

# Verfassungsrechtliche Gleichheit, arbeitsrechtliche Gleichbehandlung, unionsrechtliche Antidiskriminierung<sup>1)</sup>

MAGDALENA PÖSCHL (WIEN)



© privat

*Gleichheitsprobleme stellen sich gerade im Arbeitsleben in besonderer Schärfe; entsprechend vielfältig sind die Gleichheitsgebote, die hier zu beachten sind: Neben dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz besteht seit langem der judikativ entwickelte arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, zu dem wiederum vor einigen Jahren die unionsrechtlichen Diskriminierungsverbote getreten sind. Diese drei Gleichheitskonzepte stammen aus ganz unterschiedlichen Rechtsschichten und funktionieren zum Teil auch verschieden. Der vorliegende Beitrag untersucht, wie sich diese drei Konzepte zueinander verhalten, dh inwieweit sie sich überschneiden, ergänzen und wechselseitig verstärken, doch auch, wo sie an ihre Grenzen stoßen.*

## Übersicht

1. Einleitung
2. Drei Gleichheitskonzepte
  - 2.1. Verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz
    - 2.1.1. Entwicklung
    - 2.1.2. Schutzzwecke
      - 2.1.2.1. Bindung der Vollziehung an das Gesetz
      - 2.1.2.2. Gleichheit durch das Gesetz
      - 2.1.2.3. Personal Schutzzweck
      - 2.1.2.4. Minderheitenschutz
      - 2.1.2.5. Flankenschutz für Freiheitsrechte
    - 2.1.3. Rechtsfolgen einer Verletzung

## 2.2. Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

- 2.2.1. Rechtsfolgen einer Verletzung
- 2.2.2. Entwicklung
- 2.2.3. Schutzzwecke
  - 2.2.3.1. Minderheitenschutz
  - 2.2.3.2. Personal Schutzzweck
  - 2.2.3.3. Bindung an Prinzipien
  - 2.2.3.4. Gleichheit durch Prinzipien
  - 2.2.3.5. Willkürliche Vergabe freiwilliger Leistungen?
  - 2.2.3.6. Flankenschutz für Freiheitsrechte
- 2.2.4. Schutzbereich

## 2.3. Unionsrechtliche Diskriminierungsverbote

- 2.3.1. Entwicklung
- 2.3.2. Personal Schutzzweck
- 2.3.3. Schutzbereich
- 2.3.4. Rechtsfolgen einer Verletzung

## 3. Wechselwirkungen

- 3.1. Die offene Flanke unionsrechtlicher Diskriminierungsverbote
- 3.2. Schutzbereich
- 3.3. Konkreter oder hypothetischer Vergleich?
- 3.4. Vergleichsbasis
- 3.5. Rechtsfolgen einer Verletzung
- 3.6. Wer schützt die Dummen und die Hässlichen?

## 1. Einleitung

Die Gesellschaft für Arbeitsrecht und Sozialrecht hat offensichtlich ein Faible für Gleichheitsfragen.<sup>2)</sup> Dass sie dieses Thema zur Gedächtnistagung für Karl Spielbüchler noch einmal verhandelt wissen wollte, kommt nicht

1) Dieser Beitrag beruht auf einem Vortrag, den die Autorin am 21.3.2013 auf der 48. wissenschaftlichen Tagung der Österreichischen Gesellschaft für Arbeitsrecht und Sozialrecht in Zell am See gehalten hat. *Lorenz Dopplinger* hat diesen Vortrag und auch den vorliegenden Beitrag durch Recherchen und viele anregende Diskussionen sehr unterstützt; *Hannah Berger* hat die Judikatur zum arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz aufbereitet; *Rosa Duarte-Herrera* und *Louis Kubarth* haben ebenfalls umfangreiche Nachforschungen für diesen Beitrag angestellt: Ihnen allen sei herzlich gedankt.

2) Gleichheitsfragen wurden zB verhandelt auf den Tagungen 1968 (*Schwarz*, Die dogmatische Fundierung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes, DRdA 1968, 241), 1980 (*Mayer-Maly*, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer, DRdA 1980, 261), 1988 (*Novak*, Der verfassungsrechtliche Schutz von Anwartschaften vor Eingriffen durch den Gesetzgeber, ZAS 1988, 109; *Runggaldier*, Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz in Theorie und Praxis – Seminar), 1993 (*Eichinger*, Grundsatzfragen des Gleichbehandlungsgesetzes. Eine Problemauswahl; *Rebhahn*, Gleichbehandlung, Qualifikation und Leistung, JBI 1993, 681) und 2005 (*Krejci*, Antidiskriminierung, Privatautonomie und Arbeitnehmerschutz, DRdA 2005, 383, 501). Mein bester Dank gilt *Astrid Böhnisch-Weilguny* für den Einblick in die Tagungsprogramme.

von ungefähr, hat *Spielbüchler* doch als Verfassungsrichter die Gleichheitsjudikatur des VfGH über Jahrzehnte mitgeprägt, sich als Universitätslehrer zum arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz geäußert,<sup>3)</sup> und auch als 2005 das europäische Antidiskriminierungsrecht in Zell am See auf der Tagesordnung stand, nahm *Spielbüchler* dazu Stellung, allerdings kritisch: Wer in unserer Gesellschaft am meisten diskriminiert wird, sagt er in einem Interview, sind „die Dummen und die Schiachen [...]“. Wer schützt die?“<sup>4)</sup> – eine verstörende Frage, auf die noch zurückzukommen ist. Für den Moment macht sie deutlich, dass wir gegenwärtig in einer stark ausgeprägten Gleichheitskultur leben: Gleichheitsfragen begleiten uns ein Leben lang – als Geschwisterrivalität in der Familie, als Schülerkonkurrenz in der Klasse und später tagtäglich in der Arbeitswelt. Immer wieder finden wir uns in einen Kreis von Personen gestellt, der fast automatisch veranlasst zu vergleichen und genau zu beobachten, was anderen gegeben und uns womöglich vorenthalten wird. Werden wir anderen vorgezogen, verbittert uns das im Allgemeinen etwas weniger, denn der Gleichheitsblick fokussiert immer das Bessere – dort will er hin, um von da in noch günstigere Gefilde weiterzuziehen. So folgt auf eine erfüllte Gleichheitsforderung regelmäßig schon der nächste Gleichstellungswunsch; nicht selten löst das eine Aufwärtsspirale aus.

Das gilt nicht nur, besonders aber für das Arbeitsrecht. Mittlerweile treffen hier bereits drei verschiedene Gleichheitskonzepte aufeinander: Erstens der seit 1867 im StGG garantierte und im B-VG 1920 noch einmal normierte Gleichheitssatz, der den Staat in Gesetzgebung und Vollziehung bindet<sup>5)</sup> und nach der neueren Judikatur vermittelt über die Generalklauseln des Zivilrechts auch für die Parteien der Kollektivverträge und Betriebsvereinbarungen gilt.<sup>6)</sup> Neben ihm steht zweitens der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, den der OGH nach 1945 zunächst für das privatrechtliche Handeln des staatlichen AG entwickelt und wenig später umstandslos auf den privaten AG erstreckt hat.<sup>7)</sup> Hinzu kommen drittens die Antidiskriminierungsrichtlinien der EU, die 2004 in rund 35 Gesetzen mit bindender Wirkung für staatliche und private AG umgesetzt worden sind.<sup>8)</sup> Diese Vielfalt an Gleichheitsgarantien wirft die Frage auf, wie sich diese Konzepte eigentlich zueinander verhalten: Wollen sie alle dasselbe oder ergänzen sie einander? Und wenn letzteres: Entwickeln sich diese Gleichheitslinien aufeinander zu, um irgendwo in den einen Gleichheitsstrom einzumünden oder werden sie sich gegenseitig zu immer noch mehr Gleichheit aufschaukeln? Widersprechen sie einander gar? Eine Antwort auf diese Fragen setzt Kenntnis darüber voraus, wie jedes der drei Gleichheitskonzepte für sich funktioniert.

## 2. Drei Gleichheitskonzepte

### 2.1. Verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz

#### 2.1.1. Entwicklung

Der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz geht auf die politischen Gleichheitsforderungen im Revolutionsjahr 1848 zurück; sie haben Österreich bekanntlich einen ersten Grundrechtskatalog gebracht, dem aber

nur ein kurzes Leben beschieden war:<sup>9)</sup> Schon 1851 beseitigte der Kaiser diesen Grundrechtskatalog als überflüssig, ließ den Gleichheitssatz aber weiterhin bestehen.<sup>10)</sup> Das mag zunächst verblüffen, zeigt aber nur die Ambivalenz dieser Garantie: Selbst ein neoabsolutistischer Staat kann es sich leisten, Gleichheit zu versprechen, „liebt“ doch, wie *Toqueville* es ausgedrückt hat, „[j]ede Zentralgewalt [...] die Gleichheit, und begünstigt sie, denn die Gleichheit erleichtert einer solchen Macht außerordentlich ihr Handeln, erweitert und sichert es“.<sup>11)</sup> Nicht die gleichmäßige Beherrschung aller, sondern gleichmäßige Freiheit für alle hatte erst wieder das StGG 1867 im Sinn. Auch in diesem Grundrechtskatalog stand die Gleichheit an vorderster Stelle,<sup>12)</sup> und sie gehört ebenso zu den wenigen Grundrechten, die 1920 in das B-VG aufgenommen wurden, abermals an prominentem Platz, im ersten Hauptstück in Art 7: Diese Positionierung sollte deutlich machen, dass mit der Garantie der Gleichheit aller Staatsbürger endgültig der Übergang zur Demokratie bewerkstelligt war.<sup>13)</sup> Das unterstreicht noch zusätzlich der zweite Satz des Art 7 Abs 1 B-VG, der Vorrechte ua aufgrund der Geburt und des Standes ausdrücklich ausschließt.

3) *Spielbüchler* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I<sup>4</sup> (1998) 337 ff.

4) *Bernold*, Schwammiges Terrain für Richter, Wiener Zeitung vom 1.4.2005, 3.

5) Dass Art 7 Abs 1 B-VG nicht nur die Vollziehung, sondern auch den Gesetzgeber bindet, hat der VfGH erstmals 1932 in VfSlg 1451 explizit ausgesprochen und ist seither – von 1932 VfSlg 1494 abgesehen – stRsp, siehe zB 1955 VfSlg 2841; 1976 VfSlg 7885; 1993 VfSlg 13.492; 2000 VfSlg 15.785; 2011 VfSlg 19.584.

6) StRsp seit OGH 9 ObA 602/92 SZ 65/163 = DRdA 1993, 369 (*Resch*); siehe ferner 6.9.2000, 9 ObA 106/00d; zuletzt 9 ObA 146/12d *ecolex* 2013, 653 *mwN*, und überwiegende Lehre, siehe *mwN Eichinger*, Zum Gleichbehandlungsgebot des § 18 BPG, ZAS 1991, 119 (123 FN 40); *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 16 f; *Körber-Risak* in *Mazal/Risak* (Hrsg), Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (19. Lfg 2012), VIII. Die Gleichbehandlungspflichten im Arbeitsrecht Rz 49. Teile der Lehre nehmen sogar eine direkte Geltung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes für den – als Gesetz im materiellen Sinn zu verstehenden – KollV an, zB *Mayer-Maly*, DRdA 1980, 262; dagegen zB *Binder*, Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, DRdA 1983, 156 (163).

7) Siehe 2.2.2.

8) Siehe 2.3.1.

9) Kaiserliches Patent vom 4.3.1849, die Reichsverfassung für das Kaiserthum Österreich enthaltend, RGBl 1849/150, Kaiserliches Patent vom 4.3.1849 über die durch die konstitutionelle Staatsform gewährleisteten politischen Rechte, RGBl 1849/151.

10) Kaiserliche Patente vom 31.12.1851, RGBl 1852/2 und 1852/3.

11) *Alexis de Tocqueville*, Über die Demokratie in Amerika, Bd II: Zweiter Teil (1840), 1987, dort Teil 4, Kap. 3.

12) Art 2 StGG. Art 1 StGG sprach allen Angehörigen der im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder das allgemeine österreichische Staatsbürgerrecht zu; er wurde durch Art 149 B-VG nicht rezipiert.

13) *Kelsen/Froehlich/Merkl*, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (1922) 74.

## 2.1.2. Schutzzwecke

### 2.1.2.1. Bindung der Vollziehung an das Gesetz

Historisch war stets unstrittig, dass die Garantie der Gleichheit „vor dem Gesetz“ sich an die Vollziehung wendet und sie verpflichtet, das Gesetz anzuwenden, und zwar ausnahmslos und ohne Ansehen der Person: Das ist der erste, im Kern rechtsstaatliche Schutzzweck des Gleichheitssatzes, der in einer alten, aber ausdrucksstarken Formel des VfGH deutlich zum Ausdruck kommt: Danach handelt die Vollziehung gleichheitswidrig, dh willkürlich, wenn sie sich „über das Gesetz hinwegsetzt anstatt ihm zu dienen“. <sup>14)</sup>

Diese Bindung an das Gesetz hängt nicht davon ab, ob die Behörde das Gesetz auch anderen gegenüber anwendet. Folgerichtig hat schon der erste Anwendungsfall ein Recht darauf, einem für ihn günstigen Gesetz gemäß behandelt zu werden. Umgekehrt nützt es den Bürgern nichts, wenn die Behörde ein belastendes Gesetz in anderen Fällen außer Acht gelassen hat. Selbst wenn sie schon hundert Straftäter gesetzwidrig nicht bestraft hat, verschafft der Gleichheitssatz dem 101. Täter kein Recht, ebenso verschont zu werden. Denn ihn gleich zu behandeln, würde das Unrecht ja nur vertiefen, also das Gegenteil dessen bewirken, was der Gleichheitssatz will: eine gesetzesgebundene Vollziehung. Im Unrecht kann es also keine Gleichheit geben. <sup>15)</sup>

Bei der Vollziehung genereller Normen entstehen freilich auch Entscheidungsspielräume, die die Behörde ausfüllen muss. Nach welchen Kriterien sie dabei vorgeht, muss sich noch nicht beim ersten Fall zeigen, doch wird nach einer Serie von aufeinander folgenden Fällen regelmäßig eine Entscheidungspraxis sichtbar. Weicht die Behörde von dieser Linie in einem einzelnen Fall plötzlich grundlos ab, möchte man meinen, dass dies den Gleichheitssatz verletzt. Doch schneidet der VfGH einen Vergleich auch in solchen Konstellationen ab und begnügt sich grundsätzlich damit, dass jeder Fall für sich willkürfrei erledigt wurde. <sup>16)</sup>

### 2.1.2.2. Gleichheit durch das Gesetz

Während die Bindung der Vollziehung an den Gleichheitssatz nie zweifelhaft war, setzte sich in Lehre und Judikatur erst allmählich die Auffassung durch, dass sich der Gleichheitssatz auch an den Gesetzgeber richtet. <sup>17)</sup> Nach nunmehr stRsp ist er verpflichtet, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. <sup>18)</sup> Soweit die Verfassung nicht vorgibt, <sup>19)</sup> was wesentlich gleich und was wesentlich ungleich ist, liegt es am Gesetzgeber diese Wertung zu treffen. Der Gleichheitssatz verpflichtet ihn dann aber grundsätzlich dazu, dieser Wertung „treu“ zu bleiben, sie also konsequent zu verfolgen: Er muss alle Personen oder Sachverhalte, die im Lichte dieser Wertung gleich sind, auch gleich behandeln, während eine Differenzierung zwischen Personen oder Sachverhalten, die der Gesetzgeber selbst im einen Zusammenhang als ungleich bewertet, auch in einem anderen Zusammenhang geboten sein kann. Dabei ergibt sich regelmäßig bereits aus den Zielen einer Vorschrift oder eines Regelungskomplexes, welche Eigenschaften der betroffenen Personen oder Sachverhalte wesentlich und welche unwesentlich sind. Dementsprechend trifft der Gesetzgeber in verschiedenen Rechtsmaterien ganz unterschiedliche Systementscheidungen; er legt etwa fest, dass Sozialhilfe nach der Bedürftigkeit zu verteilen ist, dass Ertragssteuern nach der Leistungsfähigkeit einzuheben, Bildungsplätze nach der Eignung zu vergeben und Anerkennungen im öffentlichen Dienst nach den Verdiensten auszusprechen sind. Diese Systementscheidungen sind keine Dogmen, sondern selbstgewählte Orientierungslinien; deshalb darf der Gesetzgeber von ihnen auch punktuell abgehen, dh einzelne Fallgruppen abweichend behandeln, wenn und soweit es dafür wiederum sachliche Gründe gibt. <sup>20)</sup> Durch diese Anforderungen sichert der Gleichheitssatz – das ist ein weiterer Effekt – ein gewisses Mindestmaß an Rationalität in der Gesetzgebung.

Bei all dem darf der Gesetzgeber von Durchschnittsbetrachtungen ausgehen, typisieren und in Kauf nehmen, dass durch Grenzziehungen vereinzelt Härtefälle entstehen. <sup>21)</sup> Hingenommen werden darf bei der Normsetzung ferner, dass sich eine generelle Norm auf ihre Adressaten faktisch unterschiedlich auswirkt, diesen also mehr trifft als jenen: Das allgemeine Gesetz kann nicht auf die jedem Menschen je eigene Lebenslage Rücksicht nehmen. In einer Demokratie dürfen Gesetze schließlich geändert werden; daher ist es grundsätzlich auch unbedenklich, wenn wesentlich gleiche Fälle heute anders behandelt werden als morgen. <sup>22)</sup>

### 2.1.2.3. Personaler Schutzzweck

Der Gleichheitssatz bringt dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber zwar grundsätzlich Vertrauen entgegen, insb betrachtet er nicht jede Differenzierung schon an sich als suspekt. Misstrauisch wird der Gleichheitssatz aber bei bestimmten Sorten von Differenzierungen. Das gilt zuerst für Ungleichbehand-

<sup>14)</sup> VfGH 1963 VfSlg 4480; 1993 VfSlg 13.430.

<sup>15)</sup> StRsp VfGH 1969 VfSlg 6072; 1980 VfSlg 8790; 1991 VfSlg 12.796; 2000 VfSlg 15.903; 2001 VfSlg 16.209.

<sup>16)</sup> VfGH 1978 VfSlg 8375; 1993 VfSlg 13.404; 2005 VfSlg 17.707; näher *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 755 ff.

<sup>17)</sup> Siehe schon oben FN 5; zu den historischen Hintergründen näher *Pöschl*, Gleichheit 133 ff.

<sup>18)</sup> StRsp VfGH 1956 VfSlg 2956; 1973 VfSlg 7059; 1982 VfSlg 9455; 2004 VfSlg 17.315. Das allgemeine Sachlichkeitsgebot, das die Judikatur dem Gleichheitssatz ebenfalls entnimmt, kann für die Zwecke dieser Untersuchung außer Betracht bleiben, zu diesem näher *Pöschl*, Gleichheit 260 ff.

<sup>19)</sup> Beispiel sogleich unter 2.1.2.3. und 2.1.2.5.

<sup>20)</sup> ZB VfGH 1987 VfSlg 11.368; 1997 VfSlg 15.040; 2007 VfSlg 18.100; 2009 VfSlg 18.894; 2010 VfSlg 19.158; 2012 VfSlg 19.666.

<sup>21)</sup> StRsp VfGH 1959 VfSlg 3595; 1973 VfSlg 7136; 1984 VfSlg 10.089; 1995 VfSlg 14.268; 2002 VfSlg 16.754; 2006 VfSlg 17.816; 2012 VfSlg 19.635.

<sup>22)</sup> Gewisse Einschränkungen können sich nach der Judikatur aber aus Gründen des Vertrauensschutzes ergeben, näher VfGH 1960 VfSlg 3836; 1987 VfSlg 11.309; 1997 VfSlg 14.846; 2002 VfSlg 16.764; 2004 VfSlg 17.254; 2006 VfSlg 18.010.

lungen aufgrund von Merkmalen, die „in der Person“ gelegen, dh für den Einzelnen nicht oder nicht zumutbar beeinflussbar sind.<sup>23)</sup> Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG nennt hier beispielhaft Geburt, Geschlecht, Stand, Klasse und Bekenntnis. Das B-VG zum Schutz gegen rassische Diskriminierung<sup>24)</sup> fügt ua Hautfarbe und ethnische Herkunft hinzu; diese Merkmale und einige mehr finden sich auch in den Diskriminierungsverboten der EMRK und GRC.<sup>25)</sup> Benachteiligungen aufgrund derart personaler Kriterien beruhen regelmäßig auf Vorurteilen, setzen die Betroffenen herab und bringen sie zudem in eine ausweglose Situation, weil sie über diese Merkmale nicht disponieren können: Solche Diskriminierungen abzustellen und damit die Person in ihrem „So-Sein“ zu schützen, ist ein weiteres Kernanliegen des Gleichheitssatzes.

Zur Wahrung dieses Schutzzweckes verschärft sich die Kontrolldichte des Gleichheitssatzes mehrfach. Zunächst vermutet der Gleichheitssatz, dass Merkmale wie Hautfarbe, Geschlecht, Religion etc zwischen Menschen keinen wesentlichen Unterschied begründen, der eine Ungleichbehandlung rechtfertigt. Wer dennoch nach diesen Kriterien differenzieren will, braucht gute Gründe; er muss hieb- und stichfest nachweisen können, dass das suspekthe Differenzierungskriterium bei vorurteilsfreier Betrachtung tatsächlich treffsicher auf Eigenschaften verweist, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen. Dieser Beweis darf – das ist die nächste Besonderheit – grundsätzlich nicht gestützt auf Durchschnittsbetrachtungen erbracht werden. An sie legt der VfGH bei verpönten Differenzierungsmerkmalen idR strenge Maßstäbe an, aus gutem Grund kann die Typisierung bei solchen Merkmalen doch leicht in ein Stereotyp übergehen; gerade vor solchen Stereotypisierungen soll der Gleichheitssatz aber schützen. Ein weiteres Spezifikum ist, dass der Gesetzgeber stets mitbedenken muss, welche Folgen ein Gesetz für Träger verpönter Merkmale hat: Diese Merkmale gehören also nicht zu jenen Besonderheiten, über die das allgemeine Gesetz hinweggehen darf. Vorschriften, die zwar nicht an ein verpöntes Differenzierungsmerkmal anknüpfen, die Träger eines solchen Merkmals aber dennoch faktisch signifikant härter treffen als andere, sind daher als mittelbare Diskriminierung verboten, wenn sie nicht durch triftige Gründe gerechtfertigt sind.

#### 2.1.2.4. Minderheitenschutz

Unmittelbare und mittelbare Differenzierungen nach diesen persönlichen Merkmalen sind an sich suspekt, also nicht nur dann, wenn sie eine Minderheit schlechter stellen, sondern auch, wenn sie die Mehrheit benachteiligen. Das zeigt deutlich Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG, der Vorrechte ua aufgrund der Geburt ausschließt. Er meint damit jene Privilegien, die historisch dem Adel – also einer Minderheit – insb bei der politischen Mitbestimmung zukamen.

Mit dem Verbot solcher Vorrechte legt das B-VG zwar den Grundstein für die Demokratie, auch die Demokratie sichert aber nur die Gleichheit der Mehrheit, nicht die Gleichheit aller. Gruppen, die zu schwach sind, um im politischen Prozess gehört zu werden, sind daher selbst in einer Demokratie vor ungerechtfertig-

ten Benachteiligungen nicht gefeit. Diese offene Flanke der Demokratie zu schließen, ist ein weiterer Schutzzweck des Gleichheitssatzes.<sup>26)</sup> Dementsprechend ist bei Regelungen, die gesellschaftliche Minderheiten benachteiligen, eine erhöhte Kontrolldichte angezeigt. Umgekehrt darf in einer Demokratie (widerleglich) vermutet werden, dass Belastungen, die der Gesetzgeber der Mehrheit auferlegt, nicht auf unsachlichen Gründen beruhen. Eine vergleichbare Vermutung lässt sich auch für Kollektivverträge und Betriebsvereinbarungen formulieren: Das grundsätzliche Gleichgewicht der Parteien, die diese Regelwerke vereinbaren, indiziert, dass die jeweils getroffenen Differenzierungen im Großen und Ganzen sachlich sind;<sup>27)</sup> auch hier laufen allerdings kleine Gruppen von AN Gefahr, übergangen und daher unsachlich benachteiligt zu werden.<sup>28)</sup>

#### 2.1.2.5. Flankenschutz für Freiheitsrechte

Die gleichheitsrechtliche Kontrolle verschärft sich schließlich bei Regelungen, die bestimmte Formen des Freiheitsgebrauches benachteiligen, ohne in ein Freiheitsrecht einzugreifen. Das wäre etwa der Fall, wenn ein Gesetz bei der Zuerkennung von Beihilfen gewisse Lebensformen diskriminiert, obwohl Art 8 EMRK die Achtung des Familien- und Privatlebens schlechthin verspricht und damit „klassische“ Familien und Partnerschaften, Patchwork-Familien, homosexuelle Lebensgemeinschaften und Ledige gleich achtet. Für die Benachteiligung einzelner Formen des Freiheitsgebrauches verlangt der Gleichheitssatz triftige Gründe und verschafft so auch den Freiheitsrechten flankierenden Schutz.<sup>29)</sup>

Soweit der Staat verfassungsrechtlich nicht gebotene Leistungen gewährt, ohne Freiheiten zu berühren, ist sein Spielraum umgekehrt weit: Ob überhaupt und nach welchen Kriterien ein Gesetz solche Leistungen zuerkennt, prüft der VfGH zu Recht nach einem lockeren Maßstab,<sup>30)</sup> und er billigt grundsätzlich auch, dass

<sup>23)</sup> Hierzu und zum Folgenden näher *Pöschl*, Gleichheit 364 ff.

<sup>24)</sup> Bundesverfassungsgesetz vom 3.7.1973 zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung, BGBl 1973/390.

<sup>25)</sup> Art 14 EMRK: Geschlecht, Rasse, Hautfarbe, Sprache, Religion, politische oder sonstige Anschauungen, nationale oder soziale Herkunft, Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, Vermögen, Geburt oder sonstiger Status. Art 21 GRC: Geschlecht, Rasse, Hautfarbe, ethnische oder soziale Herkunft, genetische Merkmale, Sprache, Religion, Weltanschauung, politische oder sonstige Anschauung, Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, Vermögen, Geburt, Behinderung, Alter, sexuelle Ausrichtung.

<sup>26)</sup> Näher *Pöschl*, Gleichheit 183, 881 ff.

<sup>27)</sup> OGH 9 ObA 514/89 ecolex 1990, 433 = DRdA 1991, 206 (*Mayer-Maly*).

<sup>28)</sup> Siehe auch *Mayer-Maly*, DRdA 1991, 208 (210), der in diesem Zusammenhang etwa auf die Benachteiligung von Ausländern und auf die Geschichte der Frauenbenachteiligung im Arbeitsleben verweist.

<sup>29)</sup> Näher *Pöschl*, Gleichheit 547 ff.

<sup>30)</sup> Siehe zB VfGH 1996 VfSlg 14.694; 2008 VfSlg 18.638; 2009 VfSlg 18.883; 2010 VfSlg 19.105; 2011 VfSlg 19.411.

der Staat einmal gewährte Leistungen nur schrittweise ausbaut oder sie auch wieder ganz zurücknimmt.<sup>31)</sup> Auch hier ist es dem Gesetzgeber freilich gleichheitsrechtlich untersagt, Personengruppen zu diskriminieren oder Minderheiten unsachlich auszugrenzen.

### 2.1.3. Rechtsfolgen einer Verletzung

Gleichheitswidrige Verwaltungsakte sind vor den Verwaltungsgerichten und dem VfGH bekämpfbar und werden von diesen Gerichten entweder aufgehoben (bei Bescheiden) oder für gleichheitswidrig erklärt (bei Maßnahmen); das verpflichtet die Behörden je nach Lage des Falles entweder, einen neuen, nun aber willkürfreien Rechtsakt zu erlassen oder von der Erlassung eines Rechtsaktes ganz Abstand zu nehmen.

Gleichheitswidrige generelle Normen wiederum lassen sich regelmäßig auf mehrere Wege korrigieren: Die bislang benachteiligte Gruppe kann besser behandelt, also auf die Stufe der begünstigten Gruppe gehoben werden. Das Niveau kann aber ebenso für alle heruntergepegelt werden. Schließlich kann der Normsetzer beide Gruppen einer dritten, gänzlich neuen Norm unterwerfen, finanzielle Zuwendungen etwa ganz anders verteilen als bisher. Diesen dritten Weg kann der VfGH, der bei der Normenkontrolle ja nur negativer Gesetzgeber ist, nie gehen. Vor die Wahl gestellt, bei der Bereinigung der Rechtslage das Niveau allgemein zu heben oder es für alle zu senken, tendiert der Gerichtshof dazu, die Minderheit der Mehrheit anzupassen,<sup>32)</sup> aus gutem Grund: Er greift so in den Willen des Normsetzers am wenigsten ein. Für die bisher benachteiligte Minderheit ist diese Korrektur erfreulich, weil sie in die Vergünstigung der Mehrheit einbezogen wird; der Korrekturmodus des VfGH kann allerdings auch dazu führen, dass eine bisher bevorzugte Minderheit ihre Privilegien verliert. So bringen Gleichheitsrügen nicht notwendig eine Verbesserung für den Beschwerdeführer; sie können auch Rechtsverluste für andere zur Folge haben.

Gleichheitswidrige Vorschriften in Kollektivverträgen und Betriebsvereinbarungen „korrigiert“ schließlich der OGH, indem er nach § 879 ABGB ihre Nichtigkeit feststellt. Diese Feststellung wirkt allerdings nur für den Einzelfall, sodass es an den Parteien des Kolliv bzw der BV liegt, ob sie die beanstandete Vorschrift generell nach oben oder nach unten korrigieren wollen.

## 2.2. Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

### 2.2.1. Rechtsfolgen einer Verletzung

Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz unterscheidet sich vom verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz in mehrfacher Hinsicht. Er richtet sich nicht an den Gesetzgeber und die Behörde, die das Gesetz vollzieht, sondern an den AG, der (abgesehen von seinem Direktionsrecht) weder generelle Normen erlässt noch sie vollzieht. Bisweilen setzt der AG aber ein normähnliches Verhalten, dann nämlich, wenn er seine AN generell unter bestimmten Voraussetzungen gleich behandelt, als folge er einer selbst begründeten Übung, die freilich – und das ist ein erster wesentlicher Faktor – anders als die generelle Norm nirgendwo förmlich kundgemacht und auch sonst nicht ohne weiteres erkennbar sein muss. Wird nun ein AN gleichheitswidrig schlechter behandelt als andere, so kann das Arbeitsgericht dies zweitens nur in eine Richtung korrigieren: Anders als der VfGH dies bei Gesetzen tut, kann das Arbeitsgericht weder die „Verteilungsregel“ des AG als solche aufheben noch den besser gestellten AN ihre Vorteile entziehen; das Gericht kann den AG nur verpflichten, dem benachteiligten AN „die mit den übrigen [AN] vereinbarten Vorteile gleichfalls [zu] gewähren, das gleiche Verhalten auch von seiner Seite [zu] dulden oder die an sich zulässige Maßnahme auch ihm gegenüber [zu] unterlassen.“<sup>33)</sup> Erfolgreiche Gleichheitsklagen führen daher drittens stets zu einer Verbesserung der Rechtslage des Kl, schränken damit aber auch die Privatautonomie des AG ein. Mit diesen Faktoren – dem nur normähnlichen Verhalten des AG, der beschränkten gerichtlichen Korrekturmöglichkeit und ihrer Konsequenz für den AG – hatte der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz von vornherein schwierigere Entwicklungsbedingungen als der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz.

### 2.2.2. Entwicklung

Seine Wurzeln hat der Gleichbehandlungsgrundsatz in einem bis heute unveröffentlichten Urteil aus dem Jahr 1948.<sup>34)</sup> Der Kl dieses Verfahrens war bei einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft beschäftigt, die 1939 aufgelöst wurde und deren Vermögen eine nach dem Krieg geschaffene öffentlich-rechtliche Körperschaft übernahm. Von ihr forderte der Kl nun – als der Rechtsnachfolgerin seiner vormaligen DG – Ruhegehaltszahlungen. Dabei machte er ua geltend, dass die Bekl den begehrten Ruhegenuss bereits einem anderen AN in gleicher Lage gewährt hatte. Dieses Argument verfiel beim OGH; er meinte, es würde „den guten Sitten widersprechen, wenn eine Korporation des öffentlichen Rechtes unter den Angestellten sachlich unbegründete Unterschiede machen, die Ansprüche des einen anerkennen und die durchaus gleichartigen und rechtlich gleich zu beurteilenden Ansprüche eines anderen Angestellten abweisen“ wollte. Diese Aussage wiederholte der OGH in der Folge mehrmals, wenn staatlichen AG klagsweise vorgeworfen wurde, bestimmte Leistungen freiwillig einem anderen AN gewährt zu haben, dem Kl aber nicht.<sup>35)</sup> Auch als sieben Zollkalkulanten zugleich

<sup>31)</sup> ZB VfGH 1956 VfSlg 2957; 1978 VfSlg 8419; 2009 VfSlg 18.885; 2011 VfSlg 19.434.

<sup>32)</sup> MwN aus der Judikatur Pöschl, Was kommt nach der Gleichheitswidrigkeit? JRP 2012, 362 (368 ff).

<sup>33)</sup> OGH 4 Ob 116/83 ZAS 1985, 218 (Beck-Mannagetta) = DRdA 1986, 123 (Mayer-Maly) = JBI 1985, 756.

<sup>34)</sup> OGH 29.1.1948, 4 Ob 19/47; der Sachverhalt dieser E ist erläutert bei Schantl, Entscheidungsanmerkung, ZAS 1966, 115.

<sup>35)</sup> OGH 14.4.1953, 4 Ob 34/53 (Kammer der gewerblichen Wirtschaft); 4 Ob 93/53 Soz I D, 51 (Wiener Stadtwerke); 21.12.1954, 4 Ob 107/54 (Bundeskammer der Wirtschaft); 4 Ob 49, 50/54 Arb 5993 (Stadtgemeinde); 4 Ob 50/62 Arb 7570 (Republik Österreich).

begehrten, von der Republik Österreich so entlohnt zu werden wie sechs andere Zolkalkulanten, dh wie die knappe Minderheit der Belegschaft, trat der OGH diesem Begehren nicht grundsätzlich entgegen.<sup>36)</sup>

Als allerdings 20 Saisonarbeiter von einem privaten AG verlangten, nach einem Streik gleich wie eine andere Arbeiterin in der neuen Saison wieder eingestellt zu werden, reagierte der OGH sehr distanziert:<sup>37)</sup> Dieser „sogenannte [...] Gleichbehandlungsgrundsatz [...]“ könne, wie der OGH nun meinte, nicht mit Erfolg geltend gemacht werden. Ein allgemeiner Rechtssatz, der eine solche Gleichbehandlung ausspricht, existiere nämlich gar nicht. Der OGH habe lediglich „in einigen Entscheidungen erwogen, ob es den guten Sitten widerspricht, wenn ein Dienstnehmer ohne ersichtlichen Grund anders behandelt wird als alle übrigen“. Dass dies für private DG nicht gelte, sagte der OGH nicht. Doch er betonte, dass von einer Sittenwidrigkeit grundsätzlich nur gesprochen werden könne, „wenn ein einzelner oder einzelne Dienstnehmer schlechter behandelt werden als die Mehrheit der übrigen, nicht aber umgekehrt, wenn die bessere Behandlung, die einem einzelnen widerfährt, nicht auf alle ausgedehnt wird“. An dieser Einschränkung hielt der OGH in den folgenden Jahrzehnten fest, und zwar nicht nur für den privaten,<sup>38)</sup> sondern auch für den staatlichen AG.<sup>39)</sup>

## 2.2.3. Schutzzwecke

### 2.2.3.1. Minderheitenschutz

Der Schutzzweck des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes war damit klar exponiert: Er soll die Minderheit der AN davor bewahren, der Mehrheit gegenüber grundlos zurückgesetzt zu werden – nicht mehr, aber auch nicht weniger. Das wirft zwei Fragen auf, erstens: Warum ist es dem staatlichen AG erlaubt, einzelne AN grundlos zu bevorzugen, wenn doch Art 7 B-VG dem Staat die Gewährung von Vorrechten untersagt? Zweitens: Warum ist es dem privaten AG überhaupt verwehrt, einzelne AN zu benachteiligen, wenn er doch sonst in geschäftlichen Beziehungen Privatautonomie genießt?

Die arbeitsrechtliche Lehre hat die zweite Frage begreiflicher Weise mehr beschäftigt als die erste; sie hat für den Gleichbehandlungsgrundsatz verschiedenste Begründungen entwickelt, gegen die ihrerseits zahlreiche Einwände erhoben wurden.<sup>40)</sup> In der Zwischenzeit hat der Gleichbehandlungsgrundsatz zwar in § 18 BPG auch positiv-rechtlich Anerkennung gefunden,<sup>41)</sup> sodass sich die Frage nach seiner Rechtsgrundlage weniger dringend stellt. Um seine Funktionsweise zu verstehen, lohnt sich dennoch ein Blick auf die prominentesten Erklärungsversuche. Unter ihnen scheint der Ansatz *F. Bydliński* zunächst die größte Resonanz gefunden zu haben.<sup>42)</sup> Er leitet den Gleichbehandlungsgrundsatz aus der Fürsorgepflicht des AG ab, dem die AN täglich treu zu Diensten sind, wofür er ihnen (neben dem Lohn) eine respektvolle Behandlung schulde. Dieser Respekt gebiete ua, dass er einen AN nicht kränkt, indem er ihn grundlos hinter die restliche Belegschaft zurücksetzt.

So warm einem ums Herz wird bei diesem Idealbild des AG, der liebevoll auf seine treue Herde blickt und niemanden durch Ausgrenzungen kränkt, so wenig ist zu übersehen, dass dieses Ideal auch dem kühl kalkulie-

renden AG nützt, weil es Gleichbehandlungsforderungen deutlich begrenzt. Fürsorglich fundiert, soll der Gleichbehandlungsgrundsatz nämlich zunächst nicht für den arbeitssuchenden Bewerber gelten:<sup>43)</sup> Da er dem AG noch keine Treue erwiesen hat, habe er auch keinen Anspruch auf respektvolle Behandlung. Mit derselben Begründung wurde ein Gleichbehandlungsanspruch für AN ausgeschlossen, die bei der Einstellung ein niedrigeres Entgelt als vergleichbare AN erhalten.<sup>44)</sup> Einen Benachteiligungsschutz könnte man ferner bei Beförderungen

36) OGH 4 Ob 105/62 Arb 7653 = Soz I D, 429.

37) OGH 4 Ob 91/58 SZ 32/38 = Arb 7020 = JBl 1959, 506.

38) ZB OGH 9 ObA 280/93 SZ 67/15 = DRdA 1994, 496

= eclex 1994, 341 (nicht näher spezifiziertes Privatunter-

nehmen); 13.9.1995, 9 ObA 77/95 (Medienkonzern);

11.5.2006, 8 ObA 26/06s (Österreichisches Rotes Kreuz).

39) OGH 4 Ob 25/62 Arb 7544 (Bundesstrombauamt);

13.7.1964, 4 Ob 50/64 (Wiener Stadtwerke); 4 Ob

55/65 ZAS 1966, 114 (*Schantl*) (Stadtgemeinde); 4 Ob

65/79 DRdA 1981, 293 (*Mayer-Maly*) (Sozialversiche-

rungsträger); 4 Ob 157/83 DRdA 1986, 127 (*Schwarz*)

(Sozialversicherungsträger); 27.9.2006, 9 ObA 49/06f

(Universität).

40) Die Palette reicht von der Annahme, der Gleichbehand-

lungsgrundsatz ergebe sich aus den guten Sitten oder

aus Treu und Glauben, über eine Ableitung aus der

Fürsorgepflicht des AG oder aus allgemeinen arbeits-

rechtlichen Prinzipien wie dem Schutzprinzip bzw der

Notwendigkeit, die Übermacht des AG zu begrenzen,

bis hin zur Erklärung des Gleichbehandlungsgrund-

satzes als Pflicht des AG, selbst gesetzte Normen

gleichmäßig zu vollziehen; einen Überblick über die

verschiedenen Ansätze geben zB *Ladislav*, Der arbeits-

rechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz in der öster-

reichischen Rechtsprechung, in FS Schmitz (1967) 131

(134 ff); *Mayer-Maly*, DRdA 1980, 277 ff; *Binder*, DRdA

1983, 157 ff; *Strasser*, Betriebspension 19 ff; *Krell*,

Arbeitsverhältnisse im Konzern (1996) 162 ff; *Tomandl*

in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht I<sup>7</sup> (2011) 255 ff.

41) Dazu näher *Strasser*, Betriebspension 11 ff; *Schram-*

*mel*, Betriebspensionsgesetz (1992) 191 ff.

42) *F. Bydliński*, Der Gleichheitsgrundsatz im österrei-

chischen Privatrecht, Gutachten, 1. ÖJT II/1 (1961) 51;

sowie die bei *Strasser*, Betriebspension 19 f, und

*Eichinger*, Entscheidungsanmerkung, DRdA 2006,

218, genannten Autoren, die den Gleichbehandlungs-

grundsatz zumindest auch auf die Fürsorgepflicht des

AG stützen. Auf *Bydliński* bzw die von ihm exponierte

Fürsorgepflicht beruft sich gelegentlich auch die Judika-

tur, zB OGH 4 Ob 157/83 DRdA 1986, 127 (*Schwarz*);

10.7.1997, 8 ObA 194/97f; 8 ObA 15/03v DRdA 2003,

579 = Arb 12.326; 8 ObA 8/05t DRdA 2006/17 (*Eichin-*

*ger*); meist schweigt der OGH aber zur Rechtsgrund-

lage des Gleichbehandlungsgrundsatzes, siehe schon

*Strasser*, Betriebspension 21.

43) ZB *Krejci*, DRdA 2005, 290; *Tomandl* in *Tomandl/*

*Schrammel*, Arbeitsrecht I<sup>7</sup> 255; in der Sache ebenso

schon *Schantl*, ZAS 1966, 115, nach dem die Geltung

des Gleichbehandlungsgrundsatzes unabhängig von

einem bestehenden Rechtsverhältnis „zu absurden

Ergebnissen führt“. Die Anwendung des Gleichbehand-

lungsgrundsatzes auf Einstellungen verneint auch der

OGH, zB 9 ObA 266/90 wbl 1991, 167.

44) *F. Bydliński*, 1. ÖJT 66: „Eine persönliche Beziehung

besteht noch nicht oder nur in sehr abgeschwächter

Form. Ob es zu einer gedeihlichen Zusammenarbeit, ja

ob es überhaupt zur tatsächlichen Aufnahme der Arbeit

kommen wird, ist noch gar nicht gewiß.“

verneinen, weil hier ein einzelner AN vorgezogen, also gerade nicht aus der Belegschaft ausgegrenzt wird.<sup>45)</sup> Durch das Gleichbehandlungsgebot nicht beschränkt sein soll der AG schließlich bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, die eine individuelle Maßnahme sei,

sodass sich ein Vergleich mit anderen AN von vornherein verbiete.<sup>46)</sup> Gleichstellungsforderungen sollen schließlich nur innerhalb eines Betriebes erhoben werden können, weil regelmäßig nur dies der Bereich ist, den der AN überblickt und in dem er Schlechterstellungen als kränkend empfinden kann.<sup>47)</sup>

- 45) ZB *Krejci*, DRdA 2005, 292; aA *Berger*, Die Benachteiligung von Arbeitnehmern beim beruflichen Aufstieg, RdW 1985, 182 f.
- 46) Der OGH lehnt die Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Kündigung und Entlassung in stRsp ab, zB OGH 9 ObA 236/98s RdW 1999, 612 = Arb 11.797; 24.11.2010, 9 ObA 75/10k; abl zB auch *Krejci*, DRdA 2005, 292; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>11</sup> (2011) Rz 6/374; aA allerdings *F. Bydlinski*, 1. ÖJT 61 ff, der den Gleichbehandlungsgrundsatz prinzipiell auch auf Kündigung und Entlassung für anwendbar hält, ihm in diesem Bereich aber praktisch geringe Bedeutung zumisst.
- 47) ZB *F. Bydlinski*, 1. ÖJT 51; *Ladislav* in FS Schmitz 140; *Beck-Mannagetta*, ZAS 1985, 220; *Schrammel*, Betriebspensionsgesetz 197 f mwN; für eine Beschränkung des Vergleichs auf den Betrieb auch OGH 4 Ob 25/62 Arb 7544; anders noch 13.7.1964, 4 Ob 50/64, und darauf gestützt dann auch wieder 4 Ob 15, 16/77 Arb 9574, siehe noch 3.4.
- 48) So die Rsp und überwiegende Lehre, zB OGH 4 Ob 55/65 ZAS 1966, 114 (*Schantl*) („gerade bei freiwillig gewährten Zuwendungen [hat der Gleichbehandlungsgrundsatz] sein Hauptanwendungsgebiet“); 9 ObA 241/91 SZ 65/14 = DRdA 1992, 369 = wbl 1992, 193; *F. Bydlinski*, 1. ÖJT 59 f; *Binder*, DRdA 1983, 166 f; *Kreil*, Arbeitsverhältnisse 159, jeweils mwN.
- 49) So die Rsp und die überwiegende Lehre, siehe zB OGH 4 Ob 105/62 Arb 7653 = Soz I D 429; 4 Ob 70/77 Arb 9581; 28.3.2012, 8 ObA 77/11y; *Binder*, DRdA 1983, 166 f; *Strasser*, Betriebspension 28 f, jeweils mwN; aA *F. Bydlinski* für die Phase der Einstellung, siehe schon FN 44.
- 50) HA, siehe mwN aus der Judikatur zB *F. Bydlinski*, 1. ÖJT 60; *Mayer-Maly*, DRdA 1980, 272; *Ladislav* in FS Schmitz 139; *Kreil*, Arbeitsverhältnisse 159.
- 51) Siehe in diesem Sinn schon *Ladislav* in FS Schmitz 140: „wenn nicht jede unsachliche Besserstellung eines einzelnen Arbeitnehmers einen Anspruch aller übrigen gleichgestellten Arbeitnehmer auf Nachziehung begründen soll [...], [ist] eine Grenzziehung notwendig“.
- 52) Das deutet auch *Spielbüchler* an, wenn er den Gleichbehandlungsgrundsatz auf die Vereinzelnung des AN stützt, *Spielbüchler* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I<sup>4</sup> 339.
- 53) Sehr deutlich *Eichinger*, Die Frau im Arbeitsrecht (1991) 78 f; *dies*, DRdA 2006, 218; wohl auch *Tomandl* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht I<sup>5</sup> (2004) 254 f; *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen (2011) Rz 390; *Körber-Risak* in *Mazal/Risak* (Hrsg), Das Arbeitsrecht Rz 48, 50; zuvor auch schon *Binder*, DRdA 1983, 162 f, der die Unterscheidung nach den in Art 7 B-VG und Art 14 EMRK genannten Merkmalen Geburt, Stand, Klasse, Hautfarbe, „Rasse“, Herkunft allerdings durchwegs als unzulässig und nur Differenzierungen aufgrund anderer verfassungsrechtlich verpönter Merkmale (insb Geschlecht, Religion, politische Anschauung) unter bestimmten Voraussetzungen als zulässig ansieht; verfassungsrechtlich ist das allerdings nicht vorgegeben, denn Art 7 B-VG und Art 14 EMRK verbieten die Anknüpfung an keines der genannten Merkmale absolut; sie unterwerfen sie nur, wie oben 2.1.2.3. gezeigt, besonders strengen Rechtfertigungserfordernissen.

Der Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes reduziert sich damit auf freiwillige Leistungen des AG,<sup>48)</sup> auf die Entgeltgestaltung, insb auf Fragen der Einstufung und des Ruhegeldes<sup>49)</sup> und auf das Direktionsrecht des AG,<sup>50)</sup> mithin vorwiegend auf Gegebenheiten im aufrechten Arbeitsverhältnis, das AN üblicherweise nicht durch Gleichheitsklagen belasten wollen. Selbst wenn sie klagen, schützt der auf den Minderheitenschutz beschränkte Gleichbehandlungsgrundsatz den AG immerhin vor Kostenlawinen: Denn im ungünstigsten Fall muss der AG einige wenige AN auf das Niveau der Mehrheit heben, nie aber wird er gezwungen sein, ein Privileg, das er einzelnen gewährt hat, auf die ganze Belegschaft auszudehnen. Einen ähnlichen Effekt erreicht, wie gezeigt, auch der VfGH, wenn er gleichheitswidrige Normen so korrigiert, dass er die Minderheit der Mehrheit anpasst: IdR löst das keine Kostenflut aus, weil entweder die benachteiligte Minderheit (mit überschaubarer Kostenfolge) in die allgemeine Begünstigung einbezogen wird oder weil die bevorzugte Minderheit ihre Privilegien verliert, was sogar Kosten sparen kann. Da Arbeitsgerichte nicht abstrakt über die „Verteilungsnorm“ des AG abzusprechen haben, sondern nur über den Ausgleichsanspruch eines benachteiligten AN, können sie Privilegien anderer AN nie beseitigen. Angesichts dieser prozessualen Schranken liegt es nahe, den Gleichbehandlungsgrundsatz von vornherein so zu fassen, dass er Privilegien nicht untersagt, zumal die einzige Korrekturalternative – die Ausdehnung des Privilegs auf alle – die Privatautonomie des AG massiv belasten würde.<sup>51)</sup>

### 2.2.3.2. Personaler Schutzzweck

So praktisch und zum Teil auch plausibel diese Beschränkungen sein mögen, so sind sie doch anfechtbar. Dass der Gleichbehandlungsgrundsatz die Minderheit vor Zurücksetzungen bewahrt, ist für sich zwar überzeugend und erinnert auch an den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz, der die Minderheit besonders schützt, weil sie sich gegen Benachteiligungen schlechter wehren kann, was in Arbeitsverhältnissen wohl nicht anders ist.<sup>52)</sup> Leitet man den Gleichbehandlungsgrundsatz aber aus dem Respekt ab, den der AG dem AN schuldet, müssten auch andere Kränkungen untersagt sein: Wenn ein AG etwa die 19 Arbeitnehmerinnen seines Betriebs aufgrund ihres Geschlechts niedriger entlohnt als die zwei männlichen AN, kränkt er sie ebenso, und diese Kränkung wird nicht dadurch besser, dass sie die Mehrheit der Belegschaft trifft.

Das hat Teile der Lehre veranlasst, den Gleichbehandlungsgrundsatz auch auf den Persönlichkeitsschutz der AN zu stützen und ihm daher über den Minderheitenschutz hinaus ein absolutes Verbot zu entnehmen, AN aufgrund personaler Merkmale wie Geschlecht, Hautfarbe, Religion etc unsachlich zu benachteiligen.<sup>53)</sup> Ein AG, der die Mehrheit der Belegschaft diskriminiert, könnte dann zwar klagsweise gezwungen werden, dieser Mehrheit zu gewähren,

was er der Minderheit zugestanden hat. Das ist aber wohl keine Überforderung des AG,<sup>54)</sup> denn wer seine AN aufgrund von Merkmalen benachteiligt, die als Differenzierungsgründe verfassungs- und völkerrechtlich seit Jahrzehnten verpönt sind, geht erstens ein kalkuliertes Risiko ein.<sup>55)</sup> Zweitens wiegt das Interesse der AN, solchen Diskriminierungen nicht ausgesetzt zu sein, doch deutlich schwerer als das Interesse des AG, seine AN in dieser Weise herabzusetzen.

### 2.2.3.3. Bindung an Prinzipien

Noch weiter gehen jene Autoren, nach denen der Gleichbehandlungsgrundsatz ganz allgemein verletzt ist, wenn der AG ein erkennbares und generalisierendes Prinzip verlässt.<sup>56)</sup> Dieses Verständnis erinnert an den rechtsstaatlichen Schutzzweck des Gleichheitssatzes: Der AG soll ein einmal aufgestelltes Prinzip allen AN gegenüber einhalten, so wie die Behörde das Gesetz ausnahmslos anzuwenden hat, und zwar schon auf den ersten Fall. Folgerichtig betonen die Vertreter dieses Verständnisses auch, dass die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht von der Zahl der jeweils besser oder schlechter behandelten AN abhängen kann.<sup>57)</sup> Zwar wird das generalisierende Prinzip oft erst am Verhalten erkennbar werden, das der AG der Mehrheit gegenüber setzt; dann bildet der AN, zu dessen Nachteil der AG vom Prinzip abweicht, automatisch die Minderheit.<sup>58)</sup> Geht der AG umgekehrt zum Vorteil eines einzelnen vom Prinzip ab, ändert das am Prinzip selbst nichts und berechtigt daher – so wie es keine Gleichheit im Unrecht gibt – niemanden, dem prinzipienwidrig Begünstigten gleichgestellt zu werden. Anderes gilt erst, wenn diese Abweichung erkennbar ein neues Prinzip begründet, etwa weil der AG vom Prinzip bei der deutlichen Mehrheit der AN abgeht.<sup>59)</sup> Insoweit führt die Lehre vom erkennbaren generalisierenden Prinzip – wenn auch mit anderer Begründung – zu denselben Ergebnissen wie die Lehre vom Minderheitenschutz.

Zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen diese beiden Lehren nur, wenn das generalisierende Prinzip nicht erst aus dem Verhalten erkennbar wird, das der AG der Mehrheit gegenüber setzt, sondern auf andere Weise, etwa weil der AG vorab Einstufungsschemata oder Richtlinien bekanntgibt, nach denen er Leistungen gewähren wird: Dann muss nach der Prinzipienlehre schon der erste Anwendungsfall dem Prinzip gemäß behandelt werden; dass dieser erste Fall nicht auf eine Mehrheit verweisen kann, liegt in der Natur der Sache und schadet ihm – anders als nach der Lehre vom Minderheitenschutz – nicht. Den AG solcherart an seinen Prinzipien festzuhalten, ist wohl keine ungebührliche Beschränkung seiner Privatautonomie. Denn wer ankündigt, sich einem Prinzip entsprechend zu verhalten und dann trotzdem ohne sachlichen Grund davon abweicht, geht ein kalkulierbares Risiko ein. Nicht abschätzbar ist für ihn nur, ob er das Prinzip als solches auf Dauer aufrechterhalten kann; daher muss dem AG zugestanden werden, ein Prinzip aufzugeben oder zu modifizieren – der neue Kurs muss dann freilich wiederum für alle gelten.

Diesem Verständnis des Gleichbehandlungsgrundsatzes hat sich auch die jüngere Judikatur zugewandt,

allerdings nicht mit einem scharfen Schnitt, sondern in vielen kleinen Schritten und mit fließenden Übergängen. Nach wie vor finden sich Entscheidungen des OGH, die dem Gleichbehandlungsgrundsatz – der Linie vom Minderheitenschutz folgend – nur ein Verbot entnehmen, einem einzelnen eine Begünstigung vorzuenthalten, „die in einer im Verhältnis zur Gesamtzahl erheblichen Zahl von Fällen gewährt“ wurde, während die bloße Bevorzugung einer Minderheit unbedenklich sei.<sup>60)</sup> Bisweilen merkt der OGH dann aber nebenher an, dass die in casu kritisierte Besserstellung der Minderheit ohnedies sachlich war.<sup>61)</sup> Manchmal prüft er eine solche Besserstellung sogar ohne Reserve auf ihre sachliche Rechtfertigung, was nahelegt, dass auch die Bevorzugung einer Minderheit gleichheitswidrig sein kann.<sup>62)</sup>

Häufiger ist in der jüngeren Judikatur aber die Aussage anzutreffen, für die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes sei entscheidend, „ob der Behandlung der bessergestellten Arbeitnehmer ein erkennbares und

54) AA F. Bydliński, 1. ÖJT 69, der eine solche Forderung auch bei diskriminierenden Benachteiligungen für „völlig abwegig und unzumutbar“ hält.

55) Wiedemann, Die Gleichbehandlungsgebote im Arbeitsrecht (2001) 86.

56) Mayer-Maly, DRdA 1980, 266; Binder, DRdA 1983, 160; Berger, RdW 1985, 183; Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>11</sup> Rz 6/374; Mosler in Neumayr/Reissner (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht<sup>2</sup> (2011) § 18 AngG Rz 98 f; wohl auch Eichinger, Entscheidungsanmerkung, DRdA 1997, 201 (203).

57) Mayer-Maly, DRdA 1980, 267; ders, DRdA 1981, 298 („Die Orientierung an der Zahl der besser behandelten Arbeitnehmer führt als solche zwangsläufig zu Zufälligkeit, Sinnlosigkeit und Willkür.“); ders, DRdA 1986, 126 (127); ders, Entscheidungsanmerkung, ZAS 1990, 133; Binder, DRdA 1983, 160; Schwarz, DRdA 1986, 132: („Der Ausschluß von willkürlichen Besserstellungen aus der Reichweite des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist allerdings qualifiziert unrichtig“); Eichinger, Frau im Arbeitsrecht 77 f; Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>11</sup> Rz 6/374.

58) Ähnlich schon Schwarz, DRdA 1986, 132, nach dem „die Relation von Majorität zu Minorität einen Indikator für das grundlose Abweichen von einem generalisierenden, im weiteren Sinn ‚normativen‘ Prinzip darstellt“; ähnlich, aber mit entgegengesetzter Stoßrichtung F. Bydliński, 1. ÖJT 54, nach dem eine Diskriminierung nur vorliegt, „wenn einzelne Arbeitnehmer schlechter behandelt werden als die große Mehrheit. Eine Regel muß daher allerdings vorhanden sein, aber nicht im Sinne einer vom Arbeitgeber für sein eigenes Verhalten gesetzten, verbindlichen Norm, sondern im statistischen Sinn, als rein tatsächliche Antwort auf die Frage: Wie wird die Mehrzahl der Arbeitnehmer behandelt?“

59) Zu einem solchen Fall zB OGH 29.3.2001, 8 ObA 281/00g.

60) ZB OGH 27.9.2006, 9 ObA 49/06f; ähnlich 28.3.2001, 9 ObA 2/01m; 10.10.2001, 9 ObA 228/01x; 17.11.2004, 9 ObA 18/04v; 27.9.2006, 9 ObA 82/06h; 24.9.2012, 9 ObA 106/12x; 26.11.2012, 9 ObA 5/12v, wonach einzelne nicht willkürlich schlechter behandelt werden dürfen als die übrigen; 19.3.2003, 9 ObA 229/02w, wonach der AG dem einzelnen nicht vorenthalten darf, was er der Mehrheit zubilligt.

61) ZB OGH 27.9.2006, 9 ObA 49/06f; siehe auch 11.10.1995, 9 ObA 111/95.

62) ZB OGH 25.11.1998, 9 ObA 227/98t.

generalisierbares Prinzip zugrundeliegt“.<sup>63)</sup> Weiche der AG von diesem Prinzip willkürlich zum Nachteil eines AN ab, verletze er den Gleichbehandlungsgrundsatz.<sup>64)</sup> Bisweilen deutet der OGH zwar noch an, die Abweichung vom Prinzip müsse zudem eine Minderheit benachteiligen.<sup>65)</sup> Es kommt aber auch vor, dass er den Gleichbehandlungsgrundsatz schon als verletzt ansieht, wenn der AG bei der Besserstellung einzelner DN Kriterien zugrunde legt, „die auf jenen Dienstnehmer, bei dem die erstrebte Besserstellung unterblieben ist, auch zutreffen. Entscheidend ist, ob der Behandlung der besser gestellten Arbeitnehmergruppe ein erkennbares generalisierendes Prinzip zugrunde liegt“<sup>66)</sup> – besteht ein solches Prinzip, scheint die grundlose Abweichung also jedenfalls unzulässig zu sein, mithin auch dann, wenn von diesem Prinzip bisher nur eine Minderheit profitiert hat. Folgerichtig meinte der OGH dann im konkreten Fall auch weiter: „Ein solches generalisierendes Prinzip konnte aber bei der Auszahlung an die festgestellte Minderheit von Arbeitnehmern [nicht] festgestellt werden“ – die Klage scheiterte also erst am fehlenden Prinzip, nicht schon daran, dass der AG „nur“ eine Minderheit bevorzugt hatte. Dazu passend bemerkt der OGH an anderer Stelle, er müsse nicht mehr zu jenen Autoren Stellung nehmen, die eine Orientierung an der relativen Zahl der benachteiligten AN kritisieren, „weil die Rechtsprechung nunmehr die Prüfung in den Vordergrund stellt, ob der Behandlung bessergestellter Arbeitnehmer ein erkennbares generalisierendes Prinzip [...] zu Grunde liegt, von dem der Arbeitgeber im Einzelfall willkürlich oder ohne sachlichen Grund abgewichen

ist“<sup>67)</sup> – eine Stellungnahme zur Literatur erübrigt sich in der Tat, wenn der OGH den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht mehr auf den Minoritätsschutz beschränkt. In diesem Sinn sagt der OGH in einem weiteren Urteil sogar explizit, dass „Differenzierungen zwischen Arbeitnehmern nicht nur dann verpönt sind, wenn einzelne Arbeitnehmer gegenüber der Mehrheit willkürlich schlechter behandelt werden; das Gleichbehandlungsgebot verlangt vielmehr Gleichbehandlung bei gleicher Sachlage.“ Dementsprechend vergleicht der OGH den Kl in der Folge mit einem einzigen anderen AN, dessen Besserstellung er freilich als sachlich qualifiziert.<sup>68)</sup> Viele Entscheidungen gehen auch gar nicht mehr auf Zahlenverhältnisse ein, sondern umschreiben den Gleichbehandlungsgrundsatz schlicht als Verbot, von einem erkennbaren generalisierbaren Prinzip im Einzelfall willkürlich abzuweichen<sup>69)</sup> bzw von den der Leistungsgewährung zugrunde gelegten Kriterien willkürlich abzugehen<sup>70)</sup> oder noch allgemeiner als Verbot „jede[r] willkürliche[n] Differenzierung“;<sup>71)</sup> vielfach verzichtet der OGH aber auch ganz darauf, den Gleichbehandlungsgrundsatz formelhaft zu umschreiben.<sup>72)</sup> Die Erfolgsrate der Gleichheitsklagen hat sich durch diese neue Linie nicht erhöht, denn bisher hat der OGH oft entweder schon eine Abweichung vom Prinzip verneint<sup>73)</sup> oder diese Abweichung als gerechtfertigt angesehen;<sup>74)</sup> erfolgreiche Berufungen auf den Gleichbehandlungsgrundsatz sind nach wie vor selten.<sup>75)</sup> Rückblickend fügt sich in diese neue Judikatur auch ein Urteil aus dem Jahr 1997, das die Literatur in Ratlosigkeit versetzt hat, weil es ansatzlos aussprach, dass unsachliche Bevorzugun-

63) Soweit zu sehen erstmals in OGH 9 ObA 308/88 ZAS 1990/14 (Mayer-Maly). Der Sache nach ist dieser Gedanke in der Judikatur aber schon viel früher anzutreffen, etwa wenn der OGH meint, der Gleichbehandlungsgrundsatz sei verletzt, wenn „die für die Besserstellung maßgeblichen Kriterien auch bei den Dienstnehmern zutreffen, denen diese Behandlung verweigert wurde“ (4 Ob 71-87/76 Arb 9523) bzw wenn „von den der Gewährung der Leistung zugrunde gelegten Kriterien im Einzelfall willkürlich abgegangen wurde“ (4 Ob 70/77 Arb 9581).

64) ZB OGH 28.10.1994, 9 ObA 191/94; 8.7.1998, 9 ObA 151/98s; 4.9.2002, 9 ObA 24/02y; 27.7.2011, 9 ObA 78/10a; 28.3.2012, 8 ObA 77/11y.

65) ZB OGH 28.3.2012, 8 ObA 77/11y, wo der OGH feststellt, dass eine Diskriminierung „der vom Klagebegehren betroffenen Minderheit“ nicht zu erkennen ist; siehe auch OGH 8 ObA 8/05t DRdA 2006/17 (Eichinger), wo der OGH offen lässt, ob es auf eine Benachteiligung der Minderheit ankommt, weil die benachteiligten AN im vorliegenden Fall eindeutig in einer Minderheitensituation seien.

66) ZB OGH 28.11.2007, 9 ObA 99/06h.

67) OGH 29.3.2012, 9 ObA 122/11y.

68) OGH 9 ObA 7/04a ecolx 2005, 391 = DRdA 2005, 275 = RdW 2005, 434 (Mayr). Mit nur einem AN verglich der OGH den Kl auch im Urteil 20.9.2000, 9 ObA 182/00f, und beurteilte dessen Benachteiligung als unsachlich. Siehe demgegenüber noch OGH 11.5.2006, 8 ObA 26/06s, wonach „die Bevorzugung bloß eines Mitarbeiters der Beklagten jedenfalls keine Verletzung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes darstellen kann“; OGH 11.1.1989, 9 ObA 308/88, wonach die zwei vom Kl geltend gemachten Präzedenzfälle noch kein Prinzip erkennen ließen, und zwar obwohl diese zwei Fälle – wie der OGH selbst meinte – gerade eine

Ausnahmesituation betrafen, in der sich auch der Kl befand, nämlich die Bewerbung eines Angestellten mit höherer Einstufung um einen niedriger bewerteten Posten: In den zwei namhaft gemachten Fällen wurde keine Herabstufung vorgenommen, beim Kl schon.

69) ZB OGH 29.3.2012, 9 ObA 25/12k; 29.3.2012, 9 ObA 135/11k.

70) OGH 25.11.1998, 9 ObA 217/98x.

71) ZB OGH 24.10.2012, 8 ObA 60/12z; siehe auch 22.3.2011, 8 ObA 36/10t.

72) ZB OGH 12.6.2001, 10 ObS 124/01k; 20.2.2002, 9 ObA 287/01y; 28.3.2002, 8 ObA 110/01m; 18.4.2002, 8 ObA 136/01k; 23.1.2003, 8 ObA 170/02m; 7.7.2004, 9 ObA 21/04k; 12.7.2006, 9 ObA 73/06k; 27.9.2006, 9 ObA 59/06a.

73) ZB OGH 29.3.2012, 9 ObA 25/12k; 29.3.2012, 9 ObA 135/11k; 24.10.2012, 8 ObA 60/12z.

74) OGH 9 ObA 7/04a ecolx 2005, 391 = DRdA 2005, 275 = RdW 2005, 434 (Mayr); 22.3.2011, 8 ObA 36/10t.

75) Soweit zu sehen, waren seit 2000 beim OGH von insgesamt 48 Fällen nur sieben erfolgreich: OGH 20.9.2000, 9 ObA 182/00f (Verweigerung einer Erschwerniszulage); 29.3.2001, 8 ObA 281/00g (Verweigerung von Biennalvorrückungen), 10.10.2001, 9 ObA 228/01x (Verweigerung einer Pensionszusage nach Maßgabe der Verbandsempfehlung, die die in concreto vorgenommene Differenzierung nicht kannte), 28.3.2002, 8 ObA 110/01m (Unsachlichkeit der Einstufung nach Dienstvertrag statt nach der tatsächlichen Verwendung), 18.4.2002, 8 ObA 136/01k (Verweigerung eines mit Kündigungsschutz verbundenen Treuebriefes, obwohl alle Anspruchsvoraussetzungen erfüllt waren), 22.5.2003 8 ObA 15/03v (Unsachlichkeit einer Prämie, deren Höhe danach differenziert, ob ein AN Fehlzeiten aufweist oder nicht), 8 ObA 8/05t DRdA 2006/17 (Eichinger) (Verweigerung einer Überstundenpauschale).

gen einer Minderheit den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzen;<sup>76)</sup> auch das war für den AG im konkreten Fall nicht nachteilig, im Gegenteil: Das Bevorzugungsverbot lieferte den Grund, die Klage eines AN abzuweisen, der eine solche unsachliche Bevorzugung gefordert hatte. Hier zeigt sich abermals, dass die Gleichheit – ganz iS *Toquevilles* – auch für die „Zentralgewalt“ nützlich sein kann, dann nämlich, wenn sie unbegründete Sonderinteressen abwehren will.<sup>77)</sup>

Auch wenn der OGH weiterhin verschiedene Gleichheitsformeln verwendet, dürfte sich insgesamt doch eine Richtung abzeichnen: Die neuere Judikatur versteht den Gleichbehandlungsgrundsatz als Verbot, von einem erkennbaren und generalisierbaren Prinzip ohne sachlichen Grund zum Nachteil einzelner AN abzuweichen. Der Anspruch dieser AN, dem Prinzip gemäß behandelt zu werden, hängt nicht davon ab, ob es eine Mehrheit gibt, die bereits dem Prinzip entsprechend (besser) behandelt worden ist. Maßgeblich ist allein, ob der Bevorzugung der anderen AN erkennbar ein generalisierendes Prinzip zugrunde liegt: Dieses Prinzip ist dann auf alle anzuwenden, sofern es keinen sachlichen Grund für eine Abweichung gibt.

#### 2.2.3.4. Gleichheit durch Prinzipien

Bei all dem gesteht der OGH dem AG zu, in zeitlicher Hinsicht zu differenzieren<sup>78)</sup> bzw ein einmal aufgestelltes Prinzip aus unternehmerischen Überlegungen zu ändern<sup>79)</sup> und zB Vergünstigungen ab einem bestimmten Zeitpunkt wieder einzustellen, ähnlich wie der VfGH stets betont, dass es dem Gesetzgeber freisteht, die Rechtslage auch zum Nachteil der Bürger zu ändern:<sup>80)</sup> Dass dadurch gleiche Fälle im zeitlichen Verlauf ungleich behandelt werden, halten beide Höchstgerichte für unbedenklich. Wie der VfGH bei der Gesetzgebung, akzeptiert der OGH ferner, dass der AG bei der Festlegung seiner Prinzipien von Durchschnittsbetrachtungen ausgeht und pauschaliert, um einen unnötigen Aufwand bei der Anwendung des Prinzips zu vermeiden.<sup>81)</sup> Soweit der OGH schließlich betont, dass der AG frei ist, die Kriterien für eine (freiwillige) Besserstellung von AN zu bestimmen<sup>82)</sup> bzw ein generalisierbares Prinzip im Rahmen von Gesetz und KollV aufzustellen,<sup>83)</sup> erinnert das an den Gestaltungsspielraum, den der VfGH dem Gesetzgeber zugesteht,<sup>84)</sup> und zwar besonders für Gesetze, die dem Bürger verfassungsrechtlich nicht gebotene Vorteile zuwenden.<sup>85)</sup>

Die Freiheit, die der OGH dem AG bei der Festlegung von Prinzipien zubilligt, wirft freilich die Frage auf, ob es dem AG auch gestattet wäre, ein in sich unsachliches Prinzip aufzustellen. Im Lichte der neueren Judikatur ist das wohl zu verneinen. Denn wenn der OGH für die Abweichung vom Prinzip eine sachliche Rechtfertigung verlangt, kann es dem AG nicht zugleich erlaubt sein, das Prinzip so zu formulieren, dass es jene AN, die er aus unsachlichen Gründen ausgrenzen will, von vornherein nicht erfasst. Hier kommt zum Tragen, was seit jeher gegen den Versuch eingewendet wird, den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz als Normvollzug zu erklären:<sup>86)</sup> Der „Normvollzug“ des AG lässt sich oft nicht eindeutig von der „Normsetzung“ unterscheiden, und die Zuordnung zu diesen beiden Kategorien muss in der Sache auch irrelevant sein.<sup>87)</sup>

Zu Recht hat daher der OGH ein festgestelltes Prinzip (mag er es auch nicht stets so benannt haben) gelegentlich schon inhaltlich geprüft und seine Sachlichkeit manchmal bejaht,<sup>88)</sup> manchmal auch verneint,<sup>89)</sup> und in

- 76) OGH 8 ObA 239/95 DRdA 1997, 200 (*Eichinger*) = ZAS 1997, 109 (*Resch*).
- 77) Siehe schon oben bei FN 11.
- 78) OGH 12.6.2001, 10 ObS 124/01k; 23.1.2003, 8 ObA 170/02m; 27.9.2006, 9 ObA 59/06a; 27.9.2006, 9 ObA 82/06h; 24.9.2012, 9 ObA 3/12z; 24.9.2012, 9 ObA 14/12t.
- 79) Siehe schon OGH 21.12.1954, 4 Ob 107/54; erst jüngst wieder 29.3.2012, 9 ObA 122/11y mwN; 29.3.2012, 9 ObA 25/12k; 29.3.2012, 9 ObA 135/11k; wN bei *Körber-Risak* in *Mazal/Risak* (Hrsg), *Das Arbeitsrecht Rz 51*.
- 80) Siehe dazu schon oben bei FN 22.
- 81) ZB OGH 27.3.1997, 8 ObA 80/97s; siehe auch 4 Ob 116/83 ZAS 1985, 218 (*Beck-Mannagetta*) = DRdA 1986, 123 (*Mayer-Maly*).
- 82) OGH 29.3.2001, 8 ObA 281/00g; zuvor schon 4 Ob 116/83 ZAS 1985, 218 (*Beck-Mannagetta*) = DRdA 1986, 123 (*Mayer-Maly*).
- 83) ZB OGH 28.10.1994, 9 ObA 191/94; 4.9.2002, 9 ObA 24/02y; 27.7.2011, 9 ObA 78/10a; 29.3.2012, 9 ObA 122/11y. Dass der AG bei der Festsetzung von Kriterien für freiwillige Leistungen und auch bei Einstufungskriterien, die über den KollV hinausgehen, frei ist, betont der OGH bereits in 4 Ob 70/77 Arb 9581.
- 84) VfGH 1976 VfSlg 7885; 1990 VfSlg 12.417; 2004 VfSlg 17.238; 2008 VfSlg 18.547; 2011 VfSlg 19.584.
- 85) VfGH 1956 VfSlg 2957; 1978 VfSlg 8419; 1996 VfSlg 14.694; 2011 VfSlg 19.411.
- 86) Sogenannte Lehre vom Normvollzug, siehe *Böttcher*, *Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht*, RdA 1953, 61.
- 87) Siehe schon *F. Bydliński*, 1. ÖJT 29 f; *Martinek/Schwarz*, *Zum arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz* (Kritik eines Gutachtens), DRdA 1961, 233 (236); zu diesen wieder *F. Bydliński*, *Zum arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz* (Eine Replik), DRdA 1962, 53 (59).
- 88) Das war etwa der Fall, als ein Krankenhaus seinen AN frei gab, um ihnen die Teilnahme an Veranstaltungen zum 75. Jahrestag der Kärntner Volksabstimmung zu ermöglichen: Diese Freistellung galt nur für AN, die am nämlichen Tag zum Dienst eingeteilt waren, nicht hingegen für alle anderen, also auch nicht für jene, die an diesem Tag Zeitausgleich in Anspruch genommen hatten. Diese – schon durch das Prinzip vorgenommene – Differenzierung prüfte der OGH auf ihre Sachlichkeit und befand sie für unbedenklich: OGH 27.3.1997, 8 ObA 80/97s; siehe ferner 28.3.2001, 9 ObA 2/01m (nicht zu beanstandende Differenzierung zwischen Mitarbeitern der mit komplexeren Aufgaben befassten Hauptstelle und der Landesstelle bei der Gewährung einer Funktionszulage); 24.9.2012, 9 ObA 3/12z; 24.9.2012, 9 ObA 14/12t (nicht zu beanstandende Übergangsregelung).
- 89) Siehe zB OGH 29.3.2001, 8 ObA 281/00g: Hier gewährte ein AG (in Umgehung einer von ihm selbst aufgestellten Pensionsordnung) allen AN zwei Biennialvorrückungen, wenn sie irgendwelche Maßnahmen gegen die Versetzung in den Ruhestand setzten oder auch nur ankündigten (was dann auch überwiegend geschah). Dieses Zuwendungskriterium hielt der OGH für unsachlich und sprach eine Vorrückung daher auch einem AN zu, der aus eigener Initiative in den Ruhestand getreten war. Siehe ferner OGH 22.5.2003, 8 ObA 15/03v (Unsachlichkeit einer Prämie, deren Höhe danach differenziert, ob ein AN Fehlzeiten aufweist oder nicht).

manchen Fällen ist weder klar noch bedeutsam, ob der OGH die Behandlung des KI nun als Abweichung oder als Ausnahme vom Prinzip betrachtet und prüft.<sup>90)</sup>

Kontrolliert der OGH nicht nur die Anwendung eines Prinzips, sondern auch die Sachlichkeit des Prinzips selbst, nähert sich der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz ein weiteres Stück an. Prozessual bleibt jedoch der bedeutende Unterschied, dass ein Arbeitsgericht Gleichheitswidrigkeiten nur korrigieren kann, indem es die Benachteiligten auf das Niveau der Bevorzugten hebt. Stellen die Benachteiligten die Mehrheit dar, kann das den AG teuer zu stehen kommen. Ein solcher Eingriff in seine Privatautonomie ist aber jedenfalls zu rechtfertigen, wenn er ein offenkundig gleichheitswidriges Prinzip aufstellt, AN also etwa aufgrund verpönter personaler Differenzierungsmerkmale diskriminiert. Jenseits derart manifester Gleichheitsverstöße kann die Judikatur der Privatautonomie des AG Rechnung tragen, indem sie Bevorzugungen einer Minderheit an milderer Maßstäben misst. Strenger zu prüfen wäre umgekehrt die Benachteiligung von Minderheiten, dies nicht nur, weil Ausgleichsansprüche hier für den AG leichter zu verkräften sind, sondern ebenso, weil Minderheiten auch im Betrieb stärker gefährdet sind, unsachlich benachteiligt zu werden.

### 2.2.3.5. Willkürliche Vergabe freiwilliger Leistungen?

Nun bleibt die Frage, ob der AG den Bindungen des Gleichbehandlungsgrundsatzes ausweichen kann, indem er weder ein Prinzip verkündet noch faktisch einem solchen Prinzip folgt: Darf der AG sich also undurchschaubar, unvorhersehbar, sprunghaft verhalten und damit Zuwendungen zur Gnade machen, die – wesensgemäß – nicht eingeklagt werden kann, weil auf Gnade gerade kein Recht besteht?

Die Literatur scheint das überwiegend zu bejahen,<sup>91)</sup> und auch der OGH hat schon ausgesprochen, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz unanwendbar sei, wenn kein Prinzip erkennbar ist.<sup>92)</sup> Dass sich „Prinzipienlosigkeit, pure Willkür [...] bezahlt [macht]“, wurde in der Literatur zwar als ein „arger Schönheitsfehler“ der Lehre vom generalisierenden Prinzip angesehen.<sup>93)</sup> Die Lehre vom Minderheitenschutz ist gegen solche Konsequenzen allerdings auch nicht gefeit: Denn wenn ein AG so sprunghaft vorgeht, dass sich keine eindeutige Mehrheitsbehandlung einstellt, ist auch nach dieser Lehre kein Raum für einen Gleichbehandlungsanspruch.<sup>94)</sup> Bei freiwilligen Leistungen kann dies mE auch nicht anders sein, zunächst schon aus prozessualen Gründen: Wenn der AG hier wirklich ein Prinzip festlegen (bzw zumindest die Mehrheit gleichförmig behandeln) müsste, wie sollte denn das Gericht das Fehlen eines solchen Prinzips korrigieren? Kriterien, nach denen über die begehrte Leistung abzusprechen ist, sind in einem solchen Fall ja gerade nicht ersichtlich. So blieben dem Gericht nur zwei Möglichkeiten: Entweder es oktroyiert dem AG ein beliebiges Verteilungsprinzip und spricht nach diesem über die begehrte Leistung ab oder es spricht dem KI nach Art einer Meistbegünstigung stets die höchste Leistung zu, die der AG innerhalb der Belegschaft je gewährt hat. Beide Optionen beschneiden die Privatautonomie des AG unverhältnismäßig schwer und wären nebenbei auch kontraproduktiv: Denn ein AG, der bei „systemloser“ Freigiebigkeit mit solchen Konsequenzen rechnen müsste, würde vermutlich freiwillig überhaupt keine Leistungen mehr gewähren. Hinzu kommt, dass freiwillige Zuwendungen für sich genommen ja keineswegs an ein Arbeitsverhältnis gebunden sind; daher kann der AG grundsätzlich jederzeit aus seiner Rolle heraustreten und einen Mitarbeiter als Privatperson in einer Notlage unterstützen oder ihm auch grundlos etwas schenken, ohne dass man ihm das ernsthaft anlasten könnte. Gerade weil jeder AG auch Privatperson ist und die Grenze zwischen diesen beiden Rollen fließend sein kann, wird man akzeptieren müssen, dass er freiwillige Leistungen auch ohne erkennbares Prinzip mithin willkürlich vergeben darf.

### 2.2.3.6. Flankenschutz für Freiheitsrechte

Anders liegen die Dinge mE, wenn der AG durch sein Direktionsrecht in die Freiheit seiner AN eingreift bzw regelmäßig auftretende Lasten auf die Belegschaft verteilt, indem er zB Nebenbeschäftigungen verbietet, Dienstzeiten, Überstunden und Wochenenddienste anordnet, besonders schwere oder unangenehme Arbeiten zuteilt etc. All das kann der AG nur als AG tun.

90) ZB OGH 27.9.2006, 9 ObA 59/06a: Ein Unternehmen gewährte sechs bis sieben Mitarbeitern eine Prämie als Anerkennung für ihre Leistungen und als Anreiz, das Unternehmen nicht zu verlassen. Dem KI wurde eine solche Prämie nicht gewährt, dies aber – wie der OGH befand – aus sachlichen Gründen, weil der KI aus dem Unternehmen zum maßgeblichen Zeitpunkt schon ausgeschieden war. Angesichts des Zwecks der Prämie, zu weiteren Leistungen für das Unternehmen anzuspornen, sei es sachlich gerechtfertigt, zwischen aktiven und ausgeschiedenen Mitarbeitern zu differenzieren. Ob man den Ausschluss ausgeschiedener DN von der Prämie nun als Teil des Prinzips versteht oder als Abweichung vom Prinzip, spielt keine Rolle: So und anders war gerechtfertigt, dass der KI keine Prämie bekommen hat.

91) ZB Mayer-Maly, DRdA 1980, 267; ders, ZAS 1990, 133: „Geschieht dies [gemeint: eine Bevorzugung] wirklich aus Lust und Laune, dann greift der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht“; Binder, DRdA 1983, 159 FN 29, 167; Berger, RdW 1985, 183. Anders möglicherweise Eichinger, DRdA 2006, 218, die eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auch bei „reinen Willkürakten des AG“ annimmt, sofern man darunter Akte versteht, denen gar kein Prinzip zugrunde liegt.

92) OGH 11.1.1989, 9 ObA 308/88; 28.11.2007, 9 ObA 99/06h.

93) Strasser, Betriebspension 27.

94) Siehe schon F. Bydliński, 1. ÖJT 30: „... verfährt [der Arbeitgeber] vollständig nach Willkür, ohne daß eine überwiegende Behandlung einer Mehrheit feststellbar wäre, so kann niemand Gleichbehandlung verlangen“; dementsprechend forderte die Judikatur für einen Gleichbehandlungsanspruch auch bald, dass „in einer im Verhältnis zur Gesamtzahl erheblichen Anzahl von Fällen“ Begünstigungen gewährt werden, zB OGH 4 Ob 50/64 Arb 9574; 11.5.1965, 4 Ob 55/65.

Handelt er dabei ohne erkennbares Prinzip, also nach Lust und Laune, hat das Gericht – anders als bei der willkürlichen Gewährung freiwilliger Leistungen – auch eine Korrekturmöglichkeit, die den AG nicht überfordert:<sup>95)</sup> Es kann die Weigerung des AN, die Weisung zu befolgen, als rechtmäßig akzeptieren und aussprechen, dass der AN die ihm auferlegte Last nicht tragen muss, bis der AG diese Last nach sachlichen Kriterien auf die Belegschaft verteilt. Das ist dem AG zum einen zumutbar, zum anderen kann, wie bereits *F. Bydlinski* betont, nicht angenommen werden, dass AN, die dem AG bei der Begründung ihres Dienstverhältnisses ein Weisungsrecht einräumen, sich dabei „*restlos der willkürlichen Entscheidung des Arbeitgebers unterworfen haben*“:<sup>96)</sup> Sie werden vielmehr erwarten, dass der AG die ihm übertragene Macht gleichmäßig ausübt.<sup>97)</sup> Indem der Gleichbehandlungsgrundsatz diese Erwartung einklagbar macht, leistet er – ähnlich wie der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz – der Freiheit der Normunterworfenen flankierenden Schutz.

Alles in allem nähert sich der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz damit dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz in wesentlichen Eckpunkten an: Er verlangt vom AG bei der Ausübung seines Direktionsrechtes ein prinzipiengeleitetes Verhalten und bei der Gewährung freiwilliger Leistungen immerhin, dass ein einmal aufgestelltes Prinzip eingehalten und auch nicht unsachlich gefasst wird, was bei Diskriminierungen aufgrund verpönter Merkmale zu vermuten und bei Benachteiligungen von Minderheiten streng zu prüfen ist.

#### 2.2.4. Schutzbereich

Im Lichte dieses Gleichheitsverständnisses ließe sich noch über eine Erweiterung des Schutzbereiches nachdenken. Die neuere Judikatur wendet den Gleichbehandlungsgrundsatz auch auf Beförderungen an, sofern der AG sie nach einem erkennbaren und generalisierenden Prinzip vornimmt.<sup>98)</sup> Eine Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes auf die Begründung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen wird in Judikatur und Lehre aber nach wie vor überwiegend abgelehnt.<sup>99)</sup> Ein durchschlagender Grund dafür ist mE nicht zu sehen, doch gibt es verschiedene Faktoren, die die Wirkmacht des Gleichbehandlungsgrundsatzes in diesen Bereichen deutlich herabsetzen:

Bei der Auswahl eines AN muss dem AG schon deshalb ein weiter Spielraum zugestanden werden, weil er mit der Einstellung eine folgenreiche Entscheidung für sein Unternehmen trifft und durch das Arbeitsverhältnis auch intensive Bindungen eingeht.<sup>100)</sup> Sogar dem Art 3 StGG, der Staatsbürgern ausdrücklich gleiche Zugänglichkeit zu den öffentlichen Ämtern garantiert, entnimmt der VfGH nur ein Recht des Bürgers, sich um eine Stelle zu bewerben.<sup>101)</sup> Soweit gesetzlich Besetzungsvorschläge vorgesehen sind, verlangt der VfGH zwar unter dem Titel des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art 7 B-VG eine sorgfältige Begründung der Besetzungsentscheidung; müssen solche Besetzungsvorschläge aber nicht erstellt werden, sind Aufnahmeentscheidungen nicht bekämpfbar.<sup>102)</sup> Man kann diese Judikatur zwar mit gutem Grund für zu

mild halten;<sup>103)</sup> solange sie besteht, können aber auch Einstellungsentscheidungen privater AG nur äußerste Grenzen gezogen werden. Sie sind wohl jedenfalls überschritten, wenn der AG dem personalen Schutzzweck des Gleichbehandlungsgrundsatzes zuwiderhandelt, Bewerber also nur aufgrund eines verpönten personalen Merkmales abweist.<sup>104)</sup>

Anderes gilt für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen. Sie ist wegen ihrer gravierenden Auswirkungen für den AN gesetzlich bereits stark reguliert, und zwar in einer Weise, die unsachliche Benachteiligungen weitgehend ausschließt:<sup>105)</sup> So sind diskriminierende Kündigungen nach § 879 ABGB nichtig.<sup>106)</sup> § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG erklärt Kündigungen für anfechtbar, wenn sie wegen der Inanspruchnahme betriebsverfassungsrechtlicher Rechte erfolgt sind.<sup>107)</sup> Nach § 105 Abs 3 Z 2 und Abs 3c ArbVG kann der AG verpflichtet werden, die Last einer betriebsbedingten Kündigung nach sozialen Kriterien auf die Belegschaft zu vertei-

95) Vgl bereits *Schwarz*, DRdA 1968, 249.

96) *F. Bydlinski*, 1. ÖJT 60; fast wortgleich *Schwarz*, DRdA 1968, 248.

97) Dementsprechend erklärt auch *F. Bydlinski*, 1. ÖJT 52 FN 107, 60, beim Direktionsrecht (und nur bei diesem) den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht aus der Fürsorgepflicht, sondern aus der Machtstellung des AG.

98) Siehe zB OGH 5.12.1990, 9 ObA 266/90; und jüngst wieder 28.3.2012, 8 ObA 77/11y; zur älteren, noch ablehnenden Rsp siehe die Nachweise bei *Strasser*, Betriebspension 29.

99) ZB OGH 9 ObA 266/90 wbl 1991, 167 (keine Anwendung auf Einstellungen); 24.11.2010, 9 ObA 75/10k (keine Anwendung auf Beendigung); mwN aus Rsp und Lehre *Strasser*, Betriebspension 29; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>11</sup> Rz 6/374.

100) Vgl *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote 26; zuvor auch schon *Mayer-Maly*, DRdA 1980, 272, der mit dieser Begründung allerdings die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für die Einstellung von AN gänzlich auszuschließen scheint.

101) Darauf weist bereits *Binder*, DRdA 1983, 164 f, hin; siehe zur Judikatur zu Art 3 StGG die Nachweise bei *Kucsko-Stadlmayer in Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (4. Lfg, 2001) Art 3 StGG Rz 20 ff.

102) Siehe die Nachweise bei *Kucsko-Stadlmayer in Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht Art 3 StGG Rz 28.

103) Treffende Kritik bei *Kucsko-Stadlmayer in Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht Art 3 StGG Rz 34.

104) So im Ergebnis auch *Binder*, DRdA 1983, 164.

105) Vgl auch *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote 27: „das Gleichheitsgebot [ist] in das Kündigungsschutzrecht eingearbeitet“.

106) OGH 9 ObA 200/93 SZ 66/95 = *ecolex* 1993, 844 = DRdA 1994, 9 = RdW 1994, 86 = wbl 1994, 55 = ZAS 1995/7 (Sittenwidrigkeit und damit Nichtigkeit von „gänzlich unsachlichen“ Kündigungen, zB aufgrund der Religion oder politischen Einstellung); 27.11.2012, 8 ObA 37/12t; siehe auch *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>11</sup> Rz 7/047 f mwN.

107) Näher *Grillberger in Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I<sup>4</sup> 385 ff; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>11</sup> Rz 7/064 ff; *Schrammel in Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II<sup>7</sup> (2011) 257 f.

len, und zwar so, dass nur derjenige gekündigt werden darf, den der Verlust des Arbeitsplatzes am wenigsten schwer trifft.<sup>108)</sup> Dazu kommen spezielle Kündigungsverbote zugunsten besonders schutzbedürftiger AN, Frauen im Mutterschutz etwa, Männer in Vaterkarenz oder Menschen mit Behinderung.<sup>109)</sup> Jenseits dieser vielfältigen Bindungen bleiben dem AG zwar noch Entscheidungsspielräume, aber kaum Gelegenheiten für unsachliche Entscheidungen,<sup>110)</sup> zumal die Beendigung des Arbeitsverhältnisses oft mit den individuellen

Gegebenheiten des konkreten Falles begründbar sein wird, sodass ein Vergleich mit anderen AN von vornherein nicht ergiebig ist.<sup>111)</sup> Der AG muss sich aber auch keine Gleichheitsverletzung vorhalten lassen, wenn er bei gleicher Ausgangslage einem AN eine Verfehlung verzeiht, für die er einen anderen entlässt. Denn das hätte zur Konsequenz, dass der AG das ihm gesetzlich eingeräumte Entlassungsrecht verliert, sobald er es einmal nicht ausübt – ein unvertretbares Ergebnis. Hier ist also durchaus Raum für Gnade; freilich kann es dem AG, der in einem Fall auf eine Entlassung verzichtet hat, schwerer fallen zu beweisen, dass ihm in einem gleich gelagerten Fall die weitere Beschäftigung des Entlassenen unzumutbar war.<sup>112)</sup>

## 2.3. Unionsrechtliche Diskriminierungsverbote

### 2.3.1. Entwicklung

Über den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz, der nur den Staat und die Parteien des KollV und der BV bindet, und den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, der nur für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse gilt, legen sich die unionsrechtlichen Antidiskriminierungsrichtlinien, die einfachgesetzlich umgesetzt wurden<sup>113)</sup> und die Staat, Kollektivvertrags-, Betriebsvereinbarungsparteien und private AG gleichermaßen adressieren.

Die Entstehung dieser Diskriminierungsverbote ist ein schönes Anschauungsbeispiel für die eingangs geschilderte Tendenz von Gleichheitsforderungen, sich Schritt für Schritt auszuweiten: Am Beginn dieser Entwicklung<sup>114)</sup> stand Art 119 EWGV, der Männern und Frauen gleiches Entgelt für gleiche Arbeit zusicherte, und zwar weniger aus Gerechtigkeitserwägungen, sondern um Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Mitgliedstaaten der EG zu vermeiden. In der Folge wurde dieses primärrechtliche Verbot durch mehrere Richtlinien zu einem umfassenden Verbot geschlechtsspezifischer Diskriminierungen in Beschäftigung und Beruf ausgebaut, das seinerseits im Vertrag von Amsterdam primärrechtlich in Art 141 EGV verstärkt wurde. Zugleich ermächtigte Art 13 EGV (Art 19 AEUV) den Rat (seit Art 19 AEUV gemeinsam mit dem Parlament), Diskriminierungen nicht nur aufgrund des Geschlechts, sondern auch aufgrund anderer Merkmale zu bekämpfen. Auf der Grundlage dieser Ermächtigung erließ der Rat im Juni 2000 die sogenannte Antirassismus-RL,<sup>115)</sup> die rassistische Diskriminierungen nun nicht nur in Beschäftigung und Beruf untersagte, sondern auch in anderen Bereichen, darunter beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen. Dem folgte wenige Monate später die sogenannte Rahmen-RL,<sup>116)</sup> die Diskriminierungen aufgrund der anderen in Art 13 EGV (Art 19 AEUV) genannten Merkmale untersagt, sich aber auf Beschäftigung und Beruf beschränkt. 2004 erweiterte der Rat das Verbot geschlechtsspezifischer Diskriminierungen über Beschäftigung und Beruf hinaus auf jene Bereiche, die auch die Antirassismus-RL erfasst, um dann 2006 mehrere geschlechtsbezogene Richtlinien in der sogenannten Gleichbehandlungs-RL zusammenzufassen.<sup>117)</sup> Wenig überraschend wurde kurz darauf vorgeschlagen, den Diskriminierungsschutz auch für

- <sup>108)</sup> Näher zu sozial ungerechtfertigten Kündigungen *Grillberger* in *Floretta/Spielbühler/Strasser*, *Arbeitsrecht I*<sup>4</sup> 387 ff; *Schwarz/Löschnigg*, *Arbeitsrecht*<sup>11</sup> Rz 7/070 ff; *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, *Arbeitsrecht II*<sup>7</sup> 258 ff. Trifft die Kündigung mehrere AN gleich hart, muss der AG selbstverständlich nicht um der Gleichbehandlung willen alle kündigen; er ist vielmehr frei zu entscheiden, wen er kündigt: *F. Bydlinski*, 1. ÖJT 63.
- <sup>109)</sup> § 10 MSchG, § 102 LAG, § 7 VKG, § 8 BEinstG; zu diesem, auch noch für weitere Personengruppen bestehenden besonderen Kündigungsschutz näher *Schwarz/Löschnigg*, *Arbeitsrecht*<sup>11</sup> Rz 7/101 ff; *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, *Arbeitsrecht II*<sup>7</sup> 268 ff.
- <sup>110)</sup> Im Ergebnis ebenso *Strasser*, *Betriebspension* 29, und die dort zitierte Literatur, wonach die speziellen gesetzlichen Schutzbestimmungen den Gleichbehandlungsgrundsatz verdrängen.
- <sup>111)</sup> Vgl schon *Schwarz*, DRdA 1968, 249; ebenso *Binder*, DRdA 1983, 168 f, der die Bedeutung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses deshalb auch als „reduziert“ bzw. „gering“ einstuft.
- <sup>112)</sup> *Mayer-Maly*, DRdA 1980, 273; *Binder*, DRdA 1983, 168; *Schwarz/Löschnigg*, *Arbeitsrecht*<sup>11</sup> Rz 6/374; nicht grundsätzlich ablehnend auch OGH 9 ObA 236/98s RdW 1999, 612 = Arb 11.797, wenngleich im konkreten Fall nichts darauf hinwies, dass der AG das Verhalten des entlassenen AN nicht als unzumutbar empfunden hätte. AA *F. Bydlinski*, 1. ÖJT 62, mit dem Argument, dem AG sei zuzugestehen, dass er freiwillig Lasten auf sich nimmt, die ihm von der Rechtsordnung nicht zugemutet werden.
- <sup>113)</sup> Zentrale Umsetzungsgesetze sind für das Arbeitsrecht das Gleichbehandlungsg, BGBl I 2004/66 idF BGBl I 2013/107 (GIBG); für den öffentlichen Dienst das Bundes-Gleichbehandlungsg (B-GIBG), BGBl 1993/100 idF BGBl I 2012/120; sowohl für das Arbeitsrecht als auch für den öffentlichen Dienst §§ 7a-7q Behinderteneinstellungsg, BGBl 1970/22 idF BGBl I 2013/107 (BEinstG); dazu kommen noch etliche Spezialgesetze auf Bundes- und Landesebene, siehe den Überblick bei *Pöschl*, *Baustellen des Antidiskriminierungsrechts*, in *ÖJK* (Hrsg), *Grundrechte im Europa der Zukunft* (2010) 165 (181 ff).
- <sup>114)</sup> Zum Folgenden näher und mwN *Pöschl* in *ÖJK* (Hrsg), *Grundrechte im Europa der Zukunft* 166 ff.
- <sup>115)</sup> RL 2000/43/EG des Rates vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABI 2000 L 180/22.
- <sup>116)</sup> RL 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABI 2000 L 303/16.
- <sup>117)</sup> RL 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABI 2006 L 204/23.

die übrigen Merkmale über Beschäftigung und Beruf hinaus auf sonstige Bereiche zu erweitern, um für alle Merkmale ein gleiches Schutzniveau zu schaffen („Levelling up“);<sup>118)</sup> umgesetzt wurde dieser Vorschlag bis jetzt allerdings nicht.<sup>119)</sup> Dafür wurde durch eine weitere RL auch der Diskriminierungsschutz für selbstständig Erwerbstätige ausgedehnt.<sup>120)</sup>

Dem Grunde nach sind die Diskriminierungsverbote der genannten Richtlinien und ihrer Umsetzungsgesetze zwar nicht neu; im Detail sind sie aber doch anders ausgestaltet als der genuin nationalrechtliche Diskriminierungsschutz, teils reichen sie weiter, teils sind sie wiederum enger.

### 2.3.2. Personaler Schutzzweck

Anders als der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz und der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz gebieten die Antidiskriminierungs-Richtlinien und ihre Umsetzungsgesetze nicht generell die Gleichbehandlung von Gleichem. Anders als viele nationale und völkerrechtliche Diskriminierungsverbote<sup>121)</sup> untersagen sie nicht einmal jede Benachteiligung aufgrund indisponibler persönlicher Merkmale, sondern bloß eine Benachteiligung aufgrund von sieben taxativ aufgezählten Merkmalen. Nur fünf dieser Merkmale sind wiederum für Diskriminierungsverbote typisch: Geschlecht, ethnische Herkunft, Religion, Weltanschauung und sexuelle Orientierung – sie sind nicht oder nicht zumutbar veränderbar und geben oft Anlass für vorurteilsbeladene Eigenschaftszuschreibungen. Auf die zwei anderen Merkmale trifft das nur eingeschränkt zu: Alter und Behinderung sind zwar auch indisponibel, begründen zwischen Menschen aber reale und im Arbeitsleben relevante Unterschiede, die nicht nur auf Vorurteilen beruhen.

Dennoch erklären die unionsrechtlichen Diskriminierungsverbote alle Benachteiligungen aufgrund dieser sieben Merkmale zunächst für suspekt, legen aber Voraussetzungen fest, unter denen solche Benachteiligungen ausnahmsweise erlaubt und dann folgerichtig nicht als Diskriminierung anzusehen sind.<sup>122)</sup> Der Vergleichsradius, aus dem sich eine Benachteiligung ergeben kann, ist denkbar weit: Er betrifft das ganze Unternehmen, nicht nur den konkreten Betrieb.<sup>123)</sup> Benachteiligt ist dabei nicht nur, wer schlechter behandelt wird als die Mehrheit der AN, ja es ist nicht einmal erforderlich, dass man eine einzige konkrete Person benennen kann, die besser behandelt wurde.<sup>124)</sup> Vielmehr genügt, dass einem AN aufgrund eines verpönten Merkmals ein Recht vorenthalten oder ein Nachteil auferlegt wird. Das kann zB tragend werden, wenn ein AG ausschließlich Angehörige einer bestimmten Ethnie beschäftigt: Werden sie nur aufgrund ihrer Ethnie schlecht entlohnt, wird sich keine besser bezahlte Vergleichsperson finden lassen; dennoch werden diese AN iSd Richtlinien benachteiligt.

Unter welchen Voraussetzungen eine solche Benachteiligung gerechtfertigt werden kann, umschreiben die Richtlinien relativ genau und für jedes der sieben Merkmale unterschiedlich. Teils dienen diese Rechtfertigungsgründe den Interessen der AN, das gilt insb für positive Maßnahmen, die Benachteiligungen aufgrund der Ethnie, des Geschlechts oder der

Behinderung ausgleichen sollen.<sup>125)</sup> Teils schützen die Rechtfertigungsgründe die Interessen des AG, der zB nach einem verpönten Merkmal differenzieren darf, das eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung ist, sofern er dabei einen rechtmäßigen Zweck verfolgt und angemessene Anforderungen stellt.<sup>126)</sup> Eine dritte Gruppe von Rechtfertigungsgründen dient überindividuellen, insb öffentlichen Interessen, etwa solchen des Arbeitsmarktes oder der öffentlichen Sicher-

<sup>118)</sup> Vorschlag der Kommission vom 2.7.2008 für eine RL des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, KOM(2008) 426 endg; siehe ferner ErläutRV 938 BlgNR 24. GP.

<sup>119)</sup> Kritisch zur fortgesetzten „Hierarchisierung der Diskriminierungsgründe“ zB St. *Schmölzer*, Novelle des Gleichbehandlungsgesetzes: Die verpasste Chance einer echten Reform, *juridikum* 2013, 165 (166 f); *Wakolbinger*, „Gleichbehandlungsnovelle 2012“ – an Levelling up gescheitert? DRdA 2013, 287 (288).

<sup>120)</sup> RL 2010/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.7.2010 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausüben, und zur Aufhebung der RL 86/613/EWG des Rates, ABI L 2010/180. Diese RL kann im Folgenden außer Betracht bleiben.

<sup>121)</sup> Vgl beispielhaft Art 14 EMRK und Art 21 GRC, die die in FN 25 genannten Merkmale nur demonstrativ aufzählen.

<sup>122)</sup> Art 2, 4 und 5 Antirassismus-RL, Art 2, 4-7 Rahmen-RL, Art 2 ff Gleichbehandlungs-RL.

<sup>123)</sup> Nach der Judikatur des EuGH genügt, dass die beklagte Stelle für eine Ungleichbehandlung verantwortlich ist; das ermöglicht auch betriebsübergreifende Vergleiche, siehe zB EuGH 17.9.2002, C-320/00, *Lawrence ua*, Slg 2002, I-7325, Rz 18; bestätigt in 13.1.2004, C-256/01, *Allonby*, Slg 2004, I-873, Rz 46; *Rebhahn* in *Rebhahn*, Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz: GIBG und GBK-GAW-G (2005) § 3 Rz 124; *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG – Gleichbehandlung – Antidiskriminierung (2009) § 5 Rz 27 f.

<sup>124)</sup> Vgl Art 2 Abs 2 lit a Antirassismus-RL, Art 2 Abs 2 lit a Rahmen-RL und Art 2 Abs 1 lit a Gleichbehandlungs-RL, wonach eine unmittelbare Diskriminierung ua dann vorliegt, wenn jemand aufgrund des verpönten Merkmals eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation *erfahren würde*. Ein Bewerber, der nur aus Altersgründen abgewiesen wird, ist daher selbst dann diskriminiert, wenn die Stelle in der Folge unbesetzt bleibt: OGH 9 ObA 154/12f ARD 6307/2/2013 = RdW 2013, 223; wN bei *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht<sup>2</sup> § 5 GIBG Rz 2.

<sup>125)</sup> Art 5 Antirassismus-RL, Art 7 Abs 1 Rahmen-RL, Art 3 Gleichbehandlungs-RL; siehe ferner die Schutzvorschriften in Art 7 Abs 2 Rahmen-RL zugunsten von Menschen mit Behinderung sowie in Art 28 Gleichbehandlungs-RL zugunsten von Frauen bei Schwangerschaft und Mutterschaft.

<sup>126)</sup> Art 4 Antirassismus-RL, Art 4 Abs 1 Rahmen-RL, Art 14 Abs 2 Gleichbehandlungs-RL; siehe ferner Art 4 Abs 2 Rahmen-RL, der die Rechtfertigungsvoraussetzungen für Tendenzbetriebe noch weiter lockert, sowie Art 3 Abs 4 Rahmen-RL, wonach die Mitgliedstaaten die Bestimmungen der Rahmen-RL betreffend Alter und Behinderung für Streitkräfte sogar überhaupt für unanwendbar erklären dürfen.

heit.<sup>127)</sup> Dabei darf aufgrund von Ethnie, Geschlecht und sexueller Orientierung höchst selten, aufgrund von Religion und Weltanschauung gelegentlich und nach dem Alter recht häufig differenziert werden. Nicht nur erlaubt, sondern sogar geboten sind dem AG Differenzierungen aufgrund der Behinderung; allerdings nur, um die Nachteile auszugleichen, die Menschen mit Behinderung im Arbeitsleben haben.<sup>128)</sup> Hier genügt nicht, dass der AG seine Vorurteile ablegt; er muss vielmehr verhältnismäßige Maßnahmen ergreifen, um bestimmten Menschen den Zugang zu einer Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen erst zu ermöglichen.

### 2.3.3. Schutzbereich

Dem personalen Schutzzweck entsprechend ist der persönliche Schutzbereich der unionsrechtlichen Diskriminierungsverbote weit gezogen: Sie schützen

nicht nur AN, sondern unselbstständig Erwerbstätige schlechthin, mithin auch arbeitnehmerähnliche Personen und selbst Bewerber, also Personen, mit denen noch gar kein Arbeitsverhältnis besteht.<sup>129)</sup>

Weit ist folgerichtig auch der sachliche Schutzbereich: Das Unionsrecht verbietet Diskriminierungen nicht nur bei Entgelt, sonstigen Leistungen und Arbeitsbedingungen, sondern auch bei der Begründung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen und bei Beförderungen.<sup>130)</sup>

### 2.3.4. Rechtsfolgen einer Verletzung

Diskriminierungsopfer können nach den Umsetzungsgesetzen in den meisten Fällen die Beseitigung der Diskriminierung verlangen, die für die Vergangenheit regelmäßig in einer Korrektur nach oben besteht.<sup>131)</sup> Für die Zukunft kann es dem AG zwar freistehen, ein gänzlich neues Bezugssystem vorzusehen; oft scheidet das aber daran, dass die Rechtsposition der Begünstigten aus Gründen des Vertrauensschutzes oder aufgrund ihres Vertrages nicht mehr verschlechtert werden darf.<sup>132)</sup> Die Korrektur der Diskriminierung kann für den AG daher durchaus kostspielig werden, und zwar umso mehr, je mehr Personen er in einem Bereich benachteiligt hat.<sup>133)</sup> Das Unrecht des AG wird also nicht durch besonders weite Ausdehnung plötzlich zum Recht.

Wer das Arbeitsverhältnis nicht mehr aufrechterhalten will, kann alternativ auch nur den Ersatz des Vermögens- und ideellen Schadens geltend machen.<sup>134)</sup> Von vornherein auf Schadenersatzansprüche beschränkt sind Personen, die beim Berufszugang oder beim Aufstieg innerhalb eines Arbeitsverhältnisses benachteiligt wurden: Sie können weder eine Einstellung noch eine bessere Position erzwingen, sondern sich nur schadlos halten.<sup>135)</sup>

## 3. Wechselwirkungen

Eine Zwischenbilanz: Verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz und arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz bewegen sich inhaltlich aufeinander zu. Konfrontiert mit den unionsrechtlichen Diskriminierungsverboten könnten die beiden nationalen Gleichheitssätze nun in ihrem Kernbereich, dem Diskriminierungsschutz, mehr „Biss“ bekommen, und zwar gerade weil der unionsrechtliche Diskriminierungsschutz defizitär ist.

### 3.1. Die offene Flanke unionsrechtlicher Diskriminierungsverbote

Die offene Flanke der unionsrechtlichen Diskriminierungsverbote ist ja kaum zu übersehen: Anders als viele nationale und völkerrechtliche Diskriminierungsverbote<sup>136)</sup> und auch anders als das Diskriminierungsverbot der Grundrechte-Charta (Art 21) nennen die Antidiskriminierungs-Richtlinien verpönte Differenzierungsmerkmale nicht demonstrativ, sondern taxativ. Es gibt aber eine Reihe weiterer Merkmale, nach denen zu differenzieren ähnlich bedenklich ist und die in Diskriminierungsverboten jenseits der Richtlinien auch regelmäßig genannt sind: soziale Herkunft, Zugehö-

<sup>127)</sup> Art 2 Abs 5 Rahmen-RL, wonach im einzelstaatlichen Recht vorgesehene Maßnahmen unberührt bleiben, die in einer demokratischen Gesellschaft für die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit, die Verteidigung der Ordnung und die Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit und zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind; siehe ferner Art 6 Abs 1 Rahmen-RL, der Altersdifferenzierungen aus vielfältigen Gründen erlaubt.

<sup>128)</sup> Art 5 iVm Art 2 Abs 2 lit b ii) Rahmen-RL.

<sup>129)</sup> Siehe Art 3 Abs 1 lit a Antirassismus-RL und Art 3 Abs 1 lit a Rahmen-RL, die ohne weitere Einschränkung Diskriminierungen ua in Bezug auf „die Bedingungen – einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen – für den Zugang zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit, unabhängig von Tätigkeitsfeld und beruflicher Position“ verbieten; fast wortgleich Art 14 Abs 1 lit a Gleichbehandlungs-RL. Gleiches gilt für die Umsetzungsbestimmungen in § 1 Abs 3 Z 2 GIBG und § 7a Abs 2 Z 4 BEinstG.

<sup>130)</sup> Art 3 Abs 1 Antirassismus-RL, Art 3 Abs 1 Rahmen-RL, Art 14 Abs 1 Gleichbehandlungs-RL, §§ 3 und 17 GIBG, §§ 4 und 13 B-GIBG, § 7b BEinstG. Gleiches gilt für die landesrechtlichen Umsetzungsbestimmungen.

<sup>131)</sup> §§ 12 und 26 GIBG, §§ 17 ff B-GIBG, §§ 7e ff BEinstG. Zur Korrektur für die Vergangenheit im Detail *Rebhahn*, Korrektur einer Diskriminierung im Arbeitsleben für die Vergangenheit, Teil 1, wbl 2012, 481 ff; für die Rechtsfolgen einer Diskriminierung allgemein *Krejci*, DRdA 2005, 511 ff.

<sup>132)</sup> Näher *Rebhahn*, wbl 2012, 483.

<sup>133)</sup> Vgl zB EuGH 28.9.1994, C-200/91, *Coloroll*, Slg 1994, I-4397, Rz 41-43, wonach der Umstand, dass die Anwendung des Grundsatzes der Entgeltgleichheit den AG in finanzielle Bedrängnis bringen wird, auf das Diskriminierungsverbot keinen Einfluss habe.

<sup>134)</sup> §§ 12 und 26, jeweils Abs 7 letzter Satz GIBG, § 18c Abs 3 B-GIBG, § 7f Abs 1 letzter Satz BEinstG.

<sup>135)</sup> § 12 Abs 1 und Abs 5 iVm § 3 Z 1 und Z 5, § 26 Abs 1 und Abs 5 iVm § 17 Abs 1 Z 1 und Z 5 GIBG, §§ 17 Abs 1 und 18 Abs 1 B-GIBG, § 7e Abs 1 und 2 BEinstG.

<sup>136)</sup> Art 7 Abs 1 B-VG, Art 14 EMRK, Art 2 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, Art 26 UN-Pakt über bürgerliche und politische Rechte, Art 2 Abs 2 UN-Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte.

rigkeit zu einer nationalen Minderheit oder genetische Merkmale etwa.

Die nationalen Gleichheitssätze sind offen, dieses Defizit aufzufangen, der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz ohnedies, und der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zumindest dann, wenn man die Ansicht vertritt, dass er auf das ganze Arbeitsleben anwendbar ist, wenngleich bei der Einstellung reduziert auf den Diskriminierungsschutz<sup>137)</sup> – nur um diesen geht es aber hier. Werden nun solche Diskriminierungen an den nationalen Gleichheitssätzen gemessen, drängt sich die Frage auf, was man dabei von den unionsrechtlichen Diskriminierungsverboten übernehmen kann und soll.

### 3.2. **Schutzbereich**

Zunächst wurde bereits dafür plädiert, den Schutz des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes – dem unionsrechtlichen Vorbild folgend – auch auf arbeitnehmerähnliche Personen zu erweitern.<sup>138)</sup> Nachdem der AN-Begriff an den Rändern unscharf ist und die wirtschaftliche Abhängigkeit arbeitnehmerähnlicher Personen beträchtlich sein kann, spricht in der Tat viel dafür, auch sie zu schützen, zumal der „klassische“ AN, der unter der Fürsorge des AG steht, als Phänomen ja eher ab- als zunimmt.<sup>139)</sup> In diese Richtung geht auch der OGH, der den Gleichbehandlungsgrundsatz schon einmal auf einen freien DN angewendet hat, weil dieser organisatorisch so intensiv in die Strukturen des AG eingebunden war, dass er einem abhängig beschäftigten AN weitestgehend gleichzuhalten war.<sup>140)</sup>

### 3.3. **Konkreter oder hypothetischer Vergleich?**

Fragen lässt sich zweitens, ob auch beim arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz eine hypothetische Vergleichsperson genügen oder ob man darauf bestehen soll, dass der KI eine konkrete Person benennt, die besser behandelt wurde als er. Versteht man den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz als Gebot, ein erkennbares und generalisierendes Prinzip nicht grundlos zu verlassen, müsste für eine Verletzung eigentlich ausreichen, dass das Prinzip aus diskriminierenden Gründen einmal nicht angewendet wird oder dass das Prinzip selbst diskriminierend ist, egal ob es auch andere Fälle gibt, auf die das Prinzip bereits angewendet wurde. Insoweit nähert sich der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz wohl ohnedies den unionsrechtlichen Diskriminierungsverboten an.

### 3.4. **Vergleichsbasis**

Drittens ließe sich fragen, ob der Vergleich besser auf Betriebsebene verbleiben soll oder – dem Unionsrecht folgend – auch mehrere Betriebe eines Unternehmers erfassen kann. Letzteres liegt schon deshalb nahe, weil der AN ja in einem Unternehmen beschäftigt ist und der Betriebsbegriff keine individualrechtliche, sondern kollektivrechtliche Bedeutung hat. Die gleichwohl bestehende Tendenz der Lehre,

beim arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz Betriebe nicht miteinander zu vergleichen,<sup>141)</sup> erinnert an die Judikatur des VfGH, der einen Vergleich zwischen verschiedenen Ordnungssystemen ausschließt.<sup>142)</sup> Gegen diese Judikatur lassen sich aber Einwände erheben,<sup>143)</sup> die zum Teil auch für das Arbeitsrecht gelten. Der erste Einwand lautet, dass es kein objektives Kriterium gibt, um ein Ordnungssystem zu bestimmen; deshalb entscheidet die – oft eher aleatorische – Festlegung des Ordnungssystems, ob überhaupt eine Gleichheitsprüfung stattfindet. Das gilt noch mehr im Arbeitsleben, weil der Betriebsbegriff als räumliche und organisatorische Einheit im herkömmlichen Sinn zunehmend erodiert.<sup>144)</sup> Der zweite Einwand lautet, dass ein – wie immer bestimmtes – Ordnungssystem einzig zu dem Zweck errichtet werden kann, um einer Gleichheitskontrolle zu entgehen. Das ist auch im Arbeitsleben denkbar, etwa wenn ein Unternehmen besonders schlecht behandelte AN gezielt in einen Betrieb verlagert. All das spricht dafür, betriebsübergreifende Vergleiche zuzulassen; freilich wird sich dann – wie bei den gesetzlichen Ordnungssystemen – in der Praxis häufig zeigen, dass die Betriebe ohnedies ausreichende Unterschiede aufweisen, um Ungleichbehandlungen sachlich zu begründen.<sup>145)</sup>

### 3.5. **Rechtsfolgen einer Verletzung**

Auch wenn sich der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz im persönlichen Schutzbereich

<sup>137)</sup> Siehe oben 2.2.4.

<sup>138)</sup> E. Szymanski, Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, in ÖJK (Hrsg), Grundrechte im Europa der Zukunft (2010) 201 (203 f, 210); vgl zuvor auch schon Krejci, DRdA 2005, 392.

<sup>139)</sup> Dementsprechend wird auch verstärkt eine Reform des AN-Begriffs gefordert, siehe zB Gerhartl, Grundlagen für eine Reform des Arbeitnehmerbegriffes, DRdA 2009, 17.

<sup>140)</sup> OGH 8 ObA 240/95 DRdA 1996/24 (Maza) = RdW 1996, 274.

<sup>141)</sup> Siehe mwN aus der Literatur Schrammel, Betriebspensionsgesetz 197 f, sowie Kreil, Arbeitsverhältnisse 161 f, letztere allerdings mit beachtlichen Gegenargumenten.

<sup>142)</sup> ZB VfGH 1968 VfSlg 5727; 1974 VfSlg 7331; 1980 VfSlg 8938; 1982 VfSlg 9319; 1988 VfSlg 11.870; 1994 VfSlg 13.829; 1998 VfSlg 15.190.

<sup>143)</sup> Zum Folgenden mwN Pöschl, Gleichheit 284 ff.

<sup>144)</sup> Darauf und auf die rein kollektivrechtliche Bedeutung des Betriebsbegriffes hat mich dankenswerterweise Rudolf Mosler hingewiesen.

<sup>145)</sup> In diesem Sinn meint schon der OGH 4 Ob 15, 16/77 Arb 9574, dass die Ungleichbehandlung von DN aus verschiedenen Betrieben oder Dienststellen vielfach nicht willkürlich sein werde, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes „aber auch nicht schon wegen der Verschiedenheit der Betriebe schlechthin ausgeschlossen werden“ könne. Dieses Urteil betraf zwar einen öffentlich-rechtlichen DG; anders als in der Literatur zum Teil angenommen wird, weist aber nichts darauf hin, dass der OGH das bei privaten DG anders sehen würde: mwN zur gegenteiligen Ansicht zutreffend Kreil, Arbeitsverhältnisse 161; gegen eine schematische Einschränkung des Vergleichs auf den Betrieb auch Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>11</sup> Rz 6/375.

öffnet und die Vergleichsbasis verbreitert wird, kann er allerdings nicht exakt denselben Rechtsschutz gewähren wie die Umsetzungsgesetze zu den unionsrechtlichen Diskriminierungsverboten: Das gilt etwa für diskriminierende Kündigungen, die nach dem GIBG binnen kurzer Fristen angefochten werden müssen, allerdings mit günstiger Beweislast für den Kl.<sup>146)</sup> Demgegenüber erklärt § 879 ABGB diskriminierende Kündigungen für nichtig, was eine Anfechtung erübrigt; dafür liegt im Streitfall die Beweislast beim Kl. Gewiss kann man auch die Sachlichkeit dieser prozessualen Ungleichbehandlung in Zweifel ziehen.<sup>147)</sup> Doch sollte dem Gesetzgeber zugutegehalten werden, dass er hier nicht nach einem verpönten Differenzierungsmerkmal unterscheidet; er sieht ja nicht für Männer und Frauen oder (zB) für AN je nach deren sozialer Herkunft divergierende Rechtsschutzwege vor, sondern hat nur für geschlechtsspezifische Diskriminierungen einerseits und Diskriminierungen aufgrund der sozialen Herkunft andererseits zwei verschiedene Rechtsschutzwege gewählt, die zudem beide ihre Vor-

und Nachteile haben und in Summe wohl gleichwertig sind.<sup>148)</sup> Nichts spricht dagegen, das zu vereinheitlichen; verfassungsrechtlich gezwungen ist der Gesetzgeber dazu aber mE nicht. Davon abgesehen könnte der VfGH dieses Problem wohl auch gar nicht lösen: Denn die Anfechtungsvorschriften des GIBG kann er schon aus unionsrechtlichen Gründen nicht aufheben und eine Aufhebung des § 879 ABGB – schon für sich eine abwegige Idee – würde die beanstandete Ungleichbehandlung nur vertiefen, weil diskriminierende Kündigungen, die nicht dem GIBG unterfallen, dann gar nicht mehr bekämpft werden könnten.

### 3.6. Wer schützt die Dummen und die Hässlichen?

An einem gewissen Punkt kommt also auch die Gleichheitswut an ihre Grenzen. Dass wir beim Diskriminierungsschutz schon ziemlich an den Rändern angelangt sind, zeigt auch die provokante Frage *Spielbüchlers*: Wer schützt eigentlich die Dummen und die Hässlichen? Gleichheitsforderungen dehnen sich aus, sie spüren immer weitere Ungleichheiten auf, erzeugen durch deren Beseitigung aber ihrerseits stets neue Differenzierungen, die abzustellen das Recht auch überfordern kann. Wollte der Staat nun etwa die Dummen und die Hässlichen in den Diskriminierungsschutz einbeziehen, käme er nicht umhin auszusprechen, dass jemand dumm und hässlich ist. Er müsste also zuerst selbst eine Diskriminierung produzieren, um sie dann zu beheben – ein absurdes Ergebnis. Es wäre Grund genug, einmal innezuhalten und zu fragen, ob die gewaltige Inszenierung der Antidiskriminierung, die sich immer tiefer in sich selbst zu verstricken droht, uns nicht viel zu sehr von den Unterschieden ablenkt, die zwischen armen und reichen Menschen bestehen und die sich in der heutigen Arbeitswelt zusehends verschärfen: War es nicht dereinst das wichtigste Anliegen des Arbeits- und Sozialrechts, gerade diese Unterschiede zu lindern? Vielleicht wollte *Spielbüchler* mit seiner Frage auch daran erinnern.

<sup>146)</sup> § 15 Abs 1a Satz 1 iVm § 12 Abs 12 und § 29 Abs 1a iVm § 26 Abs 12 GIBG; siehe auch § 20 Abs 1 Satz 3 iVm § 18c Abs 1 B-GIBG; § 7k Abs 2 Z 2 iVm § 7f Abs 1 Satz 1 BEinstG.

<sup>147)</sup> So etwa E. Szymanski in ÖJK (Hrsg), Grundrechte im Europa der Zukunft 205.

<sup>148)</sup> Siehe auch OGH 9 ObA 200/93 SZ 66/95 = ecolex 1993, 844 = DRdA 1994, 9 = RdW 1994, 86 = wbl 1994, 55 = ZAS 1995/7, zum Verhältnis zwischen Anfechtung einer Kündigung nach §§ 105, 107 und 130 Abs 4 ArbVG und Nichtigkeit nach § 879 ABGB: Die Nichtigkeit sei eine formale Verbesserung, die durch die wesentlich günstigere Beweislage nach § 105 Abs 5 ArbVG voll aufgewogen werde. Grillberger in Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I<sup>4</sup> 375, meint sogar, dass die Beweiserleichterung des § 105 Abs 5 ArbVG bei sittenwidrigen Kündigungen nach § 879 ABGB analog zur Anwendung komme; folgt man dem, wären die Unterschiede zwischen den beiden Rechtsschutzwegen noch deutlich geringer.



Bestellung: im Web: [www.oegbverlag.at](http://www.oegbverlag.at) | per Mail: [bestellung@oegbverlag.at](mailto:bestellung@oegbverlag.at)  
per Fax: +43 1 405 49 98-136 | in jeder Buchhandlung oder  
direkt in der Fachbuchhandlung des ÖGB-Verlags

**OGB VERLAG**

## HANDELS-KV 2013



Kommentierte Kollektivverträge 7  
Günther Löschnigg, Claudia Heinrich-Rainer, Katharina Urleb  
2013 || 398 Seiten || € 29,90  
ISBN: 978-3-7035-1613-9

Erstmals erscheint eine Kommentierung eines der wichtigsten Kollektivverträge in Österreich in umfassender und praxisbezogener Weise. Erläutert werden sowohl die allgemeinen Bestimmungen als auch die Gehaltsordnung des Kollektivvertrages. Der Kommentar enthält die umfangreiche Rechtsprechung zum Handelsangestellten-KV und verweist gezielt auf weiterführende Literatur zu den verschiedenen Einzelproblemen. Mit in den Kollektivvertragstext aufgenommen wurden bereits die neuen optionalen Regelungen zum „Arbeitsfreien Samstag“ im Einzelhandel, die mit 1. September 2013 in Kraft treten.

Verlag des Österreichischen Gewerkschaftsbundes GmbH || Fachbuchhandlung || Rathausstraße 21 | 1010 Wien

Telefon: +43 1 405 49 98-132 | Fax: +43 1 405 49 98-1361 | E-Mail: [fachbuchhandlung@oegbverlag.at](mailto:fachbuchhandlung@oegbverlag.at) | [www.oegbverlag.at](http://www.oegbverlag.at)