

**Christoph Kietaihl
Reinhard Resch**

Diskriminierung Schutz und Folgen im Arbeitsrecht

LESEPROBE

Schriften zum Arbeitsrecht und Sozialrecht

Mit Beiträgen von
Thomas Dullinger
Verena Vinzenz
Julia Eichinger

LESEPROBE

Diskriminierung – Schutz und Folgen im Arbeitsrecht

herausgegeben von

Univ.-Prof. Dr. Christoph Kietzbl
Univ.-Prof. Dr. Reinhard Resch

mit Beiträgen von

Univ.-Ass. Mag. Thomas Dullinger
Univ.-Ass.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Verena Vinzenz
Ass.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Julia Eichinger

OGB VERLAG

Schriften zum Arbeitsrecht und Sozialrecht

Hrsg. von Univ.-Prof. Dr. Reinhard Resch

Verlag des Österreichischen Gewerkschaftsbundes GmbH

Johann-Böhm-Platz 1

1020 Wien

Tel. Nr.: 01/662 32 96-0

Fax Nr.: 01/662 32 96-39793

E-Mail: office@oegbverlag.at

Web: www.oegbverlag.at

LESEPROBE

Umschlaggestaltung: Thomas Jarmer

Medieninhaber: Verlag des ÖGB GmbH, Wien

© 2018 by Verlag des Österreichischen Gewerkschaftsbundes GmbH Wien

Verlags- und Herstellungsort: Wien

Printed in Austria

ISBN 978-3-99046-374-4

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	7
Vorwort der Herausgeber	13
Vorwort der AK Kärnten.....	15
<i>Univ.-Ass. Mag. Thomas Dullinger</i> Diskriminierung wegen Religion und Bekleidung	17
<i>Univ.-Ass.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Verena Vinzenz</i> Schadenersatz und andere Sanktionen bei Diskriminierung	41
<i>Ass.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Julia Eichinger</i> Diskriminierung und Beendigung – am Beispiel von Belästigungen	75
Autorenverzeichnis	127

LESEPROBE

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
aE	am Ende
aF	alte Fassung
AG	Arbeitgeber
AktG	Aktiengesetz
allg	allgemein
aM	anderer Meinung
AMFG	Arbeitsmarktförderungsgesetz
AMS	Arbeitsmarktservice
AN	Arbeitnehmer
AngG	Angestelltengesetz
Anm	Anmerkung
Arb	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
ARD	ARD Betriebsdienst
Art	Artikel
ASGG	Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz
ASoK	Arbeits- und Sozialrechtskartei
AZG	Arbeitszeitgesetz
BAG	Berufsausbildungsgesetz
Bd	Band
BEinstG	Behinderteneinstellungsgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
Blg	Beilage, -n
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BPG	Betriebspensionsgesetz
BR	Betriebsrat
BRG	Betriebsrätegesetz
bspw	beispielsweise

BV	Betriebsvereinbarung
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
ca	circa
ders	derselbe
dh	das heißt
DRdA	Das Recht der Arbeit
E	Entscheidung, Erkenntnis
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EMRK	Europäische Menschenrechtskommission
ErgLfg	Ergänzungslieferung
Erl	a) Erläuterung b) Erlass
Erläut	Erläuterung, -en
ErwGr	Erwägungsgrund
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EV	Einstweilige Verfügung
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in Österreichische Juristen-Zeitung
f	und der, die folgende
ff	und der, die folgenden
FN	Fußnote, -n
FS	Festschrift
G	Gesetz
gem	gemäß
GesRZ	Der Gesellschafter
ggf	gegebenenfalls
GlBG	Gleichbehandlungsgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GP	Gesetzgebungsperiode

GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
grds	grundsätzlich
GZ	Geschäftszahl
hA	herrschende Ansicht (Auffassung)
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
hRsp	herrschende Rechtsprechung
HS	a) Halbsatz b) Halbschrift c) Handelsrechtliche Entscheidungen
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinn
ieS	im engeren Sinn
iHv	in Höhe von
infas	Informationen aus dem Arbeits- und Sozialrecht
insb	insbesondere
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des, – der
iSe	im Sinne einer, (-s)
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinn
iZm	im Zusammenhang mit
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JAS	Journal für Arbeitsrecht und Sozialrecht
JBl	Juristische Blätter
Jg	Jahrgang
Jud	Judikat
Kap	Kapitel
KollV	Kollektivvertrag
krit	kritisch

KSchG	Konsumentenschutzgesetz
leg cit	legis citatae (der zitierten Vorschrift)
Lfg	Lieferung
Lit	Literatur
lit	litera
Losebl	Loseblatt
maW	mit anderen Worten
mE	meines Erachtens
mwH	mit weiteren Hinweisen
mwN	mit weiteren Nachweisen
Nr	Nummer
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
PB	Provisionsbasis
Pkt	Punkt
Rn	Randnummer
RdA	Recht der Arbeit (deutsche Zeitschrift für Wissenschaft)
RdM	Recht der Medizin
RdW	(österreichisches) Recht der Wirtschaft
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
RL	Richtlinie
Rs	Rechtssache
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer, -zahl
s	siehe
S	Seite, Satz,
sE	seines Erachtens
Slg	Sammlung
sog	sogenannte, -e, -er, -es

StGBI	Staatsgesetzblatt für die Republik Österreich
StGG	Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger RGBI 1867/142
stJud	ständige Judikatur
stRsp	ständige Rechtsprechung
stv	stellvertretend
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
uä	und ähnliche(s)
udgl	und dergleichen
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
uva	und viele andere
va	vor allem
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
vgl	vergleiche
VO	Verordnung
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
wbl	wirtschaftsrechtliche Blätter, Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht
WKO	Wirtschaftskammer Österreich
Z	Ziffer
ZAS	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht
ZellHB	Zeller Handbuch
ZellKomm	Zeller Kommentar
ZPMRK	Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
zT	zum Teil
zust	zustimmend

Vorwort der Herausgeber

Das Antidiskriminierungsrecht gewinnt auch außerhalb des Bereichs der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zunehmende praktische Bedeutung. Der vorliegende Band konzentriert sich bewusst auf in der Praxis sehr bedeutsame Einzelfragen, die im Rahmen der bisherigen rechtswissenschaftlichen Diskussion durchaus noch zahlreiche ungelöste Rechtsfragen beinhalten.

Nach dem heute besonders aktuellen Thema der Diskriminierung wegen der Religion (der Beitrag von Thomas Dullinger) geht es vorrangig um den Bereich der Rechtsfolgen bzw der möglichen Sanktionen. Gerade diese Bereiche des Schadenersatzes (ausgeführt von Verena Vinzenz) und des Beendigungsrechts (von Julia Eichinger) sind in der Praxis die zentralen Problemstellungen.

Die Beiträge gehen auf Vorträge zurück, die im Rahmen des 39. Praktikerseminars am 17. November 2017 an der Universität Klagenfurt bei einer gemeinsamen Veranstaltung von Arbeiterkammer Kärnten und dem Institut für Rechtswissenschaft der Alpen Adria Universität Klagenfurt abgehalten wurden. Dank gebührt der Arbeiterkammer Kärnten für die Förderung der Veranstaltung und die aktive Mitarbeit an der Konzeption und Durchführung der Tagung.

Linz, im Mai 2018

*Christoph Kietaiabl
Reinhard Resch*

LESEPROBE

Vorwort der AK Kärnten

Die PraktikerInnenseminare der Arbeiterkammer Kärnten an der Alpen-Adria-Universität Klagenfurt greifen aktuelle Fragestellungen der Arbeitswelt auf. Es ist mir wichtig, dass Menschen, die in der Praxis mit dem Arbeitsrecht arbeiten, viele davon als Betriebsrätin oder Betriebsrat, immer auf dem Laufenden sind und die Kärntner Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer kompetent beraten. Mit den PraktikerInnenseminaren schaffen wir eine Plattform für praktische und theoretische Zugänge – und führen diese zusammen.



Im November 2017 fand das 39. PraktikerInnenseminar zum Thema „Diskriminierung“ statt. Wir haben dieses Thema gewählt, da es in der Praxis zunehmend häufiger vorkommt, der Umgang mit Diskriminierungsfällen aber sehr individuell und sensibel ist. Für die Arbeiterkammer ist ganz klar: Jeder Mensch ist gleich. Diskriminierungen aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit, des Geschlechts, der Religion, des Alters oder der sexuellen Orientierung haben am Arbeitsplatz nichts verloren. Besonders schwierig ist die Thematik, da noch eine besonders sensible Komponente der Betroffenheit für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer hinzukommt: Bevor man für sie aktiv werden kann, müssen sie sich zuerst einmal „outen“. Um in diesen Fällen, oftmals auch „Spezialfällen“, gerüstet zu sein, haben wir ein Seminar diesem Thema gewidmet – die Erkenntnisse dazu haben wir im vorliegenden Band zusammengefasst und zur Verfügung gestellt.

Im Namen der Arbeiterkammer Kärnten bedanke ich mich beim Institut für Rechtswissenschaft an der Alpen-Adria-Universität Klagenfurt, das die Räumlichkeiten für die Tagung bereitgestellt hat. Mein Dank gilt vor allem auch Univ.-Prof. Dr. Christoph Kietaihl und Univ.-Prof. Dr. Reinhard Resch für die wissenschaftliche Begleitung und Organisation der Tagungen sowie für die Herausgabe des vorliegenden Sammelwerkes.

Günther Goach
Präsident der Arbeiterkammer Kärnten

LESEPROBE

Diskriminierung wegen Religion und Bekleidung

1. Einleitung	18
2. Benachteiligung aufgrund des Tragens religiöser Symbole	19
2.1 Gegenstand der Beurteilung	20
2.2 Unmittelbare oder mittelbare Benachteiligung.....	21
3. Rechtfertigung einer unmittelbaren Benachteiligung	24
3.1 Kundenwünsche	25
3.2 Arbeitnehmerschutz	27
3.3 Authentizität	28
3.4 Burka und Niqab	28
4. Allgemeine Neutralitätspolitik	31
4.1 Benachteiligung aufgrund der Religion	31
4.2 Rechtfertigung	33
5. Religionsfreiheit	36
6. Zusammenfassung	38

1. Einleitung

Mit den beiden Entscheidungen des EuGH zum Tragen des islamischen Kopftuchs bei der Arbeit¹ und dem Urteil des OGH zum Tragen eines Niqabs am Arbeitsplatz² ist das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Religion³ in den Fokus der Arbeitsrechtswissenschaften gerückt. Schon zuvor hatte sich der EGMR aus grundrechtlicher Sicht mit dem Tragen religiöser Symbole bei der Arbeit zu befassen.⁴ Ziel dieses Beitrags ist es, diese Entscheidungen noch einmal in aller Kürze vorzustellen und die wesentlichen Aussagen, die sich aus ihnen ableiten lassen, herauszuarbeiten.

Sowohl der EuGH als auch der OGH haben in ihren Entscheidungen zu Recht grundrechtlichen Überlegungen hohes Gewicht beigemessen.⁵ Auf Seiten des Arbeitnehmers kommen insbesondere Art 9 EMRK und Art 10 GRC, die die Religionsfreiheit garantieren, zum Tragen. Nach der Rsp des EGMR ist Art 9 EMRK kein rein staatsgerichtetes Abwehrrecht, sondern beinhaltet Schutzpflichten des Staates, die diesen verpflichten, (auch) zwischen Privaten für einen fairen Interessenausgleich zu sorgen.⁶ Da der EuGH davon ausgeht, dass Art 10 GRC die gleiche Bedeutung und Tragweite hat wie Art 9 EMRK,⁷ ist dies auch für Art 10 GRC zu beachten. Aber auch Art 21 GRC, der unter anderem die Diskriminierung aufgrund der Religion untersagt, ist zu berücksichtigen. Auf Seiten des Arbeitgebers hat sich der EuGH in der Rs *Achbita* entscheidend auf die unterneh-

-
- 1 EuGH 14.3.2017, C-188/15, *Bougnaoui*; 14.3.2017, C-157/15, *Achbita*. Vgl zu diesen Entscheidungen *Sprenger*, Anforderungen an das Verbot des islamischen Kopftuchs und anderer Formen des offenen religiös-weltanschaulichen Bekenntnisses am Arbeitsplatz, EuZA 2017, 352.
 - 2 OGH 25.5.2016, 9 ObA 117/15v.
 - 3 Art 1 f RL 2000/78/EG; § 17 GIBG.
 - 4 EGMR 15.1.2013, Bsw 48420/10, *Eweida*.
 - 5 EuGH 14.3.2017, C-188/15, *Bougnaoui* Rz 28 ff; 14.3.2017, C-157/15, *Achbita* Rz 26 ff, 38 f.
 - 6 EGMR 15.1.2013, Bsw 48420/10, *Eweida* Rz 84, 91 ff mwN. Vgl auch *Meyer-Ladewig/Schuster* in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK⁴ Art 9 EMRK Rz 8; *Grabewarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ § 22 Rz 119 ff.
 - 7 EuGH 14.3.2017, C-157/15, *Achbita* Rz 27; 14.3.2017, C-188/15, *Bougnaoui* Rz 29. Vgl auch *Gaitanides* in Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte § 29 Rz 14.

merische Freiheit des Art 16 GRC gestützt.⁸ All diese Grundrechte beeinflussen die Auslegung sowohl der Gleichbehandlungsrahmen-RL als auch der nationalen Umsetzungsbestimmungen.

2. Benachteiligung aufgrund des Tragens religiöser Symbole

Der OGH beschäftigte sich in der eingangs erwähnten Entscheidung mit einer Angestellten eines Notars, die zunächst das islamische Kopftuch tragen wollte, dieses dann auch trug und später auch beabsichtigte, einen Niqab zu tragen. Im Wesentlichen hatte der OGH zu beurteilen, ob das Zuweisen anderer (unbeliebter) Tätigkeiten wegen des Tragens des Kopftuchs und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses wegen der Absicht, einen Niqab zu tragen, eine Diskriminierung aufgrund der Religion verwirklichten. Im Zuweisen unbeliebter Tätigkeiten erblickte der OGH eine unmittelbare Benachteiligung bei den sonstigen Arbeitsbedingungen, die im konkreten Fall nicht gerechtfertigt werden konnte. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses qualifizierte er zwar als unmittelbare Benachteiligung, diese war jedoch gerechtfertigt.⁹

Der EuGH hatte sich in der Rs *Bougnaoui* mit einer Softwareentwicklerin zu befassen, die von ihrem Arbeitgeber entlassen wurde, weil sie sich nach einer Kundenbeschwerde wegen des Tragens eines Kopftuchs weigerte, in Zukunft bei Kundenbesuchen auf das Kopftuch zu verzichten. Er qualifizierte die Entlassung als unmittelbare Benachteiligung aufgrund der Religion und verneinte eine Rechtfertigung derselben durch den diskriminierenden Kundenwunsch.¹⁰

8 EuGH 14.3.2017, C-157/15, *Achbita* Rz 38 ff. Vgl *Mohr* in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht² GRC Art 16 Rz 37; *Potz*, Die Gretchenfrage an Unternehmen: Wie hast du's mit religiösen und weltanschaulichen Zeichen und Kleidungsstücken am Arbeitsplatz? JAS 2017, 257 (258).

9 OGH 25.5.2016, 9 ObA 117/15v.

10 EuGH 14.3.2017, C-188/15, *Bougnaoui* Rz 34 ff.

2.1 Gegenstand der Beurteilung

Um die Frage nach dem Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Benachteiligung beantworten zu können, ist in einem ersten Schritt zu untersuchen, woran der Arbeitgeber eine Differenzierung anknüpft oder was der Inhalt einer bestimmten Weisung oder der Beweggrund für dieselbe ist. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um eine generelle oder eine individuelle Weisung handelt oder ob der Arbeitgeber nach generellen Regeln differenziert.¹¹ Bei individuellen Entscheidungen und Weisungen des Arbeitgebers ist entscheidend, ob das Differenzierungskriterium als allgemeine Regel formuliert unmittelbar benachteiligen würde.¹²

Bei generellen, schriftlichen Weisungen wird es oft verhältnismäßig einfach sein zu ermitteln, was Inhalt der betreffenden Weisung ist, weil man an den Wortlaut anknüpfen kann. Dasselbe gilt, wenn der Arbeitgeber aufgrund einer generellen Regelung zwischen Arbeitnehmern differenziert und diese Regelung offenlegt (bspw in Richtlinien). Schwierig ist die Beurteilung hingegen bei einer individuellen Weisung im Einzelfall und bei individuellen Entscheidungen des Arbeitgebers.¹³ Verboten ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer bspw das Tragen eines Kreuzansteckers am Revers seines Sakkos durch eine individuelle Weisung, so ist zunächst nicht klar, woran der Arbeitgeber anknüpft. Stört ihn das Tragen eines Ansteckers am Revers überhaupt, passt ihm die Farbe des Ansteckers nicht, möchte er, dass nur unternehmenseigene Anstecker getragen werden, oder stört ihn die Kreuzform des Ansteckers? Diese Frage ist für die Beurteilung des Verhaltens des Arbeitgebers jedoch entscheidend. Ein Verbot, einen Anstecker oder Schmuck einer bestimmten Farbe zu tragen, wird iaR nicht den Verdacht erregen, es könne eine unmittelbare Benachteiligung aufgrund eines geschützten Merkmals vorliegen. Anders ist es, wenn kreuzförmige Anstecker verboten sein sollen.

Die Ermittlung des Differenzierungskriteriums ist Teil der Sachverhaltsfeststellung,¹⁴ bei der die Beweiserleichterung des § 26 GIBG eine entscheidende Rolle spielt. Insbesondere bei individuellen Weisungen des Arbeitgebers, die – unabhängig davon, worauf sie tatsächlich abstellen – zu einer Anknüpfung an

11 Vgl *Brameshuber*, Rechtfertigung des Verbots von religiösen und weltanschaulichen Zeichen und Kleidungsstücken durch generelle Unternehmenspolitik der Neutralität, ZAS 2017/42 (227).

12 Vgl *Berka*, Religion, Weltanschauung und Arbeitsverhältnis, DRdA 2017, 247 (254).

13 Vgl *Berka*, DRdA 2017, 247 (253).

14 So auch *Berka*, DRdA 2017, 247 (253).

ein religiöses Symbol führen, wird es dem Arbeitnehmer relativ leicht fallen, eine Diskriminierung glaubhaft zu machen. Dann obliegt es dem Arbeitgeber, seine anderen tatsächlichen Beweggründe für diese individuelle Weisung offenzulegen und glaubhaft zu machen.

2.2 Unmittelbare oder mittelbare Benachteiligung

Sowohl EuGH als auch OGH sind zutreffend davon ausgegangen, dass eine Benachteiligung wegen des Tragens eines religiösen Symbols eine unmittelbare Benachteiligung aufgrund der Religion darstellt.

Einerseits werden religiöse Symbole nur von Angehörigen jener Religion getragen, der dieses Symbol entstammt. Knüpft man eine Benachteiligung an ein religiöses Symbol, benachteiligt man damit nur Angehörige dieser Religion. Der EuGH qualifiziert solche Benachteiligungen einer Teilgruppe¹⁵ als unmittelbare Benachteiligung, weil nur bestimmte Ausprägungen eines Merkmals (nur Frauen, nur Muslime, etc) davon betroffen sein können.¹⁶ In der Rs *Nikoloudi* qualifizierte der EuGH bspw eine Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten als unmittelbare Benachteiligung aufgrund des Geschlechts, weil nur Frauen für Teilzeitstellen eingestellt wurden. Das Kriterium der Vollzeitbeschäftigung als Voraussetzung für die Eingliederung in das planmäßige Personal führe – obwohl es den Anschein der Neutralität hinsichtlich des Geschlechts der Arbeitnehmer erwecke – zum Ausschluss einer Gruppe von Arbeitnehmern, die nur aus Frauen bestehen kann. Daher liege eine unmittelbare Benachteiligung aufgrund des Geschlechts vor.¹⁷ Nimmt man diese Argumentation ernst, muss man eine Benachteiligung wegen des Tragens religiöser Symbole schon deshalb als unmittelbare Benachteiligung aufgrund der Religion qualifizieren.¹⁸

Andererseits ist schon der Begriff Religion in § 17 GIBG so auszulegen, dass er nicht nur die Religionszugehörigkeit, sondern auch die Religionsausübung umfasst. Diese Interpretation beruht auf dem Verweis sowohl des unionsrechtlichen

15 Vgl zur Thematik der Teilgruppendifferenzierung *Rupp*, Die unmittelbare Benachteiligung nach § 3 Abs. 1 AGG, RdA 2009, 307; *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht³ § 3 Rz 24 ff.

16 EuGH 8.11.1990, C-177/88, *Dekker* Rz 10, 12; 5.5.1994, C-421/92, *Habermann-Beltermann* Rz 14 f; 3.2.2000, C-207/98, *Mahlburg* Rz 20 (alle in Bezug auf Schwangerschaft).

17 EuGH 10.3.2005, C-196/02, *Nikoloudi* Rz 22 ff, 35 f.

18 Vgl *Thüsing*, Diskriminierung wegen politischer Überzeugung, Religion und Weltanschauung, in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote 1 (19 f); *Windisch-Graetz* in Rebhahn, GIBG § 17 GIBG Rz 25.

Gesetzgebers als auch des nationalen Gesetzgebers auf die Grundrechte.¹⁹ Die Religionsfreiheit (Art 9 EMRK, Art 10 GRC) umfasst nicht nur die Religionszugehörigkeit, sondern explizit auch die Religionsausübung.²⁰ Wird jemand wegen des Tragens eines religiösen Symbols benachteiligt, so wird er wegen einer Religionsausübung und daher iSd § 17 GIBG aufgrund seiner Religion benachteiligt. EuGH und OGH haben ihren Entscheidungen diesen Begründungsansatz zugrunde gelegt.²¹

Aus der Argumentation der Höchstgerichte mit der Religionsausübungsfreiheit folgt, dass auch andere Benachteiligungen aufgrund der Religionsausübung eine unmittelbare Benachteiligung sind. Das ist insofern relevant, als der EGMR den Schutzbereich der Religionsausübung weit versteht und viele Verhaltensweisen als Religionsausübung anerkennt, wenngleich nicht jede religiös motivierte Handlung in den Schutzbereich des Art 9 EMRK fällt.²² Eine Religionsausübung, die den Schutz des GIBG genießt, liegt mE vor, wenn ein subjektives und ein objektives Element erfüllt werden.

Auf das Tragen religiöser Symbole bezogen besteht das **subjektive Element** darin, dass das Tragen des gegenständlichen Symbols für den Träger eine Ausübung seiner Religion sein muss. Dies folgt aus der Bezugnahme des Gesetzgebers auf die Religionsfreiheit.

Das **objektive Element** besteht darin, dass das betreffende Symbol hinreichend abgrenzbar zu anderen, nicht einer bestimmten Religion zuordenbaren, Symbolen und Kleidungsstücken sein muss. Dabei kommt es auf die Wirkung an, die das betreffende Symbol bei anderen hinterlässt, und nicht auf subjektive Absichten des Tragenden.²³ Dies wäre bspw beim Tragen weite Kleidung, wie das manche Religionen vorschreiben, nicht der Fall, auch wenn dieses religiös motiviert sein sollte. Verbietet der Arbeitgeber weite Kleidung, so sind davon Angehörige aller Religionen und auch nicht religiöse Menschen betroffen, weil es sich

19 ErwG 1, 4 f RL 2000/78/EG; RV 307 BlgNR 22. GP, 13.

20 Vgl EGMR 25.5.1993, Bsw 14307/88, *Kokkinakis* Rz 31; 1.7.1997, Bsw 20704/92, *Kalac* Rz 27; 4.12.2008, Bsw 27058/05, *Dogru* Rz 61. Vgl auch *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ § 22 Rz 102 ff; *Meyer-Ladewig/Schuster* in EMRK⁴ Art 9 EMRK Rz 3 ff mwN.

21 EuGH 14.3.2017, C-188/15, *Bouagnaoui* Rz 30; 14.3.2017, C-157/15, *Achbita* Rz 28; OGH 25.5.2016, 9 ObA 117/15v.

22 Vgl *Shabas*, The European Convention on Human Rights 427 ff; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ § 22 Rz 102 ff.

23 Vgl *Sprenger*, EuZA 2017, 352 (356 f).

bei weiter Kleidung um kein einer bestimmten Religion zuordenbares Symbol handelt. Eine unmittelbare Benachteiligung aufgrund der Religion scheidet daher aus.²⁴

Die erste dieser beiden Voraussetzungen findet in der Judikatur des EGMR eine Entsprechung: Es sei erforderlich, dass das betreffende Symbol eng mit der Religion verknüpft ist und die ausgeübte Religion in dem betreffenden Symbol zum Ausdruck gelangt.²⁵ Die zweite Voraussetzung folgt aus dem Wesen des Gleichbehandlungsrechts, das nicht nur einen Eingriff, sondern eine Benachteiligung gegenüber anderen fordert.

Nicht erforderlich ist, dass sich der Arbeitnehmer zum Tragen des religiösen Symbols verpflichtet fühlt oder verpflichtet ist. In den Schutzbereich der Religionsfreiheit fallen auch religiöse Gebräuche, zu denen keine religiöse Verpflichtung besteht.²⁶ Es ist auch nicht erforderlich, dass es sich um eine unwidersprochene oder weit verbreitete Praxis handelt.²⁷ Eine fehlende Pflicht oder nur geringe Verbreitung ändern auch nichts an dem Umstand, dass ein Abstellen auf ein religiöses Symbol nur Angehörige der entsprechenden Religion benachteiligt.

Keine unmittelbare Benachteiligung aufgrund der Religion liegt vor, wenn einem Arbeitnehmer ein religiöses Symbol einer Religion, der er nicht angehört, verboten wird, weil in diesem Fall das subjektive Element nicht erfüllt ist. Die Gleichbehandlung in Bezug auf das Tragen religiöser Symbole besteht nicht darin, dass jeder Arbeitnehmer jedes Symbol tragen darf, sondern darin, dass jeder Arbeitnehmer grundsätzlich die Symbole tragen darf, die seiner Religion entsprechen. Ein Arbeitnehmer, der Symbole einer ihm fremden Religion tragen möchte, befindet sich nicht in einer vergleichbaren Lage mit einem Arbeitnehmer, der Symbole seiner eigenen Religion tragen möchte. Nur für letzteren stellt das Tragen des betreffenden Symbols eine schützenswerte Religionsausübung dar.²⁸

24 Vgl hierzu die Argumentation des EuGH in der Rs *Achbita* in Bezug auf eine allgemeine Neutralitätspolitik (siehe 4.1). AA *Windisch-Graetz* in Rebhahn, GIBG § 17 GIBG Rz 26.

25 EKMR 5.7.1984, Bsw 10678/83, *V v Niederlande*; EGMR 15.1.2013, Bsw 48420/10, *Eweida* Rz 82; vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention § 22 Rz 103.

26 EKMR 12.3.1981, Bsw 8160/78, *X v Vereinigtes Königreich* Rz 6 f; EGMR 15.1.2013, Bsw 48420/10, *Eweida* Rz 82 mwN; 7.12.2010, Bsw 18429/06, *Jakobski* Rz 45. Vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ § 22 Rz 103.

27 EGMR 1.7.2014, Bsw 43835/11, *S.A.S.* Rz 108.

28 So auch EKMR 15.2.1965, Bsw 1753/63, *X v Österreich*.