

Schadenersatzrechtliche Aspekte der Mehrfachdiskriminierung

VANCO APOSTOLOVSKI (GRAZ)/VERONIKA APOSTOLOVSKI (GRAZ)



© Heinz Pachernegg



© Elke Hinterberger-Meister

Der Begriff der Mehrfachdiskriminierung war in letzter Zeit häufig Gegenstand der wissenschaftlichen Analyse.¹⁾ Der Bedarf für die wissenschaftliche Aufbereitung des Themas rührt daher, dass das österreichische Gleichbehandlungsrecht grundsätzlich auf einem „monokausalen“ Ansatz beruht. Dies bedeutet, dass bei Vorliegen einer Benachteiligung bzw. angenommenen Diskriminierung anhand der einzelnen gesetzlich verpönten Diskriminierungsgründe jeweils getrennt voneinander überprüft wird, inwiefern sich die betroffene Person von einer anderen (Vergleichs-)Person unterscheidet. Liegt

eine benachteiligende Behandlung vor und ist dieser „Grund“ gesetzlich geschützt, so ist eine Diskriminierung gegeben. Dieses Modell funktioniert bei eng verwobenen, sich gegenseitig bedingenden und zu unterschiedlichen Ergebnissen führenden intersektionellen Diskriminierungen nicht oder zumindest nicht gut genug. Wenn die einzelnen Kategorisierungen²⁾ zu einem neuen Motiv verschmelzen, ist das Modell der Parallelbetrachtung häufig unbrauchbar.

Übersicht

1. Einleitung
2. Zum Begriff der Mehrfachdiskriminierung

2.1. Intersektionelle Diskriminierung

2.2. Verbundene Diskriminierung

3. Praktische Relevanz der Kategorisierung

3.1. Vollständige Erfassung aller Diskriminierungssachverhalte

3.2. Die unterschiedlichen Untergruppen der Mehrfachdiskriminierung und deren Bedeutung bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes

4. Differenzierte Berücksichtigung von Mehrfachdiskriminierungen bei Ermittlung der Entschädigung

4.1. Vereinbarkeit der Mehrebenenanalyse mit dem Prüfungsschema bei Schadenersatzansprüchen

5. Fazit

- 1) Windisch-Graetz, Probleme der Mehrfachdiskriminierung in der Arbeitswelt, DRdA 2005, 238; Gahleitner, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007, 148; Majoros, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadens im Gleichbehandlungsgesetz, DRdA 2007, 515; Bauer, Mehrfachdiskriminierung, Juridikum 2008, 50; Ludwig, Schadenersatz bei intersektioneller Diskriminierung, DRdA 2009, 276; Apostolovski/Starl, Kein Kopftuch und ein neuer Name für Fatime, Die Presse 2011/30/01; Felten, Arbeit und Soziales, Jahrbuch Europarecht 2011 (2011) 297; Schrittwieser/Vazny-König, Höhe des Ersatzes für die erlittene persönliche Beeinträchtigung bei Mehrfachdiskriminierung vor dem 1.8.2008, DRdA 2011, 388/40.
- 2) Der Begriff „Kategorisierung“ wird hier Baer folgend verwendet, und als wertende Zuschreibungen und wertende Einordnung verstanden; Baer, Mehrdimensionale Diskriminierung. Begriffe, Theorien und juristische Analyse (2010) 4.
- 3) Das vom Wissenschaftsfonds geförderte Forschungsprojekt „Locating Intersectional Discrimination“ des Europäischen Trainings- und Forschungszentrums für Menschenrechte und Demokratie (ETC) in Graz hat hierzu 11 Punkte identifiziert, die in der Rechtspraxis Hindernisse adäquater rechtlicher Beurteilung von Mehrfachdiskriminierung darstellen; siehe hierzu Smith/Starl, Locating Intersectional Discrimination, http://antidiscrimination.etc-graz.at/cms/fileadmin/user_upload/Projekte/laufend/ADTJ/Bibliothek/Publikationen/Smith-Starl-Locating_Intersectional_Discrimination.PDF. Nähere Informationen zum Projekt und Publikationen unter: www.antidiscrimination.etc-graz.at.

1. Einleitung

Begünstigt wird das monokausale System durch die geltenden Gleichbehandlungsgesetze, die eine bestimmte Benachteiligung jeweils einem verpönten Diskriminierungsgrund zuordnen.³⁾ Je nachdem, welcher Diskriminierungstatbestand verwirklicht ist, bestehen bestimmte (unterschiedliche) Rechtsfolgen. Der Begriff „Mehrfachdiskriminierung“ wird dagegen in den gesetzlichen Grundlagen nicht mit bestimmten

Rechtsfolgen in Verbindung gebracht und lediglich im Zusammenhang mit der Bemessung des Schadenersatzes erwähnt.⁴⁾ Dies hat zum Teil dazu geführt, dass dann, wenn mehr als ein verpöntes Motiv im Sachverhalt eine Rolle spielt, eine Kumulierung der für jeden einzelnen Diskriminierungstatbestand vorgesehenen Mindestschadenersatzbeträge verlangt wird.⁵⁾

Im Folgenden soll die in der Praxis relevante Frage analysiert werden, ob Fälle mit Mehrfachdiskriminierung nicht unter Heranziehung von etablierten Grundregeln des Schadenersatzrechtes gelöst werden können und damit die vom Gesetz geforderte Berücksichtigung der Mehrfachdiskriminierung bei der Ermittlung des

Schadenersatzes in fairer Weise erfüllt werden kann. Es soll aufgezeigt werden, wie Inkonsistenzen in der Beurteilung der Rechtswidrigkeit und der Bemessung des immateriellen Schadens vermieden werden können.

2. Zum Begriff der Mehrfachdiskriminierung

Mehrfachdiskriminierung hat sich als Überbegriff⁶⁾ weitgehend etabliert. Dieser Terminus wird aus pragmatischen Gründen beibehalten, da er für Diskriminierungsformen, bei denen mehrere verpönte Motive verwirklicht sind, Eingang in normative Dokumente der EU⁷⁾ und damit auch in österreichische Gesetze gefunden hat,⁸⁾ wenngleich keine Legaldefinition existiert.

Tatsächlich werden unter dem Überbegriff Mehrfachdiskriminierung verschiedene Untergruppen verstanden. Eine Definition der Mehrfachdiskriminierung besagt etwa, dass aufgrund desselben Sachverhalts eine Diskriminierung auf mehrere gesetzlich geschützte Merkmale zurückzuführen ist, wenn beispielsweise eine Bewerberin nicht eingestellt wird, weil sie eine Frau ist und eine dunkle Hautfarbe hat.⁹⁾ Diese Definition greift uE zu kurz. Tatsächlich macht es sowohl bei der Beurteilung des Unrechtsgehalts der Diskriminierung als auch bei der Ermittlung der angemessenen gesetzlichen Folgen der verbotenen Ungleichbehandlung einen Unterschied, ob eine Diskriminierung auch dann und im jeweiligen Ausmaß erfolgt wäre, wenn nur einer von tatsächlich mehreren Diskriminierungsgründen verwirklicht wäre, oder aber die Benachteiligung eben nur deshalb stattfindet, weil mehrere Diskriminierungsgründe gleichzeitig in der benachteiligten Person verwirklicht sind. Zu unterscheiden sind daher die Fälle der intersektionellen, additiven und verstärkenden Diskriminierung.¹⁰⁾

2.1. Intersektionelle Diskriminierung

Fälle intersektioneller Diskriminierung¹¹⁾ sind dadurch gekennzeichnet, dass eine untrennbare Kombination von Kategorisierungen vorliegt, die eine neuartige Form der Diskriminierung begründet. Die Person wird diskriminiert, weil zwei Merkmale gemeinsam erfüllt sind, die eine sachliche Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen. Das Vorliegen nur eines dieser zwei Merkmale würde jedoch nicht zwangsläufig zu einer Diskriminierung führen. Als Beispiel sei hier wieder der Fall einer jungen Frau mit dunkler Hautfarbe genannt, die nur deshalb einen Arbeitsplatz nicht erhielt, weil ihr sowohl das weibliche Geschlecht als auch die dunkle Hautfarbe als nachteilig zugeschrieben wurde. Das Unternehmen konnte nachweisen, dass bei der Einstellungspolitik weder hellhäutige Frauen noch dunkelhäutige Männer benachteiligt wurden. Die Frau wurde eben (gerade) deshalb diskriminiert, weil sie zwei Merkmale untrennbar in sich vereinte.¹²⁾

2.2. Verbundene Diskriminierung

Auch hier ist mehr als eine Kategorisierung umfasst, ein getrennter Nachweis wäre jedoch möglich.¹³⁾ Um beim Beispiel der benachteiligten älteren DN zu bleiben, ist, selbst wenn Diskriminierung von älteren Männern und jüngeren Frauen nachgewiesen werden könnte, die Benachteiligung der älteren Frauen nicht bloßes Zusam-

- 4) Vgl §§ 12 Abs 13, 26 Abs 13 und 51 Abs 10 GIBG, § 19a B-GIBG und § 9 Abs 4 BGStG, § 7j BEinstG.
- 5) Vgl *Gahleitner*, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007, 155; vgl aber OGH 8 ObA 63/09m wbl 2011, 98 = ZAK 2011, 62 = DRdA 2011, 388 /40.
- 6) *Windisch-Graetz in Rebhahn* (Hrsg), GIBG (2005) § 19 Rz 17; *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 12 Rz 139.
- 7) Die EU hat Mehrfachdiskriminierung nicht ausdrücklich normiert, lediglich in den Präambeln der Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG des Rates vom 29.6.2000 bzw 27.11.2000 findet die Mehrfachdiskriminierung Erwähnung. So sollte die Gemeinschaft bei der Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung im Einklang mit Art 3 Abs 2 des EG-Vertrages bemüht sein, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern, „zumal Frauen häufig Opfer mehrfacher Diskriminierungen sind“.
- 8) Siehe dazu die Richtlinien 2000/43/EG des Rates vom 29.6.2000 und 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000, die ua mit dem GIBG (BGBl I 2004/66) umgesetzt wurden; weiters dazu auch *Stalder*, Spannungsfelder und Perspektiven der Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien, JRP 2002, 227; *Egger*, Die neuen Antidiskriminierungsrichtlinien der EU, DRdA 2003, 302; *Sturm*, Richtlinienumsetzung im neuen Gleichbehandlungsgesetz und Gleichbehandlungskommissions-/Gleichbehandlungsanwaltschaftsgesetz, DRdA 2004, 574; *Tichy*, Die Abgrenzung zwischen religiöser und ethnischer Diskriminierung nach den EU-Gleichbehandlungsrichtlinien, öarr 2008, 66.
- 9) *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG § 12 Rz 139.
- 10) Diese Dreiteilung wurde erstmals von *Makkonen* im Jahr 2002 vorgenommen (Multiple, compound and inter-sectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to force, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, www.abo.fi/institut/imr/norfa/timo.pdf), von den AutorInnen jedoch leicht adaptiert.
- 11) Ausführlich zu Mehrfachdiskriminierung, insb zu intersektioneller Diskriminierung: *Crenshaw*, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics (1989) oder *Fredman*, Double trouble: multi discrimination and EU law (2005).
- 12) Dieses Beispiel ist an den britischen Fall *Bahl vs Law Society* (EWCA Civ 1070 reported at [2004] IRLR 799) angelehnt. Die KI gab an, dass sie aufgrund der Tatsachen, dass sie eine Frau und Asiatin sei, diskriminiert worden wäre. Das Berufungsgericht führte aus, dass jeder Diskriminierungsgrund einzeln zu betrachten sei, ein Vergleich einer asiatischen Frau mit einem weißen Mann sei nicht zulässig.
- 13) Näheres zu den Definitionen in *Starl/Philipp/Meier/Apostolovski*, Die Intersektionalität schwingt latent immer mit, *juridikum* 3/2012.

menzählen der Benachteiligungen, sondern besitzt ein zusätzliches Element, nämlich die Einschränkung der beruflichen Möglichkeit – oder anders ausgedrückt, eine Vergrößerung der Chancengleichheit.¹⁴⁾

3. Praktische Relevanz der Kategorisierung

3.1. Vollständige Erfassung aller Diskriminierungssachverhalte

Im Zusammenhang mit Mehrfachdiskriminierung ist es essentiell, dass insb intersektionelle Mehrfachdiskriminierungen vom Wortlaut der Gleichbehandlungsgesetze umfasst sind. Eine diskriminierende Person soll sich nicht den Rechtsfolgen des Gleichbehandlungsrechts entziehen können, indem sie nachweist, dass weder das eine noch das andere Diskriminierungsmerkmal für sich allein genommen für die Diskriminierung ursächlich war. Bezogen auf das oben genannte Beispiel würde dies bedeuten, dass sich der AG, bei dem sich die Frau mit dunkler Hautfarbe erfolglos beworben hat, nicht darauf berufen könnte, dass keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts stattgefunden hätte, weil weiße Frauen keiner Diskriminierung unterlägen und andererseits auch eine Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft nicht gegeben sei, weil etwa Männer mit dunkler Hautfarbe eingestellt worden wären.

Die Rsp hat diese Fälle ganz selbstverständlich als von den Diskriminierungsverboten des Gleichbehandlungsrechts erfasst angesehen und geht davon aus, dass beide (oder mehrere) Diskriminierungstatbestände verwirklicht sind.¹⁵⁾ Schwierigkeiten bereitet jedoch die „monokausale“ Begründung derartiger Entscheidungen, da meist zunächst eine Prüfung nach dem ersten Diskriminierungsgrund und darauf folgend eine vollständige Prüfung des zweiten Diskriminierungsgrundes stattfindet. Diese Herangehensweise wird der Besonderheit der intersektionellen Diskriminierung nicht gerecht, da eben keine Diskriminierung aus zwei voneinander getrennt betrachteten Gründen vorliegt, sondern eine Benachteiligung wegen des Zusammenspiels beider Gründe.

3.2. Die unterschiedlichen Untergruppen der Mehrfachdiskriminierung und deren Bedeutung bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes

Nach den gesetzlichen Regelungen¹⁶⁾ ist eine Mehrfachdiskriminierung bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes „zu berücksichtigen“.¹⁷⁾ Wie eine solche Berücksichtigung stattzufinden hat, wurde bislang durchaus unterschiedlich beantwortet. Nach *Windisch-Graetz*¹⁸⁾ muss der gebührende Schadenersatz umso höher sein, je stärker die Diskriminierung sei und je vielfältiger diese begründet werde; allerdings sei keine Kumulierung von Mindestsätzen durchzuführen. *Ludwig*¹⁹⁾ ist der Meinung, dass eine Gesamtbemessung des durch die Mehrfachdiskriminierung erlittenen Gefühlsschadens durchzuführen ist und *Kletecka*²⁰⁾ führt aus, dass der Gesamtsachverhalt zu berücksichtigen und eine Globalbemessung durchzuführen ist.

UE ist hier eine differenziertere Betrachtung erforderlich. Nicht bei der Mehrfachdiskriminierung an

sich bzw nicht in jedem Fall der Mehrfachdiskriminierung erscheint es gerechtfertigt, die Höhe der Entschädigung quasi automatisiert zu erhöhen. Eine faire Berücksichtigung einer Mehrfachdiskriminierung rechtfertigt nur dann eine Erhöhung des Schadenersatzes, wenn dadurch entweder (i) das Ungemach des Opfers,²¹⁾ also der immaterielle Schaden vergrößert wurde, oder aber (ii) der Unrechtsgehalt auf Seiten der Schädigenden infolge der Mehrfachdiskriminierung ein höherer ist.

Es stellt sich somit die Frage, ob etwa – um beim plakativen Beispiel zu bleiben – ein AG, der keine Arbeitskräfte mit dunkler Hautfarbe (unabhängig vom Geschlecht) einstellt, einen geringeren Unrechtsgehalt zu verantworten hat, als ein AG, der zwar weiße Frauen und Männer mit dunkler Hautfarbe einstellt, jedoch keine Frauen mit dunkler Hautfarbe. Umgekehrt kann auch gefragt werden, ob der (immaterielle) Nachteil für das Opfer in einem konkreten Fall im Verhältnis zu einer „einfachen“ Diskriminierung größer ist, weil es wegen der Kombination (und nur wegen der Kombination) zweier Merkmale diskriminiert wird. Unterscheidet man hier nicht zwischen additiver bzw verstärkender Diskriminierung einerseits und intersektioneller Diskriminierung andererseits, wäre im zweiten Beispiel ein höherer Schadenersatzbetrag zuzusprechen, obwohl grundsätzlich weniger Personen von der Diskriminierung betroffen wären und ein höherer Unrechtsgehalt nicht offenkundig ist. Hier hätte die Rsp im Einzelfall eine exakte Bemessung und Einschätzung vorzunehmen.²²⁾

14) Dieses hypothetische Beispiel ist an den Fall *DeGraffenried vs. General Motors Assembly Division* 413 F. Supp. 142, 145 (ED. Mo. 1976) aus den USA angelehnt. Hier wurden schwarze Frauen als ungeeignet für die Schwerarbeit in der Firma angesehen und ebenso als ungeeignet für die Arbeit im Büro, da letztere nur von weißen Frauen erledigt wurde. Dieser Fall wurde näher in *Smith/Starl, Locating Intersectional Discrimination* diskutiert.

15) So zB die Gleichbehandlungskommission in GBK II/79/09 und GBK I/62/06 – M.

16) Siehe §§ 12 Abs 13, 26 Abs 13 und 51 Abs 10 GIBG, § 19a B-GIBG und § 9 Abs 4 BGStG, § 7j BEinstG.

17) *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG §§ 3 Rz 126, 17 Rz 140; *Sturm*, Richtlinienumsetzung im neuen Gleichbehandlungsgesetz und Gleichbehandlungskommissions-/Gleichbehandlungsanwaltschaftsgesetz, DRdA 2004, 576; *Windisch-Graetz*, Probleme der Mehrfachdiskriminierung in der Arbeitswelt, DRdA 2005, 238 f; *Fredman*, Mehrfachdiskriminierung und EU-Recht, in *Europäische Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht* 2005, 13; *Bauer*, Mehrfachdiskriminierung, *juridikum* 2008, 50; *Ludwig*, Schadenersatz bei intersektioneller Diskriminierung, DRdA 2009, 276.

18) *Windisch-Graetz*, Probleme der Mehrfachdiskriminierung in der Arbeitswelt, DRdA 2005, 238.

19) *Ludwig*, Schadenersatz bei intersektioneller Diskriminierung, DRdA 2009, 278.

20) *Kletecka* in *Rebhahn* (Hrsg), GIBG § 12 Rz 62.

21) *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB II³ (2004) § 1328 Rz 14; OGH 2 Ob 345/60 SZ 33/115.

22) So wird beispielsweise in der Rsp auf die Dauer der Diskriminierung und die Erheblichkeit der Beeinträchtigung sowie auch die Situation in ihrer Gesamtheit abgestellt; vgl OGH 8 ObA 18/03k ARD 5414/6/2003 = Arb 12.316; 9 ObA 18/08z RdW 2009, 593 (*Kulmer*) = DRdA 2008, 527.

Zu einem ähnlichen Ergebnis führt es, wenn die intersektionelle Diskriminierung gar nicht unter den Begriff der Mehrfachdiskriminierung subsumiert, sondern als eine eigene Diskriminierungsform angesehen wird, die neben die Formen „monokausale Diskriminierung“ und „Mehrfachdiskriminierung“ tritt.²³⁾

4. Differenzierte Berücksichtigung von Mehrfachdiskriminierungen bei Ermittlung der Entschädigung

Es entspricht dem österreichischen Schadenersatzrecht, dass grundsätzlich bei der Frage, welcher Ausgleich einem Opfer gewährt werden kann und soll, der tatsächlich erlittene Nachteil, der durch den Schaden zugefügt wurde, als Bemessungsgrundlage heranzuziehen ist. Das österreichische Schadenersatzrecht ist also auf den Ausgleich eines erlittenen Unrechts ausgerichtet.²⁴⁾ Neben den Vermögensschäden werden in bestimmten gesetzlich vorgesehenen Fällen auch immaterielle Schäden ersetzt.²⁵⁾ So haben die Höchstgerichte hinsichtlich der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes bei sexueller Belästigung wiederholt klargestellt, dass die Höhe eines diesbezüglichen Anspruchs im Wege einer Globalbemessung für die durch die inkriminierte Handlung geschaffene Situation in ihrer Gesamtheit nach den auch sonst im Schadenersatzrecht angewandten Grundsätzen auszumessen ist.²⁶⁾

Bei Bemessung des Schadenersatzes ist auf die Dauer, Art und Intensität der Gesamtheit der inkriminierten Handlungen abzustellen, dies unter Berücksichtigung der dadurch hervorgerufenen einschüchternden und demütigenden Situation.²⁷⁾ In anderem Zusammenhang (§ 9 Abs 4 BGStG und § 7j BEinstG) wird hinsichtlich der Bemessung der Höhe des Schadenersatzes auf

die Dauer der Diskriminierung, die Schwere des Verschuldens, die Erheblichkeit der Beeinträchtigung und auf Mehrfachdiskriminierungen abgestellt.²⁸⁾

Der OGH²⁹⁾ hat es – mangels entscheidungswesentlicher Relevanz im konkreten Fall – ausdrücklich offen gelassen, ob im Falle einer Mehrfachdiskriminierung die einzelnen Mindestschadenersatzbeträge zu kumulieren sind. In dieser E wurde aber der intersektionelle Ansatz dadurch gestärkt, dass die Denkmöglichkeit einer getrennten Betrachtung der (um bei dem im konkreten Fall relevanten Sachverhalt zu bleiben) ethnisch motivierten Belästigung einerseits und der sexuellen Belästigung andererseits – zu Recht – angezweifelt wird. Letztlich wird die Bemessung des Schadenersatzes immer von den Umständen des Einzelfalles abhängen,³⁰⁾ wobei einer Gesamtbetrachtung der Vorzug gegenüber einer getrennten Betrachtung der einzelnen vorliegenden Diskriminierungsgründe zu geben ist.

Bei verstärkender Mehrfachdiskriminierung wird definitionsgemäß davon ausgegangen, dass zumindest der Unrechtsgehalt der Diskriminierung durch diese nach *Windisch-Graetz* „vielfältiger begründete“³¹⁾ Diskriminierung erhöht wird. Bei intersektionellen Diskriminierungen kann jedoch eine Mehrfachdiskriminierung nur dann zu einer Erhöhung des Entschädigungsbetrages führen, wenn diese tatsächlich zu einer Vergrößerung des Schadens iSe Intensivierung der für die Ermittlung des immateriellen Schadenersatzes relevanten Kriterien (Dauer, Art und Intensität der Diskriminierungshandlungen sowie das Ausmaß der Einschüchterung und Demütigung) geführt hat, also wenn der Umstand, dass eine zur Diskriminierung führende Kombination von mehreren Merkmalen vorliegt, kausal für einen größeren Nachteil des Opfers ist (oder allenfalls – wenn man das pönale Element³²⁾

23) Diese Trennung zwischen Mehrfachdiskriminierung iSd gesetzlichen Erwähnungen dieses Begriffes (vgl FN 12) und der intersektionellen Diskriminierung findet sich etwa bei *Sturm*, Richtlinienumsetzung im neuen Gleichbehandlungsgesetz und Gleichbehandlungskommissions-/Gleichbehandlungsanwaltschaftsgesetz, DRdA 2004, 574 (576).

24) *Reischauer in Rummel* (Hrsg), ABGB II³ § 1293 Rz 1; *Harrer in Schwimann* (Hrsg), ABGB³ (2006) § 1293 Rz 4; *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) 1/6.

25) *Karner/Danzl in Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB³ (2010) § 1293 Rz 2; *Kodek in Kletecka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON § 1293 Rz 3; weiterführend siehe *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, GA für den 15. ÖJT II/1 (2003).

26) OGH 6 Ob 204/98p EFSIlg 87.369; 2 Ob 242/98x ZVR 1999, 48; 8 ObA 59/08x ARD 5922/5/2008 = DRdA 2010, 19 (*Thomasberger*); 8 ObA 63/09m wbl 2011, 98 = ZAK 2011, 62.

27) OGH 8 ObA 188/98z DRdA 2000, 50 (*Eichinger*) = ZAS 2000, 20 (*Brodil*).

28) *Mayr in Neumayr/Reissner* (Hrsg), ZelliKomm I² (2011) § 7j BEinstG Rz 2; OGH 8 ObA 59/08x ARD 5922/5/2008 = DRdA 2010, 19 (*Thomasberger*).

29) OGH 8 ObA 63/09m wbl 2011, 98 = ZAK 2011, 62.

30) OGH 8 ObA 18/03k ARD 5414/6/2003 = Arb 12.316; 9 ObA 18/08z RdW 2009, 593 (*Kulmer*) = DRdA 2008, 527.

31) *Windisch-Graetz*, Probleme der Mehrfachdiskriminierung in der Arbeitswelt, DRdA 2005, 238.

32) Es sei die Frage aufgeworfen, ob ein pönales Element im immateriellen Schadenersatz nach den Gleichbehandlungsgesetzen zu einer Erhöhung des Schadenersatzes bei einem geringeren Unrechtsgehalt führen muss bzw ob der Schadenersatz über den Ausgleich für die erlittene immaterielle Beeinträchtigung hinaus auch „abschreckend“ wirken soll. Der diese Frage bejahende Ansatz führt zu einem – auch kritisierten (vgl *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, GA für den 15. ÖJT II/1) – Systembruch im österreichischen Schadenersatzrecht, wird aber durch die Richtlinienbestimmungen als zwingend vorgegeben erachtet (vgl *Majoros*, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadens im Gleichbehandlungsgesetz, DRdA 2007, 515 [519]). Allerdings lässt der Text der RL – Art 25 spricht ausdrücklich davon, dass die Sanktionen Schadenersatzleistungen an die Opfer umfassen können (nicht müssen) – auch andere Lösungsmöglichkeiten, die mit dem österreichischen Schadenersatzsystem in Einklang stehen, zu. So könnten die abschreckenden Sanktionen gegen den/die Diskriminierende/n auch in einer „Bestrafung“ iSeS, also etwa in einer Verwaltungsstrafe liegen, ohne dass ein Strafschadenersatz ins österreichische Recht implementiert werden müsste. So spricht etwa auch *Krejci*, RdA 2005, 501, in Zusammenhang mit der diskriminierenden Nichtberücksichtigung von Bewerbungen von einer „Bußzahlung“ des potentiellen AG. Verwaltungsstrafen sind dem Gleichbehandlungsrecht nicht fremd (vgl etwa § 24 GIBG); allenfalls wäre eine Ausgestaltung als verwaltungsstrafrechtliches Privatanklagedelikt überlegenswert.

berücksichtigt – einen höheren Unrechtsgehalt der Tat bedingt).³³⁾

Dabei ist aber darauf zu achten, dass das ohnehin niedrige Niveau der Entschädigungszahlungen durch diese differenzierende Betrachtungsweise nicht (weiter) gesenkt wird. Tatsächlich ist bei Mehrfachdiskriminierungen (ebenso wie bei allen anderen Diskriminierungsfällen) uE in erster Linie darauf abzustellen, wie schwer der Nachteil des Opfers wiegt, also wie groß die Beeinträchtigung in Hinblick auf Dauer, Art und Intensität der Gesamtheit der inkriminierten Handlungen unter Berücksichtigung der dadurch hervorgerufenen Einschüchterung und Demütigung ist.

4.1. Vereinbarkeit der Mehrebenenanalyse mit dem Prüfungsschema bei Schadenersatzansprüchen

Generell sollte bei der Beurteilung von Fällen von Mehrfachdiskriminierung nicht sofort mit der Festlegung auf einzelne Diskriminierungskategorien begonnen, sondern eine Gesamtbetrachtung der Tat, der Person und der Umstände vorgenommen werden, um so auch auf (möglicherweise versteckte) intersektionelle Diskriminierungssachverhalte aufmerksam zu werden. Durch diese an die sozialwissenschaftliche Mehrebenenanalyse³⁴⁾ angelehnte Vorgehensweise wird das Risiko der Nichtentdeckung von (Mehrfach-)Diskriminierung minimiert.

Die Mehrebenenanalyse lässt sich gut mit dem etablierten Prüfungsschema für Schadenersatzansprüche in Einklag bringen:

In einem ersten Schritt sollte eine exakte Beschreibung der spezifischen Diskriminierungssituation erfolgen, ferner eine Beschreibung der Lebenssituation der betroffenen Person und eine exakte Beschreibung der erlebten Benachteiligung. Die diskriminierenden Auswirkungen (Schaden) einer Regelung oder einer Behandlung auf die betroffenen Personen müssen festgehalten werden. Dieser Schritt entspricht der Ermittlung des kausalen Schadens.

Nachdem die Situation der betroffenen Person analysiert wurde, erfolgt in einem zweiten Schritt eine Beschreibung der Behandlung anderer Personen – dies jedoch nicht anhand von Merkmalszuschreibungen, um die Gefahr, Intersektionen zu übersehen bzw ungeeignete Vergleichspersonen zu wählen, zu vermindern. Danach werden die Unterschiede zwischen den beiden Ergebnissen analysiert. Zu beantworten ist die Frage, was die Behandlung des potentiellen Opfers von der Behandlung anderer Personen in der vergleichbaren Situation unterscheidet. Hier wird die Mehrebenenanalyse relevant: Die Identitätskonstruktionen der betroffenen Person werden ermittelt, die involvierten symbolischen Repräsentationen (Stereotype, Stigmata, wertende Einstellungen) im Sachverhalt werden identifiziert, relevante soziale Strukturen werden (soweit für den Fall notwendig) aufgezeigt. Zur vollständigen Erfassung des Sachverhalts und als Voraussetzung für die Prüfung der Rechtswidrigkeit wird untersucht, inwieweit zwischen den Ebenen der strukturellen Benachteiligung einerseits, der involvierten Stigmata andererseits und schließlich der individuellen Merkmale eine Verbindung besteht, welche die behaupteten Benachteiligungen/

Diskriminierungen erklärt. Das Ausmaß und die Intensität der Analyse hängen von der Komplexität des Falles ab. Das Ziel der Analyse ist, die maßgeblichen Kategorien und Intersektionen des Falles zu identifizieren und die Vergleichsperson bzw -gruppe auszuwählen. Die Frage, ob eine reelle Vergleichsperson benötigt wird oder ob die Heranziehung einer hypothetischen Vergleichsperson sinnvoll ist, soll beantwortet werden. Es ist zu prüfen, ob Kategorisierungen ermittelt werden können, die die Benachteiligung erklären. In einer Gesamtschau wird schließlich ermittelt, ob eine Ungleichbehandlung iSd in den Diskriminierungsgesetzen genannten verpönten Motive zu Unrecht erfolgte. Dieser Schritt entspricht der Feststellung der Rechtswidrigkeit der geprüften Handlungen.

5. Fazit

Im Zusammenhang mit der getrennten Betrachtung von Schadensermittlung und Rechtswidrigkeit ist es wichtig, dass man bei (Mehrfach-)Diskriminierungsfällen nicht schon von Beginn an auf ein verpöntes Motiv fokussiert. Abweichend von der monokausalen Herangehensweise soll der konkrete Fall offener betrachtet werden; es ist zu vermeiden, von Beginn an die Prüfung anhand von Diskriminierungsgründen vorzunehmen, da dadurch das Risiko entsteht, versteckte intersektionelle Elemente zu übersehen.

Grundsätzlich ist kein zwingender Grund ersichtlich, weshalb bei der Ermittlung der Entschädigung bei Verletzung des Gleichbehandlungsrechts von dem altbewährten schadenersatzrechtlichen Prüfschema abgegangen werden sollte.³⁵⁾ Dieses beinhaltet neben der Feststellung des konkreten Schadens und der adäquaten Verursachung das Vorhandensein eines rechtswidrigen und schuldhaft gesetzten Verhaltens seitens der Schädigenden (§§ 1293 ff ABGB).³⁶⁾ Nachdem der gleichbehandlungsrechtliche Entschädigungsanspruch als verschuldensunabhängig³⁷⁾ angesehen wird, ist es wesentlich, dass die Elemente „Schaden“ und „Rechtswidrigkeit“ sorgfältig ausei-

³³⁾ Zwar ist auch dem Schadenersatzrecht nicht fremd, dass etwa das Verschulden auch Einfluss auf den ersatzfähigen Schaden haben kann (vgl § 1331 ABGB, der bei besonders schwerem Verschulden zusätzlich einen immateriellen Schadenersatz vorsieht). Hier stellt sich allerdings nicht die Frage, welche unterschiedlichen Arten von Schadenersatz gebühren, sondern wie hoch ein bestimmter Schadenersatz, und zwar der immaterielle, zu bemessen ist.

³⁴⁾ *Winker/Degele*, Mehrebenenanalyse (2009).

³⁵⁾ *Reischauer in Rummel* (Hrsg), ABGB II³ § 1328 Rz 21; OGH 8 ObA 188/98z DRdA 2000, 50 (*Eichinger*) = ZAS 2000, 20 (*Brodil*).

³⁶⁾ Vgl grundlegend und für alle anderen *Kozioł/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 303 ff.

³⁷⁾ EuGH 8.11.1990, C-177/88, *Dekker*, Slg 1990, I-03941; 22.4.1997, C-180/95, *Draehmpaehl*, Slg 1997, I-02195 = DRdA 1998, 71; *Majoros*, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadens im Gleichbehandlungsgesetz, DRdA 2007, 515 (517); gegenteilig *Reischauer in Rummel* (Hrsg), ABGB II³ § 1328 Rz 21; *Kletecka in Rebhahn* (Hrsg), GIBG § 12 Rz 24 und 54.

mandergehalten werden. Die Frage, ob eine Mehrfachdiskriminierung vorliegt, ist auf der Rechtswidrigkeitsebene (verpönte unsachliche Ungleichbehandlung) und nicht auf jener der Schadensermittlung und somit nicht auf der Ebene der Ausmessung des zu ersetzenden Nachteils zu beantworten.

Bei der Ermittlung des einer benachteiligten Person zuzusprechenden Ersatzes sollte im Rahmen der Gesamtbetrachtung somit in erster Linie auf den tatsächlich erlittenen Nachteil Bedacht genommen werden. Hier ist dem OGH³⁸⁾ zu folgen, wenn er bei der Festlegung des immateriellen Schadenersatzes vor allem auf die Dauer, Art und Intensität der Gesamtheit

der inkriminierten Handlungen abstellt. Ferner sind die belastende Situation und die Folgen für die Würde des Opfers zu berücksichtigen. Das Motiv für die Diskriminierung ist bei der Bemessung des Ersatzes hingegen nebensächlich, soweit es nicht zu einer tatsächlichen Erhöhung des erlittenen (immateriellen) Nachteils geführt hat. Die Frage des Diskriminierungsstatbestandes – dazu gehört auch die Frage, ob ein verpöntes Motiv oder eine Kombination aus mehreren Motiven zur Benachteiligung geführt hat – ist auf der Ebene der Rechtswidrigkeit zu beurteilen und soll nicht in die Bemessung des Schadenersatzes einfließen. Auch bei den Ersatzansprüchen im Gleichbehandlungsrecht handelt es sich genuin um Schadenersatzansprüche.³⁹⁾ Es besteht kein Anlass, vom bewährten System der Beurteilung von Schadenersatzansprüchen (getrennte Beurteilung von Schaden, Kausalität, Rechtswidrigkeit und Verschulden) abzugehen.

³⁸⁾ OGH 8 ObA 188/98z DRdA 2000, 50 (Eichinger) = ZAS 2000, 20 (Brodli).

³⁹⁾ Vgl Reischauer in Rummel (Hrsg), ABGB II³ § 1328 Rz 21.

Aus der Rechtsprechung

Entscheidungsbesprechungen

Schwerarbeiterregelung nicht verfassungswidrig

40.

1. Der Begriff der Schwerarbeit wird durch den Gesetzgeber zulässigerweise und in einer dem Legalitätsprinzip (Art 18 B-VG) nicht widersprechenden Weise einerseits durch unbestimmte Rechtsbegriffe, andererseits durch die Einhaltung eines bestimmten Verfahrens determiniert.

2. Keine Bedenken gegen die in der SchwerarbeitsVO vom Verordnungsgeber gewählte „Energieumsatzmethode“, wobei der Kalorienverbrauch der betreffenden Tätigkeit aus einer Zusammenschau der einzelnen Durchschnittsbelastungen sachverständig zu ermitteln ist, ohne dass eine Berechnung des tatsächlichen Kalorienverbrauches im Einzelfall anzustellen wäre.

3. Keine Unsachlichkeit des in der SchwerarbeitsVO umschriebenen Begriffs der körperlichen Schwerarbeit aus dem Grunde, dass es die Norm nicht zulässt, eine nicht die erforderliche Schwelle der körperlichen Belastung erreichende Tätigkeit dadurch als Schwerarbeit zu qualifizieren, dass andere („kalorienneutrale“) Elemente wie Nacharbeit, Hitze oder Kälte und chemische bzw physikalische Einflüsse, die jeweils für sich auch nicht die Anforderungen der Z 1 bis 3 erfüllen, zusätzlich berücksichtigt werden.

„§ 1 Abs 1 Z 4, § 3 und die Anlage zur Verordnung der Bundesministerin für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz über besonders belastende Berufstätigkeiten (Schwerarbeitsverordnung), BGBl II 2006/104“ als gesetzwidrig aufzuheben. Im gleichen Umfang begehrt das OLG Graz [...] die Aufhebung dieser Bestimmungen. [...]

IV. Erwägungen in der Sache

[...] „Die Bedenken des OGH gegen § 4 Abs 4 APG gehen daher zusammenfassend dahin, dass diese Bestimmung im Zusammenhang mit § 4 Abs 3 APG keine iSd Art 18 Abs 1 und 2 B-VG ausreichende Determinierung des Inhalts der danach zu erlassenden Schwerarbeitsverordnung darstellt.“

[...] Aus Sicht der Bundesregierung erweisen sich [...] § 4 Abs 3 und 4 APG in der Zusammenschau mit § 607 Abs 14 ASVG vor dem Hintergrund eines einheitlichen Schwerarbeitsbegriffs, angesichts des Regelungsgegenstandes, des wissenschaftlichen und gesetzlichen Begriffsbildes von Schwerarbeit sowie des vor Erlassung der VO einzuhaltenden Verfahrens durch die Bedachtnahme auf einen gemeinsamen Vorschlag bestimmter gesetzlicher beruflicher Interessenvertretungen als hinreichend determiniert.

1.3. Der VfGH vermag die Bedenken der antragstellenden Gerichte ob der hinreichenden Determinierung des Verordnungsgebers durch das Gesetz nicht zu teilen:

1.3.1. Nach der Bundesverfassung (Art 18 Abs 2 B-VG) sind Verordnungen nur „auf Grund

**Art 7 und 18 B-VG;
§ 4 Abs 3 und Abs 4 APG;
§ 607 Abs 14 ASVG;
§ 298 Abs 13a GSVG;
§ 287 Abs 13a BSVG;
Schwerarbeits-VO
BGBl II 2006/104**

VfGH
6.10.2011
G 20/11 ua,
V 13/11 ua

[...] 1. Mit dem zu G 20/11, V 13/11, protokollierten Antrag begehrt der OGH, „§ 4 Abs 3 und Abs 4 des Allgemeinen Pensionsgesetzes (APG) in der Fas-