 Abs 9 GIBG.

VI.) Problematik des Kostenrisikos (§§ 50, 58 ASGG)

Eines der zentralen Probleme für Diskriminierungsoffer bei der gerichtlichen Durchsetzung ihrer Ansprüche ist das Kostenrisiko. Gerichtlich geltend gemachte Ansprüche nach GIBG, die sich gegen den Arbeitgeber richten, sind Arbeitsrechtssachen nach § 50 Abs 1 Z 1 ASGG; für diese gelten die allgemeinen Bestimmungen der ZPO über den Kostenersatz.⁹ Da die ZPO beim Kostenersatz grundsätzlich vom Erfolgsprinzip ausgeht, dh die unterlegene Partei der obsiegenden Partei die Prozesskosten zu ersetzen hat, ist das Kostenrisiko für Diskriminierungsoffer oftmals nur schwer einzuschätzen.

Diese Regelung erscheint deshalb besonders unbefriedigend, da die Gesetzgebung grundsätzlich diese Problematik erkannt hat und einige Bereiche des Arbeitsrechts, insbesondere betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeiten und Streitigkeiten, die sich aus „gleichartigen österreichischen Rechtsvorschriften ergeben“, gem § 58 ASGG von Kostenersatz und Gebühren ausgenommen hat. So steht bei Anfechtungen von Kündigungen und Entlassungen nach den §§ 105, 106 ArbVG oder den §§ 10 bis 12 MuttSchG gemäß § 58 Abs 1 ASGG iVm § 50 Abs 2 ASGG den Parteien ein Kostenersatzanspruch gegen die unterliegende Partei nur im Verfahren vor dem Obersten Gerichtshof zu. Bei Anfechtungen von Kündigungen nach §§ 12 Abs 7 und 26 Abs 7 GIBG tragen die KlägerInnen jedoch das volle Kostenrisiko. Eine solche Differenzierung zwischen Verfahren nach dem GIBG und solchen nach ArbVG oder MuttSchG ist sachlich nicht

⁷ AB 499 BlgNR 22. GP 3.

⁸ Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009), § 12 Rz 131 sowie *Kletečka* in *Rebhahn*/GIBG, § 12 Rz 57.

⁹ Vgl *Kuderna*, ASGG Kommentar², § 58 Anm 2.

gerechtfertigt. Anfechtungen von Kündigungen nach dem GIBG sollten daher ebenfalls in § 58 Abs 1 ASGG berücksichtigt werden.

Legistischer Änderungsvorschlag

§ 50 Abs 2 ASGG wird folgendermaßen erweitert:

„(2) Ferner sind Arbeitsrechtssachen Streitigkeiten über Rechte oder Rechtsverhältnisse, die sich aus dem II., V., VI., VII. oder VIII. Teil des ArbVG (betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeiten), dem GIBG oder aus gleichartigen österreichischen Rechtsvorschriften ergeben.“



Mag. Christopher FRANK

Institut für Legal Gender Studies
JKU Linz



Dr.ⁱⁿ Karin NEUWIRTH
Stv. Institutsvorständin

Institut für Legal Gender Studies
JKU Linz