



JOHANNES KEPLER
UNIVERSITÄT LINZ | JKU

**Gutachten zum Gebot der diskriminierungsfreien
Stellenausschreibung gemäß § 23 Abs 1 GIBG**

im Auftrag der Gleichbehandlungsanwaltschaft

verfasst von Ass.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Doris Wakolbinger

Institut für Kanonistik, Europäische Rechtsgeschichte und Religionsrecht

Johannes Kepler Universität Linz

März 2013

I. Einleitung und Fragestellung	3
II. Gesetzliche Grundlagen	4
A. Europäische Rechtsgrundlagen	4
1. RL 2000/43/EG – „Antidiskriminierungsrichtlinie“	4
2. RL 2000/78/EG – „Rahmenrichtlinie“	5
B. Nationale Rechtsgrundlage	6
1. § 17 Abs 1 GIBG: Gleichbehandlungsgebot im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis	6
2. § 23 Abs 1 GIBG: diskriminierungsfreie Stellenausschreibung	6
a. NormadressatInnen	8
b. Ausnahmen nach § 23 Abs 1 GIBG	9
aa. Ausnahme für mittelbare Diskriminierung	9
bb. Ausnahme für Kirchen und vergleichbare Organisationen	11
3. § 24 GIBG Strafbestimmungen	12
III. Geschützte Merkmale	12
A. Das geschützte Merkmal des Alters	13
B. Das geschützte Merkmal der ethnischen Zugehörigkeit	14
C. Das geschützte Merkmal der Religion	16
D. Das geschützte Merkmal der Weltanschauung	18
E. Abgrenzungsprobleme zwischen den geschützten Merkmalen	24
1. Religion und Weltanschauung	24
2. Religion und ethnische Zugehörigkeit	25
IV. Diskriminierungsformen	27
A. Unmittelbare Diskriminierung	27
B. Mittelbare Diskriminierung	29
C. Diskriminierung auf Grund des Alters	33
1. Unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Alters	33
2. Anforderungen an die Berufserfahrung - mittelbare Diskriminierung auf Grund des Alters?	34
a. Strafbarkeitsgrundlage	39

D. Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit	39
1. Unmittelbare Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit	39
2. Anforderungen an die Sprachbeherrschung - mittelbare Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit?	42
a. Strafbarkeitsgrundlage	45
E. Diskriminierung auf Grund der Religion oder Weltanschauung	45
1. Unmittelbare Diskriminierung auf Grund der Religion oder Weltanschauung ..	45
2. Ausnahmen für Kirchen und vergleichbare Organisationen	47
3. Kirchliches Selbstbestimmungsrecht	47
4. Kirchen und vergleichbare Organisationen.....	50
5. Beschränkung durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip	54
6. Folgerungen für konkrete Tätigkeitsfelder	57
a. Glaubensvermittlung/Verkündungsarbeit	57
b. Administrative und technische Arbeiten	58
c. Ordenskrankenhäuser	59
d. Einrichtungen der sozialen Arbeit.....	60
c. Weltanschauliche Organisationen	61
7. Strafbarkeitsgrundlage	61
V. ANHANG	62
A. Häufig verwendete Formulierungen in Stelleninseraten – Übersicht	62
B. Gesetzesstellen	64
1. Gleichbehandlungsgesetz (BGBl I 66/2004 idgF).....	64
2. Arbeitsmarktförderungsgesetz (BGBl 31/1969 idgF).....	66

I. Einleitung und Fragestellung

Im Februar 2012 hat die Gleichbehandlungsanwaltschaft in einer Aktion österreichweit Stelleninserate auf ihre Gesetzeskonformität hin untersucht und dabei festgestellt, dass es insbesondere in drei Bereichen einer Klärung bedarf, ob bzw unter welchen Voraussetzungen ein bestimmtes Inserat als diskriminierend anzusehen ist, nämlich

- bei der Frage, ob/wann das Erfordernis einer Berufserfahrung eine Altersdiskriminierung darstellt,
- bei der Frage, ob/wann das Erfordernis bestimmter (meist ausgezeichneter/perfekter/akzentfreier) Deutschkenntnisse eine Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit darstellt,
- bei der Frage, wann kirchliche/religiöse/weltanschauliche Gemeinschaften und Organisationen die Suche zu Recht auf Personen des eigenen Bekenntnisses bzw der eigenen Weltanschauung beschränken dürfen.

Im Folgenden werden diese Fragestellungen eingehend untersucht.

Nach einleitender Darstellung der gesetzlichen Grundlagen auf europäischer wie nationaler Ebene werden die geschützten Merkmale des Alters, der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion und der Weltanschauung näher definiert.

Danach wird die Frage untersucht, welchen Diskriminierungsformen die Anforderungen Berufserfahrung, Deutschkenntnisse und Religions- bzw Weltanschauungszugehörigkeit zuzuordnen sind.

Anschließend werden Rechtfertigungs- bzw Ausnahmemaßstäbe für diese Anforderungen beleuchtet.

Auf eine Untersuchung des geschützten Merkmals der sexuellen Orientierung im Rahmen der Stellenausschreibung wird verzichtet, da sich diesbezüglich bisher in der Praxis keine Probleme ergaben.

II. Gesetzliche Grundlagen

A. Europäische Rechtsgrundlagen

1. RL 2000/43/EG – „Antidiskriminierungsrichtlinie“

Die Antidiskriminierungsrichtlinie¹ behandelt die Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterscheidung der Rasse oder der ethnischen Herkunft und vereinheitlicht den Rechtsschutz des Einzelnen in den Mitgliedstaaten.

Der sachliche Geltungsbereich der Antidiskriminierungsrichtlinie ist breit angelegt und erfasst den Zugang zu selbständiger sowie unselbständiger Erwerbstätigkeit und deren Ausübung, den beruflichen Aufstieg, den Zugang zur Berufsbildung und Berufsberatung, die Mitgliedschaft in ArbeitnehmerInnen- und/oder ArbeitgeberInnenorganisationen und die Inanspruchnahme von Leistungen dieser Organisationen bis zum Sozialschutz, einschließlich der sozialen Sicherheit und Gesundheitsdienste, sozialen Vergünstigungen und den Bereich der Bildung. Weiters verbietet die Richtlinie Diskriminierungen beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum (Art 3 Abs 1 lit a bis h). Damit hat die Diskriminierung auf Grund der Rasse oder ethnischen Zugehörigkeit Anwendungsfelder auch außerhalb der Arbeitswelt. Die Richtlinie gilt für alle Personen im öffentlichen wie privaten Bereich (Art 3 Abs 1) und entfaltet Schutzwirkung auch gegenüber Drittstaatsangehörigen (Erwägungsgrund 13). Das Diskriminierungsverbot umfasst jedoch nicht die unterschiedliche Behandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art 3 Abs 2). Die Union verspricht sich von dieser weiten Regelung der Rassendiskriminierung entgegenzuwirken sowie mehr wirtschaftliche und soziale Teilhabe ethnischer Randgruppen, die wiederum sozialer Ausgrenzung entgegenwirken soll.²

In Art 2 enthält die Antidiskriminierungsrichtlinie Definitionen der Begriffe der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung sowie der gleichgestellten Belästigung.

1 Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft.

2 Vgl. „Vorschlag der Kommission zur Richtlinie 2000/43/EG“ (KOM/99/0566) endgültig.

Weiters legt Art 4 einen zulässigen Ausnahmemaßstab fest. Danach „können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass eine Ungleichbehandlung aufgrund eines mit der Rasse oder der ethnischen Herkunft zusammenhängenden Merkmals keine Diskriminierung darstellt, wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt und sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt“.

2. RL 2000/78/EG – „Rahmenrichtlinie“

Mit einem im Wesentlichen identischen Grundaufbau erfasst die RL 2000/78/EG³ die Diskriminierungsgründe Religion oder Weltanschauung, Alter, Behinderung und sexuelle Ausrichtung, wobei ihr Geltungsbereich im Vergleich zur Antidiskriminierungsrichtlinie auf die Bereiche Beschäftigung und Beruf beschränkt ist: Zugang zu selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit, Berufsbildung, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen sowie Mitgliedschaft in Organisationen mit beruflichem Bezug (Art 3 Abs 1 lit a bis d). Der Bereich des Sozialschutzes ist ausdrücklich ausgenommen (Art 3 Abs 3).

Auch die Rahmenrichtlinie enthält in Art 2 eine Definition der Begriffe der unmittelbaren wie mittelbaren Diskriminierung sowie der gleichgestellten Belästigung.

Art 4 Abs 1 normiert den allgemeinen Ausnahmemaßstab auf Grund aller in Art 1 genannten Diskriminierungsgründe. Danach „können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass eine Ungleichbehandlung wegen eines Merkmals, das im Zusammenhang mit einem der in Art 1 genannten Diskriminierungsgründe steht, keine Diskriminierung darstellt, wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten Tätigkeit oder der Bedingung ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt“.

³ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.

Art 4 Abs 2 beinhaltet darüber hinaus detailliert geregelte Vorgaben hinsichtlich der Ausnahmemöglichkeiten für Ungleichbehandlungen von MitarbeiterInnen der Kirchen und Religionsgemeinschaften auf Grund der Religion oder Weltanschauung.⁴

Weiters sieht Art 6 Vorgaben hinsichtlich der Ausnahmemöglichkeiten für Ungleichbehandlung wegen des Alters vor, die sich insbesondere auf die Festlegung oder Beibehaltung von Altersgrenzen und die Bedingungen für die sozialen Schutzsysteme beziehen.

B. Nationale Rechtsgrundlage

1. § 17 Abs 1 GIBG: Gleichbehandlungsgebot im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis

Nach § 17 Abs 1 GIBG darf niemand auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung⁵ im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden. Die Aufzählung der geschützten Merkmale in § 17 Abs 1 GIBG ist taxativ.⁶ Das Gleichbehandlungsgebot des GIBG richtet sich daher nicht gegen Diskriminierung aus beliebigen Gründen, sondern knüpft den Schutz ausschließlich an die im Gesetz angeführten Merkmale.

2. § 23 Abs 1 GIBG: diskriminierungsfreie Stellenausschreibung

§ 23 Abs 1 GIBG normiert das Gebot der diskriminierungsfreien Stellenausschreibung analog der Bestimmung des § 9 Abs 1 GIBG zum Gebot der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung. Nach § 23 Abs 1 GIBG darf „der/die Arbeitgeber/in oder private/r Arbeitsvermittler/in gemäß den §§ 2 ff des Arbeitsmarktförderungsgesetzes, BGBl. Nr. 31/1969, oder eine mit der Arbeitsvermittlung betraute juristische Person öffentlichen Rechts einen Arbeitsplatz weder öffentlich noch innerhalb des Betriebes

4 Dazu ausführlich *Wakolbinger*, Was heißt denn hier normal? Ausgewählte Fragen zum Antidiskriminierungsrecht: Religion, Weltanschauung, sexuelle Orientierung, ethnische Zugehörigkeit (2011) 172 ff; *Kehlen*, Europäisches Antidiskriminierungsrecht und kirchliches Selbstbestimmungsrecht (2003) 167 ff; *Reichegger*, Die Auswirkung der Richtlinie 2000/78/EG auf das kirchliche Arbeitsrecht unter Berücksichtigung von Gemeinschaftsgrundrechten als Auslegungsmaxime, in *Von Campenhausen/Link (Hg)*, Schriften zum Staatskirchenrecht 24 (2005) 191 ff; *Triebel*, Das europäische Religionsrecht am Beispiel der arbeitsrechtlichen Anti-Diskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG, in *Von Campenhausen/Link (Hg)*, Schriften zum Staatskirchenrecht 25 (2005) 29 ff, 81 ff, 135 ff.

5 Auf Grund der eingeschränkten Fragestellung unterbleibt die Untersuchung des geschützten Merkmals der sexuellen Orientierung. Vgl dazu ausführlich *Wakolbinger*, Was heißt denn hier normal? Ausgewählte Fragen zum Antidiskriminierungsrecht: Religion, Weltanschauung, sexuelle Orientierung, ethnische Zugehörigkeit (2011) 93 ff.

6 Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 17 Rz 3; *Windisch-Graetz in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 17 Rz 23.

(Unternehmens) in diskriminierender Weise ausschreiben oder durch Dritte ausschreiben lassen, es sei denn, das betreffende Merkmal stellt auf Grund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung dar, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.“

Nach den Materialien ist dieses Gebot in den Antidiskriminierungsrichtlinien zwar nicht ausdrücklich angeführt, eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung bei der Stellenausschreibung ist jedoch als Diskriminierung iSd beiden Richtlinien anzusehen. Eine diskriminierende Stellenausschreibung kann auf Grund der Wortwahl einen negativen Einfluss auf das Bewerbungsverhalten potentieller BewerberInnen haben. Dadurch kann der Zugang zu Beschäftigung und Beruf wesentlich behindert werden. Dies widerspricht den Intentionen der beiden Richtlinien.⁷ Die Verpflichtung zur diskriminierungsfreien Stellenausschreibung soll das Verbot der Einstellungsdiskriminierung nach § 17 Abs 1 Z 1 GIBG ergänzen.⁸

§ 23 Abs 1 GIBG normiert keine Verpflichtung zur Ausschreibung⁹ – erfolgt jedoch eine Ausschreibung, so muss diese diskriminierungsfrei gestaltet sein. Diskriminierungsfrei ist eine Ausschreibung, wenn sie weder unmittelbar noch mittelbar nach einem der in § 17 Abs 1 GIBG genannten Merkmale differenziert.¹⁰ Das Gebot der diskriminierungsfreien Stellenausschreibung folgt darüber hinaus bereits aus § 17 Abs 1 Z 1 GIBG, weil einer diskriminierenden Ausschreibung eine gewisse Indizwirkung für eine Diskriminierung bei der Einstellung unterstellt werden kann.¹¹

§ 9 Abs 1 Satz 2 GIBG verbietet ausdrücklich auch zusätzliche Anmerkungen, die auf ein bestimmtes Geschlecht rückschließen lassen (beispielsweise Hinweise auf bereits abgeleisteten Präsenzdienst¹²).¹³ In § 23 Abs 1 GIBG fehlt ein vergleichbarer Zusatz. Ungeachtet dessen muss dieses Verbot auch hier gelten. Ansonsten wären breite Umgehungsmöglichkeiten geschaffen, welche das Gebot der diskriminierungsfreien

7 Vgl RV 307 BlgNR 22. GP 17.

8 Vgl Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 23 Rz 2.

9 Vgl Rebhahn in Rebhahn (Hg), GIBG (2005) § 9 Rz 1.

10 Vgl Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 23 Rz 3.

11 Vgl Rebhahn in Rebhahn (Hg), GIBG (2005) § 9 Rz 1, 2; Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 23 Rz 8.

12 Dieser Hinweis ist jedoch auch im Hinblick auf Behinderung, Weltanschauung (Pazifismus) und Nichtösterreicher problematisch; so auch Däubler in Däubler/Bertzbach (Hg), AGG (2007) § 7 Rz 65.

13 Vgl Schleusener in Schleusener/Suckow/Voigt (Hg), AGG² (2008) § 3 Rz 16 ff; Rebhahn in Rebhahn (Hg), GIBG (2005) § 9 Rz 13.

Stellenausschreibung unterlaufen würden. Unzulässig sind demnach Formulierungen wie etwa „Wenn Sie in unser junges, dynamisches Team passen...“ oder „Wir sind ein junges, dynamisches Unternehmen...“ weil diese geeignet sind, ältere BewerberInnen abzuschrecken.¹⁴

Ferner ist meiner Ansicht nach bei der Beurteilung der Gesetzeskonformität einer Stellenausschreibung auf deren Gesamtgestaltung in Wort (einzelnen Schlagwörter, Wort- und Satzzusammenhang) und Bild (Grafik und Layout) abzustellen. Das gesamte Inserat muss diskriminierungsfrei gestaltet sein. Daher sind unter anderem Bilddarstellungen, die beispielsweise stark mit dem Attribut der Jugendlichkeit assoziiert werden oder auf denen ausschließlich sehr junge Menschen in einer Arbeitssituation präsentiert werden, ebenfalls unzulässig.¹⁵ Ebenso reicht eine gesetzeskonforme Überschrift für sich alleine nicht aus.

a. NormadressatInnen

NormadressatInnen des § 23 Abs 1 GIBG sind der/die ArbG (ArbeitgeberIn/ArbeitgeberInnen), private ArbeitsvermittlerInnen gemäß den §§ 2 ff AMFG¹⁶ und mit der Arbeitsvermittlung betraute juristische Personen des öffentlichen Rechts.

In § 2 AMFG wird die Tätigkeit der Arbeitsvermittlung begrifflich bestimmt. Durch diesen Verweis auf § 2 AMFG in § 23 Abs 1 GIBG ist ausdrücklich klargestellt, dass jene als private ArbeitsvermittlerInnen iSd § 23 Abs 1 GIBG gelten, deren Tätigkeit dem § 2 AMFG entspricht. Eine Bezugnahme auf die gewerberechtliche Berechtigung zur Arbeitsvermittlung ist vom Gesetzgeber explizit nicht gewollt. Abzustellen ist vielmehr auf die tatsächliche Tätigkeit der Arbeitsvermittlung.¹⁷

Zu den mit der Arbeitsvermittlung betrauten juristischen Personen öffentlichen Rechts zählt insbesondere das Arbeitsmarktservice nach dem AMSG^{18, 19}

14 Vgl unter anderem *Rebhahn*, Inwieweit dürfen Arbeitnehmer wegen des Alters bevorzugt oder benachteiligt werden?, in *BAK/IV/WKÖ/ ÖGB (Hg)*, Altersgerechte Arbeitswelt (2004) 54; *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 23 Rz 4; *Buschmann* in *Däubler/Bertzbach (Hg)*, AGG² (2008) § 11 Rz 15; Völlig verfehlt entgegen der herrschenden Lehrmeinung hingegen der UVS Wien 13.12.2012 UVS-06/22/8000/2013-3, welcher in den Formulierungen „WIR BIETEN: Junges, dynamisches Team“ und „Wenn Sie Ihre Zukunft in unserem jungen Team sehen...“ kein Indiz für eine Diskriminierung auf Grund des Alters erkannte.

15 So auch der UVS Wien 13.12.2012 UVS-06/22/8000/2013-3.

16 Arbeitsmarktförderungsgesetz, BGBl 31/1969.

17 So auch *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG – Novelle 2011 Ergänzungsband (2011) § 9 Rz 2; *Rosenmayr/Sacherer*, Gleichbehandlungsgesetz 2011, Die wichtigsten Neuerungen im Überblick, ZAS 2011, 52 (56); *Ludwig*, Nachvollziehbare Gehaltsfindung zur Förderung der Gleichstellung, DRdA 2012, 66 (67).

18 Arbeitsmarktservicegesetz, BGBl 313/1994 idgF.

Nach der Anordnung des § 23 Abs 1 GIBG macht es keinen Unterschied, ob die NormadressatInnen die Stellenausschreibung selbst durchführen oder durch Dritte ausschreiben lassen. Dadurch soll dem/der ArbG ein Umgehen des Verbotes erschwert werden.²⁰

b. Ausnahmen nach § 23 Abs 1 GIBG

§ 23 Abs 1 GIBG erlaubt Ausnahmen vom Gebot der diskriminierungsfreien Stellenausschreibung unter einem strengen, eng auszulegenden Maßstab. Danach muss das betreffende Merkmal auf Grund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellen, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.

Die Formulierung des § 23 Abs 1 GIBG ist inhaltlich identisch mit der Ausnahmebestimmung für unmittelbare Diskriminierung nach § 20 Abs 1 GIBG. Somit ist die Ausnahme nach § 23 Abs 1 GIBG nach Wortlaut und Systematik nur geeignet, unmittelbare Diskriminierung im Rahmen einer Stellenausschreibung auszunehmen. Allerdings kann es bei einer Ausschreibung auch sehr häufig zu einer mittelbaren Diskriminierung kommen. Dadurch ergeben sich Anwendungsprobleme des § 23 Abs 1 GIBG bei mittelbarer Diskriminierung im Rahmen einer Stellenausschreibung.

Ferner normiert § 20 Abs 3 und 4 GIBG einen speziellen Ausnahmetatbestand bei (auch mittelbarer) Diskriminierung auf Grund des Alters, auf den die Ausnahmebestimmung des § 23 Abs 1 GIBG nicht Bezug nimmt.

Ebensolche Probleme ergeben sich in Bezug auf religionsgemeinschaftliche bzw weltanschauliche ArbG, weil die Ausnahmebestimmung des § 23 Abs 1 GIBG auf deren im GIBG eingeräumte Sonderstellung keine Rücksicht nimmt.

aa. Ausnahme für mittelbare Diskriminierung

Unbestritten muss jedoch auch die mittelbare Diskriminierung einer Rechtfertigung zugänglich sein. Grundsätzlich ist der Rechtfertigungsmaßstab für eine mittelbare Diskriminierung weniger streng als jener für unmittelbare Diskriminierung. Daher hat

19 Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 23 Rz 14; *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG – Novelle 2011 Ergänzungsband (2011) § 9 Rz 4.

20 Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 9 Rz 12; *Rebhahn in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 9 Rz 4.

bei einer mittelbaren Diskriminierung in Stelleninseraten als Rechtfertigungsmaßstab § 19 Abs 2 GIBG zur Anwendung zu kommen. Das Ergebnis dieser Rechtfertigungsprüfung ist dann auf § 23 Abs 1 GIBG übertragbar. Ist eine Anforderung nach § 19 Abs 2 GIBG gerechtfertigt, darf sie auch in ein Stelleninserat aufgenommen werden. Im gegenteiligen Fall darf die jeweilige Anforderung nicht in ein Stelleninserat aufgenommen werden. Andernfalls liegt ein Verstoß gegen § 19 Abs 2 iVm § 23 Abs 1 GIBG vor, welcher zu einer Strafbarkeit nach § 24 GIBG führt.

Dass ein Anknüpfen an die Berufserfahrung eine mittelbare Diskriminierung auf Grund des Alters begründen kann, wird an späterer Stelle noch gezeigt. Vorab ist zu klären, welche Bestimmungen in Bezug auf mittelbare Diskriminierung auf Grund des Alters in einem Stelleninserat grundsätzlich zur Anwendung zu kommen haben. Wie soeben aufgezeigt, ist die Ausnahmebestimmung des § 23 Abs 1 GIBG nur geeignet, unmittelbare Diskriminierung zu rechtfertigen. Das GIBG sieht jedoch in Bezug auf die Rechtfertigung von mittelbarer Diskriminierung auf Grund des Alters zwei Vorschriften vor. Diese Vorschriften sind die Legaldefinition der mittelbaren Diskriminierung in § 19 Abs 2 GIBG mit ihrem Rechtfertigungsmaßstab und die Ausnahmebestimmung bei Diskriminierung auf Grund des Alters in § 20 Abs 3 und 4 GIBG. Daher stellt sich die Frage, wie diese Bestimmungen zueinander stehen.

§ 20 Abs 3 und 4 GIBG erfassen zwar mehrheitlich Sachverhalte, welche eine unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Alters darstellen, aber eben – insbesondere bei § 20 Abs 4 Z 2 GIBG (zB Mindestanforderungen an die Berufserfahrung) – auch solche der mittelbaren Diskriminierung.²¹ Nach § 20 Abs 3 GIBG liegt „eine Diskriminierung auf Grund des Alters nicht vor, wenn die Ungleichbehandlung objektiv und angemessen ist, durch ein legitimes Ziel, insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen der Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung, gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziel angemessen und erforderlich sind.“ Die demonstrative Aufzählung (arg „insbesondere“) der sehr allgemein gehaltenen

21 So auch *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 20 Rz 25 ff; *Windisch-Graetz in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) vor § 20 Rz 27; *Rebhahn*, Inwieweit dürfen Arbeitnehmer wegen des Alters bevorzugt oder benachteiligt werden?, in *BAK/IV/WKÖ/ÖGB (Hg)*, Altersgerechte Arbeitswelt (2004) 46; *Bertelsmann in Rust/Falke (Hg)*, AGG (2007) § 10 Rz 137; *Sprenger*, Das Verbot der Altersdiskriminierung nach der Richtlinie 2000/78/EG, in *Konstanzer Schriften zur Rechtswissenschaft* 229 (2006) 127 ff; *Benecke, Antidiskriminierungsstelle des Bundes (Hg)*, Rechtsvergleich der europäischen Systeme zum Antidiskriminierungsrecht (2010) 43; *Schmidt/Senne*, Das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung und seine Bedeutung für das deutsche Arbeitsrecht, RdA 2002, 80.

rechtmäßigen Ziele in § 20 Abs 3 Z 2 GIBG wird durch Abs 4 näher präzisiert.²² In Abs 4 wird auch die Festlegung von Mindestanforderungen an die Berufserfahrung für den Zugang zur Beschäftigung genannt.

Nach § 19 Abs 2 GIBG soll eine Ungleichbehandlung bei Heranziehen scheinbar neutraler Vorschriften, Kriterien oder Verfahren gerechtfertigt sein, wenn ihnen ein rechtmäßiges Ziel zugrunde liegt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziel angemessen und erforderlich sind.

Diese Wortlautanalyse zeigt, dass die Anforderungen an die Rechtfertigung nach § 19 Abs 2 GIBG mit der Ausnahmebestimmung nach § 20 Abs 3 und 4 GIBG identisch sind. Wegen der festgestellten identischen Voraussetzungen bilden § 19 Abs 2 GIBG und § 20 Abs 3 und 4 GIBG einen „Einheitstatbestand“ und sind daher stets kumulativ zur Anwendung zu bringen.²³

Daher beurteilt sich die Frage der Zulässigkeit der Anforderungen an Berufserfahrung in einem Stelleninserat nach § 19 Abs 2 iVm § 20 Abs 3 und 4 GIBG. Ergibt sich bei dieser Prüfung die Unzulässigkeit der Anforderung, so liegt ein Verstoß gegen § 19 Abs 2 iVm den §§ 20 Abs 3 und 4, 23 Abs 1 GIBG vor, welcher zur Strafbarkeit nach § 24 GIBG führt.

bb. Ausnahme für Kirchen und vergleichbare Organisationen

Für Kirchen und vergleichbare Organisationen normiert § 20 Abs 2 GIBG eine weitreichende Ausnahme in Bezug auf die geschützten Merkmale der Religion und Weltanschauung. Diese geht als *lex specialis* der Ausnahmebestimmung des § 23 Abs 1 GIBG vor. Sind religionsgemeinschaftliche bzw weltanschauliche ArbG nach den Voraussetzungen des § 20 Abs 2 GIBG berechtigt für bestimmte Tätigkeit nur Angehörige der eigenen Religion bzw Weltanschauung zu führen, so dürfen sie auch in Ausschreibungen die Suche dahingehend einschränken. Wird die Personalsuche zu Unrecht auf die Zugehörigen des eigenen Bekenntnisses bzw der eigenen Weltanschauung eingeschränkt, liegt ein Verstoß gegen § 20 Abs 2 iVm § 23 Abs 1 GIBG vor, welcher zu einer Strafbarkeit nach § 24 GIBG führt.

22 Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 20 Rz 28; RV 307 BlgNR 22. GP 17 (zu § 14); ähnlich auch *Windisch-Graetz* in *Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) vor § 20 Rz 28.

23 Ähnlich zu den Vorgaben der RL 2000/78/EG *Sprenger*, Das Verbot der Altersdiskriminierung nach der Richtlinie 2000/78/EG, in *Konstanzer Schriften zur Rechtswissenschaft* 229 (2006) 128 ff.

3. § 24 GIBG Strafbestimmungen

§ 24 GIBG enthält die Strafbestimmungen für Verstöße von ArbG oder ArbeitsvermittlerInnen gegen das Gebot der diskriminierungsfreien Stellenausschreibung nach § 23 Abs 1 GIBG. ArbeitsvermittlerInnen sind bereits beim ersten Verstoß auf Antrag²⁴ von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe bis zu 360,- € zu bestrafen (§ 24 Abs 1 GIBG), während ArbG beim ersten Verstoß von der Bezirksverwaltungsbehörde lediglich zu ermahnen sind und erst bei weiteren Verstößen mit einer Geldstrafe von ebenfalls bis zu 360,- € zu bestrafen sind (§ 24 Abs 3 Z 1 GIBG).²⁵

III. Geschützte Merkmale

Nach § 17 Abs 1 GIBG darf niemand auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden. Die Aufzählung der geschützten Merkmale in § 17 Abs 1 GIBG ist taxativ.²⁶ Das Gleichbehandlungsgebot des GIBG richtet sich daher nicht gegen Diskriminierung aus beliebigen Gründen, sondern knüpft den Schutz ausschließlich an die im Gesetz angeführten Merkmale.

Der normierte Gleichbehandlungsgrundsatz gilt allerdings unabhängig davon, ob der Umstand, auf Grund dessen die Diskriminierung erfolgt, tatsächlich vorliegt oder nur vermutet wird.²⁷

Im Folgenden werden Begriffsbestimmungen und -abgrenzungen zu den Merkmalen Alter, ethnische Zugehörigkeit, Religion sowie Weltanschauung vorgenommen. Die begriffliche Annäherung ist besonders schwierig, weil sowohl in RL 2000/43/EG und RL 2000/78/EG als auch im GIBG Legaldefinitionen dieser Begriffe völlig fehlen. Zwar

24 Antragsberechtigt sind der/die betroffene StellenwerberIn, der/die AnwältIn für die Gleichbehandlung ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder der Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung in der Arbeitswelt (§ 5 GBK/GAW-G) oder ein/e RegionalvertreterIn (§ 7 GBK/GAW-G).

25 Vgl Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG – Novelle 2011 Ergänzungsband (2011) § 24 Rz 3.

26 Vgl Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 17 Rz 3; Windisch-Graetz in Rebhahn (Hg), GIBG (2005) § 17 Rz 23.

27 Vgl RV 307 BlgNR 22. GP 15.

geben die Materialien zum GIBG zumindest Hinweise, dennoch bereitet die Auslegung erhebliche Schwierigkeiten.²⁸

A. Das geschützte Merkmal des Alters

Unterschiedliche Behandlung unter Anknüpfung an das Alter von ArbN (ArbeitnehmerIn/ArbeitnehmerInnen) war in Österreich für lange Zeit kein Diskussionsgegenstand und wurde als gänzlich unproblematisch angesehen. So wurde beispielsweise die Zulässigkeit von Gehaltsschemata mit gleichmäßigen Biennalsprüngen nie in Frage gestellt. Ein diesbezüglicher Anstoß kam erst im Jahre 2000 aus Brüssel in Form der RL 2000/78/EG.²⁹

Unter „Alter“ ist grundsätzlich das biologische (Lebens)Alter zu subsumieren.³⁰ In der Literatur besteht Einigkeit darüber, dass von diesem Diskriminierungsverbot alle ArbN unabhängig von einem konkreten Alter erfasst sind. Untersagt ist jegliche ungerechtfertigte Differenzierung in Bezug auf jede beliebige Altersstufe. Umfasst ist daher die Diskriminierung „jüngerer“ als auch „älterer“ ArbN.³¹ So halten auch die Materialien zur Stammfassung des GIBG fest, dass alle ArbN unabhängig von einem Mindest- oder Höchstalter geschützt sind.³² Das Alter eines/einer ArbN soll, außer bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen, im Beschäftigungsbereich nicht entscheidungsrelevant sein. Anders als andere geschützte Merkmale (zB Geschlecht, ethnische Zugehörigkeit) ist das Alter ein relatives Verlaufskriterium³³ und kennzeichnet jede/n ArbN irgendwann einmal.³⁴ Das Alter ist ferner ein relationales Kriterium. Alter wirkt nicht absolut – es ist immer eine Relation zu anderen Altersgruppen herzustellen

28 So auch *Runggaldier*, Das neue „Antidiskriminierungsrecht“ der EU – Bestandsaufnahme und Kritik, in *Klass/Nowotny/Schauer (Hg)*, Festschrift *Peter Doralt* zum 65. Geburtstag (2004) 523; *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 17 Rz 11; *Eichenhofer*, Umsetzung der Richtlinie gegen Diskriminierung wegen der Rasse, ethnischen Herkunft, des Alters, der Behinderung und der sexuellen Ausrichtung in Deutschland, ZESAR 2003, 349 (351).

29 Vgl *Wachter*, Jahrbuch Altersdiskriminierung (2010) 3.

30 Vgl ua *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 86; *ders*, Das Arbeitsrecht der Zukunft? – Die deutsche Umsetzung der Anti-Diskriminierungsrichtlinien im internationalen Vergleich, NZA 2004, Sonderbeilage zu Heft 22; *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 17 Rz 54; *Sprenger*, Das arbeitsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung nach der Richtlinie 2000/78/EG, Konstanzer Schriften zur Rechtswissenschaft 229 (2006) 57.

31 Vgl ua *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 17 Rz 54; *Mayr*, Diskriminierungen aufgrund des Alters im österreichischen Arbeitsrecht, ASoK 2003, 289; *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 86; *ders*, Das Arbeitsrecht der Zukunft? – Die deutsche Umsetzung der Anti-Diskriminierungsrichtlinien im internationalen Vergleich, NZA 2004, Sonderbeilage zu Heft 22; *Windisch-Graetz* in *Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 17 Rz 35; *Kuras*, RdA 2003, Sonderbeilage zu Heft 5, 11; *Runggaldier*, Das neue „Antidiskriminierungsrecht“ der EU – Bestandsaufnahme und Kritik, in *Klass/Nowotny/Schauer (Hg)*, Festschrift *Peter Doralt* zum 65. Geburtstag (2004) 525; *Krejci*, Antidiskriminierung, Privatautonomie und Arbeitnehmerschutz – Schluss, DRdA 2005, 501 (506); *Reissner*, das neue Gleichbehandlungsrecht, JAP 2005/2006/5; *Linsenmaier*, RdA 2003 (SBlg Heft 5), 25; *Marhold*, Differenzierung nach dem Alter, in *Tomandl/Schrammel (Hg)*, Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote (2005) 85.

32 Vgl RV 307 BlgNR 22. GP 16.

33 Vgl *Marhold*, Differenzierung nach dem Alter, in *Tomandl/Schrammel (Hg)*, Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote (2005) 85 ff; Schlussanträge zu EuGH Rs C-388/07-*Age Concern England*, Rz 74.

34 Vgl *Thüsing*, Gedanken zur Effizienz arbeitsrechtlicher Diskriminierungsverbote, RdA 2003, 257 (262).

len.³⁵ Jedoch sind „Ältere“ und „Jüngere“ keine absolut gesonderte Gruppe. Erst wenn eine bestimmte Altersgrenze in differenzierenden Regelungen vorgesehen ist, können Vergleichsgruppen ausgebildet werden. Somit variiert die Anzahl der Betroffenen je nach Definition der Grenze.³⁶

Neben dem biologischen Alter kann im Bereich der mittelbaren Diskriminierung auch das (niedrige oder hohe) Dienstalter einer Person ein Anknüpfungspunkt sein.³⁷

B. Das geschützte Merkmal der ethnischen Zugehörigkeit

Die Materialien betonen, dass der Begriff der ethnischen Zugehörigkeit³⁸ weit auszulegen ist, sodass sämtliche Bereiche dessen, was unter Rasse und/oder ethnischer Herkunft verstanden wird, vom GIBG erfasst werden. „Adressaten der Diskriminierung sind Personen, die als fremd wahrgenommen werden, weil sie auf Grund bestimmter Unterschiede von der regionalen Mehrheit als nicht zugehörig angesehen werden. Sie knüpft überwiegend an Unterschiede an, die auf Grund von Abstammungs- oder Zugehörigkeitsmythen als natürlich angesehen werden und die die betroffenen Personen nicht ändern können. Häufige Erscheinungsformen sind Diskriminierung wegen der Hautfarbe und anderer äußerer Merkmale sowie wegen einer als fremd angesehenen Muttersprache. Auch bei Ethnien handelt es sich um „imaginierte Gemeinschaften“, die durch Bekenntnis oder Fremdzuschreibung entstehen können und sich nicht allein auf biologische oder sonstige tatsächliche Unterscheidungen stützen können. Sie bezieht sich auf Gemeinsamkeiten von Menschen, die sich auf Grund ihrer Hautfarbe, Herkunft, Religion, Sprache, Kultur oder Sitten ergibt.“³⁹

Die ethnische Zugehörigkeit ist von der Staatsbürgerschaft formal zu unterscheiden. Das GIBG besagt zwar unter anderem in § 17 Abs 2 GIBG, welcher sich jedoch ausschließlich auf hoheitliches Handeln bezieht, dass das die ethnische Zugehörigkeit betreffende Gleichbehandlungsgebot weder für unterschiedliche Behandlungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit noch für eine unterschiedliche Behandlung gilt, die

35 Vgl *Brodil*, Erlaubte und verbotene Altersdiskriminierung, in *Resch (Hg)*, Neuerungen zur Beendigung des Arbeitsvertrages (2009) 62.

36 Vgl *Chen*, Die speziellen Diskriminierungsverbote der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Eine Strukturanalyse unter besonderer Berücksichtigung des Verbotes der Altersdiskriminierung, *Nomos Universitätsschriften Recht* 750 (2011) 260.

37 Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 17 Rz 54.

38 Auch der OGH geht in 13 Os 154/03 vom 14.1.2004 davon aus, dass unter „Rasse“ iSd § 283 Abs 1 StGB die Zugehörigkeit zu einer bestimmten ethnischen Gruppe zu verstehen ist.

39 RV 307 BlgNR 22. GP 14.

sich aus der Rechtsstellung von Staatsangehörigen dritter Staaten oder Staatenloser ergibt.⁴⁰ In diesem Zusammenhang ist allerdings auf Art 18 AEUV zu verweisen, wonach im Anwendungsbereich der Verträge jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten ist. Diesem Artikel ist zwar unmittelbare Wirkung zu unterstellen, doch betrifft dies nicht die Beziehung zwischen Privaten untereinander. Die Antidiskriminierungsrichtlinien gehen auf die Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit nicht ein. Der Diskriminierungstatbestand der ethnischen Zugehörigkeit wird aber meiner Ansicht nach wohl in hohem Maße auch die Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit mit abdecken, weil man die ethnische Zugehörigkeit mit der Eigenschaft fremdsprachige/r Ausländer/in⁴¹ zu sein, teilweise gleichsetzen können wird.⁴² Zu diesem Befund gelangt auch der UVS Wien, der in den Anforderungen einer Stellenausschreibung „österreichische Staatsbürgerschaft“ und „EWR-Mitgliedschaft“ bzw „EWR-Bürger“ eine gesetzwidrige ethnische Diskriminierung erkannte.⁴³

Es stellt sich auch die Frage, ob sich eine österreichische „Teilgesellschaft“⁴⁴ erfolgreich auf den Tatbestand der ethnischen Diskriminierung berufen kann. Angesichts der von den Materialien angedeuteten Definition von Ethnien wird klar, dass das Vorhandensein von sozialen Gruppen, die sich voneinander abgrenzen, notwendig ist. Und zwar im Sinne der Bildung einer kollektiven Identität gegenüber anderen Gesellschaften. Etwa durch Bezugnahme auf Elemente wie gemeinsame geschichtliche Erfahrungen, Sprache, Kultur und Abstammungsmythen. Das Vorhandensein einer abgegrenzten sozialen Gruppe ist aber auch Voraussetzung zur Erfüllung des Tatbestandes der ethnischen Diskriminierung. Da eine solche Ausbildung kollektiver Identität innerhalb der österreichischen Gesellschaft gegenüber anderen Teilgesellschaftsgruppen nicht auszumachen ist, werden sich meiner Meinung nach diverse österrei-

40 Vgl §§ 17 Abs 2, 31 Abs 2 GIBG.

41 EuGH 10.7.2008, Rs C-54/07-*Feryn* (Die Ankündigung eines/einer ArbG – dem Wunsch eines/einer KundenIn folgend – keine AusländerInnen einzustellen, ist eine unmittelbare Diskriminierung bei der Einstellung iSd RL 2000/43/EG.); vgl dazu *Längle*, Wird da jemand diskriminiert? Ein Streifzug durch die Diskriminierungsjudikatur des EuGH des letzten Jahres, ÖJZ 2009, 648 (651).

42 Ähnlich auch *Krejci*, Antidiskriminierung, Privatautonomie und Arbeitnehmerschutz, DRdA 2005, 501 (504 ff).

43 UVS Wien 11.3.2008, UVS-06/42/318/2008-10.

44 Arbeitsgericht Stuttgart 15.4.2010, Az 17 Ca 890/09; Ostdeutsche sind keine abgeschlossene ethnische Gruppe. Unter ethnischer Herkunft ist mehr zu verstehen als nur regionale Herkunft.

chische regionale Gruppen, etwa „BurgenländerInnen“ oder „WienerInnen“, nicht erfolgreich auf den Tatbestand der ethnischen Diskriminierung stützen können.⁴⁵

C. Das geschützte Merkmal der Religion

Der Begriff der Religion ist in der heimischen Rechtsordnung nicht positivrechtlich umschrieben. Dies rührt vermutlich daher, dass er einer exakten juristischen Begriffsbestimmung nicht zugänglich ist.⁴⁶ Das zeigen auch die vielseitigen Versuche einer Begriffsbestimmung in der Literatur, auf welche im Folgenden eingegangen wird.

In den Materialien zum GIBG wird festgehalten, dass auf Grund des Ziels der RL 2000/78/EG sowohl der Begriff der Religion als auch jener der Weltanschauung weit auszulegen ist.⁴⁷ „Insbesondere ist Religion nicht auf Kirchen und anerkannte Religionsgemeinschaften beschränkt. Es ist davon auszugehen, dass für eine Religion zumindest ein Bekenntnis, Vorgaben für die Lebensweise und ein Kult vorhanden sein müssen. Religion umfasst jedes religiöse, konfessionelle Bekenntnis, die Zugehörigkeit zu einer Kirche oder Glaubensgemeinschaft.“⁴⁸ In Anlehnung an die Brockhaus-Enzyklopädie heißt es: Es handelt sich um ein „(Glaubens-)System, das in Lehre, Praxis und Gemeinschaftsformen die letzten (Sinn-)Fragen menschlicher Gesellschaft und Individuen aufgreift und zu beantworten sucht. Entsprechend den jeweiligen Heilsvorstellungen, die ihr zugrunde liegen, und in Relation zur jeweiligen „Unheils“Erfahrung hat jede Religion ein „Heilsziel“ und zeigt einen „Heilsweg“. Dieses steht in enger Beziehung zur jeweiligen „Unverfügbarkeit“, die als personale (Gott, Götter) und nichtpersonale (Weltgesetz, Erkenntnis, Wissen) Transzendenz vorgestellt wird.“⁴⁹

Weiters findet sich in den Materialien zum BekGG⁵⁰ folgender Versuch einer Definition: „Historisch gewachsenes Gefüge von inhaltlich darstellbaren Überzeugungen, die Mensch und Welt in ihrem Transzendenzbezug deuten sowie mit spezifischen Riten,

45 Ähnlich auch *Windisch-Graetz* in *Rebhahn* (Hg), GIBG (2005) § 17 Rz 8; *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 73.

46 Vgl *Kalb/Potz/Schinkele*, Religionsrecht (2003) 2; *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 17 Rz 17.

47 Vgl RV 307 BlgNR 22. GP 14; beipflichtend ua *Krejci*, Antidiskriminierung, Privatautonomie und Arbeitnehmerschutz, DRdA 2005, 501 (506); *Reissner*, Das neue Gleichbehandlungsrecht, JAP 2005/2006, 30 (32); *Egger*, „Die neuen Antidiskriminierungsrichtlinien der EU“, DRdA 2003, 302 (304).

48 RV 307 BlgNR 22. GP 14.

49 RV 307 BlgNR 22. GP 14 ff.

50 Bundesgesetz über die Rechtspersönlichkeit von religiösen Bekenntnisgemeinschaften, BGBl I 19/1998 idgF.

Symbolen und den Grundlehren entsprechenden Handlungsorientierungen begleiten.“⁵¹

Für *Kalb/Potz/Schinkele* ist die verwendete Formulierung „historisch gewachsenes Gefüge“ folgerichtig zu eng gegriffen, da neuartige religiöse Bewegungen, die auf keine lange Tradition zurückzuführen sind, nicht prima vista ausgeschlossen werden können.⁵²

In der Literatur erfolgt der Versuch einer Begriffsbestimmung vermehrt durch die Beschreibung einzelner Typenelemente. Als die drei Grundelemente der rechtlichen Erfassung von Religion werden der „Mythos“ zur Erklärung der Gestaltung der Welt, der „Ritus“ zur Vergegenwärtigung des Übernatürlichen durch sinnenhafte Zeichen und das „Ethos“ zur Vermittlung der Heilsorientierungen genannt.⁵³ Zusätzliche Kriterien ergeben sich aus der notwendigen Abgrenzung von Religion, Wirtschaft und Politik. Sie dienen dazu, Religionsgemeinschaften von anderen Korporationen zu unterscheiden und spielen auch bei der Bewertung neuer religiöser Bewegungen eine Rolle. Die Schwerpunktsetzung, mithin das eigentliche Ziel der Betätigung, muss final auf Religion ausgerichtet sein.⁵⁴

Zu betonen ist, dass der Religionsbegriff nicht statisch verstanden werden darf, er ist vielmehr einer stetigen Erneuerung zu unterwerfen, um der aktuellen Lebenswirklichkeit gerecht zu werden.⁵⁵ Dem kommt vor allem durch das Auftreten neuartiger religiöser bzw religionsähnlicher Bewegungen erhebliche Bedeutung zu.⁵⁶

Nach den Materialien ist der Begriff der Religion iSd GIBG nicht auf gesetzlich anerkannte Kirchen und Religionsgesellschaften beschränkt⁵⁷, sondern kann auch andere Religionsgemeinschaften – beispielsweise eingetragene religiöse Bekenntnisgemeinschaften oder als Vereine organisierte religiöse Gruppierungen – erfassen. Der

51 RV 938 BlgNR 20. GP 8.

52 Vgl *Kalb/Potz/Schinkele*, Religionsrecht (2003) 4.

53 Vgl *Kalb/Potz/Schinkele*, Religionsrecht (2003) 3; *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 17 Rz 18.

54 Vgl *Kalb/Potz/Schinkele*, Religionsrecht (2003) 3 ff.

55 Vgl *Kalb/Potz/Schinkele*, Religionsrecht (2003) 2.

56 Vgl *Kalb/Potz/Schinkele*, Religionsrecht (2003) 4.

57 Vgl RV 307 BlgNR 22. GP 14.

Religionsbegriff sollte sich auch auf Glaubensgemeinschaften erstrecken, die zwar nicht in Österreich, aber in anderen Mitgliedstaaten als Religion anerkannt sind.⁵⁸

Obwohl sich Atheismus selbst bei sehr weiter Auslegung nicht als Religion qualifizieren lässt, umfasst das Verbot der Diskriminierung auf Grund der Religion auch ArbN ohne religiöses Bekenntnis. Der Gesetzeszweck verbietet es, Religion als Differenzierungskriterium zu gebrauchen. Weder das Vorliegen einer gewissen Religion noch das Fehlen einer Religion soll, außer bei Vorliegen bestimmter sehr enger Voraussetzungen, Bedeutung für ein Arbeitsverhältnis haben.⁵⁹

D. Das geschützte Merkmal der Weltanschauung

Nach der Judikatur des EGMR sind unter weltanschaulichen Überzeugungen solche zu verstehen, die ein gewisses Maß an Verbindlichkeit, Ernsthaftigkeit, Schlüssigkeit sowie Bedeutung und in einer demokratischen Gesellschaft Anspruch auf Respekt haben und nicht unvereinbar mit der Würde des Menschen oder dem grundsätzlichen Recht des Kindes auf Erziehung sind.⁶⁰

Nach den Materialien zum GIBG ist der Begriff der Weltanschauung eng mit dem Begriff der Religion verbunden und entsprechend der RL 2000/78/EG weit auszulegen. Weiters enthalten die Materialien⁶¹ einen an der Brockhaus-Enzyklopädie orientierten Hinweis, wonach der Begriff der Weltanschauung als „Sammelbezeichnung für alle religiösen, ideologischen, politischen und ähnlichen Leitfassungen vom Leben und von der Welt als einem Sinnganzen sowie zur Deutung des persönlichen und gemeinschaftlichen Standortes für das individuelle Lebensverständnis“ dient. „Weltanschauungen sind keine wissenschaftlichen Systeme, sondern Deutungsauffassungen in der Form persönlicher Überzeugungen von der Grundstruktur, Modalität und Funktion des Weltganzen. Sofern Weltanschauungen Vollständigkeit anstreben, gehören dazu Menschen- und Weltbilder, Wert-, Lebens- und Moralanschauungen.“⁶²

58 Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 17 Rz 19; *Eichinger/Hopf*, Diskriminierung wegen Religion oder Weltanschauung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, DRdA 2006, 245 (251).

59 Vgl RV 307 BlgNR 22. GP 15; *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 17 Rz 23; *Eichinger/Hopf*, Diskriminierung wegen Religion oder Weltanschauung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, DRdA 2006, 245 (252); *Windisch-Graetz* in *Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 17 Rz 24.

60 EGMR 25.2.1982, *Campell und Cosans/United Kingdom*.

61 RV 307 BlgNR 22. GP 15.

62 RV 307 BlgNR 22. GP 15.

Nach *Thüsing* wird heute verstärkt das rein subjektive Kriterium des Selbstverständnisses der jeweiligen Gemeinschaft als entscheidendes Abgrenzungsmerkmal anzusehen sein, wobei er dies selbst folgerichtig als nicht unbedenklich ansieht. Abzugrenzen ist die Weltanschauung auch im Hinblick auf andere säkulare Überzeugungen. Weltanschauung sei nicht jede Weltsicht säkularer Art – sie solle sich am gleichen umfassenden Anspruch wie die religiöse Überzeugung messen lassen. Sie muss auf die grundlegenden Fragen des „Woher“ und „Wohin“ menschlicher Existenz antworten. Wo eine Lehre lediglich Teilaspekte des Lebens beleuchtet, mag diese eine Lebensmaxime sein, nicht aber Weltanschauung. Weltanschauung ist das Analogon zur Religion, wenn auch mit säkularen Wurzeln, nicht aber ihr kleiner Bruder. Er konstatiert jedoch, dass diese enge Interpretation an Überzeugungskraft verliert, sobald man einen Blick auf die Wortwahl anderer Sprachen wirft. So spricht der niederländische Text von „overtuiging“ (Überzeugung), der englische von „belief“ (glauben, meinen), der italienische von „convizione personali“ (persönliche Überzeugungen), der französische von „conviction“ (Überzeugung), der spanische von „convicciones“ (Gesinnung, Überzeugung), der schwedische von „övertygelse“ (Überzeugung). Es scheint sich hier also nicht nur um die großen Ideologien, sondern auch um Überzeugungen minderen Rangs zu handeln. Unter Zitat von *Runggaldier* und *Säcker* meint *Thüsing*, dass auch Argumente einer weitergehenden Interpretation valide seien, er aber dennoch nicht glaube, dass der EuGH so weit gehen wolle. Weltanschauung gehe im Schlepptau der Religion und eine systematische Interpretation spräche damit nachhaltig für eine strengere Sicht. Der Schutz der Religion käme ansonsten nur einem Unterfall des Schutzes wegen allgemeiner Überzeugung gleich.⁶³

Auch *Runggaldier* lehrt unter Verweis auf *Säcker*, dass der deutsche Begriff der Weltanschauung nicht gleichbedeutend mit den vergleichbaren Begriffen in den anderen Unionssprachen sei. So spräche beispielsweise der griechische Text von „Pepithisi“ (vorgefasste Ansicht, Vorurteil). Es ginge also auch um Vorstellungen und Überzeugungen, an die man keine allzu hohen Anforderungen im Sinne abendländisch idealistischer Philosophie stellen könne. Die Frage sei allerdings, welche Konsistenz diese

63 Vgl. *Thüsing*, Diskriminierung wegen politischer Überzeugung, Religion und Weltanschauung, in *Tomandl/Schrammel* (Hg), Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote (2005) 37 ff.; *ders.*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 77 ff.

persönliche Überzeugung haben müsse, wenn den betroffenen Personen ein Diskriminierungsschutz zuteil werden solle.⁶⁴

Grabenwarter hält zur EMRK fest, dass nicht jede persönliche Überzeugung vom Schutzbereich des Art 9 umfasst ist. Unter einer Weltanschauung sei eine zusammenhängende Sichtweise grundsätzlicher Lebensfragen, eine Sicht der Welt „als Ganzes“ zu verstehen. Parallel sei zum Schutzbereich der Religions- und Weltanschauungsfreiheit gemäß Art 9 Abs 1 EMRK unter weltanschaulichen Überzeugungen jegliche Überzeugung zu verstehen, die ein gewisses Maß an Verbindlichkeit, Ernsthaftigkeit und Schlüssigkeit aufweist. Pazifismus als Philosophie könne als Weltanschauung betrachtet werden. Wie *Thüsing* sieht auch *Grabenwarter* punktuelle Überzeugungen, welche nur Teilaspekte des Lebens betreffen, nicht umfasst.⁶⁵

Die Frage der Tragweite des Begriffs der Weltanschauung ist eine sehr komplexe, nahezu philosophisch anmutende. Meiner Ansicht nach kann nicht jede Form der persönlichen Überzeugung vom Schutzbereich erfasst sein. Eine gewisse Konsistenz und Struktur wird wohl erforderlich sein. Dazu gleich noch ausführlich am Beispiel der politischen und ideologischen Überzeugung. Zu weit geht jedoch meiner Einschätzung nach die Auffassung von *Thüsing* und *Grabenwarter*, wonach Überzeugungen, welche nur Teilaspekte des Lebens erfassen, nicht vom Schutzbereich erfasst sind, weil nicht jede Form persönlicher Überzeugung einer ganzheitlichen zusammenhängenden Sichtweise zugänglich ist. So gibt beispielsweise der Pazifismus nicht Antwort auf jede das Leben betreffende Frage. Viele geistige Strömungen beschäftigen sich von Natur aus nur mit Teilaspekten des Lebens oder der Gesellschaft. Daher kann man, wie zwar von *Thüsing* gefordert, weltanschauliche Überzeugungen nicht am selben umfassenden Anspruch wie die Religion messen. Dafür spricht auch, wie oben gezeigt, der Vergleich mit anderen europäischen Sprachen.

Umstritten ist, ob der Begriff der Weltanschauung auch Ideologien und politische Überzeugungen umfasst. Die Lösung dieser Problematik ist von erheblicher praktischer Bedeutung. Einen wörtlichen Schutz vor Diskriminierung wegen politischer wie ideologischer Überzeugung enthält die RL 2000/78/EG nicht. Auch in Art 19 AEUV,

64 Vgl *Runggaldier*, Das neue „Antidiskriminierungsrecht“ der EU – Bestandsaufnahme und Kritik, in *Klass/Nowotny/Schauer (Hg)*, Festschrift *Peter Doralt* zum 65. Geburtstag (2004) 524 ff.

65 Vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention: Ein Studienbuch⁵ (2012) 288 ff.

auf welchem die Richtlinie beruht, findet die Diskriminierung wegen politischer und ideologischer Ansichten keine wörtliche Erwähnung. Dies ist meiner Ansicht nach als nicht besonders schlüssig zu bewerten, weil dieser Diskriminierungstatbestand in Art 14 EMRK⁶⁶, in Art 12 Grundrechtecharta von Nizza sowie in den Verfassungen einiger Mitgliedstaaten genannt wird.⁶⁷ Diese Frage wird in der Literatur ganz unterschiedlich bewertet.⁶⁸

Ebenso ungenannt bleibt der Diskriminierungstatbestand im österreichischen GIBG. Jedoch enthalten die Materialien, wie bereits zitiert, den Hinweis, auch die Diskriminierung auf Grund politischer und ideologischer Überzeugungen normieren zu wollen. So heißt es: Der Begriff der Weltanschauung „dient als Sammelbezeichnung für alle religiösen, ideologischen, politischen uä Leitfassungen vom Leben und von der Welt als einem Sinnganzen sowie zur Deutung des persönlichen und gemeinschaftlichen Standortes für das individuelle Lebensverständnis“.⁶⁹

In einem Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission zur vergleichbaren Bestimmung des § 13 B-GIBG wurde bereits festgestellt, dass die Benachteiligung eines Berufsoffiziers wegen der Ausübung eines politischen Mandats in einem Landtag eine Diskriminierung auf Grund der Weltanschauung begründet.⁷⁰

Auch *Windisch-Graetz* lehrt, dass die Materialien des österreichischen Gesetzgebers durch einen zwar nicht ganz eindeutigen Hinweis auch ein Diskriminierungsverbot auf Grund politischer Anschauungen normieren wollen.⁷¹ In diesem Sinne müsste sich das Verständnis der Gesetzgebung mit jenem der EMRK bezüglich des Pazifismus decken. Dies müsse konsequenterweise auch für andere politisch-ideologische Konzepte gelten. Problematisch sieht *Windisch-Graetz* allerdings die Ansicht, wonach nur jene,

66 Art 14 EMRK: Der Genuss der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen (...) der politischen oder sonstigen Anschauung (...) zu gewährleisten.

67 Zustimmung *Runggaldier*, Das neue „Antidiskriminierungsrecht“ der EU – Bestandsaufnahme und Kritik, in *Klass/Nowotny/Schauer (Hg)*, Festschrift *Peter Doralt* zum 65. Geburtstag (2004) 524 ff; *Melzer-Azodanloo*, Diskriminierung aufgrund der Weltanschauung, ZAS 2010, 228 (233).

68 Dazu ausführlich *Wakolbinger*, Was heißt denn hier normal? Ausgewählte Fragen zum Antidiskriminierungsrecht: Religion, Weltanschauung, sexuelle Orientierung, ethnische Zugehörigkeit (2011) 123 ff; zustimmend ua *Egger*, „Die neuen Antidiskriminierungsrichtlinien der EU“, DRdA 2003, 302; *Reissner*, Das neue Gleichbehandlungsrecht, JAP 2005/2006, 30 (32); ablehnend ua *Sturm*, Richtlinienumsetzung im neuen GIBG und GBK-/GAW-G, DRdA 2004, 574 (577); *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 79; *ders.*, Diskriminierung wegen politischer Überzeugung, Religion und Weltanschauung, in *Tomandl/Schrammel (Hg)*, Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote (2005) 40 ff; *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 17 Rz 48; *Windisch-Graetz* in *Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 17 Rz 23.

69 RV 307 BigNR 22. GP 15.

70 Gutachten der GBK des Bundes, Senat II, 2006; abrufbar unter www.frauen.bka.gv.at (Bundes-Gleichbehandlungskommission).

71 Zustimmung *Melzer-Azodanloo*, Diskriminierung aufgrund der Weltanschauung, ZAS 2010, 228 (233); *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 17 Rz 48.

welche ein umfassendes politisches Weltbild für sich gewonnen haben, vor Diskriminierung geschützt sein sollen, nicht jedoch jene, welche bloß punktuelle politische Meinungen zum Ausdruck bringen.⁷²

Ebenso empfiehlt *Krejci* ein sehr weit gefasstes Verständnis dessen, was man sich unter Weltanschauung vorzustellen hat. Seiner Ansicht nach wendet sich das Verbot nach weltanschaulichen Kriterien zu diskriminieren, insbesondere auch gegen jede Form der „Parteibuchwirtschaft“. „Wer Arbeitsplätze nur an Mitglieder einer bestimmten politischen Partei vergibt (ohne dass es sich um einen Arbeitsplatz in einem Tendenzunternehmen handelt, zB um eine politische Partei, in deren Verwaltung naheliegender Weise keine politischen Gegner sitzen sollen), diskriminiert die Mitglieder anderer politischer Parteien oder Parteilose.“⁷³

Thomasberger lehrt mit Blick auf die Materialien, dass unter Weltanschauung in der österreichischen Rechtsordnung auch die (Selbst)Zuordnung zu einem politischen Lager verstanden werden kann.⁷⁴

Auf Grund der Bezugnahme in den Materialien können politische und ideologische Auffassungen auch meiner Einschätzung nach Weltanschauung sein, wenn sie den folgenden Voraussetzungen genügen: Die verwendete Formulierung der „Leitauffassungen vom Leben und von der Welt als einem Sinnganzen“ fordert meiner Ansicht nach eine gewisse Komplexität und Struktur der Überzeugung (umfassende Konzeption), welche zudem stabil vertreten wird. Lediglich punktuell ausgebildete politische wie ideologische Ansichten, welche keiner umfassenden Weltanschauung zurechenbar sind (Systemzugehörigkeit), können für sich alleine noch nicht schutzbedürftig sein.⁷⁵ Auch *Hopf/Eichinger/Mayr*, welche die Einbeziehung politischer Überzeugungen und ideologischer Haltungen in den Weltanschauungsbegriff grundsätzlich befürworten, sehen gelegentliche politisch motivierte Meinungsäußerungen für sich alleine betrachtet nicht in den gesetzlichen Schutzbereich fallend.⁷⁶ Zu weit geht jedoch die Auffassung, wonach nur umfassende politische und ideologische Anschau-

72 Vgl *Windisch-Graetz* in *Rebhahn* (Hg), GIBG (2005) § 17 Rz 23.

73 *Krejci*, Antidiskriminierung, Privatautonomie und Arbeitnehmerschutz, DRdA 2005, 501 (506).

74 Vgl *Thomasberger*, Diskussionsbeitrag: Religionsgemeinschaften als Arbeitgeber im Lichte des Gemeinschaftsrechts – Fachtagung: Religionsrechtliche Fragen des neuen Gleichbehandlungsrechts in europäischer Perspektive, öarr 2008, 344.

75 Ähnlich *Rebhahn*, Diskriminierung wegen der Weltanschauung, DRdA 2011, 36 (43); *Melzer-Azodanloo*, Diskriminierung aufgrund der Weltanschauung, ZAS 2010, 228 (233 ff).

76 Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 17 Rz 50.

ungen vom Leben und vom gesellschaftlichen Gefüge als Ganzes vom Schutz der Diskriminierung auf Grund der Weltanschauung umfasst sind. Dies ist, so auch *Windisch-Graetz*, mit Gleichheitsargumenten nicht zu rechtfertigen und würde dem Wesen des Diskriminierungsschutzes zuwiderlaufen. Ferner kann in diesem Zusammenhang auf die vorweg verwendete Argumentation zurückgegriffen werden. Politische und ideologische Überzeugungen sind nicht mit dem ganzheitlichen Wesen der Religion vergleichbar. Es ergibt sich aus deren Konzeption, dass sie nicht den gleichen umfassenden Anspruch wie Religion entwickeln können. Politische und ideologische Überzeugungen sind einer derart umfassenden Weltsicht nicht zugänglich und insofern nicht vergleichbar. Politik bzw. Ideologie äußert sich tendenziell nicht absolut umfassend, sondern vielmehr themenbezogen, und wird auch niemals auf die gleiche Weise wie Religion fundamentale Fragen des menschlichen Daseins thematisieren. Politische und ideologische Haltungen, welche eine ausreichend komplexe Weltsicht und umfassende Konzeption beinhalten, können jedoch durchaus als Weltanschauung zu qualifizieren sein. Es möge auch darauf hingewiesen werden, dass es selbst in Bezug auf die Religion Abstufungen hinsichtlich ihrer Intensität und Ausprägung gibt. Neben den bereits erwähnten Tatbestandsvoraussetzungen wird ein gewisses Maß an „Institutionalisierung“ erforderlich sein. Eine Anschauung, welche lediglich ein/e Einzelne/r für sich gewonnen hat, kann bloße (Einzel)Meinung, aber keine Weltanschauung sein. Die Zuordnung zu einer konkreten Gruppierung wird zwar nicht Voraussetzung sein, aber es müssen schon mehrere Personen, auch wenn diese in keiner konkreten Verbindung zueinander stehen, dieser Anschauung anhängen, damit überhaupt von einer Weltanschauung iSd GIBG ausgegangen werden kann.

Der OGH hat sich in einer Entscheidung⁷⁷ zur vergleichbaren Bestimmung des B-GIBG – wenn auch sehr kryptisch – erstmals dieser Thematik gewidmet. Unter Wiedergabe der Lehrmeinungen und der Materialien zum GIBG, lässt er die Lösung der Problematik etwas offen, indem er am Ende wiederum nur die Materialien sprechen lässt. Tendenziell schließt er den Schutz wegen einer politischen Weltanschauung jedoch nicht aus.⁷⁸

77 OGH 24.02.2009, Rs 9 Ob A122/07t.

78 Dazu *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 17 Rz 48; *Rebhahn*, Diskriminierung wegen der Weltanschauung, DRdA 2011, 36; *Melzer-Azodanloo*, Diskriminierung aufgrund der Weltanschauung, ZAS 2010, 228.

Die Frage, ob auch Parteilosigkeit als Weltanschauung iSd des GIBG verstanden werden kann, hat der OGH in einer Entscheidung bedauerlicherweise unbeantwortet gelassen.⁷⁹ Meiner Einschätzung nach kann auch Parteilosigkeit unter Diskriminierung auf Grund der Weltanschauung subsumiert werden, sobald Parteizugehörigkeit⁸⁰ als Kriterium im Bereich der Arbeitswelt herangezogen wird. Auch bei fehlender Parteizugehörigkeit erfolgt somit eine Differenzierung auf Grund der Weltanschauung.⁸¹ In gleicher Weise umfasst das Verbot der Diskriminierung auf Grund der Religion auch ArbN ohne religiöses Bekenntnis. Der Gesetzeszweck verbietet es Religion und Weltanschauung als Differenzierungskriterium zu gebrauchen.⁸²

E. Abgrenzungsprobleme zwischen den geschützten Merkmalen

1. Religion und Weltanschauung

Eine Abgrenzung zwischen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften bzw Religion und Weltanschauung zu definieren, gestaltet sich aus religionswissenschaftlicher Sicht zunehmend schwierig.

Im Sinne des GIBG sind unter Weltanschauungen areligiöse Weltanschauungen gemeint, weil die religiösen Weltanschauungen mit dem Begriff der Religion abgedeckt werden.⁸³ Beruht die Grundauffassung auf einem persönlichen Gottesglauben oder ist bei Ablehnung eines solchen ein Transzendenzbezug gegeben, handelt es sich um eine Religion bzw religiöse Weltanschauung – bei Fehlen eines solchen um eine nicht-religiöse Weltanschauung.⁸⁴

Das klassische Abgrenzungskriterium war somit die Annahme, dass sich Religion auf Transzendenz bezieht, Weltanschauung dagegen ein diesseitig ausgerichtetes Phänomen ist. Diese Abgrenzung wird aber im Hinblick auf die immer zahlreicheren New

79 OGH 21.12.2009, 8 Ob A 69/09v.

80 *Rebhahn* merkt hingegen an, dass die Zugehörigkeit zu einer Partei nicht notwendigerweise etwas über die Weltanschauung des Mitglieds aussagt; vgl *Rebhahn*, Diskriminierung wegen der Weltanschauung, DRdA 2011, 36 (43 ff).

81 Ähnlich *Krejci*, Antidiskriminierung, Privatautonomie und Arbeitnehmerschutz, DRdA 2005, 501.

82 Vgl RV 307 BlgNR 22. GP 15; *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 17 Rz 23; *Eichinger/Hopf*, Diskriminierung wegen Religion oder Weltanschauung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, DRdA 2006, 245 (252); *Windisch-Graetz* in *Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 17 Rz 24.

83 Vgl RV 307 BlgNR 22. GP 15.

84 Vgl *Kalb/Potz/Schinkele*, Religionsrecht (2003) 3.

Religious Movements für sich alleine nicht mehr für eine Begriffsbestimmung ausreichend sein.⁸⁵

Auch nicht essentiell für eine Religionsgemeinschaft ist der Glaube an Gott, vielmehr gibt es auch Gruppierungen, die ohne Gottesglaube⁸⁶ als religiös zu bewerten sind, beispielsweise der Buddhismus⁸⁷.

Zutreffend ist meiner Ansicht nach auch die Kehrseite dieser Argumentation. Die alleinige Tatsache, dass eine Gruppierung die Existenz eines Gottes bejaht, macht sie noch nicht zur Religion. Der Gottesglaube muss zentraler Punkt der Lehre sein, das Fundament ihrer Ethik. Die Anerkennung der Existenz eines Gottes, aus der keine Schlussfolgerungen gezogen werden und die keine Antwort auf die Frage nach den letzten Dingen gibt, kann nicht als Gottesglaube bezeichnet werden. Steht ein Glaube in keinem Zusammenhang mit dem, was die Richtlinie schützen will, nämlich ein Bekenntnis und dessen Verwirklichung, lässt sich keine Religion iSd Richtlinie konstituieren.⁸⁸

Bei der Anwendung des GIBG hat die präzise Abgrenzung von Religion und Weltanschauung nur untergeordnete Bedeutung, weil die Rechtsfolgen der Diskriminierungen für beide Merkmale gleich sind. Auch die Ausnahmeregelung nach § 20 Abs 2 GIBG, auf die an späterer Stelle noch intensiv eingegangen wird, ist sowohl auf religiöse als auch auf weltanschauliche Gemeinschaften anwendbar.

2. Religion und ethnische Zugehörigkeit

Aus der in den Materialien vorgenommenen Definition ethnischer Zugehörigkeit wird deutlich, dass sich die geschützten Merkmale der Religion und ethnischen Zugehörigkeit überschneiden können. Dadurch ergibt sich ein Abgrenzungsproblem, welches im Folgenden einer Lösung zugeführt werden soll. Die Abgrenzung ist in Hinblick auf das unterschiedliche Schutzniveau der beiden Diskriminierungstatbestände von erheblicher Bedeutung. Während der III. Teil des GIBG die Unterscheidung ohne Unterschied

85 Vgl *Kalb/Potz/Schinkele*, Religionsrecht (2003) 4; *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 17 Rz 39.

86 Ähnlich auch *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 76; *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 17 Rz 19.

87 Entscheidungen in den USA (*US vs Seeger*, 380 U.S. 163 [1995]) und in Großbritannien (*Regina vs South Place Ethical Society*, 1 W.L.R. 1565 ff [1980]) weisen darauf hin, dass es Formen des Buddhismus gibt, die nicht den Glauben an ein höchstes Wesen beinhalten.

88 Ähnlich auch *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 77; *ders.*, Diskriminierung wegen politischer Überzeugung, Religion und Weltanschauung, in *Tomandl/Schrammel* (Hg), Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote (2005) 15.

der ethnischen Zugehörigkeit auch in sonstigen Bereichen⁸⁹ untersagt, ist die Diskriminierung auf Grund der Religion lediglich im Bereich der Arbeitswelt geschützt. Ferner ist für Kirchen und gleichgestellte Organisationen mit der Ausnahmebestimmung § 20 Abs 2 GIBG eine unterschiedliche Behandlung bezüglich der Religion und Weltanschauung in bestimmten Fällen zulässig.

Für *Windisch-Graetz* ist es entscheidend, ob jemand im Wesentlichen auf Grund seiner/ihrer inneren Überzeugung eine Diskriminierung erfährt oder ob im Wesentlichen auf äußere Merkmale abgestellt wird.⁹⁰ Dieser Ansicht kann grundsätzlich gefolgt werden. Sie stößt jedoch an ihre Grenzen, wenn man an äußere religiöse Merkmale wie etwa das islamische Kopftuch oder den Turban der Sikh denkt. Diese religiösen Symbole bzw Kleidungsstücke lassen auf eine bestimmte Religionszugehörigkeit des Trägers oder der Trägerin schließen⁹¹, aber nicht unbedingt auch auf eine bestimmte ethnische Zugehörigkeit. Nur in ganz wenigen Ausnahmefällen sind im europäischen Rechtsraum Religionsgemeinschaften ganz oder in bestimmten Bereichen als tatsächliche Abstammungsgemeinschaft anzusehen.⁹²

Interessant gestalten sich daher die wenigen Fälle, bei denen eine Verbindung von Religion und Abstammungsgemeinschaft besteht, ob tatsächlich oder landläufig vermutet, sei dahingestellt. Liegt in diesem Zusammenhang eine religiöse oder ethnisch motivierte Diskriminierung vor? Hier wird meiner Ansicht nach das Motiv des/der Diskriminierenden eine entscheidende Rolle spielen. Dieses zu erforschen wird aber, alleine auf Grund zahlreicher subjektiver Komponenten, nicht immer möglich sein. Lässt sich ein solches weder aus etwaigen Äußerungen des/der Diskriminierenden noch aus zeitlichen oder örtlichen Zusammenhängen konstruieren liegt eine Mehrfachdiskriminierung vor.

89 Sozialschutz, Soziale Sicherheit, Gesundheitsdienste, Soziale Vergünstigungen, Bildung Zugang zu und Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, welche der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum; siehe §§ 30 ff GIBG.

90 Vgl *Windisch-Graetz* in *Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 17 Rz 10.

91 Vgl RV 307 BlgNR 22. GP 15.

92 Ähnlich auch *Tichy*, Die Abgrenzung zwischen religiöser und ethnischer Diskriminierung nach den EU-Gleichbehandlungsrichtlinien – Fachtagung: Religionsrechtliche Fragen des neuen Gleichbehandlungsrechts in europäischer Perspektive, öarr 2008, 266 (273).

IV. Diskriminierungsformen

A. Unmittelbare Diskriminierung

Gemäß § 19 Abs 1 GIBG liegt „eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person auf Grund eines in § 17 genannten Grundes in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde“.

Demnach liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn an den genannten Diskriminierungsmerkmalen direkt angeknüpft wird, um Menschen in vergleichbaren Situationen unterschiedlich zu behandeln.⁹³ Dieser Vergleich kann unter Umständen auch mit hypothetischen Personen erfolgen (arg „erfahren würde“).⁹⁴ Die Erweiterung auf hypothetische Vergleichspersonen oder -situationen stellt eine Neuerung dar, welche vom EuGH zwar im Bereich der Geschlechterdiskriminierung, jedoch bislang beispielsweise im Bereich der Entgeltgleichheit nicht angenommen wurde.⁹⁵ Auch nach der Judikatur des EuGH wird unter Diskriminierung die Anwendung unterschiedlicher Vorschriften auf gleiche Sachverhalte oder die Anwendung derselben Vorschrift auf ungleiche Sachverhalte verstanden.⁹⁶ Somit ist der Diskriminierungstatbestand nicht erfüllt, wenn sich Personen in keiner vergleichbaren Situation befinden.⁹⁷

Ferner halten die Materialien zum GIBG fest, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz unabhängig davon gilt, ob der Umstand, auf Grund dessen die Diskriminierung erfolgt, tatsächlich vorliegt oder vermutet wird.⁹⁸

Für das Vorliegen einer unmittelbaren Diskriminierung lässt sich auf tatbestandlicher Ebene folgendes Prüfungsschema festlegen:

- Differenzierung nach einem in § 17 Abs 1 GIBG geschützten Merkmal

93 Vgl *Windisch-Graetz in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 19 Rz 1.

94 Vgl ua *Schinkele*, Religionsfreiheit und europäisches Antidiskriminierungsrecht – einige grundsätzliche Überlegungen – Fachtagung: Religionsrechtliche Fragen des neuen Gleichbehandlungsrechts in europäischer Perspektive, öarr 2008, 179 (190); *Windisch-Graetz in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 19 Rz 10; *Sturm*, Richtlinienumsetzung im neuen GIBG und GBK-/GAW-G, DRdA 2004, 574.

95 Vgl ua *Triebel*, Das europäische Religionsrecht am Beispiel der arbeitsrechtlichen Anti-Diskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG, in *Von Campenhausen/Link (Hg)*, Schriften zum Staatskirchenrecht 25 (2005) 125; *Sturm*, Richtlinienumsetzung im neuen GIBG und GBK-/GAW-G, DRdA 2004, 574; *Fink-Jamann*, Das Antidiskriminierungsrecht und seine Folgen für die kirchliche Dienstgemeinschaft, in *Thüsing/Waltermann (Hg)*, Bonner Schriften zum deutschen und europäischen Recht der Arbeit und der sozialen Sicherheit III (2009) 181.

96 EuGH 8.4.1976, Rs 43/75-*Defrenne II*; 13.2.1996, Rs C-342/93-*Gillespie*; 2.10.1997, Rs C-100/95-*Kording*; 30.6.1998, Rs C-394/96-*Brown*; 21.10.1999, Rs C-333/97-*Lewen*.

97 EuGH 9.12.2004, Rs C-19/02-*Hlozek*; 12.10.2004, Rs C-313/02-*Wippel*.

98 Vgl RV 307 BlgNR 22. GP 15.

- Vergleichbarkeit
- benachteiligende Behandlung

Im Schrifttum findet sich vielfach die Aussage, dass unmittelbare Diskriminierung nach herrschender Ansicht im Gegensatz zur mittelbaren Diskriminierung nicht rechtfertigungsfähig sei.⁹⁹ Andere AutorInnen weisen auf zulässige Rechtfertigung hin, sofern die in § 20 GIBG genannten Voraussetzungen erfüllt sind. So konstatiert *Rebhahn*, dass bei der unmittelbaren Diskriminierung die potentiellen Fälle einer Rechtfertigung zwar möglich, aber sehr beschränkt sind.¹⁰⁰ Hervorzuheben ist, dass der Aspekt der sachlichen Rechtfertigung tatsächlich erst im Zusammenhang mit der mittelbaren Diskriminierung in § 19 Abs 2 GIBG genannt wird. In Bezug auf die Auffassung, wonach unmittelbare Diskriminierung nicht rechtfertigbar sei, scheint eine aus heutiger Sicht überholte Rechtsprechung des EuGH zum Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsbürgerschaft gemäß Art 18 AEUV nachzuwirken. Seit längerer Zeit ist in der Rechtsprechung des EuGH die Tendenz ersichtlich, das Diskriminierungsverbot generell als ein relatives anzusehen und auch im Falle der unmittelbaren Diskriminierung eine Rechtfertigungsmöglichkeit nicht generell abzulehnen.¹⁰¹ So prüfte der EuGH beispielsweise in der Rs *Bosman* auch Rechtfertigungsgründe für eine unmittelbare Diskriminierung in Bezug auf die ArbeitnehmerInnenfreizügigkeit gemäß Art 45 AEUV.¹⁰² Auf Grund der vom EuGH ansatzweise entwickelten Systematik aus dem allgemeinen Gleichheitssatz sowie den spezifischen Diskriminierungsverboten besteht folglich die Rechtfertigungsmöglichkeit auch in Bezug auf die Differenzierungskriterien nach Art 19 AEUV, unabhängig davon, ob unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung im Raum steht.¹⁰³ Daher ist meiner Ansicht nach auch in Bezug auf die unmittelbare Diskriminierung eine Möglichkeit der Rechtfertigung nach der Ausnahmebestimmung des § 20 GIBG zulässig.

99 Vgl *Windisch-Graetz* in *Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 19 Rz 2; *Windisch-Graetz* in *ZellKomm* § 5 Rz 3; *Smutny/Mayr* Gleichbehandlungsgesetz (2001) 715 ff.

100 Vgl *Rebhahn* in *Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 5 Rz 2.

101 Vgl *Schinkele*, Religionsfreiheit und europäisches Antidiskriminierungsrecht – einige grundsätzliche Überlegungen – Fachtagung: Religionsrechtliche Fragen des neuen Gleichbehandlungsrechts in europäischer Perspektive, öarr 2008, 179.

102 EuGH 15.12.1995, Rs C-415/39-*Bosman*.

103 So auch *Schinkele*, Religionsfreiheit und europäisches Antidiskriminierungsrecht – einige grundsätzliche Überlegungen – Fachtagung: Religionsrechtliche Fragen des neuen Gleichbehandlungsrechts in europäischer Perspektive, öarr 2008, 179 (194).

B. Mittelbare Diskriminierung

Nach § 19 Abs 2 GIBG liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, „wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einer ethnischen Gruppe angehören, oder Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung, eines bestimmten Alters ... gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich“.

Diese Definition der mittelbaren Diskriminierung stellt nicht mehr auf Vergleichsgruppen ab – statistische Beweise sind dabei nicht mehr erforderlich. Nach der ursprünglichen Definition der mittelbaren Diskriminierung (auf Grund des Geschlechts) setzt eine mittelbare Diskriminierung voraus, dass neutrale Regelungen tatsächlich überwiegend zum Nachteil einer bestimmten Gruppe wirken („statistische Diskriminierung“). Die Kommission begründet die Minderung der Anforderungen an den Beweis der diskriminierenden Wirkung mit den Problemen, die es in einigen Mitgliedstaaten bei der Erhebung von statistischen Daten gibt.¹⁰⁴ Diese neue Definition der mittelbaren Diskriminierung ist an der EuGH Judikatur zu den Grundfreiheiten angelehnt.¹⁰⁵

Nach der neuen Definition ist die Glaubhaftmachung der tatsächlichen Benachteiligung eines wesentlich höheren Anteils der Angehörigen einer Gruppe nicht mehr zwingend erforderlich. Es genügt, dass Angehörige einer Gruppe in besonderer Weise gegenüber anderen Personen(gruppen) benachteiligt werden können. Das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung kann daher durch statistische Beweise oder andere geeignete Mittel nachgewiesen werden, die belegen, dass sich eine Vorschrift ihrem Wesen nach nachteilig auf die betreffende Person(engruppe) auswirkt. Bei der Beurteilung, ob es sich um eine mittelbare Diskriminierung handelt, oder ob eine unterschiedliche Regelung als objektiv gerechtfertigt anzusehen ist, sind zwei Aspekte von

104 Vgl *Windisch-Graetz in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 19 Rz 4; *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 5 Rz 94; *Rebhahn in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 5 Rz 26 ff; *Sturm*, Richtlinienumsetzung im neuen GIBG und GBK-/GAW-G, DRdA 2004, 574 (576); *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 103 ff.

105 Vgl KOM (1999) 565, 9 endgültig unter Hinweis auf EuGH 23.5.1996, Rs C-237/94-*O'Flynn*; Danach liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn allgemein anwendbare Regeln, die sich ihrem Wesen nach eher auf Wanderarbeiter auswirken und daher die Gefahr besteht, diese Personen besonders zu benachteiligen, aufgestellt werden. Es brauche nicht festgestellt werden, dass die betreffende Vorschrift in der Praxis einen wesentlich größeren Anteil der Wanderarbeiter betrifft. Es reicht die Feststellung, dass die Vorschrift geeignet ist, eine derartige Wirkung hervorzurufen; so auch EuGH 16.9.2004, Rs C-400/42-*Merida*; vgl *Rebhahn in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 5 Rz 26; *Windisch-Graetz in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 19 Rz 4; *Plötscher*, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht (2003) 59.

Bedeutung: Das Ziel der in Rede stehenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren, durch welche eine Ungleichbehandlung begründet wird, muss schützenswert sein und wichtig genug, um Vorrang vor dem Gleichbehandlungsgrundsatz zu haben. Ferner müssen die zur Erreichung des Ziels angewandten Mittel geeignet und erforderlich sein.¹⁰⁶ Auf ein Verschulden des/der die scheinbar neutrale Regelung Treffenden kommt es dabei jedoch nicht an.¹⁰⁷

Das Prüfungsschema der mittelbaren Diskriminierung lässt sich wie folgt festlegen:

- neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren
- Benachteiligung in besonderer Weise
- auf Grund eines der geschützten Merkmale des § 17 Abs 1 GIBG
- sachlicher Rechtfertigungsgrund
- Verhältnismäßigkeit (Geeignetheit und Erforderlichkeit)¹⁰⁸

Unter Vorschriften, Kriterien und Verfahren sind sämtliche Ursachen einer Diskriminierungssituation iSd § 16 GIBG zu verstehen. Dabei kann es sich um Bestimmungen in Kollektivverträgen, Betriebsvereinbarungen und Einzelarbeitsverträgen, um Weisungen von ArbG oder betriebliche Übung etc handeln. Auch sämtliche Handlungen im Zuge eines Bewerbungsverfahrens (Anforderungen, Aufnahmevoraussetzungen, Bewerbungsgespräche) fallen darunter.¹⁰⁹

Durch die Formulierung „Benachteiligung in besonderer Weise“ stellt sich die Frage nach der Intensität der geforderten Betroffenheit. Erforderlich ist, dass das verwendete Entscheidungskriterium in hohem Ausmaß mit einem in § 17 GIBG geschützten Merkmal korreliert. Die Betroffenheit einer Personengruppe durch ein anscheinend neutrales Kriterium muss typischerweise höher sein als bei anderen Personen(gruppen), die dieses Merkmal nicht aufweisen. Die diskriminierte Person(engruppe) muss also gegenüber einer Person(engruppe) eines anderen Alters,

106 Vgl RV 307 BlgNR 22. GP 11 (zum geschützten Merkmal des Geschlechts).

107 Vgl *Rebhahn* in *Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 5 Rz 30; *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 5 Rz 98; *Smutny/Mayr*, Gleichbehandlungsgesetz (2001) 184 ff; *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 94; RV 307 BlgNR 22. GP 18.

108 Ähnlich auch *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 5 Rz 95 zur mittelbaren Diskriminierung auf Grund des Geschlechts.

109 Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 5 Rz 97; *Rebhahn* in *Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 5 Rz 42 ff.

einer anderen ethnischen, religiösen oder weltanschaulichen Zugehörigkeit besonders benachteiligt werden.¹¹⁰ Das bisher im Zusammenhang mit der Geschlechterdiskriminierung erforderliche Zahlenverhältnis muss nicht mehr gegeben sein. Somit sind auch jene Fälle erfasst, in denen das Zahlenverhältnis aus irgendwelchen Umständen nicht gegeben ist.¹¹¹ Auch durch Begünstigungen einzelner oder mehrerer ArbN können andere ArbN in besonderem Maße benachteiligt sein.¹¹² Um diese Benachteiligung feststellen zu können, bedarf es einer Vergleichsbasis. Zwar ist in der neuen Definition der mittelbaren Diskriminierung die Vergleichbarkeit, im Gegensatz zur Definition der unmittelbaren Diskriminierung, nicht mehr explizit genannt, dennoch ist Voraussetzung einer unzulässigen Diskriminierung immer die grundsätzliche Vergleichbarkeit der Sachverhalte.¹¹³ Gegenstand dieses Vergleichs ist die materielle Gleichheit in einer vergleichbaren Lage (Gleichwertigkeit), und nicht die formelle Gleichheit, beispielsweise der gleiche Arbeitsplatz. Von diesem Vergleich können ein/e oder mehrere ArbN erfasst sein.¹¹⁴ Die Beurteilung der Gleichwertigkeit hat nach objektiven Maßstäben unter Beachtung der Grundsätze des GIBG und des Unionsrechts zu erfolgen.¹¹⁵

Sind die drei Tatbestandselemente „neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren“, „Benachteiligung in besonderer Weise“ und „Benachteiligung auf Grund eines der geschützten Merkmale des § 17 Abs 1 GIBG“ erfüllt, ist grundsätzlich eine mittelbare Diskriminierung gegeben, es sei denn, es liegt eine sachliche Rechtfertigung vor. Diese Prüfung hat, so auch die Materialien, in zwei Stufen zu erfolgen. Zuerst ist zu prüfen, ob ein sachlicher Rechtfertigungsgrund vorliegt. Liegt ein solcher vor, ist dessen verhältnismäßige Anwendung zu untersuchen.¹¹⁶

Die Gründe bzw. Ausnahmen, die zur Verneinung einer unmittelbaren Diskriminierung führen, gelten grundsätzlich auch für die Fälle der mittelbaren Diskriminierung.¹¹⁷ Als

110 So auch *Windisch-Graetz in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 19 Rz 5 und 6 unter Verweis auf *Rebhahn in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 5 Rz 41.

111 Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 5 Rz 98; KOM (1999) 565, 9 endgültig unter Verweis auf EuGH 23.5.1996, Rs C-237/94-*O'Flynn*.

112 Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 5 Rz 99.

113 EuGH 13.2.1996, Rs C-342/93-*Gillepsie*; 2.10.1997, Rs C-100/95-*Kording*; 3.6.1998, Rs C-394/96-*Brown*; 14.9.1999, Rs C-249/97-*Gruber*; 27.2.2003, Rs C-320/01-*Busch*; 5.2.2004, Rs C-400/02-*Merida*.

114 Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 5 Rz 101; *Rebhahn in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 5 Rz 32 ff; *Smutny/Mayr*, Gleichbehandlungsgesetz (2001) 170.

115 Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 5 Rz 104.

116 Vgl. RV 307 BlgNR 22. GP 11; *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 5 Rz 106 und 107; ähnlich auch *Rebhahn in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 5 Rz 46 ff; *Windisch-Graetz in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 19 Rz 7.

117 Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 5 Rz 108.

Rechtfertigungsgründe kommen prinzipiell nur Gründe von erheblicher Bedeutung in Betracht. Qualitativ geringwertige Gründe sind bereits in der ersten Stufe der Prüfung auszuschließen. Als Rechtfertigungsgründe kommen in erster Linie die in einer Rechtsordnung anerkannten Rechtsgüter des Einzelnen (zB Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, Eigentum) sowie der Allgemeinheit (zB öffentliche Sicherheit, Umweltschutz) in Frage.¹¹⁸ Die Anerkennung als Rechtsgut hängt davon ab, ob ein Gut so fundamental erscheint, dass dessen Schutz durch die Rechtsordnung als adäquate Maßnahme zu akzeptieren ist. Nach *Hopf/Mayr/Eichinger* stellt die Gleichbehandlung auf Grund des Geschlechts bei weitem Begriffsverständnis ein derartiges Rechtsgut dar.¹¹⁹ Meiner Einschätzung nach muss dies auch für die nach § 17 Abs 1 GIBG geschützten Merkmale gelten. Auch der OGH bejahte das Rechtsgut, sich am Arbeitsmarkt „diskriminierungsfrei“ zu bewerben.¹²⁰ Als weitere Rechtfertigungsgründe können genannt werden:

- unternehmensbezogene Gründe¹²¹
- arbeitsplatzbezogene Gründe¹²²
- legitime Ziele der Sozialpolitik¹²³

Das Argument von ArbG, dass die Beseitigung einer mittelbaren Diskriminierung bzw die Anwendung der Gleichbehandlung mit finanziellen Aufwendungen verbunden sei, wird vom EuGH sowohl als Bedürfnis des Unternehmens als auch als legitimes Ziel der Sozialpolitik abgelehnt.¹²⁴ Als wirkliches Bedürfnis des Unternehmens sind hingegen die Bereiche des Hygiene-, Gesundheits- und Sicherheitsschutzes zu nennen. Solche Bestimmungen können etwa die Haarlänge, das Tragen eines Bartes sowie das Tragen bestimmter Kleidungsstücke bzw Schutzausrüstung betreffen. Dieses Bedürfnis muss für das Unternehmen von besonderer und überdurchschnittlicher Bedeutung sein.¹²⁵

118 Vgl *Hanau/Preis*, Zur mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts, ZfA 1988, 170; *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 5 Rz 111.

119 Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 5 Rz 111.

120 Vgl OGH 23.4.2009, 8 Ob A 11/091i.

121 Dazu ausführlich *Rebhahn in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 5 Rz 62 ff; *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 5 Rz 115 ff.

122 Dazu ausführlich *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 5 Rz 119 ff; *Rebhahn in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 5 Rz 59 ff.

123 Dazu ausführlich *Rebhahn in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 5 Rz 63; *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 5 Rz 130 ff.

124 EuGH 17.6.1998, Rs C-243/95-*Hill und Stapleton*; 20.3.2003, Rs C-187/00-*Kutz-Bauer*; 24.2.1994, Rs C-343/92-*Roks ua*; 23.5.2000, Rs C-104/98-*Buchner ua*.

125 Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 5 Rz 115 ff; *Rebhahn in Rebhahn (Hg)*, GIBG 2005 § 5 Rz 46 und 50 ff; *Windisch-Graetz in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 19 Rz 8; *Piffl-Pavelec/Ritzberger-Moser/Schmid*, Die Umsetzung der Anti-

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Rechtfertigungsgründen ist zunächst zu prüfen, ob die Maßnahme zur Erreichung des angestrebten Zwecks „geeignet“ bzw. „angemessen“ ist. Danach hat die Beurteilung zu erfolgen, ob die Maßnahme auch „erforderlich“ ist. Die Prüfung der Geeignetheit dient dazu, Scheinrechtfertigungsgründe auszuschneiden, durch welche das angestrebte Ziel nicht erreicht werden kann. Der eigentliche Schwerpunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung liegt in der Erforderlichkeit. Eine nach einem in § 17 Abs 1 GIBG genannten Merkmal differenzierende Maßnahme ist dann nicht erforderlich, wenn das angestrebte Ziel auch durch gleich wirksame Alternativmaßnahmen erreichbar ist, die verhältnismäßig weniger nachteilige Auswirkungen für die Angehörigen einer Gruppe haben. Ist die Erforderlichkeit nicht gegeben, so ist die Maßnahme sachlich nicht gerechtfertigt. Bei einer letztendlich vorzunehmenden Interessensabwägung ist immer auch zu beachten, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung ein tragender Grundsatz des Unionsrechts ist, welcher nicht untergraben werden darf.¹²⁶ Dies bedeutet im Rahmen der Prüfung der Erforderlichkeit, dass nur ausnahmsweise ein Eingriff in das Recht auf Gleichbehandlung gestattet ist. In diesem Zusammenhang ist das gelindeste noch zum Ziel führende Mittel zu eruieren.¹²⁷

C. Diskriminierung auf Grund des Alters

1. Unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Alters

Eine unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Alters liegt vor, wenn ein/eine ArbN oder StellenwerberIn auf Grund seines/ihrer Alters gegenüber anderen – mitunter auch hypothetischen – Personen(gruppen) anderen Alters in einer vergleichbaren Situation benachteiligt wird.

Wird in einem Stelleninserat beispielsweise gezielt nach Arbeitskräften zwischen 20 und 30 Jahren (oder beispielsweise „Alter mindestens 25 Jahre“, „Höchstalter 30“, „40+ QuereinsteigerIn“) gesucht, so liegt eine unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Alters nahe. Diese Alterseinschränkung knüpft unmittelbar an das geschützte Merkmal des Alters an und schließt daher StellenwerberInnen, die dieser

diskriminierungsrichtlinien in Österreich in Form des neuen Gleichbehandlungsgesetzes, in *Heidinger/Frank-Thomasser/Schmid (Hg), Antidiskriminierung* (2004) 161.

¹²⁶ EuGH 9.2.1999, Rs C-167/97-*Seymour-Smith und Perez*; 20.3.2003, Rs C-187/00-*Kutz-Bauer*.

¹²⁷ Vgl. *Rebhahn* in *Rebhahn (Hg), GIBG* (2005) § 5 Rz 54 ff; *Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG* (2009) § 5 Rz 141 ff.

Altersgruppe nicht angehören, vom Bewerbungsverfahren aus. Dadurch werden diese gegenüber der Vergleichsgruppe der 20 bis 30-jährigen benachteiligt. Auch die Vergleichbarkeit der Situation ist gegeben, da es sich um StellenwerberInnen „eines“/„einer“ (potentiellen) ArbG handelt.

Nur ausnahmsweise darf in der Arbeitswelt unmittelbar nach dem Alter differenziert und dementsprechend in einem Stelleninserat darauf Bezug genommen werden. Dies bestimmt sich nach § 20 Abs 3, 4 Z 2 (Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter für den Zugang zur Beschäftigung) und Z 3 (Festsetzung eines Höchstalters) GIBG.¹²⁸

Wird nun hingegen in einem Stelleninserat oder Bewerbungsverfahren „lediglich“ auf die (allgemeine oder einschlägige) Berufserfahrung¹²⁹, welche für eine Position erforderlich ist, Bezug genommen, stellt dies keine unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Alters dar. Es fehlt an der direkten/unmittelbaren Bezugnahme auf das Differenzierungskriterium des Alters. Naheliegend ist jedoch die Vermutung der mittelbaren Diskriminierung auf Grund des Alters.

2. Anforderungen an die Berufserfahrung - mittelbare Diskriminierung auf Grund des Alters?

Wie sind nun die Anforderungen an die (einschlägige) Berufserfahrung in Stelleninseraten diskriminierungsrechtlich einzuordnen?

Vorweg ist festzuhalten, dass mit dem Begriff der allgemeinen Berufserfahrung die Zeit der Berufstätigkeit insgesamt gemeint ist, also inhaltlich unterschiedliche Tätigkeiten auch bei verschiedenen ArbG. Unter einschlägiger Berufserfahrung sind hingegen ausschließlich die Tätigkeitszeiten in einem bestimmten Beruf bzw Berufsfeld zu verstehen.¹³⁰

Die Ungleichbehandlung durch Festlegung von Mindestanforderungen an die Berufserfahrung ist gemäß ausdrücklicher Ausnahmeregelung nach § 20 Abs 4 GIBG unter den Voraussetzungen der §§ 19 Abs 2 und 20 Abs 3 GIBG erlaubt. Somit ist die Ho-

128 Vgl ua *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 20 Rz 23 ff; *Windisch-Graetz in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 20 Rz 30 ff, 36 ff.

129 ZB „BerufsanfängerIn“, „mindestens 2-3 Jahre Berufserfahrung erforderlich“, „langjährige Berufserfahrung vorausgesetzt“.

130 Ähnlich auch *Bertelsmann in Rust/Falke (Hg)*, AGG (2007) § 10 Rz 27.

norierung der Berufserfahrung beim Zugang zur Beschäftigung als rechtmäßiges Ziel durch das Gesetz selbst anerkannt. Dennoch ist denkbar, dass Anforderungen an die Berufserfahrung eine mittelbare Altersdiskriminierung darstellen können.

Von einer mittelbaren Diskriminierung ist die Rede, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren¹³¹ Personen(gruppen) eines bestimmten Alters gegenüber Personen(gruppen) anderen Alters besonders benachteiligen können.

Die zunächst neutral erscheinenden Anforderungen an die Berufserfahrung können je nach Formulierung Ältere oder Jüngere tendenziell von der Bewerbung ausschließen bzw abhalten und sie dadurch besonders benachteiligen. Somit korreliert das Anforderungskriterium der Berufserfahrung in hohem Maße mit dem geschützten Merkmal des Alters. So können Anforderungen an die Berufserfahrung (im Sinne von Höchstanforderungen), etwa wenn ein Stelleninserat eine „zwei- bis dreijährige Berufserfahrung“ vorsieht, Ältere diskriminieren, weil diese naturgemäß über eine längere Berufserfahrung verfügen als Jüngere¹³². Zugleich diskriminiert dieses Erfordernis (im Sinne von Mindestanforderungen „mindestens zwei- bis dreijährige Berufserfahrung erforderlich“) auch ganz junge Menschen, die noch keine zwei bis drei Jahre im Berufsleben stehen, aber für die fragliche Tätigkeit dennoch qualifiziert sind. Ebenso kann die Anforderung „langjährigen Berufserfahrung vorausgesetzt“ wiederum Jüngere benachteiligen, da diese in der Regel im Gegensatz zu Älteren über keine langjährige Berufserfahrung verfügen.¹³³

Es ist daher grundsätzlich festzuhalten, dass bestimmte Anforderungen an die Berufserfahrung je nach Formulierung geeignet sind, Ältere oder eben Jüngere mittelbar auf Grund des Alters zu diskriminieren¹³⁴, wenn Berufserfahrung verlangt wird, die inhaltlich nicht angemessen und erforderlich ist, sondern nur gefordert wird, um Ältere oder Jüngere aus der Auswahl auszuschließen.¹³⁵

131 Als zunächst neutrale Regelungen iSd § 19 Abs 2 GIBG sind vor allem Regelungen anzusehen, die an die Branchenzugehörigkeit oder Vordienstzeiten etc anknüpfen und somit in der Regel eher älteren ArbN zugute kommen; vgl *Windisch-Graetz in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 17 Rz 39.

132 Vgl *Kreil*, Rechtfertigungsgründe in der Rechtsprechung zur Altersdiskriminierung, ZAS 2010, 206; *Klicka*, Beweismaß und Beweislast bei Diskriminierungstatbestände, ZAS 2009, 186; ähnlich auch *Eichinger*, Glaubhaftmachung einer Diskriminierung, RdA 2010, 137 (auch *Eichinger* sieht in dieser Anforderung ein nicht zu unterschätzendes Indiz, das auf eine Altersdiskriminierung hindeutet).

133 Ähnlich auch *Friedrich*, Altersdiskriminierung, in *Karl/Poier (Hg)*, Alter und soziale Gerechtigkeit, Schriftenreihe des Dr.-Karl-Kummer-Instituts 6 (2009) 90; *Suckow in Schleusener/Suckow/Voigt (Hg)*, AGG² (2008) § 11 Rz 34.

134 Vgl *Brors in Däubler/Bertzbach (Hg)*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (2007) § 10 Rz 39.

135 Vgl *Bertelsmann in Rust/Falke (Hg)*, AGG (2007) § 10 Rz 138.

Spezielle Anforderungen an die Berufserfahrung sind im Prinzip sinnvoll. Klarerweise ist jemand besser geeignet, wenn er/sie im zu besetzenden Berufsfeld oder einem ähnlichen schon einmal tätig war und daher besondere Kenntnisse und Fähigkeiten sammeln konnte.¹³⁶ Daher ist das Erfordernis einer bestimmten Berufserfahrung durchaus geeignet, besondere Fähigkeiten und Kenntnisse bei einem/einer BewerberIn sicherzustellen. Soweit jedoch Berufserfahrung als Voraussetzung einer Stellenbesetzung verlangt wird, muss es sich hierbei um eine für die zu besetzende Stelle angemessene und erforderliche Berufserfahrung handeln.¹³⁷ Wird aber für ganz einfache Tätigkeiten, bei denen eine Einweisung von wenigen Stunden genügt, „langjährige Berufserfahrung vorausgesetzt“, so benachteiligt dies Jüngere im Verhältnis zu Älteren.¹³⁸ Eine unterschiedliche Behandlung unter Anknüpfung an die Berufserfahrung ist bei unqualifizierten Tätigkeiten daher grundsätzlich nicht zu rechtfertigen.¹³⁹

Hingegen ist es gerechtfertigt, wenn für eine Position beispielsweise im Topmanagement eines internationalen Konzerns nur Personen mit entsprechender Berufserfahrung gesucht werden.¹⁴⁰ Eine solche hochqualifizierte Leitungsposition muss im Inserat klar deklariert sein. Auch die Beschreibung des Tätigkeitsfeldes sowie die Angabe des Gehaltes müssen einer Leitungsposition entsprechen. Dennoch müssen auch bei Leitungspositionen die Anforderungen an die Berufserfahrung angemessen, erforderlich und nicht unverhältnismäßig sein.

Für Tätigkeiten, welche weder unqualifizierte Tätigkeiten noch hochqualifizierte Leitungspositionen sind – also der große Bereich der dazwischen anzusiedelnden Tätigkeitsfelder, gilt grundsätzlich: Je höher die geforderte Ausbildung, desto niedriger hat die zusätzliche Voraussetzung „einschlägige Berufserfahrung erforderlich“ auszufallen, da man die hohe Ausbildung einer einschlägigen Berufserfahrung gleichsetzen kann. So ist es beispielsweise unzulässig neben einem Studienabschluss oder vergleichbaren Abschlüssen noch zusätzlich mehrere Jahre einschlägige Berufserfahrung zu fordern. In diesem Zusammenhang ist auch immer auf die Beschreibung der Tätig-

136 Vgl. Bertelsmann in Rust/Falke (Hg), AGG (2007) § 10 Rz 138.

137 Vgl. Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 113.

138 Vgl. Däubler in Däubler/Bertzach (Hg), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (2007) § 7 Rz 65.

139 Beispielsweise bei Reinigungstätigkeiten oder einfachen Hilfstätigkeiten.

140 Vgl. Piffel-Pavelec/Ritzberger-Moser/Schmid, Die Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien in Österreich in Form des neuen Gleichbehandlungsgesetzes, in Heidinger/Frank-Thomasser/Schmid (Hg), Antidiskriminierung (2004) 171.

keit sowie die Angabe des Gehaltes zu achten. Beides muss mit dem Erfordernis der einschlägigen Berufserfahrung korrelieren.

Ferner kommt es bei der Beurteilung der Frage, ob eine Stellenausschreibung dem Gebot der diskriminierungsfreien Stellenausschreibung entspricht, nicht auf den von ArbG intendierten oder nicht intendierten Sinn der in der Ausschreibung verwendeten Wortwahl an, sondern darauf, welche Schlussfolgerungen in Bezug auf die Anforderungskriterien oder das Anforderungsprofil der Text einer solchen Stellenausschreibung bei einem/einer neutralen BetrachterIn hervorruft. Vor diesem Hintergrund bestehen keine Zweifel, dass der Zusatz „Berufsanfänger!“ eine auf junge StellenwerberInnen abzielende und daher eine dem Gebot der diskriminierungsfreien Stellenausschreibung widersprechende Einschränkung in Bezug auf das Alter der (möglichen) BewerberInnen ist. Es liegt auf der Hand, dass nach dem allgemeinen Begriffsverständnis unter BerufsanfängerIn eine Person zu sehen ist, die neu – dh erstmalig – in das Berufsleben eintritt und nicht etwa auch solche Personen, die sich im Laufe ihrer Berufslaufbahn (bloß) in ihrer bisherigen Berufssparte bzw ihrem Berufsfeld – sei es durch Umschulung, Weiterbildung oder berufsbegleitenden Universitätsstudien – verändern. Die Einschränkung auf BerufsanfängerInnen ist eine Benachteiligung bereits im Berufsleben stehender und insoweit älterer StellenwerberInnen oder InteressentInnen.¹⁴¹

Die Suche nach BerufsanfängerInnen („junge/r, dynamische/r Assistent/in“; „JungtechnikerIn“; „Young Professionals“; „Abschluss der Ausbildung höchstens ein Jahr zurück“) wird sich daher regelmäßig besonders benachteiligend auf ältere BewerberInnen auswirken.¹⁴² Ob eine mittelbare Diskriminierung vorliegt, hängt davon ab, ob ArbG die Suche speziell nach BerufsanfängerInnen durch ein legitimes Ziel rechtfertigen können. Man wird von ArbG verlangen müssen, konkret darzulegen, aus welchen Gründen sie gerade an der Beschäftigung von BerufsanfängerInnen interessiert sind.¹⁴³ Beispielsweise kann im Interesse der Wissensweitergabe die gezielte Einstellung von BerufsanfängerInnen unter Umständen sachlich gerechtfertigt sein, voraus-

141 UVS Salzburg 18.02.2008, UVS-5/12789/2-2008.

142 Auch das deutsche BAG sieht im Umstand, dass ein/eine ArbG in einer an „BerufsanfängerInnen“ gerichteten Stellenausschreibung „Hochschulabsolventen/Young Professionals“ für ein Traineeprogramm sucht und die Bewerbung eines berufserfahrenen 36-jährigen Klägers ablehnt, ein Indiz für eine Benachteiligung wegen des Alters (BAG 24.1.2013, 8 AZR 429/11).

143 Vgl. Schleusener in Schleusener/Suckow/Voigt (Hg), AGG² (2008) § 3 Rz 94.

gesetzt dieser Vorgang entspricht auch den Kriterien der Verhältnismäßigkeit.¹⁴⁴ Eine Rechtfertigung mit dem Argument einer ausgewogenen Personalstruktur ist hingegen nicht möglich.¹⁴⁵

Die Beschränkung des BewerberInnenkreises in einer innerbetrieblichen Stellenausschreibung auf ArbN im „ersten Berufs-/Tätigkeitsjahr“ kann eine mittelbare Diskriminierung auf Grund des Alters darstellen. Bei dem verwendeten Merkmal des ersten Berufs-/Tätigkeitsjahres handelt es sich um ein scheinbar neutrales Kriterium, von dessen Verwendung die beschäftigten ArbN wegen ihres Lebensalters unterschiedlich getroffen werden. Die Einschränkung schließt typischerweise ArbN mit einem höheren Lebensalter von der Bewerbung aus.¹⁴⁶

Die Intention, durch die Beschäftigung von jüngeren ArbN oder BerufsanfängerInnen Lohnkosten zu senken, kann keine Rechtfertigung für die Diskriminierung älterer ArbN sein. Unternehmerische Einsparungen dürfen nicht merkmalsabhängig erzielt werden.¹⁴⁷ Grundsätzlich ist in einem Konzept, das auf jugendliche Dynamik setzt, kein legitimer Zweck zu sehen. Gerade gegen die Verfestigung solcher kollektiven Wahrnehmungen richtet sich das Verbot der Altersdiskriminierung.¹⁴⁸ Daher sind Formulierungen wie etwa „Wenn Sie in unser junges, dynamisches Team passen...“ oder „Wir sind ein junges, dynamisches Unternehmen“ unzulässig, weil derartige Formulierungen geeignet sind, ältere BewerberInnen abzuschrecken.

Ferner stellen sich die Fragen, ob Ausschreibungen mit der Bezeichnung einer Stelle als „Junior Position“¹⁴⁹ oder „Senior Position“ eine mittelbare Altersdiskriminierung darstellen können oder ob dies legitime Bezeichnungen von Hierarchieebenen sind.

Mit der Bezeichnung einer Stelle als „Junior Position“ wird nicht auf das Alter (potentieller) StelleninhaberInnen, sondern auf deren Stellung in der betrieblichen Hierarchie hingewiesen. Zwar lautet die Übersetzung des englischen Wortes „junior“ „jung“,

144 Vgl Voigt in *Schleusener/Suckow/Voigt (Hg)*, AGG² (2008) § 10 Rz 61.

145 Vgl Bertelsmann in *Rust/Falke (Hg)*, AGG (2007) § 10 Rz 189.

146 BAG 18.08.2009, 1 ABR 47/08 (LAG Hessen Beschluss 6.3.2008, 9 TaBV 251/07) abgedruckt in NZA 2010, 222.

147 Vgl ua Schlachter in *Dietrich/Haunau/Schaub (Hg)*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht¹² (2012) § 3 Rz 12; Kreil, Rechtfertigungsgründe in der Rechtsprechung zur Altersdiskriminierung, ZAS 2010, 206.

148 Vgl ua Rebhahn, Inwieweit dürfen Arbeitnehmer wegen des Alters bevorzugt oder benachteiligt werden?, in *BAK/IV/WKÖ/ÖGB (Hg)*, Altersgerechte Arbeitswelt (2004) 54; Brodil, Erlaubte und verbotene Altersdiskriminierung, in Resch (Hg), Neuerungen zur Beendigung des Arbeitsvertrages (2009) 63 ff; Marhold, Differenzierung nach dem Alter, in Tomandl/Schrammel (Hg), Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote (2005) 88 ff.

149 ZB „Junior Associates“.

wird es aber im Zusammenhang mit einer innerbetrieblichen Stellung verwendet, bedeutet es vielmehr „untergeordnet“ oder „untere/r Angestellte/r“.¹⁵⁰ Diese Bezeichnung hat somit keinen Bezug zum Alter der StellenwerberInnen bzw StelleninhaberInnen. In dieser Bedeutung wird es inzwischen auch im deutschsprachigen Raum verwendet, wenn es um die Bezeichnung einer innerbetrieblichen Rangstellung geht. InhaberInnen von „Junior Positionen“ sind in der betrieblichen Hierarchie regelmäßig MitarbeiterInnen, die in einem Team höherrangigen MitarbeiterInnen unterstellt sind und einen geringeren Verantwortungsbereich als diese haben. Meist ist ihnen ein/e „Senior“ als Vorgesetzte/r übergeordnet, ohne dass diese/r zwangsläufig ein höheres Lebensalter haben müsste.¹⁵¹

Somit kann eine mittelbare Altersdiskriminierung bei der Verwendung derartiger Bezeichnungen im Regelfall verneint werden. Jedoch dürfen diese Bezeichnungen nur für Positionen verwendet werden, bei denen dies sachlich gerechtfertigt ist. Dies ist im konkreten Einzelfall zu prüfen, um Umgehungsmöglichkeiten des Gebotes der diskriminierungsfreien Stellenausschreibung auszuschließen.

a. Strafbarkeitsgrundlage

Kommt man zum Ergebnis einer mittelbaren Altersdiskriminierung durch unangemessene Anforderungen an die Berufserfahrung in einem Stelleninserat, liegt ein Verstoß gegen § 19 Abs 2 iVm den §§ 20 Abs 3 und 4, 23 Abs 1 GIBG vor, welcher zur Strafbarkeit nach § 24 GIBG führt.

D. Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit

1. Unmittelbare Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit

Eine unmittelbare Diskriminierung auf Grund ethnischer Zugehörigkeit liegt vor, wenn eine Person wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten ethnischen Gruppe gegenüber Personen(gruppen) – wenn auch nur hypothetischen – in einer vergleichbaren Situation benachteiligt wird.

150 <http://de.pons.eu/dict/search/results/?q=junior&l=deen&in=&lf=en> (9.7.2012).

151 Ähnlich LAG Berlin-Brandenburg 21.07.2011, 5 Sa 847/11 zur Bezeichnung „Junior Personalreferent Recruiting“; abgedruckt in BeckRS 2011, 76365.

Eine Vergleichsperson muss jedoch nicht zwingend eine andere ethnische Herkunft haben. Es genügt, wenn Diskriminierte wegen ihrer ethnischen Zugehörigkeit anders behandelt wurden. Besonders augenscheinlich wird die Problematik bei der Diskriminierung wegen Schwangerschaft, welche bekanntermaßen eine unmittelbare Geschlechterdiskriminierung darstellt. Das Potential, schwanger zu werden, unterscheidet Frauen von Männern. Folglich kann keine schwangere männliche Vergleichsperson gefunden werden. Ebenso wenig wie der EuGH leugnet, dass Schwangerschaft eine unmittelbare Geschlechterdiskriminierung darstellt, verlangt die Richtlinie von einem/einer diskriminierten Dunkelhäutigen die Benennung einer hellhäutigen Vergleichsperson.¹⁵² Eine unmittelbare Diskriminierung kann meiner Ansicht nach nicht alleine deswegen ausgeschlossen werden, weil die Benennung einer Vergleichs(person)gruppe Schwierigkeiten bereitet.

Werden in einer Stellenausschreibung „nur InländerInnen“ oder „nur Einheimische“ gesucht, so liegt eine unmittelbare Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit vor.¹⁵³ Die Einschränkung knüpft unmittelbar am geschützten Merkmal der ethnischen Zugehörigkeit an. Die Benachteiligung liegt darin, dass diese Einschränkung StellenwerberInnen anderer als der geforderten ethnischer Zugehörigkeit vom Bewerbungsverfahren ausschließt. Im Zusammenhang mit solch pauschalisierten Differenzierungen, lässt sich als Vergleichsgruppe nur die Gruppe aller inländischen StellenwerberInnen finden. Die Vergleichbarkeit ist insofern gegeben, da es sich um StellenwerberInnen „eines“/„einer“ (potentiellen) ArbG handelt.

Das GIBG besagt zwar unter anderem in § 17 Abs 2 GIBG, welcher sich jedoch ausschließlich auf hoheitliches Handeln bezieht, dass das die ethnische Zugehörigkeit betreffende Gleichbehandlungsgebot weder für unterschiedliche Behandlungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit noch für eine unterschiedliche Behandlung gilt, die sich aus der Rechtsstellung von Staatsangehörigen Dritter Staaten oder Staatenloser ergibt. Jedoch korreliert das geschützte Merkmal der ethnischen Zugehörigkeit in hohem Maße mit der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, da man die ethnische Zugehörigkeit mit der Eigenschaft fremdsprachige/r Ausländer/in zu

152 Vgl *Schiek*, Diskriminierung wegen „Rasse“ oder „ethnischer Herkunft“ – Probleme der Umsetzung der RL 2000/43/EG im Arbeitsrecht, AuR 2003, 44.

153 EuGH 10.7.2008, Rs C-54/07-*Feryn*; vgl *Windisch-Graetz* in *Rebhahn* (Hg), GIBG (2005) § 17 Rz 12; *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 17 Rz 16.

sein, teilweise gleichsetzen wird können. Daher ist eine Stellenausschreibung, die die Personalsuche auf Personen mit EU/EWR-Staatsbürgerschaft („EU-Staatsbürgerschaft erforderlich“, „EWR-Staatsbürgerschaft vorausgesetzt“) einschränkt eine Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit. Auch das Argument einer aufrechten Arbeitsbewilligung kann eine diesbezügliche Einschränkung nicht rechtfertigen, denn eine aufrechte Arbeitsbewilligung ist für jede in Österreich von AusländerInnen ausgeübte Tätigkeit erforderlich. Zu diesem Befund gelangt auch der UVS Wien, der in den Anforderungen einer Stellenausschreibung „österreichische Staatsbürgerschaft“ und „EWR-Mitgliedschaft“ bzw. „EWR-Bürger“ eine gesetzwidrige ethnische Diskriminierung erkannte.¹⁵⁴

Wird hingegen die Personalsuche auf Personen, die „in der Region wohnhaft“ sind eingeschränkt, liegt keine Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit vor. Zum einen können sich österreichische Teilgesellschaften nicht auf den Tatbestand der ethnischen Diskriminierung berufen. Zum anderen wird mit dieser Einschränkung nicht an die ethnische Zugehörigkeit angeknüpft, sondern vielmehr an eine erwünschte Nähe des Wohnortes zum künftigen Arbeitsort. Jedoch darf diese Einschränkung nicht missbräuchlich verwendet werden, um nicht über Umwege doch eine Diskriminierung auf Grund ethnischen Zugehörigkeit zu begründen.

Nur ausnahmsweise darf in der Arbeitswelt unmittelbar nach der ethnischen Zugehörigkeit differenziert und dementsprechend in einem Stelleninserat darauf Bezug genommen werden. Nach § 23 Abs 1 GIBG muss die ethnische Zugehörigkeit auf Grund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingung ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellen, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.¹⁵⁵

Werden hingegen in einem Stelleninserat akzentfreie/perfekte/ausgezeichnete Deutschkenntnisse¹⁵⁶ gefordert, stellt dies keine unmittelbare Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit dar. Es fehlt an der direkten/unmittelbaren Bezugnahme auf das geschützte Merkmal der ethnischen Zugehörigkeit. Naheliegend ist

154 UVS Wien 11.3.2008, UVS-06/42/318/2008-10.

155 Vgl ua *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 20 Rz 4 ff; *Windisch-Graetz in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 20 Rz 1 ff.

156 Weitere Beispiele: „sehr gut in Wort und Schrift“, „ausgezeichnete Ausdrucksweise in Wort und Schrift“, „Deutsch als Muttersprache“.

jedoch in diesem Zusammenhang die Vermutung der mittelbaren Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit.

2. Anforderungen an die Sprachbeherrschung - mittelbare Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit?

Wie sind nun die Anforderungen an Deutschkenntnisse eines bestimmten Grades in Stelleninseraten diskriminierungsrechtlich einzuordnen?

Das auf den ersten Blick „neutral“ formulierte Erfordernis der Beherrschung der deutschen Sprache zu einem bestimmten Grad in einem Stelleninserat ist eine Diskriminierungssituation iSd § 17 GIBG und fällt unter die von § 19 Abs 2 GIBG genannten „dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien und Verfahren“.

Im nächsten Prüfungsschritt stellt sich die Frage der besonderen Benachteiligung einer Person(en) durch diese Anforderungen. Zwar kann eine (sehr) gute Beherrschung einer Sprache grundsätzlich unabhängig von der ethnischen Zugehörigkeit erworben werden – etwa in einer schulischen Ausbildung, durch Sprachkurse, Aufenthalte oder Aufwachsen im jeweiligen Sprachraum, jedoch ist es wahrscheinlicher, dass Menschen österreichischer Herkunft über (sehr) gutes Deutsch verfügen als Menschen anderer ethnischer Zugehörigkeit. Somit korreliert dieses Anforderungskriterium in hohem Maße mit dem geschützten Merkmal der ethnischen Zugehörigkeit. Die perfekte Beherrschung einer Sprache ist zwar nicht dadurch garantiert, dass die Sprache die Muttersprache ist, jedoch ist die Betroffenheit von Personen mit anderer Abstammung typischerweise höher als bei Personen mit österreichischer Abstammung.

Auch die Materialien nennen bei der Begriffsbestimmung der ethnischen Zugehörigkeit als häufige Erscheinungsform die Diskriminierung wegen einer als fremd angesehenen Muttersprache.¹⁵⁷

Es ist daher grundsätzlich anzuerkennen, dass Anforderungen an Deutschkenntnisse eine mittelbare Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit darstellen können, es sei denn, es liegt eine sachliche Rechtfertigung vor.¹⁵⁸

157 Vgl RV 307 BlgNR 22. GP 14.

Meiner Einschätzung nach kann man davon ausgehen, dass Kenntnisse der deutschen Sprache, die zur Verständigung reichen grundsätzlich für jede Tätigkeit in Österreich erforderlich sind. Auch der OGH kommt zum Ergebnis, dass auf dem österreichischen Arbeitsmarkt Kenntnisse der deutschen Sprache und der Lateinschrift überwiegend selbstverständlich seien.¹⁵⁹ Davon ausgehend stellt sich die Frage, wann es darüber hinaus notwendig sein kann, gewisse Anforderungen an Sprachkenntnisse in ein Inserat aufzunehmen.

Es ist grundsätzlich ein rechtmäßiges Ziel, an (potentielle) ArbN bestimmte Anforderungen in der Sprachbeherrschung zu stellen, um deren Kommunikations- und Einsatzfähigkeit sicherzustellen. Dies lässt sich unter die oben erwähnten unternehmens- und arbeitsplatzbezogenen Gründe subsumieren. Die Sprachbeherrschung zu einem bestimmten Grad ist auch geeignet, diese Kommunikations- und Einsatzfähigkeit zu gewährleisten. Voraussetzung ist jedoch, dass die geforderten Sprachkenntnisse für die konkrete Tätigkeit erforderlich und nicht unverhältnismäßig sind. Auch der EuGH geht davon aus, dass die Sprachkenntnisse, welche zulässigerweise verlangt werden dürfen, von den Erfordernissen des jeweiligen Arbeitsplatzes abhängig sind.¹⁶⁰

Es ist daher unzulässig, auf bestimmte Deutschkenntnisse abzustellen, wenn diese für die ausgeschriebene Tätigkeit nicht notwendig sind.¹⁶¹ Als unsachlich gelten Anforderungen, die keinen Bezug zur konkreten Tätigkeit haben – wie die Anforderung, eine Hilfskraft (zB Reinigungskraft, Heimhilfe, AushilfskellnerIn) müsse perfekt/fließend/einwandfrei/ausgezeichnet/sehr gut Deutsch sprechen.¹⁶²

Die Anforderung „akzentfreies Deutsch“ kann grundsätzlich kein zulässiges Ausschlusskriterium sein. So kann ein/e SekretärIn am Empfang nicht unter dem Hinweis auf seinen/ihren Akzent zurückgewiesen werden, der dem Unternehmensbild („cor-

158 So auch *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 113; *Thüsing* führt dies in Bezug auf Muttersprache und akzentfreies Deutsch aus; *Boemke/Danko*, AGG im Arbeitsrecht (2007) § 3 Rz 19.

159 OGH 25.4.2006, 10 Ob S 34/06 g.

160 EuGH 28.11.1989, Rs 379/87-*Groener*.

161 Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 23 Rz 7.

162 Vgl *Falke* in *Rust/Falke (Hg)*, AGG (2007) § 8 Rz 13; ähnlich auch *Boemke/Danko*, AGG im Arbeitsrecht (2007) § 8 Rz 8; exemplarisch auch UVS Wien 11.3.2008, UVS-06/42/318/2008-10, der zu einem Inserat, in dem eine Küchenhilfe mit perfekten Deutschkenntnissen gesucht wurde, ausführt, dass Küchenhilfstätigkeiten auch durch Personen ohne ausgezeichnete Deutschkenntnisse wunschgemäß erbracht werden können.

porate identity“) widerspreche.¹⁶³ Ferner fehlt eine hinreichende Rechtfertigung in Branchen, die üblicherweise auch ArbN beschäftigen, die nicht akzentfrei Deutsch sprechen.¹⁶⁴ Anders gestaltet sich dies bei RundfunksprecherInnen, SchauspielerInnen und vergleichbaren Fällen. Hier kann eine akzentfreie Sprachbeherrschung eine angemessene Voraussetzung sein.¹⁶⁵

Generell kann gesagt werden, dass bei einem Arbeitsplatz mit Publikumsverkehr höhere Anforderungen zu stellen sind als bei einer Position ohne KundInnenkontakt.¹⁶⁶

Die Anforderung „sehr gutes Deutsch in Wort und Schrift“ bei der Besetzung einer verantwortungsvollen Sekretariatsstelle kann zulässig sein, weil eine solche Sprachfertigkeit für ein derartiges Tätigkeitsfeld erforderlich ist.¹⁶⁷ Auch für einen Posten im Lektorat eines österreichischen Literaturverlages wird die „hervorragende Beherrschung der deutschen Sprache“ angemessene Voraussetzung sein.¹⁶⁸

Selbst wenn eine konkrete Position Sprachkenntnisse erfordert, die auch die Beherrschung von Idiomen voraussetzt, ist die Anforderung der „Muttersprache Deutsch“ überzogen. Zum einen verstehen selbst muttersprachliche Menschen nicht alle österreichischen Idiome, zum anderen ist nicht davon auszugehen, dass Menschen fremder ethnischer Zugehörigkeit die Fähigkeit zum Verständnis verschiedener Idiome nicht entwickeln können.

Ferner stellt sich die Frage nach der Legitimität anderssprachiger Ausschreibungstexte innerhalb des österreichischen Arbeitsmarktes. Durch anderssprachige Ausschreibungstexte werden Menschen, die diese Sprache nicht sprechen von einer Bewerbung ausgeschlossen, obwohl sie für die ausgeschriebene Stelle qualifiziert sein können.

163 Vgl. *Stalder*, Spannungsfelder und Perspektiven der Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien, JRP 2002, 227; *Däubler* in *Däubler/Bertzbach (Hg)*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (2007) § 7 Rz 24; *Brors* in *Däubler/Bertzbach (Hg)*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (2007) § 8 Rz 43; *Schiek* in *Schiek (Hg)*, AGG, Ein Kommentar aus europäischer Perspektive (2007) § 3 Rz 35; *Schmidt* in *Schiek (Hg)*, AGG, Ein Kommentar aus europäischer Perspektive (2007) § 11 Rz 5; *Schleusener* in *Schleusener/Suckow/Voigt (Hg)*, AGG² (2008) § 3 Rz 95; *Hailbronner* ZAR 2001, 254, 257.

164 Vgl. *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 113; *Schleusener* in *Schleusener/Suckow/Voigt (Hg)*, AGG² (2008) § 3 Rz 95.

165 Vgl. *Däubler* in *Däubler/Bertzbach (Hg)*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (2007) § 7 Rz 24.

166 Vgl. *Däubler* in *Däubler/Bertzbach (Hg)*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (2007) § 7 Rz 24.

167 Vgl. *Falke* in *Rust/Falke (Hg)*, AGG (2007) § 8 Rz 25.

168 Vgl. *Piffel-Pavelec/Ritzberger-Moser/Schmid*, Die Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien in Österreich in Form des neuen Gleichbehandlungsgesetzes, in *Heidinger/Frank-Thomasser/Schmid (Hg)*, Antidiskriminierung (2004) 171.

Ein englischer Ausschreibungstext ist bei einem international tätigen Unternehmen gerechtfertigt, wenn die Konzernsprache ausschließlich Englisch ist und daher die perfekte Beherrschung der englischen Sprache rechtmäßige und angemessene Voraussetzung zur Ausübung der Tätigkeit ist.

Hingegen ist ein anderssprachiger Ausschreibungstext, beispielsweise Ungarisch oder Kroatisch, bei einer österreichischen Niederlassung eines lediglich bilateral tätigen Unternehmens unzulässig, weil dadurch grundsätzlich qualifizierte Anderssprechende von der Bewerbung ausgeschlossen sind. Auch auf diese Weise geforderte überzogene Sprachkenntnisse führen zur mittelbaren Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit der jeweils Sprachunkundigen. Zulässig kann in diesem Zusammenhang jedoch ein deutscher Ausschreibungstext mit Hinweis auf erwünschte Kenntnisse der ungarischen bzw kroatischen Sprache sein, wenn diese Kenntnisse zur Ausübung der Tätigkeit angemessen und erforderlich sind.

a. Strafbarkeitsgrundlage

Kommt man zum Ergebnis einer mittelbaren Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit durch unangemessene Anforderungen an die Sprachbeherrschung in einem Stelleninserat, liegt ein Verstoß gegen § 19 Abs 2 iVm § 23 Abs 1 GIBG vor, welcher zur Strafbarkeit nach § 24 GIBG führt.

E. Diskriminierung auf Grund der Religion oder Weltanschauung

1. Unmittelbare Diskriminierung auf Grund der Religion oder Weltanschauung

Eine unmittelbare Diskriminierung auf Grund der Religion oder Weltanschauung liegt vor, wenn ArbG eine Person wegen ihres Bekenntnisses zu einer bestimmten Religion oder Weltanschauung gegenüber (mitunter auch hypothetischen) Personen in vergleichbarer Situation benachteiligen. Dies umfasst auch den Fall, dass ArbN benachteiligt werden, weil sie sich ausdrücklich zu keiner Religion oder Weltanschauung bekennen. Ebenso sind jene Fälle umfasst, in denen einer Person fälschlicherweise eine bestimmte Religionszugehörigkeit oder Weltanschauungs(Partei)zugehörigkeit zuge-

schrieben wird.¹⁶⁹ Religion oder Weltanschauung soll, außer bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen, kein Differenzierungskriterium sein.

Werden in einer Stellenausschreibung explizit nur Personen mit einer bestimmten Religionszugehörigkeit bzw Weltanschauungszugehörigkeit gesucht, so liegt eine unmittelbare Diskriminierung auf Grund der Religion bzw Weltanschauung nahe. Die Einschränkung knüpft unmittelbar am geschützten Merkmal der Religion bzw Weltanschauung an und benachteiligt dadurch StellenwerberInnen anderer als der geforderten Religions- bzw Weltanschauungszugehörigkeit oder AtheistInnen indem sie diese vom Bewerbungsverfahren ausschließt. Dadurch werden diese gegenüber der Vergleichsgruppe der Angehörigen der jeweils geforderten Religion bzw Weltanschauung benachteiligt. Auch die Vergleichbarkeit der Situation ist gegeben, weil es sich um StellenwerberInnen „eines“/„einer“ (potentiellen) ArbG handelt. Selbiges gilt, wenn in einer Stellenausschreibung nur ArbN ohne religiöses Bekenntnis gesucht werden (vorausgesetzt: atheistisch, antiklerikal, ohne Bekenntnis). Auch hier liegt eine Diskriminierung auf Grund der Religion oder der Weltanschauung nahe. Durch den Ausschluss religiöser StellenwerberInnen werden atheistischen StellenwerberInnen bevorzugt.

Von der geforderten Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religion oder Weltanschauung zu unterscheiden bzw abzugrenzen ist der Wunsch eines/einer ArbG nach Offenheit oder Verbundenheit gegenüber der eigenen Religion oder Weltanschauung. Beispielsweise mit Formulierungen wie „grundsätzliche Loyalität/offener Zugang zum Judentum/Christentum/Islam erwünscht“, „gelebte Werteorientierung erwünscht“¹⁷⁰, „Spiritualität/spirituelle Haltung erwünscht“ oder „Verbundenheit mit den (jeweiligen ideologischen) Werten der jeweiligen parteipolitischen Organisation/Einrichtung erwünscht“. Mit derart offenen Formulierungen wird nicht die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religion oder Weltanschauung gefordert, sondern lediglich dem Wunsch nach einer bestimmten Haltung des/der künftigen ArbN Ausdruck verliehen. Daher sind solche Formulierungen als zulässig zu beurteilen, sie dürfen jedoch im Ergebnis nicht zu Diskriminierungen führen.

169 Vgl ua *Eichinger/Hopf*, Diskriminierung wegen der Religion oder Weltanschauung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, DRdA 2006, 245.

170 Anders zu beurteilen ist hingegen die Formulierung „gelebte Werteorientierung vorausgesetzt/gefördert“, da man diesbezüglich von einem Muss-Kriterium ausgehen kann, das für sich genommen zu streng formuliert und schon sehr nahe am Zugehörigkeitserfordernis angesiedelt ist.

2. Ausnahmen für Kirchen und vergleichbare Organisationen

§ 20 Abs 2 GIBG sieht eine Ausnahme vom Diskriminierungsverbot für berufliche Tätigkeiten in Kirchen und vergleichbaren Organisationen vor, deren „Ethos“ auf religiösen oder weltanschaulichen Grundsätzen beruht: „Eine Diskriminierung auf Grund der Religion oder Weltanschauung liegt in Bezug auf berufliche Tätigkeiten innerhalb von Kirchen oder anderen öffentlichen oder privaten Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, nicht vor, wenn die Religion oder die Weltanschauung dieser Person nach der Art dieser Tätigkeiten oder der Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt.“

Das GIBG macht mit der Ausnahmebestimmung des § 20 Abs 2 GIBG von der in Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG enthaltenen Ermächtigung Gebrauch, welche die Regelung solcher Ausnahmen durch die Mitgliedstaaten vorsieht.¹⁷¹ Die Ausnahmebestimmung bringt zahlreiche Auslegungsprobleme mit sich. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG die Mitgliedstaaten ermächtigt, die Ausnahmebestimmung entsprechend der zum Zeitpunkt der Annahme der Richtlinie bestehenden einzelstaatlichen Gepflogenheiten zu gestalten.

Die Besonderheit der Ausnahmebestimmung des § 20 Abs 2 GIBG besteht darin, dass die dort angeführten Merkmale – Tätigkeitsart, Ausübungsbedingung sowie wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung – vor dem Hintergrund des Ethos der jeweiligen Kirche oder der sonstigen Organisation zu beurteilen sind und daher deren Selbstverständnis maßgebende Bedeutung für die folgenden Untersuchungen zukommt. Aus diesem Grund wird an dieser Stelle überblicksartig auf das kirchliche Selbstbestimmungsrecht eingegangen.

3. Kirchliches Selbstbestimmungsrecht

Nach Art 15 StGG hat „jede gesetzlich anerkannte Kirche und Religionsgesellschaft das Recht der gemeinsamen öffentlichen Religionsausübung, ordnet und verwaltet ihre inneren Angelegenheiten selbstständig, ... ist aber, wie jede Gesellschaft, den allgemeinen Staatsgesetzen unterworfen“.

171 S dazu exemplarisch *Belling*, Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinie im Hinblick auf das kirchliche Arbeitsrecht, NZA 2004, 885.

Der Begriff der inneren Angelegenheiten wurde früher ausgehend von einer Kompetenz-Kompetenz des Staates im Sinne einer staatskirchenhoheitlichen Aufsicht über die Kirche verstanden. Heute wird der Begriff aus dem Wesen der jeweiligen Kirche oder Religionsgesellschaft nach deren Selbstverständnis bestimmt.¹⁷²

Dementsprechend hält der VfGH fest: Was unter den inneren Angelegenheiten zu verstehen ist, darf nicht von der einfachen Gesetzgebung geregelt werden, sondern ergibt sich wesensmäßig aus dem Aufgabenbereich der betreffenden Religionsgesellschaft. „Der Bereich der inneren Angelegenheiten iSd Art 15 StGG ist nur unter Beachtung auf das Wesen der Religionsgesellschaft nach deren Selbstverständnis erfassbar.“¹⁷³

Der OGH hat im Zusammenhang von Gehaltsforderungen eines evangelischen Pfarrers eine Grenzziehung zwischen inneren und äußeren Angelegenheiten vorgenommen. Demnach sind jene Angelegenheiten, „die den inneren Kern der kirchlichen Betätigung betreffen und in denen ohne Autonomie die Religionsgesellschaften in der Verkündung der von ihnen gelehrteten Heilswahrheiten und der praktischen Ausübung ihrer Glaubenssätze eingeschränkt wären, wobei den Kirchen allerdings im interkonfessionellen Bereich ebenso wie durch einzelne Verfassungsbestimmungen Einschränkungen auferlegt sind.“¹⁷⁴

Unter der Wortfolge „praktische Ausübung ihrer Glaubenssätze“ erscheint nach *Kalb/Potz/Schinkele* nahezu jede den kirchlichen Heils-, Lehr- und Verkündigungsauftrag verwirklichende Lebens- und Wesensäußerung der Kirche darstellende Tätigkeit subsumierbar.¹⁷⁵

Der OGH stellte jedoch auch in dieser Entscheidung keine Relation zwischen der Garantie der kirchlichen Selbstbestimmung und dem Schrankenvorbehalt der „allgemeinen Staatsgesetze“ her. Dabei handelt es sich um eine Schrankenregelung sui generis, welche als materieller Gesetzesvorbehalt zu verstehen ist und daher eine Rechtsgü-

172 Vgl *Kalb/Potz/Schinkele*, Religionsrecht (2003) 65; *Schinkele*, Das Arbeitsrecht in der Kirche, Der verfassungsrechtliche und staatskirchenrechtliche Rahmen unter besonderer Berücksichtigung der katholischen Kirche, in *Runggaldier/Schinkele (Hg)*, Arbeitsrecht und Kirche (1996) 5.

173 VfGH Slg 2944/1955; 3657/1959; G146/87; G147/87=11574/1987.

174 OGH SZ 45/135/1974.

175 Vgl *Kalb/Potz/Schinkele*, Religionsrecht (2003) 66 ff; *Schinkele*, Das Arbeitsrecht in der Kirche, Der verfassungsrechtliche und staatskirchenrechtliche Rahmen unter besonderer Berücksichtigung der katholischen Kirche, in *Runggaldier/Schinkele (Hg)*, Arbeitsrecht und Kirche (1996) 8.

terabwägung fordert. Mittels der allgemeinen Staatsgesetze bringt sozusagen der Staat sein Selbstverständnis ein. Der innerste Kern der inneren Angelegenheiten ist der staatlichen Ingerenz entzogen. Je mehr Berührung bzw. Übergreifen in den staatlichen Rechtsbereich stattfindet, desto mehr gelangt die Schranke der allgemeinen Staatsgesetze zur Wirksamkeit. Das den Kirchen gewährleistete Selbstbestimmungsrecht ist mit den anderen geschützten Rechtsgütern abzuwägen. Umso weiter man den kirchlichen Kernbereich hinter sich lässt, stellen zusätzlich auch einfachgesetzliche Bestimmungen potentielle Schranken dar. Der Zusammenhang zwischen der geschützten Freiheit und der sie begrenzenden Bestimmung ist in diesem Abwägungsprozess¹⁷⁶ zu ermitteln, wodurch ein Gesetz als „allgemeines Staatsgesetz“ iSd Art 15 StGG klassifiziert wird. „Auf diese Weise wird im Wege der praktischen Konkordanz ein Ausgleich zwischen den kollidierenden Rechtspositionen hergestellt.“¹⁷⁷ Diese Aufgabe kommt primär dem einfachen Gesetzgeber zu, aber auch den Organen der Vollziehung.¹⁷⁸

Nach Lehre und Rechtsprechung zählen zu den inneren Angelegenheiten unter anderem

- Glaubens- und Sittenlehre (Dazu zählt die Möglichkeit zu bestimmen, was die Glaubwürdigkeit der Kirche und ihrer Verkündung erfordert und zu beurteilen, ob eine Äußerung gegen die Grundsätze der Glaubens- und Sittenlehre verstößt und welches Gewicht diesem Verstoß beizumessen ist.¹⁷⁹),
- Lehramtsbeauftragung,
- Ämter- und Dienstrecht.¹⁸⁰

Durch bestimmte Berücksichtigungsklauseln wie in § 132 Abs 4 ArbVG¹⁸¹ (besonderer Tendenzschutz) wird klargestellt, dass einzelne Regelungen nicht als allgemeine

176 Dazu ausführlich *Schinkele*, Das Arbeitsrecht in der Kirche, Der verfassungsrechtliche und staatskirchenrechtliche Rahmen unter besonderer Berücksichtigung der katholischen Kirche, in *Runggaldier/Schinkele (Hg)*, Arbeitsrecht und Kirche (1996) 10 ff.

177 *Kalb/Potz/Schinkele*, Religionsrecht (2003) 67; *Schinkele*, Das Arbeitsrecht in der Kirche, Der verfassungsrechtliche und staatskirchenrechtliche Rahmen unter besonderer Berücksichtigung der katholischen Kirche, in *Runggaldier/Schinkele (Hg)*, Arbeitsrecht und Kirche (1996) 10.

178 Vgl *Kalb/Potz/Schinkele*, Religionsrecht (2003) 66 ff; *Schinkele*, Das Arbeitsrecht in der Kirche, Der verfassungsrechtliche und staatskirchenrechtliche Rahmen unter besonderer Berücksichtigung der katholischen Kirche, in *Runggaldier/Schinkele (Hg)*, Arbeitsrecht und Kirche (1996) 9 ff.

179 OGH 12.4.1995, 9 Ob A 31/95, Arb 11.381.

180 Vgl *Kalb/Potz/Schinkele*, Religionsrecht (2003) 67 ff; *Schinkele*, Das Arbeitsrecht in der Kirche, Der verfassungsrechtliche und staatskirchenrechtliche Rahmen unter besonderer Berücksichtigung der katholischen Kirche, in *Runggaldier/Schinkele (Hg)*, Arbeitsrecht und Kirche (1996) 7; *Berka*, Die Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) 310.

181 Arbeitsverfassungsgesetz, BGBl 22/1974 idgF.

Staatsgesetze iSd Art 15 StGG anzusehen sind. In der Regel wird die Gesetzgebung dort, wo eine Kollision verschiedener Rechtsgüter vorhersehbar ist, solche Ausnahmetatbestände nennen. Fehlt ein solcher Ausnahmetatbestand, findet eine Kompetenzverschiebung zugunsten der vollziehenden Organe statt. In diesem Fall impliziert Art 15 StGG eine Abwägung durch die Organe der Vollziehung unmittelbar auf Basis der Verfassung.¹⁸²

Mit dem GIBG wurde von der Gesetzgebung ein solches allgemeines Staatsgesetz iSd Art 15 StGG erlassen. Durch § 20 Abs 2 GIBG wurde jedoch eine Ausnahme geschaffen, wodurch das kirchliche Selbstbestimmungsrecht unter bestimmten sehr engen Voraussetzungen zum Durchbruch gelangt. Sind diese Voraussetzungen hingegen nicht erfüllt, kann es zu einer Verkürzung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts im Bereich des Dienstrechts kommen, welche im Folgenden untersucht und aufgezeigt wird.

4. Kirchen und vergleichbare Organisationen

§ 20 Abs 2 GIBG übernimmt den Wortlaut des Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG, ohne dabei zu definieren, zu Gunsten welcher Organisationen die Ausnahmebestimmung gelten soll. Der Begriff der Richtlinie ist demnach ein unionsrechtlicher. Daher ist auch § 20 Abs 2 GIBG unter Zugrundelegung dieses Begriffsverständnisses auszulegen. In der 24. Begründungserwägung der Richtlinie wird festgehalten, dass die Union den Status von Kirchen, religiösen Vereinigungen oder Gemeinschaften und weltanschaulichen Gemeinschaften achtet. Aus dieser Formulierung wird meiner Ansicht nach deutlich, dass der Begriff der Kirchen und gleichgestellten Organisationen sehr weit zu verstehen ist.¹⁸³ Auch die Entstehungsgeschichte des Art 4 Abs 2 weist darauf hin, dass der Geltungsbereich ein sehr weit gezogener ist. Der Entwurf des Art 4 Abs 2, welcher an die Tendenzschutzklausel der europäischen Betriebsräte-Richtlinie 94/45/EG angelehnt war, sah Ausnahmen vom Diskriminierungsverbot auf Grund der Religion oder Weltanschauung nur in Bezug auf öffentliche oder private Organisationen, die in den Bereichen Religion oder des Glaubens im Hinblick auf Erziehung, Berichterstattung und Meinungsäußerung unmittelbar und überwiegend eine be-

182 Vgl *Kalbl/Potz/Schinkele*, Religionsrecht (2003) 68; *Schinkele*, Das Arbeitsrecht in der Kirche, Der verfassungsrechtliche und staatskirchenrechtliche Rahmen unter besonderer Berücksichtigung der katholischen Kirche, in *Runggaldier/Schinkele* (Hg), Arbeitsrecht und Kirche (1996) 12 ff.

183 So auch *Windisch-Graetz* in *Rebhahn* (Hg), GIBG (2005) § 20 Rz 9.

stimmte weltanschauliche Tendenz verfolgen, vor. Die nunmehr geltende Ausnahmebestimmung schränkt das Diskriminierungsverbot hingegen nicht mehr auf Organisationen ein, welche in bestimmten Bereichen tätig sind.¹⁸⁴

Legt man die Bestimmung des § 20 Abs 2 GIBG europarechtskonform aus, kommt man ferner zu dem Ergebnis, dass dessen Geltungsbereich nicht auf in Österreich anerkannte Kirchen und Religionsgesellschaften beschränkt werden darf. Der rechtliche Status einer Organisation in den einzelnen Mitgliedstaaten kann nicht ausschlaggebend sein, um in den Genuss der Ausnahmebestimmung zu kommen.¹⁸⁵ Daher profitiert die katholische Kirche ebenso wie eine als privater Verein gegründete religiöse Bewegung.¹⁸⁶ Aber auch lose Glaubensgemeinschaften und religionsähnliche Bewegungen können in den Genuss der Ausnahmebestimmung kommen.¹⁸⁷ Ferner halten die Materialien zum GIBG fest, dass „auch die Nutzung von eigenständigen Unternehmensformen in Ausführung der berechtigten Zwecke“ nicht von der Ausnahmebestimmung ausgeschlossen ist, „wenn das Ethos untrennbar mit dem Unternehmenszweck verbunden ist“.¹⁸⁸ Auch die Rechtsform¹⁸⁹ der Organisation ist unerheblich¹⁹⁰. Meiner Einschätzung nach können die für die Beurteilung der Gewährung des Tendenzschutzes nach § 132 ArbVG aufgestellten Regelungen bzw diesbezügliche

184 Vgl *Fink-Jamann*, Das Antidiskriminierungsrecht und seine Folgen für die kirchliche Dienstgemeinschaft, in *Thüsing/Waltermann (Hg)*, Bonner Schriften zum deutschen und europäischen Recht der Arbeit und der sozialen Sicherheit III (2009) 201 ff; *Thüsing*, Religion und Kirche in einem neuen Anti-Diskriminierungsrecht, JZ 2004, 172; *Windisch-Graetz in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 20 Rz 9; *dies* Antidiskriminierung und Selbstbestimmungsrecht der Kirchen – Fachtagung: Religionsrechtliche Fragen des neuen Gleichbehandlungsrechts in europäischer Perspektive, öarr 2008, 228; *Schinkele*, Staat – Kirche – Schule und das neue Gleichbehandlungsrecht – Fachtagung: Religionsrechtliche Fragen des neuen Gleichbehandlungsrechts in europäischer Perspektive, öarr 2008, 290; *Triebel*, Das europäische Religionsrecht am Beispiel der arbeitsrechtlichen Anti-Diskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG, in *Von Campenhausen/Link (Hg)*, Schriften zum Staatskirchenrecht 25 (2005) 81 ff; *Kehlen*, Europäisches Antidiskriminierungsrecht und kirchliches Selbstbestimmungsrecht (2003) 181 ff; *Reichegger*, Die Auswirkung der Richtlinie 2000/78/EG auf das kirchliche Arbeitsrecht unter Berücksichtigung von Gemeinschaftsgrundrechten als Auslegungsmaxime, in *Von Campenhausen/Link (Hg)*, Schriften zum Staatskirchenrecht 24 (2005) 192 ff.

185 Vgl *Windisch-Graetz in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 20 Rz 10; *dies* Antidiskriminierung und Selbstbestimmungsrecht der Kirchen – Fachtagung: Religionsrechtliche Fragen des neuen Gleichbehandlungsrechts in europäischer Perspektive, öarr 2008, 228; *Schinkele*, Religionsfreiheit und europäisches Antidiskriminierungsrecht – einige grundsätzliche Überlegungen – Fachtagung: Religionsrechtliche Fragen des neuen Gleichbehandlungsrechts in europäischer Perspektive, öarr 2008, 179; *dies*, Staat – Kirche – Schule und das neue Gleichbehandlungsrecht – Fachtagung: Religionsrechtliche Fragen des neuen Gleichbehandlungsrechts in europäischer Perspektive, öarr 2008, 290.

186 Vgl *Windisch-Graetz*, Antidiskriminierung und Selbstbestimmungsrecht der Kirchen – Fachtagung: Religionsrechtliche Fragen des neuen Gleichbehandlungsrechts in europäischer Perspektive, öarr 2008, 228.

187 So auch *Egger*, Die neuen Antidiskriminierungsrichtlinien der EU, DRdA 2003, 302 (307).

188 Vgl RV 307 BlgNR 22. GP 16.

189 So unterliegen karitative und diakonische Einrichtungen unabhängig von der Rechtsform, in welcher sie betrieben werden, aus dem Titel der konfessionellen Zwecksetzung dem Tendenzschutz nach § 132 Abs 4 ArbVG. Selbiges gilt für Bildungs- und Erziehungseinrichtungen. Vgl OGH 5.9.2001, 9 Ob A 184/01a, DRdA 2002, 470 mit einem Kommentar von *Kalb*; *Mayer-Maly*, Arbeitsrecht im kirchlichen Dienst, ÖAKR 1977, 64; *Eibensteiner*, Kirche und ihre Einrichtungen (1994) 102; *Kalb/Potz/Schinkele*, Religionsrecht (2003) 288 ff; *Neumayr in Strasser/Jabornegg/Resch (Hg)*, ArbVG (2006) § 132 Rz 83.

190 Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 20 Rz 13; *Windisch-Graetz in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 20 Rz 10; *dies* Antidiskriminierung und Selbstbestimmungsrecht der Kirchen – Fachtagung: Religionsrechtliche Fragen des neuen Gleichbehandlungsrechts in europäischer Perspektive, öarr 2008, 228.

Urteile des OGH analog als Auslegungshilfen herangezogen werden. Daher wird in der folgenden Untersuchung an passender Stelle auf diese Bezug genommen.

In der Brockhaus-Enzyklopädie wird das „Ethos“ als die von sittlichen und moralischen Normen geprägte verantwortungsbewusste Grundhaltung eines/r Einzelnen oder einer Gruppe beschrieben.¹⁹¹ Der aus dem Altgriechischen stammende Begriff kann mit Brauch, Gewohnheit oder Sitte übersetzt werden. „Im vorliegenden Zusammenhang steht das Ethos für die Einzelpersonen oder Gruppen prägende werteorientierte Grundhaltung der Lebensführung.“¹⁹²

Ausgehend von dieser Definition sind jene Organisationen vom Geltungsbereich erfasst, deren Leitbild und Unternehmensziele auf religiösen oder weltanschaulichen Grundsätzen fußen.¹⁹³ Nicht nur Organisationen, deren Hauptzweck in der gemeinsamen Religionsausübung liegt, sind subsumierbar, sondern auch jene, deren Fundamente religiös oder weltanschaulich geprägt sind.¹⁹⁴ In diesem Zusammenhang ist eine Abgrenzung zwischen Organisationen, deren Unternehmensziel auf religiösen oder weltanschaulichen Prinzipien gründet, und Unternehmungen mit rein wirtschaftlichen Zielen zu finden. Ohne Zweifel werden meiner Ansicht nach religiöse oder weltanschauliche Organisationen, welche aus einem Zusammenschluss von Gleichgesinnten bestehen, die sich zum Ziel gesetzt haben, nach ihren Idealen zu leben und diese zu verkünden, von der Ausnahmebestimmung erfasst sein. Jedoch können auch Organisationen berücksichtigt sein, die in einem ausreichend engen Zusammenhang mit einer Kirche oder einer gleichgestellten Organisation stehen, vorausgesetzt, in ihnen wird ebenfalls das besondere Ethos verwirklicht.¹⁹⁵ Nicht ausschlaggebend ist hingegen die organisatorische Verbindung zur verfassten Kirche. Entscheidend ist jedoch, dass sich die Einrichtung bzw deren Tätigkeitsfeld wenigstens partiell als „Wesens- und Lebensäußerung der Kirche“ darstellen muss, was nicht nur für karitative und erzieherische Einrichtungen zu bejahen ist, sondern auch für missionarische Werke, kirchliche Presseagenturen und Wissenschaftseinrichtungen.¹⁹⁶ Folglich fallen insbe-

191 http://www.brockhaus-enzyklopaedie.de/be21_article.php (1.12.2012).

192 Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 20 Rz 12.

193 Vgl Windisch-Graetz in Rebhahn (Hg), GIBG (2005) § 20 Rz 11.

194 Vgl Windisch-Graetz, Antidiskriminierung und Selbstbestimmungsrecht der Kirchen – Fachtagung: Religionsrechtliche Fragen des neuen Gleichbehandlungsrechts in europäischer Perspektive, öarr 2008, 228.

195 Vgl Windisch-Graetz in Rebhahn (Hg), GIBG (2005) § 20 Rz 11.

196 Vgl Reichold, Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht – Auswirkungen der Antidiskriminierungs-Richtlinie 2000/78/EG auf kirchliche Arbeitsverhältnisse, NZA 2001, 1054 (1059).

sondere von Kirchen geführte Kinderbetreuungseinrichtungen, Schulen, Krankenhäuser, Einrichtungen der sozialen Arbeit, SeniorInnen- und Pflegeeinrichtungen unter den Anwendungsbereich der Ausnahmebestimmung.¹⁹⁷ So hält auch der OGH in einem Urteil zum Tendenzschutz fest, dass karitative und erzieherische Einrichtungen, welche von einer Kirche oder Religionsgesellschaften betrieben werden, wie etwa Kindergärten, PensionistInnenheime oder Studierendenheime als Tendenzrichtungen zu qualifizieren sind, weil in ihnen die Wesen- und Lebensäußerung einer christlichen Kirche zum Ausdruck kommt.¹⁹⁸

Ausgeschlossen sind nach dem Kriterium der Zuordnung zur „Wesens- und Lebensäußerung“ hingegen rein kommerzielle Betätigungen. So führt *Windisch-Graetz* unter Verweis auf *Reichold* folgerichtig aus, dass eine ausgegliederte Service-GmbH, welche in einem konfessionellen Krankenhaus, ohne diakonischen Auftrag zur Kantinenbewirtschaftung, zur Grundstücksverwaltung oder zur Reinigung eingesetzt wird, keine kirchliche Grundfunktion mehr erfüllt.¹⁹⁹ Der/Die UnternehmensinhaberIn ist für die Beurteilung, ob das Unternehmen einen religiösen oder weltanschaulichen Zweck verfolgt, nicht maßgeblich. Eine Bierbrauerei in der Rechtsform einer GmbH kann nicht in den Genuss der Ausnahmebestimmung kommen, nur weil ihr Gesellschafter ein kirchlicher Orden ist. Der Tatsache, dass ein/e InhaberIn oder EinmangesellschafterIn eine konfessionelle Einrichtung ist, kann allenfalls Indizwirkung für das Vorliegen einer ideellen Zwecksetzung bei einem von diesen Institutionen geführten Betrieb oder Unternehmen zukommen.²⁰⁰ Zudem ist es nicht ausreichend, dass ein Unternehmen selbst nur die Aufgabe wahrnimmt, die wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Verwirklichung religiöser oder weltanschaulicher Zwecke einer Kirche oder vergleich-

197 Ähnlich *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 20 Rz 13; *Windisch-Graetz* in *Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 20 Rz 11; dies Antidiskriminierung und Selbstbestimmungsrecht der Kirchen – Fachtagung: Religionsrechtliche Fragen des neuen Gleichbehandlungsrechts in europäischer Perspektive, öarr 2008, 228.

198 OGH 5.9.2001, 9 Ob A 184/01a; vgl OGH 5.9.2001, 9 Ob A 184/01a DRdA 2002, 470 mit einem Kommentar von *Kalb*; OGH 5.9.2001, 9 Ob A 184/01a, öarr 2002, 488 mit einem Kommentar von *Runggaldier*.

199 Vgl *Windisch-Graetz* in *Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 20 Rz 11 unter Verweis auf *Reichold*, Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht – Auswirkungen der Antidiskriminierungs-Richtlinie 2000/78/EG auf kirchliche Arbeitsverhältnisse, NZA 2001, 1054 (1059); siehe auch *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 20 Rz 13.

200 So zum Tendenzschutz: Vgl *Neumayr* in *Strasser/Jabornegg/Resch (Hg)*, ArbVG (2006) § 132 Rz 17 und Rz 23; *ders* in *Neumayr/Reissner (Hg)*, ZellKomm § 132 Rz 10; *Tomandl*, Der Anwendungsbereich des betriebsverfassungsrechtlichen Tendenzschutzes bei Presseunternehmungen, in *Rechberger/Welser (Hg)*, Festschrift *Winfried Kralik* zum 65. Geburtstag (1986) 564; *Schrammel*, Probleme des Tendenzschutzes in der österreichischen Betriebsverfassung, in *Schwarz (Hg)*, Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsordnung, Festschrift *Rudolf Strasser* zum 60. Geburtstag (1983) 571; *Kalb/Potz/Schinkele*, Religionsrecht (2003) 288; VwGH 22.4.1966, ZI 2087/65, Arb 8276 = ZAS 1967, *Mayer-Maly*, 114; *Mayer-Maly*, Arbeitsrecht im kirchlichen Dienst, ÖAKR 1977, 64.

baren Organisation zu schaffen und somit nur einer indirekten ideellen Zwecksetzung dient.²⁰¹

Ob eine Organisation auf religiösem oder weltanschaulichem Ethos gegründet ist, muss auf Grund einer zweifachen Zuordnung geprüft werden. Zunächst ist deren Selbstverständnis von erheblicher Bedeutung. Zusätzlich muss sich die Organisation jedoch auch nach dem objektiven Verständnis der Rechtsgemeinschaft auf Grund nach außen tretender Kriterien wie Inhalt und äußerem Erscheinungsbild als religiös oder weltanschaulich geprägt darstellen.²⁰² Entscheidend sind die von dem/der InhaberIn mit dem Unternehmen nach außen in Erscheinung tretenden und damit objektiv erkennbar verfolgten Ziele. Die subjektive Zweckwidmung des Unternehmens kann für sich allein keine Ausnahme vom Diskriminierungsverbot begründen.²⁰³

Auch nach weltanschaulichen Überzeugungen ausgerichtete Organisationen können sich zu ihren Gunsten auf die Ausnahmebestimmung berufen.²⁰⁴ Dazu zählen insbesondere die Büros, Organisationen und Verbände politischer Parteien, sofern die jeweilige Einrichtung unmittelbar der weltanschaulichen Zwecksetzung dient.

Kommt man anhand dieser Kriterien zum Ergebnis der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 20 Abs 2 GIBG auf eine konkreten Einrichtung bzw Organisation, so sind in den nächsten Schritten weitere streng tätigkeitsbezogene Voraussetzungen zu prüfen.

5. Beschränkung durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip

Nach § 20 Abs 2 GIBG sind Ungleichbehandlungen zulässig, sofern

- nach der Religion oder Weltanschauung differenziert wird und
- diese nach der Art der Tätigkeit oder den Umständen ihrer Ausübung

201 Vgl *Windisch-Graetz in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 20 Rz 12 unter Verweis auf *Neumayr in Strasser/Jabornegg/Resch (Hg)*, ArbVG (2006) § 132 Rz 17.

202 Vgl *Windisch-Graetz in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 20 Rz 12; *dies* Antidiskriminierung und Selbstbestimmungsrecht der Kirchen – Fachtagung: Religionsrechtliche Fragen des neuen Gleichbehandlungsrechts in europäischer Perspektive, öarr 2008, 228 unter Verweis auf *Neumayr in Strasser/Jabornegg/Resch (Hg)*, ArbVG (2006) § 132 Rz 17, 33.

203 Vgl ua VwGH 22.4.1966, ZI 2087/65, Arb 8276 = ZAS 1967, *Mayer-Maly*, 114.

204 So auch *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 20 Rz 13; *Windisch-Graetz in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 20 Rz 14; *Groser*, Die wesentlichen Grundzüge des Gleichbehandlungsrechts aus dem Blickwinkel der Gleichbehandlungsanwaltschaft – Fachtagung: Religionsrechtliche Fragen des neuen Gleichbehandlungsrechts in europäischer Perspektive, öarr 2008, 212; *Piffl-Pavelec/Ritzberger-Moser/Schmid*, Die Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien in Österreich in Form des neuen Gleichbehandlungsgesetzes, in *Heidinger/Frank-Thomasser/Schmid (Hg)*, Antidiskriminierung (2004) 166.

- eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt.

Aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt sich, dass die Ausnahmen vom Diskriminierungsverbot „tätigkeitsbezogen“ sind. Folglich hat die rechtliche Beurteilung, ob das Vorliegen einer bestimmten Religion oder Weltanschauung tatsächlich erforderlich ist, stets in Bezug auf die im konkreten Einzelfall geschuldete Tätigkeit zu erfolgen. Durch das Abstellen auf die Tätigkeitsart sollen Generalisierungen hintangestellt werden.²⁰⁵ Auch die Materialien zum GIBG halten diesbezüglich fest, es liege „auf der Hand und ist auch sachlich gerechtfertigt, dass in Organisationen, die bestimmte religiöse Werte vertreten, für bestimmte Arbeitsplätze oder Tätigkeiten nur ArbeitnehmerInnen mit der entsprechenden religiösen Überzeugung in Betracht kommen“.²⁰⁶

Als Maßstab für die rechtliche Beurteilung ist unter anderem das Selbstverständnis der jeweiligen Kirche oder gleichgestellten Organisation heranzuziehen.²⁰⁷ In der Literatur wird jedoch zu Recht auch eine Beurteilung der Ausnahmebestimmung unter objektiven Gesichtspunkten gefordert. In diesem Sinne hält ferner die Europäische Kommission zu § 9 AGG²⁰⁸, welcher das deutsche Pendant zu § 20 Abs 2 GIBG darstellt, fest, dass eine Orientierung ausschließlich am Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften nicht gedeckt ist.²⁰⁹ So ergibt sich ein zweistufiges Prüfungsschema. In einem ersten Schritt ist zu ermitteln, welche Anforderungen nach dem jeweiligen Ethos verlangt sind. Im zweiten Schritt ist zu prüfen, ob diese Anforderungen nach dem allgemeinen Verständnis in einem angemessenen Verhältnis zum Eingriff in das Diskriminierungsverbot stehen.²¹⁰ So ist das Vorliegen

205 Vgl. *Windisch-Graetz in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 20 Rz 19; *dies* Antidiskriminierung und Selbstbestimmungsrecht der Kirchen – Fachtagung: Religionsrechtliche Fragen des neuen Gleichbehandlungsrechts in europäischer Perspektive, öarr 2008, 228; *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 20 Rz 16; *Kneucker*, Das neue Gleichbehandlungsrecht: Auswirkungen auf die Evangelische Kirche in Österreich – Fachtagung: Religionsrechtliche Fragen des neuen Gleichbehandlungsrechts in europäischer Perspektive, öarr 2008, 238.

206 RV 307 BlgNR 22. GP 16.

207 Vgl. *Belling*, Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinie im Hinblick auf das kirchliche Arbeitsrecht, NZA 2004, 885; *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 20 Rz 14.

208 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz.

209 Die Europäische Kommission rügt die unzureichende Umsetzung der Richtlinie in Deutschland. Die Auslegung der Richtlinie dürfe nicht dazu führen, dass eine Religionsgemeinschaft eine bestimmte berufliche Anforderung alleine auf Grund ihres Selbstbestimmungsrechtes festlegen könne, ohne dass diese bestimmte Anforderung in Bezug auf die konkrete Tätigkeit auch einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterworfen wird. Die Umsetzung des Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG durch § 9 AGG entspricht in dieser Art nicht den europäischen Vorgaben. Vgl. *Jousse*, § 9 AGG und die europäischen Grenzen für das kirchliche Arbeitsrecht, NZA 2008, 675; *Windisch-Graetz*, Antidiskriminierung und Selbstbestimmungsrecht der Kirchen – Fachtagung: Religionsrechtliche Fragen des neuen Gleichbehandlungsrechts in europäischer Perspektive, öarr 2008, 228.

210 Vgl. *Windisch-Graetz in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 20 Rz 20; *dies* Antidiskriminierung und Selbstbestimmungsrecht der Kirchen – Fachtagung: Religionsrechtliche Fragen des neuen Gleichbehandlungsrechts in europäischer Perspektive,

einer bestimmten Religion oder Weltanschauung „eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte Anforderung, wenn das Verlangen des ArbG, eine bestimmte innere Werterhaltung in Bezug auf die Tätigkeit zu haben, im Hinblick auf die Zielsetzung der Organisation auch nach objektiven Maßstäben erforderlich und angemessen erscheint“.²¹¹

Das Erfordernis der „Rechtmäßigkeit“ einer beruflichen Anforderung bringt zum Ausdruck, dass das mit dieser Anforderung verfolgte Ziel den Vorgaben der Rechtsordnung zu entsprechen hat – somit einem rechtmäßigen Zweck dient. Auch für Religionsgemeinschaften besteht eine Bindung an das staatliche Recht, welche ihre Grenzen vorwiegend im Selbstbestimmungsrecht gesetzlich anerkannter Religionsgemeinschaften findet.²¹²

„Gerechtfertigt“ wird eine berufliche Anforderung dann sein, wenn sie – vor dem Hintergrund des Ethos – auf damit zusammenhängende sachliche Gründe zurückgeführt werden kann.²¹³ Diskriminierungsbehaftete Gründe sind daher auszuschneiden.

Ferner hat die berufliche Anforderung – ebenfalls vor dem Hintergrund des Ethos – dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu entsprechen. Danach hat sie geeignet und erforderlich zu sein. Bei der Prüfung der Geeignetheit ist zu ermitteln, ob durch die berufliche Anforderung das angestrebte Ziel überhaupt erreicht werden kann. Der eigentliche Schwerpunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung liegt jedoch in der Erforderlichkeit. Eine berufliche Anforderung ist dann nicht erforderlich, wenn das angestrebte Ziel auch durch gleich wirksame Alternativmaßnahmen erreichbar ist, die vergleichbar weniger nachteilige Auswirkungen haben. Ist die Erforderlichkeit nicht gegeben, so ist die Anforderung sachlich nicht gerechtfertigt.²¹⁴

öarr 2008, 228; idS auch *Schliemann*, Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht - Kooperation oder Konfrontation?, NZA 2003, 407 (411).

211 *Windisch-Graetz in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 20 Rz 20.

212 Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 20 Rz 19.

213 Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 20 Rz 20.

214 Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 5 Rz 145 ff zum geschützten Merkmal des Geschlechts.

Zusammenfassend lässt sich folgendes Prüfungsschema festlegen:

- **Differenzierung nach Religion oder Weltanschauung**
- **Kirche oder vergleichbare Organisation, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauung beruht**
 - unter Bezugnahme auf das Selbstverständnis der Organisation
 - sowie die objektiv erkennbare Zweckwidmung
- **berufliche Tätigkeit** (keine Ehrenämter, keine geistlichen Ämter)
- **Wesentlichkeit der beruflichen Anforderung** (tätigkeitsbezogen)
 - unter Bezugnahme auf das Selbstverständnis der Organisation
 - sowie objektive Kriterien
- **rechtmäßiger Zweck** (tätigkeitsbezogen)
 - unter Bezugnahme auf das Selbstverständnis der Organisation
 - sowie objektive Kriterien
- **sachliche Rechtfertigung** (tätigkeitsbezogen)
 - unter Bezugnahme auf das Selbstverständnis der Organisation
 - sowie objektive Kriterien
- **Verhältnismäßigkeit der Anforderung** – Geeignetheit und Erforderlichkeit (tätigkeitsbezogen)
 - unter Bezugnahme auf das Selbstverständnis der Organisation
 - sowie objektive Kriterien

6. Folgerungen für konkrete Tätigkeitsfelder

a. Glaubensvermittlung/Verkündungsarbeit

Ist der Inhalt einer Tätigkeit überwiegend die Glaubensvermittlung – ein Bereich, der den inneren Angelegenheiten iSd Art 15 StGG zugeordnet werden kann, ist das Vorliegen einer bestimmten Religion eine wesentliche Anforderung an die berufliche Tätigkeit. Dieses Erfordernis dient der plausiblen und überzeugenden Glaubensvermittlung und somit einem rechtmäßigem Zweck, der auch sachlich gerechtfertigt ist. Die Zugehörigkeit zum Glauben ist auch geeignet und erforderlich, um diesen nachvollziehbar zu verkünden. Es ist daher von der Verhältnismäßigkeit dieses Erfordernisses auszugehen. Dies trifft beispielsweise auf die Tätigkeiten als ReligionslehrerIn, PastoralassistentIn²¹⁵ oder EntwicklungshelferIn²¹⁶ zu.

²¹⁵ Vgl OGH 6.5.1987, 14 Ob A 29/87, Arb.10665, DRdA 1988, 465; Ein/e PastoralassistentIn ist nahezu ausschließlich in der Verkündigung tätig und gehört daher zu jenen ArbN, welche die konfessionelle Zwecksetzung der/des ArbG unmittelbar zu verwirklichen haben.

Ein Anknüpfen an die Religionszugehörigkeit bei ReligionslehrerInnen ist somit zulässig. Da jedoch mit der pädagogischen Arbeit auch immer die Vermittlung einer bestimmten Werterhaltung einhergeht, ist das Erfordernis der Religionszugehörigkeit auch für die Tätigkeit als Kindergartenpädagogin/e in einem Ordenskindergarten oder als Lehrerin in „weltlichen“ Fächern²¹⁷ in einer Ordensschule als wesentlich zu bewerten. Dies dient dem als rechtmäßig zu beurteilenden Zweck der religiösen Erziehung und Wertevermittlung der anvertrauten Kinder, welche auch von den betroffenen Eltern gewünscht ist. Diese Zwecksetzung ist nachvollziehbar und sachlich gerechtfertigt. Auch die Verhältnismäßigkeit dieser Anforderung ist gegeben. PädagogInnen mit Religionszugehörigkeit sind geeignet, religiöse Erziehung zu leisten und religiöse Werte zu vermitteln. Gleichzeitig hat auch die Entscheidung der Eltern, ihr Kind in einer Ordensschule bzw einem Ordenskindergarten erziehen und betreuen zu lassen, in den Abwägungsprozess der Verhältnismäßigkeitsprüfung einzufließen. Das Erfordernis der Religionszugehörigkeit ist daher rechtmäßig.

Zu einem anderen Ergebnis gelangt man für die Tätigkeit als KindergartenhelferIn. Diese führen nur pädagogische Hilfstätigkeiten aus und dürfen lediglich in den sogenannten Randzeiten zur Überbrückung kleinere Gruppen von Kindern alleine führen.²¹⁸

b. Administrative und technische Arbeiten

Ist die Tätigkeit jedoch rein auf administrative (zB Sekretariat, Finanzverwaltung, Buchhaltung) oder technische Arbeiten (zB Reinigungspersonal, Gebäudeinstandhaltung²¹⁹, Labortechnik, Betreuung von Geräten und IT-Systemen) beschränkt, ist ein Anknüpfen an die Religion unzulässig.²²⁰ Die Anforderung der Zugehörigkeit zu einer

216 Vgl *Windisch-Graetz in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 20 Rz 19; *dies* Antidiskriminierung und Selbstbestimmungsrecht der Kirchen – Fachtagung: Religionsrechtliche Fragen des neuen Gleichbehandlungsrechts in europäischer Perspektive, öarr 2008, 228; *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 20 Rz 16; so auch *Kneucker*, Das neue Gleichbehandlungsrecht: Auswirkungen auf die Evangelische Kirche in Österreich – Fachtagung: Religionsrechtliche Fragen des neuen Gleichbehandlungsrecht in europäischer Perspektive, öarr 2008, 238.

217 Vgl *Windisch-Graetz in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 20 Rz 19; *dies* Antidiskriminierung und Selbstbestimmungsrecht der Kirchen – Fachtagung: Religionsrechtliche Fragen des neuen Gleichbehandlungsrechts in europäischer Perspektive, öarr 2008, 228.

218 Beispielsweise sieht das Oberösterreichische Kinderbetreuungsgesetz in § 11 Abs 4 vor (LGBI 39/2007 idgF): Der Mindestpersonaleinsatz gemäß Abs. 3 für Kinderbetreuungseinrichtungen gilt jedenfalls für die Kernzeit. In Randzeiten (§ 9 Abs. 4) darf vom Mindestpersonaleinsatz insofern abgewichen werden, als in diesen Zeiten keine pädagogische Fachkraft anwesend sein muss.

219 Vgl *Runggaldier/Drösch*, Arbeits- und sozialrechtliche Rahmenbedingungen beim Einsatz von MitarbeiterInnen in NPOs, in *Badelt/Meyer/Simsa (Hg)*, Handbuch der Non Profit Organisationen⁴ (2007) 299 (305 ff).

220 Vgl *Windisch-Graetz in Rebhahn (Hg)*, GIBG (2005) § 20 Rz 19; *dies* Antidiskriminierung und Selbstbestimmungsrecht der Kirchen – Fachtagung: Religionsrechtliche Fragen des neuen Gleichbehandlungsrechts in europäischer Perspektive, öarr 2008, 228; *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 20 Rz 16; *Egger*, Die neuen Antidiskriminierungsrichtlinien der EU, DRdA 2003, 302; *Piffl-Pavelec/Ritzberger-Moser/Schmid*, Die Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien in Österreich in Form des neuen Gleichbehandlungsgesetzes, in *Heidinger/Frank-Thomasser/Schmid (Hg)*, Antidiskriminierung (2004) 165.

bestimmten Religion scheitert bereits an ihrer Wesentlichkeit – auch unter Bezugnahme auf das Selbstverständnis der Organisation. Im administrativen oder technischen Bereich ergeben sich keine Berührungspunkte mit religiösen oder weltanschaulichen Aspekten. Ferner lässt sich in diesem Zusammenhang weder ein rechtmäßiger Zweck des Erfordernisses konstruieren noch wäre dieses verhältnismäßig.

c. Ordenskrankenhäuser

ÄrztInnen, Pflegepersonal, PhysiotherapeutInnen etc sind in der Gesundheitsversorgung tätig. Für diese konkret geschuldeten Tätigkeiten ist das Vorliegen einer bestimmten Religion nicht wesentlich – wesentlich ist vielmehr die fachliche Ausbildung und Eignung. Eine seelsorgerische bzw glaubensbezogene Hilfestellung durch medizinisches Personal ist mangels theologischer Qualifikation auch nicht geeignet, die PatientInnen adäquat in Glaubensfragen oder Konfliktsituationen zu beraten. Ergibt sich im Zuge der Gesundheitsversorgung das Erfordernis bzw Bedürfnis einer seelsorgerischen Beratung seitens eines/einer PatientIn, stehen für diese Anliegen KrankenanstaltsseelsorgerInnen und Ordensangehörige zur Verfügung. Die Hilfestellung durch SeelsorgerInnen und Ordensangehörige ist die wirksamere Maßnahme als das Erfordernis einer spezifischen Religionszugehörigkeit an das gesamte medizinische Personal. Gleichzeitig sind damit wesentlich weniger nachteilige Auswirkungen in Bezug auf eine diskriminierungsfreie Arbeitswelt verbunden.

Ferner kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass alle PatientInnen ausschließlich aus religiösen Gründen ein Ordenskrankenhaus aufsuchen. In manchen Fällen kann auch die fachmedizinische Eignung oder die Zeiten der Aufnahme und nicht nur der Konfessionsbezug des Hauses im Vordergrund stehen.

Um dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit zu genügen, hat auch in Bezug auf Führungspositionen immer eine streng tätigkeitsbezogene Einzelfallbetrachtung zu erfolgen. Denn das Argument, wonach Personen in Führungspositionen auch immer die innere Werterhaltung des ArbG zu vertreten haben, kann für sich alleine keine Ausnahme vom Diskriminierungsverbot begründen.

d. Einrichtungen der sozialen Arbeit

Die Studienpläne der Fachhochschulen Wien²²¹ und Oberösterreich²²² nennen für das Bachelorstudium Soziale Arbeit beispielhaft folgende Berufsfelder: Soziale Arbeit mit Familien und Kindern, sozialpädagogische Arbeit, Kinder- und Jugendarbeit, soziale Arbeit im Gesundheitsbereich, soziale Arbeit mit beeinträchtigten oder älteren Menschen, Straffälligenarbeit und Opferhilfe, interkulturelle soziale Arbeit, materielle Existenzsicherung, Beruf und Bildung, Geschlechterbeziehungen.

Ferner wird auf den Internetseiten der Fachhochschulen angeführt: SozialarbeiterInnen arbeiten mit und für KlientInnen in komplexen Lebenssituationen (FH Wien). Sozialarbeit beschäftigt sich mit Ursachen, Auswirkungen und Lösungsoptionen von sozialen Problemen. Ziel der Ausbildung ist die anwendungsorientierte Ausbildung von ExpertInnen für die Inklusion, Rehabilitation und Resozialisierung von Menschen in schwierigen Lebenslagen (FH Oberösterreich).

Nach dem Selbstverständnis einer Kirche oder Religionsgemeinschaft wird die Religionszugehörigkeit bei der Betreuung von Menschen in problematischen Lebenslagen wesentlich sein. Ausgehend von oben genannten Beschäftigungsfeldern kann die Wesentlichkeit dieser Anforderung mehrheitlich auch nach objektiven Kriterien bejaht werden. Wenn eine konfessionelle Organisation Menschen in derartigen Lebenssituationen Hilfestellung leistet, wird dies nicht ohne Glaubensbezug möglich sein. Kirchen und Religionsgemeinschaften tragen nach ihrem Selbstverständnis Verantwortung für soziale Fragen und eine gerechte und solidarische Gesellschaft. Diese rechtmäßige Zwecksetzung der sozialen Arbeit ist sachlich nachvollziehbar. Religiöse Menschen sind geeignet, glaubensbezogene Hilfestellung zu leisten. Somit wird ein Anknüpfen an die Religionszugehörigkeit mehrheitlich zu tolerieren sein. Um dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit Rechnung zu tragen, hat dennoch auch im Bereich der sozialen Arbeit eine genaue Betrachtung der konkreten Tätigkeit zu erfolgen, welche im Einzelfall auch zu einem anderen Ergebnis führen kann. Beispielsweise in der Asylberatung, Integrationshilfe oder in der Arbeitsvermittlung für MigrantInnen. In diesen Be-

221 http://www.fh-campuswien.ac.at/studium/soziales/bachelor/soziale_arbeit/berufsfelder/ (12.06.2012).

222 <http://www.fh-ooe.at/campus-linz/studiengaenge/bachelor-studien/soziale-arbeit/alle-infos-zum-studium/berufsbild/> (12.06.2012).

reichen wird regelmäßig keine glaubensbezogene Beratung erfolgen, da die Mehrheit der MigrantInnen ohnehin einer anderen Konfession angehören werden.

c. Weltanschauliche Organisationen

Selbiges gilt im Rahmen ihrer Möglichkeiten auch für weltanschaulich ausgerichtete Organisationen. In Bezug auf die Tätigkeit als Schreibkraft oder Reinigungskraft ist ein Anknüpfen an die Weltanschauung nicht gerechtfertigt. Bei einer exponierteren Stelle, etwa als ParteisprecherIn, ist die Parteizugehörigkeit legitime Voraussetzung.²²³

7. Strafbarkeitsgrundlage

Kommt man zum Ergebnis der unmittelbaren Diskriminierung auf Grund der Religion oder Weltanschauung durch die unzulässigen Forderung nach Religions- oder Weltanschauungszugehörigkeit in einem Stelleninserat, liegt ein Verstoß gegen § 20 Abs 2 iVm § 23 Abs 1 GIBG vor, welcher zur Strafbarkeit nach § 24 GIBG führt.

²²³ Ähnlich auch *Piffel-Pavelec/Ritzberger-Moser/Schmid*, Die Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien in Österreich in Form des neuen Gleichbehandlungsgesetzes, in *Heidinger/Frank-Thomasser/Schmid (Hg)*, Antidiskriminierung (2004) 166.

V. ANHANG

A. Häufig verwendete Formulierungen in Stelleninseraten – Übersicht²²⁴

Formulierungen mit Bezugnahme auf das Alter	Seite
Arbeitskräfte zwischen 20 und 30 Jahren	33 f
Alter mindestens 25 Jahre	33 f
Höchstalter 30	33 f
40+ QuereinsteigerIN	33 f
mindestens zwei- bis dreijährige Berufserfahrung erforderlich ²²⁵	35
langjährige Berufserfahrung vorausgesetzt ²²⁶	35 f
einschlägige Berufserfahrung erforderlich ²²⁷	36 f
BerufsanfängerIN	37 f
JungtechnikerIN; junge/r, dynamische/r Assistent/in; Young Professionals	37 f
Abschluss der Ausbildung höchstens ein Jahr zurück	37 f
nur ArbeitnehmerInnen im ersten Berufs-/Tätigkeitsjahr	38
junges, dynamisches Team/Unternehmen	8, 38
Junior Position ²²⁸	38 f
Senior Position ²²⁹	38 f

Formulierungen mit Bezugnahme auf die ethnische Zugehörigkeit	Seite
nur InländerInnen	40 f
nur Einheimische	40 f
EU-Staatsbürgerschaft erforderlich	40 f
EWR-Staatsbürgerschaft vorausgesetzt	40 f
perfekte/fließende/einwandfreie/ausgezeichnete/sehr gute Deutschkenntnisse ²³⁰	42 f
akzentfreies Deutsch	43 f
sehr gutes Deutsch in Wort und Schrift ²³¹	44
hervorragende Beherrschung der deutschen Sprache	44
Muttersprache Deutsch	44

224 Diese Übersicht dient der leichteren Orientierung der LeserInnen. Die Formulierungsbeispiele sind nicht abschließend, sondern eine Übersicht der häufig verwendeten Formulierungen in Stelleninseraten. Sollte es diskriminierungsfreie Alternativen zu problematischen Formulierungen der Übersicht geben, so wird jeweils in einer Fußnote darauf verwiesen. Dennoch ist auch bei der Anwendung dieser Übersicht immer ein konkreter Tätigkeitsbezug herzustellen.

225 Alternative: Berufserfahrung erwünscht.

226 Alternative: Berufserfahrung erwünscht.

227 Alternative: Berufserfahrung erwünscht.

228 Dies ist eine zulässige Formulierung, vorausgesetzt diese Formulierung dient als Bezeichnung der betrieblichen Hierarchieebene der ausgeschriebenen Position.

229 Dies ist eine zulässige Formulierung, vorausgesetzt diese Formulierung dient als Bezeichnung der betrieblichen Hierarchieebene der ausgeschriebenen Position.

230 Alternative: Gute Deutschkenntnisse von Vorteil.

231 Alternative: Gutes Deutsch in Wort und Schrift von Vorteil.

Formulierungen mit Bezugnahme auf die Religion oder Weltanschauung	Seite
Forderung einer bestimmten Religionszugehörigkeit	46, 57 f
Forderung einer bestimmten Weltanschauungszugehörigkeit	46, 61
Vorausgesetzt: atheistisch, antiklerikal, ohne Bekenntnis	46
grundsätzliche Loyalität zum Judentum/Christentum/Islam erwünscht	46
offener Zugang zum Judentum/Christentum/Islam erwünscht	46
gelebte Werteorientierung vorausgesetzt ²³²	46
Spiritualität/spirituelle Haltung erwünscht	46
Verbundenheit mit den (jeweiligen ideologischen) Werten der (jeweiligen) parteipolitischen Organisation/Einrichtung	46

232 Alternative: Gelebte Werteorientierung erwünscht.

B. Gesetzesstellen

1. Gleichbehandlungsgesetz (BGBl I 66/2004 idgF)

Gleichbehandlungsgebot im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis

§ 17. (1) Auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung darf im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht

1. bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses,
2. bei der Festsetzung des Entgelts,
3. bei der Gewährung freiwilliger Sozialleistungen, die kein Entgelt darstellen,
4. bei Maßnahmen der Aus- und Weiterbildung und Umschulung,
5. beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen,
6. bei den sonstigen Arbeitsbedingungen,
7. bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

(2) Abs. 1 berührt nicht die Vorschriften und die Bedingungen für die Einreise von Staatsangehörigen dritter Staaten oder staatenloser Personen oder deren Aufenthalt sowie eine Behandlung, die sich aus der Rechtsstellung von Staatsangehörigen dritter Staaten oder staatenloser Personen ergibt.

Begriffsbestimmungen

§ 19. (1) Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person auf Grund eines in § 17 genannten Grundes in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

(2) Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einer ethnischen Gruppe angehören, oder Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung, eines bestimmten Alters oder mit einer bestimmten sexuellen Orientierung gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich.

(3) Eine Diskriminierung liegt auch bei Anweisung einer Person zur Diskriminierung vor.

(4) Eine Diskriminierung liegt auch vor, wenn eine Person auf Grund ihres Naheverhältnisses zu einer Person wegen deren ethnischer Zugehörigkeit, deren Religion oder Weltanschauung, deren Alters oder deren sexueller Orientierung diskriminiert wird.

Ausnahmebestimmungen

§ 20. (1) Bei Ungleichbehandlung wegen eines Merkmals, das im Zusammenhang mit einem der in § 17 genannten Diskriminierungsgründe steht, liegt keine Diskriminierung vor, wenn das betreffende Merkmal auf Grund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt und sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.

(2) Eine Diskriminierung auf Grund der Religion oder Weltanschauung liegt in Bezug auf berufliche Tätigkeiten innerhalb von Kirchen oder anderen öffentlichen oder privaten Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, nicht vor, wenn die Religion oder die Weltanschauung dieser Person nach der Art dieser Tätigkeiten oder der Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt.

(3) Eine Diskriminierung auf Grund des Alters liegt nicht vor, wenn die Ungleichbehandlung

1. objektiv und angemessen ist,
2. durch ein legitimes Ziel, insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung, gerechtfertigt ist und
3. die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich sind.

(4) Ungleichbehandlungen nach Abs. 3 können insbesondere einschließen

1. die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung und zur beruflichen Bildung sowie besonderer Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Bedingungen für Entlassung und Entlohnung, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Arbeitnehmer/innen und Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen,
2. die Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung oder des Dienstalters für den Zugang zur Beschäftigung oder für bestimmte mit der Beschäftigung verbundenen Vorteile,
3. die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung auf Grund der spezifischen Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder auf Grund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand.

(5) Eine Diskriminierung auf Grund des Alters liegt auch nicht vor bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit durch Festsetzung von Altersgrenzen als Voraussetzung für die Mitgliedschaft oder den Bezug von Altersrente oder von Leistungen bei Invalidität einschließlich der Festsetzung unterschiedlicher Altersgrenzen im Rahmen dieser Systeme für bestimmte Beschäftigte oder Gruppen oder Kategorien von Beschäftigten und die Verwendung im Rahmen dieser Systeme von Alterskriterien für versicherungsmathematische Berechnungen, sofern dies nicht zu Diskriminierungen auf Grund des Geschlechtes führt.

Gebot der diskriminierungsfreien Stellenausschreibung

§ 23. (1) Der/die Arbeitgeber/in oder private/r Arbeitsvermittler/in gemäß den §§ 2 ff des Arbeitsmarktförderungsgesetzes, BGBl. Nr. 31/1969, oder eine mit der Arbeitsvermittlung betraute juristische Person öffentlichen Rechts darf einen Arbeitsplatz weder öffentlich noch innerhalb des Betriebes (Unternehmens) in diskriminierender Weise ausschreiben oder durch Dritte ausschreiben lassen, es sei denn, das betreffende Merkmal stellt auf Grund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung dar, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.

(2) Der/die Arbeitgeber/in oder private Arbeitsvermittler/in gemäß den §§ 2 ff des Arbeitsmarktförderungsgesetzes oder eine mit der Arbeitsvermittlung betraute juristische Person öffentlichen Rechts ist verpflichtet, in der Ausschreibung das für den ausgeschriebenen Arbeitsplatz geltende kollektivvertragliche oder das durch Gesetz oder andere Normen der kollektiven Rechtsgestaltung geltende Mindestentgelt anzugeben und auf die Bereitschaft zur Überzahlung hinzuweisen, wenn eine solche besteht.

Strafbestimmungen

§ 24. (1) Wer als Arbeitsvermittler/in entgegen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 einen Arbeitsplatz in diskriminierender Weise ausschreibt, ist auf Antrag eines/einer Stellenwerbers/Stellenwerberin, des/der Anwalts/Anwältin für die Gleichbehandlung ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder der Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung in der Arbeitswelt oder eines/einer Regionalvertreters/Regionalvertreterin von der Bezirksverwaltungsbehörde mit Geldstrafe bis 360 Euro zu bestrafen.

(2) Wer als Arbeitsvermittler/in entgegen den Bestimmungen des § 23 Abs. 2 in die Stellenausschreibung die in Abs. 2 angeführten Angaben nicht aufnimmt, ist auf Antrag eines/einer Stellenwerbers/Stellenwerberin, des/der Anwalts/Anwältin für die Gleichbehandlung ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder der Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung in der Arbeitswelt oder eines/einer Regionalvertreters/Regionalvertreterin beim ersten Verstoß von der Bezirksverwaltungsbehörde zu ermahnen und bei weiteren Verstößen mit Geldstrafe bis 360 Euro zu bestrafen.

(3) Wer als Arbeitgeber/in

1. entgegen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 einen Arbeitsplatz in diskriminierender Weise ausschreibt oder
2. entgegen den Bestimmungen des § 23 Abs. 2 in die Stellenausschreibung die darin angeführten Angaben nicht aufnimmt,

ist auf Antrag eines/einer Stellenwerbers/Stellenwerberin, des/der Anwalts/Anwältin für die Gleichbehandlung ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder der Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung in der Arbeitswelt oder eines/einer Regionalvertreters/Regionalvertreterin beim ersten Verstoß von der Bezirksverwaltungsbehörde zu ermahnen und bei weiteren Verstößen mit Geldstrafe bis 360 Euro zu bestrafen.

(4) In einem auf Antrag des/der Anwalts/Anwältin für die Gleichbehandlung ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder der Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung in der Arbeitswelt oder eines/einer Regionalvertreters/Regionalvertreterin eingeleiteten Verwaltungsstrafverfahren sind der/die Anwalt/Anwältin für die Gleichbehandlung oder der/die Regionalvertreter/in Partei. Dem/der Anwalt/Anwältin für die Gleichbehandlung oder dem/der Regionalvertreter/in steht das Recht auf Berufung gegen Bescheide und Einspruch gegen Strafverfügungen zu.

2. Arbeitsmarktförderungsgesetz (BGBl 31/1969 idgF)

Arbeitsvermittlung

Begriff

§ 2. (1) Arbeitsvermittlung im Sinne dieses Bundesgesetzes ist jede Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, Arbeitssuchende mit Arbeitgebern (Dienstgebern) zur Begründung von Arbeitsverhältnissen (Dienstverhältnissen) oder mit Auftraggebern (Zwischenmeistern, Mittelspersonen) zur Begründung von Heimarbeitsverhältnissen im Sinne des Heimarbeitsgesetzes 1960, BGBl. Nr. 105/1961, zusammenzuführen, es sei denn, dass diese Tätigkeit nur gelegentlich und unentgeltlich oder auf Einzelfälle beschränkt ausgeübt wird. Unter den Begriff Arbeitsvermittlung fällt auch die Vermittlung von Arbeitssuchenden und von Au-pair-Kräften von Österreich in das Ausland und vom Ausland nach Österreich.

(2) Unentgeltlich im Sinne des Abs. 1 ist die Tätigkeit der Arbeitsvermittlung, wenn sie nicht auf Gewinn gerichtet ist und ohne sonstigen wirtschaftlichen Nutzen ausgeübt wird.

(3) Als Tätigkeit im Sinne des Abs. 1 gilt auch die Veröffentlichung und Verbreitung von Stellenangeboten und Stellengesuchen, es sei denn, dass diese nicht der Hauptzweck ist.

(4) Als Tätigkeit im Sinne des Abs. 1 gilt auch die Überlassung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte, sofern der Überlasser nicht die Pflichten des Arbeitgebers trägt.

(5) Jede auf Arbeitsvermittlung gerichtete Tätigkeit, die den Vorschriften dieses Bundesgesetzes widerspricht, ist untersagt.