



DISSERTATION | DOCTORAL THESIS

Titel | Title

Die Bemessung des immateriellen Schadenersatzes bei
Diskriminierung und (sexueller) Belästigung

verfasst von | submitted by

Mag.iur. Oskar Ofenböck

angestrebter akademischer Grad | in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Doktor der Rechtswissenschaften (Dr.iur.)

Wien | Vienna, 2026

Studienkennzahl lt. Studienblatt | Degree
programme code as it appears on the
student record sheet:

UA 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt | Field of
study as it appears on the student record
sheet:

Rechtswissenschaften

Betreut von | Supervisor:

ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Martin Gruber-Risak

Gewidmet den Kläger:innen der Verfahren gegenständlicher Judikaturanalyse (Auszug):

"Jetzt haben wir zwei Schwangere und zwei Behinderte und was soll ich jetzt machen"
Verweigerung der Vollzeit aufgrund Schwangerschaft

"Soll ich einmal kurz aufzippen?"

„eh nur Hausfrauen“

"Die hat einen geilen Arsch"

beim Umziehen beobachtet

"Ich brauche dich" „Arschficker“ „Nutte“ „If you give me a fucking, I can help you"
"Frauen haben keine Kraft"

Biss in ihr Ohrläppchen „der Schwule“ „Hure“

„so eine Alte an der Kassa"

„du hässlicher Neger“

„Bist du schon nackt?"

„blöde Fut“ "Tschuschin" „bück dich"
"eine Frau gewünscht"

"Die braucht's mal wieder"

„sie solle mehr arbeiten und weniger onanieren"

Kündigung nach erlittener Fehlgeburt

Kopftuch während der Arbeitszeit ablegen

„Mit wem hast du denn gevögelt?"

Abstract – de

Obwohl das „neue“ Gleichbehandlungsgesetz (BGBl 1979/108) seit mehr als zwei Jahrzehnten in Kraft ist, bereitet die Anwendung seiner zentralen Bestimmungen in der Praxis nach wie vor erhebliche Schwierigkeiten. Eines dieser zentralen Probleme stellt die **Bemessung des immateriellen Schadenersatzes** nach dem GIBG dar und stehen hier sowohl Parteienvertreter:innen bei der Einschätzung des zu erwartenden Ersatzbetrages bei Erstellung der Klage, als auch Richter:innen bei der Festsetzung des Schadenersatzes bei Fällung des Urteils vor derselben Herausforderung und Frage: **Wie viel an immateriellen Schadenersatz steht im konkreten Einzelfall zu?**

Hintergrund der Schwierigkeit bei Beantwortung dieser auf den ersten Blick einfach erscheinenden Frage ist die in der rechtswissenschaftlichen Forschung **weitgehend fehlende Erfassung konkreter Kriterien zur Bemessung des immateriellen Schadenersatzes bei (sexuellen) Belästigungen oder Diskriminierungen** (§§ 12, 26 und 38 GIBG). Dies führt selbst bei schwerwiegenden Rechtsverletzungen oftmals zu – vielfach seitens der einhelligen Lehre kritisierten – unverhältnismäßig niedrigen Schadenersatzbeträgen. Anders als Sachverhalte, die nach dem ABGB zu beurteilen sind, kann bei der Behandlung von Fällen nach dem GIBG nicht auf Schmerzensgeldhandbücher oder Schmerzensgeldtabellen zurückgegriffen werden. Im Rahmen des GIBG fehlt es an einem vergleichbaren Referenzsystem.

Die vorliegende Dissertation schließt diese Forschungslücke, indem sie zunächst die historische Entwicklung des Gleichbehandlungsrechts in Österreich und der EU sowie das Verhältnis des GIBG zum allgemeinen zivilrechtlichen Schadenersatzrecht untersucht. Darauf aufbauend erfolgt eine umfassende Analyse von rund 50 (zum Teil nicht veröffentlichten) Gerichtsentscheidungen und eine judikaturanalytisch deduktive Erfassung **konkreter Kriterien zur Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG**. Die methodisch aus Rechtsprechung und Literatur abgeleiteten Kriterien werden dabei in drei Gruppen erfasst:

1. **Allgemeine, aus dem Schadenersatzrecht abgeleitete Grundsätze**, die auch in der Bemessung des Ersatzbetrages nach dem GIBG anzuwenden sind, insbesondere Aspekte wie Dauer, Intensität und dauerhafte Beeinträchtigungen.

2. **Im Gesetz ausdrücklich normierte Kriterien**, etwa die Orientierung an gesetzlich definierten Ersatzbeträgen, die Berücksichtigung von Mehrfachdiskriminierung sowie die Berücksichtigung der präventiven Funktion des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG.
3. **Durch Rechtsprechung und Lehre entwickelte Kriterien**, die häufig das Ziel der Präventionsfunktion des GIBG in den Vordergrund stellen. Dazu zählen unter anderem die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der diskriminierenden Person, die Berücksichtigung der Ausnutzung eines Abhängigkeitsverhältnisses oder die Berücksichtigung der aus der Diskriminierung gezogenen Vorteile sowie des subjektiven Verschuldens.

Im Ergebnis wird mit dieser Dissertation ein detaillierter Katalog von 20 einzeln analysierten und systematisch aufbereiteten Kriterien zur Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG vorgelegt. Damit werden erstmals in der rechtswissenschaftlichen Forschung konkrete Bemessungskriterien aus Gesetz, Judikatur und Lehre erfasst und in einem systematischen Zusammenhang zueinander als Kriterienkatalog dargestellt. **Ziel ist es**, die praktischen Anwendungsschwierigkeiten zu überwinden und Bemessungskriterien aufzuzeigen, die einen wirklich abschreckenden immateriellen Schadenersatz gewährleisten und Diskriminierungen und (sexuelle) Belästigungen tatsächlich verhindern, sodass letztlich der Intention des Unionsrechts Rechnung getragen wird: die Gewährleistung der wirksamen Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes.

Abstract – en

Although Austria’s “new” Equal Treatment Act (Gleichbehandlungsgesetz, GIBG) has been in force for over two decades, the application of its core provisions—particularly those governing compensation—continues to present considerable challenges in practice. One of the central and persistently unresolved issues concerns the **assessment of non-pecuniary damages** under the GIBG. Both legal practitioners, when estimating potential compensation amounts at the time of filing a claim, and judges, when determining the final award, face the same fundamental question: **What is the appropriate amount of non-pecuniary damages in the specific case at hand?**

The difficulty in answering this seemingly straightforward question stems from the complete absence of concrete criteria for calculating non-pecuniary damages in cases of workplace discrimination or (sexual) harassment, frequently resulting in disproportionately low compensation awards for severe violations. Unlike cases assessed under the Austrian Civil Code (ABGB), where practitioners may consult established pain and suffering guidelines that list compensation amounts according to specific injuries, no comparable reference framework exists for claims under the GIBG. Similarly, the structured compensation rates assigning monetary values to days of mild, moderate, or severe pain are foreign to the realm of the GIBG. To date, no standardized criteria have been developed for quantifying non-pecuniary damages in this context, and existing literature provides only a superficial and incomplete overview of potential assessment methodologies.

This dissertation addresses this significant research gap by first examining the historical development of equal treatment legislation in Austria and the relationship between the GIBG and Austria’s civil law framework, followed by a comprehensive analysis of approximately 50 judicial decisions—some of which remain unpublished—supplemented by a systematic review of a comprehensive range of commentaries and scholarly contributions. The aim is to develop a concrete, practice-oriented **catalog of criteria** for the assessment of non-pecuniary damages under the GIBG. The criteria methodologically deduced from case law and academic discourse can be grouped into three categories:

1. **General principles derived from tort law** that are also applicable to the assessment of non-pecuniary damages under the GIBG, including considerations of the duration, intensity, and long-term effects of the harm.

2. **Criteria expressly codified in the statutory text**, such as the use of legally defined compensation amounts as reference points, the consideration of multiple discrimination, and the acknowledgment of the preventive function of non-pecuniary damages.
3. **Criteria developed through case law and legal scholarship**, which frequently emphasize the statutory objective of prevention. These include the exploitation of an authority relationship, the financial capacity of the discriminator, benefits gained through the discriminatory conduct, and the consideration of the discriminator's subjective intent, among others.

The dissertation culminates in a detailed catalog of 20 individually examined and meticulously elaborated criteria, enabling a more precise and transparent evaluation of non-pecuniary damages in cases of workplace discrimination or (sexual) harassment. For the first time in legal scholarship, all relevant assessment criteria derived from statutory provisions, jurisprudence, and academic writing are systematically compiled and contextualized. This comprehensive approach is designed to overcome existing practical challenges in the application of the law, mitigate the associated legal uncertainties, and ultimately fulfill the intended purpose of the European legislator: putting the principle of equal treatment into effect.

Vorwort

Diskriminierungen und (sexuelle) Belästigungen in und außerhalb der Arbeitswelt haben in den vergangenen Jahren mehrfach durch medienwirksame Fälle sowohl international als auch national für Aufmerksamkeit gesorgt und Betroffene ermutigt ihre Erlebnisse gerichtlich zu verfolgen. In Österreich sorgte insbesondere der Fall um den Medienunternehmer Wolfgang Fellner für Aufsehen. Das Handelsgericht Wien verurteilte Fellner im Jahr 2022 zu einem Widerruf, nachdem er die Vorwürfe der sexuellen Belästigung einer Mitarbeiterin gegen ihn als "frei erfunden" bezeichnete.¹ Dieser Fall steht exemplarisch für eine Reihe von Vorfällen, die im Zuge der internationalen #MeToo-Bewegung ans Licht traten und auch in Österreich eine gesellschaftliche und juristische Auseinandersetzung mit Fragen zu Diskriminierung und (sexueller) Belästigung beförderten.

Die #MeToo-Bewegung hat insbesondere auch gezeigt, dass Diskriminierungen und (sexuelle) Belästigungen keineswegs Einzelfälle oder gesellschaftliche Randphänomene sind. Vielmehr trat deutlich ans Licht, dass es sich dabei um ein strukturelles Problem handelt, das tief in gesellschaftlichen Machtverhältnissen und Abhängigkeitsstrukturen verankert und in allen gesellschaftlichen und sozioökonomischen Schichten vorzufinden ist. Selbst in österreichischen Gerichtssälen kann beobachtet werden, dass Formen sexualisierter Sprache und Herabwürdigung nach wie vor unkritisch reproduziert werden, wenn beispielsweise die Richterin eine Betroffene fragt, wieso sie aufgrund der sexuellen Belästigungen nicht einfach gekündigt habe?²

Die Europäische Union hat bereits seit den frühen 2000er Jahren in mehreren Antidiskriminierungsrichtlinien ausdrücklich verankert, dass die Mitgliedstaaten Sanktionen etablieren müssen, die wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sind, damit Diskriminierungen und (sexuelle) Belästigungen **verhindert werden**.³ Österreich hat diese

¹ <https://www.puls24.at/news/chronik/frei-erfunden-wolfgang-fellner-muss-widerruf-veroeffentlichen/256634> (Stand 16.8.2025); <https://www.derstandard.at/story/2000126804733/causa-fellner-soll-ich-einmal-kurz-aufzippen> (Stand 16.8.2025).

² <https://www.derstandard.at/story/2000126207130/medienbericht-vorwurf-der-sexuellen-belaestigung-gegen-oesterreichischen-medienmanager> (Stand 16.8.2025).

³ Ausdrückliches Bekenntnis dazu, dass Normen des Gleichbehandlungsrechts eine generalpräventive Funktion zukommen muss: Art 15 RL 2000/43/EG; *Europäische Kommission*, Gemeinsamer Bericht über die Anwendung

Vorgaben im Jahr 2004 mit einer umfassenden Novellierung des Gleichbehandlungsgesetzes (GIBG), womit das „alte“ GIBG abgelöst wurde, umgesetzt.⁴ Damit sollte den Anforderungen der EU entsprochen und ein zeitgemäßer Rechtsrahmen geschaffen werden, der nicht nur einen materiellen Anspruch auf Gleichbehandlung gewährleistet (= Herstellung des diskriminierungsfreien Zustandes), sondern insbesondere auch wirksame Sanktionen für Verstöße vorsieht. Im Zentrum dieses Sanktionensystems steht der immaterielle Schadenersatz: Nach den Vorgaben der EU sowie des GIBG soll dieser nicht nur den individuellen immateriellen Schaden ersetzen, sondern zugleich eine generalpräventive Wirkung entfalten, indem er potenzielle Schädiger:innen von diskriminierendem Verhalten abhält (§ 12 Abs 14 GIBG „**Diskriminierungen verhindert**“).

Empirische Daten zeigen jedoch, dass dieses **Ziel bislang keineswegs erreicht** ist. Werden die aktuell vorliegenden Einkommensunterschiede aufgrund des Geschlechts aus dem Jahr 2023 laut dem Einkommensbericht 2024 des österreichischen Rechnungshofes mit jenen aus dem Jahr 2007 verglichen, fällt auf, dass innerhalb von 16 Jahren eine „Verbesserung“ von lediglich 7 %-Punkten (von 41% im Jahr 2007 auf 34% im Jahr 2023) eingetreten ist.⁵ Werden ausschließlich ganzjährig Vollzeitbeschäftigte berücksichtigt, zeichnet sich sogar ein noch düsteres Bild ab: Während der Einkommensunterschied 2023 „nur“ 21 % beträgt,⁶ ist dieser allerdings innerhalb von 16 Jahren lediglich um 1 %-Punkt gesunken (2007: 22 %). Die gänzliche Beseitigung der Einkommensunterschiede bei ganzjähriger Vollzeitbeschäftigung würde bei Fortschreibung dieser Entwicklung weitere 336 Jahre dauern.⁷ Eine Studie des „SORA“-Instituts aus dem Jahr 2019 zeigt zudem auf, dass 21% der Befragten in den letzten drei Jahren im Arbeitsbereich bzw bei der Arbeitssuche zumindest eine Schlechterstellung aufgrund eines diskriminierenden Merkmals iSd GIBG erfahren haben.⁸ Auch die

der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 und der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 (2014), 8.

⁴ BGBl I 2004/66 sowie BGBl I 2005/82.

⁵ Verbesserung um 7%-Punkte dauerte 16 Jahre = Verbesserung um weitere 34%-Punkte würde weitere 77 Jahre (=34/7*16) erfordern.

⁶ *Rechnungshof Österreich*, Bericht des Rechnungshofes über die durchschnittlichen Einkommen der gesamten Bevölkerung gemäß Art. 1 § 8 Abs. 4 des Bezügebegrenzungsgesetzes, BGBl. I Nr. 64/1997 (2024), 26.

⁷ Verbesserung um 1%-Punkt dauerte 16 Jahre = Verbesserung um weitere 21%-Punkte würde weitere 336 Jahre (=21*16) erfordern.

⁸ *SORA – Institute for Social Research and Consulting*, Diskriminierungserfahrungen in Österreich (2019) Diskriminierungserfahrungen im Bereich „Arbeit“, Seite 55 ff.

Tätigkeitsberichte der Gleichbehandlungsanwaltschaft aus den vergangenen Jahren verzeichnen einen stetigen Anstieg an Beratungsleistungen aufgrund Diskriminierungen und (sexueller) Belästigungen.⁹

Als eine mögliche **Ursache dieses Missverhältnisses** zwischen dem deklarierten Ziel („Diskriminierungen verhindern“) und dem tatsächlichen Zustand, wird in dieser Dissertation der **immaterielle Schadenersatz nach dem Gleichbehandlungsgesetz** untersucht.

Während das österreichische Gleichbehandlungsrecht im Jahr 2019 sein 40-jähriges Bestehen feierte, wies *Gahleitner* auf einen zynischen Rekord hin: Der höchste jemals zugesprochene Schadenersatzbetrag nach dem GIBG belief sich auf über € 300.000,00 und ging an einen Mann.¹⁰ Dieser machte eine Einstellungsdiskriminierung aufgrund strukturell Männer bevorzugende formale Kriterien geltend, wie bspw die Dauer der bisher innegehabten Führungsfunktion.¹¹ Dies steht in Kontrast zu zahlreichen, meist Frauen betreffenden, Fällen, die für monatelange oder gar jahrelange schwere Diskriminierungen oder (sexuelle) Belästigungen lediglich wenige tausend Euro an immateriellen Schadenersatz zugesprochen bekommen. Besonders drastisch illustriert dies der Fall einer minderjährigen Zahnarztassistentin, die über mehr als eineinhalb Jahre massiven sexuellen Übergriffen ihres Arbeitgebers ausgesetzt war und dafür lediglich rund 4.000 Euro an immateriellen Schadenersatz erhielt. Wird zudem der Umstand hinzugezogen, dass die Höhe dieses Ersatzbetrages im Verhältnis zum Vermögen bzw Einkommen des Zahnarztes vergleichsweise gering ausfällt, wird das **grundlegende Unverständnis der einhelligen Meinung** hinsichtlich

⁹ Bundeskanzleramt, Gleichbehandlungsbericht für die Privatwirtschaft 2022 und 2023 – Teil II Anwaltschaft für Gleichbehandlung (2024) 54, 134; weitere Berichte unter: <https://www.gleichbehandlungsanwaltschaft.gv.at/wir-ueber-uns/taetigkeitsbericht.html> (Stand: 19.8.2025).

¹⁰ *Gahleitner*, 40 Jahre Gleichbehandlungsgesetz - Europäische Impulse bei der Gleichstellung der Geschlechter, DRdA 2019, 391.

¹¹ Dass formelle Kriterien wie die Dauer an Führungserfahrung strukturell Frauen benachteiligt zeigt bspw die Verteilung der Care-Arbeit zwischen den Geschlechtern und die damit im Zusammenhang stehende Teilzeitbeschäftigung: im Jahr 2023 lag die aktive Teilzeitquote der 25- bis 49-jährigen Frauen mit Kindern unter 15 Jahren bei 74,0 %, *STATISTIK AUSTRIA*, Vereinbarkeit von Beruf und Familie, <https://www.statistik.at/statistiken/bevoelkerung-und-soziales/gender-statistiken/vereinbarkeit-von-beruf-und-familie> (Stand 19.8.2025).

solch geringer Beträge deutlich.¹² Diese einhellige Kritik bildet den Ausgangspunkt dieser Dissertation: **Von einer Sanktion, die geeignet ist, künftige Diskriminierungen und (sexuelle) Belästigungen wirksam zu verhindern, kann keine Rede sein.**

Die Ursachenforschung in dieser Dissertation zeigt eine Vielzahl von Faktoren auf, die zu diesem unbefriedigenden Ergebnis beitragen. So fehlt es in Österreich an einer rechtlichen Tradition, pönale oder präventive Gesichtspunkte bei der Bemessung von immateriellen Schadenersatzbeträgen in den Vordergrund zu stellen. Die Judikatur ist stark vom Ausgleichsgedanken des ABGB geprägt, der auf eine möglichst exakte Wiedergutmachung des erlittenen Schadens abzielt. Prävention tritt nach dieser Logik in den Hintergrund (dazu im Detail unter „II. Teil“). Auch ist ein „Henne-Ei-Problem“ hinsichtlich zu niedriger Beträge zu beobachten: Da Kläger:innen ihre Forderungen an den bisherigen, zu niedrigen Entscheidungen orientieren, entstehen kaum Gelegenheiten für Gerichte, signifikant höhere Beträge zuzuerkennen (dazu im Detail unter „III. Teil“). Verstärkt wird dieses Problem durch die Angst vor Prozesskosten, die Kläger:innen dazu bringt, ihre Forderungen bewusst niedrig anzusetzen, damit ein vollständiges Obsiegen möglichst garantiert ist; in diesem Zusammenhang werden höchstgerichtliche Entscheidungen, wonach ein bestimmter immaterieller Ersatzbetrag als

¹² „Die Rechtsprechung zeigt [...] ein eher verhaltenes Bild.“ Kletečka/Köck in Windisch-Graetz (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 65; **„Beträge sind keinesfalls abschreckend und können daher auch keine Präventionswirkung entfalten“** Gahleitner, 40 Jahre Gleichbehandlungsgesetz – Europäische Impulse bei der Gleichstellung der Geschlechter, DRdA 2019, 391 (405); **„in der Judikatur zugesprochenen Beträge sind jedenfalls allesamt zu gering“** Schrittwieser/Vazny-König in OGH 8 ObA 63/2009m = DRdA 2011/40 (392); **„hochgradig ineffizient“** und **„keinesfalls abschreckend“** Körber-Risak in Gruber-Risak/Mazal (Hrsg), Das Arbeitsrecht - System und Praxiskommentar (45. Lfg 2025) Das Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) und die Antidiskriminierungsbestimmungen des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinstG) Rz 167; **„jedenfalls als zu niedrig anzusehen, um wirklich eine abschreckende Wirkung auf Belästiger und keine Abhilfe schaffende Arbeitgeber zu erreichen“** Gahleitner, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007/24, 155; **„lächerlich geringe Schadenersatzzahlungen“** Körber-Risak in Bäck-Knapp/Harmer/Renzenbrink (Hrsg), Litigation PR (2021), „MeToo“ aus Sicht einer Arbeitgeberanwältin (109); **„unverständlich“ gering** und **„Provokation“ der Klägerin Mazal** in OGH 23.10.2000, 8 ObA 132/00w = ecolex 2001/86 (krit Mazal); Gahleitner, Sexuelle Belästigung und Diskriminierung durch den Geschäftsführer, DRdA 2009, 539 (541); Kletečka, Punitive damages – Der vergessene Reformpunkt? ÖJZ 2008, 787; Majoros, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadens im Gleichbehandlungsgesetz, DRdA 2007, 515 ff; **„zugesprochenen Beträge dürften tendenziell zu gering sein“** Gerhartl, Immaterieller Schadenersatz bei Diskriminierung, RdW 2012/42 (33); OGH vom 5.6.2002, 9 Ob A 119/02v, ecolex 2002/363 (krit Mazal); OGH vom 21.1.1999, 8 Ob A 188/98z, DRdA 2000/7 (krit Eichinger); OGH vom 2.9.2008, 8 ObA 59/08x, ZAS-Judikatur 2009/5 (krit Reiner).

„angemessen“ bezeichnet wird, vielfach als faktische Obergrenze missverstanden (dazu im Detail unter „V. Teil“).

Im Zentrum gegenständlicher Dissertation steht neben der Ursachenforschung aber die **zentrale Frage, wie eine angemessene und abschreckende Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG durchgeführt werden kann**. Denn das GIBG selbst enthält keine konkreten Bemessungskriterien. Das Gesetz beschränkt sich auf abstrakte Begriffe, die weitgehend wortwörtlich den unionsrechtlichen Richtlinien entnommen sind, ohne deren inhaltliche Konkretisierung vorzunehmen. Die vorliegende Dissertation setzt hier an.

Ziel ist es daher, mit Hilfe einer umfassenden Judikaturanalyse (dazu im Detail unter „III. Teil“), erstmals in der rechtswissenschaftlichen Forschung sämtliche Kriterien zur Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG aus Gesetz, Judikatur und Lehre vollständig zu konkretisieren und in einem systematischen Zusammenhang zueinander in einem umfassenden Kriterienkatalog zusammen zu fassen (dazu im Detail unter „IV. Teil“), sodass **praktische Anwendungsschwierigkeiten überwunden, eine abschreckende Wirkung erzielt und Diskriminierungen und (sexuelle) Belästigungen verhindert werden können**.

Abschließend wird an dieser Stelle angemerkt, dass sämtliche Forschungsergebnisse dieser Arbeit auch auf den Anwendungsbereich des **Behinderteneinstellungsgesetz** (BEinstG) umgelegt werden können. Auch wenn der Untersuchungsgegenstand lediglich das GIBG umfasst, so hat der OGH bereits festgehalten, dass die Ersatzbeträge nach GIBG und BEinstG nach derselben Methode festgesetzt werden.¹³ Die Forschungsergebnisse dieser Dissertation sind daher gleichermaßen auf den Anwendungsbereich des BEinstG umzulegen.

¹³ OGH 8 ObA 59/08x (11) = RdW 2009/238 = infas 2009, A 7.

Inhaltsverzeichnis

Abstract – de	5
Abstract – en	7
Vorwort	9
Inhaltsverzeichnis.....	14
Abkürzungsverzeichnis.....	19
Dissertationsthema und Problemaufriss	20
Forschungsstand: Forschungslücke und Relevanz des Themas	23
Aufbau und Gang der Untersuchung	25
I. Teil: Entwicklung und Grundsätzliches zum Gleichbehandlungsgesetz.....	29
1 Entwicklung des Gleichbehandlungsgesetzes	29
1.1 Eine rechtsphilosophische Vorbemerkung: Gerechtigkeit und Gleichheit	29
1.2 Formelle Gleichheit bei materieller Ungleichheit.....	31
1.3 Meilensteine der Entwicklung des Gleichbehandlungsrechts in der EU und Österreich.	32
1.3.1 Grund- und menschenrechtliche Ursprünge.....	33
1.3.2 Das „alte“ Gleichbehandlungsgesetz (BGBl 1979/108)	34
1.3.3 Die „Antirassismus-RL“ (RL 2000/43/EG) und die „Gleichstellungsrahmen-RL“ (RL 2000/78/EG).....	36
1.3.4 Die „Gender-Gleichstellungs-RL“ (RL 76/207/EWG idF RL 2002/73/EG und nunmehr RL 2006/54/EG) und die die erweiterte Gleichbehandlungs-RL (RL 2004/113/EG).....	37
1.3.5 Das „neue“ Gleichbehandlungsgesetz (BGBl I 82/2005)	38
1.4 Fazit.....	39
2 Grundsätzliches zum Gleichbehandlungsgesetz	42
2.1 Der Aufbau des GIBG	42
2.1.1 Anwendungsbereich und Abgrenzung	44

2.1.2	Verletzung des Gleichbehandlungsgebots	45
2.2	Die Rechtsfolgen des GIBG	57
2.2.1	Unionsrechtliche Vorgaben.....	58
2.2.2	Umsetzung im GIBG	59
2.3	Rechtsdurchsetzung – Verfahren zur Geltendmachung von Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen	64
2.3.1	Die Gleichbehandlungsanwaltschaft	65
2.3.2	Die Gleichbehandlungskommission.....	67
2.3.3	Die Arbeits- und Sozialgerichte	70
2.3.4	Verjährung von Ansprüchen nach dem GIBG	71
2.3.5	Anspruch auf Zinsen	71
2.3.6	Viktimisierungsverbot.....	73
2.3.7	Verfahrenskosten.....	74
2.4	Fazit.....	75
II. Teil: Der immaterielle Schadenersatz im ABGB und GIBG.....		82
1	Der immaterielle Schadenersatz im allgemeinen Zivilrecht	82
1.1	Grundsätze, Funktionen und Voraussetzungen des Schadenersatzrechts nach dem ABGB.....	82
1.2	Der Ersatz des immateriellen Schadens im allgemeinen Zivilrecht.....	88
1.2.1	Das Schmerzensgeld als Ausgangspunkt.....	92
1.2.2	Weitere Rechtsgrundlagen zum Ersatz des immateriellen Schadens.....	96
1.3	Bemessungskriterien des immateriellen Schadenersatzes im allgemeinen Zivilrecht... ..	98
1.3.1	Dauer	103
1.3.2	Intensität der Beeinträchtigung	103
1.3.3	Berücksichtigung von Dauerfolgen.....	104
1.3.4	Berücksichtigung von psychischen Leiden	106
1.3.5	Alter der Verletzten	107

1.3.6	Verschulden der:des Schädigerin:Schädigers	109
1.3.7	Vermögensverhältnisse	110
1.3.8	Soziale Stellung des:der Geschädigten	113
1.4	Fazit.....	114
2	Der immaterielle Schadenersatz nach dem GIBG.....	118
2.1	Der Ersatz der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung nach dem GIBG.....	119
2.2	Unionsrechtliche Vorgaben zur Bemessung der persönlichen Beeinträchtigung ..	122
2.2.1	Wirksamkeit	123
2.2.2	Verhältnismäßigkeit	124
2.2.3	Prävention.....	126
2.3	Das GIBG im Verhältnis zum allgemeinen Zivilrecht	127
2.3.1	Gemeinsamkeiten mit dem allgemeinen Zivilrecht	127
2.3.2	Abweichungen vom allgemeinen Zivilrecht	128
2.4	Exkurs: Das angloamerikanische Konzept der <i>punitive damages</i>	135
2.4.1	Grundsätzliches zu <i>punitive damages</i> und ihrer Kompatibilität mit der österreichischen Rechtsordnung.....	136
2.4.2	Urteil des EuGH vom 17.12.2015 C-407/14 (<i>Arjona Camacho</i>).....	139
2.4.3	Umsetzung eines Strafschadenersatzes im GIBG?.....	141
2.5	Fazit.....	144
III. Teil: Judikaturanalyse zum immateriellen Schadenersatz nach dem GIBG		150
1	Vorbemerkung zur Judikaturanalyse.....	150
2	Zur Orientierung der nachstehenden Judikaturanalyse	152
3	Judikaturanalyse: Der immaterielle Schadenersatz nach dem GIBG.....	157
4	Fazit.....	168
IV. Teil: Kriterienkatalog – Die Bemessungskriterien zur Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG		173
1	Überblick zum Kriterienkatalog.....	173

2	Bemessungskriterien aus den auch sonst im allgemeinen Schadenersatzrecht anzuwendenden Grundsätzen.....	175
2.1	Dauer	175
2.2	Intensität der Beeinträchtigung	178
2.3	Leiden (festgestellte bzw feststellbare Gesundheitsbeeinträchtigungen sowie Dauerfolgen).....	180
3	Bemessungskriterien aus dem Gesetzestext des GIBG	181
3.1	Orientierung an gesetzlich definierten Ersatzbeträgen.....	181
3.2	Berücksichtigung einer Mehrfachdiskriminierung.....	187
3.3	Berücksichtigung der Präventionsfunktion	191
4	Bemessungskriterien aus der Rechtsprechung und Lehre.....	195
4.1	Ausnützung eines Autoritätsverhältnisses.....	195
4.2	Beteiligung des:der (gemeinsame:n) Vorgesetzte:n bzw AG	199
4.3	Beendigung des Arbeitsverhältnisses als Resultat der Diskriminierung.....	209
4.4	Androhung des Arbeitsplatzverlustes.....	212
4.5	Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des:der Diskriminierenden.....	215
4.6	Einkommen des:der diskriminierten AN.....	222
4.7	Berücksichtigung der durch die Diskriminierung erlangten Vorteile	224
4.8	Subjektive Tatseite und Grad des Verschuldens	231
4.9	Verhalten in der Vergangenheit, Wiederholungsgefahr, Ausnützung weiterer Möglichkeiten (Beharrlichkeit)	233
4.10	Mangelnde Schuldeinsicht	237
4.11	Mitverschulden.....	238
4.12	Berücksichtigung der Geldentwertung.....	242
4.13	Schwangerschaft als besonders zu berücksichtigendes Merkmal	245
4.14	Jugendliches Alter als besonders zu berücksichtigendes Merkmal	246
5	Fazit.....	248
V. Teil: Probleme in der Rechtsdurchsetzung und Rechtsschutzlücken im Gleichbehandlungsrecht		252

1	Probleme in der Rechtsdurchsetzung eines wirklich abschreckenden immateriellen Schadenersatzes.....	252
1.1	Mangelnde Rechtstradition	252
1.2	Die vermeintliche „Angemessenheit“ von Ersatzbeträgen	254
1.3	Ersatz der Verfahrenskosten.....	256
1.4	Fazit	259
2	Rechtsschutzlücken im Gleichbehandlungsrecht	262
2.1	Unzureichender Schutz der Persönlichkeitsrechte: „leveling up“ im GIBG.....	263
2.2	GIBG – quo vadis?	266
2.3	Fazit	268
	Zusammenfassung / Conclusio	270
	Literaturverzeichnis.....	279
	Judikaturverzeichnis.....	287
	EuGH Judikatur.....	287
	Nationale Judikatur	288
	VfGH.....	288
	VwGH	289
	OGH	289
	OLG.....	293
	ASG Wien / LG.....	295
	Weitere	295

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht	GRC	Charter der Grundrechte der Europäischen Union
AÄA	Abänderungsantrag	GIBG	Gleichbehandlungsgesetz (idgF mit Stand 31.12.2025)
AB	Ausschussbericht des Nationalrates	hgF	heute geltenden Fassung
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	Hrsg	Herausgeber
AG	Arbeitgeber:in / Arbeitgeber:innen	IA	Individualantrag
AN	Arbeitnehmer:in / Arbeitnehmer:innen	idF	in der Fassung
ASG	Arbeits- und Sozialgericht(e)	idG	in der Geltung
BG	Bundesgesetz	idR	in der Regel
BGBI	Bundesgesetzblatt	int	international/e/r
BlgNR	Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates	iSd	im Sinne des/der
bspw	beispielsweise	iSv	im Sinne von/vom
bzw	beziehungsweise	iVm	in Verbindung mit
(u)dgl	(und) dergleichen	KollV	Kollektivvertrag
Dh	das heißt	mA	meiner Ansicht
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte	MS	meines Erachtens
EK	Europäische Kommission	Nov	Novelle
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention	PK	Parlamentskorrespondenz
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage	RL	Richtlinie
EU	Europäische Union	RLV	Richtlinienvorschlag
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union	Rz	Randziffer
EUV	Vertrag über die Europäische Union	ua	unter anderem:n
f	(und der/die) folgende	vChr	vor Christus
ff	(und die) fortfolgenden	zT	zum Teil
GAW	Gleichbehandlungsanwaltschaft		
GBK	Gleichbehandlungskommission		
gem	gemäß		

Dissertationsthema und Problemaufriss

In Umsetzung der „Antirassismus-RL“ (RL 2000/43/EG) der „Gleichstellungsrahmen-RL“ (RL 2000/78/EG) und der „Gender-Gleichstellungs-RL“ (RL 2002/73/EG) ist mit 1.7.2004 das **Bundesgesetz über die Gleichbehandlung** (BGBl I 2004/66) in Kraft getreten und hat das bis dahin bestandene „alte“ GIBG (BGBl 1979/108) abgelöst. Im Jahr 2011 wurde das GIBG der ersten großen Novellierung unterzogen, dies zur Verbesserung der Einkommenstransparenz und der (teilweisen) Erhöhung des Schutzniveaus gegen Diskriminierungen.¹⁴ Die gänzliche Harmonisierung des Diskriminierungsschutzniveaus („leveling up“) ist bisher an der politischen Mehrheit im NR gescheitert.¹⁵

Durch die nationale Regelung des „neuen“ Gleichbehandlungsgesetzes, haben – neben den einzelnen Diskriminierungstatbeständen – insb die Rechtsfolgen bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes eine wesentliche Erweiterung erfahren. Die in den §§ 12, 26, 38 und 51 GIBG geregelten Rechtsfolgen bestehen seither aus einem Erfüllungsanspruch (Herstellung des diskriminierungsfreien Zustandes) oder dem Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens. Daneben besteht aber auch ein kumulativer Anspruch auf den **Ersatz der erlittenen persönliche Beeinträchtigung** (= immaterieller Schadenersatz) und bildet dieser den zentralen Untersuchungsgegenstand dieser Dissertation.

Das erklärte Ziel der einschlägigen RL ist die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten (zB Art 1 RL 2000/43/EG und Art 1 RL 2000/78/EG). Um dieses Ziel zu erreichen, verlangen die RL von den MS die Festlegung von Sanktionen, die eine **abschreckende Wirkung** entfalten, sodass Diskriminierungen und (sexuelle) Belästigungen nicht bloß nachträglich sanktioniert, sondern von vornherein verhindert werden.¹⁶ Der diesem Ziel innewohnende **Präventionsgedanke** kommt auch in der nationalen Umsetzung in Österreich klar zum Ausdruck.¹⁷ Mit einer Novelle des GIBG (BGBl I 2013/107)

¹⁴ ErläutRV 938 BlgNR 24. GP 1.

¹⁵ 1047 BlgStProfNR 24. GP 4.

¹⁶ Ausdrückliches Bekenntnis dazu, dass Normen des Gleichbehandlungsrechts eine generalpräventive Funktion zukommen muss: Art 15 RL 2000/43/EG; *Europäische Kommission*, Gemeinsamer Bericht über die Anwendung der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 und der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 (2014), 8.

¹⁷ Ziel, dass „die gesamte Arbeitswelt diskriminierungsfrei gestellt werden“ soll in ErläutRV 307 BlgNR 22. GP 9.

wurde diesem Ziel Nachdruck verliehen indem ausdrücklich in den Sanktionsbestimmungen festgelegt wurde, dass aufgrund der Höhe des zu leistenden immateriellen Schadenersatzes Diskriminierungen und/oder (sexuelle) Belästigungen nicht nur tatsächlich und wirksam ausgeglichen, sondern ausdrücklich „**verhindert**“ werden sollen.¹⁸

Spätestens seit dieser „Klarstellung“ stellt sich allerdings die Frage, ob der Regelungszweck, nämlich die gesamte Arbeitswelt diskriminierungsfrei zu stellen, erreicht werden konnte. Während der Gesetzestext eindeutig erscheint, weisen empirische Daten auf einen anderen Zustand hin: Eine Studie des „SORA“-Instituts aus dem Jahr 2019 ergab, dass 21% der Befragten angaben, in den letzten drei Jahren im Arbeitsbereich bzw bei der Arbeitssuche zumindest eine Schlechterstellung aufgrund eines diskriminierenden Merkmals iSd GIBG erfahren zu haben.¹⁹ Der aktuelle Tätigkeitsbericht der Gleichbehandlungsanwaltschaft aus dem Jahr 2024 zeigt, dass nach wie vor rund 30% der Beratungs- und Unterstützungsanfragen (sexuelle) Belästigungen in der Arbeitswelt betreffen.²⁰ Werden die aktuell vorliegenden Einkommensunterschiede ganzjährig vollzeitbeschäftigter Männer und Frauen verglichen, ergibt sich, dass der Einkommensunterschied, über eine Dauer von 16 Jahren, von 22 % im Jahr 2007 auf 21 % im Jahr 2023, also lediglich um 1 %-Punkt, gesunken ist.²¹ Die gänzliche Beseitigung des Einkommensunterschieds aufgrund des Geschlechts würde daher **bei Fortschreibung dieser Entwicklung weitere 336 Jahre (!)** dauern.²² Der von den RL sowie vom GIBG intendierte gesellschaftliche Wandel ist daher offenbar noch nicht eingetreten.

Es ist daher zu hinterfragen, wie die Anwendung des GIBG zu erfolgen hat, sodass sein Zweck, nämlich eine **präventive Wirkung** gegenüber zukünftigen Diskriminierungen zu entfalten, erreicht werden kann. Im Mittelpunkt gegenständlicher Untersuchung steht somit das vielfach

¹⁸ ErläutRV 2300 BlgNR 24. GP 4.

¹⁹ SORA – Institute for Social Research and Consulting, Diskriminierungserfahrungen in Österreich (2019) Diskriminierungserfahrungen im Bereich „Arbeit“, Seite 55 ff.

²⁰ Bundeskanzleramt, Gleichbehandlungsbericht für die Privatwirtschaft 2022 und 2023 – Teil II Anwaltschaft für Gleichbehandlung (2024) 54, 134.

²¹ Rechnungshof Österreich, Bericht des Rechnungshofes über die durchschnittlichen Einkommen der gesamten Bevölkerung gemäß Art. 1 § 8 Abs. 4 des Bezügebegrenzungsgesetzes, BGBl. I Nr. 64/1997 (2024), 26.

²² Verbesserung um 1%-Punkt dauerte 16 Jahre = Verbesserung um weitere 21%-Punkte würde weitere 336 Jahre (=21*16) erfordern.

in den RL deklarierte Ziel, dass die von den MS gewählte Sanktion – in Österreich der immaterielle Schadenersatz – **abschreckend** sein muss.²³

Dieses – der österreichischen Privatrechtsordnung grundsätzlich fremde – präventive Element des (immateriellen) Schadenersatzes nach dem GIBG ist insbesondere im Lichte einer jüngeren Entscheidung des EuGH zu untersuchen, worin der EuGH zwei wesentliche Feststellungen traf: Einerseits „erlaubt Art. 25 der Richtlinie 2006/54 den Mitgliedstaaten, Maßnahmen zu treffen, die die Zahlung von **Strafschadenersatz** an das Opfer einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorsehen, verpflichtet sie aber nicht dazu“. Andererseits wird mehrfach auf die Notwendigkeit verwiesen, dass der von den nationalen Gerichten judizierte immaterielle Schadenersatz so zu bemessen ist, dass dieser eine „wirklich abschreckende Wirkung“ entfaltet.²⁴ Im Hinblick auf die von den österreichischen Gerichten zugesprochenen Ersatzbeträge, geht ein **überwiegender Teil der Lehre – wenn nicht gar die einhellige Lehre** – davon aus, dass den unionsrechtlichen Vorgaben zur Bemessung des immateriellen Schadenersatzes durch die nationalen Gerichte nicht bzw unzureichend entsprochen wird.²⁵ Hinsichtlich der Vorgabe, dass die Höhe des immateriellen Schadenersatzes eine präventive Wirkung zu entfalten hat (§ 12 Abs 14 GIBG), werden die **Ersatzbeträge als viel zu gering** bezeichnet.

Vor diesem Hintergrund steht neben der Ursachenforschung die **zentrale Frage im Mittelpunkt gegenständlicher Dissertation, wie eine angemessene und abschreckende Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG durchgeführt werden kann**. Sowohl Literatur²⁶ als auch OGH-Judikatur²⁷ verweisen diesbezüglich immer wieder auf die

²³ Erwägungsgrund Nr 26 und Artikel 15 der RL 2000/43/EG; Erwägungsgrund Nr 35 und Artikel 17 der RL 2000/78/EG; Erwägungsgrund Nr 22 und Artikel 8d der RL 2002/73/EG; Erwägungsgrund Nr 6 und 35 sowie Artikel 18 und 25 der RL 2006/54/EG.

²⁴ Obwohl der EuGH ausdrücklich festhält, dass die Verpflichtung zur Normierung einer dem anglo-amerikanischen „Strafschadenersatz“ ähnlichen Sanktion nicht aus den einschlägigen Richtlinien abgeleitet werden kann, betont der EuGH mehrmals die Erforderlichkeit der abschreckenden Wirkung der nationalen Rechtsfolgen im Fall der Diskriminierung bzw Belästigung, EuGH 17.12.2015, C-407/14, *Arjona Camacho*, ECLI:EU:C:2015:831, DRdA-infas 2016/57 (*Ettl*).

²⁵ Siehe FN 12.

²⁶ *Gerhartl*, Immaterieller Schadenersatz bei Diskriminierung, RdW 2012, 33 f; *Haberer*, Gleichbehandlung im Betrieb (2013) 8.9.4 Immaterieller Schadenersatz.

²⁷ RIS-Justiz RS0042887 (T5, 6).

erforderliche Einzelfallprüfung, ohne dabei allgemeine Bemessungskriterien abzuleiten. Dies nicht zuletzt da der immaterielle Schadenersatz nach dem GIBG kaum mit objektiv feststellbaren Kriterien bemessen werden kann, die einschlägigen Richtlinien abstrakte Begriffe für die Bemessung des immateriellen Schadens definieren und darüber hinaus Sachverhalte bei Mehrfachdiskriminierungen zu schwierigen Bewertungsfragen führen können.²⁸ Die Konsequenz daraus ist, dass sich lediglich aus einer Zusammenschau zahlreicher Einzelfallentscheidungen sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene Kriterien zur Bemessung des immateriellen Schadens zusammentragen lassen, was die praktische Anwendung des GIBG müßig macht und bei der Fallprüfung meist ein langes Judikatur- und Literaturstudium voraussetzt. Die vorliegende Dissertation setzt hier an.

Mit Hilfe einer umfassenden Judikaturanalyse werden erstmals in der rechtswissenschaftlichen Forschung (siehe dazu im Detail sogleich unter „Forschungsstand: Forschungslücke und Relevanz des Themas“) sämtliche Kriterien zur Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG aus Gesetz, Judikatur und Lehre vollständig konkretisiert und in einem systematischen Zusammenhang zueinander in einem umfassenden Kriterienkatalog zusammengefasst. **Ziel ist es**, die praktischen Anwendungsschwierigkeiten zu überwinden und eine Bemessungsmethode zu erarbeiten, die einen wirklich abschreckenden immateriellen Schadenersatz gewährleistet, sodass Diskriminierungen und (sexuelle) Belästigungen verhindert werden können.

Zur Erreichung dieses Ziels, wird das GIBG sowohl aus nationaler als auch aus unionsrechtlicher Perspektive sowie die zum Teil heftig kritisierten Unterschiede zwischen dem allgemeinen Schadenersatz nach dem ABGB und dem speziellen Schadenersatz nach dem GIBG untersucht (siehe dazu im Detail sogleich unter „Aufbau und Gang der Untersuchung“).

Forschungsstand: Forschungslücke und Relevanz des Themas

Der immaterielle Schadenersatz des GIBG soll – wie bereits ausgeführt – als spezial- und generalpräventives Instrument der Gleichstellung im und außerhalb des Arbeitslebens zum Durchbruch verhelfen. Die **Relevanz des Themas** wird deutlich im Hinblick auf die Diskrepanz zwischen diesem Ziel und der bereits dargestellten empirischen Datenlage, wonach es dem GIBG offenbar nicht (ausreichend) gelingt, Diskriminierungen und (sexuelle)

²⁸ Ludwig, Schadenersatz bei intersektioneller Diskriminierung, DRdA 2009, 276.

Belästigungen zu verhindern.²⁹ Es gilt daher zu untersuchen, wie dem Gesetzeszweck zum Durchbruch verholfen werden kann und wird dabei ein besonderer Schwerpunkt auf die abschreckende Wirkung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG gelegt. Gegenständliche Dissertation befasst sich daher mit einer Frage, die insbesondere viele Rechtsanwender:innen beschäftigt: Wie wird der immaterielle Schadenersatz nach dem GIBG im konkreten Einzelfall berechnet, sodass dieser eine abschreckende Wirkung iSd Gesetzes und des Unionsrechts entfaltet? Gegenständliche Arbeit soll damit zur Klarheit und somit Rechtssicherheit in der Behandlung dieser Fälle beitragen. Dies erfolgt durch eine für die Praxis taugliche Aufbereitung des immateriellen Schadenersatzes in Form eines dogmatisch stringenten Kriterienkatalogs zur Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG. Das Thema dieser Dissertation untersucht daher den Ursprung und die Bereinigung eines **gesellschaftspolitisch gewichtigen Problems** und versucht gleichzeitig **Rechtssicherheit für Rechtsanwender:innen** zu schaffen.

Hopf/Mayr/Eichinger/Erler sowie *Rebhahn* (Hrsg) und darauf aufbauend *Windisch-Graetz* (Hrsg) haben jeweils umfassende Kommentierungen zum Gleichbehandlungsgesetz vorgenommen.³⁰ Daneben finden sich partielle Kommentierungen des GIBG in zahlreichen arbeitsrechtlichen Großkommentaren.³¹ Obwohl das GIBG vor diesem Hintergrund daher als weitgehend aufgearbeitet erscheint, wurden bisher weder die Systemunterschiede zwischen dem allgemeinen Schadenersatzrecht nach dem ABGB und dem speziellen Schadenersatzrecht nach dem GIBG noch eine judikaturanalytisch deduktive Erfassung konkreter Kriterien zur Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG ausreichend beleuchtet. Dies bildet die **gegenständliche Forschungslücke**, die mit der vorliegenden Arbeit geschlossen werden soll.

Betreffend die konkrete Höhe des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG ist zudem in der Literatur zu beobachten, dass sich ein weitgehend kasuistisches Bild abzeichnet und kein

²⁹ Siehe FN 20-23.

³⁰ *Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG, Gleichbehandlung – Antidiskriminierung* (2009); *Hopf/Mayr/Eichinger (Hrsg), GIBG – Ergänzungsband zur Novelle 2011* (2011); *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG2* (2021); *Rebhahn (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz*² (2019); *Windisch-Graetz (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz* (2022).

³¹ *Neumayr/Reissner (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht*⁴ (2025); *Gruber-Risak/Mazal (Hrsg), Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar* (45. Lfg 2025); *Schrank, Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht*⁷ (2025).

bzw kaum ein systematischer Zusammenhang zwischen den Einzelfallentscheidungen hergestellt wird.³² Anders ist dies der Fall in der Literatur betreffend den immateriellen Schadenersatz nach dem ABGB, der durch Analyse unzähliger Einzelfallentscheidungen vielfach aufbereitet wurde. Derartige Kriterienkataloge finden sich bspw in der Literatur betreffend das Schmerzensgeld sowie den Schock- und Trauerschaden nach dem ABGB.³³

In Anbetracht dieser Literatur zum (allgemeinen) immateriellen Schadenersatz und die darin erarbeitete systematische Erfassung der Einzelfallentscheidungen, ist eines der primären Ziele dieser Arbeit durch judikaturanalytische Methodik einen für die Praxis anwendbaren **Kriterienkatalog zur Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG** aufzubereiten, der als Leitfaden zur Bemessung der Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung im konkreten Einzelfall dienen kann. Im Hinblick darauf, dass eine solche Aufbereitung noch nicht vorhanden war, soll gegenständliche Arbeit eine erhebliche Forschungslücke schließen, dies mit dem Ziel, der abschreckenden Wirkung des GIBG zum Durchbruch zu verhelfen und zukünftig Diskriminierungen und (sexuelle) Belästigungen tatsächlich verhindern zu können.

Aufbau und Gang der Untersuchung

Gegenständliche Dissertation wird in fünf Teile untergliedert, wobei der „III. Teil: Judikaturanalyse zum immateriellen Schadenersatz nach dem GIBG“ und „IV. Teil: Kriterienkatalog – Die Bemessungskriterien zur Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG“ den Kern der Dissertation darstellen. Der Inhalt dieser fünf Teile kann nachstehend wie folgt zusammengefasst werden:

Der I. Teil umfasst die Entwicklung der Gleichbehandlungsrechte in Europa und Österreich und befasst sich mit Grundsätzlichem zum aktuellen GIBG. Dazu befasst sich dieser Teil einleitend mit Begriffen der „Gerechtigkeit“ und „Gleichheit“, wobei diese Analyse lediglich eine rechtsphilosophische Grundlage für die Beantwortung der Frage darstellt, ob der immaterielle Schadenersatz nach dem GIBG tatsächlich materieller Gleichbehandlung zum

³² Überwiegend vorhanden sind beispielsweise Entscheidungsbearbeitungen, die jeweils den Zuspruch bzw die Abweisung eines begehrten immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG, nicht jedoch eine generelle systematische rechtsdogmatische Aufarbeitung des immateriellen Schadenersatzes an sich behandeln.

³³ Dazu die judikaturanalytischen Teile in *Danzl*, HB Schmerzensgeld (Stand 1.3.2019, rdb.at); *Kerschner* (Hrsg), Schmerzensgeld² (2020); *Greiter*, Schmerzensgeld für Trauer (2016).

Durchbruch verhilft bzw. verhelfen kann. In einem weiteren Schritt wird im I. Teil dieser Dissertation die Entwicklung der Gleichbehandlungsrechte in Europa und Österreich behandelt, wobei es hier vorrangig darum geht, historische Hintergründe zum aktuellen immateriellen Schadenersatz nach dem GIBG zu behandeln; dies ebenfalls als rechtshistorischer und rechtstheoretischer Unterbau für den III. und IV. Teil dieser Dissertation. Unter „Grundsätzliches zum Gleichbehandlungsgesetz“ wird das aktuelle GIBG vorgestellt, indem der Anwendungsbereich der Gleichbehandlungsnormen im Arbeitsleben (§§ 1, 16 und 41 GIBG), die Legaldefinitionen (§§ 5, 19 und 44 GIBG), das Rechtsfolgensystem sowie die Verfahren zur Durchsetzung der aus dem GIBG entspringenden Ansprüche vor der Gleichbehandlungskommission, den nationalen Gerichten und mit Hilfe der Gleichbehandlungsanwaltschaft betrachtet werden.

Der II. Teil der Arbeit stellt die jeweiligen Voraussetzungen des immateriellen Schadenersatzes nach dem ABGB und GIBG vor. In einem ersten Schritt werden darin die Grundsätze, Funktionen und Voraussetzungen des ABGB und der Ersatz des immateriellen Schadens im Allgemeinen dargestellt. Anschließend werden die in Judikatur und Lehre anerkannten Kriterien zur Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem ABGB erläutert. Diese bilden gleichsam einen wichtigen Ausgangspunkt für die Beurteilung der Bemessungskriterien nach dem GIBG, da auch das ABGB keine konkreten Kriterien zur Bemessung des immateriellen Schadens enthält. Der zweite Abschnitt des II. Teils widmet sich, aufbauend auf diese Grundsätze des ABGB, dem immateriellen Schadenersatz nach dem GIBG. Zuerst werden die unionsrechtlichen Grundsätze der Wirksamkeit, Verhältnismäßigkeit und Prävention erläutert und deren Wirkung auf die Bemessung des immateriellen Schadenersatzes untersucht. Anschließend werden die Gemeinsamkeiten bzw. die (wesentlich wichtigeren) Abweichungen des immateriellen Schadenersatzrecht des ABGB und des GIBG behandelt, da diese Unterschiede für die Deduktion weiterer Bemessungskriterien im Anwendungsbereich des GIBG ausschlaggebend sind. Abschließend wird im II. Teil das angloamerikanische Konzept der *punitive damages* behandelt, dies insbesondere im Lichte einer jüngeren Entscheidung des EuGH, wonach dieser einerseits feststellte, dass die einschlägigen Richtlinien keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Einführung eines „Strafschadenersatzes“ vorsehen, andererseits allerdings mehrmals auf die Notwendigkeit verweist, dass der von den nationalen Gerichten judizierte immaterielle Schadenersatz so zu bemessen ist, dass dieser eine „wirklich abschreckende Wirkung“ entfaltet.³⁴

³⁴ EuGH 17.12.2015, C-407/14, *Arjona Camacho*, ECLI:EU:C:2015:831, DRdA-infas 2016/57 (Ettl).

Der III. Teil beinhaltet die Judikaturanalyse zum immateriellen Schadenersatz nach dem GIBG und bildet damit den rechtsdogmatischen Unterbau für den Kriterienkatalog des IV. Teils. Es werden darin rund 50 Einzelfallentscheidungen betrachtet, die nach den einzelnen Diskriminierungstatbeständen, der Höhe des immateriellen Schadenersatzes sowie den Sachverhaltselementen und Bemessungskriterien geordnet aufgelistet werden. Dieser Teil enthält zudem eine Vorbemerkung und Orientierung zur Judikaturanalyse, worin auf Fallstricke im Umgang mit der gleichbehandlungsrechtlichen Judikatur und insb auf die Höhe des immateriellen Schadenersatzes hingewiesen wird.

Der IV. Teil bildet das Herzstück gegenständlicher Dissertation und beinhaltet den Kriterienkatalog, also die Kriterien zur Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG die aus der Judikaturanalyse des III. Teils deduziert wurden. Nach einer kurzen Einleitung zum IV. Teil, werden 20 konkrete Bemessungskriterien aufgelistet und in **drei Kategorien** gegliedert:

- 1. Bemessungskriterien aus den auch sonst im allgemeinen Schadenersatzrecht anzuwendenden Grundsätzen**, bestehend aus Dauer, Intensität der Beeinträchtigung und Leiden bzw Dauerfolgen.
- 2. Bemessungskriterien aus dem Gesetzestext des GIBG**, bestehend aus der Orientierung an gesetzlich definierten Ersatzbeträgen, der Berücksichtigung von Mehrfachdiskriminierungen und der Berücksichtigung der Präventionsfunktion.
- 3. Bemessungskriterien aus der Rechtsprechung und Lehre**, auszugsweise bestehend aus der Berücksichtigung der Ausnützung eines Autoritätsverhältnisses, der Androhung des Arbeitsplatzverlustes, der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Beteiligten, der Subjektiven Tatseite, dem Grad des Verschuldens etc.

Der V. Teil befasst sich abschließend mit den Problemen in der Rechtsdurchsetzung und den Rechtsschutzlücken im Gleichbehandlungsrecht. Unter „Probleme in der Rechtsdurchsetzung“, wird in diesem Teil die mangelnde Rechtstradition in Österreich, abschreckende Elemente in der Festsetzung eines immateriellen Ersatzbetrags, die vermeintliche „Angemessenheit“ von höchstgerichtlichen Ersatzbeträgen und die Problematik des Ersatzes der Verfahrenskosten

behandelt. Unter Rechtsschutzlücken im Gleichbehandlungsrecht wird der unzureichende Schutz der Persönlichkeitsrechte (Forderung nach „leveling up“) betrachtet und ein Weg aufgezeigt, wie dieser überwunden werden könnte. Abschließend wird ein Ausblick zum GlBG skizziert und die Frage „GlBG – quo vadis?“ gestellt.

I. Teil: Entwicklung und Grundsätzliches zum Gleichbehandlungsgesetz

1 Entwicklung des Gleichbehandlungsgesetzes

Die Entwicklung des Gleichbehandlungsgesetzes in Österreich beginnt in seiner jüngeren Geschichte mit der Frauenrechtsbewegung in den 1970er Jahren, begleitet von der Kritik der Vereinten Nationen an der in der österreichischen Kollektivvertragspraxis üblichen „Leichtlohngruppen für Frauen“.³⁵ Die Antwort darauf war die Verabschiedung des „alten“ GIBG (idF BGBl 1979/108), wonach erstmals ein – allerdings sanktionsloses (!) – Entgeltdiskriminierungsverbot verankert wurde. Bevor auf das GIBG 1979 sowie die europäischen Entwicklungen, die zum „neuen“ GIBG führten, im Detail eingegangen wird, soll nachstehend kurz der historische und rechtphilosophische Kontext von Gerechtigkeit- und Gleichheitsfragen beleuchtet sowie insbesondere auf den diese Begriffe wesentlich bestimmenden Zeitgeist (und die damit verbundene Deutungshoheit) hingewiesen werden.

1.1 Eine rechtsphilosophische Vorbemerkung: Gerechtigkeit und Gleichheit

Beginnend in der griechischen und römischen Antike wurde die feste Überzeugung vertreten, dass durch eine natürliche oder auch göttliche Ordnung der menschlichen Einflussmöglichkeit Grenzen gesetzt sind.³⁶ Zu dieser Zeit stellte Aristoteles (384-322 vChr) eine der bis heute bekanntesten Gleichheitsformeln auf, wonach „**Gleiches gleich, und Ungleiches ungleich**“ zu behandeln ist. Der daraus abgeleitete Gleichheitssatz findet sich heute in den meisten demokratischen Rechtssystemen und wird als **Gebot zur Gerechtigkeit** identifiziert,³⁷ was allerdings von *Kelsen* in Zweifel gezogen wurde. Er wies insb darauf hin, dass keine für jedes Volk, für jede Zeit, für jede Kultur und für jede Stufe der gesellschaftlichen Entwicklung universal gültige Moral existiert.³⁸ Während diese Formel noch heute regelmäßig in stRsp des

³⁵ *Schrittwieser*, Gleichbehandlung im Arbeitsrecht (2017) 21; *Eichinger*, Mittelbare Frauendiskriminierung durch KV-Leichtlohngruppe, RdW 1995, 19.

³⁶ *Holzeithner*, Gerechtigkeit (2009) 19.

³⁷ *Merten/Papier* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte, Band VII/1 (2009) 252.

³⁸ *Dias*, Was ist Gerechtigkeit? Facetten der Gerechtigkeit im Rechtspositivismus Hans Kelsens, ZÖR 2002, 83.

EuGH³⁹ und VfGH⁴⁰ zur Anwendung gelangt, wurde kaum eine andere Gleichheitstheorie zur Legitimation verschiedenster **Errungenschaften aber auch Gräueltaten** im Laufe der Menschheitsgeschichte herangezogen.

Werden folgende zwei Beispiele gegenübergestellt wird deutlich, weshalb *Kelsen* die Universalgültigkeit von Gleichheit und Gerechtigkeit in Frage stellt: Während der VfGH unter Berufung auf den Gleichheitsgrundsatz zu dem sehr zu begrüßenden Ergebnis gelangte, die gesetzliche Trennung verschiedengeschlechtlicher und gleichgeschlechtlicher Beziehungen aufzuheben,⁴¹ hat die nationalsozialistische Doktrin kaum ein Jahrhundert davor **dieselbe Gleichheitsformel** zur Konstruktion vermeintlich ungleicher Tatbestände zwischen Deutschen und „Nicht-Ariern“ heranzog.⁴² Das furchterregende Missbrauchspotenzial eines solchen vermeintlich universell geltenden Gleichheitsgebots wird deutlich, wenn man sich die bedeutungsverwandte Formel „Jedem das Seine“ in Erinnerung ruft, die spiegelverkehrt in das Haupttor des Konzentrationslagers Buchenwald geschmiedet wurde, sodass die Inhaftierten von innen zu lesen bekamen, dass ihr Schicksal mit ihrer vermeintlichen Ungleichheit verwoben ist. Kaum eine andere Gleichheitsformel macht also deutlich, dass der jeweilige Zeitgeist bestimmt, was gleich oder ungleich ist und welche Konsequenz daraus gezogen wird. Nach *Kelsen* bedeutet diese **relative Wertlehre** – also der Umstand, dass es der Interpretation obliegt Gleichheit und Gerechtigkeit auszuwerten – aber keinesfalls, dass es keine Gerechtigkeit gebe oder Gleichberechtigung nicht anzustreben sei, sondern lediglich, dass gute und schlechte Werte relativ sind. Freiheit, Friede und Toleranz sind für *Kelsen* selbstverständlich die wichtigsten anzustrebenden Werte und stellt Demokratie gleichsam die

³⁹ ZB in EuGH vom 14.2.1995 C-279/93, *Finanzamt Köln-Altstadt/Schumacker*, Rz 30: „Weiter ist darauf hinzuweisen, daß nach ständiger Rechtsprechung eine Diskriminierung nur darin bestehen kann, daß unterschiedliche Vorschriften auf vergleichbare Situationen angewandt werden oder daß dieselbe Vorschrift auf unterschiedliche Situationen angewandt wird.“; EuGH vom 13.2.1996, C-342/93, *Gillespie u.a.*, Rz 16; EuGH vom 27.10.1998, C-411/96, *Boyle u.a.*, Rz 39; EuGH vom 21.10.1999, C-333/97, *Lewen*, Rz 36.

⁴⁰ „Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln“ zuletzt in VfGH vom 11.12.2024, G 110/2024, Rz 9, mit Verweis auf VfSlg. 17.315/2004, 17.500/2005, 20.244/2018, 20.270/2018.

⁴¹ „Ehe für alle“-Entscheidung des VfGH vom 4.12.2017, G 258-259/2017; *Baumgartner*, Öffentliches Recht: Jahrbuch (2018), S 224ff.

⁴² *Hesse*, Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung (1984), Archiv des öffentlichen Rechts, 109 (2/3), 181, <http://www.jstor.org/stable/44308200> (1.1.2025).

einzigste Garantin für wissenschaftliche Entfaltung dar, dessen Existenz wiederum von diesen Freiheiten abhängt.⁴³

Im Hinblick auf den gegenständlichen Forschungsgegenstand, soll diese kurze rechtsphilosophische Einleitung zur Sensibilisierung von vermeintlich universell gültiger Gerechtigkeit und Gleichheit beitragen. Wie *Kelsen* richtig anmerkt, unterliegen allgemeine Proklamationen der zeitgeistlichen Auslegung. Auch *Holzleithner* weist darauf hin, dass derartige Formeln unweigerlich zu einer **Stagnation von Ungleichheit** führen, denn Ungleiches wird demnach immer ungleich bleiben ohne Chance auf Gleichbehandlung.⁴⁴ Wird die Gleichheitsformel bspw wortwörtlich auf die Behandlung von Männern und Frauen in der Arbeitswelt angewandt, könnte – wie dies belegbar nach wie vor stattfindet⁴⁵ – eine Ungleichbehandlung aufgrund des biologischen Unterschieds zwischen Männern und Frauen immerwährend legitimiert werden.

1.2 Formelle Gleichheit bei materieller Ungleichheit

Wie die rechtsphilosophische Einleitung versucht hat aufzuzeigen, ist die Bedeutung von Gerechtigkeit und Gleichheit vielfach der Auslegung des jeweiligen Zeitgeistes ausgeliefert; dies insbesondere dann, wenn keine individuell durchsetzbaren Freiheitsrechte bestehen. Mit der zunehmenden Abkehr von feudalen, monarchischen Gesellschaftssystemen wurde Ende des 19. Jahrhunderts vermehrt die Idee der **Rechtsanwendungsgleichheit** als Grundprinzip der neuen Staatsformen formuliert, dessen gleichheitsförderliche Wirkung allerdings trotz ausdrücklicher Formulierung vielfach eingeschränkt war.⁴⁶

Lange Zeit vor der ersten Proklamation von Menschenrechten (dazu sogleich), konstatierte der im Zuge der Erlassung der Dezemberverfassung 1867 geschaffene Art 2 StGG, dass **alle Staatsbürger vor dem Gesetze gleich** sind. Diese noch bis heute in Kraft stehende Rechtsgrundlage wurde damals einerseits als eine Garantie der Rechtsanwendungsgleichheit (= staatliches Handeln muss frei von Willkür und unsachlicher Differenzierung sein) verstanden.

⁴³ „My justice, then, is the justice of freedom, the justice of peace, the justice of democracy - the justice of tolerance.“ *Kelsen*, What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science (1957) 23f.

⁴⁴ *Holzleithner*, Gerechtigkeit (2009) 75.

⁴⁵ Ua die Einstellungsdiskriminierung mit den Worten „Frauen haben keine Kraft“ in OGH vom 23.04.2009, 8 ObA 11/09i = ARD 5975/1/2009.

⁴⁶ *Huster*, Gleichheit als philosophisches und juristisches Konzept, ZÖR 2019, 849.

Ein Teil der damaligen Lehre erblickte darin aber auch den an den Gesetzgeber gerichteten Programmsatz, dass dessen Gesetze keine Ausnahmen von ihrer Geltung für bestimmte Personen oder Personengruppen vorsehen dürfen, sofern dies nicht durch den besonderen Zweck der Norm gerechtfertigt ist.⁴⁷ Obwohl diese Formulierung und dessen Auslegung als weitgehend fortschrittlich angesehen werden kann, muss sich zur Identifizierung der Unzulänglichkeit dieses Gleichheitsverständnisses, lediglich vor Augen gehalten werden, dass bspw das allgemeine Frauenwahlrecht trotz dieser Bestimmung noch in weiter Ferne lag.⁴⁸

Selbst die das allgemeine Frauenwahlrecht in Österreich einläutende Epoche nach dem ersten Weltkrieg vermochte die **Unzulänglichkeit von bloß formeller Gleichheit** nicht zu überwinden. Obwohl gem Art 7 Abs 1 B-VG Vorrechte der Geburt, des Geschlechts, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses – nicht zuletzt im Hinblick auf die gerade erst abgelegten feudalen und monarchischen Privilegierungen bzw Benachteiligungen – ausgeschlossen werden sollten,⁴⁹ bestanden weiterhin zahlreiche materielle Ungleichheiten fort. Erst die Schrecken des zweiten Weltkriegs haben schließlich dazu bewogen, dass bloß formelle Gleichheitskonzepte überwunden und individuell durchsetzbare Grund- und Freiheitsrechte etabliert werden.

1.3 Meilensteine der Entwicklung des Gleichbehandlungsrechts in der EU und Österreich

Im Hinblick auf die bisher dargestellte Entwicklung ist daher ersichtlich, dass weder die Formulierung rechtsphilosophischer Gleichheitsformeln noch formeller Gleichheitsrechte zum Durchbruch materieller Gleichbehandlung führten. Erst durch die Emanzipation demokratisch organisierter Staaten und insbesondere die Eindrücke der Schrecken des zweiten Weltkrieges und des Nationalsozialismus wurden zur Wahrung grundlegender Freiheiten individuell durchsetzbare **Grund- und Menschenrechte** etabliert. Unsachlicher Differenzierungen wurde damit die Berechtigung abgesprochen und Mitte des 20. Jahrhunderts schien der Weg zur tatsächlichen Gleichbehandlung erstmals geebnet zu sein. Der

⁴⁷ Holoubek in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (20. Lfg 2025) zu Artikel 7 Abs 1 Sätze 1 und 2 B-VG (und Artikel 20 GRC) Rz 6.

⁴⁸ In Österreich wurde das allgemeine Frauenwahlrecht erst im Jahr 1918 eingeführt: Gamper, „Ohne Unterschied des Geschlechtes“ – 100 Jahre Frauenwahlrecht in Österreich, JBl 2020, 2.

⁴⁹ Holoubek in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (20. Lfg 2025) zu Artikel 7 Abs 1 Sätze 1 und 2 B-VG (und Artikel 20 GRC) Rz 1f.

internationale Menschenrechtsschutz war allerdings trotz seiner Durchsetzungsmöglichkeiten – insb durch Etablierung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) – noch nicht hinreichend bestimmt, um innerstaatliche und kulturell mannigfaltige Ungleichbehandlungen zu beseitigen. Betreffend den Forschungsgegenstand lieferte eine Kumulation von Ereignissen die notwendige Kraft zur Überwindung bloß formeller Gleichheit in den 1970er Jahren: Auf der internationalen Bühne läutete die UN Generalversammlung 1975 das „Jahrzehnt der Frauen“ ein, während in Österreich die österreichische Frauenbewegung Rückenwind durch die Kritik der International Labour Organisation an den Leichtlohngruppen für Frauen in der österreichischen Kollektivvertragspraxis erhielt.⁵⁰ Unterstützt durch diese Ereignisse, konnte 1979 das „alte“ **Gleichbehandlungsgesetz** (BGBl 1979/108) und somit das erste Diskriminierungsverbot für das österreichische Arbeitsrecht in Kraft treten. Vor dem im Jahr 2000 von der europäischen Union verabschiedeten **Antirassismus- und Gleichbehandlungsrahmenrichtlinien** konnte der Regelungsbestand aus 1979 nicht mehr überzeugen, sodass **2004 das „neue“ Gleichbehandlungsgesetz** im Rahmen der unionsrechtlichen Umsetzungspflicht in Kraft trat.

1.3.1 Grund- und menschenrechtliche Ursprünge

Angesichts der Schrecken des zweiten Weltkrieges und dem globalen Bedürfnis nach einer Organisation der Vereinten Nationen sowie eines gemeinsamen Verständnisses von gewissen Mindeststandards, wurden ab der späten 40er-Jahre die ersten Menschenrechtskonventionen proklamiert. Die Bestrebung war, individuelle Freiheitsrechte zu schaffen, in die der Staat und seine Repräsentant:innen nicht eingreifen dürfen. Die **Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen von 1948** bildet das erste Grundkonzept, an das noch viele weitere Menschenrechtskonventionen anknüpfen werden.⁵¹ Die Deklaration versteht Freiheit und Gleichheit als wechselseitige Bedingungen und bringt diesen doppelten Charakter in Art 1 zum Ausdruck: „Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren.“

⁵⁰ *Wichterich*, Frauendekade: Weltkonferenz in Nairobi - Zukunftsweisende Strategien einvernehmlich verabschiedet - »Sieg der UNO«, noch lange kein Sieg der Frauen, VEREINTE NATIONEN Heft 4/1985, Seite 126-127; *Ettl*, Kein Anpassungsbedarf? – Umsetzung der Ratifikation des ILO 190 Übereinkommens gegen Gewalt und Belästigung in der Arbeitswelt, DRdA-infas 2025, 138 (143); *Schrittwieser*, Gleichbehandlung im Arbeitsrecht (2014) 21.

⁵¹ Ua die Konvention zur Beseitigung aller Diskriminierungen von Frauen (CEDAW), die Konvention zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (CERD) und das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (CRPD).

Im anschließenden Art 2 wird ein grundsätzliches und umfassendes **Diskriminierungsverbot** angeführt, wonach alle in dieser Erklärung verkündeten Rechte (ua Recht auf Leben, Freiheit und Sicherheit, Verbot der Folter, Sklaverei und willkürliche Haft etc) unter der Bedingung der Diskriminierungsfreiheit interpretiert und angewendet werden müssen. Trotz dieses großzügig ausformulierten Grundrechtskatalogs liegt seine Limitierung darin, dass die in völkerrechtlichen Verträgen garantierten Menschenrechte lediglich Staaten untereinander binden und nicht von den einzelnen Staatsbürger:innen individuell mit innerstaatlicher Zwangsgewalt durchgesetzt werden können.

Vor diesem Hintergrund entstand im Jahr 1950 die **Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)**, die Österreich 1958 ratifizierte und sie sodann innerstaatlich in den Verfassungsrang aufnahm.⁵² Die wesentliche Neuerung dieses Grundrechtskatalogs bestand darin, dass durch die Gründung des **Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)** die Kontrolle und Durchsetzung der proklamierten Rechte auch Einzelpersonen nach Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs offenstand (sog Individualbeschwerde gem Art 34 EMRK). Aufgrund des damaligen Selbstverständnisses des VfGH, der sich dem Grundsatz des „judicial self-restraint“ verpflichtet fühlte und bei der Wahrnehmung seiner Gesetzesprüfungskompetenz lange Zeit überaus zurückhaltend agierte,⁵³ wurde der EGMR wie es *Berka* ausdrückt, zum **wichtigsten Katalysator** für einen Wandel der Grundrechtsjudikatur in Österreich.⁵⁴

1.3.2 Das „alte“ Gleichbehandlungsgesetz (BGBl 1979/108)

Als das neue GlBG im Jahr 2004 erlassen wurde, sind ein Großteil der Regelungsinhalte der Vorgängerregelung (des „alten“ GlBG 1979) übernommen worden. Die heute geltenden Bestimmungen – insb jene zur Gleichbehandlung auf Grund des Geschlechts – sind daher auch im historischen Kontext der Vorgängerregelungen zu betrachten; dies nicht zuletzt auch deshalb, weil der OGH die Rsp zum „alten“ GlBG noch bis heute für beachtlich hält (siehe im Detail unter III.3).

⁵² Grabenwarter/Frank, B-VG² Art 1 EMRK (Stand 1.1.2025, rdb.at).

⁵³ Holoubek in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (20. Lfg 2025) zu Artikel 7 Abs 1 Sätze 1 und 2 B-VG (und Artikel 20 GRC) Rz 16.

⁵⁴ *Berka*, Verfassungsrecht⁸ (2021), Rz 1173.

Der gesellschaftliche Druck für die Gesetzesinitiative des ersten Gleichbehandlungsgesetzes kam insbesondere von der in den 70er Jahren erstarkten Frauenrechtsbewegung. Für das Jahr 1975 wurde von den Vereinten Nationen das „Internationale Jahr der Frau“ ausgerufen und die österreichische Kollektivvertragspraxis im Lichte internationaler Konventionen zur Bekämpfung von Lohnunterschieden⁵⁵ aufgrund der „Leichtlohngruppen für Frauen“ stark kritisiert.⁵⁶ Flankiert von vorbildwirkenden Akten des europäischen Gemeinschaftsrechts,⁵⁷ wurde schließlich am 15. März 1979 das **Bundesgesetzes über die Gleichbehandlung von Frau und Mann bei Festsetzung des Entgelts (Gleichbehandlungsgesetz - BGBl 1979/108)** und somit das erste Diskriminierungsverbot des österreichischen Arbeitsrechts kundgemacht.

Das GIBG 1979 wies aber erhebliche Lücken auf. So beinhaltete es in seiner Stammfassung zB noch **kein Verbot der (sexuellen) Belästigung** am Arbeitsplatz und sah in seinem § 2 lediglich vor, dass bei der Festsetzung des Entgelts niemand aufgrund des Geschlechtes diskriminiert werden darf. Zudem beinhaltete das GIBG 1979 in seiner Stammfassung **keine ausdrückliche Rechtsfolgenanordnung** für Verletzungen des Gleichbehandlungsgebots (zB Ersatzansprüche für diskriminierte Personen odgl). Es bestand lediglich die Möglichkeit über die ebenfalls mit diesem Bundesgesetz eingerichtete Gleichbehandlungskommission die:den AG zur Stellungnahme aufzufordern und – sofern diese:r innerhalb eines Monats nicht reagierte – auf Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes zu klagen (§ 6 Abs 3 GIBG idF BGBl 1979/108).⁵⁸

Im Hinblick auf diese Schwächen wurde das GIBG 1979 mE völlig zu Recht als unzureichend angesehen.⁵⁹ Die Entwicklungsschritte wurden allerdings nur langsam und vordergründig vom

⁵⁵ ILO-Übereinkommen Nr 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte aus 1951 (in Österreich umgesetzt durch BGBl 1954/39) und das ILO-Übereinkommen Nr 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf aus 1958 (in Österreich umgesetzt durch BGBl 1973/111).

⁵⁶ *Wichterich*, Frauendekade: Weltkonferenz in Nairobi - Zukunftsweisende Strategien einvernehmlich verabschiedet - »Sieg der UNO«, noch lange kein Sieg der Frauen, VEREINTE NATIONEN Heft 4/1985, Seite 126-127; *Ettl*, Kein Anpassungsbedarf? – Umsetzung der Ratifikation des ILO 190 Übereinkommens gegen Gewalt und Belästigung in der Arbeitswelt, DRdA-infas 2025, 138 (143); *Schrittwieser*, Gleichbehandlung im Arbeitsrecht (2014) 21.

⁵⁷ *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) Einleitung, Rz 1.

⁵⁸ *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) Einleitung, Rz 3.

⁵⁹ „[...] die Diskriminierung bei der Entgeltfestsetzung ist jedoch nur eine von mehreren Möglichkeiten von Diskriminierungen im Arbeitsleben.“ in ErläutRV 664 BlgNR 16. GP 4.

bevorstehenden Beitritt Österreich zur EU angetrieben.⁶⁰ Mit mehreren kleineren Novellen bis in die frühen 2000er Jahre wurden insb **weitere Diskriminierungstatbestände** (bei freiwilligen Sozialleistungen und bei Maßnahmen der Aus- und Weiterbildung;⁶¹ Gebot der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung⁶² etc), **konkrete Rechtsfolgenbestimmungen** (zB Ersatz des Vertrauensschadens bei Einstellungsdiskriminierung, Anspruch auf Zahlung der Entgeltdifferenz bei Lohndiskriminierung, Anfechtung bei Beendigungsdiskriminierungen),⁶³ der **Tatbestand der sexuellen Belästigung**⁶⁴ (später auch durch Dritte⁶⁵) inkl Anspruch auf Schadenersatz sowie die **Anwältin für Gleichbehandlungsfragen**⁶⁶ (später inkl Regionalbüros⁶⁷) eingeführt. Aufgrund des Beitritts von Österreich zur EU und den einschlägigen RL wurde schließlich eine Gesamtnovelle erforderlich (dazu im Detail unter I.1.3.5).

1.3.3 Die „Antirassismus-RL“ (RL 2000/43/EG) und die „Gleichstellungsrahmen-RL“ (RL 2000/78/EG)

Vor dem Hintergrund der Weiterentwicklungen des Antidiskriminierungsrechts auf europäischer Ebene (Abschluss des Vertrags von Amsterdam im Jahr 1997 und Ermächtigung des Rates, im Rahmen der Gemeinschaftszuständigkeit geeignete Vorkehrungen zu treffen, um Diskriminierungen zu bekämpfen etc),⁶⁸ wurden mit der Erlassung der „Antirassismus-RL“ (RL 2000/43/EG) und der „Gleichstellungsrahmen-RL“ (RL 2000/78/EG) im Jahr 2000 **bedeutende Meilensteine** im europäischen Antidiskriminierungsrecht gesetzt.⁶⁹ Ziel der Richtlinien war die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten und die Bekämpfung der Diskriminierung aufgrund der „Rasse“ oder der ethnischen Herkunft (gem Art 1 RL 2000/43/EG) sowie der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung (gem Art 1 RL 2000/78/EG). Abgesehen von den unterschiedlichen geschützten Merkmalen, liegt der wesentliche

⁶⁰ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) Einleitung, Rz 5.

⁶¹ § 2 Abs 1 GIBG 1979 idF BGBl 1985/290.

⁶² § 2 Abs 2 GIBG 1979 idF BGBl 1985/290.

⁶³ § 2a GIBG 1979 idF BGBl 1990/410.

⁶⁴ § 2 Abs 1a GIBG 1979 idF BGBl 1992/833.

⁶⁵ § 2 Abs 1a GIBG 1979 durch BGBl I 1998/44.

⁶⁶ § 3a GIBG 1979 idF BGBl 1990/410.

⁶⁷ § 3 a Abs 2 a GIBG 1979 idF BGBl I 1998/44.

⁶⁸ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) Einleitung, Rz 12.

⁶⁹ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) Einleitung, Rz 12f.

Unterschied der beiden RL aber insbesondere darin, dass die „Antirassismus-RL“ ein **generelles Diskriminierungsverbot in allen Bereichen der Gesellschaft** (also auch außerhalb der Arbeitswelt) vorsieht, während die „Gleichstellungsrahmen-RL“ das Verbot auf die Gebiete **„Beschäftigung und Beruf“** beschränkt.⁷⁰

1.3.4 Die „Gender-Gleichstellungs-RL“ (RL 76/207/EWG idF RL 2002/73/EG und nunmehr RL 2006/54/EG) und die erweiterte Gleichbehandlungs-RL (RL 2004/113/EG)

Um die Regelungen zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen innerhalb der Arbeitswelt weitgehend mit den Bestimmungen der beiden neuen RL aus dem Jahr 2000 zu harmonisieren, wurde auch im Bereich der allgemeinen Geschlechtergleichbehandlung die Gender-Gleichstellungs-RL 76/207/EWG von 1976 durch die RL 2002/73/EG novelliert. Kerninhalt der Neufassung war die inhaltliche und terminologische Angleichung an die neuen Standards sowie insb die **Aufnahme des Verbotes sexueller und geschlechtsbezogener Belästigung**, die in der alten RL noch nicht erfasst waren.⁷¹

Die drei neuen RL haben auch wesentlich zur **Ausweitung der Diskriminierungstatbestände** beigetragen und umfassen die inhaltsgleichen Art 3 RL 2000/43/EG, Art 3 RL 2000/78/EG und Art 3 RL 76/207/EWG idF RL 2002/73/EG ua die Tatbestände des Zugangs zur Berufsberatung, Berufsausbildung, beruflichen Weiterbildung und Umschulung, der Mitgliedschaft in AG- und AN-Organisationen, etc.⁷²

In den Jahren 2004 und 2006 wurden zwei weitere für das GIBG relevante AntidiskriminierungsRL erlassen. Die **erweiterte GleichbehandlungsRL** (RL 2004/113/EG) zur Bekämpfung von Diskriminierungen auf Grund des Geschlechts beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die mit der GIBG Novelle 2008 als neuer „IIIa. Teil“ umgesetzt wurde (BGBI I 2008/98).⁷³ Sowie die **Neufassung der „Gender-Gleichstellungs-RL“** RL 2006/54/EG, womit die RL 76/207/EWG idF RL 2002/73/EG außer

⁷⁰ Winkler, Die neuen europäischen Gleichbehandlungsregeln, ZAS 2004/10; Egger, Die neuen Antidiskriminierungsrichtlinien der EU, DRdA 2003, 302.

⁷¹ Schindler, Zur Umsetzung des EU-Rechts in Österreich (Teil II), DRdA 2003, 523.

⁷² Egger, Die neuen Antidiskriminierungsrichtlinien der EU, DRdA 2003, 302.

⁷³ Lee in Windisch-Graetz (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 30 Rz 5.

Kraft getreten ist und die Inhalte zur Gleichbehandlung der Geschlechter in der Arbeitswelt in einem einzigen Text zusammengeführt wurden.⁷⁴

1.3.5 Das „neue“ Gleichbehandlungsgesetz (BGBl I 82/2005)

Zur Anpassung der österreichischen Rechtslage an die neuen AntidiskriminierungsRL 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2002/73/EG ist es erst im Jahr 2004 gekommen, weshalb Österreich vom EuGH wegen Vertragsverletzung aufgrund nicht fristgemäßer sowie unvollständiger Umsetzung der RL 2000/78/EG verurteilt wurde.⁷⁵ Die Umsetzung der RL erfolgte in Österreich aus den Beweggründen der "Rechtsklarheit", "Rechtssicherheit" und "Lesbarkeit"⁷⁶ nicht in einem, sondern in **drei Gesetzen**, nämlich mit dem „neuen“ GIBG, dem GBK/GAW-Gesetz (jeweils BGBl I 2004/66) sowie einer Novelle zum BEinstG (BGBl I 2005/82).

Das bisherige GIBG 1979 wurde in "BG über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft - **GBK/GAW-Gesetz**" umbenannt,⁷⁷ womit im Wesentlichen die Institutionen, also die Gleichbehandlungskommission und die Anwaltschaft für Gleichbehandlung geregelt wurde. Darüber hinaus wurde ein gänzlich neues "BG über die Gleichbehandlung (**Gleichbehandlungsgesetz - GIBG**)" erlassen,⁷⁸ worin einerseits die bisherigen materiellen Bestimmungen des GIBG 1979 übernommen und um die auf Grund der unionsrechtlichen Neuerungen erforderlichen Erweiterungen ergänzt wurden. Schließlich wurden mit einem Jahr Verspätung die §§ **7a bis 7r** in das (bereits bestehende) BEinstG zur Verhinderung von Diskriminierungen von Menschen mit Behinderungen eingefügt.⁷⁹

Die unionsrechtlichen Erweiterungen im GIBG umfassten insbesondere die Ausweitung des Gleichbehandlungsgebots in der Arbeitswelt auf die Merkmale der ethnischen Zugehörigkeit, Religion oder Weltanschauung, des Alters und der sexuellen Orientierung (II. Teil GIBG). Neuland wurde zudem mit dem III. Teil betreten, womit ein Gleichbehandlungsgebot für **Bereiche außerhalb der Arbeitswelt** eingeführt wurde (zum Aufbau des GIBG im Detail unter

⁷⁴ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) Einleitung, Rz 34f.

⁷⁵ EuGH vom 23.2.2006, C-133/05, *Kommission/Republik Österreich*, Slg 2006, I-36.

⁷⁶ ErlRV 307 BlgNR 22. GP 1.

⁷⁷ Art 2 in BGBl I 2004/66.

⁷⁸ Art 1 in BGBl I 2004/66.

⁷⁹ BGBl I 2005/82.

I.2.1).⁸⁰ In der Stammfassung des „neuen“ GIBG betraf dieser Teil allerdings nur den Diskriminierungsgrund der ethnischen Zugehörigkeit und wurde erst aufgrund der erweiterten GleichbehandlungsRL 2004/113/EG der Diskriminierungsschutz außerhalb der Arbeitswelt auch auf das geschützte Merkmal Geschlecht ausgeweitet.⁸¹ Derzeit umfasst der III. Teil des GIBG demnach nicht alle geschützten Merkmale des II. Teils. Seit 2008 liegt ein RL-Entwurf vor, der die Erstreckung dieses Gleichbehandlungsgebots auch auf die Merkmale Alter, Behinderung, Religion, Weltanschauung und sexuelle Orientierung vorsieht;⁸² eine politische Einigung konnte bisher allerdings noch nicht erzielt werden (zum „leveling up“ im Detail unter V.2.1).

1.4 Fazit

Die Überlegungen rund um Fragen von Gleichbehandlung und Gerechtigkeit sind so alt wie die Rechtswissenschaften selbst. Während bereits Rechtsphilosophen vor über 2000 Jahren versucht haben universalgültige Gleichheitsformeln zu formulieren, hat die Geschichte qualvoll unter Beweis gestellt, dass die Interpretationshoheit betreffend die Frage, wann, was und wie **„Gleiches gleich, und Ungleiches ungleich“** zu behandeln ist, dem jeweiligen Zeitgeist obliegt; nicht zuletzt wurde diese Gleichheitsformel von Aristoteles (384-322 vChr) gar während des dunkelsten Kapitel der österreichischen Geschichte seitens der nationalsozialistischen Doktrin als Legitimation ihrer Gräueltaten herangezogen.⁸³ Doch auch zu einer Zeit als die ersten Versuche unternommen wurden, Gleichheitsrechte zu verschriftlichen (zB der im Zuge der Erlassung der Dezemberverfassung 1867 geschaffene Art 2 StGG, wonach alle Staatsbürger vor dem Gesetze gleich sind), wurde – wenn überhaupt – lediglich eine formelle Gleichheit iSe Rechtsanwendungsgleichheit herbeigeführt, keinesfalls aber eine materielle Gleichheit, die den Normadressat:innen individuell durchsetzbare

⁸⁰ *Reissner*, Das neue Gleichbehandlungsrecht, JAP 2005/2006/5; *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) Einleitung, Rz 17.

⁸¹ BGBl I 2008/98.

⁸² Vorschlag KOM(2008), 426 endgültig, für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung.

⁸³ *Hesse*, Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung (1984), Archiv des öffentlichen Rechts, 109 (2/3), 181, <http://www.jstor.org/stable/44308200> (1.1.2025).

Ansprüche verliehen hätten. So lag bspw das allgemeine Frauenwahlrecht trotz dieser Bestimmung von 1867 noch in weiter Ferne.⁸⁴

Die ersten Durchbrüche zu echten individuellen Freiheitsrechten gelangen erst nach den Eindrücken der Schrecken des zweiten Weltkriegs und der Nazi Herrschaft in Form der Proklamation erster allgemeiner Grund- und Menschenrechte. Dabei ist insbesondere die **Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)** hervorzuheben. Von besonderer Bedeutung war die damit einhergehende Gründung des **Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)**, womit die Kontrolle und Durchsetzung der proklamierten Rechte auch Einzelpersonen nach Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs offenstand (sog Individualbeschwerde gem Art 34 EMRK). Da die EMRK in Österreich in den Verfassungsrang gehoben wurde, hat sich der EGMR zum **wichtigsten Katalysator** für einen Wandel der Grundrechtsjudikatur in Österreich herausgestellt.⁸⁵

Trotz dieser fortschrittlichen Grundrechtskataloge, die nicht nur auf zwischenstaatlichen Verpflichtungen beruhten, sondern zT individuell gegenüber dem eigenen Staat durchsetzbar waren, bestanden zahlreiche gesellschaftliche Ungleichheiten weiterhin fort. Es waren schließlich erneut Einwirkungen von außen (die österreichische Frauenrechtsbewegung, die Vereinten Nationen sowie Initiativen des Gemeinschaftsrechts), die den österreichischen Gesetzgeber dazu bewegten, im Jahr 1979 das erste – damals noch sanktionslose (!) – Gleichbehandlungsgesetz (BGBl 1979/108) zu erlassen. Vordergründig angetrieben vom bevorstehenden Beitritt Österreichs zur EU, wurde das „alte“ GIBG mehrfach novelliert und ua um weitere Diskriminierungstatbestände, konkrete Rechtsfolgenbestimmungen, den Tatbestand der sexuellen Belästigung sowie die Anwältin für Gleichbehandlungsfragen ergänzt.⁸⁶

⁸⁴ In Österreich wurde das allgemeine Frauenwahlrecht erst im Jahr 1918 eingeführt: *Gamper*, „Ohne Unterschied des Geschlechtes“ – 100 Jahre Frauenwahlrecht in Österreich, JBl 2020, 2.

⁸⁵ *Berka*, Verfassungsrecht⁸ (2021), Rz 1173.

⁸⁶ BGBl 1985/290; BGBl 1990/410; BGBl 1992/833; BGBl I 1998/44.

Erst der tatsächliche Beitritt Österreichs zur EU und die im Jahr 2000 und 2002 erlassenen RL,⁸⁷ führten in Österreich – verspätet und unvollständig⁸⁸ – zur Neukodifikation des Gleichbehandlungsgebots in Form des „neuen“ GIBG, des GBK/GAW-G sowie einer Novelle zum BEinstG.⁸⁹ Die größte Neuerung bestand dabei in der Erweiterung des Gleichbehandlungsgebots in der Arbeitswelt auf die Merkmale der ethnischen Zugehörigkeit, Religion oder Weltanschauung, des Alters und der sexuellen Orientierung (Antidiskriminierung iSd II. Teil). Außerdem wurde aufgrund der Antirassismus-RL (RL 2000/43/EG) ein **generelles Diskriminierungsverbot** in allen Bereichen der Gesellschaft (also auch **außerhalb der Arbeitswelt**) erforderlich. Erst aufgrund der erweiterten GleichbehandlungsRL 2004/113/EG wurde auch die Geschlechtergleichbehandlung im III. Teil des GIBG aufgenommen.⁹⁰ Die RL, womit auch die übrigen geschützten Merkmale vor einer Diskriminierung außerhalb der Arbeitswelt geschützt werden sollen (sog. „leveling up“), befindet sich seit 2008 in Verhandlung.⁹¹

Die historischen Entwicklungsschritte können mE in einer Art Stufenbau zusammengefasst werden: Während lange Zeit Gleichheitsrechte gar nicht gesetzlich verankert waren und – wenn überhaupt – nur rechtsphilosophische Gleichheitsformeln bestanden, erschöpften sich die ersten programmatischen Gleichheitsrechte in einer Rechtsanwendungsgleichheit gegenüber dem Staat im Sinne einer formellen Gleichheit, die keinesfalls für Männer und Frauen oder andere Bevölkerungsgruppen gleichermaßen galt. Die ersten echten materiellen und durchsetzungsfähigen Freiheitsrechte entstanden mit den Proklamationen der Grund- und Menschenrechte nach Ende des zweiten Weltkriegs. Angetrieben von zivilgesellschaftlichen Bewegungen, einem internationalen Problembewusstsein und den einschlägigen europäischen Rechtsakten, sind die Gleichbehandlungsrechte als materielle, individuell durchsetzbare Diskriminierungs- und Belästigungsverbote für eine Vielzahl von geschützten Merkmalen erst zur Jahrtausendwende in den einzelnen Rechtsordnungen der MS angekommen.

Abschließend ist festzuhalten, dass im Hinblick auf diese historische Entwicklung der Gleichheitsrechte mE deutlich erkennbar ist, dass Österreich bedauerlicherweise keine

⁸⁷ RL 2000/43/EG; RL 2000/78/EG; RL 2002/73/EG.

⁸⁸ EuGH vom 23.2.2006, C-133/05, *Kommission/Republik Österreich*, Slg 2006, I-36.

⁸⁹ BGBl I 2004/66; BGBl I 2005/82.

⁹⁰ BGBl I 2008/98.

⁹¹ Vorschlag KOM(2008), 426 endg.

besonders ambitionierte Rolle zugesprochen werden kann. Vielmehr hat Österreich im Laufe der Entwicklungen aufgrund der kollektivvertraglichen „Leichtlohngruppen für Frauen“ gegen internationale Verpflichtungen verstoßen⁹² und wurde aufgrund verspäteter und mangelhafter Umsetzung der einschlägigen RL vom EuGH im Zuge eines Vertragsverletzungsverfahrens verurteilt.⁹³ Demgegenüber zeichneten stets äußere Einflüsse für die einschlägigen Entwicklungen verantwortlich. Waren es zuvor noch völkerrechtliche Verträge, die erste Impulse gesetzt haben, ist es insbesondere dem Beitritt Österreichs zur EU zu verdanken, dass Diskriminierungsverbote im Arbeitsleben aber auch in sonstigen Bereichen (also auch außerhalb des Arbeitslebens beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen) im österreichischen Rechtsbestand vorhanden sind.

2 Grundsätzliches zum Gleichbehandlungsgesetz

Um die Beurteilung was gleich und was ungleich ist eben nicht dem jeweiligen Zeitgeist und damit der politischen Auslegung zu überlassen, sind die **Etablierung von individuell durchsetzbaren Antidiskriminierungsregeln** sowie die **Garantie eines effektiven Zugangs zur Rechtsdurchsetzung** erforderlich. Das GIBG soll dies nach den unionsrechtlichen Vorgaben der Wirksamkeit, Verhältnismäßigkeit sowie Prävention bieten. Die nachstehende Untersuchung widmet sich der Frage, wie diese Vorgaben im GIBG umgesetzt wurden.

2.1 Der Aufbau des GIBG

Das GIBG ist in fünf Teile gegliedert und dabei in die Kategorien der Gleichbehandlung in der Arbeitswelt und den sonstigen Bereichen unterteilt. Der **I. Teil** umfasst Normen betreffend die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt und handelt es sich dabei im Wesentlichen um die Diskriminierungsverbote des „alten“ GIBG 1979. Der **II. Teil** stellt demgegenüber die große Erweiterung gegenüber der alten Rechtslage dar und umfasst die Gleichbehandlung in der Arbeitswelt ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung (Antidiskriminierung).⁹⁴ Bei Gegenüberstellung des I. und II. Teils des GIBG fällt auf, dass zahlreiche Regelungen beinahe wortident wiederholt vorkommen. Dies betrifft beispielsweise

⁹² *Schrittwieser*, Gleichbehandlung im Arbeitsrecht (2014) 21; siehe auch *Eichinger*, Mittelbare Frauendiskriminierung durch KV-Leichtlohngruppe, RdW 1995, 19.

⁹³ EuGH vom 23.2.2006, C-133/05, *Kommission/Republik Österreich*, Slg 2006, I-36.

⁹⁴ *Windisch-Graetz in Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht⁴ (2025) § 1 GIBG Rz 4.

die nahezu wortwörtliche Wiederholung des Geltungsbereichs (§§ 1 und 16 GIBG), der Begriffsbestimmungen (§§ 5 und 19 GIBG) oder der Bestimmungen betreffend die Rechtsfolgen der Verletzung des jeweiligen Gleichbehandlungsgebots (§§ 12 und 26 GIBG). Der Hintergrund dieser repetitiven Regelungsweise lässt sich im Hinblick auf den Gesetzgebungsprozess erläutern: Abweichend von der ursprünglichen Konzeption des GIBG iSd Regierungsvorlage (307 BlgNR XXII. GP), enthält das GIBG in seiner beschlossenen Fassung **keinen Abschnitt über die gemeinsamen Bestimmungen** betreffend die Gleichbehandlung in der Arbeitswelt.⁹⁵ In der Fassung der RV sollten nämlich insbesondere die Rechtsfolgen der Verletzung des Gleichbehandlungsgebots auf Grund des Geschlechts sowie der übrigen Merkmale gemeinsam erfasst werden (§ 20 GIBG in der Fassung der RV), die heute eigenständig im I. und II. Teil des GIBG geregelt werden. Das Bestreben dieser legislatisch vielleicht nicht besten Lösung war, „die besondere Bedeutung der Gleichstellung von Frauen und Männern“ hervorzuheben.⁹⁶ In Anbetracht der Tatsache, dass Frauen nach wie vor die am häufigsten von Diskriminierungen und (sexuellen) Belästigungen betroffene Zielgruppe ist,⁹⁷ ist dieses Ansinnen mE nachvollziehbar, wenn auch legislatisch nicht ideal.

Der **III. Teil** regelt die „Gleichbehandlung ohne Unterschied des Geschlechts oder der ethnischen Zugehörigkeit **in sonstigen Bereichen**“ (§§ 30 ff GIBG). Bei dieser unionsrechtlich obligatorischen Ausweitung des Diskriminierungsverbots auf den „sonstigen Bereiche“, also den „Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen“ wird deutlich, dass es sich beim GIBG um **keine rein arbeitsrechtliche Materie** (mehr) handelt.⁹⁸

Der **IV. Teil** (§§ 41 ff GIBG) schafft in Anlehnung an den I. und II. Teil einen eigenen Anwendungsbereich „für die Regelung der Gleichbehandlung im Arbeitsleben in der Land- und Forstwirtschaft“. Der **V. Teil** (§§ 59 ff GIBG) widmet sich den „Schlussbestimmungen“.

⁹⁵ ErläutRV 307 BlgNR 22. GP 1; *Kletečka in Rebhahn* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz² (2019) § 12 Rz 11.

⁹⁶ AB 499 BlgNR 22. GP 3.

⁹⁷ Für den Berichtszeitraum 2020/21 haben sich 1.533 Frauen an die Gleichbehandlungsanwaltschaft gewandt und sind damit (neben dem geschützten Merkmal der ethnischen Zugehörigkeit) die mit Abstand größte Gruppe: *Bundeskanzleramt*, Gleichbehandlungsbericht für die Privatwirtschaft 2020 und 2021 – Teil II Anwaltschaft für Gleichbehandlung (2022).

⁹⁸ *Schindler*, Zur Umsetzung des EU-Rechts in Österreich (Teil II), DRdA 2003, 523.

2.1.1 Anwendungsbereich und Abgrenzung

Der Anwendungsbereich des GlBG lässt sich vorweg in zwei große Bereiche unterteilen: privatrechtliche **Arbeitsverhältnisse** und **Rechtsverhältnisse außerhalb der Arbeitswelt** (Diskriminierungsschutz in sonstigen Bereichen). Die Unterteilung in diese zwei Teilbereiche ist nicht nur für den Anwendungsbereich der jeweiligen Rechtsfolgen relevant, sondern auch für das darin jeweils verwirklichte **Diskriminierungsschutzniveau**.⁹⁹ Wie bereits ausgeführt, werden hinsichtlich der Gleichbehandlung in der Arbeitswelt sämtliche Schutzbereiche erfasst, während beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen lediglich die Merkmale des Geschlechts und der ethnischen Zugehörigkeit geschützt sind. Der Hintergrund und Ursprung dieses differenzierten Diskriminierungsschutzes innerhalb des GlBG ergibt sich – wie oben unter I.1.3 bereits ausgeführt – aus den Vorgaben der Antirassismus-RL (RL 2000/43/EG) sowie der erweiterten GleichbehandlungsRL (RL 2004/113/EG). Erst mit der GlBG-Novelle 2011 wurde der Versuch unternommen dieses unterschiedliche Schutzniveau innerhalb des Gesetzes zu beseitigen und den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen **auf sämtliche geschützte Merkmale** nach dem GlBG auszuweiten (sog „leveling-up“).¹⁰⁰ Dieses Vorhaben scheiterte jedoch im Gesetzgebungsprozess daran, dass auf die weitere Entwicklung der Ausdehnung des Diskriminierungsschutzes auf den sonstigen Bereich auf **europäischer Ebene zugewartet** werde, weshalb die ursprünglich in der Regierungsvorlage vorgesehene Sanierung des unterschiedlichen Schutzniveaus mittels Abänderungsantrag revidiert wurde.¹⁰¹

Hinsichtlich des in dieser Arbeit im Fokus stehenden **Anwendungsbereichs betreffend den Diskriminierungsschutz in der Arbeitswelt** ist festzuhalten, dass die Bestimmungen des I. und II. Teils inhaltsgleich gem §§ 1 und 16 GlBG auf Ausbildungs- und Arbeitsverhältnisse **aller Art**, die auf privatrechtlichem Vertrag iSd Arbeitsvertragsrechts (gem § 1151 ABGB) beruhen, anwendbar sind.¹⁰² Zudem wurde der Anwendungsbereich auch ausdrücklich auf

⁹⁹ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GlBG² (2021) § 30, Rz 6/1.

¹⁰⁰ ErläutRV 938 BlgNR XXIV. GP 1.

¹⁰¹ PK-Nr. 29 vom 13.1.2011.

¹⁰² Körber-Risak in Mazal/Risak (Hrsg), Das Arbeitsrecht - System und Praxiskommentar (45. Lfg 2025) Das Gleichbehandlungsgesetz (GlBG) und die Antidiskriminierungsbestimmungen des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinstG), Rz 57.

arbeitnehmerähnliche Personen und Heimarbeiter:innen ausgedehnt.¹⁰³

Arbeitnehmerähnliche Personen sind in diesem Zusammenhang aufgrund der inhaltsgleichen Textierung entsprechend dem § 51 Abs 3 Z 2 ASGG so zu interpretieren, dass darunter im Wesentlichen Arbeitsverhältnisse bei wirtschaftlicher Unselbständigkeit und fehlender (bzw nicht so stark ausgeprägter) persönlicher Abhängigkeit zu verstehen sind.¹⁰⁴ Zudem sind auch AV mit Auslandsbezug vom Anwendungsbereich des I. und II. Teils des GIBG erfasst (Art 8 ROM I-VO). Diese Ausstrahlung des österreichischen GIBG auf entsendete oder fortgesetzt in Österreich tätige ausländische AN, mag auf den ersten Blick merkwürdig anmuten, da die einschlägigen RL unionsweit umgesetzt wurden und davon ausgegangen werden kann, dass das Schutzniveau innerhalb der EU gleich ist. Doch gerade in Anbetracht der unterschiedlichen Umsetzungen der RL, können die nationalen Rechtsordnungen beträchtlich differenzieren (dazu im Detail unter I.3), weshalb die Anwendung des österreichischen GIBG auf diese Sachverhalte (faktische Tätigkeit in Österreich) zur Gewährleistung eines einheitlichen Diskriminierungsschutzes in Österreich jedenfalls zu begrüßen ist.¹⁰⁵

In Abgrenzung zu diesem weit gefassten Anwendungsbereich sind insbesondere Arbeitsverhältnisse zu einer **öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaft** zu erwähnen, die entweder im Verhältnis zum Bund vom Anwendungsbereich des B-GIBG (BGBl 1993/100) oder im Verhältnis zum Land bzw zu Gemeinden von den Gleichbehandlungsgesetzen der Länder erfasst sind.¹⁰⁶

2.1.2 Verletzung des Gleichbehandlungsgebots

Wie bereits ausgeführt betrifft der I. und II. Teil des GIBG die für den vorliegenden Forschungsgegenstand relevante Gleichbehandlung in der Arbeitswelt. Innerhalb dieser Teile wird wiederum zwischen dem **Gleichbehandlungsgebot im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis** (§§ 3 und 17 GIBG), dem **Gleichbehandlungsgebot in der sonstigen Arbeitswelt** (§§ 4 und 18 GIBG), dem **Verbot von sexueller Belästigung** (§ 6 GIBG) sowie dem **Verbot von Belästigung** (§§ 7 und 21 GIBG) unterschieden. Diese sanktionierten

¹⁰³ *Rebhahn/Windisch-Graetz* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 1, Rz 34f.

¹⁰⁴ *Neumayr* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht⁴ (2025) § 51 ASGG, Rz 12ff.

¹⁰⁵ *Rebhahn/Windisch-Graetz* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 1, Rz 30.

¹⁰⁶ *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm⁴ § 1 GIBG, Rz 17.

Verhaltensweisen bilden den Tatbestand, auf den die Sanktionsbestimmungen (§§ 12 und 26 GIBG) aufbauen. Die konkrete Sanktion ist daher nicht einheitlich für alle Tatbestände gleich, sondern je nach Art der Verletzung des Gleichbehandlungsgebots unterschiedlich.¹⁰⁷

2.1.2.1 Diskriminierungsgründe und Diskriminierungstatbestände

Entsprechend dem Gleichbehandlungsgebot **im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis** gem §§ 3 und 17 GIBG, darf niemand aufgrund des Geschlechts, insbesondere unter Bezugnahme auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat, der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden. In der Lehre werden diese **Diskriminierungsgründe** auch als „verpönte Motive“¹⁰⁸ oder „geschützte Merkmale“¹⁰⁹ zusammengefasst. Die von den RL – und damit vom GIBG – als schützenswert erachteten Merkmale sind aber keinesfalls vollständig. So erstreckt sich bspw das Schutzniveau der Art 14 EMRK und Art 21 GRC über die in den RL genannten Merkmale hinausgehend auf die soziale Herkunft, das Vermögen, den sonstigen Status, genetische Merkmale, die sonstige Anschauung und die Sprache. Vor dem Hintergrund dieser doch recht weitreichenden Diskrepanz, kritisiert ein Teil der Lehre das eingeschränkte Schutzniveau der einschlägigen RL bzw des GIBG.¹¹⁰ Insbesondere im Hinblick darauf, dass die RL lediglich ein **Mindestniveau** vorgeben und die MS einen darüberhinausgehenden Diskriminierungsschutz vorsehen können, ist diese Kritik mE jedenfalls angebracht. Auch in der stRsp des EuGH,¹¹¹ wonach das Diskriminierungsverbot der GRC unmittelbar zwischen Privaten (!) zur Anwendung gelangt, ist nach meinem Dafürhalten ein nicht unerhebliches Spannungsverhältnis zwischen dem eingeschränkten Schutzniveau der einschlägigen RL bzw dem GIBG einerseits und dem Diskriminierungsschutz des Art 21 GRC andererseits zu erkennen (dazu und zum „leveling up“ im Detail unter V.2.1).

¹⁰⁷ Kletečka/Köck in Windisch-Graetz (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 12.

¹⁰⁸ Körber-Risak in Mazal/Risak (Hrsg), Das Arbeitsrecht - System und Praxiskommentar (45. Lfg 2025) Das Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) und die Antidiskriminierungsbestimmungen des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinstG) Rz 145; OGH 27.2.2014, 8 ObA 81/13i, RdW 2014/527.

¹⁰⁹ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 17 Rz 2.

¹¹⁰ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 17 Rz 4f.

¹¹¹ EuGH vom 11.9.2018, C-68/17, *IR*, Rz 69; EuGH vom 22.1.2019, C-193/17, *Cresco Investigation*, Rz 76; EuGH vom 17.4.2018, C-414/16, *Egenberger*, Rz 76.

Nach den **Diskriminierungstatbeständen** des GIBG im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis darf **insbesondere** niemand bei der Begründung oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses, der Festsetzung des Entgelts, der Gewährung freiwilliger Sozialleistungen, bei Maßnahmen der Aus-, Weiterbildung sowie Umschulung, beim beruflichen Aufstieg und den sonstigen Arbeitsbedingungen motivwidrig diskriminiert werden. Auffallend bei diesen Bestimmungen ist, dass es sich aufgrund der Wortwahl „insbesondere“ um eine nicht abschließende, sondern **bloß deklaratorische Aufzählung von Tatbeständen** handelt. Im Hinblick auf den Auffangtatbestand gem §§ 3 und 17 jeweils **Z 6** GIBG, wonach Diskriminierungen bei den „sonstigen“ Arbeitsbedingungen untersagt sind, erscheint eine deklaratorische Aufzählung überflüssig, da ohnedies sämtliche Diskriminierungen, die nicht unter die Z 1 bis 5 subsumierbar sind, jedenfalls durch den Auffangtatbestand gem Z 6 erfasst sein sollten.¹¹² Um jedenfalls sicher zu gehen, auch wirklich sämtliche Bereiche der Arbeitswelt lückenlos zu erfassen, wurde diese Redundanz im Gesetzgebungsprozess offenbar in Kauf genommen.¹¹³

Entsprechend dem Gleichbehandlungsgebot gem §§ 4 und 18 GIBG, darf niemand aufgrund der oben aufgezählten geschützten Merkmale unmittelbar oder mittelbar **in der sonstigen Arbeitswelt** diskriminiert werden. Unter der „sonstigen Arbeitswelt“ sind jene Tatbestände zu verstehen, die zwar in **keinem unmittelbaren Verhältnis zu einem Arbeitsverhältnis** stehen, dennoch aber entscheidend zur sozialen und wirtschaftlichen Integration beitragen.¹¹⁴ Dazu zählen ua der Zugang zu „allen Formen und allen Ebenen“ der Berufsberatung, der Berufsausbildung sowie der Umschulung, die Mitgliedschaft und Mitwirkung in einer AN oder AG-Organisation und die Bedingungen für den Zugang zu selbständiger Erwerbstätigkeit.¹¹⁵ Im Lichte dieses Diskriminierungsschutzes wird gegenwärtig insb der Einsatz von künstlicher Intelligenz im Recruiting-Prozess untersucht.¹¹⁶

¹¹² *Rebhahn/Windisch-Graetz* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 3, Rz 2; *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 1.

¹¹³ Siehe dazu das ausdrücklich proklamierte Ziel, dass „die gesamte Arbeitswelt diskriminierungsfrei gestellt werden“ soll in ErläutRV 307 BlgNR 22. GP 9.

¹¹⁴ ErläutRV 307 BlgNR 22. GP 11.

¹¹⁵ ErläutRV 307 BlgNR 22. GP 10.

¹¹⁶ Ua *Schulte/Prowald*, Künstliche Intelligenz im Recruiting - rechtskonformer Einsatz im Unternehmen, KuR 2023, 166; *Kolleck/Orwat*, Mögliche Diskriminierung durch algorithmische Entscheidungssysteme und maschinelles Lernen - ein Überblick (2020); *Tinhofer*, Algorithmenbasierte Entscheidungen und Diskriminierung, DRdA 2022, 171.

Unabhängig davon, ob die jeweilige Diskriminierung aus einem konkreten AV resultiert oder in der sonstigen Arbeitswelt stattfindet, ist die Subsumtion des Sachverhalts unter einen konkreten Diskriminierungstatbestand von großer Bedeutung, da die jeweiligen Rechtsfolgen aufgrund des Rückverweises von §§ 12 und 26 GIBG auf §§ 3, 4, 6 und 7 GIBG einerseits und §§ 17, 18 und 21 GIBG andererseits sehr unterschiedlich ausfallen können (im Detail dazu unter I.2.2.2).¹¹⁷

Das GIBG regelt – neuerlich mehrfach und inhaltsgleich – in seinen §§ 5, 19, 32 und 44 die Legaldefinitionen der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung. Dabei ist die Unterscheidung dieser Diskriminierungsarten insbesondere im Hinblick auf die Rechtfertigung eines diskriminierenden Verhaltens wesentlich und kann die Kategorisierung, in die eine oder andere Gruppe der Diskriminierung weitreichende Folgen für die Sanktionsfähigkeit haben.

2.1.2.2 Unmittelbare Diskriminierung

Eine **unmittelbare Diskriminierung** liegt gem §§ 5, 19, 32 und 44 jeweils **Abs 1** GIBG vor, wenn eine Person auf Grund eines geschützten Merkmals in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Entsprechend dem Gesetzestext beinhaltet eine tatbestandsmäßige unmittelbare Diskriminierung **vier Tatbestandselemente**, die kumulativ vorliegen müssen.¹¹⁸

Das erste Tatbestandselement betrifft das **Vorliegen einer Diskriminierung** im Allgemeinen und folgt der EuGH hierbei in seiner stRsp der aristotelischen Gleichheitsformel (im Detail unter I.1.1), wonach eine Diskriminierung dann vorliegt, wenn unterschiedliche Vorschriften auf gleiche Sachverhalte oder gleiche Vorschriften auf unterschiedliche Sachverhalte angewendet werden.¹¹⁹ Die **Unmittelbarkeit** der Diskriminierung stellt ein weiteres Tatbestandselement dar und liegt dann vor, wenn – in Abgrenzung zu einer mittelbaren Diskriminierung – die Regelung oder Maßnahme (= die Diskriminierung) ausdrücklich bzw

¹¹⁷ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 12 Rz 1f.

¹¹⁸ Rebhahn/Windisch-Graetz in Windisch-Graetz (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 5, Rz 3ff; Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 5 Rz 10-32.

¹¹⁹ ZB EuGH vom 14.2.1995, C-279/93, *Finanzamt Köln-Altstadt/Schumacker*, Rz 30; EuGH vom 13.2.1996, C-342/93, *Gillespie u.a.*, Rz 16; EuGH vom 2.10.1997, C-100/95, *Kording/Senator für Finanzen*, Rz 14; EuGH vom 27.10.1998, C-411/96, *Boyle u.a.*, Rz 39; EuGH vom 21.10.1999, C-333/97, *Lewen*, Rz 36.

direkt auf eines der verpönten Motive des GlBG abstellt. Ein Verschulden ist dabei aber nicht erforderlich, vielmehr genügt die Erfüllung des objektiven Tatbestands (dazu im Detail unter II.2.3.2.2).¹²⁰ Die Abgrenzungsfrage, ob diese Unmittelbarkeit vorliegt, kann in der Praxis oft schwierig sein,¹²¹ stellt jedoch einen ganz wesentlichen Prüfungsschritt dar, weil grundsätzlich nur mittelbare Diskriminierungen einer Rechtfertigung zugänglich sind und unmittelbare Diskriminierungen nur im Hinblick auf das Rechtsinstitut der „unverzichtbaren Voraussetzung“ zulässig sein könnten (dazu im Detail unter I.2.1.2.4). Zudem können auch vermeintlich indirekte Unterscheidungsmerkmale in manchen Fällen eine unmittelbare Diskriminierung darstellen: bspw stellte der EuGH bereits mehrfach fest, dass die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses bzw die Weigerung zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses aufgrund einer Schwangerschaft (womit streng genommen nicht auf das Merkmal Geschlecht abgestellt wird) stets eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt, weil nur Frauen von dieser Differenzierung betroffen sein können.¹²²

Als dritte Voraussetzung muss die unmittelbare Diskriminierung **benachteiligend** sein, um Rechtsfolgen auszulösen. Dieses Tatbestandselement wird gesetzlich durch die Formulierung einer „weniger günstigeren Behandlung“ ausgesprochen und bringt zum Ausdruck, dass die diskriminierte Person im Unterschied zu einer Vergleichsperson, Vergleichsgruppe oder Vergleichssituation aufgrund eines verpönten Motivs schlechter gestellt ist. Wie allerdings *Rebhahn/Windisch-Graetz* richtig hervorheben, ist es nicht erforderlich, dass durch die Ungleichbehandlung ein darüber hinausgehender Nachteil bzw Schaden eingetreten ist.¹²³ ISd § 5 Abs 1 GlBG handelt es sich um einen hypothetischen Vergleich („erfahren würde“) und hat der EuGH bspw auch frühere bei derselben Arbeitgeberin oder demselben Arbeitgeber beschäftigte AN als Vergleichspersonen zugelassen.¹²⁴ In der Literatur wird daher die mE

¹²⁰ EuGH vom 8.11.1990, 177/88, *Dekker*, Rz 24; EuGH vom 22.4.1997, C-180/95, *Draehmpaehl*, Rz 17; OGH vom 21.10.1998, 9 ObA 264/98h = JBl 1999, 397.

¹²¹ ZB setzte sich der Generalanwalt im Rahmen der Entscheidung des EuGH vom 17.10.1989, C-109/88, *Danfoss*, in seinen Schlussanträgen intensiv mit der Frage auseinander, ob eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung vorliegt (Schlussanträge vom 31.5.1989 zu C-109/88, *Danfoss*, ECLI:EU:C:1989:228, Rz 31 ff).

¹²² ZB EuGH vom 8.11.1990, C-177/88, *Dekker*, Rz 12; EuGH vom 5.5.1994, C-421/92, *Habermann-Beltermann*, Rz 15; EuGH vom 14.7.1994, C-32/93, *Webb/EMO Air Cargo*, Rz 19; EuGH vom 4.10.2001, C-109/00, *Tele Danmark*, Rz 25.

¹²³ *Rebhahn/Windisch-Graetz* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 3, Rz 6 sowie § 5, Rz 4.

¹²⁴ EuGH vom 27.3.1980, C-129/79, *Macarthys/Smith*, Rz 11.

zutreffende Meinung vertreten, dass der Gegenstand der Vergleichsbasis weder von einer zeitlichen Dimension noch von der Voraussetzung eines identen Arbeitsplatzes abhängig ist.¹²⁵ Auch wurde vom EuGH eine unmittelbare Diskriminierung bejaht, obwohl gar keine konkrete Person benachteiligt wurde (öffentliche Aussage eines Unternehmers keine Monteure einer bestimmten ethnischen Herkunft einzustellen), weshalb darauf geschlossen werden kann, dass der Mangel einer konkreten Benachteiligung im Einzelfall nicht dazu führt, dass keine unmittelbare Diskriminierung vorliegt.¹²⁶

Schließlich erfordert die Tatbestandsmäßigkeit einen **Zusammenhang mit einem AV** iSd weit gefassten Geltungsbereichs gem §§ 1 und 16 GIBG.¹²⁷

2.1.2.3 Mittelbare Diskriminierung

In Abgrenzung zur unmittelbaren Diskriminierung ist eine mittelbare Diskriminierung weniger offensichtlich und kann es in der Praxis uU schwierig sein zu beurteilen ob Vorschriften, Weisungen udgl eine mittelbare Diskriminierung darstellen oder eine zulässige Differenzierung vorliegt. Entsprechend der Legaldefinition liegt eine **mittelbare Diskriminierung** gem §§ 5, 19, 32 und 44 jeweils **Abs 2** GIBG vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen aufgrund eines verpönten Motivs 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. Aufgrund dieser Möglichkeit zur Rechtfertigung, unterscheidet ein Teil der Literatur bei der Erfüllung einer mittelbaren Diskriminierung zwischen **vermuteter Benachteiligung**, wenn lediglich die Tatbestände des ersten Teils des Abs 2 („Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn [...] benachteiligen können“) und **Diskriminierung** wenn zusätzlich die Voraussetzungen der sachlichen Rechtfertigung des zweiten Teils des Abs 2 („es sei denn [...]“) nicht erfüllt sind.¹²⁸ Darin liegt auch der wesentliche Unterschied im Vergleich zur unmittelbaren Diskriminierung und liegt daher bis zum negativen Prüfungsergebnis betreffen die sachliche Rechtfertigung lediglich eine

¹²⁵ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 5 Rz 19.

¹²⁶ EuGH vom 10.7.2008, C-54/07, *Feryn*, Rz 23 ff; *Radlingmayr*, Customer Preferences und arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote, ZAS 2010/33.

¹²⁷ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 5 Rz 28ff.

¹²⁸ *Rebhahn/Windisch-Graetz* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 5, Rz 24; *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*⁴ § 5 GIBG, Rz 5 ff.

vermutete Benachteiligung, nicht aber eine Diskriminierung iSd vor. Erst die nicht zu rechtfertigende Benachteiligung löst Rechtsfolgen aus. Neben dieser im GlBG geregelten Legaldefinition bestehen zahlreiche weitere Bestimmungen, die – im Wesentlichen mit demselben Inhalt – eine Definition der mittelbaren Diskriminierung formulieren.¹²⁹

Wie bereits ausgeführt, ist der Tatbestand einer vermuteten Benachteiligung erfüllt, wenn nach dem ersten Teil des § 5 Abs 2 GlBG (bzw nach den gleichlautenden Parallelbestimmungen) ein:e AN durch ein dem Anschein nach neutrales Kriterium aufgrund eines verpönten Motivs in besonderer Weise benachteiligt wird. In der Judikatur spielen in diesem Zusammenhang **Ungleichbehandlungen für Teilzeitbeschäftigte** eine große Rolle. Vor dem Hintergrund, dass Frauen in Österreich nach wie vor einen wesentlich größeren Anteil an Teilzeitkräften stellen¹³⁰ und benachteiligende Regelungen für Teilzeitkräfte (ein Kriterium das zwar nach § 19d AZG und der TZ-RL,¹³¹ nicht aber nach dem GlBG geschützt ist) im Ergebnis überwiegend Frauen benachteiligen können, liegt bei derartigen Sachverhalten oftmals eine mittelbare Diskriminierung vor. Wie *Gruber-Risak/Gogola* richtig aufzeigen, können aber auch neue Formen der Beschäftigungen verdeckte, also mittelbare Diskriminierungen hervorrufen, wenn bspw Plattformbeschäftigte, die Träger:innen geschützter Merkmale sind (zB Personen mit religiös motivierter Bekleidung, Hautfarbe etc), von den Kund:innen systematisch niedriger bewertet werden als jene ohne sichtbare Merkmale.¹³²

Sind die Voraussetzungen einer in diesem Sinne vermuteten Benachteiligung erfüllt, so muss iSd zweiten Teils des § 5 Abs 2 GlBG geprüft werden, ob diese sachlich gerechtfertigt ist. Die **Prüfung einer sachlichen Rechtfertigung** kann in vier Schritte unterteilt werden: Erstens ist zu prüfen, welchem (vermeintlich legitimen) Ziel die Regelung bzw Maßnahme dient, zweitens ob das Regelungsziel tauglich und rechtmäßig ist, drittens ob das Ziel die Verwendung des neutralen Kriteriums sachlich rechtfertigt und viertens, ob die Mittel zur Erreichung des

¹²⁹ Weitere Legaldefinitionen einer mittelbaren Diskriminierung (auszugsweise) in § 4a Abs 3 B-GlBG (BGBl I 2024/143), § 4a Abs 2a VBO 1995 (LGBI 39/2024) oder § 2 Abs 4 W-GBG (LGBI 16/2023).

¹³⁰ Im Jahr 2023 waren 50,6 % der unselbständig beschäftigten Frauen in Österreich im Rahmen einer Teilzeitbeschäftigung tätig. Demgegenüber waren lediglich 13,4 % der unselbständig beschäftigten Männer im Rahmen einer Teilzeitbeschäftigung tätig (*Statistik Austria*, Mikrozensus-Arbeitskräfteerhebung, <https://www.statistik.at/statistiken/arbeitsmarkt/arbeitszeit/teilzeitarbeit-teilzeitquote> [Stand 4.2.2025]).

¹³¹ Grundsatz der Nichtdiskriminierung von Teilzeitbeschäftigten iSd RL 97/81/EG.

¹³² *Risak/Gogola*, Gleichbehandlung in der Plattformökonomie, *juridikum* 2018, 435 (440).

Regelungsziels angemessen und erforderlich sind.¹³³ Sind diese rechtfertigenden Tatbestände erfüllt, so kann bspw eine streng nach dem Pro-rata-temporis-Grundsatz erfolgende Leistungsaliquotierung gerechtfertigt sein und damit keine Diskriminierung darstellen.¹³⁴ Hingegen hat der EuGH und OGH festgestellt, dass längere Höchstbefristungsdauern bei Ketten-Teilzeitarbeitsverhältnissen eine mittelbare Geschlechterdiskriminierung darstellen kann.¹³⁵

2.1.2.4 Ausnahmen: positive Diskriminierungen, Berufliche Anforderungen etc.

Von dieser soeben dargestellten Rechtfertigungsprüfung (bei mittelbaren Diskriminierungen) sind die Ausnahmen des Gleichbehandlungsgrundsatzes (bei unmittelbaren Diskriminierungen) zu unterscheiden. Während mittelbare Diskriminierungen grundsätzlich einer Rechtfertigung zugänglich sein können, sind unmittelbare Diskriminierungen, wie bereits ausgeführt, nicht rechtfertigungsfähig.¹³⁶ Manche unmittelbare Diskriminierungen können aber von vornherein vom Anwendungsbereich des GIBG ausgenommen sein, sodass gar keine (zu rechtfertigende) objektive Rechtswidrigkeit vorliegt.

Eine solche Ausnahme liegt bei sog „**positiven**“ **Diskriminierungen** vor, wenn diese bspw zur Förderung des unterrepräsentierten Geschlechts beitragen soll. Bereits iSd Art 157 Abs 4 AEUV hindert der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben nicht daran, Erleichterungen für die Berufsausübung des unterrepräsentierten Geschlechts oder spezifische Vergünstigungen zur Verhinderung bzw zum Ausgleich von Benachteiligungen in der Arbeitswelt beizubehalten oder zu beschließen. Auch die davon abgeleiteten Art 2 Abs 8 RL 76/207/EWG idF RL 2002/73/EG bzw Art 3 RL 2006/54/EG betonen, dass die MS im Hinblick auf die Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen derartige

¹³³ *Rebhahn/Windisch-Graetz* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 5, Rz 47.

¹³⁴ Ua EuGH vom 13.7.2017, C-354/16, *Kleinstauber*, Rz 30; EuGH vom 5.11.2014, C-476/12, *ÖGB*, Rz 20.

¹³⁵ EuGH vom 3.10.2019, C-274/18, *Schuch-Ghannadan*, Rz 42; *Schrank*, *Leitentscheidungen der Höchstgerichte zum Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht* (68. Lfg 2023) Universitätsbefristungen - OGH 24.10.2022, 8 ObA 21/22d, 12.

¹³⁶ *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, *ZellKomm*⁴ § 5 GIBG, Rz 3; *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, *GIBG*² (2021) § 5 Rz 35.

Maßnahmen beibehalten oder beschließen können.¹³⁷ Während der EuGH anfangs noch die Auffassung vertrat, dass es nicht zulässig sei, Frauen bei gleicher Qualifikation auf Grund einer Quotenregelung einen unbedingten Vorzug zu gewähren,¹³⁸ anerkannte er hingegen später, dass in unterrepräsentierten Bereichen Fördermaßnahmen bei Bestehen gleicher Qualifikation zulässig sind.¹³⁹ Vor diesem Hintergrund sieht daher auch § 8 GIBG ausdrücklich vor, dass **Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung** von Frauen und Männern, insb durch Beseitigung tatsächlich bestehender Ungleichheiten **nicht als Diskriminierungen iSd GIBG** gelten. Im Sinne dieser Ausnahme kann also eine an sich geschlechtsbezogen diskriminierende Personalentscheidung gerechtfertigt sein, wenn damit gezielt der Unterrepräsentation eines Geschlechts entgegengewirkt werden soll.¹⁴⁰

Eine weitere Ausnahme besteht hinsichtlich der **Unverzichtbarkeit eines bestimmten Merkmals**. Bereits in der Stammfassung des Art 2 Abs 2 RL 76/207/EWG wurde die Ausnahme formuliert, wonach eine Diskriminierung nicht vorliegt, wenn das Geschlecht auf Grund der Art oder der Bedingungen der Ausübung einer Tätigkeit eine unabdingbare Voraussetzung für diese berufliche Tätigkeit und gegebenenfalls für die dazu erforderliche Ausbildung darstellt. Die nunmehrigen Art 2 Abs 6 RL 76/207/EWG idF RL 2002/73/EG und Art 14 Abs 2 RL 2006/54/EG, erkennen diese Ausnahme vom Anwendungsbereich der RL ebenfalls an, wenn auch sprachlich exakter formuliert.¹⁴¹ Unter Einhaltung des Grundsatzes der **Verhältnismäßigkeit** und einer sehr **strengen Auslegung der „Unverzichtbarkeit“** hat der OGH bspw keine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots darin erkannt, wenn der:die AG sein:ihr Verkaufskonzept derart entwickelt, dass es nur von Arbeitnehmer:innen eines Geschlechts umgesetzt werden kann.¹⁴² Demgegenüber kann die Frauen vermeintlich fehlende

¹³⁷ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 5 Rz 41.

¹³⁸ EuGH vom 17.10.1995, C-450/93, *Kalanke*, Rn 24; *Pirstner*, Die Quote im Gemeinschaftsrecht, DRdA 1997, 461.

¹³⁹ EuGH vom 11.11.1997, C-409/95, *Marschall*, Rn 35; EuGH vom 28.3.2000, C-158/97, *Badeck*, Rn 31f; *Pirstner*, Bedingte Quotenregelung entspricht dem Gemeinschaftsrecht, DRdA 1998, 153.

¹⁴⁰ *Rebhahn*, Gleichbehandlung, Qualifikation und Leistung, JBl 1993, 681 (693).

¹⁴¹ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 5 Rz 48.

¹⁴² ZB das obligatorische Tragen der zum Verkauf stehenden Herrenmode in OGH vom 12.1.2000, 9 ObA 318/99a = ZASB 2000, 33 (*Aigner*); *Rauch*, Zum Schadenersatz nach dem Gleichbehandlungsgesetz, ecolex 2000, 441.

körperliche Konstitution zur Verrichtung schwerer körperlicher Arbeit selbstverständlich nicht als unverzichtbare Voraussetzung einer bestimmten Tätigkeit angesehen werden.¹⁴³

Abschließend ist hervorzuheben, dass gem Art 28 Abs 1 RL 2006/54/EG Maßnahmen zum „**Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft** und Mutterschaft,“ vom Diskriminierungsverbot ausgenommen sind. Dazu zählen insb die Beschäftigungsverbote gem der §§ 3 bis 8 MSchG¹⁴⁴ sowie ein Nachtarbeitsverbot für Schwangere,¹⁴⁵ nicht aber ein generelles Verbot von Frauennacharbeit.¹⁴⁶ Obwohl dieser Ausnahmetatbestand nicht ausdrücklich in die nationale Rechtsordnung übernommen wurde, bildet auch in diesem Fall der § 8 GIBG nach Ansicht von *Rebhahn/Windisch-Graetz* die entsprechende Grundlage.¹⁴⁷

2.1.2.5 Sexuelle Belästigung und Belästigung

Neben dem soeben dargestellten Diskriminierungsverbot regelt das GIBG ein (zivilrechtliches) Verbot der **sexuellen Belästigung** gem § 6 GIBG und der **Belästigung** gem §§ 7 und 21 GIBG. Nach der 2011 veröffentlichten österreichischen Prävalenzstudie zur Gewalt an Frauen und Männern des Österreichischen Instituts für Familienforschung, haben drei Viertel (74,2%) aller Frauen sexuelle Belästigung bereits erlebt; demgegenüber berichtet etwa jeder vierte Mann (27,2%) von erlebter sexueller Belästigung.¹⁴⁸ Im Kontext Arbeit, hat die Statistik Austria 2022 erhoben, dass jede vierte Frau (26,59 %) in Österreich, die bereits mindestens einmal in ihrem Leben erwerbstätig war, sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz erlebt hat.¹⁴⁹ Vor diesem Hintergrund ist es **Ziel** der RL (ua gem Art 26 RL 2006/54/EG und gem Art 2 Abs 3 RL 2000/43/EG) sowie der §§ 6 und 7 GIBG bzw § 21 GIBG sexuelle Belästigungen und Belästigungen aufgrund des Geschlechts sowie der anderen geschützten Merkmale **zu verhindern, zu verbieten und zu sanktionieren**.

¹⁴³ OGH vom 21.10.1998, 9 ObA 264/98h = JBl 1999, 397; siehe die Einstellungsdiskriminierung mit der Aussage: „Frauen haben keine Kraft“ in OGH vom 23.04.2009, 8 ObA 11/09i = ARD 5975/1/2009.

¹⁴⁴ *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 5 Rz 71.

¹⁴⁵ EuGH vom 5.5.1994, C-421/92, *Habermann-Beltermann*, Rz 24.

¹⁴⁶ EuGH vom 25.7.1991, C-345/89, *Stoeckel*, Rz 15 und 18.

¹⁴⁷ *Rebhahn/Windisch-Graetz* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 5, Rz 17.

¹⁴⁸ *Kapella/Baierl/Rille-Pfeiffer/Geserick/Schmidt*, Gewalt in der Familie und im nahen sozialen Umfeld (2011), 96.

¹⁴⁹ *Enachescu/Hinsch*, Geschlechtsspezifische Gewalt gegen Frauen in Österreich (2022), 41.

Sexuelle Belästigung ist nach der Definition des Art 2 Abs 1 lit d RL 2006/54/EG „jede Form von unerwünschtem Verhalten sexueller Natur, das sich in unerwünschter verbaler, nicht-verbaler oder physischer Form äußert und das bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen und Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird“. Die Definition der sexuellen Belästigung im GIBG wurde mit Nov BGBl I 2008/98 an „die Anforderungen des Gemeinschaftsrechts“ angepasst, dies insb vor dem Hintergrund, dass bis dahin sexuelle Belästigung vom subjektiven Empfinden der belästigten Person abhing, was mit dem Unionsrecht nicht vereinbar ist.¹⁵⁰ Die Definition wurde daher erweitert, sodass darüber hinausgehend auch Verhaltensweisen als (sexuelle) Belästigungen anzusehen sind, die eine Belästigung lediglich **bezwecken**.¹⁵¹ Den Ansatz, (sexuelle) Belästigung unabhängig vom subjektiven Empfinden der betroffenen Person zu bewerten, verfolgt auch der OGH, indem er ganz generell sexuelle Belästigung als Gewaltakte in dem Sinne versteht, dass es von den Betroffenen nicht erwünschte Handlungen sind, die ihre Persönlichkeitsgrenzen und ihre Selbstbestimmung nicht achten¹⁵² und es dabei in aller Regel nicht um sexuelle Befriedigung, sondern um **sexuell gefärbte Machtausübung** geht.¹⁵³

Den **Tatbestand** der sexuellen Belästigung nach dem GIBG gliedert *Mazal* in **vier Elemente**, wonach (1) ein sexuelles Verhalten, das (2) die Würde einer Person beeinträchtigt oder dies bezweckt, (3) für die betroffene Person unerwünscht, unangebracht oder anstößig ist und dieses Verhalten überdies entweder (4a) eine einschüchternde, feindselige oder demütigende **Arbeitsumwelt** für die betroffene Person schafft oder dies bezweckt (§ 6 Abs 2 **Z 1** GIBG) oder (4b) dieses Verhalten die Grundlage für eine **karriererelevante Entscheidung** bildet (§ 6 Abs 2 **Z 2** GIBG).¹⁵⁴ Im Hinblick auf die kumulative Voraussetzung des Falls nach der Z 1, wonach neben der Beeinträchtigung bzw bezweckten Beeinträchtigung der Würde (2) zusätzlich eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt (4a) vorzuliegen hat, kritisieren *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, dass die RL diese Kumulation nicht vorsehen (arg

¹⁵⁰ ErläutRV 415 BlgNR 23. GP 5.

¹⁵¹ *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 18.

¹⁵² OGH vom 5.6.2008, 9 ObA 18/08z, ARD 5968/1/2009; *Schrank*, Leitentscheidungen der Höchstgerichte zum Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht (13. Lfg 2004) Sexuelle Belästigungen - OGH 26.5.2004, 9 ObA 64/04h.

¹⁵³ OGH vom 17.3.2004, 9 ObA 143/03z, DRdA 2005/26.

¹⁵⁴ *Mazal* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) §§ 6 und 7 Rz 18.

„insbesondere“) und § 6 Abs 2 GIBG daher etwas enger gefasst ist.¹⁵⁵ Sie merken aber auch an, dass dies in der Praxis wohl zu keinen Problemen führt, da die ErläutRV bereits mehrfach betonen, dass eine vollständige Umsetzung der RL bezweckt werden soll, weshalb etwaige daraus resultierende Tatbestandslücken jedenfalls im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung geschlossen werden könnten.¹⁵⁶ Kein Tatbestandselement bildet hingegen nach stRsp des OGH das Vorliegen einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Zurückweisung oder Ablehnung seitens der betroffenen Person (keine „Ablehnungsobliegenheit“).¹⁵⁷ Meines Erachtens, kann sexuelle Belästigung daher als eine verschuldensunabhängige und daher objektive Tatbestandshaftung zusammengefasst werden, die sowohl vom subjektiven Empfinden als auch von der Reaktion der betroffenen Person gänzlich unabhängig ist.

Die Definition der **Belästigung** ist nach Art 2 Abs 1 lit c RL 2006/54/EG bzw Art 2 Abs 3 RL 2000/43/EG im Wesentlichen mit der Definition von sexueller Belästigung gleichlautend. Die Abgrenzung zwischen geschlechtsbezogener Belästigung und sexueller Belästigung liegt darin, dass die sexuelle Belästigung einen Spezialfall der geschlechtsbezogenen Belästigung darstellt und ein der „sexuellen Sphäre“ zugehöriges Verhalten“ verlangt. Durch die Sanktion der geschlechtsbezogenen Belästigung sollen demnach insb Mobbingformen vermieden werden, denen eine Geschlechterabwertung innewohnt.¹⁵⁸ Im Hinblick auf diese gleichlautende Definition, gliedert *Mazal* auch den **Tatbestand** der Belästigung nach dem GIBG in **vier Elemente**, wonach (1) ein geschlechtsbezogenes Verhalten, das (2) die Würde einer Person beeinträchtigt oder dies bezweckt, (3) für die betroffene Person unerwünscht, unangebracht oder anstößig ist und dieses Verhalten überdies entweder (4a) eine einschüchternde, feindselige oder demütigende **Arbeitsumwelt** für die betroffene Person schafft oder dies bezweckt (gem § 7 Abs 2 **Z 1** GIBG) oder (4b) dieses Verhalten die Grundlage für eine **karriererelevante Entscheidung** bildet (gem § 7 Abs 2 **Z 2** GIBG).¹⁵⁹ Hinsichtlich der Abgrenzung zwischen geschlechtsbezogener Belästigung und Mobbing ist festzuhalten, dass Mobbing eine andauernde Handlung voraussetzt und eine geschlechtsbezogene Belästigung bereits bei

¹⁵⁵ *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 19.

¹⁵⁶ ErläutRV 307 BlgNR 22. GP 1ff; ErläutRV 415 BlgNR 23. GP 1 und 4f.

¹⁵⁷ *Schrank*, Leitentscheidungen der Höchstgerichte zum Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht (52. Lfg 2017) Ablehnungsobliegenheit? - Lockere, teils freizügig-scherzhafte, sexuell konnotierte Bemerkungen Einschüchternde, feindselige, demütigende Arbeitswelt? - OGH 20.4.2017, 9 ObA 38/17d; siehe auch OLG Wien vom 19.01.2005, 9 Ra 163/04p = ARD 5608/8/2005.

¹⁵⁸ OGH vom 2.9.2008, 8 ObA 59/08x = RdW 2009/238; *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 44.

¹⁵⁹ *Mazal* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) §§ 6 und 7, Rz 20.

einmaligem Verhalten vorliegen kann.¹⁶⁰ Auch der Tatbestand der **Belästigung nach § 21 GIBG** setzt sich sohin zusammen aus (1) einem verpönten Verhalten iSd § 17 GIBG, das (2) die Würde einer Person verletzt oder dies bezweckt, (3) für die betroffene Person unerwünscht, unangebracht oder anstößig ist und (4) ein einschüchterndes, feindseliges, entwürdigendes, beleidigendes oder demütigendes Umfeld für die betroffene Person schafft oder dies bezweckt.¹⁶¹ Unter Belästigungen nach § 21 GIBG werden nach der Rsp insb Beschimpfungen, Herabwürdigungen oder Reduktionen auf geschützte Merkmale subsumiert, wie etwa die Bezeichnung als „hässlicher Neger“,¹⁶² „die Alte“¹⁶³ oder „ihr Jugoslawen“.¹⁶⁴

Beide Tatbestände haben gemeinsam, dass sie sich nicht bloß auf den:die AG selbst, sondern auch auf „Dritte“ im Sinne einer des:der AG unterschiedliche Person (bspw Vorgesetzte, Arbeitskolleg:innen, Lieferant:innen, Kund:innen etc) erstreckt.¹⁶⁵ Zu beachten ist weiter, dass der AN-Begriff sehr weit gefasst ist und Belästigungen sowie sexuelle Belästigungen auch dann Rechtsfolgen auslösen, wenn streng arbeitsvertragsrechtlich auch noch gar kein Arbeitsvertrag und kein:e AG besteht (zB während eines Bewerbungsgesprächs).¹⁶⁶

2.2 Die Rechtsfolgen des GIBG

Wie bereits mehrfach ausgeführt, kann das GIBG in zwei Anwendungsbereiche unterteilt werden: in den Diskriminierungsschutz in der Arbeitswelt und des sonstigen Bereich. Hinsichtlich des Forschungsgegenstandes werden nachstehend nur die **Rechtsfolgen bei Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot in der Arbeitswelt** behandelt (der I. und II. Teil des GIBG). Festzuhalten ist jedoch, dass die Rechtsfolgen bei Verstößen gegen das Gleichbehandlungsgebot im sonstigen Bereich (§ 38 GIBG) – insb betreffend die Bemessung des immateriellen Schadenersatzes – gleichlautend mit den Bestimmungen des I. und II. Teils

¹⁶⁰ Gehässiges und herabwürdigendes Verhalten aufgrund des Geschlechts in OGH vom 2.9.2008, 8 ObA 59/08x (8f) = DRdA 2010/19 (244).

¹⁶¹ *Dullinger/Windisch-Graetz* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 21, Rz 3.

¹⁶² OLG Innsbruck vom 14.04.2017, 15 Ra 13/17z = ARD 6579/14/2017 (*Lindmayr*).

¹⁶³ OLG Wien vom 30.10.2018, 10 Ra 29/18k = ARD 6629/8/2018 (*Lindmayr*).

¹⁶⁴ *Schrank*, Leitentscheidungen der Höchstgerichte zum Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht (36. Lfg 2012) Beleidigungen in Bezug auf jugoslawische Nationalität - OGH 27.2.2012, 9 ObA 21/12x.

¹⁶⁵ ErläutRV 307 BlgNR 22. GP 12; vgl auch die ausführliche Liste „Dritter“ im Rahmen eines Dienstverhältnisses und außerhalb eines Dienstverhältnisses zu § 7d BEinstG in ErläutRV 836 BlgNR 22. GP 15.

¹⁶⁶ OGH vom 5.6.2008, 9 ObA 18/08z = ARD 5968/1/2009; *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 8.

des GIBG sind, weshalb die nachstehenden Ausführungen auch auf die Rechtsfolgen im sonstigen Bereich umgelegt werden können.¹⁶⁷

2.2.1 Unionsrechtliche Vorgaben

Bereits im unionsrechtlichen Primärrecht kommt das Gleichbehandlungsgebot in der Arbeitswelt zum Ausdruck und sieht insb Art 157 Abs 1 AEUV (ex Art 141 Abs 1 EGV) vor, dass gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit bezahlt werden muss. Bei Verstoß gegen diese Vorschrift können sich Betroffene nach Ansicht des EuGH sogar direkt auf diese Grundlage zur Erlangung der Entgeltdifferenz berufen (unmittelbare Drittwirkung).¹⁶⁸ Von wesentlich größerer Bedeutung sind aber die von diesem primärrechtlichen Diskriminierungsverbot abgeleiteten einschlägigen RL.¹⁶⁹ Zu diesen im Allgemeinen siehe unter I.1.3.

Betreffend die Sanktionsbestimmungen sehen die einschlägigen RL (ua gem Art 14 RL 2006/54/EG, Art 8d RL 2002/73/EG oder dem 26. EG der RL 2000/43/EG) vor, dass die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass Verletzungen des Gleichbehandlungsgebotes mit **angemessenen, wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen** zu belegen sind (zu den einzelnen Begriffen siehe im Detail unter II.2.2). Während die älteren Richtlinien, konkret der Art 15 der RL 2000/43/EG und der Art 17 der RL 2000/78/EG, es den MS noch frestellten, auch Schadenersatzleistungen an die Opfer umfassen zu „**können**“ (so auch der EuGH¹⁷⁰), gehen die neueren RL bereits etwas weiter. Nach Art 6 Abs 2 RL 76/207/EWG idF RL 2002/73/EG und nunmehr auch Art 18 RL 2006/54/EG, **müssen** durch Diskriminierungen bzw (sexuelle) Belästigungen entstandene Schäden „tatsächlich und wirksam ausgeglichen oder ersetzt“ werden, „wobei dies auf eine abschreckende und dem erlittenen Schaden angemessene Art und Weise“ zu geschehen hat.¹⁷¹

¹⁶⁷ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 38, Rz 20; Kletečka/Köck in Windisch-Graetz (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 38 Rz 4.

¹⁶⁸ EuGH vom 8.4.1976, Rs 43/75, *Defrenne II*, Rz 39f; EuGH vom 28.9.1994, C-28/93, *Van den Akker*, Rz 21.

¹⁶⁹ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 12 Rz 3.

¹⁷⁰ Ua EuGH vom 8.11.1990, Rs 177/88, *Dekker*, Rz 26; EuGH vom 2.8.1993, C-271/91, *Marshall II*, Rz 17 und 23.

¹⁷¹ Kletečka/Köck in Windisch-Graetz (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 5.

2.2.2 Umsetzung im GIBG

Im Unterschied zur Regierungsvorlage des GIBG¹⁷² wurden die Rechtsfolgen der Verletzung des Gleichbehandlungsgebots nicht in einem gemeinsamen Abschnitt, sondern in zwei nahezu inhaltlich identischen Bestimmungen (§§ 12 und 26 GIBG) geregelt. Das GIBG setzt – wie auch die vorangegangenen Gesetze – insb auf den nachträglichen Ausgleich verbotener Diskriminierungen. Dieser Ausgleich besteht einerseits in einem **Erfüllungsanspruch** (Herstellung des diskriminierungsfreien Zustandes) oder im Anspruch auf **Ersatz des Vermögensschadens**. Daneben besteht kumulativ ein Anspruch auf den **Ersatz der erlittenen persönliche Beeinträchtigung** (= immaterieller Schadenersatz).¹⁷³ Diese Systematik wird lediglich **in zwei Fällen durchbrochen**: Einerseits besteht bei der Einstellungsdiskriminierung sowie bei Diskriminierungen betreffend den beruflichen Aufstieg kein Erfüllungsanspruch (kein Anspruch auf den vorenthaltenen Arbeitsplatz gem §§ 12 und 26 Abs 1 und 5 GIBG). Darüber hinaus besteht eine weitere wenig nachvollziehbare Abweichung der Rechtsfolgen in Fällen der Beendigungsdiskriminierung, wonach ein immaterieller Schadenersatz nur gefordert werden kann, wenn die:der AN die Beendigung gegen sich gelten lässt (§§ 12 und 26 Abs 7 letzter Satz GIBG). Wird die Beendigung hingegen erfolgreich angefochten, kann nach Ansicht des OGH der Ersatz der – mE zweifellos auch dann erlittenen – persönlichen Beeinträchtigung nicht begehrt werden.¹⁷⁴ Diese **Inkonsistenz der Rechtsfolgen** im Fall einer Beendigungsdiskriminierung, die immerhin selbst nach stRsp des OGH eine besonders verwerfliche Art der Diskriminierung darstellt,¹⁷⁵ wurde vielfach kritisiert (dazu im Detail unter I.2.2.2.3).¹⁷⁶

¹⁷² 307 BlgNR 22. GP.

¹⁷³ Kletečka/Köck in Windisch-Graetz (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 12a.

¹⁷⁴ RIS-Justiz **RS0125890**; OGH vom 25.3.2014, 9 ObA 5/14x = ARD 6399/9/2014.

¹⁷⁵ „Im Fall einer Beendigungsdiskriminierung ist eine Beeinträchtigung jedoch schon deshalb typischerweise massiver, weil sie mit dem Verlust der Stelle einhergeht, die der diskriminierte Arbeitnehmer bereits innehat.“ in RIS-Justiz **RS0130287**.

¹⁷⁶ Gahleitner, Judikaturentwicklungen im Gleichbehandlungsrecht, ASoK 2016, 202; Kletečka/Köck in Windisch-Graetz (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 12a und 49; für einen richtlinienkonformen Lückenschluss dieser „echten“ Lücke plädieren Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 12 Rz 91 ff; siehe zudem die Glosse von Gruber-Risak zu OGH 8 Ob A 47/16v = ZAS 2018/29 (Risak).

2.2.2.1 Wiederherstellung des diskriminierungsfreien Zustandes

Das GIBG sieht gem §§ 12 und 26 jeweils in Abs 2, 3, 4, 6, 7, 8 und 9 die Wiederherstellung des diskriminierungsfreien Zustands im Fall von Entgeltdiskriminierung, der Gewährung von Sozialleistungen, der Einbeziehung in betriebliche Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen, der Gewährung gleicher Arbeitsbedingungen, bei motivwidriger Beendigung oder Nichtverlängerung des Arbeitsverhältnisses, bei der Einbeziehung in Weiterbildungs- und Umschulungsmaßnahmen und bei der Mitwirkung in Arbeitnehmer:innenorganisationen vor.¹⁷⁷ Wie bereits ausgeführt besteht kein Anspruch auf die Wiederherstellung des diskriminierungsfreien Zustandes im Fall einer Einstellungsdiskriminierung gem §§ 12 und 26 Abs 1 GIBG oder einer Diskriminierung im Zusammenhang mit dem beruflichen Aufstieg gem §§ 12 und 26 Abs 5 GIBG. Während also in diesen Fällen lediglich der Ersatz des Vermögensschadens sowie des immateriellen Schadens für die erlittene persönliche Beeinträchtigung begehrt werden kann, besteht **kein Anspruch auf den nicht erhaltenen Arbeitsplatz**.¹⁷⁸ Auch der EuGH hat bereits mehrfach bestätigt, dass der fehlende Erfüllungsanspruch in diesem Fall mit dem Unionsrecht vereinbar ist.¹⁷⁹ *Kletečka/Köck* weisen allerdings darauf hin, dass diese Rechtsschutzlücke umgangen werden kann: während nämlich mangels eines Erfüllungsanspruches nicht von vornherein ein diskriminierungsfreies AV begehrt werden kann, wären Betroffene gut beraten, ein diskriminierungsbehaftetes AV einzugehen und anschließend die Diskriminierung unter Berufung auf die jeweilige Rechtsgrundlage des GIBG zu beseitigen.¹⁸⁰ Anhand eines konkreten Beispiels ist diese Einschätzung von *Kletečka/Köck* mE gut nachvollziehbar: Wird eine AN im Zuge eines Bewerbungsgesprächs gefragt, ob sie bereit ist ihr Kopftuch während der Arbeitszeit abzulegen (= Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses) und sie die Frage verneint,¹⁸¹ hat sie gem § 26 Abs 1 GIBG keinen Erfüllungsanspruch zu Begründung des AV. Bejaht sie hingegen die Frage und verweigert schlicht die Abnahme des Kopftuchs während ihrer Arbeitszeit, ist dies seitens des AG bei sonstiger Sanktion nach dem GIBG hinzunehmen.

Charakteristisch für die Wiederherstellung des diskriminierenden Zustandes nach dem GIBG ist zudem, dass ein **Wahlrecht** zugunsten der diskriminierten Person besteht, wonach diese

¹⁷⁷ ErläutRV 307 BlgNR 22. GP 18f.

¹⁷⁸ *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 12 Rz 11.

¹⁷⁹ Ua EuGH vom 10.4.1984, 14/83, von *Colson und Kamann*, Rz 19; EuGH vom 10.4.1984, 79/83, *Harz*, Rz 19.

¹⁸⁰ *Kletečka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 19.

¹⁸¹ OLG Wien vom 17.5.2018, 9 Ra 117/17t = ARD 6617/4/2018 (*Lindmayr*).

zwischen der Wiederherstellung des diskriminierungsfreien Zustandes oder dem Ersatz des erlittenen Vermögensschadens wählen kann.¹⁸² Unabhängig von dieser Wahl besteht ein **kumulativer** Anspruch auf immateriellen Schadenersatz („**und** auf eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung“).¹⁸³ In diesem Sinne hat bspw eine Klägerin in Folge einer verschlechternden Versetzung nach Ende ihrer Elternkarenz ihr Wahlrecht gem § 12 Abs 6 GIBG zur Wiederherstellung des diskriminierungsfreien Zustandes genutzt, womit die Versetzung rückgängig gemacht wurde und gleichsam € 1.000,00 an immateriellen Schadenersatz begehrt und erhalten.¹⁸⁴

2.2.2.2 Ersatz des materiellen Schadens

Neben der Möglichkeit auf Wiederherstellung des diskriminierungsfreien Zustandes sieht das GIBG den Ersatz des materiellen Schadens vor (Wahlrecht des:der Betroffenen). Dabei tritt der materielle Schadenersatz in unterschiedlichen Formen in Erscheinung und hängt die Höhe bzw die Bemessung des Ersatzbetrags vom jeweiligen Diskriminierungstatbestand ab.

Im Zusammenhang mit der Begründung eines Arbeitsverhältnisses (§§ 12 und 26 Abs 1 GIBG) oder einer Diskriminierung beim beruflichen Aufstieg (§§ 12 und 26 Abs 5 GIBG) ist bei Vorliegen der Eigenschaft als bestqualifizierte:r Bewerber:in ein **Mindestschadenersatz von zwei Monatsentgelten** vorgesehen. Da es sich in diesem Fall um einen Mindestbetrag handelt, ist nach Ansicht des OGH gar ein über den (fiktiven) Beendigungszeitpunkt hinausgehender Vermögensschaden „ad infinitum“ denkbar (siehe zum Spannungsverhältnis zwischen dem rechtskonformen Alternativverhalten, also den kollektivvertraglichen Kündigungsfristen, und diesem Mindestschadenersatz im Detail unter II.2.4.3).¹⁸⁵ Demgegenüber ist bei bloßer Nichtberücksichtigung der Bewerbung aufgrund eines geschützten Merkmals (sog minderqualifizierte Bewerber:innen) eine **Schadenersatzobergrenze** von € 500,00 vorgesehen. Der EuGH erblickt in der Festsetzung einer Höchstgrenze in diesen Fällen – so

¹⁸² Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 12 Rz 43 (zu Abs 3), 48 (zu Abs 4), 70 (zu Abs 6), 85 (zu Abs 7), 99 (zu Abs 8) und 106 (zu Abs 9).

¹⁸³ „Zusätzlich gebührt bei beiden Varianten der Ersatz des immateriellen Schadens.“ in ErläutRV 307 BlgNR 22. GP 18.

¹⁸⁴ OGH vom 25.6.2014, 9 ObA 2/14f = RdW 2014/661 = ARD 6410/12/2014.

¹⁸⁵ OGH vom 27.8.2015, 9 ObA 87/15g = RdW 2016/91 (Lindmayr/Tuma); Kletečka/Köck in Windisch-Graetz (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 50a.

auch ausdrücklich die einschlägigen RL (ua Art 18 RL 2006/54/EG) – keine Unionsrechtswidrigkeit.¹⁸⁶

Die übrigen Diskriminierungstatbestände beziffern den **Ersatz des Vermögensschadens** nicht näher und ist die Höhe des Ersatzbetrags in diesen Fällen vom jeweiligen Sachverhalt und dem eingetretenen Vermögensschaden abhängig.

2.2.2.3 Ersatz des immateriellen Schadens

Der Anspruch auf immateriellen Schadenersatz stellt neben dem Wahlrecht auf Wiederherstellung des diskriminierungsfreien Zustandes oder Ersatz des Vermögensschadens die **zweite Säule des Sanktionensystems nach dem GIBG** dar und bildet hinsichtlich der gegenständlich aufgeworfenen Forschungsfragen das Hauptstück dieser Arbeit. An dieser Stelle soll lediglich kurz auf die systematische Einbettung innerhalb des GIBG eingegangen werde; zum immateriellen Schadenersatz nach dem GIBG im Detail siehe unter II.2.

Der **Ersatz der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung** kann nach der Rechtsfolgensystematik des GIBG stets parallel zur Wiederherstellung des diskriminierungsfreien Zustandes oder dem Ersatz des Vermögensschadens begehrt werden. Die Wiederherstellung des diskriminierungsfreien Zustandes und der Ersatz des Vermögensschadens schließen sich daher einander aus, während der **immaterielle Schadenersatz stets kumulativ** zur getroffenen Wahl hinzukommt („Anspruch auf [...] **oder** [...] **und auf** Entschädigung der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung“ ua gem § 12 Abs 3 GIBG).¹⁸⁷ Wie bereits eingangs erwähnt, ist von dieser Systematik einzig der Tatbestand der Beendigungsdiskriminierung ausgenommen, wonach gem §§ 12 und 26 Abs 7 GIBG kein immaterieller Schadenersatz zusätzlich zur Wiederherstellung des diskriminierungsfreien Zustandes begehrt werden kann; wird der Ersatz des Vermögensschaden gewählt, kann auch immaterieller Schadenersatz verlangt werden.¹⁸⁸ Im Lichte der Stammfassung des GIBG, wonach im Falle der Beendigungsdiskriminierung überhaupt kein immaterieller Schadenersatz vorgesehen war, also nicht einmal im Falle des „gegen sich gelten“-lassens iSdGF, erblickte der

¹⁸⁶ Ua EuGH vom 22.4.1997, C-180/95, *Draehmpaehl*, Rz 37.

¹⁸⁷ *Kletečka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 45.

¹⁸⁸ *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 12 Rz 91.

OGH weder eine Unions- noch Verfassungswidrigkeit.¹⁸⁹ Diese Systemwidrigkeit wird seitens der **hL deutlich abgelehnt**¹⁹⁰ und mutet meines Erachtens umso merkwürdiger an, als der OGH selbst einräumt, dass Beendigungsdiskriminierungen grds eine derart schwerwiegende Beeinträchtigung darstellen, dass diese generell einen höheren immateriellen Schadenersatz bedingen.¹⁹¹ Der hL ist daher mE zuzustimmen, dass gerade im Fall der diskriminierenden Beendigung jedenfalls ein Ersatz der dadurch erlittenen persönlichen Beeinträchtigung zuerkannt werden müsste und der ideelle Schaden nicht einfach verschwindet, wenn die Wiederherstellung des diskriminierungsfreien Zustandes, also die Wiedereinstellung bzw Verlängerung, erzielt wurde. Zur Frage wie sich der Verlust des Arbeitsplatzes auf die Bemessung des immateriellen Schadenersatzes auswirkt siehe im Detail unter IV.4.3.

2.2.2.4 Sonderfall: Leistungsverweigerungsrecht

Die Frage, ob ein:e AN aufgrund einer Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung seine:ihre Leistung berechtigterweise verweigern bzw zurückhalten darf, regelt das GIBG nicht. Ein Teil der Lehre argumentiert allerdings aus allgemein arbeits- und zivilrechtlichen Überlegungen heraus, dass die Fortsetzung einer unzumutbaren Tätigkeit bis zur Behebung der Situation nicht verlangt werden kann. *Mazal* verweist hier auf eine **Interessenabwägung zulasten des:der AG**, wonach es dem:der AG eher zumutbar sein muss, auf die Leistung des:der AN zu verzichten, als es dem:der AN zumutbar ist, die Arbeitsleistung – unter unerträglichen Umständen – weiter zu erbringen.¹⁹² Auch *Gahleitner* argumentiert unter Verweis auf *Breitegger/Marhold* damit, dass die belästigte Person etwa bei mangelnder Abhilfe des:der AG arbeitsrechtliche Konsequenzen ziehen und ein Leistungsverweigerungsrecht geltend machen kann.¹⁹³

¹⁸⁹ Zur Stammfassung siehe RIS-Justiz RS0125890; allerdings betreffend die geltende Rechtslage bestätigt in OGH vom 25.3.2014, 9 ObA 5/14x = ARD 6399/9/2014.

¹⁹⁰ *Kletečka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 49; *Gahleitner*, 40 Jahre Gleichbehandlungsgesetz - Europäische Impulse bei der Gleichstellung der Geschlechter, DRdA 2019, 39; *Rebhahn*, Das neue Antidiskriminierungsrecht – Anmerkungen zur Lage in Österreich, ZfA 2006, 347 (355); eine **Unionsrechtswidrigkeit** erkennen darin *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 12 Rz 92.

¹⁹¹ OGH vom 27.8.2015, 9 ObA 87/15g = RdW 2016/91 (*Lindmayr/Tuma*) = DRdA-infas 2016/12 (*Schrittwieser*).

¹⁹² *Mazal* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 7 Rz 65.

¹⁹³ *Gahleitner*, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007/24 unter Hinweis auf *Breitegger/Marhold* (Hrsg), Mobbing am Arbeitsplatz (2001) 91 ff.

Der **Normzweck** des Leistungsverweigerungsrechtes liegt nämlich darin, der faktisch unterlegenen Vertragspartei die Möglichkeit zu geben, Druck auf den anderen Teil ausüben zu können, sodass der vertragskonforme Zustand (hier: Fürsorgepflicht des:der AG) hergestellt werden kann.¹⁹⁴ Immerhin kann nach Ansicht des OGH die Leistungserbringung zurückgehalten werden, wenn rechtmäßig zustehendes Entgelt ausständig ist.¹⁹⁵ Vor diesem Hintergrund kann mE das Ergebnis zB im Falle der Entgeltdiskriminierung kein anders sein.

2.3 Rechtsdurchsetzung – Verfahren zur Geltendmachung von Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen

Im Fall von Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen gibt es **mehrere Möglichkeiten bzw Vorgehensweisen** zur Durchsetzung der daraus resultierenden Rechtsansprüche, welche im Folgenden kurz erläutert werden sollen. In historisch-chronologischer Hinsicht bildete die Gleichbehandlungskommission die erste Rechtsschutz-Institution, die bereits mit der Stammfassung des „alten“ GIBG (BGBl 1979/108) eingerichtet wurde. Da diese Kommission allerdings nur über sehr eingeschränkte Kompetenzen verfügte und echte, individuell durchsetzbare Rechtsansprüche fehlten, wurden später die **Anwältin für Gleichbehandlungsfragen** (§ 3a GIBG idF BGBl 1990/410) und gleichzeitig der **Gerichtsweg** für die Betreuung konkreter Rechtsansprüche (§ 2a GIBG idF BGBl 1990/410) eröffnet.

Im Hinblick darauf, dass in der geltenden Fassung des GIBG sowie des GBK/GAW-G alle drei Rechtsschutzinstitutionen (die Gleichbehandlungskommission gem §§ 1 ff GBK/GAW-G, die Anwaltschaft für Gleichbehandlung gem §§ 3 ff GBK/GAW-G sowie die Zuständigkeit der Arbeits- und Sozialgerichte gem §§ 15 und 29 GIBG) **nebeneinander** bestehen, können sich diskriminierte Personen sowohl – und das auch zur selben Zeit – an die **GAW**, die **GBK** und an das **Arbeits- und Sozialgericht** zur Beurteilung des Sachverhalts wenden und ist eine unterschiedliche Bewertung desselben Sachverhalts zumindest theoretisch nicht undenkbar.¹⁹⁶ Während dieser parallelen Befassung ist weder das gerichtliche Verfahren zu unterbrechen, noch muss die GBK mit ihrer Entscheidung auf die gerichtliche Entscheidung zuwarten. Lediglich der Lauf der Fristen zur gerichtlichen Geltendmachung der Rechtsansprüche in Folge von Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen ist während des Verfahrens bei der GBK

¹⁹⁴ Hödl in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 932 ABGB Rz 8.

¹⁹⁵ OGH vom 24.1.2023, 9 ObA 135/22a = RdW 2023/380 (*Lindmayr*).

¹⁹⁶ *Mayr*, Diskriminierung(en) aufgrund des Geschlechts, DRdA 2002, 66.

gehemmt (ua § 15 Abs 2 GIBG). Dennoch ergeben sich zahlreiche Vorteile bei der Befassung der GAW und GBK im Vergleich zu einem Verfahren vor dem Arbeits- und Sozialgericht (zB formfrei, unbürokratisch und insb besteht kein Kostenrisiko) und sollen diese nachstehend im Lichte der **unionsrechtlichen Verpflichtung zur Einführung effektiver Verfahren** zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebots beleuchtet werden.¹⁹⁷

2.3.1 Die Gleichbehandlungsanwaltschaft

Nach dem Vorbild von "Gleichbehandlungsombudspersonen" skandinavischer Länder wurden bereits mit der zweiten Novelle zum „alten“ GIBG 1979 (BGBl 1990/410) eine Anwältin für Gleichbehandlungsfragen sowie ihre Stellvertreterin (§ 3a GIBG 1979) eingeführt.¹⁹⁸ Da ihre Aufgaben allerdings weitgehend darauf beschränkt waren im Vorfeld bzw zur Vermeidung eines gerichtlichen Rechtsstreits beratend oder schlichtend aufzutreten, wurde das „alte“ GIBG 1979 im Zuge der Umsetzung der einschlägigen EU-RL in "BG über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft - **GBK/GAW-Gesetz**" umbenannt und die Aufgaben der GAW umfassend neu geregelt.¹⁹⁹

Die GAW ist nunmehr ein zur Unterstützung und Beratung von diskriminierten Personen eingerichtetes Organ – mangels hoheitlicher Kompetenz aber keine Behörde²⁰⁰ – das organisatorisch dem Bundeskanzleramt zugeordnet ist. Diese Zuordnung der GAW zur Verwaltung hatte zur Folge, dass lange Zeit davon ausgegangen wurde, dass die GAW gem Art 20 Abs 1 B-VG weisungsgebunden ist, was allerdings mit den Erfordernissen der einschlägigen RL (ua „auf unabhängige Weise“ gem Art 20 Abs 2 lit a RL 2006/54/EG) in einem Spannungsverhältnis stand. Spätestens seit der Novelle BGBl I 2011/7 wurde sie allerdings iSd Art 20 Abs 2 B-VG einfachgesetzlich gem § 3 Abs 3 GBK/GAW-G **„weisungsfrei, selbständig und unabhängig“** gestellt.²⁰¹ In ihrer Organisation besteht die GAW zunächst aus

¹⁹⁷ Hattenberger in Windisch-Graetz (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) vor § 1 GBK/GAW-Gesetz, Rz 5f; Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 12 GBK/GAW-G Rz 5 (Stand 1.1.2021, rdb.at).

¹⁹⁸ ErläutIA 427/A AB 1411 BlgNR 17. GP 25.

¹⁹⁹ Art 2 in BGBl I 2004/66.

²⁰⁰ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 3 GBK/GAW-G Rz 1.

²⁰¹ Körber-Risak in Mazal/Gruber-Risak (Hrsg), Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (45. Lfg 2025) Das Bundesgesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft (GBK/GAW-G) Rz 238.

drei Anwält:innen, die jeweils für den I., II. und III. Teil des GIBG zuständig sind (§ 3 Abs 2 Z 1 lit a bis c GBK/GAW-G). Darüber hinaus besteht sie aus der erforderlichen Zahl von weiteren Anwält:innen, Regionalanwält:innen sowie weiteren Mitarbeiter:innen (§ 3 Abs 2 Z 2 bis 4 GBK/GAW-G). Das seit der Regelung zum „alten“ GIBG 1979 (BGBl 1990/410) bestehende Erfordernis des weiblichen Geschlechts der Anwältinnen, ist erst mit der Novelle BGBl I 2013/107 entfallen.²⁰²

Die **Aufgaben** der Anwält:innen der GAW sowie der GAW selbst werden von *Hattenberger* in drei Positionen gegliedert: Einerseits bieten die Anwält:innen **Beratung und Unterstützung** für potentielle Diskriminierungsoffer und bilden damit die erste Anlaufstelle für Betroffene. Weiters sind sie „**verlängerter Arm**“ **der GBK**, in deren Auftrag sie Ermittlungen durchführen aber auch Verfahren einleiten können. Schließlich ist die GAW selbst aufgrund der ihr unabhängig von etwaig Betroffenen eingeräumten **Verfolgungsrechten** Hüterin der Gleichbehandlungsgebote in den unterschiedlichen Bereichen.²⁰³ Da an dieser Stelle nicht auf sämtliche Kompetenzen im Einzelnen eingegangen werden kann, sollen nachstehend die mit gegenständlicher Arbeit in Verbindung stehenden, wichtigsten Aufgabenbereiche aufgegriffen werden.

Dazu zählt insb das Recht der Anwält:innen der GAW auf Einholung von **Einkommensdaten**. Laut dem aktuellen Einkommensbericht des Rechnungshofes, lag nach wie vor mit großem Abstand das mittlere Bruttojahreseinkommen 2023 der Männer in allen Beschäftigungsgruppen über jenem der Frauen. Der prozentuelle Einkommensnachteil war bei den Arbeiterinnen am höchsten (Fraueneinkommen: 48 % des Männereinkommens), bei den öffentlich Bediensteten am geringsten (Fraueneinkommen: 74 % des Männereinkommens).²⁰⁴ Da Arbeitnehmer:innen oft selbst nicht wissen, was ihre Kolleg:innen, die dieselbe Arbeit verrichten, verdienen, sie auch keine Möglichkeit haben diese elementaren Informationen zu erlangen und die Fallzahlen hinsichtlich dieses Tatbestandes aufgrund eines Informationsdefizits gering waren, wurden den Anwält:innen eine niederschwellige Möglichkeit eingeräumt, von Vergleichspersonen beim zuständigen Sozialversicherungsträger Einkommensdaten einzuholen (gem § 5 Abs 5

²⁰² ErläutRV 2300 BlgNR 24. GP 3.

²⁰³ *Hattenberger* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 5 GBK/GAW-Gesetz, Rz 2.

²⁰⁴ ErläutRV 938 BlgNR 24. GP 1.

GBK/GAW-G).²⁰⁵ Voraussetzung dafür ist die **Vermutung** eines:einer Anwalts:Anwältin der GAW, dass eine Entgeltdiskriminierung vorliegt, weiters der Umstand, dass die Auskunft über das Einkommen der Vergleichspersonen für die Entscheidung über die Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes **unbedingt erforderlich** ist und der **Datenschutz** eingehalten wird.²⁰⁶

Vorgreifend auf die nächste Institution ist zudem zu erwähnen, dass die Anwält:innen der GAW die Möglichkeit haben ein **Verfahren vor der GBK zu initiieren** (§ 5 Abs 6 GBK/GAW-G). Sie haben dazu dem jeweils zuständigen Senat die vermutete Nichteinhaltung des Gleichbehandlungsgebotes glaubhaft zu machen. Gelingt diese Glaubhaftmachung, hat der Senat von Amts wegen ein Verfahren nach § 11 oder 12 GBK/GAW-G einzuleiten. Wird die Vermutung seitens der GBK allerdings nicht geteilt, dann findet § 12 Abs 5 GBK/GAW-G Anwendung, wonach das Recht zur Klage beim zuständigen ASG oder Zivilgericht – mit Zustimmung der betroffenen Person – gem § 12 Abs 4 GBK/GAW-G den Anwält:innen selbst zukommt.²⁰⁷

2.3.2 Die Gleichbehandlungskommission

Auch die Gleichbehandlungskommission war bereits im alten GIBG 1979 eingerichtet. Sie wurde bereits mit der Stammfassung eingeführt und konnte bereits damals Prüfungen einleiten, Gutachten über etwaige Verletzungen des Gleichbehandlungsgebotes erstatten und – sofern die:der AG auf entsprechende Aufforderungen nicht reagierte – Klage auf Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes einbringen.²⁰⁸ Ihre heute für gegenständliche Arbeit im Vordergrund stehende Kompetenz liegt insb darin eigenständige **Verfahren zur Einzelfallprüfung** einer vermuteten Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung durchzuführen und darüber ein Prüfungsergebnis, einen Vorschlag zur Verwirklichung der Gleichbehandlung und eine Aufforderung zur Beendigung der Diskriminierung auszustellen.

Die GBK bietet damit betroffenen Personen – nach etwaiger Beratung und Unterstützung seitens der GAW – neben den Arbeits- und Sozialgerichten (dazu sogleich) eine weitere Verfahrensform zur Beseitigung bzw Sanktion von Diskriminierungen. Obwohl diese

²⁰⁵ Ritzberger-Moser, Neues aus der Gesetzgebung, ZAS 2011/24.

²⁰⁶ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 5 GBK/GAW-G Rz 5ff.

²⁰⁷ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 5 GBK/GAW-G Rz 10.

²⁰⁸ §§ 4, 5 und 6 GIBG 1979 idF BGBl 1979/108.

Parallelität etwas überbordend anmuten mag und sogar unterschiedliche Ergebnisse aufgrund unterschiedlicher verfahrensrechtlicher Möglichkeiten der GBK sowie des Gerichts denkbar sind, hat ein Verfahren vor der GBK doch einige zentrale Vorteile: Das Verfahren ist nämlich primär auf den Versuch einer Vermittlung zwischen AG und AN im Vorfeld bzw zur Vermeidung eines Gerichtsverfahrens gerichtet und wird damit ein für beide Seiten **kosten- und damit risikofreier Schlichtungsversuch** unternommen.²⁰⁹ Auch die **kurze Verfahrensdauer** sämtlicher Senate der Gleichbehandlungskommission, macht dieses Verfahren für alle Beteiligten besonders attraktiv.²¹⁰ **Gemeinsamkeiten** zwischen den Verfahren vor der GBK und den Gerichten bestehen insb darin, dass der Sachverhalt jeweils durch persönliche Befragung von Antragsteller:in (bzw Kläger:in), Antragsgegner:in (bzw Beklagte:r) und Auskunftspersonen (bzw Zeug:innen) erhoben wird. Grundsätzlich erfolgt die Befragung gemeinsam und in Anwesenheit von Antragsteller:in und Antragsgegner:in. Betrifft das Verfahren auch die Prüfung einer (sexuellen) Belästigung, sind Antragsteller:in und Antragsgegner:in prinzipiell abgesondert voneinander zu befragen. Eine Möglichkeit zur getrennten Befragung besteht auch im Verfahren vor dem ASG, wobei die Entscheidung darüber dem:der Richter:in obliegt (§ 2 Abs 1 ASGG iVm § 289a Abs 2 ZPO).²¹¹ **Unterschiede** zwischen den beiden Verfahren bestehen insb darin, dass das Verfahren vor den Senaten der GBK nicht öffentlich sind (§ 14 Abs 4 GBK/GAW-G), während im arbeitsgerichtlichen Verfahren der Grundsatz der Öffentlichkeit besteht und der Ausschluss derselben nur sehr eingeschränkt möglich ist.²¹²

Ist der zuständige Senat der GBK im **Ergebnis des Verfahrens** zu der Auffassung gelangt, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, so hat er der Antragsgegnerin bzw dem Antragsgegner schriftlich einen Vorschlag zur Verwirklichung der Gleichbehandlung zu übermitteln und ihn bzw sie aufzufordern, die Diskriminierung zu beenden. Zudem wird das abschließende Prüfungsergebnis an Antragsteller:in und Antragsgegner:in übermittelt sowie

²⁰⁹ Hattenberger in Windisch-Graetz (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 GBK/GAW-Gesetz, Rz 1.

²¹⁰ Bundeskanzleramt, Gleichbehandlungsbericht für die Privatwirtschaft 2022 und 2023 – Teil I Gleichbehandlungskommission, Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft und Beiträge der Interessenvertretungen (2024) 7, 39 und 66; siehe ebenfalls zur Kritik an der langen Verfahrensdauer in GIBG-Fällen vor dem ASG: Körber-Risak in Bäck-Knapp/Harmer/Renzenbrink (Hrsg), Litigation PR (2021) „MeToo“ aus Sicht einer Arbeitgeberanwältin, 112.

²¹¹ Wagner, Getrennte Befragung im Arbeitsrecht, DRdA 2014, 266.

²¹² Parzmayr, Die Grenzen der Öffentlichkeit im Zivilprozess, ÖJZ 2016/86.

auf der Website des Bundeskanzleramtes in anonymisierter Form veröffentlicht. Obwohl der Ausgang des Verfahrens nach gänzlich einhelliger Lehre²¹³ und Rsp des VfGH²¹⁴ sowie VwGH²¹⁵ eine **rechtlich unverbindliche und unanfechtbare Empfehlung** darstellt, darf die Wirkung des Prüfungsergebnisses der GBK mE keinesfalls unterschätzt werden. Die Gerichte sind in einem Verfahren wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes gem § 61 GIBG verpflichtet, sich mit einem Gutachten oder einem Prüfungsergebnis der GBK im Einzelfall zu befassen und ein davon abweichendes Urteil zu begründen. Wiederum liegt nach Ansicht des OGH kein Wiederaufnahmegrund für das Gerichtsverfahren vor, wenn nach einem negativen Gerichtsurteil von der GBK ein abweichendes Prüfungsergebnis abgegeben wird, weshalb bereits aus diesem Grund eine vorangegangene Antragstellung bei der GBK mE jedenfalls ratsam ist.²¹⁶

Abschließend ist hinsichtlich der **Festsetzung eines Schadenersatzanspruches** anzumerken, dass dies ausschließlich der Zuständigkeit der Gerichte vorbehalten ist. Zwar stellt die GBK in ihrem Prüfungsergebnis fest, ob eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt oder nicht und übermittelt einen Vorschlag für Abhilfemaßnahmen, allerdings werden keine daraus resultieren (immateriellen) Schadenersatzbeträge festgesetzt, sondern lediglich die „**Leistung eines angemessenen Schadenersatzes**“ vorgeschlagen.²¹⁷ Wird dem rechtlich unverbindlichen Vorschlag nicht Folge geleistet, so sind die im jeweiligen Senat vertretenen Interessenvertretungen und die Anwält:innen der GAW, sofern das Verfahren über ihren Antrag eingeleitet wurde und die betroffene Person zustimmt, berechtigt Klage auf Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes einzubringen.²¹⁸

²¹³ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 12 GBK/GAW-G Rz 9; Hattenberger in Windisch-Graetz (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 GBK/GAW-Gesetz, Rz 13; Hopf, Begründungspflicht des Gerichtes nach § 61 GIBG: Eine Schnittstelle zur Gleichbehandlungskommission, DRdA 2007, 3.

²¹⁴ VfGH vom 3.3.1994, G 116/93 = JBL 1995, 43; VfGH vom 12.12.1996, B 2903/95; VfGH vom 29.11.2010, B 1952/08; VfGH vom 8.12.2010, B 966/095; VfGH vom 28.2.2011, B 1689/10.

²¹⁵ VwGH vom 20.1.1999, 97/12/0177; VwGH vom 18.10.2000, 99/12/0256; VwGH vom 19.2.2003, 2002/12/0172; VwGH vom 14.5.2004, 2001/12/0163.

²¹⁶ OGH vom 24.5.2023, 8 ObA 32/23y = RdW 2023/662 (Lindmayr).

²¹⁷ Siehe die Veröffentlichungen der Einzelfallprüfungsergebnisse unter: <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/>.

²¹⁸ Hattenberger in Windisch-Graetz (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 1 GBK/GAW-Gesetz, Rz 3.

2.3.3 Die Arbeits- und Sozialgerichte

Während die Antirassismus-RL (RL 2000/43/EG) sowie die Gleichstellungsrahmen-RL (RL 2000/78/EG) noch vorsahen, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen müssen, dass die aus den RL resultierenden Ansprüche auf dem Gerichts- **und/oder Verwaltungsweg** geltend gemacht werden können, hat die Gender-Gleichstellungs-RL (RL 2006/54/EG) den Verwaltungsweg als Letztinstanz ausgeschlossen. Seither haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die Ansprüche jedenfalls **auf dem Gerichtsweg** geltend gemacht werden können, dies ggf „nach Inanspruchnahme anderer zuständiger Behörden oder [...] nach einem Schlichtungsverfahren“ (Art 17 Abs 1 der RL 2006/54/EG).

In diesem Sinne sieht das GIBG sowohl bei Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts gem § 15 GIBG als auch aufgrund der anderen geschützten Merkmale gem § 29 GIBG vor, dass Ansprüche gem § 12 GIBG bzw § 26 GIBG – ggf parallel zu oder nach einem Verfahren vor der GBK – gerichtlich geltend zu machen sind. Sofern der Diskriminierungstatbestand der Behinderung berührt wird, sehen § 15 Abs 4 und § 29 Abs 4 GIBG eine verpflichtende Vorschaltung des auch sonst im Anwendungsbereich des BEinstG obligatorischen Schlichtungsverfahrens vor, was mit der oben beschriebenen unionsrechtlichen Grundlage vereinbar ist, solange in letzter Instanz immer noch der Gerichtsweg offensteht.²¹⁹

Zusammenfassend kann daher das Verfahren zur Geltendmachung von Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen dergestalt ablaufen, dass sich die betroffene Person in einem ersten Schritt an die GAW wendet, um dort Beratung und Unterstützung im Umgang mit der Situation und zur Einleitung eines Verfahrens zu erlangen. In einem weiteren Schritt kann die GBK angerufen werden, um in einem niederschweligen Verfahren, während dessen die Fristen zur gerichtlichen Geltendmachung gehemmt sind, den Sachverhalt und die daraus resultierenden Rechtsfolgen feststellen zu lassen. An dieses Verfahrensergebnis sind die Gerichte zwar nicht gebunden, müssen ein abweichendes Urteil allerdings begründen (§ 61 GIBG). Umgekehrt berechtigt ein anderslautendes Verfahrensergebnis der GBK nicht zur Wiederaufnahme eines bereits abgeschlossenen Gerichtsverfahrens,²²⁰ weshalb die Vorschaltung eines Verfahrens vor der GBK jedenfalls bereits aus diesem Grund ratsam ist. Sollte der:die Antragsgegner:in dem Verfahrensergebnis der GBK nicht folgeleisten, ist als

²¹⁹ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 15 Rz 3.

²²⁰ OGH vom 24.5.2023, 8 ObA 32/23y = RdW 2023/662 (Lindmayr).

weiterer Schritt Klage beim zuständigen ASG einzubringen, da ein exekutierbarer Leistungstitel ausschließlich vom Gericht (und nicht von der GBK) erlangt werden kann. Alternativ zu diesem Ablauf kann sich die betroffene Person auch an die örtlich zuständige Kammer für Arbeiter und Angestellte wenden, um dort Beratung und ggf Rechtsschutz für ein Verfahren vor der GBK bzw dem ASG zu erlangen.

2.3.4 Verjährung von Ansprüchen nach dem GIBG

Wie bereits Eingangs ausgeführt sind der Lauf sämtlicher Fristen zur gerichtlichen Geltendmachung der Ansprüche in Folge von Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen während des Verfahrens vor der GBK gehemmt (§ 15 Abs 2 und § 29 Abs 2 GIBG). Erst die Zustellung des Prüfungsergebnisses an die:den AG beendet die Hemmung der Fristen zur gerichtlichen Geltendmachung (§ 15 Abs 3 und § 29 Abs 3 GIBG).²²¹

Ohne Berücksichtigung dieser Hemmung, verjähren die Rechtsansprüche gem §§ 15 und 29 jeweils Abs 1 und 1a GIBG – geordnet nach der Länge der Frist – **binnen 14 Tagen** ab Zugang der Kündigung oder Entlassung bzw des Endes der Befristung, **binnen sechs Monaten** ab Ablehnung der Bewerbung oder der Beförderung sowie die Schadenersatzansprüche bei einer Beendigungsdiskriminierung, **binnen eines Jahres** im Fall einer Belästigung und **binnen drei Jahren** im Fall einer sexuellen Belästigung.²²² Gem § 15 Abs 1 und § 29 Abs 1 GIBG gilt für alle anderen Ansprüche nach § 12 bzw § 26 jeweils Abs 2, 3, 4, 6, 8, 9 und 10 die **dreijährige Verjährungsfrist** gem § 1486 ABGB.

2.3.5 Anspruch auf Zinsen

Sofern gerichtlich geltend gemachte Ansprüche im Zusammenhang mit einem AV stehen, gebühren statt dem im bürgerlichen Recht geltenden gesetzlichen Zinssatz von 4% höhere Zinsen, nämlich Zinsen die 9,2% pa über dem geltenden Basiszinssatz liegen (Stand Jänner 2025: 2,53% + 9,2%= 11,72%). Dieser sich aus § 49a ASGG ergebene erhöhte Zinssatz, der

²²¹ Hattenberger in Windisch-Graetz (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) vor § 1 GBK/GAW-Gesetz, Rz 5f; Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 12 GBK/GAW-G Rz 5 (Stand 1.1.2021, rdb.at).

²²² Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 15 Rz 4 und § 29 Rz 5ff; Kletečka/Köck in Windisch-Graetz (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 15 Rz 1.

ein „Anstoß zur pünktlichen Erfüllung von Forderungen aus Arbeitsverhältnissen“ sein soll,²²³ steht nach Ansicht der hL auch im Fall von **Schadenersatz** im Zusammenhang mit einem AV zu.²²⁴ Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob auch Ansprüche nach dem GIBG der Zuerkennung von Zinsen zugänglich sind und ob dieser Zinssatz noch dazu ein iSd § 49a ASGG erhöhter ist.

Das GIBG selbst beantwortet diese Frage nicht. Allerdings hat sich der EuGH bereits zum ersten Teil dieser Frage, nämlich ob generell Zinsens für Ansprüche nach dem GIBG zustehen, geäußert. In der Rs *Marshall* hielt er fest, dass für die **völlige Wiedergutmachung** des entstandenen Schadens nicht von Umständen abgesehen werden kann, die, wie der Zeitablauf, den tatsächlichen Wert der Wiedergutmachung verringern können. Nach Ansicht des EuGH ist deshalb die Zuerkennung von Zinsen nach den anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften als **unerlässlicher Bestandteil** einer Entschädigung anzusehen.²²⁵

Da der EuGH den Anspruch auf Zinsen bejaht und im Detail auf die national anwendbaren Rechtsvorschriften verweist, ist der zweite Teil der eingangs gestellten Frage im Lichte des § 49a ASGG zu prüfen. Die Erläuterungen dieser Bestimmung zeigen ihren Zweck jedenfalls dahingehend auf, dass die erhöhten Zinsen aus **generalpräventiven Gründen** normiert wurden, nämlich „um einzelne ‚schwarze Schafe‘ davon abzuhalten, sich durch rechtlich völlig unbegründete Leistungsverweigerungen auf Kosten von Anspruchsberechtigten und Mitwerber/innen Vorteile zu verschaffen“.²²⁶ Da auch die einschlägigen RL die Präventionsfunktion der Sanktionen des Diskriminierungsverbots in den Vordergrund stellen (dazu im Detail unter II.2.2.3) und in der hL die Ansicht vertreten wird, dass **Schadenersatzbeträge, die aus einem AV resultieren**, ebenfalls vom erhöhten Zinssatz umfasst sind, sind mE die erhöhten Zinsen für Ansprüche aus dem I. und II. Teil des GIBG gem § 49a ASGG zuzusprechen. Ohne näher darauf einzugehen, wird der Zinssatz nach § 49a ASGG

²²³ ErläutRV 1654 BlgNR 18. GP 34.

²²⁴ Neumayr/Reissner, ZellKomm⁴ § 49a ASGG Rz 1; Adamovic, Handbuch zum ASG-Verfahren (2010), 234; Zankel, Die Anwendbarkeit der Zinsregelung des § 49a ASGG im arbeitsgerichtlichen Prozess, DRdA 2008, 20; Kuderna, Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz² (1996) 295f.

²²⁵ EuGH vom 2.8.1993, C-271/91, *Marshall*, Rz 31.

²²⁶ ErläutRV 898 BlgNR 20. GP 57.

auch in zahlreichen Entscheidungen des OGH (und den unteren Instanzen) zugesprochen, weshalb am Zuspruch des erhöhten Zinssatzes wohl kein Zweifel bestehen kann.²²⁷

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass Zinsen für Ansprüche nach dem GIBG nach Ansicht des EuGH jedenfalls für die „völlige Wiedergutmachung“ unerlässlich sind und darüber hinaus der Zinssatz für Schadenersatzansprüche nach dem GIBG ein iSd § 49a ASGG erhöhter ist.

2.3.6 Viktimisierungsverbot

Die §§ 13 und 27 GIBG (bzw § 39 GIBG und § 7i Abs 2 BEinstG) garantieren, dass kein:e AN in Reaktion auf eine Beschwerde oder ein betriebenes Verfahren, womit er:sie sich gegen eine vermeintliche Diskriminierung bzw (sexuelle) Belästigung zur Wehr setzt, durch die:den AG entlassen, gekündigt oder anders benachteiligt werden darf. Während die alte Gleichbehandlungsrahmen-RL idF 2002/73/EG in Art 7 lediglich einen Entlassungsschutz vorsah, gilt über das bisherige Schutzniveau hinausgehend unter dem Titel „Viktimisierung“ gem Art 24 der RL 2006/54/EG ein Verbot auch von „anderen Benachteiligungen“ und stellt der 32. Erwägungsgrund zudem klar, dass dieser Schutz für Arbeitnehmer:innen zu gelten hat, die als Zeug:innen oder auf andere Weise verteidigend auftreten. In diesem Sinne ist diese Personengruppe auch jeweils im zweiten Satz der §§ 13 und 27 GIBG ausdrücklich erfasst. Nach Ansicht des EuGH liegt der Schutzzweck dieses Viktimisierungs- bzw Benachteiligungsverbots in der **Herstellung eines effektiven Rechtsschutzes gegen Diskriminierungen**.²²⁸

Wird gegen diese Schutznorm verstoßen hat die betroffene Person dieselben Rechtsansprüche nach dem GIBG wie die ursprünglich diskriminierte Person. Mit der Nov 2008/98 wurde durch Einfügung des Verweises auf die Rechtsfolgen gem § 12 (bzw § 26) GIBG klargestellt, dass Verletzungen des Benachteiligungsverbots dieselben Sanktionen nach sich ziehen, wie die ursprüngliche Diskriminierung.²²⁹ Wird bspw ein Zeuge der zur Glaubhaftmachung einer sexuellen Belästigung vor Gericht gegen seinen eigenen Arbeitgeber aussagt von diesem gekündigt, kann er sich auf die Ansprüche gem § 12 Abs 7 GIBG stützen, als wäre er selbst von

²²⁷ Ua OGH 8 ObA 63/09m = RdW 2011/236; OGH 8 ObA 35/09v = ARD 6068/8/2010; OLG Innsbruck vom 14.04.2017, 15 Ra 13/17z = ARD 6579/14/2017 (*Lindmayr*).

²²⁸ EuGH vom 22.9.1998, C-185/97, *Coote*, Rz 24.

²²⁹ ErläutRV 415 BlgNR 23. GP, 7.

einer Diskriminierung betroffen. Nach Rsp des EuGH ist es mit dem Unionsrecht allerdings nicht vereinbar, wenn eine streng formale Eigenschaft als (Gerichts-)Zeuge verlangt wird,²³⁰ weshalb der vor Viktimisierung geschützte Personenkreis iSd §§ 13 und 27 GIBG (bzw § 39 GIBG und § 7i Abs 2 BEinstG) nicht nur Zeug:innen, sondern auch Auskunftspersonen und Unterstützer:innen einer Beschwerde schützt.²³¹

Hinsichtlich der Frage, unter welchen Voraussetzungen sich ein:e AN auf die Schutznorm gem §§ 13 oder 27 GIBG berufen kann, arbeitet die hL zwei Kriterien heraus, die erfüllt sein müssen: Einerseits hat eine **qualifizierte Unterstützung** vorzuliegen, wonach sich ein:e AN gegenüber der:dem AG durch sein:ihr aktives Verhalten einem Risiko ausgesetzt und sich durch die aktive Unterstützungshandlung diesem gegenüber exponiert hat.²³² Zudem muss ein **Kausalzusammenhang** in sachlicher und zeitlicher Hinsicht zwischen dem gesetzlich geschützten Vorgehen und dem benachteiligenden Verhalten des:der AG vorliegen.²³³ Dieses anspruchsbegründende benachteiligende Verhalten des:der AG ist nach *Körber-Risak* weit zu verstehen und kann zB auch in einer einvernehmlichen Auflösung eine „sonstige Benachteiligung“ liegen, wenn sie das Ergebnis einer unzulässigen Druckausübung durch die:den AG ist.²³⁴

2.3.7 Verfahrenskosten

Abschließend ist zur Rechtsdurchsetzung des Diskriminierungsverbots zu hinterfragen, ob die Bestimmungen zum allgemein zivilgerichtlichen Kostenersatzanspruch, der auch in Verfahren zur Durchsetzung von Ansprüchen nach dem GIBG gilt (§ 58a Abs 4 ASGG iVm § 43 ZPO), mit der unionsrechtlichen Verpflichtung der MS, effektiven Rechtsschutz sicherzustellen (ua Art 17 RL 2006/54/EG),²³⁵ vereinbar ist. Obwohl im Verfahren vor der GBK kein Kostenrisiko

²³⁰ EuGH vom 20.6.2019, C-404/18, *Hakelbracht*, Rz 37.

²³¹ *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 13 Rz 7 und 29f.

²³² *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 13 Rz 32; *Kletečka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 13 Rz 5.

²³³ *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 13 Rz 33; *Kletečka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 13 Rz 6; siehe auch ErläutRV 377 BlgNR 22. GP 20.

²³⁴ *Körber-Risak* in *Mazal/Gruber-Risak* (Hrsg), Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (45. Lfg 2025) Das Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) und die Antidiskriminierungsbestimmungen des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinstG) Rz 186.

²³⁵ Ua auch der 32. Erwägungsgrund, wonach die einschlägigen RL einen „grundlegenden Charakters des Anspruchs auf einen effektiven Rechtsschutz“ postulieren.

besteht und das Verfahren für die betroffene Person gänzlich kostenlos abläuft, ist sie – sofern die:der AG der Aufforderung der GBK nicht Folge leistet – zur Erlangung ihrer Ansprüche (zB des ihr zustehenden Schadenersatzes) letztlich auf die gerichtliche Geltendmachung unter dem Risiko eines allfälligen Verfahrenskostenersatzes angewiesen. Dies kann bei ausgeprägten Fällen sogar dazu führen, dass trotz Feststellung einer Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung und des Zuspruches eines Ersatzbetrags, der **Kostenersatz** der numerisch unterliegenden Partei (also der betroffenen Person) **höher ausfällt, als der immaterielle Schadenersatz**, den dieselbe Partei erhält (zB wenn mangels Feststellungen anstelle der begehrten € 7.000 lediglich € 1.200,²³⁶ bzw anstelle von € 21.000 lediglich € 10.000 an immateriellen Schadenersatz zugesprochen werden²³⁷).

In diesem Risiko zur etwaigen Zahlung der gegnerischen Verfahrenskosten erblickt *Gahleitner* auch den Grund einer gewissen Zaghaftigkeit in der Bemessung des Klagebegehrens mancher Kläger:innen bzw von Rechtsschutz gewährenden Institutionen.²³⁸ Dies trägt dazu bei, dass Beträge des immateriellen Schadenersatzes weiterhin sehr gering ausfallen und keine für den Präventionszweck taugliche Judikatur „produziert“ werden kann, da das Gericht gem § 405 ZPO keinen über das Klagebegehren hinausgehenden Schadenersatz zusprechen kann. Eine Lösung dieser Problematik könnte meines Erachtens in der mE gebotenen aber selten erfolgenden Anwendung des § 43 Abs 2 ZPO gefunden werden. Dazu im Detail unter V.1.3.

2.4 Fazit

Der Aufbau und die Systematik des GIBG wird in der Literatur mitunter kritisch beurteilt, weil weite Teile des Regelungsbestandes mehrfach und teilweise wortwörtlich wiederholt werden.²³⁹ Dazu zählen insb die Bestimmungen zum Geltungsbereich (ua §§ 1 und 16 GIBG), zu den Begriffsdefinitionen (ua die Begriffe der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung bzw die Definition von Belästigung etc) und zu den Rechtsfolgen (insb die §§ 12 Abs 1 bis 14 und 26 Abs 1 bis 14 GIBG). Der in der ursprünglichen RV enthaltene **Abschnitt über die**

²³⁶ OGH vom 25.05.2016, 9 ObA 117/15v = ARD 6507/4/2016 (*Körber-Risak/Schnabl*).

²³⁷ OGH vom 29.4.2021, 9 ObA 19/21s = ARD 6763/5/2021 (*Sabara*); in Abänderung von OLG Wien 9 Ra 38/20d = ARD 6744/7/2021 (*Sabara*).

²³⁸ *Gahleitner*, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007/24.

²³⁹ Bezeichnung als „mangelhafte Legistik“ in *Rebhahn/ Windisch-Graetz in Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) Einleitung, Rz 42; siehe auch in *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) Einleitung, Rz 67f.

gemeinsamen Bestimmungen betreffend die Rechtsfolgen bei Verletzungen des Diskriminierungsverbots hat es nicht in den geltenden Normenbestand geschafft. Die Streichung dieses Abschnittes, die erst mittels AÄA erfolgte, wurde damit begründet, dass die besondere Bedeutung der Gleichstellung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt unterstrichen werden soll.²⁴⁰ Während sich sohin in der Arbeitswelt zwischen dem **I. Teil** betreffend die Gleichbehandlung von Frauen und Männern und dem **II. Teil** betreffend die Gleichbehandlung ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung (Antidiskriminierung) inhaltlich **keine materiellen Unterschiede** ergeben, ist der **III. Teil** betreffend den sonstigen Bereichen von einem **stark reduzierten Diskriminierungsschutzniveau** geprägt. In den sonstigen Bereichen, also insb im Privatrechtsverkehr außerhalb der Arbeitswelt (zB Mietverhältnisse etc),²⁴¹ besteht der Diskriminierungsschutz nämlich nur hinsichtlich des Geschlechts und der ethnischen Zugehörigkeit, nicht aber hinsichtlich der übrigen geschützten Merkmale des II. Teils, also des Alters und der sexuellen Orientierung (zum „leveling up“ im Detail unter V.2.1).

Die Diskriminierungstatbestände im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis sind in zweifacher Weise weitgefasst: Einerseits verdeutlicht das Wort „insbesondere“ zu Beginn der Aufzählung der Tatbestände in §§ 3 und 17 GIBG (bei der Begründung oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses, der Festsetzung des Entgelts, der Gewährung freiwilliger Sozialleistungen, bei Maßnahmen der Aus-, Weiterbildung sowie Umschulung, beim beruflichen Aufstieg und den sonstigen Arbeitsbedingungen), dass es sich hierbei um eine **bloß deklaratorische Aufzählung** handelt. Darüber hinaus beinhaltet diese Aufzählung aber auch einen expliziten Auffangtatbestand (Z 6 „bei den sonstigen Arbeitsbedingungen“), was im Hinblick auf die deklaratorische Aufzählung überflüssig erscheint. Diese legistische Unsauberkeit hat man aber offenbar bewusst in Kauf genommen, um auch wirklich sicher zu gehen, dass die gesamte Arbeitswelt diskriminierungsfrei gestellt wird.²⁴² Während diese Diskriminierungstatbestände einen engen Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis voraussetzen, ist das Gleichbehandlungsgebot **in der sonstigen Arbeitswelt** gem §§ 4 und 18 GIBG davon geprägt, dass gerade **kein unmittelbares Verhältnis zu einem Arbeitsverhältnis**

²⁴⁰ ErläutRV 307 BlgNR 22. GP 1; AB 499 BlgNR 22. GP 3.

²⁴¹ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 30, Rz 5f.

²⁴² Siehe die Proklamation in ErläutRV 307 BlgNR 22. GP 9, wonach auch wirklich „die gesamte Arbeitswelt diskriminierungsfrei gestellt werden“ soll.

bestehen muss. Dazu zählt insb der Zugang zu „allen Formen und allen Ebenen“ der Berufsberatung.²⁴³

Im GlBG werden weiters die Begriffe der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung sowie der Belästigung und sexuellen Belästigung definiert. Eine **unmittelbare Diskriminierung** liegt gem §§ 5, 19, 32 und 44 jeweils **Abs 1** GlBG vor, wenn im Zusammenhang mit einem AV iSd aristotelischen Gleichheitsformel Gleiches ungleich behandelt wird, diese Diskriminierung unmittelbar auf ein geschütztes Merkmal abstellt und die betroffene Person dadurch eine Benachteiligung erfährt (zu den Tatbestandselementen im Detail unter I.2.1.2.2). Weder muss aber ein über die Ungleichbehandlung hinausgehender Nachteil bzw Schaden eingetreten sein noch muss die Diskriminierung eine konkrete Person betreffen.²⁴⁴ Eine **mittelbare Diskriminierung** liegt demgegenüber gem §§ 5, 19, 32 und 44 jeweils **Abs 2** GlBG vor, wenn eine dem Anschein nach neutrale Maßnahme (oder Vorschrift, Verhalten etc) Personen aufgrund eines geschützten Merkmals in besonderer Weise benachteiligt. Dies ist insbesondere im Zusammenhang mit Teilzeitbeschäftigungen oft der Fall, da nach wie vor überwiegend Frauen in Teilzeit arbeiten und eine gegen alle Teilzeitbeschäftigten gerichtete Maßnahme (ein Kriterium das zwar nach § 19d AZG und der TZ-RL,²⁴⁵ nicht aber nach dem GlBG geschützt ist) eine mittelbare Diskriminierung von Frauen darstellen kann.²⁴⁶ Ein weiteres Abgrenzungsmerkmal zur unmittelbaren Diskriminierung besteht darin, dass mittelbare Diskriminierungen grundsätzlich einer Rechtfertigung zugänglich sein können, wohingegen unmittelbare Diskriminierungen idR nicht rechtfertigbar sind. Ausnahmen von diesem absoluten Verbot bestehen bspw nur, sofern die unmittelbare Diskriminierung selbst zur Förderung des Gleichbehandlungsgebots beiträgt (zB Quotenregelungen) und damit eine sog „positive Diskriminierung“ darstellt (§ 8 GlBG). Auch die Unverzichtbarkeit eines bestimmten Merkmals für die Berufsausübung kann das absolute unmittelbare Diskriminierungsverbot

²⁴³ ErläutRV 307 BlgNR 22. GP 10.

²⁴⁴ EuGH vom 10.7.2008, C-54/07, *Feryn*, Rz 23 ff; *Radlimgmayr*, Customer Preferences und arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote, ZAS 2010/33; *Rebhahn/Windisch-Graetz* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 3, Rz 6 sowie § 5, Rz 4.

²⁴⁵ Grundsatz der Nichtdiskriminierung von Teilzeitbeschäftigten iSd RL 97/81/EG.

²⁴⁶ Im Jahr 2023 waren 50,6 % der unselbständig beschäftigten Frauen in Österreich im Rahmen einer Teilzeitbeschäftigung tätig. Demgegenüber waren lediglich 13,4 % der unselbständig beschäftigten Männer im Rahmen einer Teilzeitbeschäftigung tätig (*Statistik Austria, Mikrozensus-Arbeitskräfteerhebung*, <https://www.statistik.at/statistiken/arbeitsmarkt/arbeitszeit/teilzeitarbeit-teilzeitquote> [Stand 4.2.2025]).

durchbrechen, wobei der OGH hierbei einen mE richtigerweise sehr strengen Maßstab zur Prüfung der „Unverzichtbarkeit“ anlegt.²⁴⁷

Ebenfalls als Diskriminierung anzusehen sind **sexuelle Belästigungen** (§ 6 GIBG) und **Belästigungen** (§§ 7 und 21 GIBG). Ohne an dieser Stelle auf die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen einzugehen (dazu im Detail unter I.2.1.2.5), ist hervorzuheben, dass sexuelle Belästigung nach wie vor keinesfalls ein gesellschaftliches Randphänomen darstellt. Vielmehr erfolgen (sexuelle) Belästigungen gänzlich branchenunabhängig und stehen auch nicht im Zusammenhang mit einem bestimmten sozioökonomischen Hintergrund der Beteiligten.²⁴⁸ Erhebungen zeigen, dass in Österreich drei Viertel (74,2%) aller Frauen sexuelle Belästigung bereits erlebt haben²⁴⁹ und jede vierte Frau (26,59 %) bereits mindestens einmal sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz erlebt hat.²⁵⁰ Gerade im Hinblick auf das jedem Arbeitsverhältnis immanente Machtungleichgewicht, vertritt der OGH den Standpunkt, dass es bei sexueller Belästigung in aller Regel nicht um sexuelle Befriedigung, sondern um **sexuell gefärbte Machtausübung** geht.²⁵¹ Um diesem Machtgefälle entgegenzuwirken, vertritt der OGH auch die Ansicht, dass eine ausdrückliche oder stillschweigende Zurückweisung oder Ablehnung eines (sexuell) belästigenden Verhaltens durch die betroffene Person keine Tatbestandsvoraussetzung bildet (keine „Ablehnungsobliegenheit“).²⁵² Zudem erstreckt sich das Verbot der (sexuellen) Belästigung nach dem GIBG nicht bloß auf den:die AG selbst, sondern auch auf „Dritte“ im Sinne einer des:der AG unterschiedliche Person (bspw Vorgesetzte, Arbeitskolleg:innen, Lieferant:innen, Kund:innen etc). Der AN-Begriff wird in diesem Zusammenhang ebenfalls sehr weit verstanden, sodass (sexuelle) Belästigungen auch

²⁴⁷ Bspw ist das männliche Geschlecht zur Verrichtung körperlich anstrengender Arbeit keine unverzichtbare berufliche Anforderung und stellt die Ansicht „Frauen haben keine Kraft“ vielmehr eine unmittelbare Einstellungsdiskriminierung dar, siehe in OGH vom 23.04.2009, 8 ObA 11/09i = ARD 5975/1/2009. Demgegenüber stellt das männliche Geschlecht eine unverzichtbare berufliche Anforderung dar, wenn die Mitarbeiter die zum Verkauf stehende Mode auch tragen sollen, siehe in OGH vom 12.1.2000, 9 ObA 318/99a = ZASB 2000, 33 (*Aigner*).

²⁴⁸ ZB unter Lagerarbeitern eines Speditionsunternehmens in LG Salzburg vom 14.7.2006, 18 Cga 120/05t; 18 Cga 121/05i = ARD 5732/6/2006; oder Rechtsanwältin in einer Anwaltskanzlei in OGH vom 17.12.2021, 8 ObA 6/21x = ARD 6838/13/2023 (*Lass-Könczöl*).

²⁴⁹ *Kapella/Baierl/Rille-Pfeiffer/Geserick/Schmidt*, Gewalt in der Familie und im nahen sozialen Umfeld (2011), 96.

²⁵⁰ *Enachescu/Hinsch*, Geschlechtsspezifische Gewalt gegen Frauen in Österreich (2022), 41.

²⁵¹ OGH vom 17.3.2004, 9 ObA 143/03z = DRdA 2005/26.

²⁵² OGH vom 20.4.2017, 9 ObA 38/17d = ARD 6551/5/2017 (*Lindmayr*).

dann verboten sind, wenn noch gar kein AV vorliegt oder ein solches bloß intendiert ist (zB während eines Bewerbungsgesprächs²⁵³).

Um diesen Tatbeständen entgegenzutreten haben die Rechtsfolgen des GIBG unter den Vorgaben des Unionsrechts angemessenen, wirksam, verhältnismäßig und abschreckend zu sein (dazu im Detail unter II.2.2). Dies wurde in der Form umgesetzt, dass die **Wiederherstellung des diskriminierungsfreien Zustandes** oder der Ersatz des durch die Diskriminierung entstandenen **materiellen Schadens** begehrt werden kann. Neben diesem Wahlrecht besteht stets ein kumulativer Anspruch auf Ersatz des durch die erlittene persönliche Beeinträchtigung entstandenen **immateriellen Schadens** (§§ 12 und 26 GIBG „Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung“). Dieser Systematik folgt das GIBG – zur vielfachen Kritik in der Lehre²⁵⁴ – nur in einem Tatbestand nicht, nämlich im Fall der Beendigungsdiskriminierung, wonach der:die Kläger:in bei erfolgreicher Bekämpfung der Beendigung keinen immateriellen Schadenersatz verlangen kann, obwohl auch in diesem Fall unzweifelhaft eine persönliche Beeinträchtigung erlitten wurde.²⁵⁵

Gebote, Verbote, die daran anschließenden Sanktionen und die davon erhoffte präventive Wirkung sind stets nur dann wirksam, wenn auch ein **effektives Verfahren zur Verfolgung** und Sanktionierung von Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen besteht. In diesem Sinne sind die MS verpflichtet sicherzustellen, dass sie Verfahren einrichten, die Sorge tragen, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung auch wirksam Anwendung findet (siehe ua der 28. Erwägungsgrund der RL 2006/54/EG). In der österreichischen Umsetzung besteht diesbezüglich eine gewisse Mehrgleisigkeit: Neben der Unterstützung und Beratung durch die Gleichbehandlungsanwaltschaft besteht für betroffene Personen die Möglichkeit ein Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission oder – auch parallel und gleichzeitig – vor dem Arbeits- und Sozialgericht anzustrengen. Während die Unterstützung seitens der GAW bzw ein Verfahren vor der GBK kostenlos und weitgehend unbürokratisch erfolgt, kann eine (zwangsweise) Durchsetzung der Rechtsansprüche nur über den Gerichtsweg erfolgen, da

²⁵³ OLG Wien vom 18.7.2007, 7 Ra 69/07d = ARD 5815/4/2007.

²⁵⁴ *Kletečka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 12a und 49; *Gahleitner*, Judikaturentwicklungen im Gleichbehandlungsrecht, ASoK 2016, 202; für einen richtlinienkonformen Lückenschluss dieser „echten“ Lücke plädieren *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 12 Rz 91 ff; siehe zudem die krit Glosse von *Gruber-Risak* zu OGH 8 Ob A 47/16v = ZAS 2018/29 (*Risak*).

²⁵⁵ RIS-Justiz **RS0125890**; OGH 9 ObA 5/14x = ARD 6399/9/2014.

weder GAW noch GBK Behörden sind, die exekutierbare Entscheidungen erlassen können.²⁵⁶ Einerseits muss das Gericht eine von der Empfehlung der GBK abweichende Entscheidung besonders begründen (§ 61 GIBG), andererseits vermag eine nachträgliche Entscheidung der GBK kein Grund zur Wiederaufnahme eines bereits rechtskräftig abgehandelten Gerichtsverfahrens darzustellen.²⁵⁷ Da die betroffene Person daher unbürokratisch und kostenfrei die Möglichkeit hat, ihre Ansprüche infolge von Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen zu verfolgen und auch vor den Gerichten sichergestellt ist, dass eine Abweichung dieses niederschweligen Verfahrensergebnisses besonders zu begründen ist, kann mE festgehalten werden, dass in Österreich unionsrechtskonforme Verfahren zur Verfolgung der Rechtsansprüche infolge der Verletzung des Gleichbehandlungsgebots etabliert sind. Im Mai 2024 hat die EU zwei RL für **Standards der Gleichbehandlungsstellen** verabschiedet, womit bspw deren Unabhängigkeit (Art 3) und Ausstattung mit ausreichenden Ressourcen (Art 4) sichergestellt werden soll.²⁵⁸ Die konkrete Umsetzung der RL bleibt in Österreich noch abzuwarten.

Offen bleibt allerdings die Frage, inwiefern der allgemein zivilverfahrensrechtliche Kostenersatz, der auch in Verfahren betreffend Ansprüche nach dem GIBG gilt, mit der unionsrechtlichen Vorgabe der „völligen Wiedergutmachung“ im Einklang steht.²⁵⁹ Immerhin sind gerichtliche Verfahrensergebnisse zu beobachten, die zwar das Vorliegen einer Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung bestätigen, allerdings die betroffene Person zur Zahlung eines Kostenersatzes verpflichten, der ein Vielfaches davon übersteigt, was ihr an (immateriellen) Schadenersatz zugesprochen wurde.²⁶⁰ Zu dieser Frage im Detail unter V.1.3.

²⁵⁶ Hattenberger in Windisch-Graetz (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 1 GBK/GAW-Gesetz, Rz 3 sowie § 3 GBK/GAW-Gesetz Rz 4; Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 1 GBK/GAW-G Rz 1 sowie § 3 GBK/GAW-G Rz 2.

²⁵⁷ OGH vom 24.5.2023, 8 ObA 32/23y = RdW 2023/662 (Lindmayr).

²⁵⁸ RL (EU) 2024/1500; RL (EU) 2024/1499.

²⁵⁹ EuGH vom 11.10.2007, C-460/06, *Paquay*, I-8511, Rz 46; EuGH vom 2.8.1993, C-271/91, *Marshall II*, Rz 26.

²⁶⁰ Kostenersatz in Folge Zuspruchs von lediglich € 1.200 statt € 7.000 in OGH vom 25.05.2016, 9 ObA 117/15v = ARD 6507/4/2016 (*Körber-Risak/Schnabl*); sowie lediglich € 10.000 statt € 21.000 in OGH vom 29.4.2021, 9 ObA 19/21s = ARD 6763/5/2021 (*Sabara*).

II. Teil: Der immaterielle Schadenersatz im ABGB und GIBG

1 Der immaterielle Schadenersatz im allgemeinen Zivilrecht

Nach dem Schadensbegriff des ABGB ist darunter jeder Nachteil zu verstehen, welcher jemanden an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist (§ 1293 ABGB). Dabei muss ein Schaden nicht immer in der **Beeinträchtigung von Gütern oder Interessen mit Vermögenswerten** liegen. Ebenso kann ein Nachteil vorliegen, der zu keiner Verringerung des in Geld messbaren Vermögens führt. In diesen Fällen handelt es sich um einen sog **immateriellen Schaden**.²⁶¹ Dieses Kapitel widmet sich der Untersuchung, ob und unter welchen Voraussetzungen immaterielle Schäden nach dem allgemeinen Schadenersatzrecht ersatzfähig sind, in welcher Form ein etwaiger Ersatz gebührt und nach welchen Grundsätzen ein etwaiger Geldersatz zu bemessen ist, um ausgehend von diesen allgemein zivilrechtlichen Erkenntnissen Rückschlüsse auf den immateriellen Schadenersatz nach dem GIBG ziehen zu können.

1.1 Grundsätze, Funktionen und Voraussetzungen des Schadenersatzrechts nach dem ABGB

Allgemein zivilrechtlich gesprochen, stellt das Schadenersatzrecht eine Ausnahmeregelung zum grundsätzlich geltenden Prinzip, wonach jede:r das allgemeine Lebensrisiko und damit die ihr:ihm entstandenen Schäden selbst zu tragen hat (*casum sentit dominus* gem § 1311 ABGB). Das Schadenersatzrecht ermöglicht dem Geschädigten unter bestimmten Voraussetzungen seinen (wirtschaftlichen) Schaden auf eine andere Person, die:den Schädiger, zu überwälzen. Diese Überwälzung findet statt, aufgrund des **Verschuldens**, einer **Gefährdung** oder eines **Eingriffs**.

Die Haftung für einen Schaden aufgrund von Verschulden des:der Schädigers:Schädigerin (§§ 1293 ff ABGB) ist der praktisch wohl wichtigste Zurechnungsgrund. Die **Verschuldenshaftung** kann durch eine deliktische oder vertragliche Verletzung begründet sein (Deliktshaftung, Vertragshaftung) und ist jener Schaden ersatzfähig, der durch rechtswidriges Handeln kausal verschuldet wurde.²⁶² Wie der Name bereits vermuten lässt, ist das zentrale

²⁶¹ *Koziol*, Haftpflichtrecht I⁴ B/1/ Rz 125.

²⁶² *Karner* in *Bydlinski/Perner/Spitzer* (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 1293 ABGB Rz 2; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1294 Rz 6 f und 56 f (Stand 15.4.2024, rdb.at).

Zurechnungselement das Verschulden der Schädiger:innen und liegt darin die Abgrenzung zur Gefährdungshaftung und Eingriffshaftung, die jeweils unabhängig eines etwaigen Verschuldens Haftungen begründen können.

Im Unterschied zur Verschuldenshaftung sehen Sondertatbestände für besonders gefahreneigete Tätigkeiten eine **Gefährdungshaftung** vor. Im Falle eines Schadenseintritts haften Betreiber:innen jedenfalls, auch für den erlaubten Betrieb und selbst dann, wenn ihnen der konkrete Schadenseintritt subjektiv nicht vorwerfbar ist.²⁶³ Der wohl häufigste Anwendungsfall der Gefährdungshaftung ist der Betrieb eines Kraftfahrzeugs nach dem EKHG. Aber auch der Betrieb von Forstanlagen (iSd ForstG), von Kernanlagen (iSd AtomHG), der Umgang mit Gentechnik (iSd GTG) oder das Inverkehrbringen eines fehlerhaften Produkts (iSd PHG²⁶⁴) begründen verschuldensunabhängige Gefährdungshaftungen.

Im Falle einer sogar konkret erlaubten Handlung kann die **Eingriffshaftung** dennoch den Ersatz einer verschuldensunabhängigen Schadenszufügung ermöglichen.²⁶⁵ Dabei handelt es sich um die wohl seltenste Schadenszurechnung und sind von dieser Haftung bspw Fälle eines rechtfertigenden (und damit eine Verschuldenshaftung ausschließenden) Notstandes umfasst, wenn sich eine Person durch Schädigung eines fremden (geringerwertigeren) Rechtsgutes aus einer gefährlichen Situation befreit (§ 1306a ABGB).

Diesen Zurechnungsgründen gemeinsam ist die **Ausgleichsfunktion**, die gleichsam den Grundgedanken des Schadenersatzrechts bildet: Die geschädigte Person soll aufgrund der Zurechnung des Schadens zur wirtschaftlichen Sphäre des:der Schädigers:Schädigerin einen Ausgleich für den erlitten Schaden erhalten. Im Vordergrund steht hierbei der Gedanke der Wiedergutmachung.²⁶⁶ Dabei folgt das österreichische Schadenersatzrecht streng dem Prinzip des Ausgleichs und soll die geschädigte Person nur jener Schaden ersetzt werden, der auch tatsächlich erlitten wurde und nicht mehr als dieser.²⁶⁷ Darin liegt das zentrale

²⁶³ *Koziol/Apathy/Koch*, Haftpflichtrecht III³ A.1. Rz 2.

²⁶⁴ Es ist strittig, ob das PHG tatsächlich zu den Gefährdungshaftungen zählt: dafür *Canaris*, Die Gefährdungshaftung im Lichte der neueren Rechtsentwicklung, JBl 1995, 2 (6); dagegen *Koziol/Apathy/Koch*, Haftpflichtrecht III³ A.1. Rz 13

²⁶⁵ *Koziol/Apathy/Koch*, Haftpflichtrecht III³ C.1. Rz 3.

²⁶⁶ *Schickmair* in *Kerschner* (Hrsg), Schmerzengeld² (2020) 1. Ausgleichs- und Genugtuungsfunktion Rz 39a.

²⁶⁷ *Koziol*, Schaden, Verursachung und Verschulden im Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, JBl 2006, 768 (769).

Abgrenzungsmerkmal zu den insb in angloamerikanischen Rechtsordnungen geltenden *punitive damages*, wonach die geschädigte Person nicht nur den tatsächlich erlittenen Schaden ausgeglichen, sondern darüber hinaus auch noch eine von der beklagten Partei zu bezahlende und oftmals vielfach den konkreten Schaden übersteigende Strafzahlung erhält (dazu im Detail unter II.2.4). Während sich die Ausgleichsfunktion auf die wirtschaftliche Sphäre der geschädigten Person bezieht, wird spiegelbildlich auf der Seite der schädigenden Person die **Sanktionsfunktion** des Schadenersatzrechts verwirklicht. Darunter ist zu verstehen, dass auf rechtswidrige und schuldhafte Schadenszuführung die Sanktion der Ersatzpflicht folgt. Bei der Verschuldenshaftung kommt diese Sanktionsfunktion insb im abgestuften Umfang dieser Ersatzpflicht gem § 1324 ABGB zum Ausdruck. Demnach bemisst sich der Umfang der Schadenersatzpflicht nach dem Grad des Verschuldens, sodass die vorsätzlich handelnde Person eine weitreichendere Ersatzpflicht trifft, als dies bei weniger qualifiziertem Verschulden der Fall ist.²⁶⁸ Nach einhelliger Lehre, ist diese Funktion des Schadenersatzrechts ausschließlich im Bereich der Verschuldenshaftung vorzufinden, da der Sanktionsgedanke bei rechtskonformen Verhalten – zB im Fall der Gefährdungshaftung – keine Rolle spielt.²⁶⁹

Von zentraler Bedeutung – wenn auch im Anwendungsbereich des ABGB lediglich eine untergeordnete Rolle spielend²⁷⁰ – ist die **Präventionsfunktion**, die auf die Verhaltenssteuerung von bereits ersatzpflichtig gewordenen sowie potenziellen Schädiger:innen abzielt. Nach diesem Präventionsgedanken soll die Rechtsfolge einer Ersatzpflicht aufgrund einer bereits eingetretenen Schädigung die:den verursachende:n Schädiger:in hinkünftig von schädigendem Verhalten abhalten (sog Spezialprävention). Darüber hinaus sollen auch abstrakte Gefährder:innen, also sämtliche Normadressat:innen durch die bloße Androhung einer Ersatzpflicht zu einem sorgfältigen Verhalten angehalten werden, sodass Schadensereignisse von vornherein verhindert werden (sog

²⁶⁸ Schickmair in Kerschner (Hrsg), Schmerzengeld² (2020) 3. Straffunktion Rz 49; Hinteregger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 1324 Rz 4 (Stand 1.8.2022, rdb.at).

²⁶⁹ Schickmair in Kerschner (Hrsg), Schmerzengeld² (2020) 3. Straffunktion Rz 49; Jelinek, Die Persönlichkeit des Verletzten, JBl 1977, 1 (13).

²⁷⁰ Koziol, Schaden, Verursachung und Verschulden im Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, JBl 2006, 768 (769); Schickmair in Kerschner (Hrsg), Schmerzengeld² (2020) 1. Ausgleichs- und Genugtuungsfunktion, Rz 39a; Vrba in Vrba (Hrsg), Schadenersatz in der Praxis (52. Lfg 2025) Begriff und Voraussetzungen des ersatzfähigen Schadens Rz 23.

Generalprävention).²⁷¹ Ob die Präventionsfunktion ausschließlich bei der Verschuldenshaftung oder auch bei den anderen Zurechnungsgründen eine Rolle spielt, ist umstritten. Einerseits vertritt *Schickmair* die Ansicht, dem Präventionsgedanken auch im Fall der Gefährdungshaftung eine zentrale Rolle beizumessen, da Betreiber:innen gefährlicher Tätigkeiten bzw Anlagen doch angerregt werden sollen Vorkehrungen zur Schadensverhütung zu treffen.²⁷² Anderer Ansicht sind *Reischauer* sowie *Perner/Spitzer/Kodek*, die ausführen, dass der Präventionsgedanke in Fällen reiner Gefährdungshaftung überhaupt nicht zum Tragen kommt, weil bei diesen Tatbeständen nicht auf ein unerlaubtes Handeln abgestellt wird. Aus diesem Grund kann konsequenterweise auch nicht versucht werden, ein bestimmtes Verhalten zu steuern.²⁷³

Im Hinblick auf den vorliegenden Forschungsgegenstand und zur Beantwortung der Frage, in welchem Verhältnis das GIBG zum allgemeinen Schadenersatzrecht steht (dazu im Detail unter II.2.3), ist die **Verschuldenshaftung als Ausgangspunkt** näher zu betrachten. Wie bereits eingangs ausgeführt, stellt die Verschuldenshaftung zwar nur einen der möglichen Zurechnungsgründe im Schadenersatzrecht dar, allerdings ist es dieser Zurechnungsgrund, der auch den Ersatz des Schmerzensgeldes nach § 1325 ABGB begründet. Da es sich hierbei um den wohl bedeutendsten Fall des immateriellen Schadenersatzes im allgemeinen Zivilrecht handelt, werden nachstehend die Voraussetzungen der Verschuldenshaftung kurz näher betrachtet.

Die in §§ 1293 ff ABGB geregelten Anspruchsvoraussetzungen der Verschuldenshaftung verlangen, dass die:der Schädiger:in dem:der Geschädigten rechtswidrig und schuldhaft einen Schaden kausal zuführt. Dabei macht es grundsätzlich keinen Unterschied, ob der in dieser Form zugefügte **Schaden** materieller oder immaterieller Natur ist (zum Ersatz des immateriellen Schadens im allgemeinen Zivilrecht siehe unter II.1.2). Der naturrechtliche Schadensbegriff des ABGB wird in der Judikatur allerdings durch die Differenztheorie definiert bzw ergänzt.²⁷⁴ Hiernach umfasst der ersatzfähige Schaden die Differenz zwischen dem

²⁷¹ *Schickmair* in *Kerschner* (Hrsg), Schmerzensgeld² (2020) 2. Präventionsfunktion, Rz 45; *Vrba* in *Vrba* (Hrsg), Schadenersatz in der Praxis (52. Lfg 2025) Begriff und Voraussetzungen des ersatzfähigen Schadens Rz 23.

²⁷² *Schickmair* in *Kerschner* (Hrsg), Schmerzensgeld² (2020) 2. Präventionsfunktion, Rz 45.

²⁷³ *Reischauer* in *Rummel/Lukas/Geroldinger* (Hrsg), ABGB⁴ (2025) § 1293 Rz 2b; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁸ (2026) 5.1 Kapitel 2: Funktionen des Schadenersatzrechts.

²⁷⁴ RIS-Justiz **RS0022477**.

Vermögen des:der Geschädigten bzw dem Zustand des Rechtsguts nach der Schädigung und dem Zeitpunkt vor der Schadenszufügung.²⁷⁵ Hinsichtlich des konkreten Ersatzes wird zwischen realen und rechnerischen Schaden unterschieden. Dabei umfasst der reale Schaden die negative Beeinträchtigung eines Rechtsguts, die durch mögliche und tunliche **Naturalherstellung** ausgeglichen werden kann. Der rechnerische Schaden hingegen ist die relevante Größe bei **Geldersatz** und wird durch die bereits erwähnte Differenzrechnung (Vermögenslage vor und nach Schadenseintritt) ermittelt.²⁷⁶

Weiters ist die **Kausalität** des Verhaltens des Schädigers für den konkreten Schadenseintritt zu prüfen. Dabei folgt die Rsp dem Grundsatz der *conditio sine qua non*-Formel, wonach ein Verhalten kausal ist, wenn ohne der in Frage stehenden Handlung der Schaden nicht eingetreten wäre.²⁷⁷ Diese Kausalitätsprüfung stellt aber in vielen Fällen lediglich eine erste Grobprüfung dar. Denn nach dieser Formel, sind alle Ursachen für den Schadenseintritt gleichwertig (sog **Äquivalenztheorie**), was mitunter zu einer unvertretbaren Schadenszurechnung folgen kann. So wäre rein nach dieser „natürlichen Kausalität“ bereits die Zeugung eines Kindes kausal für den später von diesem verursachten Schaden, was zweifellos zu einer ausufernden Haftung führen würde. Da eine solche weitreichende Haftung auszuschließen ist, fordert die Rsp einen Adäquanzzusammenhang sowie einen Rechtswidrigkeitszusammenhang in der Feinprüfung der Kausalität.²⁷⁸ Nach der **Adäquanztheorie** wird die Haftung für jene Schäden ausgeschlossen, die außerhalb jeglicher Lebenserfahrung liegen.²⁷⁹ Dies ist bspw dann der Fall, wenn die in Frage stehende Handlung nur durch eine außergewöhnliche Verkettung von Umständen Bedingung für den Schadeneintritt war.²⁸⁰ Der **Rechtswidrigkeitszusammenhang** begrenzt die Haftung wiederum dahingehend, dass nur für jene Schäden zu haften ist, deren Verhinderung die übertretene Rechtsvorschrift bezweckt.²⁸¹ Maßgebend hierfür ist der Normzweck der teleologisch zu ermitteln ist.

²⁷⁵ *Vrba in Vrba* (Hrsg), Schadenersatz in der Praxis (52. Lfg 2025) Begriff und Voraussetzungen des ersatzfähigen Schadens Rz 1.

²⁷⁶ Wittwer in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 1293 ABGB Rz 5 f und 18.

²⁷⁷ OGH vom 22.5.1978, 1 Ob 32/77 = JBl 1979, 148; *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1295 Rz 2 (Stand 15.4.2024, rdb.at).

²⁷⁸ *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1295 Rz 3 (Stand 15.4.2024, rdb.at).

²⁷⁹ RIS-Justiz RS0098939; RS0022914.

²⁸⁰ OGH vom 14.6.2005, 2 Ob 47/05h, ZVR 2006/45; *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1295 Rz 13 ff (Stand 15.4.2024, rdb.at).

²⁸¹ *Karner in Bydlinski/Perner/Spitzer* (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 1295 ABGB Rz 9.

Sind nach dem gesamten Prüfungsergebnis mehrere Handlungen kausal für den eingetretenen Schaden, dann haften die Schädiger:innen abhängig von der Bestimmbarkeit des jeweiligen Anteils am Schaden entweder solidarisch oder jeder für seinen:ihren Anteil einzeln (§ 1302 ABGB).²⁸²

Vom Rechtswidrigkeitszusammenhang unabhängig, ist die allgemeine **Rechtswidrigkeit** des den Schaden begründenden Ereignisses als Voraussetzung für eine Haftung zu prüfen. Rechtswidrigkeit liegt bei objektiv sorgfaltswidrigen Verhalten vor und ergibt sich die Sorgfaltswidrigkeit entweder aus einer vertraglichen (Schadenersatz ex contractu) oder einer normativen Verpflichtung (Schadenersatz ex delicto).²⁸³ Hinsichtlich des vorliegenden Forschungsgegenstandes ist an dieser Stelle insbesondere die deliktische Haftung für Eingriffe in **absolut geschützte Rechtsgüter** zu erwähnen. Dabei handelt es sich um Eingriffe in Persönlichkeitsrechte (körperliche Unversehrtheit, Wahrung der Privatsphäre, Ehre etc), dingliche Rechte (insb Eigentum) sowie Immaterialgüterrechte und begründet sich deren Ersatzfähigkeit bereits in der Offenkundigkeit der rechtlichen Position.²⁸⁴ Dennoch indiziert der Eingriff in ein absolut geschütztes Rechtsgut die Rechtswidrigkeit nur, wenn eine umfassende **Interessenabwägung** zugunsten des:der Geschädigten ausfällt. Ohne einer solchen würde bspw die Verletzung während der Ausübung einer gefährlichen Sportart stets zum Schadenersatz führen. Aus diesem Grund ist die Zumutbarkeit der statuierten Verhaltenspflichten, der Rang des betroffenen Rechtsgutes, die Gefährlichkeit des Verhaltens sowie das Interesse an allgemeiner Bewegungsfreiheit miteinander abzuwägen.²⁸⁵

Die letzte, der Verschuldenshaftung namensgebende Voraussetzung ist das subjektiv vorwerfbare **Verschulden** des:der Schädigers:Schädigerin. Im Hinblick auf den das GIBG betreffenden Forschungsgegenstand (dazu im Detail unter II.2.3.2.2), stellt die Voraussetzung des Verschuldens im allgemeinen Zivilrecht ein zentrales Unterscheidungsmerkmal für den Ersatz des erlittenen Schadens dar. Dabei wird zwischen leichte und grobe Fahrlässigkeit sowie Vorsatz unterschieden. Die Bedeutung dieser Unterscheidung zeigt sich beim Ausmaß des Schadenersatzes. Während der positive Schaden bei jedem Verschuldensgrad zu ersetzen ist,

²⁸² Reischauer in Rummel/Lukas/Geroldinger (Hrsg), ABGB⁴ (2025) § 1302 Rz 12.

²⁸³ Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1294 Rz 13 (Stand 15.4.2024, rdb.at).

²⁸⁴ Koziol, Haftpflichtrecht I⁴ Rz C/1/32.

²⁸⁵ Karner in Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 1294 ABGB Rz 4.

werden bspw der entgangene Gewinn lediglich bei Vorliegen von grobem Verschulden ersetzt, wobei die Rsp eine starke Tendenz dazu aufweist, künftige Erwerbschancen weitgehend als positiven Schaden einzustufen.²⁸⁶ Für den Ersatz des Affektionsinteresses ist gem § 1331 ABGB sogar eine besonders qualifizierte Form des Verschuldens erforderlich (strafrechtlich verbotenes Verhalten, Mutwillen oder Schadenfreude).²⁸⁷ Darüber hinaus kann die:der subjektiv sorgfaltswidrig handelnde Geschädigte gem § 1304 ABGB selbst zur Tragung eines Teils seines Schadens herangezogen werden (sog Mitverschulden). Die Ersatzpflicht des Schädigers wird sodann um diesen Anteil gekürzt.

1.2 Der Ersatz des immateriellen Schadens im allgemeinen Zivilrecht

Hinsichtlich der Ersatzfähigkeit von immateriellen Schäden ist vorweg festzuhalten, dass grundsätzlich auch in Fällen des immateriellen Schadens das Primat der **Naturalrestitution** besteht, sofern eine solche tunlich und möglich ist (§ 1323 ABGB).²⁸⁸ Freilich liegt es oft in der Natur des immateriellen Schadens, dass Naturalherstellungen zumeist ausgeschlossen sind. Ist sie aber möglich und tunlich spielt die Naturalrestitution ideeller Schäden eine für die Praxis nicht zu unterschätzende Rolle: insbesondere beim Widerruf falscher oder der Verlautbarung korrigierter Behauptungen bzw Tatsachen (§ 1330 Abs 2 ABGB) sowie Veröffentlichungen und Gegendarstellungen nach dem MedienG.²⁸⁹ Hinsichtlich des für den vorliegenden Forschungsgegenstand wesentlichen **Geldersatz von immateriellen Schäden** zieht sich die Rsp zum allgemeinen Zivilrecht weitgehend auf die ausdrücklich gesetzlich geregelten Fälle zurück.²⁹⁰ Zum Teil umstritten ist allerdings die Frage, ob auch in Fällen ohne ausdrücklicher Anordnung nach der Generalklausel der §§ 1323 f ABGB Ersatz für ideelle Schäden besteht.²⁹¹

Wie bereits erwähnt, hält die Rsp grundsätzlich fest, dass **Geldersatz** für immaterielle Schäden nur in den vom Gesetz angeführten Fällen zusteht.²⁹² Dies war allerdings nicht immer so und

²⁸⁶ Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1293 Rz 16 (Stand 15.4.2024, rdb.at).

²⁸⁷ Wittwer in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 1331 ABGB Rz 4

²⁸⁸ Danzl/Karner in Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 1323 ABGB Rz 1.

²⁸⁹ Karner/Koziol, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, 15. ÖJT Band II/1, 13.

²⁹⁰ Zur Frage der grundsätzlichen Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden vgl RIS-Justiz RS0022544; insb OGH vom 5.5.1988, 6 Ob 9/88 = RdW 1988, 388.

²⁹¹ Karner in Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 1293 ABGB Rz 2.

²⁹² „Ersatz ideellen Schadens im allgemeinen nur in den vom Gesetz angeführten Fällen.“ RIS-Justiz: RS0022544 (T1).

gewährte der OGH bis zum Plenissimarbeschluss vom 1.4.1908 (GIUNF 4185) Ersatz des ideellen Schadens in großzügigem Ausmaß.²⁹³ Seither beruft sich die Rsp wieder vermehrt auf die im Gesetz geregelten Fälle und ist an dieser Stelle neben der zentralen Bestimmung betreffend das Schmerzensgeld bei Körperverletzungen (§ 1325 ABGB) insbesondere der Ersatz der erlittenen Beeinträchtigung bei Verletzungen der geschlechtlichen Selbstbestimmung (§ 1328 ABGB), die Leistung voller Genugtuung bei Freiheitsentzug (§ 1329 ABGB), die Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung bei Eingriffen in die Privatsphäre (§ 1328a ABGB) sowie der Wert der besonderen Vorliebe (§ 1331 ABGB) zu nennen. Darüber hinaus wird der Ersatz immaterieller Schäden ebenfalls vereinzelt in Sondergesetzen ausdrücklich angeordnet. So besteht bspw Anspruch auf Entschädigung für die in keinem Vermögensschaden bestehenden Nachteile einer Urheberrechtsverletzung (§ 87 Abs 2 UrHG), bei unbefugter Verwendung eines Patentes (§ 150 Abs 3 PatG), bei Verletzungen des Musterrechts (§ 34 MuSchG), bei unbefugter Verwendung einer Marke (§ 53 Abs 4 MSchG) oder der entgangenen Urlaubsfreude im Fall von Vertragswidrigkeiten bei Pauschalreisen (§ 12 Abs 2 PRG).²⁹⁴

Ob auch außerhalb ausdrücklich gesetzlicher Anordnung eine **allgemeine Geldersatzfähigkeit ideeller Schäden** besteht, ist – wie bereits eingangs angesprochen – umstritten. Da ohne jegliche gesetzliche Grundlage selbstverständlich kein Ersatz erfolgen kann, ist in einem ersten Schritt eine solche Rechtsgrundlage zu suchen. Während das deutsche BGB ausdrücklich konstituiert, dass ein Ersatz ideeller Schäden in Geld nur „in den durch das Gesetz bestimmten Fällen“ gefordert werden kann (§ 253 BGB), kennt das ABGB eine derart eindeutig restriktive Bestimmung nicht. Vielmehr legt das ABGB gar eine **Generalklausel** zum immateriellen Geldersatz gem §§ 1323 f ABGB nahe.²⁹⁵ Ob diese Generalklausel, wonach gem § 1323 ABGB die „volle Genugtuung“ auch „**die Tilgung der verursachten Beleidigung**“ umfasst, eine taugliche Grundlage zum allgemeinen Ersatz ideeller Schäden bietet, ist allerdings umstritten. *Karner/Koziol* sehen darin jedenfalls eine taugliche Generalklausel, wonach der immaterielle

²⁹³ *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, 15. ÖJT Band II/1, 18; *Reischauer/Fischer-Czermak* in *Rummel/Lukas/Geroldinger* (Hrsg), ABGB⁴ (2025) § 1324 Rz 11; *Karner* in *Bydlinski/Perner/Spitzer* (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 1293 ABGB, Rz 2; *Koziol*, Haftpflichtrecht I⁴ D/3/ (Stand 1.4.2020, rdb.at).

²⁹⁴ *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1293 Rz 3 (Stand 15.4.2024, rdb.at).

²⁹⁵ *Hinteregger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1324 Rz 3 (Stand 1.8.2022, rdb.at); *Koziol*, Haftpflichtrecht I⁴ Rz 11/6.

Schaden bei grob schuldhafter Schädigung zu ersetzen ist.²⁹⁶ Diese Generalklausel kann ihrer Ansicht nach aber durch Sondervorschriften hinsichtlich der Sorgfaltswidrigkeit erweitert (zB leichte Fahrlässigkeit bei Körperverletzung gem § 1325 ABGB), eingeschränkt (zB ideellen Schadenersatz bei strafbarer Handlung gem § 1331 ABGB) oder gar gänzlich ausgeschlossen werden (zB bei Ehrverletzungen gem § 1330 ABGB). Ebenso erblickt *Hinteregger* in der Wortfolge des § 1323 ABGB eine allgemeine Regelung des ABGB über den Ersatz des immateriellen Schadens. Ähnlich wie *Karner/Koziol* weist *Hinteregger* zudem darauf hin, dass die Voraussetzung des § 1324 ABGB, wonach volle Genugtuung – und somit „die Tilgung der verursachten Beleidigung“ – nur dann zu leisten ist, wenn mindestens grobe Fahrlässigkeit vorliegt, nicht überstrapaziert werden darf. Abweichend von dieser Generalklausel ist nämlich der Ersatz des immateriellen Schadens oftmals bereits bei Vorliegen von geringerer Verletzung der Sorgfaltspflicht geboten. Dies auch dann, wenn die Sonderbestimmung mitunter gar keinen **Grad der Sorgfaltswidrigkeit** anordnet. In diesem Zusammenhang verweist *Hinteregger* auf den immateriellen Schadenersatz gem § 12 Abs 2 PRG, wonach der Ersatz der entgangenen Urlaubsfreude bereits bei bloß leichter Fahrlässigkeit zusteht. In diesem Sinne auch *Reischauer/Neumayr* hinsichtlich des Ersatzes von Trauerschäden, die bereits bei leichter Fahrlässigkeit zustehen.²⁹⁷ Zudem zeigt sich der Gesetzgeber zunehmend aufgeschlossen gegenüber dem Ersatz ideeller Schäden und verpflichten den:die Schädiger:in oftmals bei bloß leichter Fahrlässigkeit zum Ersatz.²⁹⁸

Anderer Ansicht sind *Harrer/Wagner* die in der Generalklausel keinen allgemeinen Anwendungsfall eines immateriellen Schadenersatzes erblicken, sondern bei der Interpretation des § 1323 ABGB ein tautologisches Verständnis anlegen, wonach aus der Wortfolge „Tilgung der verursachten Beleidigung“ nicht zwingend ein Geldersatz für immaterielle Schäden abzuleiten ist.²⁹⁹ Ebenfalls gegen die Interpretation der §§ 1323 f ABGB als Generalklausel für den Ersatz ideeller Schäden spricht sich *Strasser* aus und verweist insbesondere darauf, dass aus der Wortfolge „Tilgung der verursachten Beleidigung“ keine eigenständige normative Bedeutung abgeleitet werden kann.³⁰⁰

²⁹⁶ *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, 15. ÖJT Band II/1, 18; siehe zudem grundlegend in *F. Bydlinski*, JBl 1965, 179 f.

²⁹⁷ *Reischauer/Neumayr* in *Rummel/Lukas/Geroldinger* (Hrsg), ABGB⁴ (2025) § 1325 Rz 28.

²⁹⁸ *Hinteregger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1324 Rz 3 (Stand 1.8.2022, rdb.at).

²⁹⁹ *Harrer/Wagner* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ (2016) zu § 1323 ABGB Rz 4.

³⁰⁰ *Strasser*, Der immaterielle Schaden im österreichischen Recht (1964) 42 ff.

Neben der grundlegenden Frage, ob in der Wortfolge „Tilgung der verursachten Beleidigung“ des § 1323 ABGB eine Generalklausel zum Geldersatz von immateriellen Schäden besteht, ist die Frage, ob ein solcher bereits bei leichter oder nur bei grober Fahrlässigkeit bzw Vorsatz gebührt, unumstritten. Dazu sieht § 1324 ABGB ausdrücklich vor, dass ein solcher Geldersatz **nur bei grobem Verschulden** gebührt. *Reischauer/Neumayr* und *Karner* bekräftigen allerdings, dass in zahlreichen Sonderbestimmungen zum Ersatz des immateriellen Schadens von diesem Verschuldensgrad abgewichen wird; so insbesondere beim Schmerzensgeld (§ 1325 ABGB) das bereits bei leichter Fahrlässigkeit und der Erfüllung der Voraussetzungen der allgemeinen Verschuldenshaftung zusteht.³⁰¹

Der **OGH** hat § 1324 ABGB in der sehr bedeutenden Entscheidung zum **Trauerschmerzensgeld** zwar nicht unerwähnt gelassen, sich allerdings einer Generalklausel-Theorie nicht angeschlossen.³⁰² Dennoch nimmt der OGH hinsichtlich der Frage, ob Eltern Schmerzensgeld für den Unfalltod ihrer 8-jährigen Tochter erhalten, eine **Gesetzeslücke** an, die im Wege der Analogie zu schließen ist. Er leitet aus zahlreichen Einzeltatbeständen (§§ 1328, 1329, 1331 ABGB) den Grundgedanken ab, dass (1.) ein Trauerschmerzensgeld für Angehörige zusteht und (2.) für die Ersatzfähigkeit ein qualifiziertes Verschulden (grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz des Schädigers) erforderlich ist. Die Beachtlichkeit dieser Entscheidungen liegt darin, dass der OGH in diesem Fall von der grundsätzlichen stRsp, wonach der „Ersatz ideellen Schadens im Allgemeinen nur in den vom Gesetz angeführten Fällen“ besteht,³⁰³ abweicht und einen analogen Geldersatz des immateriellen Schadens zuerkennt; auch wenn im vorliegenden Fall die Kläger:innen mangels qualifiziertem Verschulden des Schädigers mit ihrem Begehren nicht erfolgreich waren.

Als Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, dass aufgrund des weiten Schadensbegriffs des § 1293 ABGB **Naturalrestitution** – sofern möglich und tunlich gem § 1323 ABGB – jedenfalls auch für immaterielle Schäden zusteht, wohingegen **Geldersatz** für immaterielle Schäden nach stRsp grundsätzlich nur in den vom Gesetz angeführten Fällen

³⁰¹ *Reischauer/Neumayr* in *Rummel/Lukas/Geroldinger* (Hrsg), ABGB⁴ (2025) § 1325 Rz 2; *Karner* in *Bydlinski/Perner/Spitzer* (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 1293 ABGB Rz 2.

³⁰² OGH vom 16.5.2001, 2 Ob 84/01v = ecolex 2001/235 (*Helmich*).

³⁰³ RIS-Justiz RS0022544 (T1).

gebührt.³⁰⁴ Obwohl die von der hL anerkannte Generalklausel einer Geldersatzfähigkeit von immateriellen Schäden gem §§ 1323 f ABGB vom OGH bisher noch nicht übernommen wurde, hat der OGH in der Entscheidung zum Trauerschmerzensgeld eine **Gesetzeslücke** erkannt. Diese wurde vom OGH mittels Analogie auf Grundlage zahlreicher Einzeltatbestände geschlossen und hat der OGH eine Geldersatzfähigkeit bei Vorliegen von qualifiziertem Verschulden bejaht.³⁰⁵ Im Hinblick auf diese Entscheidung, ist der OGH von der grundsätzlich stRsp abgewichen, wonach eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage zum Geldersatz von ideellen Schäden vorliegen muss. Meines Erachtens kann hier eine Parallele zum immateriellen Schadenersatz nach dem GIBG erkannt werden: trotz einer gesetzlichen Grundlage geht die einhellige Lehre nämlich davon aus, dass die zuerkannten Beträge nach wie vor viel zu gering ausfallen.³⁰⁶ Insbesondere bei qualifiziertem Verschulden, könnten im Lichte dieser neueren OGH Rsp wesentlich höhere Beträge zugesprochen werden (dazu im Detail unter IV.4.8).

1.2.1 Das Schmerzensgeld als Ausgangspunkt

Das Schmerzensgeld ist ein Schadenersatzanspruch bei Körperverletzungen (§ 1325 ABGB) und der praktisch bedeutendste Fall der Abgeltung ideeller Schäden im allgemeinen Zivilrecht. Grundsätzlich gelten die allgemeinen Voraussetzungen der Verschuldenshaftung gem §§ 1293 ABGB, wonach Schaden, Kausalität, Rechtswidrigkeit und Verschulden zur Haftung führen. Das Verschulden des:der Schädigers:Schädigerin muss allerdings nicht zwingend erforderlich sein, da im Falle von Gefährdungshaftungen ebenfalls Schmerzensgeld zustehen kann und in diesen Fällen ein Verschulden selbstverständlich nicht zu prüfen ist.³⁰⁷

Der Schaden, also der **Begriff der Körperverletzung** („Wer jemanden an seinem Körper verletzt“ gem § 1325 ABGB), wird – im Unterschied zum Strafrecht – sehr weit verstanden. Neben den **körperlichen Schmerzen**, die nach stRsp keine äußerlich erkennbaren Verletzungen aufweisen müssen,³⁰⁸ sind insbesondere auch die **seelischen Schmerzen** ersatzfähig. Nach stRsp steht für diese „Störung der inneren Lebensvorgänge“ allerdings nur

³⁰⁴ RIS-Justiz: RS0022544 (T1).

³⁰⁵ „Der erkennende Senat gelangt somit zum Ergebnis, dass ein Ersatz des Seelenschmerzes über den Verlust naher Angehöriger [...] nur bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz des Schädigers in Betracht kommt“ in OGH 2 Ob 84/01v (13) = JBl 2001, 660.

³⁰⁶ Siehe FN 12.

³⁰⁷ Reischauer/Neumayr in Rummel/Lukas/Geroldinger (Hrsg), ABGB⁴ (2025) § 1325 Rz 2.

³⁰⁸ RIS-Justiz RS0030792.

dann Schmerzensgeld zu, wenn eine die bloße Verärgerung oder Aufregung übersteigende **Erheblichkeit vorliegt**.³⁰⁹ Unterschieden wird dabei zudem unter seelischen Leiden in Form von Verletzungsfolgeschäden (zB Verlust eines Sinnesorgans, bleibende Entstellungen und Narben etc) und psychotraumatischer Leidenszustand von Krankheitswert (zB Schock, Depression etc).³¹⁰ Eine psychische Beeinträchtigung, die bloß in Unbehagen oder Unlustgefühlen besteht, reicht hingegen für sich alleine betrachtet nicht aus, um den Begriff der Körperverletzung iSd § 1325 ABGB zu erfüllen oder einer Verletzung gleichgestellt zu werden.³¹¹ Wenn nach der Lage des Falles allerdings jedenfalls mit seelischen Schmerzen zu rechnen ist, muss die:der Geschädigte nach stRsp weder konkrete Behauptungen diesbezüglich aufstellen noch das Gericht eine dahingehende Beweiserhebung durchführen und steht Schmerzensgeld in diesen Fällen jedenfalls zu.³¹²

Neben dieser allgemeinen Regel der Ersatzfähigkeit von seelischen Schmerzen sind die Sonderfälle **Schockschaden** und **Trauerschmerzen** hervorzuheben. Hierbei stellt sich die Frage, ob der erlittene Schock bzw die Trauer naher Angehöriger dann ersatzfähig ist, wenn sie am Unfallereignis nicht unmittelbar selbst beteiligt waren. Gänzlich unumstritten und seitens der Rsp ausdrücklich anerkannt ist die Ersatzfähigkeit des Schockschadens, sofern dieser **Krankheitswert** aufweist.³¹³ Zur Abklärung der Frage, ob eine Gesundheitsbeeinträchtigung mit Krankheitswert besteht, bedarf es idR der Einholung eines fachärztlichen Sachverständigengutachtens.³¹⁴ Die Rsp rechtfertigt die Ersatzfähigkeit damit, dass diese unbeteiligten Dritten durch das Erleiden eines Nervenschadens (=Schockschaden mit Krankheitswert) in ihrem absolut geschützten Recht auf körperliche Unversehrtheit beeinträchtigt und deshalb als unmittelbar Geschädigte anzusehen sind.³¹⁵ Die Gefahr eines potentiellen Haftungsexzesses wird seitens der Rsp durch Betrachtung der

³⁰⁹ RIS-Justiz RS0030778.

³¹⁰ Danzl/Karner in Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 1325 ABGB Rz 28.

³¹¹ OGH vom 12.07.2000, 9 Ob 147/00h = ZVR 2001/55.

³¹² RIS-Justiz RS0030972; Danzl/Karner in Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 1325 ABGB Rz 28.

³¹³ Danzl/Karner in Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 1325 ABGB Rz 29; „Dieser Weg ist jedoch verschlossen, wenn die Schwelle zur Krankheit nicht überschritten wird.“ Reischauer/Neumayr in Rummel/Lukas/Geroldinger (Hrsg), ABGB⁴ (2025) § 1325 Rz 27; Hinteregger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 1325 Rz 41 (Stand 1.8.2022, rdb.at).

³¹⁴ Ziehensack in Ziehensack (Hrsg), AHG Amshaftungsgesetz² (2022) V. Schaden Rz 1456.

³¹⁵ RIS-Justiz **RS0116865**; RS0031111.

Verletzungshandlung begrenzt. Hierbei wird geprüft, ob diese im Rahmen einer typisierten Betrachtung in hohem Maße geeignet erscheint, einen Schockschaden mit Krankheitswert herbeizuführen.³¹⁶ Demgegenüber ist der Ersatz von Trauerschmerzen **ohne Krankheitswert** – wenn auch seitens der Rsp anerkannt³¹⁷ – nicht gänzlich unumstritten. Insbesondere *Kerschner* erachtet zwar die Judikatur betreffend den Ersatz eines Schockschadens mit Krankheitswert (noch) vertretbar, sieht einen Ersatzanspruch von Trauerschmerzen ohne Krankheitswert mangels gesetzlicher Grundlage allerdings kritisch.³¹⁸ Hinsichtlich neuerer Rsp (dazu sogleich), wonach Trauerschmerzen auch ohne Krankheitswert ersetzt werden können, sieht *Kerschner* vielmehr den Gesetzgeber in der Ziehung eine taugliche Rechtsgrundlage zum ideellen Schadenersatz ohne Krankheitswert herzustellen, da die Voraussetzungen zur Analogie fehlen und das Legalitätsprinzip sowie die Rechtssicherheit gefährdet werden würden, wenn diese Rechtsgrundlage mittels Analogie abgeleitet wird.³¹⁹ Die bereits angesprochene Judikatur löst die Frage der Ersatzfähigkeit von Trauerschmerzen ohne Krankheitswert, also ohne eigener Gesundheitsschädigung, dahingehend, dass auch in diesem Fall Ersatz gebührt, wenn ein **qualifiziertes Verschulden** vorliegt.³²⁰ Der OGH sieht dieses bei Vorliegen von grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz erfüllt und leitet die Rechtsgrundlage der Ersatzfähigkeit aus einer **umfassenden Rechtsanalogie** zu den Bestimmungen über den immateriellen Schadenersatz (insb §§ 1328, 1329, 1331 ABGB sowie § 213a ASVG) ab.³²¹ Der Ersatz dieses Trauerschadens ohne Krankheitswert wurde bspw. zuerkannt, wenn ein Vater eine „normale“ Trauerreaktion ohne Belastungsstörung aufweist, nachdem er seine Tochter noch am Unfallort vorfindet und ihm der Notarzt mitteilt, dass sie „keine Chance gehabt“ hat.³²² Trauerschmerzensgeld wurde auch zugunsten einer Hebamme zuerkannt, die trotz erheblichem Risiko und Warnungen der behandelnden Ärzte sowie der Gebietskrankenkasse eine Hausgeburt durchführte, was zum Tod des Neugeborenen führte.³²³ Der Ersatz von

³¹⁶ OGH vom 28.11.2017, 2 Ob 189/16g (16 f) = Zak 2018/60 (*Kolmasch*).

³¹⁷ RIS-Justiz RS0115189.

³¹⁸ *Kerschner* in *Kerschner* (Hrsg), Schmerzensgeld² (2020) 1. Schockschadenersatz mit Krankheitswert auch bei „schwerster“ Verletzung ohne Todesfolge Rz 14.

³¹⁹ *Kerschner* in *Kerschner* (Hrsg), Schmerzensgeld² (2020) 5. Zum dogmatischen und schematischen Ansatz beim Trauerschmerzensgeld Rz 24.

³²⁰ Erstmals dahingehend entschieden in OGH vom 16.5.2001, 2 Ob 84/01v = JBl 2001, 660.

³²¹ RIS-Justiz RS0115190.

³²² OGH 2 Ob 84/01v = ZVR 2001/73.

³²³ OLG Graz vom 25.7.2013, 3 R 127/13s: Schadenersatz iHv € 10.000,00 in *Konrad/Nitsch*, Trauerschaden des Vaters bei Tod des Kindes während des Geburtsvorgangs, ÖJZ 2014/76.

Trauerschmerzen wurde aber nicht nur bei **Todesfolgen**, sondern auch bei Vorliegen von „**schwersten Verletzungen**“ zuerkannt, wobei in diesen Fällen nicht auf die Schwere der Verletzung an sich, sondern auf die daraus resultierende Beeinträchtigung der weiteren Lebensführung abgestellt wird (zB Pflegebedürftigkeit des Angehörigen).³²⁴ Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass nach der stRsp Trauerschmerzensgeld im Fall von Gefährdungshaftung nicht zusteht, weil die erforderliche Schwere des Zurechnungsgrundes fehlt.³²⁵ Obwohl dies seitens *Hinteregger* unter Hinweis darauf, dass die Gefährdungshaftung an sich bereits einen schweren Zurechnungsgrund darstellt, kritisiert wird,³²⁶ hat der OGH bereits mehrfach ausdrücklich bestätigt, dass weder leichte Fahrlässigkeit noch eine Gefährdungshaftung den Ersatz von Trauerschmerzen ohne Krankheitswert begründen kann.³²⁷

Im Hinblick auf die oben bereits im Detail ausgeführten Funktionen des Schadenersatzrechts im Allgemeinen, ist schmerzensgeld-spezifisch anzumerken, dass die Ausgleichs- und Genugtuungsfunktion insb dadurch zum Ausdruck kommt, dass die:der Verletzte nach stRsp in die Lage versetzt werden soll, **dass sie:er sich als Ausgleich für die Leiden und der ihr:ihm entzogenen Lebensfreude auf andere Weise gewisse Annehmlichkeiten und Erleichterungen verschaffen kann.**³²⁸

Wie bereits ausgeführt, ist das österreichische Schadenersatzrecht nach hL primär von der Ausgleichsfunktion geprägt und bildet das Schmerzensgeld keine davon abweichende Ausnahme.³²⁹ Die zwar untergeordnete aber dennoch existente Präventionsfunktion liegt darin, dass aufgrund der vorhandenen Ersatzpflicht jede:r von Handlungen abgehalten werden soll, die eine:n andere:n in seiner:ihrer körperlichen Integrität verletzt, weshalb Schäden, wie es *Schickmair* zutreffend ausdrückt, „besser zu vermeiden als auszugleichen“ sind.³³⁰ Nach stRsp ist das Schmerzensgeld zudem weder Strafe noch Buße und hat auch keinen Sühnecharakter,³³¹

³²⁴ *Hinteregger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 1325 Rz 47 (Stand 1.8.2022, rdb.at).

³²⁵ OGH vom 14.6.2007, 2 Ob 163/06v = JBl 2007, 791.

³²⁶ *Hinteregger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 1325 Rz 44 (Stand 1.8.2022, rdb.at).

³²⁷ RIS-Justiz RS0115189.

³²⁸ *Danzl/Karner* in *Bydlinski/Perner/Spitzer* (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 1325 ABGB Rz 26; RIS-Justiz **RS0031061**.

³²⁹ *Schickmair* in *Kerschner* (Hrsg), Schmerzensgeld² (2020) 1. Ausgleichs- und Genugtuungsfunktion Rz 38.

³³⁰ *Schickmair* in *Kerschner* (Hrsg), Schmerzensgeld² (2020) 2. Präventionsfunktion Rz 46.

³³¹ *Reischauer/Neumayr* in *Rummel/Lukas/Geroldinger* (Hrsg), ABGB⁴ (2025) § 1325 Rz 162.

weshalb insbesondere kein dem angloamerikanischen Recht innewohnendes Konzept der *punitive damages* (dazu im Detail unter II.2.4) im ABGB verwirklicht ist.³³²

Die meisten Schmerzensgeldansprüche beruhen auf einer **deliktischen** Verschuldenshaftung. Der Anspruch kann aber auch aus dem Verstoß einer **vertraglichen** Verpflichtung resultieren, wenn dadurch eine Körperverletzung entstanden ist (zB medizinischer Behandlungsvertrag).³³³ Dies ist insbesondere bei der Zurechnung von Gehilfen gem § 1313a ABGB relevant. Darüber hinaus kann auch die **Gefährdungshaftung** einen zulässigen Zurechnungsgrund für den Ersatz erlittener Schmerzen gem § 1325 ABGB darstellen, wenn nicht ohnedies Sondervorschriften (insb § 12 EKHG) einen Anspruch auf Schmerzensgeld begründen.³³⁴

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass für die erfolgreiche Zumessung eines Schmerzensgeldes gem § 1325 ABGB das tatsächliche Empfinden von Schmerzen keine Voraussetzung darstellt.³³⁵ Die Rsp hat in diesem Zusammenhang bereits festgestellt, dass ua Lähmungen, der Verlust eines Körperteils bzw Verstümmelungen oder etwa beim Abschneiden der Haare trotz mangelndem Schmerzempfinden Schmerzensgeld zustehen kann.³³⁶ Ohne den Worten des § 1325 ABGB, wonach Schmerzensgeld „auf Verlangen“ zu bezahlen ist, keine allzu große Bedeutung beizumessen, kann der Anspruch nach stRsp **vererbt, verpfändet und übertragen** werde.³³⁷

1.2.2 Weitere Rechtsgrundlagen zum Ersatz des immateriellen Schadens

Neben der zweifellos für die Praxis wichtigsten Rechtsgrundlage für den Ersatz eines immateriellen Schadens in Form des Schmerzensgeldes (§ 1325 ABGB), sieht das Zivilrecht in zahlreichen weiteren Fällen den Ersatz ideeller Schäden vor. Dabei kann grundsätzlich zwischen Persönlichkeitsrechtsverletzungen und Verletzungen von Vermögensrechten nach

³³² Schickmair in Kerschner (Hrsg), Schmerzensgeld² (2020) 3. Straffunktion Rz 47 ff.

³³³ So die ausdrückliche rechtliche Beurteilung: „auch für Fälle [...] der Vertragsverletzung“ in OGH vom 28.4.2000, 2 Ob 89/99y = ZVR 2001/3.

³³⁴ Reischauer/Neumayr in Rummel/Lukas/Geroldinger (Hrsg), ABGB⁴ (2025) § 1325 Rz 2.

³³⁵ Hinteregger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 1325 Rz 38 (Stand 1.8.2022, rdb.at).

³³⁶ Harrer/Wagner in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ (2016) zu § 1325 ABGB Rz 66; OGH vom 12.12.1974, 6 Ob 246/74; RIS-Justiz RS0031276.

³³⁷ OGH vom 30.6.1996, 6 Ob 2068/96b = JBl 1997, 40; Hinteregger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 1325 Rz 31 (Stand 1.8.2022, rdb.at).

dem ABGB sowie weiteren (neuere) Rechtsgrundlagen in Sondergesetzen unterschieden werden.

Den Schutz vor **Verletzungen der Persönlichkeit** regelt das ABGB in den §§ 1328 bis 1330 und sieht darin neben dem Ersatz sonstiger Schäden den Ersatz des immateriellen Schadens vor. In diesem Sinne sieht § 1328 ABGB bei **Verletzung der geschlechtlichen Selbstbestimmung** aufgrund einer strafbaren Handlung, List, Drohung oder der Ausnützung eines Abhängigkeitsverhältnisses neben dem Ersatz sonstiger Schäden, die Entschädigung der erlittenen Beeinträchtigung vor.³³⁸ Weiters sieht § 1328a ABGB eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung zum Schutz vor **Verletzungen des Rechts auf Wahrung der Privatsphäre** vor; so zB wenn ein AG ohne BV oder Einzelvereinbarung permanent und zur Gänze den von Mitarbeiter:innen einer Tabaktrafik als Pausenraum genutzten Büroraum filmt.³³⁹ Lange Zeit umstritten und von der alten Rsp abgelehnt wurde der Ersatz des immateriellen Schadens bei **Verletzungen der persönlichen Freiheit** gem § 1329 ABGB. Während die neuere Rsp nunmehr einen Ersatz bei vorsätzlichem Freiheitsentzug bejaht,³⁴⁰ herrscht in der Lehre nach wie vor Uneinigkeit darüber, ob der Ersatz des immateriellen Schadens bereits bei Vorliegen bloß leichter Fahrlässigkeit³⁴¹ oder erst bei Vorliegen von grober Fahrlässigkeit³⁴² zustehen soll.

Neben dem Schutz dieser höchstpersönlichen Bereiche, kennt das ABGB auch den ideellen **Wertersatz der besonderen Vorliebe** bei Verletzungen von Vermögensrechten. Ersatzfähig gem § 1331 ABGB sind aus Mutwillen und Schadenfreude oder durch eine durch das Strafgesetz verbotene Handlung herbeigeführte Schäden und der daraus resultierende immaterielle Schaden der besonderen Vorliebe, also das sog Affektionsinteresse.³⁴³

³³⁸ Wittwer in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 1328 ABGB Rz 6 f.

³³⁹ OLG Wien vom 26.1.2023, 10 Ra 92/22f = ARD 6862/6/2023 (*Lindmayr*).

³⁴⁰ OGH vom 27.3.1990, 5 Ob 544/90 = JBl 1990, 794.

³⁴¹ Für eine Haftung bei Vorliegen von bereits **leichter Fahrlässigkeit**: Anmerkungen von *Strasser* in OGH vom 18.6.1974, 1 Ob 226/74 = JBl 1975, 645; Anmerkungen von *Apathy* in OGH vom 1.3.1979, 7 Ob 555/79 = DRdA 1980/19; *Reischauer/Neumayr* in *Rummel/Lukas/Geroldinger* (Hrsg), ABGB⁴ (2025) § 1329 Rz 25.

³⁴² Für eine Haftung bei Vorliegen von **grober Fahrlässigkeit**: *Karner* in JBl 1997, 685; Anmerkungen von *Koziol* in OGH vom 1.3.1979, 7 Ob 555/79 = JBl 1980, 372; *Bydlinski* in JBl 1965, 237 (251).

³⁴³ *Hinteregger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 1331 Rz 4 (Stand 1.8.2022, rdb.at).

Neben diesen Bestimmungen zum Ersatz des immateriellen Schadens aus dem ABGB, gibt es zahlreiche Sondergesetze, die ebenfalls den Ersatz des ideellen Schadens vorsehen und ist zu beobachten, dass der Gesetzgeber den Ersatz des immateriellen Schadens immer mehr Platz in der österreichischen Rechtsordnung einräumt. Ohne im Detail auf die einzelnen Tatbestände einzugehen, werden an dieser Stelle bloß exemplarisch die wichtigsten Sondergesetze angeführt: der Ersatz der **entgangenen Urlaubsfreude** gem § 12 Abs 3 PRG; die Entschädigung für die in keinem Vermögensschaden bestehenden Nachteile bei **Verletzungen von Immaterialgüterrechten** gem § 16 Abs 2 UWG, § 87 Abs 2 Urheberrechtsgesetz, § 150 Abs 4 Patentgesetz, § 53 Abs 4 MSchG und § 34 MuSchG; der **Ersatz eines Mediums für die erlittene Kränkung** aufgrund einer üblen Nachrede, Beschimpfung, Verspottung oder Verleumdung, der Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereiches, der Bekanntgabe der Identität oder Verletzung der Unschuldsvermutung oder einer verbotenen Veröffentlichung gem §§ 6, 7, 7a–c MedienG; der Ersatz des erlittenen Ungemachs bei **Verletzungen des Mietrechts** gem § 8 Abs 3 MRG;³⁴⁴ der Anspruch auf Ersatz immaterieller Schäden bei **Verletzungen des Datenschutzes** gem § 29 Abs 1 DSG; und natürlich der Ersatz der **persönlichen Beeinträchtigung nach dem GIBG** (dazu im Detail unten II. 2.).

1.3 Bemessungskriterien des immateriellen Schadenersatzes im allgemeinen Zivilrecht

Die **Bemessung des immateriellen Schadenersatzes** stellt Rechtsanwender:innen aufgrund der Schwierigkeit der Bewertung von grundsätzlich nicht in Geld messbaren ideellen Schäden,³⁴⁵ vor nicht unerhebliche Herausforderungen: wieviel muss für den angerichteten Gefühlsschaden in Geld ersetzt werden? Ein Blick in das ABGB bietet dazu keine allzu hilfreichen Anhaltspunkte. Gem § 1325 ABGB hat der:die Schädiger:in bei einer Körperverletzung ein „den erhobenen Umständen angemessenes Schmerzensgeld“ zu leisten. Wie diese **Angemessenheit** des Ersatzbetrags in Anbetracht des erhobenen Sachverhalts ermittelt wird, ist als Frage der rechtlichen Beurteilung den Gerichten vorbehalten. Die Bemessung erfolgt dabei nach der freien Überzeugung des Gerichts gem § 273 ZPO.³⁴⁶ Vor dem Hintergrund der Schwierigkeit betreffend die Feststellung des konkret eingetreten

³⁴⁴ RIS-Justiz RS0069538.

³⁴⁵ „[...] ideelle Schäden, das sind Nachteile, die nicht direkt im Anschluss an reale Marktvorgänge in Vermögenskategorien erfasst werden können.“ *Karner in Bydlinski/Perner/Spitzer* (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 1293 ABGB Rz 2.

³⁴⁶ *Ziehensack in Höllwerth/Ziehensack* (Hrsg), ZPO_Praxiskommentar (2019) § 273 ZPO Rz 12; RIS-Justiz RS0031415.

immateriellen Schadens, erachtet ein Teil der Lehre den Begriff des „Ausgleichs“ des ideellen Schadens als nicht zutreffend und erachten den Begriff der „Genugtuung“ als treffsicherer.³⁴⁷

Da sich aus der im ABGB angeordneten „Angemessenheit“ des Schmerzensgeldes keine konkreten Bemessungsmethoden oder -kriterien direkt aus dem Gesetz ableiten lassen, sieht *Koziol* – zumindest im vertraglichen Bereich – die im mittlerweile außer Kraft gesetzten § 31e Abs 3 KSchG³⁴⁸ angeführten Kriterien (Dauer und Schwere des Mangels, Grad des Verschuldens, vereinbarter Zweck der Reise und Höhe des Reisepreises) einen „Ausdruck einer allgemeinen Regel“.³⁴⁹ **Die Rsp** hat dies zumindest in Ansätzen übernommen und festgestellt, dass zur **Ermittlung der Angemessenheit** Kriterien wie insb Art, Schwere der Körperverletzung, Intensität und Dauer der Schmerzen sowie die Dauer der Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes des Verletzten sowie die dadurch entstandenen Unlustgefühle („seelische Schmerzen“) heranzuziehen sind.³⁵⁰ Dazu sogleich im Detail.

Zu beachten ist weiter, dass das Schmerzensgeld **global zu bemessen** ist. Darunter zu verstehen ist, dass eine ziffernmäßige Trennung von körperlichen und seelischen Schmerzen unzulässig und vielmehr eine, sämtliche Beeinträchtigungen umfassende, Gesamtsumme zu bestimmen ist.³⁵¹ Der **Umfang des Anspruchs** ist nach stRsp durchwegs weitgehend und soll die:der Geschädigte mit dem zuerkannten Ersatzbetrag abhängig von der Schwere der Verletzung dazu befähigt werden, sich mithilfe des zuerkannten Geldbetrags einen **Ausgleich in Form anderer Vorteile** zu beschaffen.³⁵² Diese Rechtsprechungspraxis ist Ausdruck der bereits angesprochenen **Ausgleichs- und Genugtuungsfunktion** des immateriellen Schadenersatzrechts: die:der Geschädigte soll die durch die Schmerzen entstandenen Unlustgefühle ausgleichen können und in die Lage versetzt werden, sich anstelle der ihr:ihm entzogenen Lebensfreude auf andere Weise gewisse Annehmlichkeiten und Erleichterungen zu

³⁴⁷ *Strasser*, Der immaterielle Schaden im österreichischen Recht (1964) 16; *Schickmair* in *Kerschner* (Hrsg), Schmerzensgeld² (2020) 1. Allgemeines Rz 187.

³⁴⁸ aufgehoben durch BGBl I 2017/50.

³⁴⁹ *Koziol*, Haftpflichtrecht I⁴ D/3/ Rz 48.

³⁵⁰ RIS-Justiz RS0031363.

³⁵¹ RIS-Justiz RS0031191; RS0031055; *Hinteregger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 1325 Rz 35 (Stand 1.8.2022, rdb.at); *Schickmair* in *Kerschner* (Hrsg), Schmerzensgeld² (2020) 1. Allgemeines Rz 187.

³⁵² RIS-Justiz RS0022442.

verschaffen.³⁵³ Oder mit anderen Worten: Unlustgefühle sollen durch Lustgefühle aufgewogen werden.³⁵⁴

In Beantwortung der Frage, wie ein diesem Ausgleichs- und Genugtuungsgedanken entsprechend „angemessenes“ Schmerzensgeld bemessen wird, stützt sich die Rechtsprechungspraxis vornehmlich auf die **Verwendung von Schmerzensgeldsätzen**. Dabei handelt es sich um Tagesgeldsätze, die je nach leichten, mittleren oder schweren Schmerzen differenzieren.³⁵⁵ Festzuhalten ist aber, dass diese Tabellen nicht im ABGB oder sonstigen Sondergesetzen geregelt sind. Vielmehr leiten sich diese Richtwerte aus der Rechtsprechungspraxis ab und werden regelmäßig von *Hartl* veröffentlicht.³⁵⁶ Aus diesem Grund handelt es sich auch nicht um eine echte Bemessungsmethode, sondern vielmehr um eine bloße, aus der Praxis entwickelte **Bemessungshilfe**,³⁵⁷ diese wird um die in der Rsp-Praxis entwickelten Grundätze ergänzt (dazu sogleich unter 1.3.1 bis 1.3.8). Nach stRsp wäre deshalb der Zuspruch eines immateriellen Schadenersatzbetrags, der sich starr nach diesen definierten Tagesgeldsätzen berechnet, unzulässig.³⁵⁸ In der Praxis erfolgt die Bemessung des Schmerzensgeldes dergestalt, dass idR ein Sachverständigengutachten zur Feststellung der vorliegenden Schmerzperioden (wie viele Tage, Ausmaß der Schmerzen etc) eingeholt wird und in der Folge dieses Ergebnis mit den Tagesgeldsätzen multipliziert wird. Vor dem Hintergrund, dass die Bemessung des Schmerzensgeldes aber eine **Frage der rechtlichen Beurteilung** und damit keine von Sachverständigen beeinflussbare Sachfrage darstellt,³⁵⁹ wird die Anwendung der Schmerzensgeldsätze insb seitens des OLG Linz heftig kritisiert.³⁶⁰ Die Erklärung des OGH, wonach Tagessätze nur eine Bewertungs- bzw Bemessungshilfe aber keine Berechnungsmethode darstellen würden, habe lediglich Alibicharakter und werde die

³⁵³ RIS-Justiz RS0031061; RS0031307; RS0031175.

³⁵⁴ *Schickmair* in *Kerschner* (Hrsg), Schmerzensgeld² (2020) 1. Ausgleichs- und Genugtuungsfunktion Rz 42.

³⁵⁵ zB im Sprengel des OLG Wien € 120/€ 240/€ 360.

³⁵⁶ *Hartl*, Schmerzensgeldsätze in Österreich, Zak 2024/114.

³⁵⁷ *Huber* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 1325 ABGB Rz 117; OGH vom 20.1.2005, 2 Ob 292/04m = ZVR 2004/49.

³⁵⁸ „die Bemessung des Schmerzensgelds [hat] nach ständiger Rechtsprechung nicht nach starren Regeln zu erfolgen“ in OGH vom 15.10.2009, 2 Ob 94/09a (9); „nicht aber tagweise“ in RIS-Justiz RS0031415; *Danzl*, Bemerkenswerte schadenersatzrechtliche Entscheidungen des OGH aus dem Jahr 2009, ZVR 2010/43.

³⁵⁹ RIS-Justiz RS0031346.

³⁶⁰ OLG Linz vom 11.01.2002, 4 R 232/01t = ZVR 2002/68; ebenfalls die Erklärung aller Senatsvorsitzenden des OLG Linz, ZVR 1990, 295 (*Danzl*) = SV 1990, 7; kritisch auch *Kossak*, ZVR 2001, 227.

Bemessung des Schmerzensgeldes dadurch auf den Sachverständigen verlagert. Die entscheidende Rechtsfrage in Schmerzensgeldverfahren werde damit – so das OLG Linz – auf eine bloße Rechenoperation reduziert und das Gericht durch den Taschenrechner ersetzbar.³⁶¹

In der Lehre werden diese Bedenken überwiegend nicht geteilt. *Huber* würde gar begrüßen, wenn im Detail begründet werden würde, aus welchen Gründen der Zuspruch eines bestimmten Ersatzbetrags vom sich mathematisch ergebenden Betrag entlang der Schmerzensgeldsätze abweicht. Auf diese Weise würde die Bemessung des Schmerzensgeldes von ihrer „Aura des Geheimnisvollen“ befreit werden.³⁶² Weiters verorten *Danzl/Karner* in den Schmerzensgeldsätzen jedenfalls hinsichtlich leichter bis minder schwerer Schmerzen eine unschätzbare Orientierungshilfe. Diese tritt aber immer mehr in den Hintergrund, je schwerer die Verletzungen und die damit verbundenen Dauerfolgen sind.³⁶³ Im Hinblick auf die Kritik des OLG Linz räumt aber *Schickmair* ein, dass durchaus die Gefahr einer rein mechanischen, allzu schematischen Ermittlung des Schmerzensgeldes mittels Rechnungsgrößen gegeben sein kann und ist fraglich, ob die Gerichte diese Tabellen überhaupt benötigen.³⁶⁴ Meines Erachtens sollte die Grenze der Publikation bzw Anwendung derartiger Bemessungshilfen dort gezogen werden, wo die Präventionsfunktion des Schadenersatzrechts in Gefahr gerät. Dies gilt mE insbesondere im Hinblick auf den immateriellen Schadenersatz nach dem GlBG. Fällt der zu ersetzende Schaden im Vorhinein für den:die potentielle:n Schädiger:in kalkulierbar gering aus, könnte die erwünschte Verhaltenssteuerung und damit die präventive Wirkung beeinträchtigt werden. Wenn der zu ersetzende Schadenersatzbetrag vorhersehbar gering ist, hätte die von *Huber* ins Treffen geführte Befreiung der Bemessung des Schmerzensgeldes von der „Aura des Geheimnisvollen“ auch eine potenziell negative und jedenfalls nicht wünschenswerte Auswirkung auf den – ohne dies bloß schwach ausgeprägten – präventiven Charakter des Schadenersatzrechts. Die Folge von vorhersehbar geringen Ersatzbeträgen, demonstriert *Kletečka* am Beispiel von Lucius Veratius, der bei seinen Spaziergängen durch das antike Rom zum Vergnügen Passanten ohrfeigte und sein hinter ihm hergehender Sklave den Opfern sogleich die dafür vorgesehene Geldbuße in Höhe von 25 Assen bezahlte.³⁶⁵

³⁶¹ OLG Linz vom 11.01.2002, 4 R 232/01t = ZVR 2002/68.

³⁶² *Huber* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 1325 ABGB Rz 117.

³⁶³ *Danzl/Karner* in *Bydlinski/Perner/Spitzer* (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 1325 ABGB Rz 30.

³⁶⁴ *Schickmair* in *Kerschner* (Hrsg), Schmerzensgeld² (2020) 3. Schmerzensgeldsätze Rz 206.

³⁶⁵ *Kletečka*, Punitive damages - Der vergessene Reformpunkt?, ÖJZ 2008/83.

Bevor auf die einzelnen Bemessungskriterien im Detail eingegangen wird, ist im Allgemeinen abschließend festzuhalten, dass nach stRsp das **Schmerzensgeld nicht zu knapp zu bemessen** ist.³⁶⁶ Die erkennenden Senate betonen weiter, dass der Ersatz für seelische Leiden höher bewertet werden muss, als dies in der Vergangenheit geschehen ist und mit dem Vergleich alter Erkenntnisse vorsichtig umzugehen ist. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, da die **gesunkene Kaufkraft** und die **allgemeine Erhöhung des Einkommensniveaus** bei der Bemessung des Ersatzbetrags mit zu berücksichtigen sind und daher die Höhe des immateriellen Schadenersatzes aus älteren Entscheidungen keinen verlässlichen Vergleich ermöglichen.³⁶⁷ Auch *Huber* erblickt darin die Bekennung des OGH zum **generellen Postulat der deutlichen Anhebung** des Stellenwerts von psychischen Beeinträchtigungen,³⁶⁸ was mE eine gesellschaftliche Änderung bei der Bewertung von immateriellen Schäden widerspiegelt. Im Hinblick auf den Umgang mit Urteilen aus der Vergangenheit, betonte der OGH bereits in den 70er Jahren, dass der Zweck des Schmerzensgeldes der **Ausgleich von Unlustgefühlen in der Gegenwart** zu sein hat,³⁶⁹ weshalb mE gegenwärtige Bemessungen unter Orientierung an Erkenntnissen aus der Vergangenheit mit allergrößter Vorsicht zu erfolgen haben. Zudem betont der OGH, dass die Annahme, ein Schmerzensgeld in Millionenhöhe würde eine „Obergrenze“ darstellen, keine Deckung im Gesetz findet und eine solche Annahme einer Grenze auch den Umständen des Einzelfalles nicht gerecht werden könne.³⁷⁰ Diese Überlegungen sind meines Erachtens zur Gänze auf den Anwendungsbereich des GIBG umzulegen. Ohne den III. und IV. Teil dieser Arbeit vorwegzunehmen, darf an dieser Stelle weiterführend auf III.2 und IV.4.12 verwiesen werden.

Die Rsp hat neben diesen allgemeinen Grundätzen zur Bemessung des ideellen Schadens auch **konkrete Bemessungskriterien nach dem ABGB** aufgestellt die nachstehend betrachtet werden sollen, um – darauf aufbauend – konkrete Bemessungskriterien für die Ermittlung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG zu untersuchen.

³⁶⁶ RIS-Justiz **RS0031075 (T4)**; OGH vom 26.2.2003, 7 Ob 281/02b = JBI 2003, 650.

³⁶⁷ „[...] muss für eine Vergleichbarkeit früherer Schmerzensgeldzusprüche auch die inflationsbedingte „Verdünnung“ des Geldwerts berücksichtigt werden [...]“ in OGH vom 24.08.2011, 3 Ob 128/11m = Zak 2011/627; RIS-Justiz **RS0031402**.

³⁶⁸ *Huber* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 1325 ABGB Rz 118a.

³⁶⁹ OGH vom 13.3.1979, 2 Ob 16/79; RIS-Justiz RS0031402 (T3).

³⁷⁰ OGH vom 27.11.1991, 2 Ob 55/91 = RdW 1992, 270; RIS-Justiz RS0031173.

1.3.1 Dauer

Gänzlich unumstritten und sich bereits aus der allgemeinen Schadenersatzlehre ergebend, ist das Bemessungskriterium der Dauer der Beeinträchtigung.³⁷¹ Obwohl dieses Kriterium im ABGB nicht ausdrücklich angeführt ist, wird nach stRsp ein umso höherer Schmerzensgeldbetrag zuerkannt, je länger die Schmerzen anhalten.³⁷² Dieses Bemessungskriterium korreliert auch mit der oben dargestellten Bemessungshilfe in Form der Verwendung von Tagesgeldsätzen. Der OGH hat zudem bereits mehrfach ausdrücklich festgehalten, dass dieses Bemessungskriterium nicht nur auf die Abgeltung körperlicher Schmerzen anzuwenden ist. Auch die Dauer der mit den körperlichen Schmerzen verbundenen Unlustgefühle sowie der Heilungsverlauf und die damit verbundenen seelischen Beeinträchtigungen und sohin die Dauer der seelischen Schmerzen, sind in der Höhe des Schmerzensgeldes (im Wege der Globalbemessung) zu berücksichtigen.³⁷³ Anders als bei der, das Schmerzensgeld erhöhenden Dauerfolge (dazu im Detail unter II.1.3.3), ist bei der Berücksichtigung der Dauer von Anfang an absehbar, dass die psychische oder physische Beeinträchtigung enden wird. Die Höhe des Ersatzbetrags ist sohin abhängig davon, ob dieses Ende früher oder später eintritt.

Das Schmerzensgeld erhöhend kann unter diesem Bemessungskriterium bspw eine lange Heilungsdauer oder mehrfach erforderliche Operationen³⁷⁴ oder die psychische Beeinträchtigung wegen der Verunsicherung möglicher Spätfolgen sein.³⁷⁵

Zum Verständnis im Anwendungsbereich des GlBG siehe unter IV.2.1.

1.3.2 Intensität der Beeinträchtigung

Die Intensität der Beeinträchtigung indiziert das Ausmaß der erlittenen Schmerzen und stellt daher ein wesentliches Bemessungskriterium für die Höhe des Ersatzbetrages dar. Auch in

³⁷¹ Huber in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 1325 ABGB Rz 109; *Reischauer/Neumayr* in *Rummel/Lukas/Geroldinger* (Hrsg), ABGB⁴ § 1325 Rz 167 (Stand 31.5.2025, rdb.at); *Hinteregger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 1325 Rz 32 (Stand 1.8.2022, rdb.at).

³⁷² RIS-Justiz RS0031040.

³⁷³ OGH vom 18.12.2009, 2 Ob 105/09v = Zak 2010/196; RIS-Justiz RS0031040 (T2).

³⁷⁴ OLG Wien vom 3.3.2003, 15 R 22/03w = ZVR 2005/38.

³⁷⁵ OGH vom 29.8.2018, 1 Ob 130/18a = Zak 2018/687 (*Kolmasch*).

diesem Fall ordnet das ABGB zwar nicht ausdrücklich an, dass die Intensität der Schmerzen für die Höhe des Ersatzbetrags maßgebend ist, doch ist die erforderliche „Angemessenheit“ des Ersatzbetrags gem § 1325 ABGB wohl in Relation zum Grad der Intensität der Beeinträchtigung zu verstehen.³⁷⁶ Aus diesem Grund steht die Schwere der erlittenen Verletzung bei der Bemessung des Schmerzensgeldes nach der stRsp zu Recht im Vordergrund.³⁷⁷ Die Rsp anerkennt zB den Verlust eines Organs stets als besonders berücksichtigungswürdige Intensität an, dies selbst dann, wenn die natürliche Funktion des verlorenen Organes von den verbliebenen Organen weitgehend übernommen wird, also selbst dann, wenn eine Beeinträchtigung in der körperlichen Funktionstüchtigkeit nicht vorliegt.³⁷⁸

Die Rsp hat beispielsweise eine besonders berücksichtigungswürdige Intensität aufgrund einer verursachten Fehlgeburt,³⁷⁹ aufgrund Zukunfts- und Todesängste,³⁸⁰ oder starker Bewegungseinschränkungen einer Hochschwangeren aufgrund eines Oberkörpergipsverbands sowie der Geburt im Korsett³⁸¹ zuerkannt.

Zum Verständnis im Anwendungsbereich des GIBG siehe unter IV.2.2.

1.3.3 Berücksichtigung von Dauerfolgen

Vergleichbar mit der Berücksichtigung der Intensität der Beeinträchtigung, wirkt sich eine allfällige Dauerfolge ebenfalls erhöhend auf die Bemessung des Schmerzensgeldes aus. Der Unterschied zwischen den Bemessungskriterien der Dauer und der Intensität einerseits und der Dauerfolge andererseits liegt darin, dass die Beeinträchtigung nicht durch Zeitablauf endet. Aufgrund dieser Unumkehrbarkeit erachtet der OGH eine über die bereits bestehende Beeinträchtigung hinausgehende Erhöhung des Schmerzensgeldes als angemessen, wenn „gravierende, das weitere Leben völlig bestimmende, mit unsäglichem Leiden verbundene

³⁷⁶ Huber in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 1325 ABGB Rz 109; *Reischauer/Neumayr* in *Rummel/Lukas/Geroldinger* (Hrsg), ABGB⁴ § 1325 Rz 168 (Stand 31.5.2025, rdb.at); *Hinteregger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 1325 Rz 32 (Stand 1.8.2022, rdb.at).

³⁷⁷ RIS-Justiz RS0031202.

³⁷⁸ RIS-Justiz RS0031185 (Auge T2, Milz T4).

³⁷⁹ OGH vom 19.10.1966, 2 Ob 265/66 = SZ 39/173.

³⁸⁰ OGH vom 22.1.2015, 2 Ob 175/14w = Zak 2015/241 (*Kolmasch*).

³⁸¹ OLG Linz vom 2.10.1991, 2 R 157/91 = ZVR 1992/81.

Dauerfolgen“ vorliegen.³⁸² Darüber hinaus wird von der Rsp den bei derartigen Dauerfolgen regelmäßig auftretenden erheblichen psychischen Belastungen Rechnung getragen (dazu im Detail unter II.1.3.4).³⁸³ Im Ergebnis bedingen Dauerfolgen die höchsten in Österreich zugesprochenen Schadenersatzbeträge, wenn bspw aufgrund eines ärztlichen Narkosefehlers bei einem 9-jährigen Mädchen irreparable Hirnschädigungen mit schwerster Entwicklungsstörung auftreten,³⁸⁴ ein 21-jähriger aufgrund eines Verkehrsunfalls eine Querschnittslähmung erleidet und lebenslang künstlich beatmet werden muss³⁸⁵ oder ein elf Monate altes Kind aufgrund eines Schütteltraumas dauerhaft berufsunfähig und pflegebedürftig ist sowie mittels Sonde ernährt werden muss.³⁸⁶

Im Hinblick auf diese Entscheidungen wird deutlich, dass das Alter der:des Betroffenen bei der Bemessung des Schmerzgeldes insb im Zusammenhang mit Dauerfolgen zu berücksichtigen ist. Es ist darauf bedacht zu nehmen, wie lange sie:er die körperlichen und seelischen Leiden voraussichtlich noch zu erdulden haben wird (dazu im Detail unter II.1.3.5).

Eine weitere Besonderheit in der Behandlung von Dauerfolgen besteht darin, dass der immaterielle Schadenersatz unter bestimmten Voraussetzungen auch als Rente begehrt werden kann. Grundsätzlich besteht das Schmerzgeld in einer einmaligen, global und abschließend zu berechnenden Abfindung für die (vergangenen und zukünftig zu erwartenden) Beeinträchtigungen.³⁸⁷ Bei „äußerst schweren Körperverletzungen“ mit „besonders schwerwiegenden Dauerfolgen“ hat die Rsp allerdings auch die Möglichkeit des Zuspruchs einer **Schmerzgeldrente** eingeräumt.³⁸⁸ Die Rsp legt hier den Maßstab sehr hoch an und

³⁸² OGH vom 26.2.2003, 7 Ob 281/02b = JBl 2003, 650.

³⁸³ OGH vom 18.4.2002, 2 Ob 237/01v = ecolex 2002/223 (*Helmich*).

³⁸⁴ OLG Innsbruck vom 27.6.2016, 69 Cg 36/11k = ZVR 2016/200, 456.

³⁸⁵ OGH vom 18.4.2002, 2 Ob 237/01v = ZRInfo 2002/348 = ecolex 2002/223 (*Helmich*).

³⁸⁶ OGH vom 13.3.2003, 2 Ob 221/02t = ecolex 2003/202.

³⁸⁷ RIS-Justiz RS0031040.

³⁸⁸ OGH vom 8.8.2002, 2 Ob 145/02s = ZVR 2002/95; *Reischauer/Neumayr* in *Rummel/Lukas/Geroldinger* (Hrsg), ABGB⁴ § 1325 Rz 118 (Stand 31.5.2025, rdb.at).

wurde zB ein Rentenanspruch bspw bei Querschnittverletzungen zuerkannt,³⁸⁹ jedoch bei Lähmung der Stimmlippen abgelehnt.³⁹⁰

Weiters zu berücksichtigen ist, dass nach stRsp das Schmerzengeld grundsätzlich als eine einmalige Abfindung für den gesamten Komplex der Schmerzempfindung ausgestaltet sein soll, die jenes Ungemach mitumfasst, dass die:der Verletzte in Zukunft zu erdulden hat.³⁹¹ Diese Globalbemessung ist aber dann nicht vorzunehmen, wenn noch gar kein Dauer- oder Endzustand vorliegt und sämtliche Verletzungsfolgen noch nicht oder noch nicht in vollem Umfang und mit hinreichender Sicherheit überblickt werden können.³⁹²

Zum Verständnis im Anwendungsbereich des GIBG siehe unter IV.2.3.

1.3.4 Berücksichtigung von psychischen Leiden

Wie bereits mehrfach ausgeführt wirken sich nicht nur körperliche Beeinträchtigung auf die Höhe des Schmerzengeldes aus, sondern sind psychische Leiden ebenso in die Bemessung des Gesamtschadens miteinzubeziehen. Eine ziffernmäßige Trennung zwischen psychischen und physischen Schmerzen ist jedoch unzulässig und hat stets ein Gesamtbetrag aus der Ermittlung des Schmerzengeldes zu resultieren.³⁹³ Die ideellen Folgeschäden können bei der Bemessung des Gesamtbetrags allerdings nur dann Berücksichtigung finden, wenn es sich um adäquate Folgen handelt, also die seelischen Beeinträchtigungen aufgrund der konkreten Verletzung im – oben näher ausgeführten – Adäquanzzusammenhang stehen.³⁹⁴ Die Rsp sieht in diesem Zusammenhang sogar eine gewisse Erleichterung vor, da die:der Geschädigte bei Vorliegen von besonders schwerwiegenden Beeinträchtigungen nicht einmal behaupten oder beweisen muss, dass eine seelische Beeinträchtigung vorliegt, wenn nach der Lage des Falles mit solchen zu rechnen ist.³⁹⁵

³⁸⁹ OGH vom 22.12.2003, 2 Ob 292/03k = ecolex 2004/153; OGH 2 Ob 145/02s = ZVR 2002/95.

³⁹⁰ OGH vom 15.3.2012, 6 Ob 12/12a = Zak 2012/354; Huber in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 1325 ABGB Rz 121; Hinteregger in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 1325 Rz 37 (Stand 1.8.2022, rdb.at).

³⁹¹ RIS-Justiz RS0031307.

³⁹² RIS-Justiz RS0031307 (T17, T27); OGH vom 10.4.2018, 5 Ob 34/18p = DAG 2018/64 (Zahrl).

³⁹³ Reischauer/Neumayr in *Rummel/Lukas/Geroldinger* (Hrsg), ABGB⁴ § 1325 Rz 168 (Stand 31.5.2025, rdb.at).

³⁹⁴ Schickmair in *Kerschner* (Hrsg), Schmerzengeld² (2020) 4. Bemessungskriterien Rz 213.

³⁹⁵ RIS-Justiz RS0030972.

Eine weitere Besonderheit in der Betrachtung von psychischen Leiden besteht darin, dass die **besondere seelische Empfindsamkeit** des:der Geschädigten in der Bemessung der Höhe des Ersatzbetrages zu berücksichtigen ist.³⁹⁶ So hat der OGH die „subjektiv-individuell besonderen seelischen Empfindsamkeit“ der klagenden Partei in der Bemessung des Schmerzensgeldes mitberücksichtigt.³⁹⁷ Dabei wurde ausdrücklich hervorgehoben, dass sohin ein nicht dem objektiven Maßstab des Durchschnittsmenschen entsprechendes Schmerzempfinden für die Erhebung der psychischen Sphäre beachtlich ist, sondern ein subjektiv-individueller Maßstab anzulegen ist. Demgegenüber hat die Rsp betreffend den Ersatz für körperliche Schmerzen die Berücksichtigung subjektiver Sachverhaltselemente zum Teil abgelehnt, wie insbesondere das tatsächliche Empfinden von Schmerzen keine Voraussetzung darstellt.³⁹⁸

1.3.5 Alter der Verletzten

Wie bereits oben erwähnt, kann das Alter von Betroffenen bei der Bemessung der Höhe des Schmerzensgeldes beachtlich sein. Obwohl das ABGB dies nicht ausdrücklich vorsieht, erblickt die Rsp des OGH im Alter von Betroffenen ein relevantes Kriterium für die Auslegung der Angemessenheit des Schmerzensgeldes iSd § 1325 ABGB.³⁹⁹ Zwar ist das Schmerzempfinden bei Kindern oder Jugendlichen grundsätzlich nicht anders als bei älteren Personen,⁴⁰⁰ allerdings spielt das Alter bei der Berücksichtigung von psychischen Leiden sowie bei Dauerfolgen eine nicht unerhebliche Rolle im Hinblick auf die (Rest-)Dauer des Leidenszustandes.

So fallen nach der Rsp bei einem Kleinkind die seelische Beeinträchtigung aus Mangel an geistiger Kompensationsfähigkeit schwerwiegender ins Gewicht, als in höherem Alter, „*da es noch nicht die Möglichkeit hat [...] durch intellektuelle Einsicht [...] mit den Unfallsfolgen fertig zu werden*“.⁴⁰¹ Beispiele aus der Rsp zeigen, dass sich das Alter besonders stark auf die

³⁹⁶ Hinteregger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 1325 Rz 32 (Stand 1.8.2022, rdb.at).

³⁹⁷ OGH vom 10.4.2018, 5 Ob 34/18p (5) = DAG 2018/64 (Zahlr).

³⁹⁸ Hinteregger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 1325 Rz 38 (Stand 1.8.2022, rdb.at); Harrer/Wagner in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ (2016) zu § 1325 ABGB Rz 66.

³⁹⁹ Ua OGH vom 27.9.2007, 2 Ob 166/07m = Zak 2007/716; OGH vom 18.12.2009, 2 Ob 105/09v = Zak 2010/196; OGH vom 15.3.2012, 6 Ob 12/12a = Zak 2012/354.

⁴⁰⁰ RIS-Justiz RS0031350: „Man kann nicht sagen, daß die Schmerzempfindlichkeit mit zunehmenden Alter abnimmt.“

⁴⁰¹ OLG Wien vom 4.3.1987, 18 R 9/87, EFSlg 54.257.

Bemessung des Schadenersatzes auswirken kann, wenn das konkrete Leiden gerade im jeweiligen (jungen) Alter eine besonders schwerwiegende psychische Belastung darstellt. Dies gilt insbesondere bei Störungen der Geschlechtssphäre oder Reproduktionsfähigkeit junger Menschen.⁴⁰² Aber auch Narbenbildungen eines – im „heiratsfähigen Alter“ befindlichen – Mädchens, haben den OGH zur außerordentlichen Berücksichtigung ihres jungen Alters bewogen.⁴⁰³ Hinsichtlich einer Entscheidung des OLG Wien, wonach die seelische Beeinträchtigung eines Kleinkindes als besonders gewichtig angesehen wurde, weist *Huber* me aber richtigerweise darauf hin, dass Entbehrungen für diejenigen am bedrückendsten sind, die mitten im Leben stehen und auch tatsächlich vermissen, was sie verlieren.⁴⁰⁴

Daneben spielt das Alter auch bei der **Beurteilung von Dauerfolgen** eine gewichtige Rolle, da die dauerhafte Beeinträchtigung je nach Lebenserwartung und Alter des:der Betroffenen unterschiedlich lange zu ertragen ist. Es handelt sich dabei nicht um eine unterschiedliche Wertung der Verletzung an sich, sondern vielmehr um die Berücksichtigung des Ausmaßes und der Dauer des daraus resultierenden Leidens. Nach der rechtlichen Beurteilung des OGH ist eine Person, die durch eine Lähmung oder den Verlust von Gliedmaßen dauerhaft beeinträchtigt wird, weniger stark betroffen, wenn sie den größten und besten Teil ihres Lebens schon hinter sich gebracht hat, als dann, wenn sie fast das gesamte Leben noch vor sich hat.⁴⁰⁵ Beispiele aus der Rsp verdeutlichen dies bspw im Hinblick auf die Möglichkeit zur Sportausübung, die üblicherweise im Alter abnimmt und eine Verunmöglichung derselben im höheren Alter eine weniger starke Beeinträchtigung darstellt.⁴⁰⁶ Zusammenfassend ist daher bei der Festsetzung des Schmerzensgeldes zu berücksichtigen, was die:der Verletzte voraussichtlich noch zu erdulden oder vermissen haben wird.⁴⁰⁷

Zum Verständnis im Anwendungsbereich des GIBG siehe unter IV.4.14.

⁴⁰² OGH vom 7.6.2011, 5 Ob 44/11y = Zak 2011/486; OGH vom 22.1.2015, 2 Ob 175/14w = Zak 2015/241 (*Kolmasch*).

⁴⁰³ OGH vom 18.1.1972, 8 Ob 3/72 = ZVR 1973/111; OGH 12.2.1981, 7 Ob 755/80 = REDOK 205.

⁴⁰⁴ *Huber* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 1325 ABGB Rz 111.

⁴⁰⁵ OGH vom 18.12.2009, 2 Ob 105/09v = Zak 2010/196.

⁴⁰⁶ OGH vom 22.1.2015, 2 Ob 175/14w = Zak 2015/241 (*Kolmasch*); OGH vom 18.12.2009, 2 Ob 105/09v = Zak 2010/196.

⁴⁰⁷ *Schickmair* in *Kerschner* (Hrsg), Schmerzensgeld² (2020) 4. Bemessungskriterien Rz 211; *Huber* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 1325 ABGB Rz 110 f; *Reischauer/Neumayr* in *Rummel/Lukas/Geroldinger* (Hrsg), ABGB⁴ § 1325 Rz 49 (Stand 31.5.2025, rdb.at)

1.3.6 Verschulden der:des Schädigerin:Schädigers

Anders als die bisherigen Bemessungskriterien, hat das Ausmaß des Verschuldens am Schaden nach stRsp im Lichte des ABGB keinen Einfluss auf die Höhe des Schmerzensgeldes.⁴⁰⁸ Diese Rechtsansicht wird auch im Hinblick auf den Ersatz des Trauerschmerzensgeldes vertreten, da ein besonders hoher Grad des Verschuldens in Form von grober Fahrlässigkeit bzw Vorsatz im Sinne des Lückenschlusses des OGH gerade erst die Voraussetzung für den Ersatz von Trauerschmerzen darstellt (dazu im Detail unter II.1.2.1). Ein sehr hoher Verschuldensgrad ist daher auch für die Bemessung der Höhe des Trauerschmerzensgeldes nicht ausschlaggebend.⁴⁰⁹

Von dieser grundsätzlich ablehnenden Haltung des OGH abweichend, gibt es Teile der Lehre sowie vereinzelt Rsp dazu, dass ein überdurchschnittlich besonders schwerwiegender Unrechtsgehalt sehr wohl zu Gunsten des:der Verletzten in der Berechnung der Höhe des Ersatzbetrags zu berücksichtigen ist. Wenn dieser Unrechtsgehalt in Form von besonderer Sorgfaltswidrigkeit oder gar Vorsatz das seelische Leiden des:der Betroffenen noch weiter verschärft, treten *Karner/Koziol* dafür ein, dass zumindest der den Gerichten eingeräumte Ermessensspielraum in der rechtlichen Beurteilung derartiger Sachverhalte zur Gänze ausgeschöpft werden sollte.⁴¹⁰ Im Hinblick auf den Präventionsgedanken, wonach der drohende Ersatzbetrag potentielle Täter:innen von Schädigungen abhalten sollte, plädiert auch *Kletečka* für die Berücksichtigung des Verschuldens in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes und verweist auf § 1324 ABGB, wonach dem ABGB ein **nach dem Verschulden abgestufter Schadensbegriff** nicht unbekannt ist.⁴¹¹ *Huber* erwägt zumindest im Fall von Vorsatztaten einen Zuschlag, wenn keine Haftpflichtversicherung besteht.⁴¹² Meines Erachtens erscheint es gerade im Lichte der Präventionsfunktion als geboten, besonders sorgfaltswidriges Verhalten mit einem höheren Ersatzbetrag zu begegnen, sodass im Sinne der

⁴⁰⁸ RIS-Justiz **RS0031072**: „Der Grad des Verschuldens des Verletzers ist für die Bemessung des Schmerzensgeldes belanglos.“; „Verschulden des Schädigers hat keinen Einfluss“ *Huber* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 1325 ABGB Rz 116; „nicht aber die Schwere des Verschuldens“ *Hinteregger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 1325 Rz 32 (Stand 1.8.2022, rdb.at).

⁴⁰⁹ OGH vom 26.6.2008, 2 Ob 55/08i = Zak 2008/579.

⁴¹⁰ *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, 15. ÖJT II/1 (2003) 121, 125.

⁴¹¹ *Kletečka*, Punitive damages - Der vergessene Reformpunkt?, ÖJZ 2008/83.

⁴¹² *Huber* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 1325 ABGB Rz 116.

Verhaltenssteuerung, sorgfältiger und sorgloser Umgang mit dem Rechtsgut anderer schadenersatzrechtlich nicht gleich behandelt wird.

In diesem Zusammenhang hat der OGH zumindest in einer bereits älteren Entscheidung in Grundzügen anklingen lassen, den besonderen Unrechtsgehalt der Tat und damit spiegelbildlich die dadurch verstärkt eingetretene seelische Beeinträchtigung aufgrund des „Bewußtsein[s] des Klägers“, Opfer eines „gegen die elementarsten Grundsätze der Wahrung der Rechte“ verstoßenden Verletzung geworden zu sein, in der Bemessung des Ersatzbetrages zu berücksichtigen.⁴¹³

Zum Verständnis im Anwendungsbereich des GIBG siehe unter IV.4.8.

1.3.7 Vermögensverhältnisse

Im Lichte des – wie bereits festgestellt lediglich schwach ausgeprägten – Präventionsgedankens ist weiters zu prüfen, ob die Vermögensverhältnisse des:der Schädigers:Schädigerin bzw des Opfers für die Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem ABGB von Relevanz sind. Die Beantwortung dieser Frage ist nach der **stRsp eindeutig: auf Vermögensverhältnisse ist auf beiden Seiten kein Bedacht zu nehmen.**⁴¹⁴ Dennoch ist in der Lehre umstritten, ob diese Ansicht so undifferenziert vertreten werden kann.

Betreffend die **Vermögensverhältnisse des:der Geschädigten** ist festzuhalten, dass eine etwaige Berücksichtigung zu unangemessenen Ergebnissen führen kann, wenn eine finanziell weniger gut ausgestattete Person einen geringeren Betrag für dieselbe Beeinträchtigung erhalten würde, als ein vermögendes Opfer. Dieser Gedanke lässt sich deutlich im Hinblick auf die Rsp veranschaulichen, wonach sich die:der Geschädigte mithilfe des Ersatzbetrags einen Ausgleich für die ihr:ihm entzogenen Lebensfreude auf andere Weise verschaffen soll.⁴¹⁵ Würde die Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach den finanziellen Verhältnissen des:der Geschädigten erfolgen, würde dies bedeuten, dass sich Geschädigte, die ökonomisch schlechter gestellt sind, aufgrund der selben Beeinträchtigung weniger an „Annehmlichkeiten und Erleichterungen“ verschaffen können, als finanziell besser gestellte Personen. Einem

⁴¹³ OGH vom 20.5.1981, 1 Ob 15/81 = JBl 1982, 263.

⁴¹⁴ RIS-Justiz RS0031267.

⁴¹⁵ Danzl/Karner in Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 1325 ABGB Rz 26; RIS-Justiz **RS0031061**.

solchen unsachlichen Ergebnis hat sich der OGH bereits in den 50er Jahren entgegengestellt: selbst wenn die finanziell besser gestellte Person „abgestumpft“ ist und sie den Ersatzbetrag aufgrund ihres höheren Lebensstandards „weniger schätzt“, geht es nicht an, die Schmerzen des in „sozial beschränkteren Verhältnissen Lebenden“ durch geringere Geldbeträge abzugelten.⁴¹⁶

Es gibt aber auch Lehrmeinungen, die eine Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse des:der Geschädigten befürworten: *Reischauer/Neumayr* und auch *Koziol* möchten das oben erwähnte im Lichte der Ausgleichsfunktion des Schadenersatzrechts im umgekehrten Verständnis zur Anwendung gebracht sehen.⁴¹⁷ Gerade in Anbetracht des kulturellen und sozialen Ranges des:der Geschädigten, wird sie:er zum Ausgleich der ihr:ihm entzogenen Lebensfreude einen höheren Ersatzbetrag benötigen, um sich auf andere Weise Annehmlichkeiten und Erleichterungen verschaffen zu können. In diesem Sinne komme man nach *Reischauer/Neumayr* nicht um eine Wertung, wie der Verletzte seine Persönlichkeit im immateriellen Bereich entfaltet, herum.⁴¹⁸

Zusammenfassend verweist mE *Schickmair* richtigerweise auf die betreffend der Vermögensverhältnisse des:der Geschädigten gebotene **objektiv-konkrete Bemessung** des Schmerzensgeldes, wonach konsequenterweise gleiche Schmerzen und damit gleiche Unlustgefühle bei vermögensmäßig unterschiedlichen Personen mit derselben Höhe an Schmerzensgeld ausgeglichen werden müssen.⁴¹⁹ Andere Lösungsansätze würden mE dazu führen, dass schadenersatzrechtlich eine eklatante Ungleichbehandlung entstünde und die Verletzung einer weniger vermögenden Person weniger wert wäre, als die einer Vermögenden. Die Verhaltenssteuerung wäre in diesem Fall völlig fehlgeleitet und würde ein Anreiz geschaffen werden, mit Rechtsgütern weniger vermögender Personen achtloser umzugehen als mit den Rechtsgütern vermögender Personen. Wird weiters ins Kalkül gezogen, dass finanziell schlechter gestellte Personen in der Regel einen weniger guten Zugang zur Rechtsdurchsetzung haben, würde ein solches Ergebnis dazu führen, dass sich der ohnehin erschwerte Gerichtsweg monetär noch weniger auszahlt.

⁴¹⁶ OGH vom 22.10.1952, 1 Ob 653/52, SZ 25/268.

⁴¹⁷ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 11/22 ff; *Koziol*² II 139 f; *Reischauer/Neumayr* in *Rummel/Lukas/Geroldinger* (Hrsg), ABGB⁴ § 1325 Rz 170 (Stand 31.5.2025, rdb.at).

⁴¹⁸ *Reischauer/Neumayr* in *Rummel/Lukas/Geroldinger* (Hrsg), ABGB⁴ § 1325 Rz 170 (Stand 31.5.2025, rdb.at).

⁴¹⁹ *Schickmair* in *Kerschner* (Hrsg), Schmerzensgeld² (2020) 4. Bemessungskriterien Rz 257.

Betreffend die **Vermögensverhältnisse des:der Schädigers:Schädigerin** gestaltet sich die theoretische Auswirkung etwas anders. Bei der Betrachtung dieser Sphäre steht nämlich nicht der Ausgleichsgedanke, sondern einzig der Präventionsgedanke im Vordergrund. Die Frage ist, ob eine Person, die mehr finanzielle Mittel zur Verfügung hat, für ein und dieselbe Verletzung mehr bezahlen sollte als eine weniger vermögende Person. Ziel dieses Ansatzes ist es, dass sich der Ersatzbetrag im Verhältnis zum Vermögen des:der Schädigers:Schädigerin gleich gewichtig anfühlt. Auch in diesem Fall ist die Rsp⁴²⁰ und hA⁴²¹ eindeutig und lässt Vermögensverhältnisse auf Seite des:der Schädigers:Schädigerin in der Bemessung der Höhe des Ersatzbetrages unberücksichtigt. Der OGH stellt zudem in stRsp fest, dass es für die Höhe des Schmerzensgeldes nicht maßgeblich ist, ob und in welchem Ausmaß die wirtschaftliche Existenz des Beklagten durch dessen Bezahlung bedroht wird, da das Schmerzensgeld **weder Strafe noch Buße** ist.⁴²² Meines Erachtens lässt diese Betrachtungsweise die für das Schadenersatzrecht elementare Präventionsfunktion zu sehr außer acht. Immerhin soll der drohende wirtschaftliche Verlust in Form des drohenden Schadenersatzes spürbar sein und von schädigendem Verhalten abhalten. Hat das zur Verfügung stehende Vermögen aber keinerlei Einfluss auf die Höhe des Ersatzbetrages, wird diese Funktion unterwandert. Die Erforderlichkeit eines im individuellen Einzelfall tatsächlich spürbaren Schadenersatzes, hat der Senatsvorsitzende zu den "Caroline von Monaco-Entscheidungen" des dt Bundesgerichtshofs *Steffen*, vortrefflich mit den Worten zusammengefasst, **dass „Schmerzensgeld [...] ruhig schmerzen“ soll.**⁴²³ Der dt BGH möchte daher seit der E des großen Zivilsenats die wirtschaftlichen Verhältnisse beider Beteiligten in der Bemessung des Schmerzensgeldes berücksichtigt wissen.⁴²⁴

⁴²⁰ OGH vom 29.4.1966, 2 Ob 115/66 = ZVR 1967/16; OGH vom 16.10.1975, 2 Ob 188/75 = ZVR 1976/208; OGH vom 15.7.1987, 1 Ob 32/87 = JBl 1988, 46; OGH vom 15.11.1989, 1 Ob 43/89 = JBl 1990, 456.

⁴²¹ „Nicht zu berücksichtigen ist jedenfalls das Vermögen des Schädigers“ *Reischauer/Neumayr* in *Rummel/Lukas/Geroldinger* (Hrsg), ABGB⁴ § 1325 Rz 170 (Stand 31.5.2025, rdb.at); „nicht aber [...] die wirtschaftliche Lage des [...] Schädigers“ *Hinteregger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 1325 Rz 32 (Stand 1.8.2022, rdb.at); „Ob der Schädiger arm oder reich ist, ist für die Bemessung des Schmerzensgeldes ohne Bedeutung.“ *Huber* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 1325 ABGB Rz 116; „sind die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers bei der Bemessung des Schmerzensgeldes nicht zu berücksichtigen“ *Harrer/Wagner* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ (2016) zu § 1325 ABGB Rz 81.

⁴²² RIS-Justiz RS0031267,

⁴²³ *Majoros*, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadens im Gleichbehandlungsgesetz, DRdA 2007 (FN 49).

⁴²⁴ RIS-Justiz RS0103447; BGHZ 18, 149 ff.

Zum Verständnis im Anwendungsbereich des GIBG siehe unter IV.4.5.

1.3.8 Soziale Stellung des:der Geschädigten

Die Frage nach der Berücksichtigung der sozialen Stellung des:der Geschädigten bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem ABGB steht bei oberflächlicher Betrachtung in einem gewissen inhaltlichen Zusammenhang mit der Frage, ob die Vermögensverhältnisse zu berücksichtigen sind. Vor diesem Hintergrund findet nach der überwiegenden Rsp die soziale Stellung des:der Verletzten **grundsätzlich keine Berücksichtigung**.⁴²⁵ Die soziale Stellung umfasst aber mehr als die Vermögensverhältnisse, weshalb ein Teil der Lehre sowie vereinzelt E des OGH eine indirekte Berücksichtigung des sozialen Umfelds des Opfers bei der Ermittlung des Ersatzbetrags zulassen. Nach einer älteren E des OGH, sind bei der Bemessung des Schadens der erlittenen psychischen Beeinträchtigung individuelle Faktoren des sozialen Lebens des:der Betroffenen mitzuberoücksichtigen.⁴²⁶ Dazu zählen beispielsweise die psychischen Folgen der Beeinträchtigungen im Beruf, im Sport und in der Freizeit, wodurch die soziale Stellung des:der Betroffenen indirekt in die Schadensbemessung einfließen kann. In einer anderen E führt der OGH sogar ausdrücklich an, dass bei der Feststellung des immateriellen Schadens „insbesondere auch die soziale Stellung“, die kulturellen Bedürfnisse und die beruflichen Verhältnisse der Verletzten zu berücksichtigen sind.⁴²⁷

Vor dem Hintergrund, dass verletzungsbedingte soziale und kulturelle Entbehrungen für den **seelischen Schmerz** meist eine besondere Rolle spielen, plädiert *Schickmair* dafür, diese Umstände sehr wohl zu berücksichtigen. Zudem sei die grundsätzlich ablehnende Rsp, wonach soziale Verhältnisse für die Höhe des Schmerzensgeldanspruches ohne Bedeutung sind,⁴²⁸ dahingehend zu verstehen, dass damit neuerlich die Nichtberücksichtigung der

⁴²⁵ RIS-Justiz RS0031297, RS0031341; OGH vom 21.3.1950, 2 Ob 160/50 = SZ 23/71; OGH vom 22.10.1952, 1 Ob 653/52 = SZ 25/268; OGH vom 11.3.1935, 3 Ob 61/53 = JBl 1953, 382; OGH vom 11.4.1956, 3 Ob 162/56 = ZVR 1957/6; OGH vom 11.2.1959, 2 Ob 70/59 = ZVR 1960/87; OGH vom 15.7.1987, 1 Ob 32/87 = JBl 1988, 46.

⁴²⁶ OGH vom 15.07.1987, 1 Ob 32/87 = JBl 1988, 46.

⁴²⁷ OGH vom 09.05.1985, 7 Ob 566/85 = SZ 58/80.

⁴²⁸ RIS-Justiz RS0031297.

Vermögensverhältnisse gemeint seien.⁴²⁹ Meines Erachtens ist diesem weiten Verständnis der Berücksichtigung der „sozialen Stellung“ mit Vorsicht zu folgen. Einerseits erscheint es stringent, wenn verletzungsbedingte Entbehrungen – die ua aus der sozialen Stellung des:der Verletzten resultieren können – in der Schadensbemessung mitberücksichtigt werden können, da dies der stRsp zur Ausgleichsfunktion des Schadenersatzes entspricht.⁴³⁰ Andererseits ist mE kritisch zu hinterfragen, ob diese aus den 80er-Jahren stammende Rechtsansicht heute noch aufrechterhalten werden kann, da durch die Berücksichtigung der sozialen Stellung gleichfalls die Vermögensverhältnisse von Geschädigten in die Schadenersatzbemessung indirekt einfließen. Ein solches Ergebnis würde aber – wie oben bereits ausgeführt – eine nicht rechtfertigbare Ungleichbehandlung darstellen, da dieselbe Verletzung einer weniger vermögenden Person weniger wert wäre als die einer vermögenden Person.

1.4 Fazit

Das Schadenersatzrecht im Allgemeinen und der Ersatz des immateriellen Schadens im Besonderen stellt eine Ausnahmeregelung zum grundsätzlichen Prinzip dar, wonach jede:r sein:ihr eigenes Lebensrisiko und die daraus resultierenden Schäden selbst zu tragen hat (casum sentit dominus gem § 1311 ABGB). Innerhalb dieser Ausnahme, nämlich, dass jemandem anderen der eigene Schaden **zugerechnet** wird, ist der immaterielle und materielle Schaden nach dem weiten Schadensbegriff des ABGB grundsätzlich gleichgestellt. Soweit der immaterielle Schaden allerdings in Geld ersetzt werden soll (Naturalrestitution ist hingegen immer möglich), schränkt die Rsp diese grundsätzliche Gleichstellung der Schadensarten dahingehen ein, als seit dem Plenissimarbeschluss vom 1.4.1908 (GIUNF 4185) ein Geldersatz grundsätzlich nur in den vom Gesetz ausdrücklich angeführten Fällen zusteht.⁴³¹ Dazu zählen neben der zentralen Bestimmung betreffend das Schmerzengeld bei Körperverletzungen (§ 1325 ABGB) insbesondere der Ersatz der erlittenen Beeinträchtigung bei Verletzungen der geschlechtlichen Selbstbestimmung (§ 1328 ABGB), die Leistung voller Genugtuung bei Freiheitsentzug (§ 1329 ABGB), die Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung bei Eingriffen in die Privatsphäre (§ 1328a ABGB) sowie der Wert der besonderen Vorliebe (§ 1331 ABGB). Aber auch außerhalb des ABGB bestehen zahlreiche

⁴²⁹ *Schickmair in Kerschner* (Hrsg), Schmerzengeld² (2020) 4. Bemessungskriterien Rz 254.

⁴³⁰ RIS-Justiz RS0031061.

⁴³¹ RIS-Justiz: RS0022544 (T1).

Sonderbestimmungen, die einen Geldersatz des ideellen Schadens anordnen (zB § 87 Abs 2 UrHG, § 12 Abs 3 PRG, §§ 6, 7, 7a–c MedienG etc).

Ob daneben auch eine allgemeine Geldersatzfähigkeit ideeller Schäden besteht, ist umstritten. Während insb *Karner/Koziol* in § 1323 ABGB eine taugliche **Generalklausel** zum allgemeinen Ersatz ideeller Schäden bei Vorliegen von grob schuldhafter Schädigung erblicken,⁴³² legen insb *Harrer/Wagner* bei der Interpretation des § 1323 ABGB ein tautologisches Verständnis an und kommen zu dem Schluss, dass daraus nicht zwingend ein Geldersatz für immaterielle Schäden abzuleiten ist.⁴³³ Zumindest in Ansätzen hat der OGH jedenfalls seine grundsätzliche Haltung, wonach der „Ersatz ideellen Schadens im Allgemeinen nur in den vom Gesetz angeführten Fällen“ besteht, hinsichtlich seiner Judikatur zum **Trauerschmerzensgeld** durchbrochen und im Wege einer Analogie aus zahlreichen Einzeltatbeständen (§§ 1328, 1329, 1331 ABGB) einen Geldersatz bei Vorliegen von qualifiziertem Verschulden zugesprochen, obwohl dieser gerade nicht ausdrücklich im Gesetz angeführt ist. Meines Erachtens kann hier eine Parallele zum immateriellen Schadenersatz nach dem GIBG erkannt werden, wonach auch im Anwendungsbereich des GIBG bei Vorliegen von qualifiziertem Verschulden wesentlich höhere Beträge zugesprochen werden könnten (dazu im Detail unter IV.4.8).

Ausgehend von der oben bereits erwähnten Grundregel, wonach jede:r ihren:seinen Schaden selbst zu tragen hat, kennt das Schadenersatzrecht drei Gründe für die **Zurechnung des Schadens an jemanden anderen**. Der häufigste (und auch für das Schmerzensgeld relevante) Zurechnungsgrund ist die schuldhafte Verursachung des Schadens, wonach der:die Verursacher:in für den zugefügten Schaden einzustehen hat. Daneben bestehen noch die weniger häufigen Zurechnungsgründe der Gefährdung sowie des Eingriffs, die jeweils verschuldensunabhängig zur Haftung für den eingetretenen Schaden führen. Allen drei Zurechnungsgründen gemeinsam ist die **Ausgleichsfunktion** des Schadenersatzrechts, wonach die geschädigte Person aufgrund der Zurechnung des Schadens zur wirtschaftlichen Sphäre der:des Schädigerin:Schädigers einen Ausgleich für den erlittenen Schaden erhalten soll. Hinsichtlich der Verschuldenshaftung sind zudem noch die **Sanktionsfunktion**, wonach sich der Umfang der Ersatzpflicht iSd § 1324 ABGB nach dem Grad des Verschuldens richtet und

⁴³² *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, 15. ÖJT Band II/1, 18; siehe zudem grundlegend in *F. Bydlinski*, JBl 1965, 179 f.

⁴³³ *Harrer/Wagner* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ (2016) zu § 1323 ABGB Rz 4.

die **Präventionsfunktion**, wonach das Verhalten von bereits ersatzpflichtig gewordenen sowie potenziellen Schädiger:innen gesteuert werden soll, beachtlich.

Im Hinblick darauf, dass nach der stRsp bei der Ermittlung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG auf die auch sonst im (allgemeinen) Schadenersatzrecht anzuwendenden Grundsätze Bedacht zu nehmen ist,⁴³⁴ widmet sich gegenständliches Kapitel vornehmlich der Untersuchung der **Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem ABGB**, um im nächsten Kapitel Vergleiche zwischen den Bemessungsmethoden ziehen zu können. Im Wesentlichen stehen Rechtsanwender:innen im Anwendungsbereich des ABGB vor demselben Problem wie im Anwendungsbereich des GIBG: welcher Geldersatz ist für den angerichteten Gefühlsschaden angemessen? Oder mit den Worten von *Kletečka*: Wie werden die inkommensurablen Größen immaterieller Schaden und Geldersatz zum Zwecke der Schadensbemessung zusammengeführt?⁴³⁵

Wenngleich ABGB selbst liefert mit Ausnahme des Begriffs der „Angemessenheit“ gem § 1325 ABGB keine Anhaltspunkte, wonach der immaterielle Schadenersatz konkret zu bemessen ist, weshalb es an der Rsp und Lehre liegt, eine Bemessungsmethode und konkrete Kriterien zur Ermittlung des Ersatzbetrags aufzuzeigen. Da ein nicht in Geld messbarer Schaden auch nicht mit Geld beseitigt werden kann, verlangt die stRsp, dass die:der Verletzte in die Lage versetzt wird, sodass sie:er sich als Ausgleich für die Leiden und der ihr:ihm entzogenen Lebensfreude auf andere Weise gewisse Annehmlichkeiten und Erleichterungen verschaffen kann.⁴³⁶ Zur Ermittlung der Höhe dieses Ausgleichs zieht die Rsp im Fall einer Körperverletzung **Schmerzengeldsätze** als Bemessungshilfen heran, woraus sich durch Multiplikation der – meist von Sachverständigen ermittelten – Schmerzperioden ein Betrag errechnet, der als erster Anhaltspunkt dienlich sein kann. Da aber daraus allein in den allermeisten Fällen nicht hinreichend festgestellt werden kann, ob der Ersatzbetrag „angemessen“ ist und das bloße Rechenergebnis nicht die zu lösende Rechtsfrage ersetzen darf,⁴³⁷ hat die Rsp **konkrete Kriterien** zur Bemessung des Ersatzbetrags entwickelt. Demnach hat sich der Ersatzbetrag an

⁴³⁴ RIS-Justiz RS0108277 (T1); RS0111431; RS0022442.

⁴³⁵ *Kletečka*, Punitive damages - Der vergessene Reformpunkt?, ÖJZ 2008/83.

⁴³⁶ *Danzl/Karner in Bydlinski/Perner/Spitzer* (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 1325 ABGB Rz 26; RIS-Justiz RS0031061.

⁴³⁷ Ua „die Bemessung des Schmerzengelds [hat] nach ständiger Rechtsprechung nicht nach starren Regeln zu erfolgen“ in OGH vom 15.10.2009, 2 Ob 94/09a (9); „nicht aber tagweise“ in RIS-Justiz RS0031415.

der **Dauer**, der **Intensität der Beeinträchtigung**, an etwaigen **Dauerfolgen** oder **psychischen Beeinträchtigung**, dem **Alter des:der Verletzten**, nicht aber am Verschulden oder den Vermögensverhältnissen der Beteiligten zu messen (im Detail siehe unter II.1.3). Ob der Ersatzbetrag heute noch von der **sozialen Stellung** abhängig gemacht werden kann, ist meiner Ansicht nach kritisch zu hinterfragen, da die Berücksichtigung der sozialen Stellung von Geschädigten zur indirekten Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse führen kann und der Ersatzbetrag derselben Verletzung bei ungleich vermögenden Personen mE nicht unterschiedlich hoch ausfallen sollte (im Detail siehe unter II.1.3.8).

Da an dieser Stelle nicht im Detail auf die einzelnen Bemessungskriterien eingegangen werden kann, ist dennoch festzuhalten, dass das Ergebnis dieser Bemessungsmethode einen Teil der Lehre nicht zufriedenstellt und – ähnlich wie im Anwendungsbereich des GIBG – die zugesprochenen **Ersatzbeträge vielfach als zu gering** angesehen werden. Obwohl auch die stRsp selbst anregt, dass Schmerzensgeld nicht zu knapp zu bemessen,⁴³⁸ scheint sich die Bemessungspraxis nicht bemerkenswert zu erhöhen. Dies konstatiert *Wittwer* insbesondere im Hinblick auf die geringen Ersatzbeträge bei Verletzungen der geschlechtlichen Selbstbestimmung.⁴³⁹ In der Beurteilung klassischer Körperverletzungen beobachtet allerdings *Schickmair* eine Steigerung der zugesprochenen Beträge bei schweren und schwersten Verletzungen.⁴⁴⁰ Insbesondere bei der Bewertung von Dauerfolgen rücken die damit häufig einhergehenden massiven psychischen Beeinträchtigung bei der Bemessung des Gesamtschadenersatzbetrags in den Vordergrund, weshalb *Schickmair* vor einem Vergleich mit alten Entscheidungen warnt, da die damals zugesprochenen Beträge nicht einfach mit dem Verbraucherpreisindex valorisiert werden dürften, sondern die für die Höhe der Ersatzbeträge positive Entwicklung mitzuberechnen ist.

Der Grund dafür könnte meines Erachtens darauf zurückzuführen sein, dass im Unterschied zum GIBG (dazu im Detail unter II.2) bei der Bemessung des Schadenersatzes nach dem ABGB die **Ausgleichsfunktion wesentlich deutlicher im Vordergrund** steht als die mE nicht weniger bedeutende Präventionsfunktion.⁴⁴¹ Deutlich wird diese Gewichtung bei Betrachtung

⁴³⁸ RIS-Justiz **RS0031075 (T4)**; OGH vom 26.2.2003, 7 Ob 281/02b = JBl 2003, 650.

⁴³⁹ *Wittwer* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 1328 ABGB Rz 7.

⁴⁴⁰ *Schickmair* in *Kerschner* (Hrsg), Schmerzensgeld² (2020) 1. Allgemeines Rz 190.

⁴⁴¹ Siehe auch die Betonung der Reformgruppen zur etwaigen Novelle des österreichischen Schadenersatzrechts in *Kletečka*, Punitive damages - Der vergessene Reformpunkt?, ÖJZ 2008/83, FN 6-8.

der Rsp und Lehre hinsichtlich einer allfälligen Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse des:der Schädigers:Schädigerin bzw des Opfers. Während gewichtige Gründe dafür sprechen würden, die Vermögensverhältnisse des:der Schädigers:Schädigerin bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes aus präventiven Gründen mit ins Kalkül zu ziehen, wird dies seitens der stRsp im Anwendungsbereich des ABGB strikt abgelehnt.⁴⁴² Dies führt zu dem Ergebnis, dass der objektive Ausgleich des – vom Vermögen des:der Schädigers:Schädigerin unabhängigen – Schadens im Vordergrund steht, nicht aber die subjektive Abschreckung des:der (potenziellen) Täters:Täterin. Würde nämlich die Präventionsfunktion (wie dies im Anwendungsbereich des GIBG der Fall ist; dazu im Detail unter II.2.3.2.4) in den Vordergrund gestellt werden, würde der Schaden im Verhältnis zu den finanziellen Möglichkeiten des:der Schädigers:Schädigerin berechnet und generalpräventiv von sorgfaltswidrigem Verhalten abgehalten bzw angemessen mitberücksichtigt werden. Zusammenfassend steht meines Erachtens daher bei Sachverhalten nach dem **ABGB nach der Rsp nicht die subjektive Prävention, sondern der objektive Ausgleich des Schadens im Vordergrund**, was insbesondere in Abgrenzung zur Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG einen wesentlichen Unterschied darstellt.

2 Der immaterielle Schadenersatz nach dem GIBG

Wie bereits ausgeführt setzt das GIBG – wie auch die vorangegangenen einschlägigen Gesetze – auf den **nachträglichen Ausgleich** verbotener Diskriminierungen bzw (sexueller) Belästigungen. Neben dem **Erfüllungsanspruch** (Herstellung des diskriminierungsfreien Zustandes), besteht insbesondere der Anspruch auf **Schadenersatz**. Dabei wird zwischen dem Ersatz des Vermögensschadens, dem Ersatz des entgangenen Gewinns sowie dem hier im Fokus stehenden Ersatz der erlittenen persönliche Beeinträchtigung differenziert.⁴⁴³

Der immaterielle Schadenersatz ist im GIBG an mehreren Stellen ausdrücklich angeführt (ua § 12 Abs 1 bis 11 GIBG) und ist daher die im Anwendungsbereich des ABGB vieldiskutierte Frage der etwaigen Erforderlichkeit einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage für den Geldersatz ideeller Schäden nicht näher zu untersuchen.⁴⁴⁴ Dennoch stellt sich auch im

⁴⁴² RIS-Justiz RS0031267.

⁴⁴³ Kletečka/Köck in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 12a.

⁴⁴⁴ RIS-Justiz: RS0022544 (T1).

Anwendungsbereich des GlBG die Frage, wie ein **nicht in Geld messbarer Schaden**,⁴⁴⁵ in Geld bemessen und die inkommensurablen Größen des immateriellen Schadens und des Geldersatzes zusammengeführt werden können.⁴⁴⁶

In diesem Kapitel werden sohin die Grundzüge des immateriellen Schadenersatzes nach dem GlBG und insb das Verhältnis zum ABGB beleuchtet; zu den einzelnen Kriterien zur Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GlBG siehe im Detail unter IV.

2.1 Der Ersatz der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung nach dem GlBG

Wie bereits oben ausgeführt überlassen es die einschlägigen RL den MS, welche Maßnahmen zur Erreichung des Zwecks der RL (=Sicherstellung einer diskriminierungsfreien Arbeitswelt) ergriffen werden. Diese **Gestaltungsfreiheit der MS** ergibt sich nicht nur aus den RL selbst, sondern hat dies auch der EuGH bereits mehrfach betont.⁴⁴⁷ Die einschlägigen RL geben lediglich vor, dass die von den MS ausgestalteten Maßnahmen die Wirkung besitzen müssen den verfolgten Zweck durchzusetzen, weshalb die von den MS gewählten Rechtsfolgebestimmungen Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen **wirksam, verhältnismäßig** und **präventiv** entgegenzutreten müssen.⁴⁴⁸ Neben diesen abstrakten Begriffen halten die neueren RL fest, dass die von den MS gewählten Maßnahmen die Leistung von Schadenersatz oder Entschädigung vorsehen müssen.⁴⁴⁹

In der österreichischen Umsetzung wurde neben anderen Rechtsfolgen (Wiederherstellung des diskriminierungsfreien Zustandes) genau dieser Weg gewählt, nämlich die Rechtsgrundlage für einen Ersatzanspruch im Fall der Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung geschaffen.

⁴⁴⁵ „[...] ideelle Schäden, das sind Nachteile, die nicht direkt im Anschluss an reale Marktvorgänge in Vermögenskategorien erfasst werden können.“ Karner in Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 1293 ABGB Rz 2.

⁴⁴⁶ Kletečka, Punitive damages - Der vergessene Reformpunkt?, ÖJZ 2008/83.

⁴⁴⁷ EuGH, C-407/14, *Arjona Camacho*, Rz 30, mit Verweis auf: EuGH, 14/83, *Colson und Kamann*, Rn 18; EuGH, C-271/91, *Marshall*, Rn 23; EuGH, C-460/06, *Paquay*, Rn 44.

⁴⁴⁸ Art 6 Abs 2 RL 76/207/EWG idF RL 2002/73/EG und nunmehr auch Art 18 RL 2006/54/EG: „tatsächlich und wirksam ausgeglichen oder ersetzt“; „auf eine abschreckende und [...] angemessene Art und Weise“.

⁴⁴⁹ Art 18 RL 2006/54/EG „entstandene Schaden [...] ausgeglichen oder ersetzt wird“.

Dies einerseits als Ersatz der eingetretenen⁴⁵⁰ Vermögensschäden, des entgangenen Gewinns (= entgangenes Entgelt) und des immateriellen Schadens. Für den hier im Fokus stehenden immateriellen Schadenersatz gibt es im GIBG keine Generalklausel, sondern wurde dieser Ersatzanspruch zu jedem einzelnen⁴⁵¹ Tatbestand der §§ 12, 26, 38 und 51 GIBG als „Ersatz der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung“ hinzu formuliert.

Hinsichtlich der Systematik des immateriellen Schadenersatzrechts nach dem ABGB, wird der ideelle Ersatzanspruch nach dem GIBG in der Literatur vielfach kritisiert. Um einen Systembruch nicht total werden zu lassen, fordern insbesondere *Kletečka/Köck*, dass – in Anlehnung an die Vorgaben des § 1328a ABGB – der immaterielle Schadenersatz nach dem GIBG an ein **Verschulden** sowie die **Überschreitung einer Erheblichkeitsschwelle** geknüpft wird.⁴⁵² Auch jener Teil der Lehre, der einen vom Verschulden und der Überschreitung einer Erheblichkeitsschwelle abhängigen immateriellen Schadenersatz nach dem GIBG klar ablehnt, muss eingestehen, dass mit der nationalen Umsetzung der einschlägigen RL ein gewisser Systembruch in die österreichische Rechtsordnung Eingang gefunden hat.⁴⁵³ *Gahleitner* verortet in der Abkehr von der österreichischen Rechtstradition gar den Grund dafür, weshalb die immateriellen Ersatzbeträge im Hinblick auf die zugrunde liegenden Sachverhalte nach wie vor viel zu gering ausfallen.⁴⁵⁴ Ungeachtet dieser wohl nicht gänzlich unbegründeten Kritik an einem etwaigen Bruch im österreichischen Schadenersatzsystem, ist mE dennoch unzweifelhaft festzustellen, dass der immaterielle Schadenersatz nach dem GIBG weder vom Gesetzgeber,⁴⁵⁵ noch vom OGH – der Rsp des EuGH in unionsrechtlicher Hinsicht folgend⁴⁵⁶ – in seiner **Verschuldensunabhängigkeit** in Zweifel gezogen wird.⁴⁵⁷ Darüber hinaus hat der OGH dem Ansinnen nach der Relevanz der Überschreitung einer Erheblichkeitsschwelle eine Abfuhr

⁴⁵⁰ Hier wird bewusst nicht das Wort „verursacht“ verwendet, da nach stRsp des EuGH die Voraussetzung eines Verschuldens für den Schadenersatz unionsrechtswidrig wäre. Siehe ua EuGH vom 8.11.1990, C-177/88, *Dekker*, Rn 22 und 24; EuGH vom 22.4.1997, C-180/95, *Draehmpaehl*, Rn 17-19.

⁴⁵¹ Mit Ausnahme der Beendigungsdiskriminierung; siehe dazu ausführlich unter IV.4.3.

⁴⁵² *Kletečka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 23.

⁴⁵³ *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 12 Rz 114, wobei diese betonen, dass es sich bei der Verschuldensfrage eher um ein theoretisches Problem handelt, da eine Diskriminierung bzw (sexuelle) Belästigung ohne Verschulden kaum denkbar ist.

⁴⁵⁴ *Gahleitner*, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007/24, 154.

⁴⁵⁵ ErläutRV 307 BlgNR 22. GP 18.

⁴⁵⁶ EuGH vom 8.11.1990, C-177/88, *Dekker*, Rn 22 und 24; EuGH vom 22.4.1997, C-180/95, *Draehmpaehl*, Rn 17-19.

⁴⁵⁷ OGH vom 25.5.2016, 9 ObA 117/15v (43) = Jus-Extra OGH-Z 2017/6149 (*Angst/Schwarz*).

erteilt und festgestellt, dass der Ersatz für die erlittene persönliche Beeinträchtigung bereits dann zusteht, wenn der **Tatbestand in seiner denkbar geringsten Form** gerade noch als erfüllt anzusehen ist und somit den immateriellen Schadenersatz nach dem GIBG nicht im Sinne der obigen Lehrmeinung eingeschränkt.⁴⁵⁸

Die Bemessung des Ersatzes der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung soll an dieser Stelle nur kurz anhand des Stufenbaus der Rechts- und Gerichtsordnung dargestellt werden (siehe im Detail unter II.2.2 und insb IV.). Während die einschlägigen RL lediglich darauf hinweisen, dass die von den MS gewählten Maßnahmen – in Österreich neben dem materiellen Schadenersatz also insb der Ersatz der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung – **wirksam, verhältnismäßig** und **abschreckend** sein müssen,⁴⁵⁹ wird das GIBG schon ein wenig konkreter. Insbesondere der neu eingeführte Abs 14 der §§ 12 und 26 GIBG legt fest, dass die Höhe der Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung so zu bemessen ist, dass dadurch die Beeinträchtigung **tatsächlich und wirksam ausgeglichen** wird, die **Entschädigung** der erlittenen Beeinträchtigung angemessen ist sowie **Diskriminierungen verhindert** (siehe im Detail unter IV.3). Während das GIBG neben diesen abstrakten Begriffen keine konkreten Kriterien zur Bemessung der Höhe des Schadenersatzes festlegt, sieht § 7j BEinstG unter der Überschrift „Höhe des Schadenersatzes“ vor, dass insbesondere auf die **Dauer** der Diskriminierung, die **Schwere eines allfälligen Verschuldens**, die **Erheblichkeit** der Beeinträchtigung und auf **Mehrfachdiskriminierungen** – so auch Abs 13 der §§ 12 und 26 GIBG – Bedacht zu nehmen ist. Diese Kriterien können auch im Anwendungsbereich des GIBG nutzbar gemacht werden.⁴⁶⁰

Der EuGH hält sich freilich hinsichtlich der konkreten Höhe eines Ersatzbetrages vielfach zurück, führt allerdings aus, dass die MS **keine Höchstgrenzen** festlegen dürfen, sofern die Diskriminierung nicht bloß darin bestand, dass lediglich die Bewerbung an sich keine Berücksichtigung fand (Fälle der sog Minderqualifikation)⁴⁶¹ und betont, dass die Ersatzbeträge „**wirklich abschreckend**“ sein müssen.⁴⁶² Die Rsp des OGH hat in Ergänzung dazu im Wege zahlreicher Einzelfallentscheidungen Konkretisierungen vorgenommen und bspw festgehalten,

⁴⁵⁸ OGH vom 27.8.2015, 9 ObA 87/15g (22) = RdW 2016/91 (*Lindmayr/Tuma*).

⁴⁵⁹ Art 6 Abs 2 RL 76/207/EWG idF RL 2002/73/EG; *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 12 Rz 38.

⁴⁶⁰ OGH 8 ObA 59/08x (11) = RdW 2009/238 = infas 2009, A 7.

⁴⁶¹ EuGH vom 22.4.1997, C-180/95, *Draehmpaehl*, Rn 37.

⁴⁶² EuGH vom 11.10.2007, C-460/06, *Paquay*, Rn 45 f.

dass auch im Anwendungsbereich des GIBG die im allgemeinen Schadenersatzrecht zur Anwendung gelangenden Bemessungskriterien heranzuziehen sind (siehe im Detail unter IV.2).⁴⁶³ Zudem hat er festgestellt, dass der Ersatz der erlitten persönlichen Beeinträchtigung die betroffene Person in die Lage versetzen soll, sich als Ersatz für ihre Leiden, anstelle der ihr entzogenen Lebensfreude und als Ausgleich für die durch die Beeinträchtigung entstandenen Unlustgefühle auf eine andere Weise gewisse Annehmlichkeiten und Erleichterungen verschaffen zu können.⁴⁶⁴ Für die konkrete Höhe des Ersatzbetrages nicht unwesentlich ist zudem die Feststellung, dass auch der ideelle Ersatzbetrag nach dem GIBG im Wege der Globalbemessung – und nicht für jedes Ereignis einzeln – stattzufinden hat.⁴⁶⁵ Darüber hinaus hat der OGH und untere Instanzen zahlreiche Einzelkriterien zu Bemessung des Ersatzbetrags nach dem GIBG festgestellt (siehe im Detail unter IV.4).

2.2 Unionsrechtliche Vorgaben zur Bemessung der persönlichen Beeinträchtigung

Die Schadenersatzregelungen (eingeschlossen die Regelungen betreffend den Ersatz der erlitten persönlichen Beeinträchtigung) der §§ 12 und 26 GIBG orientieren sich an den Rechtsfolgebestimmungen der einschlägigen GleichbehandlungsRL der EU. Während die älteren Richtlinien, konkret Art 15 der RL 2000/43/EG und Art 17 der RL 2000/78/EG, in Bezug auf die national umzusetzenden Sanktionen noch freistellten, dass diese auch Schadenersatzleistungen an die Opfer umfassen „**können**“, gehen die neueren RL bereits etwas weiter. Nach Art 6 Abs 2 RL 76/207/EWG idF RL 2002/73/EG und nunmehr auch Art 18 RL 2006/54/EG, **müssen** durch Diskriminierungen bzw (sexuelle) Belästigungen entstandene Schäden „tatsächlich und wirksam ausgeglichen oder ersetzt“ werden, „wobei dies auf eine abschreckende und dem erlittenen Schaden angemessene Art und Weise“ zu geschehen hat.⁴⁶⁶ Diese **Sanktionsgewissheit** gewährleistet, dass Mitgliedstaaten bei Verstößen gegen das Gleichbehandlungsgebot effektive Sanktionen und insb für angemessene Ersatzleistungen zu sorgen haben.⁴⁶⁷

⁴⁶³ RIS-Justiz RS0108277 (T1); RS0111431; RS0022442.

⁴⁶⁴ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 12 Rz 38; Danzl/Karner in Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 1325 ABGB Rz 26; RIS-Justiz **RS0031061**.

⁴⁶⁵ OGH vom 22.9.2010, 8 ObA 63/09m = DRdA 2011/40 (Schrittwieser/Vazny-König); RIS-Justiz RS0111431; RL0000097.

⁴⁶⁶ Kletečka/Köck in Windisch-Graetz (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 5.

⁴⁶⁷ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 12 Rz 4.

Sämtlichen RL gemeinsam ist aber die Vorgabe, dass die Sanktionsbestimmungen – wie auch immer die jeweiligen Mitgliedstaaten diese ausgestalten – **wirksam, verhältnismäßig und abschreckend** sein müssen.

2.2.1 Wirksamkeit

Die Wirksamkeit der von den Mitgliedstaaten zu beschließenden Sanktionsbestimmungen, werden nach Vorgabe der Richtlinien im Wesentlichen durch zwei Voraussetzungen erfüllt. Für die Frage der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes spielen diese Voraussetzungen lediglich eine untergeordnete Rolle und geht es hierbei vielmehr um die Sicherstellung eines wirksamen Rechtsschutzes.

Erstens haben die Mitgliedstaaten entsprechend dem 28. Erwägungsgrund der RL 2006/54/EG sicherzustellen, dass sie **Verfahren schaffen**, die Sorge tragen, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung auch wirksam Anwendung findet. Diese Vorgabe korreliert auch mit Art 17 der RL 2006/54/EG, wonach die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass die Ansprüche aufgrund der Nichtanwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes **auf dem Gerichtsweg** geltend gemacht werden können. Aus diesem Grund sieht auch § 15 GIBG (bzw § 29 GIBG) vor, dass Ansprüche gem § 12 GIBG (bzw § 26 GIBG) gerichtlich geltend zu machen sind.⁴⁶⁸ Die Vorschaltung von Schlichtungsstellen ist nach Art 17 Abs 1 der RL 2006/54/EG nicht ausgeschlossen, sofern der Gerichtsweg dadurch nicht ausgeschlossen wird. Dies stellt im Vergleich zur älteren, nicht mehr in Kraft stehenden RL 76/207/EWG idF RL 2002/73/EG eine stärkere Forcierung des Gerichtswegs dar; damals musste für die Geltendmachung von Ansprüchen aufgrund der Nichtanwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gem Art 6 Abs 1 lediglich der „Gerichts- und/oder Verwaltungsweg“ offenstehen.⁴⁶⁹

Zweitens sehen die Richtlinien vor, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nur dann effektiert werden kann, wenn die Beweislast auf die beklagte Partei verlagert wird, sobald eine Diskriminierung nachgewiesen wird.⁴⁷⁰ Unter dieser (unter anderen) im 21. Erwägungsgrund der RL 2000/43/EG verklausulierten Voraussetzung, wird die **Beweislasterleichterung** in

⁴⁶⁸ Kletečka/Köck in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 12c.

⁴⁶⁹ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 15 Rz 3.

⁴⁷⁰ Die ursprüngliche Beweislastregelungen der RL über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts 97/80/EG wurde mit der RL 2006/54/EG übernommen und außer Kraft gesetzt.

Form der bloßen **Glaubhaftmachung** zugunsten der:des Klägerin:Klägers verstanden.⁴⁷¹ National ist dies in § 12 Abs 12 und § 26 Abs 12 GIBG, wonach die betroffene Person den Tatbestand der Diskriminierung „glaubhaft zu machen“ hat, wohingegen die:der Beklagte den vollen Beweis anzutreten hat.⁴⁷² Der OGH hat bereits mehrfach festgehalten, dass die Glaubhaftmachung iSd GIBG das Ergebnis richterlicher Beweiswürdigung und keine rechtliche Beurteilung darstellt.⁴⁷³

Aus diesem Grund kann mE zusammenfassend festgehalten werden, dass die Beweiswürdigung in GIBG-Verfahren zweistufig ist, wobei in einem ersten Schritt das Vorbringen der:des Klägerin:Klägers auf die Glaubwürdigkeit geprüft wird und erst wenn das Gericht zu dem Ergebnis gelangt, dieses als glaubwürdig anzusehen, obliegt es der:dem Beklagten den Gegenbeweis anzutreten.⁴⁷⁴

2.2.2 Verhältnismäßigkeit

Im Vergleich zum Begriff der Wirksamkeit, ist die Vorgabe der Verhältnismäßigkeit für die konkrete Bemessung der Höhe des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG von größerer Bedeutung. Darunter fällt nämlich das **Verbot von im Voraus festgelegten Höchstgrenzen**. Eine solche Beschränkung würde dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit der Sanktionsbestimmung entgegenstehen, nämlich dem Verhältnis zwischen eingetretenen Schaden und Kompensation. Aus diesem Grund sieht Art 18 der RL 2006/54/EG vor, dass der Schadenersatz oder die Entschädigung auf eine „dem erlittenen Schaden angemessene Art und Weise geschehen muss“; ebenso die Vorgänger RL gem Art 6 Abs 2 RL 76/207/EWG idF RL 2002/73/EG. Der 33. Erwägungsgrund der RL 2006/54/EG konkretisiert diese Vorgabe dahingehend, dass „die Vorabfestlegung irgendeiner Höchstgrenze für eine solche Entschädigung auszuschließen“ ist.⁴⁷⁵

⁴⁷¹ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 12 Rz 125 ff.

⁴⁷² Kletečka/Köck in Windisch-Graetz (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 56.

⁴⁷³ RIS-Justiz RS0040286.

⁴⁷⁴ Körber-Risak in Mazal/Gruber-Risak (Hrsg), Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (45. Lfg 2025) Das Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) und die Antidiskriminierungsbestimmungen des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinstG) Rz 77; Potz, Die Abwägung von Wahrscheinlichkeiten - Rechtsfragen zur Glaubhaftmachung im GIBG, RdW 2010/39.

⁴⁷⁵ In diesem Sinne bereits der 18. Erwägungsgrund und Art 6 Abs 2 der nicht mehr in Kraft stehenden RL 76/207/EWG idF RL 2002/73/EG.

Diese ausdrücklichen Festlegungen tragen dem Erkenntnis des EuGH iS *Marshall* Rechnung, wonach festgestellt wurde, dass die Regelung einer Obergrenze dem intendierten Zweck des Art 6 RL 76/207/EWG idF RL 2002/73/EG bzw nunmehr des Art 18 der RL 2006/54/EG zuwiderlaufen würde, wonach die finanzielle Wiedergutmachung gewährleisten muss, dass die **durch die Diskriminierung tatsächlich entstandenen Schäden** gemäß den anwendbaren staatlichen Regeln **in vollem Umfang ausgeglichen werden**.⁴⁷⁶ Dies gilt allerdings nicht für den Schadenersatz von Bewerber:innen, hinsichtlich derer bewiesen werden konnte, dass der:die Bewerber:in die zu besetzende Stelle wegen der besseren Qualifikation der:des eingestellten Bewerberin:Bewerbers auch bei diskriminierungsfreier Auswahl nicht erhalten hätte.⁴⁷⁷ In diesem Sinne regelt § 12 Abs 1 Z 2 und Abs 5 Z 2 bzw § 26 Abs 1 Z 2 und Abs 5 Z 2 GIBG eine Höchstgrenze iHv € 500,00 und hat der EuGH eine Höchstgrenze in diesen Fällen für unionsrechtskonform erklärt.⁴⁷⁸ Dass ein darüber hinausgehender Schaden eingetreten sein könnte – der dann nicht ersatzfähig ist – wird vom OGH **bewusst in Kauf genommen**.⁴⁷⁹

Diese Rechtsansicht ist mE in zweierlei Hinsicht zu hinterfragen: Erstens wird damit die den RL und dem GIBG immanente Präventionsfunktion gänzlich untergraben, wenn der tatsächlich eingetretene Schaden nicht ersatzfähig ist; immerhin betonen die RL ausdrücklich, dass die Mitgliedsstaaten sicherstellen müssen, dass sämtliche aus der Diskriminierung entstandene Schäden auch tatsächlich und wirksam ersetzt werden.⁴⁸⁰ Zweitens findet die Rechtsansicht des OGH mE keine Deckung im Ausnahmetatbestand von Art 18 der RL 2006/54/EG, wonach „*ein solcher Ausgleich oder eine solche Entschädigung nur in den Fällen durch eine im Voraus festgelegte Höchstgrenze begrenzt werden [darf], in denen der Arbeitgeber nachweisen kann, dass der einem Bewerber durch die Diskriminierung im Sinne dieser Richtlinie entstandene Schaden allein darin besteht, dass die Berücksichtigung seiner Bewerbung verweigert wurde*“; besteht der durch die Diskriminierung entstandene Schaden **nicht „allein“ in der Nichtberücksichtigung** der Bewerbung, ist dieser darüber hinausgehende Schaden mE nach

⁴⁷⁶ „[...] fixing of an upper limit of the kind at issue in the main proceedings cannot, by definition, constitute proper implementation of Article 6 of the Directive, since it limits the amount of compensation a priori to a level which is not necessarily consistent with the requirement of ensuring real [...] reparation for the loss and damage sustained [...]“ EuGH vom 2.8.1993, C-271/91, *Marshall*, Rn 30.

⁴⁷⁷ *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 12 Rz 9.

⁴⁷⁸ EuGH vom 22.4.1997, C-180/95, *Draehmpaehl*, Rz 24.

⁴⁷⁹ OGH vom 23.4.2009, 8 ObA 11/09i = ARD 5975/1/2009.

⁴⁸⁰ Art 18 der RL 2006/54/EG; Art 8 Abs 2 und Art 14 der RL 2004/113/EG.

dem Wortlaut der RL jedenfalls zu ersetzen. Andernfalls wäre der durch die Diskriminierung tatsächlich entstandene Schaden unionswidrig mit einer fiktiven Höchstgrenze gedeckelt.

2.2.3 Prävention

Dem Präventionsgedanken kommt in den RL sowie im Anwendungsbereich des GIBG eine besondere Bedeutung zu: im Vordergrund steht die **Herbeiführung einer diskriminierungsfreien Arbeitswelt**, ein Ziel das nicht nur den Ausgangspunkt für die unionsrechtlichen Initiativen darstellt, sondern auch in der Bemessung des Ersatzbetrages in Folge von Diskriminierungen (bzw) sexuellen Belästigungen deutlich zum Ausdruck kommt. Hinsichtlich der Auswirkung des Präventionsgedankens auf die konkrete Höhe des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG siehe unter IV.3.3. An dieser Stelle wird lediglich der unionsrechtliche Ursprung sowie die nationale Umsetzung des Präventionsgedankens im GIBG untersucht.

Die von den einschlägigen Richtlinien vorgegebene Präventionsfunktion ist nicht nur als eine schadenersatzrechtliche Funktion iS des allgemeinen Zivilrechts zu verstehen (dazu oben II. 1.1). Die RL sehen darin vielmehr eine **fundamental (menschenrechtliche) Ausrichtung**, die bereits in den Gründungsverträgen der Europäischen Union wurzelt und dazu führen soll, dass Diskriminierungen bzw (sexuelle) Belästigungen verhindert und eine diskriminierungsfreie Arbeitswelt garantiert werden kann. Diese Ausrichtung sowie ihr Fundamentalcharakter lässt sich in der programmatischen Einleitung der einschlägigen RL erkennen. Darin hält der 1. Erwägungsgrund der RL 2000/78/EG fest, dass „die Europäische Union auf den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit“ beruht. Daran anschließend verweist der 3. Erwägungsgrund der RL 2000/43/EG darauf, dass die „Gleichheit vor dem Gesetz und der Schutz aller Menschen vor Diskriminierung [...] ein allgemeines Menschenrecht“ ist. Daraus ergibt sich also, dass der Präventionsgedanke, wonach eine **diskriminierungsfreie Arbeitswelt als Menschenrecht** verstanden wird, den **Ursprung** der unionsrechtlichen Initiativen darstellt.

Der Vorgabe der Prävention kommt aber auch noch eine weitere Bedeutung zu und ist diese für den gegenständlichen Untersuchungsgegenstand von größter Wichtigkeit: Nicht nur die Richtlinieninitiative ist vom Präventionsgedanken getragen, sondern weisen die RL den Sanktionsbestimmungen eine zentrale Rolle in der Herstellung einer diskriminierungsfreien Arbeitswelt zu. Die Mitgliedstaaten werden in den RL nämlich dazu verpflichtet, Sanktionen

einzuführen, die eine abschreckende Wirkung entfalten. Wortwörtlich wird daher in den RL an vielen Stellen angeordnet, dass die Mitgliedstaaten wirksame, verhältnismäßige und „**abschreckende Sanktionen**“ für den Fall, dass gegen die aus der Richtlinie erwachsenden Verpflichtungen verstoßen wird, vorsehen sollen.⁴⁸¹ Auch der EuGH hat bereits mehrfach die Komponente der abschreckenden Wirkung dieser Sanktionen hervorgehoben und bspw im Fall *Paquay* hervorgehoben, dass die Sanktionen eine „**wirklich**“ abschreckende Wirkung aufweisen müssen.⁴⁸²

Vor dem Hintergrund dieser klaren unionsrechtlichen Vorgabe, sollte im Jahr 2013 die Bedeutung der abschreckenden Wirkung durch eine Novelle des GIBG „unterstrichen“ werden.⁴⁸³ Die damit neu eingefügten Abs 14 der §§ 12 und 26 GIBG sehen nunmehr ausdrücklich vor, dass der Ersatzbetrag für die erlittene persönliche Beeinträchtigung dergestalt bemessen werden muss, sodass „**Diskriminierungen verhindert**“ werden.

2.3 Das GIBG im Verhältnis zum allgemeinen Zivilrecht

Vor dem Hintergrund der oben dargelegten Grundsätze, Funktionen und Voraussetzungen des immateriellen Schadenersatzes nach dem ABGB sowie nach dem GIBG, ergeben sich **zahlreiche Gemeinsamkeiten** zwischen diesen beiden Rechtsinstituten aber auch **gewichtige Unterschiede**. Diese Unterschiede haben mitunter sehr große Auswirkungen auf die konkrete Höhe des immateriellen Schadenersatzes (siehe im Detail unter II.2.3.2).

2.3.1 Gemeinsamkeiten mit dem allgemeinen Zivilrecht

Die grundlegende Gemeinsamkeit des immateriellen Schadenersatzes nach dem ABGB sowie nach dem GIBG besteht in der **Grundproblematik**: in beiden Fällen ist ein grundsätzlich nicht in Geld messbarer Schaden in Geld zu bemessen. Dieser grundlegende Widerspruch führt dazu, dass sich die Rsp einem gedanklichen Umweg bedient und die Ermittlung eines Geldbetrages verlangt, der – im Verhältnis zum psychischen Leid – dafür ausreichen soll, um sich auf andere

⁴⁸¹ 26. Erwägungsgrund sowie Art 15 RL 2000/43/EG; 35. Erwägungsgrund sowie Art 17 RL 2000/78/EG; 6. und 35. Erwägungsgrund sowie Art 18 und 25 RL 2006/54/EG; 22. Erwägungsgrund sowie Art 6 Abs 2 und Art 8d RL 76/207/EWG idF RL 2002/73/EG.

⁴⁸² EuGH vom 11.10.2007, C-460/06, *Paquay*, Rn 45 f; EuGH vom 2.8.1993, C-271/91, *Marshall*, Rn 24 ff; EuGH vom 10.4.1984, 14/83, *von Colson und Kamann*, Rn 23.

⁴⁸³ ErläutRV 2300 BlgNR 24. GP 4.

Weise gewisse Annehmlichkeiten und Erleichterungen zu verschaffen.⁴⁸⁴ Es wird damit ganz im Sinne der Ausgleichsfunktion, das negative Erlebnis mit der Möglichkeit zur Herbeiführung eines positiven Erlebnisses ersetzt. Oder mit anderen Worten: Unlustgefühle sollen durch Lustgefühle aufgewogen werden.⁴⁸⁵

Der immaterielle Schadenersatz nach dem GIBG knüpft aber auch bei der Bemessung des Ersatzbetrags an die Vorgaben des ABGB an. So wird nach stRsp der Ersatzbetrag für die erlittene persönliche Beeinträchtigung im Anwendungsbereich des GIBG **„nach den auch sonst im Schadenersatzrecht angewandten Grundsätzen“** ermittelt (siehe im Detail unter IV.2). Zudem erfolgt auch im Anwendungsbereich des GIBG die Ermittlung des Ersatzbetrags bei mehreren Vorfällen im Wege der **Globalbemessung** und nicht für jeden Vorteil einzeln (siehe im Detail unter IV.3.2).⁴⁸⁶

2.3.2 Abweichungen vom allgemeinen Zivilrecht

Im Vergleich zu den Gemeinsamkeiten, lassen sich im Anwendungsbereich des GIBG wesentlich mehr Abweichungen im Verhältnis zum allgemeinen Schadenersatzrecht aufzeigen. Dies insbesondere im Hinblick auf die Voraussetzungen der Verschuldenshaftung nach dem ABGB, wonach Schaden, Kausalität, Rechtswidrigkeit und Verschulden vorausgesetzt werden (siehe im Detail unter II.1.1). Werden diese elementaren Voraussetzungen des immateriellen Schadenersatzes nach dem ABGB mit jenen des GIBG in Vergleich gesetzt fallen sehr gewichtige Unterschiede auf, wie das Bestehen eines **Mindestschadenersatzes**, das **nicht vorausgesetzte Verschulden** sowie die nicht vorausgesetzte **Kausalität** in manchen Fällen, die **kumulative Haftung** sowie der Schwerpunkt der **Präventionsfunktion**. Daneben bestehen weitere – nicht minder gewichtige – verfahrensrechtliche Unterschiede, wie die abweichenden **Fristen** zur Geltendmachung von Ansprüchen nach dem GIBG (siehe im Detail unter I.2.3.4) sowie die bereits angesprochenen **Beweiserleichterungen** im Anwendungsbereich des GIBG.

⁴⁸⁴ Danzl/Karner in Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 1325 ABGB Rz 26; RIS-Justiz **RS0031061**.

⁴⁸⁵ Schickmair in Kerschner (Hrsg), Schmerzensgeld² (2020) 1. Ausgleichs- und Genugtuungsfunktion Rz 42.

⁴⁸⁶ RIS-Justiz RS0111431; RL0000097.

2.3.2.1 Mindestschadenersatz

Das GIBG sieht im Falle der Einstellungsdiskriminierung gem § 12 Abs 1 Z 1 bzw § 26 Abs 1 Z 1 GIBG einen **Mindestschadenersatz von zwei Monatsentgelten** (oder drei Monate Entgeltdifferenz im Fall der Aufstiegsdiskriminierung gem § 12 Abs 5 Z 1 bzw § 26 Abs 5 Z 1 GIBG) sowie im Falle von (sexuellen) Belästigungen gem § 12 Abs 11 bzw § 26 Abs 11 GIBG einen **Mindestschadenersatz von € 1.000,00** vor. Während von 1.7.2004 bis 31.7.2008 noch im Sinne einer Hierarchisierung zwischen geschlechtsbezogener (Mindestschadenersatz von € 400,00) und sexueller Belästigung (Mindestschadenersatz von € 720,00) unterschieden wurde,⁴⁸⁷ gab der Gesetzgeber diese Differenzierung auf und betrug der Mindestersatz von 1.8.2008 bis 28.2.2011 einheitlich € 720,00.⁴⁸⁸ Seit 1.3.2011 wurde der Mindestschadenersatzbetrag neuerlich angehoben und beträgt dieser seither € 1.000,00.⁴⁸⁹ Ebenso wurde der Mindestschadenersatz gem § 12 Abs 1 Z 1 bzw § 26 Abs 1 Z 1 GIBG von ursprünglich einem auf zwei Monatsentgelte angehoben.⁴⁹⁰ Danach wurde der Mindestbetrag nie wieder angehoben/valorisiert, was sowohl seitens der Lehre als auch Rsp kritisiert bzw berücksichtigt wird (dazu im Detail unter IV.4.12).⁴⁹¹

Die Normierung eines Mindestschadenersatzes stellt einen der wesentlichsten Unterschiede zum allgemein zivilrechtlichen Schadenersatzrecht dar. Das erklärte Ziel dieser Mindestbeträge ist es **Bagatellisierungen entgegenzuwirken**.⁴⁹² Da der real eingetretene Schaden theoretisch aber auch geringer als diese Untergrenzen sein kann, stellt der Mindestschadenersatz des GIBG in gewisser Weise einen **Systembruch mit dem schadenersatzrechtlichen Grundsatz der Ausgleichsfunktion** dar, wonach der geschädigten Person nur jener Schaden ersetzt werden soll, der auch tatsächlich erlitten wurde und nicht mehr als dieser.⁴⁹³ Damit folgt das GIBG aber

⁴⁸⁷ BGBl I 2004/66.

⁴⁸⁸ BGBl I 2008/98.

⁴⁸⁹ BGBl I 2011/7.

⁴⁹⁰ BGBl I 2008/98.

⁴⁹¹ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 12 Rz 117; „Dabei ist im Vergleich zum heute zustehenden Ersatzbetrag die **Geldentwertung einzubeziehen**“ in ASG Wien vom 30.9.2019, 21 Cga 41/16a, S 28 (in anonymisierter Ausfertigung von der Klagevertreterin zur Verfügung gestellt), OGH 9 ObA 19/21s = ARD 6763/5/2021 (Sabara).

⁴⁹² So ausdrücklich der OGH vom 22.09.2010, 8 ObA 63/09m = DRdA 2011/40 (391); OGH vom 2.9.2008, 8 ObA 59/08x = RdW 2009/238 = DRdA 2010/19 (Thomasberger).

⁴⁹³ Koziol, Schaden, Verursachung und Verschulden im Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, JBl 2006, 768 (769).

der Rechtsprechung des EuGH, wonach die national geregelte Sanktion – damit Wirksamkeit und abschreckende Wirkung gewährleistet sind – in einem angemessenen Verhältnis zu dem erlittenen Schaden stehen und somit **über einen rein symbolischen Schadenersatz hinausgehen muss**.⁴⁹⁴ Die Anhebung des Mindestschadenersatzes wird in den Materialien unter Verweis auf die Rsp des EuGH damit begründet, dass zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebots Maßnahmen verlangt werden, die einen tatsächlichen und wirksamen Rechtsschutz gewährleisten, wobei die **Sanktionen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen**.⁴⁹⁵

Im Ergebnis führen Mindestschadenersatzbeträge – aufgrund des oben angesprochenen Systembruchs – dazu, dass selbst geringfügige Diskriminierungen, bei welchen der ideelle Schaden lediglich mit einem Bagatellbetrag zu bemessen wären, aus präventiven Gründen dennoch einen Schadenersatz zugesprochen erhalten, der potenzielle Täter:innen von vergleichbaren Handlungen abschrecken soll. Vor diesem Hintergrund sehen *Majoros*⁴⁹⁶ und *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*⁴⁹⁷ gerade im verpflichtenden Mindestschadenersatz eine **Garantie** für die von den RL geforderte wirksame, verhältnismäßige und insb **abschreckende Wirkung**. Dennoch sind die vordefinierten Mindestbeträge im GIBG nicht gänzlich unumstritten. Insbesondere *Kletečka/Köck* vertreten die Ansicht, dass Mindestschadenersatzbeträge nur bei Vorliegen von **Verschulden** und Überschreitung einer gewissen Erheblichkeitsschwelle zu rechtfertigen seien, um den „Systembruch [mit den übrigen Bestimmungen des österreichischen Schadenersatzrechts] nicht total werden zu lassen.“⁴⁹⁸ Sie merken außerdem an, dass unter Annahme der Erfüllung des Zwecks der abschreckenden Wirkung, der Ersatz aufgrund dieser Untergrenze unter Umständen auch über den tatsächlich eingetretenen Schaden hinausgehen kann und die Rechtsfolge damit in die Nähe von „*punitive damages*“ kommt, die wiederum der österreichischen Rechtsordnung fremd sind (zu den *punitive damages* und der unionsrechtlichen Einordnung siehe im Detail unter II.2.4).⁴⁹⁹

⁴⁹⁴ EuGH vom 10.4.1984, 14/83, von *Colson und Kamann*, Rz 28.

⁴⁹⁵ ErläutRV 415 BlgNR 23. GP 5 unter Verweis auf EuGH vom 11.10.2007, C-460/06, *Paquay*, Rz 49.

⁴⁹⁶ *Majoros*, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadens im Gleichbehandlungsgesetz, DRdA 2007, 515 (517, 519).

⁴⁹⁷ *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 12 Rz 117f.

⁴⁹⁸ *Kletečka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 23, 24 und 54.

⁴⁹⁹ *Kletečka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 24.

Unbeachtlich der rechtsdogmatischen Einordnung des normierten Mindestschadenersatzes, ist dieser nach Rsp des OGH entgegen der Ansicht von *Kletečka/Köck* **unabhängig der Überschreitung einer etwaigen Erheblichkeitsschwelle** bei Erfüllung des jeweiligen Tatbestandes jedenfalls zuzusprechen.⁵⁰⁰ Zudem werden die definierten Untergrenzen als Bemessungshilfen zur Bemessung des Ersatzbetrages für die erlittene persönliche Beeinträchtigung herangezogen (siehe im Detail unter IV.3.1).

Wenn davon ausgegangen werden kann, dass mit den Mindestbeträgen Bagatellisierungen verhindert werden sollen – was der OGH offenbar annimmt⁵⁰¹ – dann muss mE angedacht werden, den Mindestbetrag an die Inflation anzupassen; dies entweder durch eine Novelle des GIBG oder aber gedanklich bei der richterlichen Bemessung des Schadenersatzes. Die zuletzt durchgeführte Anhebung im Jahr 2011 liegt bereits lange Zeit zurück und ergibt dies bis Mai 2024 laut der Statistik Austria (orientiert am Verbraucherpreisindex) eine **Entwertung von 44,2 %**; würde der im GIBG vorgesehene Mindestschadenersatz sohin inflationsbereinigt werden, ergäbe bereits diese Bereinigung einen Betrag von € 1.442,00 für Sachverhalte, die als gerade noch tatbestandsmäßig anzusehen sind.⁵⁰² Zur Berücksichtigung der Geldentwertung siehe im Detail unter IV.4.12.

Inwiefern die im GIBG festgelegten Untergrenzen in Form der Mindestschadenersatzbeträge Einfluss auf die konkrete Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG haben, siehe im Detail unter IV.3.1.

2.3.2.2 Verschuldensunabhängigkeit

Für die immateriellen (aber auch materiellen) Schadenersatzansprüche nach dem GIBG prägend ist zudem der fundamentale Unterschied zum ABGB, wonach ein Verschulden des:der Schädigers:Schädigerin keine Haftungsvoraussetzung darstellt. Diese von einem Verschulden unabhängige Haftung nach dem GIBG wird entgegen der eindeutigen Rsp des EuGH sowie OGH von einem Teil der Lehre heftig kritisiert.

⁵⁰⁰ OGH vom 27.8.2025, 9 ObA 87/15g = RdW 2016/91 (*Lindmayr/Tuma*).

⁵⁰¹ So der OGH ausdrücklich in 8 ObA 59/08x = RdW 2009/238 = DRdA 2010/19 (*Thomasberger*).

⁵⁰² Wertsicherungsrechner der Statistik Austria orientiert am Verbraucherpreisindex von März 2011 bis Mai 2024: <https://www.statistik.at/Indexrechner/#/vpi/wsr/result?startMonth=3&startYear=2011&endMonth=5&endYear=2024&yearIndex=2010&art=GESAMT&yearIndexErstMonat=01.2011&inputAmount=1000¤cy=EUR&withMonthlySteps=0&withYearlySteps=0&timeIsMonthly=1> (Stand 11.7.2024).

Vorweg ist festzustellen, dass die einschlägigen **RL keine ausdrückliche Regelung** dahingehend vorsehen, dass die national umzusetzenden Sanktionsbestimmungen verschuldensunabhängig zur Haftung führen sollen. Ganz im Gegenteil verweist Art 18 RL 2006/54/EG sogar ausdrücklich darauf, dass der entstandene Schaden „**je nach den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten**“ zu ersetzen ist. Aus diesem Grund weisen insb *Kletečka/Köck* darauf hin, dass für die Regelung einer verschuldensunabhängigen Haftung im GIBG keine Not bestand und in Österreich eine gewisse Übererfüllung in der Umsetzung der RL stattgefunden hat.⁵⁰³ Auch *Gahleitner* – wenn auch in deutlicher Befürwortung der Verschuldensunabhängigkeit – erblickt darin einen erheblichen Wertungswiderspruch zum System des österreichischen Schadenersatzrechts, das beim Ersatz ideeller Schäden grds Verschulden voraussetzt.⁵⁰⁴ Zudem weisen *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler* drauf hin, dass eine über die Materialien – die auch nur andeutend auf die Judikatur des EuGH verweisen⁵⁰⁵ – hinausgehende Klarstellung im GIBG, wonach die Rechtsfolgen lediglich an die Erfüllung des jeweiligen Tatbestandes anknüpfen, „wünschenswert“ gewesen wäre.⁵⁰⁶

Ungeachtet dieses Wertungswiderspruchs, besteht an der verschuldensunabhängigen Haftung nach dem GIBG kein Zweifel und handelt es sich nach stRsp des OGH um eine **reine Tatbestandshaftung**, da es im Rechtsfolgensystem des GIBG auf ein Verschulden grundsätzlich (mit Ausnahme der Unterlassung der Abhilfe nach § 21 Abs 1 Z 2 GIBG) nicht ankommt.⁵⁰⁷ Zudem besteht – wie bereits erwähnt – die Haftung unabhängig des Erreichens einer **gewissen Erheblichkeitsschwelle** bereits dann, wenn der Tatbestand in seiner am geringfügigsten ausgeprägten Form erfüllt ist.⁵⁰⁸ Die nationale Rsp fügt sich in die stRsp des EuGH ein, der bereits zur alten Rechtslage (betreffend die RL 76/207/EWG vom 09.02.1976) mehrfach ausgesprochen hat, dass eine etwaige nationale Verankerung eines Verschuldens als Tatbestandsvoraussetzung nicht richtlinienkonform wäre.⁵⁰⁹ In der Lehre wird mE zutreffend

⁵⁰³ *Kletečka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 20ff.

⁵⁰⁴ *Gahleitner*, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007/24.

⁵⁰⁵ ErläutRV 307 BlgNR 23. GP 18.

⁵⁰⁶ *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 12 Rz 8.

⁵⁰⁷ OGH vom 25.5.2016, 9 ObA 117/15v (43) = Jus-Extra OGH-Z 2017/6149 (*Angst/Schwarz*).

⁵⁰⁸ OGH vom 27.8.2025, 9 ObA 87/15g = RdW 2016/91 (*Lindmayr/Tuma*).

⁵⁰⁹ EuGH vom 22.4.1997, C-180/95, *Draehmpaehl*, Rz 18ff; „keineswegs aber die Haftung des Urhebers einer Diskriminierung davon abhängig macht, dass ein Verschulden nachgewiesen wird“ in EuGH vom 8.11.1990, C-177/88, *Dekker*, Rz 24.

argumentiert, dass die **Verschuldensunabhängigkeit** der Ersatzpflicht auch zu der vom EU-Recht geforderten abschreckenden Wirkung der Schadenersatzregelung beiträgt.⁵¹⁰

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass die Voraussetzung (bzw die fehlende Voraussetzung) eines Verschuldens nicht zur Beantwortung der Frage beiträgt, wie der immaterielle Schadenersatz konkret zu bemessen ist. Dennoch wurde sowohl im Anwendungsbereich des ABGB als auch des GIBG mehrfach thematisiert, inwiefern die subjektive Tatseite Einfluss auf die Höhe des zu ersetzenden immateriellen Schadenersatzes haben könnte. Während im Anwendungsbereich des ABGB die **Berücksichtigung vom Grad des Verschuldens** sowohl seitens der Lehre⁵¹¹ als auch seitens der stRsp des OGH⁵¹² eindeutig abgelehnt wird, ist dieses Bemessungskriterium im Anwendungsbereich des GIBG sehr wohl zu berücksichtigen. Wie sich die Einbeziehung der subjektiven Tatseite bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG konkret auswirkt siehe im Detail unter IV.4.8, 4.9 und 4.10.

2.3.2.3 Kumulative Haftung statt solidarischer Haftung

Nach dem ABGB gilt nach einhelliger Lehre und stRsp, dass der eingetretene Schaden nur einmal zu ersetzen ist, selbst wenn mehrere Schädiger:innen beteiligt sein sollten. Sind mehrere Handlungen kausal für den eingetretenen Schaden, dann haften nach dem ABGB die Schädiger:innen abhängig von der Bestimmbarkeit des jeweiligen Anteils am Schaden **entweder solidarisch** oder **jeder für ihren:seinen Anteil einzeln** (siehe im Detail unter II.1.1).⁵¹³

Im Anwendungsbereich des GIBG wird dieser Grundsatz allerdings durchbrochen. Bereits aus dem Wortlaut der §§ 6, 7 und 21 GIBG ergibt sich, dass Fälle denkbar – und in der Praxis sehr

⁵¹⁰ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 12 Rz 16; Majoros, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadens im Gleichbehandlungsgesetz, DRdA 2007, 517.

⁵¹¹ „Verschulden des Schädigers hat keinen Einfluss“ Huber in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 1325 ABGB Rz 116; „nicht aber die Schwere des Verschuldens“ Hinteregger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 1325 Rz 32 (Stand 1.8.2022, rdb.at).

⁵¹² RIS-Justiz RS0031072: „Der Grad des Verschuldens des Verletzers ist für die Bemessung des Schmerzensgeldes belanglos.“

⁵¹³ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1302 Rz 1ff, 12 (Stand 1.1.2007, rdb.at).

häufig – sind, dass bspw neben dem:der AG, die:der es unterlässt angemessene Abhilfe zu schaffen, die:der unmittelbar handelnde „Dritte“ zur Haftung kumulativ herangezogen werden kann. Noch eindeutiger wird die kumulative Haftung nach dem GlBG in Fällen, die aus demselben Belästigungstatbestand resultieren, sohin, wenn mehrere „Dritte“ einen gemeinsamen immateriellen Schaden verursachen. Wie die Rsp zeigt, haften diese handelnden Personen einzeln zumindest in Höhe des Mindestschadenersatzes.⁵¹⁴

Zur Frage, wie sich diese kumulative Haftung bei Beteiligung Mehrerer konkret auf die Höhe des immateriellen Schadenersatzes auswirkt siehe im Detail unter IV.4.2.

2.3.2.4 Schwerpunkt Präventionsfunktion

Wie bereits mehrfach angesprochen steht die Präventionsfunktion im Anwendungsbereich des GlBG – im Unterschied zum ABGB – deutlich im Vordergrund. Bereits dem Ursprung der Initiativen für die einschlägigen RL liegt der Gedanke zu Grunde, dass eine unionsweite diskriminierungsfreie Arbeitswelt garantiert und Diskriminierungen sowie (sexuelle) Belästigungen durch wirksame Sanktionen verhindert werden sollen (im Detail unter II.2.2.3). Im Anwendungsbereich des ABGB wird zwar ebenfalls vertreten, dass aufgrund der drohenden Schadenersatzpflicht sowohl die:der bereits delinquent gewordene Schädiger:in hinkünftig von schädigenden Verhalten abhalten (Spezialprävention) und durch die bloße Androhung einer Ersatzpflicht Schadensereignisse von vorherein verhindert werden (Generalprävention) sollen.⁵¹⁵ Allerdings könne im Lichte des ABGB der Präventionsgedanke nicht als taugliches Argument für einen Mindestersatz ins Treffen geführt werden, hat doch das Schadenersatzrecht keinen Strafcharakter.⁵¹⁶ Im Anwendungsbereich des **ABGB** steht daher die **Ausgleichsfunktion wesentlich deutlicher im Vordergrund** und soll lediglich das ersetzt werden, was an Schaden zugefügt wurde und keinesfalls etwas darüber Hinausgehendes.⁵¹⁷

⁵¹⁴ 2 x € 400 LG Salzburg vom 14.7.2006, 18 Cga 120/05t; 18 Cga 121/05i = ARD 5732/6/2006; 3 x ATS 5.000 OGH vom 20.03.2003, 8 ObA 18/03k = ARD 5414/6/2003.

⁵¹⁵ *Schickmair* in *Kerschner* (Hrsg), Schmerzengeld² (2020) 2. Präventionsfunktion Rz 45; *Vrba* in *Vrba* (Hrsg), Schadenersatz in der Praxis (52. Lfg 2025) Begriff und Voraussetzungen des ersatzfähigen Schadens Rz 23.

⁵¹⁶ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1293 Rz 2b (Stand 1.1.2007, rdb.at).

⁵¹⁷ *Koziol*, Schaden, Verursachung und Verschulden im Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, JBl 2006, 768 (769).

Im Anwendungsbereich des GIBG ist diese Rangordnung der Schadenersatzfunktionen bzw dessen Gewichtung mE genau umgekehrt und liegt dies ua daran, dass die abschreckende Wirkung des immateriellen Schadenersatzes im GIBG ausdrücklich angeführt ist (§ 12 Abs 14 und § 26 Abs 14 GIBG), wohingegen eine vergleichbare Regelung im ABGB fehlt. Wie bereits erwähnt, werden von den RL (insb Art 6 Abs 2 RL 76/207/EWG idF RL 2002/73/EG und nunmehr auch Art 18 RL 2006/54/EG), vom EuGH⁵¹⁸ sowie der Lehre⁵¹⁹ und der nationalen Rsp des OGH⁵²⁰ die **präventive Wirkung als Legitimation** für zahlreiche Wesenskerne des GIBG herangezogen (zB für die Verschuldensunabhängigkeit, für das Bestehen eines Mindestschadenersatz, für die Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse etc).

Zur Frage, wie sich die Präventionsfunktion iSd §§ 12 bzw 26 Abs 14 GIBG, wonach der immaterielle Schadenersatz nach dem GIBG dergestalt zu bemessen ist, dass dadurch ua „Diskriminierungen verhindert“ werden, auf die konkrete Bemessung des immateriellen Schadenersatzes auswirkt siehe im Detail unter IV.3.3.

2.4 Exkurs: Das angloamerikanische Konzept der *punitive damages*

Vor dem Hintergrund der eindeutigen Schwerpunktsetzung einer präventiven Wirkung des Sanktionensystems nach den einschlägigen RL sowie der nationalen Umsetzung in Form des GIBG, wird nachstehend – insbesondere im Lichte der jüngeren EuGH Entscheidung *Arjona Camacho*⁵²¹ – untersucht, ob die RL bzw das GIBG einen Strafschadenersatz nach angloamerikanischem Vorbild verwirklicht sehen möchten.

⁵¹⁸ EuGH vom 11.10.2007, C-460/06, *Paquay*, Rn 45 f; EuGH vom 2.8.1993, C-271/91, *Marshall*, Rn 24 ff; EuGH vom 10.4.1984, 14/83, *von Colson und Kamann*, Rn 23; EuGH vom 22.4.1997, C-180/95, *Draehmpaehl*, Rz 18ff; EuGH vom 8.11.1990, C-177/88, *Dekker*, Rz 24.

⁵¹⁹ *Gahleitner*, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007/24; *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 12 Rz 117f; *Majoros*, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadens im Gleichbehandlungsgesetz, DRdA 2007, 515 (517, 519).

⁵²⁰ OGH vom 22.09.2010, 8 ObA 63/09m = DRdA 2011/40 (391); OGH vom 2.9.2008, 8 ObA 59/08x = RdW 2009/238 = DRdA 2010/19 (*Thomasberger*).

⁵²¹ EuGH vom 17.12.2015, C-407/14, *Arjona Camacho*.

2.4.1 Grundsätzliches zu *punitive damages* und ihrer Kompatibilität mit der österreichischen Rechtsordnung

Der aus der angloamerikanischen Rechtssprache stammende Begriff *punitive damages* wird üblicherweise als Strafschadenersatz übersetzt und bildet das Pendant zu den *compensatory damages*, also der Kompensation des tatsächlich eingetretenen Schadens. In dieser Übersetzung kommt bereits der zentrale Gedanke des Rechtsinstituts der *punitive damages* zum Ausdruck: nicht der Ausgleich des Schadens, sondern die Strafe soll hierbei im Vordergrund stehen. Der in diesen Fällen zugesprochene Ersatzbetrag übersteigt regelmäßig ein Vielfaches dessen, was im Sinne einer bloßen Kompensation des tatsächlich eingetretenen Schadens zuerkannt werden würde. Trifft die:den Schädiger:in nämlich ein besonders schweres Verschulden, soll sie:er nicht bloß den tatsächlich eingetretenen Schaden ersetzen, sondern darüber hinaus auch noch eine **dem Verschulden** und dem Unrechtsgehalt der Tat **entsprechende Strafe** zahlen, die – anders als im Strafrecht – nicht an den Staat, sondern an das Opfer selbst zu entrichten ist.⁵²²

Nach gänzlich hA ist dem ABGB, wie auch anderen kontinentaleuropäischen Zivilrechtsordnungen, ein derartiges Konzept fremd.⁵²³ Auch zwei prominente Reformgruppen, die sich zuletzt mit einer möglichen Reform des österreichischen Schadenersatzrechts beschäftigt haben, sind zu dem Ergebnis gelangt, dass nach dem ABGB die **Ausgleichsfunktion deutlich im Vordergrund** steht und die – den Strafschadenersatz kennzeichnende – Präventionsfunktion lediglich eine untergeordnete Rolle spielt.⁵²⁴ Dennoch gibt es vereinzelt Lehrmeinungen, die gewichtige Argumente für einen auch in Österreich einzuführenden Strafschadenersatz anführen bzw Ansätze von **Abweichungen des strengen Ausgleichsprinzips** erkennen.

So weist insb *Kletečka* auf bereits jetzt bestehende Rechtsgrundlagen im ABGB hin, die offenbar einen über die bloße Kompensation hinausgehenden Schadenersatz und somit eine

⁵²² *McMichael/Viscusi*, The Punitive Damages Calculus: The Differential Incidence of State Punitive Damages Reforms = Southern Economic Journal, Vol. 84, No. 1 (July 2017), 82ff.

⁵²³ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1293 Rz 1c (Stand 1.1.2007, rdb.at); *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} Vor § 1293 Rz 6 (Stand 15.4.2024, rdb.at); *Sieber*, Schadenersatzrecht, in RDB Keywords¹ (Stand 26. 11. 2024, rdb.at).

⁵²⁴ *Griss/Kathrein/Koziol* (Hrsg), Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts (2006); *Koziol*, Schaden, Verursachung und Verschulden im Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, JBl 2006, 768 (768); *Reischauer/Spielbüchler/Welser* (Hrsg), Reform des Schadenersatzrechts III (2008) 15f.

gewisse „Bereicherung des Geschädigten“ vorsehen.⁵²⁵ Dazu zählt er das vom Verschulden abhängige Schadensverständnis des ABGB, wonach bei leichter Fahrlässigkeit der positive Schaden, bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz aber auch der entgangene Gewinn zu ersetzen ist (§ 1324 ABGB). Weiters erblickt er im objektiven Wertersatz als Mindestersatz eine Abweichung des strengen Ausgleichsprinzips, nämlich dann, wenn die:der Geschädigte den objektiven Ersatz der Sache erhält, obwohl sie:er bspw vor hatte, die Sache ohnehin wegzuwerfen und die Sache für sie:ihn gar keinen (subjektiven) Wert mehr hatte.⁵²⁶ Aber auch der OGH bejaht bspw einen Schmerzensgeldanspruch für komatöse Patient:innen, die weder Schmerzen verspüren noch sich aus einem etwaigen Ersatzbetrag ideelle Vorteile ziehen könnten,⁵²⁷ weshalb ein Teil der Lehre mE zurecht in Frage stellt, inwiefern dieses Ergebnis noch mit dem strengen Verständnis des Ausgleichgedankens vereinbar sein kann.⁵²⁸

Zugegebenermaßen erscheinen die **Ausmaße der *Juryawards*** (= Zuspruch des Strafschadens) für das kontinentaleuropäische juristische Verständnis in manchen Fällen absurd. Wenn bspw in *Liebeck v. McDonald's Restaurants* einer 79-jährigen Frau \$ 2.8 Millionen⁵²⁹ aufgrund einer selbst zugefügten Verbrennung mit einem heißen Kaffee zugesprochen und dies damit begründet wurde, dass McDonald's den Kaffee bewusst heißer als die Konkurrenz servierte, ihn nämlich auf 180-190 Grad Fahrenheit (ca 85 Grad Celsius) erhitzte und damit eine Temperatur vorschrieb, die zum Trinken zu heiß ist und bereits bei einer Kontaktzeit von 2 bis 7 Sekunden schwere Verbrennungen herbeiführen kann.⁵³⁰ Auch wenn der von der Jury mit \$ 2.7 Millionen festgesetzte Strafschadenersatz letztlich auf „nur“ \$ 480.000 herabgesetzt wurde, veranschaulicht dieser prominente Fall das Charakteristikum der *punitive damages* deutlich. Nach kontinentaleuropäischem Verständnis wäre der Ersatzanspruch auf den Ausgleich des

⁵²⁵ *Kletečka*, Punitive damages - Der vergessene Reformpunkt?, ÖJZ 2008/83.

⁵²⁶ Exemplarisch werden noch der Ersatz der besonderen Vorliebe bei qualifiziertem Verschulden gem § 1331 ABGB, der Ersatz des Trauerschadens erst ab grober Fahrlässigkeit und die Ersatzfähigkeit des bloßen Gefühlsschadens bei sittenwidriger Schädigung gem § 1295 Abs 1 ABGB angeführt in *Kletečka*, Punitive damages - Der vergessene Reformpunkt?, ÖJZ 2008/83.

⁵²⁷ OGH vom 11.3.1999, 2 Ob 192/97t = ZVR 2000/54.

⁵²⁸ *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, GA für den 15. ÖJT II/1 (2003), 59;

⁵²⁹ \$ 160.000 *compensatory damages* und weitere \$ 2.7 Millionen *punitive damages*.

⁵³⁰ *Saladino*, The Enforcement of Punitive Damages Awards Between United States and Europe: An Introduction for U.S. Practitioners = The International Lawyer, Vol. 52, No. 3 (2019), 472.

tatsächlich erlittenen Schadens bzw mangels Zurechnungskriterium ggf gänzlich ausgeschlossen; immerhin möchte die Kundin ja auch einen heißen Kaffee serviert bekommen.

Um dem Rechtsinstitut der *punitive damages* aber nicht spöttisch zu begegnen, soll an dieser Stelle ein zweiter Fall kurz dargestellt werden, der die (moralischen) Vorzüge dieser Art des Schadenersatzes greifbar macht. In *Grimshaw v. Ford Motor Company* ist bei einem Verkehrsunfall die Lenkerin eines Ford Pinto getötet worden und ihr Beifahrer, der damals 13-jährige Richard Grimshaw, erlitt schwerste Verbrennungen und Entstellungen an Gesicht und Körper, da das Fahrzeug bei dem Unfall in Flammen aufgegangen ist. Im Verfahren wurde sodann festgestellt, dass der Geschäftsführung der Ford Motor Company bereits während der Produktion und den durchgeführten Crashtests des Ford Pinto Modells aufgefallen ist, dass die Aufhängung des Treibstofftanks zu schwach war, was dazu führte, dass der Treibstofftank bei einem Aufprall in die Fahrerkabine katapultiert wird und diese entzündet.⁵³¹ Um diese Gefahr, die auch im Fall Grimshaw zu den Verbrennungen und Entstellungen geführt hat, zu beseitigen, hätte Ford Motors \$ 15,30 pro Fahrzeug aufwenden müssen. Trotz Wissen über die Sicherheitsproblematik und dieses minimalen Investments zur Behebung derselben, hat sich die Geschäftsführung aus Kostengründen gegen die Behebung entschieden und einen Ingenieur, der die Gefahren kritisierte, entlassen. Die Geschworenen sprachen *Grimshaw* \$ 127,8 Millionen Schadenersatz zu, \$ 125 Millionen an *punitive damages* und \$ 2,8 Millionen an *compensatory damages*. Der Familie der Verstorbenen wurden \$ 665.000 an *compensatory damages* zugesprochen. Seitens des Richters wurde der Strafschadenersatz von \$ 125 auf \$ 3,5 Millionen herabgesetzt.

Obwohl derart hohe Ersatzbeträge im kontinentaleuropäischen Rechtsverständnis oftmals im negativen Wortsinn als „amerikanische Verhältnisse“ oder „overkill“ bezeichnet werden,⁵³² räumt *Kletečka* mE zu Recht ein, dass wohl niemand – selbst, wenn die ursprünglich festgesetzten \$ 125 Millionen rechtskräftig verhängt worden wären – mit der Ford Company besonders Mitleid verspürt, wenn diese angesichts des zynischen Umgangs mit Menschenleben einen empfindlich hohen Ersatzbetrag zu bezahlen haben.⁵³³

⁵³¹ *Grimshaw v. Ford Motor Co.*, 119 Cal. App. 3d 757 (Cal. Ct. App. 1981).

⁵³² *Posch*, Ambulance Chasing im Dienste US-amerikanischer Rechtshegemonie, ZfRV 2001, 14.

⁵³³ *Kletečka*, Punitive damages - Der vergessene Reformpunkt?, ÖJZ 2008/83.

Auf der Sachebene betrachtet haben *punitive damages* nämlich mE schon etwas für sich. Ihr verfolgter Zweck ist tief im **Präventionsgedanken** verwurzelt, um mit einem überkompensatorischen Ersatzbetrag verhaltenssteuernde Wirkung zu erzielen. *Kletečka* verweist hierbei auf die **ökonomische Komponente** (die auch im Fall *Grimshaw* im Vordergrund stand), wonach streng nach der Ausgleichsfunktion der:die Schädiger:in im besten Fall bereichert ist (weil die Aufklärungsrate keinesfalls 100% entspricht) und im schlechtesten Fall, nämlich dann, wenn sie:er erwischt wird, ökonomisch gleich gestellt ist, wie vor dem schädigenden Ereignis. Mit anderen Worten: ein rein am Ausgleichsgedanken orientierter Schadenersatz führt nicht nur keine schadensverhindernde Verhaltenssteuerung herbei, sondern – rein ökonomisch betrachtet – motiviert gar zur Schadenszufügung, weil gute Chancen bestehen, dass der:die Schädiger:in bereichert davon kommt.

Was hat dies nun mit dem GIBG zu tun? Einerseits berichtet *Gahleitner* davon, dass sie in Gesprächen mit amerikanischen Anwaltskolleg:innen bei Schilderungen über die österreichischen Ersatzbeträge (zB wenn einer Minderjährigen lediglich € 4.360,00 an immateriellen Schadenersatz aufgrund mehrfacher über eine Dauer von eineinhalb Jahren stattfindender sexueller Belästigung zugesprochen wird⁵³⁴) auf blankes Unverständnis stößt, was im Verhältnis zu den oben dargestellten Fällen von *punitiv damages* jedenfalls nachvollziehbar ist.⁵³⁵ Andererseits stellt sich die Frage, ob die Betonung der einschlägigen RL und des GIBG auf die **zwingend erforderliche Präventionswirkung** der Sanktionen, die Einführung eines Strafschadenersatzes erforderlich macht? Zu dieser Frage hat der EuGH in der Rs *Arjona Camacho* Stellung genommen, worauf nachstehend eingegangen wird.

2.4.2 Urteil des EuGH vom 17.12.2015 C-407/14 (*Arjona Camacho*)

Das Erkenntnis des EuGH vom 17. Dezember 2015 behandelt die Auslegung von Art. 18 der RL 2006/54/EG über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen. Im Zentrum stand die Frage, ob diese Vorschrift eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur **Einführung eines Strafschadenersatzes** bei Diskriminierungen am Arbeitsplatz vorsieht.

⁵³⁴ OLG Wien vom 27.6.2003, 9 Ra 66/03x = ARD 5447/3/2003.

⁵³⁵ *Gahleitner*, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007/24 (155).

Die Klägerin, *María Auxiliadora Arjona Camacho*, war bei der Firma *Securitas Seguridad España* seit Juli 2012 in einer Jugendstrafvollzugsanstalt als Sicherheitsbedienstete beschäftigt und wurde im April 2014 gekündigt. Sie brachte eine Klage auf Unwirksamkeit der Kündigung wegen Geschlechterdiskriminierung ein und forderte Schadenersatz in Höhe von € 6.000 für den erlittenen Schaden. Das spanische Arbeitsgericht in Córdoba (das Vorlagegericht) ging von einer Diskriminierung aus und vertrat die Ansicht, dass ein Betrag in Höhe von € 3.000 als Schadenersatz für den vollständigen Ausgleich des tatsächlich erlittenen Schadens ausreiche.⁵³⁶ Worin im konkreten Fall der Schaden bestand und woraus sich der als ausreichend bezeichnete Schadenersatz von € 3.000 zusammensetzt ist aus dem vorliegenden Urteil nicht ersichtlich. Hinsichtlich des darüberhinausgehenden Betrags legte das spanische Gericht die Frage an den EuGH vor, **ob die Richtlinie** neben einem Ausgleich des tatsächlich erlittenen Schadens auch **einen Strafschadenersatz vorsieht**, der eine abschreckende Wirkung haben soll. Die Frage richtete sich also auf die Sanktionsmöglichkeit in Form eines Schadenersatzes der über den tatsächlich erlitten Schaden hinausgeht, um den Anforderungen einer abschreckenden Wirkung zu entsprechen. In Spanien – wie in Österreich – existiert der Begriff des Strafschadenersatzes jedoch nicht im nationalen Recht.

In Beantwortung dieser Frage stellt der EuGH zunächst neuerlich klar, dass die einschlägigen RL „den Mitgliedstaaten im Fall einer Verletzung des Diskriminierungsverbots keine bestimmte Maßnahme“ vorschreiben.⁵³⁷ Die von den Mitgliedstaaten gewählten Maßnahmen müssen allerdings „**eine wirklich abschreckende Wirkung** gegenüber dem Arbeitgeber haben“.⁵³⁸ Wird schließlich die Maßnahme in Form eines Schadenersatzanspruchs gewählt (wie dies in Spanien und Österreich der Fall ist), so muss diese angemessen in dem Sinne sein, dass sie es erlaubt, die durch die diskriminierende Entlassung tatsächlich entstandenen Schäden gemäß den anwendbaren staatlichen Regeln in vollem Umfang auszugleichen.⁵³⁹ Hinsichtlich der konkreten Frage nach der (verpflichtenden) Einführung eines Strafschadenersatzes führt der EuGH aus, dass Art 25 der RL 2006/54 den Mitgliedstaaten zwar erlauben würde, Maßnahmen zu treffen, die die Zahlung eines Strafschadenersatzes vorsehen, sie **dazu aber nicht**

⁵³⁶ EuGH vom 17.12.2015, C-407/14, *Arjona Camacho*, Rn 16 ff.

⁵³⁷ EuGH, C-407/14, *Arjona Camacho*, Rz 30; vgl. EuGH *Colson und Kamann*, 14/83, Rn 18; *Marshall*, C-271/91, Rn 23; *Paquay*, C-460/06, Rn 44.

⁵³⁸ EuGH, C-407/14, *Arjona Camacho*, Rz 31; vgl. EuGH *Colson und Kamann*, 14/83, Rn 23 und 24; *Draehmpaehl*, C-180/95, Rn 25; *Paquay*, C-460/06, Rn 45.

⁵³⁹ EuGH, C-407/14, *Arjona Camacho*, Rz 33.

verpflichtet.⁵⁴⁰ Der EuGH verweist somit auf die innerstaatliche Umsetzung, betont aber, dass es die RL zulassen würden einen Strafschadenersatz einzuführen. Der EuGH stellt zudem klar, dass ein Strafschadenersatz, sofern dieser innerstaatlich nicht vorgesehen ist, auch nicht direkt von der RL abgeleitet werden kann: „Art 25 der Richtlinie 2006/54 sieht [...] nicht vor, dass der nationale Richter denjenigen, von dem diese Diskriminierung ausgeht, selbst zu einem solchen Schadensersatz verurteilen kann.“⁵⁴¹

Zusammenfassend zieht sich der EuGH auf die Position zurück, dass es nach den Art 18 und 25 der RL 2006/54/EG den Mitgliedstaaten überlassen bleibt, die Art der Sanktionen und auch deren Ausgestaltung festzulegen. Diese sind dann unionsrechtskonform, solange sichergestellt ist, dass sie eine „wirklich abschreckende Wirkung“ haben.⁵⁴² Wenn als Maßnahme die finanzielle Wiedergutmachung gewählt wird, müssen die MS zudem sicherstellen, dass der tatsächlich entstandenen Schäden gemäß den anwendbaren staatlichen Regeln in vollem Umfang ausgeglichen werden. Betreffend die konkrete Frage nach der (verpflichtenden) Einführung eines Strafschadenersatzes auf Basis der RL, führt der EuGH aus, dass eine solche Verpflichtung für die MS nicht besteht. Der EuGH stellt aber auch klar, dass die MS auf Basis des Art 25 der RL 2006/54/EG **sehr wohl einen** (über den tatsächlichen Schadensausgleich hinausgehenden) **Strafschadenersatz gesetzlich verankern können.**⁵⁴³ Ein Strafschadenersatz im Wege der unmittelbaren Anwendung der RL – ohne entsprechende nationale Rechtsgrundlage – kann nicht zugesprochen werden.⁵⁴⁴

2.4.3 Umsetzung eines Strafschadenersatzes im GIBG?

Vor dem Hintergrund, dass der EuGH zwar keine Verpflichtung zur Einführung eines Strafschadenersatzes erblickt aber auch keine Unionsrechtswidrigkeit verortet, wenn ein MS einen solchen national implementiert, stellt sich die Frage, wie das GIBG im Lichte dieser Judikatur einzuordnen ist.

⁵⁴⁰ EuGH, C-407/14, *Arjona Camacho*, Rz 40.

⁵⁴¹ EuGH, C-407/14, *Arjona Camacho*, Rz 43.

⁵⁴² EuGH, C-407/14, *Arjona Camacho*, Rz 31.

⁵⁴³ EuGH, C-407/14, *Arjona Camacho*, Rz 40; *Ettl*, Strafschadenersatz im Gleichbehandlungsrecht zulässig, aber kein Muss, DRdA-infas 2016/57 (90).

⁵⁴⁴ EuGH, C-407/14, *Arjona Camacho*, Rz 43.

Eines vorweg: nach dem Wort Strafschadenersatz sucht man im GIBG vergeblich. Dieses Rechtsinstitut hat daher **jedenfalls nicht ausdrücklich** Eingang in die österreichische Rechtsordnung gefunden. Allerdings fallen bei dieser Suche neuerlich die im GIBG geregelten Mindestschadenersätze auf. Wie bereits ausgeführt, werden in den §§ 12 und 26 GIBG Mindestbeträge festgelegt („zwei Monatsentgelte“, „Entgeltdifferenz für mindestens drei Monate“ und „mindestens jedoch auf 1 000 Euro Schadenersatz“), die – wie *Kletečka/Köck* richtigerweise darauf hinweisen – dem österreichischen Recht systematisch fremd sind und von den RL nicht ausdrücklich vorgegeben sind.⁵⁴⁵ Nach jüngerer Rsp des OGH stehen diese Mindestbeträge sogar bereits dann zu, wenn der jeweilige Tatbestand in seiner geringstmöglichen Ausformung gerade noch als erfüllt anzusehen ist;⁵⁴⁶ die Überschreitung einer gewissen Erheblichkeitsschwelle – wie dies ein Teil der Lehre für notwendig erachtet⁵⁴⁷ – ist nach Ansicht des OGH nicht erforderlich. In Beantwortung der Frage nach einer allfälligen Umsetzung eines Strafschadenersatz im GIBG ist prinzipiell festzuhalten, dass ein Mindestbetrag per Definition **ungeachtet des tatsächlich eingetretenen Schadens** jedenfalls einen gewissen Betrag ersetzt sehen möchte. In diesem Sinne weisen *Reischauer/Neumayr* darauf hin, dass der überschießende Betrag den „**Charakter einer Privatstrafe**“ hat.⁵⁴⁸ Auch *Kletečka/Köck* heben mE richtig hervor, dass dieser Umstand, also die Möglichkeit eines den tatsächlich erlittenen Schaden übersteigenden (Mindest-)Ersatzbetrags, jedenfalls „**in die Nähe von Punitive Damages**“ kommt.⁵⁴⁹

Diese angesprochene Nähe ist sowohl bei den Sanktionsbestimmungen betreffen den materiellen als auch den immateriellen Mindestschadenersatz erkennbar. Wird bspw ein Arbeitsverhältnis trotz Bestqualifikation aufgrund einer Diskriminierung nicht begründet, beträgt der materielle Schadenersatz gem §§ 12 Abs 1 Z 1 und 26 Abs 1 Z 1 GIBG mindestens **zwei Monatsentgelte**. Der materielle Schaden, der nach dieser Rechtsfolge ersetzt werden soll, liegt nach den Ausführungen der ErläutRV⁵⁵⁰ sowie der einhelligen Lehrmeinung⁵⁵¹ im

⁵⁴⁵ *Kletečka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 24.

⁵⁴⁶ OGH vom 27.8.2015, 9 ObA 87/15g = RdW 2016/91 (*Lindmayr/Tuma*).

⁵⁴⁷ *Kletečka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 23.

⁵⁴⁸ *Reischauer/Neumayr* in *Rummel/Lukas/Geroldinger* (Hrsg), ABGB⁴ § 1328 Rz 84 (Stand 31.5.2025, rdb.at).

⁵⁴⁹ *Kletečka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 24f.

⁵⁵⁰ ErläutRV 307 BlgNR 22. GP 18.

⁵⁵¹ *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 12 Rz 15; *Kletečka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 26; *Körber-Risak* in *Mazal/Gruber-Risak* (Hrsg), Das Arbeitsrecht

Wesentlichen im entgangenen Gewinn (=Entgang des Entgelts). Hält man sich in diesen Fällen allerdings das rechtmäßige Alternativverhalten (diskriminierungsfreie Kündigung zum nächstmöglichen Kündigungstermin) und – die noch bis 30.9.2021 weitgehend für Arbeiter:innen bestandenen⁵⁵² – besonders kurze kollektivvertragliche Kündigungsfristen vor Augen, wonach das Arbeitsverhältnis bereits **nach einer Woche** beendet werden kann (zB nach § 15 Abs 1 Bau-KV⁵⁵³), wird schnell erkennbar, dass mit dem Mindestschadenersatz wesentlich mehr als der tatsächlich eingetretene materielle Schaden ersetzt werden kann.⁵⁵⁴ Dasselbe gilt, wenn ein Arbeitsverhältnis mit Probemonat aufgrund einer Diskriminierung nicht begründet wird. Der materielle Schadenersatz von zwei Monatsentgelten übersteigt auch in diesem Fall ein Vielfaches des rechtmäßigen Alternativverhaltens (= zB diskriminierungsfreie Auflösung am ersten Tag des Probemonats).

Aber auch da wo kein Mindestschadenersatz normiert wurde, verleiht die **besondere Betonung auf die Verhinderung** von Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen – nunmehr auch gesetzlich in **Abs 14** der §§ 12 und 26 GlBG festgehalten – dem GlBG eine, in Abgrenzung zum vom reinen Ausgleichsgedanken getragenen allgemeinen Schadenersatzrecht des ABGBG, **zentrale Charakteristik des Strafschadenersatzrechts**. Wie auch der EuGH betont, verlangen die einschlägigen RL zwar keine Einführung eines Strafschadenersatzes, allerdings haben die von den MS gewählten Sanktionsbestimmungen (die auch einen Ersatzanspruch vorsehen können) „eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber“ zu entfalten.⁵⁵⁵ Wie *Kletečka* ausführt ist dieser Präventionszweck der zentrale Gesichtspunkt von *punitive damages* und sollen diese sowohl spezial- als auch generalpräventive Wirkung entfalten.⁵⁵⁶

– System und Praxiskommentar (45. Lfg 2025) Das Gleichbehandlungsgesetz (GlBG) und die Antidiskriminierungsbestimmungen des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinstG) Rz 97ff.

⁵⁵² Für Kündigungen von Arbeiterdienstverhältnissen gelten seit 1.10.2021 gem § 1159 ABGB idF BGBl I 2017/153 grundsätzlich die auch für Angestellte geltenden längeren Kündigungsfristen. Durch Kollektivvertrag können aber für Branchen, in denen Saisonbetriebe iSd § 53 Abs 6 ArbVG überwiegen, abweichende Regelungen, idR kürzere Kündigungsfristen, festgelegt werden, siehe VfGH G 29/2024 = ARD 6909/5/2024 (*Sabara*).

⁵⁵³ Kollektivvertrag für Arbeiter der Baugewerbe und der Bauindustrie mit Stand vom 1.5.2025: <https://www.wko.at/oe/gewerbe-handwerk/bau/kollektivvertrag-baugewerbe-bauindustrie> (Stand 29.12.2025).

⁵⁵⁴ Siehe auch den entsprechenden Hinweis auf die monetäre Differenz zum rechtmäßigen Alternativverhalten von *Kletečka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 26.

⁵⁵⁵ Beachte die wortwörtliche Betonung auf „**wirklich**“ abschreckende Wirkung in EuGH, C-407/14, *Arjona Camacho*, Rz 31.

⁵⁵⁶ *Kletečka*, Punitive damages - Der vergessene Reformpunkt?, ÖJZ 2008/83.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass mE (zumindest) eine gewisse **Annäherung im GIBG zum Verständnis eines Strafschadenersatzes** durch die Normierung von Mindestschadenersätzen stattgefunden hat, da sowohl in materieller als auch in immaterieller Hinsicht Ersatzbeträge vorstellbar sind, die aufgrund der Normierung einer Untergrenze über dem liegen kann, was an Schaden tatsächlich eingetreten ist. Wenn aber nicht gar eine Annäherung zum Strafschadenersatz stattgefunden hat, dann kann jedenfalls gesichert festgehalten werden, dass ein sehr starker Fokus auf die präventive Wirkung der Rechtsfolgenbestimmungen vorliegt; ein Fokus der nunmehr (im Unterschied zum ABGB) ausdrücklich im Gesetzestext des GIBG aufgenommen wurde. Während ich diese Abkehr von einem rein auf den Ausgleichsgedanken abstellenden Schadenersatz und die Forcierung der Präventionswirkung im Anwendungsbereich des GIBG rechtspolitisch hochgradig befürworte, stellt mE der damit einhergehende Systembruch zum traditionellen Schadenersatzverständnis eine der zentralen Problematiken dar, weshalb die in Österreich zugesprochenen Schadenersatzbeträge nach wie vor **„lächerlich gering“** ausfallen (siehe im Detail die nachstehende Judikaturanalyse unter III.).⁵⁵⁷

2.5 Fazit

Die Rechtsfolgen des GIBG setzen auf den nachträglichen Ausgleich verbotener Diskriminierungen bzw (sexueller) Belästigungen und steht in diesem Kapitel der ideelle Schadenersatz, also der **Ersatz der erlittenen persönliche Beeinträchtigung** im Fokus. Anders als im Zusammenhang mit dem ABGB, ist im Anwendungsbereich des GIBG die vieldiskutierte Frage, ob immaterielle Schäden auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage in Geld ersatzfähig sind,⁵⁵⁸ unerheblich. Denn das GIBG regelt den immateriellen Schadenersatz an mehreren Stellen ausdrücklich (ua § 12 Abs 1 bis 11 GIBG). Die Grundlage dafür bilden die einschlägigen RL, wobei diese den MS in ihren älteren Versionen die nationale Ausgestaltung der Maßnahmen zur Sicherstellung einer diskriminierungsfreien Arbeitswelt weitgehend selbst überlassen haben, sofern die nationalen Regelungen den Zweck der Richtlinieninitiative erfüllen, nämlich einer diskriminierungsfreien Arbeitswelt wirksam,

⁵⁵⁷ Körber-Risak in Bäck-Knapp/Harmer/Renzenbrink (Hrsg), Litigation PR (2021), „MeToo“ aus Sicht einer Arbeitgeberanwältin (109).

⁵⁵⁸ RIS-Justiz: RS0022544 (T1).

verhältnismäßig und präventiv zum Durchbruch verhelfen.⁵⁵⁹ Erst die jüngeren RL sehen eine **Verpflichtung zur Einführung eines Schadenersatzes oder einer Entschädigung** vor.⁵⁶⁰ Vor dem Hintergrund, dass diese Verpflichtung allerdings darauf verweist, dass der Schadenersatz „je nach den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten“ (gem Art 18 RL 2006/54/EG erster Satz) geregelt werden sollen, steht der immaterielle Schadenersatz des GIBG – insb im Hinblick auf seine mit dem allgemeinen Zivilrecht unvereinbare Verschuldensunabhängigkeit – vermehrt in der Kritik. Gegen diesen Systembruch argumentieren insbesondere *Kletečka/Köck* und fordern in Anlehnung an die Vorgaben des § 1328a ABGB, dass der immaterielle Schadenersatz nach dem GIBG an ein Verschulden sowie die Überschreitung einer Erheblichkeitsschwelle geknüpft wird.⁵⁶¹ Auch wenn die von ihnen aufgezeigte Kritik dogmatisch nicht gänzlich von der Hand gewiesen werden kann, ist mE unzweifelhaft festzustellen, dass der immaterielle Schadenersatz nach dem GIBG in seiner **Verschuldensunabhängigkeit** vom österreichischen Gesetzgeber,⁵⁶² vom OGH⁵⁶³ sowie EuGH⁵⁶⁴ nicht in Zweifel gezogen wird. Ebenso lehnt der OGH das Verlangen nach der Überschreitung einer etwaigen Erheblichkeitsschwelle ab.⁵⁶⁵

Die vom Unionsrecht vorgegebenen Anhaltspunkte geben nur unbefriedigende Auskünfte darüber, wie der immaterielle Schadenersatz konkret zu bemessen bzw die nationalen Sanktionssysteme auszugestalten sind. Soweit die RL von den Sanktionen **Wirksamkeit** einfordert, geht es hierbei um wirksamen Rechtsschutz, also formale Rahmenbedingungen, die eine Effektivierung des Gleichbehandlungsrechts herbeiführen sollen. Darunter fällt bspw die Verpflichtung der MS Verfahren sicherzustellen, damit der Grundsatz der Gleichbehandlung auch wirksam Anwendung findet (28. Erwägungsgrund der RL 2006/54/EG). Aber auch die Vorgabe, wonach die Beweislast auf die beklagte Partei verlagert wird, sobald eine Diskriminierung nachgewiesen wird, ist darunter zu verstehen (21. Erwägungsgrund der RL 2000/43/EG). Daraus resultiert die nationale Umsetzung der Beweislast erleichterung iSd

⁵⁵⁹ Art 6 Abs 2 RL 76/207/EWG idF RL 2002/73/EG und nunmehr auch Art 18 RL 2006/54/EG: „tatsächlich und wirksam ausgeglichen oder ersetzt“; „auf eine abschreckende und [...] angemessene Art und Weise“.

⁵⁶⁰ Art 18 RL 2006/54/EG „entstandene Schaden [...] ausgeglichen oder ersetzt wird“.

⁵⁶¹ *Kletečka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 23.

⁵⁶² ErläutRV 307 BlgNR 22. GP 18.

⁵⁶³ OGH vom 25.5.2016, 9 ObA 117/15v (43) = Jus-Extra OGH-Z 2017/6149 (*Angst/Schwarz*).

⁵⁶⁴ EuGH vom 8.11.1990, C-177/88, *Dekker*, Rn 22 und 24; EuGH vom 22.4.1997, C-180/95, *Draehmpaehl*, Rn 17-19.

⁵⁶⁵ OGH vom 27.8.2015, 9 ObA 87/15g (22) = RdW 2016/91 (*Lindmayr/Tuma*).

Glaubhaftmachung zugunsten des:der Betroffenen gem §§ 12 Abs 12 und 26 Abs 12 GIBG.⁵⁶⁶ Unter der Vorgabe der **Verhältnismäßigkeit** ist im Wesentlichen das Verbot von im Voraus festgelegten Höchstgrenzen zu verstehen (33. Erwägungsgrund der RL 2006/54/EG) und konkretisiert der EuGH diese Vorgabe dahingehen, dass die durch die Diskriminierung tatsächlich entstandenen Schäden in vollem Umfang ausgeglichen werden müssen.⁵⁶⁷ Die Vorgabe der **Prävention** bildet den Ursprung der unionsrechtlichen Initiativen (Verhinderung von Diskriminierungen in der Arbeitswelt) und gleichsam den Maßstab für die von den MS ausgestalteten Sanktionsbestimmungen. In diesem Sinne ordnen die RL an mehreren Stellen an, dass die MS dazu verpflichtet sind, „abschreckende Sanktionen“ für den Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot vorzusehen.⁵⁶⁸ Auch der EuGH hat dazu bereits mehrfach Stellung genommen und im Fall *Paquay* betont, dass die Sanktionen „**wirklich**“ abschreckend sein müssen.⁵⁶⁹

Im Verhältnis zum allgemeinen Zivilrecht besteht auch im Anwendungsbereich des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG dasselbe **Grundproblem**: in beiden Fällen ist ein grundsätzlich nicht in Geld messbarer Schaden in Geld zu bemessen; oder wie es *Kletečka* ausdrückt, sind ideelle Schäden und Geldersatz inkommensurable Größen und verkommt die Schadensbemessung in diesen Fällen zur reinen Fiktion.⁵⁷⁰ Wegen dieser Problematik, bedient sich der OGH einem gedanklichen Umweg und verlangt – sowohl im Anwendungsbereich des ABGB als auch GIBG – die Festsetzung eines Ersatzbetrages, der auf andere Weise gewisse Annehmlichkeiten und Erleichterungen verschaffen soll.⁵⁷¹ Oder anders: Unlustgefühle sollen durch Lustgefühle aufgewogen werden.⁵⁷² Nach welchen Kriterien der immaterielle Schadenersatz nach dem GIBG zu berechnen ist siehe im Detail unter IV.

Im Unterschied zu den Gemeinsamkeiten, sind die **Unterschiede zwischen dem allgemeinen Zivilrecht und dem GIBG** wesentlich zahlreicher vorhanden. Dazu zählen ua das Bestehen

⁵⁶⁶ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 15 Rz 3; *Kletečka/Köck* in Windisch-Graetz (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 12c.

⁵⁶⁷ EuGH vom 2.8.1993, C-271/91, *Marshall*, Rn 30.

⁵⁶⁸ Ua 26. Erwägungsgrund sowie Art 15 RL 2000/43/EG; 6. und 35. Erwägungsgrund sowie Art 18 und 25 RL 2006/54/EG.

⁵⁶⁹ EuGH vom 11.10.2007, C-460/06, *Paquay*, Rn 45 f.

⁵⁷⁰ *Kletečka*, Punitive damages - Der vergessene Reformpunkt?, ÖJZ 2008/83.

⁵⁷¹ RIS-Justiz RS0031061.

⁵⁷² *Schickmair* in *Kerschner* (Hrsg), Schmerzengeld² (2020) 1. Ausgleichs- und Genugtuungsfunktion Rz 42.

eines Mindestschadenersatzes (im Detail unter II.2.3.2.1), die Verschuldensunabhängigkeit (im Detail unter II.2.3.2.2) sowie die nicht vorausgesetzte Kausalität in manchen Fällen, die kumulative Haftung (im Detail unter II.2.3.2.3), die Unterschiede in den Fristen zur Geltendmachung von Ansprüchen (im Detail unter I.2.3.4) und die bereits angesprochenen Beweislast erleichterung. Der deutlichste Unterschied liegt mE aber darin, dass das GIBG, im Unterschied zum allgemeinen Schadenersatzrecht nach dem ABGB, seinen **Schwerpunkt in der Präventionsfunktion** hat. Während im Schadenersatzrecht nach dem ABGB die Ausgleichsfunktion deutlich im Vordergrund steht – es soll nur jener Schaden ersetzt werden, der auch tatsächlich erlitten wurde und nicht mehr als dieser⁵⁷³ – und die Präventionsfunktion lediglich eine untergeordnete Rolle spielt,⁵⁷⁴ ist diese Rollenverteilung im Anwendungsbereich des GIBG genau umgekehrt. Im GIBG spielt der Präventionsgedanke eine derart zentrale Rolle, dass er von den RL (insb Art 6 Abs 2 RL 76/207/EWG idF RL 2002/73/EG und nunmehr auch Art 18 RL 2006/54/EG), vom EuGH,⁵⁷⁵ vom nationalen Gesetzgeber bei Einführung der Abs 14 der §§ 12 und 26 GIBG,⁵⁷⁶ der Lehre⁵⁷⁷ und der Rsp des OGH⁵⁷⁸ **als Legitimation** für zahlreiche Wesenskerne des GIBG herangezogen wird (zB das Bestehen eines Mindestschadenersatz, der Verschuldensunabhängigkeit, der Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse etc).

Vor dem Hintergrund, dass die Präventionsfunktion bereits in den einschlägigen RL derart stark ausgeprägt ist, stellte sich jüngst die Frage vor dem EuGH, ob die MS zum Zwecke der Sicherstellung einer diskriminierungsfreien Arbeitswelt dazu verpflichtet sind, einen **Strafschadenersatz** einzuführen. Nach dieser, dem angloamerikanischen Rechtssystemen

⁵⁷³ Koziol, Schaden, Verursachung und Verschulden im Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, JBl 2006, 768 (769).

⁵⁷⁴ Schickmair in Kerschner (Hrsg), Schmerzensgeld² (2020) 1. Ausgleichs- und Genugtuungsfunktion Rz 39a; Vrba in Vrba (Hrsg), Schadenersatz in der Praxis (52. Lfg 2025) Begriff und Voraussetzungen des ersatzfähigen Schadens Rz 23.

⁵⁷⁵ EuGH vom 11.10.2007, C-460/06, *Paquay*, Rn 45 f; EuGH vom 2.8.1993, C-271/91, *Marshall*, Rn 24 ff; EuGH vom 10.4.1984, 14/83, *von Colson und Kamann*, Rn 23; EuGH vom 22.4.1997, C-180/95, *Draehmpaehl*, Rz 18ff; EuGH vom 8.11.1990, C-177/88, *Dekker*, Rz 24.

⁵⁷⁶ ErläutRV 2300 BlgNR 24. GP 4.

⁵⁷⁷ Gahleitner, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007/24; Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 12 Rz 117f; Majoros, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadens im Gleichbehandlungsgesetz, DRdA 2007, 515 (517, 519).

⁵⁷⁸ OGH vom 22.09.2010, 8 ObA 63/09m = DRdA 2011/40 (391); OGH vom 2.9.2008, 8 ObA 59/08x = RdW 2009/238 = DRdA 2010/19 (Thomasberger).

entspringenden, Sonderform des Schadenersatzrechts, steht nicht der bloße Ausgleich des Schadens, sondern vielmehr die Strafe des:der besonders sorgfaltswidrig handelnden Schädigers:Schädigerin im Vordergrund. Bei Vorliegen eines qualifizierten Verschuldens, werden in diesen Fällen regelmäßig Ersatzbeträge zugesprochen, die ein Vielfaches dessen übersteigen, was im Sinne einer bloßen Kompensation des tatsächlich eingetretenen Schadens zustehen würde.⁵⁷⁹ Der EuGH hat zwar eine Verpflichtung der MS zur Einführung eines Strafschadenersatzes vereint, allerdings festgehalten, dass eine etwaige nationale Umsetzung eines Strafschadenersatzes auch nicht gegen die RL verstoßen würde und nachdrücklich betont, dass die von den MS gewählten Sanktionen jedenfalls eine „**wirklich abschreckende**“ Wirkung haben müssen, sie anderenfalls unionsrechtswidrig wären.⁵⁸⁰ Obwohl im GIBG eine ausdrückliche Umsetzung eines Strafschadenersatzes freilich nicht zu erblicken ist, finden sich mE dennoch **stark ausgeprägte Ansätze**, die (zumindest) eine gewisse Annäherung zum Verständnis eines Strafschadenersatzes nahelegen (insb die Regelungen betreffend die Mindestschadenersätze gem §§ 12 Abs 1 Z 1 und 26 Abs 1 Z 1 GIBG und §§ 12 Abs 11 und 26 Abs 11 GIBG und die Berücksichtigung der Schwere eines allfälligen Verschuldens⁵⁸¹). Auch *Kletečka/Köck* weisen darauf hin, dass die Rechtsfolgebestimmungen des GIBG jedenfalls „in die Nähe von Punitive Damages“ kommen (im Detail unter II.2.4.3).⁵⁸²

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass der immaterielle Schadenersatz nach dem ABGB und dem GIBG dieselbe Ausgangsproblematik teilen, nämlich die Inkommensurabilität von ideellem Schaden und Geldersatz. Diese Gemeinsamkeit hat zur Folge, dass die Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach beiden Rechtsgrundlagen in vielen Bereich ähnlichen bzw gar nach denselben Kriterien erfolgt (zB die Berücksichtigung der Dauer, der Intensität der Beeinträchtigung etc; siehe im Detail unter II.1.3 und IV.2). Eine für die Höhe des immateriellen Schadenersatzes erhebliche Abweichung besteht allerdings meines Erachtens darin, dass entsprechend den einschlägigen RL, der ausdrücklichen Anordnung des GIBG selbst (gem § 12 Abs 14 GIBG ist der immaterielle Schadenersatz „so zu bemessen, dass dadurch [...] Diskriminierungen verhindert“ werden) sowie nach Ansicht des EuGH und OGH im

⁵⁷⁹ ZB § 2.8 Millionen in *Liebeck v. McDonald's Restaurants* (siehe im Detail unter II.2.4).

⁵⁸⁰ EuGH, C-407/14, *Arjona Camacho*, Rz 31; vgl EuGH *Colson und Kamann*, 14/83, Rn 23 und 24; *Draehmpaehl*, C-180/95, Rn 25; *Paquay*, C-460/06, Rn 45.

⁵⁸¹ Gem § 7j BEinstG der im Anwendungsbereich des GIBG ebenfalls zu berücksichtigen ist nach OGH 8 ObA 59/08x (11) = RdW 2009/238 = infas 2009, A 7.

⁵⁸² *Kletečka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 24f.

Unterschied zum immateriellen Schadenersatz nach dem ABGB die **Präventionsfunktion im Anwendungsbereich des GIBG deutlich im Vordergrund** steht. Aus diesem Grund sind im Unterschied zum ABGB, wo die bloße Ausgleichsfunktion charakteristisch ist, gewisse Kriterien bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes zu berücksichtigen, die im Anwendungsbereich des ABGB eindeutig abgelehnt werden (dazu im Detail unter II.2.3.2 und IV.3 sowie IV.4). In der Rsp wird die Auswirkung dieses Unterschieds in der Bemessung der Höhe des immateriellen Schadenersatzes deutlich: während bspw das Verschulden des:der Schädigers:Schädigerin⁵⁸³ oder seine:ihre Vermögensverhältnisse⁵⁸⁴ streng nach dem Ausgleichsprinzip des ABGB bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatz unbeachtet bleiben müssen, vertritt der OGH im Anwendungsbereich des GIBG sehr wohl die Ansicht, dass diese Kriterien in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG zu berücksichtigen sind.⁵⁸⁵ Folglich kann nach dem GIBG die Schwere eines allfälligen Verschuldens sowie die finanzielle Leistungsfähigkeit des:der Schädiger:in einen höheren Ersatzbetrag bedingen, als dies nach dem ABGB möglich wäre.

Zur Frage, wie sich die Präventionsfunktion iSd §§ 12 bzw 26 Abs 14 GIBG, wonach der immaterielle Schadenersatz nach dem GIBG dergestalt zu bemessen ist, dass dadurch ua **„Diskriminierungen verhindert“** werden, auf die konkrete Bemessung des immateriellen Schadenersatzes auswirkt siehe im Detail unter IV.3.3.

⁵⁸³ RIS-Justiz RS0031072: „Der Grad des Verschuldens des Verletzers ist für die Bemessung des Schmerzensgeldes belanglos“.

⁵⁸⁴ RIS-Justiz RS0031267.

⁵⁸⁵ Zur Berücksichtigung der Schwere eines allfälligen Verschuldens OGH vom 2.9.2008, 8 ObA 59/08x (11) = RdW 2009/238 = infas 2009, A 7; Zur Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse OLG Wien 7 Ra 73/13a (16); bestätigt durch OGH 8 ObA 81/13i = ASoK 2015, 40 (*Marhold-Weinmeier*) = Jus-Extra OGH-Z 2014/5606 (*Angst/Schwarz*).

III. Teil: Judikaturanalyse zum immateriellen Schadenersatz nach dem GIBG

1 Vorbemerkung zur Judikaturanalyse

Die nachstehenden zwei Kapitel befassen sich mit der Deduktion und Formulierung **konkreter Kriterien zur Bemessung des immateriellen Schadenersatzes** nach dem GIBG. Wie bereits ausgeführt, bieten die zugrundeliegenden Sanktionsbestimmungen des GIBG lediglich wenige bis gar keine Anhaltspunkte dafür, wie der Ersatzbetrag für die erlittene persönliche Beeinträchtigung im konkreten Einzelfall zu bemessen ist und wurden die Formulierungen weitgehend aus den Richtlinien texten übernommen. Auch der OGH verweist auf diesen für die Praxis zweifellos zu Herausforderungen führenden Mangel, wenn er zugesteht, dass über die in den §§ 12 und 26 Abs 13 und 14 GIBG angeführten Begriffe hinausgehend keine Hinweise auf die konkrete Bemessung des Schadenersatzes im GIBG zu finden sind.⁵⁸⁶ Das Gleichbehandlungsgesetz sieht darin lediglich vor, dass der immaterielle Schadenersatz so zu bemessen ist, dass Beeinträchtigungen **tatsächlich** und **wirksam** ausgeglichen sowie Diskriminierungen verhindert werden sollen (§ 12 Abs 14 GIBG). Wann bzw wodurch eine Beeinträchtigung als *tatsächlich* und *wirksam* ausgeglichen anzusehen ist, ergibt sich daraus nicht. Insbesondere die von den einschlägigen Richtlinien vorgegebene und in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage betreffend die Einführung des **Abs 14** in den §§ 12 und 26 GIBG ausdrücklich erwähnte **präventive Funktion des immateriellen Schadenersatzes** scheint in der Praxis keinesfalls durchgesetzt zu werden (im Detail dazu unten).⁵⁸⁷ Im Hinblick auf die von den nationalen Gerichten zugesprochenen Ersatzbeträgen, geht nämlich ein **ganz überwiegender Teil der Lehre – wenn nicht gar die einhellige Lehre** – davon aus, dass den unionsrechtlichen Vorgaben zur Bemessung des immateriellen Schadenersatzes durch die nationalen Gerichte nicht bzw unzureichend entsprochen wird und spricht sich insbesondere hinsichtlich der Vorgabe, wonach die Höhe des immateriellen Schadenersatzes eine präventive Wirkung zu entfalten hat, deutlich dafür aus, dass die **Ersatzbeträge zu niedrig** ausfallen.⁵⁸⁸

⁵⁸⁶ „Darüber hinausgehende Hinweise für die Bemessung der Entschädigung gibt das GIBG nicht.“ in OGH 9 ObA 18/08z, ecolex 2008/353; Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 12 Rz 119.

⁵⁸⁷ ErläutRV 2300 BlgNR 24. GP 4.

⁵⁸⁸ „Die Rechtsprechung zeigt [...] ein eher verhaltenes Bild.“ Kletečka/Köck in Windisch-Graetz (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 65; „**Beträge sind keinesfalls abschreckend und können daher auch keine Präventionswirkung entfalten**“ Gahleitner, 40 Jahre Gleichbehandlungsgesetz –

Der Grund dafür, dass die Judikatur sehr zaghaft in der Bemessung der Entschädigung vorgeht und die Kläger:innen nicht selten a priori zu geringe Beträge geltend machen, wird von *Gahleitner* darin verortet, dass ein **Schadenersatz mit abschreckender Wirkung** in Österreich **keine Rechtstradition** hat und die Rechtsanwendung sohin ungewohnt ist.⁵⁸⁹ Zudem hängt die Frage der Bemessung des Ersatzes für immaterielle Schäden nach der stRsp immer von den Umständen des Einzelfalls ab, weshalb ihnen in der Regel keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung (iSd § 502 ZPO) zukommt, sofern keine auffallende Fehlbeurteilung, also eine krasse Verkennung der Auslegungsgrundsätze durch die Vorinstanzen vorliegt, die im Interesse der Rechtssicherheit aufgegriffen werden muss.⁵⁹⁰ Daraus ergibt sich, dass sich die zu erwartende Höhe des immateriellen Schadenersatzes im konkreten Einzelfall lediglich aus einer Zusammenschau zahlreicher Einzelfallentscheidungen ableiten lässt. Aufgrund der damit einhergehenden aufwendigen Einzelfallprüfung ergeben sich sowohl für Parteienvertreter:innen als auch Richter:innen in der Praxis erhebliche **Schwierigkeiten hinsichtlich der konkreten Bemessung des immateriellen Schadenersatzes bei Diskriminierungen oder (sexuellen) Belästigungen im Einzelfall**. Vor diesem Hintergrund werden im nachstehenden Kriterienkatalog – ausgehend von einer

Europäische Impulse bei der Gleichstellung der Geschlechter, DRdA 2019, 391 (405); „in der Judikatur zugesprochenen Beträge sind **jedenfalls allesamt zu gering**“ *Schrittwieser/Vazny-König* in OGH 8 ObA 63/2009m = DRdA 2011/40 (392); „**hochgradig ineffizient**“ und „**keinesfalls abschreckend**“ *Körber-Risak* in *Gruber-Risak/Mazal* (Hrsg), Das Arbeitsrecht - System und Praxiskommentar (45. Lfg 2025) Das Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) und die Antidiskriminierungsbestimmungen des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinstG) Rz 167; „**jedenfalls als zu niedrig anzusehen, um wirklich eine abschreckende Wirkung auf Belästiger und keine Abhilfe schaffende Arbeitgeber zu erreichen**“ *Gahleitner*, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007/24, 155; „**lächerlich geringe Schadenersatzzahlungen**“ *Körber-Risak* in *Bäck-Knapp/Harmer/Renzenbrink* (Hrsg), Litigation PR (2021), „MeToo“ aus Sicht einer Arbeitgeberanwältin (109); „**unverständlich**“ **gering** und „**Provokation**“ der Klägerin *Mazal* in OGH 23.10.2000, 8 ObA 132/00w = ecolex 2001/86 (krit *Mazal*); *Gahleitner*, Sexuelle Belästigung und Diskriminierung durch den Geschäftsführer, DRdA 2009, 539 (541); *Kletečka*, Punitive damages – Der vergessene Reformpunkt? ÖJZ 2008, 787; *Majoros*, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadens im Gleichbehandlungsgesetz, DRdA 2007, 515 ff; „**zugesprochenen Beträge dürften tendenziell zu gering sein**“ *Gerhartl*, Immaterieller Schadenersatz bei Diskriminierung, RdW 2012/42 (33); OGH vom 5.6.2002, 9 Ob A 119/02v, ecolex 2002/363 (krit *Mazal*); OGH vom 21.1.1999, 8 Ob A 188/98z, DRdA 2000/7 (krit *Eichinger*); OGH vom 2.9.2008, 8 ObA 59/08x, ZAS-Judikatur 2009/5 (krit *Reiner*).

⁵⁸⁹ *Gahleitner*, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007/24, 154.

⁵⁹⁰ RIS-Justiz RS0042887; OGH 23.10.2000, 8 ObA 132/00w = ecolex 2001/86 (*Mazal*); OGH vom 5.6.2008, 9 ObA 18/08z = ARD 5968/1/2009.

umfassenden Judikaturanalyse – Bemessungskriterien formuliert, die als Schablone in der Rechtsanwendung bei der Beurteilung einzelner Sachverhaltselemente dienen sollen.

2 Zur Orientierung der nachstehenden Judikaturanalyse

Nachfolgend wird die Rechtsprechung zum immateriellen Schadenersatz nach dem GIBG möglichst anwendungsorientiert aufbereitet. Hauptziel ist es, für mögliche Diskriminierungen bzw (sexuelle) Belästigungen über die nach der Rechtsprechung jeweils zugesprochene **Höhe des immateriellen Schadenersatzes** zu informieren. Das Entscheidungsverzeichnis gewährleistet zudem ein zielgerechtes Suchen und rasches Auffinden von den jeweils in den rechtlichen Beurteilungen zur Anwendung gelangten **Bemessungskriterien**. Im Anschluss an das Verzeichnis folgt eine Detailbetrachtung der einzelnen Bemessungskriterien.

Vorwiegend sind **höchstgerichtliche Entscheidungen** bearbeitet. Es finden sich aber auch veröffentlichte (und teilweise unveröffentlichte) **Erkenntnisse der Oberlandesgerichte** sowie der **Landesgerichte als Arbeits- und Sozialgerichte** und des **Arbeits- und Sozialgerichts Wien**. Die Heranziehung von unveröffentlichten Erkenntnissen war insb für die Bearbeitung von in der Lehre als umstritten angesehene Rechtsfragen (zB Zurechnung von Dritten an AG für Haftung nach § 6/7 Abs 1 Z 1 GIBG; Geringfügigkeits- statt Erheblichkeitsschwelle bei Mindestschadenersatz etc) erforderlich.

Zum besseren Verständnis der nachstehenden Judikaturanalyse ist vorweg anzuführen, dass die Entscheidungen einerseits nach den Tatbeständen der §§ 12 und 26 **Abs 1 bis 11** GIBG und innerhalb dieser nicht chronologisch, sondern nach den zugesprochenen Beträgen in aufsteigender Reihenfolge vorgegangen wurde. Bei Betrachtung der nachstehenden Judikaturanalyse muss an dieser Stelle auf **zwei wesentliche Probleme** aufmerksam gemacht werden:

Erstens ergibt sich aufgrund dieser Gliederung, dass bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG auf die **jeweils geltende Rechtslage** Bedacht zu nehmen ist. Aufgrund der Gliederung werden innerhalb des jeweiligen Diskriminierungstatbestandes die neue (nach 1.7.2004) und alte Rechtslage (vor 1.7.2004) sowie die Novellierungen seit 1.7.2004 vermengt. Obwohl jedenfalls das Inkrafttreten des Gleichbehandlungsgesetzes (1.7.2004) die Zäsur der neuen Rechtslage darstellt, ist dieses in einigen Bereichen novelliert worden, die für die korrekte Bemessung des immateriellen Schadenersatzes wesentlich sind. Zu diesen

Bereichen zählt in erster Linie die **Anhebung des normierten Mindestschadenersatzes**. Bei gegenständlicher Judikaturanalyse ist daher zu beachten, dass sich die Judikatur bei der Bemessung des Ersatzbetrages im konkreten Einzelfall am vom Gesetzgeber vorgegeben Mindestschadenersatz orientiert (sowohl hinsichtlich des Betrags nach § 12 Abs 1 Z 2 GIBG⁵⁹¹ als auch nach § 12 Abs 11 GIBG⁵⁹²) und die Höhe des zugesprochenen Schadenersatzes im zeitlichen Geltungsbereich der jeweiligen Fassungen des § 12 Abs 11 GIBG zu betrachten ist (von 1.7.2004 bis 31.7.2008 € 400,00/€ 720,00⁵⁹³; von 1.8.2008 bis 28.2.2011 € 720⁵⁹⁴; seit 1.3.2011 € 1.000,00⁵⁹⁵). Wenn daher Judikatur als Bemessungshilfe herangezogen wird, ist sowohl die geltende als auch die damals in Kraft gewesene Rechtslage zu betrachten. In diesem Sinne betont auch der OGH, dass die zwischenzeitlich eingetretene **Anhebung des Mindestersatzbetrags bei der Bemessung des Schadenersatzbetrags im konkreten Einzelfall zu berücksichtigen ist, wenn (ältere) Judikatur miteinander verglichen wird**.⁵⁹⁶

Hinsichtlich der sukzessiven Anhebung dieser Beträge ist die Intention des Gesetzgebers nach einhelliger – bereits mehrfach vom OGH zitierter – Lehrmeinung eindeutig: eine normierte Untergrenze für den zuzusprechenden Ersatzbetrag soll der **Bagatellisierung** von (sexuellen) Belästigungen **entgegenwirken**.⁵⁹⁷ Im Hinblick auf die gesetzlich angestrebte abschreckende Wirkung der Sanktionsbestimmungen des GIBG, wird die Höhe des Mindestbetrags mE völlig zu Recht kritisiert. Wird berücksichtigt, dass die letzte inflationsbereinigende Anhebung des Mindestersatzes von € 720,00 auf € 1.000,00 im Jahr 2011 stattgefunden hat, so wird richtigerweise darauf hingewiesen, dass eine neuerliche Erhöhung der Untergrenze bereits aufgrund der laufenden Geldentwertung angebracht wäre, wenn Bagatellisierungen seriös

⁵⁹¹ Vgl OGH 26.6.2014, 8 ObA 23/14m (4) „In der Bemessung des Schadenersatzes für die erlittene psychische Beeinträchtigung der Klägerin **mit dem Doppelten** des nach § 12 Abs 1 Z 2 GIBG normierten Höchstbetrags kann im Einzelfall keine krasse Fehlbeurteilung erblickt werden“.

⁵⁹² Vgl OGH 22.9.2010, 8 ObA 63/09m (12) „Der von der zweiten Instanz ausgemessene Schadenersatzbetrag übersteigt **ohnedies die Summe** der hier in Betracht kommenden **Mindestsätze**“.

⁵⁹³ BGBl I 2004/66.

⁵⁹⁴ BGBl I 2008/98.

⁵⁹⁵ BGBl I 2011/7.

⁵⁹⁶ OGH 9 ObA 87/15g (22) = RdW 2016/91 (Lindmayr/Tuma).

⁵⁹⁷ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 12 Rz 118; Majoros, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadens im Gleichbehandlungsgesetz, DRdA 2007, 515 (518); OGH 8 ObA 63/09m = DRdA 2011/40 (391); OGH 8 ObA 59/08x = RdW 2009/238 = DRdA 2010/19 (Thomasberger).

verhindert werden sollen (siehe dazu im Detail unten das Bemessungskriterium „Berücksichtigung der Geldentwertung“).⁵⁹⁸

Aufgrund des **Mindestschadenersatzes** vermitteln zudem zahlreiche Entscheidungen den – mit dem Gesetzeszweck jedenfalls im Widerspruch stehenden – Eindruck, dass für eine einmalige, gerade noch tatbestandsmäßige Handlung ein verhältnismäßig wesentlich höherer Ersatzbetrag zugesprochen wird, als dies für erheblich schwerwiegendere (ggf wiederholte) Diskriminierungen bzw (sexuelle) Belästigungen der Fall ist. Werden bspw aus dieser Überlegung heraus die Entscheidung des OLG Wien 9 Ra 117/17t wonach € 1.000,00 und die Entscheidung des OGH 9 ObA 112/05v wonach € 1.500,00 an immateriellen Schadenersatz zugesprochen wurden verglichen, so fällt auf, dass die Sanktion im ersten Fall (eine einmalige Diskriminierung im Bewerbungsprozess) im Verhältnis zur Sanktion des zweiten Falls (wiederholte massive sexuelle Belästigungen, die schließlich zu einem vorzeitigen Austritt führten), wesentlich höher ausfällt. **Dies obwohl der Mindestersatzbetrag Bagatellisierungen eigentlich verhindern sollte.** Dieses aus dem definierten Mindestschadenersatz resultierende Missverhältnis sollte daher in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes jedenfalls berücksichtigt werden (siehe dazu im Detail unten das Bemessungskriterium „Orientierung an gesetzlich definierten Ersatzbeträgen“).

Die nachstehende Judikatur ist zudem im Kontext mit den erst nach Inkrafttreten des Gleichbehandlungsgesetzes neu eingeführten **Abs 13 und 14** der §§ 12 und 26 GIBG zu betrachten, da mit diesen die **Mehrfachdiskriminierung** und die abstrakten **Bemessungskriterien der einschlägigen Richtlinien** in den Gesetzestext Eingang gefunden haben und zahlreiche Entscheidungen vor diesem Zeitpunkt liegen.⁵⁹⁹

Im Zuge der **Einführung des Abs 13** wurde in den Erläuterungen klargestellt, dass die Bemessung des immateriellen Schadenersatzes davon abhängt, ob ein getrennter Sachverhalt vorliegt oder nicht: Wird ein:e AN **anlässlich eines Sachverhalts** aufgrund mehrerer unzulässiger Motive diskriminiert, liegt eine Mehrfachdiskriminierung vor, die im Zuge einer **Globalbemessung** zu bewerten ist, ohne, dass hierbei der Mindestschadenersatz kumuliert

⁵⁹⁸ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 12 Rz 117.

⁵⁹⁹ BGBl. I Nr. 2008/98 womit den §§ 12 und 26 jeweils der Abs 13 angefügt wurde; BGBl I 2013/107 womit den §§ 12 und 26 jeweils der Abs 14 angefügt wurde.

werden darf.⁶⁰⁰ Wird hingegen ein:e AN bei **getrennten Sachverhalten, die unterschiedliche Diskriminierungstatbestände erfüllen** – gegebenenfalls selbst aufgrund desselben verpönten Motivs – diskriminiert bzw (sexuell) belästigt, sind diese unterschiedlichen Sachverhalte nicht einer Globalbemessung zu unterziehen, was zu unerwünschten Ergebnissen führen kann (dazu im Detail unten). Die Erläuterungen führen zum Thema Mehrfachdiskriminierung exemplarisch an, dass ein:e Arbeitnehmer:in zunächst belästigt und zu einem späteren Zeitpunkt in ihrem:seinem beruflichen Aufstieg gehindert wird. Die getrennte Beurteilung der Sachverhalte sei nach den Erläuterungen zudem aufgrund der auseinanderfallenden fristauslösenden Ereignisse sowie den unterschiedlichen Ober- und Untergrenzen des jeweiligen Schadenersatzes geboten.⁶⁰¹ Als Fazit hinsichtlich der Berücksichtigung von Mehrfachdiskriminierungen bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes resümieren *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, dass eine Mehrfachdiskriminierung nur dann besondere Beachtung iSd § 12 (bzw 26) Abs 13 erfährt, wenn anlässlich eines Sachverhaltes eine **Diskriminierung aus mehreren Gründen** erfolgt (siehe zu alledem im Detail unten das Bemessungskriterium „Mehrfachdiskriminierung“ sowie die dort angeführte neuere Rsp des OGH).⁶⁰²

Die **Einführung des Abs 14** diene laut den parlamentarischen Erläuterungen lediglich zur **Klarstellung** der unionsrechtlichen Bemessungskriterien iSd Art 18 RL 2006/54/EG und wurden die Begriffe im Wesentlichen wortgleich in das GIBG übertragen.⁶⁰³ In den parlErl wird darauf hingewiesen, dass die Gerichte bereits bisher aufgrund der richtlinienkonformen Auslegung des GIBG zur Anwendung der einschlägigen Bemessungskriterien verpflichtet waren, weshalb lediglich deren Bedeutung durch die ausdrückliche Normierung unterstrichen werden sollte.⁶⁰⁴ Insbesondere durch die Normierung, dass durch die Höhe des immateriellen Schadenersatzes Diskriminierungen verhindert werden sollen, werde der dem österreichischen Schadenersatzrecht immanente Präventionsgedanke zum Ausdruck gebracht. Obwohl der Gesetzgeber offensichtlich sehr bemüht war zu betonen, dass eine **richtlinienwidrige**

⁶⁰⁰ Bestätigt in OGH 8 ObA 63/09m = DRdA 2011/40 (*Schrittwieser/Vazny-König*).

⁶⁰¹ ErläutRV 415 BlgNR 23. GP 7.

⁶⁰² *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 12 Rz 141.

⁶⁰³ „[...] **tatsächlich und wirksam** ausgeglichen oder ersetzt wird, wobei dies auf eine **abschreckende** und dem erlittenen Schaden **angemessene** Art und Weise geschehen muss.“ gem Art 18 RL 2006/54/EG; „[...] dadurch die Beeinträchtigung **tatsächlich und wirksam** ausgeglichen wird und die Entschädigung der erlittenen Beeinträchtigung **angemessen** ist sowie Diskriminierungen **verhindert**.“ gem § 12 Abs 14 GIBG.

⁶⁰⁴ ErläutRV 2300 BlgNR 24. GP 4.

Rechtslage bzw Auslegung vor Einführung des Abs 14 **nicht vorlag**, ist dennoch auf die eingangs dargelegte einhellige Lehrmeinung hinzuweisen, wonach die Beträge der zugesprochenen Schadenersätze keinesfalls die erforderliche Höhe erreichen, um eine präventive Wirkung zu entfalten und Diskriminierungen bzw (sexuelle) Belästigungen tatsächlich zu verhindern (siehe dazu im Detail unten das Bemessungskriterium „Prävention“).

Vor dem Hintergrund der bereits erwähnten fehlenden Rechtstradition bezüglich eines Schadenersatzes mit abschreckender Wirkung in Österreich, ist bei Betrachtung der nachstehenden Judikatur außerdem zu beachten, dass auch eine gewisse **Zurückhaltung der klagenden Parteien bei der Bemessung ihrer Klagebegehren** zu beobachten ist. Dies führt in vielen Fällen dazu, dass ein im Verhältnis zum zugrundeliegenden Sachverhalt sehr geringer Schadenersatzbetrag zugesprochen wird. *Gahleitner* bringt diese Zurückhaltung sehr gut auf den Punkt und verortet hierbei ein „**Henne-Ei-Problem**“: Wenn nicht mehr eingeklagt wird, kann auch nicht mehr zugesprochen werden. Wenn nicht mehr zugesprochen wird, wird unter Hinweis auf die Judikatur kein höheres Klagebegehren formuliert.⁶⁰⁵ Nach diesem in der **Dispositionsmaxime** (§ 405 ZPO) residierenden Henne-Ei-Problem, kann das Gericht aber bekanntlich nicht mehr zusprechen, als von der klagenden Partei begehrt wird (was einen grundlegenden verfahrensrechtlichen Unterschied zu den angloamerikanischen *punitive damages* darstellt, wo nicht die klagende Partei den Zuspruch eines konkreten Strafschadenersatzbetrags beantragt, sondern Geschworene einen solchen – in oftmals krassen Missverhältnis zum tatsächlich eingetretenen Schaden – festlegen;⁶⁰⁶ im Detail dazu unter II.2.4). Hinzu tritt auch noch ein allenfalls drohender **Kostenersatzanspruch des:der Täterin**, wonach schließlich der Eindruck entstehen kann, dass die Rechtsprechung bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes zu restriktiv vorgehen würde, obwohl der (zu) geringe Betrag bereits in der Klage festgelegt wurde.

Diese Zurückhaltung bei der Bemessung des Klagegehrens muss meines Erachtens jedenfalls mitberücksichtigt werden, wenn bisherige Entscheidung zur Bewertung eines Sachverhaltes herangezogen werden; kurzum: Wurde bei nachstehenden Entscheidungen dem Klagebegehren zur Gänze entsprochen, sollte hinterfragt werden, ob nach den unionsrechtlichen Vorgaben und den Kriterien den Abs 13 und 14 nicht ein höherer Ersatzbetrag möglich gewesen wäre.

⁶⁰⁵ *Gahleitner*, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007/24.

⁶⁰⁶ *Sunstein/Hastie/Payne/Schkade/Viscusi*, Punitive Damages: How Juries Decide, University of Chicago Press (2002), 1.

In diesem Zusammenhang ist abschließend darauf hinzuweisen, dass der OGH in den allermeisten Fällen **vom Beklagten angerufen** wird und die Frage zu prüfen hat, ob „zu viel an Schadenersatz“ zugesprochen wurde. **Der OGH hat diese Frage noch niemals mit Ja beantwortet, demnach noch niemals die Höhe eines von den Vorinstanzen ermittelten immateriellen Schadenersatzes herabgesetzt.** Vielmehr ist bei der Betrachtung der OGH Rsp sprachlich darauf bedacht zu nehmen, dass der OGH die Frage des Revisionswerbers, ob der Schadenersatz zu hoch ausgefallen ist, regelmäßig mit dem Befund beantwortet, dass der Schadenersatz „angemessen“ – also „nicht zu hoch“ – ist und die von den Instanzen angewendeten Grundsätze zur Schadenersatzbemessung nicht überschritten wurden.⁶⁰⁷ Diese vermeintliche Angemessenheit darf meines Erachtens aber keinesfalls damit verwechselt werden, dass auch der OGH keinen höheren Betrag hinsichtlich des konkreten Sachverhalts für möglich gehalten hätte; **Der Ausdruck „angemessen“ ist daher streng als Antwort auf die Rechtsrüge des (beklagten) Revisionswerbers, keinesfalls aber als Werturteil des OGH im Verhältnis zum Unwert der vorliegenden Tat zu verstehen.**

Um dieser Problematik entgegenzutreten und nicht den Anschein zu erwecken, dass die Judikatur bei der Schadenersatzbemessung nach dem GIBG besonders restriktiv vorgeht, wird der zuerkannte Betrag in der nachstehenden Judikatorsammlung fett geschrieben und das Klagebegehren darunter in Klammer angeführt. Sind beide Beträge gleich hoch, so konnte das Gericht – selbst, wenn die konkreten Sachverhaltselemente zum Ersatzbetrag im (krassen) Missverhältnis stehen sollten – nicht mehr zusprechen als begehrt wurde.

3 Judikaturanalyse: Der immaterielle Schadenersatz nach dem GIBG

Höhe (Klagebegehren)	Gericht; Rechtsgrundlage	Sachverhaltselemente	Bemessungskriterien
<u>Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses (Abs 1)</u>			
€ 500 (€ 500)	OGH ⁶⁰⁸ ; § 12 Abs 1 Z 2 GIBG (idF BGBl I 2004/66; Höchstbetrag € 500)	Die Klägerin solle sich "eher nicht" bewerben, denn "Frauen haben keine Kraft" .	Höchstbetrag

⁶⁰⁷ OGH vom 12.07.2000, 9 Ob 147/00h = ZVR 2001/55; OGH vom 5.6.2002, 9 ObA 119/02v = ecolex 2002/363 (Mazal); siehe auch OLG Wien 7 Ra 73/13a (16); bestätigt durch OGH 8 ObA 81/13i = ASoK 2015, 40 (Marhold-Weinmeier) = Jus-Extra OGH-Z 2014/5606 (Angst/Schwarz).

⁶⁰⁸ OGH vom 23.04.2009, 8 ObA 11/09i = ARD 5975/1/2009.

€ 500 (€ 5.606,37)	OLG Wien ⁶⁰⁹ ; § 12 Abs 1 Z 2 GIBG (idF BGBl I 2013/107; Höchstbetrag € 500)	Der Kläger erhielt eine Teilzeitstelle nicht, da "eine Frau gewünscht" war. AG konnte nachweisen, dass die eingestellte Mitbewerberin besser qualifiziert war.	Höchstbetrag
------------------------------	--	---	--------------

€ 500 (€ 500)	OLG Wien ⁶¹⁰ ; § 26 Abs 1 Z 2 GIBG (idF BGBl I 2013/107; Höchstbetrag € 500)	Frage, ob AN bereit ist das Kopftuch während der Arbeitszeit abzulegen.	Höchstbetrag
-------------------------	--	--	--------------

Diskriminierung bei der Festsetzung des Entgelts (Abs 2)

€ 6.000 (€ 6.000)	OLG Wien ⁶¹¹ ; § 12 Abs 2 GIBG	Männliche Mitarbeiter erhielten deutlich höheres Entgelt als die Klägerin sowie nur männliche Mitarbeiter erhielten Retentionszulagen.	Dauer; Vergleichsperson
-----------------------------	--	---	-------------------------

Diskriminierung bei den sonstigen Arbeitsbedingungen (Abs 6)

€ 1.000 (€ 1.000)	OGH ⁶¹² ; § 12 Abs 6 GIBG	Verschlechternde Versetzung (= mehr als dreifacher Anfahrtsweg) nach Rückkehr aus Karenz.	Dauer; massiver Nachteil
-----------------------------	---	---	--------------------------

€ 1.000 (€ 2.000)	OGH ⁶¹³ ; § 12 Abs 6 GIBG	Verweigerung der Vollzeit aufgrund Schwangerschaft der Klägerin.	Vergleich mit Höchstbetrag gem § 12 Abs 1 Z 2 GIBG
-----------------------------	---	---	--

€ 1.200 (€ 7.000)	OGH ⁶¹⁴ ; § 26 Abs 6 GIBG	Einschränkungen im Klientenkontakt aufgrund Tragen eines Kopftuchs.	Dauer; subjektive Tatseite ist zu beachten (= Absicht des Beklagten); Prävention
-----------------------------	---	--	--

Diskriminierung bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Abs 7)

€ 1.700 (€ 3.000)	OGH ⁶¹⁵ ; § 12 Abs 7 GIBG	Auflösung des Lehrlingsverhältnisses nach Bekanntgabe der Schwangerschaft mit der Aussage des Beklagten: "Jetzt haben wir zwei Schwangere und zwei Behinderte und was soll ich jetzt machen" .	Vergleich mit Einkommen der Klägerin; Prävention; Schwangerschaft besonderes Gewicht; jugendliches Alter der Klägerin; Uneinsichtigkeit des
-----------------------------	---	--	---

⁶⁰⁹ OLG Wien vom 27.3.2018, 10 Ra 113/17m = ARD 6617/5/2018 (*Lindmayr*).

⁶¹⁰ OLG Wien vom 17.5.2018, 9 Ra 117/17t = ARD 6617/4/2018 (*Lindmayr*).

⁶¹¹ OLG Wien vom 27.4.2020, 10 Ra 6/20f = ARD 6705/7/2020 (*Lindmayr*).

⁶¹² OGH vom 25.6.2014, 9 ObA 2/14f = RdW 2014/661 = ARD 6410/12/2014.

⁶¹³ OGH vom 26.6.2014, 8 ObA 23/14m = RdW 2014/658.

⁶¹⁴ OGH vom 25.05.2016, 9 ObA 117/15v = ARD 6507/4/2016 (*Körber-Risak/Schnabl*) = RdW 2016/464 (*Lindmayr*).

⁶¹⁵ OGH vom 27.08.2015, 9 ObA 87/15g = RdW 2016/91 (*Lindmayr/Tuma*) = ARD 6477/7/2015 (*Lindmayr/Tuma*) = DRdA 2016/24 (*Mayr*).

			Beklagten; Beendigung des AV als Resultat der Diskriminierung; Betrag von € 500 gem § 12 Abs 1 Z 2 GIBG <u>keine</u> Orientierungshilfe für Beendigungs-diskriminierung
€ 3.000 (€ 3.000)	OGH ⁶¹⁶ ; § 12 Abs 7 GIBG	Kündigung der Klägerin aufgrund ihres Ansuchens auf Elternteilzeit .	Beendigung des AV als Resultat der Diskriminierung
€ 8.613,82 (€ 8.613,82)	OGH ⁶¹⁷ ; § 12 Abs 7 GIBG	Kündigung nach erlittener Fehlgeburt , weil der AG aufgrund des Kindeswunsches der Klägerin davon ausging, dass die Klägerin erneut schwanger werden würde.	6 Monatsentgelte; Leistungsfähigkeit des Diskriminierenden; Dauer; Erheblichkeit; Grad des Verschuldens; (mangelnde) Schuldeinsicht; Verhalten in der Vergangenheit; OGH vergleicht Entschädigung mit der Vorgabe gem § 12 Abs 1 GIBG

Sexuelle Belästigung oder Belästigung (Abs 11)

€ 300 (Klagebegehren unbekannt)	ASG Wien ⁶¹⁸ ; § 6 GIBG, § 7 Abs 2 W-GBG (kein Mindestschadenersatz)	Bei einer betrieblichen Weihnachtsfeier sagte ein Arbeitskollege zur Klägerin: „ Dich werd' ich sicher nicht pudern – du hast schon zwei Männer wegen sexueller Belästigung angezeigt “.	Einmaligkeit; bloß verbal; keine hierarchische Überordnung des Belästigers
€ 400 x2 (€ 400 x2)	LG Salzburg ⁶¹⁹ ; § 26 Abs 11 GIBG (idF BGBl I 2004/66; Mindestschadenersatz € 400)	Zwei männliche Arbeitskollegen äußerten sich regelmäßig absätzig über die Homosexualität des Klägers: „ Arschficker “; „ der Schwule “; „ bück dich “; "ob er nicht irgendjemanden von hinten ficken möchte? "; „ob er nun Frischfleisch wolle?"	Aufgrund des lediglich beehrten Mindestschadenersatzes keine weiteren Bemessungskriterien.
€ 545,05 / ATS 7.500 (ATS 7.500)	ASG Wien ⁶²⁰ ; § 2a Abs 7 GIBG (idF BGBl 1992/833; Mindestschadenersatz ATS 5.000)	Zweimalige Berührung des Oberschenkels der Klägerin. Die zweite Berührung erfolgte nach ausdrücklicher Ablehnung durch die Klägerin.	Orientierung am Mindestschadenersatz; Wiederholungsgefahr

⁶¹⁶ OGH vom 25.10.2016, 8 ObA 63/16x = ARD 6526/9/2016 (*Lindmayr*) = DRdA-infas 2017/24 (*Schrittwieser*).

⁶¹⁷ OGH vom 27.2.2014, 8 ObA 81/13i = ARD 6399/8/2014 = ASoK 2015, 40 (*Marhold-Weinmeier*).

⁶¹⁸ ASG Wien vom 10.7.2006, 15 Cga 108/06w = ARD 5720/4/2006.

⁶¹⁹ LG Salzburg vom 14.7.2006, 18 Cga 120/05t; 18 Cga 121/05i = ARD 5732/6/2006.

⁶²⁰ ASG Wien vom 26.6.1996, 19 Cga 182/94 = ARD 4803/1/96.

€ 720 (€ 2.300)	OGH ⁶²¹ ; § 12 Abs 11 GIBG (idF BGBl I 2008/98; Mindestschadenersatz € 720)	Unterlassung der Abhilfe des AG gegen das Verhalten des Vaters des AG, der im Vorbeigehen den Ausschnitt des T-Shirts der sitzenden Klägerin nach vorne zog . Die Klage richtete sich ausschließlich gegen den AG, nicht aber den Belästiger selbst.	Orientierung am Mindestschadenersatz; geringe Fahrlässigkeit des beklagten AG
€ 1.000 (€ 2.000)	OLG Wien ⁶²² ; § 12 Abs 11 GIBG (idF BGBl I 2004/66; Mindestschadenersatz € 720)	Einmalig versuchter Kuss auf den Mund mit den Worten: "Ich brauche dich" . Anschließend wurde die Klägerin gekündigt.	keine Angaben
€ 1.000 (Klagebegehren unbekannt)	OLG Wien ⁶²³ ; § 26 Abs 11 GIBG (idF BGBl I 2004/66; Mindestschadenersatz € 400)	Über einen Zeitraum von knapp drei Monaten Beschimpfungen und Witze aufgrund der serbischen Herkunft der Klägerin, wie die Bezeichnung als "Tschuschin" .	Dauer; Intensität; auf verbale Ebene beschränkt
€ 1.000 (Klagebegehren unbekannt)	OLG Wien ⁶²⁴ ; § 12 Abs 11 GIBG (idF BGBl I 2011/7; Mindestschadenersatz € 1.000)	Unterlassung der Abhilfe des AG gegen das Verhalten der Arbeitskollegen des Klägers, die ihn mehrfach verbal und körperlich sexuell belästigten (konkrete Belästigungen unbekannt).	Orientierung am Mindestschadenersatz; Verletzung der Fürsorgepflicht
€ 1.000 (€ 1.000)	OLG Wien ⁶²⁵ ; § 26 Abs 11 GIBG (idF BGBl I 2011/7; Mindestschadenersatz € 1.000)	Der Beklagte belästigte die Klägerin im Rahmen des Einstellungsgesprächs, indem er sie fragte, ob sie bereit sei ihr Kopftuch während der Arbeit abzulegen, denn auch er müsse sich anpassen, wenn er in die Türkei fahre .	keine Angaben
€ 1.000 (Klagebegehren unbekannt)	OLG Wien ⁶²⁶ ; § 12 Abs 11 GIBG (idF BGBl I 2011/7; Mindestschadenersatz € 1.000)	Als die Klägerin den Pudel ihres Arbeitgebers streichelte und anmerkte, dass dieser sehr zutraulich sei, sagte der er zu ihr, dass die Tanzpartner der Klägerin wohl auch sehr zutraulich seien und ihr „alle Körperteile entgegenstrecken“ würden.	Einmaligkeit
€ 1.200 (Klagebegehren unbekannt)	OLG Wien ⁶²⁷ ; § 12 Abs 11 GIBG (idF BGBl I 2004/66;	Im Zuge eines Bewerbungsgesprächs hat der Beklagte der Klägerin einen Fragebogen mit vorrangig	keine Angaben

⁶²¹ OGH vom 30.7.2009, 8 ObA 35/09v = ARD 6068/8/2010.

⁶²² OLG Wien vom 13.4.2007, 9 Ra 163/06s = ARD 5815/5/2007.

⁶²³ OLG Wien vom 22.12.2009, 7 Ra 79/09b = ARD 6068/7/2010.

⁶²⁴ OLG Wien vom 18.12.2013, 10 Ra 89/13a = ARD 6393/13/2014.

⁶²⁵ OLG Wien vom 17.5.2018, 9 Ra 117/17t = ARD 6617/4/2018 (*Lindmayr*).

⁶²⁶ OLG Wien vom 30.1.2020, 7 Ra 31/19h = ARD 6705/10/2020 (*Lindmayr*); bestätigt in OGH vom 17.12.2021, 8 ObA 6/21x = ARD 6838/13/2023 (*Lass-Könczöl*).

⁶²⁷ OLG Wien vom 18.7.2007, 7 Ra 69/07d = ARD 5815/4/2007.

	Mindestschadenersatz € 720)	gynäkologischen Krankheiten überreicht und zu ihr gesagt, dass er sie untersuchen müsse . Dabei griff er ihr im Bereich der Brust auf den Pullover , wollte ihr diesen hochziehen und ihre Hose öffnen . Er fragte die Klägerin auch, ob sie einen Freund hätte oder verheiratet sei, wobei er meinte, dass sie keinen Freund brauche und er sie sexuell befriedigen werde , wenn sie mit ihm schlafen würde. Die Klägerin wehrte sich gegen ihn, wobei er erst von ihr abließ, als die Klägerin ohnmächtig wurde.	
€ 1.300 (€ 2.000)	OGH ⁶²⁸ ; § 12 Abs 11 und § 26 Abs 11 GIBG (idF BGBl I 2004/66; Mindestschadenersatz € 400/€ 720)	Die Klägerin war zahlreichen Belästigungen und sexuellen Belästigungen der Beklagten sowie ihres Ehemannes ausgesetzt: „ Scheiß Tschuschin “; „ Das Scheiß-Tschuschenweib ist in Krankenstand gegangen“; Fragen, ob sie einen Freund habe, ob sie Jungfrau sei und ob ihr Freund Kondome verwende oder ob sie die Pille nehme .	jugendliches Alter; Orientierung am Mindestschadenersatz
€ 1.453,46 / ATS 20.000 (ATS 20.000)	ASG Wien ⁶²⁹ ; § 2a Abs 7 GIBG (idF BGBl 1992/833; Mindestschadenersatz ATS 5.000)	Der AG der Klägerin hat sie über einen Zeitraum von etwa einem Monat mehrfach um die Hüfte umarmte , ihr an die Brust gegriffen und sie festgehalten und zu küssen versucht . Zudem hat er mehrfach versucht die Klägerin unter Ausnützung seiner Stellung als Arbeitgeber verbal zur Aufnahme einer intimen Beziehung zu drängen .	Orientierung am Mindestschadenersatz nur für einmalige, in der Intensität geringe sexuelle Belästigung
€ 1.500 (€ 1.500)	OGH ⁶³⁰ ; § 2a Abs 7 GIBG (idF BGBl I 2001/98; Mindestschadenersatz € 363,40)	Die Klägerin wurde von ihrem Arbeitgeber wiederholt verbal und körperlich belästigt: So forderte er sie auf, sich mit ihm im Lager- und Umkleideraum hinzulegen, erzählte von sexuellen Erlebnissen, prahlte mit der außergewöhnlichen Größe seines Penis und stellte Besuche bei ihr zuhause in Aussicht. Im Zeitraum von zwei Monaten berührte er die Klägerin zumindest dreimal unsittlich , drückte sich von hinten an sie und rieb seinen Penis an ihr .	keine Angaben

⁶²⁸ OGH vom 22.9.2010, 8 ObA 63/09m = DRdA 2011/40 (*Schrittwieser/Vazny-König*).

⁶²⁹ ASG Wien vom 6.5.1998, 24 Cga 230/97m = ARD 4970/5/1998.

⁶³⁰ OGH vom 3.8.2005, 9 ObA 112/05v = RdW 2006/550 = DRdA 2006/26.

€ 1.500 (€ 1.500)	OGH ⁶³¹ ; § 12 Abs 11 GIBG (idF BGBl I 2008/98; Mindestschadenersatz € 720)	Die Klägerin wurde vom Geschäftsführer der beklagten Partei mehrfach sexuell belästigt, indem er sich versuchte zu küssen, ihr auf ihr Knie griff und ihr sagte, dass sie "einen geilen Arsch" und "eine tolle Figur" habe und "wie sich die Frauen gerne bumsen lassen" oder wo er es schon "überall getrieben" habe. Das AV wurde seinerseits während der Probezeit mit den Worten aufgelöst: „Du hattest deine große Chance, du hast sie aber nicht genützt“ .	Orientierung am Mindestschadenersatz; Schadenersatz muss angemessen sein (lt OGH keine darüber hinausgehenden Hinweise für die Bemessung der Entschädigung nach dem GIBG aF)
€ 1.500 (€ 1.500)	OLG Wien ⁶³² ; § 12 Abs 11 GIBG (idF BGBl I 2011/7; Mindestschadenersatz € 1.000)	Im vorliegenden Fall hat der Beklagte anlässlich eines Streits über die Arbeitszeit der Klägerin zu dieser gesagt: „Hure, pack die Sachen und verschwinde“ .	keine Angaben
€ 1.500 (€ 1.500)	OLG Innsbruck ⁶³³ ; § 26 Abs 11 GIBG (idF BGBl I 2011/7; Mindestschadenersatz € 1.000)	Als der Kläger, der in einem Hotel als Frühstückskellner beschäftigt war, beim beklagten Souschef in der Küche lediglich mit dem Worten „Rührei“ ein Rührei für einen Gast bestellte, rief der Beklagte dem Kläger nach: „Ich schmeiß dir das Rührei auf den Kopf, du hässlicher Neger “. Nach Gesprächen mit den gemeinsamen Vorgesetzten hatte der Kläger nicht den Eindruck, dass seitens des Unternehmens angemessen reagiert werden würde, kündigte er.	Orientierung am Mindestschadenersatz; Intensität
€ 1.500 (Klagebegehren unbekannt)	OLG Wien ⁶³⁴ ; § 26 Abs 11 GIBG (idF BGBl I 2011/7; Mindestschadenersatz € 1.000)	Im vorliegenden Fall wurde die an einer Supermarktkasse arbeitende Klägerin mehrfach durch den Filialleiter beleidigt, indem dieser sagte, dass es nicht gut für das Unternehmen sei, "wenn so eine Alte an der Kasse" sitze. Es wurde auch bezogen auf die Klägerin über "die Alte an der Kassa" gelästert und behauptet, dass die Filiale wegen der Klägerin Kunden verliere.	Der Ersatzbetrag soll für die entzogene Lebensfreude, beeinträchtigte Menschenwürde, erlittene Kränkung oder geschaffene negative Arbeitsumwelt auf eine andere Weise gewisse Annehmlichkeiten und Erleichterungen verschaffen.
€ 1.500 (€ 1.500)	OLG Linz ⁶³⁵ ; § 12 Abs 11 GIBG (idF BGBl I 2011/7;	Ein leitender Angestellter hat eine Videokamera im Umkleideraum aufgestellt und die Klägerin beim Umziehen beobachtet . Die	Intensität ("besonders verwerfliche Handlung"); Der Ersatzbetrag setzt sich zusammen aus

⁶³¹ OGH vom 5.6.2008, 9 ObA 18/08z = ARD 5968/1/2009 = wbl 2008/254.

⁶³² OLG Wien vom 25.5.2016, 10 Ra 28/16k = ARD 6517/6/2016 (Lindmayr).

⁶³³ OLG Innsbruck vom 14.4.2017, 15 Ra 13/17z = ARD 6579/14/2017 (Lindmayr).

⁶³⁴ OLG Wien vom 30.10.2018, 10 Ra 29/18k = ARD 6629/8/2018 (Lindmayr).

⁶³⁵ OLG Linz vom 13.1.2021 12 Ra 64/2020y = DRdA 2021/39 (Luksch).

	Mindestschadenersatz € 1.000)	Handlungen des leitenden Angestellten (Vorgesetzten) wurden der AG zugerechnet.	€ 1.000 gem § 12 Abs 11 GIBG und € 500 gem § 1328a ABGB.
€ 1.800 (Klagebegehren unbekannt)	OLG Wien ⁶³⁶ ; § 12 Abs 11 GIBG (idF BGBl I 2004/66; Mindestschadenersatz € 720)	Anlässlich einer Dienstreise hat der beklagte Arbeitgeber der Klägerin vorgeschlagen sich ein Doppelzimmer zu teilen . Die Klägerin musste sodann drei Nächte mit dem Beklagten im gemeinsamen Doppelbettzimmer verbringen, wobei er sie in der letzten Nacht zwischen den Beinen berührte .	Dauer; Intensität; Notsituation
€ 1.816,82 / ATS 25.000 (ATS 50.000)	OGH ⁶³⁷ ; § 2a Abs 7 GIBG (idF BGBl 1992/833; Mindestschadenersatz ATS 5.000)	Aufgrund des langes Arbeitsweges bot der beklagte Arbeitskollege der aus Thailand stammenden Klägerin an, sie nach Hause zu fahren. Während der Autofahrt, sagte der Beklagte zur Klägerin: „ If you give me a fucking, I can help you “, öffnete gleichsam seine Hose und legte die Hand der Klägerin auf sein Geschlechtsteil . Obwohl die Klägerin ihre Hand zurückzog, ließ der Beklagte nicht von ihr ab, forderte sie zum Geschlechts- und Oralverkehr auf und fragte sie weiter, ob sie sich mit „Bodymassage“ auskenne und um wieviel ihr Mann sie „gekauft“ habe . Als sie beim Haus der Klägerin ankamen, fuhr der Beklagte daran vorbei und teilte der Klägerin mit, dass er nun ein „Platzerl“ suchen werde, um sexuell miteinander zu verkehren. Kurz darauf bekam der Beklagte einen Anruf von seinem Vorgesetzten und brauchte die Klägerin doch nach Hause. Nach Bekanntwerden des Vorfalls im Betrieb, wurde die Klägerin gekündigt, da sie vermeintlich falsche Aussagen bei der Polizei gemacht habe.	besondere Intensität (Hinweis auf Straftatbestände der geschlechtlichen Nötigung und der Freiheitsentziehung); Einmaligkeit; weitere Situationen nicht mehr ausgenützt
€ 2.000 (€ 2.000)	ASG Wien ⁶³⁸ ; § 12 Abs 11 GIBG (idF BGBl I 2004/66; Mindestschadenersatz € 720)	Als die Klägerin der Aufforderung des beklagten Geschäftsführers folgte und mit ihm in den Keller des Geschäfts ging, um nach Waren zu sehen, half er ihr in einen Mantel und küsste sie auf den Hinterkopf . Davon irritiert drehte sich die Klägerin um, worauf der Geschäftsführer seinen Körper an ihren Körper sowie seinen Mund	Einmaligkeit; Intensität (nicht auf die primären und sekundären Geschlechtsmerkmale bezogen)

⁶³⁶ OLG Wien vom 19.1.2005, 9 Ra 163/04p = ARD 5608/8/2005.

⁶³⁷ OGH vom 23.10.2000, 8 ObA 132/00w = ecolex 2001/86 (kit *Mazal*).

⁶³⁸ ASG Wien vom 27.11.2006, 27 Cga 74/05g = ARD 5765/1/2007.

		gegen ihren Mund presste. Die Klägerin litt in Folge an Weinkrämpfen und Zittern, weshalb sie sich in ärztliche Behandlung begab und ihren vorzeitigen Austritt erklärte.	
€ 2.000 (€ 3.000)	OLG Linz ⁶³⁹ ; § 12 Abs 11 GIBG (idF BGBl I 2008/98; Mindestschadenersatz € 720)	Die Klägerin arbeitete als Reinigungskraft im Unternehmen des Beklagten, der bzgl der Reinigungsleistungen der Klägerin oder anderer Beanstandungen die Klägerin massiv beschimpfte: „ blöde Kuh “, „ blöde Fut “, „ Nutte “, „ Hure “, „ du blöde Hure “ oder „ du tschechische Hure “. Einmal fragte er sie: „ Mit wem hast du denn gevögelt? “. Die Klägerin beendete schließlich das Arbeitsverhältnis. Die Beschimpfungen fanden regelmäßig statt, nicht aber zweimal pro Woche (im Berufungsverfahren wurde die Ersatzfeststellung „regelmäßig zweimal pro Woche“ erfolglos begehrt).	Dauer; Intensität; auf verbale Ebene beschränkt; keine Dauerfolgen; Mitverschulden (Beschimpfungen waren Ergebnis eines "wohl von beiden Teilen mitverursachten Streits")
€ 2.500 (€ 5.000)	OGH ⁶⁴⁰ ; § 12 Abs 11 GIBG (idF BGBl I 2004/66; Mindestschadenersatz € 400)	Der Beklagte war der Vorgesetzte der Klägerin und behandelte sie über die Dauer von fast zwei Jahren gehässig, herabwürdigend und beschimpfte sie mehrfach, wobei er ihr auch die Kündigung androhte. Der Veröffentlichung nach beruhte das herabwürdigende Verhalten des Beklagten darauf, dass die Klägerin eine Frau ist.	Dauer
€ 3.500 (€ 3.500)	LG Graz ⁶⁴¹ ; § 2a Abs 7 GIBG (idF BGBl 2001/98; Mindestschadenersatz € 363,40)	Die minderjährige Klägerin hatte eine Behinderung in Form einer leichten Intelligenzminderung und wurde von zwei vorgesetzten Kollegen im Rahmen ihres eineinhalb Monate dauernden Praktikums massiv belästigt: Griffe unter ihre Kleidung; Streicheln ua ihres Rücken; Aufforderungen sich auf ihren Schoß zu setzen oder zum Beklagte zu ziehen , da dieser einsam sei; zeigten ihr ein Pornoheft und forderten sie auf, sie in derartigen Posen sehen zu wollen; einmal verfolgten die beiden die Klägerin auf die Toilette, wo sie ihr anboten, ihr zu helfen, die Hose herunterzuziehen und ihr drohten die Feuerwehr zu rufen, wenn sie	Globalbemessung; Dauer; Art und Intensität der Beeinträchtigung; unmittelbare Vorgesetzte

⁶³⁹ OLG Linz vom 20.10.2010, 12 Ra 71/10p = ARD 6119/4/2011.

⁶⁴⁰ OGH vom 2.9.2008, 8 ObA 59/08x = DRdA 2010/19 (Thomasberger).

⁶⁴¹ LG Graz vom 14.9.2005, 33 Cga 122/04y, RIS-Justiz: EGZ00020 33Cga122.04y.

nicht die Türe öffnen würde. Als die Klägerin einmal in einer Pause einschlief, weckten die beiden sie mit der Frage, **ob sie eine „Spritze“ wolle und prahlten anschließend mit der Größe ihrer „Spritzen“** und meinten, dass die **Klägerin wohl ein kleines Loch habe**. Gegenüber anderen Arbeitskollegen prahlten die beiden damit, die **Klägerin in ein Bordell zu bringen, um mit ihr Geld zu verdienen**.

€ 3.500 (€ 3.500)	ASG Wien ⁶⁴² ; § 12 Abs 11 GIBG (idF BGBl I 2011/7; Mindestschadenersatz € 1.000)	Im vorliegenden Fall hat der Komplementär der beklagten KG die Klägerin durch Streicheln ihres Gesäßes , anzüglichen Bemerkungen über ihre Figur und ihr sexuelles Verhalten im Privatleben sowie durch einen Biss in ihr Ohr läppchen sexuell belästigt. Zudem bot er ihr berufliche Vorteile im Austausch gegen sexuelle Gefälligkeiten an.	Funktion als Vorgesetzter; auch eine andere Arbeitnehmerin sexuell belästigt
€ 3.500 + € 2.000 (€ 4.500 + 2.000)	OGH ⁶⁴³ ; § 12 Abs 11 GIBG (idF BGBl I 2011/7; Mindestschadenersatz € 1.000)	Die Klägerin war bei der Erstbeklagten (eine KG) in der Küche beschäftigt und wurde vom Zweitbeklagten (dem Kommanditisten) in zwei Fällen sexuell belästigt: Einmal brachte der Zweitbeklagte die Klägerin nach Dienstschluss mit seinem Auto nach Hause. Vor ihrer Wohnung angekommen, fasste er die Klägerin am Genick, zog sie zu sich und drückte ihr zwei Küsse auf den Mund , wobei er auch das Auto verriegelte, um die Klägerin am Aussteigen zu hindern. Am Folgetag folgte der Zweitbeklagte der Klägerin in die Umkleidekabine wo er die nur mit einem BH bekleidet Klägerin packte und zu ihr sagte: „ Wenn du jetzt nicht mit mir schläfst, dann kündige ich dich “. Die Klägerin ist daraufhin berechtigt ausgetreten.	Anrechnung vom Anspruch im Strafverfahren von € 300; zweifache sexuelle Belästigung; Androhung des Arbeitsplatzverlustes; kurzer Zeitraum; erhebliche Intensität; nicht bloß auf die verbale Ebene beschränkt
€ 3.633,64 / ATS 50.000 (ATS 110.000)	OGH ⁶⁴⁴ ; § 2a Abs 7 GIBG (idF BGBl 1992/833; Mindestschadenersatz ATS 5.000)	Die Klägerin war über ein halbes Jahr beim Beklagten beschäftigt, der ihr bei mehreren Zusammentreffen u.a. einen Zungenkuss aufdrängte , sie am Nacken festhielt , an den Schultern , im Gesicht , an der Brust und am Gesäß streichelte . Der	Anzahl; Häufigkeit; Intensität; Ausnützung des Autoritätsverhältnisses; 10-fache des Mindestersatzes

⁶⁴² ASG Wien vom 23.3.2011, 9 Cga 23/10g = ARD 6157/2/2011.

⁶⁴³ OGH vom 17.8.2016, 8 ObA 47/16v = ARD 6517/5/2016 (*Lindmayr*) = ZAS 2018/29 (*Risak*).

⁶⁴⁴ OGH vom 21.1.1999, 8 ObA 188/98z = JBl 1999, 538 = ZAS 2000/1 (*Brodil*) = DRdA 2000/7 (*Eichinger*) = ARD 5012/10/99.

		Beklagte teilte der Klägerin zudem mehrfach mit, dass er sie kündigen werde, wenn sie nicht mit ihm ins Bett gehen würde.	
3x € 3.633,64 / 3x ATS 50.000 (ATS 110.000)	OGH ⁶⁴⁵ ; § 2a Abs 7 GIBG (idF BGBl 1992/833; Mindestschadenersatz ATS 5.000)	Drei Arbeitnehmerinnen waren über einen Zeitraum von ca zwei Monaten in kurzen Abständen wiederholt sexuellen Belästigungen des Geschäftsführers der Arbeitgeber-GmbH ausgesetzt (keine konkreten Feststellungen). Die Klägerinnen hatten Angst mit dem Belästiger allein zu sein und entwickelten beachtliche psychosomatische Störungen.	10-fache der gesetzlichen Untergrenze
€ 3.633,64 / ATS 50.000 (ATS 75.000)	OGH ⁶⁴⁶ ; § 6 NÖ GBG und § 2a Abs 7 GIBG (idF BGBl I 2001/98; Mindestschadenersatz ATS 5.000 / € 363,36)	Während eines Zeitraums von mehr als zwei Jahren, war die Klägerin wiederholt sexuellen Belästigungen durch den Beklagten, einem Arbeitskollegen, ausgesetzt, wie auf den Po klopfen und sich von hinten an sie drücken . Trotz Verwarnungen des Arbeitgebers hat der Beklagte nicht von ihr abgelassen und sich einmal, als sich die Klägerin nach einem Behälter bückte, hinter sie gestellt und sie mit beiden Händen umfasst . Weiters äußerte er sich gegenüber der Klägerin vermehrt ordinär: "Die braucht's mal wieder", "Die hat einen geilen Arsch" odgl.	Dauer; Art; Intensität; einschüchternde und demütigende Arbeitsatmosphäre; psychische Beeinträchtigungen; 10-fache des Mindestsatzes
€ 4.000 (€ 4.000)	OGH ⁶⁴⁷ ; § 12 Abs 11 GIBG (idF BGBl I 2011/7; Mindestschadenersatz € 1.000)	Der Vorgesetzte der Klägerin (dessen Verhalten dem beklagten Arbeitgeber zugerechnet wurde), sendete ihr ein Pornovideo auf ihr Diensthandy und setzte ihre Arbeitsleistungen mit sexuellen Verhaltensweisen in Verbindung, indem er der Klägerin mehrmals sagte, „sie solle mehr arbeiten und weniger onanieren“ . Weiters vermeinte der Vorgesetzte, dass die Klägerin und ihre Kollegin „eh nur Hausfrauen“ seien und es "eine Sekretärin mit Eiern in den Hosen" brauche. Die Klägerin löste schließlich das Arbeitsverhältnis auf.	Dauer; Vielzahl an Belästigungen; Erheblichkeit; Beendigung des Arbeitsverhältnisses
€ 4.360 (€ 4.360)	OLG Wien ⁶⁴⁸ ;	Die damals minderjährige Zahnarztassistentin war über eine	jugendliches Alter; Intensität; Ausnützung

⁶⁴⁵ OGH vom 5.6.2002, 9 ObA 119/02v = ARD 5356/36/2002 = ecolex 2002/363 (*Mazal*); in Bestätigung von OLG Wien vom 19.12.2001, 7 Ra 407/01a = ARD 5351/13/2002.

⁶⁴⁶ OGH vom 20.3.2003, 8 ObA 18/03k = ARD 5414/6/2003 = PVInfo 2016, 22 (*Gerhartl*).

⁶⁴⁷ OGH vom 29.9.2020, 9 ObA 66/20a = ARD 6744/8/2021 (*Sabara*).

⁶⁴⁸ OLG Wien vom 27.6.2003, 9 Ra 66/03x = ARD 5447/3/2003.

	§ 2a Abs 7 GIBG (idF BGBl I 2001/98; Mindestschadenersatz € 363,40)	Dauer von mehr als eineinhalb Jahren beim beklagten Zahnarzt beschäftigt, der bereits kurz nach Beginn des Arbeitsverhältnisses begann, sie auf der Wange zu küssen , woraus bald Küsse auf den Mund wurden, wobei er dabei auch versuchte seine Zunge in den Mund der Klägerin zu drängen. Zudem fasste er ihr an den Hintern und berührte sie an der Brust . Außerdem klopfte der Beklagte während des Umkleidens der Klägerin an die Tür und fragte: „ Bist du schon nackt? “ oder auch ohne vorheriges Anklopfen sich ihr von hinten näherte und sich an ihr rieb oder ihr an die Brust griff .	des Autoritätsverhältnisses; besonders lange Dauer
€ 5.500 (Klagebegehren unbekannt)	OLG Wien ⁶⁴⁹ ; § 12 Abs 11 GIBG (idF BGBl I 2004/66; Mindestschadenersatz € 400 / € 720)	Wenige Monate nach Beginn des AV begann der GF die Klägerin „freundschaftlich“ zu berühren (Kitzeln bzw Stupsen mit dem Zeigefinger in den Rippenbereich). Der GF sprach die Klägerin während diesen Berührungen zudem in Form einer Verniedlichung ihres Vornamens („Martinchen“) an oder bezeichnete sie als „Zwerg“. Nach einiger Zeit fühlte sich die Klägerin zunehmend ohnmächtig und ging, um sich über ihre Möglichkeiten zu informieren, schließlich zur Polizei, wo unverzüglich eine Anzeige aufgenommen wurde, woraufhin die Klägerin entlassen wurde.	besonders lange Dauer (laut Berufungsgericht "jahrelang")
€ 10.000 (€ 21.000)	OGH ⁶⁵⁰ ; § 12 Abs 11 GIBG (idF BGBl I 2011/7; Mindestschadenersatz € 1.000)	Im vorliegenden Fall war die Klägerin beim beklagten Unternehmen als Chefsekretärin des Senior-Chefs angestellt. Die Belästigungen ereigneten sich bereits seit Beginn des AV: So gut wie täglich war sie Berührungen des Senior-Chefs (an Hals, Schulter, Hand, Wange, Hüfte und streicheln des Oberschenkels) sowie Bemerkungen über ihr Aussehen, ihre Kleidung und ihr Parfum ausgesetzt. Als die Klägerin während einer gemeinsamen Autofahrt am Steuer saß, spielte der Seniorchef mit einer Hand am Hosenknopf der Klägerin, während er mit der anderen Hand die Brust unter ihrer	Dauer; Intensität (psychischer Druck und Krankheitswert); Geldentwertung; Androhung des Arbeitsplatzverlustes

⁶⁴⁹ OLG Wien vom 30.1.2007, 8 Ra 147/06f = ARD 5815/3/2007; in Bestätigung von ASG Wien vom 28.3.2006, 22 Cga 80/05b = ARD 5720/4/2006.

⁶⁵⁰ OGH vom 29.4.2021, 9 ObA 19/21s = ARD 6763/5/2021 (*Sabara*); in Abänderung von OLG Wien vom 25.11.2020, 9 Ra 38/20d = ARD 6744/7/2021 (*Sabara*).

Kleidung massierte. Er legte weiters seine Hand in ihren Schritt und **berührte ihre Vagina** durch die Hose. Im Zusammenhang mit derartigen Annäherungen machte der Senior-Chef zudem immer wieder **Andeutungen**, dass er ihre **Kündigung** veranlassen könnte.

4 Fazit

Die vorliegende Untersuchung befasst sich im Rahmen einer umfassenden Judikaturanalyse mit der Deduktion konkreter Kriterien zur Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG (zur Untersuchung der einzelnen Kriterien siehe den nachstehenden vierten Teil). Dazu wurden zahlreiche veröffentlichte – und teilweise unveröffentlichte – Entscheidungen herangezogen und kann der bereits eingangs dargelegte Befund der weit überwiegenden, gar einhelligen Lehre jedenfalls bestätigt werden, wonach die nationalen Gerichte den unionsrechtlichen Vorgaben zur Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nicht ausreichend nachkommen und die Beträge des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG viel zu gering ausfallen.⁶⁵¹ *Mazal* hat in diesem Sinne bereits vor über zwanzig Jahren – und seither ist in Anbetracht der Ergebnisse der Judikaturanalyse keine nennenswerte Verbesserung der Rsp eingetreten – den häufig zu beobachtenden **nonchalanten Umgang mit sexueller Belästigung** kritisiert und es für sachlich zutreffend und unterstützenswert erachtet, wenn die Judikatur die Höhe des immateriellen Schadenersatzes anheben würde, da erst dadurch die Präventivfunktion des Schadenersatzrechts zur Geltung gebracht werden könnte.⁶⁵² Vor diesem Hintergrund sind auch die Eindrücke bezeichnend, die *Gahleitner* aus ihren Gesprächen mit amerikanischen Anwaltskolleg:innen oder Jurist:innen aus dem angelsächsischen Rechtsbereich schildert, die geradezu fassungslos reagieren und hinsichtlich der in Österreich zugesprochenen geringen Ersatzbeträge als Rechtsfolge von Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen am Arbeitsplatz blankes Unverständnis äußern.⁶⁵³ Obwohl „amerikanische Verhältnisse“⁶⁵⁴ weder wünschenswert noch mit dem österreichischen

⁶⁵¹ Siehe den eingangs zum „III. Teil: Judikaturanalyse zum immateriellen Schadenersatz nach dem GIBG“ angeführten Stand der Lehre von *Gahleitner*, *Kletečka*, *Köck*, *Mazal*, *Körber-Risak*, *Schrittwieser*, *Vazny-König*, *Majoros*, etc.

⁶⁵² Siehe die Glosse von *Mazal* in OGH vom 5.6.2002, 9 Ob A 119/02v = ecolex 2002/363 (*Mazal*).

⁶⁵³ *Gahleitner*, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007/24 (155).

⁶⁵⁴ Im bekannten Fall *Liebeck v. McDonald's Restaurants* wurde einer 79-jährigen Frau \$ 2.8 Millionen aufgrund einer Verbrennung mit einem heißen Kaffee zugesprochen.

Schadenersatz- und Zivilprozessrecht kompatibel sind, so ist die bei den genannten Jurist:innen ausgelösten Emotionen des Unverständnisses meines Erachtens in vielen Fällen doch sehr gut nachvollziehbar: bspw wenn einer minderjährigen Praktikantin lediglich € 3.500,00 an immateriellen Schadenersatz zugesprochen wird, obwohl sie mehrfachen massiven verbalen und physischen sexuellen Belästigungen durch zwei ihr in jeglicher Hinsicht überlegenen Vorgesetzten ausgesetzt war, die Chefin der hilfeschuchenden Klägerin „nicht glaubt“, die Klägerin folglich aus Angst, die Vorgesetzten könnten sie vergewaltigen das Praktikum vorzeitig beendete und nach einem Suizidversuch an weitreichenden und langfristig anhaltenden psychischen Folgen litt.⁶⁵⁵ Zu betonen ist freilich auch, dass die Praktikantin in ihrer Klage nicht mehr als € 3.500,00 an immateriellen Schadenersatz verlangt hat.

Aus der hier angestellten Judikaturanalyse lassen sich meines Erachtens mehrere Gründe ableiten, die einem solchem untragbaren Ergebnis zugrunde liegen: Einerseits liegt dies daran, dass die bestehenden gesetzlichen Vorgaben, mit Ausnahme des Mindestschadenersatzes – der per definitionem (!) nicht abschreckend sein kann – **keine konkreten Bemessungskriterien** zur Ermittlung der Höhe des immateriellen Schadenersatzes liefern, was in der Praxis zu erheblichen Schwierigkeiten in der Bemessung führt. Auch der OGH erkennt diesen Mangel an und weist ausdrücklich darauf hin, dass das Gesetz keine über die in § 12 Abs 13 und 14 genannten Begriffe hinausgehenden Bemessungskriterien darlegt.⁶⁵⁶ Obwohl das GIBG nach dieser Grundlage vorsieht, dass der Schadenersatz so zu bemessen ist, dass damit die erlittene persönliche Beeinträchtigung tatsächlich und wirksam ausgeglichen und zukünftige „Diskriminierungen verhindert“ werden, bleibt nach dem Wortlaut des Gesetzes unklar, wann dieser Ausgleich als ausreichend angesehen werden kann. Vor diesem Hintergrund sind Rechtsanwender:innen in der Praxis weitgehend auf die Auslegung dieser Begriffe durch die Gerichte und die Aufbereitung in der Lehre angewiesen, wobei auch diese nur vereinzelt über pauschale Aussagen hinausgehende, konkrete Antworten auf die Anwendung möglicher Bemessungskriterien liefern. Wie *Gahleitner* richtig hervorhebt, kommt auch noch ein **Mangel an Rechtstradition** hinzu, da die österreichischen Gerichte schlicht mit dem Umgang eines Schadenersatzes, der nach der gesetzlichen Vorgabe Diskriminierungen verhindern sollen (§ 12 Abs 14 GIBG), ungeübt sind.⁶⁵⁷ Ebenfalls nach *Gahleitner* führen die von den Gerichten zugesprochenen (zu geringen) Schadenersatzbeträge wiederum zu einem **Henne-Ei-Problem**,

⁶⁵⁵ LG Graz vom 14.9.2005, 33 Cga 122/04y, RIS-Justiz: EGZ00020 33Cga122.04y.

⁶⁵⁶ OGH vom 5.6.2008, 9 ObA 18/08z = ecolex 2008/353 = ARD 5968/1/2009.

⁶⁵⁷ *Gahleitner*, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007/24, 154.

da sich die Klagebegehren grundsätzlich an den von den Gerichten in der Vergangenheit zugesprochenen Schadenersatzbeträgen orientieren. Dadurch, dass sich sohin neue Klagen an vergangenen Erkenntnissen orientieren, diese aber nach einhelliger Lehre vielfach zu geringe Schadenersatzbeträge aufweisen, kann keine Rechtsprechung entstehen, die einen für die erlittene persönliche Beeinträchtigung nach den gesetzlichen Vorgaben angemessenen Ersatzbetrag widerspiegelt.⁶⁵⁸ Schließlich wird dieses Problem vielfach dadurch verstärkt, dass in weiten Teilen der Rsp (aber auch der Literatur) die **Angemessenheitsprüfung des OGH vielfach missverstanden** wird. Sie wird nämlich fälschlicherweise dahingehend interpretiert, dass der OGH einen noch so geringen Schadenersatz als „angemessen“ erachtet.⁶⁵⁹ Was dabei meines Erachtens aber keinesfalls außeracht gelassen werden darf ist der Umstand, dass der OGH dies in Beantwortung der Rechtsrüge des (beklagten) Revisionswerbers feststellt. Der OGH hat noch nie einen von den – für die Schadenersatzbemessung zuständigen (!)⁶⁶⁰ – Vorinstanzen festgesetzten immateriellen Schadenersatz nach dem GIBG herabgesetzt. Die **Bezeichnung eines Ersatzbetrages durch den OGH als „angemessen“** muss daher sprachlich streng, nämlich als „nicht zu hoch“ verstanden werden und **darf keinesfalls als Werturteil im Verhältnis zum Unwert der vorliegenden Tat missinterpretiert werden**. Anderenfalls würde das von *Gahleitner* beschriebene Henne-Ei-Problem vielfach verstärkt und prolongiert werden, da die unrichtige Interpretation zu dem falschen Eindruck führen könnte, der OGH würde besonders restriktiv in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG vorgehen, was tatsächlich aber nicht der Fall ist. Generell wäre es meines Erachtens bei Betrachtung eines Urteiles, mit dem das Klagebegehren vollständig zugesprochen wurde, höchst angebracht zu hinterfragen, ob der immaterielle Schadenersatz im Hinblick auf den zugrundeliegenden Sachverhalt ggf bereits in der Bemessung des Klagebegehrens unterdotiert worden sein könnte.

⁶⁵⁸ *Gahleitner*, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007/24, 155.

⁶⁵⁹ Siehe bspw in OGH vom 12.07.2000, 9 Ob 147/00h = ZVR 2001/55; OGH vom 5.6.2002, 9 ObA 119/02v = ecolex 2002/363 (krit *Mazal*); OLG Wien vom 27.8.2013, 7 Ra 73/13a (16), bestätigt durch OGH vom 27.2.2014, 8 ObA 81/13i = ARD 6399/8/2014 = ASoK 2015, 40 (*Marhold-Weinmeier*) = Jus-Extra OGH-Z 2014/5606 (*Angst/Schwarz*).

⁶⁶⁰ Wie der OGH in stRsp festhält, handelt es sich bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes um eine bloße Ermessensentscheidung und sohin um eine **Einzelfallprüfung**, die idR keine die Zuständigkeit des OGH auslösende Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung darstellt, weshalb eine Revision nur zur Vermeidung einer gravierenden Ungleichbehandlung durch die Rechtsprechung und damit letztlich aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit lediglich im Falle einer eklatanten Fehlbemessung, die völlig aus dem Rahmen der ständigen oberstgerichtlichen Rechtsprechung fällt, ausnahmsweise zulässig wäre; RIS-Justiz RS0042887 (T5, 6).

In diesem Zusammenhang ist der eingangs dargelegte Fall der minderjährigen Praktikantin⁶⁶¹ aber keinesfalls ein Einzelfall. Diese Problematik, dass Erkenntnisse trotz **vollständigen Zuspruchs des Klagebegehrens als Referenzjudikatur** für die Bemessung anderer Fälle herangezogen werden kommt in der Praxis bedauerlicherweise oft. Die Heranziehung von Vergleichs- oder Referenzjudikatur muss mit allergrößter Zurückhaltung vorgenommen werden, damit der Zuspruch des immateriellen Schadenersatzes nicht GIBG-widrig und sohin unionsrechtswidrig ausfällt. In diesem Sinne wird meines Erachtens unzulässigerweise ein Erkenntnis des OLG Wien leider allzu oft zum Vergleich herangezogen: in Anbetracht, dass eine minderjährige Zahnarztassistentin unzähligen massiven verbalen und physischen sexuellen Belästigungen unter Ausnützung des Autoritätsverhältnisses ihres Arbeitgebers, einem Zahnarzt, der zugleich Ausbilder war, über eine überaus lange Dauer von eineinhalb Jahren ausgesetzt war und an erheblichen langanhaltenden psychischen Beeinträchtigungen litt, kann das vollständig zugesprochene Klagebegehren von € 4.360,00 meines Erachtens keinesfalls als Referenz zur Beurteilung von anderen Sachverhalten herangezogen werden, da die Höhe des Ersatzbetrags keinesfalls mit den (unions)rechtlichen Vorgaben des GIBG vereinbar wäre.⁶⁶²

Hinzukommt, dass der bereits in der Klage angeführte, anspruchsbegründende Sachverhalt gut überlegt sein muss, da die Gerichte bereits dann, wenn nur ein geringfügiger Teil des behaupteten Sachverhalts nicht festgestellt werden konnte, (zum Teil erhebliche) Abschlüsse des begehrten immateriellen Schadenersatzes ansetzen. So hat es beispielsweise das OLG Wien (bestätigt durch den OGH) für ausschlaggebend erachtet, dass manche anspruchsbegründenden Aussagen des Beklagten (die Klägerin habe „Lippen wie eine Trompete...die seien zum Blasen da“ oder sie sei eine „geile Schwanzpresse“) nicht festgestellt werden konnten, weshalb lediglich ein Teil des Klagebegehrens zugesprochen wurde (€ 3.633,64 statt € 5.450,46).⁶⁶³ Dies kann bei ausgeprägten Fällen sogar dazu führen, dass der Kostenersatzanspruch der numerisch obsiegenden Partei (also des Belästigers) höher ausfällt, als der immaterielle Schadenersatz, den dieselbe Partei zu leisten hat (zB wenn mangels Feststellungen anstelle der

⁶⁶¹ LG Graz vom 14.9.2005, 33 Cga 122/04y, RIS-Justiz: EGZ00020 33Cga122.04y.

⁶⁶² OLG Wien vom 27.6.2003, 9 Ra 66/03x = ARD 5447/3/2003.

⁶⁶³ OLG Wien vom 6.11.2002, 8 Ra 183/02v (9), teilweise abgeändert in OGH vom 20.3.2003, 8 ObA 18/03k = PVInfo 2016, 22 (Gerhartl) = ARD 5414/6/2003.

begehrten € 7.000,00 lediglich € 1.200,00 an immateriellen Schadenersatz zugesprochen werden).⁶⁶⁴

Zusammenfassend führen diese Gründe (keine konkreten Bemessungskriterien im GIBG, der Mangel an konkreten Bemessungskriterien aus Rsp und Literatur, die fehlende Rechtstradition, das daraus resultierende Henne-Ei-Problem, die Missinterpretation der vom OGH als „angemessen“ bezeichneten Schadenersatzbeträge, die unzulässige Verwendung von Referenzjudikatur bei Zuspruch des vollen Klagebegehrens und die Formulierung des anspruchsbegründenden Sachverhalts) kumulativ betrachtet dazu, dass der **immaterielle Schadenersatz oft hinter dem zurückbleibt, was nötig wäre, um eine wirksame Präventionsfunktion gegenüber Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen zu entfalten.**

⁶⁶⁴ OGH vom 25.05.2016, 9 ObA 117/15v = ARD 6507/4/2016 (*Körber-Risak/Schnabl*) = RdW 2016/464 (*Lindmayr*) = Jus-Extra OGH-Z 2017/6152 (*Angst/Schwarz*).

IV. Teil: Kriterienkatalog – Die Bemessungskriterien zur Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG

1 Überblick zum Kriterienkatalog

Um der in der Judikaturanalyse dargelegten Problemlage zu begegnen, wird mit diesem IV. Teil ein Kriterienkatalog dargelegt, mit dem Ziel, den immateriellen Schadenersatz des GIBG zu untersuchen, um so einen effektiv(er)en Schutz vor Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigung am Arbeitsplatz zu erreichen.

Wie bereits eingangs zum III. Teil dargelegt, liefert das GIBG zur Bemessung der Höhe des Ersatzbetrages über die Anhaltspunkte der Mindest- und Höchstbeträge, der Bedachtnahme von Mehrfachdiskriminierungen, die Begriffe des tatsächlichen und wirksamen Ausgleichs der erlittenen Beeinträchtigung sowie der Anordnung, dass „Diskriminierungen verhindert“ werden sollen (ua § 12 Abs 13 und 14 GIBG) hinausgehend keine weiteren Anhaltspunkte zur konkreten Bemessung des immateriellen Schadenersatzes.⁶⁶⁵ Auch der OGH schweigt weitgehend darüber, wie diese Kriterien (die im Wesentlichen wortident aus dem Unionsrecht übernommen wurden) bei der Bemessung des Ersatzbetrags konkret zu berücksichtigen sind und befasst sich nach stRsp lediglich damit, ob eine krasse Verkennung der Auslegungsgrundsätze durch die Vorinstanzen vorliegt, die im Interesse der Rechtssicherheit seitens des OGH aufgegriffen werden muss.⁶⁶⁶

Gewissheit besteht jedenfalls darüber, dass im Anwendungsbereich des GIBG nach der stRsp des OGH auf die auch sonst im (allgemeinen) Schadenersatzrecht anzuwendenden Grundsätze, insbesondere auf die Dauer, Erheblichkeit und Intensität der Beeinträchtigung sowie allfälligen Dauerfolgen Bedacht zu nehmen ist.⁶⁶⁷ Zudem wird vom OGH explizit die Präventionsfunktion

⁶⁶⁵ *Schrittwieser/Vazny-König*, DRdA 2011/40 (391); *Majoros in Czech/Sallinger* (Hrsg), Diskriminierung - Grundrechtsverletzung oder Kavaliersdelikt? (2011) 92; *Kletečka/Köck in Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 20.

⁶⁶⁶ RIS-Justiz **RS0042887 (T2, T5 und T6)**; OGH 23.10.2000, 8 ObA 132/00w = ecolex 2001/86 (*Mazal*); OGH vom 5.6.2008, 9 ObA 18/08z = ecolex 2008/353 = infas 2008, A 84 = ARD 5968/1/2009.

⁶⁶⁷ RIS-Justiz RS0108277 (T1); RS0111431; RS0022442.

der Sanktionsbestimmungen des GIBG hervorgehoben, ohne jedoch auf die daraus resultierende Auswirkung auf die Ermittlung der Höhe des Ersatzbetrags einzugehen.⁶⁶⁸

Systematisch lassen sich daher **drei Gruppen an Bemessungskriterien** definieren, wobei die Rsp – mit Ausnahme des Arbeitsplatzverlustes als Folge der Diskriminierung sowie einer mit der Schwangerschaft begründeten Diskriminierung (siehe dazu im Detail unten)⁶⁶⁹ – keine besondere Gewichtung vornimmt und jedes Bemessungskriterium für sich betrachtet den Schadenersatzbetrag gleichwertig erhöhen kann.

Wie bereits erwähnt, liegen zum einen Bemessungskriterien vor, die sich bereits aus dem **allgemeinen Schadenersatzrecht** ergeben und auch in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG zu berücksichtigen sind (Berücksichtigung der Dauer, Intensität der Beeinträchtigung sowie von Dauerfolgen). Weitere Kriterien ergeben sich direkt aus dem **Gesetzestext des GIBG** (Orientierung an gesetzlich definierten Ersatzbeträgen, Berücksichtigung einer Mehrfachdiskriminierung und Berücksichtigung der Präventionsfunktion). Die dritte Gruppe bildet jene Bemessungskriterien, die sich aus der **Rsp und Lehre** ergeben, wobei auch diese Kriterien in den meisten Fällen auf das Bemessungskriterium der Präventionsfunktion des Schadenersatzbetrags abstellen (Ausnützung eines Autoritätsverhältnisses, Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungskraft des:der Diskriminierenden, Berücksichtigung der durch die Diskriminierung erlangten Vorteile, Berücksichtigung der subjektiven Tatseite etc).

Der nachstehende Kriterienkatalog befasst sich mit all diesen Bemessungskriterien und deren konkrete Auswirkung auf die Höhe des Ersatzbetrags für die erlittene persönliche Beeinträchtigung. Ziel ist es, mit Hilfe dieses Kriterienkatalogs effektiv und rasch Sachverhalte nach dem GIBG beurteilen zu können, indem die einzelnen Sachverhaltselemente argumentatorisch konkreten Bemessungskriterien zugeordnet werden können, um so den zustehenden immateriellen Schadenersatz ermitteln zu können.

⁶⁶⁸ Vgl. „Der Entschädigung hat nach dem expliziten gesetzlichen Auftrag des § 12 Abs 14 GIBG auch präventive Funktion zuzukommen.“ RIS-Justiz RS0130287.

⁶⁶⁹ RIS-Justiz RS0130287.

2 Bemessungskriterien aus den auch sonst im allgemeinen Schadenersatzrecht anzuwendenden Grundsätzen

2.1 Dauer

Das Bemessungskriterium der Dauer ist nicht ausdrücklich im GIBG geregelt. Im BEinstG allerdings schon (§ 7j BEinstG). Zudem hat der OGH bereits mehrfach ausgesprochen, dass die im BEinstG ausdrücklich genannten Kriterien auch bei der Bemessung der Höhe des immateriellen Schadenersatz nach dem GIBG anzuwenden sind.⁶⁷⁰ Dass die Dauer der persönlichen Beeinträchtigung bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes zu berücksichtigen ist, ergibt sich zudem nach stRsp bereits aus den „auch sonst im Schadenersatzrecht“ anzuwendenden Grundsätzen, da länger andauerndes schädliches Verhalten idR einen höheren Ersatzbetrag bedingt.⁶⁷¹ Auch *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler* weisen darauf hin, dass bei der Bemessung der Höhe des immateriellen Schadenersatzes insbesondere auf die Dauer der Diskriminierung bzw (sexuelle) Belästigung Bedacht zu nehmen ist.⁶⁷² Weiters ergibt sich diese Logik auch aus den **Tabellen betreffend die Schmerzensgeldsätze in Österreich**, die als Bemessungshilfe zur Bemessung des Schmerzensgeldes herangezogen werden und wonach der Gesamtbetrag dadurch ermittelt wird, dass die **Anzahl der Tage (= Dauer)** an denen Schmerzen erlitten wurden mit jenem Betrag multipliziert wird, der dem Ausmaß des täglichen Schmerzempfindens entspricht (zum Bemessungskriterium der Intensität sogleich).⁶⁷³

In einem ersten Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass – auch ohne ausdrückliche Erwähnung im GIBG – die Dauer einer Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung bei der Bemessung der Höhe des immateriellen Schadenersatzes auch im Anwendungsbereich des GIBG mitzuberoücksichtigen ist. Demnach führt eine länger anhaltende Diskriminierung bzw (sexuelle) Belästigung grundsätzlich zu einer Erhöhung des zu leistenden Ersatzbetrags, da die

⁶⁷⁰ OGH vom 5.6.2008, 9 ObA 18/08z (20) = ecolex 2008/353 = infas 2008, A 84 = ARD 5968/1/2009; OGH vom 2.9.2008, 8 ObA 59/08x (11) = RdW 2009/238 = infas 2009, A 7.

⁶⁷¹ Grundlegend festgelegt in OGH 8 ObA 188/98z und als stRsp anzusehen: RIS-Justiz RS0111431; darüber hinaus ausdrücklich in RIS-Justiz **RS0022442** „Bei der Ermittlung des Ausmaßes des eine Genugtuungsfunktion besitzenden Ersatzanspruchs für immateriellen Schaden bilden **Dauer** [...] **einen bestimmenden Faktor**“.

⁶⁷² *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 12 Rz 152.

⁶⁷³ *Hartl*, Schmerzensgeldsätze in Österreich, Zak 2024/114.

persönliche Beeinträchtigung grundsätzlich größer ausfällt, als wenn die Beeinträchtigung nur eine kurze Dauer anhält (zur Globalbemessung, die diesen Grundsatz verzerren kann, sogleich).

Die sich meiner Ansicht nach nunmehr aufdrängende Anschlussfrage ist, welche Zeiträume von der Rsp als besonders lange empfunden werden und wie sich diese auf die Höhe des immateriellen Schadenersatzes konkret auswirken?

Aus der in dieser Arbeit angestellten Judikaturanalyse ergibt sich dazu **keine Stringenz der Rsp hinsichtlich der Dauer einer Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung**. Während das OLG Wien in seiner rechtlichen Beurteilung betreffend die Bemessung des immateriellen Schadenersatzes auf die vermeintlich „kurze Dauer“ der verbalen Belästigungen von mehr als drei Monaten hinweist,⁶⁷⁴ scheint der OGH in seiner rechtlichen Beurteilung den Umstand, dass die Klägerin „einige Monate“ lang der Diskriminierung ausgesetzt war bereits besonderes Gewicht zuzugestehen.⁶⁷⁵ Aus einer Gesamtbetrachtung der zahlreichen Entscheidungen, ergibt sich meines Erachtens, dass die Rsp jedenfalls einen **Zeitraum von mehr als sechs Monaten** als besonders berücksichtigungswert erachtet und ein derartiger Zeitraum aufgrund der Dauer der Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung eine erhebliche Anhebung des immateriellen Schadenersatzes rechtfertigen kann.⁶⁷⁶

Die Schwierigkeit dieser Grenzziehung (ab wann ist die Dauer der Diskriminierung bzw sexuellen Belästigung lange bzw kurz) ergibt sich meines Erachtens aus dem Gebot der **Globalbemessung**. Nach diesem aus dem allgemeinen Schadenersatzrecht stammenden aber

⁶⁷⁴ OLG Wien vom 22.12.2009, 7 Ra 79/09b = ARD 6068/7/2010.

⁶⁷⁵ OGH vom 25.05.2016, 9 ObA 117/15v = ARD 6507/4/2016 (*Körber-Risak/Schnabl*) = RdW 2016/464 (*Lindmayr*) = Jus-Extra OGH-Z 2017/6152 (*Angst/Schwarz*).

⁶⁷⁶ Vgl die Hervorhebung der jeweiligen Dauer: OGH 9 ObA 117/15v = ARD 6507/4/2016 (*Körber-Risak/Schnabl*) „einige Monate“; OLG Wien 7 Ra 79/09b = ARD 6068/7/2010 „knapp mehr als drei Monate“ (beschränkt auf die „kurze Dauer“ des AV); OGH 9 ObA 19/21s = RdW 2021/577 (*Sabara*) „mehrere Monate“ (rund 6 Monate wurden vom ASG Wien 21 Cga 41/16a in derselben Sache als **langer Zeitraum** befunden); OLG Wien 9 Ra 66/03x = ARD 5447/3/2003 „mehr als eineinhalb Jahre“ (wurde als **besonders lange** Dauer befunden); OLG Wien 8 Ra 147/06f = ARD 5815/3/2007 „jahrelang“; OGH 8 ObA 59/08x = ZAS-Judikatur 2009/5 (*Reiner*) „Dauer von fast zwei Jahren“ (*Reiner* kritisiert die Halbierung des Ersatzbetrags durch den OGH ausdrücklich aufgrund der langen Dauer Hinsichtlich der anhaltenden Belästigungen für die **Dauer von fast zwei Jahren** und sieht in der Halbierung des Schadenersatzes auf € 2.500,00 ein dogmatisch und rechtspolitisch falsches Signal gesetzt); OGH 8 ObA 18/03k = ARD 5414/6/2003 „mehr als zwei Jahre“; OLG Wien 10 Ra 6/20f = ARD 6705/7/2020 (*Lindmayr*) „jahrelange Diskriminierung“.

auch im Anwendungsbereich des GIBG anzuwendenden Prinzips,⁶⁷⁷ ist der verursachte immaterielle Schaden im Wege einer Globalbemessung für die durch die (fortgesetzte) Belästigung geschaffene Situation in ihrer Gesamtheit auszumessen. Daraus ergibt sich, dass die **Dauer** der Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung – wie im Übrigen jedes andere Bemessungskriterium auch – **nicht isoliert betrachtet** werden darf, sondern hat der Sachverhalt in seiner Gesamtheit und mit einem dem Sachverhalt angemessenen, alle Umstände umspannenden Gesamtbetrag bewertet zu werden.⁶⁷⁸

Aus diesem Grund kann auch bei **sehr kurzer Dauer – gar Einmaligkeit (!)** – ein erheblich höherer Schadenersatzbetrag zugesprochen werden, wenn bspw die Intensität der persönlichen Beeinträchtigung entsprechend intensiv ausfällt. Daraus folgt, dass unter (Mit-)Berücksichtigung der Intensität des Eingriffs ein wesentlich höherer Ersatzbetrag resultieren kann als dies „lediglich“ bei Vorliegen einer langen Dauer des Zustandes der Fall ist. So wurde beispielsweise im Fall einer einmaligen, besonders gravierenden sexuellen Belästigung ein Betrag von € 1.816,82 zugesprochen wohingegen für zahlreiche, über eine lange Dauer erstreckende, allerdings auf die verbale Ebene beschränkte Diskriminierungen lediglich der Mindestschadenersatz von € 400,00 zugesprochen wurde.⁶⁷⁹ Abhängig von der Intensität des Eingriffs kann bei besonders kurz andauernden Verhaltens auch erheblich vom Mindestschadenersatz abgewichen werden;⁶⁸⁰ dies insbesondere dann, wenn die Diskriminierung bzw (sexuelle) Belästigung zur Beendigung des AV führt (siehe dazu im Detail unten)

Zusammenfassend lässt sich daher hinsichtlich des Bemessungskriteriums der Dauer festhalten, dass nach allgemein schadenersatzrechtlichen Grundsätzen eine längere Dauer der Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung **grundsätzlich einen höheren Ersatzbetrag** bedingt, wobei die konkrete Höhe des Ersatzbetrags im Einzelfall stark von der Intensität der jeweiligen Beeinträchtigung abhängt und der **Gesamtbetrag des immateriellen**

⁶⁷⁷ OGH 8 ObA 188/98z = JBl 1999, 538; **RIS-Justiz RS0108277 (T1)**.

⁶⁷⁸ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 12 Rz 120; OGH 9 ObA 66/20a = ARD 6744/8/2021, 10 (*Sabara*).

⁶⁷⁹ Siehe oben LG Salzburg 18 Cga 120/05t; 18 Cga 121/05i = ARD 5732/6/2006 und OGH 8 ObA 132/00w = ecolex 2001/86 (*Mazal*).

⁶⁸⁰ Siehe oben in OGH 8 ObA 47/16v = ARD 6517/5/2016 (Lindmayr): Obwohl die Tathandlungen des Zweitbeklagten lediglich an zwei nahezu aufeinanderfolgenden Tagen gesetzt wurden und das AV nur knapp mehr als ein Monat bestand, wurde der Klägerin € 3.500,00 gegen den Belästiger selbst und € 2.000,00 gegen die AG-KG und dessen Komplementär zugesprochen.

Schadenersatzes im Wege der Globalbemessung unter Berücksichtigung sämtlicher Sachverhaltselemente zu ermitteln ist.

2.2 Intensität der Beeinträchtigung

Die persönliche Beeinträchtigung ist *tatsächlich* und *wirksam* auszugleichen (§ 12 Abs 14 GlBG), weshalb sich die Bemessung des Ersatzbetrags vor allem an der jeweiligen Intensität des Eingriffs zu orientieren hat.⁶⁸¹ Dies ist insofern konsequent, als auch die Höhe des Schmerzengeldes nach den Grundsätzen des allgemein zivilrechtlichen Schadenersatzrechts vom Grad der erlittenen Schmerzen abhängt.⁶⁸² Im Unterschied zum allgemeinen Schadenersatzrecht ist eine etwaige Gesundheitsbeeinträchtigung im Anwendungsbereich des GlBG nach Rsp jedoch nicht erforderlich.⁶⁸³ Das OLG Wien betont in diesem Zusammenhang ausdrücklich, dass es sich beim Ersatzbetrag nach dem GlBG **nicht um ein Schmerzengeld handelt** und sohin auch keine (genauen) Feststellungen über die gesundheitlichen Beeinträchtigungen erforderlich sind.⁶⁸⁴ Vielmehr hat sich das **Prinzip des Ausgleichs der entgangenen Lebensfreue** durchgesetzt: Nach stRsp ist bei der Ausmessung dieser Genugtuungsleistung (des Geldersatzes) die psychophysische Situation der betroffenen Person, die Beschaffenheit ihrer Gefühlswelt, ihre Empfindsamkeit sowie die Schwankungsbreite ihrer Psyche zu berücksichtigen und überdies zu beachten, dass diese dem in ihrem Recht auf Freiheit Verletzten nicht nur einen Ausgleich für die beeinträchtigte Lebensfreude bringen, sondern ihr auch das Gefühl der Verletzung nehmen und damit das gestörte Gleichgewicht in ihrer Persönlichkeit wiederherstellen soll.⁶⁸⁵ Der OGH beschreibt in seiner stRsp, was die Lehre unter dem Begriff des **Ersatzes der entgangenen Lebensfreue** zusammenfasst: die betroffene Person soll in die Lage versetzt werden, sich als Ersatz für ihre persönliche Beeinträchtigung, anstelle der ihr entzogenen Lebensfreude und als Ausgleich für die durch die Beeinträchtigung

⁶⁸¹ ausdrücklich in RIS-Justiz **RS0022442** „Bei der Ermittlung des Ausmaßes des eine Genugtuungsfunktion besitzenden Ersatzanspruchs für immateriellen Schaden bilden [...] **Intensität** des erlittenen Ungemachs einen **bestimmenden Faktor**“.

⁶⁸² Die Höhe des Schmerzengeldes ist nach stRsp davon abhängig ob leichte, mittlere oder starke Schmerzen vorliegen. Vgl ua *Hartl* in Sachverständige 2021, 103.

⁶⁸³ Ua OLG Wien vom 30.10.2018, 10 Ra 29/18k = ARD 6629/8/2018 (8), worin ausdrücklich festgehalten wird, dass (genauere) Feststellungen über die gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Klägerin nicht zu treffen sind.

⁶⁸⁴ OLG Wien vom 27.6.2003, 9 Ra 66/03x = ARD 5447/3/2003; OLG Wien 10 Ra 29/18k = ARD 6629/8/2018.

⁶⁸⁵ OGH vom 27.8.2015, 9 ObA 87/15g (19) = DRdA-infas 2016/12 (*Schrittwieser*); RIS-Justiz RS0022442.

entstandenen Unlustgefühle auf eine andere Weise gewisse Annehmlichkeiten und Erleichterungen verschaffen zu können.⁶⁸⁶

Abgesehen von diesem auf subjektiven Kriterien beruhenden Beurteilungsmaßstab (das subjektive Unlustgefühl soll abgegolten werden), ergibt sich aus der Rechtsprechung, dass **(auch) objektive Intensitäts-Kriterien** zur Bemessung des Ersatzbetrags beitragen. So wird in der oben dargelegten Judikatur explizit hervorgehoben, wenn Diskriminierungen bzw (sexuelle) Belästigungen massive Nachteile, auf besonders brutale Weise, Delikte des gerichtlichen Strafrechts erfüllt, psychischer/physischer Krankheitswert erreicht oder – spiegelbildlich – keine andauernden psychischen Folgen verursacht sowie bloß auf die verbale Ebene beschränkt werden.⁶⁸⁷ Diese objektiven Kriterien können nach der Rechtsprechung sowohl einen höheren als auch einen geringeren Ersatzbetrag rechtfertigen.⁶⁸⁸

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass sich die Intensität der Beeinträchtigung als Bemessungskriterium bereits aus dem allgemeinen Schadenersatzrecht ergibt, wobei dieses im Anwendungsbereich des GIBG einige Modifikationen erfährt. Nach stRp ist nach dem GIBG keinesfalls eine Gesundheitsbeeinträchtigung erforderlich und folgt die Bemessung der Höhe des Ersatzbetrags einem subjektiven Ausgleichsgedanken, wobei die Rsp offenbar mithilfe von objektiven Kriterien eine gewisse Korrektur vornimmt, indem besonders hohe oder niedrige Intensitäten bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes mitberücksichtigt werden und eine Korrektur des immateriellen Schadenersatzes nach unten oder oben rechtfertigen können. Diese von der Rsp durchgeführte Korrektur anhand von objektiven Kriterien erscheint insbesondere deshalb sinnvoll, weil eine denkbar hohe Resilienz der/des Betroffenen nicht anspruchsmindernd oder -vernichtend wirken darf.

⁶⁸⁶ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 12 Rz 38; Reischauer/Neumayr in Rummel/Lukas/Geroldinger (Hrsg), ABGB⁴ § 1325 Rz 162 (Stand 31.5.2025, rdb.at); RIS-Justiz RS0031061.

⁶⁸⁷ Vgl „massiven Nachteile für die Klägerin“ OGH vom 25.6.2014, 9 ObA 2/14f; „rücksichtslose und brutale Art“ und „gerichtlich strafbare Delikte verwirklicht“ OGH vom 21.1.1999, 8 ObA 188/98z; „psychische Beeinträchtigung [...] hat Krankheitswert“ ASG Wien vom 30.9.2019, 21 Cga 41/16a; „keine andauernden psychischen oder physischen Folgen“ OLG Linz vom 20.10.2010, 12 Ra 71/10p.

⁶⁸⁸ Vgl „*Andererseits* war auch abzuwägen, dass sich die Belästigungen auf die verbale Ebene beschränkten“ OLG Wien vom 22.12.2009, 7 Ra 79/09b; „*jedoch* von einer Beruhigung der Klägerin auszugehen war...“ OLG Wien vom 6.11.2002, 8 Ra 183/02v (13).

Zur Frage, wie mit mehrfachen/wiederholenden Ereignissen (als Sonderform der Intensität der Diskriminierung oder Belästigung) umzugehen ist, siehe unter IV.3.2).

2.3 Leiden (festgestellte bzw feststellbare Gesundheitsbeeinträchtigungen sowie Dauerfolgen)

Wie bereits oben zum Kriterium der Intensität ausgeführt, bildet eine etwaige **Gesundheitsbeeinträchtigung** nach dem GIBG **keine Tatbestandsvoraussetzung** für den Ersatz der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung.⁶⁸⁹

In der Rsp und Teilen der Lehre zeigen sich aber eindeutige Tendenzen, dass dann, wenn feststellbare Gesundheitsbeeinträchtigungen (Krankheitswert ist nicht erforderlich⁶⁹⁰) vorliegen, diese auch bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG zu berücksichtigen sind. So hat das ASG Wien erkannt, dass allein die vorliegende psychische Erkrankung der Klägerin einen Ersatzbetrag von rund € 5.000,00 rechtfertigen würde.⁶⁹¹ Auch *Mazal* fordert aus dogmatischer Sicht, dass bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG – wie beim allgemeinen Schadenersatz – eine **Orientierung an den Folgen für das Opfer** (an der Gesundheitsbeeinträchtigung) zu erfolgen hat.⁶⁹²

Aus denselben Überlegungen können auch gesundheitliche **Dauerfolgen** bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes berücksichtigt werden. Die Judikatur scheint aber auch dem Nichtvorliegen einer Dauerfolge Rechnung zu tragen, was aus dogmatischer Sicht jedenfalls nur bei einer durchzuführenden Abwägung erfolgen darf: So begründet das OLG Wien seine Entscheidung, mehr als das Erstgericht aber nicht das gesamte Klagebegehren zuzusprechen, damit, dass bei der Klägerin psychische Beeinträchtigungen auftraten, nach Beendigung der Belästigungen „*jedoch von einer Beruhigung der Klägerin auszugehen war, also*

⁶⁸⁹ Ua OLG Wien vom 30.10.2018, 10 Ra 29/18k = ARD 6629/8/2018 (8), worin ausdrücklich festgehalten wird, dass (genauere) Feststellungen über die gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Klägerin nicht zu treffen sind, da auch ohne diese, immaterieller Schadenersatz nach dem GIBG zusteht.

⁶⁹⁰ OLG Wien vom 27.6.2003, 9 Ra 66/03x = ARD 5447/3/2003.

⁶⁹¹ ASG Wien vom 30.9.2019, 21 Cga 41/16a, S 27 (nicht veröffentlicht) bestätigt in OGH 9 ObA 19/21s = ARD 6763/5/2021 (*Sabara*).

⁶⁹² OGH vom 23.10.2000, 8 ObA 132/00w = ecolex 2001/86 (krit *Mazal*).

weitreichende Folgen nicht auftraten“.⁶⁹³ Auch das OLG Linz hat, neben anderen Bemessungskriterien, nur einen Teil des Klagebegehrens mit der Begründung zugesprochen, dass **keine andauernden psychischen oder physischen Folgen vorlagen**.⁶⁹⁴

Zusammenfassend folgt daraus, dass eine etwaige Gesundheitsbeeinträchtigung (bzw gar eine Dauerfolge) zwar **keinesfalls eine Voraussetzung** für den Anspruch auf immateriellen Schadenersatz nach dem GIBG darstellt, folglich **aber sehr wohl bei der Bemessung der Höhe des Ersatzbetrags zu berücksichtigen** ist.

Aus praktischen Überlegungen sollte daher jedenfalls dann, wenn eine Gesundheitsbeeinträchtigung (oder eine Dauerfolge) vorliegt, entsprechendes Vorbringen erstattet werden, sodass diese Auswirkung der Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung in der Bemessung der Höhe des Ersatzbetrags berücksichtigt werden kann.

3 Bemessungskriterien aus dem Gesetzestext des GIBG

3.1 Orientierung an gesetzlich definierten Ersatzbeträgen

Einen weiteren Anhaltspunkt für die Bemessung des immateriellen Schadenersatzes bieten die gesetzlich definierten Ersatzbeträge und stellt sich auch in diesem Zusammenhang die Frage, wie diese im Gesetz genannten Beträge konkret bei der Bemessung des Ersatzbetrags zu berücksichtigen sind oder gar auf andere Tatbestände des GIBG ausstrahlen; handelt es sich hierbei um Ausgangspunkt oder Orientierungshilfe für die Bemessung des immateriellen Schadenersatzes? Dürfen die gesetzlichen Ersatzbeträge als Bemessungsgrundlage multipliziert werden?

In Beantwortung dieser Fragen ist vorzustellen, dass das GIBG zwei konkrete Beträge und eine abstrakte Größe kennt: einerseits den Höchstbetrag von **€ 500,00** im Fall der Einstellungsdiskriminierung bzw des verwehrten beruflichen Aufstiegs von **minderqualifizierten** Stellenwerber:innen (ua § 12 Abs 1 Z 2 und Abs 5 Z 2 GIBG sowie § 26 Abs 1 Z 2 und Abs 5 Z 2 GIBG); andererseits den – bereits mehrfach aber seit über 10 Jahren

⁶⁹³ OLG Wien vom 6.11.2002, 8 Ra 183/02v (13), teilweise abgeändert in OGH vom 20.3.2003, 8 ObA 18/03k = PVInfo 2016, 22 (*Gerhartl*) = ARD 5414/6/2003.

⁶⁹⁴ OLG Linz vom 20.10.2010, 12 Ra 71/10p = ARD 6119/4/2011; RIS-Justiz RL0000098.

nicht mehr angehoben⁶⁹⁵ – Mindestersatzbetrag von € **1.000,00** im Fall von (sexuellen) Belästigungen (ua § 12 Abs 11 GIBG sowie § 26 Abs 11 GIBG). Darüber hinaus kennt das GIBG auch den Ersatzanspruch von mindestens **zwei Monatsentgelte bzw drei Monate Entgeltdifferenz** im Fall der Einstellungsdiskriminierung bzw des verwehrten beruflichen Aufstiegs von **bestqualifizierten** Stellenwerber:innen (ua § 12 Abs 1 Z 1 und Abs 5 Z 1 GIBG sowie § 26 Abs 1 Z 1 und Abs 5 Z 1 GIBG).

Hinsichtlich des **Höchstbetrags von € 500,00** ist vorweg festzuhalten, dass dieser nach der Rechtsprechung stets in voller Höhe zugesprochen wurde und von einer Unterschreitung dieses – ohnedies sehr geringen – Höchstbetrags, obwohl dies de lege möglich wäre („bis“ € 500,00 leg cit), offenbar nicht Gebrauch gemacht wird.⁶⁹⁶ Der OGH geht zudem davon aus, dass im vorgesehenen Betrag von € 500,00 eine **gewisse Orientierung** für die Bewertung der Rechtsgutbeeinträchtigung in Fällen gesehen werden kann, in denen es „nur“ um die erlittene persönliche Beeinträchtigung geht, die in der Verwehrung einer diskriminierungsfreien Bewerbung besteht.⁶⁹⁷ Daraus folgt, dass sich die Judikatur auch **über den Tatbestand** der §§ 12 Abs 1 Z 2 und 12 Abs 5 Z 2 GIBG hinausgehend, am gesetzlich definierten Betrag von € 500,00 orientiert, wenn die erlittene persönliche Beeinträchtigung lediglich darin besteht, dass sich die betroffene Person **nicht diskriminierungsfrei bewerben konnte**. So wurde im Fall einer Diskriminierung bei den sonstigen Arbeitsbedingungen gem § 12 Abs 6 GIBG (konkret wurde einer Arbeitnehmerin die in Aussicht gestellte Vollzeitbeschäftigung wegen ihrer Schwangerschaft doch nicht gewährt) das „Doppelte des Ersatzbetrages“ gem § 12 Abs 1 Z 2 GIBG, also € 1.000,00, als immaterieller Schadenersatz zuerkannt.⁶⁹⁸ Auch *Kletečka/Köck* sowie *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler* bestätigen, dass der Ersatzbetrag von € 500,00 eine Orientierung bietet, sofern Fälle zu beurteilen sind, wo die persönliche Beeinträchtigung ausschließlich darin besteht, sich nicht diskriminierungsfrei bewerben zu können.⁶⁹⁹ Der OGH unterstreicht dies erneut in einer jüngeren Entscheidung betreffend eine **Beendigungsdiskriminierung**, wobei er betont, dass der Ersatzbetrag von € 500,00 in solchen Fällen **keine Orientierungshilfe** darstellt, weil die erlittene persönliche Beeinträchtigung bei

⁶⁹⁵ € 1.000,00 seit 1.3.2011 mit BGBl I 2011/7.

⁶⁹⁶ Ua OGH vom 23.4.2009, 8 ObA 11/09i = ARD 5975/1/2009; OLG Wien vom 27.3.2018, 10 Ra 113/17m = ARD 6617/5/2018 (*Lindmayr*); OLG Wien vom 17.5.2018, 9 Ra 117/17t = ARD 6617/4/2018 (*Lindmayr*).

⁶⁹⁷ OGH vom 23.4.2009, 8 ObA 11/09i (13) = infas 2009, A 57; RIS-Justiz **RS0124660**.

⁶⁹⁸ OGH vom 26.6.2014, 8 ObA 23/14m = RdW 2014/658.

⁶⁹⁹ *Kletečka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 32; *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 12 Rz 148 E6.

Verlust eines Arbeitsplatzes üblicherweise massiver ausfällt, als dies bei einer Diskriminierung im Rahmen einer Bewerbung der Fall ist.⁷⁰⁰

Aus dieser eindeutigen Rechtsprechung des OGH sowie der einhelligen Lehrmeinung ergibt sich betreffend den Höchstbetrag zusammenfassend, dass der (Höchst-)Betrag von € 500,00 **zur Orientierung** auch auf Sachverhalte anzuwenden ist, die über die in §§ 12 Abs 1 Z 2 und 12 Abs 5 Z 2 GlBG ausdrücklich genannten Fälle hinaus gehen. Dies ist allerdings auf jene Fälle zu beschränken, die in einem inhaltlichen Zusammenhang mit dem Recht auf eine diskriminierungsfreie (Einstellungs- oder Beförderungs-)Bewerbung stehen. Wird der explizit genannte Fall des § 12 Abs 1 Z 2 bzw § 12 Abs 5 Z 2 GlBG verlassen, ist die Orientierung am Ersatzbetrag von € 500,00 zudem **nicht auf einen Höchstbetrag beschränkt**, sondern kann auch überschritten werden (siehe das oben genannte Beispiel, wo das „Doppelte des Ersatzbetrages“, also € 1.000,00 an immateriellen Schadenersatz zuerkannt wurde).

Für alle anderen Fälle, die nicht in einem Zusammenhang mit Bewerbungssituationen stehen, gilt meines Erachtens vor dem Hintergrund der oben dargelegten Judikatur im Umkehrschluss, dass der Betrag von € 500,00 keine taugliche Orientierungshilfe darstellt, was die Frage aufwirft, ob sohin die abstrakte Größe der zwei Monatsentgelte bzw der drei Monate Entgeltdifferenz (Abs 1 Z 1 bzw Abs 5 Z1) oder der (Mindest-)Ersatzbetrag von € 1.000,00 (Abs 11) als Orientierungshilfe für die übrigen Fälle herangezogen werden kann.

Aus der Judikatur geht dazu hervor, dass die **im Gesetz definierten Ersatzbeträge** sowie die dazu ergangene Judikatur **erste Anhaltspunkte** für die Festlegung der Höhe der Entschädigung bieten.⁷⁰¹ Aber nicht nur dem konkreten Ersatzbetrag von € 1.000,00, sondern auch der abstrakten Größe von **zwei Monatsentgelten (bzw drei Monaten Entgeltdifferenz)** kommt eine über den ausdrücklich genannten Fall des ua Abs 1 Z 1 hinausgehende Bedeutung in der Bemessung des Ersatzbetrags für die erlittene persönliche Beeinträchtigung zu. So erachtet der OGH einen **„Entschädigungsbetrag von EUR 1.128,00 brutto x 6 Monate“** im Hinblick auf die Sanktion des § 12 Abs 1 Z 1 GlBG, wonach ein (Mindest-)Ersatzanspruch von zwei Monatsentgelten vorgesehen ist, als angemessen, wenn eine Klägerin gekündigt wird, weil ihr

⁷⁰⁰ OGH vom 27.8.2015, 9 ObA 87/15g (21) = ecolex 2015/474 (*Windisch-Graetz*) = RdW 2016/91 (*Lindmayr/Tuma*) = DRdA-infas 2016/12 (*Schrittwieser*) = DRdA 2016/24 (*Mayr*).

⁷⁰¹ OGH vom 27.8.2015, 9 ObA 87/15g (29) = ecolex 2015/474 (*Windisch-Graetz*) = RdW 2016/91 (*Lindmayr/Tuma*) = DRdA-infas 2016/12 (*Schrittwieser*) = DRdA 2016/24 (*Mayr*); RIS-Justiz **RS0130287**.

AG befürchtet, die Klägerin könnte aufgrund ihres Kinderwunsches neuerlich schwanger werden.⁷⁰² Die Vorinstanzen begründen dies damit, dass die Kündigung eines mehrere Monate bestandenen Arbeitsverhältnisses für die Lebensplanung **wesentlich einschneidender** ist, als der Umstand, dass eine Stelle gar nicht erst angetreten werden kann.⁷⁰³ Da der Tatbestand des § 12 Abs 1 Z 1 GIBG aber bereits einen (Mindest-)Ersatzanspruch von zwei Monatsentgelte (bzw drei Monate Entgeltdifferenz gem § 12 Abs 5 Z 1 GIBG) vorsieht, ist es **jedenfalls vertretbar**, die Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung **bei einer Beendigung über der Mindestgrenze des § 12 Abs 1 Z 1 GIBG** anzusetzen, weshalb sechs Monatsentgelte als angemessen angesehen wurden.

Auch Teile der Literatur bestätigen, dass die gesetzlich definierten Beträge eine gewisse Orientierung für die Bemessung des immateriellen Schadenersatzes bieten, wenn auch auf die Begründung dieser über den unmissverständlichen Wortlaut des GIBG hinausgehende Anwendung dieser Beträge nicht weiter eingegangen wird.⁷⁰⁴ Meines Erachtens ist diese über § 12 Abs 1 Z 1 und Abs 11 GIBG hinausgehende Anwendung im Sinne einer Orientierungshilfe jedenfalls zulässig, weil insbesondere **nicht das Kriterium des Mindestbetrags auf andere Sachverhalte „ausgedehnt“** wird, sondern die Beträge lediglich als Orientierungshilfen herangezogen werden. Die Anwendung der Rechtsfolge des Mindestbetrags auf andere Tatbestände wäre allerdings wohl jedenfalls unzulässig und ist ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage in diesem Zusammenhang der allgemeinen Kritik am Mindestschadenersatz von *Kletečka/Köck* zuzustimmen⁷⁰⁵, da eine Anwendung der Mindestersatzbeträge auf Sachverhalte, die über die in den §§ 12 Abs 1 Z 1 und 12 Abs 11 GIBG genannten Fällen hinausgehen, **ohne gesetzlicher Grundlage wohl nicht zulässig** sein wird.

Zum **Mindestersatzbetrag von € 1.000,00** (ua § 12 Abs 11 und § 26 Abs 11 GIBG) lässt sich zudem als weiteres Erkenntnis aus der Judikatur ableiten, dass dieser Betrag jedenfalls bereits dann zusteht, wenn eine **einmalige**, in der **Intensität** bloß **geringe** (sexuelle) Belästigung

⁷⁰² OGH vom 27.2.2014, 8 ObA 81/13i = ARD 6399/8/2014 = ASoK 2015, 40 (*Marhold-Weinmeier*) = Jus-Extra OGH-Z 2014/5606 (*Angst/Schwarz*).

⁷⁰³ LG St. Pölten vom 26.3.2013, 8 Cga 20/12k (38) und OLG Wien vom 27.8.2013, 7 Ra 73/13a (15), jeweils in anonymisierter Ausfertigung von der Abteilung 8 des Landesgerichts St. Pölten als Arbeits- und Sozialgericht am 12.12.2022 zur Verfügung gestellt.

⁷⁰⁴ *Kletečka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 65.

⁷⁰⁵ *Kletečka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 24.

vorliegt.⁷⁰⁶ Dies ist insbesondere im Hinblick auf weitere (sexuelle) Belästigungen bzw einmalige Sachverhalte, die aber in ihrer Intensität nicht bloß gering ausfallen, von größter Relevanz, weil bereits nach **Überschreitung dieser Geringfügigkeitsschwelle, jedenfalls ein über den Mindestbetrag hinausgehender Ersatzbetrag zusteht**. Der Mindestersatzbetrag ist meines Erachtens daher als **Ausgangspunkt** – nicht als Orientierungshilfe (!) – und damit als **Ausgleich für die geringfügigste, gerade noch tatbestandsmäßige Handlung** zu verstehen.

Mit Blick auf die vertretenen Lehrmeinungen ist dazu ein uneinheitliches Bild zu erkennen. Während *Vrba/Unger* bestätigen, dass der Mindestbetrag bereits dann zusteht, wenn eine relativ geringfügige (sexuelle) Belästigung vorliegt⁷⁰⁷ und auch *Majoros* sowie *Schrittwieser/Vazny-König* dafür eintreten, dass durch Normierung eines Mindestersatzes auch bloß geringfügige Beeinträchtigungen im Sinne einer "wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Wirkung" sanktioniert werden sollen⁷⁰⁸, verlangen *Kletečka/Köck* – neben dem bereits behandelten Verschulden (siehe oben) – die **Überschreitung einer Erheblichkeitsschwelle**. *Kletečka/Köck* begründen dies damit, dass auch nach dem allgemeinen Schadenersatzrecht, unerhebliche Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte nicht ersatzfähig sind.⁷⁰⁹ Um einen totalen Systembruch zu verhindern, sei auch im Anwendungsbereich des GIBG eine Überschreitung dieser Erheblichkeitsschwelle erforderlich.

Die von *Kletečka/Köck* aufgeworfenen Bedenken sind zwar im Hinblick auf das allgemeine Schadenersatzrecht nachvollziehbar und bestätigen dies auch *Reischauer/Neumayr* unter Verweis auf den Wortlaut des § 1328a ABGB, wonach die Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung eine **erhebliche Verletzung der Privatsphäre** voraussetzt.⁷¹⁰

⁷⁰⁶ „**Untergrenze** für eine Entschädigung [...] bereits bei **relativer Geringgradigkeit** [...] mindestens 1.000 EUR rechtfertigt“ in OGH vom 27.8.2015, 9 ObA 87/15g (22); „Erfüllung des Tatbestandes in einer der **gelindesten Formen**“ in ASG Wien vom 26.6.1996, 19 Cga 182/94 = ARD 4803/1/96; „auf Grund der Definition als Mindestsatz - als angemessener Schadenersatz für eine **einmalige**, in der Intensität **geringe** sexuelle Belästigung anzusehen“ ASG Wien vom 6.5.1998, 24 Cga 230/97m = ARD 4970/5/1998.

⁷⁰⁷ *Vrba/Unger* in *Vrba* (Hrsg), Schadenersatz in der Praxis (52. Lfg 2025) Schadenersatzansprüche bei sexuellem Missbrauch und bei Diskriminierungstatbeständen Rz 12.

⁷⁰⁸ *Majoros*, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadens im Gleichbehandlungsgesetz, DRdA 2007, 515 (517); *Schrittwieser/Vazny-König*, Höhe des Ersatzes für die erlittene persönliche Beeinträchtigung bei Mehrfachdiskriminierung vor dem 1.8.2008, DRdA 2011/40 (391).

⁷⁰⁹ *Kletečka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 23.

⁷¹⁰ *Reischauer/Neumayr* in *Rummel/Lukas/Geroldinger* (Hrsg), ABGB⁴ § 1328a Rz 44 ff (Stand 31.5.2025, rdb.at).

Allerdings ist der Vergleich meines Erachtens unzulässig, da im Zusammenhang mit Arbeitsverhältnissen das GIBG als *lex specialis* das ABGB verdrängt und eine vergleichbare explizite Regelung, wie sie im ABGB besteht⁷¹¹, im GIBG fehlt. Auch dem Verweis von *Kletečka/Köck*, wonach sich der OGH bislang zur Frage der nötigen Gravität eines Eingriffs, um einen ideellen Schadenersatz nach dem GIBG zu rechtfertigen, noch nicht ausdrücklich geäußert habe⁷¹², muss entgegengetreten werden, da sich der OGH bereits ausdrücklich dazu bekannt hat, dass nach dem GIBG eine **Erheblichkeitsschwelle nicht überschritten werden muss und der Mindestersatz vielmehr bereits bei „relativer Geringgradigkeit“ zusteht**.⁷¹³ Auch *Wittwer* weist mE richtigerweise darauf hin, dass die Einführung der gesetzlichen Untergrenze nur aus präventiven Gründen erfolgte, um einer Bagatellisierung sexueller Belästigungen entgegenzuwirken.⁷¹⁴ Eine **Orientierungshilfe** – gerade bei schwerwiegenden Eingriffen (!) – **kann dem Mindestbetrag daher nicht unterstellt werden**.⁷¹⁵

Zusammenfassend muss meines Erachtens daher bei der Frage, ob die gesetzlich definierten Ersatzbeträge eine gewisse Orientierungshilfe darstellen oder nicht, **streng zwischen den einzelnen Tatbeständen unterschieden werden**.

Werden Tatbestände betrachtet, für die keine gesetzlich definierten (Mindest-)Ersatzbeträge bestehen (dh alle Tatbestände mit Ausnahme der Fälle des § 12 Abs 1 Z 1 und Z 2, Abs 5 Z 1 und Z 2 sowie Abs 11 bzw des § 26 Abs 1 Z 1 und Z 2, Abs 5 Z 1 und Z 2 sowie Abs 11 GIBG), sind die **gesetzlich definierten Ersatzbeträge jedenfalls als Orientierungshilfe** für die Bemessung der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung heranzuziehen. Hinsichtlich des Betrages von € 500,00 ist die Heranziehung des Betrags als Orientierungshilfe allerdings auf Sachverhalte begrenzt, die (Einstellungs- oder Beförderungs-)Bewerbungen betreffen, wohingegen der Betrag von € 1.000,00 sowie der Ersatzbetrag von zwei Monatsentgelten bzw drei Monate Entgeltdifferenz als Orientierungshilfen für sämtliche andere Sachverhalte herangezogen werden können. Zudem ist zu beachten, dass ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage die Spezialformen von **Höchst-** oder **Mindestersatzbeträgen außerhalb der**

⁷¹¹ § 1328a 2.Satz ABGB „Bei **erheblichen** Verletzungen der Privatsphäre [...] umfasst der Ersatzanspruch **auch eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung**“.

⁷¹² *Kletečka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 23.

⁷¹³ OGH vom 27.8.2015, 9 ObA 87/15g (22) = RdW 2016/91 (*Lindmayr/Tuma*).

⁷¹⁴ So ausdrücklich der OGH vom 22.9.2010, 8 ObA 63/09m = DRdA 2011/40 (391); OGH 8 ObA 59/08x = RdW 2009/238 = DRdA 2010/19 (*Thomasberger*).

⁷¹⁵ *Wittwer* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 1328 ABGB Rz 7.

Tatbestände des § 12 Abs 1 Z 1 und Z 2 sowie des § 12 Abs 11 GIBG **nicht angewendet** werden können.

Werden demgegenüber Fälle des § 12 Abs 1 Z 1 und Z 2 sowie des § 12 Abs 11 GIBG betrachtet, hat nach der Rechtsprechung des OGH die Auslegung des **Mindestschadenersatzes** gem § 12 Abs 11 GIBG (und wohl auch gem § 12 Abs 1 Z 1 GIBG) streng zu erfolgen, sodass im Falle einer (sexuellen) Belästigung der Mindestersatz **keine Orientierungshilfe, sondern den Ausgangspunkt der Bemessung** darstellt. Aus diesem Grund steht der Mindestbetrag im Falle einer (sexuellen) Belästigung bereits als **Ausgleich für die geringfügigste, gerade noch tatbestandsmäßige Handlung** zu und ist dies bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes entsprechend zu berücksichtigen.

3.2 Berücksichtigung einer Mehrfachdiskriminierung

Das GIBG sieht – seit der Fassung BGBl I 2008/98, womit in den §§ 12 und 26 jeweils ein **Abs 13** eingefügt wurde – eine besondere Einpreisung bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes vor, wenn eine Mehrfachdiskriminierung vorliegt (§ 12 Abs 13). Da bereits die Erwägungsgründe der zugrundeliegenden RL anerkennen, dass „*Frauen häufig Opfer mehrfacher Diskriminierungen sind*“⁷¹⁶ und der Verdacht einer nonkonformen Richtlinienumsetzung vermieden werden sollte, betonen die parlamentarischen Erläuterungen hinsichtlich des nachträglich geschaffenen Abs 13, dass es sich dabei lediglich um eine „*Klarstellung*“ handelt und Ansprüche **nicht kumuliert** werden, sondern im Wege einer **Gesamtbetrachtung** zu ermitteln sind.⁷¹⁷ Dieser Berechnungsmethode schließt sich auch der OGH in stRsp an (eine Kumulation von Ansprüchen aufgrund mehrfacher Diskriminierungen kann nach jüngerer Rechtsprechung aber dennoch möglich sein, siehe dazu im Detail nachstehend).⁷¹⁸

Eine Legaldefinition zum Begriff der Mehrfachdiskriminierung existiert nicht und gibt der Gesetzestext lediglich vor, dass auf diese besondere Form der Diskriminierung bei der Bemessung der Höhe des immateriellen Schadenersatzes Bedacht zu nehmen ist, nicht aber wie konkret. Während der Überbegriff der Mehrfachdiskriminierung in der Literatur zum Teil in

⁷¹⁶ siehe jeweils der Erwägungsgrund 14 zur AntirassismusRL 2000/43/EG sowie der Erwägungsgrund 3 zur GleichbehandlungsrahmenRL 2000/78/EG.

⁷¹⁷ ErläutRV 415 BlgNR 23. GP 1, 4 und 7.

⁷¹⁸ Ua OGH vom 22.9.2010, 8 ObA 63/09m = RdW 2011/236; RIS-Justiz RS0111431.

zahlreiche Untergruppen gegliedert wird (ua die intersektionelle Diskriminierung, verbundene Diskriminierung etc⁷¹⁹) bezweifeln *Kletečka/Köck* den Nutzen dieser Einteilung.⁷²⁰

Unabhängig von der Frage eines solchen Nutzen oder der fehlenden Begriffsdefinition überhaupt, kann meines Erachtens hinsichtlich der Auswirkung einer Mehrfachdiskriminierung auf die Bemessung des immateriellen Schadenersatzes aus der oben dargelegten Judikatur abgeleitet werden, dass **der OGH lediglich zwei Fälle unterscheidet**: es findet entweder eine **Globalbemessung** im Wege einer Gesamtbetrachtung statt⁷²¹ oder die Erfüllung einzelner Tatbestände wird einzeln bemessen und zu einem **Gesamtbetrag kumuliert** (wobei in diesem Fall besondere Vorsicht bei der Formulierung des Klagebegehrens geboten ist; dazu sogleich).

Zu unterscheiden ist dabei einerseits zwischen einer **Mehrfachdiskriminierung** (oder intersektionelle Diskriminierung⁷²²) **aus demselben anspruchsbegründenden Sachverhalt aufgrund unterschiedlicher Diskriminierungstatbestände** (zB der vielfach zitierte fiktive Fall, wenn eine Frau aufgrund ihres Geschlechts und noch dazu aufgrund ihrer Hautfarbe nicht eingestellt wird⁷²³; oder eine Frau sexuell belästigt wird und diese Belästigung auch noch auf ihre ethnische Zugehörigkeit anspielt, indem bspw eine thailändische Arbeitnehmerin gefragt wird, um wieviel ihr Mann sie gekauft habe und ob sie dem Belästiger „*Bodymassage*“ anbieten könne⁷²⁴). Zutreffend weist *Körber-Risak* darauf hin, dass derartige Formen der Mehrfachdiskriminierung nicht zu einer Kumulation von Ansprüchen führen, sondern in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes „sanktionsverschärfend“ wirken.⁷²⁵ Ebenfalls von der Kumulation ausgeschlossen sind Fälle **mehrfacher/wiederholter Ereignisse aufgrund desselben anspruchsbegründenden Tatbestandes** (zB wiederholte sexuelle Belästigungen einer Arbeitnehmerin im Zuge verschiedener Gelegenheiten, durch Streicheln

⁷¹⁹ *Apostolovski/Apostolovski*, Schadenersatzrechtliche Aspekte der Mehrfachdiskriminierung, DRdA 2012, 472.

⁷²⁰ *Kletečka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 61.

⁷²¹ RIS-Justiz RS0111431; RL0000097.

⁷²² *Kletečka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 61.

⁷²³ *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 12 Rz 139; *Apostolovski/Apostolovski*, Schadenersatzrechtliche Aspekte der Mehrfachdiskriminierung, DRdA 2012, 472 (473).

⁷²⁴ OGH vom 23.10.2000, 8 ObA 132/00w = ecolex 2001/86 (kit *Mazal* zur Höhe des in diesem Fall zugesprochenen Schadenersatzes).

⁷²⁵ *Körber-Risak* in *Gruber-Risak/Mazal* (Hrsg), Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (45. Lfg 2025) Das Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) und die Antidiskriminierungsbestimmungen des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinstG) Rz 69.

ihres Gesäßes, anzügliche Bemerkungen über ihre Figur und ihr sexuelles Verhalten im Privatleben sowie durch einen Biss in ihr Ohrläppchen⁷²⁶). Alle diese Fälle werden im Rahmen der rechtlichen Beurteilung so behandelt, dass eine Gesamtbetrachtung der Einzelfälle angestellt wird und dafür, eben im Wege einer Globalbemessung, **ein pauschaler, die Gesamtsituation umfassender Ersatzbetrag ermittelt wird.**⁷²⁷

Als zweiter Fall im Umgang mit Mehrfachdiskriminierungen, geht aus der jüngeren Rechtsprechung des OGH (bisher ließ er diese Frage unbeantwortet und deutete lediglich obiter an, dass auch eine getrennte Berechnung erfolgen kann⁷²⁸) hervor, dass Mehrfachdiskriminierungen – mögen sie auch auf demselben verpönten Motiv beruhen – in Form von **getrennten, anspruchsbegründenden Sachverhalten, die unterschiedliche Diskriminierungstatbestände erfüllen** (zB wenn eine Arbeitnehmerin, angespielt auf ihre Intelligenz als „*innerlich blond*“ bezeichnet und später aufgrund ihrer Schwangerschaft gekündigt wird⁷²⁹) **keiner Globalbemessung zu unterziehen sind**. Insofern lässt sich die von *Kletečka/Köck* bereits zur alten Rechtsprechung vertretenen Ansicht mM nach im Hinblick auf diese jüngere Rsp des OGH bestätigen, wonach eine solche Trennung der Ansprüche schon aufgrund unterschiedlicher Fristen bzw Ober- und Untergrenzen der Sanktionsbestimmungen geboten ist.⁷³⁰ Zu beachten ist aber meines Erachtens, dass die Formulierung des Klagebegehrens in diesen Fällen der Mehrfachdiskriminierung besonders problematisch sein kann: da nicht eine Gesamtbetrachtung und daher auch keine Globalbemessung erfolgt, sondern für jede einzelne Tatbestandserfüllung ein eigener Ersatzbetrag zugemessen wird, können in der rechtlichen Beurteilung große Abschlüsse des Klagebegehrens erfolgen, wenn lediglich (wenige) Teile der anspruchsbegründenden Sachverhalte festgestellt werden können. Dies kann in besonderen Ausprägungen sogar dazu führen, dass der Kostenersatzanspruch der numerisch obsiegenden Partei (also des Belästigers) höher ausfällt, als der immaterielle Schadenersatz, den dieselbe Partei zu leisten hat (zB wenn eine Klägerin vorbringt, vorrangig aufgrund der vermeintlichen Beendigungsdiskriminierung verletzt worden zu sein, diese aber nicht festgestellt werden konnte und ihr anstelle der begehrten € 7.000,00 lediglich € 1.200,00 an

⁷²⁶ ASG Wien vom 23.3.2011, 9 Cga 23/10g = ARD 6157/2/2011.

⁷²⁷ stRsp: RIS-Justiz RS0111431; RL0000097.

⁷²⁸ OGH vom 22.9.2010, 8 ObA 63/09m = RdW 2011/236 = DRdA 2011/40 (*Schrittwieser/Vazny-König*).

⁷²⁹ OGH vom 27.8.2015, 9 ObA 87/15g = ecolex 2015/474 (*Windisch-Graetz*) = RdW 2016/91 (*Lindmayr/Tuma*) = DRdA-infas 2016/12 (*Schrittwieser*) = DRdA 2016/24 (*Mayr*).

⁷³⁰ *Kletečka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 62; *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 12 Rz 141; ErläutRV 415 BlgNR 23. GP 7.

immateriellen Schadenersatz aufgrund der festgestellten Diskriminierung bei den sonstigen Arbeitsbedingungen zugesprochen wird⁷³¹; in diesem Fall hat der Beklagte mit einer Quote von rund 83% obsiegt und erhält entsprechend hohe Verfahrenskosten, die wohl den zu zahlenden Schadenersatz um ein vielfaches übersteigen).

Unter Berücksichtigung der oben angestellten Judikaturanalyse ist abschließend noch festzuhalten, dass die **Methode der Globalbemessung** in der rechtlichen Beurteilung von Mehrfachdiskriminierungen manchmal zu einem mit dem Gesetzeszweck meines Erachtens nicht vereinbaren **Missverhältnis** führen kann. Dies ist dann zu beobachten, wenn bei einem einmaligen Ereignis proportional wesentlich mehr an Schadenersatz zugesprochen wird, als dies bei wiederholter bzw. mehrfacher Diskriminierung der Fall ist. In besonders krassen Fällen wird dann die auf die Höhe des Schadenersatzes jedenfalls **positive Wirkung des Mindestschadenersatzbetrags deutlich, wohingegen die Globalbemessung eine auf die Höhe des Schadenersatzes restriktive Wirkung zu entfalten scheint**. Um dies zu verdeutlichen kann exemplarisch der Fall einer Klägerin⁷³² angeführt werden, die über die Dauer von fünfeinhalb Monaten beinahe wöchentlich von ihrem Arbeitgeber als „Nutte“, „Hure“, „blöde Fut“ udgl bezeichnet wurde und einen mit € 2.000,00 – relativ gering bemessenen – Schadenersatz, im Vergleich zu einem Kläger⁷³³, der aufgrund einer einmaligen rassistischen Bezeichnung als „Neger“ € 1.500,00 erhielt. Würde der Klägerin für jede einzelne Belästigung der Mindestersatz zugesprochen werden (was nach stRsp jedenfalls unzulässig wäre), hätte der Arbeitgeber mehr als das 10-fache zu bezahlen. Da der OGH nach ständiger Rechtsprechung aber eine Kumulation ausdrücklich abgelehnt⁷³⁴, sollte mE – bereits aufgrund der ausdrücklich verlangten Präventionswirkung des Ersatzbetrags iSd § 12 Abs 14 GIBG – im Rahmen der rechtlichen Beurteilung zumindest gedanklich eine Kumulation durchgeführt werden, sodass die Globalbemessung nicht zu einer unverhältnismäßigen Unterdotierung der einzelnen Vorfälle bzw zu einem **Mengenrabatt zugunsten des:der Belästigers:Belästigerin** führt; im angeführten Fall erhielt die Klägerin ausgehend von mindestens einer Belästigung pro Woche⁷³⁵ lediglich einen Ersatzbetrag von € 83,98 pro Belästigung auf die Dauer von

⁷³¹ OGH vom 25.05.2016, 9 ObA 117/15v = ARD 6507/4/2016 (*Körber-Risak/Schnabl*).

⁷³² OLG Linz vom 20.10.2010, 12 Ra 71/10p = ARD 6119/4/2011.

⁷³³ OLG Innsbruck vom 14.4.2017, 15 Ra 13/17z = ARD 6579/14/2017 (*Lindmayr*).

⁷³⁴ RIS-Justiz RS0111431; RL0000097.

⁷³⁵ Das Erstgericht ging von einer gewissen Regelmäßigkeit aus, „aber nicht zweimal pro Woche“ OLG Linz vom 20.10.2010, 12 Ra 71/10p = ARD 6119/4/2011.

fünfeinhalb Monaten (Gesamtbetrag/Vorfälle = 2.000/[5,5*4,33]), wohingegen der Kläger einen Ersatzbetrag von € 1.500,00 für die von ihm einmalig erlittene verbale Belästigung erhielt.

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass die **Rechtsfolge bei Vorliegen einer Mehrfachdiskriminierung nicht immer gleich** ist. Einerseits wird der immaterielle Schadenersatz im Wege der **Globalbemessung** ermittelt, wenn Mehrfachdiskriminierungen entweder aus demselben anspruchsbegründenden Sachverhalt aufgrund unterschiedlicher Diskriminierungstatbestände oder aus mehrfacher/wiederholter Ereignisse aus demselben anspruchsbegründenden Tatbestand resultieren. Andererseits werden Mehrfachdiskriminierungen aufgrund getrennter, anspruchsbegründender Sachverhalte, die unterschiedliche Tatbestände erfüllen, sehr wohl einer **Kumulation von Schadenersatzansprüchen** (und sohin auch der Mindest- und Höchstbeträge) zugänglich.

3.3 Berücksichtigung der Präventionsfunktion

Bereits in den ersten Richtlinien, die Österreich zur nationalen Umsetzung des GIBG verpflichtet haben, steht gleichlautend, dass die **Sanktionen**, die auch Schadenersatzleistungen umfassen können, wirksam, verhältnismäßig und **abschreckend sein müssen**.⁷³⁶ Diese Begriffe sind in der Erstfassung des GIBG nicht vorgekommen und wurden erst in einer späteren Novelle des GIBG (BGBl I 2013/107) in den Gesetzestext aufgenommen (§§ 12 Abs 14 und 26 Abs 14). Um nicht den Verdacht der Säumnis in der Umsetzung aufkommen zu lassen, wurde zudem in den Erläuterungen zur Novelle des GIBG festgehalten, dass diese Kriterien bereits bisher bei der Festlegung der Höhe des Schadenersatzes von den Gerichten berücksichtigt werden mussten. Ziel war es daher, mit der Novelle und der Aufnahme der neu geschaffenen Absätze, die Bedeutung der präventiven Wirkung des Schadenersatzes zu unterstreichen.⁷³⁷ Seit dieser Novelle, verlangt das GIBG nunmehr ausdrücklich, dass die Entschädigung der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung, so zu bemessen ist, dass **aufgrund der Höhe des Schadenersatzes Diskriminierungen verhindert** werden.⁷³⁸

⁷³⁶ Art 15 RL 2000/43/EG; Art 17 RL 2000/78/EG; Art 8d RL 2002/73/EG.

⁷³⁷ ErläutRV 2300 BlgNR 24. GP 4.

⁷³⁸ § 12 Abs 14 GIBG idgF.

In diesem Sinne anerkennt der OGH in stRsp, dass der Entschädigung für die persönliche Beeinträchtigung nach dem **expliziten gesetzlichen Auftrag präventive Funktion** zuzukommen hat, legt sich allerdings nicht fest, welche konkrete Auswirkung die präventive Wirkung auf die Höhe des immateriellen Schadenersatzes haben soll.⁷³⁹ Auch der EuGH wurde mit der Frage der Prävention befasst und vertritt die Ansicht, dass die einschlägigen Richtlinien zwar keine Verpflichtung zur Implementierung eines Strafschadenersatzes (*punitive damages*) nach angloamerikanischem Vorbild verlangen, betont aber mehrfach die **Erforderlichkeit der abschreckenden Wirkung der nationalen Rechtsfolgen** im Fall der Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung und unterschreitet damit neuerlich das **Erfordernis der präventiven Wirkung** des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG.⁷⁴⁰

Als Zwischenergebnis lässt sich daher festhalten, dass der explizite Wortlaut der einschlägigen RL und nunmehr des GIBG sowie die stRsp des OGH und die Rsp des EuGH jedenfalls eine „**Einpreisung**“ des **Präventionsgedankens** in die Bemessung der Höhe des immateriellen Schadenersatzes verlangen.

Vor diesem Hintergrund des expliziten gesetzlichen Auftrags (§ 12 Abs 14 GIBG) sowie der stRsp des OGH sowie der Rsp des EuGH, ist es umso erstaunlicher, dass der **weit überwiegende Teil der Lehre** die Schadenersatzbeträge nach wie vor als viel zu gering bezeichnet und die präventive Wirkung in der Höhe der Ersatzbeträge **keinesfalls als erfüllt erachtet**: In diesem Sinne verweist *Gahleitner* wiederholt darauf, dass die zugesprochenen Schadenersatzbeträge oftmals derartig gering ausfallen, dass sie keinesfalls abschreckend sind und sohin auch keine Präventionswirkung entfalten können.⁷⁴¹ In ähnlicher Ausdrücklichkeit sieht auch *Körber-Risak* eine lediglich geringe Präventionswirkung durch das GIBG umgesetzt und verortet das Problem bei den „lächerlich geringen“ Ersatzbeträgen die von den Gerichten zugesprochen werden.⁷⁴² In diesem Sinne auch *Mazal*, der im Hinblick auf eine zwar ältere aber

⁷³⁹ RIS-Justiz RS0130287; OGH 9 ObA 117/15v = ARD 6507/4/2016 (*Körber-Risak/Schnabl*) = RdW 2016/464 (*Lindmayr*); OGH 9 ObA 87/15g = ecolex 2015/474 (*Windisch-Graetz*) = RdW 2016/91 (*Lindmayr/Tuma*) = DRdA-infas 2016/12 (*Schrittwieser*) = DRdA 2016/24 (*Mayr*).

⁷⁴⁰ EuGH 17.12.2015, C-407/14, DRdA-infas 2016/57 (*Ettl*); *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm⁴ § 12 GIBG, Rz 15/2 (Stand 07.05.2023, rdb.at).

⁷⁴¹ *Gahleitner*, 40 Jahre Gleichbehandlungsgesetz – Europäische Impulse bei der Gleichstellung der Geschlechter, DRdA 2019, 391 (405); *Gahleitner*, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007/24, 155.

⁷⁴² *Körber-Risak* in *Bäck-Knapp/Harmer/Renzenbrink* (Hrsg), Litigation PR (2021) „MeToo“ aus Sicht einer Arbeitgeberanwältin (109).

keinesfalls unbedeutende Entscheidung des OGH gar eine „Missachtung“ der sonst im Schadenersatzrecht anzuwendenden Grundsätze verortet, wenn massive sexuelle Belästigungen am Arbeitsplatz derart unterbewertet werden (konkret ATS 25.000,00 für massive sexuelle Belästigungen im Vergleich zu ATS 100.000,00 für einen Beinbruch).⁷⁴³

Im Hinblick auf die oben dargelegte Judikatur ist dem weit überwiegenden Teil der Lehre meines Erachtens jedenfalls zuzustimmen. Denn tatsächlich zeigen auch die oben dargelegten Entscheidungen, dass die Höhe der zugesprochenen Schadenersatzbeträge – den jeweiligen Einzelfall betrachtend – keinesfalls dazu führen kann, spezialpräventiv bzw gar generalpräventiv von Diskriminierungen oder (sexuellen) Belästigungen am Arbeitsplatz abzuhalten.

Besonders plakativ zeigt dies die – bedauerlicherweise viel zu oft und mE unrichtigerweise als „Präjudiz“ zur Bemessung anderer Fälle herangezogene – Entscheidung des OLG Wien, wonach eine (obendrein sogar minderjährige) AN von ihrem AG, einem Zahnarzt, über die Dauer von mehr als eineinhalb Jahren massiv sexuell belästigt wurde und hierfür **lediglich € 4.360,00 an immateriellen Schadenersatz** zugesprochen wurde.⁷⁴⁴ Dieser geringe Betrag kann bei einer derart massiven, überaus lange andauernden und darüber hinaus sogar folgeschweren (die Klägerin litt an schweren psychischen Folgeerkrankungen) sexuellen Belästigung **keinesfalls präventive Wirkungen gegenüber dem Belästiger selbst oder gar gegenüber Dritten** entfalten. Im Hinblick auf die Formulierung des OLG Wien, wonach der zuerkannte Schadenersatzbetrag von € 4.360,00 „angemessen“ sei, ist besonders zu betonen, dass diese prominente Entscheidung viel zu oft als Richtwert bei der Bemessung des angemessenen Schadenersatzes anderer Fälle herangezogen wird. Bei der Betrachtung dieses Falls ist jedoch zu beachten, dass dem Klagebegehren der Klägerin vollständig entsprochen wurde und die Bezeichnung des Betrages durch das Berufungsgericht als „angemessen“ als Antwort auf die Revision des Beklagten zu verstehen ist, der eine Korrektur des Schadenersatzes nach unten begehrte; da der Schadenersatz in Anbetracht des Sachverhalts aber keinesfalls (noch) geringer ausfallen konnte, ist der Zuspruch des gesamten Klagebegehrens als Antwort auf das Revisionsbegehren des Beklagten „angemessen“. Aufgrund des Umstandes, dass dem Klagebegehren vollständig entsprochen wurde (die Klägerin hat nicht mehr als

⁷⁴³ OGH vom 23.10.2000, 8 Ob A 132/00w = ecolex 2001/86 (*Mazal*).

⁷⁴⁴ OLG Wien vom 27.6.2003, 9 Ra 66/03x = ARD 5447/3/2003.

€ 4.360,00 gefordert), ist nicht auszuschließen, dass in Erfüllung der Prävention-Voraussetzung in diesem Fall auch ein wesentlich höherer Betrag hätte zugesprochen werden können.

Dem weit überwiegenden Teil der Lehre, wonach das Bemessungskriterium der Prävention nicht erfüllt ist, muss wohl umso mehr zugestimmt werden, in Betrachtung jener Fälle, bei denen das – wohl ohnedies gering bemessene – **Klagebegehren trotz schwerwiegender Sachverhaltselemente nicht vollständig zugesprochen** wurde. Bei diesen Fällen kann die Präventionsfunktion iSd § 12 Abs 14 GIBG keinesfalls als erfüllt betrachtet werden.

So wurde beispielsweise vom OLG Graz nicht das gesamte Klagebegehren von € 4.500,00 zugesprochen, obwohl der Beklagte der Klägerin den Verlust ihres Arbeitsplatzes androhte, wenn sie nicht mit ihm schlafe, und sie mehrfach – nicht bloß auf die verbale Ebene beschränkt – sexuell belästigte, was bei der Klägerin sogar gesundheitliche Beeinträchtigungen zur Folge hatte.⁷⁴⁵ Bemerkenswert ist zudem, dass die Androhung des Arbeitsplatzverlustes derart heftig ausfiel, dass der Beklagte nach § 107 StGB (gefährliche Drohung) verurteilt wurde. Trotz dieser **erheblichen Sachverhaltselemente** wurde der Klägerin lediglich ein Betrag von € 3.500,00 an immateriellen Schadenersatz zugesprochen; in Entsprechung des Präventionsgedankens hätte das – ohnedies sehr gering bemessene – Klagebegehren in Höhe von € 4.500,00 aber wohl jedenfalls vollständig zugesprochen werden müssen, um Diskriminierungen bzw (sexuelle) Belästigungen zukünftig zu verhindern. Eine derartige Berufungsentscheidung veranschaulicht sehr deutlich, dass dem weit überwiegenden Teil der Lehre jedenfalls zuzustimmen ist, wonach die von der österreichischen Judikatur zugesprochenen, **überaus geringen Schadenersatzbeträge keinesfalls präventive Wirkungen** gegenüber dem Belästiger selbst bzw Dritten entfalten können.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass sich das Bemessungskriterium der Prävention laut dem weit überwiegenden Teil der Lehre sowie im Hinblick auf die einschlägige Judikatur keinesfalls ausreichend in den zugesprochenen Schadenersatzbeträgen niederschlägt, um beim Belästiger selbst bzw Dritten gegenüber zu einem Umdenken beizutragen. Zum Teil wurzelt dieses Problem wohl bereits in den nach wie vor zu niedrig angesetzten Klagebegehren, da bekanntlich auch die Gerichte nicht mehr zusprechen können, als begehrt wird (im Unterschied zu angloamerikanischen Verfahrensordnungen). Aber auch bei Betrachtung jener Fälle, wo die

⁷⁴⁵ OGH vom 17.8.2016, 8 ObA 47/16v, RdW 2016/564 (*Lindmayr*) = ARD 6517/5/2016 (*Lindmayr*) = ZAS 2018/29 (*Risak*).

Klägerin nur teilweise obsiegt, fällt im Hinblick auf den jeweiligen Sachverhalt auf, dass das Klagebegehren im Sinne der Verhinderung von (weiteren) Diskriminierungen wohl vollständig zuzusprechen gewesen wäre, **weshalb zusammenfassend festzustellen ist, dass die allermeisten Gerichtsentscheidungen dem Kriterium der Prävention iSd § 12 Abs 14 GIBG nach wie vor zu wenig Gewicht bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes geben.**

Dabei sollte aber gerade beachtet werden, dass das **Bemessungskriterium der Prävention**, also der Bedingung, dass der Schadenersatzbetrag entsprechend bemessen wird, sodass zukünftige Diskriminierungen bzw (sexuelle) Belästigungen verhindert werden, ein zentrales Ziel der EU-RL sowie des nationalen GIBG darstellt. Zur Erfüllung dieses Ziels, der **Effektuierung der Präventionsfunktion** und sohin der **gesetzeskonformen Bemessung** des immateriellen Schadenersatzes ist es daher unabdingbar, diesem Kriterium einen größeren Stellenwert in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes – als dies bisher stattgefunden hat – einzuräumen. Beispielsweise könnte dies durch eine **Inflationsbereinigung des Mindestschadenersatzes** erfolgen, die auch von den Gerichten iSd § 12 Abs 14 GIBG durchgeführt werden könnte, ohne auf eine legistische Anhebung der Mindestschadenersatzbeträge zu warten zu müssen (siehe dazu unter „Berücksichtigung der Geldentwertung“). Weiters könnte dem Bemessungskriterium der Prävention besser Rechnung getragen werden, durch die Berücksichtigung der wirtschaftlichen **Leistungsfähigkeit des Diskriminierenden** bspw durch Anwendung eines **Tagsatzsystems** (das sich wiederum am Einkommen/Vermögen des Diskriminierenden orientiert; siehe dazu unten „Wirtschaftliche Leistungskraft des:der Diskriminierenden“) oder durch **Berücksichtigung der subjektiven Tatseite** (siehe dazu unter „Verhalten in der Vergangenheit, Wiederholungsgefahr, Ausnützung weiterer Möglichkeiten“ und „Mangelnde Schuldeinsicht“), sodass die Höhe des immateriellen Schadenersatzes tatsächlich zu einer Verhinderung zukünftiger Diskriminierungen bzw (sexueller) Belästigungen führen kann.

4 Bemessungskriterien aus der Rechtsprechung und Lehre

4.1 Ausnützung eines Autoritätsverhältnisses

Im Hinblick auf das – jedem Arbeitsverhältnis immanente – durch wirtschaftliche Abhängigkeit geprägte Machtungleichgewicht zwischen der:dem Vorgesetzten bzw AG einerseits und der:dem AN andererseits, stellt sich die Frage, wie eine **von dieser Personengruppe**

ausgehende Diskriminierung bzw (sexuelle) Belästigung in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes zu berücksichtigen ist. Auch in diesem Zusammenhang lässt die zentrale Bestimmung betreffend die Bemessungskriterien des GIBG (ua § 12 Abs 14) – sowie das einschlägige Unionsrecht – einen Hinweis auf eine besondere Berücksichtigung des Umstandes, dass das verpönte Verhalten direkt vom AG bzw einer:inem Vorgesetzten ausgeht, vermissen.

Umso beachtlicher ist es, dass die stRsp sehr wohl die Ansicht vertritt, dass die Ausnützung eines derartigen Abhängigkeits- oder Autoritätsverhältnisses im Zusammenhang mit Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes **besonders zu berücksichtigen ist**.⁷⁴⁶ Dieser besonderen Berücksichtigung des Autoritätsverhältnisses trägt auch *Körber-Risak* Rechnung, wenn sie mE richtigerweise auf die aufgrund von zB Lohnabhängigkeiten deutlich **schlechtere Ausgangsposition** hinweist, die es erheblich erschwert sich gegen Diskriminierungen am Arbeitsplatz zur Wehr zu setzen.⁷⁴⁷ Über die von *Mazal* dargelegten Ziele der Regelungen der §§ 6 und 7 GIBG, wonach (sexuelle) Belästigungen verbietet und sanktioniert werden sollen,⁷⁴⁸ hinausgehend, lässt sich meines Erachtens die besondere Berücksichtigung der Ausnützung eines Autoritätsverhältnisses auch mit dem **Präventionsgedanken des GIBG** begründen. Da gem § 12 Abs 14 GIBG „Diskriminierungen verhindert“ werden sollen, die Schaffung der dafür erforderlichen Arbeitsplatzkultur aber in der Verantwortung des Vorgesetzten bzw AG liegt, sind die von ihm:ihr ausgehenden Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen umso wichtiger zu verhindern, weshalb ein entsprechend höherer Ersatzbetrag zur Abwehr dieses besonders verpönten Verhaltens zu resultieren hat.⁷⁴⁹ Außerdem lässt sich meines Erachtens die Berücksichtigung der Ausnützung eines Autoritätsverhältnisses bereits aus allgemein schadenersatzrechtlicher Hinsicht begründen, da zur ohnedies vorliegenden Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung auch noch eine **Fürsorgepflichtverletzung hinzutritt** und diese

⁷⁴⁶ OGH vom 21.1.1999, 8 ObA 188/98z = JBl 1999, 538 = ZAS 2000/1 (*Brodil*) = DRdA 2000/7 (*Eichinger*) = ARD 5012/10/99; OLG Wien vom 27.6.2003, 9 Ra 66/03x = ARD 5447/3/2003.

⁷⁴⁷ *Körber-Risak* in *Bäck-Knapp/Harmer/Renzenbrink* (Hrsg), Litigation PR (2021) „MeToo“ aus Sicht einer Arbeitgeberanwältin, Seite 106.

⁷⁴⁸ *Mazal* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 7 Rz 9.

⁷⁴⁹ Vgl die Parlamentarischen Erläuterungen: „Insbesondere mit dem letzten Kriterium [Anm: „Verhinderung von Diskriminierungen“] soll der dem österreichischen Schadenersatzrecht immanente Präventionsgedanke zum Ausdruck kommen“ ErläutRV 2300 BlgNR 24. GP 4.

zusätzliche Schädigung einen **größeren Leidensdruck** bei der betroffenen Person verursacht, was einen höheren Schadenersatz bedingt.⁷⁵⁰

In diesem Sinne hat das LG Graz die **Funktion** von zwei Beklagten **als unmittelbare Vorgesetzte** der Klägerin mehrfach hervorgehoben und eingeräumt, dass es von vornherein nicht zu erwarten ist, dass sich eine (insbesondere minderjährige) Arbeitnehmerin aufgrund des Autoritätsverhältnisses ihren erwachsenen Vorgesetzten sonderlich zur Wehr setzen würde.⁷⁵¹ Auch in einer Entscheidung des ASG Wien wird im Hinblick auf eine zweimalige sexuelle Belästigung des Vorgesetzten darauf verwiesen, dass sein Fehlverhalten wegen der **Verletzung seiner Fürsorgepflicht als Vorgesetzter** und als Komplementär der Arbeitgeber-Gesellschaft besonders schwer wiegt, weshalb der begehrte Ersatzbetrag (€ 3.500,00) vollständig zuerkannt wurde.⁷⁵² Im Gleichklang hielt auch der OGH in einer vielfach zitierten Entscheidung fest, dass der Beklagte, der zugleich Arbeitgeber der Klägerin war, das **Autoritätsverhältnisses „rücksichtslos und brutal“ ausnützte**, was den Zuspruch des 10-fachen des (damaligen) Mindestschadenersatzes rechtfertigte.⁷⁵³

Trotz der grundsätzlichen Anerkennung dieses besonderen Bemessungskriteriums ist eines **Erschwerungsgrundes** seitens der Rsp, weist *Gahleitner* meines Erachtens völlig zu Recht darauf hin, dass in der Praxis mehr Gewicht auf die Tatsache gelegt werden müsste, dass sexuelle Belästigungen besonders häufig von Vorgesetzten gegenüber untergebenen Arbeitnehmer:innen ausgeübt werden und plädiert sie für eine strenge(re) Ahndung derartiger Übergriffe durch Vorgesetzte bzw AG.⁷⁵⁴ Diese Beurteilung kann meines Erachtens im Hinblick auf Entscheidungen wie jener des OLG Wien nur unterstrichen werden, wonach einer Klägerin lediglich € 1.800 an immateriellen Schadenersatz zugesprochen wurde, nachdem sie aufgrund einer vom beklagten Arbeitgeber herbeigeführten Zwangslage drei Nächte mit diesem

⁷⁵⁰ Dazu passend die dogmatische Schlussfolgerung in der Glosse von *Mazal* zu OGH vom 23.10.2000, 8 ObA 132/00w = ecolex 2001/86 (*Mazal*).

⁷⁵¹ LG Graz vom 14.9.2005, 33 Cga 122/04y (4), RIS-Justiz: EGZ00020 33Cga122.04y.

⁷⁵² *OV*, Aktuelle Entscheidungen des ASG, ARD 6157/2/2011 (6).

⁷⁵³ OGH 8 ObA 188/98z (4); *Körber-Risak* in *Gruber-Risak/Mazal* (Hrsg), Das Arbeitsrecht - System und Praxiskommentar (45. Lfg 2025) Das Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) und die Antidiskriminierungsbestimmungen des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinstG) Rz 170.

⁷⁵⁴ „**müssen derartige Übergriffe streng geahndet werden, um der Gleichbehandlung von Frauen mit Männern im Arbeitsleben einen Schritt näher zu kommen**“ *Gahleitner*, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007/24.

in einem gemeinsamen Doppelzimmer verbringen musste und er sie in der letzten Nacht zwischen den Beinen berührte.⁷⁵⁵

Aufgrund der besonderen Berücksichtigung der Ausnützung eines Autoritätsverhältnisses bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes, lässt sich meines Erachtens in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes eine **Abstufung der Tatbestände** gem § 6 Abs 1 **Z 1 bis 4** erkennen: Die Rsp (und Lehre) geht offenbar davon aus, dass Diskriminierungen bzw (sexuelle) Belästigungen, die direkt vom: von der Arbeitgeber:in bzw von Vorgesetzten ausgehen, besonders verpönt sind und das Fehlverhalten des: der AG in der Bemessung des Ersatzbetrags deutlich schwerwiegender zu berücksichtigen sind, als Diskriminierungen oder (sexuelle) Belästigungen von Dritten, weshalb die Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung höher ausfallen kann.⁷⁵⁶ Diese von mir aufgestellte These wird seitens der Rsp auch dahingehend gestützt, dass ein auffallend geringer Ersatzbetrag (€ 300) ausdrücklich mit dem **Nichtvorliegen eines Autoritätsverhältnisses** begründet wurde.⁷⁵⁷ Soweit die Diskriminierung bzw (sexuelle) Belästigung allerdings nicht unmittelbar vom AG ausgeht, sondern sein Vergehen „bloß“ darin liegt, unzureichend Abhilfe verschafft zu haben, weist *Schrank* meines Erachtens richtigerweise darauf hin, dass es in diesen Fällen jedenfalls empfehlenswert ist, (auch) den unmittelbaren Belästiger zur Haftung heranzuziehen, da die Höhe des Ersatzbetrags gegenüber den unmittelbar handelnden Belästiger (§ 6 Abs 1 Z 3 oder 4) wohl höher ausfallen wird, als gegenüber den nicht angemessen eingeschrittenen AG (§ 6 Abs 1 Z 2).⁷⁵⁸

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass nach einstimmiger Lehre sowie der stRsp des OGH, die Ausnützung eines Autoritätsverhältnisses – obwohl dies nicht explizit vom Gesetzeswortlaut oder den unionsrechtlichen Grundlagen vorgegeben wird – bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG in besonderem Maße zu berücksichtigt ist. Meines Erachtens resultiert daraus, dass innerhalb der Tatbestände des § 6

⁷⁵⁵ OLG Wien vom 19.01.2005, 9 Ra 163/04p = ARD 5608/8/2005.

⁷⁵⁶ OLG Wien vom 27.6.2003, 9 Ra 66/03x = ARD 5447/3/2003.

⁷⁵⁷ „[...] wobei für die Höhe als entscheidend angesehen wurde, dass [...] **keine hierarchische Überordnung des Belästigers** vorliegt.“ in *OV*, Aktuelle Entscheidungen des ASG Wien, ARD 5720/4/2006 (6).

⁷⁵⁸ „Im Regelfall bloßer Abhilfeunterlassungsfälle, vor allem bei nur geringer Fahrlässigkeit des Arbeitgebers, kann die **Höhe nicht an jene heranreichen, die dem Belästiger gegenüber zustünde**“ *Schrank*, Leitentscheidungen der Höchstgerichte zum Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht (28. Lfg 2009) Höhe des Schmerzensgeldes - Nur Mindestersatz? - OGH 30.7.2009, 8 ObA 35/09v, Seite 3.

Abs 1 Z 1 bis 4 GIBG eine gewisse Abstufung zu erkennen ist, wobei bei drei- und mehrpersonalen Vergehen keinesfalls die:der Vorgesetzte bzw AG alleine, sondern jedenfalls zusätzlich die unmittelbar handelnde Person zu Haftung herangezogen werden sollte (dazu im Detail gleich nachstehend).

4.2 Beteiligung des:der (gemeinsame:n) Vorgesetzte:n bzw AG

Das GIBG konkretisiert in § 6 Abs 1 Z 2 die im Arbeitsrecht immanente **Fürsorgepflicht** dahingehend, dass die:der AG eine Unternehmenskultur sicherzustellen hat, wonach diskriminierendes oder belästigendes Verhalten mittels „angemessener Abhilfe“ verhindert bzw sanktioniert werden muss.⁷⁵⁹ Ausgehend von dieser gesetzlichen Anordnung stellt sich die Frage, ob eine etwaige Untätigkeit des:der (möglicherweise gar gemeinsamen) Vorgesetzten bzw des:der AG selbst auf die Höhe des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG einen Einfluss hat.

Um diese Frage zu beantworten, müssen vorweg zwei Fallkonstellationen unterschieden werden: Einerseits ist zu prüfen, ob der Gesamtbetrag des immateriellen Schadenersatzes höher ausfällt, indem zusätzlich zum Anspruch gegen die belästigende Person selbst auch ein immaterieller **Schadenersatzanspruch gegen die:den AG** gefordert werden kann. Denkbar ist aber auch, dass die:der AG nicht zur Haftung herangezogen wird (bzw nicht herangezogen werden kann), weshalb zu hinterfragen ist, ob in diesem Fall die eventuell dennoch vorliegende Beteiligung des:der Vorgesetzten an der Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung zu einem erhöhten **Schadenersatzanspruch gegen die:den Belästiger** selbst führen kann.

Hinsichtlich des ersten Falls lassen sich bereits zwei **Kategorien der AG-Haftung** aus dem Gesetz erkennen, wobei meines Erachtens noch eine dritte Kategorie hinzutritt, die sich aus der Rechtsprechung ergibt (dazu sogleich).

Aus dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes ergibt sich einerseits die **Haftung des AG**, wenn sie:er **selbst** eine Diskriminierung bzw (sexuelle) Belästigung zu verantworten hat (ua § 6 Abs 1 Z 1 GIBG). Andererseits haftet die:der AG aber auch dann, wenn eine Person durch den:die AG dadurch diskriminiert wird, indem er:sie es **schuldhaft unterlässt**, gegen das Verhalten Dritter angemessene Abhilfe zu schaffen (ua § 6 Abs 1 Z 2 GIBG). Hieraus ergibt

⁷⁵⁹ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 6 Rz 10.

sich, dass der Ersatz der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung aufgrund einer Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung nicht nur von dem:der Täter:in selbst, sondern auch – bei Vorliegen von Verschulden (dazu sogleich) – vom AG verlangt werden kann. In dieser Anspruchsgrundlage, wonach **ein separater Ersatzanspruch gegen beide** erhoben werden kann **und keine Solidarhaftung** zwischen den Schädiger:innen besteht,⁷⁶⁰ liegt ein erheblicher Unterschied im Vergleich zum allgemeinen Schadenersatzrecht: Im allgemeinen Schadenersatzrecht kann der Schaden nur einmal ersetzt werden. Selbst wenn mehrere Schädiger:innen den Schaden zu verantworten haben, haften sie solidarisch und nicht kumulativ individuell.⁷⁶¹ Im Anwendungsbereich des GIBG hat aber im Fall einer sexuellen Belästigung die:der **Täter:in** sowie die:der **AG**, wenn er:sie es schuldhaft unterlässt angemessene Abhilfe zu schaffen, **jeweils einen Ersatzbetrag** zu leisten, der im Fall einer (sexuellen) Belästigung jedenfalls jeweils zumindest die Höhe des Mindestersatzbetrags zu betragen hat. In diesem Sinne führt auch *Mazal* richtigerweise ins Treffen, dass bei diese Art der **Mehrfachtäterschaft**, wenn die belästigende Person Dritte iSd § 6 Abs 1 Z 3 GIBG und die:der AG wegen Unterlassung angemessener Abhilfe als Täter:in iSd § 6 Abs 1 Z 2 GIBG zu qualifizieren sind, **Ersatzansprüche kumulieren** können.⁷⁶² Diese Abweichung vom allgemeinen Schadenersatzrecht lässt sich meines Erachtens mit dem Ausmaß der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung erklären, denn ist eine Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung, die ausschließlich von der:vom Täter:in ausgeht, wohl grundsätzlich weniger intensiv, als wenn **zusätzlich** zur Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung an sich auch noch **der Umstand hinzukommt**, dass der betroffenen Person durch die:den AG nicht angemessen Abhilfe verschafft wurde. Da die Beeinträchtigung tatsächlich (ua § 12 Abs 14 GIBG) auszugleichen ist, hat eine Kumulation von Ersatzansprüchen in diesen Fällen stattzufinden.

Abgesehen von diesen auch von *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler* unumstritten **Kategorien der AG-Haftung** (AG ist selbst Belästiger:in iSd § 6 Abs 1 Z 1 oder haftet mangels angemessener Abhilfe iSd § 6 Abs 1 Z 2)⁷⁶³ ist meines Erachtens aus der Rechtsprechung noch eine weitere,

⁷⁶⁰ „Belästiger:in und AG haften unabhängig voneinander; es kommt zur Kumulation der Schadenersatzbeträge.“ in *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 12 Rz 113.

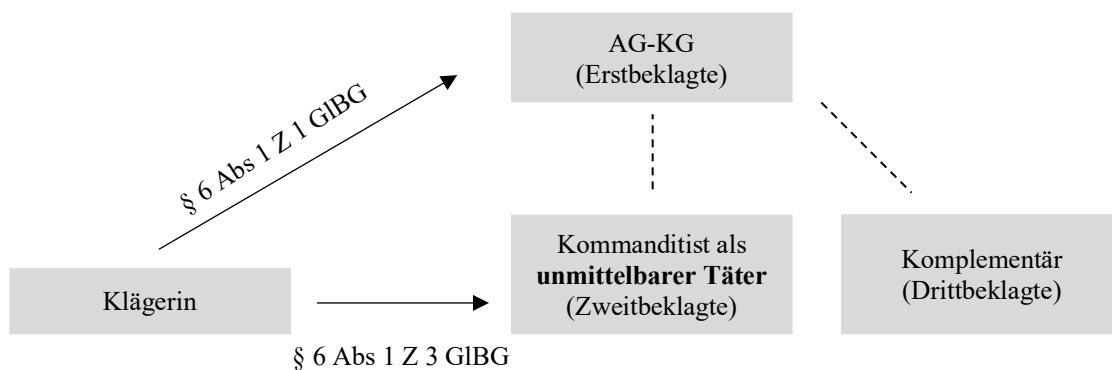
⁷⁶¹ *Karner in Bydlinski/Perner/Spitzer* (Hrsg), KBB – Kurzkommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 1302 ABGB Rz 3; selbst wenn die Anteile der jeweiligen Schädigung nicht bestimmbar sind, haften die Täter:innen ebenfalls solidarisch und nicht anteilsmäßig OGH vom 13.07.1995, 6 Ob 658/94 = GesRZ 2017, 177 (*Schramm/Babinek*); RIS-Justiz RS0022703.

⁷⁶² *Mazal in Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 7 Rz 62d.

⁷⁶³ *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 6.

dritte Kategorie abzuleiten: nämlich die **Haftung des:der AG** (gem § 6 Abs 1 Z 1) **aufgrund Zurechnung des Verhaltens** des:der unmittelbar diskriminierenden bzw belästigenden Person (gem § 6 Abs 1 Z 3).

Die Rechtsprechung wendet die von *Mazal* oben beschriebene mögliche **Kumulation von Ersatzansprüchen** auch auf diese Fälle an, wenn das Verhalten des Belästiger direkt dem:der Arbeitgeber:in iSd § 6 Abs 1 Z 1 GIBG zuzurechnen ist: So wurde einer Klägerin, die vom Kommanditisten der AG-KG körperlich sexuell belästigt (Küsse, Berührungen etc) und unter Androhung der Kündigung aufgefordert wurde mit ihm zu schlafen, **sowohl vom Kommanditisten** (als „unmittelbarer Belästiger“ gem § 6 Abs 1 Z 3 GIBG) ein immaterieller Schadenersatz in Höhe von € 3.500,00 **als auch von der AG-KG** ein Ersatzbetrag in Höhe von € 2.000,00 (gem §§ 6 Abs 1 Z 1 und 12 Abs 11 GIBG) zugesprochen.⁷⁶⁴



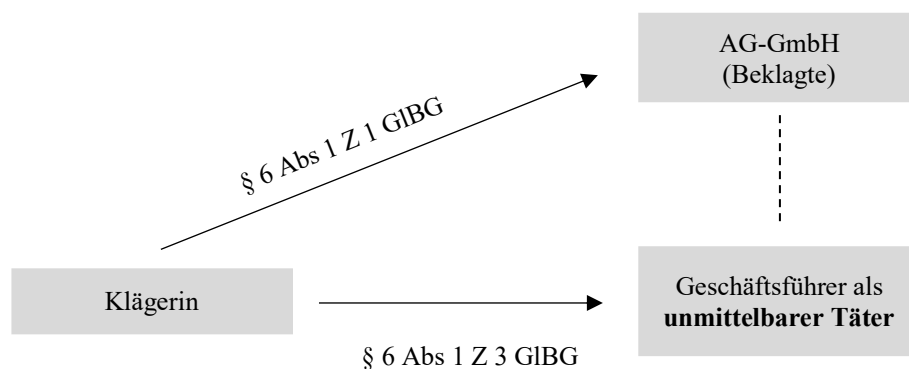
Ansprüche: gegen die AG-KG gem § 6 Abs 1 Z 1 GIBG (€ 2.000,00)
gegen den unmittelbaren Täter gem § 6 Abs 1 Z 3 GIBG (€ 3.500,00)

Das OLG Graz führt dazu aus, dass das Fehlverhalten des Zweitbeklagten (des Kommanditisten) eine Haftung des Erst- sowie Drittbeklagten (der AG-KG sowie des Komplementärs) gem § 6 Abs 1 Z 1 GIBG begründet, wenngleich der Drittbeklagte (der Komplementär) **nichts von den Verfehlungen des Täters gewusst hat**.⁷⁶⁵

⁷⁶⁴ Die konkreten Belästigungshandlungen stammen aus den unbestrittenen Sachverhaltsfeststellungen der nicht veröffentlichten Entscheidung des OLG Graz vom 19.5.2016, 6 Ra 30/16b (2 ff), in anonymisierter Ausfertigung zur Verfügung gestellt vom Präsidium des OLG Graz zur GZ 1 Jv 6560/22y-28, bestätigt in OGH vom 17.8.2016, 8 ObA 47/16v, RdW 2016/564 (*Lindmayr*) = ARD 6517/5/2016 (*Lindmayr*) = ZAS 2018/29 (*Risak*).

⁷⁶⁵ Zur Haftung der einzelnen Beklagten: „Der Zweitbeklagte haftet als **unmittelbarer Belästiger** gemäß § 6 Abs 1 Z 3 GIBG, die Erstbeklagte **als Arbeitgeberin** gemäß § 6 Abs 1 Z 1 GIBG für die sexuelle Belästigung des

Auch der OGH hat in einem anderen Fall, wo die Klägerin vom Geschäftsführer der AG-GmbH sexuell belästigt wurde (ua durch versuchte Küsse, anzügliche Kommentare ihres Aussehens etc), festgestellt, dass die GmbH als Arbeitgeber iSd § 6 Abs 1 Z 1 GIBG für sexuelle Belästigungen durch ihren Geschäftsführer einzustehen hat und wurde der Klägerin ein Betrag von € 1.500,00 zugesprochen.⁷⁶⁶ Obwohl in diesem Fall lediglich der Ersatzanspruch gegenüber der GmbH als Arbeitgeber begehrt wurde, stellt *Schrank* meines Erachtens im Sinne des oben bereits ausgeführten richtigerweise fest, dass wohl klar sein dürfte, dass **daneben auch der Belästiger als Person haftet.**⁷⁶⁷



Ansprüche: € 1.500,00 gem § 6 Abs 1 Z 1 GIBG
zusätzliche Möglichkeit gegen den Geschäftsführer selbst gem § 6 Abs 1 Z 3 GIBG

Als Zwischenergebnis lässt sich daher feststellen, dass bei Diskriminierungen bzw (sexuellen) **Belästigungen durch Vertretungsorgane**, die **juristische Person selbst haftet**, als hätte sie dieses Verhalten selbst gesetzt, was im Ergebnis dazu führt, dass nicht nur das Vertretungsorgan als unmittelbarer Täter selbst gem § 6 Abs 1 Z 3 GIBG, sondern zusätzlich auch die juristische Person gem § 6 Abs 1 Z 1 GIBG **kumulativ immateriellen Schadenersatz** zu leisten hat.

Da sich beide Entscheidungen mit der Zurechnungsfrage von (formalen) Vertretungsorganen (Kommanditist und Geschäftsführer) befassen, wirft dieses Zwischenergebnis allerdings die

Zweitbeklagten und der Drittbeklagte als unbeschränkt haftender Gesellschafter der Erstbeklagten aufgrund dieser Gesellschafterstellung.“ in OLG Graz 6 Ra 30/16b (3 f).

⁷⁶⁶ OGH vom 5.6.2008, 9 ObA 18/08z = ecolex 2008/353 = infas 2008, A 84 = ARD 5968/1/2009.

⁷⁶⁷ *Schrank*, Leitentscheidungen der Höchstgerichte zum Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht (25. Lfg 2008) Belästigung durch Geschäftsführer - Schmerzensgeldanspruch gegen juristische Person? Höhe des Schmerzensgelds - OGH 5.6.2008, 9 ObA 18/08z, Seite 16.

Frage auf, ob auch sonstige Gehilfen des:der AG iSd § 6 Abs 1 Z 1 GIBG zuzurechnen und auch in einem solchen Fall, die Ersatzbeträge zu kumulieren sind. Die **Lehrmeinungen sind dazu uneinheitlich**: Einerseits treten *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler* sowie *Windisch-Graetz* dafür ein, dass Gehilfen der:dem AG zuzurechnen sind, wenn die belästigende Person auf Grund der ihm:ihr erteilten Befugnisse und seiner:ihrer Stellung gegenüber den anderen AN als ein zur selbstständigen Geschäftsführung berufene:r Stellvertreter:in zu qualifizieren ist.⁷⁶⁸ Andererseits hält *Mazal* eine Zurechnung bei der Erfüllung der Fürsorgepflicht des:der AG als umstritten, räumt ab er ein, dass ein Ersatzanspruch denkbar auf § 1313a ABGB gestützt werden könnte, wenn die belästigende Person bei demselben AG beschäftigt ist.⁷⁶⁹

Der OGH erachtet, dass in Beantwortung dieser Frage die Rsp zu § 26 Z 4 AngG „fruchtbar gemacht werden“ kann und besteht nach Ansicht des OGH kein Anlass, den Kreis der der juristischen Person zuzurechnenden Personen im Rahmen des § 6 Abs 1 Z 1 GIBG enger zu ziehen.⁷⁷⁰ Konkret wird dies damit begründet, dass der **maßgebliche Umstand** darin liegt, ob und inwieweit diese Person – ausdrücklich oder stillschweigend – zur **selbstständigen Ausübung von Unternehmer- und insb Arbeitgeberfunktionen** berechtigt war und ob die sexuelle Belästigung damit in einem **inneren Zusammenhang** stand.⁷⁷¹

In einem weiteren Zwischenergebnis lässt sich daher festhalten, dass eine kumulative Haftung nicht nur dann besteht, wenn die Diskriminierung bzw (sexuelle) Belästigung von einem (formalen) Vertretungsorganen ausgeht, sondern die **juristische Person kumulativ mit sämtlichen für sie zur selbstständigen Ausübung von Unternehmer- und Arbeitgeberfunktionen berechtigten Vertreter:innen haftet, sofern die Diskriminierung bzw (sexuelle) Belästigung in einem inneren Zusammenhang steht**.

Um den Themenblock des Schadenersatzanspruchs gegen die:den AG aufgrund ihrer:seiner Beteiligung abzuschließen, verbleibt noch die Frage zu klären, ob diese kumulative Haftung auch bei Arbeitgeber:innen vertretbar ist, die keine juristischen Personen sind, also im **Fall von Einzelunternehmen**. Obwohl dazu weder Schrifttum noch Rechtsprechung vorliegt, ist meines

⁷⁶⁸ *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 7; *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm⁴ § 6 GIBG Rz 6 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

⁷⁶⁹ *Mazal* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 7 Rz 62c.

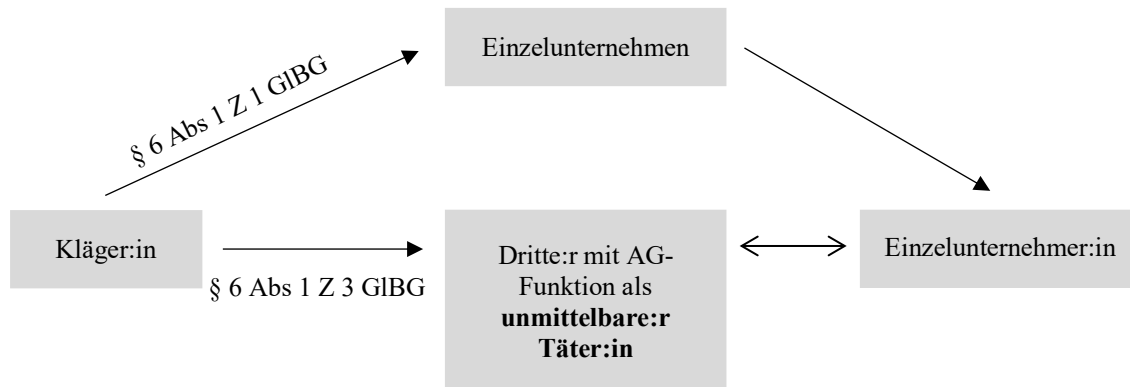
⁷⁷⁰ OGH vom 21.12.2011, 9 ObA 118/11k = RdW 2012/236 = JBl 2012, 261; RIS-Justiz RS0029091.

⁷⁷¹ OGH 9 ObA 118/11k (15).

Erachtens in einem ersten Schritt der Umstand hervorzuheben, dass im Unterschied zu juristischen Personen **Einzelunternehmen keine eigene Rechtspersönlichkeit** besitzen.⁷⁷²

Dieser Mangel in der Rechtsform des:der AG macht aber – abhängig von der jeweiligen Fallkonstellation – einen erheblichen Unterschied für die Höhe des immateriellen Schadenersatzes.

Im Fall, dass die:der Einzelunternehmer:in seine:ihre Unternehmer:innen- und Arbeitgeber:innenfunktionen im Sinne der oben dargelegten OGH Rsp auf **eine andere Person** überträgt und diese eine (sexuelle) Belästigung gem § 6 bzw § 7 Abs 1 Z 3 GIBG zu verantworten hat, wird wohl dasselbe Ergebnis wie im Fall von juristischen Personen resultieren: Die:Der **Einzelunternehmer:in haftet** neben der unmittelbar handelnden Person (§ 6 Abs 1 Z 3 GIBG) **kumulativ als AG** gem § 6 Abs 1 Z 1 GIBG für das Verhalten der unmittelbar handelnden Person, sofern die Diskriminierung bzw (sexuelle) Belästigung iSd der Rsp des OGH in einem inneren Zusammenhang steht (siehe oben der Fall betreffend die AG-GmbH).⁷⁷³ In diesem Fall kommt es nicht zu einem unterschiedlichen Ergebnis in der Höhe des Gesamtbetrags und besteht ebenfalls eine kumulative Haftung.



Ansprüche: gegen die:den Einzelunternehmer:in gem § 6 Abs 1 Z 1 GIBG
gegen unmittelbare:r Täter:in § 6 Abs 1 Z 3 GIBG

Ist die unmittelbar handelnde Person jedoch dieselbe Person wie die:der Einzelnunternehmer:in, liegt im Unterschied zu Fällen, wo die:der AG eine juristische Personen ist, **nur ein Rechtssubjekt vor** und scheidet mangels eigener, von der handelnden Person unabhängiger Rechtspersönlichkeit (die in den von OGH und OLG Graz behandelten

⁷⁷² Roth/Fitz, Unternehmensrecht² (2006) Rz 142.

⁷⁷³ OGH 9 ObA 118/11k (15); RIS-Justiz RS0029091.

Fällen vorlag) eine kumulative – also in diesem Sinne eine tatsächlich „doppelte“ – Haftung einer Person nach dem GIBG aus. Aus dem Wortlaut des § 6 Abs 1 Z 1 und Z 3 GIBG folgt nämlich, dass in diesem Fall mangels eigener Rechtspersönlichkeit des Einzelunternehmens im Sinne einer eigenen Haftung nach Abs 1 Z 1 nur ein Anspruch besteht kann, nämlich gegen die:den AG als natürliche Person selbst gem § 6 Abs 1 Z 1. Eine **kumulative Haftung** scheidet in diesem Fall mangels eines weiteren Rechtssubjekts aus.



Ansprüche: mangels Rechtspersönlichkeit nur eine Haftung gem § 6 Abs 1 Z 1 GIBG

Im Hinblick auf die erlittene persönliche Beeinträchtigung, die zweifellos **unabhängig der Rechtsform des:der AG** aufgrund der Beteiligung des:der AG an der Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung gleich groß ausfällt, führt eine alternative Haftung bei Einzelunternehmen aber dazu, dass **gleiche Sachverhalte ungleich behandelt werden**: Während eine Klägerin, die bei einer juristischen Person beschäftigt ist, ausgehend vom Mindestschadenersatz kumulativ, also jeweils vom AG und der unmittelbar handelnden Person (egal ob diese iSd OLG Graz zurechenbar oder iSd OGH selbst als formales Vertretungsorgan handelt), insgesamt € 2.000,00 erhält, kann **dieselbe Klägerin**, die bei einer:inem Einzelunternehmer:in beschäftigt ist, unter Annahme **desselben Sachverhalts** (dieselben Diskriminierungen bzw Belästigungen) mangels Rechtspersönlichkeit des AG lediglich den einfachen Mindestersatz von € 1.000,00 von der hinter dem Einzelunternehmen stehenden natürlichen Person verlangen. Da aber in beiden Fällen die erlittene persönliche Beeinträchtigung dieselbe ist, nämlich wurde die betroffene Person nicht nur diskriminiert bzw (sexuell) belästigt, sondern ging dieses Verhalten **noch dazu** von der AG bzw dem AG aus, hat auch die Rechtsfolge dergestalt auszufallen, dass die persönliche Beeinträchtigung iSd § 12 Abs 14 GIBG auch tatsächlich und wirksam ausgeglichen wird. Anderenfalls würde **bei gleichem Sachverhalt eine unsachliche Halbierung des Schadenersatzanspruchs erfolgen**,

die lediglich im Umstand begründet ist, dass die betroffene Person bei einer natürlichen anstelle einer juristischen Person beschäftigt ist. Wäre dieselbe Person, denselben Handlungen lediglich unter Beschäftigung bei einer juristischen Person ausgesetzt, hätte sie das doppelte als Ersatz für dieselbe von ihr erlittenen persönlichen Beeinträchtigung erhalten; ggf liegt die unsachliche Ungleichbehandlung sogar mehr als im Doppelten, denn das OLG Graz bestätigte mehr als den hier theoretisch angenommenen Mindestersatz.⁷⁷⁴

Als Lösung dieses unsachlichen Ergebnisses, bietet sich meines Erachtens eine besondere Berücksichtigung der Beteiligung des:der AG in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzanspruchs gegen diese:n an: Da eine wie vom OGH vertretene kumulative Haftung bei juristischen Personen gem § 6 Abs 1 Z 1 **und** Z 3 GIBG mangels Rechtspersönlichkeit des Einzelunternehmens ausscheidet, hat meines Erachtens zur Vermeidung von Ungleichbehandlungen derselben Sachverhalte, die bei juristischen Personen nach der Rsp des OGH gebotene **kumulative Haftung**, im Fall der Beschäftigung bei einem Einzelunternehmen dergestalt zu erfolgen, dass die Kumulation in der Bemessung des Ersatzbetrages gegen die:den Einzelunternehmer:in einzupreisen ist. **Es hat meines Erachtens daher eine gedankliche Kumulierung zu erfolgen, als wäre die betroffene Person bei einer juristischen Person beschäftigt, die als Orientierungshilfe in der Bemessung des zu ermittelnden Ersatzbetrags gegen den Einzelunternehmer heranzuziehen ist.**

Konkret würde dies im oben angestellten fiktiven Beispiel dazu führen, dass die:der unmittelbar diskriminierende bzw (sexuell) belästigende Einzelunternehmer:in nicht den Mindestbetrag von € 1.000,00 – und sich sohin nicht die „Arbeitgeber:innen-Hälfte“ ersparen würde – sondern € 2.000,00 an immateriellen Schadenersatz zu leisten hat. Die erlittene persönliche Beeinträchtigung wäre nach diesem Ansatz **unabhängig von der Rechtsform des:der AG iSd OGH Rsp aufgrund einer kumulativen Haftung der unmittelbar handelnden Person sowie des:der AG tatsächlich und wirksam ausgeglichen.** Zudem wird dadurch verhindert, dass sich die belästigende Person durch Führung eines Einzelunternehmens einen Teil des Ersatzanspruchs ersparen kann.

⁷⁷⁴ Das OLG Graz bestätigte einen Zuspruch gegen den unmittelbar handelnden Kommanditist iHv € 3.500,00 sowie gegen die Kommanditgesellschaft iHv € 2.000,00, OLG Graz 6 Ra 30/16b (4 f), bestätigt in OGH vom 17.8.2016, 8 ObA 47/16v, RdW 2016/564 (*Lindmayr*) = ARD 6517/5/2016 (*Lindmayr*) = ZAS 2018/29 (*Risak*).

Hinsichtlich der eingangs gestellten Frage betreffend den **Schadenersatzanspruch gegen die:den AG** lässt sich daher zusammenfassend feststellen, dass sowohl der verschuldete Mangel an angemessener Abhilfe des:der AG (ua § 6 Abs 1 Z 2 GlBG), als auch die Zurechnung des Verhaltes der belästigenden Person an die:den AG (ebenfalls § 6 Abs 1 Z 1 BlGB), zu einer **Kumulation von Ersatzansprüchen aufgrund des Vorliegens einer Mehrfachtäterschaft führt; dies – meines Erachtens – unabhängig davon, ob die diskriminierte bzw (sexuell) belästigte Person bei einer juristischen oder natürlichen Person beschäftigt ist.**

Wie eingangs bereits angedeutet ist aber auch denkbar, dass die:der AG gar nicht zur Haftung herangezogen wird (bzw nicht herangezogen werden kann), weshalb zu hinterfragen ist, ob in diesem Fall die eventuell dennoch vorliegende Beteiligung des:der Vorgesetzten an der Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung zu einem erhöhten **Schadenersatzanspruch gegen die:den Belästiger** selbst führen kann. Es stellt sich also die Frage, ob die Untätigkeit des:der AG bzw des:der Vorgesetzten einen höheren Schadenersatzbetrag gegen die:den Belästiger selbst bedingen kann. Während die Haftung des:der Belästigers:in jedenfalls in § 6 Abs 1 Z 3 GlBG begründet ist, kann eine Mitberücksichtigung der Mangelnden Abhilfe in der Bemessung des Schadenersatzanspruchs gegen die:den Belästiger:in lediglich iSd § 12 Abs 14 GlBG verortet werden. Auch in dieser Fallkonstellation ist nämlich zu beachten, dass die betroffene Person nicht „nur“ aufgrund der unmittelbaren Belästigungshandlung, sondern **darüber hinaus** auch noch aufgrund der Untätigkeit des:der zur Abhilfe berufenen AG in ihrer persönlichen Beeinträchtigung stärker betroffen ist, als wäre zumindest die:der AG richtigerweise eingeschritten.

Das LG Graz hat sich mit dieser Fallkonstellation noch im Zusammenhang des § 2a Abs 7 Gleichbehandlungsgesetz aF auseinandergesetzt und hat das – meines Erachtens im Hinblick auf den festgestellten Sachverhalt viel zu gering bemessene – Klagebegehren iHv € 3.500,00 vollständig zugesprochen. In dieser Causa war eine minderjährige Praktikantin massiven sexuellen Belästigungen (mehrfache Berührungen unter der Kleidung, sexualisierte Anspielungen etc) durch zwei Vorgesetzten ausgesetzt und hat die Ehegattin des Chefs, nachdem sich die Klägerin bei ihr beschwert hat, zu verstehen gegeben, dass sie **der Klägerin nicht glaubt**.⁷⁷⁵ Das OLG Graz führte in seiner rechtlichen Beurteilung insbesondere ins Treffen, dass die Klägerin mehreren verbalen und körperlichen Angriffen durch ihre „in jeder

⁷⁷⁵ LG Graz vom 14.9.2005, 33 Cga 122/04y, RIS-Justiz: EGZ00020 33Cga122.04y.

Hinsicht überlegen“ und **unmittelbar vorgesetzten** Arbeitskollegen ausgesetzt war.⁷⁷⁶ Ein Umstand, der meines Erachtens bereits in der Bemessung des Klagebegehrens nicht ausreichend berücksichtigt wurde. In diesem Sinne ist meines Erachtens auch der Kritik von *Gahleitner* zu gegenständlicher E jedenfalls beizupflichten, wonach ein derart geringer Ersatzbetrag jedenfalls unzureichend ist, um tatsächlich eine abschreckende Wirkung auf Belästiger – sowie auf nicht ausreichend eingreifende AG – zu entfalten.⁷⁷⁷

Meines Erachtens ist in einer solchen Fallkonstellation die erlittene persönliche Beeinträchtigung (die sich aus den unmittelbaren sexuellen Belästigungen sowie der Untätigkeit des:der AG zusammensetzt) in der Bemessung des **Schadenersatzanspruchs gegen die:den Belästiger** selbst zu berücksichtigen. Wie *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler* richtigerweise ausführen, führen sexuelle Belästigungen – und insbesondere dann, wenn keine angemessene Abhilfe des:der AG geleistet wird (!) – oft dazu, dass eine **Weiterbeschäftigung** der betroffenen Person **unzumutbar** ist, diese gar zum vorzeitigen Austritt berechtigt sein kann.⁷⁷⁸ Vor dem Hintergrund der Ausführungen hinsichtlich der (erhöhten) persönlichen Beeinträchtigung bei Angst um den Arbeitsplatzverlust in Folge von sexuellen Belästigungen (siehe dazu im Detail oben), muss aber auch in diesen Fallkonstellationen meines Erachtens konsequenterweise in der Bemessung des Schadenersatzanspruchs gegen die:den Belästiger diese besondere Form der persönlichen Beeinträchtigung mit eingepreist werden.

Zusammenfassend lässt sich daher zum Bemessungskriterium der Beteiligung des:der (gemeinsame:n) Vorgesetzten bzw des:der AG festhalten, dass bei der Bemessung des **Schadenersatzanspruch gegen die:den AG** eine Kumulation von Ersatzansprüchen aufgrund des Vorliegens von Mehrfachtäterschaften zu erfolgen hat (dies meines Erachtens unabhängig der Rechtsform des:der AG), wohingegen in der Bemessung des **Schadenersatzanspruchs gegen die:den Belästiger** selbst keine Kumulation erfolgt, allerdings die durch die unmittelbare Handlung sowie die Untätigkeit des:der (gemeinsame:n) Vorgesetzten bzw des:der AG erhöhten persönlichen Beeinträchtigung in der Bemessung des Ersatzanspruchs gegen die:den Belästiger mit einzupreisen ist.

⁷⁷⁶ LG Graz 33 Cga 122/04y (4).

⁷⁷⁷ *Gahleitner*, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007/24 (155).

⁷⁷⁸ *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 14 ff.

4.3 Beendigung des Arbeitsverhältnisses als Resultat der Diskriminierung

Vereinzelt wurde bereits angeführt, dass in Fällen von Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen das AV der betroffenen Person sogar beendet wird. Liegt eine derartige Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor, stellt sich die Frage, ob dieses Resultat aus der Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes besonders zu berücksichtigen ist und wenn ja, wie sich diese Berücksichtigung in der Höhe des Ersatzbetrages niederschlägt. Im GIBG selbst ist ein solcher Ansatz nicht explizit erwähnt. Allerdings ist die Berücksichtigung der Beendigung des AV als wohl schwerwiegendste Konsequenz im Rechtsverhältnis zwischen AN und AG wohl unter die gesetzlichen Bemessungskriterien zu subsumieren, wonach die erlittene persönliche Beeinträchtigung wirksam auszugleichen ist und Diskriminierungen verhindert werden sollen.

Aus der Rechtsprechung ergibt sich hinsichtlich dieser Frage, dass die Beendigung des AV in Folge einer Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung als **besonders massive persönliche Beeinträchtigung** gewertet wird. Begründet wird dies damit, weil sie mit dem Verlust der Stelle einhergeht, die die:der diskriminierte Arbeitnehmer:in bereits innehat, weshalb dieser Umstand in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes **besonders zu berücksichtigen** ist.⁷⁷⁹ Dabei hält der OGH auch fest, dass der Umstand, dass sich eine Klägerin allenfalls noch in der **Probezeit** befand, **nicht schadet**, wenn nicht feststeht, dass das AV auch ohne Diskriminierung beendet worden wäre.⁷⁸⁰ Auch *Kletečka/Köck* verweisen unter Anführung dieser Entscheidung darauf, dass Fälle der Beendigungsdiskriminierung regelmäßig als besonders schwer anzusehen sind.⁷⁸¹ In diesem Sinne verweist auch das OLG Wien in seiner – vom OGH bestätigten⁷⁸² – Entscheidung darauf, dass der Verlust des Arbeitsplatzes als **wesentliches Kriterium in der Bemessung** des Ersatzbetrags zu berücksichtigen ist, da die Kündigung eines mehrere Monate anhaltenden AV in Folge der Diskriminierung für die

⁷⁷⁹ RIS-Justiz RS0130287.

⁷⁸⁰ OGH vom 27.8.2015, 9 ObA 87/15g (24) = ecolex 2015/474 (*Windisch-Graetz*) = RdW 2016/91 (*Lindmayr/Tuma*) = DRdA-infas 2016/12 (*Schrittwieser*) = DRdA 2016/24 (*Mayr*).

⁷⁸¹ *Kletečka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 66.

⁷⁸² OGH vom 27.2.2014, 8 ObA 81/13i = ARD 6399/8/2014 = ASoK 2015, 40 (*Marhold-Weinmeier*) = Jus-Extra OGH-Z 2014/5606 (*Angst/Schwarz*).

Lebensplanung eines: einer AN wesentlich einschneidender ist, als der Umstand, dass eine Stelle gar nicht erst angetreten werden kann.⁷⁸³

Darüber hinaus erachtet die Rechtsprechung aber nicht nur AG-seitige Beendigungen als besonders schwerwiegend und für die Bemessung des immateriellen Schadenersatzes beachtlich, sondern erblickt ein besonderes Maß der Beeinträchtigung in allen Formen der Beendigung des AV in Folge von Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen, also **auch bei AN Kündigungen**: Konkret hatte der OGH einen Fall zu bewerten, wo eine Klägerin mehrfach vom de-facto Geschäftsführer sexuell belästigt wurde, indem er ihr ein Pornovideo auf ihr Diensthandy übermittelte und wiederholt ihre Arbeitsleistung mit sexuellen Verhaltensweisen in Verbindung brachte. Nach Ansicht des OGH ist darauf abzustellen, dass die **Erheblichkeit der Beeinträchtigung** insbesondere darin zum Ausdruck kommt, dass sich die Klägerin veranlasst sah, das **Dienstverhältnis mit dem AG zu lösen**.⁷⁸⁴

Vor diesem Hintergrund darf das mehrfach in Entscheidungsbesprechungen behandelte Urteil des OGH, wonach „**kein Schadenersatz bei vorzeitigem Austritt nach Diskriminierung**“⁷⁸⁵ zusteht, keinesfalls **falsch verstanden** werden: Die Beendigung des AV als Folge einer Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung ist jedenfalls immer bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes beachtlich und kann zu einer deutlichen Erhöhung des Ersatzbetrages führen, weil die Beendigung des AV eine der erheblichsten Formen der persönlichen Beeinträchtigungen im Arbeitsleben darstellt.⁷⁸⁶ Der OGH kam in diesem Urteil lediglich zu dem – wenn auch sehr unerfreulichen – Ergebnis, dass die Klägerin ihren Schadenersatzanspruch bei einem (aufgrund sexueller Belästigung) berechtigten vorzeitigen Austritt nicht auf § 12 Abs 7 GIBG stützen kann, weil der berechtigte Austritt keine (AG-seitige) Beendigungsdiskriminierung iSd § 12 Abs 7 GIBG darstellt.⁷⁸⁷ Wie *Gruber-Risak* richtig hervorhebt wird mit dem immateriellen Schadenersatz nicht die persönliche Beeinträchtigung durch die Diskriminierung als solche ausgeglichen, sondern (auch) der Verlust des Arbeitsplatzes und plädiert – entgegen der Ansicht des OGH – einen Lückenschluss

⁷⁸³ OLG Wien vom 27.8.2013, 7 Ra 73/13a (15) in anonymisierter Ausfertigung von der Abteilung 8 des Landesgerichts St. Pölten als Arbeits- und Sozialgericht am 12.12.2022 zur Verfügung gestellt.

⁷⁸⁴ OGH vom 29.9.2020, 9 ObA 66/20a (5f) = RdW 2021/296 (361).

⁷⁸⁵ OGH vom 17.8.2016, 8 ObA 47/16v, RdW 2016/564 (*Lindmayr*) = ARD 6517/5/2016 (*Lindmayr*) = ZAS 2018/29 (*Risak*).

⁷⁸⁶ RIS-Justiz RS0130287.

⁷⁸⁷ OGH 8 ObA 47/16v (4).

zuzulassen und immateriellen Schadenersatz auch bei einem Austritt wegen (sexueller) Belästigung nach § 12 Abs 7 GIBG analog zu gewähren.⁷⁸⁸

Auch wenn dieser Lückenschluss jedenfalls zu begrüßen wäre, ist aber meines Erachtens aus den oben dargelegten Entscheidungen des OGH – wonach die Beendigung des AV in der Bemessung des Ersatzbetrages zB auch bei AN Kündigung besonders zu berücksichtigen ist⁷⁸⁹ – die Beendigung und sohin auch der berechtigte vorzeitige Austritt bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes **nach § 12 Abs 11 GIBG zu berücksichtigen** und schadet es im Übrigen auch nicht, wenn die Anspruchsgrundlage in rechtlicher Hinsicht verfehlt gewesen sein sollte.⁷⁹⁰ Im Ergebnis ist das Sachverhaltselement, dass das AV durch berechtigten Austritt aufgrund einer sexuellen Belästigung beendet wurde, in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes jedenfalls zu berücksichtigen, selbst wenn sich dies nicht aus dem Rechtsgrund des § 12 Abs 7 GIBG ergeben sollte.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass sowohl die AG-seitige als auch die AN-seitige Beendigung, insofern also **jegliche Art der Beendigung** des AV in Folge der Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung nach stRsp in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes **besonders zu berücksichtigen** ist und zu einer Erhöhung des Ersatzbetrags führen kann. Der einschlägigen Rechtsprechung ist meines Erachtens zudem zu entnehmen, dass keine Beendigungsdiskriminierung im „klassischen“ Sinn vorliegen muss. Vielmehr hat lediglich die Beendigung in einem **sachlichen Zusammenhang** mit der Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung zu stehen, wohingegen die Beendigung an sich aber **zeitlich auseinander liegen** kann, um dennoch bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes besonders berücksichtigungswert zu sein.⁷⁹¹ Für die Bemessung des immateriellen Schadenersatzes ist es daher von Relevanz, ob die Beendigung des AV in einem sachlichen Zusammenhang mit der Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung steht; ein zeitliches Zusammenfallen ist nicht erforderlich.

⁷⁸⁸ Dazu die Glosse von *Gruber-Risak* zu OGH 8 Ob A 47/16v = ZAS 2018/29 (*Risak*).

⁷⁸⁹ Siehe oben im Detail zu 9 ObA 66/20a (5f).

⁷⁹⁰ Geht aus dem Klagevorbringen hervor, dass der Sachverhalt offenbar rechtlich unrichtig qualifiziert wurde, so ist dies bedeutungslos: Ris-Justiz **RS0058348**.

⁷⁹¹ Siehe OGH vom 29.9.2020, 9 ObA 66/20a (5f) = RdW 2021/296 (361), wonach sich die Klägerin aufgrund (= **sachlicher Zusammenhang**) der sexuellen Belästigungen veranlasst sah (= **zeitlich auseinanderliegend**), das Dienstverhältnis mit der Beklagten zu lösen.

Beachtlich ist meines Erachtens zudem, dass die Rechtsprechung hinsichtlich der Dauer des AV keine besonderen Voraussetzungen aufstellt. Vielmehr wird in den zitierten Entscheidungen ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Arbeitsverhältnisse lediglich kurz andauerten und dies für die besondere Berücksichtigung in der Bemessung des Ersatzbetrages keine Relevanz hat.⁷⁹² Abschließend kann daher festgestellt werden, dass die Beendigung des AV in der Bemessung des Ersatzbetrags stets besonders zu beachten ist, dies **gänzlich unabhängig der Dauer des jeweiligen AV**. Unabhängig von der Dauer des AV – und einer möglicherweise damit vermuteten Planungskontinuität – werden Kündigungen als entscheidender Eingriff in den weiteren Lebensverlauf der betroffenen Person gewertet, die in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes entsprechend zu berücksichtigen sind.

4.4 Androhung des Arbeitsplatzverlustes

Im Zusammenhang mit den soeben beschriebenen Auswirkungen auf die Bemessung des Ersatzbetrages bei einer Beendigung des AV als Folge einer Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung, wird nachstehend die Frage untersucht, ob die „bloße“ Androhung des Arbeitsplatzverlustes als Nebenhandlung einer Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung ebenfalls bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes zu berücksichtigen ist.

Mit Blick in die Rechtsprechung wird deutlich, dass nicht selten die wirtschaftliche Abhängigkeit von Arbeitnehmer:innen auch dahingehend ausgenutzt wird, dass die Duldung von Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen unter Androhung des Arbeitsplatzverlustes abverlangt wird. Der OGH trägt dieser besonders rücksichtslosen Ausnützung des Autoritätsverhältnisses damit Rechnung, indem er diese **Drohung** in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes, der aufgrund einer Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung gebührt, **berücksichtigt**. Konkret hat der OGH den von der Berufungsinstanz mit ATS 30.000,00 bemessenen immateriellen Schadenersatz auf ATS 50.000,00 angehoben, weil der Beklagte die Klägerin mehrfach unter Androhung der Kündigung bzw „Entlassung“ sexuell belästigte und sie unter dieser Drohsituation aufforderte,

⁷⁹² „Dass sich die Klägerin noch in der **Probezeit** befand, kann demgegenüber **nicht schaden**“ in OGH vom 27.8.2015, 9 ObA 87/15g (24) = RdW 2016/91 (*Lindmayr/Tuma*); „Eine **Kündigung nach mehreren Monaten** ist für die Lebensplanung eines Dienstnehmers wohl wesentlich einschneidender als der Umstand, dass eine Stelle nicht angetreten werden kann.“ in OLG Wien vom 27.8.2013, 7 Ra 73/13a (15), bestätigt durch OGH vom 27.2.2014, 8 ObA 81/13i = Jus-Extra OGH-Z 2014/5606 (*Angst/Schwarz*).

sich die Handlungen gefallen zu lassen.⁷⁹³ Auch *Schrank* bekräftigt, dass der Ansicht des OGH **zuzustimmen** ist und ein Ersatzbetrag von ATS 30.000,00 der Sachlage keinesfalls gerecht wird, wenn ein Arbeitgeber das bestehende Abhängigkeitsverhältnis ausnützt und den Bestand des Arbeitsverhältnisses vom Erreichen seiner sexuellen Ziele abhängig macht.⁷⁹⁴

Meines Erachtens ist dies jedenfalls konsequent, da die Androhung des Arbeitsplatzverlustes bei Nichtbefolgung und die damit begründete **konkrete Befürchtung den Arbeitsplatz zu verlieren**, eine über die ohnedies bereits aufgrund der eingetretenen Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigungen bestehenden persönlichen Beeinträchtigung **hinausgehende Schädigung** darstellt. Dieses „mehr“ an persönlicher Beeinträchtigung ist daher jedenfalls in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes zu berücksichtigen; dies bereits aufgrund der gesetzlichen Anordnung, wonach die eingetretene persönliche Beeinträchtigung **tatsächlich auszugleichen** ist (§ 12 Abs 14 GlGB) und würde eine Nichtberücksichtigung der Androhung in der Bemessung des Ersatzbetrages lediglich einen Teil der verursachten persönlichen Beeinträchtigung abdecken.

Diese These wird von einer weiteren Entscheidung des ASG Wien bekräftigt, die durch den OGH bestätigt wurde: In dieser Entscheidung hat sich das ASG Wien umfassend damit befasst, dass der de-facto Geschäftsführer im Zusammenhang mit körperlichen Annäherungen gegenüber der Klägerin mehrfach betonte, dass er ihre Kündigung veranlassen könne, dies aber nicht mache, wenn sie sich auf seine Annäherungen einlässt.⁷⁹⁵ Diese Anspielungen auf das berufliche Abhängigkeitsverhältnis wurden auch in diesem Fall bei der **Bemessung des immateriellen Schadenersatzes mitberücksichtigt**, dies obwohl ausdrücklich festgehalten wurde, dass die **Kündigung der Klägerin nicht aufgrund der sexuellen Belästigung erfolgte**, sondern andere Gründe hatte und daher die auf die Kündigung abgestellten Ansprüche abzuweisen waren. Allerdings begründete das ASG Wien die Berücksichtigung der Androhung

⁷⁹³ „[...] er auf rücksichtslose und brutale Art das bestehende Abhängigkeitsverhältnis ausgenützt hat und nicht davor zurückgeschreckt ist, den **Bestand** des für die Klägerin zweifelsohne existenznotwendigen **Arbeitsverhältnisses mit dem Erreichen seiner sexuellen Ziele zu verknüpfen**“ in OGH vom 21.1.1999, 8 ObA 188/98z (4) = JBl 1999, 538 = ZAS 2000/1 (*Brodil*).

⁷⁹⁴ *Schrank*, Leitentscheidungen der Höchstgerichte zum Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht (1. Lfg 2000) Schmerzengeld - OGH 21.1.1999, 8 ObA 188/98z, Seite 10.

⁷⁹⁵ ASG Wien vom 30.9.2019, 21 Cga 41/16a, S 9 (in anonymisierter Ausfertigung von der Klagevertreterin zur Verfügung gestellt), bestätigt in OGH vom 29.4.2021, 9 ObA 19/21s, ARD 6763/5/2021 (*Sabara*); OLG Wien vom 25.11.2020, 9 Ra 38/20d = ARD 6744/7/2021 (*Sabara*).

des Arbeitsplatzverlustes als „**beträchtlichen psychischen Druck**“, der zusätzlich neben den einzelnen sexuellen Belästigungen in die Bemessung des immateriellen Schadenersatzes berücksichtigt werden muss.⁷⁹⁶ Das in weiterer Folge vom OLG aufgehobene Urteil des ASG Wien (wegen vermeintlich mangelnder Passivlegitimation) wurde vom OGH vollinhaltlich wiederhergestellt.⁷⁹⁷

Neben der Bestätigung dieser These, lässt sich meines Erachtens aus dieser Entscheidung ein weiteres Erkenntnis ableiten: Im Unterschied zu den oben dargelegten Fällen betreffend die tatsächlich eingetretene Beendigung des Arbeitsverhältnisses als Resultat der Diskriminierung, ist bei der „bloßen“ Androhung des Arbeitsplatzverlustes **kein sachlicher Zusammenhang erforderlich**, wenn die Beendigung zu einem späteren Zeitpunkt motivkonform erfolgen sollte. Mit anderen Worten: soll die tatsächliche Beendigung des AV in der Bemessung des Ersatzbetrages berücksichtigt werden, muss ein sachlicher Zusammenhang mit der Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung vorliegen, andernfalls die Beendigung nach dem GlBG keine Rechtsfolge auslöst, wohingegen die **bloße Androhung** des Arbeitsplatzverlustes im Zusammenhang mit einer Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung bereits zu einer **Erhöhung des Schadenersatzes** führen kann, selbst wenn die später allenfalls erfolgende Beendigung des AV nicht im sachlichen Zusammenhang mit der zuvor ergangenen Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung stehen sollte.

Erfolgt eine allenfalls spätere Beendigung des AV daher gänzlich motivkonform, kann die zuvor ergangene Androhung des Arbeitsplatzverlustes dennoch in die Bemessung des immateriellen Schadenersatzes aufgrund der erfolgten Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung einfließen, da die konkrete **Befürchtung der Klägerin** zu einer (zusätzlichen) Intensität der persönlichen Beeinträchtigung führen kann. Im Falle der „bloßen“ Androhung des Arbeitsplatzverlustes ist es daher nicht von Relevanz, ob die Beendigung überhaupt eintritt oder die später erfolgende Beendigung motivwidrig war. Vielmehr besteht die berücksichtigungswürdige persönliche Beeinträchtigung bei der Androhung des Arbeitsplatzverlustes bereits in dem – zusätzlich zur Haupthandlung in Form der Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung – durch die Androhung verursachten (erhöhten) psychischen Druck der betroffenen Person.

⁷⁹⁶ ASG Wien vom 30.9.2019, 21 Cga 41/16a, S 28.

⁷⁹⁷ OGH vom 29.4.2021, 9 ObA 19/21s = ARD 6763/5/2021 (*Sabara*).

Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, dass die Androhung des Arbeitsplatzverlustes im Zusammenhang mit erfolgter Diskriminierung bzw (sexueller) Belästigung **in die Bemessung des immateriellen Schadenersatzes einzufließen hat** und aufgrund der konkreten Befürchtung der betroffenen Person, ihren Arbeitsplatz verlieren zu können, zu einem erhöhten Schadenersatz führt. Darüber hinaus ist diese Berücksichtigung **nicht davon abhängig**, ob die Androhung des Arbeitsplatzverlustes wahrgemacht wird oder – sollte das AV allenfalls beendet werden – diese Beendigung motivwidrig ist oder nicht.

4.5 Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des:der Diskriminierenden

Zu den prominentesten Ansätzen zur Effektivierung der Präventionsfunktion des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG zählt die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des:der Diskriminierenden bei der Bemessung des Ersatzbetrags. Das Problem, welches dieser Ansatz lösen möchte, besteht in der Frage, wie sich das zweifellos bestehende präventive Ziel des GIBG in der Höhe des immateriellen Schadenersatzes widerspiegeln könnte und knüpft dieser Ansatz nicht nur am Unwert der konkreten Tat an, sondern auch an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des:der Diskriminierenden. Dieser Ansatz ist begründet im Gedanken, dass der Ersatz der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung bei **gleich gelagerten Fällen** von Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen **eine:n schlecht verdienende:n Täter:in proportional wesentlich härter trifft**, als eine:n gut verdienende:n Täter:in. So trifft bei identem Sachverhalt die Rechtsfolge zur Zahlung des Mindestschadenersatzes von € 1.000,00 eine Reinigungskraft disproportional härter, als bspw eine:n gut verdienende:n Manager:in. Da aber in beiden theoretisch gleichgelagerten Fällen die Rechtsfolge dazu beitragen soll, dass „Diskriminierungen verhindert“ werden (§ 12 Abs 14 GIBG), mag dies im Fall der Reinigungskraft – die beinahe einen gesamten Nettomonatslohn einbüßt – erfüllt sein, die:der Manager:in wird sich davon aber eher nicht abhalten lassen, ihr:sein Verhalten in Zukunft abzuändern.

Der Gedanke lässt sich aber auch auf **ungleich gelagerte Sachverhalte** ausdehnen. Exemplarisch kann der oben bereits erwähnte Fall des wohl sehr gut verdienen Zahnarztes⁷⁹⁸ herangezogen werden, den die Rechtsfolge (Zahlung von € 4.360,00) im Hinblick auf den Unwert seiner Tat (anhaltend wiederholte sexuelle Belästigung einer Minderjährigen als Vorgesetzter über die sehr lange Dauer von eineinhalb Jahren) wirtschaftlich wesentlich

⁷⁹⁸ OLG Wien vom 27.6.2003, 9 Ra 66/03x = ARD 5447/3/2003.

weniger hart trifft, als jene Rechtsfolge (Zahlung von € 1.500,00) im Fall eines wohl erheblich weniger verdienenden Souschefs⁷⁹⁹ der eine einmalige rassistische Aussage tätigte. Wenngleich die Präventionsfunktion des GIBG, wonach „Diskriminierungen verhindert“ werden sollen (§ 12 Abs 14 GIBG) im zweiten Fall erfüllt sein mag, ist der Schadenersatz im ersten Fall wohl kaum geeignet den Täter (bzw auch Dritte) von vergleichbaren Taten abzuhalten, da die Sanktion schlicht zu moderat ausfällt.⁸⁰⁰

Im Hinblick auf diese Problemstellung stellt *Schindler*, der die nach dem GIBG zugesprochenen Schadenersatzbeträge für zu gering hält, fest, dass Schadenersatzansprüche nur dann abschreckend sein können, wenn unter Berücksichtigung des durchschnittlichen **Risikos, "erwischt" zu werden**, Diskriminierungen bzw (sexuelle) Belästigungen **unwirtschaftlich** werden.⁸⁰¹ Um dieser dem GIBG zuwiderlaufenden Dynamik entgegenzuwirken fordert *Majoros*, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des:der Diskriminierenden berücksichtigt werden müsse, um der Vorgabe einer "abschreckenden Wirkung" auch tatsächlich zu entsprechen.⁸⁰² Auch betonen *Schrittwieser/Vazny-König*, dass die Erfüllung der von den RL gebotenen abschreckenden Sanktion denkmöglich nur in der **Beleuchtung der Täterseite** liegen kann.⁸⁰³ Sie fordern daher, die Erforschung des wirtschaftlichen Hintergrunds, um auf Basis dieser Grundlage einen Schadenersatz ermitteln zu können, der die:den Täter:in auch tatsächlich (und wirksam) von zukünftigen Rechtsverletzungen dieser Art abhält. Sie kritisieren in diesem Zusammenhang den OGH, der sich im Fall einer AN, die zahlreichen Beschimpfungen und mehrfachen sexuellen Belästigungen durch ihren Vorgesetzten ausgesetzt war, nicht damit auseinandergesetzt hat, welche Sanktion für den konkreten Täter abschreckend gewesen wäre.⁸⁰⁴ Unter Verweis auf die Rsp des EuGH⁸⁰⁵, wonach die Sanktionsbestimmungen

⁷⁹⁹ OLG Innsbruck vom 14.4.2017, 15 Ra 13/17z = ARD 6579/14/2017 (*Lindmayr*).

⁸⁰⁰ Das Erstgericht hat in diesem Fall ursprünglich sogar nur € 3.000,00 an Schadenersatz zugesprochen und hat die Berufungsinstanz aufgrund der Berufung der Klägerin das gesamte Klagebegehren von 4.360,00 zuerkannt.

⁸⁰¹ *Schindler*, Zur Umsetzung des EU-Rechts in Österreich - Teil 2: Überblick über Richtlinien, deren Umsetzung bevorsteht, insb die Antidiskriminierungs-Richtlinien, DRdA 2003, 523 (533).

⁸⁰² *Majoros*, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadens im Gleichbehandlungsgesetz, DRdA 2007, 515 (521); *Majoros in Czech/Sallinger*, Diskriminierung - Grundrechtsverletzung oder Kavaliersdelikt? (2011), 102.

⁸⁰³ *Schrittwieser/Vazny-König*, Höhe des Ersatzes für die erlittene persönliche Beeinträchtigung bei Mehrfachdiskriminierung vor dem 1.8.2008, DRdA 2011/40 (393).

⁸⁰⁴ OGH vom 22.9.2010, 8 ObA 63/09m = RdW 2011/236 = DRdA 2011/40 (krit *Schrittwieser/Vazny-König*).

⁸⁰⁵ EuGH vom 2.8.1993, C-271/91, *Marshall II*, ECLI:EU:C:1993:335.

zweckdienlicher, verhältnismäßiger und **abschreckender Natur** sein müssen, resümiert auch *Mazal*, dass in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes ua auch auf das Einkommen der belästigenden Person abgestellt werden muss, andernfalls der **Schadenersatzanspruch nach dem GIBG Gefahr laufe den Sanktionscharakter klar zu verfehlen** und lediglich als „buchhalterische Größe“ vermerkt zu werden.⁸⁰⁶

Als Zwischenergebnis lässt sich daher festhalten, dass die weit überwiegende (mangels gegenteiliger Meinungen gar **einhellige**) **Lehre** darüber übereinstimmt, dass die gesetzliche Vorgabe der präventiven Wirkung des Schadenersatzes nach dem GIBG, wonach dieser dergestalt zu bemessen ist, dass „Diskriminierungen verhindert“ werden (§ 12 Abs 14 GIBG sic), **nur dadurch erreicht werden kann, wenn die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der diskriminierenden Person in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes berücksichtigt wird.**

Mit Blick in die Rechtsprechung ist einleitend zu bemerken, dass nach stRsp des OGH zum **allgemeinen Schadenersatzrecht** die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Schuldners ausdrücklich **nicht maßgeblich** für die Höhe des Schmerzensgeldes ist.⁸⁰⁷ In Zusammenschau mit der stRsp zum GIBG, wonach bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes die **Bemessungsgrundsätze des allgemeinen Schadenersatzrechts** anzuwenden sind⁸⁰⁸, könnte vermutet werden, dass die Prüfung einer allfälligen Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des:der Diskriminierenden, bereits an dieser Stelle beendet sein könnte.

Allerdings ist zu beachten, dass – im Unterschied zum § 1325 ABGB – in § 12 Abs 14 GIBG ausdrücklich angeordnet ist, dass der immaterielle Schadenersatz dergestalt zu bemessen ist, dass dadurch „Diskriminierungen verhindert“ werden. Mit Blick in die einschlägige **Judikatur zum GIBG** wird daher deutlich, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der diskriminierenden Person in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG bereits **(mit)berücksichtigt** wird, wenngleich eine konkrete Methode, wie diese Berücksichtigung konkret zu erfolgen hat, nicht aus dieser hervorgeht. So verweist das LG St. Pölten in seiner rechtlichen Beurteilung ausdrücklich darauf, dass ua auch die

⁸⁰⁶ *Mazal* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 7 Rz 62e.

⁸⁰⁷ RIS-Justiz **RS0031267**; *Hinteregger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 1325 Rz 32 (Stand 1.8.2022, rdb.at); *Reischauer/Neumayr* in *Rummel/Lukas/Geroldinger* (Hrsg), ABGB⁴ § 1325 Rz 170 (Stand 31.5.2025, rdb.at).

⁸⁰⁸ RIS-Justiz RS0108277 (T1).

„**Leistungsfähigkeit des Diskriminierenden**“ für die Bemessung des immateriellen Schadenersatzes ausschlaggebend ist und hält den begehrten immateriellen Schadenersatz im Ausmaß von sechs Monatsentgelten der Klägerin zzgl Sonderzahlungen für angemessen.⁸⁰⁹ Betreffend die Rechtsrüge der beklagten Partei, wonach der gänzliche Zuspruch des Klagebegehrens ihren „finanziellen Ruin“ bedeute, verweist das OLG Wien darauf, dass die Leistungsfähigkeit der Beklagten – eine seit Jahren etablierte und bekannte Rechtsanwaltskanzlei mit mehreren Jurist:innen bzw Anwält:innen – bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes **mitzuberücksichtigen ist** und bekräftigt, dass das Erstgericht das ihm vom Gesetz eingeräumte Ermessen, mit dem Zuspruch von sechs Monatsgehältern samt Sonderzahlungen, nicht überschritten hat.⁸¹⁰

Als weiteres Zwischenergebnis kann meines Erachtens daher festgehalten werden, **dass** nicht nur die einhelligen Lehrmeinungen⁸¹¹ die Täterseite wirtschaftlich beleuchtet haben möchten, sondern auch die einschlägige Judikatur zum GIBG die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der diskriminierenden Person in der Bemessung des Ersatzbetrages (mit)berücksichtigt, weshalb im **Anwendungsbereich des GIBG jedenfalls die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des:der Diskriminierenden als richterliche Praxis zu berücksichtigen ist**. Meines Erachtens stellt sich sohin die abschließende Frage, **wie** eine solche Berücksichtigung methodisch funktionieren könnte.

Im Hinblick auf die Frage der **praktischen Implementierung** einer derartigen Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit wird *Gahleitner* konkreter und beschreibt, wie die Berücksichtigung methodisch durchgeführt werden könnte: Um einen

⁸⁰⁹ LG St. Pölten vom 26.3.2013, 8 Cga 20/12k, S 38 (in anonymisierter Ausfertigung von der Abteilung 8 des Landesgerichts St. Pölten als Arbeits- und Sozialgericht zur Verfügung gestellt).

⁸¹⁰ OLG Wien vom 27.8.2013, 7 Ra 73/13a, S 16 (in anonymisierter Ausfertigung von der Abteilung 8 des Landesgerichts St. Pölten als Arbeits- und Sozialgericht zur Verfügung gestellt), bestätigt in OGH vom 27.02.2014, 8 ObA 81/13i = ASoK 2015, 40 (*Marhold-Weinmeier*) = Jus-Extra OGH-Z 2014/5606 (*Angst/Schwarz*).

⁸¹¹ Mazal in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 7 Rz 62e; *Gahleitner*, 40 Jahre Gleichbehandlungsgesetz – Europäische Impulse bei der Gleichstellung der Geschlechter, DRdA 2019, 391 (405); *Schrittwieser/Vazny-König* in DRdA 2011/40 (393); *Majoros* in *Czech/Sallinger*, Diskriminierung - Grundrechtsverletzung oder Kavaliärsdelikt? (2011) 102; *Schindler*, Zur Umsetzung des EU-Rechts in Österreich - Teil 2: Überblick über Richtlinien, deren Umsetzung bevorsteht, insb die Antidiskriminierungs-Richtlinien, DRdA 2003, 523 (533); *Gerhartl*, Immaterieller Schadenersatz bei Diskriminierung, RdW 2012/42 (33).

wirksamen Schadenersatz zu gewährleisten, tritt sie für eine **Einführung eines Tagsatzsystems** ein, wonach einkommensabhängig und je nach der Schwere der Belästigungshandlung ein Mindestschadenersatz in Form von Tagsätzen, ähnlich dem strafrechtlichen Tagsatzsystems, festzulegen wäre.⁸¹² Ihrer Ansicht nach wäre dabei darauf zu achten, dass der **Schadenersatz mindestens 30 Tagsätze** beträgt und damit gewährleistet ist, dass jedwede Art der Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung zumindest ein Monatsgehalt „kostet“, sodass die Höhe des immateriellen Schadenersatzes von der Höhe des Einkommen des:der Diskriminierenden abhängt. *Gahleitner* begründet dies weiter damit, dass der Handlungsunwert von Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigungen wesentlich größer ist als jener bei Lohn- und Sozialdumping, dort aber bereits Geldstrafen von € 1.000,00 bis € 10.000,00 – im Wiederholungsfall gar das Doppelte – drohen, dies selbst dann, wenn gar keine Unterentlohnung vorliegt und lediglich die Lohnunterlagen nicht korrekt bereitgehalten werden. Im Vergleich zum ungleich größeren Tatumwert von Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen, sei der Mindestschadenersatz iHv einem Monatsgehalt daher angemessen.

Um diesen Ansatz näher zu untersuchen, muss vorweg festgestellt werden, dass das Konzept der Bemessung nach einem Tagsatzsystem aus dem **Strafrecht** stammt und zeigt ein Blick in die Vergangenheit deutlich, wieso ein solches System auch sehr gut mit dem Gesetzeszweck des GIBG vereinbar wäre: Das **alte StG** (idF BGBl 1971/273) drohte – vergleichbar mit gesetzlich definierten Höchst- und Mindestbeträgen des GIBG – Geldstrafen mit ziffernmäßig bestimmten Beträgen an. Der Gesamtbetrag wurde sohin weder durch Schuld- und Unrechtskomponenten noch durch die wirtschaftlichen Verhältnisse des:der Täters:Täterin determiniert, was dazu führte, dass **einkommensstarke Rechtsbrecher:innen begünstigt** und einkommensschwache benachteiligt wurden.⁸¹³ Dieser Missstand wurde durch Einführung des StGB und damit dem Tagessatzsystem beseitigt, wobei die Anzahl der Tagessätze das tat- und täter:innenbezogene Unwerturteil ausdrückt, während die Höhe des einzelnen Tagessatzes die Gesamtstrafe an die jeweilige **wirtschaftliche Lage** anpasst.⁸¹⁴

⁸¹² *Gahleitner*, 40 Jahre Gleichbehandlungsgesetz – Europäische Impulse bei der Gleichstellung der Geschlechter, DRdA 2019, 391 (405).

⁸¹³ „Das kann zu einem "Taxenwesen" führen, das **den Vermögenden begünstigt und den Mittellosen benachteiligt**, weil das Gewicht des Strafübels für den Betroffenen davon abhängt, ob und wie sehr ihn die wirtschaftliche Einbuße trifft.“ aus den ErläutRV 30 BlgNR 30. GP 93.

⁸¹⁴ *Lässig in Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 19 Rz 2 (360. Lfg 2025).

Auf den **Anwendungsbereich des GIBG** umgelegt würde dies bedeuten, dass der tat- und täter:innenbezogene Unwert ausgehend von den in dieser Arbeit aufgezeigten Bemessungskriterien (Dauer, Intensität, Ausnützung eines Autoritätsverhältnisses, Mehrfachdiskriminierung, Grad des Verschuldens, Verhaltens in der Vergangenheit, Beendigung des Arbeitsverhältnisses etc) in Form einer **Anzahl an Tagsätze** ermittelt wird, wobei der Ausgangspunkt meines Erachtens *Gahleitner* folgend mindestens 30 Tagsätze betragen muss, sodass durch eine solche Bemessungsmethode sowohl Diskriminierungen verhindert (§ 12 bzw § 26 Abs 14 GIBG) als auch einer unerwünschten Bagatellisierung von (sexuellen) Belästigungen entgegengewirkt werden. In einem weiteren Schritt ist diese Anzahl an Tagsätzen mit dem unter Berücksichtigung des Anspannungsprinzips sowie eines zu verbleibenden Existenzminimums zu ermittelten **täglichen Nettoverdienstes** zu multiplizieren.

Die zu ersetzende erlittene persönliche Beeinträchtigung würde sohin durch den ersten Schritt (Berücksichtigung des Unwerts samt Mindestersatz) dieser Bemessungsmethode **„tatsächlich und wirksam ausgeglichen“** und würden durch den zweiten Schritt (Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit) **„Diskriminierungen verhindert“** werden, **was eine dem § 12 Abs 14 GIBG gänzlich konforme Bemessungsmethode darstellen würde.**

Offen bleibt meines Erachtens die Frage zu beantworten, ob der von *Gahleitner* angeregte Ansatz eines **Tagsatzsystems bereits jetzt von der Judikatur angewendet werden könnte, oder es eine „Einführung“ dieses Systems durch den Gesetzgeber benötigt.**

In Beantwortung des ersten Teils dieser Frage ist vorweg erneut festzustellen, dass das GIBG bereits jetzt explizit verlangt, dass der Ersatz der persönlichen Beeinträchtigung dergestalt bemessen werden muss, dass aufgrund der Höhe des immateriellen Schadenersatzes „Diskriminierungen verhindert“ werden (§ 12 Abs 14 GIBG). Aufgrund der ausdrücklichen Anordnung dieser Präventionsfunktion und im Hinblick auf das eindeutige Attest sämtlicher Lehrmeinungen, wonach die Rechtsprechungspraxis bisher keinesfalls Ersatzbeträge zuerkennt, die eine derartige vom GIBG – und den einschlägigen RL – verlangte Prävention entfaltet (siehe den Meinungsstand zu Beginn dieses Kapitels), ist in einem ersten Schritt meines Erachtens festzustellen, dass die Anwendung einer Bemessungspraxis, die zu einer **Effektuierung der gesetzlich vorgeschriebenen Prävention** führen kann, nicht nur vom

ausdrücklichen Gesetzestext umfasst sondern aufgrund der offensichtlichen Verfehlung der bisherigen Rechtsprechungspraxis, geradezu geboten ist.

Der zweite Teil der aufgeworfenen Frage, nämlich ob die Anwendung eines Tagsatzsystems einen vom Gesetzgeber gesetzten legislativen Akt voraussetzt oder bereits unter der bestehenden Rechtslage angewendet werden könnte, wird mit Blick in das allgemeine Schadenersatzrecht beantwortet: Ähnlich wie das GIBG stellt auch das allgemeine Schadenersatzrecht gem § 1325 ABGB lediglich wenige Hinweise zur konkreten Berechnung der Höhe des zu ersetzenden immateriellen Schadenersatzes zur Verfügung und verlangt ein „den erhobenen Umständen angemessenes“ Schmerzensgeld. Dieses kann sowohl physische Schmerzen als auch die Entschädigung einer erlittenen persönlichen Beeinträchtigung beinhalten und wird nach stRsp – wie nach dem GIBG – nicht in einzelne, bestimmte Verletzungen bzw Folgeerscheinungen zerlegt, sondern **global bemessen**.⁸¹⁵ Dabei kommen in der Schmerzensgeldbemessung nach dem allgemeinen Schadenersatzrecht sog **Schmerzensgeldtabellen** zur Anwendung, wobei nach stRsp des OGH diese Anwendung keine Berechnungsmethode, sondern **nur eine Berechnungshilfe** darstellt.⁸¹⁶ Es soll durch Heranziehung dieser jährlich veröffentlichten und valorisierten Tabellen eine Orientierung für die Rechtsprechung geboten werden und wäre eine Bemessung des Schmerzensgeldes alleine nach diesen Tagessätzen unzulässig.⁸¹⁷ Bemerkenswert und in Beantwortung der hier aufgeworfenen Frage wesentlich, ist aber der Umstand, dass die Anwendung solcher Schmerzensgeldtabellen – mögen sie auch bloß zur Berechnungshilfe herangezogen werden – im ABGB nicht explizit erwähnt werden, sondern sich eine **Rechtsprechungspraxis entwickelt** hat, um den gesetzlichen Vorgaben zur Ermittlung eines „den erhobenen Umständen angemessenen“ Schmerzensgeldes gerecht zu werden. Aus denselben Gründen könnte sich aber auch im **Anwendungsbereich des GIBG eine Rechtsprechungspraxis etablieren**, die nach den gesetzlichen Vorgaben in Form eines Tagsatzsystems die Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG durchführt.

⁸¹⁵ Danzl/Karner in Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), KBB – Kurzkommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 1325 ABGB Rz 30; **RIS-Justiz RS0031191**.

⁸¹⁶ Als Berechnungshilfe für die Abgeltung psychischer Schäden OGH vom 14.10.2003, 1 Ob 200/03y = ZVR 2004/49.

⁸¹⁷ Hinteregger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 1325 Rz 33 (Stand 1.8.2022, rdb.at).

Im Hinblick auf den **Anwendungsbereich des GIBG** sowie unter Berücksichtigung, dass – im Unterschied zum ABGB – das GIBG sogar ausdrücklich eine präventive Wirkung in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes vorsieht, erachte ich die von *Gahleitner* angeregte Bemessungsmethode aus den oben dargelegten Gründen (bzw in den Worten des allgemeinen Schadenersatzrechts: Bemessungshilfe) zur Berechnung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG für jedenfalls geboten und unter der geltenden Fassung des GIBG vertretbar. Unabhängig von der konkreten Methode der Berücksichtigung, ist aber im **Anwendungsbereich des GIBG jedenfalls die wirtschaftliche Leistungskraft des:der Diskriminierenden in der Bemessung des Schadenersatzes zu berücksichtigen.**

4.6 Einkommen des:der diskriminierten AN

Nachdem die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des:der Diskriminierenden betrachtet wurde und diese – wie die oben angestellte Prüfung zeigt – jedenfalls zu berücksichtigen ist, stellt sich umgekehrt die Frage, ob auch die wirtschaftliche Situation der von einer Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung betroffenen Person in die Bemessung des immateriellen Schadenersatzes einzubeziehen ist.

Mit Blick in die Rechtsprechung lässt sich festhalten, dass eine gewisse Bezugnahme bei der Höhe des zuerkannten immateriellen Schadenersatzes teilweise stattfindet, wobei zu betonen ist, dass sich der **OGH dazu bisher noch nicht geäußert** hat: So verweist beispielsweise das LG St. Pölten darauf, dass der begehrte immaterielle Schadenersatz im Ausmaß von sechs Monatsentgelte der Klägerin zzgl Sonderzahlungen angemessen ist, wenn sie nach einer Fehlgeburt unter dem Hinweis, dass sie ein Wunschkind verlor und wahrscheinlich wieder schwanger werde, gekündigt wird.⁸¹⁸ Die Höhe dieses **vom Einkommen der Klägerin abhängigen** Schadenersatzes wurde auch durch das OLG Wien bestätigt und verweist das Berufungsgericht ausdrücklich darauf, dass der dem Erstgericht vom **Gesetz eingeräumte Ermessensspielraum** durch Zuspruch von sechs Monatsgehältern der Klägerin nicht überschritten wurde.⁸¹⁹ Weiters hat in einem andern Fall – der ebenfalls letztlich vom OGH

⁸¹⁸ LG St. Pölten vom 26.3.2013, 8 Cga 20/12k, S 38 (in anonymisierter Ausfertigung von der Abteilung 8 des Landesgerichts St. Pölten als Arbeits- und Sozialgericht zur Verfügung gestellt).

⁸¹⁹ OLG Wien vom 27.8.2013, 7 Ra 73/13a, S 16 (in anonymisierter Ausfertigung von der Abteilung 8 des Landesgerichts St. Pölten als Arbeits- und Sozialgericht zur Verfügung gestellt), bestätigt in OGH vom 27.02.2014, 8 ObA 81/13i = ASoK 2015, 40 (*Marhold-Weinmeier*) = Jus-Extra OGH-Z 2014/5606 (*Angst/Schwarz*), wobei die Höhe des Schadenersatzes nicht mehr strittig war.

entschieden wurde – das Erst- und Berufungsgericht jeweils die Höhe des zugesprochenen Schadenersatzes damit argumentiert, dass ein „**Entschädigungsbetrag von 1.000 EUR, der in etwa zwei Monatsentgelten der Klägerin entspreche**“, angemessen sei.⁸²⁰ Der OGH hat diesen Ersatzbetrag schließlich auf € 1.700,00 angehoben, ohne im Rahmen seiner rechtlichen Beurteilung auf das Einkommen der Klägerin abzustellen bzw sich nach diesem zu orientieren; er ist zudem auch nicht auf die Argumentation des Erst- bzw Berufungsgerichts, die ihre Berechnungen jeweils auf das Einkommen der Klägerin abstellten, eingegangen.⁸²¹ Weshalb meines Erachtens zusammenfassend festzustellen ist, dass sich **der OGH bisher** zur Frage, ob das Einkommen der von Diskriminierung bzw (sexueller) Belästigung betroffenen Person bei der Bemessung der Höhe des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG zu berücksichtigen ist, **noch nicht explizit geäußert** hat.

Meines Erachtens könnte eine etwaige Berücksichtigung des Einkommens der betroffenen Person freilich zu einem **verheerenden Ergebnis** führen: wird auf das Einkommen der betroffenen Person abgestellt führt dies nämlich in zweierlei Hinsicht zu einer **erheblichen Benachteiligung von AN mit geringem Einkommen**. Erstens wird dadurch der Anschein erweckt, als wären Diskriminierung bzw (sexuelle) Belästigungen von geringverdienenden AN „weniger“ Wert, da der am Einkommen des:der AN orientierte Ersatzbetrag geringer ausfallen würde. Und zweitens würde dadurch gar ein Anreiz geschaffen werden, gerade geringverdienende AN zu diskriminieren bzw (sexuell) zu belästigen, da diese Taten für die:den Täter:in „günstiger“ als vergleichbare Handlungen gegenüber gutverdienenden AN ausfallen würden. Im Hinblick darauf, dass Abhängigkeitsverhältnisse und das damit einhergehende Machtungleichgewicht – das im Anwendungsbereich des GIBG einseitig sexualisiert wird⁸²² – bei AN mit geringem Einkommen meist stärker ausgeprägt ist als dies bei gut ausgebildeten, am Arbeitsmarkt agileren und meist besserverdienenden AN der Fall ist, widerspricht ein derartiger Ansatz meines Erachtens den Vorgaben des GIBG, wonach nämlich „Diskriminierungen verhindert“ werden sollen. Auch *Schrittwieser/Vazny-König* sprechen sich klar gegen eine Fokussierung der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes auf die Höhe des Einkommens des Opfers aus, da ein derartiger Ansatz zu einer **Klassenjustiz** führen könnte

⁸²⁰ OGH vom 27.8.2015, 9 ObA 87/15g = ecolex 2015/474 (*Windisch-Graetz*) = ARD 6477/7/2015 (*Lindmayr/Tuma*) = RdW 2016/91 (*Lindmayr/Tuma*) = DRdA-infas 2016/12 (*Schrittwieser*) = DRdA 2016/24 (*Mayr*).

⁸²¹ OGH 9 ObA 87/15g (17 ff).

⁸²² So auch OGH vom 17.3.2004, 9 ObA 143/03z (5) = DRdA 2005/26.

und eine Verletzung der persönlichen Integrität mit der wirtschaftlichen Situation des:der Verletzten nicht in Beziehung gebracht werden darf.⁸²³ Im Anwendungsbereich des ABGB hat sich der OGH einem solchen unsachlichen Ergebnis bereits in den 50er Jahren entgegengestellt: selbst wenn die finanziell besser gestellte Person „abgestumpft“ ist und sie den Ersatzbetrag aufgrund ihres höheren Lebensstandards „weniger schätzt“, geht es nicht an, die Schmerzen des in „sozial beschränkteren Verhältnissen Lebenden“ durch geringere Geldbeträge abzugelten.⁸²⁴

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass – während die Berücksichtigung der wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des:der Diskriminierenden gänzlich unumstritten ist – die Heranziehung des Einkommens der diskriminierten Person bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes mit aller größter Zurückhaltung erfolgen sollte. Zwar finden sich dazu Ansätze in der Rechtsprechung (siehe oben), doch hat sich der OGH dazu bisher nicht explizit geäußert und wäre mE ein derartiger Ansatz zur Bemessung des Ersatzbetrages, wonach Diskriminierungen bzw (sexuelle) Belästigungen von geringverdienenden AN im Ergebnis als „weniger Wert“ eingestuft werden, keinesfalls mit dem Gesetzeszweck des GIBG sowie der einschlägigen RL vereinbar.

4.7 Berücksichtigung der durch die Diskriminierung erlangten Vorteile

Hinsichtlich der wirtschaftlichen Aspekte der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes (wirtschaftliche Leistungskraft des:der Diskriminierenden und Einkommen des:der diskriminierten AN) ist abschließend zu prüfen, ob etwaige Vorteile, die durch die Diskriminierung bzw (sexuelle) Belästigung erlangt wurden, bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes mitzuberücksichtigen sind. Vorweg ist dazu festzuhalten, dass diese Berücksichtigung in der Lehre mehrfach gefordert wird,⁸²⁵ ohne die konkrete Auswirkung auf den immateriellen Schadenersatz zu beleuchten oder genauer auszuführen, wie diese Berücksichtigung des erlangten Vorteils vonstattengehen soll. Der Hintergrund dieser These ist auf den ersten Blick jedenfalls nachvollziehbar, immerhin soll dem:der Täter:in in Folge einer Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung trotz Zahlung eines immateriellen Schadenersatzes nicht mehr verbleiben, als sie:er ohne der Tat gehabt hätte; Diskriminierungen

⁸²³ „**Keinesfalls** sollte aber eine Fokussierung auf die Höhe des ins Verdienen gebrachten Entgelts des Opfers im Vordergrund stehen“ in OGH 8 ObA 63/09m = DRdA 2011/40 (393).

⁸²⁴ OGH vom 22.10.1952, 1 Ob 653/52, SZ 25/268.

⁸²⁵ *Schrittwieser/Vazny-König* in OGH vom 22.9.2010, 8 ObA 63/09m = DRdA 2011/40 (391); *Majoros*, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadens im Gleichbehandlungsgesetz, DRdA 2007, 515 (521).

bzw (sexuelle) Belästigungen sollen sich also nicht auszahlen. So wäre es bspw ein doch sehr ungewöhnlich anmutendes Ergebnis, wenn ein leitender Angestellter, der Schadenersatz iHv € 1.500,00 leiten musste, weil er eine Kamera im Umkleideraum aufstellte und eine Kollegin beim Umziehen beobachtete,⁸²⁶ dieses Video in weiterer Folge veräußert und ein Vielfaches der Schadenersatzsumme lukrieren könnte. Im Sinne der in § 12 Abs 14 GIBG vorgegebenen präventiven Wirkung des immateriellen Schadenersatzes, der so zu bemessen ist, dass „Diskriminierungen verhindert“ werden sollen, könnte durchaus argumentiert werden, dass eine gesetzliche Grundlage bestehen, die Gewinne einer (sexuellen) Belästigung in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes mit zu berücksichtigen, andernfalls die Sanktion des GIBG wenig abschreckende Wirkung entfalten würde, wenn der Täter bereits im Vorfeld der Tat mit einem monetären Plus kalkulieren könnte. Mit der Frage, ob derartige Gewinne bei Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen im Anwendungsbereich des GIBG herausverlangt werden können, widmet sich die nachstehende Analyse.

Obwohl dazu keine innerstaatliche Rsp zum GIBG vorliegt, bieten die Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofs (BGH) zu den **Caroline von Monaco**-Fällen einen ersten Anhaltspunkt zur Lösung dieser Frage. Darin wurde festgestellt, dass die durch die Boulevardpresse **erzielten Gewinne** durch Veröffentlichung erfundener Interviews und Paparazzi-Fotos der Prinzessin bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes für die Verletzung der Persönlichkeitsrechte **mit zu berücksichtigen** sind. Der BGH führte dazu konkret aus, dass im Falle einer Kommerzialisierung der Persönlichkeit zwar keine „Gewinnabschöpfung“ vorzunehmen ist, allerdings die Erzielung von Gewinnen aus der Rechtsverletzung als Bemessungsfaktor in die Entscheidung über die Höhe der Geldentschädigung einzubeziehen ist.⁸²⁷ Von der Höhe der Geldentschädigung muss nämlich ein **echter Hemmungseffekt** für eine solche Vermarktung der Persönlichkeit ausgehen, weshalb es sich auch nicht um ein Schmerzgeld im eigentlichen Sinne handle, sondern um einen **Anspruch sui generis**. Anders als beim konventionellen Schmerzgeld stehe gegenständlich nicht der Schadensausgleich, sondern die Genugtuung des Opfers und die Prävention im Vordergrund, weshalb der erzielte Gewinn bei der Festsetzung der Schadenssumme zu berücksichtigen ist.⁸²⁸ **Der Gedanke der Prävention gebietet daher, die**

⁸²⁶ OLG Linz vom 13.1.2021, 12 Ra 64/20y = DRdA 2021/39 (*Luksch*) = ARD 6738/6/2021 (*Lindmayr*).

⁸²⁷ BGH vom 15.11.1994 VI ZR 56/94 NJW 1995, 861-865; BGH vom 5.12.1995 VI ZR 332/94 NJW 1996, 984-985.

⁸²⁸ BGH vom 5.12.1995 VI ZR 332/94 WKRS 1995, 15170 Rz 13.

Gewinnerzielung als Bemessungsfaktor in die Entscheidung über die Höhe der Geldentschädigung einzubeziehen.⁸²⁹

Diese Argumente des BGH wären meines Erachtens durchwegs auch auf den Anwendungsbereich des GIBG umzulegen, dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass das GIBG sogar ausdrücklich anordnet, dass der Präventionsgedanke in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes mit einzufließen hat, sodass der vom BGH angesprochene „Hemmungseffekt“ eintritt und iSd § 12 Abs 14 GIBG „Diskriminierungen verhindert“ werden. In diesem Sinne betont auch *Majoros* im Hinblick auf die Caroline von Monaco-Entscheidungen, dass der Berücksichtigung des (bewusst) erzielten Vorteiles aus präventiven Gründen grundsätzlich zuzustimmen ist und verweist in diesem Sinne auf die vortreffliche Aussage des Senatsvorsitzenden *Steffen*, wonach „**Schmerzensgeld [...] ruhig schmerzen“ soll.**⁸³⁰

Allerdings hat die Argumentation des BGH in Richtung eines Anspruchs sui generis innerhalb des Schadenersatzrechts insbesondere bei Zivilrechtsexperten große Kritik ausgelöst: So verweisen *Karner/Koziol* hinsichtlich des österreichischen Rechts darauf, dass die Frage des Umgangs mit dem aus einer Persönlichkeitsrechtsverletzung resultierenden Vorteils bzw Gewinns ihren Sitz nicht im Schadenersatz-, sondern im **Bereicherungsrecht** hat.⁸³¹

Ein gewisses Verschwimmen zwischen den Grenzen, kann aber nicht gänzlich geleugnet werden: So wies bspw der Gesetzgeber zum Hass-im-Netz-Bekämpfungs-Gesetz als Argumentation zur Verdoppelung der Entschädigungszahlungen nach §§ 6 ff MedienG ausdrücklich darauf hin, dass die bisherigen Entschädigungsbeträge in **keinem Verhältnis zu dem Gewinn** stehen, der durch persönlichkeitsrechtsverletzende Veröffentlichungen erzielt werden könne und würde die Entschädigungszahlung (im Hinblick auf potentielle Gewinne) von einzelnen Medien offenbar in Kauf genommen werden.⁸³² Dieselbe Überlegung lässt sich meines Erachtens auch auf Anwendungsfälle des GIBG umlegen. Es würde nämlich der

⁸²⁹ Zweiter amtlicher Leitsatz in BGH vom 15.11.1994 VI ZR 56/94 NJW 1995, 861.

⁸³⁰ FN 49 in *Majoros*, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadens im Gleichbehandlungsgesetz, DRdA 2007, 515 (521).

⁸³¹ *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform. 15. ÖJT II/1 (2003) 31.

⁸³² ErläutRV 481 BlgNR 27. GP 17.

ausdrücklich im GIBG angeordneten Präventionsfunktion zuwiderlaufen, wenn potentielle Täter:innen mit einem Gewinn (den sie behalten dürften) kalkulieren könnten. In diesem Sinne verweist auch *Pierer* auf den auf den beinahe ein Jahrhundert alten, aber sehr passenden Satz von *Ehrenzweig*, der formulierte: „*Es genügt nicht, dass die Schadenersatzpflicht vom Unrechte abzuhalten sucht, während ihr die Aussicht auf Gewinn entgegenwirkt. Sonst wird das Unrecht zum Rechenexempel*“.⁸³³ Damit die Rechtsfolge nach dem GIBG eben nicht zu einem Rechenexempel verkümmert, kann meines Erachtens durchwegs gefolgert werden, dass der durch die Diskriminierung bzw (sexuelle) Belästigung erlangte Vorteil bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG mitzubersichtigen ist. Ein anders lautendes Ergebnis würde dem Präventionsgedanken jedenfalls widersprechen, da potentielle Täter:innen gar monetär zur Tat motiviert werden könnten, was keinesfalls iSd § 12 Abs 14 GIBG liegen kann, wonach „Diskriminierungen verhindert“ werden sollen.

Vor diesem Hintergrund lassen sich hinsichtlich der hier aufgeworfenen Frage, nämlich, ob der durch die Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung erlangte Vorteil in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG zu berücksichtigen ist, vorerst zwei **Zwischenergebnisse** feststellen: Einerseits kann im Sinne der Argumentation des deutschen BGH sowie des österreichischen Gesetzgebers zum HiNBG durchwegs **im Sinne der Präventionsfunktion des GIBG** dahingehend argumentiert werden, dass potentielle Gewinne oder sonstige Vorteile aufgrund einer Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung die:den Täter:in keinesfalls monetär besser stellen dürfen, als hätte er:sie die Tat nicht begangen. Auch dürfen erwartbare Gewinne Täter:innen keinesfalls zu Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen finanziell motivieren, sondern soll die Sanktion des GIBG von diesem Verhalten abhalten und sicherstellen, dass sie sich – im wahrsten Sinne des Wortes – nicht auszahlen.

Andererseits darf aber das dogmatisch nicht von der Hand zu weisende Argument übersehen werden, wonach die **Rechtsinstitute** nicht miteinander vermischt werden dürfen: Das **Schadenersatzrecht** ist nämlich nach gänzlich hL nicht auf Erlangung des durch die Schädigung erlangten Vorteils, sondern ausschließlich auf den Ersatz des erlittenen

⁸³³ *Pierer*, Verwendungsanspruch bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten, ÖJZ 2024/69 mit Verweis auf *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/1² (1928) 732.

(immateriellen) Schadens gerichtet. Das **Bereicherungsrecht** hingegen, ist jenes Rechtsinstitut, welches zur Herausgabe der zu Unrecht erlangten Vorteile gerichtet ist.⁸³⁴

Obwohl es auf den ersten Blick nicht gänzlich abzulehnen ist, dass der erlangte Gewinn in Folge einer Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung aufgrund der Präventionsfunktion in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes mitzuberücksichtigen ist, widmet sich die nachstehende Analyse dem meines Erachtens wohl dogmatisch besser vertretbaren Ansatz, nämlich den zu Unrecht erlangten Vorteil im **Wege des Bereicherungsrechts** zu erlangen.

Hierbei ist meines Erachtens der Lösungsweg über den **Verwendungsanspruchs gem § 1041 ABGB** zu untersuchen und ist die Frage, inwieweit ein in Geld messbarer Nutzen in Form von ersparten Aufwendungen oder erzielten Gewinnen bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten herausverlangt werden kann, zuletzt aufgrund der Klage eines Politikers, der unfreiwillig Protagonist eines heimlich aufgezeichneten Videos auf Ibiza wurde, an den OGH herangetragen worden: Obwohl der Kläger – der den vermeintlichen Hersteller des Videos auf Rechnungslegung und Herausgabe des erzielten Gewinns gem § 1041 ABGB klagte – mit seiner Klage mangels Rechtswidrigkeit nicht durchdringen konnte, befasste sich der OGH im Zuge dieser Entscheidung umfassend mit den Fragen bezüglich **Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte** und den damit einhergehenden möglichen **Rechtsschutz bei unrechtmäßiger Verwendung** derselben.⁸³⁵

Bevor ein möglicher Anwendungsfall bei Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen iSd ABGB geprüft wird, soll nachstehend zunächst allgemein auf den Rechtsschutz und dessen (bisherige) Lücken bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten eingegangen werden.

Bereits vor dieser jüngeren Entscheidung wurde die einstimmige Auffassung vertreten, dass der Verwendungsanspruch gem § 1041 ABGB einen Generaltatbestand bildet, der das dem Privatrecht immanente Prinzip effektuieren soll, wonach sich niemand unrechtmäßig auf

⁸³⁴ Schurr in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 1041 ABGB Rz 13a; Koziol/Spitzer in *Bydlinski/Perner/Spitzer* (Hrsg), KBB – Kurzkomentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 1041 ABGB Rz 4; Merz, Verwendungsanspruch (Stand 27.12.2023, Lexis Briefings in lexis360.at); Reischauer in *Rummel*, ABGB³ § 1293 Rz 1c (Stand 1.1.2007, rdb.at).

⁸³⁵ OGH vom 23.10.2023, 6 Ob 205/22y = RdW 2024/133 (*Kriwanek/Tuma*) = ÖJZ 2024/145 (*Annerl*).

Kosten fremder Güter bereichern darf.⁸³⁶ Eine auf den Verwendungsanspruch gestützte Klage, hat daher zum Ziel die Vorteile aus dem ungerechtfertigten Eingriff in ein einem anderen ausschließlich zugewiesenes Rechtsgut herauszuverlangen. Betreffend den **Rechtsschutz bei Verletzungen eines Persönlichkeitsrechts**, die auch bisher schon als „Sache“ iSd § 1041 ABGB verstanden wurde⁸³⁷, hat der OGH den Verwendungsanspruch allerdings bisher auf jene Fälle eingeschränkt, die einen **„geldwerten Bekanntheitsgrad“ in ihrer Persönlichkeit** aufweisen. So wurde ein Verwendungsanspruch beispielweise zugunsten bekannter Persönlichkeiten zuerkannt (bspw einem Opernsänger⁸³⁸ und Fußballspieler⁸³⁹), bei einem seiner Person nach zu urteilen **unbekannten Kläger allerdings abgelehnt**.⁸⁴⁰ Diese Rechtsschutzlücke wurde in der Vergangenheit insbesondere von *Pierer* kritisiert, der für einen Verwendungsanspruch unabhängig des geldwerten Bekanntheitsgrades des Trägers des Persönlichkeitsrechts plädierte, solange beim Verwender aufgrund der Verletzung des Persönlichkeitsrechts eines anderen ein Nutzen resultiert.⁸⁴¹

Im Lichte der jüngeren Rsp des OGH kann diese Rechtsschutzlücke nunmehr als geschlossen angesehen werden. Der OGH hat nämlich unter Verweis auf *Pierer* festgestellt, dass Verwendung iSd § 1041 ABGB **jede dem Zuweisungsgehalt des Rechts** – in casu des vermögenswerten Bestandteils des Persönlichkeitsrechts – **widersprechende Nutzung** ist.⁸⁴² Damit gilt als vom OGH anerkannt, worauf *Pierer* bereits hingewiesen hat, nämlich **nicht der Bekanntheitsgrad** – der allenfalls in der Ermittlung der Höhe des Anspruchs relevant sein könnte – ist Voraussetzung für einen Anspruch nach § 1041 ABGB, sondern alleine der rechtswidrige **Eingriff in die** dem Träger der Persönlichkeitsrechte alleine zukommende **Dispositionsbefugnis**.⁸⁴³ Neben der Voraussetzung der **Rechtswidrigkeit** des Eingriffs ist

⁸³⁶ Koziol/Spitzer in Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), KBB – Kurzkommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 1041 ABGB, Rz 1; Lurger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.09} § 1041 Rz 1 (Stand 15.9.2023, rdb.at); Schurr in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 1041 ABGB, Rz 1.

⁸³⁷ Meissel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Großkommentar zum ABGB - Klang-Kommentar - §§ 1 - 43 ABGB, Methodenlehre und Personenrecht³ (2014) zu § 16 ABGB Rz 169; Lurger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.09} § 1041 Rz 5 (Stand 15.9.2023, rdb.at).

⁸³⁸ OGH vom 23.10.1990, 4 Ob 147/90 = MR 1991, 68.

⁸³⁹ OGH vom 16.2.1982, 4 Ob 406/81 = SZ 55/12.

⁸⁴⁰ OGH vom 4.4.1989, 4 Ob 26/89 = JBl 1989, 786 (Nowakowski).

⁸⁴¹ *Pierer*, Verwendungsanspruch und Gewinnabschöpfung im Persönlichkeitsrecht (2023) Rz 137.

⁸⁴² OGH 6 Ob 205/22y, Rz 61; RIS-Justiz RS0019971; *Pierer*, Verwendungsanspruch bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten, ÖJZ 2024/69.

⁸⁴³ *Pierer*, Verwendungsanspruch und Gewinnabschöpfung im Persönlichkeitsrecht (2023) Rz 84.

zudem erforderlich, dass beim Verwender ein in Geld messbarer Nutzen in Form von ersparten Aufwendungen oder erzielten Gewinnen entsteht,⁸⁴⁴ wobei der Nutzen auch in der „bloßen“ Benützung liegen kann, wofür ein angemessenes Benützungsentgelt verlangt werden kann.⁸⁴⁵

Wie lassen sich diese Überlegungen nunmehr auf Fälle nach dem GIBG umlegen? Ausgehend vom oben angeführten Fall des OLG Linz, wonach ein leitender Angestellter eine Kollegin mithilfe einer heimlich im Umkleideraum aufgestellten Kamera beim Umziehen beobachtete⁸⁴⁶ und unter der Annahme, dass er diese Aufnahme in weiterer Folge gewinnbringend veräußern könnte, stellt sich die Frage, ob dieser Gewinn – sofern dieser nicht bereits im Rahmen der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes berücksichtigt werden muss (siehe dazu bereits oben) – im Wege des § 1041 ABGB herausverlangt werden kann. Dass in diesem Fall – und in jedem Fall der (sexuellen) Belästigung – eine **Persönlichkeitsrechtsverletzung** vorliegt, ergibt sich nicht nur aus der im ABGB anerkannten geschlechtlichen Selbstbestimmung (§§ 16 iVm 1328 ABGB), sondern auch aus dem ausdrücklichen Wortlaut des § 6 Abs 2 bzw § 7 Abs 2 GIBG, wonach die Tatbestandsmäßigkeit dahingehend definiert wird, dass **die Würde** einer Person beeinträchtigt oder dies bezweckt wird. Dass der Eingriff in die Dispositionsbefugnis (= Verletzung der geschlechtlichen Selbstbestimmung) zudem **rechtswidrig** erfolgt, ergibt sich aus der mangelnden Einwilligung der Trägerin des Persönlichkeitsrechts sowie den Rechtsfolgebestimmungen des GIBG bzw des § 1328 ABGB. Der in Geld messbare Nutzen liegt im vorliegenden Beispiel im Veräußerungsgewinn, wobei jeglicher „Gebrauchsvorteil“ vom Bereicherungsschuldner herausverlangt werden kann; nach Lehre⁸⁴⁷ und Rsp⁸⁴⁸ selbst ein Benützungsentgelt bei „bloßer“ Benützung. Der vorliegende (teils fiktive) Fall kann meines Erachtens daher dahingehend gelöst werden, dass die Klägerin **zusätzlich** zum Anspruch auf immateriellen Schadenersatz von € 1.500,00 laut dem LG Linz, einen **Verwendungsanspruch geltend machen kann, der auf den durch die Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts**

⁸⁴⁴ OGH 6 Ob 205/22y, Rz 62.

⁸⁴⁵ Koziol/Spitzer in Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), KBB – Kurzkommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 1041 ABGB Rz 15.

⁸⁴⁶ OLG Linz vom 13.1.2021, 12 Ra 64/20y = DRdA 2021/39 (Luksch) = ARD 6738/6/2021 (Lindmayr).

⁸⁴⁷ Koziol/Spitzer in Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), KBB – Kurzkommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 1041 ABGB Rz 15; Schurr in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 1041 ABGB Rz 4; Lurger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.09} § 1041 Rz 26 (Stand 15.9.2023, rdb.at); Meissel in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1041 Rz 16 (Stand 1.5.2017, rdb.at).

⁸⁴⁸ OGH vom 29.8.2019, 6 Ob 52/19v = Zak 2019/681 (Kolmasch); zuletzt OGH vom 20.2.2020, 5 Ob 214/19k = Zak 2020/341 (Kolmasch); RIS-Justiz **RS0020150**.

lukrierten Gebrauchsvorteils (= gegenständlich der Gewinn durch die Veräußerung der Videoaufzeichnung) gerichtet ist. Dennoch ist festzuhalten, dass derselbe Betrag – wie oben bereits ausgeführt – auch im Rahmen der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes berücksichtigt werden muss, weshalb der „Umweg“ über § 1041 ABGB mE entfallen kann.

Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, dass die Berücksichtigung des durch die Diskriminierung bzw (sexuelle) Belästigung erlangten Vorteils einerseits im Sinne der Argumentation des deutschen BGH aufgrund der im GIBG ausdrücklich geregelten Präventionswirkung in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes mit zu berücksichtigen ist, sodass daraus kein dem Präventionsgedanken zuwiderlaufendes Ergebnis resultiert. Andererseits – und dies wohl dogmatisch besser argumentierbar – kann aufgrund jüngster OGH Rsp der unrechtmäßig erlangte Gebrauchsvorteil aufgrund des Vorliegenden einer Persönlichkeitsrechtsverletzung bereicherungsrechtlich mittels Verwendungsanspruchs gem § 1041 ABGB herausverlangt werden, dies kumulativ zum immateriellen Schadenersatz nach dem GIBG.

4.8 Subjektive Tatseite und Grad des Verschuldens

Wie bereits mehrfach erwähnt, ist der im GIBG normierte Schadenersatz von einem Verschulden gänzlich unabhängig. Obwohl diese **verschuldensunabhängige Haftung** insb von *Kletečka/Köck* mangels einer besonderen Begründung der Verschuldensunabhängigkeit (wie dies bei verschuldensunabhängigen Gefährdungs- und Eingriffshaftungen der Fall ist) kritisiert wird,⁸⁴⁹ ergibt sich meines Erachtens bereits aus dem **Wortlaut des GIBG**, dass ein Verschulden schlicht nicht als Tatbestandsvoraussetzung formuliert ist und verweisen auch die parlamentarischen Erläuterungen darauf, dass schuldhaftes Handeln des:der Diskriminierenden nicht erforderlich ist.⁸⁵⁰ Die verschuldensunabhängige Haftung nach dem GIBG wurde bereits vom OGH bestätigt⁸⁵¹ und hat der EuGH bereits zur alten Rechtslage⁸⁵² mehrfach

⁸⁴⁹ *Kletečka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 23, 38 und 54; in Befürwortung der Verschuldensunabhängigkeit *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 12 Rz 8, 50 und 82.

⁸⁵⁰ ErläutRV 307 BlgNR 22. GP 18,

⁸⁵¹ OGH 9 ObA 117/15v (43); 8 ObA 6/21x = DRdA 2022/39 (488).

⁸⁵² Betreffend die RL 76/207/EWG des Rates vom 09.02.1976.

ausgesprochen, dass eine etwaige nationale Verankerung eines Verschuldens als Tatbestandsvoraussetzung, nicht richtlinienkonform wäre.⁸⁵³

Vor diesem gesetzlich verankerten und höchstgerichtlich gesicherten Hintergrund, wonach das **Verschulden der diskriminierenden Person keine Voraussetzung** für Sanktionen nach dem GlBG darstellt, ergibt sich dennoch die Frage, ob ein besonderer Grad des Verschuldens als weiteres Bemessungskriterium herangezogen werden kann und ob zB Vorsatz oder Absichtlichkeit zu einer Erhöhung des immateriellen Schadenersatzes führen kann.

In der oben dargelegten Judikatur finden sich dazu jedenfalls Ansätze: So verweist das LG St Pölten (bestätigt durch OLG Wien und OGH) in seiner rechtlichen Beurteilung ausdrücklich darauf, dass die Bemessung des immateriellen Schadenersatzes unter Berücksichtigung vom **Grad des Verschuldens** ermittelt werden muss.⁸⁵⁴ Auch der OGH hat bereits in seiner rechtlichen Beurteilung dazu Stellung genommen und kam ebenfalls zu dem Ergebnis, dass der **immaterielle Schadenersatz unter Berücksichtigung der subjektiven Tatseite zu ermitteln** ist, wobei er ausdrücklich darauf verweist, dass die vorliegenden Diskriminierungen „nicht bloß passiert sind, sondern vom Beklagten gewollt waren“. ⁸⁵⁵ In diesem Sinne fordert auch *Majoros* die Berücksichtigung vom Grad des Verschuldens in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes und argumentiert, dass der Ersatzbetrag abhängig von der Schwere des Verschuldens höher auszufallen hat (dies auch über den tatsächlich erlittenen Schaden hinaus).⁸⁵⁶

In einer anderen Entscheidung verweist der OGH zudem auf die Bemessungskriterien des § 7j BEinstG, wonach die Höhe der Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung so zu bemessen ist, dass **die Schwere eines allfälligen Verschuldens berücksichtigt wird**.⁸⁵⁷

⁸⁵³ EuGH vom 22.4.1997, C-180/95, *Draehmpaehl*; „keineswegs aber die Haftung des Urhebers einer Diskriminierung davon abhängig macht, dass ein Verschulden nachgewiesen wird“ in EuGH vom 8.11.1990, C-177/88, *Dekker*.

⁸⁵⁴ Ausdrücklicher Verweis auf den **Grad des Verschuldens** in LG St. Pölten 8 Cga 20/12k (38), bestätigt durch OLG Wien 7 Ra 73/13a und OGH 8 ObA 81/13i = Jus-Extra OGH-Z 2014/5606 (*Angst/Schwarz*).

⁸⁵⁵ Ausdrücklicher Verweis auf die **Beachtlichkeit der subjektiven Tatseite** in OGH 9 ObA 117/15v (43) = ARD 6507/4/2016 (*Körber-Risak/Schnabl*) = RdW 2016/464 (*Lindmayr*).

⁸⁵⁶ *Majoros*, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadens im Gleichbehandlungsgesetz, DRdA 2007, 515 (521).

⁸⁵⁷ OGH 9 ObA 18/08z (20) = ARD 5968/1/2009.

Und hat der OGH auch schon in einem anderen Fall bestätigt, dass die ausdrücklich in § 7j BEinstG genannten Kriterien auch im Anwendungsbereich des GIBG bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes heranzuziehen sind.⁸⁵⁸ Von *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler* wird daher richtigerweise hervorgehoben, dass subjektive Elemente auf Seite der Belästiger:innen zwar für die Anspruchs begründung außer Bedacht zu bleiben haben und es unerheblich ist, ob diese die Absicht hatten, zu belästigen,⁸⁵⁹ allerdings die subjektive Tatseite sehr wohl bei der Bemessung der Höhe des Ersatzbetrags beachtlich ist.

Die Erforderlichkeit der **Berücksichtigung der subjektiven Tatseite** in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes ergibt sich meines Erachtens bereits aus der vom GIBG angestrebten **präventiven Wirkung**, die in der Höhe des Ersatzbetrages zum Ausdruck kommen soll (§ 12 Abs 14). Sind bereits „unverschuldete“ Diskriminierungen bzw (sexuelle) Belästigungen nach dem GIBG unerwünscht und werden diese (mitunter mit einem Mindestschadenersatz) sanktioniert, hat die Sanktion im Sinne einer effektiven präventiven Wirkung auf das vorsätzliche bzw beabsichtigte Handeln zu reagieren. Die Höhe des immateriellen Schadenersatzes hat daher das Ausmaß der subjektiven Tatseite zu repräsentieren und hat der Ersatzbetrag abhängig vom Verschulden des:der Täter:in höher auszufallen.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Sanktionen nach dem **GIBG zwar kein Verschulden verlangen**, allerdings die subjektive Tatseite sowohl in Anlehnung an § 7j BEinstG als auch nach höchstgerichtlicher Rsp bei der Bemessung der Höhe der Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung beachtlich ist. Im Sinne der vom GIBG ausdrücklich vorgegebenen **präventiven Wirkung des Schadenersatzes** kann daher bei Vorliegen einer besonderen Qualifikation des Verschuldens, nämlich zB bei Vorsatz bzw Absichtlichkeit, sehr wohl unter **Berücksichtigung der subjektiven Tatseite** ein (auch erheblich) höherer immaterieller Schadenersatz angemessen sein.

4.9 Verhalten in der Vergangenheit, Wiederholungsgefahr, Ausnützung weiterer Möglichkeiten (Beharrlichkeit)

Eine weitere Frage im Zusammenhang mit der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes stellt sich im Umgang mit mehreren Angriffen oder Möglichkeiten, die sich dem:der Täter:in

⁸⁵⁸ OGH 8 ObA 59/08x (11) = RdW 2009/238 = infas 2009, A 7.

⁸⁵⁹ *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 12.

für weitere Verfehlungen geboten haben. In diesem Zusammenhang ist eine gewisse Ähnlichkeit mit den Sachverhalten der Mehrfachdiskriminierung zu erkennen, allerdings muss in diesen Fällen die diskriminierte bzw belästigte **Person nicht dieselbe** sein. Vielmehr steht in diesen Fällen die:der **Diskriminierende im Vordergrund** der Betrachtung und findet sein:ihr Verhalten, welches über den tatbestandsmäßigen Sachverhalt hinausgehen kann, Eingang in die Bemessung des konkreten Ersatzbetrages. Mit anderen Worten: Das Verhalten des:der Beklagten, welches er:sie vor bzw nach der konkreten Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung gesetzt hat, kann für die Bemessung des davon **unabhängigen Sachverhaltes** relevant sein. Die gesetzliche Grundlage hierfür findet sich erneut im (spezial-) präventiven Telos des GIBG, wonach die Gefahr, schädliches Verhalten aus der Vergangenheit zu wiederholen bzw weitere Möglichkeiten auszunützen, in der Bemessung der Entschädigung dergestalt zu berücksichtigen ist, dass „Diskriminierungen verhindert“ werden (ua § 12 Abs 14 GIBG).

In diesem Sinne geht auch der OGH davon, dass **uneinsichtiges Verhalten des:der Beklagten** bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes **zu berücksichtigen** ist, da diese Uneinsichtigkeit schließlich auch die:den Kläger:in in ihrer:seiner persönlichen Betroffenheit stärker zu verletzen vermag.⁸⁶⁰ In einer weiteren Entscheidung wies der OGH darauf hin, dass die Wiederholung bzw die Fortsetzung des diskriminierenden Verhaltens (Verweigerung der Erhöhung der Wochenstundenzahl) nach bereits erfolgter Verurteilung eine **Verdoppelung** des zuvor zugesprochenen Schadenersatzbetrags **rechtfertigt**.⁸⁶¹ Auch zahlreiche erstinstanzliche Entscheidungen berücksichtigen diese **Beharrlichkeit** in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes und verweisen darauf, dass ein:e AN durch die Wiederholung der (wenngleich selben) Tat einen **größeren Nachteil erleidet**, da sie:er erkennen muss, dass – gegebenenfalls trotz Aufforderung zur Unterlassung – die Verletzung der Intimsphäre bzw der sonstigen Diskriminierung fortgesetzt werden wird.⁸⁶²

⁸⁶⁰ OGH 9 ObA 87/15g (24) „*der Geschäftsführer [...] weiter in unzumutbarer Weise unter Druck setzte [...] und dadurch insgesamt den Eindruck bestärkte, die gesetzlich geschützte Position einer Schwangeren nicht zu akzeptieren*“.

⁸⁶¹ OGH 9 ObA 49/16w = ARD 6526/8/2016 (Lindmayr).

⁸⁶² So die rechtliche Beurteilung in ASG Wien 26.6.1996, 19 Cga 182/94, ARD 4803/1/96: „[...] mußte sie nun befürchten, daß **weitere Belästigungen folgen würden**. Da die Arbeitnehmerin hier somit insgesamt stärker beeinträchtigt wurde, hat dies die **Zuerkennung eines höheren Ersatzbetrages** [...] zur Folge“; weiters der ausdrückliche Verweis auf das **Verhalten in der Vergangenheit** in LG St. Pölten 8 Cga 20/12k (38), bestätigt durch OLG Wien 7 Ra 73/13a und OGH 8 ObA 81/13i = Jus-Extra OGH-Z 2014/5606 (Angst/Schwarz).

Auch in der **Lehre** findet sich dieses Bemessungskriterium vertreten. So bestätigen *Reischauer/Neumayr* iZm dem allgemeinen Schadenersatzrecht, dass **Verhaltensweisen in der Vergangenheit** grundsätzlich bei der Bemessung des Schadenersatzes mit zu berücksichtigen sind.⁸⁶³ Im Sinne der oben dargelegten OGH Judikatur führt er weiter aus, dass in Fällen, wo bereits das erste Verhalten zum Schadenersatz verpflichtet hätte, **weitere Verfehlungen einen höheren Ersatzbetrag bedingen**. In diesem Sinne verlangt auch *Majoros* aus Gründen der Spezial- und Generalprävention, dass die in der Vergangenheit wiederholten Verfehlungen in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes zu berücksichtigen sind.⁸⁶⁴ Bestätigt wird dies auch in der Kritik von *Mazal*, der einen Schadenersatzbetrag, der laut der rechtlichen Beurteilung des erstinstanzlichen Urteils unter anderen daran bemessen wird, ob der Belästigter weitere Möglichkeiten zur sexuellen Belästigung gehabt hätte, diese aber nicht genutzt habe, als „unverständlich“ gering und „Provokation“ der Klägerin bezeichnet.⁸⁶⁵ *Mazal* weist damit auf einen meiner Meinung nach sehr wichtigen Aspekt hin: während das Verhalten in der Vergangenheit beachtlich sein kann, **darf eine nicht genutzte weitere Möglichkeit – sohin allfällig geläutertes Verhalten des:der Täter:in – keinesfalls zu einer Reduktion des immateriellen Schadenersatzbetrags für die bereits erlittene persönliche Beeinträchtigung führen**.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass das **Verhalten in der Vergangenheit** jedenfalls einen höheren Schadenersatz bedingen kann, wohingegen sich **zukünftig korrektes Verhalten** in der Bemessung des Ersatzbetrages für die bereits eingetretene Verletzung der Würde nicht „positiv“ auswirken kann, andernfalls sich dies als Belohnung des:der vermeintlich geläuterten Täters:Täterin auswirken und die bereits eingetretene erlittene persönliche Beeinträchtigung nicht iSd § 12 Abs 14 GIBG tatsächlich ausgleichen würde.

Abschließend ist noch festzuhalten, dass nach einer weiteren Entscheidung des ASG Wien, nicht nur auf das schädliche Verhalten gegen die Klägerin, sondern auch darauf abgestellt wird, dass neben der Klägerin selbst **auch eine andere Arbeitnehmerin** vom Beklagten sexuell

⁸⁶³ *Reischauer/Neumayr* in *Rummel/Lukas/Geroldinger* (Hrsg), ABGB⁴ § 1328 Rz 86 (Stand 31.5.2025, rdb.at).

⁸⁶⁴ *Majoros*, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadens im Gleichbehandlungsgesetz, DRdA 2007, 515 (521).

⁸⁶⁵ OGH 8 ObA 132/00w, ecolex 2001/86 (krit *Mazal*).

belästigt wurde.⁸⁶⁶ Obwohl diese Rechtsansicht jedenfalls im Hinblick auf den Präventionsgedanken iSd § 12 Abs 14 GIBG zu begrüßen und wohl auch vertretbar ist (dazu sogleich), muss dennoch darauf hingewiesen werden, dass neben *Majoros*⁸⁶⁷ insb *Reischauer* hinsichtlich der sonst im (allgemeinen) Schadenersatzrecht angewandten Grundsätze die Meinung vertritt, dass **nur jene Verhaltensweisen berücksichtigt werden dürfen, die gegen dasselbe Opfer gerichtet sind.**⁸⁶⁸ Er begründet dies damit, dass gegenteilige Ansätze, nämlich die Berücksichtigung von schadenersatzbegründende Verhaltensweisen des Belästigers die aber nicht (ausschließlich) gegen die Klägerin gerichtet sind, dem **öffentlich-rechtlichen Strafrecht** entspringen und nicht für das Privatrecht übernommen werden dürfen. Meines Erachtens kann im Rahmen des GIBG allerdings im Hinblick darauf, dass nach den verba legalia „**Diskriminierungen verhindert**“ werden sollen, sehr wohl darauf abgestellt werden, weil der Beklagte nicht nur von der Klägerin ablassen, sondern generell dieses Verhalten abstellen soll. Darüber hinaus ist der erhöhte Schadenersatzanspruch mE in diesen Fällen bereits darin begründet, dass die Klägerin aufgrund ihres Wissens darüber, dass der Beklagte auch andere Arbeitnehmerinnen belästigt hat, zu befürchten hat, dass der sie betreffende Sachverhalt kein Einzelfall war und auch sie **weiteren Belästigungen ausgesetzt sein könnte.** Im Sinne der oben dargelegten Judikatur führt bereits eine solche Befürchtung zu einer **erhöhten persönlichen Beeinträchtigung** und ist diese bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes zu berücksichtigen. Es kann auch keinen Unterschied machen, ob die Befürchtung auf persönlichen Erlebnissen oder dem Wissen über Belästigungen anderer Kolleg:innen beruht; dieser damit einhergehenden **Gefahr** – und der damit verbundenen persönlichen Beeinträchtigung – ist die Klägerin in beiden Fällen gleichermaßen ausgesetzt: unabhängig davon, ob die Gefahr daraus resultiert, dass sie bereits mehrfach belästigt wurde, oder es aber lediglich einen Vorfall gab und sich andere Angriffe gegen Kolleginnen richteten. In beiden Fällen hat die **betroffene Person zu befürchten, neuerlich Ziel von Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen zu werden.** Meines Erachtens resultiert daraus abweichend von den Grundsätzen des ABGB, dass die konkrete **Befürchtung der Klägerin vor weiteren Angriffen** – mag sie auch nicht auf persönlich erlebten mehrfachen Belästigungen zurückzuführen sein – jedenfalls in die Bemessung des immateriellen

⁸⁶⁶ *OV*, Aktuelle Entscheidungen des ASG, ARD 6157/2/2011 (6).

⁸⁶⁷ Siehe FN 47 in *Majoros*, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadens im Gleichbehandlungsgesetz, DRdA 2007, 515 (521).

⁸⁶⁸ *Reischauer* in Rummel, ABGB³ § 1328 Rz 28 (Stand 1.1.2004, rdb.at).

Schadenersatzes einzufließen hat (zur Berücksichtigung der Mehrfachdiskriminierung an sich, siehe oben).

4.10 Mangelnde Schuldeinsicht

Wie bereits mehrfach ausgeführt, ist der immaterielle Schadenersatz nach dem GIBG gänzlich verschuldensunabhängig und ist dies bereits durch OGH und EuGH bestätigt.⁸⁶⁹ Dennoch stellt sich aber im Zusammenhang mit der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes (wie auch bei der Betrachtung des Grades des Verschuldens, siehe oben) die Frage, wie mit dem **gänzlichen Mangel an Schuldeinsicht** umzugehen ist. Denn im Hinblick auf den präventiven Telos des GIBG, wonach „Diskriminierung verhindert“ werden sollen, stellt sich die Frage, ob gänzlicher Uneinsichtigkeit entgegenzuwirken ist, andernfalls wohl davon auszugehen ist, dass der:die Täter:in das schädliche Verhalten fortsetzen wird.

In der Judikatur ist dieser Ansatz – soweit ersichtlich – lediglich in einer einzigen Entscheidung des LG St. Pölten (bestätigt durch OLG Wien und OGH) vertreten, wobei dort im Zusammenhang mit der Bemessung des Ersatzbetrags explizit auf die (mangelnde) **Schuldeinsicht des Beklagten** verwiesen wird, der sich nach den Feststellungen des Erstgerichts mehrfach abwertend über ihre Arbeitsleistung aufgrund der Schwangerschaft äußerte bis er sie schließlich nach erlittener Fehlgeburt mit der Begründung, dass sie ein Wunschkind verlor und bald wieder schwanger werden würde, kündigte.⁸⁷⁰

Die Berücksichtigung von diesem Bemessungskriterium ist kursorisch auch **einem Teile der Lehre** zu entnehmen, die ebenfalls die Berücksichtigung der (mangelnden) Schuldeinsicht des:der Beklagten in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes empfiehlt.⁸⁷¹

⁸⁶⁹ OGH 9 ObA 117/15v (43); 8 ObA 6/21x = DRdA 2022/39 (488); EuGH 22.4.1997 C-180/95, *Draehmpaehl*; „**keineswegs** aber die Haftung des Urhebers einer Diskriminierung davon abhängig macht, dass ein **Verschulden** nachgewiesen wird“ in EuGH 8.11.1990 C-177/88, *Dekker*.

⁸⁷⁰ LG St. Pölten 8 Cga 20/12k (38), bestätigt durch OLG Wien 7 Ra 73/13a und OGH 8 ObA 81/13i = Jus-Extra OGH-Z 2014/5606 (*Angst/Schwarz*).

⁸⁷¹ *Gerhartl*, Immaterieller Schadenersatz bei Diskriminierung, RdW 2012/42 (33); *Majoros* in *Czech/Sallinger* (Hrsg), Diskriminierung - Grundrechtsverletzung oder Kavaliersdelikt? (2011) 102; „[...] Frage, ob es zu einer Art von **Schuldeinsicht** gekommen [...] ist.“ in *Majoros*, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadens im Gleichbehandlungsgesetz, DRdA 2007, 515 (521).

Daraus ableitend ist mE die Berücksichtigung der (mangelnden) Schuldeinsicht einerseits im Präventionsgedanken des GIBG begründet, wonach die:der Beklagte durch Zahlung eines entsprechend hohen bzw höheren Ersatzbetrages doch noch zur Einsicht über sein:ihr fehlerhaftes Verhalten bewegt werden soll, sodass in Zukunft „Diskriminierungen verhindert“ werden (§ 12 Abs 14 GIBG). Zweitens führt wohl (wie bereits im Zusammenhang mit der Beharrlichkeit des:der Beklagten, siehe oben) eine mangelnde Schuldeinsicht des:der Beklagten zu einer **schwerwiegenderen persönlichen Beeinträchtigung**, da entweder die:der Betroffene aufgrund mangelnder Schuldeinsicht, mehrfachen Angriffe ausgesetzt ist oder (wie in der oben dargelegten Entscheidung des LG St. Pölten, wo lediglich die motivwidrige Kündigung tatbestandsmäßig war) die mangelnde Schuldeinsicht an sich bereits eine **erhöhte Verletzung der Würde** bedingen kann, da die:der Betroffene sich aufgrund der mangelnden Schuldeinsicht in ihrer:seiner Würde stärker herabgesetzt fühlt, als wenn dem:der Kläger:in bereits aufgrund der Schuldeinsicht und empfundenen Schmach des:der Beklagten, eine gewisse Genugtuung verschafft wird.⁸⁷²

4.11 Mitverschulden

Zum Abschluss des Themenblocks des Verschuldens, ist noch die – im allgemeinen Schadenersatzrecht zweifelsfrei elementare⁸⁷³ – Logik der Berücksichtigung eines allfälligen Mitverschuldens des:der Geschädigten zu betrachten. Vor dem Hintergrund der verschuldensfreien Haftung nach dem GIBG ist zu hinterfragen, ob ein Mit-„Verschulden“ auf Seite des:der Geschädigten überhaupt von Relevanz sein kann, nicht zuletzt, da bereits nach allgemeinen Schadenersatzregeln der Einwand eines allfälligen Mitverschuldens erst dann zu prüfen ist, wenn überhaupt ein Verschulden seitens des Schädigers:der Schädigerin zu bejahen ist (denn anderenfalls stellt sich gar nicht erst die Frage eines allfällig anzurechnenden Mitverschuldens).⁸⁷⁴

Mit dieser Fragestellung hatte sich das OLG Linz zu befassen und kam in seiner rechtlichen Beurteilung zu dem Ergebnis, dass bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes im konkreten Fall zu **berücksichtigen** sei, dass die wiederholt geäußerten tatbestandsmäßigen

⁸⁷² RIS-Justiz RS0022442: „[...] Ausmaßes des eine **Genugtuungsfunktion** besitzenden Ersatzanspruchs für immateriellen Schaden [...]“.

⁸⁷³ liegt ein **Mitverschulden** vor **ist der Ersatzanspruch zu kürzen** in Karner in Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), KBB – Kurzkommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 1304 ABGB Rz 1.

⁸⁷⁴ Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.09} § 1304 Rz 3 f (Stand 1.1.2023, rdb.at).

Beschimpfungen als „blöde Kuh“, „blöde Fut“, „Nutte“ oder „Hure“ aus vorangegangenen und **von beiden Teilen mitverursachten** Streits resultieren.⁸⁷⁵ Der Beklagte habe in diesen Auseinandersetzungen die Kontrolle verloren und sich in weiterer Folge zu den Äußerungen hinreißen lassen, was bei der Bemessung des Ersatzbetrags zu berücksichtigen sei. Zumindest nach dem allgemeinen Schadenersatz findet diese Argumentation seine Zustimmung und bestätigt *Schacherreiter*, dass **Provokationen des:der Geschädigten** ein Mitverschulden begründen können, wenn diese ausreichend geeignet sind, den:die Verletzte:in in einen Gemütszustand zu versetzen, von welchem auszugehen ist, dass er:sie sich zum konkret schädigenden Verhalten hinreißen lässt.⁸⁷⁶

Aber auch abseits der Literatur zum allgemeinen Schadenersatzrecht, geht ein **Teil der Lehre zum GIBG** ebenfalls davon aus, dass ein allfälliges Mitverschulden in der Berechnung des immateriellen Schadenersatzes zu berücksichtigen ist. So betont *Gerhartl*, dass das im Schadenersatzrecht grundsätzlich anzuwendende Mitverschuldensprinzip von Relevanz ist.⁸⁷⁷ Es müsse daher auch im Anwendungsbereich des GIBG bei der Bestimmung der Höhe des Schadenersatzes berücksichtigt werden, ob (sexuelle) Belästigungen mitverursacht oder gar provoziert wurden. Er führt weiter aus, dass die gesetzlich definierte Untergrenze (der Mindestschadenersatz) bei der Berücksichtigung eines allfälligen Mitverschuldens allerdings nicht unterschritten werden darf. *Reischauer/Neumayr* gehen sogar noch einen Schritt weiter und verneinen, dass der **immaterielle Schadenersatz unter Berücksichtigung eines Mitverschuldens zu ermitteln** ist, wobei bei entsprechend erheblichem Mitverschulden gar die **Unterschreitung des gesetzlich definierten Mindestersatzes** zulässig sei.⁸⁷⁸ Er begründet dies mit einem anderenfalls unsachlichen Ergebnis, wenn das Opfer zu einem der sexuellen Sphäre zugehörenden Verhalten verleitet und die:der Täter:in „weiter geht“ als dies das Opfer (ursprünglich) möchte.

Den gegenteiligen Ansatz vertritt aber der **OGH**. In einem **jüngeren Urteil** stellte dieser obiter –vordergründig beschäftigte er sich mit der Frage, ob überhaupt eine sexuelle Belästigung im

⁸⁷⁵ Siehe die rechtliche Beurteilung des OLG Linz, wonach bei der Bemessung des Ersatzbetrags zu berücksichtigen ist, dass „*die Beschimpfungen zumeist das Ergebnis eines vorangegangenen, wohl von beiden Teilen mitverursachten Streits waren, in dessen Verlauf der Beklagte dann die Kontrolle verloren hat*“ in OLG Linz vom 20.10.2010, 12 Ra 71/10p (4) = ARD 6119/4/2011;

⁸⁷⁶ *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.09} § 1304 Rz 97 (Stand 1.1.2023, rdb.at).

⁸⁷⁷ *Gerhartl*, Belästigung im Arbeitsverhältnis, RdW 2014/172 (144).

⁸⁷⁸ *Reischauer/Neumayr* in *Rummel/Lukas/Geroldinger* (Hrsg), ABGB⁴ § 1328 Rz 91 (Stand 31.5.2025, rdb.at).

konkreten Einzelfall vorliegt oder nicht – fest, dass im Anwendungsbereich des GIBG die **Berücksichtigung eines Mitverschuldens** bei der Bemessung des Ersatzbetrags **unzulässig** ist.⁸⁷⁹ Konkret hat die Klägerin in ihrer Revision ausgeführt, dass das Berufungsgericht den ihr zugesprochenen Ersatzbetrag wegen eines Mitverschuldens gemindert hätte (was laut OGH nicht der Fall war), woraufhin der OGH klarstellte, dass einem solchen Ansatz entgegenzutreten wäre. Auch *Schrank* verweist darauf, dass dieser Hinweis des OGH zwar „neu“ ist, jedoch **somit klargestellt** ist, dass (sexuelle) Belästigungen die Berücksichtigung von Mitverschulden des:der Belästigten ausschließen.⁸⁸⁰

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass zwar vereinzelt Entscheidungen auf eine Berücksichtigung eines allfälligen Mitverschuldens hinweisen und auch Teile der Lehre für eine solche Berücksichtigung in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzrechts nach dem GIBG eintreten. Der **OGH** stelle allerdings bereits 2006 klar, dass eine **Berücksichtigung eines Mitverschuldens im Anwendungsbereich des GIBG jedenfalls unzulässig** ist.

Meines Erachtens würde sich diese Schlussfolgerung dogmatisch bereits daraus ergeben, dass nach einhelliger Lehre im allgemeinen Schadenersatzrecht der Einwand des Mitverschuldens nur dann zur Prüfung gelangt, wenn bereits das **Verschulden** des:der Schädigers:Schädigerin feststeht.⁸⁸¹ Da aber im Anwendungsbereich des GIBG eine **Verschuldensprüfung** auf der verursachenden Seite mangels Voraussetzung gar nicht erst stattfindet,⁸⁸² kann meines Erachtens auch kein Einwand und folglich keine Prüfung eines etwaigen Mitverschuldens und damit Reduktion des Schadenersatzanspruchs auf Seite des:der Geschädigten erfolgen. Darüber hinaus würden sich im Anwendungsbereich des GIBG überaus merkwürdig anmutende Beweiswürdigungsfragen ergeben, wenn etwaige Provokationen als Mitverschulden zu berücksichtigen wären (zB hinsichtlich eines anzüglichen Kleidungsstils als „Provokation“; was *Reischauer/Neumayr* mit Verweis auf das Tragen eines Minirocks zwar als überschießend erachten,⁸⁸³ mE jedoch die Frage eröffnet, wo die Grenze der zu berücksichtigenden Provokation gezogen werden würde).

⁸⁷⁹ OGH vom 23.02.2006, 8 ObA 14/06a (1).

⁸⁸⁰ *Schrank*, Leitentscheidungen der Höchstgerichte zum Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht (18. Lfg 2006) Schmerzengeldbemessung - OGH 23.2.2006, 8 ObA 14/06a, Seite 2.

⁸⁸¹ *Karner in Bydlinski/Perner/Spitzer* (Hrsg), KBB – Kurzkommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 1304 ABGB Rz 1 ff.

⁸⁸² *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 13 und § 12 Rz 8.

⁸⁸³ *Reischauer/Neumayr in Rummel/Lukas/Geroldinger* (Hrsg), ABGB⁴ § 1328 Rz 91 (Stand 31.5.2025, rdb.at).

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass allerdings bei der Inanspruchnahme des:der Arbeitgeber:in iSd § 6 Abs 1 Z 2 GIBG **mangels ausreichender Abhilfe** eine Obliegenheit zur Schadensminimierung bestehen kann, wenn die:der AN verabsäumt die:den AG (rechtzeitig) über die (sexuellen) Belästigungen in Kenntnis zu setzen. So wurde einer Klägerin bspw lediglich der Mindestersatz gegen ihren AG mangels ausreichender Abhilfe zugesprochen, weil der Vater des AG im Vorbeigehen den Ausschnitt des T-Shirts der sitzenden Klägerin nach vorne zog, um in ihren Ausschnitt blicken zu können. Da dies der beklagte AG selbst wahrgenommen hat, ohne von der Klägerin darüber informiert worden zu sein, führte der OGH dazu aus, dass die Klägerin den Beklagten „nicht einmal informiert, geschweige denn ausdrücklich von ihm Abhilfe verlangt“ hat, weshalb der Zuspruch von „bloß des Mindestersatzbetrags“ nach Ansicht des OGH nicht unvertretbar sei.⁸⁸⁴ Damit der immaterielle Schadenersatz in derartigen Fällen nicht zu gering ausfällt, regt *Schrank* an, in Fällen, bei nur geringer Fahrlässigkeit des AG jedenfalls (auch) den Belästiger in Anspruch zu nehmen, da von diesem wohl ein wesentlich höherer Ersatzbetrag zu erwarten ist.⁸⁸⁵

Obwohl in Fällen der AG Haftung nach § 6 Abs 1 Z 2 GIBG meines Erachtens der Einwand eines Mitverschuldens zumindest dogmatisch vertretbar ist, da in diesem Fall – im Unterschied zu den oben ausgeführten Überlegungen – der Tatbestand der AG Haftung ein Verschulden verlangt („indem er/sie es **schuldhaft** unterlässt“) und sohin auch der Einwand eines Mitverschuldens geprüft werden kann. Allerdings birgt eine solche Obliegenheit zur aktiven Gegenwehr mE vor dem Hintergrund der Natur von Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen die Gefahr einer sekundären Viktimisierung. Völlig zutreffend weisen *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler* darauf hin, dass sich die meisten Betroffenen – diese sind überwiegend Frauen – ohnmächtig und hilflos erleben, sich gedemütigt, verletzt und erniedrigt fühlen, weshalb viele versuchen die Situation ohne fremde Hilfe zu bewältigen, da sie befürchten, dass bei offensiver Gegenwehr (zB Meldung an die:den Vorgesetzten oder AG) mit zusätzlich negativen Konsequenzen zu rechnen haben, da sie als Problem wahrgenommen werden könnten.⁸⁸⁶ Genau aus diesem Grund existiert aber auch im Falle der Haftung des AG nach § 6 Abs 1 Z 2 GIBG **keine Pflicht zur Bekanntgabe des Vorfalls durch die betroffene Person**, andernfalls der Natur von Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen sowie

⁸⁸⁴ OGH vom 30.7.2009, 8 ObA 35/09v (2) = ARD 6068/8/2010.

⁸⁸⁵ *Schrank*, Leitentscheidungen der Höchstgerichte zum Arbeitsrecht (28. Lfg 2009) - OGH 8 ObA 35/09v, S 3.

⁸⁸⁶ *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 15.

ihren Folgen keinesfalls angemessen begegnet werden könnte.⁸⁸⁷ Meines Erachtens besteht daher ein überaus kritisches Spannungsverhältnis zwischen dogmatisch vertretbarer Berücksichtigung der Obliegenheit zur Schadensminimierung einerseits und andererseits der Haftung des:der AG unabhängig von einer Meldung des:der Betroffenen; ein Spannungsverhältnis das meines Erachtens im Hinblick auf die Natur von Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen sowie ihren Folgen keinesfalls zulasten der bereits belasteten Person ausgehen darf.

4.12 Berücksichtigung der Geldentwertung

Im Zusammenhang mit den zuvor behandelten gesetzlich definierten Ersatzbeträgen steht die Frage einer etwaigen Berücksichtigung der Inflationsentwicklung. Wie bereits oben festgestellt, wurde der Ersatzbetrag von € 1.000,00 bereits seit bald 15 Jahren nicht mehr angehoben⁸⁸⁸ und stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage, ob die zwischenzeitlich eingetretene Geldentwertung in der Bemessung des Ersatzbetrags für die erlittene persönliche Beeinträchtigung mit zu berücksichtigen ist. Immerhin hat der vom Gesetzgeber im Jahr 2011 festgelegte Betrag iHv € 1.000,00 – der damals zum Zweck der „Vermeidung der Bagatellisierung“ von (sexuellen) Belästigungen angehoben wurde⁸⁸⁹ – im Verlauf bis Mai 2024 laut der Statistik Austria (orientiert am Verbraucherpreisindex) eine **Entwertung von 44,2 %** erfahren und würde dieser inflationsbereinigt nunmehr € 1.442,00 betragen.⁸⁹⁰

In der Literatur finden sich vereinzelt Stimmen, die für eine solche Berücksichtigung bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes eintreten. So begrüßen *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler* zwar die unter andern vom **Präventionsgedanken** getragenen Erhöhung auf € 1.000,00 und sehen darin auch eine gewisse Inflationsbereinigung zum Stand 2011, jedoch erachten sie aufgrund der seither vergangen Zeit und der nach wie vor hohen Zahl

⁸⁸⁷ *Mazal* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 7 Rz 52a; *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 13.

⁸⁸⁸ € 1.000,00 seit 1.3.2011 mit BGBl I 2011/7.

⁸⁸⁹ OGH 8 ObA 59/08x (11) = ZAS 2009/36 (*Enzelsberger*); OGH 9 ObA 87/15g (22) = RdW 2016/91 (*Lindmayr/Tuma*).

⁸⁹⁰ Wertsicherungsrechner der Statistik Austria orientiert am Verbraucherpreisindex von März 2011 bis Mai 2024: <https://www.statistik.at/Indexrechner/#/vpi/wsr/result?startMonth=3&startYear=2011&endMonth=5&endYear=2024&yearIndex=2010&art=GESAMT&yearIndexErstMonat=01.2011&inputAmount=1000¤cy=EUR&withMonthlySteps=0&withYearlySteps=0&timeIsMonthly=1> (Stand 11.7.2024).

an (sexuellen) Belästigungen eine **neuerliche Anhebung für geboten**.⁸⁹¹ Auch die Judikatur scheint diesen Gedanken aufzugreifen und weist etwa das ASG Wien (dessen Urteil durch den OGH wiederhergestellt wurde) darauf hin, dass bei der Betrachtung anderer Fälle und bei der Orientierung an den dort zugesprochenen Ersatzbeträgen, die **Geldentwertung im Vergleich zum heute zustehenden Ersatzbetrag einzubeziehen** ist.⁸⁹²

Diese Logik lässt sich auch durch Betrachtung des allgemeinen Schadenersatzrechts bestätigen: obwohl ein Tag leichte, mittlere oder schwere Schmerzen unzweifelhaft zeitlich unabhängig denselben Gefühlsschaden bei der betroffenen Person auslöst, wurden dennoch die Bemessungshilfen in Form der **Schmerzengeldtabellen regelmäßig betraglich angehoben**. Während im Jahr 2013 ein Tag leichte Schmerzen im Sprengel des OLG Wien mit mindestens € 100,00 bemessen wurde, betrug der Ersatzbetrag 2015 bereits mindestens € 110,00 und 2022 mindestens € 120,00 pro Tag.⁸⁹³ Auch der OGH stellt (zum allgemeinen Schadenersatzrecht) fest, dass beim **Vergleich mit Zusprüchen aus der Vergangenheit** die seit der Vorentscheidung eingetretene **Geldentwertung zu berücksichtigen** ist.⁸⁹⁴

Wieder zurückkehrend in den Anwendungsbereich des GIGB lässt sich diese Einpreisung der Inflationsentwicklung meines Erachtens auch mit jener stRsp begründen, wonach die **Ersatzfunktion** des immateriellen Schadenersatzes darin liegen soll, die betroffene Person in die Lage zu versetzen, sich als Ersatz für die Leiden und anstelle der ihr entzogenen Lebensfreude auf andere Weise **gewisse Annehmlichkeiten** und Erleichterungen zu verschaffen.⁸⁹⁵ Wenn diese Annehmlichkeiten oder Erleichterungen aber aufgrund der Inflationsentwicklung (im Unterschied zum damaligen Vergleichszeitraum) teurer geworden sind, muss sich auch der **numerische Anspruch mitentwickeln**, andererseits die von der stRsp intendierte Ersatzfunktion für den Ausgleich der erlittenen persönlichen

⁸⁹¹ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 12 Rz 117.

⁸⁹² „Dabei ist im Vergleich zum heute zustehenden Ersatzbetrag **die Geldentwertung einzubeziehen**“ in ASG Wien vom 30.9.2019, 21 Cga 41/16a, S 28 (in anonymisierter Ausfertigung von der Klagevertreterin zur Verfügung gestellt), OGH 9 ObA 19/21s = ARD 6763/5/2021 (Sabara).

⁸⁹³ Hartl, Schmerzengeldsätze in Österreich, RZ 2013, 89; Hartl, Schmerzengeldsätze in Österreich, Zak 2015/155; Hartl, Schmerzengeldsätze in Österreich, Zak 2022/110.

⁸⁹⁴ „Berücksichtigung der seither eingetretenen **Geldwertverdünnung**“ oder „**aufgewertet nach dem VPI**“ in OGH vom 22.3.2018, 2 Ob 218/17y (14 f) = Jus-Extra OGH-Z 2018/6403 (Angst/Schwarz).

⁸⁹⁵ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 12 Rz 38; Reischauer/Neumayr in Rummel/Lukas/Geroldinger (Hrsg), ABGB⁴ § 1325 Rz 162 (Stand 31.5.2025, rdb.at); RIS-Justiz **RS0031061**.

Beeinträchtigung zunehmend nicht mehr erfüllt werden würde. Wird diese Ersatzfunktion in Verbindung mit der gesetzlichen Anordnung des GIBG gelesen, wonach die erlittene persönliche Beeinträchtigung **in Form eines Geldersatzes** iSd § 12 Abs 14 GIBG „wirksam ausgeglichen“ werden soll, sind Vergleiche mit vorangegangenen Urteilen und die darin ermittelten Ersatzbeträge stets mit der Inflationsentwicklung auszugleichen, anderenfalls meiner Meinung nach die Ersatzfunktion im Sinne der stRsp nicht erfüllt wird und der immaterielle Schadenersatz nach dem GIBG rechtswidrig zu gering bemessen werden würde.

Der OGH führt exemplarisch vor, wie eine solche Berücksichtigung der Geldentwertung zu erfolgen hat: werden vergangene Urteile und die damals ermittelten Beträge des immateriellen Schadenersatzes zum Vergleich herangezogen, müssen diese Beträge, **bevor sie als Vergleich überhaupt tauglich sind**, mit dem VPI valorisiert werden. Diese damit in die Gegenwart transportierten, inflationsbereinigten Beträge stellen in weiterer Folge (sofern der Sachverhalt aus dem vergangenen Urteil Vergleichswert bietet) eine taugliche Orientierungshilfe für die Bemessung des immateriellen Schadenersatzes des konkret zu beurteilenden Sachverhaltes dar.⁸⁹⁶

Zusammenfassend ergibt sich daraus, dass die **Geldentwertung beim Vergleich mit Zusprüchen aus der Vergangenheit jedenfalls mitzuberücksichtigen** ist, wobei meines Erachtens die Berücksichtigung der Inflationsentwicklung dort sein Ende findet, wo versucht wird, die gesetzlich definierten Beträge – entgegen dem Wortlaut des Gesetzes – anzuheben. Sowohl der gesetzlich definierte Mindestersatzbetrag (§ 12 Abs 11 GIBG) als auch der Höchstbetrag (§ 12 Abs 1 Z 2 GIBG) können durch die Berücksichtigung der Geldentwertung daher nicht einfach angehoben werden; dafür wäre der Gesetzgeber zuständig. Im Ergebnis führt die Berücksichtigung der Geldentwertung aber dennoch dazu, dass – zumindest numerisch – **im Vergleich zu vergangenen Urteilen trotz Vorliegens eines vergleichbaren Sachverhalts ein höherer Ersatzbetrag** zuzusprechen ist. Dies hat mE ebenfalls auf den Ausgleich für die geringfügigste, gerade noch tatbestandsmäßige Handlung zuzutreffen, weshalb auch in diesen Fällen aufgrund der Rsp zur Berücksichtigung der Geldentwertung mehr als der seit bald 15 Jahren⁸⁹⁷ nicht mehr valorisierte Mindestschadenersatz zugesprochen werden kann.

⁸⁹⁶ Siehe die Auflistung auf den Seiten 14 ff in OGH 2 Ob 218/17y = Jus-Extra OGH-Z 2018/6403 (*Angst/Schwarz*) = ZVR 2019/55 = Zak 2018/335 (*Kolmasch*).

⁸⁹⁷ € 1.000,00 seit 1.3.2011 mit BGBl I 2011/7.

4.13 Schwangerschaft als besonders zu berücksichtigendes Merkmal

Das GIBG verlangt die Gleichbehandlung in der Arbeitswelt ohne Unterschied der Geschlechter, der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung. Es sind demnach „verpönte Motive“ definiert, wonach eine (unsachliche) Unterscheidung in der Arbeitswelt nicht erfolgen darf.⁸⁹⁸ Nun stellt sich aber im Hinblick auf diese taxative Aufzählung die Frage, ob über diese ausdrücklich im Gesetz genannten Motive hinaus, weitere Merkmale in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes besonders zu berücksichtigen sind.

Im Hinblick auf die Rechtsprechung, kann dies jedenfalls bei Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen im Zusammenhang mit einer **Schwangerschaft** – die eine Form der Frauendiskriminierung darstellt⁸⁹⁹ – festgestellt werden. Dazu hält der **OGH in stRsp** fest, dass einer Diskriminierung, die in der Schwangerschaft einer Dienstnehmerin begründet ist, **besonderes Gewicht zukommt**.⁹⁰⁰ Wenn daher einer schwangeren Arbeitnehmerin vermittelt wird, dass ihr Arbeitgeber die Schwangerschaft als „Unglücksfall“ auffasst und die damit einhergehende gesetzlich besonders geschützte Position nicht bereit ist zu akzeptieren, dann hat der Arbeitgeber „**erheblich**“ zur **erlittenen persönlichen Beeinträchtigung** der Klägerin beigetragen, was in der Bemessung des Ersatzes besonders zu beachten ist.⁹⁰¹

Zudem betont auch der EuGH, dass einer mit der Schwangerschaft einer Dienstnehmerin begründeten Diskriminierung besonderes Gewicht zukommt. In der **Rs Webb** begründet dies der **EuGH** insbesondere mit dem Argument, dass die Gefahr berücksichtigt werden müsse, die bei einer Diskriminierung aufgrund der Schwangerschaft nicht nur für die psychische Verfassung von schwangeren oder stillenden Arbeitnehmerinnen aber insbesondere auch für die physische Verfassung besteht, da eine schwangere Arbeitnehmerin aufgrund der Beendigungsdiskriminierung zum freiwilligen Abbruch ihrer Schwangerschaft veranlasst

⁸⁹⁸ *Körber-Risak* in *Gruber-Risak/Mazal* (Hrsg), Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (45. Lfg 2025) Das Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) und die Antidiskriminierungsbestimmungen des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinstG) Rz 81.

⁸⁹⁹ *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 36; EuGH 8.11.1990, C-177/88, *Dekker*, Slg 1990, I-3941, Rn 12.

⁹⁰⁰ RIS-Justiz RS0130287.

⁹⁰¹ OGH 9 ObA 87/15g (24f) = ARD 6477/7/2015 (*Lindmayr/Tuma*).

werden könnte.⁹⁰² Insbesondere dieses Argument unterstreicht meines Erachtens den dem GIBG innewohnenden Ausgleichsgedanken zur Verhinderung von durch wirtschaftliche Abhängigkeiten veranlasste Diskriminierungen deutlich.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Eigenschaft der Schwangerschaft als Grund der Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung seitens der Rechtsprechung als besonders schützenswert erachtet wird und sohin **in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes besonders zu berücksichtigen ist**. Diskriminierungen bzw (sexuelle) Belästigungen, die in der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin begründet sind, führen daher zu einem erhöhten Ersatzbetrag für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

4.14 Jungdliches Alter als besonders zu berücksichtigendes Merkmal

Weiters ist zu untersuchen, ob das **jungdliche Alter** der von Diskriminierung bzw (sexueller) Belästigung betroffenen Person ein weiteres, besonders zu berücksichtigendes Merkmal ist. Dazu ist vorab festzustellen, dass eine dahingehende ausdrückliche Regelung im GIBG nicht besteht, weshalb sich neuerlich die Frage stellt, ob dieses Bemessungskriterien aus dem präventiven Telos des GIBG, wonach „Diskriminierungen verhindert“ werden sollen, abzuleiten ist.

Im Arbeitsrecht besteht jedenfalls an mehreren Stellen eine **erhöhte Fürsorgepflicht** des:der AG gegenüber seinen:ihren **minderjährigen AN** (vgl zB der besondere Gesundheits- und Sittlichkeitsschutz gem §§ 23 bis 25 KJBG, die Verpflichtung des:der AG beim Einsatz der Arbeitnehmer:innen auf ihr Alter Rücksicht zu nehmen gem § 6 Abs 1 ASchG oder die Pflicht des Lehrberechtigten auf die Kräfte des Lehrling nicht überzustrapazieren gem § 8 Abs 2 BAG etc). Dieser im Arbeitsrecht Minderjährigen zuerkannte besondere Schutz kommt auch im **Strafrecht** zum Ausdruck: So ist bspw gem § 208 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen, wer eine Handlung vornimmt, die geeignet ist, die sittliche, seelische oder gesundheitliche Entwicklung von Personen unter 16 Jahren zu gefährden. Darüber hinaus ist gem § 212 Abs 1 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen, wer mit einer minderjährigen Person, die seiner Erziehung, **Ausbildung** oder Aufsicht untersteht, **unter Ausnützung seiner Stellung** gegenüber dieser Person eine geschlechtliche Handlung vornimmt.

⁹⁰² EuGH 14.7.1994, C-32/93, *Webb*, Slg 1994, I-03567, Rn 21.

Obwohl im **Anwendungsbereich des GIBG** eine ausdrückliche Regelung zur besonderen Berücksichtigung des jugendlichen Alters der von Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen betroffenen Person fehlt, halten *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler* dennoch fest, dass AG, neben der Vornahme von im Einzelfall erforderlichen Abhilfemaßnahmen bei sonstiger direkter Haftung iSd § 6 Abs 1 Z 2 GIBG, präventiv eine Unternehmenskultur sicherstellen sollten, wonach Belästigungen jeglicher Art verpönt sind und betonen sie, dass **minderjährige AN besonders schutzbedürftig** sind.⁹⁰³ In diesem Sinne bekräftigt auch die Rechtsprechung bei der Behandlung von Fällen betroffener minderjähriger AN das Ziel des GIBG, (sexuelle) Belästigungen als Form sexualisierter Machtausübung im von wirtschaftlicher Abhängigkeit geprägtem Arbeitsverhältnis zu verhindern, indem der **OGH in stRsp** festhält, dass Jugendliche (Lehrlinge) besonders schutzbedürftig sind und im **Schutz minderjähriger Arbeitnehmer:innen ein wesentlicher Anwendungsbereich** des Verbotes sexueller Belästigung liegt.⁹⁰⁴

Vor diesem Hintergrund hat beispielsweise das OLG Wien unter Hinweis darauf, dass vor allem das jugendliche Alter der Arbeitnehmerin bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes zu berücksichtigen ist, den vom Erstgericht zugesprochenen Ersatzbetrag von € 3.000,00 auf € 4.360,00 (dem gesamten Klagebegehren) angehoben.⁹⁰⁵

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass der von der Rechtsordnung Kindern und Jugendlichen gewährte besondere Schutz sowohl nach der einschlägigen Lehre als auch seitens der stRsp im GIBG jedenfalls anerkannt ist. Im Ergebnis ist daher das jugendliche Alter der von Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen betroffenen Person in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes besonders zu berücksichtigen, sodass der immaterielle Schadenersatz aufgrund der angeordneten präventiven Wirkung des GIBG im Fall eines:einer minderjährigen AN jedenfalls höher auszufallen hat.

⁹⁰³ *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 10.

⁹⁰⁴ OGH vom 5.4.2000, 9 ObA 292/99b = DRdA 2001/15; RIS-Justiz **RS0113529**.

⁹⁰⁵ „sowie v.a. das **jugendliche Alter**“ in OLG Wien vom 27.6.2003, 9 Ra 66/03x = ARD 5447/3/2003.

5 Fazit

Vor dem Hintergrund der in der Judikaturanalyse dargelegten Problemlage, werden durch die gegenständliche Untersuchung konkrete Kriterien zur Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG aufgezeigt, die als Orientierungshilfe bei der Bemessung des Ersatzbetrags herangezogen werden können. Dafür wurde ein Kriterienkatalog erarbeitet, womit einzelne Sachverhaltselemente, konkreten Bemessungskriterien zugeordnet werden können, um dadurch ein Argumentarium für höhere Schadenersatzbeträge bereit zu stellen, mit dem Ziel, die präventive Wirkung dieser Sanktion zu stärken und so einen effektiven Schutz vor Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigung am Arbeitsplatz zu erreichen.

Systematisch werden gegenständlich insgesamt 20 konkrete Bemessungskriterien in **drei Gruppen** dargelegt, wobei die Rsp hinsichtlich der einzelnen Bemessungskriterien – mit Ausnahme des Arbeitsplatzverlustes, des jugendlichen Alters sowie Diskriminierungen aufgrund einer Schwangerschaft⁹⁰⁶ – keine Gewichtung zwischen den einzelnen Kriterien und ihren Auswirkungen auf die Höhe des Ersatzbetrags vornimmt.

Zum einen liegen Kriterien vor, die sich bereits aus den Grundsätzen zur Bemessung des **allgemeinen Schadenersatzes** ergebenden und die nach stRsp des OGH⁹⁰⁷ ebenfalls zur Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG heranzuziehen sind (Berücksichtigung der Dauer, Intensität der Beeinträchtigung sowie von Dauerfolgen und das Ausmaß der erlittenen bzw vorliegenden Leiden).

Weiters wurden jene Bemessungskriterien bearbeitet und für eine praktische Anwendung aufbereitet, die sich aus dem **Gesetzestext des GIBG** ergeben (Orientierung an gesetzlich definierten Ersatzbeträgen, Berücksichtigung einer Mehrfachdiskriminierung und Berücksichtigung der Präventionsfunktion). Insbesondere bei der Orientierung an den gesetzlich definierten Ersatzbeträgen ist besonders darauf achtzugeben, dass – entgegen der bisher in der Lehre vielfach vertretenen Ansicht – die Überschreitung einer Erheblichkeitsschwelle für den Zuspruch eines über dem Mindestschadenersatz liegenden Ersatzbetrages nicht erforderlich ist. Vielmehr ist nach neuester Rsp des OGH lediglich die

⁹⁰⁶ RIS-Justiz RS0130287; RS0113529.

⁹⁰⁷ RIS-Justiz RS0108277 (T1); RS0111431; RS0022442.

Überschreitung einer Geringfügigkeit erforderlich⁹⁰⁸ und gebührt zB der Mindestersatzbetrag von € 1.000,00 bereits dann, wenn eine gerade noch tatbestandsmäßige Handlung vorliegt. Folglich gebühren aber für sämtliche Handlungen, die über diese Geringfügigkeitsschwelle hinausgehen, ein höherer immaterieller Schadenersatzbetrag, der mitunter ein Vielfaches des Mindestersatzes betragen kann. Bereits ein derartiger Perspektivenwechsel ist im Stande die Bemessungspraxis der Gerichte wesentlich zu verändern: sind die Gerichte bisher davon ausgegangen, dass die Überschreitung des Mindestschadenersatzes nur gerechtfertigt sei, wenn eine gewisse „Erheblichkeitsschwelle“ überschritten werde, kann nunmehr als geklärt angesehen werden, dass dies nicht erforderlich ist und der Mindestschadenersatz bereits dann (wesentlich) überschritten werden kann, wenn Diskriminierungen bzw (sexuelle) Belästigungen vorliegen, die nicht nur bloß gerade noch die Tatbestandsmäßigkeit erfüllen, sondern über diese Geringfügigkeit hinausgehen. Aber vor allem die Berücksichtigung der Präventionsfunktion spielt als Bemessungskriterium eine zentrale Rolle. Wie bereits eingangs ausgeführt, geht die ganz überwiegende – gar einhellige – Lehre davon aus, dass dieses Kriterium seitens der Gerichte (bzw im Hinblick auf das von *Gahleitner* beschriebene Henne-Ei-Problem⁹⁰⁹ seitens der Kläger:innen) nicht ausreichend bzw gar nicht in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes berücksichtigt wird. In diesem vom GIBG ausdrücklich angeordneten Bemessungskriterium liegt aber ein ganz zentrales Ziel des (Unions-)Gesetzgebers, nämlich soll dieses Kriterium ausdrücklich dazu beitragen, dass „Diskriminierungen verhindert“ werden (§ 12 Abs 14 GIBG). Da sich dieses gesetzliche Ziel im Hinblick auf die nach wie vor sehr gering ausfallenden Schadenersatzbeträge aber nicht durchzusetzen erscheint, werden gegenständlich Anhaltspunkte aufgezeigt, wie eine solche Präventionsfunktion erreicht werden könnte (bspw durch eine vom Gericht durchgeführte Inflationsbereinigung des Mindestschadenersatzes oder die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des:der Diskriminierenden, etc).

Die dritte (und größte) Gruppe bilden jene Bemessungskriterien, die sich aus der **Rsp und Lehre** ergeben, wobei auch diese in den meisten Fällen auf die gesetzliche Grundlage der Präventionsfunktion zurückzuführen sind (zB Ausnützung eines Autoritätsverhältnisses, Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des:der Diskriminierenden, Berücksichtigung der durch die Diskriminierung erlangten Vorteile, Berücksichtigung der subjektiven Tatseite etc). Besonders erstaunlich sind die Ergebnisse der Untersuchung

⁹⁰⁸ OGH 9 ObA 87/15g = RdW 2016/91 (*Lindmayr/Tuma*).

⁹⁰⁹ *Gahleitner*, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007/24, 155.

betreffend diese Gruppe, da zahlreiche Kriterien, die von der Rsp bereits anerkannt bzw von der Lehre gefordert und hier dogmatisch aufgearbeitet wurden, von den Grundprinzipien des allgemeinen Schadenersatzrechts – zum Teil stark – abweichen. So ist beispielsweise die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungskraft des:der Diskriminierenden ein bekanntes, aus dem offiziellen Strafrecht stammendes pönales Element, welches aber im Anwendungsbereich des GIBG im § 12 Abs 14 GIBG seine Legitimation findet. Wie in diesem Kapitel ausgeführt, wird dies auch bereits in Ansätzen seitens der Rsp anerkannt.⁹¹⁰ Ebenso verhält es sich mit der Berücksichtigung der durch die Diskriminierung bzw (sexuelle) Belästigung erhaltenen Vorteile oder der Berücksichtigung der subjektiven Tatseite. Vor dem Hintergrund der vom GIBG angeordneten Präventionsfunktion, wird eine solche Abweichung im gegenständlichen Kapitel in dogmatischer Hinsicht argumentiert und gebietet zudem die bisherige Bemessungspraxis der Gerichte sowie der klagenden Parteien eine wesentlich stärkere Berücksichtigung dieses präventiven Gedankens iSd Telos des GIBG.

Im Hinblick auf die systematische Gliederung in drei Gruppen von Bemessungskriterien und dem Umstand, dass sich lediglich vereinzelt Kriterien direkt aus dem GIBG ergeben, drängt sich die Frage auf, ob eine Novellierung des GIBG erforderlich ist, um den unionsrechtlichen Ansprüchen zur Schadenersatzbemessung gerecht zu werden. Wenngleich das GIBG einige Rechtsschutzlücken aufweist, die saniert werden sollten (siehe dazu unten), besteht meines Erachtens kein Sanierungsbedarf hinsichtlich der Bemessungsregeln des immateriellen Schadenersatzes. Wie in der gegenständlichen Untersuchung dargelegt, wäre es meines Erachtens vielmehr bereits jetzt nach der geltenden Rechtslage möglich, unter der korrekten Anwendung von sämtlichen, zur Verfügung stehenden und im vorliegenden Kriterienkatalog aufgezeigten Bemessungskriterien einen immateriellen Schadenersatzbetrag zu begehren und vor Gericht zu erhalten, der dem unionsrechtlichen Ziel entspricht, die erlittene persönliche Beeinträchtigung tatsächlich und wirksam auszugleichen und darüber hinaus weitere Diskriminierungen zu verhindern. Um dies zu erreichen, hebt meines Erachtens *Gahleitner*

⁹¹⁰ So bspw das LG St. Pölten: „Die Bemessung des immateriellen Schadens hat sich im Rahmen der im sonstigen Schadenersatzrecht angewandten Grundsätzen zu halten, wobei Dauer der Diskriminierung, die Erheblichkeit der Beeinträchtigung sowie letztlich die Umstände des Einzelfalls ausschlaggebend sind, wie auch **die Leistungsfähigkeit des Diskriminierenden**, [...]“ in LG St. Pölten vom 26.3.2013, 8 Cga 20/12k (38), in anonymisierter Ausfertigung von der Abteilung 8 des Landesgerichts St. Pölten als Arbeits- und Sozialgericht am 12.12.2022 zur Verfügung gestellt.

richtigerweise hervor,⁹¹¹ dass bereits die Kläger:innen **deutlich höhere, existenziell bedrohliche Schadenersatzbeträge** fordern müssen, sodass die Rsp überhaupt erst die Möglichkeit erhält, in eine vertiefende rechtliche Beurteilung eintreten und höhere Ersatzbeträge zusprechen zu können. Dem Gericht muss daher die Möglichkeit eingeräumt werden, überhaupt erst eine Abwägung im Wege der rechtlichen Beurteilung zwischen dem Mindestersatz einerseits und dem Klagebegehren (das entsprechend hoch auszufallen hat) andererseits anstellen zu können. Gleichsam müssen nach meinem Dafürhalten die Gerichte in diesen Fällen besondere Nachsicht im Zuspruch eines etwaigen Kostenersatzanspruchs walten lassen, nämlich iSd des Kostenprivilegs gem § 43 Abs 2 ZPO. Dadurch könnte ein Anreiz geschaffen werden, bereits in den Klagebegehren höhere Ersatzbeträge zu formulieren, da die Bedrohung eines etwaigen Kostenersatzanspruchs zulasten der diskriminierten bzw (sexuell) belästigten klagenden Partei wegfällt (sieh dazu noch ausführlicher unten).

Abschließend ist daher festzuhalten, dass der einhelligen Kritik der Lehre betreffend die unzulängliche Bemessungspraxis des immateriellen Schadenersatzes bereits auf Basis des geltenden GIBG begegnet werden kann. Um dies zu erreichen, wurde gegenständlicher Kriterienkatalog erarbeitet und die darin aufgelisteten Bemessungskriterien untersucht, sodass ein Instrument zur Entscheidungsfindung zur Verfügung steht; dies sowohl bereits für die Bemessung des Klagebegehrens als auch für die rechtliche Beurteilung der Gerichte. Dabei werden mit gegenständlichem Kriterienkatalog nicht nur die einzelnen Bemessungskriterien aufgelistet und deren konkrete Anwendung rechtsdogmatisch beschrieben, sondern soll auch der Entscheidungsprozess hinsichtlich der (unions-)rechtskonformen Höhe des immateriellen Schadenersatzes unterstützt werden, um dadurch in der Praxis zu erheblichen Erleichterungen beizutragen. Unter Berücksichtigung der gegenständlichen Untersuchungsergebnisse soll ein Bemessungsergebnis erzielt werden können, das den Anforderungen des GIBG (sowie der einschlägigen EU-RL) entspricht, die erlittene persönliche Beeinträchtigung tatsächlich und wirksam ausgleicht sowie Diskriminierungen bzw (sexuelle) Belästigungen verhindert.

⁹¹¹ *Gahleitner*, 40 Jahre Gleichbehandlungsgesetz - Europäische Impulse bei der Gleichstellung der Geschlechter, DRdA 2019, 391.

V. Teil: Probleme in der Rechtsdurchsetzung und Rechtsschutzlücken im Gleichbehandlungsrecht

1 Probleme in der Rechtsdurchsetzung eines wirklich abschreckenden immateriellen Schadenersatzes

Die Kritik der einhelligen Lehre (III.1) in Kombination mit der Judikaturanalyse (III.3) zeigen deutlich auf, dass die Höhe der zugesprochenen immateriellen Schadenersatzbeträge zu gering ausfallen, um eine abschreckende Wirkung zur Verhinderung von Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen zu entfalten. Vor diesem Hintergrund soll der Kriterienkatalog (IV.2 bis IV.4) die Ermittlung eines rechtsrichtigen und sohin insb abschreckenden Ersatzbetrags ermöglichen. Da aber wirklich abschreckende Ersatzbeträge nicht nur an der mangelhaften Bemessung, sondern auch an der Rechtsdurchsetzung scheitern können, beleuchtet gegenständliches Kapitel die Probleme in der Durchsetzung eines wirklich abschreckenden Ersatzbetrags und entsprechende Lösungsansätze.

Zu diesen Problemen zählt an erster Stelle die **fehlende österreichische Rechtstradition** in der Zuerkennung von abschreckenden Schadenersatzbeträgen, dies sowohl im allgemein zivilrechtlichen als auch im gleichbehandlungsrechtlichen Kontext. Hinzukommt die oftmals fehlerhafte Interpretation von Urteilen des OGH, wenn dieser zugesprochene (geringe) **Ersatzbetrag als „angemessen“** bezeichnet. Schließlich ist der **drohende Verfahrenskostenersatz** ebenfalls ein Faktor, der dazu beitragen kann, dass bereits seitens der klagenden Partei eine gewisse Zurückhaltung in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzbetrages nach dem GIBG an den Tag gelegt wird. Nachstehend werden diese drei Aspekte – die zusammen betrachtet idR zu einem von vornherein zu geringem Klagebegehren führen – und die Lösungsansätze zur Durchsetzung eines wirklich abschreckenden immateriellen Schadenersatzes im Detail beleuchtet.

1.1 Mangelnde Rechtstradition

Wie bereits zum immateriellen Schadenersatz im allgemeinen Zivilrecht festgestellt (II.1), steht nach dem ABGB bzw der österreichischen Schadenersatztradition nicht die Prävention von Schadenszufügungen und schon gar nicht die Sanktion des Schädigers bzw der Schädigerin im

Vordergrund.⁹¹² Vielmehr ist das österreichische Schadenersatzrecht vom **Ausgleichsgedanken** geprägt, wonach ausschließlich der tatsächlich erlittene Schaden ersetzt werden soll und kein Ersatzbetrag darüber hinausgehend zuerkannt werden darf.⁹¹³ Das diametrale Gegenteil sehen aber die europäischen RL,⁹¹⁴ das GIBG⁹¹⁵ sowie die stRsp des EuGH⁹¹⁶ und OGH⁹¹⁷ vor, wonach zur Verhinderung von Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen Sanktionen zu verhängen sind, die eine abschreckende Wirkung entfalten. Es steht daher nicht die Ausgleichsfunktion, sondern die **Präventionsfunktion deutlich im Vordergrund** (dazu im Detail unter II.2.3.2.4). Aufgrund dieser unterschiedlichen Zugänge der Sanktionsfunktionen, verorten *Kletečka/Köck* einen mE nicht abstreitbaren **Systembruch** mit den sonst im österreichischen Schadenersatzrecht geltenden Prinzipien.⁹¹⁸ Auch weitere Teile der Lehre verweisen auf diesen Bruch im Verhältnis zum System des allgemeinen Schadenersatzrechts.⁹¹⁹ Obwohl dieser Systembruch im Sinne des Zwecks zur Verhinderung von Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen mE jedenfalls zu begrüßen ist, stellt sich damit in der Rechtsdurchsetzung eines wirklich abschreckenden immateriellen Schadenersatzes ein zentrales Problem ein, nämlich die **fehlende Rechtstradition in Österreich pönale Überlegungen in der Schadensbemessung (ausreichend) zu berücksichtigen**.

In dieser mangelnden Rechtstradition erblickt *Gahleitner* einen zentralen Grund dafür, dass die in der Praxis zugesprochenen Ersatzbeträge nach wie vor ein „trauriges“ und „wenig

⁹¹² *Schickmair* in *Kerschner* (Hrsg), Schmerzensgeld² (2020) 1. Ausgleichs- und Genugtuungsfunktion, Rz 45ff; *Vrba* in *Vrba* (Hrsg), Schadenersatz in der Praxis (52. Lfg 2025) Begriff und Voraussetzungen des ersatzfähigen Schadens Rz 23.

⁹¹³ *Koziol*, Schaden, Verursachung und Verschulden im Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, JBl 2006, 768 (769).

⁹¹⁴ Ua Art 18 RL 2006/54/EG „wobei dies auf eine abschreckende [...] Art und Weise“ zu geschehen hat.

⁹¹⁵ Ua § 12 Abs 14 GIBG „Die Höhe der Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung ist so zu bemessen, dass dadurch [...] Diskriminierungen verhindert“ werden.

⁹¹⁶ „eine wirklich abschreckende Wirkung“ in EuGH, C-407/14, *Arjona Camacho*, Rz 31; EuGH vom 10.4.1984, *Colson und Kamann*, 14/83, Rn 23 und 24; EuGH vom 22.4.1997, *Draehmpaehl*, C-180/95, Rn 25; EuGH vom 11.10.2007, *Paquay*, C-460/06, Rn 45.

⁹¹⁷ RIS-Justiz RS0130287.

⁹¹⁸ *Kletečka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 23.

⁹¹⁹ *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 12 Rz 15; *Gahleitner*, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007/24, 155; *Apostolovski/Apostolovski*, Schadenersatzrechtliche Aspekte der Mehrfachdiskriminierung, DRdA 2012, 472 (475); *Majoros*, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadens im Gleichbehandlungsgesetz, DRdA 2007, 515 (517).

abschreckendes Bild“ abgeben.⁹²⁰ Obwohl der OGH in stRsp⁹²¹ bereits mehrfach ausdrücklich betont hat, dass der immaterielle Schadenersatz dergestalt zu bemessen ist, dass Diskriminierungen bzw (sexuelle) Belästigungen verhindert werden, kritisiert ein überwiegender Teil der Lehre nach wie vor die Zurückhaltung der Gerichte in der Festlegung eines derartig wirklich abschreckenden Ersatzbetrags.⁹²² Zu diesem, für die Rsp offenbar nach wie vor ungewohnten Umgang mit den pönalen Elementen der Schadensbemessung, kommt hinzu, dass die betroffenen Personen selbst den Ersatzbetrag von vornherein zu gering bemessen; dazu nachstehend zwei weitere Aspekte, die in der Rechtsdurchsetzung eines wirklich abschreckenden immateriellen Schadenersatzes erschwerend hinzukommen.

1.2 Die vermeintliche „Angemessenheit“ von Ersatzbeträgen

Nicht nur die mangelnde Rechtstradition erschwert den Zuspruch eines wirklich abschreckenden immateriellen Schadenersatzes, sondern auch die zurückhaltende Bemessung des Klagebegehrens trägt zu diesem Problem bei. In der oben angestellten Judikaturanalyse (III.3) ist zu beobachten, dass die allermeisten Klagebegehren zur Gänze zuerkannt werden und lediglich in Ausnahmefällen ein unter dem Klagebegehren liegender Ersatzbetrag zugesprochen wird, was in der Lehre dann mitunter auf heftige Kritik stößt.⁹²³ In weiterer Folge werden die zur Gänze zugesprochenen Ersatzbeträge von der beklagten Partei oftmals bis an den OGH herangetragen, der schließlich den zuerkannten Ersatzbetrag als „angemessen“ bezeichnet.⁹²⁴ Da dieser Befund des OGH stets als Antwort auf die Rechtsrüge der beklagten Partei (Revisionswerber:in) erfolgt, darf mE allerdings nicht daraus geschlossen werden, dass der OGH nicht auch mehr an immateriellen Schadenersatz zugesprochen hätte.

⁹²⁰ *Gahleitner*, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007/24, 154f.

⁹²¹ RIS-Justiz RS0130287.

⁹²² zur Kritik der einhelligen Lehre bzgl der Höhe des immateriellen Schadenersatzes unter III.1 (dritte FN).

⁹²³ „**unverständlich**“ gering und „**Provokation**“ der Klägerin in OGH 23.10.2000, 8 ObA 132/00w = ecolex 2001/86 (krit *Mazal*).

⁹²⁴ Ua „Die Vorinstanzen haben dem Klagebegehren zutreffend Berechtigung zuerkannt.“ in OGH vom 03.08.2005, 9 ObA 112/05v = RdW 2006/550 = DRdA 2006/26; „[...] im Zuspruch des von der Klägerin begehrten Betrags von 1.500 EUR keine überhöhte Entschädigung erblickt werden, die der Korrektur durch den Obersten Gerichtshof bedürfte.“ in OGH vom 5.6.2008, 9 ObA 18/08z = ARD 5968/1/2009 = wbl 2008/254; „4.000 EUR [...] keine überhöhte Entschädigung erblickt werden, die der Korrektur durch den Obersten Gerichtshof bedürfte.“ in OGH vom 29.9.2020, 9 ObA 66/20a = ARD 6744/8/2021 (*Sabara*).

Vielmehr gilt es in diesem Zusammenhang zwei Aspekte zu beachten: Erstens ist es nicht der OGH, der für die Schadensbemessung zuständig ist. In stRsp betont er nämlich, dass es sich bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes um eine bloße Ermessensentscheidung und sohin um eine **Einzelfallprüfung** handelt, die idR keine die Zuständigkeit des OGH auslösende Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung darstellt. Aus diesem Grund wäre eine Revision nur zur Vermeidung einer gravierenden Ungleichbehandlung durch die Rechtsprechung und damit letztlich aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit lediglich im Falle einer eklatanten Fehlbemessung, die völlig aus dem Rahmen der ständigen oberstgerichtlichen Rechtsprechung fällt, ausnahmsweise zulässig.⁹²⁵ Zweitens darf die Angemessenheitsprüfung des OGH nicht dahingehend missverstanden werden, dass der OGH einen noch so geringen Schadenersatz tatsächlich als „angemessen“ erachtet. Vor dem Hintergrund, dass der Ersatzbetrag ursprünglich von der klagenden Partei festgesetzt wird und nach § 405 ZPO (**Dispositionsmaxime**) kein darüberhinausgehender Betrag seitens der Zivilgerichte festgesetzt werden kann, ist der OGH zwangsweise in seiner Beurteilung darauf beschränkt ein Urteil abzugeben, ob weniger als der zugesprochene Ersatzbetrag möglich wäre. Nicht zuletzt wird der Ersatzbetrag auch von der beklagten Partei, also der diskriminierenden bzw belästigenden Person, als zu hoch aufgefasst und daher an den OGH zur Prüfung herangetragen, weshalb sich die Beurteilung des OGH stets nur auf die Frage eines möglichen „Minus“ bezieht. In Beantwortung dieser Frage darf sodann die **Bezeichnung als „angemessen“ keinesfalls als Werturteil in dem Sinne** verstanden werden, dass nicht auch mehr zugesprochen hätte werden können. Meines Erachtens ist hierbei vielmehr ein sprachlich strenger Maßstab anzulegen, wonach die Bezeichnung als „angemessen“ als „nicht zu hoch“ zu verstehen ist.

Zusammenfassend sollte daher äußerste Zurückhaltung bei der Heranziehung eines vom OGH als „angemessen“ bezeichneten Ersatzbetrags als Referenzjudikatur an den Tag gelegt werden. Die Orientierung an in der Vergangenheit zugesprochenen Ersatzbeträgen ist bereits vor dem Hintergrund der Inflationsentwicklung nicht unproblematisch.⁹²⁶ Wird aber für die Bemessung eines künftigen Klagebegehrens ein bereits in der Vergangenheit zu gering bemessenes Klagebegehren zur Orientierung herangezogen, kann dies ein **Katalysator für zu geringe und damit zu wenig abschreckende Schadenersatzbeträge** sein.

⁹²⁵ RIS-Justiz RS0042887 (T5, 6).

⁹²⁶ OGH vom 22.3.2018, 2 Ob 218/17y = Jus-Extra OGH-Z 2018/6403 (*Angst/Schwarz*); EuGH vom 2.8.1993, C-271/91, *Marshall*, Rz 31; siehe im Detail unter IV.4.12.

1.3 Ersatz der Verfahrenskosten

Die Sorge um die Bezahlung eines möglichen Kostenersatzes trägt ebenfalls dazu bei, dass ein wirklich abschreckender immaterieller Schadenersatzbetrag gar nicht erst eingeklagt und sohin keine für den Präventionszweck taugliche Judikatur „produziert“ wird. Denn auch in Verfahren zur Durchsetzung von Ansprüchen nach dem GIBG gilt der allgemein zivilgerichtliche Kostenersatzanspruch (§ 58a Abs 4 ASGG iVm § 43 ZPO). Dies kann in manchen Fällen zu dem überaus befremdlichen Ergebnis führen, dass trotz Feststellung einer Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung und des Zuspruches eines Ersatzbetrags, die **Kostenersatzpflicht** der numerisch unterliegenden Partei (also der betroffenen Person) **höher ausfällt als der immaterielle Schadenersatz**, den dieselbe Partei erhält. So hat bspw eine AN, die beinahe täglich sexuellen Belästigungen (Berührungen an Hals, Schulter, Hand, Wange, Hüfte, Oberschenkel, Brust und Vagina) sowie Bemerkungen über ihr Aussehen, ihre Kleidung und ihr Parfum ausgesetzt war, zwar € 10.000,00 an immateriellen Schadenersatz erhalten. Aufgrund der Höhe des Klagebegehrens (€ 21.000,00) musste sie allerdings einen Kostenersatz zugunsten des Belästigers im Verfahren erster Instanz iHv € 10.011,02 leisten.⁹²⁷

Wird die Möglichkeit einer Rechtsschutzdeckung ausgeklammert, stellt sich die Frage, ob ein derartiges Verfahrensergebnis, wonach die Klägerin mehr an Kostenersatz an den Belästiger leisten muss, als sie selbst an immateriellen Schadenersatz erhält, unionsrechtskonform sein kann? Immerhin verlangt der EuGH „**völlige Wiedergutmachung**“ für die durch eine Diskriminierung entstandenen Schäden und darf der tatsächliche Wert der Wiedergutmachung nicht durch andere Umstände verringert werden.⁹²⁸ Konkret standen in der RS *Marshall* die Zuerkennung von Zinsen auf dem Prüfstand, doch wird meines Erachtens die „völlige Wiedergutmachung“ auch dann nicht erreicht, wenn die Wiedergutmachung in Form eines Schadenersatzes durch die Verpflichtung zur Leistung von Verfahrenskosten gekürzt wird. Immerhin kann sich die diskriminierte Person dann nicht mehr den vom OGH intendierten **Ausgleich für die ihr entzogene Lebensfreude** verschaffen, wenn der Prozesskostenersatz einen Teil des Ersatzbetrages konsumiert oder diesen gar übersteigt.⁹²⁹ Folglich tritt dadurch **ein zum intendierten Zweck des Unionsrechts diametraler Effekt** ein: Die abschreckende

⁹²⁷ ASG Wien vom 30.9.2019, 21 Cga 41/16a, Seiten 1 und 28f (in anonymisierter Ausfertigung von der Klagevertreterin zur Verfügung gestellt).

⁹²⁸ EuGH vom 2.8.1993, C-271/91, *Marshall*, Rz 31.

⁹²⁹ *Danzl/Karner in Bydlinski/Perner/Spitzer* (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 1325 ABGB Rz 26; RIS-Justiz **RS0031061**.

Rechtsfolgenwirkung bekommt nämlich die klagende Partei zu spüren, die angehalten ist, ihr Begehren derart gering zu halten, sodass sie dem Risiko einer Kostenersatzpflicht entgeht.

Eine **Lösung** dieses Problems könnte mE im richterlichen Mäßigungsrecht gem § 43 Abs 2 ZPO gefunden werden. Nach diesem **Kostenprivileg** kann das Gericht der beklagten Partei den Ersatz der gesamten Kosten auferlegen, wenn der Ersatzbetrag von der Feststellung durch richterliches Ermessen abhängig war (§ 43 Abs 2 2. Fall ZPO). Den Zweck dieses Privilegs begründet *Bydlinski* richtigerweise damit, dass es häufig gar nicht möglich ist, eine Mehrforderung zu vermeiden, wenn die klagende Partei ihre Forderung nicht durch übergroße Vorsicht bei der Bezifferung der Klagsforderung verlieren möchte.⁹³⁰ Auch der OGH sieht den Zweck dieser Bestimmungen darin, der klagenden Partei die mit der Bezifferung des Klagebegehrens verbundenen Schwierigkeiten abzunehmen.⁹³¹ Um in den Genuss dieses Privilegs und des vollen Kostenersatzes zu gelangen, ist die zentrale Voraussetzung nach hL und Rsp, dass die klagende Partei **nicht offenbar überklagt** und die Überklagung bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt nicht erkennbar war.⁹³² Die Beurteilung, ob die Überklagung von Anfang an vorhersehbar war, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab und kann nicht pauschaliert beantwortet werden.⁹³³ Im Fall von Schmerzensgeldforderungen – die mit dem immateriellen Schadenersatz nach dem GIBG vergleichbar sind – wurde voller Kostenersatz bei Durchdringen von lediglich 20 %⁹³⁴ oder 36 %⁹³⁵ bejaht.

Wie lassen sich diese Voraussetzungen nun auf das GIBG umlegen? In einem ersten Schritt ist festzuhalten, dass nach stRsp des OGH die Festsetzung der Höhe des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG eine richterliche Ermessensentscheidung darstellt,⁹³⁶ weshalb die Grundvoraussetzung des § 43 Abs 2 (2. Fall) ZPO erfüllt ist. Weiters ist festzuhalten, dass es einer klagenden Partei hinsichtlich der einhelligen Lehre, wonach der immaterielle

⁹³⁰ *Bydlinski* in *Fasching/Konecny*³ II/1 § 43 ZPO, Rz 18.

⁹³¹ RIS-Justiz RS0122016.

⁹³² *Fucik* in *Rechberger/Klicka* (Hrsg), Kommentar zur ZPO⁵ (2019) zu § 43 ZPO, Rz 11; *Obermaier* in *Höllwerth/Ziehensack* (Hrsg), ZPO_Praxiskommentar (2018) § 43 ZPO, Rz 10; *Bydlinski* in *Fasching/Konecny*³ II/1 § 43 ZPO, Rz 19; OLG Wien vom 25.9.1992, 12 R 161/92, WR 572; LGZ Wien vom 27.11.1987, 42 R 682/87, WR 316.

⁹³³ OLG Wien vom 29.6.2000, 17 R 82/00d, WR 888.

⁹³⁴ OLG Wien vom 24.8.1994, 16 R 159/94, WR 668.

⁹³⁵ OLG Wien vom 25.9.1992, 12 R 161/92, WR 572.

⁹³⁶ RIS-Justiz RS0042887 (T2).

Schadenersatz insb im Lichte der Präventionsfunktion nach wie vor viel zu gering ausfällt,⁹³⁷ nicht offenbar erkennbar sein kann, ob der von ihr gewählte Ersatzbetrag eine Überklagung darstellt. Vielmehr ist die klagende Partei dem Ruf der hL nach höheren Ersatzbeträgen folgend regelrecht gezwungen, einen wesentlich höheren Ersatzbetrag zu begehren, als diese in der Vergangenheit zugesprochen wurden, wenn sie – in den Worten von *Bydlinski* – ihre Ansprüche nicht von vorn herein durch übergroße Vorsicht verlieren will.⁹³⁸ Eine Erkennbarkeit der möglichen Überklagung wird mE insb dann zu verneinen sein, wenn die jeweiligen Sachverhaltselemente zur (erheblichen) Überschreitung des gesetzlich definierten Mindestbetrags von € 1.000,00 berechtigen, da die Einschätzung des tatsächlich zustehenden und wirklich abschreckenden Ersatzbetrags zunehmend schwieriger wird (zum Umgang mit den gesetzlich definierten Mindestbeträgen im Detail unter IV.3.1).

Am Beispiel des Eingangs dargelegten Falls, kann – zur Erzielung eines wirklich abschreckenden Ersatzbetrages – der Klägerin wohl kaum eine offenbare Überklagung in ihrem Begehren nach € 21.000,00 unterstellt werden (mehrfache, massive sexuelle Belästigungen durch den AG). Selbst bei Zuspruch von lediglich rund der Hälfte des Klagebegehrens wäre ihr mE mangels Erkennbarkeit der Überklagung gem § 43 Abs 2 ZPO kein Kostenersatz zugunsten des Belästigers aufzuerlegen. Der Vollständigkeit halber ist zudem festzuhalten, dass die klagende Partei bei Erfüllung der Voraussetzungen einen **Anspruch auf die Anwendung des Kostenprivilegs** hat. Selbst wenn § 43 Abs 2 ZPO davon spricht, dass das Gericht in diesen Fällen vollständigen Kostenersatz auferlegen „kann“, so steht es dem Gericht keineswegs frei, nach seinem Ermessen die Kostenentscheidung auch nach den Grundsätzen des Abs 1 (Quotenkompensation) zu erlassen.⁹³⁹ Vielmehr ist das Kostenprivileg bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen zwingend zu gewähren und die Nichtanwendung im Rechtsmittelverfahren überprüfbar.⁹⁴⁰

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die Anwendung des § 43 Abs 2 ZPO die Schwierigkeiten iZm der Bezifferung des Klagebegehrens abnehmen soll. Durch eine großzügigere Anwendung des Kostenprivilegs könnte mE erzielt werden, dass Kläger:innen und rechtsschutzgewährende Institutionen weniger zurückhaltend in der Bemessung des

⁹³⁷ Kritik der einhelligen Lehre zur Höhe der immateriellen Schadenersatzbeträge unter III.1 (dritte FN).

⁹³⁸ *Bydlinski* in *Fasching/Konecny*³ II/1 § 43 ZPO, Rz 18.

⁹³⁹ LGZ Wien vom 25.6.2007, 45 R 197/07i, EFSlg 117.937.

⁹⁴⁰ *Bydlinski* in *Fasching/Konecny*³ II/1 § 43 ZPO, Rz 16.

Klagebegehrens agieren, wodurch ein wirklich abschreckender immaterieller Schadenersatzbetrag eingeklagt und sohin eine für den Präventionszweck taugliche Judikatur „produziert“ werden kann.

1.4 Fazit

Die Kritik der einhelligen Lehre (III.1) sowie die Judikaturanalyse (III.3) zeigen deutlich auf, dass die Höhe der zugesprochenen immateriellen Schadenersatzbeträge zu gering ausfallen. Das Ergebnis ist ein Ersatzbetrag ohne abschreckende Wirkung, der nicht im Stande ist, Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen zu verhindern. Vor diesem Hintergrund soll der Kriterienkatalog (IV.2 bis 4) Bemessungskriterien aufzeigen, der die Ermittlung eines rechtsrichtigen und sohin abschreckenden Ersatzbetrags ermöglicht. Da aber wirklich abschreckende Ersatzbeträge nicht nur an der mangelhaften Bemessung, sondern auch an der Rechtsdurchsetzung scheitern können, beleuchtet gegenständliches Kapitel die Probleme in der Durchsetzung eines wirklich abschreckenden Ersatzbetrags und deren Lösungsansätze. Zu diesen Problemen zählt die **fehlende österreichische Rechtstradition** in der Berücksichtigung pönaler Elemente in der Schadensbemessung, die missverständliche Auslegung der Prüfung eines Ersatzbetrags auf seine „**Angemessenheit**“ **durch den OGH** sowie die Gefahr, dass die klagende Partei einen (großen) Teil ihrer Forderung aus Sorge einer **Kostenersatzpflicht** zurückhält.

Das erste Problem wurzelt in dem von *Kletečka/Köck* so bezeichneten **Systembruch** mit den sonst im österreichischen Schadenersatzrecht geltenden Prinzipien.⁹⁴¹ Im Unterschied zum Schadenersatzrecht nach dem ABGB, wonach nicht die Präventions- sondern die Ausgleichsfunktion im Vordergrund steht, sehen die einschlägigen RL,⁹⁴² das GIBG⁹⁴³ sowie die stRsp des EuGH⁹⁴⁴ und OGH⁹⁴⁵ ausdrücklich vor, dass zur Verhinderung von Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen Sanktionen zu verhängen sind, die eine

⁹⁴¹ *Kletečka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 23.

⁹⁴² Ua Art 18 RL 2006/54/EG „wobei dies auf eine abschreckende [...] Art und Weise“ zu geschehen hat.

⁹⁴³ Ua § 12 Abs 14 GIBG „Die Höhe der Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung ist so zu bemessen, dass dadurch [...] Diskriminierungen verhindert“ werden.

⁹⁴⁴ „eine wirklich abschreckende Wirkung“ in EuGH, C-407/14, *Arjona Camacho*, Rz 31; EuGH vom 10.4.1984, *Colson und Kamann*, 14/83, Rn 23 und 24; EuGH vom 22.4.1997, *Draehmpaehl*, C-180/95, Rn 25; EuGH vom 11.10.2007, *Paquay*, C-460/06, Rn 45.

⁹⁴⁵ RIS-Justiz RS0130287.

abschreckende Wirkung entfalten. Dieser Wechsel in der Schwerpunktsetzung (einhergehend mit gesetzlichen Mindestschadenersätzen, der Verschuldensunabhängigkeit etc) führt dazu, dass sich in der richterlichen Ermessensentscheidung, also in der Festsetzung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG, eine gewisse Zurückhaltung einstellt. Für *Gahleitner* liegt darin der zentrale Grund, weshalb die zugesprochenen Ersatzbeträge nach wie vor ein „trauriges“ und „wenig abschreckendes Bild“ abgeben.⁹⁴⁶

Weiters ist das in der Praxis allzu oft missverstandene Prüfungsergebnis des OGH betreffend die „Angemessenheit“ des immateriellen Schadenersatzes anzuführen. Fälschlicherweise wird nämlich dann, wenn der OGH zu dem Ergebnis gelangt, dass die Höhe des immateriellen Schadenersatzes angemessen sei,⁹⁴⁷ angenommen, dass auch in **vergleichbaren Sachverhalten** kein höherer Ersatzbetrag zugesprochen – bzw von vornherein eingeklagt – werden könne. Genau das Gegenteil ist allerdings der Fall: Erstens ist zu beachten, dass in den allermeisten Fällen immaterielle Schadenersatzbeträge auf dem Prüfstand stehen, die von den Vorinstanzen in vollem Umfang zuerkannt wurden, weshalb sich die Frage nach einem höheren Ersatzbetrag gar nicht erst stellen kann (Dispositionsmaxime gem § 405 ZPO).⁹⁴⁸ Weiters kommt hinzu, dass die Beurteilung der Höhe des immateriellen Schadenersatzes idR keine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung darstellt. Der OGH greift lediglich dann korrigierend ein, wenn eine eklatanten Fehlbemessung vorliegt, die völlig aus dem Rahmen der ständigen oberstgerichtlichen Rechtsprechung fällt.⁹⁴⁹ Liegt eine solche Fehlbemessung nicht vor, sollte aus einem Betrag, der vom OGH nicht beanstandet wurde, nicht geschlossen werden, dass dieser als Referenz für die Bemessung eines Klagebegehrens herangezogen werden kann. Abschließend ist zu beachten, dass die Prüfung der „Angemessenheit“ seitens des OGH auf Revision der beklagten Partei erfolgt. In Beantwortung der Frage, ob weniger als der zugesprochene Ersatzbetrag angemessen sein könnte, antwortet der OGH dann damit, dass der von den Vorinstanzen festgesetzte (maximale) Ersatzbetrag „angemessen“ ist; mit anderen Worten: der OGH verneint das Begehren der beklagten Partei nach einer Korrektur nach unten. Es sollte mE daher keinesfalls der Eindruck entstehen, diese als „angemessen“ bezeichneten

⁹⁴⁶ *Gahleitner*, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007/24, 154f.

⁹⁴⁷ Ua OGH vom 03.08.2005, 9 ObA 112/05v = RdW 2006/550 = DRdA 2006/26; OGH vom 29.9.2020, 9 ObA 66/20a = ARD 6744/8/2021 (*Sabara*).

⁹⁴⁸ zB maximal € 1.500,00 trotz massiver und mehrfacher sexueller Belästigungen in OGH vom 5.6.2008, 9 ObA 18/08z = ARD 5968/1/2009 = wbl 2008/254.

⁹⁴⁹ RIS-Justiz RS0042887 (T5, 6).

Ersatzbeträge könnten als Orientierung zur Bemessung künftiger Klagebegehren herangezogen werden.

Das dritte hier dargestellte Problem in der Rechtsdurchsetzung eines wirklich abschreckenden immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG betrifft die Gefahr des Kostenersatzes. Konkret sind Fälle denkbar – und in der Praxis zu beobachten⁹⁵⁰ –, wonach trotz Feststellung einer Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung und des Zuspruches eines Ersatzbetrags, die **Kostenersatzpflicht** der numerisch unterliegenden Partei (also der betroffenen Person) **höher ausfällt als der immaterielle Schadenersatz**, den dieselbe Partei erhält. Im Hinblick auf die stRsp des EuGH, wonach „**völlige Wiedergutmachung**“ für die durch eine Diskriminierung entstandenen Schäden zu leisten ist,⁹⁵¹ stellt sich die Frage, ob derartige Verfahrensergebnisse mit dem Unionsrecht vereinbar sind. Nicht zuletzt verlangt auch die stRsp des OGH, dass sich die diskriminierte Person mit dem ihr zuerkannten Ersatzbetrag einen Ausgleich für die ihr entzogene Lebensfreude verschaffen kann.⁹⁵² Dieser Zustand kann aber mE nicht erreicht werden, wenn der Prozesskostenersatz einen Teil des Ersatzbetrages konsumiert oder diesen gar übersteigt.

Diese Probleme in der Rechtsdurchsetzung verstärken sich wechselseitig und wirken wie ein **Katalysator für einen nicht abschreckenden immateriellen Schadenersatz**. *Gahleitner* spricht in diesem Zusammenhang von einem Henne-Ei-Problem, da die Gerichte am bisherigen Schadenersatzsystem festhalten (= Ausgleich statt Prävention) und sich die Klagebegehren an den ohnehin zu geringen Ersatzbeträgen orientieren (= die hier dargestellte vermeintliche „Angemessenheit“).⁹⁵³ Meines Erachtens wird dieses Henne-Ei-Problem um die Sorge einer drohenden Kostenersatzpflicht bei Überklagung weiter verstärkt, sodass Kläger:innen geradezu angehalten sind, ihre Klagebegehren möglichst gering zu halten. Folglich bleibt der immaterielle Schadenersatz aufgrund der mangelnden Rechtstradition, der vermeintlichen „Angemessenheit“ der Ersatzbeträge und der Sorge um einen den Ersatzbetrag konsumierenden Kostenersatz auf niedrigem Niveau.

⁹⁵⁰ ASG Wien vom 30.9.2019, 21 Cga 41/16a, Seiten 1 und 28f (in anonymisierter Ausfertigung von der Klagevertreterin zur Verfügung gestellt); bestätigt in OGH vom 29.4.2021, 9 ObA 19/21s = ARD 6763/5/2021 (*Sabara*).

⁹⁵¹ EuGH vom 2.8.1993, C-271/91, *Marshall*, Rz 31.

⁹⁵² *Danzl/Karner in Bydlinski/Perner/Spitzer* (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 1325 ABGB Rz 26; RIS-Justiz **RS0031061**.

⁹⁵³ *Gahleitner*, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007/24, 155.

Eine **Lösung** dieser Probleme in der Rechtsdurchsetzung eines wirklich abschreckenden Ersatzbetrags könnte mE im richterlichen Mäßigungsrecht gem § 43 Abs 2 ZPO gefunden werden. Nach diesem **Kostenprivileg** hat die klagende Partei – selbst bei außerordentlich hoher Überklagung⁹⁵⁴ – Anspruch auf Ersatz ihrer gesamten Kosten, ohne Ersatz an die beklagte Partei leisten zu müssen. Diese Bestimmung hat in der gleichbehandlungsrechtlichen Rsp bisher noch kaum Beachtung gefunden. Dabei wäre der **Zweck des Kostenprivilegs** geradezu maßgeschneidert für den mit abschreckender Wirkung ausgestatteten immateriellen Schadenersatz nach dem GIBG: Immerhin soll mit dem Kostenprivileg der klagenden Partei die mit der Bezifferung des Klagebegehrens verbundene Schwierigkeiten abgenommen werden.⁹⁵⁵ Wie *Bydlinski* mE richtig ausführt, wäre es ohne diesem häufig gar nicht möglich eine Mehrforderung und damit eine Kostenersatzpflicht zu vermeiden, wenn die klagende Partei nicht auf einen (großen) Teil ihres Anspruchs durch übergroße Vorsicht bei der Bezifferung des Klagebegehrens verzichten möchte.⁹⁵⁶ Gerade diese Vorsicht muss aber zur **Effektuierung eines wirklich abschreckenden immateriellen Schadenersatzes** nach dem GIBG durchbrochen werden (zur Anwendung des Kostenprivilegs im Detail unter V.1.3).

2 Rechtsschutzlücken im Gleichbehandlungsrecht

Obwohl das GIBG und die einschlägigen RL zweifellos Meilensteine im Diskriminierungsschutz darstellen, bestehen neben den oben dargestellten Problemen in der Rechtsdurchsetzung eines wirklich abschreckenden immateriellen Schadenersatzes nach wie vor Rechtsschutzlücken, die einer vollständigen Diskriminierungsfreiheit entgegenstehen. Dazu zählt insb das **unterschiedliche Schutzniveau** zwischen dem Gleichbehandlungsgebot in der Arbeitswelt sowie beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen. Neben der Betrachtung dieses sog „leveling up“, wird nachstehend ein **Ausblick** hinsichtlich der aktuellen Entwicklungen und Forderungen auf europäischer und nationaler Ebene angestellt.

⁹⁵⁴ ZB Zuspuch von lediglich 20% des Klagebegehrens in OLG Wien vom 24.8.1994, 16 R 159/94, WR 668; Zuspuch von lediglich 36% des Klagebegehrens in OLG Wien vom 25.9.1992, 12 R 161/92, WR 572.

⁹⁵⁵ RIS-Justiz **RS0122016**.

⁹⁵⁶ *Bydlinski* in *Fasching/Konecny*³ II/1 § 43 ZPO, Rz 18.

2.1 Unzureichender Schutz der Persönlichkeitsrechte: „leveling up“ im GIBG

Wie bereits zum Aufbau des GIBG (im Detail unter I.2.1) ausgeführt, ist zwischen dem I., II. und III. Teil des GIBG ein erheblicher Unterschied im **Diskriminierungsschutzniveau** zu erkennen.⁹⁵⁷ Während der I. und II. Teil zwar ebenfalls unterschiedliche Diskriminierungsgründe erfassen, erstrecken sie sich auf denselben Anwendungsbereich und umfassen dieselben Rechtsfolgen. Nach der hL handelt es sich daher nicht um materielle Unterschiede im Gleichbehandlungsgebot, sondern um eine legistische Umständlichkeit.⁹⁵⁸ Demgegenüber erstreckt sich der III. Teil auf einen gänzlich anderen Anwendungsbereich, nämlich auf die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten außerhalb der Arbeitswelt (zB Mietverhältnisse) und sind lediglich die Merkmale des Geschlechts und der ethnischen Zugehörigkeit vor Diskriminierung geschützt. Es besteht daher **kein gesetzlicher Schutz**, wenn Personen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen auf Grund ihrer sexuellen Orientierung, ihres Alters, ihrer Religion oder Weltanschauung benachteiligt oder belästigt werden. Die (geforderte) Angleichung dieses Diskriminierungsschutzniveaus wird als „leveling up“ bezeichnet.⁹⁵⁹

Die einschlägigen RL sehen **keine Verpflichtung zum „leveling up“** vor (zur aktuellen Entwicklung im Detail unter V.2.2). Das Problembewusstsein ist aber dennoch vorhanden⁹⁶⁰ und wurde 2011 ein Anlauf unternommen das Diskriminierungsschutzniveau auszugleichen, was bedauerlicherweise mittels AÄA im Gleichbehandlungsausschusses verhindert wurde.⁹⁶¹ Diese politische Entscheidung ist umso schwieriger nachzuvollziehen, als sämtliche Landes-Antidiskriminierungsgesetze im Gegensatz zum GIBG einen umfassenden Schutz beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die sich in Landeskompetenz befinden, bieten.⁹⁶² Wenn also zB homosexuelle Personen im Zusammenhang mit einer

⁹⁵⁷ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 30, Rz 6/1.

⁹⁵⁸ Bezeichnung als „mangelhafte Legistik“ in Rebhahn/ Windisch-Graetz in Windisch-Graetz (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) Einleitung, Rz 42; siehe auch in Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) Einleitung, Rz 67f.

⁹⁵⁹ ErläutRV 938 BlgNR 24. GP 11.

⁹⁶⁰ Die ErläutRV 938 BlgNR 24. GP 9 hebt hervor, dass „besonders beim Zugang zu Wohnraum [...] im Zusammenhang mit der Diskriminierung auf Grund der sexuellen Orientierung Handlungsbedarf gegeben“ ist.

⁹⁶¹ 1047 BlgStProtNR 24. GP 4.

⁹⁶² Rebhahn/Windisch-Graetz in Windisch-Graetz (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 40c, Rz 4.

Sportveranstaltung diskriminiert werden, besteht ein Diskriminierungsschutz, wollen sie anschließend den Sieg ihres Vereins im nahegelegenen Gasthaus feiern, besteht kein Diskriminierungsschutz, wenn der Wirt ihnen den Zutritt verwehrt. Im Einzelfall hängt dieser daher von der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung ab. Einem aus Indien stammenden Fan, darf demgegenüber weder der Zutritt zum Stadium noch die anschließende Feier im Gasthaus verwehrt werden. Neben dieser Differenzierung besteht aber noch ein weiteres Spannungsverhältnis: Die GRC sieht nämlich in Art 21 vor, dass Diskriminierungen, insb wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, verboten sind. Nach stRsp des EuGH entfaltet dieses Gebot der „Nichtdiskriminierung“ **unmittelbare Drittwirkung**, sodass sich Private untereinander unmittelbar auf dieses Diskriminierungsverbot berufen können.⁹⁶³ Die Nichtvergabe einer Mietwohnung aufgrund der sexuellen Orientierung kann daher bereits gestützt auf diese Grundlage rechtswidrig sein. Weiters fordert auch das CEDAW-Komitee der UNO eine Ausweitung des Diskriminierungsschutzes und empfiehlt Österreich den Schutz gegen Diskriminierung in Bezug auf alle verpönten Motive sowie eine Vereinheitlichung des Diskriminierungsschutzes sicherzustellen.⁹⁶⁴

Im Hinblick auf all diese Spannungsverhältnisse und Kritiken, stellt sich die Frage, ob das unterschiedliche Diskriminierungsschutzniveau verfassungsrechtlich aufrechterhalten werden kann. Breits vor der politischen Rücknahme des „leveling up“, vertrat *Tretter* die Ansicht, dass es hinsichtlich der Differenzierung der geschützten Merkmale innerhalb des GIBG **keine sachliche Rechtfertigung** im Sinne der gleichheitsrechtlichen Judikatur des VfGH gibt.⁹⁶⁵ Meines Erachtens ist dieser Beurteilung zuzustimmen. Immerhin ist der volle Diskriminierungsschutz beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen betreffend die Materien der Bundesländer flächendeckend sichergestellt.

⁹⁶³ „[...] verleiht schon für sich allein dem Einzelnen ein Recht, das er in einem Rechtsstreit, der einen vom Unionsrecht erfassten Bereich betrifft, als solches geltend machen kann.“ in EuGH vom 11.9.2018, C-68/17, *IR*, Rz 69; EuGH vom 22.1.2019, C-193/17, *Cresco Investigation*, Rz 76; EuGH vom 17.4.2018, C-414/16, *Egenberger*, Rz 76.

⁹⁶⁴ *Committee on the Elimination of Discrimination against Women*, Concluding observations on the ninth periodic report of Austria (2019), S 3f.

⁹⁶⁵ *Die Presse*, Rechtspanorama vom 13.12.2010, Einschränkung der Vertragsfreiheit rechtlich nötig?

Wieso sollte hinsichtlich der Bundeskompetenzen sachlich etwas anderes geboten sein? Auch die Rsp des VfGH zur „Ehe für alle“ kann mE zur Bewertung der unsachlichen Unterscheidung im Diskriminierungsschutzniveau herangezogen werden: In diesem Fall kam der VfGH zusammengefasst zu der Auffassung, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft derart nah zusammengerückt sind, dass ein Aufrechterhalten dieser Differenzierung dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz nicht mehr standhält. Die Differenzierung zwischen Ehe und eingetragene Partnerschaft würde nämlich nur noch auf das Merkmal der sexuellen Orientierung abstellen und widerspricht dies (mangels sachlicher Rechtfertigung) dem Gleichheitssatz.⁹⁶⁶ Meines Erachtens kann – wenn der mangelnde Diskriminierungsschutz nicht ohnedies bereits aus der unmittelbaren Drittwirkung des Art 21 GRC herzustellen ist – diese Überlegung auch auf die Problematik im GIBG übertragen werden: Während innerhalb des I. und II. Teils des GIBG, sämtliche Merkmale vor Diskriminierung geschützt sind, beschränkt der III. Teil das Gleichbehandlungsgebot ohne sachliche Rechtfertigung auf die Kriterien des Geschlechts und der ethnischen Zugehörigkeit. Vergleichbar mit der Ausgangslage betreffend die „Ehe für alle“, beschränkt sich die Unterscheidung des Diskriminierungsschutzes in der Arbeitswelt und in den sonstigen Bereichen einzig auf höchstpersönliche Merkmale (sexuelle Orientierung, Alter, Religion und Weltanschauung). Genau diese rein auf höchstpersönliche Merkmale abstellende Differenzierung ohne sachliche Rechtfertigung wurde aber im „Ehe für alle“ Erkenntnis des VfGH als verfassungswidrig erachtet.

Obwohl zwar das Unionsrecht selbst zwischen den Diskriminierungsmerkmalen differenziert und den Grundsatz der Gleichbehandlung beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen lediglich in Bezug auf die Geschlechter sowie die Ethnie garantiert,⁹⁶⁷ kann mE zusammenfassend festgehalten werden, dass der im I., II. und III. Teil des GIBG vorliegende Unterschied im Diskriminierungsschutzniveau weder aus grundrechtlicher (Art 21 GRC) noch aus verfassungsrechtlicher Hinsicht national aufrechterhalten werden kann. Zur aktuellen Entwicklung auf unionsrechtlicher Ebene zum „leveling up“ siehe sogleich nachstehend unter V.2.2.

⁹⁶⁶ VfGH vom 4.12.2017, G 258-259/2017-9, Rz 11ff.

⁹⁶⁷ Grundsatz der Gleichbehandlung der Geschlechter beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen: RL 2004/113/EG; Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der ethnischen Herkunft: RL 2000/43/EG.

2.2 GIBG – quo vadis?

Obwohl die einschlägigen RL sowie das GIBG zweifellos Meilensteine im Antidiskriminierungsrecht darstellen, ist die Entwicklung hin zu einer diskriminierungsfreien Arbeitswelt und Gesellschaft keinesfalls abgeschlossen. Wie *Kaupa* richtig hervorhebt zeigen bisherige Erfahrungen auf europäischer und österreichischer Ebene, dass sich Gesetzgeber und Gerichte nur vorsichtig an das Konzept eines individuellen Diskriminierungsschutzes herantasten. Aus diesem Grund sind weitere Veränderungen durch die wachsende Zahl von Fällen und von Erfahrungswerten vorgezeichnet.⁹⁶⁸

Bei dieser Weiterentwicklung des bestehenden Gleichbehandlungsrechts spielen erneut die **Institutionen der EU eine zentrale Rolle** und bieten in ihren Bestrebungen einen guten **Ausblick** dafür, wo sich das Gleichbehandlungsrecht hin entwickeln könnte. So befindet sich seit 2008 (!) ein RLV in Verhandlung, der den Diskriminierungsschutz im Sinne des oben beschriebenen „leveling up“ über die Arbeitswelt hinaus auf den Sozial- und Bildungssektor sowie den Güter- und Dienstleistungsbereich ausdehnen soll.⁹⁶⁹ Eine solche RL würde Österreich zur Beseitigung der Unterschiede im Diskriminierungsschutzniveau des GIBG verpflichten. Bleibt diese Differenzierung auf EU-Ebene aufrecht, ist mE zu hinterfragen, ob dies in Österreich verfassungsrechtlich aufrechterhalten werden kann (dazu im Detail unter V.2.1). Weiters wurden 2024 zwei neue RL über Standards der Gleichbehandlungsstellen verabschiedet. Diese neuen RL 2024/1499/EU und 2024/1500/EU zielen darauf ab, die Wirksamkeit der Gleichbehandlungsstellen in der EU zu verbessern und ihre Unabhängigkeit zu gewährleisten; jeweils in Abänderung der Vorgänger-RL 2006/54/EG und 2010/41/EG. Im Rahmen ihrer Umsetzungsfristen soll bis 19.6.2026 im Wesentlichen sichergestellt werden, dass alle Gleichbehandlungsstellen – in Österreich also die GAW und Behindertenanwaltschaft – unabhängig und ohne Beeinflussung von außen handeln können sowie mit den personellen, technischen und finanziellen Ressourcen auszustatten sind, sodass sie alle ihre Aufgaben wirksam erfüllen können.⁹⁷⁰

⁹⁶⁸ *Kaupa*, Ein weiteres Puzzleteil im Antidiskriminierungsrecht, DRdA 2008, 544.

⁹⁶⁹ COM (2008) 426: Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung.

⁹⁷⁰ Insb jeweils Art 3 und 4 der RL 2024/1499/EU und 2024/1500/EU.

Daneben bestehen aber auch **Forderungen** zur Anpassung des bestehenden GIBG: So fordert der *Klagsverband* ein ausdrückliches Verbot von Diskriminierungen aufgrund von Geschlechtsidentität, -ausdruck und -merkmale.⁹⁷¹ Das GIBG idgF erweckt hinsichtlich der binärgeschlechtlichen Schreibweise (Überschrift I. Teil: „Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt“) den Eindruck, als wären nur diese Kategorien vom Diskriminierungsschutz erfasst. Nach hL ist der Geschlechterbegriff des § 3 GIBG („Aufgrund des Geschlechts...“) allerdings weit zu verstehen, weshalb bspw auch Inter- oder Transidentitäten vom Schutzzweck erfasst sind.⁹⁷² Im Sinne einer Klarstellung und der Verwendung inklusiver Sprache wäre eine Anpassung mE dennoch jedenfalls sinnvoll. In der Literatur wird weiters auf das Problem hingewiesen, dass die von den einschlägigen RL geforderte Beweislastregelung im GIBG mangelhaft umgesetzt wurde.⁹⁷³ Konkret verlangt nämlich Art 19 Abs 1 RL 2006/54/EG, dass die beklagte Partei nach Bescheinigung der Diskriminierung durch die klagende Partei den Beweis dafür zu erbringen hat, dass keine Ungleichbehandlung vorgelegen hat. Demgegenüber hat die beklagte Partei gem § 12 Abs 12 (bzw 26 Abs 12) GIBG lediglich „zu beweisen“, dass es „wahrscheinlicher ist“, dass die von der beklagten Partei glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen. Dabei handelt es sich aber nicht um den von der RL verlangten vollen Beweis durch die beklagte Partei, sondern läuft die Umsetzung im GIBG darauf hinaus, dass die überwiegende Wahrscheinlichkeit beider Behauptungen geprüft wird (arg „wahrscheinlicher“).⁹⁷⁴ Obwohl der OGH bereits festgestellt hat, dass die beklagte Partei iS der RL den **vollen Beweis** zu erbringen hat, wäre in diesem Zusammenhang eine Klarstellung jedenfalls wünschenswert.⁹⁷⁵ Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass insb die GAW ein Verbandsklagerecht mit Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch fordert, um gegen alle Formen von Diskriminierungen, von denen mehrere Personen betroffen sind, wirksam vorgehen zu können.⁹⁷⁶ Inwiefern die Prozessführungsbefugnisse der GAW gestärkt werden, wird die

⁹⁷¹ <https://www.klagsverband.at/politik/der-klagsverband-fordert> (20.2.2025).

⁹⁷² Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 3 Rz 5/2 ff; Rebhahn/Windisch-Graetz in Windisch-Graetz (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 3, Rz 35.

⁹⁷³ Gahleitner, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007/24, 152; Kletečka/Köck in Windisch-Graetz (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 57; Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 12 Rz 131.

⁹⁷⁴ Kletečka/Köck in Windisch-Graetz (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 57.

⁹⁷⁵ OGH vom 7.7.2004, 9 ObA 46/04m = DRdA 2005/34; OGH vom 9.7.2008, 9 ObA 177/07f = ARD 5975/2/2009.

⁹⁷⁶ <https://www.gleichbehandlungsanwaltschaft.gv.at/Gleichstellungspolitik/Forderungen.html> (20.2.2025).

nationale Umsetzung der neuen RL über die Standards der Gleichbehandlungsstellen (RL 2024/1499/EU und 2024/1500/EU) zeigen.

2.3 Fazit

Die offensichtlichste Rechtsschutzlücke im GIBG stellt zweifellos der Unterschied im Diskriminierungsschutzniveau zwischen dem I. und II. Teil einerseits sowie dem III. Teil andererseits dar. Nach dgF des GIBG besteht kein gesetzlicher Schutz, wenn Personen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen auf Grund ihrer sexuellen Orientierung, ihres Alters, ihrer Religion oder Weltanschauung benachteiligt oder belästigt werden. Eine unionsrechtliche Verpflichtung dazu besteht ebenfalls nicht und wird seit 2008 an einem den Diskriminierungsschutz entsprechend erweiternden RLV auf EU-Ebene verhandelt.⁹⁷⁷

Es stellt sich daher die Frage, wie der Unterschied im Diskriminierungsschutzniveau einzuordnen ist. Die Novelle BGBl I 2011/7 hätte in ihrer ursprünglichen Fassung die Bereinigung dieser Lücke im Diskriminierungsschutz des GIBG vorgesehen, erhielt aber nicht die notwendige politische Mehrheit und wurde das „leveling up“ mittels AÄA wieder aus der Novelle gestrichen.⁹⁷⁸ Während der parlamentarischen Behandlung, wurde Kritik geäußert, dass die Aufrechterhaltung des unterschiedlichen Schutzniveaus nicht mit der Judikatur des VfGH vereinbar ist. Insb sei eine sachliche Rechtfertigung für die Aufrechterhaltung der Differenzierung zwischen Arbeitswelt und den sonstigen Bereichen nicht zu erkennen.⁹⁷⁹ Diese Beurteilung ist mE nachvollziehbar. Die mangelnde sachliche Rechtfertigung wird besonders deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass sämtliche Antidiskriminierungsgesetze der Bundesländer flächendeckend Schutz beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die sich in Landeskompentenz befinden, bieten.⁹⁸⁰ Wieso sollte also eine sachliche Rechtfertigung auf Bundesebene gelten, wenn diese offenbar auf Landesebene nicht erblickt wird? Zu diesen verfassungsrechtlichen Überlegungen kommt noch ein weiteres

⁹⁷⁷ COM (2008) 426: Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung.

⁹⁷⁸ ErläutRV 938 BlgNR 24. GP 9ff; 1047 BlgStProtNR 24. GP 4.

⁹⁷⁹ *Die Presse*, Rechtspanorama vom 13.12.2010, Einschränkung der Vertragsfreiheit rechtlich nötig?

⁹⁸⁰ *Rebhahn/Windisch-Graetz* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 40c, Rz 4.

Spannungsverhältnis hinzu: Nach stRsp des EuGH gilt das Gebot der „Nichtdiskriminierung“ gem Art 21 GRC nicht nur gegenüber staatlichem Handeln, sondern entfaltet es zudem **unmittelbare Drittwirkung**, sodass sich Private untereinander unmittelbar darauf berufen können.⁹⁸¹ Es stellt sich daher sowohl aus verfassungs- als auch aus grundrechtlicher Perspektive die Frage, ob der Unterschied im Diskriminierungsschutzniveau nach wie vor aufrecht erhalten werden kann; mE ist dies nicht der Fall (im Detail dazu unter V.2.1).

Selbst bei Bereinigung dieser Rechtsschutzlücke ist die Entwicklung hin zu einer diskriminierungsfreien Arbeitswelt und Gesellschaft dennoch keinesfalls abgeschlossen. Entsprechend den neu erlassenen RL 2024/1499/EU und 2024/1500/EU müssen die MS zur Stärkung der Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebots bis 19.6.2026 sicherstellen, dass die Gleichbehandlungsstellen unabhängig und ohne Beeinflussung von außen handeln können und mit den erforderlichen personellen, technischen und finanziellen Ressourcen ausgestattet werden.⁹⁸² Zudem besteht Anpassungsbedarf im GIBG da nach hL die von den einschlägigen RL geforderte Beweislastregelung im GIBG mangelhaft umgesetzt wurde.⁹⁸³ Auch eine sprachliche Anpassung und ausdrückliche Einbeziehung von Geschlechtsidentitäten in den Geschlechterbegriff des § 3 GIBG wäre wünschenswert, selbst wenn diese lt hL ohnedies vom geltenden Recht vor Diskriminierung geschützt sind.⁹⁸⁴

⁹⁸¹ „[...] verleiht schon für sich allein dem Einzelnen ein Recht, das er in einem Rechtsstreit, der einen vom Unionsrecht erfassten Bereich betrifft, als solches geltend machen kann.“ in EuGH vom 11.9.2018, C-68/17, *IR*, Rz 69; EuGH vom 22.1.2019, C-193/17, *Cresco Investigation*, Rz 76; EuGH vom 17.4.2018, C-414/16, *Egenberger*, Rz 76.

⁹⁸² Jeweils Art 3 und 4 der RL 2024/1499/EU und 2024/1500/EU.

⁹⁸³ *Gahleitner*, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007/24, 152; *Kletečka/Köck* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 57; *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 12 Rz 131.

⁹⁸⁴ *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 5/2 ff; *Rebhahn/Windisch-Graetz* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 3, Rz 35.

Zusammenfassung / Conclusio

Die Europäische Union hat bereits seit den frühen 2000er Jahren in mehreren Antidiskriminierungsrichtlinien ausdrücklich verankert, dass die Mitgliedstaaten Sanktionen etablieren müssen, die wirksam, verhältnismäßig und **abschreckend** sein müssen, sodass Diskriminierungen und (sexuelle) Belästigungen verhindert werden können.⁹⁸⁵ In Österreich wurden diese Vorgaben im Jahr 2004 mit einer umfassenden Novellierung des Gleichbehandlungsgesetzes (GIBG) umgesetzt, womit das „alte“ GIBG abgelöst wurde.⁹⁸⁶ Das in dieser Dissertation im Zentrum stehende präventive Element, wurde im GIBG mit einer späteren Novelle nochmal ausdrücklich betont, wonach nunmehr ua in § 12 Abs 14 GIBG festgehalten ist, dass der immaterielle Schadenersatz nach dem GIBG dergestalt zu bemessen ist, dass „**Diskriminierungen verhindert**“ werden.

Gegenständliche Dissertation widmet sich der Frage, ob der immaterielle Schadenersatz nach dem GIBG tatsächlich Diskriminierungen und (sexuelle) Belästigungen wirksam verhindert bzw wie diesem präventiven Zweck des Gesetzes zum Durchbruch verholfen werden kann.

In Beantwortung der ersten Frage, muss mit Blick auf empirische Daten bedauerlicherweise festgestellt werden, dass dieses **Ziel bislang keineswegs erreicht** wurde. Am Beispiel der Einkommensunterschiede aufgrund des Geschlechts wird deutlich, dass ganzjährig vollzeitbeschäftigte Frauen 2023 immer noch 21 % weniger als Männer verdient haben.⁹⁸⁷ Betrachtet man die Entwicklung der vergangenen Jahr(zehnt)e würde die gänzliche Beseitigung der Einkommensunterschiede aufgrund des Geschlechts bei ganzjähriger Vollzeitbeschäftigung weitere 336 Jahre (!) dauern.⁹⁸⁸ Viele weitere Studien und Erhebungen machen zudem deutlich, dass abgesehen von der Einkommenssituation, die Arbeitswelt zahlreicher Personen nach wie

⁹⁸⁵ Ausdrückliches Bekenntnis dazu, dass Normen des Gleichbehandlungsrechts eine generalpräventive Funktion zukommen muss: Art 15 RL 2000/43/EG; *Europäische Kommission*, Gemeinsamer Bericht über die Anwendung der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 und der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 (2014), 8.

⁹⁸⁶ BGBl I 2004/66 sowie BGBl I 2005/82.

⁹⁸⁷ *Rechnungshof Österreich*, Bericht des Rechnungshofes über die durchschnittlichen Einkommen der gesamten Bevölkerung gemäß Art. 1 § 8 Abs. 4 des Bezügebegrenzungsgesetzes, BGBl. I Nr. 64/1997 (2024) 26.

⁹⁸⁸ Verbesserung um 1%-Punkt dauerte 16 Jahre = Verbesserung um weitere 21%-Punkte würde weitere 336 Jahre (=21*16) erfordern.

vor von Diskriminierung und (sexueller) Belästigung geprägt ist.⁹⁸⁹ Empirisch lässt sich daher festhalten, dass das Ziel der einschlägigen RL bzw des GIBG noch nicht erfüllt ist.

Es stellt sich daher die Frage, woran dies liegt? Die zweifellos mitverantwortlichen sozialwissenschaftlichen Themen (zB Geschlechterstereotypen und Rollenbilder, strukturelle Ungleichbehandlungen, Gender-Care-Gap etc) werden in dieser Dissertation freilich nicht behandelt, sondern es wird der Fokus auf den **immateriellen Schadenersatz nach dem GIBG** gelegt. Da dieser „Diskriminierungen verhindern“ sollte, stellt sich die Frage, wieso dieses Ziel (noch) nicht erreicht wurde und wie dieses Ziel unter der geltenden Rechtslage vielleicht doch noch erreicht werden könnte.

Die mangelnde Effektivität des immateriellen Schadenersatzes zur Erreichung dieses Ziels, zeigt sich in zahlreichen, meist Frauen betreffenden, Fällen, die für monatelange oder gar jahrelange schwere Diskriminierungen oder (sexuelle) Belästigungen lediglich wenige tausend Euro an immateriellen Schadenersatz zugesprochen bekommen (siehe dazu im Detail unter III.3). Hinsichtlich derart geringer Beträge besteht ein **grundlegendes Unverständnis der einhelligen Lehrmeinung**⁹⁹⁰ betreffend die faktische Schadensbemessung durch die Gerichte und bildet diese Kritik den Ausgangspunkt gegenständlicher Dissertation: **Von einer Sanktion, die geeignet ist, künftige Diskriminierungen und (sexuelle) Belästigungen wirksam zu verhindern, kann derzeit nämlich keine Rede sein.**

Um dieses Missverhältnis zwischen dem gesetzlich ausdrücklich erklärtem Ziel („Diskriminierungen verhindern“) und der Kritik der einhelligen Lehre zu bearbeiten, befasst sich die vorliegende Dissertation neben einer historischen Einleitung (dazu im Detail im I. Teil) und dem immateriellen Schadenersatz im ABGB und GIBG (dazu im Detail im II. Teil), mit einer umfassenden Judikaturanalyse (dazu im Detail im III. Teil), dies mit dem Zweck der

⁹⁸⁹ Ua haben 21% der Befragten einer SORA-Studie in den letzten drei Jahren im Arbeitsbereich bzw bei der Arbeitssuche zumindest eine Schlechterstellung aufgrund eines diskriminierenden Merkmals iSd GIBG erfahren, *SORA – Institute for Social Research and Consulting*, Diskriminierungserfahrungen in Österreich Diskriminierungserfahrungen im Bereich „Arbeit“ (2019) 55 ff; *Bundeskanzleramt*, Gleichbehandlungsbericht für die Privatwirtschaft 2022 und 2023 – Teil II Anwaltschaft für Gleichbehandlung (2024) 54, 134; stetiger Anstieg an Beratungsleistungen der Gleichbehandlungsanwaltschaft aufgrund Diskriminierung und (sexueller) Belästigung: <https://www.gleichbehandlungsanwaltschaft.gv.at/wir-ueber-uns/taetigkeitsbericht.html> (Stand: 19.8.2025).

⁹⁹⁰ Siehe FN 12.

Deduktion konkreter Kriterien zur Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG (dazu im Detail im IV. Teil).

Der III. Teil bildet damit – neben dem IV. Teil – einen der zwei Hauptteile gegenständlicher Arbeit. In dieser **Judikaturanalyse** wurden zahlreiche veröffentlichte und teilweise nicht veröffentlichte Entscheidungen bearbeitet und es fällt rasch auf, dass die Ersatzbeträge, selbst bei gravierendsten Tatbeständen, unverhältnismäßig gering ausfallen. *Mazal* hat in diesem Zusammenhang bereits vor mehr als zwanzig Jahren den häufig zu beobachtenden **nonchalanten Umgang mit sexueller Belästigung** kritisiert und es für sachlich zutreffend und unterstützenswert erachtet, wenn die Judikatur die Höhe des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG spürbar anheben würde, da erst dadurch die Präventivfunktion des Schadenersatzrechts nach dem GIBG zur Geltung gebracht werden könnte.⁹⁹¹

Bedauerliche zeigt aber die Analyse der Judikatur der letzten Jahrzehnte, dass Gerichte in Österreich weiterhin dazu neigen, äußerst zurückhaltende Ersatzbeträge zuzusprechen. Beträge im niedrigen vierstelligen Bereich sind dabei die Regel, während wirklich substantielle Zusprüche eine absolute Ausnahme darstellen. Die Ursachen für dieses Defizit sind vielfältig. In dieser Arbeit wurde im Rahmen der Judikaturanalyse (III. Teil) sowie des Vergleichs des immateriellen Schadenersatzes nach dem ABGB und GIBG (II. Teil) aufgezeigt, dass sich die Gerichte stark an der **Tradition des allgemeinen Schadenersatzrechts nach dem ABGB** orientieren, das primär am Gedanken der Wiederherstellung und des Ausgleichs ausgerichtet ist. Präventive oder pönale Überlegungen, wie sie das Unionsrecht und das GIBG fordern, treten in der ABGB-traditionsorientierten Rechtsprechung in den Hintergrund. Deutlich wird diese Gewichtung bspw bei der Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungskraft des:der Diskriminierenden. Während die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungskraft bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG aus präventiven Gründen nach

⁹⁹¹ Siehe die Glosse von *Mazal* zu OGH vom 5.6.2002, 9 Ob A 119/02v, ecolex 2002/363.

Ansicht der überwiegenden Lehre⁹⁹² und Teilen der Rsp⁹⁹³ mit ins Kalkül zu ziehen ist, wird dies seitens der stRsp im Anwendungsbereich des ABGB strikt abgelehnt.⁹⁹⁴ Diese vom ABGB geprägte Rechtstradition, wonach die **Ausgleichsfunktion deutlich im Vordergrund** steht,⁹⁹⁵ scheint sich auch auf Verfahren nach dem GIBG durchzuschlagen, obwohl die Berücksichtigung der Präventionsfunktion ein zentrales Wesensmerkmal des GIBG darstellt (dazu im Detail unter II.1.1.; II.2.3.2.4.; III.1.; V.1.1.). Ein weiterer Faktor, weshalb die Ersatzbeträge nach wie vor zu gering ausfallen, bezeichnet *Gahleitner* als ein **Henne-Ei-Problem**: Dadurch, dass sich neue Klagen an vergangenen Erkenntnissen orientieren, diese aber nach einhelliger Lehre vielfach zu geringe Ersatzbeträge zugesprochen haben, kann keine Rechtsprechung entstehen, die einen für die erlittene persönliche Beeinträchtigung nach den gesetzlichen Vorgaben angemessenen und insb abschreckenden Ersatzbetrag verkörpern (dazu im Detail unter III.2).⁹⁹⁶ Schließlich wird dieses Henne-Ei-Problem mE dadurch verstärkt, dass in weiten Teilen der Rsp die **Prüfung der Angemessenheit eines Ersatzbetrages durch den OGH** missverstanden wird. Oftmals ist nämlich in der Judikatur zu lesen, dass der OGH einen noch so geringen Ersatzbetrag als „angemessen“ erachtet,⁹⁹⁷ weshalb auch im vorliegenden Fall kein höherer Ersatzbetrag zugesprochen werden könne. Was dabei mE aber keinesfalls außeracht gelassen werden darf ist der Umstand, dass der OGH dies in Beantwortung der Rechtsrüge des:der (beklagten) Revisionswerbers:Revisionswerberin feststellt. Der OGH hat

⁹⁹² *Mazal* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 7 Rz 62e; *Gahleitner*, 40 Jahre Gleichbehandlungsgesetz – Europäische Impulse bei der Gleichstellung der Geschlechter, DRdA 2019, 391 (405); *Schrittwieser/Vazny-König* in DRdA 2011/40 (393); *Majoros* in *Czech/Sallinger*, Diskriminierung - Grundrechtsverletzung oder Kavaliersdelikt? (2011) 102; *Schindler*, Zur Umsetzung des EU-Rechts in Österreich - Teil 2: Überblick über Richtlinien, deren Umsetzung bevorsteht, insb die Antidiskriminierungs-Richtlinien, DRdA 2003, 523 (533); *Gerhartl*, Immaterieller Schadenersatz bei Diskriminierung, RdW 2012/42 (33).

⁹⁹³ LG St. Pölten vom 26.3.2013, 8 Cga 20/12k, S 38 (in anonymisierter Ausfertigung von der Abteilung 8 des Landesgerichts St. Pölten als Arbeits- und Sozialgericht zur Verfügung gestellt); OLG Wien vom 27.8.2013, 7 Ra 73/13a, S 16 (in anonymisierter Ausfertigung von der Abteilung 8 des Landesgerichts St. Pölten als Arbeits- und Sozialgericht zur Verfügung gestellt), bestätigt in OGH vom 27.02.2014, 8 ObA 81/13i = ASoK 2015, 40 (*Marhold-Weinmeier*) = Jus-Extra OGH-Z 2014/5606 (*Angst/Schwarz*).

⁹⁹⁴ RIS-Justiz RS0031267.

⁹⁹⁵ Siehe dazu auch die Betonung der Reformgruppen zur etwaigen Novelle des österreichischen Schadenersatzrechts in *Kletečka*, Punitive damages - Der vergessene Reformpunkt?, ÖJZ 2008/83, FN 6-8.

⁹⁹⁶ *Gahleitner*, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007/24, 155.

⁹⁹⁷ Siehe bspw in OGH vom 12.07.2000, 9 Ob 147/00h = ZVR 2001/55; OGH vom 5.6.2002, 9 ObA 119/02v = ecolex 2002/363 (krit *Mazal*); OLG Wien vom 27.8.2013, 7 Ra 73/13a (16), bestätigt durch OGH vom 27.2.2014, 8 ObA 81/13i = ARD 6399/8/2014 = ASoK 2015, 40 (*Marhold-Weinmeier*) = Jus-Extra OGH-Z 2014/5606 (*Angst/Schwarz*).

somit noch niemals einen von den – für die Schadenersatzbemessung zuständigen⁹⁹⁸ – Vorinstanzen festgesetzten immateriellen Schadenersatz nach dem GIBG herabgesetzt. Die **Bezeichnung eines Ersatzbetrages durch den OGH als „angemessen“** muss daher sprachlich streng, nämlich als „nicht zu hoch“ verstanden werden und **darf keinesfalls als Werturteil im Verhältnis zum Unwert der vorliegenden Tat missinterpretiert werden.** Anderenfalls würde das von *Gahleitner* beschriebene Henne-Ei-Problem vielfach verstärkt und prolongiert werden, da die unrichtige Interpretation zum falschen Eindruck führen könnte, der OGH würde besonders restriktiv in der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG vorgehen, was tatsächlich gar nicht der Fall ist (dazu im Detail unter III.2; V.1.2). Hinzu kommt die Sorge der Kläger:innen vor hohen Prozesskosten und das Risiko, auf einem Teil der Verfahrenskosten mangels gänzlichen Obsiegens sitzen zu bleiben. Dies kann bei ausgeprägten Fällen sogar dazu führen, dass der Kostenersatzanspruch der numerisch obsiegenden Partei (also vielfach des Belästigers) höher ausfällt, als der immaterielle Schadenersatz, den dieselbe Partei aufgrund der Tat zu leisten hat (zB wenn mangels Feststellungen anstelle der begehrten € 7.000,00 lediglich € 1.200,00 an immateriellen Schadenersatz zugesprochen werden).⁹⁹⁹ Zur Verhinderung solcher Situationen, werden Forderungen offensichtlich vorsorglich niedrig angesetzt, was wiederum zu einer Verstärkung des bereits dargestellten Henne-Ei-Problems führen kann (dazu im Detail unter V.1.3). In ihrem Zusammenwirken führen diese Gründe (die fehlende Rechtstradition, das daraus resultierende Henne-Ei-Problem, die Missinterpretation der vom OGH als „angemessen“ bezeichneten Ersatzbeträge, die unzulässige Verwendung von Referenzjudikatur bei Zuspruch des vollen Klagebegehrens und die Formulierung des anspruchsbegründenden Sachverhalts sowie der Kostenersatz) kumulativ betrachtet dazu, dass der **immaterielle Schadenersatz oft hinter dem zurückbleibt, was nötig wäre, um eine wirksame Präventionsfunktion gegenüber Diskriminierungen bzw (sexuellen) Belästigungen zu entfalten.**

⁹⁹⁸ Wie der OGH in stRsp festhält, handelt es sich bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes um eine bloße Ermessensentscheidung und sohin um eine **Einzelfallprüfung**, die idR keine die Zuständigkeit des OGH auslösende Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung darstellt, weshalb eine Revision nur zur Vermeidung einer gravierenden Ungleichbehandlung durch die Rechtsprechung und damit letztlich aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit lediglich im Falle einer eklatanten Fehlbemessung, die völlig aus dem Rahmen der ständigen oberstgerichtlichen Rechtsprechung fällt, ausnahmsweise zulässig wäre; RIS-Justiz RS0042887 (T5, 6).

⁹⁹⁹ OGH vom 25.05.2016, 9 ObA 117/15v = ARD 6507/4/2016 (*Körber-Risak/Schnabl*) = RdW 2016/464 (*Lindmayr*) = Jus-Extra OGH-Z 2017/6152 (*Angst/Schwarz*).

Eine weitere zentrale Ursache für zu geringe Ersatzbeträge nach dem GIBG ist das Fehlen konkreter Kriterien zur Bemessung des immateriellen Schadenersatzes. Hier setzt der **IV. Teil** gegenständlicher Arbeit an, indem aus der systematischen Betrachtung des GIBG und ABGB, der im III. Teil angestellten Judikaturanalyse sowie der Beiträge aus der Lehre, erstmals in der österreichischen rechtswissenschaftlichen Literatur ein umfassender **Kriterienkatalog** entwickelt wurde, in dem sämtliche Kriterien zur Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG aufgelistet und beschrieben werden. Der Katalog besteht aus 20 konkreten Kriterien und ist in drei Kategorien gegliedert:

Erstens werden Kriterien aufgelistet, die sich bereits aus den Grundsätzen zur Bemessung des **allgemeinen Schadenersatzes nach dem ABGB** ergebenden und die nach stRsp des OGH¹⁰⁰⁰ ebenfalls zur Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG heranzuziehen sind. Dazu zählt die Dauer und Intensität der Diskriminierung bzw (sexuellen) Belästigung sowie die Berücksichtigung von Dauerfolgen und das Ausmaß der erlittenen bzw bestehenden Leiden (im Detail dazu unter IV.2).

Zweitens wird die Auswirkung **gesetzesimmanenter Kriterien**, die ausdrücklich im GIBG genannt werden, auf die Bemessung des immateriellen Schadenersatzes aufbereitet. Hierzu zählt die Orientierung an gesetzlich definierten Ersatzbeträgen (ua gem § 12 Abs 1 und 11 GIBG) sowie die Berücksichtigung einer Mehrfachdiskriminierung (ua gem § 12 Abs 13 GIBG) und der Präventionsfunktion im Allgemeinen (ua gem § 12 Abs 14 GIBG). Insbesondere hinsichtlich der Orientierung an gesetzlich definierten Ersatzbeträgen (Mindestschadenersatz und Höchstbetrag; siehe dazu im Detail unter II.2.3.2.1) konnte in dieser Arbeit dargestellt werden, dass – entgegen der bisher in Teilen der Lehre vertretenen Ansicht¹⁰⁰¹ – die Überschreitung einer Erheblichkeitsschwelle für den Zuspruch eines über dem Mindestschadenersatz liegenden Ersatzbetrages nicht erforderlich ist (dazu im Detail unter IV.3.1). Vielmehr steht der Mindestersatz nach neuerer Rsp des OGH bereits bei „relativer Geringgradigkeit“ zu.¹⁰⁰² Der Mindestbetrag im Falle einer (sexuellen) Belästigung ist daher als **Ausgleich für die geringfügigste, gerade noch tatbestandsmäßige Handlung** zu verstehen und ist dies bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes als

¹⁰⁰⁰ RIS-Justiz RS0108277 (T1); RS0111431; RS0022442.

¹⁰⁰¹ Kletečka/Köck in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 12 Rz 23.

¹⁰⁰² OGH vom 27.8.2015, 9 ObA 87/15g (22) = RdW 2016/91 (*Lindmayr/Tuma*).

Ausgangspunkt und nicht als Orientierungshilfe entsprechend zu berücksichtigen (dazu im Detail unter IV.3.1).

Die dritte (und umfangreichste) Gruppe bilden jene Bemessungskriterien, die sich aus der **Rsp und Lehre** ergeben, wobei auch diese in den meisten Fällen auf die gesetzliche Grundlage der Präventionsfunktion zurückzuführen sind. Dazu zählt zB die Berücksichtigung der Ausnützung eines Autoritätsverhältnisses, der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des:der Diskriminierenden, der durch die Diskriminierung erlangten Vorteile oder der subjektiven Tatseite. Auch in dieser Kategorie sind in der Rsp erhebliche Unterschiede zwischen dem immateriellen Schadenersatz nach dem ABGB und GIBG zu beobachten. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Schuldners ist bspw nach stRsp des OGH im Anwendungsbereich des ABGB bei der Bemessung der Höhe des Schmerzensgeldes nicht maßgeblich.¹⁰⁰³ Demgegenüber sprechen sich im Anwendungsbereich des GIBG Teile der Lehre sowie der Rsp aufgrund des ausdrücklichen gesetzlichen präventiven Auftrags sehr wohl dafür aus, dass die **„Leistungsfähigkeit des Diskriminierenden“** für die Bemessung des immateriellen Schadenersatzes ausschlaggebend zu sein hat (dazu im Detail unter IV.4.5; IV.4.6).¹⁰⁰⁴

Dieser Kriterienkatalog soll allerdings nicht nur eine dogmatische Systematisierung vornehmen, sondern vor allem ein praktisches Instrument für die Rechtsanwendung darstellen. Er soll Kläger:innen und deren Vertreter:innen ermöglichen, ihre Klagebegehren fundierter und dergestalt zu formulieren, sodass Diskriminierungen tatsächlich „verhindert“ werden können. Zugleich soll er Gerichten eine Orientierung ermöglichen, wie sie ihren Ermessensspielraum nutzen können, um den Anforderungen des GIBG sowie des Unionsrechts gerecht zu werden. Die Analyse hat gezeigt, dass die geringe Höhe der in der Vergangenheit zugesprochenen Beträge nicht gesetzlich unausweichlich ist, sondern das Ergebnis einer spezifischen Rechtsanwendungspraxis und einer am ABGB orientierten Tradition entspricht. Es besteht daher bereits auf Grundlage des geltenden GIBG und der unionsrechtlichen Vorgaben die Möglichkeit deutlich höhere Beträge zuzusprechen, sodass Diskriminierungen und (sexuelle)

¹⁰⁰³ RIS-Justiz **RS0031267**; *Hinteregger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 1325 Rz 32 (Stand 1.8.2022, rdb.at); *Reischauer/Neumayr* in *Rummel/Lukas/Geroldinger* (Hrsg), ABGB⁴ § 1325 Rz 170 (Stand 31.5.2025, rdb.at).

¹⁰⁰⁴ Ua *Mazal* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 7 Rz 62e; *Gahleitner*, 40 Jahre Gleichbehandlungsgesetz – Europäische Impulse bei der Gleichstellung der Geschlechter, DRdA 2019, 391 (405); OLG Wien vom 27.8.2013, 7 Ra 73/13a, bestätigt in OGH vom 27.02.2014, 8 ObA 81/13i = ASoK 2015, 40 (*Marhold-Weinmeier*) = Jus-Extra OGH-Z 2014/5606 (*Angst/Schwarz*).

Belästigungen tatsächlich verhindert werden können. Eine Gesetzesänderung ist hierfür nicht erforderlich. Vielmehr liegt es an den Rechtsanwender:innen, den bestehenden Rahmen auszuschöpfen. Der entwickelte Kriterienkatalog zeigt, wie dies gelingen kann.

Teil V der Arbeit zeigt darüber hinaus bestehende Probleme in der Rechtsdurchsetzung und Rechtsschutzlücken im Gleichbehandlungsrecht auf. Die Probleme in der Rechtsdurchsetzung eines wirklich abschreckenden immateriellen Schadenersatzes werden neben der bereits angesprochenen mangelnden Rechtstradition (dazu im Detail unter V.1.1) sowie der vermeintlichen „Angemessenheit“ von Ersatzbeträgen (dazu im Detail unter V.1.2) insbesondere im System des Ersatzes der Verfahrenskosten verortet. Wie bereits ausgeführt, führt die Sorge vor dem Ersatz der Verfahrenskosten oftmals zu einer Zurückhaltung in der Bemessung eines wirklich abschreckenden Ersatzbetrages, der Diskriminierungen bzw (sexuelle) Belästigungen effektiv verhindern könnte. Eine Lösung dieses Problems könnte mE in der Anwendung des richterlichen Mäßigungsrechts gem § 43 Abs 2 ZPO gefunden werden. Wie *Bydlinski* richtig ausführt, wäre es, ohne diesem Kostenprivileg, häufig gar nicht möglich eine Mehrforderung und damit eine Kostenersatzpflicht zu vermeiden, wenn die klagende Partei nicht auf einen (großen) Teil ihres Anspruchs durch übergroße Vorsicht bei der Bezifferung des Klagebegehrens verzichten möchte.¹⁰⁰⁵ Gerade diese Vorsicht muss aber zur **Effektuierung eines wirklich abschreckenden immateriellen Schadenersatzes** nach dem GIBG durchbrochen werden (dazu im Detail unter V.1.3). Rechtsschutzlücken ergeben sich aufgrund des **unterschiedlichen Schutzniveaus** zwischen dem Gleichbehandlungsgebot in der Arbeitswelt sowie beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (dazu im Detail unter V.2.1).

Die rechtsdogmatische Relevanz dieser Arbeit zeigt sich insbesondere darin, dass die Verfahrensnormen und das GIBG in Verbindung mit den unionsrechtlichen Vorgaben unter Anwendung der in dieser Arbeit aufgezeigten Ergebnisse bereits unter der geltenden Rechtslage ausreichend Spielraum bieten, um einen wirksam abschreckenden immateriellen Schadenersatz nach dem GIBG bemessen zu können. Die gesellschaftliche und wirtschaftliche Dimension dieser Thematik darf ebenfalls nicht unterschätzt werden. Diskriminierungen und (sexuelle) Belästigungen im Arbeitsleben und außerhalb sind nicht nur individuelle Unrechtsakte, sondern tragen zur Reproduktion struktureller Ungleichheiten bei und verursachen dadurch erhebliche Kosten durch Produktivitätsverluste, eingeschränkte Talentnutzung und mangelnde Innovation,

¹⁰⁰⁵ *Bydlinski* in *Fasching/Konecny*³ II/1 § 43 ZPO, Rz 18.

was zu geringerem Wirtschaftswachstum führt.¹⁰⁰⁶ Solange der immaterielle Schadenersatz nach dem GIBG nicht ausreichend abschreckend bemessen wird, bleibt Diskriminierung und (sexuelle) Belästigung für Täter:innen ein kalkulierbares Risiko was dem ausdrücklichen Ziel des GIBG zuwiderläuft. Erst wenn spürbare Sanktionen drohen, entsteht ein Anreiz, diskriminierendes und (sexuell) belästigendes Verhalten zu unterlassen. Damit ist der immaterielle Schadenersatz nach dem GIBG nicht nur ein notwendiges Instrument des individuellen Rechtsschutzes, sondern auch ein Schlüssel zur gesellschaftlichen Transformation hin zu mehr Gleichstellung und Respekt im Arbeitsleben und außerhalb und trägt dabei wesentlich zum wirtschaftlichen Wachstum bei.

Abschließend lässt sich festhalten, dass die vorliegende Dissertation zeigt, dass die derzeitige Praxis der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes nach dem GIBG weder dem Anspruch des Gesetzestextes selbst noch den unionsrechtlichen Vorgaben gerecht wird. Sie weist zugleich nach, dass es nicht an rechtlichen Grundlagen fehlt, sondern an deren Anwendung. Mit den entwickelten Kriterien liegt erstmals in der rechtswissenschaftlichen Forschung ein umfassender Katalog vor, der sowohl Kläger:innen als auch Gerichten Möglichkeiten aufzeigt, wie der immaterielle Schadenersatz nach dem GIBG im Sinne des Gesetzestextes und unionsrechtskonform abschreckend bemessen werden kann, sodass Diskriminierungen und (sexuelle) Belästigungen auch tatsächlich verhindert werden können.

¹⁰⁰⁶ Das Center for American Progress hat bspw berechnet, dass Diskriminierungen am Arbeitsplatz in der USA jährliche Kosten in Höhe von 64 Milliarden U.S. Dollar verursacht: *Center for American Progress, The Costly Business of Discrimination* (2012), <https://www.americanprogress.org/article/the-costly-business-of-discrimination/#:~:text=There's%20a%20price%20to%20be,due%20to%20unfairness%20and%20discrimination> (Stand 1.9.2025); .

Literaturverzeichnis

Adamovic, Handbuch zum ASG-Verfahren (2010).

Apostolovski/Apostolovski, Schadenersatzrechtliche Aspekte der Mehrfachdiskriminierung, DRdA 2012, 472.

Baumgartner, Öffentliches Recht: Jahrbuch (2018).

Bäck-Knapp/Harmer/Renzenbrink (Hrsg), Litigation PR (2021).

Berka, Verfassungsrecht⁸ (2021).

Breitegger/Marhold (Hrsg), Mobbing am Arbeitsplatz (2001).

Bundeskanzleramt, Gleichbehandlungsbericht für die Privatwirtschaft 2022 und 2023 – Teil I Gleichbehandlungskommission, Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft und Beiträge der Interessenvertretungen (2024).

Bundeskanzleramt, Gleichbehandlungsbericht für die Privatwirtschaft 2022 und 2023 – Teil II Anwaltschaft für Gleichbehandlung (2024).

Bundeskanzleramt, Gleichbehandlungsbericht für die Privatwirtschaft 2020 und 2021 – Teil I Gleichbehandlungskommission und Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft (2022).

Bundeskanzleramt, Gleichbehandlungsbericht für die Privatwirtschaft 2020 und 2021 – Teil II Anwaltschaft für Gleichbehandlung (2022).

Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), KBB – Kurzkomentar zum ABGB⁷ (2023).

Center for American Progress, The Costly Business of Discrimination (2012).

Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Concluding observations on the ninth periodic report of Austria (2019).

Czech/Sallinger (Hrsg), Diskriminierung - Grundrechtsverletzung oder Kavaliersdelikt? (2011).

Danzl, Bemerkenswerte schadenersatzrechtliche Entscheidungen des OGH aus dem Jahr 2009, ZVR 2010/43.

Danzl, Handbuch Schmerzensgeld (Stand 1.3.2019, rdb.at).

Dias, Was ist Gerechtigkeit? Facetten der Gerechtigkeit im Rechtspositivismus Hans Kelsens, ZÖR 2002, 83.

Egger, Die neuen Antidiskriminierungsrichtlinien der EU, DRdA 2003, 302.

Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/1² (1928).

Eichinger, Mittelbare Frauendiskriminierung durch KV-Leichtlohngruppe, RdW 1995.

Enachescu/Hinsch, Geschlechtsspezifische Gewalt gegen Frauen in Österreich (2022).

Ettl, Strafschadenersatz im Gleichbehandlungsrecht zulässig, aber kein Muss, DRdA-InfAS 2016/57 (90).

Europäische Kommission, Gemeinsamer Bericht über die Anwendung der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 und der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 (2014).

Fasching/Konecny (Hrsg), Zivilprozessgesetze³ (2023).

Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Großkommentar zum ABGB - Klang-Kommentar³ (2011).

Firlei, Entgelttransparenz ultralight – der Einkommensbericht gem § 11a GIBG, DRdA 2011, 238.

Födermayr, Sanktionen im Fall einer Diskriminierung aufgrund des Alters, RdW 2010, 695.

Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht⁵ (2024).

Gahleitner, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007/24.

Gahleitner, Sexuelle Belästigung und Diskriminierung durch den Geschäftsführer, DRdA 2009, 539.

Gahleitner, Judikaturentwicklungen im Gleichbehandlungsrecht, ASoK 2016, 202.

Gahleitner, 40 Jahre Gleichbehandlungsgesetz - Europäische Impulse bei der Gleichstellung der Geschlechter, DRdA 2019, 391.

Gamper, „Ohne Unterschied des Geschlechtes“ – 100 Jahre Frauenwahlrecht in Österreich, JBl 2020.

Gerhartl, Immaterieller Schadenersatz bei Diskriminierung, RdW 2012/42.

Gerhartl, Belästigung im Arbeitsverhältnis, RdW 2014/172.

Grabenwarter/Frank, B-VG² Art 1 EMRK (Stand 1.1.2025, rdb.at).

Griss/Kathrein/Koziol (Hrsg), Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts (2006).

Gruber-Risak/Mazal (Hrsg), Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (45. Lfg 2025).

Greiter, Schmerzensgeld für Trauer (2016).

Haberer, Gleichbehandlung im Betrieb (2013).

Hartl, Schmerzensgeldsätze in Österreich, Zak 2024/114.

Hartl, Schmerzensgeldsätze in Österreich in Euro, Sachverständige 2021, 103.

Heidinger/Kasper, Antidiskriminierung² (2014).

Hesse, Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung (1984).

Holzleithner, Gerechtigkeit (2009).

Hopf, Begründungspflicht des Gerichtes nach § 61 GIBG: Eine Schnittstelle zur Gleichbehandlungskommission, DRdA 2007, 3.

Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG, Gleichbehandlung – Antidiskriminierung (2009).

Hopf/Mayr/Eichinger (Hrsg), GIBG – Ergänzungsband zur Novelle 2011 (2011).

Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021).

Hopf/Smutny, Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses - Schadenersatz trotz fehlender "Bestqualifikation"? DRdA 2002, 99.

Höllwerth/Ziehensack (Hrsg), ZPO Praxiskommentar² (2025).

Höpfel/Ratz (Hrsg), Wiener Kommentar zum StGB (360. Lfg 2025).

Huster, Gleichheit als philosophisches und juristisches Konzept, ZÖR 2019, 849.

Jelinek, Die Persönlichkeit des Verletzten, JBl 1977, 1.

Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien, Frauen.Management.Report.2020 (2020).

Karner/Koziol, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, 15. ÖJT Band II/1, 13.

Kapella/Baierl/Rille-Pfeiffer/Geserick/Schmidt, Gewalt in der Familie und im nahen sozialen Umfeld (2011).

Kaupa, Ein weiteres Puzzleteil im Antidiskriminierungsrecht, DRdA 2008, 544.

Kelsen, What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science (1957).

Kerschner (Hrsg), Schmerzengeld² (2020).

Kletečka, Punitive damages - Der vergessene Reformpunkt?, ÖJZ 2008/83.

Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} (Update 4/2024, Stand 15.10.2024).

Kolleck/Orwat, Mögliche Diskriminierung durch algorithmische Entscheidungssysteme und maschinelles Lernen - ein Überblick (2020).

Konrad/Nitsch, Trauerschaden des Vaters bei Tod des Kindes während des Geburtsvorgangs, ÖJZ 2014/76.

Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (20. Lfg 2025).

Koziol, Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht (2014).

Koziol, Haftpflichtrecht I⁴ (2020).

Koziol, Haftpflichtrecht II³ (2018).

Koziol/Apathy/Koch, Haftpflichtrecht III³ (2014).

Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB⁷ (2023).

Koziol, Schaden, Verursachung und Verschulden im Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, JBl 2006, 768.

Körber-Risak/Schnabl, Diskriminierung wegen religiöser Bekleidung am Arbeitsplatz, ARD 6507/4/2016.

Kraft, Schadenersatz im Arbeitsverhältnis (2004).

Kuderna, Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz² (1996).

Lee, Grenzen der Maßnahmen zur Förderung faktischer Gleichstellung („positive action“) – Die Frage nach deren Rechtsnatur, ZÖR 2019, 883.

Lindmayr, Kein Schadenersatz bei vorzeitigem Austritt nach Diskriminierung, LexisNexis 20.9.2016 Rechtsnews 22323.

Ludwig, Schadenersatz bei intersektioneller Diskriminierung, DRdA 2009, 276.

Majoros, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadens im Gleichbehandlungsgesetz, DRdA 2007, 515.

Majoros, Das „neue“ Gleichbehandlungsgesetz, ARD 5732/7/2006.

Mayr, Diskriminierung(en) aufgrund des Geschlechts, DRdA 2002, 66.

Mayr, Materieller und immaterieller Schadenersatz bei diskriminierender Beendigung in der Probezeit, DRdA 2016, 235.

McMichael/Viscusi, The Punitive Damages Calculus: The Differential Incidence of State Punitive Damages Reforms, Southern Economic Journal, Vol. 84, No. 1 (July 2017).

Merten/Papier (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa (2009).

Merz, Verwendungsanspruch (Stand 27.12.2023, Lexis Briefings in lexis360.at).

Neumayr/Reissner (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht⁴ (2025).

Parzmayr, Die Grenzen der Öffentlichkeit im Zivilprozess, ÖJZ 2016/86.

Reischauer/Spielbüchler/Welser (Hrsg), Reform des Schadenersatzrechts III (2008).

Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁸ (2026).

Pierer, Verwendungsanspruch bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten, ÖJZ 2024/69.

Pirstner, Die Quote im Gemeinschaftsrecht, DRdA 1997, 461.

- Pirstner*, Bedingte Quotenregelung entspricht dem Gemeinschaftsrecht, DRdA 1998, 153.
- Ritzberger-Moser*, Neues aus der Gesetzgebung, ZAS 2011/24.
- Posch*, Ambulance Chasing im Dienste US-amerikanischer Rechtshegemonie, ZfRV 2001, 14.
- Potz*, GIBG-Hopping? Schadenersatzjäger und das GIBG, RdW 2008/680.
- Radlingmayr*, Customer Preferences und arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote, ZAS 2010/33.
- Rauch*, Zum Schadenersatz nach dem Gleichbehandlungsgesetz, ecolex 2000, 441.
- Rebhahn*, Gleichbehandlung, Qualifikation und Leistung, JBl 1993, 681.
- Rebhahn*, Das neue Antidiskriminierungsrecht – Anmerkungen zur Lage in Österreich, ZfA 2006, 347.
- Rebhahn* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz² (2019).
- Rechnungshof Österreich*, Bericht des Rechnungshofes über die durchschnittlichen Einkommen der gesamten Bevölkerung gemäß Art. 1 § 8 Abs 4 des Bezügebegrenzungs-gesetzes, BGBl. I Nr. 64/1997 (2024).
- Reissner*, Das neue Gleichbehandlungsrecht, JAP 2005/2006/5.
- Risak/Gogola*, Gleichbehandlung in der Plattformökonomie, juridikum 2018, 435.
- Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² (2006).
- Rummel/Lukas/Geroldinger* (Hrsg), ABGB⁴ (2025).
- Saladino*, The Enforcement of Punitive Damages Awards Between United States and Europe: An Introduction for U.S. Practitioners, The International Lawyer, Vol. 52, No. 3 (2019).
- Schindler*, Zur Umsetzung des EU-Rechts in Österreich - Teil 2: Überblick über Richtlinien, deren Umsetzung bevorsteht, insb die Antidiskriminierungs-Richtlinien, DRdA 2003, 523.
- Schrank*, Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht⁷ (2025).

Schrank, Leitentscheidungen der Höchstgerichte zum Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht (76. Lfg 2025).

Schrittwieser, Gleichbehandlung im Arbeitsrecht (2017).

Schrittwieser, Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung – Europa als Motor des Gleichstellungsrechts, DRdA 2014, 613.

Schrittwieser/Vazny-König, Höhe des Ersatzes für die erlittene persönliche Beeinträchtigung bei Mehrfachdiskriminierung vor dem 1.8.2008, DRdA 2011/40.

Schulte/Prowald, Künstliche Intelligenz im Recruiting - rechtskonformer Einsatz im Unternehmen, KuR 2023, 166.

Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁶ (2025).

Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023).

Sieber, Schadenersatzrecht, in RDB Keywords (Stand 26. 11. 2024, rdb.at).

SORA – Institute for Social Research and Consulting, Diskriminierungserfahrungen in Österreich (2019).

Statistik Austria, Mikrozensus-Arbeitskräfteerhebung (2024).

Strasser, Der immaterielle Schaden im österreichischen Recht (1964).

Sunstein/Hastie/Payne/Schkade/Viscusi, Punitive Damages: How Juries Decide, University of Chicago Press (2002).

Tinhofer, Algorithmenbasierte Entscheidungen und Diskriminierung, DRdA 2022, 171.

Tomandl/Schrammel, Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote (2005).

Vrba (Hrsg), Schadenersatz in der Praxis (52. Lfg 2025).

Wagner, Getrennte Befragung im Arbeitsrecht, DRdA 2014, 266.

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

Windisch-Graetz (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2022).

Winkler, Die neuen europäischen Gleichbehandlungsregeln, ZAS 2004/10.

Wolf, Ergangene Judikate nach dem GlBG, DRdA 2014, 69.

Wolf, OGH: Ergangene Judikate nach dem GlBG, DRdA 2012, 624.

World Economic Forum, The Global Gender Gap Report (2018).

Zankel, Die Anwendbarkeit der Zinsregelung des § 49a ASGG im arbeitsgerichtlichen Prozess, DRdA 2008, 20.

Judikaturverzeichnis

EuGH Judikatur

EuGH vom 8.4.1976, Rs 43/75, *Defrenne II*, ECLI:EU:C:1976:56.

EuGH vom 27.3.1980, C-129/79, *Macarthys/Smith*, ECLI:EU:C:1980:103.

EuGH vom 10.4.1984, 14/83, *von Colson und Kamann*, ECLI:EU:C:1984:153.

EuGH vom 10.4.1984, 79/83, *Harz*, ECLI:EU:C:1984:155.

EuGH vom 17.10.1989, C-109/88, *Danfoss*, ECLI:EU:C:1989:383.

EuGH vom 8.11.1990, C-177/88, *Dekker/Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen*, ECLI:EU:C:1990:383.

EuGH vom 8.11.1990, C-179/88, *Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund/Dansk Arbejdsgiverforening*, ECLI:EU:C:1990:384.

EuGH vom 25.7.1991, C-345/89, *Stoeckel*, ECLI:EU:C:1991:324.

EuGH vom 2.8.1993, C-271/91, *Marshall II*, ECLI:EU:C:1993:335.

EuGH vom 5.5.1994, C-421/92, *Habermann-Beltermann/Arbeiterwohlfahrt*, ECLI:EU:C:1994:187.

EuGH vom 14.7.1994, C-32/93, *Webb/EMO Air Cargo*, ECLI:EU:C:1994:300.

EuGH vom 28.9.1994, C-28/93, *Van den Akker*, ECLI:EU:C:1994:351.

EuGH vom 14.2.1995 C-279/93, *Finanzamt Köln-Altstadt/Schumacker*, ECLI:EU:C:1995:31.

EuGH vom 17.10.1995, C-450/93, *Kalanke*, ECLI:EU:C:1995:322.

EuGH vom 13.2.1996, C-342/93, *Gillespie u.a.*, ECLI:EU:C:1996:46.

EuGH vom 22.4.1997, C-180/95, *Draehmpaehl/Urania Immobilienservice*, ECLI:EU:C:1997:208.

EuGH vom 2.10.1997, C-100/95, *Kording/Senator für Finanzen*, ECLI:EU:C:1997:453.

EuGH vom 11.11.1997, C-409/95, *Marschall*, ECLI:EU:C:1997:533.

EuGH vom 27.10.1998, C-411/96, *Boyle u.a.*, ECLI:EU:C:1998:506.

EuGH vom 21.10.1999, C-333/97, *Lewen*, ECLI:EU:C:1999:512.

EuGH vom 28.3.2000, C-158/97, *Badeck*, ECLI:EU:C:2000:163.

EuGH vom 4.10.2001, C-109/00, *Tele Danmark*, ECLI:EU:C:2001:513.

EuGH vom 23.2.2006, C-133/05, *Kommission/Republik Österreich*, ECLI:EU:C:2006:148.

EuGH vom 11.10.2007, C-460/06, *Paquay*, ECLI:EU:C:2007:601.

EuGH vom 10.7.2008, C-54/07, *Feryn*, ECLI:EU:C:2008:397.

EuGH vom 17.7.2008, C-303/06, *Coleman*, ECLI:EU:C:2008:415.

EuGH vom 5.11.2014, C-476/12, *ÖGB*, ECLI:EU:C:2014:2332.

EuGH vom 17.12.2015, C-407/14, *Arjona Camacho*, ECLI:EU:C:2015:831.

EuGH vom 28.7.2016, C-423/15, *Kratzer*, ECLI:EU:C:2016:604.

EuGH vom 13.7.2017, C-354/16, *Kleinsteuber*, ECLI:EU:C:2017:539.

EuGH vom 17.4.2018, C-414/16, *Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:257.

EuGH vom 11.9.2018, C-68/17, *IR*, ECLI:EU:C:2018:696.

EuGH vom 22.1.2019, C-193/17, *Cresco Investigation*, ECLI:EU:C:2019:43.

EuGH vom 20.6.2019, C-404/18, *Hakelbracht*, ECLI:EU:C:2019:523.

EuGH vom 3.10.2019, C-274/18, *Schuch-Ghannadan*, ECLI:EU:C:2019:828.

Nationale Judikatur

VfGH

VfGH vom 3.3.1994, G 116/93, JBL 1995, 43.

VfGH vom 12.12.1996, B 2903/95.

VfGH vom 29.11.2010, B 1952/08.
VfGH vom 8.12.2010, B 966/095.
VfGH vom 28.2.2011, B 1689/10.
VfGH vom 4.12.2017, G 258-259/2017.
VfGH vom 11.12.2024, G 110/2024.

VwGH

VwGH vom 20.1.1999, 97/12/0177.
VwGH vom 18.10.2000, 99/12/0256.
VwGH vom 19.2.2003, 2002/12/0172.
VwGH vom 14.5.2004, 2001/12/0163.

OGH

OGH vom 11.3.1935, 3 Ob 61/53, JBl 1953, 382.
OGH vom 21.3.1950, 2 Ob 160/50, SZ 23/71.
OGH vom 22.10.1952, 1 Ob 653/52, SZ 25/268.
OGH vom 11.4.1956, 3 Ob 162/56, ZVR 1957/6.
OGH vom 11.2.1959, 2 Ob 70/59, ZVR 1960/87.
OGH vom 29.4.1966, 2 Ob 115/66, ZVR 1967/16.
OGH vom 19.10.1966, 2 Ob 265/66, SZ 39/173.
OGH vom 18.1.1972, 8 Ob 3/72, ZVR 1973/111.
OGH vom 18.6.1974, 1 Ob 226/74, JBl 1975, 645.
OGH vom 12.12.1974, 6 Ob 246/74.
OGH vom 16.10.1975, 2 Ob 188/75, ZVR 1976/208.
OGH vom 22.5.1978, 1 Ob 32/77, JBl 1979, 148.
OGH vom 1.3.1979, 7 Ob 555/79, DRdA 1980/19.
OGH vom 12.2.1981, 7 Ob 755/80, REDOK 205.
OGH vom 20.5.1981, 1 Ob 15/81, JBl 1982, 263.
OGH vom 16.2.1982, 4 Ob 406/81, SZ 55/12.
OGH vom 09.05.1985, 7 Ob 566/85, SZ 58/80.

OGH vom 15.7.1987, 1 Ob 32/87, JBl 1988, 46.

OGH vom 5.5.1988, 6 Ob 9/88, RdW 1988, 388.

OGH vom 4.4.1989, 4 Ob 26/89, JBl 1989, 786 (*Nowakowski*).

OGH vom 15.11.1989, 1 Ob 43/89, JBl 1990, 456.

OGH vom 27.3.1990, 5 Ob 544/90, JBl 1990, 794.

OGH vom 23.10.1990, 4 Ob 147/90, MR 1991, 68.

OGH vom 27.11.1991, 2 Ob 55/91, RdW 1992, 270.

OGH vom 13.07.1995, 6 Ob 658/94, GesRZ 2017, 177 (*Schramm/Babinek*).

OGH vom 30.6.1996, 6 Ob 2068/96b, JBl 1997, 40.

OGH vom 21.10.1998, 9 ObA 264/98h, JBl 1999, 397.

OGH vom 11.3.1999, 2 Ob 192/97t, ZVR 2000/54.

OGH vom 21.1.1999, 8 ObA 188/98z, JBl 1999, 538 = ZAS 2000/1 (*Brodil*) = DRdA 2000/7 (*Eichinger*) = ARD 5012/10/99.

OGH vom 12.1.2000, 9 ObA 318/99a, ZASB 2000, 33 (*Aigner*).

OGH vom 5.4.2000, 9 ObA 292/99b, DRdA 2001/15.

OGH vom 28.4.2000, 2 Ob 89/99y, ZVR 2001/3.

OGH vom 12.07.2000, 9 Ob 147/00h, ZVR 2001/55.

OGH vom 23.10.2000, 8 ObA 132/00w, ecolex 2001/86 (krit *Mazal*)

OGH vom 16.5.2001, 2 Ob 84/01v, ecolex 2001/235 (*Helmich*).

OGH vom 18.4.2002, 2 Ob 237/01v, ecolex 2002/223 (*Helmich*).

OGH vom 5.6.2002, 9 ObA 119/02v, ecolex 2002/363 (krit *Mazal*).

OGH vom 8.8.2002, 2 Ob 145/02s, ZVR 2002/95.

OGH vom 26.2.2003, 7 Ob 281/02b, JBl 2003, 650.

OGH vom 13.3.2003, 2 Ob 221/02t, ecolex 2003/202.

OGH vom 20.3.2003, 8 ObA 18/03k, PVInfo 2016, 22 (*Gerhartl*) = ARD 5414/6/2003.

OGH vom 14.10.2003, 1 Ob 200/03y, ZVR 2004/49.

OGH vom 22.12.2003, 2 Ob 292/03k, ecolex 2004/153.

OGH vom 17.3.2004, 9 ObA 143/03z, DRdA 2005/26.

OGH vom 7.7.2004, 9 ObA 46/04m, DRdA 2005/34.

OGH vom 20.1.2005, 2 Ob 292/04m, ZVR 2004/49.

OGH vom 14.6.2005, 2 Ob 47/05h, ZVR 2006/45.

OGH vom 3.8.2005, 9 ObA 112/05v, RdW 2006/550 = DRdA 2006/26.

OGH vom 31.8.2005, 9 ObA 4/05m, DRdA 2006/39.

OGH vom 23.6.2006, 8 ObA 14/06a, *Schrank*, Leitentscheidungen der Höchstgerichte zum Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht (18. Lfg 2006) Schmerzensgeldbemessung - OGH 23.2.2006, 8 ObA 14/06a.

OGH vom 14.6.2007, 2 Ob 163/06v, JBl 2007, 791.

OGH vom 27.9.2007, 2 Ob 166/07m, Zak 2007/716.

OGH vom 17.12.2007, 8 ObA 24/07y, ARD 5892/5/2008.

OGH vom 5.6.2008, 9 ObA 18/08z, *ecolex* 2008/353 = *inf*as 2008, A 84 = ARD 5968/1/2009.

OGH vom 16.6.2008, 8 ObA 27/08s, PVInfo 2019, 15 (*Rauch*).

OGH vom 26.6.2008, 2 Ob 55/08i, Zak 2008/579.

OGH vom 9.7.2008, 9 ObA 177/07f, ARD 5975/2/2009.

OGH vom 2.9.2008, 8 ObA 59/08x, *inf*as 2009, A 7 = RdW 2009/238.

OGH vom 23.4.2009, 8 ObA 11/09i, ARD 5975/1/2009.

OGH vom 30.7.2009, 8 ObA 35/09v, ARD 6068/8/2010.

OGH vom 15.10.2009, 2 Ob 94/09a, ZVR 2010/43.

OGH vom 18.12.2009, 2 Ob 105/09v, Zak 2010/196.

OGH vom 21.12.2009, 8 ObA 69/09v, ARD 6068/4/2010.

OGH vom 18.2.2010, 8 ObA 27/09t, RdW 2010/535.

OGH vom 22.4.2010, 8 ObA 58/09a, ARD 6088/1/2010.

OGH vom 22.9.2010, 8 ObA 63/09m, RdW 2011/236 = DRdA 2011/40 (*Schrittwieser/Vazny-König*).

OGH vom 7.6.2011, 5 Ob 44/11y, Zak 2011/486.

OGH vom 18.7.2011, 6 Ob 246/10k, ARD 6187/8/2011.

OGH vom 24.08.2011, 3 Ob 128/11m, Zak 2011/627.

OGH vom 25.10.2011, 9 ObA 78/11b.

OGH vom 21.12.2011, 9 ObA 118/11k, RdW 2012/236 = JBl 2012, 261.

OGH vom 15.3.2012, 6 Ob 12/12a, Zak 2012/354.

OGH vom 26.11.2012, 9 ObA 5/12v, ARD 6307/3/2013.

OGH vom 29.1.2013, 9 ObA 154/12f, RdW 2013/226 = ARD 6307/2/2013.

OGH vom 25.6.2013, 9 ObA 113/12a, RdW 2013/726.

OGH vom 24.7.2013, 9 ObA 40/13t, ARD 6353/5/2013.

OGH vom 26.11.2013, OGH 9 ObA 110/13m, RdW 2014/453.

OGH vom 27.2.2014, 8 ObA 81/13i, ARD 6399/8/2014 = ASoK 2015, 40 (*Marhold-Weinmeier*) = Jus-Extra OGH-Z 2014/5606 (*Angst/Schwarz*).

OGH vom 25.3.2014, 9 ObA 5/14x, ARD 6399/9/2014.

OGH vom 25.6.2014, 9 ObA 2/14f, RdW 2014/661.

OGH vom 26.6.2014, 8 ObA 69/13z, RdW 2014/657.

OGH vom 26.6.2014, 8 ObA 23/14m, RdW 2014/658.

OGH vom 22.1.2015, 2 Ob 175/14w, Zak 2015/241 (*Kolmasch*).

OGH vom 29.1.2015, 9 ObA 144/14p, ARD 6445/14/2015 (*Lindmayr*).

OGH vom 27.8.2015, 9 ObA 87/15g, ecolex 2015/474 (*Windisch-Graetz*) = ARD 6477/7/2015 (*Lindmayr/Tuma*) = RdW 2016/91 (*Lindmayr/Tuma*) = DRdA-infas 2016/12 (*Schrittwieser*) = DRdA 2016/24 (*Mayr*).

OGH vom 25.05.2016, 9 ObA 117/15v, ARD 6507/4/2016 (*Körber-Risak/Schnabl*) = RdW 2016/464 (*Lindmayr*) = Jus-Extra OGH-Z 2017/6152 (*Angst/Schwarz*).

OGH vom 17.8.2016, 8 ObA 47/16v, RdW 2016/564 (*Lindmayr*) = ARD 6517/5/2016 (*Lindmayr*) = ZAS 2018/29 (*Risak*).

OGH vom 29.9.2016, 9 ObA 49/16w, ARD 6526/8/2016 (*Lindmayr*).

OGH vom 25.10.2016, 8 ObA 63/16x, ARD 6526/9/2016 (*Lindmayr*) = DRdA-infas 2017/24 (*Schrittwieser*).

OGH vom 29.3.2017, 6 Ob 38/17g.

OGH vom 20.4.2017, 9 ObA 38/17d, ARD 6551/5/2017 (*Lindmayr*).

OGH vom 24.5.2017, 9 ObA 11/17h, ARD 6553/10/2017 (*Sabara*).

OGH vom 25.7.2017, 9 ObA 48/17z.

OGH vom 28.11.2017, 2 Ob 189/16g, Zak 2018/60 (*Kolmasch*).

OGH vom 22.3.2018, 2 Ob 218/17y, Jus-Extra OGH-Z 2018/6403 (*Angst/Schwarz*) = ZVR 2019/55 = Zak 2018/335 (*Kolmasch*).

OGH vom 10.4.2018, 5 Ob 34/18p, DAG 2018/64 (*Zahr*l).

OGH vom 25.6.2018, 8 ObA 30/18x.

OGH vom 29.8.2018, 1 Ob 130/18a, Zak 2018/687 (*Kolmasch*).

OGH vom 27.2.2019, 9 ObA 118/18w, DRdA-infas 2019/108 (*Kaltschmid*).

OGH vom 29.8.2019, 6 Ob 52/19v, Zak 2019/681 (*Kolmasch*).

OGH vom 20.2.2020, 5 Ob 214/19k, Zak 2020/341 (*Kolmasch*).

OGH vom 29.9.2020, 9 ObA 66/20a, RdW 2021/296 = ARD 6744/8/2021 (*Sabara*).

OGH vom 29.4.2021, 9 ObA 19/21s, ARD 6763/5/2021 (*Sabara*).

OGH vom 17.12.2021, 8 ObA 6/21x, ARD 6838/13/2023 (*Lass-Könczöl*).

OGH vom 24.1.2023, 9 ObA 135/22a, RdW 2023/380 (*Lindmayr*).

OGH vom 24.5.2023, 8 ObA 32/23y, RdW 2023/662 (*Lindmayr*).

OGH vom 23.10.2023, 6 Ob 205/22y, RdW 2024/133 (*Kriwanek/Tuma*) = ÖJZ 2024/145 (*Annerl*).

OLG

OLG Graz vom 25.7.2013, 3 R 127/13s, ÖJZ 2014/76.

OLG Graz vom 19.5.2016, 6 Ra 30/16b (in anonymisierter Ausfertigung vom Präsidium des OLG Graz zur Verfügung gestellt), bestätigt in OGH vom 17.8.2016, 8 ObA 47/16v, RdW 2016/564 (*Lindmayr*) = ARD 6517/5/2016 (*Lindmayr*) = ZAS 2018/29 (*Risak*).

OLG Innsbruck vom 27.6.2016, 69 Cg 36/11k, ZVR 2016/200, 456.

OLG Innsbruck vom 14.4.2017, 15 Ra 13/17z, ARD 6579/14/2017 (*Lindmayr*).

OLG Linz vom 2.10.1991, 2 R 157/91, ZVR 1992/81.

OLG Linz vom 11.01.2002, 4 R 232/01t, ZVR 2002/68.

OLG Linz vom 20.10.2010, 12 Ra 71/10p, ARD 6119/4/2011.

OLG Linz vom 16.1.2015, 12 Ra 2/15y, ARD 6440/10/2015 (*Sabara*)

OLG Linz vom 21.9.2016, 12 Ra 63/16w, ARD 6526/7/2016 (*Lindmayr*).

OLG Linz vom 13.1.2021, 12 Ra 64/20y, DRdA 2021/39 (*Luksch*) = ARD 6738/6/2021 (*Lindmayr*).

OLG Wien vom 4.3.1987, 18 R 9/87, EFSlg 54.257.

OLG Wien vom 25.9.1992, 12 R 161/92, WR 572.

OLG Wien vom 24.8.1994, 16 R 159/94, WR 668.

OLG Wien vom 29.6.2000, 17 R 82/00d, WR 888.

OLG Wien vom 19.12.2001, 7 Ra 407/01a = ARD 5351/13/2002.

OLG Wien vom 6.11.2002, 8 Ra 183/02v, teilweise abgeändert in OGH vom 20.3.2003, 8 ObA 18/03k, PVInfo 2016, 22 (*Gerhartl*) = ARD 5414/6/2003.

OLG Wien vom 3.3.2003, 15 R 22/03w, ZVR 2005/38.

OLG Wien vom 27.6.2003, 9 Ra 66/03x, ARD 5447/3/2003.

OLG Wien vom 19.01.2005, 9 Ra 163/04p, ARD 5608/8/2005.

OLG Wien vom 30.1.2007, 8 Ra 147/06f, ARD 5815/3/2007.

OLG Wien vom 13.4.2007, 9 Ra 163/06s, ARD 5815/5/2007.

OLG Wien vom 18.7.2007, 7 Ra 69/07d, ARD 5815/4/2007.

OLG Wien vom 22.12.2009, 7 Ra 79/09b, ARD 6068/7/2010.

OLG Wien vom 24.5.2012, 7 Ra 1/12m.

OLG Wien vom 23.1.2013, 8 Ra 57/12m.

OLG Wien vom 30.1.2013, 7 Ra 96/12g.

OLG Wien vom 23.5.2013, 8 Ra 13/13k.

OLG Wien vom 25.6.2013, 7 Ra 54/13g.

OLG Wien vom 25.6.2013, 9 Ra 37/13x.

OLG Wien vom 27.8.2013, 7 Ra 73/13a (in anonymisierter Ausfertigung von der Abteilung 8 des Landesgerichts St. Pölten als Arbeits- und Sozialgericht zur Verfügung gestellt), bestätigt in OGH vom 27.02.2014, 8 ObA 81/13i, ASoK 2015, 40 (*Marhold-Weinmeier*) = Jus-Extra OGH-Z 2014/5606 (*Angst/Schwarz*).

OLG Wien vom 18.12.2013, 10 Ra 89/13a, ARD 6393/13/2014.

OLG Wien vom 25.5.2016, 10 Ra 28/16k, ARD 6517/6/2016 (*Lindmayr*).

OLG Wien vom 27.3.2018, 10 Ra 113/17m, ARD 6617/5/2018 (*Lindmayr*).

OLG Wien vom 17.5.2018, 9 Ra 117/17t, ARD 6617/4/2018 (*Lindmayr*).

OLG Wien vom 30.10.2018, 10 Ra 29/18k, ARD 6629/8/2018 (*Lindmayr*).

OLG Wien vom 30.1.2020, 7 Ra 31/19h, ARD 6705/10/2020 (*Lindmayr*).

OLG Wien vom 27.4.2020, 10 Ra 6/20f, ARD 6705/7/2020 (*Lindmayr*).

OLG Wien vom 25.11.2020, 9 Ra 38/20d, ARD 6744/7/2021 (*Sabara*).

OLG Wien vom 26.1.2023, 10 Ra 92/22f, ARD 6862/6/2023 (*Lindmayr*).

ASG Wien / LG

ASG Wien vom 26.6.1996, 19 Cga 182/94, ARD 4803/1/96.

ASG Wien vom 6.5.1998, 24 Cga 230/97m, ARD 4970/5/1998.

ASG Wien vom 28.3.2006, 22 Cga 80/05b, ARD 5720/4/2006.

ASG Wien vom 10.7.2006, 15 Cga 108/06w, ARD 5720/4/2006.

ASG Wien vom 27.11.2006, 27 Cga 74/05g, ARD 5765/1/2007.

ASG Wien vom 23.3.2011, 9 Cga 23/10g, ARD 6157/2/2011.

ASG Wien vom 30.9.2019, 21 Cga 41/16a (in anonymisierter Ausfertigung von der Klagevertreterin zur Verfügung gestellt), bestätigt in OGH vom 29.4.2021, 9 ObA 19/21s, ARD 6763/5/2021 (*Sabara*).

LGZ Wien vom 27.11.1987, 42 R 682/87, WR 316.

LGZ Wien vom 25.6.2007, 45 R 197/07i, EFSlg 117.937.

LG Graz vom 14.9.2005, 33 Cga 122/04y, RIS-Justiz: EGZ00020 33Cga122.04y.

LG Salzburg vom 14.7.2006, 18 Cga 120/05t, 18 Cga 121/05i, ARD 5732/6/2006.

LG St. Pölten vom 26.3.2013, 8 Cga 20/12k (in anonymisierter Ausfertigung von der Abteilung 8 des Landesgerichts St. Pölten als Arbeits- und Sozialgericht zur Verfügung gestellt).

Weitere

BGH vom 15.11.1994 VI ZR 56/94 NJW 1995, 861-865.

BGH vom 5.12.1995 VI ZR 332/94 NJW 1996, 984-985.