



universität
wien

Was kann das Arbeitsrecht lösen, was nicht?

Tagung „Homosexualität und sexuelle Orientierung in der
Arbeitswelt“ in der AK Wien am 26.9.2018

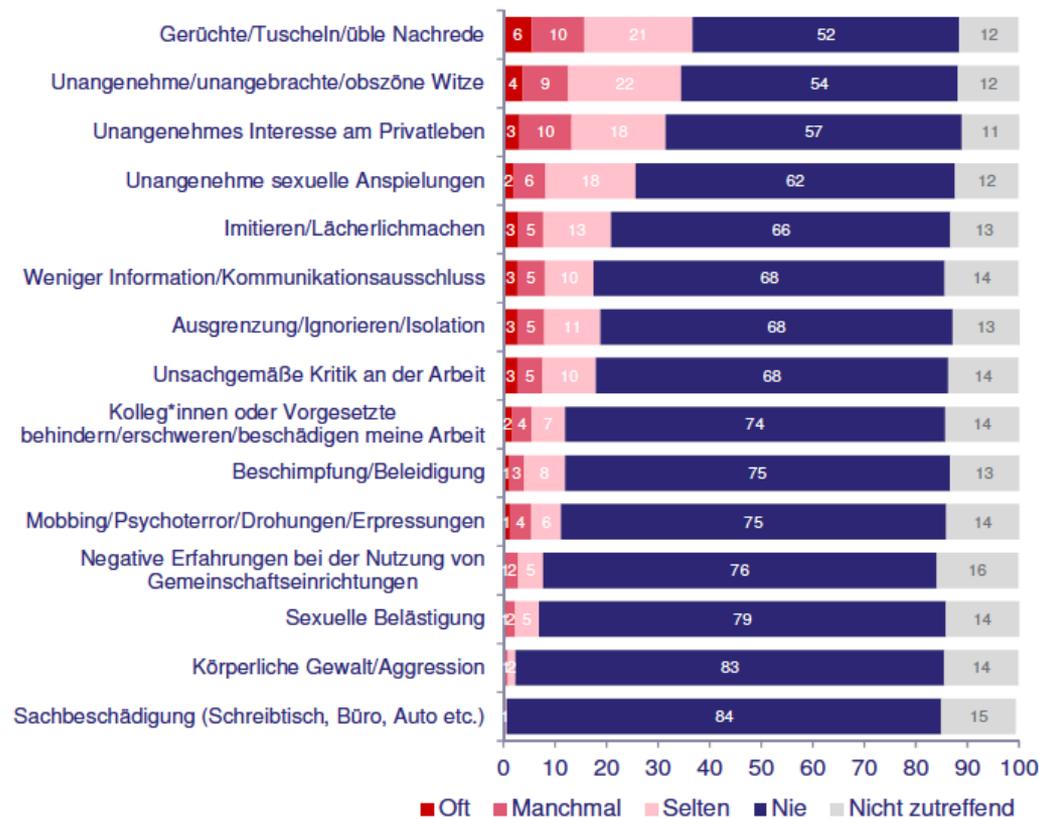
ao. Univ.-Prof. Dr. Martin Risak

Institut für Arbeits- und Sozialrecht

Vorsitzender des Senates II der Gleichbehandlungskommission

Was passiert in der Praxis?

Abbildung 29: Betroffenheit von unterschiedlichen Arten der Diskriminierung im aktuellen Unternehmen



Quelle: Sora, Arbeitssituation von LSBTI-Personen in Österreich (2017) 88

n=1.093; Angaben in Prozent

Umgang mit Benachteiligung und Diskriminierung

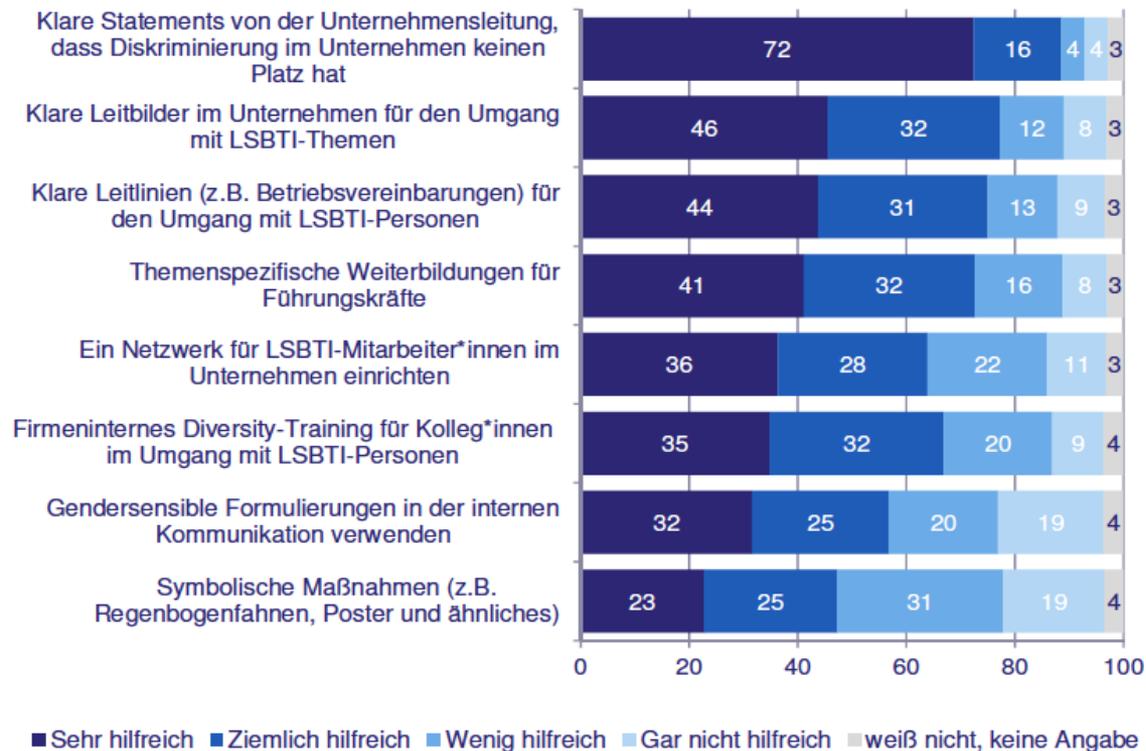
	arbeitsbezogene Diskriminierung	soziale Diskriminierung	Mobbing und harte Diskriminierung
Es stört mich zwar, aber ich ignoriere es	56%	54%	54%
Diese Dinge lassen mich kalt, ich stehe darüber	30%	35%	29%
Ich gehe in die Offensive und wehre mich	30%	30%	33%
Ich weiß nicht, was ich machen soll	25%	19%	27%
Ich versuche, über das Thema mit den betroffenen Personen zu reden	24%	26%	27%
Ich wende mich an meine Kolleg*innen	22%	19%	27%
Ich wende mich an meine Vorgesetzten/ Arbeitgeber*innen	16%	13%	18%
Ich wende mich an den Betriebsrat oder eine andere zuständige Person	10%	7%	13%
Ich wende mich an Beratungsstellen (z.B. Gleichbehandlungsanwaltschaft)	9%	5%	13%
Anderes (z.B. „Supervision/Therapie“, „Kündigung“ usw.)	7%	4%	8%
Ich wende mich an Interessensvertretungen wie z.B. die Arbeiterkammer	4%	2%	7%
Ich gehe juristisch dagegen vor (z.B. Arbeitsgericht, Strafgericht ...)	2%	1%	3%

Anm: Spaltenprozent, Mehrfachnennungen waren möglich

Quelle: Sora, Arbeitssituation von LSBTI-Personen in Österreich (2017) 106

Was wünschen sich Betroffene?

Abbildung 45: Einschätzung zur Verbesserung der Situation im Unternehmen



n=1.018; Angaben in Prozent

Quelle: Sora, Arbeitssituation von LSBTI-Personen in Österreich (2017) 111

What's law got to do with it?

- ▶ Studie: **rechtliche Strategien im Hintergrund**
- ▶ Aber: Recht gibt einen **Maßstab** für gesellschaftlich erwünschtes Verhalten vor
 - Definiert was erwünscht und unerwünscht ist
 - Legitimiert die Abwehr von Diskriminierungen
 - Schwierige Aushandlungsprozesse auf unterschiedlichen Ebene
- ▶ Anti-Diskriminierungsrecht – Gleichbehandlungsrecht – Gleichstellungsrecht
 - Stark europarechtlich beeinflusst
 - Heftig innerstaatlich diskutiert
 - zB positive Diskriminierung/Quotenregelungen
 - zB Levelling up -> Anti-Diskriminierungsrecht außerhalb des Arbeitslebens

Was regelt das (Arbeits-)Recht

■ Rechtliche Grundlagen

- Fürsorgepflicht der Arbeitgeber*innen – arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz
- Gleichbehandlungsgesetz (GlBG)
- Behinderteneinstellungsgesetz (BEinstG)

■ Komplizierte Struktur des GlBG

- Arbeitswelt
 - Geschlecht – geschlechtliche Identität: Teil I
 - Ethnische Zugehörigkeit, Religion/Weltanschauung, Alter, sexuelle Orientierung: Teil II
- Sonstige Bereiche: Geschlecht und ethnische Zugehörigkeit – Teil III

Besonderheiten des Gleichbehandlungsrechts

- ▶ Nicht jede Diskriminierung verboten, sondern nur wegen **sensiblen Merkmalen**
 - Geschlecht, ethnische Zugehörigkeit, Religion/Weltanschauung, Alter, sexuelle Orientierung, (Behinderung)
 - Nicht „Mobbing“ sondern nur Belästigung wegen sensiblen Merkmals
 - Mehrfachdiskriminierung, intersektionelle Diskriminierung
- ▶ Diskriminierungshandlungen
 - Schlechterbehandlung – Bildung von Vergleichsgruppen
 - (sexuelle) **Belästigung**
- ▶ **Adressat*innen** der Gleichbehandlungspflichten
 - Arbeitgeber*innen (inkl Repräsentant*innen/Vorgesetzte)
 - Ausnahme (sexuelle) Belästigung: jede*r (insb Kolleg*innen, Kund*innen, ...), Abhilfeverpflichtung

LSBTI-relevante Tatbestände

- ▶ Geschlecht – **geschlechtliche Identität**
 - EuGH: Diskriminierung wegen einer Geschlechtsumwandlung (EuGH C-13/94, *P/S*, Slg 1996, I-2143)
 - Gender Performance
- ▶ **Sexuelle Orientierung** - Präferenz bei der sexuellen „Objektwahl“ – insb „heterosexuell, homosexuell und bisexuell“ (*Windisch-Graetz*, in ZellKomm³ § 17 Rz 22)
- ▶ Kombinierte Diskriminierungen
 - Mehrfachdiskriminierung – Berücksichtigung bei Bemessung der Entschädigung
 - Intersektionelle Diskriminierung – lt EuGH Rs Parris kein eigener Diskriminierungstatbestand (sehr problematisch)

Was sind die rechtlichen Sanktionen?

- Gleichbehandlungskommission - Prüfergebnis
 - Feststellung, dass eine Diskriminierung (nicht) vorliegt
 - Empfehlung
- Gerichtsverfahren – Urteil
 - Gleichstellung (Sonderfall: Einstellung, Beförderung)
 - Vermögensschaden
 - Anfechtung der Beendigung
 - Entschädigung für erlittene persönliche Beeinträchtigung (bei Belästigung mind € 1.000,-)
- Nicht: öffentliches Kommittent, Etablierung von innerbetrieblichen Prozessen und Richtlinien

Durchsetzung von Ansprüchen nach dem GIBG

- 1. Schritt: Herstellung eines Zusammenhanges zwischen Schlechterbehandlung/Belästigung und sensiblem Merkmales
- 2. Schritt: Beweis der Diskriminierung → Herabsetzung des Beweismaßes („Glaubhaftmachung“)
 - Hohe Wahrscheinlichkeit eines Zusammenhanges – Kampf der Wahrscheinlichkeiten
- 3. Schritt: Rechtfertigung durch Arbeitgeber*in
 - Unmittelbare/mittelbare Diskriminierung
 - wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung, rechtmäßiger Zweck, angemessene Anforderung

Probleme bei der Durchsetzung

- ▶ Komplexe Lebenssachverhalte müssen „justiziabel“ (rechtlich durchsetzbar gemacht werden
 - sensibles Merkmal muss zumindest Mitursache sein
 - Allgemeines Mobbing vs Beklöstigung
- ▶ (fehlendes) Sensibilisierung der Entscheidungsträger*innen
- ▶ Beweisprobleme trotz herabgesetzten Beweismaßes
 - Vereinzelung der LSBTI-Personen im Betrieb – „eine*r gegen alle“
 - uU fehlendes Verständnis des Betriebsrats
- ▶ Bei Belästigung Mindestschadenersatz mitunter als „unverhältnismäßig“ empfunden

Fallbeispiel 1 – OGH 8 ObA 75/10b

- ▶ deutlich sichtbar weiblich orientierter Transgender-Person
- ▶ Nichtverlängerung eines befristeten Dienstverhältnisses
 - AN: Verbot Damen-WC zu benutzen, auf der Herren-WC unangenehme Bemerkungen und Blicke, Beendigung Reaktion auf Beschwerden (Viktimisierung)
 - AG: zuerst Auftreten als Mann, dann aber Benutzung des Frauen-WC (Verbot wegen Fürsorgepflicht), Zuspätkommen, Zeigen pornografischer Zeichnungen

Lösung des OGH

*„Aufgrund des festgestellten Sachverhalts verneinte das Berufungsgericht jegliche Diskriminierung der klagenden Partei und auch die der Beklagten von der klagenden Partei unterstellten Motive für die Nichtverlängerung des befristeten Arbeitsverhältnisses. Letztlich ausschlaggebend für die Nichtverlängerung sei **neben dem wiederholten verspäteten Erscheinen** der klagenden Partei **zur Arbeit vor allem** der Umstand gewesen, dass die klagende Partei **Kolleginnen mit pornografischen Zeichnungen konfrontierte**. Da nämlich nach diesen Annahmen die Motive der Beklagten für die Nichtverlängerung des Arbeitsverhältnisses weder die Transsexualität der klagenden Partei noch die Beschwerden der klagenden Partei über Belästigungen und auch nicht die Problematik der Benützung der Damentoilette durch die klagende Partei waren, sind weitere Ausführungen zu den zu diesen Themen in der Revision aufgeworfenen Fragen entbehrlich.“*

Lösung des OGH (Teil 2)

„Die vom Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegten Motive sind von vornherein nicht geeignet, die von der klagenden Partei geltend gemachten Tatbestände zu verwirklichen. **Ihre wiederholten Verspätungen haben mit ihrer Transsexualität überhaupt nichts zu tun.** Dass auf den von der klagenden Partei vorgewiesenen pornografischen Zeichnungen transsexuelle Personen zu sehen waren, ändert nichts daran, dass die aus diesem Anlass erklärte Nichtverlängerung des Arbeitsverhältnisses nicht wegen der Transsexualität der klagenden Partei als solcher, **sondern wegen des keineswegs zwangsläufig mit Transsexualität verbundenen Vorweisens derartiger Zeichnungen erfolgte.** Der Darstellung, dass die klagende Partei diese Zeichnungen nur auf Verlangen vorgezeigt habe, hat das Erstgericht keinen Glauben geschenkt.

Damit erweist sich die Entscheidung der zweiten Instanz schon wegen der der angefochtenen Entscheidung zugrunde gelegten Motive für die Nichtverlängerung des Arbeitsverhältnisses als zutreffend, **sodass grundsätzliche Ausführungen zur Diskriminierung bzw zur Belästigung transsexueller Personen ebenso entbehrlich sind, wie die von der klagenden Partei vermissten Ausführungen zu dem von ihr behaupteten, durch „Benützungsregelungen“ oder Absperrungen zu sichernden Recht auf alleiniges Benützen einer Damentoilette.“**

Fälle vor der GBK – Senat II

- Nichtaufnahme eines Flugbegleiters (GBK II 292/16) – neg, mangelnde Leistung
- Beendigung/Belästigung eines Flugbegleiters (GBK II 303/16) – neg, mangelnde Leistung
- Beendigung/Belästigung eines Büroangestellten (GBK II 263/15) – neg, mangelnde Leistung
- (verbale) Belästigung/mangelnde Abhilfe (GBK I 539/13) – pos
- Belästigung eines stv Lagerleiters (GBK II 201/13) – neg, nicht glaubhaft „gesteigertes Vorbringen“

Mögliche (rechtliche) Lösungsstrategien

- Niederschwellige Sensibilisierung zu LSBTI-spezifischen Themen
- Bessere (personelle) Ausstattung der GBK und GAW
 - Verfahrensdauer verkürzen
 - Professionelle Mediation anbieten
- Muster-Betriebsvereinbarungen, die auch von den Gewerkschaften mitgetragen werden (in KollV verankert)
- Rechtliche Änderungen
 - Levelling up
 - Verpflichtung der AG zu Gleichstellungsmaßnahmen

aller Schichten und Jugend
in meinen Forderungen noch weit darüber hinauszugehen.
Seit ich Feministin bin, werde ich immer wieder gefragt –
meist von murrenden Männern –, wann ich denn endlich
zufrieden sei; wann Frauen und Mädchen endlich finden,
dass es nun reicht. Die Antwort ist in der Frage schon ent-
halten, denn in dem Moment, in dem wir uns damit arran-
gieren, dass es keine bessere Welt als diese geben kann, in
diesem Moment verschließt sich die Zukunft, und jede Ver-
änderung wird unmöglich.
Utopia ist die Suche nach Utopia. Im Lichtschein die

Laurie Penny, Bitch Doktrin (2017) 299

Internetlinks

- Gesetze, Gerichtsentscheidungen (OGH), Entscheidungen der GBK
 - Rechtsinformationssystem des Bundes – www.ris.bka.gv.at
- Institutionen
 - Gleichbehandlungsanwaltschaft - <https://www.gleichbehandlungsanwaltschaft.gv.at>
 - Gleichbehandlungskommission – https://www.bmgf.gv.at/home/Frauen_Gleichstellung/Gleichbehandlung/Gleichbehandlungskommissionen/Gleichbehandlungs-kommission/
- Anti-Diskriminatorische Betriebsvereinbarung/Richtlinie - http://gesellschaftsklima.at/wp-content/uploads/2014/05/GKB_Anti_diskriminatorischeBVRL_fin.pdf
- <https://arbeitsrecht.univie.ac.at/team/risak-martin/>