



ÖGER Research Paper Series

Nr. 3/2022

„Gender Equality im internationalen und europäischen
(Wirtschafts-) Recht. Eine Analyse normativer Ziele, Diskurse,
Diskriminierungsschutzkonzepte und bereichsspezifischer
Regelungen“

verfasst von
Christian Berger

Wien, 2022

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	1
1 Einleitung.....	3
1.1 Forschungsthema und Erkenntnisinteresse	3
1.2 Rechtstheoretische Vorbemerkungen.....	5
1.3 Gang der Untersuchung, Methoden und Methodenkritik.....	9
2 Rechtliche Grundlagen, rechtstheoretische und -politische Einordnungen....	14
2.1 Europäisches Wirtschaftsrecht – Ziele, Gleichstellungsimplicationen und Diskriminierungsverbote	14
2.2 Globale Gleichheitsgarantien und Gleichstellungsvorgaben	20
2.3 EU Gender Acquis – Gender Mainstreaming und Gleichstellung im/durch europäisches Recht	22
2.4 (K)ein europäisches Sozialmodell durch Diskriminierungsverbote und Gleichstellungsrecht? – Grundlegende Fragen, Kritik, Kontroversen	26
3 Gender Equality in (wirtschafts)rechtlichen Teilgebieten	33
3.1 Der Fall „Positive Maßnahmen“ am Beispiel „Quotenregelungen“ – Begründungslinien, Telos und Genese eines umstrittenen Gleichstellungsinstruments.....	33
3.1.1 Die rechts- und moralphilosophische Legitimitätsdebatte	33
3.1.2 Die europäische und österreichische Ebene – EuGH-Judikatur und aktuelle rechtspolitische Entwicklungen	38
3.1.3 Exkurs: „Nichtdiskriminierende Nichtanwendung“ von Quotenregelungen in Österreich	45
3.2 Der Fall „Lohn(un)gleichheit“ – Zwischen Individualansprüchen und struktureller Diskriminierung	47
3.2.1 Lohngleichheit als europäisches Verfassungsprinzip.....	47

3.2.2	Zur (fehlenden) kollektiven Dimension	49
3.2.3	Exkurs: Entgelttransparenz in Österreich im Spiegel der EU-Rechtsentwicklung – „Prinzip ohne Praxis?“	52
3.3	Der Fall „Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz“ – im Spiegel internationaler und europäischer rechtlicher Entwicklungen	54
3.3.1	„Speaking Truth to Power“ – US-amerikanische Ursprünge eines Rechtsinstituts.....	54
3.3.2	Diffusion und Institutionalisierung – der Tatbestand der sexuellen Belästigung im EU-Sekundärrecht und österreichischen Recht	58
3.4	Der Fall „(Geschlechts)diskriminierende Werbung“ – Diskriminierungs- oder Wettbewerbsschutz?	64
3.4.1	Sexismus in Kulturindustrie und Wirtschaft	64
3.4.2	Wie (geschlechterdiskriminierende) Werbung in der Europäischen Union reguliert ist	66
3.4.3	Wie (geschlechterdiskriminierende) Werbung in Österreich reguliert ist	71
3.4.4	Regulierung (geschlechts)diskriminierender Werbung durch Wettbewerbsschutz und/oder Antidiskriminierungsrecht in Österreich?	75
4	Schlussbetrachtungen	80
5	Literaturverzeichnis	86

1 Einleitung

1.1 Forschungsthema und Erkenntnisinteresse

Gleichheit als zentrales Rechtsprinzip gilt europaweit als elementare Anforderung an Rechtssetzung und Rechtsanwendung. Das Diskriminierungsverbot gilt – als Ausdruck des Gleichheitsgrundsatzes – als allgemeiner Rechtsgrundsatz, der schon vor seiner Verankerung in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Grundrechtecharta, GRC) als ungeschriebenes Prinzip des Gemeinschaftsrechts anerkannt war.¹ Die hochrangige und vielfache Verankerung von gleichheitsgarantierenden und gleichheitsförderlichen Normen hat indes einen differenzierten rechtlichen Standard gesetzt: „Der Dualismus von ‚Gleichberechtigung‘ und tatsächlicher ‚Gleichstellung‘ ist heute zum Grundtatbestand des Europäischen Unionsrechts zu zählen.“²

Die Anerkennung von Gleichheit und die aktive Gleichstellung von Frauen und Männern ist in diesem Zusammenhang besonders hervorzuheben – Geschlechtergleichheit beziehungsweise *Gender Equality* kommt in der europäischen Politik und im Europarecht eine besondere Bedeutung zu: Unter dem Titel *Gender Mainstreaming* verfolgt die Europäische Union seit der Amsterdamer Revision der Verträge 1999 das Ziel, Gleichstellung als sogenannte Querschnittsmaterie³ in allen Politikfeldern und auf allen Ebenen – unter Beachtung beziehungsweise als bereichsspezifische Konkretisierung der Kohärenzpflicht⁴ des Art. 7 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)⁵ – voranzutreiben sowie institutionell zu verankern. Als Rechtsgrundlage und zugleich Auftrag statuiert Art. 8 AEUV: „Bei allen ihren Tätigkeiten wirkt die Union darauf hin, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern.“⁶ Diese

¹ EuGH vom 5.10.1994, Rs. C-280/93, *Deutschland/Rat*.

² Kucsko-Stadlmayer/Kuras 2013, Rz. 2.

³ Als Querschnittsmaterie beziehungsweise Querschnittsklauseln finden sich im AEUV abgesehen von der Gleichstellung (Art. 8) auch in den Unionspolitiken zur Nichtdiskriminierung (Art. 10), Sozialpolitik (Art. 9), zum Verbraucherschutz (Art. 12), Tierschutz (Art. 13), in der Kulturpolitik (Art. 167 Abs. 4), im Gesundheitswesen (Art. 9 und Art. 168 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV) und in der Industriepolitik (Art. 173 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 UAbs. 1 Satz 1), vgl. weiterführend Wegener 2014, 40 ff.

⁴ Sporrer 2019, Rz. 1.

⁵ „Union achtet auf die Kohärenz zwischen ihrer Politik und ihren Maßnahmen in den verschiedenen Bereichen und trägt dabei unter Einhaltung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung ihren Zielen in ihrer Gesamtheit Rechnung.“

⁶ Vgl. auch Art. 3 Abs. 2 EUV.

Vorgabe des *Gender Mainstreamings* auf Grundlage von Art. 8 AEUV wird anschließend an Baer als „Operationalisierung des Rechts auf Gleichheit“⁷ verstanden.

Das europäische Recht sieht in all seinen Gestalten – Primärrecht, Sekundärrecht und dem Case Law des EuGH – Gleichstellungsvorgaben und -standards vor, die in den letzten Jahrzehnten entwickelt, auf- und ausgebaut wurden.⁸ Ausgangspunkt der vorliegenden Untersuchung ist ebendiese rechtliche Entwicklung. Die Arbeit untersucht die Operationalisierungen des Rechts auf Gleichheit im Hinblick auf einige ausgewählte Materien und Maßnahmen des europäischen und österreichischen (Wirtschafts-)Rechts, darunter vor allem des europäischen Arbeitsrechts, Organisation- und Gesellschaftsrecht, Wirtschaftswerbung (wettbewerbsrechtliche und antidiskriminierungsrechtliche Aspekte). Sie nimmt besonders Bezug auf die Wechselwirkung von Diskursen, Recht und die Realität der faktischen sozialen und wirtschaftlichen Benachteiligung von Frauen im Arbeits- und Wirtschaftsleben⁹, durch Ungleichheit strukturierte Gender-Ordnungen in Organisationen¹⁰ sowie Gender- und *Diversity*-Implikationen von Unternehmensführung und Wettbewerb.¹¹ Neben den für die Untersuchung zentralen Art. und Art. 157 AEUV finden im Weiteren die Prinzipien und Anforderungen der Art. 10 und 18 AEUV und der Art. 2 und Art. 3 Abs. 3 des Vertrages der Europäischen Union (EUV), der Art. 20 und Art. 21 der GRC, der EU-Grundfreiheiten und Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und des Art. 7 des Bundes-Verfassungsgesetzes (B-VG) sowie das europäisierte nationale Recht in den relevanten Teilgebieten in der Arbeit Beachtung.

Es werden einige, einschlägige europäische Rechtsentwicklungen in interdisziplinär-rechtswissenschaftlicher, vergleichender sowie die die in Frage stehenden Regelungen *de lege lata* respektive *de lege ferenda* begleitenden rechtspolitischen Diskurse aufgreifender Weise analysiert. Diese Regelungen werden hier als wirtschaftsrechtliche Regulierungen gefasst, unterschiedliche Bereiche der Wirtschaft (Unternehmensorganisation und -führung, Entgeltsysteme und -gestaltung, Grenzen

⁷ Baer 2002.

⁸ Zu diesen politischen und rechtlichen Entwicklungsprozessen siehe vertiefend Liebert 2003.

⁹ Vgl. zur Gleichstellungssituation für Österreich Schlager, international OECD 2017; zur wissenschaftlichen Debatte grundlegend Moss Kanter 1977/1993; Acker 1990; Correll 2001.

¹⁰ Vgl. dazu etwa Pasero/Priddat 2004; Acker 2006; Funder 2014; Rastetter/Jüngling 2018.

¹¹ Vgl. dazu etwa Pasero 2004; Weber/Zulehner 2010, 2014; Gruhlich 2013.

von Wirtschaftswerbung) lenken, intervenieren, steuern und verwalten¹² – und verändern. Dabei wurde neben der internationalen beziehungsweise europäischen Ebene auf österreichische Besonderheiten besonders Bezug genommen.

Für die vorliegende Arbeit wird unter Berücksichtigung der spezifisch europäischen historische Grundrechtstrias „Menschenwürde-Freiheit-Gleichheit“ – als Bestandteil eines modernen, globalen Konstitutionalismus¹³, ein differenziertes, substanzielles Grundverständnis von Gleichheit zur Anwendung gebracht, nach der diese „kein symmetrisches Recht, sondern ein Recht gegen spezifische Asymmetrien“¹⁴ normiert. In diesem Sinne untersucht diese Arbeit „emanzipatorisches Recht“¹⁵ beziehungsweise potenziell emanzipatorisch wirkendes Recht im wirtschaftlichen Kontext unter Herausarbeitung von Wesensmerkmalen, Gemeinsamkeiten und Unterschieden der Entwicklung und Standards in den unterschiedlichen Teilrechtsgebieten.

1.2 Rechtstheoretische Vorbemerkungen

Recht – mit *Foucault* als Machttechnologie verstanden¹⁶ – hat in diesem Sinne nicht nur eine ge- und verbotende Funktion, sondern vielmehr eine produktive, gegebenenfalls auch emanzipatorische Dimension. Durch das Recht vermittelte Herrschaft ist keine, die bloß ‚von oben‘ exerziert wird, sondern, wie *Foucault* betont, über Selbsttechnologien und Mentalitäten Menschen so anleitet, dass die sich ‚selbst führen‘, Regeln als eigene Regeln (und damit Ungleichheiten und vermeintliche Normen als Normalitäten¹⁷) übernehmen, inkorporieren und mit Sinn ausstatten.¹⁸

¹² Kilian/Wendt 2016, 110.

¹³ Baer 2008, 23.

¹⁴ Baer 2013, 110; siehe dazu weiterführend Baer 1995.

¹⁵ Siehe zu dieser Rechtsfigur Holzleithner 2008; emanzipatorische Maßnahmen im Recht können nach *Holzleithner* in die Aufhebung von diskriminierenden oder einschränkenden Rechtsnormen, deren gleichheitsrechtlicher Modifikation beziehungsweise umfassende Reorganisation und/oder die Schaffung neuer, emanzipatorischer Rechtsnormen gegliedert werden, vgl. Holzleithner 2014, 105.

¹⁶ Foucault 2001, 41; siehe dazu auch Golder/Fitzpatrick 2009 und 2010.

¹⁷ „Normalisierung“ meint nach *Foucault* dagegen die Anpassung an die „empirische Normale“ mittels Sicherheitsdispositiven: „In der Bevölkerung auftretende Phänomene werden im Zuge ihrer statistischen Erfassung mit Normalitätskurven verknüpft und ermöglichen damit eine Ortung von Normalem und Anormalem. Die Normalitätskurven, die in ihnen ausgedrückten Häufigkeiten, dienen schließlich als Norm. Die Norm leitet sich also vom Normalen ab. [...] Mit der Einsetzung von Sicherheitsmechanismen verschwinden Gesetz und Disziplin jedoch als Machttechnologien nicht, sie ergänzen diese vielmehr“ (Michalitsch 2012, 117).

¹⁸ Foucault 1987, 255; siehe dazu auch Baer 2015, 156 f.; Michalitsch 2012, 113 f.

In einer solchen, von *Foucault* inspirierten Perspektive der Gouvernementalität, ist die juristische Macht also nicht ausschließlich repressiv, denn Recht dient nicht nur der Bestrafung, Unterdrückung und Disziplinierung/Normierung¹⁹ von Subjekten, sondern wirkt auch *produktiv*.²⁰ Recht eröffnet Möglichkeiten und stellt Subjektivität her. Es ist bedeutsames gesellschaftliches Steuermedium.²¹ Dies wird vor allem deutlich, wenn man Recht nicht (ausschließlich) als Instrument des Staates versteht, also unter Recht nicht nur ‚repressives‘ Recht, insbesondere justizielle Angelegenheiten, Strafrecht und Polizeirecht, versteht, sondern die grund- und menschenrechtliche, zivil- und wirtschaftsrechtliche und nicht zuletzt sozial-normative Dimension und damit die Gestaltungs- und Handlungsmöglichkeiten rechtlich handelnder Subjekte und Institutionen ins Kalkül zieht.²² Diese ist jedoch nur sinnvoll im Hinblick auf die Signifikanz und Zentralität des Staates zu begreifen, wie *Eisenstein* in kritischer Erweiterung des foucaultschen Denkansatzes betont:

„The state establishes a context in which the relations of power operate. In other words, power is located in and through multiple sites, but these sites exist *in relation to a state*, which helps to establish the multiple discourses about power.“²³

Anschließend an *Holzleithner* gehe ich nicht nur davon aus, dass das Recht in der Verpflichtung steht, Bedingungen gleicher Freiheit zu ermöglichen, sondern, dass in dieser Verpflichtung auch ein Auftrag zur Emanzipation angelegt ist.²⁴ Der (liberaldemokratische) Staat hat demgemäß die Aufgabe, im Rahmen seiner Möglichkeiten die Bedingungen dafür zu schaffen sowie einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen seiner Subjekte, den natürlichen und rechtlichen Personen, insbesondere auf den

¹⁹ Nach *Foucault* meint „Normierung“ (franz. *normation*) denjenigen Prozess, den Subjekte durchmachen, wenn sie sich dem gesellschaftlichen hervorgebrachten Modell eines optimalen Resultats als Norm anpassen; in diesem Prozess wird zwischen Normalen und Anormalen unterschieden, beide Gruppen werden darin bezeichnet und gekennzeichnet (vgl. Michalitsch 2012, 116 f.).

²⁰ Macht versteht *Foucault* als „die Vielfältigkeit von Kräfteverhältnissen, die ein Gebiet bevölkern und organisieren [...]. Die Möglichkeitsbedingung der Macht [...] liegt nicht in der ursprünglichen Existenz eines Mittelpunktes, nicht in einer Sonne der Souveränität, von der abgeleitete oder niedere Formen ausstrahlen; sondern in dem bebenden Sockel der Kraftverhältnisse, die durch die Ungleichheit unablässig Machtzustände erzeugen, die immer lokal und instabil sind. Allgegenwart der Macht: nicht weil sie das Privileg hat, unter ihrer unerschütterlichen Einheit alles zu versammeln, sondern weil sie sich in jedem Augenblick und an jedem Punkt [...] erzeugt. [...] Die Macht ist der Name, den man einer komplexen strategischen Situation in einer Gesellschaft gibt“ (1976/2013, 1098).

²¹ Baer 2004; Somek 2005 und 2006.

²² Baer 1998, 241 und 2015, 155f.

²³ Eisenstein 1988, 19f., Hervorhebung im Original, siehe auch 16-22.

²⁴ Holzleithner 2011, 439.

in der Philosophie, Rechts- und Gesellschaftstheorie kontrovers diskutierten Ebenen und Dimensionen²⁵ der

- sozial-kulturellen und rechtlichen Anerkennung,²⁶
- der ökonomischen Distribution²⁷ und
- (politischen) Repräsentation.²⁸

All diese Anerkennungsebenen sind in unterschiedlichen Graden durch das Recht realisierbar. Dies gilt auch für den heterogenen Bereich der privaten und öffentlichen Wirtschaft, in der sich verschiedene Gruppen – beispielsweise ArbeitnehmerInnen, KonsumentInnen, UnternehmerInnen und ihre jeweiligen Verbände sowie der Staat und seine Institutionen – begegnen und sich unterschiedliche, bisweilen gegensätzliche Interessen artikulieren.

Liberale Theorien von Recht und Staat setzen Menschen als schon frei und gleich voraus, verstehen unter *Menschen* allerdings in erster Linie *Personen*. Sie setzen auch voraus, dass die vernünftigen, autonomen, vollwertigen, das heißt männlichen²⁹, *weißen*, heterosexuellen, gesunden und wirtschaftlich selbstständigen Rechtssubjekte in der öffentlichen Sphäre agieren und dabei unabhängig voneinander als auch von familiär-häuslichen Notwendigkeiten und damit in der Lage sind, frei politisch und rechtsgeschäftlich zu handeln.³⁰ Diese Denkbewegung wirkt im modernen, liberalen Rechtsdenken fort; Subjekten wird zwar die vollwertige Rechtspersönlichkeit kraft ihres Menschseins zuerkannt, an die Realisierung von vollwertigen *Rechtspositionen* sind hingegen spezifische Erwartungen geknüpft, die bisweilen nur durch idealtypische männliche Biografien und Lebensweisen zu erfüllen sind. Geschlecht

²⁵ Vgl. dazu etwa Fraser/Honneth 2015.

²⁶ Siehe dazu die Kapitel „Der Fall ‚Lohn(un)gleichheit‘“, „Der Fall ‚Sexuelle Belästigung‘“ sowie „Der Fall ‚(Geschlechts)diskriminierende Werbung‘“ in dieser Arbeit.

²⁷ Siehe dazu das Kapitel „Der Fall ‚Lohn(un)gleichheit‘“ in dieser Arbeit.

²⁸ Siehe dazu das Kapitel „Der Fall ‚Positive Maßnahmen‘ am Beispiel ‚Quotenregelungen‘“ in dieser Arbeit.

²⁹ Der Begriff „männlich“ ist hier nicht biologisch, sondern historisch und sozial-konstruktivistisch zu verstehen: „In a feminist perspective, the formulation of each issue [...] expresses ideologically the same interest that the problem it formulates expresses concretely: the interest from the male point of view. Women experience the sexual events these issues codify as a cohesive whole within which each resonates. The defining theme of that whole is the male pursuit over women’s sexuality – men not as individuals or as biological beings, but as a gender group characterized by maleness as socially constructed“ (MacKinnon 1982, 445).

³⁰ Schmidt 2012, 75 f.

wird im Liberalismus nämlich gerade nicht als materieller Machtunterschied, sondern als natürliche Differenz angenommen.³¹

So sind arbeits- und sozialrechtliche Ansprüche eng mit der Dauer von Erwerbsarbeit und der Höhe von Erwerbseinkommen verbunden, orientieren sich am Modell des männlichen Normalarbeitsverhältnisses³² und blenden unbezahlte, sorge- und versorgungsökonomische Arbeitsleistungen weitgehend aus.³³ Die punktuelle Honorierung familiärer Sorge- und Versorgungsarbeit durch die Anrechnung von Kindererziehungszeiten reagiert auf weibliche Lebenskontexte, schreibt diese jedoch zugleich fest, ohne deren ökonomischen und vor allem soziokulturellen Nachteile gänzlich auszugleichen. Damit wird die vergeschlechtlichte Segregation ökonomischer Sphären, insbesondere am Arbeitsmarkt, normativ verstärkt.³⁴

Verkompliziert wird, wie aus dem Ausgeführten hervorgeht, das Verhältnis von Recht, Ansprüchen auf Gleichheit und Anerkennung, durch die Kategorie Geschlecht, die in diesen Bereichen eine Substruktur bildet und Interessenslagen vervielfältigt. Deutlich wird dies nicht zuletzt daran, wie der Rechtsdiskurs das Geschlechterverhältnis vor allem entlang der Achse Gleichheit/Differenz grundlegend konstruiert: Im Recht, so Baer, „verdoppelt“ sich die vermeintlich natürliche Differenz zwischen Männern und Frauen durch ihre Übernahme, Affirmation und Legitimation durch die mit Zwangsgewalt ausgestattete Rechtsordnung (durch Rechtstexte, Frauenförderungsmaßnahmen, aber auch die Rechtsprechung und *doing law*), womit der vermeintlich natürlichen, binären Geschlechterordnung ein legaler Anstrich verliehen wird.³⁵ Dies geschieht durch die rechtliche Kodierung des Körpergeschlechts nach der Geburt durch die Eintragung eines von zwei möglichen Geschlechtern in das Personenstandsregister, durch das Zuweisen eines

³¹ MacKinnon 1989, 58.

³² Verstanden als „institutionelles Arrangement, mit dem abhängige Beschäftigung, existenzsicherndes Einkommen, Sozialversicherungsschutz sowie die Geltung überindividueller, kollektivvertraglicher und rechtlicher Regelungen zur strukturbildenden Norm der Regulierung von Lohnarbeit“ (Kratzer/Sauer 2003: 581) einhergehen, das jedoch durch Arbeitsmarktderegulierung und Prekarisierung von Lebensrealitäten erodiert (vgl. Liebscher 2012, 153 f.).

³³ Wersig 2012.

³⁴ Michalitsch 2006, 123 ff.

³⁵ Baer 2015, 149.

geschlechtstypischen Namens und der Erwartung an eine damit übereinstimmende Geschlechtsidentität und entsprechenden heterosexuellen Orientierung.³⁶

Ein diesen Komplexitäten von Recht und Geschlecht, Gleichstellung und Gleichstellungsrecht angemessenes feministisch-rechtswissenschaftlichen Verständnis bietet *Baer*, nach dem „nichts ohne Gender, aber auch nichts reduziert auf das Geschlecht gedacht werden kann, und es ist einem Verständnis von Gleichheit geschuldet, das nicht nur auf Individuen, sondern auf Strukturen achtet.“³⁷

Im Fokus der Untersuchung stehen daher die systematische Aufarbeitung der rechtlichen Grundlagen und eine rechtstheoretische Einordnung der Ausprägungen und Anwendungsfällen von Gleichheit im europäischen Recht, konkret der bisweilen im politikwissenschaftlichen Diskurs auch als „Innovation“³⁸ bezeichneten Strategie *Gender Mainstreaming*, des normativen Ziels *Gender Equality* in unterschiedlichen wirtschaftsrechtlichen Teilgebieten.

1.3 Gang der Untersuchung, Methoden und Methodenkritik

Die einschlägigen primärrechtlichen und verfassungsrechtlichen Normen und sekundären, materiellen Rechtsgebiete werden in ihrer Struktur, ihrem Bedeutungsgehalt, ihrer Relation zueinander und (einigen) ihrer historischen und rezenten Entwicklungen analysiert. Zu beobachten ist etwa, dass die GRC in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGHs) nunmehr mehr Beachtung und damit Bedeutung gewonnen hat.

Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz, der in traditioneller, formeller Auslegungs- und Anwendungsart bedeutet, dass vergleichbare Personen und Sachverhalte gleich behandelt werden, unterschiedliche Personen und Sachverhalte ungleich, gehört zu den wesentlichen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts. Er bezieht sich auf kein bestimmtes Diskriminierungsmerkmal, er gilt nach *Tobler* als „general principle tout court“. ³⁹ In den Art. 20 und 21 GRC wurden Rechtsgleichheit und Nichtdiskriminierung explizit aufgenommen. Daneben gibt es spezielle Gleichheitsgebote, die sich auf bestimmte Diskriminierungsmerkmale beziehen.⁴⁰

³⁶ Holzleithner 2002, 20f.; Holzleithner 2009 mit weiteren Nachweisen.

³⁷ Baer 2008, 21.

³⁸ Bothfeld/Gronbach/Riedmüller 2002.

³⁹ Tobler 2013, 447.

⁴⁰ Tobler 2013, 449.

Für die Zwecke der Untersuchung wirtschaftsrechtlicher Teilgebiete ist darüber hinaus der allgemeine Gleichheitsgrundsatz in seiner mittelbaren Geltung und Wirkungsweise relevant, da für diese Rechtsgebiete – von den für das Funktionieren des Binnenmarktes zentralen Grundfreiheiten abgesehen – keine spezifischen Diskriminierungsverbote geschaffen wurde. Gleichbehandlungspflichten werden in diesem Bereich traditionell als „Ausnahmen“ konzipiert, mit denen die Privatautonomie unangemessen einschränkt werde⁴¹ – die Annahmen hinter diesem Ansatz und die Auslegungs- und Anwendungsart scheint im Lichte neuerer, kontextspezifischer Untersuchungen und Erkenntnisse⁴² als überholt.

Im Wirtschaftsrecht gilt es, die Bedeutung des normativen Ziels *Gender Equality* und die Reichweite des Gleichheitsgrundsatzes insbesondere auch im Hinblick auf politische Entschlüsse, rechtsvergleichende Entwicklungen in der Regulierung von (Wirtschafts-)Werbung sowie europäische primär- und sekundärrechtliche Vorgaben in Bereichen des Arbeits- und Wirtschaftslebens zu untersuchen. Dies erfolgt auch unter Einbezug von rechtstheoretischen und rechtspolitischen Debatten, die für ein gehaltvolles Verständnis der Rechtsentwicklungen von wesentlicher Bedeutung sind.

Ziel ist es, anhand einiger ausgewählter Rechts- beziehungsweise Regulierungsdiskurse und -felder die gleichheitsrechtliche Rechtfertigung beziehungsweise Gebotenheit von gleichheits- und antidiskriminierungsrechtlichen Beschränkungen und Begrenzungen zum Schutz des Binnenmarktes und der Institution Wettbewerb, von MitbewerberInnen und auch KonsumentInnen analysierend nachzuvollziehen. Formell-rechtliche und institutionelle Implikationen werden dabei nur nachgeordnet behandelt.

Zentrale Methoden der Untersuchung sind die juristische Auslegung und Einordnung von Rechtsmaterien sowie die rechtswissenschaftliche Analyse von Theorien, Texten und Judikatur, wobei der Fokus nicht nur auf einer strukturierten, an vom Erkenntnisinteresse angeleiteten Aufarbeitung und Darstellung des Untersuchungsgegenstandes (des europäischen Wirtschafts- und

⁴¹ Siehe zu diesen Kontroversen das Kapitel „Diskriminierung und Antidiskriminierung im europäischen (Wirtschafts-)Recht? Grundlegende Fragen und Kontroversen“ in dieser Arbeit.

⁴² Grünberger 2013.

Gleichstellungsrechts), sondern gleichwohl auch auf einer abwägenden und kritisch-konstruktiven Auseinandersetzung mit unterschiedlichen Argumenten in den durchaus interdisziplinären Fachdiskursen – Recht im Kontext von Geschlechterforschung, Soziologie und Ökonomie, insbesondere poststrukturalistischer Theorie – liegt. Deshalb behilft sich die Arbeit – in ihrer Auseinandersetzung mit heterogenen Quellen und Wissensbeständen – auch der Methode der kritischen Diskursanalyse.⁴³

Dadurch wird die Weiterentwicklung des Meinungs- und Forschungsstandes und der einschlägigen rechtlichen und interdisziplinären Ansätze angestrebt. Bei der Befassung wird sowohl auf internationale als auch österreichische Literatur eingegangen, Entwicklungen und Kontroversen werden nachvollzogen und schließlich in Form einer Zusammenschau des Untersuchungsganges eine weiterführende Reflexion präsentiert.

Dabei wird auf die spezifischen Ambivalenzen der juristischen Methode(n) Rücksicht genommen, die in der Auslegung und Anwendung von generell-abstraktem Recht⁴⁴ zum Einsatz kommen. *Benke* umreißt diese methodische Ambivalenz treffend:

„Um komplizierte Verhältnisse in den Griff zu bekommen, braucht es vereinfachende Methoden. Vereinfachung geschieht durch Selektion. Die juristische Disziplin hat die Aufgabe, komplizierte konfliktische Verhältnisse in den Griff zu bekommen – mit dem überragenden Ziel, den gesellschaftlichen Frieden zu wahren. Die juristische Methode ist eine Methode der Selektion, des Ausblendens, der Konzentration; darin liegt ebenso ihre unverzichtbare Leistung wie ihr oft peinlicher Mangel.“⁴⁵

In der rechtlichen Zurichtung von Sachverhalten auf das juristisch Relevante fließen stets moralische und politische Wertungen, pragmatische Überlegungen und narrative Strategien ein, um einen Rechtsfall zu konstruieren, in dem die Kongruenz von Regel und realem sozialen Phänomen mit hoher Wahrscheinlichkeit durch ein Gericht anerkannt wird. Durch diese kontinuierlichen, sprachlichen und methodischen

⁴³ Diese Methode will Diskurse, die in der Gesellschaft geführt wurden und/oder werden, nachvollziehen, ihre innere Ordnung ergründen und darstellen, vgl. dazu Keller 2008

⁴⁴ Dies bedeutet, dass sich Rechtsnormen an einen unbestimmten Kreis natürlicher und juristischer Personen richten und für eine Vielzahl von Fällen Anwendung finden und mit allgemeiner Geltung ausgestattet sind. Verwaltungsakte wie Bescheide sind dagegen individuell-konkret, sie richten sich an eine einzelne Person und gelten auch nur für ihren Fall.

⁴⁵ Benke 1995a, 93.

Abwägungen findet eine selektive Interpretation statt, die, wie *Holzleithner* dies formuliert, komplexe soziale Situationen

„wie Scheinwerfer [...] nur in einem spezifischen Licht erscheinen lassen. Jede Norm, und mag sie noch so „bestimmt“ sein, kann in den Strudel von Interpretationskonflikten geraten, wenn ein Fall sich ihrer routinierten Anwendung widersetzt.“⁴⁶

Neben dieser dem Recht eigenen Unbestimmtheit, ist es gleichermaßen traditionalistisch. Dieser Traditionalismus ist systemimmanent. Der Rechtsdiskurs ist ein Herrschaftsdiskurs.⁴⁷ Die von *Benke* als „Eigengesetzlichkeiten“⁴⁸ der Rechtsordnung bezeichneten Qualitäten der „Kohärenz“⁴⁹ und „Konstanz“,⁵⁰ die sich auf das Denken und Handeln von JuristInnen auswirken, wirken in einer die gegebenen gesellschaftlichen Verhältnisse eher konservierenden Weise: Denken und Handeln werden am Vergangenen, Bewährten, Systematischen und nicht zuletzt am Anspruch an und dem Wert Rechtssicherheit, ausgerichtet.⁵¹ Recht stützt und verlässt sich auf bestehende Machtstrukturen, wird legitim erzeugt, beruht auf „berechtigter Gewalt“⁵² und wird gegebenenfalls mit Gewalt durchgesetzt – die „Gewalt begleitet das Recht wie ein unabwerfbarer Schatten“, wie *Luhmann* in poetischer Weise feststellt.⁵³

Der Diskursbegriff dieser Arbeit folgt der foucaultschen Tradition und meint eine Praxis, deren immanente Regeln bestimmen, wie mit Dingen und Ideen verhandelt, umgegangen, über sie gedacht, debattiert und geschrieben wird. Ein solcher Diskurs findet über ein sich gleichzeitiges Entstehen oder eine sukzessive Verdichtung von Aussagen und kohärenten Begrifflichkeiten statt in einem historischen, nicht-linearen

⁴⁶ Holzleithner 2004, 37.

⁴⁷ Holzleithner 2002, 15 ff.; Benke 1995a, 1995b und 1997.

⁴⁸ Benke 1995a, 95.

⁴⁹ Kohärenz meint in diesem Zusammenhang den „systematische[n] Zusammenhang von Rechtsinstitution und der darin verkörperten Wertungen“ (Benke 1995a, 95), wie etwa der Bürgschaft (selbst ein Rechtsinstitut), die mit anderen Rechtsinstituten des allgemeinen Schuldrechts wie dem Vertrag und der Zession schlüssig und systematisch zusammenhängt und der etwa die Wertung zugrunde liegt, dass KonsumentInnen, die einen Bürgschaftsvertrag mit einem/einer UnternehmerIn abschließen, besonders geschützt sein sollen.

⁵⁰ Konstanz meint in diesem Zusammenhang einen „vertikale[n], im Zeitverlauf liegende[n] Zusammenhang“ (Benke 1995a, 95) und drückt sich darin aus, dass Entscheidungen an früheren höhergerichtlichen Entscheidungen grundsätzlich auszurichten sind.

⁵¹ Benke 1995a, 95.

⁵² Menke 2011, 49.

⁵³ Luhmann 1987, 110.

Prozess.⁵⁴ (vgl. Foucault 1981, 54, 61, 252). Mit anderen Worten drücken *Jørgensen/Phillips* die Relevanz von Diskursen so aus: „a discourse is a particular way of representing the world“.⁵⁵

Ein Diskurs kann an einem Thema festgemacht oder an einer Institution oder aber auch durch eine Kombination dieser und weiterer Aspekte festgemacht werden, die je nach Forschungsinteresse und -ansatz einer Grenzziehung und Schärfung.⁵⁶ Dabei kann eine Vielzahl von Datenmaterial Verwendung finden, historische und aktuelle Rechtsquellen und Rechtsansichten, Fälle gerichtliche Entscheidungen, Daten, Theorien, Essays bis hin zu Medienmeldungen. Die einzelnen Erkenntnisse können dabei wie Versatzstücke gesehen werden, die nach und nach zu einem schlüssigen Gesamtbild zusammengesetzt werden. Es wird versucht, Informationen ausfindig zu machen, die das Material bestätigen oder das Gegenteil dazu bilden; die Art der Auswertung ist relativ frei bestimmbar.⁵⁷

⁵⁴ Siehe Foucault 1981, 54, 61 und 252.

⁵⁵ *Jørgensen/Phillips* 2002, 143.

⁵⁶ Keller 2007, 217 ff.

⁵⁷ Gardt 2007, 27 ff.

2 Rechtliche Grundlagen, rechtstheoretische und -politische Einordnungen

2.1 Europäisches Wirtschaftsrecht – Ziele, Gleichstellungsimplicationen und Diskriminierungsverbote

Mit dem Begriff des europäischen Wirtschaftsrechts sind hier, in einem weiten Sinne, alle Normenbestände gemeint, die das Wirtschaftsleben, also wirtschaftliche Sachverhalte und Verhältnisse von Rechtssubjekten untereinander sowie ihr Verhältnis zum Staat regeln und in einem grenzüberschreitenden, europäischen Zusammenhang stehen. Wobei zum Gegenstandsbereich auch mitgliedstaatliches Recht zählt, insofern es einen Binnenmarktbezug aufweist.⁵⁸ Daher sind Normen diverser Rechtsgebiete erfasst – des Privatrechts, insbesondere des Unternehmens- und Gesellschaftsrechts, aber auch des Arbeitsrechts, des öffentlichen Rechts und auch des Strafrechts. Sie sind im Lichte der Ziele der Europäischen Union zu sehen, allen voran der Errichtung eines Europäischen Binnenmarkts gemäß Art. 3 Abs. 3 EUV sowie die Errichtung einer „Wirtschafts- und Währungsunion, deren Währung der Euro ist“.⁵⁹

Seit der Amsterdamer Revision der Verträge wird die Wechselwirkung zwischen Wirtschafts- und Währungsunion und die aktive Förderung der Gleichstellung (neben anderen Zielen) explizit als Aufgabe der Europäischen Union betont und vorgegeben:

„Aufgabe der Gemeinschaft ist es, durch die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes und einer Wirtschafts- und Währungsunion sowie durch die Durchführung der in den Artikeln 3 und 4 genannten gemeinsamen Politiken und Maßnahmen in der ganzen Gemeinschaft eine harmonische, ausgewogene und nachhaltige Entwicklung des Wirtschaftslebens, ein hohes Beschäftigungsniveau und ein hohes Maß an sozialem Schutz, die Gleichstellung von Männern und Frauen, ein beständiges, nichtinflationäres Wachstum, einen hohen Grad von Wettbewerbsfähigkeit und Konvergenz der Wirtschaftsleistungen, ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität, die Hebung der Lebenshaltung und der Lebensqualität, den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt und die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten zu fördern.“⁶⁰

Zum Zweck dieser Zielerreichung sind der Europäische Union im Bereich des Wirtschaftsrechts eine Vielzahl von ausschließlichen (zum Beispiel Zollunion,

⁵⁸ Kilian/Wendt 2016, 49.

⁵⁹ Art. 3 Abs. 4 EUV.

⁶⁰ Art. 2 EUV, Hervorhebungen durch den Verfasser.

Wettbewerbsrecht, Währungspolitik, gemeinsame Handelspolitik⁶¹) und geteilten (zum Beispiel Binnenmarkt, Sozialpolitik, VerbraucherInnenschutz⁶²) Zuständigkeiten eingeräumt. Zur Errichtung und Entwicklung eines gemeinsamen Marktes mit Grundfreiheiten und einem funktionierenden, fairen Wettbewerb sowie aus Gründen des sozialen Schutzes sind Diskriminierungsverbote, Rahmenbedingungen und bereichsspezifische Regelungen eingeführt worden, die harmonisierend und integrierend wirken sollen.

Art. 3 Abs. 3 EUV normiert, dass die Union einen Binnenmarkt errichtet. Die Errichtung gemeinsamen Marktes, auf dem freier Verkehr von Waren⁶³, Personen⁶⁴, Dienstleistungen⁶⁵ und Kapital und Zahlungen⁶⁶ grenzüberschreitend möglich ist, war für die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft 1957 wesentlich und macht das Wesen der europäischen Wirtschaftsverfassung aus.

Der Rechtsbegriff „Binnenmarkt“ ist nach Art. 26 Abs. 2 AEUV beschrieben als „Raum ohne Binnengrenzen“, in dem die vier Grundfreiheiten „gemäß den Bestimmungen der Verträge“ gewährleistet sind und einen einheitlichen Wirtschaftsraum konstituieren. Bei den Grundfreiheiten handelt es sich um unmittelbar anwendbare, subjektive Rechte einzelner UnionsbürgerInnen.⁶⁷ Adressaten sind primär staatliche Einrichtungen und auch die Europäische Union selbst.⁶⁸

In diesem gemeinsamen Wirtschaftsraum sind, so könnte man argumentieren, die nationalen Grenzen durch die Gewährleistung der Grundfreiheiten, die als Teil des europäischen Verfassungsrechts nach ständiger Rechtsprechung der EuGH Anwendungsvorrang vor nationalem Recht genießen⁶⁹, überwunden. Dies entspricht nicht zuletzt auch einer Europapolitik der negativen Integration durch Verbote von

⁶¹ Vgl. Art. 3 Abs. 1 AEUV.

⁶² Art. 4 Abs. 2 AEUV.

⁶³ Art. 28-37 AEUV.

⁶⁴ Art. 21, 45-48, 49-55 und 49 AEUV.

⁶⁵ Art. 56-62 AEUV.

⁶⁶ Art. 63-66 AEUV.

⁶⁷ Kingreen 1999, 13.

⁶⁸ Thiele 2021, 211.

⁶⁹ Siehe insb. die Leitentscheidungen EuGH vom 5.2.1963, Rs. 106/77, *Van Gend & Loos* und EuGH vom 15.7.1964, Rs. C-6/64, *Costa / E.N.E.L.* sowie zu aktuellen (In-)Fragestellungen des unbeschränkten Anwendungsvorrangs durch nationale Verfassungsgerichte und jüngere Entscheidungen des EuGH Skouris 2021.

Diskriminierungen beziehungsweise Beschränkungen durch die Grundfreiheiten im Bereich Wirtschaft, die auf „Koordinierung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten, dem Binnenmarkt und der Festlegung gemeinsamer Ziele beruht und dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet ist.“⁷⁰

Damit kommt es zu keiner materiellen Rechtsharmonisierung (der positiven Integration) – zu einer einheitlichen europäischen (Wirtschafts-)Rechtsordnung –, sondern zu einer wirtschaftsbereichsspezifischen Konkretisierung des allgemeinen Diskriminierungsverbots des Art. 18 AEUV⁷¹; das heißt, einer Überlagerung nationalen Rechts, das auf Märkten gilt, durch das europäische Binnenmarktrecht, insofern das nationale Recht mit den Grundfreiheiten kollidiert.⁷²

Da der Europäische Binnenmarkt in den Bereich der geteilten Zuständigkeiten⁷³ fällt, ist dem Unionsgesetzgeber zwar eine vorrangige Regelungszuständigkeit auf Grundlage bestimmter legislativer Kompetenzen zugewiesen; daneben dürfen auch die Mitgliedstaaten Recht setzen, sofern und soweit die Europäische Union (noch) nicht tätig wurde. Möglich ist dies auf legislativer Ebene durch die Rechtsangleichung im Binnenmarkt, zu der die EU durch zwei generelle Handlungsermächtigungen nach den Art. 114 und 115 AEUV legitimiert ist.

Aus teleologischer Sicht handelt es sich beim Binnenmarktkonzept um eine Effektivierung der Grundfreiheiten und Sicherstellung eines Systems unverfälschten und unverzerrten beziehungsweise unverfälschten⁷⁴, gleichen und fairen Wettbewerbs (nach den Prinzipien Wettbewerbsfreiheit und Marktgleichheit). Die europäischen Wettbewerbsregeln⁷⁵ bilden sohin „die Grundlage für ein privatrechtlich verfasstes Binnenmarktrecht“.⁷⁶ In Bezug auf die Rechtsinhalte ist der Binnenmarkt jedoch auch gekennzeichnet durch die Weiterentwicklung der Grundfreiheiten von Diskriminierungsverboten zu (allgemeinen) Beschränkungsverboten. Vorangetrieben wurde dies vor allem durch die ‚grundfreiheitliche‘ Judikatur des EuGH, sowie durch

⁷⁰ Art. 119 AEUV, vgl. auch Art 120 AEUV sowie das Protokoll Nr. 27 zum Binnenmarkt und Wettbewerb.

⁷¹ Ehlers 2014, 247.

⁷² Thiele 2021, 2012.

⁷³ Art. 4 AEUV.

⁷⁴ Die Verträge wollen dieses System „schaffen und erhalten“, EuGH vom 22.6.1994, Rs. C-9/93, *IHT Internationale Heiztechnik GmbH u.a.*

⁷⁵ Art. 101-106 AEUV.

⁷⁶ Kilian/Wendt 2016, 110.

das Herkunftslandprinzip und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, wonach die Bestimmungen anderer Mitgliedstaaten als gleichwertig anzuerkennen sind, falls keine einheitlichen europäischen Produktnormen bestehen. Dadurch werden die nationalen Rechtsordnungen zwar formal aufrechterhalten, deren Durchlässigkeit wird jedoch erhöht.⁷⁷

Nur was ist darunter zu verstehen, dass die Grundfreiheiten zwar Diskriminierungsverbote begründen, nunmehr durch den EuGH jedoch als allgemeine Beschränkungsverbote ausgelegt werden und nunmehr als solche wirken? Waren oder Personen dürfen aufgrund ihrer ausländischen Herkunft grundsätzlich nicht anders behandelt werden als inländische Waren oder Personen, erfasst sind unmittelbare (direkte, rechtliche) und unmittelbare (indirekte, faktische) Diskriminierungen.⁷⁸

An dieser Stelle sollte nicht unerwähnt bleiben, dass der EuGH die im europäischen Recht im Allgemeinen, im Antidiskriminierungsrecht im Besonderen zentrale Unterscheidung in unmittelbare und mittelbare Diskriminierung in seiner Rechtsprechung zu den Diskriminierungsverboten aufgrund von Nationalität und Geschlecht entwickelt und verfeinert hat.⁷⁹

Im Kontext der Warenverkehrsfreiheit kann festgehalten werden, dass diese gegenüber privatem Handeln, etwa der Entscheidung einer Unternehmerin, Produkte aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Union nicht zu vertreiben, nicht greift – es besteht demnach keine Drittwirkung. Sollten dieses private Handeln jedoch aufgrund eines (über die Staatsangehörigkeit hinausgehenden) von den Antidiskriminierungsrichtlinien geschützten Merkmals, liegt eine rechtlich verbotene Diskriminierung vor; im Übrigen sind privat gesetzte Handelsschranken vom Wettbewerbsrecht erfasst und verboten.⁸⁰

Das allgemeine Diskriminierungsverbot gemäß Art. 18 AEUV schützt nur vor Schlechterstellung von AusländerInnen gegenüber InländerInnen. „Nach ständiger Rechtsprechung besagt das Diskriminierungsverbot, daß vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich behandelt werden dürften, sofern eine Differenzierung nicht

⁷⁷ Thiele 2021, 2007.

⁷⁸ Thiele 2021, 2012 f.

⁷⁹ Tobler 2008, 23.

⁸⁰ Jaeger 2020, 57.

objektiv gerechtfertigt ist.“⁸¹ Die Grundfreiheiten wirken als *lex specialis* zum allgemeinen Diskriminierungsverbot. Die Tatbestände der Grundfreiheiten gelten für grenzüberschreitende Sachverhalte mit Unionsbezug und nur für diejenigen, die sich auf den Anwendungsvorrang der Grundfreiheiten berufen können und deren mitgliedstaatsübergreifendes Handeln durch nationales Recht beeinträchtigt wird. Denkbare und faktische Beschränkungen sind jedoch wesentlich vielfältiger. Der EuGH hat daher mit dem Beschränkungsverbot Abhilfe geschaffen und festgelegt, dass der Schutzgehalt der Grundfreiheiten dergestalt zu verstehen ist, dass sich Regelungen, die unterschiedslos auf InländerInnen und AusländerInnen, inländische und ausländische Personen, Waren usw., anwendbar sind, auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht am Maßstab der Verhältnismäßigkeit rechtfertigen lassen müssen. Nationale Maßnahmen greifen dann in diesen Schutzgehalt ein, wenn sie die Ausübung der Verkehrsfreiheiten behindern oder weniger attraktiv machen (können).⁸² Diese Weiterentwicklung war im Sinne des *effet utile* in der bekannten *Costa/E.N.E.L.*-Entscheidung⁸³ notwendig, wonach mitgliedstaatliche Gesetze die praktische Wirksamkeit unionsrechtlicher Normen nicht untergraben dürfen. Methodisch lassen sich Maßnahmen ebenso mit einem materiellen Diskriminierungsbegriff daraufhin analysieren, ob sie zwar formal ohne Unterschied ausgestaltet sind, faktisch jedoch dennoch diskriminierend wirken.

Eine Konsequenz aus dieser EuGH-Judikatur ist jedenfalls eine *de facto*-Beweislastumkehr: Mitgliedsstaaten (nicht BürgerInnen oder die Europäische Kommission) müssen bei jeder Maßnahme, die in irgendeiner Weise geeignet ist, eine Behinderung der Verkehrsfreiheiten zu bewirken, darlegen, dass diese Beschränkung als Ausnahme gemeinschaftsrechtlich gerechtfertigt ist.⁸⁴ Der EuGH hat dafür in seiner vorangehenden Judikatur einen Rechtfertigungsstandard entwickelt, der heute als *Gebhard*-Formel bezeichnet wird: wonach „nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, vier Voraussetzungen erfüllen müssen“:

Erstens „Sie müssen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden“;

⁸¹ EuGH vom 17.07.1997, Rs. C-354/95, *National Farmers' Union*, Rn. 61; siehe auch EuGH vom 29.06.1995, Rs. C-56/94, *SCAC*, Rn. 27.

⁸² Siehe EuGH Slg. 1995, I-4164 und 1996, I-1905.

⁸³ EuGH vom 15.7.1964, Rs. C-6/64, *Costa / E.N.E.L.*

⁸⁴ Thiele 2014, 213.

zweitens, „sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein“;
drittens, „sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten“;
viertens, „sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.“⁸⁵

Die Kehrseite davon ist jedoch, dass InländerInnen an strengeres nationales Recht gebunden bleiben, weswegen auch von sogenannter Inländerdiskriminierung die Rede ist. Nach der Rechtsprechung des EuGHs⁸⁶, die vom Entstehen der Diskriminierung erst im Zusammenwirken von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht – nicht aber einer durch das direkte Anknüpfen an die Staatsbürgerschaft im mitgliedstaatlichen Recht – ausgeht, steht diese sogenannte Umkehrdiskriminierung zwar im Widerspruch zum Binnenmarktgedanken, nicht aber dem Binnenmarktrecht. Europarechtlich überwunden wird die (potentielle) Inländerdiskriminierung nur dann, wenn Richtlinien zur Rechtsangleichung einheitliches Recht schaffen, das unabhängig vom Vorliegen eines zwischenstaatlichen Sachverhalts gilt⁸⁷ – eine generelle Lösung für diese Diskriminierungskonstellationen wurde jedoch noch nicht entwickelt.⁸⁸

Im europäischen (Wirtschafts-)Recht sind also die vorangehend kursorisch dargestellten Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote, die zur Durchsetzung der EU-Grundfreiheiten entwickelt wurden, sowie allgemeine Gleichheitsgrundsatz in seiner mittelbaren Geltung und Wirkungsweise relevant. Da für dieses Rechtsgebiet mit – äußerst gewichtigen Ausnahme der Grundfreiheiten – keine spezifischen Diskriminierungsverbote geschaffen wurde, sind methodisch die Strukturelemente des Gleichheitsrechts – nach einer Darstellung von *Lee* Willkürverbot, Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit, Diskriminierungsverbot und positive Maßnahmen⁸⁹ – von Bedeutung, ebenso die Fragen, ob und wie der Gleichbehandlungsgrundsatz auf private AkteurInnen wirkt.⁹⁰

⁸⁵ EuGH vom 30.11.1995, Rs. C-55/94, *Gebhard*, Rn. 37.

⁸⁶ EuGH vom 16.2.1995, Rs. C-29/94 – C-35/94, *Aubertin u.a.*

⁸⁷ Vgl. dazu etwa Nachbaur 1999.

⁸⁸ Kilian/Wendt 2016, 151.

⁸⁹ Lee 2020a, 14.

⁹⁰ Lee 2020b.

2.2 Globale Gleichheitsgarantien und Gleichstellungsvorgaben

Nach Baer ist die fundamentale Grundrechtstrias „Menschenwürde-Freiheit-Gleichheit“ Bestandteil eines modernen, globalen Konstitutionalismus.⁹¹ Das Prinzip der Gleichheit ist Teil der Menschenrechtskataloge, die globale Geltung beanspruchen, sowie von regionalen, aber auch als Rechtsprinzip oder sogar Grundrecht.

Auf der UN-Weltmensenrechtskonferenz 1993 wurden Frauenrechte schließlich sogar als „ein unveräußerlicher, integraler und unabtrennbarer Bestandteil der allgemeinen Menschenrechte“⁹² anerkannt und ihnen wurde ein Vorrang vor ihnen entgegenstehenden kulturellen Traditionen zugesprochen.⁹³ Die EMRK enthält mit dem 7. Zusatzprotokoll sowie in Art. 5 (Gleichheit zwischen Eheleuten) und dem 12. Zusatzprotokoll ein allgemeines Diskriminierungsverbot. Gleichstellung ist Gebot und gewährleistetes Recht in UN-Pakten.⁹⁴

Zu nennen ist in diesem Zusammenhang vor allem auch die UN-Frauenrechtskonvention (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, kurz CEDAW⁹⁵), die zu den meistunterzeichneten völkerrechtlichen Vertragswerken zählt, durch viele einzelstaatliche Vorbehalte werden ihre Rechtswirkung und politische Bedeutung allerdings abgeschwächt. Sie wurde 1982 von Österreich ratifiziert und ihre Artikel 1 bis 4 stehen sogar im Verfassungsrang.⁹⁶

Der durch Reformen des Familienrechts⁹⁷, durch die völkerrechtliche Ratifikation der CEDAW und durch Gleichbehandlungsgesetze für den öffentlichen Dienst und die

⁹¹ Baer 2008, 23.

⁹² World Conference of Human Rights, 1993 o. S.

⁹³ World Conference of Human Rights, 1993 o. S.

⁹⁴ Schläppi/Wytenbach/Ulrich 2015, 10-13.

⁹⁵ Das „Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau“ wurde 1979 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen verabschiedet (Resolution 34/180). Das Übereinkommen trat am 03.09.1981 völkerrechtlich in Kraft. Österreich ist der Konvention 1982 beigetreten, die Art. 1 bis 4 stehen sogar im Verfassungsrang, BGBl Nr. 443/1982 i. d. F. BGBl III Nr. 176/2015.

⁹⁶ BGBl Nr. 443/1982 idF BGBl III Nr. 176/2015.

⁹⁷ Die 1975 verabschiedete „große Familienrechtsreform“ (BGBl. 1975/412) brachte vor allem formale Rechtsgleichheit in familiären Beziehungen – mit dem „partnerschaftliches Ehemodell“ wurde die bis dahin in die alte Fassung des § 91 ABGB bestehende Letztentscheidungsbefugnis des Ehemannes in allen relevanten Familienangelegenheiten beseitigt; zu den fortschrittlichen Aspekten, Widersprüchen und Lücken der Familienrechtsreform siehe Rössl/Voithofer 2015.

Privatwirtschaft⁹⁸ ist eine „formale Gleichberechtigung der Frauen ex lege“ geschaffen worden, nichtsdestotrotz „steht eine *nicht-egalitäre Rechtswirklichkeit* gegenüber“⁹⁹, wie *Hofmeister* betont.¹⁰⁰

Die UN-Frauenrechtskonvention verpflichtet zu einer aktiven Gleichbehandlungspolitik. Sie sieht vor, dass alle diskriminierenden Rechtsvorschriften aufzuheben sind und dass angemessene Maßnahmen gegen real existierende Vorschriften, Bräuche und Praktiken zu setzen sind, die sich der Gleichheit der Geschlechter in den Weg stellen. Hinsichtlich des Art. 5 der UN-Frauenrechtskonvention, der besagt, dass die Vertragsstaaten sich verpflichten,

„einen Wandel in den sozialen und kulturellen Verhaltensmustern von Mann und Frau zu bewirken, um so zur Beseitigung von Vorurteilen sowie von herkömmlichen und allen sonstigen auf der Vorstellung von der Unterlegenheit oder Überlegenheit des einen oder anderen Geschlechts oder der stereotypen Rollenverteilung von Mann und Frau beruhenden Praktiken zu gelangen.“

kommt *Holzleithner* zu dem Fazit, dass der Einfluss der CEDAW auf die österreichische Rechtsordnung und -realität ausbaufähig ist.¹⁰¹

Im wirtschaftlichen Kontext ist noch auf den weiten Gewalt- und Diskriminierungsbegriff der Internationalen Gewaltschutzvertrages, der Istanbul-Konvention¹⁰² hinzuweisen. Nach Art. 3 lit. a der Konvention wird Gewalt

„als eine Menschenrechtsverletzung und eine Form der Diskriminierung der Frau verstanden und bezeichnet alle Handlungen geschlechtsspezifischer Gewalt, die zu körperlichen, sexuellen, psychischen oder *wirtschaftlichen Schäden oder Leiden* bei Frauen führen oder führen können, einschließlich der Androhung solcher Handlungen, der Nötigung oder der willkürlichen Freiheitsentziehung, sei es im öffentlichen oder privaten Leben.“¹⁰³

⁹⁸ Bundesgesetz vom 23. Feber 1979 über die Gleichbehandlung von Frau und Mann bei Festsetzung des Entgelts, BGBl. Nr. 108/1979.

⁹⁹ Hofmeister 1994, 31, Hervorhebung im Original.

¹⁰⁰ Hofmeister (1994, 32) benennt drei wesentliche „Stabilisatoren“ dieses Spannungsverhältnisses zwischen egalitärer Rechtsordnung und nicht-egalitärer Rechtsrealität: „Gewalt“, „ökonomische Abhängigkeit“, „Kontrolle weiblicher Sexualität“ und „Prostitution“.

¹⁰¹ Holzleithner 2015, 439-464.

¹⁰² Das völkerrechtliche „Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt“ ist am 1. August 2014 in Kraft getreten (Istanbul-Konvention). Österreich ist der Konvention 2014 beigetreten, BGBl. III Nr. 164/2014 i. d. F. BGBl. III Nr. 61/2016.

¹⁰³ Hervorhebung durch den Verfasser. Diese völkerrechtliche Vorgabe könnte in Österreich in der Auslegung und Anwendung etwa von § 25d Konsumentenschutzgesetz (KSchG) relevant werden, der ein richterliches Mäßigungsrecht unter anderem für Bürgschaftsverpflichtungen von VerbraucherInnen gegenüber UnternehmerInnen vorsieht, wenn die Bürgschaftserklärung in einem unbilligen Missverhältnis zur Leistungsfähigkeit des/der Bürgen/der Bürgin steht und dem/der Gläubiger/der Gläubigerin dieses

Die Vertragsparteien sind aufgerufen, die erforderlichen gesetzgeberischen und sonstigen Maßnahmen zur Förderung und zum Schutz des Rechts jeder Person sowohl im öffentlichen als auch im privaten Bereich frei von Gewalt zu leben, zu treffen.¹⁰⁴

2.3 EU Gender Acquis – Gender Mainstreaming und Gleichstellung im/durch europäisches Recht

In die europäischen Grundrechte wurde Nichtdiskriminierung in Art. 21 GRC explizit aufgenommen. Die GRC sind durch einen Verweis in Art. 6 Abs. 1. EUV¹⁰⁵ auf den Vertrag von Lissabon seit dem Jahr 2009 verbindliches Primärrecht der Europäischen Union.¹⁰⁶ Es handelt sich bei den Grundrechten, die in der GRC kodifiziert sind, um unmittelbar anwendbares Recht, das im gleichen Rang mit EUV und AEUV steht¹⁰⁷, wemgleich auch der Grundrechtekatalog nicht in die EU-Verträge inkorporiert wurde.¹⁰⁸

Die Adressaten der GRC sind nach Art. 51 die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union unter Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips sowie die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union. Einschränkungen sind nach Art. 52 Abs. 1 der GRC zulässig, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind und den Wesensgehalt der Grundrechte achten; auch ist das Prinzip der Verhältnismäßigkeit¹⁰⁹, das zu den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts

Missverhältnis bei Vertragsschluss erkennbar war. Für eine Mäßigung ist insbesondere eine sich aus der (familiäre) Nahebeziehung zum/zur HauptschuldnerIn zu berücksichtigen. Daneben ist es auch möglich, den Bürgschaftsvertrag für sittenwidrig und damit ungültig im Sinne des § 879 Abs. 1 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) erklären zu lassen – was auch unter Privaten möglich ist. Diese Regelungen und die auf Ungleichgewichte in Nahbeziehungen Bezug nehmenden Rechtsprechungslinien reagieren auf die Situation von – oft arbeits- und mittellosen – verheirateten Hausfrauen, die für ihre Ehemänner aus emotionaler Verbundenheit, aber auch geschäftlicher Unerfahrenheit Bürgschaftserklärungen zur Sicherung der Verbindlichkeiten ihrer Ehemänner eingehen. Siehe dazu die Leitentscheidung des Obersten Gerichtshofs, OGH vom 27.3.1995, 1 Ob 544/95, nach dem Vorbild des deutschen Bundesgerichtshofs, BGH vom 23.01.1997 - IX ZR 69/96. Zu den geschlechtsspezifischen Aspekten des Bürgschaftsvertrages (aus einer schweizerischen feministischen Perspektive) siehe eingehend Emmenegger 2001.

¹⁰⁴ Art. 4 Abs. 1 Istanbul-Konvention.

¹⁰⁵ Art. 6 Abs. 1., 1. Halbsatz EUV im Wortlaut: „Die Union erkennt die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angepassten Fassung niedergelegt sind (...).“

¹⁰⁶ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2012/C 326/02, ABl. 26. 10. 2012, 391 ff.

¹⁰⁷ Art. 6 Abs. 1., 2. Halbsatz EUV im Wortlaut: „(...) die Charta der Grundrechte und die Verträge sind rechtlich gleichrangig.“

¹⁰⁸ Thiele 2021, 112.

¹⁰⁹ Siehe dazu ausführlich Trstenjak/Beysen 2012, 265-284.

zählt,¹¹⁰ zu wahren. Die Wirkung der GRC ist vertikal, die unmittelbare Anwendbarkeit gilt also grundsätzlich nur zwischen den BürgerInnen und der Union bzw. den Mitgliedstaaten; eine horizontale Wirkung (Drittwirkung) zwischen Privaten (BürgerInnen, ArbeitnehmerInnen, VerbraucherInnen, UnternehmerInnen etc.) besteht nur, wenn der Vertrag dies ausdrücklich vorsieht.¹¹¹ Eine Drittwirkung der Rechte und Freiheiten der GRC ist daher eine Ausnahme.¹¹²

Gerade im wirtschaftlichen Kontext muss zudem noch darauf hingewiesen werden, dass es nach *Kilian/Wendt* (noch) eine Herausforderung darstellt, die im europäischen Wirtschaftsverfassungsrecht gewährleisteten „Marktfreiheiten in Einklang mit den als gleichrangig anzusehenden *Grundrechten der EU-Charta*“¹¹³ zu bringen.

Neben dem allgemeinen Art. 8 AEUV betont auch Art. 3 EGV Abs. 2 den Querschnittscharakter von *Gender Mainstreaming* im Hinblick auf die übergeordneten Ziele, Zuständigkeiten und Handlungsfelder¹¹⁴ der Union und damit dem umfassenden

¹¹⁰ EuGH vom 11.07.1989, Rs. C-265/87, *Schröder*, Rn 21.

¹¹¹ Thiele 2021, 114; siehe dazu grundlegend Trstenjak/Weingerl 2015.

¹¹² EuGH vom 19. 1. 2010, Rs. C-555/07, *Kücükdeveci* gegen *Swedex GmbH & Co. KG*.

¹¹³ *Kilian/Wendt* 2016, 116, Hervorhebung im Original.

¹¹⁴ Art. 3 Abs. 1 EUV: „Die Tätigkeit der Gemeinschaft im Sinne des Artikels 2 umfaßt nach Maßgabe dieses Vertrags und der darin vorgesehenen Zeitfolge:

- a) das Verbot von Zöllen und mengenmäßigen Beschränkungen bei der Ein- und Ausfuhr von Waren sowie aller sonstigen Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten;
- b) eine gemeinsame Handelspolitik;
- c) einen Binnenmarkt, der durch die Beseitigung der Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten gekennzeichnet ist;
- d) Maßnahmen hinsichtlich der Einreise und des Personenverkehrs nach Titel IV;
- e) eine gemeinsame Politik auf dem Gebiet der Landwirtschaft und der Fischerei;
- f) eine gemeinsame Politik auf dem Gebiet des Verkehrs;
- g) ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt;
- h) die Angleichung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften, soweit dies für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erforderlich ist;
- i) die Förderung der Koordinierung der Beschäftigungspolitik der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Verstärkung ihrer Wirksamkeit durch die Entwicklung einer koordinierten Beschäftigungsstrategie;
- j) eine Sozialpolitik mit einem Europäischen Sozialfonds;
- k) die Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts;
- l) eine Politik auf dem Gebiet der Umwelt;
- m) die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der Industrie der Gemeinschaft;
- n) die Förderung der Forschung und technologischen Entwicklung;
- o) die Förderung des Auf- und Ausbaus transeuropäischer Netze;
- p) einen Beitrag zur Erreichung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus;
- q) einen Beitrag zu einer qualitativ hochstehenden allgemeinen und beruflichen Bildung sowie zur Entfaltung des Kulturlebens in den Mitgliedstaaten;
- r) eine Politik auf dem Gebiet der Entwicklungszusammenarbeit;
- s) die Assoziierung der überseeischen Länder und Hoheitsgebiete, um den Handelsverkehr zu steigern und die wirtschaftliche und soziale Entwicklung durch gemeinsame Bemühungen zu fördern;
- t) einen Beitrag zur Verbesserung des Verbraucherschutzes;

Auftrag, Gleichstellungspolitik zu betreiben: „Bei allen in diesem Artikel genannten Tätigkeiten wirkt die Gemeinschaft darauf hin, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern.“¹¹⁵ Diese Verrechtlichung korrespondiert dem politischen und operativen *Multi-Level-Governance-Ansatz* von *Gender Mainstreaming* gerecht, den der Europarat in seinem Rahmenkonzept 1998 vorgelegt hat:

„Gender Mainstreaming besteht in der (Re-) Organisation, Verbesserung, Entwicklung und Evaluierung der Entscheidungsprozesse, mit dem Ziel, dass die an politischer Gestaltung beteiligten Akteure und Akteurinnen den Blickwinkel der Gleichstellung zwischen Frauen und Männern in allen Bereichen und auf allen Ebenen einnehmen.“¹¹⁶

Deutlich wird, dass es sich bei *Gender Mainstreaming* um eine Strategie handelt, Gender als Faktor in allen relevanten Politikfeldern zu berücksichtigen und zwar mit dem Ziel, die Gleichstellung der Geschlechter durch eine gleiche Teilhabe an politischen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Prozessen zu erreichen. Die Methode des „*Mainstreamings*“ meint, dass die Verantwortung im Bereich aller an Entscheidungsprozessen beteiligter AkteurInnen, eine geschlechtersensible und gleichstellungsorientierte Sichtweise einnehmen und war für alle Entscheidungen, Prozesse und auf allen Ebenen – von der Planung bis zur Überprüfung der Maßnahmen.¹¹⁷ Als Rechtsgrundlage für das (Um-)Setzen von *Gender Mainstreaming*-Maßnahmen kommen alle unionsrechtlichen Kompetenznormen in Betracht.¹¹⁸

Das Sekundärrecht ist mittlerweile reich an differenzierten, bereichsspezifischen Gleichbehandlungsgeboten in Form von Richtlinien, Richtlinien zur Durchführung Rahmenvereinbarungen der europäischen Sozialpartner¹¹⁹, aber auch Entschließen des Rates, die verschiedene Aspekte der Erwerbstätigkeit und damit verschiedene

u) Maßnahmen in den Bereichen Energie, Katastrophenschutz und Fremdenverkehr.“

¹¹⁵ Hervorhebung durch den Verfasser.

¹¹⁶ Europarat 1998, 14.

¹¹⁷ Europarat 1998, 11 ff.; vgl. weiterführend Doblhofer/Küng 2008.

¹¹⁸ Art. 19, Art. 151 und Art 157 AEUV; vgl. Sporrer 2019, Rz. 14.

¹¹⁹ Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 zu der von UNICE, CEEP and EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit - Anhang : Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit; Richtlinie 2010/18/EU des Rates vom 8. März 2010 zur Durchführung der von BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP und EGB geschlossenen überarbeiteten Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub und zur Aufhebung der Richtlinie 96/34/EG.

Bereiche der Wirtschaft und des Lebens betreffen. Die relevantesten geltenden Regelungswerke sind

- im Bereich Gleichbehandlung von Frauen und Männern bei selbstständiger und unselbstständiger Berufsausübung Beschäftigung die vorangehenden Richtlinien etwa zu Entgeltgleichheit¹²⁰ oder Beweislastfragen¹²¹ vereinheitlichende Gleichbehandlungsrichtlinie 2006/54/EG¹²²
- für den Zugang zu und Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (nur) hinsichtlich der Merkmale Geschlecht und die RL 2004/113/EG¹²³,
- die problematisch betitelte Antirassismus-RL 2000/43/EG „zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft“¹²⁴ für die Bereiche Beschäftigung und den Beruf, die zivilrechtliche Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen sowie den sozialen Schutz und die Bildung sowie
- die Gleichbehandlungsrahmen-RL 2000/78/EG mit Gleichbehandlungsgeboten für die Arbeitswelt aufgrund der Merkmale Religion und Weltanschauung, Alter, Behinderung und sexuelle Orientierung.¹²⁵

Die Entwicklung des Schutzes vor Diskriminierung aufgrund der Merkmale Geschlecht, Rasse, ethnische Herkunft, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Ausrichtung, insbesondere im europäischen Antidiskriminierungsrecht, kann als Ausdruck emanzipatorischer Rechtsentwicklung gefasst werden. Verrechtlichung, als ein Aspekt der von *Habermas* beschriebenen „Kolonialisierung der Lebenswelt“,¹²⁶ ist immer ein *mixed blessing*¹²⁷, denn geschützte Kategorien schreiben vermeintlich essentielle Merkmale, Differenzen, Defizite fest. Der eingangs erwähnte Art 21 GRC listet hingegen gleich 13

¹²⁰ Richtlinie 75/117/EWG des Rates vom 10. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen.

¹²¹ Richtlinie 97/80/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.

¹²² Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung).

¹²³ Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen; zur in diesem Zusammenhang kritischen Frage, inwiefern der Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen geschlechtergetrennt stattfinden kann, siehe grundlegend Lee 2020a.

¹²⁴ Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft.

¹²⁵ Richtlinie des Rates 2000/78/EG vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.

¹²⁶ Habermas 1987, 524.

¹²⁷ Holzleithner 2008, 256; Bock 1997.

Diskriminierungsgründe auf: Geschlecht, Rasse, Hautfarbe, ethnischer oder sozialer Herkunft, genetischen Merkmalen, Sprache, Religion oder Weltanschauung, politischer oder sonstiger Anschauung, Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, Vermögen, Geburt, Behinderung, Alter und sexueller Ausrichtung; das einschlägige europäische Richtlinienrecht, das die Diskriminierungstatbestände ausdifferenziert und auf dessen Grundlage die Implementierung in nationale Gesetze stattfindet, stellt bislang nur auf die acht Gründe auf, die in Art. 19 AEUV genannt sind.

Diese Ausweitung des rechtlichen Schutzes auf eine Reihe von Identitätskategorien (bisweilen auch als „*proliferation of equality grounds*“¹²⁸ bezeichnet) wird in der Literatur durchaus kritisch gesehen.¹²⁹ Es ginge damit nur eine Differenzierung und Hierarchisierung des Schutzes einher, wobei derzeit lediglich Geschlecht, ethnische Herkunft und Behinderung inner- und außerhalb der Arbeitswelt geschützt sind. Den Herausforderungen von Mehrfachdiskriminierung (intersektionale Diskriminierung¹³⁰) wird der europäische Diskriminierungsschutz in der aktuellen Form beziehungsweise Auslegung durch den EuGH (noch) nicht gerecht.¹³¹

2.4 (K)ein europäisches Sozialmodell durch Diskriminierungsverbote und Gleichstellungsrecht? – Grundlegende Fragen, Kritik, Kontroversen

Die europäische Gleichstellungspolitik war von Beginn an, wie sich an der Genese des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Frauen und Männern in den Gründungsverträgen zeigt, eng mit Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik verbunden.¹³² Dies wurde etwa von feministischer Seite früh kritisiert.¹³³ Der zentrale Art. 157 AEUV, der den Grundsatz des gleichen Lohns für gleiche oder gleichwertige Arbeit verbürgen sollte, sollte Wettbewerbsnachteile, die bei den Staaten, die diesen Grundsatz schon in ihrem innerstaatlichen Recht eingeführt hatten, durch verhältnismäßig höhere Lohnkosten hintanhalt:

„Der ökonomische Sinn einer Abschaffung billiger Frauenarbeit wurde freilich bald darin gesehen, die Rahmenbedingungen für eine effiziente Nutzung

¹²⁸ Baer 2012, 34.

¹²⁹ Siehe zusammenfassend etwa Baer 2008, 30 ff.

¹³⁰ Zum Begriff und der rechtlichen Analyse siehe grundlegend Crenshaw 1989; zu Intersektionalität im europäischen Rechtsdiskurs siehe Holzleithner 2010.

¹³¹ Baer 2008, 31; Schiek/Mulder 2014, 52-54; Schiek 2017, 413-416.

¹³² Kucsko-Stadlmayer/Kuras 2013, Rz. 1 ff.

¹³³ Vgl. etwa Schunter-Kleemann 1990, 5.

qualifizierter Arbeitskräfte innerhalb der EG und für den wirtschaftlichen Fortschritt zu verbessern.“¹³⁴

Auch der Ansatz *Gender Mainstreaming* wurde als dem „Postulat der Markttauglichkeit“¹³⁵ unterworfen, da bei primär mit finanziellen Anreizstrategien (wie Mitteln aus den Strukturfonds) und unverbindlichen, die Marktbedingungen optimierenden Instrumenten (wie beschäftigungspolitischen Leitlinien) gearbeitet wurde.¹³⁶

In der nachfolgenden Entwicklung des europäischen Rechts wurden sozialpolitische Ziele stärker betont, so auch die Verbesserung der Lebens- und Beschäftigungsbedingungen, die in Gleichbehandlungsgeboten und positiven Maßnahmen zum Abbau faktischer Benachteiligungen resultierten.¹³⁷ *Sporrer* argumentiert, dass sich in Art. 2 und Art. 3 EUV ein „Paradigmenwechsel“ abzeichnen würde; aufgrund „des Bekenntnisses der Union zur Bekämpfung sozialer Ausgrenzung und Förderung der sozialen Gerechtigkeit sowie Gleichstellung von Frauen und Männern“, wäre die kritisierte „Einschränkung auf marktorientierte Politikfelder nunmehr überwunden“.¹³⁸

Dennoch ist auch das vor dem Hintergrund der Überarbeitung der Verträge und mit sozialpolitischer Intention gesetzte europäische Antidiskriminierungsrecht auf, wie schon erwähnt, Marktgleichheit ausgerichtet und soll einen fairen, ungestörten (i.e. diskriminierungsfreien) fairen, grenzüberschreitenden Wettbewerb von Individuen sowie zwischen Gruppen gewährleisten.¹³⁹

In den Debattensträngen lassen sich konservative und wirtschaftsliberale Kritiken von progressiven, eher gewerkschaftlich orientierten unterscheiden. Erstere sehen das europäische Antidiskriminierungsrecht, das vor allem die Bereiche Arbeitswelt und Zugang zu und Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen betrifft

- in einer Kollision mit Vertragsfreiheit und Privatautonomie;

¹³⁴ Kucsko-Stadlmayer/Kuras 2013, Rz. 1.

¹³⁵ Sporrer 2019, Rz. 15.

¹³⁶ Sporrer 2019, Rz. 15.

¹³⁷ Kucsko-Stadlmayer/Kuras 2013, Rz. 2.

¹³⁸ Sporrer 2019, Rz. 15.

¹³⁹ Siehe nur Somek 2008 und 2011.

- als eine regulatorische Bürde für vermeintlich leistungsorientiertes Personalmanagement und insofern auch der Wirtschaft;
- dazu wird die Inkompatibilität mit der nationalen Arbeits- und Sozialrechtspolitik beschworen. Bei der Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien wurde in der deutschen Diskussion von einer „doppelten regulatorischen Bürde“ gesprochen, da das Kündigungsschutzgesetz nicht zugleich gelockert wurde.¹⁴⁰

Die progressiven Stimmen stellen formale Rechte deren materiellen Gehalt und deren transformatives Potential gegenüber und kritisieren aus dieser Perspektive das antidiskriminierende Sozialmodell als kommodifizierend und nicht geeignet, redistributiv gerecht zu wirken. Die progressive Kritik ist dabei, wenn man so will, zweigeteilt.¹⁴¹

Die einen, darunter *Somek*, *Sapir*¹⁴² und *Fraser*¹⁴³, kritisieren das EU-Antidiskriminierungsrecht als verfehlte EU-Sozialpolitik und als zu stark an Individualrechten ausgerichtet. Es wird kritisiert, dass die Union eigentlich, bis auf das Gebiet des Diskriminierungsschutzes, gar keine Sozialpolitik betreibt. Der EU-Diskriminierungsschutz bleibe in einer Marktmentalität verankert, da er weder zur Dekommodifizierung von Arbeitskraft, verstanden als Verringerung der existenziellen Abhängigkeit vom Arbeitsmarkt, noch zur Umverteilung von Einkommen beitrage.¹⁴⁴ Deutlich werde dies am Verhältnis des (EU-)Antidiskriminierungsrechts zum kollektiven Arbeitsrecht^{145, 146} und seine Kompatibilität mit neoliberal konzipiertem

¹⁴⁰ Diese Darstellung folgt Schiek 2014, 397.

¹⁴¹ Schiek 2014, 397.

¹⁴² Sapir 2006.

¹⁴³ Fraser 2013.

¹⁴⁴ Schiek 2014, 397 f.

¹⁴⁵ Somek (2008, 120) dazu illustrierend: „Der über Arbeitsbeziehungen hinausgehende Schutz vor Rassendiskriminierung ist unvereinbar mit einer Gesellschaft, in der die Segregation von Menschen unterschiedlicher Hautfarbe als normal erfahren wird. Der Diskriminierungsschutz steht für das Projekt, eine soziale Welt zu erschaffen, in welcher die wechselseitige Anerkennung ihr Versöhnungswerk tut. Allerdings ist der Diskriminierungsschutz vereinbar mit einem Arbeitsrecht, das es gestattet, Beschäftigungsverhältnisse aus welchem Grund auch immer zu lösen, solange der Auflösungsgrund nicht mit einem Diskriminierungstatbestand übereinstimmt. Gegen die Abschaffung von Mindestlöhnen schützen Antidiskriminierungsnormen ebensowenig wie gegen die Verlängerung der Arbeitszeit. Der Diskriminierungsschutz ist vereinbar mit dem Einbau von mehr ‚Flexibilität‘ im Arbeitsrecht und damit mit dem verstärkten Schutz der Interessen jener, die zu welchen Bedingungen auch immer Arbeit suchen im Verhältnis zu anderen, die Arbeit haben. Er unterstützt die kollektiv unorganisierten Einzelkämpfer, vor allem im Verhältnis zu organisierten Gruppen, die vor Ort gemeinsam ihre Interessen wahrnehmen.“

¹⁴⁶ Die Spannung zwischen Ansprüchen auf Gleichbehandlung und kollektivvertraglichen Regelungen (die bisweilen mit unmittelbarer oder mittelbarer Diskriminierung behaftete waren/sind) besteht jedoch auch – wenn auch in anderer Weise – auf österreichischer Ebene aufgrund divergierender Interessen der Verhandlungsparteien, vgl. Mayr 2016.

Wettbewerb.¹⁴⁷ Dies zeige auch die jüngere Rechtsprechung des EuGH in der es nur eingeschränktes Verständnis für nationale Gewerkschaften und sozialpartnerschaftliche Tarifautonomie gibt.¹⁴⁸ Zwar werde durch die Grundfreiheiten der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit die Freiheit von UnternehmerInnen gewährleistet, die Assoziationsfreiheit von ArbeitnehmerInnen und Verbänden hingegen nur nach Maßgabe der „Interessen, denen sie dienstbar gemacht werden darf.“¹⁴⁹

Daneben gibt es die Forderung nach ‚richtigem‘ EU-Gleichstellungsrecht anstelle von Antidiskriminierungsrecht, um der individuellen Rechtsdurchsetzung eine proaktive, institutionelle Verpflichtung zur Seite zu stellen.¹⁵⁰ Hier gilt es festzustellen, dass die Ergänzung von Diskriminierungsschutz durch systematische Gleichstellungspolitik und spezielle Gleichstellungsagenturen (*Equality Bodies*), wie die österreichische Gleichbehandlungsanwaltschaft, unverzichtbar für eine effektive Rechtsdurchsetzung sind – auch um dem EU-Antidiskriminierungsrecht zur praktischen Durchsetzung zu verhelfen. Die durch entsprechende durch Rechtsschutzeinrichtungen bereitgestellten Ressourcen und Informationen sowie Vertrauen in und ein Entgegenkommen der rechtsstaatlichen Institutionen („*institutional receptivity*“¹⁵¹) gelten als wesentliche Bedingungen, individuelle Rechte von Opfern von Gewalt oder eben auch Diskriminierung durchzusetzen. Die Kritik an der „Formalisierung von individuellen Rechten als Reaktion auf soziale Risiken“¹⁵² ist dennoch nicht von der Hand zu weisen.

Gleichwohl steht das europäische Antidiskriminierungsregime auch in der Kritik in die Autonomie nationaler, sozialpartnerschaftlich austarierter Systeme einzugreifen und Prinzipien der Vertragsfreiheit beziehungsweise Privatautonomie zuwiderzulaufen. Bis in die frühen 2000er Jahre wurde das Prinzip der Nichtdiskriminierung als Prinzip des öffentlichen Rechts, des Völkerrechts (insbesondere des Unionsrechts) und der Menschenrechte verstanden und es war für viele befremdlich, dass Private in der Wahl

¹⁴⁷ Somek 2008, 120 ff.; so auch Thielemann 2005.

¹⁴⁸ EuGH vom 11.12.2007, Rs. C-438/05, *Viking*; EuGH vom 18.12.2007, Rs. C-341/05) und EuGH vom 03.04.2008, Rs. C-346/06, *Rüffert*; siehe zu diesen Urteilen auch Blanke 2008 und Kocher 2008a sowie zum angespannten Verhältnis von kollektivem Arbeitsrecht und Binnenmarkt De Vos 2009.

¹⁴⁹ Somek 2008, 120, Hervorhebung im Original.

¹⁵⁰ McCrudden 1986.

¹⁵¹ Sally Engle Merry 2006, zit. n. Holzleithner 2010b, 11 f.

¹⁵² Schiek, 2014, 399.

ihrer VertragspartnerInnen nicht vollkommen frei sein sollten. In einem formalen Verständnis von Vertragsfreiheit ist mit dieser ja tatsächlich die Freiheit gemeint, willkürlich entscheiden zu können, mit wem und unter welchen Bedingungen man kontrahieren will; ein substantielles Verständnis von Vertragsfreiheit erkennt ungleiche Informationslagen und ungleiche Verhandlungspositionen und verlangt Schutzmechanismen, um diesen entgegenzuwirken.¹⁵³ Das Vertragsrecht war allerdings zu keiner Zeit ausschließlich liberal, sondern beinhaltete immer auch Momente der Vertragsgerechtigkeit,¹⁵⁴ man denke an vertrauensrechtliche Konstruktionen vertraglicher Einigung und den VerbraucherInnenschutz. Der (vor)vertragliche Schutz vor Diskriminierung aufgrund von bestimmten Persönlichkeitsmerkmalen ist ebenso nicht ganz neu: So gehört etwa das Diskriminierungsverbot wegen der Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft zur gemeinsamen Arbeitsrechtstradition der Mitgliedstaaten der Europäischen Union.¹⁵⁵

Es wird argumentiert, es sei das in der Praxis wahrgenommene oder tatsächliche Versagen der Vertragsgerechtigkeit, die den Diskriminierungsschutz notwendig mache. Gewisse Märkte würden durchaus dazu tendieren, nicht nur in Einzelfällen, sondern statistisch zu diskriminieren.¹⁵⁶ Diskriminierendes Marktverhalten kann dabei sogar vorteilhaft beziehungsweise nutzenmaximierend sein, man denke nur an unternehmerische Präferenzen, die zu geschlechtsspezifischer Segregation am Arbeitsmarkt oder Entgeltdiskriminierung führen, denn, so der ökonomische Erklärungsansatz, „[d]iskriminierende Unternehmer sind nur dann bereit, Mitglieder der diskriminierten Gruppe einzustellen, wenn sie durch niedrigere Löhne für die damit verbundenen psychischen Kosten entschädigt werden.“¹⁵⁷ Oder man denke an unterschiedliche Preisgestaltung für Männer und Frauen, also zum Beispiel sogenannte *Ladies Nights* in Clubs und Diskotheken, durch die Frauen als Lockvögel missbraucht

¹⁵³ Für eine Zusammenfassung der Paradigmen der Vertragsrechtslehre siehe Schiek 1999, 302-315.

¹⁵⁴ Solche Regelungen bestehen zumeist, um die Adäquanz von Leistung und Gegenleistung sicherzustellen, siehe etwa die österreichischen Rechtsinstitute „Verkürzung um die Hälfte“ (§ 934 ABGB) und „Wucher“ (§ 879 Abs. 2 Z. 4).

¹⁵⁵ Unter Berufung auf das ILO-Übereinkommen Nr. 98 („Übereinkommen über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen, 1949“).

¹⁵⁶ Siehe zur grundlegenden ökonomischen Einordnung von Diskriminierung in der neoklassischen Theorie Becker 1973 sowie für den Arbeitsmarkt Arrow 1973.

¹⁵⁷ Kleber, 1988, 91.

und Geschlechterstereotype verstärkt werden.¹⁵⁸ Der Diskriminierungsschutz hat in solchen wie in klassischen Fällen – man denke an öffentliche Versorgungsunternehmen und natürliche Monopole, die zu diskriminierungsfreien Angeboten und Kontrahierung verpflichtet sind¹⁵⁹ oder an die verpflichtende Inhaltskontrolle bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) bei Geschäften mit KonsumentInnen – zur Anwendung zu kommen, „damit die subjektive Richtigkeitsgewähr privatautonomer Vereinbarungen voll zum Tragen komm[en]“¹⁶⁰ kann. Für das europäisierte deutsche Antidiskriminierungsrecht wurde infolge diskutiert, ob die Schadensersatz-, Beseitigungs- oder Unterlassungsansprüche des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG¹⁶¹) einen verdeckte Kontrahierungszwang darstellen könnten, was jedoch nach eingehender rechtswissenschaftlicher Analyse von *Sprafke* verneint wurde.¹⁶²

Das Vertragsrecht ist schließlich, so *Limbach* in einer vermittelnden Perspektive, ein Marktordnungsrecht und überall dort, wo der Markt nicht friktionsfrei funktioniert, bedarf es eben auch besonderer Schutzmechanismen, um die als Selbstbestimmung verstandene Privatautonomie überhaupt erst zu ermöglichen.¹⁶³

Andere KritikerInnen aus dem Bereich des Arbeitsrechts monierten schon in den Diskussionen um die Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien in den frühen 2000er Jahren, dass der Schutz, den diese normieren, schon durch den schon bestehenden Kündigungs- und Entlassungsschutz ausreichend gegeben sei. UnternehmerInnen seien mit einer „doppelten regulatorischen Bürde“ belastet, wenn

¹⁵⁸ Siehe dazu das Gutachten des Senat III der Gleichbehandlungskommission (GBK III/37/08), das im Lichte der europäischen und österreichischen Rechtslage zu dem Schluss kommt, dass wirtschaftliche Gründe und Marketingstrategien kein legitimes Ziel für eine nach dem Geschlecht differenzierende Preisgestaltung bei Freizeiteinrichtungen darstellen.

¹⁵⁹ Dieser Zwang ist insbesondere für öffentliche Verkehrsmittel, Post-, Energie- und Nahversorgungsunternehmen anerkannt und wird mit dem überwiegenden Interesse derjenigen gerechtfertigt, die von den entsprechenden Gütern und Leistungen existentiell abhängig sind, siehe dazu allgemein Zöllner 2002.

¹⁶⁰ Koziol/Welser 2006, 134.

¹⁶¹ Erlassen am 14.8.2006 in (zunächst teilweiser) Umsetzung der Richtlinie 2004/113/EG BGBl. I S. 1897, S. 1910.

¹⁶² *Sprafke* 2013.

¹⁶³ Diese vermittelnde Ansicht zwischen formalen und materiellen Ansätzen wird auch als „richtig verstandene Vertragsfreiheit“ bezeichnet, siehe dazu *Limbach* 1985.

die Rechtsnormen über die Beendigung von Arbeitsverhältnissen nicht gleichzeitig gelockert werden würden.¹⁶⁴

Schiek definiert den Zweck des EU-Antidiskriminierungsrechts im weitesten Sinne als „Bestreben, gesellschaftlich strukturierende Benachteiligung zu adressieren“.¹⁶⁵ Die Sozialpolitik zielt hingegen auf die Eliminierung von Ungleichheiten ganz allgemein: Einkommensdifferenzen sollen eingeebnet, Unterschiede im Zugang zu Bildung oder Erwerbsleben relativiert werden. Antidiskriminierungsrecht und -politik adressiert spezifische Ungleichheiten; es zielt auf die Überwindung sozialer Benachteiligungen, die auf zugeschriebenen Differenzen beruhen. Dabei geht es primär um die Förderung von diversen Identitäten und einen Schutz vor Assimilierungsdruck.¹⁶⁶

Das EU-Antidiskriminierungsrecht muss meines Erachtens nicht das Nichtvorhandensein einer Sozialunion verantworten. Recht und Politik dürfen dennoch keinesfalls auf Maßnahmen der Antidiskriminierung reduziert werden; selbst ein hochfunktionales Antidiskriminierungsregime, das Anforderungen der Anerkennung, Umverteilung und Repräsentation in hohem Maße genügt, vermag keine Sozialpolitik zu ersetzen.

Im Folgenden werden anhand von Regulierungsdiskursen und Rechtsentwicklungen Möglichkeiten und Grenzen von Antidiskriminierung und Anerkennung auf unterschiedliche wirtschaftlich relevanten Handlungs- und Strukturebenen analysiert.

¹⁶⁴ Schiek 2014, 397 mit weiteren Nachweisen.

¹⁶⁵ Schiek 2014, 403.

¹⁶⁶ Schiek 2014, 403 f.

3 Gender Equality in (wirtschafts)rechtlichen Teilgebieten

3.1 Der Fall „Positive Maßnahmen“ am Beispiel „Quotenregelungen“ – Begründungslinien, Telos und Genese eines umstrittenen Gleichstellungsinstruments

3.1.1 Die rechts- und moralphilosophische Legitimitätsdebatte

Fragen nach rechts- und moralphilosophischer Begründbarkeit von Quotierungen sind Fragen nach legitimer, richtiger Gestaltung von Gesellschaft. Die Forderung nach Quotierung von öffentlichen Ämtern und Entscheidungspositionen in Verwaltung und Wirtschaftsorganisationen ist das Ergebnis einer Geschichte – auf anderem Wege mit anderen Mitteln wenig erfolgreicher – Bemühungen um Gleichberechtigung, gleiche Teilhabe, (politische) Repräsentation und gegen primären und sekundären Sexismus.¹⁶⁷

Es kann hier lediglich angedeutet werden, dass die Diskriminierung von Frauen entscheidend durch das liberale Dispositiv¹⁶⁸ von Privatem und Öffentlichem¹⁶⁹, der Trennung von privater (Haushalts- und Sorgearbeit) und öffentlicher Sphäre (Rechts- und Wirtschaftsleben) bedingt und beständig kulturell legitimiert wurde und wird.¹⁷⁰

Das Problem, auf das Politik und Recht mit Quotenregelungen reagieren, ist eines, das es in liberalen Demokratien eigentlich nicht mehr geben dürfte: Benachteiligung trotz

¹⁶⁷ Vgl. zu diesen Begriffen Warren 1993.

¹⁶⁸ Nach Foucault umfasst ein „Dispositiv“ ein „heterogenes Ensemble, das Diskurse, Institutionen, architektonische Einrichtungen, reglementierende Entscheidungen, Gesetze, administrative Maßnahmen, wissenschaftliche Aussagen [...], kurz: Gesagtes ebenso wie Ungesagtes“ (Foucault 1978, 119 f.).

¹⁶⁹ „Foucault zeigt im Zuge seiner Gouvernementalitätsstudien, wie sich die Beherrschung von Untertanen historisch zur Regierung von Bevölkerung wandelt und sich schließlich als öffentlich oder privat definierte Bereiche, Institutionen und Praktiken konstituieren: (Verwaltungs-)Staat und Gesellschaft, Markt, Familie und Subjekt. Öffentlich und privat sind folglich Produkt von Regierung und – deren Techniken definierender – Gouvernementalität. ‚Und wenn der Staat so besteht, wie er jetzt ist, dann wahrscheinlich dank genau dieser Gouvernementalität, die dem Staat zugleich innerlich und äußerlich ist, da es ja die Taktiken des Regierens sind, die in jedem Augenblick erlauben zu definieren, was in die Zuständigkeit des Staates fallen darf und was nicht, was öffentlich ist und was privat ist, was staatlich ist und was nicht staatlich ist.‘ Dieser – soweit mir bekannt einzigen – Bezugnahme Foucaults auf öffentlich/privat zufolge bestimmen somit Regierung und Gouvernementalität, ob öffentlich und privat unterschieden werden und was darunter jeweils subsumiert wird. Der Schlüssel für die Etablierung jener – liberalen – Gouvernementalität, die öffentlich und privat hervorbringt, liegt Foucault folgend im Wissen der politischen Ökonomie. Politische Ökonomie meint die etwa Mitte des 18. Jahrhunderts einsetzende Analyse der Produktion und des Umlaufs von Gütern, aber auch die Regierungsmethode, die den Reichtum der Nation sichern soll.“ (Michalitsch 2022, o. S., Quellenverweise getilgt).

¹⁷⁰ Holzleithner 1995, 83; für den Fall Werbung vgl. Marschik/Dorer 2002.

formaler Chancengleichheit, kurz: *strukturelle Diskriminierung*. Die Philosophin Rössler beschreibt dieses Problem meines Erachtens treffend so:

„wenn in einer Gesellschaft, in der formale Chancengleichheit verwirklicht ist, eine auffällige Korrelation besteht zwischen den Inhabern gut dotierter Stellen, Ämtern und Funktionen auf der einen Seite und einer für diese Stellen, Ämtern und Funktionen irrelevanten Eigenschaft, nämlich der des Geschlechts oder der Hautfarbe, auf der anderen Seite, dann muß man annehmen, daß die Strukturen dieser Gesellschaft die Diskriminierung einer oder mehrerer gesellschaftlichen Gruppen fördern und unterstützen.“¹⁷¹

TheoretikerInnen, die sich mit der Legitimität von Quotenregelungen befassen, interessiert in diesem Zusammenhang vor allem die Gerechtigkeit der Verfahren der Quotierung und deren Begründbarkeit. Nach Rössler ist es „empirisch“ und „normativ falsch“, wenn davon ausgegangen wird, dass Frauen in bestimmten Bereichen nicht vertreten sein *wollen* oder *sollen*.¹⁷² Zum einen setze „Wollen“ einen Entscheidungsspielraum voraus, um über authentische Präferenzen überhaupt reden zu können, zum anderen gilt es das Moment struktureller Diskriminierung im Hinblick auf „Sollen“, also im Hinblick auf die normativen Komponenten, besonders zu berücksichtigen:

„denn wenn man der Meinung ist, daß das Ziel, das Quoten verfolgen, auf Wegen erreichbar ist, die weniger umstritten und leichter moralisch zu rechtfertigen sind als der Weg der Quoten, dann wird man sich klarerweise für jene entscheiden. Schätzt man die strukturelle Diskriminierung jedoch so ein, daß sich ohne Quoten im Blick auf gesellschaftliche Gleichberechtigung nichts ändern wird, und setzt man den Wert der Gleichberechtigung hoch an dann wird man sich bei der Abwägung von Gründen und Werten gegebenenfalls für Quoten entscheiden.“¹⁷³

QuotenbefürworterInnen beziehen sich dabei auf zwei verschiedene aristotelische Begriffe von Gerechtigkeit: die ausgleichende oder retributive und austeilende oder distributive Gerechtigkeit. Retributiv meint, dass die Tatsache vergangener und gegenwärtiger Diskriminierung bei der Bewerbung für und Vergabe von Stellen durch Bevorzugung wiedergutmacht werden sollte. Distributiv meint, dass Stellen und materieller Verdienst gerecht zu verteilende Güter sind, die an alle gesellschaftlichen Gruppen gerecht verteilt werden müssen.¹⁷⁴ Kompensatorische,

¹⁷¹ Rössler 1993, 8.

¹⁷² Rössler 1993, 9 f.

¹⁷³ Rössler 1993, 10.

¹⁷⁴ Rössler 1993, 16.

vergangenheitsorientierte Ansätze, die ihren Ausgang in der Arbeit von *Thompson* nehmen,¹⁷⁵ wollen die Ungleichbehandlung von Frauen und Männern durch Quotierungsmaßnahmen dadurch rechtfertigen, dass durch diese (historisch) erlittenes Unrecht kompensiert werden müsse. Diese Ansätze modifizieren das ausgleichende Modell, indem es auf Personen übertragen wird, die nur nachweisen müssen, dass sie einer benachteiligten, als homogen aufgefassten, Gruppe angehören, um sie – bei gleicher bzw. bester Qualifikation – zu bevorzugen. Es kann daher auch einen Mann treffen, der sich in seinem Leben keine Diskriminierung hat zuschulden kommen lassen. Dieser Mann wird aber vom System gesellschaftlicher Diskriminierung profitieren; das kann allerdings auch gegen seinen Willen geschehen und deshalb könnte er für ein Unrecht geradestehen müssen, an dem er selbst nicht willentlich beteiligt war.¹⁷⁶

Distributive, auf Zukunft gerichtete Ansätze, die vor allem von *Fullinwider* in Kritik am Kompensationsansatz formuliert hat,¹⁷⁷ argumentieren hingegen

„mit der Idee einer gerechten Gesellschaft, in der die Lasten und Profite, die eine Gesellschaft zu vergeben hat, so gerecht wie möglich verteilt sein sollen.“¹⁷⁸

Alle *sollen* also angemessen repräsentiert sein, teilhaben und mitgestalten können, so sie dies *wollen*. In der bloß repräsentativen Gleichheit kann eine utilitaristische Zweck-Mittel-Relation impliziert sein, die eine Verletzung der Autonomie der Person darstellen kann, weil diese bloß als Mittel für weiterreichende Zwecke etwa volkswirtschaftlicher Nützlichkeit behandelt werden würden. Ein deontologisches und vertragstheoretisches Modell, wie es *Rössler* vertritt, geht davon aus,

„daß die einzelnen Mitglieder der Gesellschaft im Prinzip den Grundsätzen von Gerechtigkeit und Gleichheit zustimmen, unabhängig davon, ob die Anwendung dieser Grundsätze in einer bestimmten historischen Situation in ihrem unmittelbaren Eigeninteresse liegt.“¹⁷⁹

Nicht zu rechtfertigende, in diesem Sinne ungerechte Diskriminierungen zeigen sich daher, wenn eine irrelevante Eigenschaft bei der Verteilung von Stellen oder Gütern eine Rolle spielt. Im Hinblick auf Fokussierung dieser Arbeit kann auf die ethisch-

¹⁷⁵ Thompson 1993.

¹⁷⁶ Rössler 1993, 17f.

¹⁷⁷ Fullinwider 1993.

¹⁷⁸ Rössler 1993, 18.

¹⁷⁹ Rössler 1993, 25.

theoretische Debatte nicht weiter eingegangen werden, verwiesen sei allerdings noch auf *Dworkins* Differenzierung zwischen dem Recht auf gleiche Behandlung und dem Recht, als Gleiche beziehungsweise Gleicher behandelt zu werden; letzteres sei fundamental und daraus lasse sich auch ableiten, dass Chancen, Ressourcen und Lasten gleich zu verteilen sind.¹⁸⁰

Im Kontext von *Gender Equality* ist der zugrundeliegende Qualifikationsbegriff von Quotenregelungen von besonderer Bedeutung. Dieser kann aus rechtlichen, wie aus gleichstellungstheoretischen und -praktischen Gründen nicht auf eine „Geschlechtsqualifikation“ reduziert beziehungsweise enggeführt werden.

Einige feministische TheoretikerInnen, die Geschlecht als Qualifikation begreifen, etwa um Frauen als sogenannte Rollenvorbilder (*role models*) im Ausbildungsbereich zu etablieren oder eine Änderung der Arbeitsstrukturen durch die Präsenz von Frauen, denen eine höhere soziale Kompetenz zugesprochen wird, auf den Weg zu bringen, ist entgegenzuhalten, dass mit einer solchen Argumentation vermeintliche weibliche Attribute und Fähigkeiten – die Gruppe der Frauen nicht nur homogenisierend, sondern re-stereotypisierend – festgeschrieben werden.¹⁸¹ Dieses „Dilemma der Differenz“¹⁸², das immer zutage tritt, wenn Recht an Identifikationsmerkmale zwingend, oder aber provisorisch, strategisch anknüpft und diese reifiziert¹⁸³, lässt sich mit *Holzleithner* folgendermaßen auf den Punkt bringen:

„Indem Personen *als Frauen* Rechte zugesprochen werden, wird nicht einfach ihr Schutz oder ihre Förderung ermöglicht; vielmehr kommt es genau über diese Anrufung der Kategorie auch zu einer festlegenden Regulierung.“¹⁸⁴

Daher werden Förderungen oft nicht als Reaktion auf strukturelle Benachteiligung, sondern auf individuelle Defizite verstanden – und oft abgelehnt –, die den Begünstigten als inhärent zugeschrieben werden. Das Dilemma der Differenz ist, gerade auf der Ebene von positiven Maßnahmen,¹⁸⁵ nicht zur Gänze zu überwinden, da rechtliche Maßnahmen immer an auf die eine oder andere Art und Weise

¹⁸⁰ Dworkin 1993, 79 ff.

¹⁸¹ Holzleithner 1995, 89.

¹⁸² Minow 1990, 20.

¹⁸³ Minow 1997, 30-84.

¹⁸⁴ Holzleithner 2008, 252, Hervorhebung im Original.

¹⁸⁵ Anders gelagert, aber auch nicht unproblematisch, lässt sich dieses Differenzproblematik im Antidiskriminierungsrecht identifizieren, das in kritischer Reaktion zunehmend als „postkategorial“ neu entworfen wird, vgl. dazu u.a. Lembke/Liebscher 2014.

bestimmbare Merkmale anknüpfen müssen und so Gruppen (mit)konstituieren.¹⁸⁶ Mit *MacKinnon* lässt sich rechtstheoretisch/-kritisch ergänzend problematisieren, dass formales Gleichheitsrecht Geschlechtergleichheit sohin an Differenz bindet.¹⁸⁷

Der Ausgangspunkt für die Implementierung von Quotenregelungen ist, wie oben ausgeführt, die nach wie vor bestehende Benachteiligung von Personengruppen trotz liberaler, formalrechtlicher Chancengleichheit. Quoten sind mithin der Erkenntnis geschuldet, dass Diskriminierung bei Einstellung und Beförderung oft nicht individuell, sondern strukturell festzumachen ist.¹⁸⁸ Das Ziel von Quotierungen ist nicht die Wiedergutmachung für vergangenes Unrecht,¹⁸⁹ sondern der Abbau gegenwärtig bestehender Diskriminierung, mit anderen Worten: die rechtliche und faktische Gewähr, dass alle Menschen die Möglichkeit haben, eine Stelle in der Gesellschaft autonom, jedenfalls aber ohne geschlechtsspezifische Hindernisse, erlangen zu können.¹⁹⁰

Aus diesem Grund können Quoten auch als Ausdruck einer (Rechts-)Politik verstanden werden, die eine „Gleichheitsdurchbrechung als Mittel zur Gleichheitsverwirklichung“¹⁹¹ zur „Realisierung des Gleichheitsgrundsatzes in der gesellschaftlichen Wirklichkeit“¹⁹² als legitim und notwendig erscheinen lassen, um „substantielle Chancengleichheit“¹⁹³ zu erreichen.¹⁹⁴

¹⁸⁶ Holzleithner 2008, 253, Hervorhebung im Original.

¹⁸⁷ MacKinnon 1996, 142; „Differenzen sind die post hoc-Entschuldigung der Ungleichheit, ihr endgültiges Kunstprodukt, ihr Ergebnis, das sich als ihr Ursprung präsentiert, ihre Sentimentalisierung, ihr Schaden, auf den als die Rechtfertigung für das schädigende Tun nach Anrichten des Schadens hingewiesen wird. [...] Ungleichheit kommt zuerst; danach kommt Differenz. Ungleichheit ist materiell und substantiell und macht eine Disparität deutlich; Differenz ist ideell und abstrakt und fälschlicherweise symmetrisch. Wenn dem so ist, dann tragen ein Diskurs und ein Recht des Geschlechts dazu bei, die Differenz in den Mittelpunkt zu stellen, als Ideologie, um Disparitäten der Macht zu neutralisieren, zu rationalisieren und zu verdecken. [...] Differenz ist der Samthandschuh auf der eisernen Faust der Herrschaft“, MacKinnon 1996, 145 f.

¹⁸⁸ Foljanty 2012, 38.

¹⁸⁹ Wiewohl auch solche vergangenheitsorientierte, kompensatorische Ansätze vertreten werden, vgl. zusammenfassend Holzleithner 1995, 85 f. und allgemein Rosenkranz 1997, 17-26.

¹⁹⁰ Holzleithner 1995, 89.

¹⁹¹ Holzleithner 1995

¹⁹² Sporrer 2019, Rz. 12.

¹⁹³ O’Neill 1993, 148.

¹⁹⁴ „[...] für [deren] Erreichen in begrenztem Ausmaß auch individuelle Opfer in Kauf zu nehmen sind“ (OGH 23.11.2010, 8 ObA 35/10w, 6).

3.1.2 Die europäische und österreichische Ebene – EuGH-Judikatur und aktuelle rechtspolitische Entwicklungen

Im EU-Gleichstellungsrecht kommt das erweiterte sozialpolitische Ziel der Europäischen Union, Menschen unabhängig von ihrem Geschlecht freie Entfaltung und gleiche Chancen sowie gesellschaftliche Teilhabe zu ermöglichen, zur Geltung.¹⁹⁵ Europarechtliche Grundlagen für Quotenregelungen finden sich etwa in der GRC, insbesondere in den Art. 20 (allgemeiner Gleichheitssatz), Art 21 (Diskriminierungsverbote) und 23 (Herstellung der Geschlechtergleichheit), womit eine Zulässigkeit positiver Maßnahmen statuiert wird.¹⁹⁶ Mit dem Vertrag von Lissabon steht die GRC durch den Verweis in Art. 6 Abs. 1 AEUV im Primärrechtsrang.¹⁹⁷ Auf den Bereich Beruf und Beschäftigung beschränkt ist der im Zusammenhang mit Quotenregelungen besonders relevante, unmittelbar anwendbare Artikel 157 Abs. 4 AEUV, in dem die „effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung“ primärrechtlich verbürgt ist und in dem es heißt:

„der Grundsatz der Gleichbehandlung hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen vorzusehen.“

Damit wird – einfach ausgedrückt – klargestellt, dass Frauenförderung unter gewissen Umständen – Unter-/Unterrepräsentanz eines Geschlechts und Abwägung von sonstigen, die Fallgerechtigkeit betreffende Umstände – keine Diskriminierung von Männern bedeutet. Sie dienen vielmehr der Verwirklichung des Diskriminierungsverbots.¹⁹⁸ Warum war diese Klarstellung notwendig?

In den 1980er Jahren bildete sich *peu à peu* eine teilweise institutionell verankerte Gleichstellungsrbeit heraus (etwa in Form von Gleichstellungsbeauftragten oder entsprechenden Arbeitsgruppen auf Bundes- und/oder Landesebene). Mit der entsprechenden Einführung von Gleichstellungsgesetzen für den öffentlichen Dienst in den 1990er Jahren, die auf Art. 157 Abs. 4 AEUV aufbauten, ging ein Aufschrei und eine Klagewelle von Männern einher. Der Tenor: Die Quote benachteilige Männer

¹⁹⁵ Kucsko-Stadlmayer/Kuras 2013, Rz. 3.

¹⁹⁶ Kucsko-Stadlmayer/Kuras 2013, Rz. 13.

¹⁹⁷ Kucsko-Stadlmayer/Kuras 2013, Rz. 41 ff.

¹⁹⁸ Baer 2008, 24.

aufgrund ihres Geschlechts auf dem Arbeitsmarkt, zudem belaste sie Frauen mit dem Stigma der Förderungsbedürftigkeit.

Der EuGH hatte in diesen juristischen Auseinandersetzungen das letzte Wort. In vier Entscheidungen stellte er klar, dass „relative“ Quotenregelungen zulässig seien – sowohl als *leistungsabhängige Erfolgsquoten*, denen zufolge bei jeder Einzelentscheidung Bewerberinnen bei gleicher Qualifikation bevorzugt einzustellen sind sowie auch als *flexible Ergebnisquoten*, die Zielvorgaben im Rahmen von Frauenförderungsplänen formulieren und ihr Erreichen verwaltungsintern sanktionieren.¹⁹⁹ Leistungsabhängige, flexible Quoten, die Ausnahmen zugunsten individueller männlicher Biografien zulassen, also „Öffnungsklauseln“ enthalten, stehen mit dem Europarecht ausdrücklich im Einklang, wie der EuGH in der Rechtssache *Marschall* klarstellte.²⁰⁰

Quotenregelungen dürfen keinesfalls in Begründung oder Verfestigung von gesellschaftlichen Privilegien resultieren; müssen also zeitlich und in ihren Auswirkungen begrenzt und gerechtfertigt werden. Nicht zulässig sind aus diesem Grund „absolute und unbedingte“ Quotenregelungen, die eine sogenannte Vorzugs- oder Eintrittsautomatik installieren, also dass Bewerberinnen gleicher Qualifikation automatisch bevorzugt werden, so der EuGH in der Rechtssache *Kalanke*.²⁰¹ Diese starren Quotenregelungen verstoßen im Übrigen gegen die Gleichbehandlungsrichtlinie der Union.²⁰²

Zudem müsse die Qualifikation tatsächlich gleich oder gleichwertig sein, wie der EuGH in der Rechtssache *Abrahamsson* entschied.²⁰³ In der Folge wurde die gleiche Qualifikation von Frauen vermehrt bezweifelt, Diskriminierung wurde also subtiler; ein Problem, dass *Baer* als „Subtilisierung“ beschreibt:

„Wenn eine Förderregel gilt, wird nach unauffälligeren Dingen als zuvor gesucht, um weiter zu machen wie bisher. Da, wo es bislang in Deutschland rechtlich zwingend qualifikationsabhängige Quoten gibt, werden dann eben ungleiche Qualifikationen festgestellt, um die Quote nie zur Anwendung zu

¹⁹⁹ EuGH vom 11.11.1997, Rs C-409/95, *Marschall*; EuGH vom 28.03.2000, Rs C-158/97, *Badeck*.

²⁰⁰ EuGH vom 11.11.1997, Rs C-409/95, *Marschall*.

²⁰¹ EuGH vom 17.10.1995, Rs C-450/93, *Kalanke*.

²⁰² RL 76/207/EWG, ersetzt durch RL 2006/54/EG zur Vereinheitlichung der Bestimmungen zur Gleichbehandlung in der Arbeitswelt.

²⁰³ EuGH vom 06.07.2000, Rs. C-407/98, *Abrahamsson*; dies war auch vor der Entscheidung des EuGH schon anerkannt, vgl. Rosenkranz 1997, 248.

bringen. Oder es werden in Bewerbungsverfahren gerade diejenigen nicht in die engere Wahl gezogen, die tatsächlich konkurrieren und dann von Positiven [sic] Maßnahmen profitieren würden, um der Vorgabe insgesamt auszuweichen. Oder es werden Positionen ad personam besetzt, also insgesamt ohne Verfahren, um erst gar keine Diskussion führen zu müssen. Dann verschiebt eine Quote die Vorurteile und eben auch die handfesten Benachteiligungen, anstatt ihnen entgegen zu treten.“²⁰⁴

Hier zeigte sich, wie *Foljanty* treffend festhält, „dass Leistung nicht etwas objektiv Messbares, sondern etwas von dominanten Gruppen Definiertes ist.“²⁰⁵ Diese Problematik lässt sich auch mit *MacKinnons* Dominanzbegriff fassen: So wird Gleichheitsrecht liberalen Zuschnitts nach wie vor davon ausgegangen, dass Gesellschaftsmitglieder bereits gleich sind (statt: sein sollen) und insofern nur vor unsachlicher Ungleichbehandlung zu schützen sind. Jeder Anspruch auf Gleichbehandlung wird daher als Sonderrecht, Privileg oder besondere Förderung stigmatisiert und nicht als Nichtdiskriminierung oder Gleichheitsrealisierung anerkannt; Praktiken können aber schon diskriminierend sein, wenn sie bloß den Status quo, der von Dominanzverhältnissen geprägt ist, unverändert reflektieren.²⁰⁶

Die wesentlichen österreichischen Rechtsgrundlagen für Quotenregelungen finden sich im internationalen und europäischen Recht sowie im österreichischen Verfassungsrecht. Der Gleichheitssatz der österreichischen Verfassung (Art. 7 Bundes-Verfassungsgesetz, B-VG; siehe auch Art. 7 Staatsgrundgesetz, StGG) verbürgt das Prinzip der Gleichheit beziehungsweise Gleichbehandlung: Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.²⁰⁷ Als Ausdruck einer (formalen) „persönlichen Rechtsgleichheit“ stellt er das zentrale Grundrecht und den praktisch wichtigsten Maßstab für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen dar.²⁰⁸ Er verbietet in seinem ersten Absatz unter anderem „Vorrechte des Geschlechts“, also Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts. In seinem zweiten Absatz bekennen sich Bund, Länder und Gemeinden, also alle Ebenen der staatlichen Verwaltung, seit 1998 ausdrücklich zur „tatsächlichen Gleichstellung von Mann und

²⁰⁴ Baer 2010b, 15 f.

²⁰⁵ Foljanty 2012, 40.

²⁰⁶ MacKinnon 1996, 162 f. und 166.

²⁰⁷ Inhaltlich umfasst der Gleichheitssatz ein Privilegierungsverbot, ein Diskriminierungsverbot und ein Differenzierungsverbot und -gebot (Gleiches gleich, Ungleiches ungleich) und ein Sachlichkeitsgebot, vgl. Berka 2012, 547 f.).

²⁰⁸ Berka 2012, 543ff.; eingehend Pöschl 2008, 315ff.

Frau.“ So statuiert Art. 7 Abs. 1 B-VG den Gleichheitssatz, der unter anderem die „Vorrechte des Geschlechts“ verbietet.²⁰⁹ Als Ausdruck einer (formalen) „Rechtsgleichheit“ stellt er das zentrale österreichische Grundrecht und den praktisch wichtigsten Maßstab für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen dar.²¹⁰

Zwischen Verfassungsrecht und sozialer Wirklichkeit, insbesondere der des Arbeitsmarktes, besteht allerdings eine erhebliche Diskrepanz.²¹¹ Kategorien rechtlicher Gleichheit sind, wie das juristische Denken und der hegemoniale Rechtsdiskurs generell, stark werteabhängig und traditionalistisch,²¹² aber insofern auch umstritten. Dies zeichnet sich insbesondere in der Judikatur des VfGH in Gleichbehandlungsfragen ab, in der Evidenzbehauptungen, die ‚Erfahrung des täglichen Lebens‘ und vermeintliche ‚Unterschiede im Tatsächlichen‘ sowie undifferenzierte Naturalisierungen sozial-kultureller Differenzen herangezogen wurden, um Ungleichbehandlungen zu rechtfertigen.²¹³ Mit dem „Witwerpensionserkenntnis“²¹⁴ gestand der VfGH zum ersten Mal zu, dass der Gleichheitssatz eine die gegebenen gesellschaftlichen Verhältnisse transformierende Kraft entfalten kann. Er sieht daher „solche Ungleichbehandlungen (vorübergehend) als sachlich begründet, die wenigstens in der Richtung eines Abbau von Unterschieden wirken würden.“²¹⁵ Der VfGH qualifizierte in der Folge in seinem „Pensionsaltererkenntnis“²¹⁶ das unterschiedliche Pensionsalter von Männern und Frauen als gleichheits- und somit als verfassungswidrig, nicht aber das Frauennachtarbeitsverbot.²¹⁷ Unter anderem dadurch hat sich der VfGH den Vorwurf zugezogen, in Anwendung des Artikel 7 Absatz 1 B-VG mit zweierlei Maß zu messen:

²⁰⁹ BGBl Nr. 1/1930 in der Fassung BGBl I Nr 114/2013.

²¹⁰ Berka 2012, Rz. 1626 ff.; eingehend Pöschl 2008.

²¹¹ Holzleithner 1995, 82; vgl. weiterführend Leitner 2001 und Achatz 2008.

²¹² Zur Kritik am systematischen „juristischen Traditionalismus“ siehe insbesondere Benke 1995, 95.

²¹³ Vgl ua VfSlg 651/1926, 1526/1947, 2979/1956, 7461/1974.

²¹⁴ VfSlg 8871/1980.

²¹⁵ VfSlg 8871/1980.

²¹⁶ VfSlg 12568/1990.

²¹⁷ Erst durch das das EU-Nachtarbeits-Anpassungsgesetz 2002 wurde das Frauennachtarbeitsgesetz mit den entsprechenden Verboten für Frauennachtarbeit beziehungsweise die Bestimmung des § 4c Frauennachtarbeitsgesetz, die Frauennachtarbeit von einer Kollektivvertrag-Regelung oder einer kollektivvertraglich ermächtigten Betriebsvereinbarung abhängig macht, aufgehoben und eine entsprechende Anpassung an die Nachtarbeitsbestimmungen in der EU-Arbeitszeitrichtlinie vorgenommen.

besonders streng dann, wenn Männer benachteiligt sind, besonders nachsichtig, wenn es um die Benachteiligung von Frauen geht.

„Nur Frauen sind doppelt belastet, Männer sind das nie; sind sie es ausnahmsweise doch, so ist dies unbeachtlich. Selbst wenn sich hinter der Durchschnittsbetrachtung kein Stereotyp verbirgt, führt sie dazu, daß der Einzelne nicht als Individuum, sondern nur als Teil eines Kollektivs wahrgenommen und behandelt wird: Da viele Frauen angeblich Schutz vor Nacharbeit benötigen, müssen sich alle Frauen so behandeln lassen, als benötigten sie einen solchen Schutz. Da die meisten Männer nur berufstätig sind, müssen sich auch Männer, die zusätzlich zu ihrem Beruf die Betreuung von Angehörigen und Haushalt übernehmen, so behandeln lassen, als wären sie nicht doppelt belastet. Wer den herkömmlichen Vorstellungen, wie eine Frau als Frau und wie ein Mann als Mann zu leben haben, nicht entspricht, wird also benachteiligt.“²¹⁸

In einem gewissen Gegensatz dazu erklärt Art. 7 Abs. 2 B-VG als Staatszielbestimmung seit 1998 ergänzend „Maßnahmen zur Förderung der faktischen Gleichstellung“, also sogenannte positive Maßnahmen (*affirmative action*) ausdrücklich für zulässig – also: Frauenförderung, Geschlechterquoten oder auch *Gender Budgeting*.²¹⁹ In Artikel 7 Absatz 2 heißt es wortwörtlich:

„Bund, Länder und Gemeinden bekennen sich zur tatsächlichen Gleichstellung von Mann und Frau. Maßnahmen zur Förderung der faktischen Gleichstellung von Frauen und Männern insbesondere durch Beseitigung tatsächlich bestehender Ungleichheiten sind zulässig.“²²⁰

²¹⁸ Pöschl 2007, 118.

²¹⁹ Baer 2010b; das Ziel von *Gender Budgeting* besteht unmittelbar in der inhaltlichen Gestaltung und Analyse von Budgets, um Geschlechtergleichstellung und Chancengleichheit zu fördern. Die Veränderung von Politiken, insbesondere in den Bereichen Finanzen und Wirtschaft und einer Demokratisierung von Budgetpolitik, sind mittelbare Ziele. Aber auch eine erhöhte Treffsicherheit und Effizienz in der Umsetzung von Politiken wird mit Gender Budgeting angezielt, da budgetäre Effekte genauer ge- und überprüft werden (vgl. Michalitsch 2007a, 160 f.). Die Vergeschlechtlichung von Budgets hingegen sichtbar zu machen, das sogenannte *engendering*, bedeutet, die Zuweisung von Einnahmen und Ausgaben an verschiedene Geschlechter sowie deren unterschiedlichen Nutzen aus öffentlichen Leistungen und Unterstützungen zu analysieren. Die Ausgaben für Gleichstellung und die budgetären Auswirkungen auf Erwerbsarbeit, unbezahlte Arbeit und Zeitverwendung können ebenso Inhalte einer feministischen Budgetanalyse sein. Zugespielt kann man sagen, dass es um die Erfassung von geschlechtsspezifischen Wirkungen und Produktionsbedingungen von Geschlecht durch monetäre Ströme und deren gleichstellungsorientierte Revision und Restrukturierung geht (vgl. Michalitsch 2004, 72, 2007, 159 f.).

²²⁰ Art. 7 Abs. 2 beruht in seiner derzeitigen Fassung auf der Novelle BGBl I Nr. 68/1998, Grund für die damalige Novellierung war, dass die bloß rechtliche (formale) Gleichheit vor dem Gesetz nicht genügt, um auch die tatsächliche (materielle) Gleichstellung der Geschlechter herbeizuführen, die aber durch den in Österreich in Verfassungsrang stehenden Art. 4 Abs.1 der CEDAW geboten ist: „Vorübergehende Sondermaßnahmen der Vertragsstaaten zur beschleunigten Herbeiführung der De-facto-Gleichberechtigung von Mann und Frau gelten nicht als Diskriminierung im Sinne dieser Konvention, dürfen aber keinesfalls die Beibehaltung ungleicher oder gesonderter Maßstäbe zur Folge haben; diese Maßnahmen sind aufzuheben, sobald die Ziele der Chancengleichheit und Gleichbehandlung erreicht sind“ (siehe BGBl Nr. 443/1982 in der Fassung BGBl III Nr. 176/2015).

Diese innerstaatliche Fördernorm im Verfassungsrang steht im Einklang mit dem internationalen und europäischen Recht²²¹ und europarechtlichen *Gender Mainstreaming*-Ansatz (Art. 8 AEUV), aus dem abzuleiten ist, dass Gleichstellung ein Zustand ist, der mit formalrechtlicher Gleichheit (oder Gleichberechtigung) noch nicht erreicht ist, die gleiche Anwendung von Normen auf ungleiche gesellschaftliche Sachverhalte Ungleichbehandlung verfestigen könnte und insofern positive Maßnahmen zulässig sind.²²² Die grundsätzliche Zulässigkeit ‚positiv diskriminierender‘ Maßnahmen in der Arbeitswelt ist europarechtlich geklärt.²²³

Dass es sich bei Art. 7 Abs. 2 B-VG ‚nur‘ um eine Staatszielbestimmung handelt, heißt, dass dadurch kein subjektives Recht oder Grundrecht gewährleistet wird, Bund, Länder und Gemeinden jedoch zur aktiven Förderung der materiellen Gleichstellung der Geschlechter im wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Leben verpflichtet sind; als verfassungsrechtliche Wertentscheidung kann Art. 7 Abs. 2 B-VG staatliches Handeln bzw. eine aktive Gleichbehandlungspolitik legitimieren.²²⁴ Diese Kompromiss-Konstruktion ist jedoch nicht ausreichend, um die Geschlechtergleichheit wirkungsvoll in der Verfassung zu verankern. Institutionelle Verpflichtungen und subjektive Rechte wären insbesondere hinsichtlich der Frage einer wirksamen Rechtsdurchsetzung besonders relevant.²²⁵

Generelle gesetzliche Quotenregelungen für die Privatwirtschaft sind bisher gescheitert – so in Deutschland der ‚Entwurf Pfarr‘ aus 2001²²⁶, wiewohl in Deutschland seit 1. Jänner 2016 für Aufsichtsräte von börsennotierten und paritätisch-mitbestimmten Unternehmen eine 30-prozentige Geschlechterquote gilt.²²⁷

²²¹ Vgl. die Art. 4 und 5 der CEDAW); Art. 20 und 23 der GRC; Art. 157 Abs. 4 AEUV.

²²² Sporrer 2019, Rz. 11 f.

²²³ Sturm 2003, 481 mit weiteren Nachweisen.

²²⁴ Berka 2012, Rz 1678f.

²²⁵ Die Untätigkeit des Gesetzgebers ist schwer zu sanktionieren, eine gesetzgebende Körperschaft kann kaum zu einem bestimmten Handeln veranlasst werden, ohne dadurch in Konflikt mit dem demokratischen Grundprinzip zu gelangen. Andererseits sind gesellschaftliche Strukturen, in denen mehr als die Hälfte der Bevölkerung, nämlich die Frauen, unterrepräsentiert und damit ökonomisch benachteiligt sind, ebenso wenig mit demokratischen Prinzipien vereinbar (vgl. 31/AVORL-K, Ausschuss 3, 5. Sitzung, Textvorschlag Artikel 7 B-VG – Frauenring).

²²⁶ Siehe Pfarr 2001.

²²⁷ Geregelt im ‚Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst‘ (BGBl 2015 I Nr. 17, 642 ff).

Schon im Jahr 2012 hat die Europäische Kommission eine Gesetzesinitiative eingebracht, um Geschlechterparität in (nicht-exekutive) Leitungs- und Aufsichtsgremien in börsennotierten Unternehmen auf den Weg zu bringen. Im November 2013 stimmte das Europäische Parlament mit überwiegender Mehrheit für eine Geschlechterquote von 40 Prozent in den Führungsetagen europäischer Unternehmen,²²⁸ ein entsprechender Richtlinienvorschlag wurde vorgelegt²²⁹, eine Zustimmung der Staats- und RegierungschefInnen stand allerdings bis vor Kurzem aus.²³⁰ Der Blick auf die aktuelle Datenlage zeigt die bemerkenswerte Unterrepräsentanz von Frauen in den höchsten Exekutiv- und Verwaltungsgremien der größten börsennotierten Unternehmen Europas, diese liegt 2022 bei nur ca. 8 Prozent, umgekehrt haben 92,% Männer diese Funktionen.²³¹

Nach Verhandlungen, Anpassungen und einer beinahe zehnjährigen Blockade durch den Rat, gab es Anfang Juni 2022 schließlich eine politische Einigung²³² zugunsten einer „Women on Board“-Richtlinie, die vorsieht, dass grundsätzlich 40 Prozent der Aufsichtsratsmitglieder (real) Frauen beziehungsweise Angehörige des unterrepräsentierten Geschlecht²³³ sein sollen oder (alternativ) ein durchschnittlicher Anteil des unterrepräsentierten Geschlechts von 33 Prozent für Aufsichtsräte und Vorstände muss erreicht werden; kleine und mittlere Unternehmen mit bis zu 249 ArbeitnehmerInnen sind nicht vom Anwendungsbereich erfasst.²³⁴ Diese Initiative ist Teil der Umsetzung der EU Gender Equality Strategy 2020-2025²³⁵ und basiert

²²⁸ Vgl. IP/13/1118.

²²⁹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Gewährleistung einer ausgewogeneren Vertretung von Frauen und Männern unter den nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften und über damit zusammenhängende Maßnahmen (2012/299 (COD)).

²³⁰ Vgl. den entsprechenden Legislative Train Schedule des Europäischen Parlaments, <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-new-push-for-european-democracy/file-gender-balance-on-boards> (Zugriff: 15.06.2022).

²³¹ Gender Statistics Database, Largest listed companies: CEOs, executives and non-executives, www.eige.europa.eu/gender-statistics/dgs/indicator/wmidm_bus_bus_wmid_comp_compex (7.3.2022).

²³² Vgl. Europäische Kommission, Commission welcomes political agreement on Gender Balance on Corporate Boards, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_3478 (Zugriff: 15.06.2022).

²³³ Trotz des symbolischen Titels der politischen Initiative ist die avisierte Quotenregelung daher keine Frauen-, sondern eine Geschlechterquote.

²³⁴ Europäisches Parlament, Women on boards: deal to boost gender balance in companies, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20220603IPR32195/women-on-boards-deal-to-boost-gender-balance-in-companies> (Zugriff: 15.06.2022).

²³⁵ Europäisches Parlament, Gender Equality Strategy, https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/gender-equality-strategy_de (Zugriff: 15.06.2022).

kompetenzrechtlich auf Art. 157 Abs. 3 AEUV, wonach „Maßnahmen zur Gewährleistung der Anwendung des Grundsatzes der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, einschließlich des Grundsatzes des gleichen Entgelts bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit“ im ordentlichen europäischen Gesetzgebungsverfahren getroffen werden können. Diese neue Regelung des europäischen (Kapital-)Gesellschaftsrechts ist rechtstechnisch und -inhaltlich eine positive Maßnahme im Sinne des Art. 157 Abs. 4 AEUV.

Im österreichischen Unternehmensrecht ist seit 2018 durch das Gleichstellungsgesetz von Frauen und Männern im Aufsichtsrat (GFMA-G²³⁶) eine Geschlechterquote für Aufsichtsräte in Gesellschaften vorgesehen, die bei Neubestellungen von Aufsichtsräten in börsennotierten Unternehmen sowie in großen Unternehmen, das heißt solchen mit mehr als 1.000 Beschäftigten, greift. Sie sieht einen Mindestanteil von 30 Prozent für das jeweils unterrepräsentierte Geschlecht – sie wirkt daher zugunsten von Frauen oder Männern. Bei Nichteinhaltung dieser Zielvorgabe gilt das sogenannte Leerer Stuhl-Prinzip, demzufolge das Mandat unbesetzt bleibt.

In Österreich besteht für den Bundesdienst mittlerweile schon seit Jahrzehnten eine Frauenquote von 50 Prozent.²³⁷ Im Universitätsgesetz sieht § 44 die partielle Anwendbarkeit des Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GlBG)²³⁸ vor, wodurch dessen 2. Abschnitt und damit die Frauenförderungsgebote für Stellenbesetzung im Universitätsbetrieb beachtlich sind.²³⁹

3.1.3 Exkurs: „Nichtdiskriminierende Nichtanwendung“ von Quotenregelungen in Österreich

In diesem Zusammenhang ist eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofes (OGH) interessant, in der festgestellt wurde, dass die „nichtdiskriminierende Nichtanwendung“ der Frauenquote des B-GlBG zwar rechtswidrig sei, aber keine

²³⁶ Bundesgesetz, mit dem das Aktiengesetz, das GmbH-Gesetz, das SE-Gesetz, das Genossenschaftsgesetz und das Arbeitsverfassungsgesetz zur Erreichung einer gleichberechtigten Vertretung von Frauen und Männern im Aufsichtsrat geändert werden (Gleichstellungsgesetz von Frauen und Männern im Aufsichtsrat – GFMA-G), BGBl I 2017/104.

²³⁷ Vgl. die §§ 11b und 11c B-GlBG.

²³⁸ Bundesgesetz über die Gleichbehandlung im Bereich des Bundes (Bundes-Gleichbehandlungsgesetz – B-GlBG), BGBl. Nr. 100/1993.

²³⁹ Wagner 2012, 172.

Einstellungsdiskriminierung begründe und daher sanktionslos bleiben müsse.²⁴⁰ Konkret ging es um einen Mann und eine Frau, die sich im Auswahlverfahren gemäß den Auswahlkriterien als gleich qualifiziert herausgestellt hatten. Die Bewerberin wurde ausschließlich aufgrund von ablehnenden Äußerungen der befragten Mitglieder des ausschreibenden Universitätsinstituts abgelehnt. Die Klägerin war nämlich bereits früher im selben Institut beschäftigt und habe sich dort aufgrund einiger im Judikat nicht näher beschriebener Vorfälle den Ruf der „sozialen Unverträglichkeit“ erworben. Sanktionslose Fördergebote sind mit den vielfach normierten materiellen Gleichstellungsgeboten grundsätzlich unvereinbar und auch in rechtstheoretischer Hinsicht stellt eine gesetzlich nicht durchsetzbare Anordnung, deren Nichteinhaltung „rechtswidrig, aber nicht diskriminierend ist“, ein Paradox dar und könnte „bagatellisierende und effektivitätsmindernde Auswirkungen auf die Beurteilung als dienst- (disziplinar-) bzw arbeitsrechtliches Fehlverhalten“²⁴¹ haben. Dies könnte dazu beitragen, dass Grundannahme des österreichischen (und europäischen) Gesetzgebers, dass Frauen strukturell – wenn man so will: kollektiv – benachteiligt werden. Diese strukturelle Benachteiligung zeichnet sich eben dadurch aus, dass Frauen aufgrund von stereotypischen Geschlechterbildern auch bei gleicher oder sogar besserer Qualifikation weniger Kompetenz als Männern zugesprochen wird. Der OGH geht jedoch nicht davon aus, dass eine Frau ohne diese Förderungsmaßnahme benachteiligt ist, sondern umgekehrt, dass eine Frau durch die Maßnahme bevorteilt und privilegiert wird. Anzumerken bleibt dennoch, dass die normativ gebotene, letztlich aber rechtlich unvollkommene Quote im öffentlichen Dienst trotz des OGH-Judikats real wirkmächtig ist – von einem sogenannten *administrative neglect* ist kann keine Rede sein; die Frauenfördernormen im öffentlichen Bunddienst wirken – der Frauenanteil im Bundespersonal ist seit Jahrzehnten im Steigen begriffen. Er betrug im Jahr 2021 42,6 Prozent, bei den Vertragsbediensteten sogar 58,6 Prozent, bei BeamtInnen 26 Prozent und bei Spitzenfunktionen (Sektionsleitung) der Bundesverwaltung immerhin bei 32,0 Prozent (1995 hat der Frauenanteil noch 2,5 Prozent betragen).²⁴²

²⁴⁰ OGH vom 23.11.2010, 8 ObA 35/10w; anderer Ansicht sind etwa Ulrich 2012, 223 ff. und Windisch-Graetz, Michaela, 248 f.

²⁴¹ Ulrich, 2012, 226.

²⁴² BMKÖS, Daten und Fakten zum Bundespersonal, Frauen und Männer, https://www.oeffentlicherdienst.gv.at/fakten/bundespersonal/daten/geschlechter/maenner_frauen.html (Zugriff: 18.06.2022).

3.2 Der Fall „Lohn(un)gleichheit“ – Zwischen Individualansprüchen und struktureller Diskriminierung

3.2.1 Lohngleichheit als europäisches Verfassungsprinzip

Bei lohnpolitischen Fragen geht es immer um Fragen gerechter, angemessener innerbetrieblicher wie volkswirtschaftlicher Verteilung und Anerkennung von Arbeitsleistung. Die Verringerung beziehungsweise Schließung von geschlechtsbezogenen, diskriminierenden Entgeltlücken und die Verwirklichung des „Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit“ ist nicht nur eine zentrale europarechtliche Norm, die auch gegenüber Privaten unmittelbare Geltung entfaltet, sondern auch ein völker- und menschenrechtliches Gebot.²⁴³ Lohngleichheit ist seit den Römischen Verträge abgesichert: der unmittelbar anwendbare Art. 157 AEUV, statuiert seit 1957²⁴⁴ im ersten Abs. den „Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit“. Seine hochrangige Verankerung im europäischen Verfassungsrecht erfolgte jedoch nicht aus gleichstellungspolitischen Erwägungen, sondern aus wettbewerbspolitischen Gründen.²⁴⁵ Historischer Hintergrund war, dass Frankreich bei der Gründung der Europäischen Union als einziger Staat den Grundsatz des gleichen Entgelts gesetzlich gewährleistet und einen Wettbewerbsnachteil befürchtete.²⁴⁶

Konkretisiert wird der Grundsatz durch die Richtlinie 2006/54/EG.²⁴⁷ Art. 4 der RL normiert:

„Bei gleicher Arbeit oder bei einer Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird, wird mittelbare und unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Bezug auf sämtliche Entgeltbestandteile und -bedingungen beseitigt.

Insbesondere wenn zur Festlegung des Entgelts ein System beruflicher Einstufung verwendet wird, muss dieses System auf für männliche und weibliche Arbeitnehmer gemeinsamen Kriterien beruhen und so beschaffen sein, dass Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts ausgeschlossen werden.“

Im österreichischen Recht sind diese Vorgaben im § 11 des GIBG geregelt, wo es heißt:

²⁴³ Art. 23 Abs. 2 AEMR; Art. 7 lit a WSK-Pakt; Art. 11 lit d CEDAW.

²⁴⁴ Ex-Art. 141, ex-Art. 119 EGV.

²⁴⁵ Baer 2002, 47; Sporrer 2019, Rz. 15.

²⁴⁶ Kucsko-Stadlmayer/Kuras 2013, Rz. 1.

²⁴⁷ Die Gleichbehandlungsrichtlinie vereinheitlicht die Bestimmungen zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen in der Arbeitswelt, so war die Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern zuvor in der Richtlinie 75/117/EWG geregelt.

„Betriebliche Einstufungsregelungen und Normen der kollektiven Rechtsgestaltung haben bei der Regelung der Entlohnungskriterien den Grundsatz des gleichen Entgelts für gleiche Arbeit oder eine Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird, zu beachten und dürfen weder Kriterien für die Beurteilung der Arbeit der Frauen einerseits und der Arbeit der Männer andererseits vorschreiben, die zu einer Diskriminierung führen.“

Diese Normen des AEUV, der Gleichbehandlungsrichtlinie und des GIBG erscheinen eindeutig und klar: bei gleicher Arbeit steht gleicher Lohn zu, alles andere ist rechtswidrig. Am Beispiel der Entgeltgleichheit hat sich allerdings gezeigt, dass die Durchsetzung von individuellen Ansprüchen gegen Lohndiskriminierung auf breiter Ebene weitgehend ineffektiv ist. *Winter* bezeichnet das gleichbehandlungsrechtliche Gebot des „gleichen Lohns für gleichwertige Arbeit“ sogar als „Prinzip ohne Praxis“.²⁴⁸ Ein Blick auf aktuelle Daten der österreichischen integrierten Lohn- und Einkommenssteuerstatistik zeigt, dass Frauen 38,9 Prozent und Männer 61,1 Prozent der Bruttojahresbezüge erzielen.²⁴⁹ Der von der Statistik Austria nach harmonisierten europäischen Vorgaben gemessene Gender Pay Gap (Differenz zwischen Bruttostundenverdiensten) betrug 2020 18,9 Prozent (EU-Durchschnitt 2020: 13 Prozent),²⁵⁰ womit Österreich an drittvorletzter Stelle der europäischen Mitgliedsstaaten steht.²⁵¹ In Österreich gibt es dennoch keine – zumindest mir bekannten – nennenswerten gerichtlichen Entscheidungen im Bereich der Lohndiskriminierung in der Privatwirtschaft – abgesehen von einem beachtlichen Urteil des OGH, in dem dieser festgestellt hat, dass das Entgelt nicht vom Verhandlungsgeschick der jeweiligen BewerberInnen/ArbeitnehmerInnen abhängen dürfe, denn

„das gesellschaftliche Umfeld [darf] nicht außer acht gelassen werden. Es ist offenkundig, daß Frauen in Österreich im allgemeinen statistisch gesehen niedriger entlohnt werden als männliche Arbeitnehmer. Frauen sind auch häufiger als Männer bereit, niedriger entlohnte Tätigkeiten anzunehmen, zumal

²⁴⁸ Winter 1998.

²⁴⁹ Vgl. Statistik Austria, Steuerstatistiken, Integrierte Lohn- und Einkommensstatistik https://www.statistik.at/web_de/statistiken/wirtschaft/oeffentliche_finanzen_und_steuern/steuerstatistiken/integrierte_lohn-und_einkommensteuerstatistik/061089.html (18.06.2022).

²⁵⁰ Vgl. Statistik Austria, Gender Statistik, Einkommen, <https://www.statistik.at/statistiken/bevoelkerung-und-soziales/gender-statistiken/einkommen> (Zugriff: 18.06.2022).

²⁵¹ Negative Spitzenreiter nach Österreich sind Estland und Lettland, vgl. Eurostat, Geschlechtsspezifisches Verdienstgefälle, https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/EARN_GR_GPGR2__custom_610647/bookmark/table?lang=de&bookmarkId=d1855244-df61-4fdc-914b-5196b3d45af3 (Zugriff: 18.06.2022).

ihre Arbeit oft bereits im Rahmen der Arbeitsbewertung als weniger schwierig und damit geringerwertig eingestuft wird.²⁵²

3.2.2 Zur (fehlenden) kollektiven Dimension

Auffällig ist, dass die Bewertung einer Arbeit als „gleichwertige Arbeit“, die gleich zu entlohnen ist, auf Basis individueller Vergleiche durchgeführt wird.²⁵³ Der EuGH hat unter anderem entschieden, dass ein Kollektiv- beziehungsweise Tarifvertrag als Ganzes diskriminierend ausgestaltet sein kann, wenn er Arbeitsplätze nicht als gleichwertig anerkennt, bei denen andere Kriterien als körperlich-muskuläre berücksichtigt werden (sogenannte „kompensatorische Vergütungsgruppenmerkmale für weibliche Arbeitnehmerinnen“), ein Bewertungssystem darf ein Geschlecht demnach nicht systematisch benachteiligen.²⁵⁴ Diese besonders zu vergütenden „weiblichen Eignungen“ sind nicht weniger stereotypisierend als tarifliche Frauenleichtlohngruppen und Teil der kollektiven Dimension von Entgeltdiskriminierung, die ja nicht durch die kollektiven Regelungen und ihre Auslegung entsteht, sondern aufgrund der Tatsache, dass Arbeitsmärkte vertikal wie horizontal geschlechtsspezifisch segregiert sind²⁵⁵ und sowohl spezifische Branchen (zum Beispiel die Textilindustrie oder der Handelssektor) als auch in Unternehmen bestimmte Abteilungen und Tätigkeitsbereiche traditionell mit Frauen und Männern besetzt werden.²⁵⁶ Dies macht die Notwendigkeit einerseits deutlich, dass eine rein individualrechtliche Ausgestaltung von Antidiskriminierungsrecht nicht ausreicht (weswegen in den EU-Antidiskriminierungsrichtlinien auch Verbandsklagemöglichkeiten geschaffen wurden²⁵⁷), um strukturelle Diskriminierung adäquat zu adressieren. Andererseits gilt es zu bedenken, dass Frauen gewerkschaftlich schwächer organisiert sind und Tarif- beziehungsweise Kollektivverträge daher vor allem das

²⁵² OGH vom 20.5.1998, 9 ObA 350/97d (Rechtssatz).

²⁵³ Colneric 1999, 57; für die Arbeitsbewertung hat sich im deutschsprachigen Raum die „ABAKABA“-Methode durchgesetzt, siehe <http://www.abakaba.ch/> (Zugriff: 18.06.2022).

²⁵⁴ EuGH vom 01.07.1986, Rs. C-237/85, *Rummeler*.

²⁵⁵ Vgl. für Österreich Leitner 2001; in geschlechterkritischer Perspektive lässt sich für die jüngere Arbeitsmarktentwicklung feststellen: „Der Arbeitsmarkt zerfällt zunehmend in einen männlich dominierten Kernarbeitsmarkt und einen weiblich marginalisierten Arbeitsmarkt, in dem atypische Arbeitsverhältnisse wie Teilzeitarbeit, geringfügige und befristete Beschäftigungen oder Scheinselbstständigkeit, hohe Arbeitsplatzunsicherheit, niedrige Löhne, fehlende Aufstiegschancen, schlechte Arbeitsbedingungen und mangelnde soziale Sicherheit vorherrschen“ (Michalitsch 2006, 123).

²⁵⁶ So Kocher 2008b, 140 f.; vgl. weiterführend zu „Gender-Ordnungen“ in Organisationen Pasero/Priddat 2004; Acker 2006; Funder 2014; Rastetter/Jüngling 2018.

²⁵⁷ Kocher 2004.

Machtungleichgewicht zwischen ArbeitgeberInnen und ArbeitnehmerInnen, nicht aber zwischen ArbeitnehmerInnen untereinander ausgleichen.²⁵⁸

Daher sind kollektivrechtliche Instrumente nicht in der Lage, intragruppenspezifische Diskriminierungen (etwa gegen Frauen, Homosexuelle oder MigrantInnen in der Gruppe der ArbeitnehmerInnen) angemessen zu adressieren. Der Individualschutz ohne einen Kollektivschutz ist allerdings auch unzureichend, weil entsprechende Ansprüche gerichtlich nur sehr äußerst selten geltend gemacht werden. Sogenannte Frauenabschläge in Tarif- bzw. Kollektivverträgen waren lange Zeit Usus. Am Fall der „Heinze-Frauen“, ²⁵⁹ die in den 1970er-Jahren in Deutschland (relativ) erfolgreich ²⁶⁰ gegen Lohndiskriminierung vorgehen, wurde deutlich, welche Schwierigkeiten sich den 29 Individualklägerinnen stellten: die Langwierigkeit des Verfahrens, Schikanen von Arbeitgeberseite, das Aufbringen hoher persönlicher Konfliktbereitschaft und Stressresistenz. ²⁶¹ Ähnliche Massenklagen in Lohndiskriminierungsfällen sind in Deutschland seit den „Heinze-Frauen“ nicht mehr organisiert worden.²⁶²

Kocher betont, dass es gerade auf die institutionelle (im arbeitsrechtlichen Kontext vor allem gewerkschaftliche) Unterstützung ankäme, wenn kollektiv gegen diskriminierende Entlohnungsstrukturen vorgegangen werden soll.²⁶³ Solche auf diskriminierende Verhältnisse *reaktiven* Kollektivklagen sind nicht nur für den Rechtsdiskurs von Gewicht, sondern können gesellschaftspolitische Solidarität und weiterführende Debatten erzeugen, wie sich nicht nur am Verfahren der „Heinze-Frauen“, sondern auch an der Wirkung der Rechtsprechung des EuGH zeigt.²⁶⁴ Auch in den EuGH-Fällen zur Teilzeit hat ebendieser etwa – wegweisend – klargestellt, dass eine Benachteiligung von Teilzeitkräften bei der Entlohnung oder beim Anspruch auf Betriebspension eine mittelbare Diskriminierung von Frauen ist, da Frauen in

²⁵⁸ Kocher 2008b, 142.

²⁵⁹ BAG, 09.09.1981, Az. 5 AZR 1182/79.

²⁶⁰ Das Unternehmen Heinze ist 1983 in Konkurs gegangen, weswegen die „Heinze-Frauen“ ihre Forderungen nur teilweise realisieren konnten;

https://www.gelsenkirchen.de/de/stadtprofil/stadtgeschichten/strukturwandel/_heinze-frauen.aspx (16.06.2022).

²⁶¹ Kocher 2008b, 136 f.

²⁶² So zumindest Kocher 2008b, 137.

²⁶³ Kocher 2008, 137.

²⁶⁴ Ausgehend von EuGH vom 08.04.1976, Rs. C-43/75, *Defrenne II*; siehe dazu zusammenfassend Topal-Gökceli/Kaupä 2010, 30-32.

Teilzeitbeschäftigungen statistisch signifikant überrepräsentiert sind und durch entsprechende differenzierende Regelungen strukturell – nicht individuell – benachteiligt sind.²⁶⁵ Solche Verfahren haben also strategische Bedeutung, zielen gleichstellungspolitisch auf positive Handlungsverpflichtungen und haben strukturelle Regulierungs- und Steuerungsfunktion.²⁶⁶ Dem Einwand, dass sich (europäisches) Antidiskriminierungsrecht als Hemmschuh für progressive politische Entwicklungen erweise oder weisen könnte, kann damit – zumindest bei kollektiven Ansprüchen und in retrospektiver Betrachtung – zumindest nicht zur Gänge gefolgt werden.

Davon abgesehen bestünde auch die Möglichkeit, diskriminierende Verhältnisse *proaktiv* zu verändern. Im Kontext Lohngleichheit sind dies sogenannte *Pay Equity Plans*. Auch sie haben, wie strategische Massenklagen, eine kollektive Dimension, die im Widerspruch zu antidiskriminierungsrechtlichen Individualansprüchen stehen kann.²⁶⁷ Solche Pläne basieren auf Verhandlungen, die sowohl freiwilliger als auch – wie in im positiv zu bewerteten Fall Kanadas, wo entsprechende Kommissionen eingerichtet wurden²⁶⁸ – verbindlicher Natur sein können; Ziel solcher Verhandlungen sind Regelungsmodelle, die einen aktiven Beitrag zur Lohnungleichheit leisten sollen, bis das Entgelt der bisher benachteiligten auf das Niveau der bisher bevorzugten Beschäftigten angehoben ist beziehungsweise bis deren Entgelt entsprechend abgeschmolzen ist („Aufkommensneutralität“). Dabei stellen sich mitunter komplexe Praxis- und Rechtsfragen, denn bestehende Lohnforderungen sind vertrags- und kollektivrechtlich abgesichert. Etwa: Soll der Gleichbehandlungsanspruch rückwirken?²⁶⁹

Diese Frage zu bejahen, bedeutet den Weg retributiver Gerechtigkeit, also einer vergangenheitsorientierten Wiedergutmachung für erlittenes Unrecht auf Kosten derjenigen, die bisher einen Geschlechtsvorzug genossen hatten. Ein distributiver, zukunftsorientierter Anspruch auf Lohngleichheit respektiert sowohl den Besitzstand der bisher Bevorzugten als auch den anzuleichenden Besitzstand der bisher Diskriminierten und ist mit Aufkommensneutralität inkompatibel. Dazu kommt, dass mit der Aufstellung von *Pay Equity Plans* Individualansprüche vorübergehend nicht

²⁶⁵ EuGH vom 31.03.1981, Rs. C-86/80, *Jenkins*; EuGH vom 13.05.1986, Rs. C-170/84, *Bilka*.

²⁶⁶ Vgl. für das Vereinigte Königreich etwa Hepple/Coussey/Choudhoury 2000, 56 ff.

²⁶⁷ Kocher 2008b, 137f.

²⁶⁸ Pfarr 2012, 7.

²⁶⁹ Kocher 2008b, 144 f.

geltend gemacht werden könnten, was einer besonderen Rechtfertigung und vor allem Effektivität der ausgearbeiteten Regelungsmodelle bedarf.

Kocher schlägt vor, *Pay Equity Plans* unter Art. 157 Abs. 4 AEUV als positive Maßnahme zu subsumieren. Dafür müssten solche Pläne wirklich geeignet sein, um diskriminierende Lohnstrukturen als benachteiligende Faktoren für die berufliche Laufbahn effektiv auszugleichen. Um dies sicherzustellen, bedürfe es einer (nicht zwingend behördlichen, sondern auch unabhängigen sachverständigen, zivilgesellschaftlichen) Institution, die eine inhaltliche Kontrolle der Ergebnisse vornimmt.²⁷⁰ Welche Wege letztlich zu Lohngleichheit führen, so zeigt die Empirie und juristische Zeitgeschichte, hängt von Gelegenheiten „komplexen Zusammenspiels rechtlicher Gelegenheitsstrukturen“²⁷¹ ab.

3.2.3 Exkurs: Entgelttransparenz in Österreich im Spiegel der EU-Rechtsentwicklung – „Prinzip ohne Praxis?“

Der Grundsatz gleicher Lohn für gleiche und gleichwertige Arbeit gilt für alle Entlohnungskriterien, betrieblichen Einstufungsregelungen und Normen der kollektiven Rechtsgestaltung.²⁷² Diesen Grundsatz durchzusetzen, setzt grundlegende Informationen über das Einstufungs- und Entgeltsystem voraus. Der EuGH verlangt eine durchschaubare und transparente Gestaltung von Entgeltsystemen; kann ein solches nicht vorgewiesen werden, kann dies im Verfahren als Indiz für das Vorliegen einer Diskriminierung gewertet werden.²⁷³

Die Einkommensberichte, die im Jahr 2011 eingeführt wurden²⁷⁴ zeigen, dass das seit den 1950er Jahren bestehende Recht auf gleichen Lohn für gleiche oder gleichwertige Arbeit von Frauen und Männern zu keiner wesentlichen Verringerung der Einkommensschere geführt hat.²⁷⁵ Unter anderem auch deshalb, weil weitgehend strukturell gelagerte Diskriminierungen bei Einstufungs- und Entgeltsystemen bisher nur durch Einzelverfahren bekämpft werden konnten.

²⁷⁰ So Kocher 2008b, 146 f. und Pfarr 2012, 8.

²⁷¹ Und damit „nicht nur“ von (europäischem oder nationalem) „Antidiskriminierungsrecht bzw. -rechtsprechung, sondern auch Tarifvertragsrecht, juristische Alternativen sowie Rechtskultur und Rechtsbewusstsein“ (Fuchs 2010, 109).

²⁷² Siehe § 11 GIBG i.d.F. BGBl. I Nr. 98/2008.

²⁷³ EuGH vom 17.10.1989, Rs. 109/88, *Danfoss*; EuGH 27.10.1993, Rs. C-127/92, *Enderby*.

²⁷⁴ BGBl Nr. I 7/2011.

²⁷⁵ So die ErläutRV 938 BlgNR 24. GP 8.

Nach § 11a GIBG sind Unternehmen mit mehr als 150 ArbeitnehmerInnen verpflichtet, alle zwei Jahre nach Geschlecht (grob) aufgeschlüsselte Einkommensberichte zu erstellen. Die Berichte müssen das durchschnittliche gesamte Entgelt der Frauen dem der Männer für die jeweiligen kollektivvertraglichen oder betrieblichen Verwendungsgruppen und -jahre gegenüberstellen. Diese Berichte sind nicht öffentlich. Einsicht erhalten ArbeitnehmerInnen über den Betriebsrat. Sollte es keinen Betriebsrat im Unternehmen geben, muss der Bericht an einem für alle ArbeitnehmerInnen zugänglichen Ort aufbewahrt werden.

Das Recht auf Einsichtnahme ist inhaltlich nicht beschränkt, auch nicht für einzelne ArbeitnehmerInnen. Der Betriebsrat hat ein Beratungsrecht und kann einzelne ArbeitnehmerInnen bei der Durchsetzung unterstützen. Darüber hinaus sieht das Gesetz allerdings keinerlei Handlungsfolge vor. Doch auch schon vor der Einführung der Einkommensberichte war es für den Betriebsrat möglich, Informationen auf Basis seines Überwachungsrechts gemäß § 89 des österreichischen Arbeitsverfassungsgesetzes (ArbVG) zu erhalten und so sicherzustellen, dass das Entgelt der ArbeitnehmerInnen gesetzeskonform ist.²⁷⁶

Selbst wenn aus den Berichten eindeutige, sachlich nicht erklärbare und daher mit dem Anschein einer Diskriminierung behaftete Unterschiede zu Tage treten, besteht – abweichend etwa vom Schwedischen Modell²⁷⁷ – für ArbeitgeberInnen keinerlei Verpflichtung, Maßnahmen zum Abbau der aufgedeckten Lohnunterschiede zu setzen, etwa durch eine Überprüfbarkeit der Daten durch eine unabhängige Stelle, da die Berichte intern bleiben und es faktisch keine Handhabe gibt, die Verpflichtung zur Legung des Einkommensberichts nach den vorgeschriebenen Standards durchzusetzen.²⁷⁸ Die Erstellung und Ausfolgung des Einkommensberichts *per se* ist allerdings nach Abs. 6 § 11a GIBG einklagbar.

Entgeltdiskriminierungen sind aus den Einkommensberichten nicht abzulesen; aufgrund der Angabe der Durchschnittsentgelte (Lohn/Gehalt, Mehr- und

²⁷⁶ Firlei 2011, 247.

²⁷⁷ Vgl. Aumayr-Pintar/Gustafsson/Savolainen/Jørgensen 2020.

²⁷⁸ Für den Bereich des Bundes wurde eine entsprechende Verpflichtung in § 6a B-GIBG verankert. Anders als in der Privatwirtschaft ist der Bericht hier jährlich zu erstellen und wird auch der Öffentlichkeit zugänglich gemacht: <https://www.oeffentlicherdienst.gv.at/fakten/einkommensbericht/index2.html> (16.06.2022).

Überstunden, Zulagen etc. sind nicht aufgeschlüsselt) und der anonymisierten Form lassen sich keine konkreten Rückschlüsse auf Entgeltunterschiede zu einer Vergleichsperson ziehen. Sie werden daher auch als Entgelttransparenz „ultralight“ diskutiert.²⁷⁹

Je nach Ausgestaltung und Verbindlichkeit könnte die europäische *Pay Transparency Directive*, die 2021 von der Europäischen Kommission als Richtlinienvorschlag veröffentlicht wurde, Abhilfe schaffen.²⁸⁰ Eine Lohntransparenzrichtlinie könnte als genereller Qualitätsstandard, so *Kocsan/Werfring/Berger*:

„die Geltung der Gleichbehandlungsgebote der Antidiskriminierungsrichtlinien abrunden, effektivieren und das Equal-Pay-Prinzip in die Praxis überführen. Eine solche Vorgabe schafft Bewusstsein im Betrieb und in der Gesellschaft und erzeugt Rechtfertigungsdruck für geschlechtsspezifische Entgeltdifferenzen. Denn wo diese bekannt sind, müssen sie sehr gut erklärbar, leistungsbezogen und sachlich sein, sind sie schlicht ganz oder zumindest teilweise mit dem Geschlecht verbunden, sind sie mit Diskriminierung behaftet und somit rechtswidrig.“²⁸¹

3.3 Der Fall „Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz“ – im Spiegel internationaler und europäischer rechtlicher Entwicklungen

3.3.1 „Speaking Truth to Power“ – US-amerikanische Ursprünge eines Rechtsinstituts

Als sich die US-amerikanische Juristin *Anita Hill* 1991 entschloss, die sexuellen Übergriffe durch ihren damaligen Vorgesetzten *Clarence Thomas* – ihren ehemaligen Vorgesetzten im Bildungsministerium, nunmehrig Bundesrichter –, der an den U.S. Supreme Court berufen werden sollte, öffentlich zu machen, wurde ihr Name nicht nur ein Synonym für sexuelle Belästigung und die Courage, diese zu benennen und gegen diese vorzugehen (und das erwachte nationale wie internationale Bewusstsein für diese Praxis).²⁸² Ihr Name wurde auch zum Synonym für eine bestimmte politische Strategie der gezielten Beschädigung einer Person (*Thomas* und in der *Clinton-Jones-Affäre*)²⁸³

²⁷⁹ So *Firlei* 2011.

²⁸⁰ Europäische Kommission, Geschlechtsspezifisches Lohn- und Gehaltsgefälle – Entgelttransparenz zwischen Frauen und Männern, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12098-Geschlechtsspezifisches-Lohn-und-Gehaltsgefalle-Entgelttransparenz-zwischen-Frauen-und-Mannern_de (16.06.2022).

²⁸¹ *Kocsan/Werfring/Berger* 2021.

²⁸² *Nomination of Judge Clarence Thomas to be Associate Justice of the Supreme Court of the United States: Hearings Before the Committee on the Judiciary, 102d Cong.* (1991).

²⁸³ *Paula Jones* verklagte 1994 den damaligen U.S.-Präsidenten *Bill Clinton* wegen sexueller Belästigung, das Gericht wies die Klage jedoch mangels Schadens ab, *Jones v. Clinton*, 990 F. Supp. 657 (E.D. Ark

Bill Clinton), das dafür notwendige ‚Bauernopfer‘ (*Hill* und *Paula Jones*) bzw. die dafür notwendige ‚Meineidige‘ (*Hill* und *Jones*). Dass in den 1990er Jahren diese „Hearings“ stattfinden konnten, dass es möglich wurde, die Wahrheit über Verletzung durch Mächtige zu artikulieren („*Speaking Truth to Power*“²⁸⁴), setzte voraus, dass die soziale Praxis der sexuellen Belästigung als solche benannt, rechtlich identifiziert und als geschlechtsbezogene beziehungsweise sexuelle Diskriminierung bekämpft werden konnte. Es lohnt sich also, im Folgenden auf zentrale Momente in der Entwicklungsgeschichte des Rechtsinstituts der sexuellen Belästigung einzugehen.

Ein Rechtsinstitut ist die Summe der gesetzlichen Vorschriften, welche sich auf ein bestimmtes Lebensverhältnis beziehen, insofern ist es ein Abstraktum im Gegensatz zum Rechtsverhältnis, das konkret in der Wirklichkeit als soziales Beziehungsverhältnis, das rechtlich geordnet ist, existiert.²⁸⁵ Eine soziale Praxis wie die sexuelle Belästigung, die sich lange Zeit weitestgehend unsichtbar, unbenannt und unbenennbar vollzog, stellt ein bestimmtes Lebensverhältnis dar – und zwar eines der konkreten sexualisierten Machtdemonstration und Platzzuweisung, also in der Tat ein reales soziales Beziehungsverhältnis. Es geht bei sexueller Belästigung auch um die Nicht-Anerkennung der Integrität und Rechte der konkret betroffenen Personen, jedoch auch um strukturelle Fragen, die Corporate Governance, anerkannte und nicht-erkannte Verhaltensweisen in unterschiedlichen öffentlichen, halböffentlichen und privaten Räumen als auch gesellschaftliche Geschlechtsverhältnis betreffen.

Die Soziologin und Betriebswirtschaftsprofessorin *Moss Kanter* hat nachgewiesen, dass in Unternehmen kulturelle Geschlechterbilder inventiert und reproduziert werden und es eine komplexe Struktur männlicher Dominanz gibt, die von symbolischen und handgreiflichen Handlungen bis hin zu homosozialen Rekrutierungspraxen auf Ebenen des mittleren und strategischen Managements reicht – Erkenntnisse, die durch empirische und theoretische Organisationsforschung heute mehr als gefestigt sind.²⁸⁶ Diese hartnäckige, leider noch immer gefestigte Struktur, macht das Phänomen der

1998). Da in *Jones v. Clinton* jedoch nicht alle Zweifel an Clintons Schuld ausgeräumt wurden, verglich sich *Clinton* ohne Entschuldigung (das heißt: ohne seine Schuld einzugestehen) mit *Jones* und zahlte ihr 850.000 Dollar – um einen weiteren Rechtsstreit zu vermeiden.

²⁸⁴ Hill 1997.

²⁸⁵ Koziol/Welser 2006, 50.

²⁸⁶ Moss Kanter 1977/1993.

untergeordneten Positionen von Frauen in Organisationen trotz deren zunehmender Professionalisierung und Konkurrenzfähigkeit nachvollziehbarer.

Auch die Anwältin und Rechtsprofessorin *MacKinnon* sieht das Problem auf einer strukturellen Ebene: sexuelle Belästigung ist Teil organisationaler und hierarchischer Strukturen, nicht Verhaltensabweichungen von Einzelnen. Sexuelle Belästigung ist also ein Moment der umfassenden strukturellen Diskriminierung, der systematischen Privilegierung oder Benachteiligung von minorisierten Personen oder Gruppen aufgrund sozialer Differenzen und ist damit hartnäckige Ursache und zugleich Konsequenz von Ungleichheit. Sexuelle Belästigung musste aber erst einmal als strukturelle Diskriminierung analysiert und als rechtlich relevante Kategorie „erkannt“ werden; so hat sie in ihrer Forschungsarbeit *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination* 1979 sexuelle Belästigung als rechtliche Kategorie und in das Zentrum des Rechtsdiskurses gerückt.²⁸⁷ *MacKinnon* hat solche Fälle auch erfolgreich vor Höchstgerichten begleitet und vertreten. In der „Landmark-Decision“ *Meritor Savings Bank v. Vinson*²⁸⁸ hat der U.S. Supreme Court 1986 entschieden, dass der grund- und arbeitsrechtlich verpönte Tatbestand der „feindseligen Arbeitsumwelt“ eine Form der sexuellen Belästigung begründen kann und damit eine Form der Diskriminierung auf Grund des Geschlechts ist, für die ArbeitgeberInnen haftbar sind.²⁸⁹

Der erste Fall in dem von einem Appellationsgericht unwillkommene sexuelle Handlungen, also sexuelle Belästigungen, als Geschlechtsdiskriminierung unter Titel VII des Civil Rights Act aus 1964 anerkannt wurde, war *Barnes v. Costle* aus 1977.²⁹⁰ Title VII ist eher allgemein ausgestaltet und statuiert,

„[i]t shall be an unlawful employment practice for an employment agency to fail or refuse to refer for employment, or otherwise to discriminate against, any individual because of his race, color, religion, sex, or national origin, or to classify or refer for employment any individual on the basis of his race, color, religion, sex, or national origin.“²⁹¹

²⁸⁷ MacKinnon 1979.

²⁸⁸ *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U.S. 57 (1986).

²⁸⁹ In *Bundy v. Jackson*, 205 U.S.App.D.C. 444, 641 F.2d 934 (1981) hat das Gericht allerdings schon zwischen Belästigungen entschieden, die der belästigten Person bei Duldung ökonomische Vorteile verschaffen und solchen, die die ökonomische Position der belästigten Person nicht verändern, aber ein feindseliges Arbeitsumfeld schaffen.

²⁹⁰ *Barnes v. Costle*, 561 F.2d 983 (D.C. Cir. 1977)

²⁹¹ Es ist bemerkenswert, dass die Dimensionen Alter, sexuelle Orientierung und Behinderung nicht durch Title VII beziehungsweise den Civil Rights Act geschützt sind.

Sexuelle Belästigung findet sich in Title VII als eigener Tatbestand nicht, das heißt, die US-amerikanischen Gerichte waren aufgefordert, den geschlechtsdiskriminierenden Charakter von bestimmten Handlungen in einer gewissen Rechtsfortbildung anzuerkennen. In *Jenson v. Eveleth Taconite Company*, einem Fall, der 1984 vor Gericht gebracht, aber erst 1997 entschieden wurde, wurde festgestellt, dass eine *class action* von mehreren betroffenen Frauen, die in einer Mine über Jahre hinweg massiven verbalen und körperlichen sexuellen Angriffen ausgesetzt waren, zulässig ist; das heißt, dass in diesem Unternehmen ein Klima geschaffen wurde, in dem Frauen nicht mehr individuell, sondern als Klasse, als Gruppe von Frauen *als Frauen* diskriminiert wurden und dass Unternehmen in jedem Fall haftbar sind, wenn sie keine Richtlinien und betriebliche Maßnahmen gegen Diskriminierung setzen.²⁹²

In *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.* hat der U.S. Supreme Court schließlich konsequenterweise entscheiden, dass sexuelle Belästigung eines Mannes durch andere Männer – konkret auf einer Ölplattform, durch verbale und körperliche sexuelle Misshandlungen und der Drohung mit Vergewaltigung – ebenso eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt und unter Title VII zu subsumieren und damit verpönt ist – das Gericht hat sogar festgestellt, dass die Geschlechterkonstellation überhaupt nicht entscheidend ist, sondern der soziale Kontext, Erwartungen und Beziehungen, in denen die vermeintlich sexuelle belästigenden Handlungen stattfinden.²⁹³

Es darf an dieser Stelle auf die produktive Dimension von Recht hingewiesen werden; nämlich, dass die Anerkennung von Lebensverhältnissen als rechtlicher relevanter Sachverhalt nicht ohne die handelnden Personen und involvierte Institutionen denkbar gewesen wäre. Ohne Paulette Barnes und Mechelle Vinson, die beiden afroamerikanischen Klägerinnen, Lois E. Jenson und ihre Kolleginnen, Josph Oncale und die AnwälInnen, von denen sie den amerikanischen Gerichten repräsentiert wurden, würde es kein Recht gegen sexuelle Belästigung geben – ohne Frauen wie Anita Hill und Paula Jones und sozial Unterprivilegierte, die aktiv im Rechtssystem

²⁹² *Jenson v. Eveleth Taconite Company*, 130 F.3d 1287 (8th Cir. 1997). Die Fallgeschichte wird durch den Film „North County“ (dt. „Kaltes Land“, 2005), der sich an der Erzählung des Romans *Class Action: The Landmark Case that Changed Sexual Harassment Law* von Clara Bingham und Laura Leedy Gansler aus dem Jahr orientiert, geschildert.

²⁹³ *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, 523 U.S. (1998).

für ihre eigenen Interessen und die Interessen von Frauen und sozial Unterprivilegierten auftraten, wären Erniedrigungen, Beleidigungen und Machtdemonstrationen privates Unglück, nicht aber Thema des öffentlichen Diskurses und letztlich Rechtsverletzungen, die Relevanz für Betroffene wie auch für unternehmerische Organisation und Entscheidungen haben.

3.3.2 Diffusion und Institutionalisierung – der Tatbestand der sexuellen Belästigung im EU-Sekundärrecht und österreichischen Recht

Niederschlag gefunden haben diese US-amerikanischen Entwicklungen auch im europäischen Recht. Und zwar im europäischen Gleichbehandlungsrecht, das auf die Arbeitswelt Anwendung findet. Die Qualität und praktische Bedeutung des rechtlichen Konzepts der sexuellen Belästigung hat die europäische Gesetzgebung beeinflusst. Man spricht in der internationalen Rechtssoziologie auch von Normdiffusion.²⁹⁴

Die Grundlage für ein Erfassen von sexueller Belästigung stellte die Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG aus dem Jahr 1976 dar; sie hatte das Ziel, die Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Arbeitsleben und die soziale Sicherheit zu verwirklichen. Obwohl die ursprüngliche Fassung noch keinen gesonderten Tatbestand enthielt, geht aus Materialien, einer EntschlieÙung des Rates aus 1990²⁹⁵ und Empfehlungen der Kommission aus 1992²⁹⁶ hervor, dass die Richtlinie die sexuelle Belästigung miterfasste. Ein eigener Tatbestand wurde explizit durch die terminologische Klarstellung der Änderungsrichtlinie 2002/73/EG in Art. 2 aufgenommen. Im Übrigen sieht die mittlerweile rechtsverbindliche GRC in Art. 1 vor, dass die Würde des Menschen unantastbar sowie zu achten und zu schützen ist und statuiert in Art. 31 Abs. 1 das Recht jedes Arbeitnehmers und jeder Arbeitnehmerin auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen – was unvereinbar mit sexueller Belästigung ist; auch der CEDAW-Ausschuss hat festgestellt, dass es sich bei sexueller Gewalt im Arbeitsverhältnis um eine Konventionsverletzung handelt, insofern ist sexuelle Belästigung eine Menschenrechtsverletzung.²⁹⁷

²⁹⁴ Baer 2010a.

²⁹⁵ EntschlieÙung des Rates vom 29. Mai 1990 zum Schutz der Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz (OJ C, C/157, 27.06.1990, S. 3).

²⁹⁶ Praktische Verhaltensregeln der Kommission zur Bekämpfung von sexueller Belästigung – Anhang zur Empfehlung 92/131/EWG.

²⁹⁷ Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW), Violence Against Women, General Recommendation 19, U.N. Doc. A/47/38 (1992).

Sowohl die Gleichbehandlungsrichtlinie als auch die Änderungsrichtlinie wurden 2009 durch die Gleichbehandlungsrichtlinie 2006/54/EG aufgehoben, um eine Vereinheitlichung der zahlreichen in verschiedenen Richtlinien enthaltenen Bestimmungen betreffend die Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen zu erreichen. Die Richtlinie 2004/113/EG, die Gleichbehandlung unabhängig des Geschlechts außerhalb der Arbeitswelt regelt, sieht außerdem ein Verbot der sexuellen Belästigung beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen vor.^{298, 299} Bemerkenswerter Weise beinhaltet in Österreich das Gleichbehandlungsgesetz (GIBG)³⁰⁰ ein Verbot der sexuellen Belästigung im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis (§ 2 Abs. 1a, 1b GIBG) schon seit seiner dritten Novellierung 1992³⁰¹ – also noch bevor es im Europarecht im Rahmen einer Richtlinie ausdrücklich berücksichtigt wurde. Im Jahr 2004 wurde das Verbot der sexuellen Belästigung auf die gesamte Arbeitswelt in § 6 GIBG ausgedehnt.³⁰²

Richtlinie und GIBG lassen offen, ob es sich bei der sexuellen Belästigung um eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung handelt; da sich die sexuelle Belästigung als konkrete Handlung aber stets gegen eine bestimmte Person richtet, ist eine mittelbare Diskriminierung nach herrschender Ansicht nur schwer vorstellbar; vorstellbar ist im Lichte U.S.-amerikanischer Judikatur allerdings, dass ein sexistisches betriebliches Klima, das nicht alle Angehörigen der von diesem Sexismus betroffenen Gruppe konkret-individuell, aber als Gruppe abstrakt-kollektiv negativ tangiert, eine mittelbare Form sexueller Belästigung darstellen könnte.

§ 6 Abs. 1 Ziffer 2 GIBG stellt eine durch Konkretisierung der allgemeinen Fürsorgepflicht der ArbeitgeberInnen durch das europäische Recht dar, die in § 1157 ABGB, § 18 Angestelltengesetz sowie im ArbeitnehmerInnenschutzgesetz und Kinder- und Jugendlichen-Beschäftigungsgesetz statuiert ist, dar. Demnach haben ArbeitgeberInnen für die geschlechtliche Selbstbestimmung (§ 1328 ABGB) und

²⁹⁸ Vgl. nur Art. 4 Abs. 3 RL 2004/113/EG.

²⁹⁹ In Österreich 2008 umgesetzt, BGBl. I 2008/98.

³⁰⁰ Bundesgesetz vom 23. Feber 1979 über die Gleichbehandlung von Frau und Mann bei Festsetzung des Entgelts, BGBl. Nr. 108/1979.

³⁰¹ Bundesgesetz über die Gleichbehandlung (Gleichbehandlungsgesetz - GIBG), 1. Teil Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt, BGBl. I 833/1992.

³⁰² BGBl. I 2004/66.

Nichtgefährdung der sexuellen Integrität und Intimsphäre ihrer ArbeitnehmerInnen durch Abhilfemaßnahmen und eine entsprechende Unternehmenskultur zu sorgen. ArbeitnehmerInnen, die andere ArbeitnehmerInnen (oder die/den Vorgesetzte/n) sexuell belästigen, verletzen sowohl das allgemeine Diskriminierungsverbot (§§ 3 Abs. 1 GIBG, 4 Abs. 1 i. V. m. § 6 Abs. 1 GIBG) als auch die aus dem Arbeitsverhältnis resultierende Interessenswahrungspflicht gegenüber dem/der ArbeitgeberIn, sprich das Gebot, den Betriebsfrieden nicht zu stören und den/die ArbeitgeberIn nicht zu schädigen.

Die Haftung der unmittelbaren BelästigerInnen ist verschuldensunabhängig, das hat der EuGH in *Dekker* erstmals klargestellt.³⁰³ Zur Erfüllung des gesetzlichen Tatbestands ist das subjektive Empfinden des Erlebten als sexuelle bzw. geschlechtsbezogene Belästigung maßgeblich. Eine Ausnahme stellt das schuldhaftes Unterlassen der Abhilfe durch den/die ArbeitgeberIn dar, es genügt allerdings schon leichte Fahrlässigkeit. Das Verhalten muss jedoch auch objektiv geeignet sein, die Würde der Person zu verletzen. Liegt zumindest Erkennbarkeit vor, kommt es auf eine besondere Bekanntgabe durch die betroffene Person nicht mehr an, um die ArbeitgeberInnen-Abhilfeverpflichtung auszulösen.

Das Auftreten sexueller Belästigung im Betrieb erfordert also eine angemessene, verhältnismäßige ArbeitgeberInnen-Reaktion, die je nach Einzelfall von einer Abmahnung bis hin zur sofortigen Entlassung der belästigenden Person als *ultima ratio* im Rahmen einer Interessensabwägung, bestehen kann. Darüber hinaus kann sexuelle Belästigung ein wichtiger Grund sein, der die belästigte Person zur einseitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch vorzeitigen Austritt berechtigt, wenn ihr die Fortsetzung nicht mehr zugemutet werden kann, wie insbesondere bei Krankheit infolge der Belästigung.³⁰⁴

Das wesentliche Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung der Arbeitsumwelt, also das Schaffen eines „einschüchternden, feindseligen oder demütigenden“ Arbeitsumfelds kann durch eine schwerwiegende Handlung oder mehrere, fortgesetzte Belästigungen geschaffen werden; „unerwünscht“ – hier ein diskussionswürdiger Schlüsselbegriff, denn „unangebracht“ und „anstößig“ haben bloß normativen,

³⁰³ EuGH vom 8.11.1990 Rs C-177/88, *Dekker*.

³⁰⁴ Siehe § 26 Z. 4 AngG, § 82a lit. b Gewerbeordnung (GewO 1994).

wertausfüllenden Charakter – ist ein Verhalten dann, wenn es gegen den Willen oder ohne Einverständnis der betroffenen Person erfolgt. Nach *Windisch-Graetz* ist im Sinne der zivilrechtlichen Lehre vom beweglichen System die zusammenfassende Würdigung der angeführten Wertungsgesichtspunkte notwendig, um zu einer adäquaten Auslegung des Gesamtverhaltens zu kommen.³⁰⁵ Es muss jedoch für die belästigende Person erkennbar sein, dass das Verhalten für die betroffene Person unerwünscht ist, denn gerade bei Belästigungen „minderen Grades“ kann es daher u. U. zu Grenzfällen kommen, die mit *Baer* treffend als „geschlechtsspezifischen Situationsverkennungen“³⁰⁶ bezeichnet werden können; an das entsprechende ablehnende Verhalten dürfen allerdings keine allzu hohen Ansprüche gestellt werden, es handelt sich allenfalls um eine eng auszulegende Ablehnungsobliegenheit³⁰⁷, wobei die Ablehnung auch schlüssig erfolgen kann.³⁰⁸ In einem Fall aus den frühen 2010er Jahren hat das Arbeits- und Sozialgericht Wien eine Klage auf Schadenersatz wegen sexueller Belästigung abgewiesen und der Klägerin, einem weiblichen Lehrling, der regelmäßig in der Umkleidebereich von ihrem Arbeitgeber belästigt wurde, eine Übersensibilisierung und Überreaktion unterstellt, denn das Mindestmaß an Intensität der Belästigung sei nicht erfüllt gewesen; der Austritt der Klägerin sei nicht gerechtfertigt, da „die Unzumutbarkeit der Fortsetzung nicht von subjektiven Befindlichkeiten, sondern aufgrund einer objektiven Maßfigur an Stelle der Klägerin zu beurteilen wäre“³⁰⁹. Die Gleichbehandlungskommission ist nach dem ASG-Urteil zu einer Überprüfung durch die Gleichbehandlungsanwaltschaft aufgerufen worden und gelangte zu der Auffassung, dass der Lehrherr die junge Frau sexuell und geschlechtsbezogen sexuell belästigt hatte und schlägt vor, Schadenersatz zu leisten und eine Lösung für die Garderobe zu finden; der Senat I geht – leider ohne tiefere rechtliche Begründung – in diesem Prüfungsbericht nicht mehr von einer Ablehnungsobliegenheit aus.³¹⁰ Obliegenheiten sind Verhaltensanforderungen, die (klagsweise) nicht unmittelbar durchgesetzt werden können, aber (andere) rechtliche Nachteile androhen; sie haben ihren Ursprung: in der deutschen

³⁰⁵ Windisch-Graetz 1997, 364.

³⁰⁶ Baer 1995, 35.

³⁰⁷ Posch 2005, Rz. 26 ff.

³⁰⁸ OLG Wien vom 19.1.2005, 9Ra163/04p.

³⁰⁹ ASG vom 10.02.2012, 38Cga23/10w-36, 14.

³¹⁰ GBK vom 04.12.2012, I/303/10.

Versicherungsrechtsdogmatik und es stellt sich die Frage, ob sich sie sich für die Übertragbarkeit auf Arbeitsverhältnisse überhaupt eignen.³¹¹ Tatsächliche und zumutbare Reaktionen hängen unter anderem von sozialen und beruflichen Hierarchien (Weisungszusammenhängen) und Persönlichkeiten sowie der Intensität der Belästigung selbst ab; eine ausdrückliche Ablehnung kann nicht immer erwartet werden; in gewissen hierarchischen Konstellationen sollte meines Erachtens schon ein zögerndes, zurückhaltendes ‚Geschehenlassen‘ genügen, um den Tatbestand zu erfüllen.

Es gilt im Übrigen ein weiter Maßstab für die Auslegung: das Motiv oder die Art der Belästigung muss nicht allein im geschützten Merkmal begründet sein, dieses Motiv muss für die diskriminierende Verhaltensweise zumindest mitursächlich gewesen sein. Ein kumulatives Vorliegen von beeinträchtigter Würde und feindseligem Umfeld scheint nach weiter, richtlinienkonformer Auslegung nicht geboten zu sein, da die Richtlinie 2006/54/EG das negative Umfeld nur als *ein* mögliches Szenario der Verletzung der Würde nennt; die Richtlinie definiert „sexuelle Belästigung“ als

„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“.³¹²

Neben den Rechtsfolgen sexueller Belästigung, die in § 12 Abs. 11 GIBG geregelt sind, besteht die Möglichkeit, einen „Vergleich“ zu schließen, das heißt, die Verhandlung eines freiwilligen Schadenersatzes und/oder einer Entschuldigung – etwa mit Unterstützung der Gleichbehandlungsanwaltschaft, des Klagsverbandes zur Durchsetzung der Rechte von Diskriminierungsopfern oder anderen Nichtregierungsorganisationen. Daneben besteht selbstverständlich die Möglichkeit, einen Antrag bei der Gleichbehandlungskommission zur Prüfung einer Verletzung des GIBG und/oder einer Klage bei Gericht auf Schadenersatz einzubringen. Wenn das Gericht eine Verletzung feststellt, ist der Ersatz des erlittenen Schadens als Vermögenseinbuße durch Behandlungskosten, Medikamente, Verdienstentgang und/oder als erlittene persönliche Beeinträchtigung als immaterieller Schaden zu

³¹¹ Hähnchen 2010, 3 ff.

³¹² Art. 2 Abs. 1 lit. d der Richtlinie 2006/54/EG, Hervorhebung durch den Verfasser.

erstatten; die Untergrenze liegt bei 1.000 Euro, Bemessung i. S. e. Ausgleichs für die nach Dauer, Art und Intensität der Gesamtheit der erlittenen Belästigungen unter Berücksichtigung des feindseligen Umfelds – letztlich sehr einzelfallabhängig. In einem neuen Urteil hat der OGH etwa entschieden, dass die Genugtuungsleistung „dem in seinem Recht Verletzten nicht nur einen Ausgleich für die beeinträchtigte Lebensfreude bringen, sondern ihm auch das Gefühl der Verletzung nehmen und damit das gestörte Gleichgewicht in seiner Persönlichkeit wiederherstellen soll.“³¹³

Nur am Rande sei erwähnt, dass mit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2004³¹⁴ in Österreich auch der Straftatbestand der sexuellen Belästigung in § 218 Strafgesetzbuch (StGB) eingeführt wurde. Abseits von den zivilrechtlichen Mitteln besteht in Fällen massiver sexueller Belästigung und/oder sexueller Gewalt also die Möglichkeit, Strafanzeige gemäß § 218 StGB zu erstatten. In einer international-rechtlichen Perspektive problematisch am geltenden § 218 StGB ist, dass er die strafrechtliche Tatbestandsmäßigkeit der sexuellen Belästigung auf „geschlechtliche Handlungen“ engführt, die nur bei einer intensiven Berührung eines primären oder sekundären Geschlechtsorgans vorliegt. Die Erweiterung des Tatbestands der sexuellen Belästigung um „eine nach Art und Intensität einer geschlechtlichen Handlung vergleichbare, der sexuellen Sphäre im weiteren Sinn zugehörige körperliche Handlung“ durch das Strafrechtsänderungsgesetz 2015 ist daher zu begrüßen, denn der Schutzbereich des GIBGs reicht keinesfalls aus, um den Vorgaben von CEDAW, insbesondere der Allgemeine Empfehlung Nr. 19 des CEDAW-Ausschusses zum Thema Gewalt gegen Frauen³¹⁵, und des Internationalen Gewaltschutzvertrages, der Istanbulkonvention³¹⁶ zu entsprechen. Es ist auch nicht nachvollziehbar, warum in der Arbeitswelt und beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen sogar sexualisierte verbale Übergriffe verboten sind, während außerhalb des Geltungsbereiches des GIBGs sogar körperliche Übergriffe in die sexuelle Sphäre straffrei bleiben.

³¹³ OGH vom 29.09.2016, 9 ObA 49/16w; RIS-Justiz RS0022442.

³¹⁴ Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch, die Strafprozessordnung 1975, das Gerichtsorganisationsgesetz, das Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz und das Strafvollzugsgesetz geändert werden (Strafrechtsänderungsgesetz 2004), BGBl. I Nr. 15/2004.

³¹⁵ CEDAW A/47/38 vom 29. Januar 1992.

³¹⁶ Das völkerrechtliche „Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt“ ist am 1. August 2014 in Kraft getreten. Österreich ist der Konvention 2014 beigetreten, BGBl. III Nr. 164/2014 i. d. F. BGBl. III Nr. 61/2016.

Das noch vor einigen Jahrzehnten rechtlich ungeordnete ‚Lebensverhältnis‘ der sexuellen Belästigung ist nun also rechtlich geordnet und ein Rechtsinstitut, denn es bezieht sich nun auf eine Summe gesetzlicher Vorschriften, die die konkrete Unternehmensorganisation sowie das allgemeine Arbeits- und Wirtschaftsleben betreffen.

3.4 Der Fall „(Geschlechts)diskriminierende Werbung“ – Diskriminierungs- oder Wettbewerbsschutz?

3.4.1 Sexismus in Kulturindustrie und Wirtschaft³¹⁷

Werbung – in feministischer Kritik als „Sperrfeuer von Bildern ‚schöner Frauen‘“³¹⁸ bezeichnet – will nicht nur informieren, sondern Bedürfnisse wecken und die Verhaltensfunktionen von Menschen verändern. Sie säumt den öffentlichen wie den digitalen Raum. Dabei stellt Werbung Frauen und Männer in spezifischer, oft klischeehafter, manchmal auch degradierender, objektiver – diskriminierender – Weise dar. Werbung ist Teil von Alltags- und Konsumkultur, lässt Kultur zirkulieren.³¹⁹ Sie ist nicht nur Schnittstelle zwischen Produktion, der kulturellen Repräsentation und Konsumtion von Produktion, sondern wirkt auch an der Herstellung von Begehren, Selbst- und Fremdbildern, individueller und kollektiver Identität mit.³²⁰ Werbung ist also für die Persönlichkeitsentwicklung, -entfaltung und -rechte sensibler Bereich. Es wird bisweilen kritisiert, Werbung wäre rechtlich nicht ausreichend reguliert, dies sei „eine Folge der ökonomischen Praxis, die sich verselbstständigt hat und kaum mehr politische Kontrolle zulässt“.³²¹

Sexismus in der Wirtschaftswerbung wurde wissenschaftlich bis in die 1990er Jahre viel beachtet und war ebenso viel umstritten.³²² Dem voran gingen einerseits Analysen der Kulturindustrie durch die Kritische Theorie, die Werbung als integralen Teil der auf Unterhaltung und Marktverwertung ausgerichteten kulturellen Produktion

³¹⁷ In den folgenden Ausführungen wurden Teile, Analyse und Argumentation von Berger/Schreiner/Horaceck (2020, 111 ff.) verarbeitet.

³¹⁸ Wolf 1991, 19.

³¹⁹ Vgl. zur kulturellen Funktion von Werbung Nixon 1977, 194 ff.

³²⁰ Vgl. dazu Marschik/Dorer 2002, 39; weiterführend Williams 2009.

³²¹ Marschik/Dorer 2002, 39

³²² Siehe dazu nur die medienpädagogische Zeitschrift *Medienimpulse*, Nr. 4 und 12 mit den Schwerpunktthemen „Geschlechtsidentität in den Medien“ und „Geschlecht und Medien“ (Krucsay 1994 und 1995).

versteht, ist gekennzeichnet durch die „Reproduktion des Immergleichen“.³²³ Dem voran gingen andererseits feministische Analysen stereotyper, sexistischer Darstellungen von Frauen und Männern in der Werbung und deren Verhältnis zu Diskriminierungen in der sozialen Wirklichkeit.³²⁴

Was aber wird nun unter sexistischer³²⁵ (Wirtschafts-)Werbung verstanden? Sexistische Werbung knüpft an stereotype, beschränkende Konzepte von Frauen an, reproduziert auf der einen Seite das traditionelle Bild der Mutter (assoziiert mit Natürlichkeit, Fürsorge und dem privaten Leben); auf der anderen Seite die Objektivierung von Frauen. Frauen werden in sexistischen Sujets entpersonalisiert, zerteilt, auf Körperteile reduziert, leicht bekleidet, mit geöffneten Mündern, geschlossenen Augen, verklärten Blicken, herausgestreckten Zungen, gespreizten Beinen, mit in den Mund gesteckten Fingern usw. dargestellt oder selbst als Produkte inszeniert. In einem Gutachten des Anti-Sexismus-Beirates des Österreichischen Werberats (ÖWR) zur sogenannten Blickfangwerbung heißt es:

„Erschwerend kommt hinzu, dass der Fotoausschnitt die Frau verstümmelt – sie hat kein Gesicht (damit wird ihr die Persönlichkeit abgesprochen) und keine Gliedmaßen (damit werden ihr Beweglichkeit und Handlungsmacht abgesprochen). Dies ist als Verstoß gegen Art. 2.1.1.1.1.a [des Ethikkodex des ÖWR, Anmerkung des Verfassers] zu werten, der verbietet, dass ‚Frauen oder Männer auf abwertende Weise dargestellt werden‘. Zu dieser Abwertung trägt wesentlich bei, dass die Frau (genauer: Teile von ihr) in ein Angebot verschiedener Konsumgüter eingereiht wird, denn Bild und Wörter thematisieren nur ihre Brüste als ‚Aussteckhits‘“.³²⁶

Stereotype, beschränkende Konzepte von Männern in Werbedarstellungen spielen mit Stärke, Potenz, Heldenhaftigkeit; Männer werden assoziiert mit Geist, Technik, wirtschaftlichem Erfolg und öffentlichem Leben. Während Frauen nicht selten

³²³ Horkheimer/Adorno 2002, 142.

³²⁴ Vgl. etwa Schmerl 1980.

³²⁵ „Sexismus beschwört Geschlecht als eine vorgegebene ‚Tatsache‘, die Männer und Frauen ‚von Natur aus‘ unterschiedlich erscheinen läßt, sodaß die untergeordnete Position von Frauen legitimiert wird, indem sie aus angeborenen Unterschieden zwischen Männern und Frauen abgeleitet wird. In beiden Ensembles von Signifikationen erscheint der Körper als Träger einer unveränderlichen Differenz, gleichgültig, ob diese behauptete Differenz als biologisch oder kulturell konzipiert wird“ (Brah 1996, 29).

³²⁶ Benke 2018, 312.

entspannt und ohne Produktbezug, als Dekoration, inszeniert werden, werden Männer aktiv abgebildet, etwa bei der Arbeit, beim Sport, in der Werkstatt oder im Freien.³²⁷

Das Interesse an sexistischer Werbung hat in der Forschung und Gesellschaft seit den 1990er Jahren eher abgenommen; zurückgeführt wird dies auf gesellschaftliche Gewöhnung und Resignation sowie die Erkenntnis, so argumentieren *Marschik/Dorer*, dass Sexismus in der Werbung im Kontext der gesamten, vielfältigen Medienwelt, gesehen werden müsse – Werbung also in ihrer Gesamtheit inhomogen und nicht nur von sexistischen, sondern auch unkonventionellen, normkritischen geschlechtlichen Sprach- und Bildmustern geprägt sei.³²⁸ Diese Entwicklung hat nicht nur eine Relativierung der Diagnose zur Folge, dass Werbung sexistisch strukturiert sei, sondern auch einen der Komplexität werblicher Sachverhalte angemessenen Forschungsstand; und „[s]o gehört die Tatsache (frauen-)diskriminierender Werbung zwar zum etablierten Wissen, aber kaum jemand spricht noch darüber“.³²⁹

Aber darf Werbung denn diskriminieren? Die allgemeine wettbewerbsrechtliche Relevanz, Behandlung und Bearbeitung von Werbung³³⁰ und im Zusammenhang mit dieser Arbeit besonders interessierende diskriminierender (Wirtschafts-)Werbung, hat die Rechtswissenschaften und auch Gerichte in den letzten Jahrzehnten immer wieder beschäftigt.³³¹ Werbung ist also ein Kulturfaktor, jedoch auch Gegenstand europa- und wirtschaftsrechtlicher Regulierung.

3.4.2 Wie (geschlechterdiskriminierende) Werbung in der Europäischen Union reguliert ist

Im europäischen Binnenmarktrecht, genauer gesagt, im Recht der Warenverkehrsfreiheit spielen Werberegulierungen als ‚Verkaufsmodalitäten‘ eine nicht unwesentliche Rolle.³³² Art. 34 AEUV bezieht sich bekanntlich auf nichttarifäre Beschränkungen im Binnenmarkt, das heißt, Waren müssen innereuropäische Grenzen überschreiten, um von der Grundfreiheit erfasst zu sein. Mengenmäßige Ein- und

³²⁷ Vgl. den online zugänglichen Kriterienkatalog der Werbewatchgroups Graz, Salzburg und Wien: http://www.werbewatchgroup-wien.at/files/www_Kriterien_D_lang_20131.pdf (Zugriff: 10.06.2022).

³²⁸ Marschik/Dorer 2002, 37.

³²⁹ Marschik/Dorer 2002, 38.

³³⁰ Für Österreich vgl. Aicher 1984.

³³¹ Für Deutschland siehe nur Kur 1995; Von Gierke 1996; Wassermayer 2000; Völzmann 2014.

³³² Handelt es sich um Werbung für Dienstleistungen, wird Werbung selbst als Dienstleistung angesehen und nach Art. 56 AEUV bewertet, vgl. Kilian/Wendt 2016, 207 f.

Ausfuhrbeschränkungen (staatliche beziehungsweise dem Staat zurechenbare Maßnahmen) zwischen den Mitgliedstaaten sind verboten. Ebenso verboten sind sämtliche Maßnahmen (mengen)gleicher Wirkung wie mengenkontingent- oder wertmäßig begrenzte Ein- und Ausfuhrbeschränkungen, wie der EuGH früh festgestellt hat: Nach der *Dassonville*-Formel³³³ sind zwingende Eingriffe in die Entscheidungsfreiheit der MarktteilnehmerInnen verboten; weiters ist auch die einfuhrbegrenzende Wirkung von Maßnahmen umfasst; die Begriffsdefinition des EuGH von ‚Maßnahmen (mengen)gleicher Wirkung‘ und damit die Interpretation des Schutzbereichs ist sehr weit.³³⁴ In der weiten Auslegung der Grundfreiheiten als umfassende Beschränkungsverbote und insbesondere des Begriffs der ‚Maßnahmen (mengen)gleicher Wirkung‘ hat der EuGH später (im Jahr 1993) in der Rs. *Keck* in Bezug erfasste produktbezogene Regelungen und nicht-erfasste Verkaufs- und Handelsmodalitäten (wie Ladenöffnungszeiten, die national unterschiedlich geregelt werden dürfen) für die Warenverkehrsfreiheit getätigt. Inhaltlich ging es in diesem französischen Fall um ein Verbot, Waren unterhalb des Einkaufspreises (mit Verlust) zu verkaufen, wobei der EuGH feststellte, dass nichtdiskriminierend beschränkende „bestimmte Verkaufsmodalitäten“³³⁵, die sich auf inländische und ausländische Produkte gleichermaßen auswirken, den Handel beziehungsweise Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten nicht im Sinne der *Dassonville*-Formel beeinträchtigen:

„Sind diese Voraussetzungen nämlich erfüllt, so ist die Anwendung derartiger Regelungen auf den Verkauf von Erzeugnissen aus einem anderen Mitgliedstaat, die den von diesem Staat aufgestellten Bestimmungen entsprechen, nicht geeignet, den Marktzugang für diese Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut.“³³⁶

Regelungen, die sich darauf beziehen, wo, wann und wie verkauft werden darf, haben keine Auswirkungen auf die Ware, ihre Herstellung und ihr Inverkehrbringen (Marktzugang, Distribution) selbst, geschützt ist der beschränkungsfreie Binnenmarkt; Absatz- und Verkauf selbst dürfen, unter der Maßgabe, dass die entsprechenden

³³³ Die Formel im Wortlaut: „Jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, ist als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen.“ (EuGH vom 11.07.1974, Rs. 8/74, *Dassonville*, Entscheidungsgrund Nr. 5).

³³⁴ Vgl. dazu Jaeger 2020, 61 ff.

³³⁵ EuGH vom 24.11.1993, Rs. C-267/91 u. C-268/91, *Keck/Mithouard*, Rn. 16.

³³⁶ EuGH vom 24.11.1993, Rs. C-267/91 u. C-268/91, *Keck/Mithouard*, Rn. 17.

Regelungen für alle gelten – also diskriminierungsfrei sind –, regionalspezifisch ausgestaltet werden.³³⁷ Ausgenommen nach *Keck* sind also völlig unterschiedslos wirkende Verkaufsmodalitäten, darunter können Regelungen für Werbung fallen.³³⁸ Anderes gilt für Vertriebsregelungen, die sich de facto stärker negativ auf ausländische Produkte auswirken, auch darunter kann Werbung fallen.³³⁹

Werbeverbote können einen Unterfall von Vertriebsregelungen darstellen, wobei es nach *Jaeger* unter Verweis auf die einschlägige EuGH-Judikatur³⁴⁰ darauf ankommt:

„So kann ein Werbeverbot, je nach Ausgestaltung und betroffenem Sektor, eine völlig neutral wirkende Verkaufsmodalität sein (die von der *Keck*-Ausnahme erfasst ist), oder aber nicht unter die *Keck*-Ausnahme fallende, nur scheinbar neutrale Regelung. Letzteres ist immer dann der Fall, wenn ausländische Händler vergleichsweise stärker auf die betreffende Werbeschiene angewiesen sind als Inländer.“³⁴¹

Hängt Werbung allerdings mit einem Produkt unmittelbar zusammen, liegt eine Maßnahme gleicher Wirkung vor und die Warenverkehrsfreiheit ist betroffen; wird Werbung als Film oder Anzeige gezeigt, sind bloß Verkaufsmodalitäten betroffen und die Warenverkehrsfreiheit ist nicht beeinträchtigt.³⁴² Gelten Regelungen der Werbung für alle BinnenmarktteilnehmerInnen gleichermaßen und berühren sie den Absatz der inländischen und ausländischen Erzeugnisse rechtlich und faktisch in gleicher Weise, sind sie nicht geeignet, die Warenverkehrsfreiheit zu beeinträchtigen.

Im Lichte der *Keck*-Entscheidung ist jedoch anzunehmen, dass Werbeverbote auch ohne unmittelbaren Produktzusammenhang eine Auswirkung auf den Marktzugang haben können, wenn sie ausländische Erzeugnisse stärker beeinträchtigen als inländische. Obgleich ein denkbare Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung kein generelleres Werbeverbot darstellen würde, da nur die Art und Weise der Werbung geregelt ist, kommt *Völmann* in ihrer Analyse der neueren EuGH-Judikatur zu Werbebeschränkungen³⁴³ zu dem Schluss, dass es ein Einfuhrhindernis darstellen

³³⁷ Beschränkende produktbezogene Regelungen hingegen stellen auch nach der Rs. *Keck* ein mit der Grundfreiheit des freien Warenverkehrs nicht zu vereinbarendes Markteintrittshindernis dar, vgl. *Jaeger* 2020, 69.

³³⁸ *Jaeger* 2020, 67.

³³⁹ *Jaeger* 2020, 67.

³⁴⁰ EuGH vom 15.12.1993, Rs. C-292/92, *Hündermund*; EuGH vom 25.03.2004, Rs. C-71/02, *Karner*; EuGH vom 09.07.1997, Rs. C-34/95, C-35/95 u. C-36/95, *De Agostini*.

³⁴¹ *Jaeger* 2020, 73.

³⁴² *Völmann* 2014, 221.

³⁴³ EuGH vom 15.07.2004, Rs. C-239/02, *Douwe Egberts*; EuGH vom 12.12.1990, Rs. C-241/89, *SARPP*.

könnte, wenn WirtschaftsteilnehmerInnen ihre Werbesysteme, die sie als wirksam erachten, aufgeben müssten.³⁴⁴

Eingriffe in den Schutzbereich der Grundfreiheit können nach dem eng auszulegenden Art. 36 AEUV gerechtfertigt werden aufgrund von öffentlicher Sittlichkeit, die rechtskulturell variiert; öffentlicher Sicherheit und Ordnung (die auch rechtskulturell variieren kann, wie die EuGH-Entscheidung *Laserdome*³⁴⁵ für den hohen Stellenwert der Menschenwürde für die öffentliche Ordnung in Deutschland zeigt), wenn wesentliche Interessen des betreffenden Mitgliedstaates oder des Funktionierens seiner Institutionen betroffen sind; Schutz von Gesundheit, Kulturgütern, gewerblichen/kommerziellem Eigentum, gerechtfertigt werden. Hierbei kommt der Verhältnismäßigkeit der Beschränkungen ein besonderer Stellenwert zu.³⁴⁶ Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe wie VerbraucherInnenschutz lassen sich der als *Cassis de Dijon*³⁴⁷ bezeichneten Entscheidung des EuGH entnehmen.³⁴⁸ Letztere sind im Kontext von Werbung von Relevanz.

Im Kontext von (geschlechts)diskriminierender Werbung ebenso von Relevanz ist die Abwägung von Marktfreiheiten, europäisch-grundrechtlich geschützte Rechte auf Meinungsäußerungsfreiheit³⁴⁹ und unternehmerische Freiheit³⁵⁰ und die schon dargestellten Gleichheitsgarantien.³⁵¹ *Völmann* verweist darauf, dass in der neueren Rechtsprechung des EuGH „die europäischen Grundrechte als selbstständiges Gegengewicht gegenüber den Grundfreiheiten“³⁵² fungieren. Wie schon ausgeführt, zählen die Grundrechte der GRC seit dem Jahr 2009 als verbindliches Primärrecht der Europäischen Union.³⁵³ Grundsätzlich kann ihr Schutz auch ein berechtigtes Interesse

³⁴⁴ Völmann 2014, 223 f.

³⁴⁵ EuGH vom 14.10.2004, Rs. C-36/02, *Laserdome*.

³⁴⁶ Siehe Jaeger 2020, 86 ff.

³⁴⁷ EuGH vom 20.02.1979, Rs. C-120/78, *Rewe-Zentral AG*.

³⁴⁸ „Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen über die Vermarktung dieser Erzeugnisse ergeben, müssen hingenommen werden, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes.“ (EuGH vom 20.02.1979, Rs. C-120/78, *Rewe-Zentral AG*, Rn. 8).

³⁴⁹ Art. 11 GRC.

³⁵⁰ Art. 16 GRC.

³⁵¹ Siehe dazu die Kapitel „Globale Gleichheitsgarantien“ und „EU Gender Acquis“ in dieser Arbeit.

³⁵² Völmann 2014, 224.

³⁵³ Art. 6 Abs. 1., 1. Halbsatz EUV.

darstellen, dass Beschränkungen der Grundfreiheiten rechtfertigt werden könne.³⁵⁴ Die GRC verpflichtet Union und Mitgliedstaaten allerdings nur in der Durchführung von Unionsrecht.³⁵⁵ Es ist umstritten, wann ein solcher Unionsbezug vorliegt – EuGH und herrschende Meinung gehen davon aus, dass er besteht, die Grundfreiheiten beeinträchtigt sind und sich Fragen nach der Rechtfertigung der Beeinträchtigung stellen, denn dann seien die europäischen Grundrechte – anwendbar und Grundrechte der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen verdrängt.³⁵⁶

Völzmann verweist in diesem Zusammenhang auf Art. 21 Abs. 1 GRC, wonach die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (absolut) verboten ist und der bei gegebener Verhältnismäßigkeit (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit³⁵⁷) bei einer Werberegulierung als Rechtfertigungsgrund dienen könnte.³⁵⁸ Es ist denkbar, dass ein Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung jedenfalls geeignet wäre, Diskriminierung in der Gesellschaft hintanzuhalten; in puncto Erforderlichkeit wäre ein weiteres, milderes Mittel die Selbstregulierung der Werbewirtschaft, die in der Praxis allerdings mangelhaft ist,³⁵⁹ daneben wären auch wettbewerbsrechtliche Mittel geeignet.³⁶⁰ Bei der Angemessenheit weist *Völzmann* auf die Absolutheit des Verbots von Geschlechterdiskriminierung hin, bei der er im Gegensatz zur Warenverkehrsfreiheit keine Ausnahmen oder Rechtfertigungen zulässig sind – bei gegebener Geeignetheit und Erforderlichkeit könne eine Werberegulierung aufgrund von Art. 21 GRC und des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes eine Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit (oder der Dienstleistungsfreiheit) gerechtfertigt und mit dem EU-Primärrecht vereinbar sein.³⁶¹ So normiert auch die Richtlinie 2010/13/EU über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-RL) ein Verbot von die Menschenwürde verletzenden sowie geschlechtsdiskriminierenden Inhalten bei

³⁵⁴ *Völzmann* 2014, 224 mit weiterführenden Nachweisen.

³⁵⁵ Art. 51 GRC.

³⁵⁶ Siehe dazu eingehend *Thym* 2013, 889 ff.

³⁵⁷ EuGH vom 11.07.1989, Rs. C-265/87, *Schröder*, Rn. 21: „Nach diesem Grundsatz sind Maßnahmen, durch die den Wirtschaftsteilnehmern finanzielle Belastungen auferlegt werden, nur rechtmäßig, wenn sie zur Erreichung der zulässigerweise mit der fraglichen Regelung verfolgten Ziele geeignet und erforderlich sind. Dabei ist, wenn mehrere geeignete Maßnahmen zur Auswahl stehen, die am wenigsten belastende zu wählen; ferner müssen die auferlegten Belastungen in angemessenem Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen.“

³⁵⁸ *Völzmann* 2014, 225.

³⁵⁹ Zum österreichischen dualen System aus gesetzlicher Regulierung und Selbstregulierung siehe sogleich.

³⁶⁰ *Völzmann* 2014, 225 f.

³⁶¹ *Völzmann* 2014, 226 f.

Fernsehwerbung.³⁶² Die AVMD-RL schreibt vor, dass audiovisuelle kommerzielle Kommunikation Diskriminierungen unter anderem aufgrund des Geschlechts weder beinhalten noch fördern darf.³⁶³

Daneben bestehen außerdem noch Entschließungen des Europäischen Parlaments sowie eine Empfehlung des MinisterInnenkomitees des Europarats, die eine Gleichstellungsverpflichtung von Frauen und Männern für die Marketing- und Werbungsbranche und entsprechende Aufklärungs- und Sensibilisierungskampagnen über Gewalt, Sexismus und Rollenklischees in Medienprodukten vorsieht – auch werden Mitgliedstaaten aufgefordert, gesetzliche Möglichkeiten zum Verbot der Art und Weise, wie Frauen und Mädchen in der Alkoholwerbung als Sexualobjekte dargestellt werden, zu schaffen und Lücken im Antidiskriminierungsrecht im Bereich der Medien zu schließen.³⁶⁴

3.4.3 Wie (geschlechterdiskriminierende) Werbung in Österreich reguliert ist³⁶⁵

Wie schon ausgeführt, hat sich Österreich in der Staatszielbestimmung Art. 7 Abs. 2 B-VG zur rechtlichen und faktischen Gleichstellung von Frauen und Männern bekannt und ist darüber hinaus unter der UN-Frauenrechtskonvention dazu verpflichtet, jegliche rechtliche und faktische Diskriminierung von Frauen zu beseitigen, insbesondere auch einen gesellschaftlichen Wandel zu befördern, um zur Beseitigung von „der Vorstellung von der Unterlegenheit oder Überlegenheit des einen oder anderen Geschlechts oder der stereotypen Rollenverteilung von Mann und Frau beruhenden Praktiken zu gelangen.“³⁶⁶ Davon prinzipiell und potenziell betroffen sind freilich auch geschlechterdiskriminierende und abwertende Darstellungen in der Werbung. Die Deklaration von Peking der vierten UN-Weltfrauenkonferenz aus dem

³⁶² Art. 9 Abs. 1 lit. c Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste, ABl L 2010/95, 1 (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, AVMD-RL).

³⁶³ Art. 9 Abs. 1 lit. c AVMD-RL: „audiovisuelle kommerzielle Kommunikation darf nicht i) die Menschenwürde verletzen; ii) Diskriminierungen aufgrund von Geschlecht, Rasse oder ethnischer Herkunft, Staatsangehörigkeit, Religion oder Glauben, Behinderung, Alter oder sexueller Ausrichtung beinhalten oder fördern“.

³⁶⁴ Entschlieung des Europäischen Parlaments vom 3. September 2008 zu den Auswirkungen von Marketing und Werbung auf die Gleichstellung von Frauen und Männern (2008/2038(INI)); vgl. auch 2009/C 295 E/13; 2010/2052(INI); 2012/2116(INI); Empfehlung des Europarats vom 10. 7. 2013).

³⁶⁵ In den folgenden Ausfuhungen wurden Teile, Analyse und Argumentation von *Berger/Schreiner/Horaceck* (2020, 114 ff.) verarbeitet.

³⁶⁶ Art. 5 CEDAW.

Jahr 1995 beinhaltet zudem das strategische Ziel, dass Frauen in Medien ausgewogen und nicht stereotyp dargestellt werden sollten.

Werbung wird in Österreich einerseits durch gesetzliche Regulierungen, andererseits durch Elemente der Selbstregulierung beschränkt und überwacht. Werbebeschränkungen bestehen durch spezifische gesetzliche Werbeverbote. In Österreich ist geschlechtsdiskriminierende Werbung nicht umfassend oder dezidiert gesetzlich reguliert. Die Rechtslage ist zersplittert, die Praxis und durch das System der Selbstkontrolle der Werbewirtschaft geprägt.

Es bestehen einzelne Bestimmungen im Pornographieggesetz³⁶⁷ sowie ein in Umsetzung der schon thematisierten AVMD-RL ein Verbot geschlechterdiskriminierender „audiovisueller Kommunikation“ im Bundesgesetz über audiovisuelle Mediendienste³⁶⁸, daneben noch ein Verbot geschlechterdiskriminierender „kommerzieller Kommunikation“ im Bundesgesetz über den Österreichischen Rundfunk.³⁶⁹ Diese Vorschriften haben in der Praxis jedoch eher wenig Bedeutung.

Die Selbstregulierung geschieht hauptsächlich durch den Österreichischen Werberat (ÖWR), der in Reaktion auf Beschwerden von BürgerInnen, Vereinen, Verbänden und Unternehmen entscheidet, ob eine Reklame oder ein Werbespot gegen den Ethikkodex der Werbewirtschaft verstößt. Der Werberat wird hinsichtlich der Einordnung beanstandeten Sujets von einem Anti-Sexismus-Beirat unterstützt, um „unterschiedliche Sichtweisen von Expertinnen und Experten in den Beschwerdebearbeitungsprozess zu integrieren und Inputs für den persönlichen Entscheidungsprozess der Werberätinnen und Werberäte zu gewinnen.“³⁷⁰

Beschwerden können etwa von einer Konsumentin, die sich durch eine Werbemaßnahme belästigt, verletzt oder irreführt fühlt, anonym und in schriftlicher Form unter Angabe einer genauen Sachverhaltsdarstellung sowie Vorlage des Sujets sowie einer näheren Bezeichnung des Werbemittels (Anzeige, Prospekt, Plakat etc.) beim ÖWR eingebracht werden.³⁷¹ Für geschlechterdiskriminierende Werbung einschlägig ist Punkt 2.1 des Ethikkodex, der festlegt, dass Werbung nicht aufgrund

³⁶⁷ § 1 Abs. 1 lit. a Pornographieggesetz, BGBl. 1950/97 idF BGBl I 2012/50.

³⁶⁸ § 31 Abs. 3 Z 2 Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz, BGBl. I 2001/84 idF BGBl I 2015/86.

³⁶⁹ § 13 Abs. 3 Z 2 ORF-Gesetz, BGBl. 1984/379 idF BGBl I 2018/61.

³⁷⁰ ÖWR, Anti-Sexismus-Beirat, <https://www.werberat.at/antisexismusbeirat.aspx> (Zugriff: 20.06.2022).

³⁷¹ Zu diesem Zweck stellt der ÖWR ein eigenes Beschwerdeformular bereit, siehe unter <https://www.werberat.at/login.aspx> (Zugriff: 18.06.2022).

des Geschlechts diskriminieren darf. Geschlechterdiskriminierende Werbung liegt demnach „insbesondere“ dann vor, wenn

- „(a) Frauen oder Männer auf eine abwertende Weise dargestellt werden,
- (b) die Gleichwertigkeit der Geschlechter infrage gestellt wird,
- (c) Unterwerfung oder Ausbeutung dargestellt wird und zu verstehen gegeben wird, dass Gewalt und Dominanzgebaren tolerierbar seien,
- (d) die Person in rein sexualisierender Funktion als Blickfang dargestellt wird – insbesondere dürfen keine bildlichen Darstellungen von nackten weiblichen oder männlichen Körpern ohne Zusammenhang zum Produkt dargestellt werden –,
- (e) eine entwürdigende Darstellung von Sexualität vorliegt oder die Person auf ihre Sexualität reduziert wird,
- (f) Personen abgewertet werden, die nicht den vorherrschenden Vorstellungen von Sexualität entsprechen.“

Die Selbstbeschränkungsrichtlinien der Werbewirtschaft haben in Relation zum Ausmaß gesetzlicher Werbereglementierung zu stehen.³⁷² Je entwickelter das gesetzliche Regelungssystem betreffend Werbung und VerbraucherInnenschutz in einem Land ist, desto stärker verlagert sich die Aufgabe der Werbeselbstbeschränkung auf jene Gebiete der Ethik und Moral, die einem gesellschaftlichen Entwicklungsprozess in immer rascherem Wandel unterworfen sind. In Österreich ist das gesetzliche Regelungssystem, abgesehen von fehlenden Regelungen für geschlechterdiskriminierende Werbung *als solche*, durchaus umfangreich.

Eine weiterer Selbstregulierungsmechanismus im Medienbereich ist durch den Österreichischen Presserat eingerichtet. Dieser sieht seine wesentliche Aufgabe darin, zur redaktionellen Qualitätssicherung sowie zur Gewährleistung der Pressefreiheit Defizite in der Medienbranche aufzudecken und diesen entgegenzuwirken. Zu diesem Zweck hat der Presserat eine „Ehrenkodex für die österreichische Presse“ erstellt, der Regeln für „gutes und verantwortungsvolles journalistisches Handeln“ enthält und eine ethische Richtschnur für Medienschaffende darstellen soll.³⁷³ In Bezug auf geschlechterdiskriminierende Werbung einschlägig ist insbesondere Punkt 7.2 des Ehrenkodex, wonach „jede Diskriminierung wegen des Alters, einer Behinderung, des Geschlechts sowie aus ethnischen, nationalen, religiösen, sexuellen,

³⁷² Österreichischer Werberat 2014.

³⁷³ Österreichischer Presserat 2019.

weltanschaulichen oder sonstigen Gründen“ unzulässig ist.³⁷⁴ Dieser Kodex bildet die Grundlage für die Entscheidungen der Senate des Presserats. Die Tätigkeit des Presserats ist jedoch nicht auf die Regulierung von Werbung gerichtet, dennoch ein wirksames Korrektiv gegen sexistische Darstellungen im Medienbereich.³⁷⁵

Die beiden Regelwerke des ÖWR und des Presserats sind rechtlich jedoch unverbindlich – eine Verurteilung entfaltet zwar eine öffentlichkeitswirksame Bloßstellung, ist aber nicht gerichtlich durchsetzbar. Die Schwächen dieses Systems liegen in der mangelhaften Durchsetzbarkeit und darin, dass Entscheidungen des Werbe- oder Presserats nur mit Verzögerung nachgekommen wird. Dieser *time lag* führt dazu, dass die beanstandete, konkrete sexistische Werbung ihre Wirkung oft schon entfalten konnte, wenn sie zurückgezogen wird.

Das oben erläuterte österreichische Regelungssystem – ein Dualismus aus Selbstbeschränkung und Überwachungsmechanismen – wird noch durch einige, branchenspezifische Werbeverbote ergänzt. Diese Werbeverbote bestehen für an sich erlaubte Handlungen und finden sich insbesondere in medizin-, apotheken- oder medienrechtlichen Bestimmungen, Werbebeschränkungen und Verboten. Im ärztlichen Werberecht bestehen Werbeverbote unter anderem für Arzneimittel, Heilbehelfe und medizinische Produkte.³⁷⁶ Im Zusammenhang mit der ärztlichen Berufsausübung dürfen keine unsachlichen, unwahren oder das Standesansehen beeinträchtigende Information verbreitet werden.³⁷⁷ Auch im Rahmen der Werbung für Fortpflanzungsmedizin gibt es strikte Restriktionen: Werbung für die Überlassung oder Vermittlung von Samen, Eizellen oder entwicklungsfähigen Zellen wird im

³⁷⁴ Der Ehrenkodex des Österreichischen Presserats gilt jedoch nicht branchenweit, sondern nur für einen Teil der österreichischen Printmedien, nämlich – nach Selbstunterwerfung – insbesondere für den Standard, die Presse und die Salzburger Nachrichten, nicht jedoch für die Kronen Zeitung und Heute.

³⁷⁵ So hat der Presserat etwa 2018 einen LeserInnenkommentar in der *Presse*, wonach Frauen „dank ihres größeren Sprechbedürfnisses die kommunikativen Vorteile von Mobiltelefonen und sozialen Medien bei gleichen Pauschaltarifen besser nutzen“ können und damit von „Natur aus mehr Vorteile“ hätten als Männer und somit zu einer „elitären Kaste“ gehören würden, als frauendiskriminierend eingestuft (Entscheidung 2018_219, 29.11.2018). Zu den Entscheidungen des Presserats siehe die Übersicht auf der Website des Österreichischen Presserats unter https://www.presserat.at/show_content.php?sid=102 (Zugriff: 18.06.2022).

³⁷⁶ Siehe § 53 Abs. 4 Ärztegesetz 1998, BGBl. I 1998/169 i. V. m. § 3 der Verordnung der Österreichischen Ärztekammer über die Art und Form zulässiger ärztlicher Informationen in der Öffentlichkeit – aktuelle Fassung, <https://www.aerztekammer.at/documents/261766/89043/Werberichtlinie10032004.pdf/a8c21868-0260-a8d2-54f0-d873d1a82d3a> (Zugriff: 18.06.2022).

³⁷⁷ § 53 Abs. 1 Ärztegesetz 1998, BGBl. I 1998/169 idF BGBl. I 2019/105.

Fortpflanzungsmedizingesetz untersagt.³⁷⁸ Darüber hinaus bestehen etwa im Bereich der Fernseh- und Radiowerbung werbebeschränkende Bestimmungen für alkoholische Getränke³⁷⁹ sowie allgemein für apothekenpflichtige Produkte.³⁸⁰ Werbeverbote bestehen darüber hinaus für Tabakprodukte.³⁸¹ Rechtfertigung für einen Eingriff in die grund- und menschenrechtlich geschützte Meinungsäußerungsfreiheit³⁸² kann also etwa Gesundheitsschutz sein, wie das Beispiel des Tabakwerbeverbotes zeigt, bei dem es sich nach den Erläuterungen „um solche Einschränkungen handelt, die auf Grund des Konnexes zwischen Tabakwerbung und Raucherverhalten in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse des Schutzes der Gesundheit unentbehrlich und verhältnismäßig sind“.³⁸³ Werbeverbote waren und sind immer wieder Gegenstand höchstgerichtlicher Entscheidungen.³⁸⁴

3.4.4 Regulierung (geschlechts)diskriminierender Werbung durch Wettbewerbsschutz und/oder Antidiskriminierungsrecht in Österreich?³⁸⁵

Werbeverbote brauchen stets gesetzliche Grundlagen, dürfen die Grundfreiheiten nicht ohne Rechtfertigung beschränken und müssen grundrechtsensibel ausgestaltet sein; die vorgestellten Ehrenkodizes vertrauen hingegen auf Selbstverantwortung der Unternehmen. Werden etwa Körper als Ware in der Werbung dargestellt, greifen die bestehenden Werbeverbote mangels konkreter Bestimmung nur selten,³⁸⁶ und Werbestopps können nur nachträglich im Falle einer Empfehlung des Werberates erreicht werden. Welche alternativen, wettbewerbsrechtlichen oder antidiskriminierungsrechtlichen Möglichkeiten bestehen also, um Werbung zu beschränken?

³⁷⁸ § 16 Abs. 2 letzter Satz Fortpflanzungsmedizingesetz, BGBl. 1992/275 idF BGBl. I 2018/58.

³⁷⁹ § 13 Abs. 5 ORF-Gesetz; § 35 Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz.

³⁸⁰ §§ 50 ff. Arzneimittelgesetz, BGBl. 1983/185; § 20 Privatradiog-Gesetz, BGBl. I 2001/20.

³⁸¹ § 11 Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetz, BGBl. 1995/431.

³⁸² Grabenwarter/Pabel 2016, Rz. 5.

³⁸³ ErläutRV 163 BlgNR 14. GP 13.

³⁸⁴ Vgl. beispielsweise OGH 23. 2. 2010, 4 Ob 14/10b (Tabakwerbeverbot, § 7 Abs. 2 Tabakgesetz), OGH 30. 3. 2016, 4 Ob 121/10p (Verbot der Internetwerbung auf fremden Webseiten für Zahnärzte, Art. 5 lit. e der nach § 35 Abs. 5 Zahnärztegesetz erlassenen Werbe-Richtlinie).

³⁸⁵ In den folgenden Ausführungen wurden Teile, Analyse und Argumentation von *Berger/Schreiner/Horaceck* (2020, 117 ff.) verarbeitet.

³⁸⁶ Siehe etwa die Regelung in § 13 Abs. 3 Z 2 ORF-Gesetz.

Die deutsche Zivilrechtsprechung hat unter dem Regime des deutschen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb ³⁸⁷ schon Mitte der 1990er Jahre erstmals geschlechtsdiskriminierende Werbung verboten, da diese Grundrechte verletzt. Im Urteil *Busengrabscher* war die Gestaltung von zwei Mini-Likörflaschen Gegenstand der gerichtlichen Prüfung: Ein Etikett mit der Aufschrift „Busengrabscher“ zeigte einen Mann, der einer Frau von hinten auf die Brust fasste; ein Etikett mit der Aufschrift „Schlüpferstürmer“ zeigte eine nahezu entkleidete Frau, die im Begriff war, ihren Slip abzustreifen.³⁸⁸ Im Gegensatz zu den Vorinstanzen, die die Produktwerbung als nicht geeignet ansahen, das Empfinden der an sexuelle Texte und Bilder gewöhnten Verkehrskreise zu verletzen oder Frauen als Konsumentinnen zu kränken, sah der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) den Tatbestand des unlauteren Werbens im Wettbewerb erfüllt.³⁸⁹ *Völzmann* fasst die darauffolgende, kontrovers geführte rechtswissenschaftliche und -politische Debatte für Deutschland wie folgt zusammen:

„Einigkeit bestand darüber, dass über § 1 UWG 1909 jedenfalls Fälle mit menschenwürdeverletzendem Inhalt erfassbar seien. Damit endete aber die Gemeinsamkeit: Einigen Stimmen in der Literatur genügte dieses Ergebnis; sie sahen in Darstellungen, die nicht die Menschenwürde verletzten, nur nicht verbotswürdige Geschmacklosigkeiten. Wie auch in den Gerichtsentscheidungen wurden Nacktheit und Sexualbezug tendenziell als üblich angesehen und sollten nur unterbunden werden, wenn die Kampagnen allzu eindeutig waren und damit zu stark von einer Normalität abwichen, an die sich das Publikum gewöhnt hatte. Geschlechtsdiskriminierende Werbung blieb auf den Bereich sexualbezogener Darstellungen beschränkt. Andere subsumierten unter geschlechtsbezogene Diskriminierung auch Darstellungen, die Geschlechtsrollenstereotype verfestigen, und erkannten darin einen Konflikt mit dem Gleichheitsgrundsatz, dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und der Menschenwürde. Sie forderten bereits damals eine eigenständige Norm für geschlechtsdiskriminierende Werbung oder zumindest eine eigene Fallgruppe im Rahmen der Generalklausel.“³⁹⁰

In Österreich liegen keine – mir bekannten – vergleichbaren Entscheidungen vor. Allerdings hat – und dies ist im Kontext der wettbewerbsrechtlichen Beschränkung von Werbung von Interesse – der österreichische OGH 2014 entschieden, dass einzelne Bestimmungen des Ehrenkodex des Presserats rechtlich verbindlich sind

³⁸⁷ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. März 2010 (BGBl. I S. 254), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3504) geändert worden ist.

³⁸⁸ Völzmann 2014, 26.

³⁸⁹ BGHZ 130 – Busengrabscher.

³⁹⁰ Völzmann 2014, 29 f. mit weiteren Nachweisen.

können – und zwar für das Recht gegen einen unlauteren Wettbewerb.³⁹¹ Damals ging es um eine zustimmungslose Veröffentlichung von SportlerInnenbildern auf der Titelseite der *Kronen Zeitung*, worin insbesondere ein Verstoß gegen Punkt 8.4 (Zustimmungserfordernis bei Verwendung von Privatfotos) des Ehrenkodex gesehen wurde. Diese Rechtsprechung ließe sich gleichermaßen auf geschlechtsdiskriminierende Werbung umlegen, womit der OGH der Sanktionierung derselben durch das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG³⁹²) die Tür geöffnet hat. In diesem Gesetz wurde die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken³⁹³ umgesetzt. Es sprechen einige Gründe dafür, dass Fälle sexistischer Werbung vom Anwendungsbereich des UWG erfasst sind. Denn dieses reguliert sogenannte ‚unlautere‘ (unfaire) und aggressive Praktiken im geschäftlichen Verkehr, somit insbesondere auch kommerzielle Werbung, die als Geschäftspraktik einzuordnen ist, unabhängig von der Form ihrer Veröffentlichung. Ebenso steht die Sanktionierung sexistischer Werbung wohl auch in Einklang mit den Schutzzwecken des UWG, die, neben MitbewerberInnen und der Institution des Wettbewerbs, auch und aufgrund unions(grund)rechtlicher Vorgaben, die indes vermehrt auf VerbraucherInnenschutz ausgerichtet sind. Der EuGH hat darauf verwiesen, dass Art. 38 der GRC bestimmt, dass die Politik der Union ein hohes VerbraucherInnenschutzniveau³⁹⁴ sicherstellt.³⁹⁵

Zwar stellt die konsumentInnenschutzrechtliche Logik primär auf die wirtschaftliche Entscheidungs- und Handlungsfreiheit der VerbraucherInnen ab; es kann jedoch durchaus argumentiert werden, dass diese Entscheidungs- und Handlungsfreiheit beeinträchtigt wird, wenn ihnen durch Geschäftspraktiken wie Werbung suggeriert wird, dass sie aufgrund ihres Geschlechts bestimmte Produkte oder Dienstleistungen konsumieren müssen, um sozialen Erwartungen und Normen zu entsprechen – das Bild des/der VerbraucherIn hat sich unter den Bedingungen der Grundfreiheiten, der EU-

³⁹¹ OGH 17. 9. 2014, 4 Ob 62/14t.

³⁹² Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG, BGBl. I Nr. 104/2019.

³⁹³ Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken).

³⁹⁴ Im Sinne des Art. 169 Abs. 1 AEUV.

³⁹⁵ EuGH vom 10. 9. 2014, C-34/13, *Monika Kušionová gegen SMART Capital*, Rn. 47.

Wettbewerbsregeln und des Richtlinienrechts jedoch gewandelt und geht nun jedenfalls von informierten, entscheidungsfähigen VerbraucherInnen aus.³⁹⁶ Gleichmaßen sollen jene Unternehmen, die bewusst auf sexistische und somit Aufmerksamkeit erregende Werbung („*sex sells*“) verzichten, gegenüber denen, die sich einer solchen bedienen und – nicht zu einem hohen VerbraucherInnenschutzniveau beitragen –, geschützt werden. Die RL 2005/29/EG in Erwägungsgrund 8 auch fest, dass ihr Telos dem unmittelbaren Schutz „der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher vor unlauteren Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern“ gilt. „Sie schützt somit auch mittelbar rechtmäßig handelnde Unternehmen vor Mitbewerbern, die sich nicht an die Regeln dieser Richtlinie halten, und gewährleistet damit einen lautereren Wettbewerb in dem durch sie koordinierten Bereich.“³⁹⁷

Das Lauterkeitsrecht als Mittel gegen sexistische Werbung in Stellung zu bringen, verspricht sowohl effektive als auch rasche Kontrollmöglichkeiten, da sich Unterlassungsklagen nach dem UWG mit einer einstweiligen Verfügung verbinden lassen. Infolge eines Verstoßes gegen die Generalklausel des § 1 Abs. 1 UWG sind in Österreich neben Interessensvertretungen wie der Bundesarbeitskammer Österreich (BAK) und Wirtschaftskammer Österreich (WKÖ), und VerbraucherInnenverbänden, wie insbesondere dem Verein für Konsumenteninformation (VKI), auch Mitbewerber anspruchsberechtigt. Diese können sodann eigenständig gegen ihre diskriminierend werbenden Konkurrenten vorgehen, womit eine Dynamik zur Selbstregulierung ausgelöst werden könnte.³⁹⁸ Über das UWG bekommen auch die bestehenden Werbeverbote wieder in interessanter Weise eine gewisse Bedeutung. Denn soweit sich ein Verstoß gegen eine gesetzliche Vorschrift in spürbarer Weise auf den Wettbewerb auswirkt, kann dieser Verstoß selbst einen Unterlassungsanspruch nach § 1 Abs. 1 Ziffer 1 UWG als sogenannter „Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch“ begründen.³⁹⁹ Ein derartiges wettbewerbsrechtliches Vorgehen könnte sowohl einem

³⁹⁶ Kilian/Wendt 2016, 214 f.

³⁹⁷ RL 2005/29/EG, Erwägungsgrund 8.

³⁹⁸ Dahingehend argumentiert auch Völzmann für das deutsche Lauterkeitsrecht (2014, 228 ff.).

³⁹⁹ Der OGH hat sich in den letzten Jahren in einer Reihe von Entscheidungen mit einzelnen (anderen) Bestimmungen des ORF-Gesetzes in Verbindung mit § 1 UWG auseinandergesetzt, vgl. insbesondere OGH 24. 3. 2002, 4 Ob 223/08, zu § 13 Abs. 5 und 6 ORF-Gesetz.

hohen VerbraucherInnenschutzniveau als auch der Beseitigung von Diskriminierung in der Gesellschaft zum Vorteil gereichen.

Darüber stellt sich *de lege ferenda*, rechtspolitisch noch die Frage nach einem eigenen antidiskriminierungs- und/oder verwaltungsrechtlichen Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung im öffentlichen oder privaten Gleichbehandlungsrecht. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass im aktuellen geltenden Gleichbehandlungsrecht einem antidiskriminierungsrechtlichen Vorgehen gegen diskriminierende Werbung entgegensteht, dass „der Inhalt von Medien und Werbung“ aus dem Geltungs- beziehungsweise Anwendungsbereich des europäischen (und daher auch österreichischen) Gleichbehandlungsrechts explizit ausgenommen ist,⁴⁰⁰ was aus Sicht der österreichischen Gleichbehandlungsanwaltschaft jedoch Fragen aufwirft und einer Klarstellung bedürfe, etwa wann es sich bei Werbung um eine Dienstleistung handelt, die wiederum vom Gesetz erfasst ist.⁴⁰¹ In der Fachdiskussion angeregt wurde auch schon ein eigenes Gesetz. Einen neuen Delikttypus mit dem Titel „Besonders schwerwiegender Sexismus in der Werbung“, der samt den entsprechenden materiellen und formellen Behelfen in einem eigenen Gesetz geregelt werden könnte, schlägt etwa *Benke* vor.⁴⁰²

⁴⁰⁰ Vgl. Art. 3 Abs. 3 der RL 2004/113/EG sowie den § 30 Abs. 2 Ziffer 2 GIBG.

⁴⁰¹ Gleichbehandlungsanwaltschaft 2020, *passim*.

⁴⁰² Vgl. etwa *Benke* 2018, 121-123.

4 Schlussbetrachtungen

Eine repräsentative Studie aus dem Jahr 2019 weist nach, dass in Österreich annähernd jede zweite Person innerhalb der letzten drei Jahre zumindest einmal in den Lebensbereichen Arbeit, Wohnen, Gesundheit und Bildung Erfahrungen mit Ungleichbehandlung, Benachteiligung oder Herabwürdigung machen musste.⁴⁰³ Scherr weist nach, dass sich moderne, durch Individualismus geprägte Gesellschaften „durch ein paradoxes Verhältnis zu Formen der Diskriminierung“⁴⁰⁴ auszeichnen, da diese eine nicht (mehr) zu rechtfertigende Ungleichbehandlung als Folge nicht bewältigter struktureller Ungleichheiten darstellen und mit dem Selbstverständnis sowie deklarierten Prinzipien dieser Gesellschaften unvereinbar sind.⁴⁰⁵ Im Lichte dessen werden einige Ergebnisse der Untersuchung noch einmal aufgegriffen und einer weiterführenden Reflexion unterzogen.

Verhinderungen von und generelle Bedenken gegenüber Frauenerwerbstätigkeit sowie Rechtfertigungen von geringeren Frauenlöhnen haben den „early economic thought“⁴⁰⁶ des 18. und 19. Jahrhunderts bestimmt.⁴⁰⁷ Daraus ergeben sich bis heute ungelöste Widersprüche zu den Prinzipien der Gleichheit in der gesellschaftlichen, von hierarchischen Geschlechtsverhältnissen geprägten ökonomischen Realität, wie in dieser Arbeit etwa anhand des „Falles Lohn(un)gleichheit“ analysiert wurde.⁴⁰⁸ Ob nun individualrechtliche oder kollektive Ansätze etwa zu Lohngleichheit führen, ist Ergebnis eines „komplexen Zusammenspiels rechtlicher Gelegenheitsstrukturen“⁴⁰⁹,

⁴⁰³ In der angeführten Studie wurden 2.317 in Österreich lebende Personen zwischen 14 und 65 Jahren über ihre Diskriminierungserfahrungen befragt. Fast die Hälfte der Befragten hat angegeben, sich in den Jahren 2016 bis 2018 zumindest einmal in den vier genannten Lebensbereichen diskriminiert gefühlt zu haben; hochgerechnet entspricht dies 2,5 Millionen Menschen. 46 Prozent der befragten Frauen und 40 Prozent der befragten Männer geben an, sich in den drei Referenzjahren zumindest einmal diskriminiert gefühlt zu haben. 28 Prozent aller von Diskriminierung Betroffenen haben angegeben, aufgrund von mehreren Merkmalen ungleich oder schlechter behandelt worden zu sein. Vgl. Schönherr 2019, 1 und 3.

⁴⁰⁴ Scherr 2016a, 16.

⁴⁰⁵ Vgl. Scherr 2016b, 8–9.

⁴⁰⁶ Pujol 1992

⁴⁰⁷ Gerhard 1978, 16-49.

⁴⁰⁸ Michalitsch und Schlager merken dazu an, dass sich diese Argumente auch heute in den wirtschaftswissenschaftlichen Erklärungen ökonomischer Geschlechterhierarchien finden würden, diese vermögen „kaum mehr den Versuch zu verhehlen, die Dominanz einer interessensgeleiteten Modellökonomie zu rechtfertigen, die Wirtschaft in einem gesellschaftlichen und politischen Vakuum konstruiert und dabei bestimmende Faktoren wie Macht, Normen oder Werte ausblendet.“ (Michalitsch/Schlager 2006, 58).

⁴⁰⁹ Und damit „nicht nur“ von (europäischem oder nationalem) „Antidiskriminierungsrecht bzw. -rechtsprechung, sondern auch Tarifvertragsrecht, juristische Alternativen sowie Rechtskultur und Rechtsbewusstsein“ (Fuchs 2010, 109).

wie die Auseinandersetzung mit unterschiedlichen Diskursen, Fällen und institutionellen Fragen gezeigt hat.

Ich habe den Versuch angestellt, mit dieser Arbeit deutlich zu machen, dass das Recht bei dessen gendersensibler, angemessener Begründung und Anwendung gut etablierte Methoden und Möglichkeiten bereithält, das normative Ziel *Gender Equality* voranzutreiben und dabei nicht stillsteht. Der Blick auf den Bestand an gleichheitsgarantierenden und gleichheitsförderlichen Normen hat gezeigt, dass die unterschiedlichen Frauenbewegungen „normativ oft erfolgreich“⁴¹⁰ waren. Formale Gleichberechtigung ist weitgehend eine rechtliche Vorgabe, ein Standard – und dies auf globaler, europäischer und nationaler Ebene mit vielen Wechselwirkungen, wie in der Untersuchung nachvollzogen wurde.

Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz gehört zwar zu den wesentlichen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts. Er bezieht sich jedoch auf kein bestimmtes Diskriminierungsmerkmal. In die europäischen Grundrechte, die mittlerweile im Primärrechtsrang stehen, wurde mit Art. 21 GRC ein Nichtdiskriminierungsgebot explizit aufgenommen. Daneben gibt es spezielle Gleichheitsgebote, die sich auf bestimmte Diskriminierungsmerkmale beziehen.⁴¹¹ Im Primärrecht wurde das normative Ziel *Gender Equality* etwa in Art. 8 AEUV (*Gender Mainstreaming*) und in Art. 157 AEUV verankert. Das Sekundärrecht beinhaltet bereichsspezifische Gleichbehandlungsgebote in Form von Richtlinien, die verschiedene Aspekte der Erwerbstätigkeit und damit verschiedene Bereiche der Wirtschaft und des Lebens betreffen. Diese Antidiskriminierungsrichtlinien haben zu erheblichen Kontroversen über das Sozialmodell der Europäischen Union geführt, die in dieser Arbeit nachvollzogen wurden, wobei es nicht nur eine gewisse Spannung zwischen den Marktfreiheiten und ihren Diskriminierungskonzepten, sondern auch der wirtschafts- und wettbewerbspolitischen Genese des ‚alten‘ Gleichbehandlungsgrundsatzes des Art. 157 AEUV und dem neueren europäischen auf Gleichstellung zielenden Richtlinienrecht auszuhalten gilt.

⁴¹⁰ Baer 2008, 22; Gerhard 1997.

⁴¹¹ Tobler 2013, 449.

Nach *Schiek* liegt das übergeordnete Telos des EU-Antidiskriminierungsrechts im weitesten Sinne im „Bestreben, gesellschaftlich strukturierende Benachteiligung zu adressieren“. ⁴¹² Antidiskriminierung im Bereich der Verkehrsfreiheiten wie auch im Bereich Geschlechtergleichstellung kann Sozialpolitik nicht substituieren. Auch ein hochfunktionales Antidiskriminierungsregime, das Anforderungen der Anerkennung, Umverteilung und Repräsentation in hohem Maße genügt, wird keine Sozialpolitik ersetzen können.

Am Beispiel des ‚alten‘ europaverfassungsrechtlich eigentlich gewährleisteten Grundsatzes ‚gleicher Lohn für gleiche oder gleichwertige Arbeit‘ wurde gezeigt, dass es dem europäischen Antidiskriminierungsrecht tatsächlich an einer sozialen, kollektiven Dimension fehlt. Die individuelle Durchsetzung von Ansprüchen gegen Lohndiskriminierung ist trotz eindeutiger Rechtslage auf breiter Ebene – und mit Blick auf die Daten zur geschlechtsspezifischen Entgelt Differenz – weitgehend ineffektiv. *Winter* bezeichnet Lohngleichheit daher als ein „Prinzip ohne Praxis“ ⁴¹³, wobei die Verbandsklagemöglichkeiten nach den Antidiskriminierungsrichtlinien, die sogenannte *Pay Equity Plans* als eine positive Maßnahme oder aber auch die als Richtlinien vorschlag vorliegende *Pay Transparency Directive* Abhilfe schaffen könnten.

Der Rechtsdiskurs nimmt auf die Diskrepanz zwischen ‚Sein‘ und ‚Sollen‘ in der sozialen Wirklichkeit seit einiger Zeit etwa mit positiven Maßnahmen (*affirmative action*) wie Quotenregelungen Bezug, deren Genese und Legitimitätsanforderungen im Lichte von verschiedenen Theorien und höchstgerichtlichen Entscheidungen in der Arbeit untersucht wurden. Der EuGH hat in seiner Judikatur Standards für Quotenregelungen festgelegt, die durchaus differenziert sind. Quotenregelungen dürfen durch ihre Begründung Ungleichheitslagen keinesfalls verfestigen; sie müssen also zeitlich und in ihren Auswirkungen begrenzt und gerechtfertigt werden. Nicht zulässig sind absolute und unbedingte Quotenregelungen, die eine Vorzugsautomatik- oder Eintrittsautomatik installieren, also dass BewerberInnen gleicher Qualifikation automatisch bevorzugt werden. ⁴¹⁴ Diese starren Quotenregelungen verstoßen im

⁴¹² Schiek 2014, 403.

⁴¹³ Winter 1998.

⁴¹⁴ EuGH vom 17.10.1995, Rs C-450/93, *Kalanke*.

Übrigen gegen die Gleichbehandlungsrichtlinie der Union.⁴¹⁵ Zudem müssen die in Frage stehenden Qualifikationen tatsächlich gleich oder gleichwertig sein,⁴¹⁶ was dazu geführt hat, dass die Qualifikationen von Frauen vermehrt angezweifelt und Diskriminierung subtiler wurde.⁴¹⁷

Anzumerken ist, dass ‚Frauenquoten‘ eine Defizitperspektive tatbestandsmäßig eingeschrieben ist.⁴¹⁸ Solange Quotenregelungen auf die Unterrepräsentation nur eines Geschlechts fokussieren, werden diese neben dem Abbau von Unterrepräsentation auch „Lateraleffekte“⁴¹⁹ haben, nämlich gesellschaftlich-symbolische Stigmatisierungen (Stichwort: ‚Quotenfrau‘) bewirken. Viele der aktuell geltenden Quotenregelungen im öffentlichen Dienst oder im Kapitalgesellschaftsrecht sind keine Frauenquotenregeln, sondern Geschlechterquoten. Auch die „Women on Board“-Richtlinie, für die es vor Kurzem eine politische Einigung auf eine europaweite Regelung gab, sieht Geschlechterquoten vor.⁴²⁰

Anhand der Genese des Rechtsinstituts ‚Sexuelle Belästigung‘, das aus dem US-amerikanischen *Case Law* in die österreichische und europäische Rechtsordnung diffundiert ist, wurde die erfolgreiche Etablierung einer ganzen Summe gesetzlicher Vorschriften – von einem Lebens- zu einem Rechtsverhältnis – nachgezeichnet. Zwar bestehen aufgrund der Tatbestandskonstruktion viele rechtspraktische Herausforderungen in der angemessenen Einordnung und Sanktionierung von sexualisierten Machtdemonstrationen in konkreten organisationalen und hierarchischen Strukturen. Dennoch gilt ein prozessorientierter, präventiver Umgang mit Fällen sexueller Belästigung mittlerweile auch als integraler Bestandteil von *Good Corporate Governance* und einer modernen Unternehmenskultur. Gerade am Einschluss geschlechtsbezogener Themen in den Rechtsdiskurs erscheint es notwendig, dies hat die Untersuchung der Tatbestandselemente gezeigt, die implizite Vergeschlechtlichung rechtlicher Institute und Wertungen explizit zu machen. Diese

⁴¹⁵ RL 76/207/EWG, ersetzt durch RL 2006/54/EG zur Vereinheitlichung der Bestimmungen zur Gleichbehandlung in der Arbeitswelt.

⁴¹⁶ EuGH vom 06.07.2000, Rs. C-407/98, *Abrahamsson*; dies war auch vor der Entscheidung des EuGH schon anerkannt, vgl. Rosenkranz 1997, 248.

⁴¹⁷ Baer 2010b, 15 f.

⁴¹⁸ Ulrich, 2012, 228 ff.

⁴¹⁹ Baer, Susanne, Spannende Rechtswissenschaft (Vortragsmanuskript), 2011, zit. n., Ulrich, 2012, 228.

⁴²⁰ Europäisches Parlament, Women on boards: deal to boost gender balance in companies, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20220603IPR32195/women-on-boards-deal-to-boost-gender-balance-in-companies> (Zugriff: 15.06.2022).

findet sich etwa in Maßfiguren und Erwartungen an ‚richtiges‘ Opferverhalten. Opfermythen sind entscheidend für die Bewertung von Glaubwürdigkeit – und es kommt nach wie vor nicht selten vor, dass Betroffene von Diskriminierung (vor allem in Form von sexueller Belästigung), nicht dem Bild eines Opfers entsprechen, sich zu wenig oder gar nicht wehren oder zu ‚tough‘ sind und zu wenig schamhaft, verletzt bzw. in ihrer Würde beeinträchtigt auftreten und dadurch an Glaubwürdigkeit einbüßen. Die Schwierigkeiten im rechtlichen Umgang mit sexueller Belästigung beruhen auf der Konstruktion von sexueller Belästigung als individuelle Würdeverletzung jenseits sozialer Hierarchien.⁴²¹

Das Recht ist aufgefordert und geeignet, Diskriminierung nicht nur als illegitim zu deklarieren, sondern ernsthaft hintanzuhalten. Am Binnenmarkt wurde dies durch die Weiterentwicklung der Grundfreiheiten von Diskriminierungsverboten zu (allgemeinen) Beschränkungsverboten vorangetrieben, vor allem durch die ‚grundfreiheitliche‘ Judikatur des EuGHs, deren für das gesamte Europarecht wesentlichen Prinzipien und Begriffe in die Analyse integriert wurden. Das Binnenmarktkonzept wurde aber auch vom europäischen Gesetzgeber selbst weiterentwickelt und in das Zeichen von *Gender Equality* gestellt. Seit der Amsterdamer Revision der Verträge wird die Wechselwirkung zwischen Wirtschafts- und Währungsunion und aktiver Gleichstellungspolitik als Aufgabe der Europäischen Union betont und vorgegeben.⁴²² Verstärkt wird dies noch einmal durch das Prinzip und die Strategie des *Gender Mainstreamings*.

Anhand des wirtschaftsrechtlichen Regulierungsbereichs Werbung, die im Zusammenhang mit einer Ware oder als Dienstleistung von den europäischen Grundfreiheiten besonders geschützt ist, ist die Sache jedoch komplizierter, wie in der Arbeit im Kapitel „Der Fall ‚(Geschlechts)diskriminierende Werbung‘“ gezeigt wurde. So sieht die UN-Frauenrechtskonvention das strategische Ziel vor, dass Frauen in Medien ausgewogen und nicht stereotyp dargestellt werden. Rechtspolitisch wird immer wieder gefordert, ‚Lücken‘ im Antidiskriminierungsrecht im Bereich Medien

⁴²¹ „Der Würdeschutz führe zu Individualisierung, blende den Kontext aus, begünstige eine paternalistische oder die Täterperspektive, statuiere ideales Opferverhalten und fokussiere insgesamt auf die falschen Fragen. Sie schlug demgegenüber vor, sexuelle Belästigung als Form von Geschlechtsdiskriminierung zu verstehen, mit der hierarchische Geschlechterverhältnisse im Erwerbsleben aufrechterhalten oder geschaffen werden.“ (Lembke 2014, 36 f.)

⁴²² Vgl. Art. 2 EUV.

und Werbung zu schließen oder ein eigenes Gesetz gegen schwerwiegend sexistische Werbung einzuführen. Es spricht jedoch einiges dafür, dass geschlechterdiskriminierende Werbung als „unlautere Handlungen im geschäftlichen Verkehr“ vom Anwendungsbereich des UWG erfasst ist. Denn auch Mitbewerber und die Institution Wettbewerb können von Verzerrungen durch sexistische Werbemittel und Manipulationen betroffen sein. Nicht zu diskriminieren ist nicht zuletzt ein zentrales Prinzip der Wirtschaftsethik. Zu beachten ist, dass Werbebeschränkungen und vor allem Werbeverbote einen Eingriff in Grundfreiheiten und (europäische) Grundrechte darstellen. Das betrifft vor allem die Meinungsäußerungs- und Erwerbsausübungsfreiheit. Ein solcher Eingriff kann allerdings für die Zwecke des Gleichheits-, Persönlichkeits- und Gesundheitsschutzes gerechtfertigt sein. Wie herausgearbeitet wurde, könnte bei gegebener Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit eine Werberegulierung aufgrund von Art. 21 GRC und des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes eine Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit (oder der Dienstleistungverkehrsfreiheit) gerechtfertigt und mit dem EU-Primärrecht vereinbar sein.⁴²³

Diskriminierung aufgrund des Geschlechts basiert auf real existierender Ungleichheit. Ein substanzieller rechtlicher Schutz vor Diskriminierung sollte deswegen als Hierarchisierungsverbot gestaltet werden. Ein solches „Hierarchisierungsverbot“⁴²⁴ kann in unterschiedlichen Rechtsgebieten durch unterschiedliche Regelungstechniken und Institute zur Anwendung kommen. Daraus würde ein Verständnis von Freiheit – sei es der Erwerbs-, Meinungs- oder Kunstfreiheit – folgen, das mit substanzieller Gleichheit ernsthaft austariert ist. Dafür bestehen gute Voraussetzungen. Wie schon eingangs erwähnt, ist der „[d]er Dualismus von ‚Gleichberechtigung‘ und tatsächlicher ‚Gleichstellung‘ [...] heute zum Grundtatbestand des Europäischen Unionsrechts zu zählen.“⁴²⁵ Das normative Ziel *Gender Equality* hat, so unterschiedlich es ausgeprägt ist und angewandt wird, für die Entwicklung der europäischen Wirtschaft eine wesentliche Bedeutung.

⁴²³ Völzmann 2014, 226 f.

⁴²⁴ Baer 1995, 237.

⁴²⁵ Kucsko-Stadlmayer/Kuras 2013, Rz. 2.

5 Literaturverzeichnis

- Achatz, Juliane (2008): Geschlechtersegregation im Arbeitsmarkt. In: Abraham, Martin/Hinz, Thomas (Hrsg.): Arbeitsmarktsoziologie: Probleme, Theorien, empirische Befunde. VS Verlag für Sozialwissenschaften: Wiesbaden, S. 263-301.
- Acker, Joan (1990): Hierarchies, Jobs, and Bodies. A Theory of Gendered Organizations. In: Gender & Society, Vol. 4 (2), S. 81-95.
- Acker, Joan (2006): Inequality Regimes. In: Gender & Society, Vol. 20 (4), S. 441-464.
- Aicher, Josef (1984): Wettbewerbsrechtliche Einführung in das Recht der Werbung. In: Aicher, Josef (1984): Das Recht der Werbung (Schriften zum gesamten Recht der Wirtschaft, Band 9). Orac: Wien, S. 215-270.
- Arrow, Kenneth J. (1973): The Theory of Discrimination. In: Ashenfelter, Orley/Rees, Albert (Hrsg.): Discrimination in Labor Markets, Princeton. Princeton University Press: New Jersey, S. 3-33.
- Aumayr-Pintar, Christine; Gustafsson, Anna-Karin; Savolainen, Anna; Jørgensen, Carsten (2020): Pay transparency in Europe: First experiences with gender pay reports and audits in four Member States. Eurofound. Onlinedokument. URL: <https://www.eurofound.europa.eu/de/publications/report/2018/pay-transparency-in-europe-first-experiences-with-gender-pay-reports-and-audits-in-four-member> (Zugriff: 16.06.2020).
- Berka, Walter (2012): Verfassungsrecht. Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium. 4., aktualisierte Auflage. Springer Verlag: Wien.
- Baer, Susanne (1995): Würde oder Gleichheit? Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA. Nomos: Baden-Baden.
- Baer, Susanne (1995): Würde oder Gleichheit? Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA. Nomos: Baden-Baden
- Baer, Susanne (1998): Inexcitable Speech: Zum Rechtsverständnis postmoderner feministischer Positionen in Judith Butlers „Excitable Speech“. In: Hornscheidt, Antje/Jähnert, Gabriele/Schlichter, Anette (Hrsg.): Kritische Differenzen, geteilte Perspektiven: Zum Verhältnis von Feminismus und Postmoderne. Westdeutscher Verlag: Opladen/Wiesbaden, S. 229-252.
- Baer, Susanne (2002): Gender Mainstreaming als Operationalisierung des Rechts auf Gleichheit. In: Bothfeld, Silke/Gronbach, Sigrid/Riedmüller, Barbara (Hrsg.): Gender Mainstreaming – eine Innovation in der Gleichstellungspolitik. Zwischenberichte aus

der politischen Praxis (Politik der Geschlechterverhältnisse, Band 18). Campus Verlag: Frankfurt am Main, S. 41-62.

Baer, Susanne (2004): Geschlecht und Recht – zur rechtspolitischen Steuerung der Geschlechterverhältnisse. In: Meuser, Michael/Neusüß, Claudia (Hrsg.): Gender Mainstreaming. Konzepte – Handlungsfelder – Instrumente. Bundeszentrale für politische Bildung (bpb): Bonn, S. 71-83.

Baer, Susanne (2008): Frauen und Männer, Gender und Diversität: Gleichstellungsrecht vor den Herausforderungen eines differenzierten Umgangs mit Geschlecht. In: Arioli, Kathrin/Cottier, Michelle/Farahmand, Patricia/Küng, Zita (Hrsg.): Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht? Dike/Nomos: Zürich/St. Gallen/Baden-Baden, S. 21-37.

Baer, Susanne (2012): „Die Geschlechtergleichstellung hat eine etwas ambivalente Situation erreicht“ (Interview). In: *Femina Politica* 2/2012, S. 24-37.

Baer, Susanne (2013): Geschlecht und Recht: Zur Diskussion um die Auflösung der Geschlechtergrenzen. In: *RZ* 5, 1/2014, S. 5-11.

Baer, Susanne (2010a): Traveling Concepts: Substantive Equality on the Road. In: *Tulsa L. Rev.*, Vol. 46, S. 59-79.

Baer, Susanne (2010b): Chancen und Risiken Positiver Maßnahmen: Grundprobleme des Antidiskriminierungsrechts und drei Orientierungen für die Zukunft. In: *Migration – Integration – Diversity: Dossier Positive Maßnahmen*. Heinrich-Böll-Stiftung.

Baer, Susanne (2013): Hat das Grundgesetz ein Geschlecht? Gender und Verfassungsrecht. In: *Blätter für deutsche und internationale Politik* 1/2013, S.107-118.

Baer, Susanne (2015): *Rechtssoziologie: Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung*. 2. Auflage. Nomos, Baden-Baden.

Becker, Gary (1973): *The Economics of Discrimination*. The University of Chicago Press: Chicago/London.

Benke, Nikolaus (1995a): Women in the Courts. An Old Thorn in Men's Sides. In: *Michigan Journal of Gender & Law*, Vol. 3, S. 195-256.

Benke, Nikolaus (1995b): JuristInnenausbildung - ein feministischer Irrweg? In: *Journal für Rechtspolitik*, Jg. 3, Heft 2, S. 90-98.

Benke, Nikolaus (1997): Ergänzende Bemerkungen zum Thema JuristInnenausbildung. In: Flossmann, Ursula (Hrsg.): *Recht, Geschlecht und Gerechtigkeit. Frauenforschung in der Rechtswissenschaft (Linzer Schriften zur Frauenforschung, Band 5)*. Trauner Verlag: Linz, S. 467-479.

Benke, Nikolaus (2018): Unsystematische Bemerkungen zu Sexismus in der Werbung. In: Feigl, Susanne/Konstatzky, Sandra (Hrsg.): *Auf dem Weg zur*

Gleichbehandlung: Festschrift für Ingrid Nikolay-Leitner. Verlag des ÖGB: Wien, S. 310-324.

Berger, Christian/Schreiner, Ute/Horaceck, Vanessa (2020): Rechtsfragen geschlechtsdiskriminierender Werbung. Rechts- und Kulturtheoretische Diagnosen und Regulierungsperspektiven. In: Sauer, Birgit/Sel, Asiye/Moritz, Ingrid (Hrsg.): Körperbilder, Körpersymbole und Bekleidungs Vorschriften. Zur Repräsentation von Frauen in Werbung, Medien und Sport. Verlag des ÖGB: Wien, S. 111-123.

Blanke, Thomas (2008): Die Entscheidungen des EuGH in den Fällen Viking, Laval und Rueffert – Domestizierung des Streikrechts und europaweite Nivellierung der industriellen Beziehungen. Oldenburgische Studien zur Europäisierung und zur transnationalen Regulierung 18.

Bock, Michael (1997): Die Eigendynamik der Verrechtlichung in der modernen Gesellschaft, in Lampe, Ernst-Joachim (Hrsg.): Zur Entwicklung von Rechtsbewußtsein. Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, S. 403–428.

Bothfeld, Silke/Gronbach, Sigrid/Riedmüller, Barbara (Hrsg.) (2002): Gender Mainstreaming – eine Innovation in der Gleichstellungspolitik. Zwischenberichte aus der politischen Praxis (Politik der Geschlechterverhältnisse, Band 18). Campus Verlag: Frankfurt am Main.

Brah, Avtar (1991): Questions of Difference and International Feminism. In Aaron, Jane/Walby, Sylvia (Hrsg.): Out of the Margins. Women's Studies in the Nineties, Gender and Society. Feminist Perspectives on the Past and Present. Falmer Press Ltd.: London, S. 168-176.

Classen, Dirk (2006): Die wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Beurteilung produktunabhängiger Wirtschaftswerbung. Darstellung am Beispiel der Benetton-Rechtsprechung des BGH und BVerfG. Verlag C.H. Beck: München.

Colneric, Ninon (1999): Der Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit und das Verbot der mittelbaren Diskriminierung, in: Hanau, Peter (Hrsg.): Richterliches Arbeitsrecht: Festschrift für Thomas Dieterich zum 65. Geburtstag. C.H. Beck: München, S. 45-62.

Correll, Shelley J. (2001): Gender and the Career Choice Process. The Role of Biased Self-Assessments. In: American Journal of Sociology, Vol. 106 (6), S. 1691-1730.

Crenshaw, Kimberle (1989): Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. In: University of Chicago Legal Forum 1989:1, S. 139–167.

De Vos, Marc (Hrsg.) (2009): European Union Internal Market and Labour Law: Friends or Foes? Intersentia: Antwerp/Oxford/Portland.

Doblhofer, Doris/Küng, Zita (2008): Gender Mainstreaming. Gleichstellungsmanagement als Erfolgsfaktor – das Praxisbuch. Springer Verlag: Berlin/Heidelberg.

- Drettmann, Fritz (1984): Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit. Verlag Peter Lang: Frankfurt am Main.
- Ehlers, Dirk (2014): Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten. In: Ehlers, Dirk (Hrsg.): Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten. De Gruyter: Berlin/Boston, S. 239-314.
- Emmenegger, Susan (2001): Geschlechtsspezifische Aspekte des Bürgerschaftsvertrags. In: ProFri – Verein Pro Feministisches Rechtsinstitut (Hrsg.), Recht Richtung Frauen, Dike Verlag, Zürich 2001, S. 93-103.
- Europarat (1998): Europarat, Gender Mainstreaming: Rahmenkonzept, Methodik und Vorstellung bewährter Praktiken. Straßburg.
- Firlei, Klaus (2011): Entgelttransparenz ultralight – der Einkommensbericht gem § 11a GIBG. In: DRdA 3/2011, S. 238-247.
- Foljanty, Lena (2012): Quotenregelungen: Herausforderungen angesichts der Komplexität von Diskriminierung. In: Femina Politica 2/2012, S. 37-48.
- Foucault, Michel (1976/2013): Sexualität und Wahrheit, Band I: Der Wille zum Wissen. In: Foucault, Michel: Die Hauptwerke. 3. Auflage. Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, S. 1021-1151.
- Foucault, Michel (1978): Dispositive der Macht. Über Sexualität, Wissen und Wahrheit. Merve Verlag: Berlin.
- Foucault, Michel (1981): Archäologie des Wissens. Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main.
- Foucault, Michel (1987): Das Subjekt und die Macht. In: Dreyfus, Hubert/Rabinow, Paul (Hrsg.): Michel Foucault. Jenseits von Strukturalismus und Hermeneutik. Beltz Athenäum: Frankfurt am Main, S. 243-261.
- Foucault, Michel (2001): In Verteidigung der Gesellschaft. Vorlesung am Collège de France (1975-1976). Suhrkamp Verlag: Frankfurt am Main.
- Fraser, Nancy (2013): Fortunes of Feminism: From State-Managed Capitalism to Neoliberal Crisis. Verso Books: Brooklyn.
- Fraser, Nancy/Honneth, Axel (2015): Umverteilung oder Anerkennung? Eine politisch-philosophische Kontroverse. Suhrkamp Verlag: Frankfurt am Main.
- Fullinwider, Robert K. (1993): Umgekehrte Diskriminierung und Chancengleichheit. In: Rössler, Beate (Hrsg.): Quotierung und Gerechtigkeit: Eine moralphilosophische Kontroverse. Campus Verlag: Frankfurt am Main, S. 106-119.
- Fuchs, Gesine (2010): Strategische Prozessführung, Tarifverhandlungen und Antidiskriminierungsbehörden – verschiedene Wege zur Lohngleichheit. In: Femina Politica 2/2010, S. 102-111.
- Funder, Maria (Hrsg.) (2014): Gender cage – revisted: Handbuch zur Organisations- und Geschlechterforschung. Nomos: Baden-Baden.

- Gardt, Andreas (2007): Diskursanalyse – Aktueller theoretischer Ort und methodische Möglichkeiten. In: Warnke, Ingo H. (Hrsg.): Diskurslinguistik nach Foucault. Theorie und Gegenstände. De Gruyter: Berlin/New York, S. 27-52.
- Gerhard, Ute (1978): Verhältnisse und Verhinderungen. Frauenarbeit, Familie und Rechte der Frauen im 19. Jahrhundert (Edition Suhrkamp, Band 933). Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- Gerhard, Ute (Hrsg.) (1997): Frauen in der Geschichte des Rechts: Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart. C.H. Beck: München.
- Gleichbehandlungsanwaltschaft (2020): Gesammelte Forderungen der Gleichbehandlungsanwaltschaft. Verbesserter Diskriminierungsschutz, höhere Wirksamkeit & Rechtssicherheit. Onlinedokument. URL: <https://www.gleichbehandlungsanwaltschaft.gv.at/Gleichstellungspolitik/Forderungen.html> (Zugriff: 20.06.2022).
- Golder, Ben/Fitzpatrick, Peter (2009): Foucault's Law. Routledge: New York.
- Golder, Ben/Fitzpatrick, Peter (2010): Foucault and Law. Ashgate, Surrey/Burlington.
- Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina (2016): Europäische Menschenrechtskonvention. C.H. Beck: München in Gemeinschaft mit Manz Verlag: Wien/Helbing & Lichtenhahn: Basel.
- Grühlich, Julia (2013): Weibliche Topführungskräfte in der Wirtschaft: stellen diese Weiblichkeiten die hegemoniale Geschlechterordnung in Frage? In: GENDER - Zeitschrift für Geschlecht, Kultur und Gesellschaft, 5. Jg., 2/2013, S. 63-77.
- Grünberger, Michael (2013): Personale Gleichheit. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht (Neue Schriften zum Zivilrecht, Band 1). Nomos: Baden-Baden.
- Habermas, Jürgen (1987): Theorie des kommunikativen Handelns, Band 2. Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main.
- Hatje, Armin (1993): Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit. Nomos: Baden-Baden.
- Hähnchen, Susanne (2010): Obliegenheiten und Nebenpflichten. Eine Untersuchung dieser besonderen Verhaltensanforderungen im Privatversicherungsrecht und im allgemeinen Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung der Dogmengeschichte. Mohr Siebeck: Tübingen.
- Hepple, Bob/Coussey, Marry/Choudhoury, Tufyal (2000): Equality: A New Framework. Report of the Independent Review of the Enforcement of Uk Anti-Discriminatin Legislation. Hart Publishing: Oxford/Portland.
- Hill, Anita (1997): Speaking Truth to Power. Doubleday, New York.

- Hofmeister, Lilian (1994): Analyse und Perspektiven. In: Bundesministerium für Frauenangelegenheiten (Hrsg.): Frauen und Recht. Eine Dokumentation der Enquete der Bundesministerin für Frauenangelegenheiten und des Bundesministers für Justiz vom 18. und 19. Oktober 1993 (Schriftenreihe der Frauenministerin, Band 4). Bundeskanzleramt: Wien, S. 31-43.
- Holzleithner, Elisabeth (1995): Quotierung und Gerechtigkeit. „Gleichheitsdurchbrechung“ als Mittel zur Gleichheitsverwirklichung. In: Journal für Rechtspolitik 2/1995, S. 81-89.
- Holzleithner, Elisabeth (2002): Recht Macht Geschlecht. Legal Gender Studies. Eine Einführung. WUV Universitätsverlag: Wien.
- Holzleithner, Elisabeth (2004): „Ulysses ist nicht leicht zu lesen“. Ein Streifzug durch Law and Literature. In: juridikum 1/2004, S. 33-40.
- Holzleithner, Elisabeth (2008): Emanzipation durch Recht? In: Kritische Justiz 3/2008, S. 250-256.
- Holzleithner, Elisabeth (2009): Geschlecht und Identität im Rechtsdiskurs. In: Rudolf, Beate (Hrsg.): Geschlecht im Recht: Eine fortbestehende Herausforderung. Wallstein Verlag: Göttingen, S. 37-62.
- Holzleithner, Elisabeth (2010a): Mehrfachdiskriminierung im europäischen Rechtsdiskurs. In: Hormel, Ulrike/Scherr, Albert (Hrsg.): Diskriminierung. VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, S. 95-113.
- Holzleithner, Elisabeth (2010b): Emanzipatorisches Recht. Über Chancen und Grenzen rechtlicher Geschlechtergleichstellung. In: juridikum 1/2010, S. 6-14.
- Holzleithner, Elisabeth (2011): Dimensionen gleicher Freiheit. Recht und Politik zwischen Toleranz und Multikulturalismus. Habilitation, Universität Wien.
- Holzleithner, Elisabeth (2014): Emanzipatorisches Recht – Eine queer_intersektionale Analyse. In: Philipp, Simone/Meier, Isabella/Apostolovski, Veronka/Starl, Klaus/Schmidlechner, Karin Maria (Hrsg.): Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung. Soziale Realitäten und Rechtspraxis. Nomos, Baden-Baden, S. 103-124.
- Holzleithner, Elisabeth (2015): Umsetzung von Art. 5 CEDAW in Österreich. In: Schläppi, Erika/Ulrich, Silvia/Wytenbach, Judith (Hrsg.): CEDAW. Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau. Allgemeine Kommentierung – Umsetzung in der Schweiz – Umsetzung in Österreich. Stämpfli/Manz Verlag: Bern/Wien, S. 439-464.
- Horkheimer, Max/Adorno, Theodor W. (2002): Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente. Fischer Taschenbuch Verlag: Frankfurt am Main.
- Jaeger, Thomas (2020): Materielles Europarecht. Lehr- und Handbuch zum Recht des EU-Binnenmarkts. 2. Auflage. LexisNexis: Wien.

- Jørgensen, Marianne/Phillipps, Louise (2002): Discourse Analysis as Theory and Method. Sage Publications, London/Thousand Oaks/New Delhi.
- Keller, Reiner (2007): Methoden sozialwissenschaftlicher Diskursforschung. In: Schützeichel, Rainer (Hrsg.): Handbuch Wissenssoziologie und Wissensforschung: (Erfahrung – Wissen – Imagination). UVK Verlag: Konstanz, S. 216-224.
- Kingreen, Thorsten (1999): Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts (Schriften zum Europäischen Recht, Band 56). Duncker & Humblot: Berlin
- Kleber Michaela (1988): Arbeitsmarktsegmentation nach dem Geschlecht. Eine kritische Analyse ökonomischer Theorien über Frauenarbeit und Frauenlöhne. V. Florentz: München.
- Kocsan, Melanie/Werfring, Albert/Berger, Christian (2021): Lohntransparenz: Was die EU aus Erfahrungen in Österreich lernen kann. A&W-Bog. Onlinedokument. URL: <https://awblog.at/lohntransparenz-was-eu-von-oesterreich-lernen-kann/> (Zugriff: 16.06.2022).
- Kocher, Eva (2004): Die institutionelle Verstärkung des Individualrechtsschutzes: Die „Verbandsklage“ in den Antidiskriminierungsrichtlinien der EU. In: König, Doris/Lage, Joachim/ Rust, Ursula Rust/ Schöpp-Schilling, Hanna-Beate (Hrsg.): Gleiches Recht – gleiche Realität? Welche Instrumente bieten Völkerrecht, Europarecht und nationales Recht für die Gleichstellung von Frauen? Loccumer Protokolle 71/03, Evangelische Akademie Loccum, S. 185-207.
- Kocher, Eva (2008a): Kollektivverhandlungen und Tarifautonomie – welche Rolle spielt das europäische Recht? (gleichzeitig Anmerkung zu den Entscheidungen des EuGH vom 11.12.2007 (Viking) und 18.12.2007 (Laval)). In: AuR 1-2/2008, S. 13-18.
- Kocher, Eva (2008b): Individualansprüche als Bremse proaktiver Politiken der Entgeltgleichheit? Rechtsfragen von „Pay Equity Plans“. In: Arioli, Kathrin/Cottier, Michelle/Farahmand, Patricia/Küng, Zita (Hrsg.): Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht? Dike/Nomos: Zürich/St. Gallen/Baden-Baden, S. 135-148.
- Koziol, Helmut/Welser, Rudolf (2006): Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht. 13. Auflage, überarbeitet von Andreas Kletečka. Manz: Wien.
- Kratzer, N./Sauer, D. (2003): Andere Umstände – Neue Verhältnisse: Ein Orientierungsversuch für Arbeitsforschung und Arbeitspolitik. WSI-Mitteilungen 10/2003, 578-584.
- Krucsay, Susanne (1994): Geschlechteridentität in den Medien. Themenschwerpunkt von: Medienimpulse 4. Bundesministerium für Unterricht und kulturelle Angelegenheiten: Wien.

- Krucsay, Susanne (1995): Geschlecht und Medien. Themenschwerpunkt von: Medienimpulse 12. Bundesministerium für Unterricht und kulturelle Angelegenheiten: Wien.
- Kur, Annette (1995): Die „geschlechtsdiskriminierende Werbung“ im Recht der nordischen Länder. In: WRP 10/1995, S. 790-796.
- Kucsko-Stadlmayer, Gabriele/Kuras, Gerhard (2013): Art. 157. In: Mayer, Heinz/Stöger, Karl (Hrsg.): Kommentar zu EUV und AEUV unter Berücksichtigung der österreichischen Judikatur und Literatur. Manz Verlag: Wien.
- Lee, Maria Y (2020a): Die Ungleichbehandlung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen. Geschlechtergetrennte Räume im Spannungsfeld von Gleichheit, Differenz und Anerkennung. Verlag Österreich: Wien.
- Lee, Maria Y. (2020b): Die Freiheit zu diskriminieren? Wider die Skepsis gegenüber dem Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht. In: juridikum 3/2020, S. 320-329.
- Lembke, Ulrike. 2014. Sexuelle Belästigung: Recht und Rechtsprechung. In: APuZ 8/2014, S. 35-40.
- Lembke, Ulrike/Liebscher, Doris (2014): Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht? – Oder: Wie kommen Konzepte der Intersektionalität in die Rechtsdogmatik? In: Philipp, Simone/Meier, Isabella/Apostolovski, Veronika/Starl, Klaus/Schmidlechner, Karin Maria (Hrsg.): Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung. Soziale Realitäten und Rechtspraxis. Nomos: Baden-Baden, S. 261-290.
- Leitner, Andrea (2001): Frauenberufe - Männerberufe: Zur Persistenz geschlechtshierarchischer Arbeitsmarktsegregation, IHS Sociological Series Working Paper 47.
- Liebert, Ulrike (Hrsg.) (2003): Gendering Europeanisation (Europe plurielle/Multiple Europes, Band 19). Peter Lang Verlag: Bruxelles/Bern/Berlin/Frankfurt am Main/New York/Oxford/Wien.
- Limbach, Jutta (1985): Das Rechtsverständnis in der Vertragsrechtslehre. In: Juristische Schulung 1985, S. 10-15.
- Luhmann, Niklas (1987): Rechtssoziologie. 3. Auflage. Westdeutscher Verlag: Köln/Opladen.
- MacKinnon, Catharine A. (1979) Sexual Harassment of Working Women. A Case of Sex Discrimination. Yale University Press: New Haven.
- MacKinnon, Catharine A. (1982): Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence. In: Weisberg, D. Kelly (Hrsg.): Feminist Legal Theory. Foundations. Temple University Press: Philadelphia, S. 437-453.
- MacKinnon, Catharine. A. (1989): Toward a Feminist Theory of the State. Harvard University Press: Cambridge.

- MacKinnon, Catharine A. (1996): Geschlechtergleichheit: Über Gleichheit und Herrschaft. In: Nagl-Docekal/Pauer-Studer, Herlinde (Hrsg.): Politische Theorie. Differenz und Lebensqualität. Suhrkamp, Frankfurt am Main, S. 140-173.
- MacKinnon, Catharine A. (2011): Substantive Equality: A Perspective. In: Minn. L. 96:1, S. 1-27.
- Marschik, Matthias/Dorer, Johanna (2002): Sexismus (in) der Werbung: Geschlecht, Reklame und Konsum. In: Medienimpulse Nr. 42 (2002), S. 37-44.
- Mayr, Klaus (2016): Typische Diskriminierungsfallen und Möglichkeiten der Prävention. In: Neuwirth, Karin/Salinger, Ulrike/Senk, Jasmine (Hrsg.): Gleichbehandlung UNTERNEHMEN. Möglichkeiten in und für Unternehmen (Linzer Schriften zu Gender und Recht, Band 59). Trauner Verlag: Linz, S. 68-91.
- McCrudden, Christopher (1986): Rethinking Positive Action. In: Industrial Law Journal 19/1986, S. 219-243.
- Menke, Christoph (2011): Recht und Gewalt. August Verlag: Berlin.
- Michalitsch, Gabriele (2004): L'état c'est lui. Budget-Entwürfe feministischer Theorie. In: Gubitzer, Luise/Trukeschitz, Birgit (Hrsg.): Frauen und Budget (Frauen, Forschung und Wirtschaft, Band 15). Peter Lang: Frankfurt/Berlin/Bern, S. 71-83.
- Michalitsch, Gabriele (2006): Privatisiert – Geschlechterimplikationen neoliberaler Transformation. In: Lemke, Meike/Ruhe, Cornelia/Woelki, Marion/Ziegler, Beatrice (Hrsg.): Genus Oeconomicum. Ökonomie – Macht – Geschlechterverhältnisse. UVK: Konstanz, S. 119-129.
- Michalitsch, Gabriele/Schlager, Christa (2006): Feministische Ökonomie in Österreich. In: Kurswechsel 4/2006, S. 55-65.
- Michalitsch, Gabriele (2007): Gender Budgeting – Science and Fiction. In: Die Grünen Linz (Hrsg.). Frauen Macht Zukunft. Milena Verlag, Wien, S. 159-178.
- Michalitsch, Gabriele (2012): Geschlecht ist Geschichte: Komplexitäten der Macht. Ein Foucaultsches Denksystem. In: Kahlert, Heike/Weinbach, Christine (Hrsg.): Zeitgenössische Gesellschaftstheorien und Genderforschung: Einladung zum Dialog. VS Verlag für Sozialwissenschaften: Wiesbaden, S. 103-124.
- Michalitsch, Gabriele (2022): Das Öffentliche ist privat! Markt-Regierung und Geschlechter-Herrschaft. In: Kahlert, Heike/Cichecki, Diana/Degele, Nina/ Burkhardt, Günter (Hrsg.): Privat/öffentlich: Gesellschaftstheoretische Relevanz einer feministischen Debatte. VS Verlag für Sozialwissenschaften: Wiesbaden, im Erscheinen.
- Minow, Martha (1990): Making All the Difference. Inclusion, Exclusion, and American Law. Cornell Univ. Press, Ithaca New York.
- Minow, Martha (1997): Not Only for Myself: Identity, Politics, and the Law. The New Press, New York.

- Moss Kanter, Rosabeth (1977/1993): *Men and Women of the Corporation*. Basic books: New York.
- Nixon, Sean (1977): *Circulating Culture*. In: Du Gay, Paul (Hrsg.): *Production of Cultures/Cultures of Production (Culture, media, and identities)*. Sage Publications: London, Thousand Oaks: New Delhi, S. 177-220.
- OECD (2017): *The Pursuit of Gender Equality: An Uphill Battle*. OECD Publishing: Paris.
- O'Neill, Onora. 1993. *Wie wissen wir, wann Chancen gleich sind?* In: In: Rössler, Beate (Hrsg.): *Quotierung und Gerechtigkeit: Eine moralphilosophische Kontroverse*. Campus Verlag: Frankfurt am Main, S. 144-157.
- Österreichischer Werberat (2014): *Ethik-Kodex der Werbewirtschaft*. Onlinedokument. URL: https://www.werberat.at/layout/ETHIK_KODEX_4_2014.pdf (Zugriff: 19.06.2022).
- Österreichischer Presserat (2019): *Grundsätze für die publizistische Arbeit (Ehrenkodex für die österreichische Presse)*. Onlinedokument. URL: https://www.presserat.at/show_content.php?hid=2 (Zugriff: 19.06.2022).
- Pasero, Ursula (2004): *Gender Trouble in Organisationen und die Erreichbarkeit von Führung*. In: Pasero, Ursula/Priddat, Birger P. (Hrsg.): *Organisationen und Netzwerke. Der Fall Gender*. VS Verlag für Sozialwissenschaften: Wiesbaden, S. 143-197.
- Pasero, Ursula/Priddat, Birger P. (Hrsg.) (2004): *Organisationen und Netzwerke. Der Fall Gender*. VS Verlag für Sozialwissenschaften: Wiesbaden.
- Pfarr, Heide (Hrsg. (2001): *Ein Gesetz zur Gleichstellung der Geschlechter in der Privatwirtschaft*. Edition der der Hans-Böckler-Stiftung: Düsseldorf.
- Pfarr, Heide (2012): *Entgeltgleichheit in kollektiven Entgeltsystemen: Aufgabe für die Tarifparteien, die Rechtsprechung, aber auch die Gesetzgebung*. Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut in der Hans-Böckler-Stiftung: Düsseldorf, S. 1-8.
- Posch, Katharina (2005) §§ 6, 7 und 30 ff GIBG. In: Rebhahn, Robert (Hrsg.): *Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz*. Springer Verlag: Wien/New York.
- Pöschl, Magdalena (2007): *Probleme des Gleichheitssatzes aus österreichischer Sicht*. In: Merten, Detlef/Papier, Hans Jürgen (Hrsg.): *Grundfragen der Grundrechtsdogmatik*. C.F. Müller Verlag: Heidelberg, S. 102-142.
- Pöschl, Magdalena (2008): *Gleichheit vor dem Gesetz*. Springer Verlag: Wien.
- Pujol, Michèle A. (1992): *Feminism and Anti-feminism in Early Economic Thought*. Edward Elgar Aldershot, England and Brookfield: Vermont.
- Purth, Valerie/Berger, Christian (2017): *Frauen*rechte*. In: *Gender Glossar*. Onlinedokument. URL: <https://www.gender-glossar.de/post/frauenrechte> (Zugriff am 11.06.2022) / URN: urn:nbn:de:bsz:15-qucosa2-159413 (18.02.2022).

- Sevecke, Torsten (1997): Wettbewerbsrecht und Kommunikationsgrundrechte. Zur rechtlichen Bewertung gesellschaftskritischer Aufmerksamkeitswerbung in der Presse und auf Plakaten am Beispiel der Benetton-Kampagnen. Nomos: Baden-Baden.
- Rastetter, Daniela/Jüngling, Christiane (2018): Frauen, Männer, Mikropolitik. Geschlecht und Macht in Organisationen. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.
- Rosenkranz, Sigmund (1997): Das Bundes-Gleichbehandlungsgesetz. Mit ausführlicher Darstellung der höchstgerichtlichen Judikatur zur Gleichheit der Geschlechter. Orac Verlag: Wien.
- Sapir, André (2006): Globalization and the Reform of the European Social Models. In: *Journal of Common Market Studies* 44 (2006), S. 369-390.
- Scherr, Albert (2016a): Soziologische Diskriminierungsforschung. In: Scherr, Albert/el Mafaalani, Aladin/Yüksel, Emine (Hrsg.): *Handbuch Diskriminierung*. VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, S. 1-21.
- Scherr, Albert (2016b): Diskriminierung/Antidiskriminierung: Begriffe und Grundlagen. In: *Aus Politik und Zeitgeschichte* 66 (9), 3-10.
- Skouris, Vassilios (2021): Der Vorrang des Europäischen Unionsrechts vor dem nationalen Recht. Unionsrecht bricht nationales Recht. In *EuR*, Jg. 56 (2021), Heft 1, S. 3-27.
- Schiek, Dagmar (2000): *Differenzierte Gerechtigkeit: Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht*. Nomos: Baden-Baden.
- Schiek, Dagmar (2014): Zwischenruf: Den Pudding an die Wand nageln? Überlegungen zu einer progressiven Agenda für das EU-Anti-Diskriminierungsrecht. In: *Kritische Justiz* 4/2014, S. 397-405.
- Schiek, Dagmar (2017): Intersektionelle Diskriminierung vor dem Europäischen Gerichtshof – Ein erster verfehlter Versuch? Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 24.11. 2016 (Rechtssache Parris). In: *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht* (3), S. 407–417.
- Schiek, Dagmar/Mulder, Jule (2014): Intersektionelle Diskriminierung und EU-Recht. Eine kritische Reflexion. In: Philipp, Simone/Meier, Isabella/Apostolovski, Veronika/Starl, Klaus/Schmidlechner, Karin Maria (Hrsg.): *Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung. Soziale Realitäten und Rechtspraxis*. Baden-Baden: Nomos, S. 43-72.
- Schlager, Christa (2013): Ökonomische Unabhängigkeit von Frauen zu Beginn 21. Jahrhunderts. In: Lehmann, Brigitte/Summer, Sibylle (Hrsg.): *Weiblicher Eigensinn und Gesellschaftspolitik*. ÖGB Verlag, Wien, S. 15-31.
- Schläppi, Erika/Ulrich, Silvia/Wytenbach, Judith (2015): *Das Übereinkommen: Schläppi, Erika/Ulrich, Silvia/Wytenbach, Judith (Hrsg.): CEDAW. Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von*

Diskriminierung der Frau. Allgemeine Kommentierung – Umsetzung in der Schweiz – Umsetzung in Österreich. Stämpfli/Manz Verlag: Bern/Wien, S. 1-58.

Schmerl, Christiane (1980): Frauenfeindliche Werbung: Sexismus als heimlicher Lehrplan. Rowohlt Verlag: Berlin

Schmidt, Anja (2012): Grundannahmen des Rechts in der feministischen Kritik. In: Foljanty, Lena/Lembke, Ulrike (Hrsg.): Feministische Rechtswissenschaft: Ein Studienbuch. 2. aktualisierte und überarbeitete Auflage. Nomos: Baden-Baden S. 74-85.

Somek, Alexander (2001): Rationalität und Diskriminierung. Zur Bindung der Gesetzgebung an das Gleichheitsrecht. Springer Verlag: Wien.

Somek, Alexander (2005): Die Macht der juristischen Expertise. Rechtliches Wissen als Steuermedium. In: Lerch, Kent D. (Hrsg.): Recht vermitteln: Strukturen, Formen und Medien der Kommunikation im Recht (Die Sprache des Rechts, Band 3). Walter de Gruyter Verlag: Berlin, S. 399-438.

Somek, Alexander (2006): Rechtliches Wissen. Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main.

Somek, Alexander (2008): Das europäische Sozialmodell: Diskriminierungsschutz und Wettbewerb. In: Juridikum 3/2008, S. 118-125.

Somek, Alexander (2011): Engineering Equality: An Essay on European Antidiscrimination Law. Oxford University Press: Oxford.

Schönherr, Daniel/Leibetseder, Bettina/Moser, Winfried/Hofinger, Christoph (2019): Diskriminierungserfahrungen in Österreich. Erleben von Ungleichbehandlung, Benachteiligung und Herabwürdigung in den Bereichen Arbeit, Wohnen, medizinische Dienstleistungen und Ausbildung. SORA/Arbeiterkammer, Wien

Sporrer, Anna (2019): Art. 8 AEUV. In: Jaeger, Thomas/Stöger, Karl (Hrsg.): Kommentar zu EUV und AEUV unter Berücksichtigung der österreichischen Judikatur und Literatur. Manz Verlag: Wien.

Sprafke, Susanne (2013): Diskriminierungsschutz und Kontrahierungszwang. Vertragsabschlusspflicht aus § 21 AGG im System der Kontrahierungspflichten. Kassel University Press: Kassel.

Schunter-Kleemann, Susanne (Hrsg.) (1990): EG-Binnenmarkt – EuroPatriarchat oder Aufbruch der Frauen? WE FF Verlag: Bremen.

Sturm, Elisabeth (2003): Positive Diskriminierungen in der Arbeitswelt. In DRdA 5/2003, S. 481-491.

Rössl, Ines/Voithofer, Caroline (2015): 40 Jahre „Große Familienrechtsreform“: Gleichheit hinter den Türen des Privaten? In: Juridikum 4/2015, S. 540-544.

Rössler, Beate (Hrsg.) (1993): Quotierung und Gerechtigkeit: Eine moralphilosophische Kontroverse. Campus Verlag: Frankfurt am Main

- Rössler, Beate (1993): Quotierung und Gerechtigkeit: Ein Überblick über die Debatte. In: Rössler, Beate (Hrsg.): Quotierung und Gerechtigkeit: Eine moralphilosophische Kontroverse. Campus Verlag: Frankfurt am Main, S. 7-28.
- Thiele, Alexander (2021): Europarecht. 17. Auflage. Niederle Media: Altenberge.
- Thielemann, Ulrich (2005): Wettbewerb als Gerechtigkeitskonzept: Kritik des Neoliberalismus. Metropolis: Marburg.
- Thym, Daniel (2013): Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta. Zu viel Grundrechtsschutz? In: NVwZ 33 (2013), S. 889-896.
- Thompson, Judith Jarvis (1993): Bevorzugung auf dem Arbeitsmarkt. In: Rössler, Beate (Hrsg.): Quotierung und Gerechtigkeit: Eine moralphilosophische Kontroverse. Campus Verlag: Frankfurt am Main, S. 29-48.
- Tobler, Christa (2008): Grenzen und Möglichkeiten des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung. Europäische Kommission – Generaldirektion Beschäftigung, soziale Angelegenheiten und Chancengleichheit, Luxemburg. Onlinedokument. URL: <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/aa081c13-197b-41c5-a93a-a1638e886e61/language-de> (Zugriff am 11.06.2022).
- Tobler, Christa (2013): The Prohibition of Discrimination in the Union's Layered System of Equality Law: From Early Staff Cases to the Mangold Approach. In Rosas, Allan/Levits, Egils/Bot, Yves (Hrsg.): The Court of Justice and the Construction of Europe. Asser/Springer Verlag: Wien, S. 443-467.
- Topal-Gökceli, Suzan/Kaup, Clemens (2010): Funktioniert Antidiskriminierungsrecht? In: Blaha, Barbara Blaha/Weidenholzer, Josef (Hrsg.): Freiheit: Beiträge für eine demokratische Gesellschaft. Braumüller: Wien, S. 29-41.
- Trstenjak, Verica/Beysen, Erwin (2012): Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Unionsrechtsordnung. In: EuR 47/3 (2012), S. 265-284.
- Trstenjak, Verica/Weingerl, Petra (Hrsg.) (2015): The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law (2015). Springer Verlag: Berlin.
- Ulrich, Silvia (2012): Gleichbehandlung und Recht. In: Löschnigg, Günther/Funk, Bernd-Christian (Hrsg.): 10 Jahre UG: Sach- und Rechtsfragen einer Reform. ÖGB-Verlag: Wien, S. 199-230.
- Von Gierke, Cornelia (1996): Wettbewerbsrechtlicher Schutz der Persönlichkeitssphäre, insbesondere im Bereich der gefühlsbetonten Werbung. In: Erdmann, Willi/Gloy, Wolfgang/Herber, Rolf (Hrsg.): Festschrift für Henning Piper. C.H. Beck: München, S. 243-256.
- Völmann, Berit (2014): Geschlechtsdiskriminierende Wirtschaftswerbung. Zur Rechtmäßigkeit eines Verbots geschlechtsdiskriminierender Werbung im UWG (Schriften zur Gleichstellung, Band 40). Nomos: Baden-Baden.

Wassermeyer, Andrea (2000): Diskriminierende Werbung. Die konträre Behandlung personenspezifischer Gruppen im Wettbewerbsrecht. Dissertation, Universität Konstanz.

Wagner, Michaela. Quotenregelungen im Universitätsgesetz – Eine verfassungsrechtliche und rechtspolitische Bewertung. In: zfhr 11. Jg., 5/2012, S. 167-183.

Warren, Mary Anne. 1993. Sekundärer Sexismus und Quotierung. In: Rössler, Beate (Hrsg.): Quotierung und Gerechtigkeit: Eine moralphilosophische Kontroverse. Campus Verlag: Frankfurt am Main, S. 120-144.

Weber, Andrea/Zulehner, Christine (2010): Female Hires and the Success of Start-up Firms. In: American Economic Review: Papers & Proceedings, Vol. 100 (2), S. 358-361.

Wegener, Bernhard W. (2014): Querschnittpolitiken und Querschnittsklauseln. In: Wegener Bernhard W. (Hrsg.): Europäische Querschnittpolitiken (Enzyklopädie Europarecht, Band 8). Nomos: Baden-Baden, S. 41-48.

Wendt, Kilian (2016): Europäisches Wirtschaftsrecht. 5. Auflage. Nomos: Baden-Baden.

Wersig, Maria (2012): Der Unsichtbare Mehrwert: Unbezahlte Arbeit und ihr Lohn. In: Foljanty, Lena/Lembke, Ulrike (Hrsg.): Feministische Rechtswissenschaft: Ein Studienbuch. 2. aktualisierte und überarbeitete Auflage. Nomos: Baden-Baden, S.173-196.

Williams, Raymond (2009): Advertising. The Magic System. In: Turow, Joseph/McAllister, Matthew P. (Hrsg.): The Advertising and Consumer Culture Reader. Routledge, New York, S. 13-24.

Windisch-Graetz, Michaela (1997): Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz. In: Floßmann, Ursula (Hrsg.): Recht, Geschlecht und Gerechtigkeit: Frauenforschung in der Rechtswissenschaft (Linzer Schriften zur Frauenforschung, Bandd. 5). Trauner Verlag: Linz, S. 357-380.

Windisch-Graetz, Michaela (2012): Formen der Diskriminierung an den Universitäten. In: Löschnigg, Günther/Funk, Bernd-Christian (Hrsg.): 10 Jahre UG: Sach- und Rechtsfragen einer Reform. ÖGB-Verlag: Wien, S. 231-249,

Winter, Regine (1998): Gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit – Ein Prinzip ohne Praxis. Nomos: Baden-Baden.

Wolf, Naomi (1991): Der Mythos Schönheit. Rowohlt Verlag: Reinbek bei Hamburg.

World Conference of Human Rights (1993): Vienna Declaration and Programme of Action. Adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993. Onlinedokument. URL: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx> (18.06.2022).

Zöllner, Wolfgang (2001): Kontrahierungszwang und Vertragsfreiheit – Negation oder Immanenz? In: Rummel, Peter/Koziol, Helmut (Hrsg.): Im Dienste der Gerechtigkeit: Festschrift für Franz Bydlinski. Springer Verlag: Wien, S. 517-531.