

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
1. Einleitung	23
2. Wichtige Rechtsquellen	26
2.1. Internationales Recht	26
2.2. Unionsrecht	27
2.2.1. Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC)	27
2.2.1.1. Art 21 GRC	28
2.2.1.2. Art 23 Abs 1 GRC	29
2.2.2. Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)	29
2.2.2.1. Art 18 AEUV	29
2.2.2.2. Art 19 AEUV	29
2.2.2.3. Art 157 AEUV	29
2.2.3. Richtlinien	30
2.2.3.1. RL 2000/43/EG	31
2.2.3.2. RL 2000/78/EG	32
2.2.3.3. RL 2006/54/EG	34
2.3. Nationales Recht	35
2.3.1. Verfassungsrecht	35
2.3.2. Gleichbehandlungsgesetze	38
2.3.3. BEinstG	41
2.3.4. Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz	42
2.4. Zwischenergebnis	42
3. Begriff „Erscheinungsbild des Arbeitnehmers“	44
3.1. Gesetzliche Regelung und Judikatur – „Erscheinungsbild“	44
3.2. Umgangssprachliches Verständnis – „Erscheinungsbild einer Person“	45

3.3. Eigenes Verständnis – „Erscheinungsbild des Arbeitnehmers im Arbeitsrecht“	46
4. Allgemeines Diskriminierungsverbot wegen des äußeren Erscheinungsbildes?	52
4.1. Art 19 Abs 1 AEUV	52
4.2. RL 2000/78/EG, RL 2000/43/EG und RL 2006/54/EG	53
4.3. Grundrechte der Union – Art 21 Abs 1 GRC und allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts	55
4.3.1. Verhältnis der Grundrechtsordnungen der Union – GRC und Allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts	55
4.3.2. Art 21 Abs 1 GRC	57
4.3.2.1. Umfassendes Diskriminierungsverbot – Erscheinungsbild als verbotenes Diskriminierungsmerkmal iSd Art 21 GRC	57
4.3.2.2. Grundrechtseigenschaft des Art 21 GRC	61
4.3.2.3. Unmittelbare Anwendbarkeit des Art 21 Abs 1 GRC?	62
4.3.2.4. Unmittelbare Horizontalwirkung des Art 21 Abs 1 GRC?	67
4.3.2.4.1. System und Funktion des Grundrechtsschutzes der GRC	69
4.3.2.4.2. System des Grundrechtsschutzes nach der EMRK	70
4.3.2.4.3. Rechtssicherheit und Transparenz	72
4.3.2.4.4. Einschränkung der Privatautonomie und Grundrechtskollision gleichgeordneter Grundrechtsträger	72
4.3.2.5. Zwischenergebnis	74
4.3.3. Allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts	74
4.3.3.1. Allgemeines zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Unionsrechts	74

4.3.3.2.	Rückgriff auf allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts neben der GRC?	76
4.3.3.3.	Judikatur des EuGH zum Diskriminierungsverbot als allgemeinem Rechtsgrundsatz der Union	77
4.3.3.4.	Erkenntnisse aus der Judikatur des EuGH	82
4.3.3.5.	Diskriminierungsverbot wegen des Erscheinungsbildes als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts?	83
4.3.4.	Grundrechte der Union aus Art 21 Abs 1 GRC konkretisiert durch eine Richtlinie als Rechtsgrundlage?	87
4.4.	GlbG und BEinstG	89
4.5.	Zwischenergebnis	90
5.	Subsumtion des äußeren Erscheinungsbildes unter die Diskriminierungsmerkmale des GLBG und BEinstG	92
5.1.	Grundsätzliches	92
5.2.	Die einzelnen Diskriminierungsmerkmale des GLBG und BEinstG	92
5.2.1.	Geschlecht	92
5.2.2.	Ethnische Zugehörigkeit	98
5.2.3.	Religion und Weltanschauung	102
5.2.3.1.	Religion	102
5.2.3.2.	Weltanschauung	105
5.2.3.3.	New religious movements	108
5.2.4.	Alter	109
5.2.5.	Sexuelle Orientierung	114
5.2.6.	Behinderung	116
5.2.6.1.	Gesetzliche Definition	116
5.2.6.2.	Judikatur des OGH	116
5.2.6.3.	Judikatur des EuGH	117
5.2.6.4.	Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 3 BEinstG	123
5.2.6.4.1.	Beeinträchtigung	123

5.2.6.4.2. Auswirkung der Beeinträchtigung	126
5.2.6.4.3. Teilhabeschwernis	127
5.2.6.4.4. Normative Korrektur	131
5.2.6.5. Äußeres Erscheinungsbild als „Behinderung“	136
5.3. Zwischenergebnis	141
6. Begriff und Arten der Diskriminierung	143
6.1. Grundsätzliches	143
6.1.1. Begriff der Diskriminierung	143
6.1.2. Historie	145
6.2. Arten der Diskriminierung – Abgrenzung	146
6.2.1. Unmittelbare Diskriminierung	146
6.2.1.1. Definition	146
6.2.1.2. Kausalität zwischen Diskriminierungsmerkmal und Benachteiligung	147
6.2.1.3. Mit einem gesetzlichen Diskriminierungsmerkmal in untrennbarem Zusammenhang stehendes Merkmal	148
6.2.1.4. Benachteiligende Differenzierung	149
6.2.1.5. Vergleichbare Situation	153
6.2.1.6. Besonderheiten bei unmittelbarer Diskriminierung wegen Behinderung nach dem BEinstG	156
6.2.2. Mittelbare Diskriminierung	157
6.2.2.1. Definition	157
6.2.2.2. Neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren	158
6.2.2.3. Benachteiligung in besonderer Weise	159
6.2.2.4. Besonderheiten bei mittelbarer Diskriminierung wegen Behinderung nach dem BEinstG	161
6.2.3. Verdeckte Diskriminierung	161
6.2.4. Abgrenzung unmittelbare und mittelbare Diskriminierung auf Grund des äußeren Erscheinungsbildes	164

6.2.5.	Andere Formen der Diskriminierung	168
6.2.5.1.	Anweisung zur Diskriminierung	168
6.2.5.2.	Diskriminierung aufgrund eines Naheverhältnisses	169
6.2.5.3.	Belästigung	170
6.2.6.	Mehrfachdiskriminierung	170
7.	„Rechtfertigung“ einer Ungleichbehandlung aufgrund des Erscheinungsbildes des Arbeitnehmers	174
7.1.	Allgemeines	174
7.2.	Keine gesetzliche Rechtfertigungsmöglichkeit explizit wegen des Erscheinungsbildes	175
7.3.	Zulässige Ungleichbehandlung bei wesentlicher und entscheidender beruflicher Anforderung nach § 20 Abs 1 GIBG bzw nach § 7c Abs 3 BEinstG	175
7.3.1.	Anwendbarkeit auf Ungleichbehandlungen wegen des äußeren Erscheinungsbildes	175
7.3.2.	Erscheinungsbild als wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung	176
7.3.2.1.	Begriff der wesentlichen und entscheidenden beruflichen Voraussetzung in der Judikatur des EuGH und des OGH und in der Literatur	177
7.3.2.2.	Eigenes Verständnis	179
7.3.2.2.1.	Allgemeines zu den Anforderungen	179
7.3.2.2.2.	Kriterien	181
7.3.2.3.	Besonderheiten nach dem BEinstG	185
7.3.3.	Legitimer Zweck	187
7.3.3.1.	Öffentliche Interessen und Interessen des Arbeitnehmers	187
7.3.3.2.	Interessen des Unternehmens	188
7.3.3.2.1.	Wirtschaftliche Interessen	189
7.3.3.2.2.	Sonstige Interessen des Unternehmens	190
7.3.4.	Verhältnismäßigkeit	192
7.3.4.1	Geeignetheit	193
7.3.4.2.	Erforderlichkeit	193

7.3.4.3.	Angemessenheit	194
7.3.5.	Besondere Anwendungsfälle des § 20 Abs 1 GlBG	195
7.3.5.1.	Authentizität	195
7.3.5.2.	Gesellschaftliche Kommunikation	197
7.4.	Zulässige Ungleichbehandlung auf Grund der Religion oder Weltanschauung für Kirchen und gleichgestellte Organisationen wegen beruflicher Anforderungen angesichts des Ethos nach § 20 Abs 2 GlBG	200
7.4.1.	Allgemeines – Verhältnis zu § 20 Abs 1 GlBG	200
7.4.2.	Anforderung an die Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft	200
7.4.3.	Anforderung an die Tätigkeit	201
7.5.	Zulässige Ungleichbehandlung auf Grund des Alters nach § 20 Abs 3–5 GlBG	202
7.6.	Rechtfertigung diskriminierender Stellenausschreibungen	203
7.6.1.	Gebot geschlechtsneutraler Stellenausschreibung nach § 9 Abs 1 GlBG	203
7.6.2.	Stellenausschreibung	204
7.6.3.	Unverzichtbarkeit des Geschlechts nach § 9 Abs 1 GlBG	205
7.6.4.	Legitimer Zweck und Verhältnismäßigkeit	209
7.6.5.	Gebot diskriminierungsfreier Stellenausschreibung nach § 23 Abs 1 GlBG	209
7.7.	Sachliche Rechtfertigung mittelbarer Benachteiligungen nach § 5 Abs 2, § 19 Abs 2 GlBG und § 7c Abs 2 BEinstG	210
7.7.1.	Allgemeines	210
7.7.2.	Legitimes Differenzierungsziel	210
7.7.3.	Verhältnismäßigkeit	211
7.7.4.	Besonderheiten nach dem BEinstG	212
7.7.5.	Unternehmensbild und Neutralität	212
7.8.	Keine ungeschriebene Rechtfertigungsmöglichkeit	215
7.9.	Ausweg: „Rechtfertigung“ der Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts mangels Vergleichbarkeit der Lage oder im Wege einer normativen Korrektur?	216
7.10.	Kundenerwartungen als Rechtfertigungsgrund	217
7.10.1.	Kundenerwartungen – Begriff und Allgemeines	217
7.10.2.	Gesetzliche Ausgangslage	218

7.10.3.	Judikatur	218
	7.10.3.1. OGH	218
	7.10.3.2. EuGH	219
7.10.4.	GBK	221
7.10.5.	Literatur	222
7.10.6.	Eigene Stellungnahme	227
7.11.	Rechtfertigung bei Tendenzbetrieben	230
7.12.	Rechtfertigung bei Mehrfachdiskriminierung	231
8.	Diskriminierungstatbestände bei Personalmaßnahmen des Arbeitgebers	232
8.1.	Allgemeines	232
8.2.	Normadressat der Diskriminierungsverbote des GlBG und BEinstG	232
8.3.	Diskriminierung bei der Personalauswahl	233
	8.3.1. Anwendbarkeit des GlBG und BEinstG auf die Bewerbungs- und Auswahlphase	233
	8.3.2. Öffentliche Äußerungen des Arbeitgebers	235
	8.3.3. Kreis der betroffenen Personen im Fall einer Diskriminierung im Vorfeld und bei unterlassener Bewerbung	236
	8.3.4. Scheinbewerbung	237
	8.3.5. Anonymes Bewerberauswahlverfahren	240
	8.3.6. Ausschreibung	241
8.4.	Diskriminierung im aufrechten Arbeitsverhältnis	242
	8.4.1. Diskriminierung beim beruflichen Aufstieg (Beförderungsdiskriminierung)	242
	8.4.2. Diskriminierung bei der Festsetzung des Entgelts	244
	8.4.3. Diskriminierung bei der Aus-, Weiterbildung und Umschulung	244
	8.4.4. Diskriminierung bei sonstigen Arbeitsbedingungen	245
8.5.	Diskriminierungen bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses	246

9.	Rechtsfolgen einer Diskriminierung	250
9.1.	Rechtsfolgen der Diskriminierung bei Begründung des Arbeitsverhältnisses und beim beruflichen Aufstieg	250
9.1.1.	Ersatz des Vermögensschadens	251
9.1.2.	Ersatz der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung	252
9.2.	Rechtsfolgen der Diskriminierung im aufrechten Arbeitsverhältnis	254
9.3.	Rechtsfolgen der Diskriminierung im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses	255
9.3.1.	Gerichtliche Anfechtung	255
9.3.2.	Feststellung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses	256
9.3.3.	Schadenersatz	256
9.3.3.1.	Höhe des Schadenersatzes	257
9.3.3.2.	Kein Schadenersatzanspruch neben Feststellungsanspruch bzw neben der Anfechtung	258
9.3.4.	Mehrfachdiskriminierung	258
9.4.	Sonstige Rechtsfolgen der Diskriminierung und Konkurrenzen	259
9.4.1.	Kündigungsschutz nach dem ArbVG	259
9.4.2.	Nichtigkeit nach § 879 ABGB	260
9.4.3.	Schadenersatzanspruch nach § 1330 ABGB	261
9.4.4.	Auskunftsanspruch	261
9.4.5.	Entzug der Gewerbeberechtigung	262
9.4.6.	Strafbestimmungen	262
9.5.	Zwischenergebnis	262
10.	Verfahren zur Geltendmachung der Verletzung des Diskriminierungsverbotes	264
10.1.	Gerichtliche Geltendmachung	264
10.1.1.	Beweislast	264
10.1.2.	Fristen	265
10.1.3.	Besonderheiten nach dem BEinstG – Obligatorisches Schlichtungsverfahren	269
10.1.4.	Zuständigkeit bei Mehrfachdiskriminierung	270

10.2. Verfahren bei der GBK	271
11. Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz	273
11.1. Rechtsgrundlage	273
11.2. Inhalt des Gleichbehandlungsgrundsatzes	275
11.3. Reichweite des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes	277
11.4. Verhältnis zum Diskriminierungsverbot des GIBG und BEinstG	279
11.5. Vorliegen sachlicher Gründe	280
11.6. Beweislast	283
11.7. Zwischenergebnis	283
12. Bedeutung der Persönlichkeitsrechte hinsichtlich des Erscheinungsbildes des Arbeitnehmers	284
12.1. Inhalt des Persönlichkeitsrechts	284
12.2. Beschränkbarkeit der Persönlichkeitsrechte	285
12.3. Verkehrsübliche Kleidung als arbeitsvertragliche Nebenpflicht	286
12.4. Beschränkung durch Weisungen des Arbeitgebers	289
12.4.1. Grundsätzliches zum Weisungsrecht	289
12.4.1.1. Rechtsgrundlage und Rechtsnatur des Weisungsrechts	290
12.4.1.2. Umfang und Grenzen des Weisungsrechts	291
12.4.2. Judikatur des OGH	294
12.4.2.1. Entscheidungen vom 24.9.2015 und vom 11.2.1999	294
12.4.2.2. Kritik	296
12.4.3. Grundsätzliches zur Interessenabwägung	296
12.4.4. Umsetzung von gesetzlichen Anforderungen	297
12.4.5. Umsetzung von Leitlinien und ÖNORMEN zum Schutz der Kunden	298
12.4.6. Schutz des Arbeitgeber Eigentums	299
12.4.7. Schutz der herzustellenden Waren	300

Inhaltsverzeichnis

12.4.8.	Sonstige Unternehmensinteressen	300
12.4.8.1.	Funktion des Arbeitnehmers	300
12.4.8.2.	Gesellschaftliche Anschauungen zum Erscheinungsbild	303
12.4.8.3.	Konkrete Gefahr für Arbeitgeberinteressen	306
12.4.8.4.	Eingliederung in ein Unternehmenskonzept	307
12.4.8.5.	Subjektive persönliche Präferenzen des Arbeitgebers	308
12.4.9.	Auswirkungen auf die Freizeit	308
12.4.10.	Auswirkungen auf das körperliche Wohlbefinden bzw die Gesundheit	309
12.4.11.	Rechtsfolgen	309
12.5.	Beschränkung durch arbeitsvertragliche Regelungen zum Erscheinungsbild	311
12.5.1.	Sittenwidrigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB	311
12.5.2.	Geltungskontrolle nach § 864a ABGB	313
12.5.3.	Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB	314
12.5.3.1.	Anwendbarkeit im Arbeitsvertragsrecht	315
12.5.3.2.	Gegenstand der Inhaltskontrolle	316
12.5.3.3.	Prüfungsmaßstab des § 879 Abs 3 ABGB	317
13.	Zusammenfassung	320
	Literaturverzeichnis	327
	Judikaturverzeichnis	337