

II. Verbote der Teilzeitdiskriminierung

A. Einleitung

Verschiedene Bestimmungen verbieten die Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten. Zu nennen sind insbesondere **Art 157 AEUV**, **§ 3 GIBG** und **§ 19d Abs 6 AZG**. Daneben können die Gleichheitsrechte der Grundrechtecharta²⁴ (nachfolgend: GRC), der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz und der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz eine Rolle spielen. 7

In der Entwicklung der Verbote der Teilzeitdiskriminierung kommt dem primärrechtlichen **Art 157 AEUV** besondere Bedeutung zu. Noch bevor es auf unionsrechtlicher Ebene ein Diskriminierungsverbot wegen Teilzeitarbeit gab, befasste sich der EuGH in zahlreichen Entscheidungen mit Fragen zur Teilzeitdiskriminierung. Die Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten trifft nämlich wegen der Geschlechterverteilung überwiegend Frauen. Der EuGH prüfte folglich die Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten beim Entgelt als **mittelbare Geschlechtsdiskriminierung** am Maßstab des Art 119 EWGV, der Vorläuferregelung des Art 157 AEUV.²⁵ Auf diese Weise trug der EuGH maßgeblich zur Gleichstellung von Teilzeitbeschäftigten mit Vollzeitbeschäftigten bei und bereitete den Weg für ein eigenständiges Teilzeitdiskriminierungsverbot.²⁶ Art 157 AEUV untersagt Geschlechtsdiskriminierungen nur beim Entgelt. Darüber hinausgehend verbietet **§ 3 GIBG** Geschlechtsdiskriminierungen auch bei allen sonstigen Arbeitsbedingungen. § 3 GIBG erging in Umsetzung der Richtlinien 75/117/EWG²⁷, 76/207/EWG²⁸ in der Fassung 2002/73/EG²⁹ sowie der Richtlinie 86/378/EWG³⁰ in der Fassung 96/97/EG³¹, die durch die nachfolgende Richtlinie 2006/54/EG³² ersetzt wurden.

24 BGBl III 2009/132.

25 Erstmals in EuGH 96/80, *Jenkins*, ECLI:EU:C:1981:80, Rn 15.

26 *Kietai* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Europäisches Arbeitsrecht³ Art 1 Richtlinie 97/81/EG Rz 8 f; *Kiss* in *Schlachter*, EU Labour Law 195 (202).

27 Richtlinie 75/117/EWG des Rates vom 10. 2. 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen, ABl L 1975/45, 19.

28 Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. 2. 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl L 1976/39, 40.

29 Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 9. 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl L 2002/269, 15.

30 Richtlinie 86/378/EWG des Rates vom 24. 7. 1986 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit, ABl L 1986/225, 40.

- 8** Ein **Teilzeitdiskriminierungsverbot** wurde in Österreich mit BGBl 1992/833 in § 19d Abs 6 AZG geschaffen (damals § 19c Abs 6 AZG). Dieses wurde dem Benachteiligungsverbot des deutschen Beschäftigungsförderungsgesetzes³³ nachgebildet.³⁴ Auf unionsrechtlicher Ebene enthält § 4 Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit ein Teilzeitdiskriminierungsverbot. Die Rahmenvereinbarung wurde zwischen den europäischen Sozialpartnern UNICE, CEEP und EGB abgeschlossen und mit der Teilzeit-Richtlinie 97/81/EG umgesetzt, die am 20. 1. 1998 in Kraft trat.
- 9** Auch aus den **Gleichheitsrechten der GRC**, dem **verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz** und dem **arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz** können Teilzeitdiskriminierungsverbote abgeleitet werden.³⁵ Jedoch ist eine Berufung auf diese Regelungen bei Teilzeitdiskriminierungen angesichts der umfassenden Diskriminierungsverbote in Art 157 AEUV, § 3 GLBG und § 19d Abs 6 AZG kaum erforderlich.³⁶
- 10** Die **folgende Untersuchung** der Verbote der Teilzeitdiskriminierung orientiert sich an der skizzierten Entwicklung. Daher wird zunächst Art 157 AEUV behandelt, wobei der Schwerpunkt auf der Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung und der Rechtfertigung liegt. Sodann wird auf § 3 GLBG eingegangen. Der Fokus liegt auf seinem – über Art 157 AEUV – hinausgehenden Anwendungsbereich. Anschließend wird § 19d Abs 6 AZG untersucht. Das Hauptaugenmerk liegt dabei auf folgenden Fragen: Sind mittelbare Teilzeitdiskriminierungen verboten? Beinhaltet die Prüfung der sachlichen Rechtfertigung nach § 19d Abs 6 AZG eine Verhältnismäßigkeitsprüfung? Wie ist der Pro-rata-temporis in die Struktur der Diskriminierungsverbote einzuordnen? Zu den Gleichheitsrechten der GRC, dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz und dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz wird nur ein kurzer Überblick gegeben. Zur besseren Vergleichbarkeit folgt die Darstellung der Diskriminierungsverbote jeweils demselben **Schema**: Zunächst werden Entstehung, Inhalt und Anwendungsbereich der Norm behandelt. Sodann werden die Struktur des Diskriminierungsverbots, Beweislast und Rechtsfolgen erläutert. Abweichungen vom Schema gibt es bei § 3 GLBG, weil hier weitgehend auf Art 157 AEUV verwiesen werden kann. Abschließend werden Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Diskriminierungsverbote ausgewertet. Ziel dieses Kapitels ist es, die **wesentlichen Maßstäbe** für die Überprüfung der Kollektivverträge auf Teilzeitdiskriminierungen herauszuarbeiten. Auf Detailfragen wird erst bei der Beurteilung kollektivvertraglicher Regelungen eingegangen.

31 Richtlinie 96/97/EG des Rates vom 20. 12. 1996 zur Änderung der Richtlinie 86/378/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit, ABl L 1997/46, 20.

32 Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. 7. 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), ABl L 2006/204, 23.

33 Beschäftigungsförderungsgesetz vom 26. 4. 1985, BGBl I 710.

34 RV 735 BlgNR 18. GP 44.

35 VfGH G134/92 VfSlg 13.558; G57/98 VfSlg 15.368; OGH 9 ObA 168/91 DRdA 1992, 233 (Lürner); siehe auch Rz 80 ff.

36 Mosler in FS Tomandl 273 (277).

B. Art 157 AEUV

1. Allgemeines

1.1 Entstehung

Schon die Stammfassung des **Art 119 EWGV** enthielt das Gebot der Entgeltgleichheit für Frauen und Männer bei gleicher Arbeit. Der **Vertrag von Amsterdam** weitete 1997 das Entgeltgleichheitsgebot des Art 141 EGV auf „gleichwertige Arbeit“ aus. Des Weiteren schuf er den Kompetenztatbestand des Art 141 Abs 3 EGV³⁷ und ermöglichte den Mitgliedstaaten, Fördermaßnahmen für Angehörige des unterrepräsentierten Geschlechts zu setzen (Art 141 Abs 4 EGV).

Die Einführung des Gebots der Entgeltgleichheit verfolgte zunächst das **wirtschaftspolitische Ziel**, Wettbewerbsnachteile jener Mitgliedstaaten zu beseitigen, in denen ein solches Entgeltgleichheitsgebot bereits galt. Der EuGH betonte bald aber auch den **sozialpolitischen Zweck** des Gebots der Entgeltgleichheit und der wirtschaftliche Zweck verlor an Bedeutung.³⁸ In der Entscheidung *Defrenne II* vom 8. 4. 1976³⁹ erkannte der EuGH dem Entgeltgleichheitsgebot des Art 119 EGV erstmals **unmittelbare Wirkung** zu. Nunmehr versteht der EuGH das Entgeltgleichheitsgebot als Ausdruck des allgemeinen Gleichheitssatzes und als Grundrecht.⁴⁰

Auf Ebene des **Sekundärrechts** ergänzen und konkretisieren verschiedene Richtlinien das primärrechtliche Gebot der Entgeltgleichheit, insbesondere die Richtlinie 2006/54/EG zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen. Der EuGH ist bei der Auslegung des Art 157 AEUV aber nicht durch Sekundärrecht beschränkt.⁴¹

1.2 Inhalt

Nach Art 157 Abs 1 AEUV sollen Frauen und Männer bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit das **gleiche Entgelt** erhalten. Untersagt sind geschlechtsbezogene unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen beim Entgelt. Art 157 Abs 2 AEUV definiert, was in diesem Kontext unter Entgelt zu verstehen ist.⁴² Art 157 Abs 3 AEUV räumt der Union die **Kompetenz** für Maßnahmen zur Gleichbehandlung von Frauen und Männern in Beschäftigungsfragen ein. Die Kompetenz ist nicht auf den Entgeltbereich beschränkt. So wurde etwa die Erlassung der Richtlinie 2006/54/EG primär auf diesen Kompetenztatbestand gestützt. Art 157 Abs 4 AEUV legt fest, dass Maßnahmen der Mitgliedstaaten zur **Förderung** von Angehörigen des **unterrepräsentierten Geschlechts** mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung

37 Siehe Rz 12.

38 EuGH 43/75, *Defrenne II*, ECLI:EU:C:1976:56, Rn 8; C-50/96, *Schröder*, ECLI:EU:C:2000:72, Rn 57.

39 EuGH 43/75, *Defrenne II*, ECLI:EU:C:1976:56, Rn 40.

40 EuGH C-423/04, *Richards*, ECLI:EU:C:2006:256, Rn 23; C-17/05, *Cadman*, ECLI:EU:C:2006:633, Rn 28.

41 EuGH C-110/91, *Moroni*, ECLI:EU:C:1993:926, Rn 24; *Mohr in Franzen/Gallner/Oetker* (Hrsg), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht³ (2020) Art 4 Richtlinie 2006/54/EG Rz 1.

42 Siehe Rz 17.

vereinbar sind. Die folgende Darstellung konzentriert sich auf das Gebot der Entgeltgleichheit in Art 157 Abs 1 und 2 AEUV.

2. Anwendungsbereich

2.1 Adressaten und unmittelbare Anwendbarkeit

- 13** Der Formulierung nach wendet sich Art 157 Abs 1 AEUV an die Mitgliedstaaten. Dennoch ist das Gebot der Entgeltgleichheit des Art 157 Abs 1 AEUV nach der Rechtsprechung des EuGH **unmittelbar anwendbar**.⁴³ Das heißt, das Gebot der Entgeltgleichheit verpflichtet nicht nur staatliche Organe, sondern auch die Kollektivvertragsparteien und private Arbeitgeber. Betroffene Arbeitnehmer können das subjektive Recht, das ihnen Art 157 Abs 1 AEUV einräumt, vor innerstaatlichen Gerichten geltend machen.⁴⁴ Diskriminierende Regelungen in Gesetzen, Kollektivverträgen, Betriebsvereinbarungen oder Arbeitsverträgen sind aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts nicht anzuwenden.⁴⁵

2.2 Arbeitnehmer im Sinne des Art 157 AEUV

- 14** Das Gebot der Entgeltgleichheit des Art 157 Abs 1 AEUV gilt für Arbeitsverhältnisse. Dies folgt aus Art 157 Abs 2 AEUV, wonach es sich bei Entgelt um Vergütungen handelt, die „*aufgrund des Dienstverhältnisses*“ gezahlt werden. Nach dem EuGH ist der Arbeitnehmerbegriff des Art 157 AEUV nicht nach nationalen Rechtsvorschriften, sondern **autonom** nach Unionsrecht zu bestimmen.⁴⁶ **Arbeitnehmer** im Sinne des Art 157 AEUV ist demnach „*wer während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält*“⁴⁷. Entscheidend ist, dass Dienstleistungen in einem Unterordnungsverhältnis erbracht werden.⁴⁸ Auch öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse sind erfasst.⁴⁹

2.3 Differenzierungskriterium Geschlecht

- 15** Art 157 Abs 1 AEUV untersagt Differenzierungen beim Entgelt in Anknüpfung an das Kriterium des **Geschlechts**, sofern keine sachliche Rechtfertigung vorliegt. Dies betrifft jedenfalls Differenzierungen nach dem biologischen Geschlecht. Erfasst sind nach dem EuGH darüber hinaus auch Differenzierungen aufgrund von Transsexualität.⁵⁰ Die sexuelle Orientierung fällt nicht unter das Kriterium des Geschlechts.⁵¹

⁴³ EuGH 43/75, *Defrenne II*, ECLI:EU:C:1976:56, Rn 37 ff.

⁴⁴ EuGH 43/75, *Defrenne II*, ECLI:EU:C:1976:56, Rn 40.

⁴⁵ EuGH C-399/92, *Helmig*, ECLI:EU:C:1994:415, Rn 18; C-236/98, *JämO*, ECLI:EU:C:2000:173; Rn 41; C-284/02, *Sass*, ECLI:EU:C:2004:722, Rn 25.

⁴⁶ EuGH C-256/01, *Allonby*, ECLI:EU:C:2004:18, Rn 66.

⁴⁷ EuGH C-256/01, *Allonby*, ECLI:EU:C:2004:18, Rn 67.

⁴⁸ EuGH C-256/01, *Allonby*, ECLI:EU:C:2004:18, Rn 68 f.

⁴⁹ EuGH C-285/98, *Kreil*, ECLI:EU:C:2000:2, Rn 18.

⁵⁰ EuGH C-13/94, *P/S*, ECLI:EU:C:1996:170, Rn 20 ff; C-117/01, *K B*, ECLI:EU:C:2004:7, Rn 34.

⁵¹ EuGH C-249/96, *Grant*, ECLI:EU:C:1998:63, Rn 47; C-122/99 und C-125/99, *P*, ECLI:EU:C:2001:304, Rn 46.

Unmittelbare Diskriminierungen erfordern einen **Kausalzusammenhang** zwischen der Benachteiligung und dem Kriterium des Geschlechts.⁵² Das Kriterium des Geschlechts ist kausal für die Benachteiligung, wenn es notwendige Bedingung (*conditio sine qua non*) im Sinne der Äquivalenztheorie für die Benachteiligung ist. Nach überzeugender Ansicht von *Rebhahn* und *Kietaihl* gibt es bei mittelbaren Diskriminierungen hingegen keinen solchen Kausalzusammenhang. Vielmehr kommt es hier darauf an, dass sich die Maßnahme, die an ein neutrales Kriterium anknüpft, nachteilig auf Personen eines bestimmten Geschlechts auswirkt. Es genügt also schon eine hohe Korrelation zwischen dem neutralen Kriterium, an das die Benachteiligung anknüpft und dem geschützten Kriterium.⁵³ Eine Differenzierung zwischen **Teilzeitbeschäftigten** und Vollzeitbeschäftigten knüpft mittelbar an das Kriterium des Geschlechts an, weil ein wesentlich höherer Anteil von Frauen als von Männern Teilzeit arbeitet. Es besteht also eine hohe Korrelation zwischen dem neutralen Kriterium der Teilzeitbeschäftigung und dem geschützten Kriterium des Geschlechts.

16

2.4 Entgelt

Nach dem EuGH ist der Entgeltbegriff des Art 157 AEUV nicht nach nationalen Rechtsvorschriften, sondern **autonom** nach Unionsrecht zu bestimmen.⁵⁴ Der EuGH legt den Entgeltbegriff des Art 157 Abs 2 AEUV weit aus und definiert **Entgelt** als „*alle gegenwärtigen oder künftigen Vergütungen, sofern der Arbeitgeber sie dem Arbeitnehmer, sei es auch mittelbar, aufgrund von dessen Beschäftigung gewährt*“.⁵⁵ Entscheidend ist, dass Entgelt im Sinne des Art 157 AEUV „*aufgrund des Dienstverhältnisses*“ bezahlt wird. Voraussetzung für die jeweilige Leistung muss also das Arbeitsverhältnis sein.⁵⁶ Irrelevant ist, auf welcher Rechtsgrundlage die Leistung erbracht wird; „*sei es aufgrund eines Arbeitsvertrags, aufgrund von Rechtsvorschriften oder freiwillig*“⁵⁷. Ob eine Diskriminierung vorliegt, ist grundsätzlich für jeden Entgeltbestandteil getrennt zu prüfen.⁵⁸ Seltener vergleicht der EuGH das Gesamtentgelt.⁵⁹ Der EuGH hat unter anderem folgende Leistungen als Entgelt

17

52 Art 2 Abs 1 lit a Richtlinie 2006/54/EG: „*aufgrund ihres Geschlechts*“.

53 *Rebhahn/Kietaihl*, Mittelbare Diskriminierung und Kausalität, Rechtswissenschaft 2010, 373 (389 ff); siehe auch Art 2 Abs 1 lit b Richtlinie 2006/54/EG: „*in besonderer Weise (...) benachteiligen können*“.

54 EuGH C-457/93, *Lewark*, ECLI:EU:C:1996:33, Rn 20; C-435/93, *Dietz*, ECLI:EU:C:1996:395, Rn 24.

55 EuGH 80/70, *Defrenne I*, ECLI:EU:C:1971:55, Rn 6; 12/81 *Garland*, ECLI:EU:C:1982:44, Rn 5; C-381/99 *Brunnhöfer*, ECLI:EU:C:2001:358, Rn 33; zuletzt EuGH C-476/12, *Bankenverband*, ECLI:EU:C:2014:2332, Rn 16.

56 *Rebhahn Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*, EU-Kommentar⁴ Art 157 AEUV Rz 11.

57 EuGH C-66/96, *Pedersen*, ECLI:EU:C:1998:549, Rn 32; 8. 9. 2005, C-191/03, *McKenna*, Rn 29.

58 EuGH C-262/88, *Barber*, ECLI:EU:C:1990:209, Rn 34; C-236/98, *JämO*, ECLI:EU:C:2000:173, Rn 43 f; C-381/99, *Brunnhöfer*, ECLI:EU:C:2001:358, Rn 35; C-285/02, *Elsner-Lakeberg*, ECLI:EU:C:2004:320, Rn 15.

59 EuGH C-399/92, *Helmig*, ECLI:EU:C:1994:415, Rn 26; C-400/93, *Royal Copenhagen*, ECLI:EU:C:1995:155, Rn 22; C-457/93, *Lewark*, ECLI:EU:C:1996:33, Rn 25 f; siehe auch die Schlussanträge des Generalanwalts *Ruiz-Jarabo Colomer*, C-300/06, *Vofß*, ECLI:EU:C:2007:424, Rn 44, 55.

qualifiziert: Stundenlohn⁶⁰, Aufstieg in eine höhere Vergütungsgruppe nach einer bestimmten Anzahl von Dienstjahren⁶¹, jährliche Sonderzuwendung⁶², Zulagen⁶³, Vergütung für Mehrarbeit⁶⁴, Vergütung für Betriebsratsmitglieder für die Teilnahme an Schulungen⁶⁵, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall⁶⁶, Entschädigungen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses⁶⁷, Abfertigung⁶⁸ und betriebliche Altersversorgung⁶⁹.

- 18** Der Entgeltbegriff ist abzugrenzen von den **sonstigen Arbeitsbedingungen**, die kein Entgelt im Sinne des Art 157 AEUV sind. Diese sonstigen Arbeitsbedingungen werden von Art 14 Richtlinie 2006/54/EG erfasst, der den Diskriminierungsschutz betreffend alle Arbeitsbedingungen, einschließlich des Entgelts, regelt. Nicht unter Art 157 AEUV fallen insbesondere die sonstigen Arbeitsbedingungen des Zugangs zur Beschäftigung und des beruflichen Aufstiegs. Wirken sich die Arbeitsbedingungen auf das Entgelt aus, ist die Abgrenzung wie folgt vorzunehmen: Arbeitsbedingungen, die sich unmittelbar auf das Entgelt auswirken, sind Entgelt.⁷⁰ So handelt es sich etwa bei der tarifvertraglichen Einstufung in Vergütungsgruppen um Entgelt.⁷¹ Arbeitsbedingungen, die nur in einem mittelbaren Zusammenhang mit dem Entgelt stehen, sind dagegen kein Entgelt. So betrifft etwa die Aufnahme in eine Beförderungsliste, mit der nur die Möglichkeit einer Beförderung verbunden ist, nur mittelbar das Entgelt und ist daher nicht als Entgelt zu qualifizieren.⁷²
- 19** Kein Entgelt im Sinne des Art 157 AEUV sind zudem **gesetzliche Systeme der sozialen Sicherheit** im Sinne der Richtlinie 79/7/EWG. Nicht erfasst sind demnach „Sozialversicherungssysteme oder -leistungen, (...) die unmittelbar durch Gesetz geregelt sind, keinerlei vertragliche Vereinbarungen (...) zulassen und zwingend für allgemein umschriebene Gruppen von Arbeitnehmern gelten“.⁷³

60 EuGH 96/80, *Jenkins*, ECLI:EU:C:1981:80, Rn 3, 15.

61 EuGH C-184/89, *Nimz*, ECLI:EU:C:1991:50, Rn 10.

62 EuGH C-281/97, *Krüger*, ECLI:EU:C:1999:396, Rn 17.

63 EuGH 109/88, *Danfoss*, ECLI:EU:C:1989:383, Rn 3; C-476/12, *Bankenverband*, ECLI:EU:C:2014:2332, Rn 16.

64 EuGH C-300/06, *Voß*, ECLI:EU:C:2007:757, Rn 12 ff.

65 EuGH C-360/90, *Bötel*, ECLI:EU:C:1992:246, Rn 12 ff; C-278/93, *Freers*, ECLI:EU:C:1996:83, Rn 17 ff.

66 EuGH C-171/88, *Rinner-Kühn*, ECLI:EU:C:1989:328, Rn 7; 8.9. 2005, C-191/03, *McKenna* Rn 29.

67 EuGH C-262/88, *Barber*, ECLI:EU:C:1990:209, Rn 14; C-33/89, *Kowalska*, ECLI:EU:C:1990:265, Rn 10 f; C-167/97, *Seymour-Smith*, ECLI:EU:C:1999:60, Rn 20 ff.

68 EuGH C-249/97, *Gruber*, ECLI:EU:C:1999:405, Rn 22; C-220/02, *ÖGB/WKO*, ECLI:EU:C:2004:334, Rn 36.

69 EuGH 170/84, *Bilka*, ECLI:EU:C:1986:204, Rn 22; C-262/88, *Barber*, ECLI:EU:C:1990:209, Rn 21 ff.

70 *Franzen* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Europäisches Arbeitsrecht³ Art 157 AEUV Rz 20; *Rebhahn* in *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*, EU-Kommentar⁴ Art 157 AEUV Rz 13.

71 EuGH C-184/89, *Nimz*, ECLI:EU:C:1991:50, Rn 9 f.

72 EuGH C-1/95, *Gerster*, ECLI:EU:C:1997:452, Rn 23 f.

73 EuGH 80/70, *Defrenne I*, ECLI:EU:C:1971:55, Rn 7; C-262/88, *Barber*, ECLI:EU:C:1990:209, Rn 22; C-7/93, *Beune*, ECLI:EU:C:1994:350, Rn 23.

3. Diskriminierungsverbot

3.1 Mittelbare Diskriminierung

Art 157 AEUV verbietet unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen beim Entgelt aufgrund des Geschlechts. Eine sachlich nicht gerechtfertigte Benachteiligung von **Teilzeitbeschäftigten** ist in der Regel eine **mittelbare Geschlechtsdiskriminierung**, weil überwiegend Frauen Teilzeitarbeit leisten. Im Folgenden wird daher nur die mittelbare Geschlechtsdiskriminierung behandelt. Bei der mittelbaren Diskriminierung ist begrifflich zwischen Diskriminierung und Benachteiligung zu differenzieren: Kann eine Benachteiligung nicht gerechtfertigt werden, spricht man von Diskriminierung.⁷⁴ Eine mittelbare Diskriminierung liegt nach Art 2 Abs 1 lit b Richtlinie 2006/54/EG vor, wenn *„dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen des einen Geschlechts in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich“*. Es liegt nahe, diese Definition der mittelbaren Diskriminierung für Art 157 AEUV zu übernehmen, weil sie im Wesentlichen mit der Rechtsprechung des EuGH zu Art 157 AEUV übereinstimmt.⁷⁵ 20

3.2 Mittelbare Benachteiligung

3.2.1 Statistische Benachteiligung

Für eine mittelbare Benachteiligung verlangte die – mittlerweile durch Richtlinie 2006/54/EG aufgehobene – Bestimmung des Art 2 Abs 2 **Richtlinie 97/80/EG**⁷⁶ basierend auf der Rechtsprechung des EuGH, dass eine dem Anschein nach neutrale Vorschrift einen *„wesentlich höheren Anteil der Angehörigen eines Geschlechts“* benachteiligt (**statistische Benachteiligung**). 21

Der EuGH wendet verschiedene Methoden zur Feststellung einer mittelbaren statistischen Benachteiligung an, ohne diese voneinander abzugrenzen. Nach der **ersten Methode** ist wie folgt vorzugehen: Die Personen, auf welche die in Frage stehende Vorschrift anwendbar ist, sind in eine **Gruppe weiblicher** und eine **Gruppe männlicher** Arbeitnehmer zu teilen. Der Anteil der von der Vorschrift Benachteiligten in der Gruppe der weiblichen Arbeitnehmer ist mit dem Anteil der Benachteiligten in der Gruppe der männlichen Arbeitnehmer zu vergleichen.⁷⁷ Der EuGH verlangt für das Vorliegen einer mittelbaren Benachteiligung einen erheb- 22

⁷⁴ Ebenso Franzen in Franzen/Gallner/Oetker, Europäisches Arbeitsrecht³ Art 157 AEUV Rz 36; Rebhahn in Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar⁴ Art 157 AEUV Rz 18.

⁷⁵ Kriebler in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV⁵ Art 157 AEUV Rz 61; Rebhahn in Rebhahn, GIBG § 5 Rz 47.

⁷⁶ Richtlinie 97/80/EG des Rates vom 15. 12. 1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, ABL L 1998/14, 6.

⁷⁷ EuGH C-167/97, Seymour-Smith, ECLI:EU:C:1999:60, Rn 59; C-300/06, Voß, ECLI:EU:C:2007:757, Rn 41; C-274/18, Schuch-Ghannadan, ECLI:EU:C:2019:828, Rn 47.

lichen Unterschied zwischen den prozentualen Anteilen.⁷⁸ In der Entscheidung C-167/97, *Seymour-Smith* und *Perez*⁷⁹ genügte ein Unterschied von 8,5% aus Sicht des EuGH nicht.

- 23** Nach der **zweiten Methode** sind die Personen, auf welche die in Frage stehende Vorschrift anwendbar ist, in eine **Gruppe benachteiligter** und eine **Gruppe begünstigter** Arbeitnehmer zu teilen. Der Anteil der Frauen und Männer in der Gruppe der benachteiligten Arbeitnehmer ist mit dem Anteil der Frauen und Männer in der Gruppe der begünstigten Arbeitnehmer zu vergleichen.⁸⁰ Der Nachteil der zweiten Methode besteht darin, dass die Ergebnisse dadurch beeinflusst werden, ob in absoluten Zahlen mehr Personen eines Geschlechts in den Anwendungsbereich der Vorschrift fallen. Die erste Methode liefert dagegen unabhängig von der absoluten Zahl der im Anwendungsbereich beschäftigten Frauen und Männer stets die gleichen Ergebnisse.⁸¹ Meines Erachtens ist daher der ersten Methode der Vorzug zu geben.
- 24** Im Jahr 2019 waren in Österreich 48,5% der unselbständig erwerbstätigen Frauen und 9,8% der unselbständig erwerbstätigen Männer teilzeitbeschäftigt (erste Methode). 82,2% der Teilzeitbeschäftigten und 34,8% der Vollzeitbeschäftigten waren Frauen. 17,8% der Teilzeitbeschäftigten und 65,2% der Vollzeitbeschäftigten waren Männer (zweite Methode).⁸² Daher ist die Schlechterstellung von Teilzeitbeschäftigten – abhängig vom Anteil der Teilzeitbeschäftigten bei den weiblichen und männlichen Arbeitnehmern im Anwendungsbereich der jeweiligen Vorschrift – in der Regel eine statistische mittelbare Benachteiligung von Frauen.

3.2.2 Benachteiligung in besonderer Weise

- 25** Der Nachweis einer statistischen Benachteiligung ist allerdings nicht mehr zwingend erforderlich. Nach Art 2 Abs 1 lit b **Richtlinie 2006/54/EG** genügt es nämlich, wenn eine Vorschrift Personen eines Geschlechts in besonderer Weise benachteiligen kann (**Benachteiligung in besonderer Weise**).⁸³ Diese Definition der mittelbaren Benachteiligung stammt aus der Rechtsprechung des EuGH zur Arbeitnehmerfreizügigkeit.⁸⁴ Danach ist eine Vorschrift mittelbar benachteiligend, „wenn sie sich ihrem Wesen nach eher auf“ Personen mit dem geschützten Merkmal „auswirken kann und folglich die Gefahr besteht, dass sie“ diese „besonders benachteiligt“. ⁸⁵

78 EuGH C-300/06, *Voß*, ECLI:EU:C:2007:757, Rn 42; C-274/18, *Schuch-Ghannadan*, ECLI:EU:C:2019:828, Rn 45.

79 EuGH C-167/97, *Seymour-Smith*, ECLI:EU:C:1999:60, Rn 63.

80 EuGH C-243/95, *Hill* und *Stapleton*, ECLI:EU:C:1998:298, Rn 24; C-256/01, *Allonby*, ECLI:EU:C:2004:18, Rn 75.

81 *Sievers*, Die mittelbare Diskriminierung im Arbeitsrecht (1997) 101 ff.

82 *Statistik Austria*, Ergebnisse im Überblick: Voll-, Teilzeiterwerbstätige und Teilzeitquote (2019).

83 Ebenso *Franzen* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Europäisches Arbeitsrecht³ Art 157 AEUV Rz 46; *Rebhahn* in *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*, EU-Kommentar⁴ Art 157 AEUV Rz 24.

84 KOM (1999) 565, 9 endgültig mit Verweis auf EuGH C-237/94, *O'Flynn*, ECLI:EU:C:1996:206.

85 EuGH C-237/94, *O'Flynn*, ECLI:EU:C:1996:206, Rn 20; C-400/02, *Merida*, ECLI:EU:C:2004:537, Rn 23.

Rebhahn verlangt für diese wertende Beurteilung zu Recht eine gewisse empirische Grundlage, weil die Diskriminierungsverbote sonst ausufernten.⁸⁶ In Betracht kommt etwa, nicht nur auf die Verhältnisse im Anwendungsbereich der potentiell diskriminierenden Vorschrift, sondern auf die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse abzustellen.⁸⁷ Auch sonstige Daten, die zwar keine statistische Benachteiligung nachweisen, eine solche aber indizieren, können herangezogen werden.⁸⁸

In diesem Sinne entschied der EuGH jüngst betreffend die Diskriminierung einer **Teilzeitbeschäftigten**: Eine mittelbare Geschlechtsdiskriminierung kann mit „*allgemeinen statistischen Daten über den Arbeitsmarkt des betreffenden Mitgliedstaats*“ glaubhaft gemacht werden, wenn die Teilzeitbeschäftigte zu konkreten statistischen Zahlen über die relevante Gruppe der Arbeitnehmer keinen oder nur schwer Zugang hat.⁸⁹ Da das Kriterium der Teilzeitarbeit Frauen in besonderer Weise benachteiligen kann, ist der Nachweis einer statistischen Benachteiligung im Anwendungsbereich der jeweiligen Vorschrift also nicht unbedingt erforderlich.

3.2.3 Gleiche oder gleichwertige Arbeit

Nach Art 157 Abs 1 AEUV haben Frauen und Männer nur Anspruch auf gleiches Entgelt, sofern sie **gleiche oder gleichwertige Arbeit** leisten. Gleiche oder gleichwertige Arbeit liegt vor, wenn sich Arbeitnehmer unter Berücksichtigung objektiver Umstände wie „*Art der Arbeit, Ausbildungsanforderungen und Arbeitsbedingungen*“⁹⁰ in einer vergleichbaren Situation befinden. Unterscheidet sich in Teilzeit erbrachte Arbeit nur im zeitlichen Umfang von in Vollzeit erbrachter Arbeit, handelt es sich um gleiche Arbeit.⁹¹ Es ist Aufgabe der nationalen Gerichte darüber zu befinden, ob gleiche oder gleichwertige Arbeit vorliegt.⁹²

Die Voraussetzung der gleichen oder gleichwertigen Arbeit entspricht der Voraussetzung der **vergleichbaren Situation**, die Art 2 Abs 1 lit a Richtlinie 2006/54/EG für eine unmittelbare Geschlechtsdiskriminierung bei Beschäftigungsfragen verlangt. Die Prüfung der vergleichbaren Situation erfolgt nach dem EuGH „*unter Berücksichtigung des Zwecks und der Voraussetzungen für die Gewährung der fraglichen Leistung*“⁹³. Die Voraussetzung der vergleichbaren Situation gilt auch für mittelbare Diskriminierungen, obwohl die Definition der mittelbaren Diskriminie-

⁸⁶ *Rebhahn* in *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*, EU-Kommentar⁴ Art 157 AEUV Rz 24; siehe auch *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz² Rz 252f, der einen statistischen Nachweis grundsätzlich weiterhin für erforderlich hält.

⁸⁷ *Rebhahn/Kietzbl*, Rechtswissenschaft 2010, 373 (391).

⁸⁸ *Schiek* in *Schiek*, AGG § 3 Rz 45f.

⁸⁹ EuGH C-274/18, *Schuch-Ghannadan*, ECLI:EU:C:2019:828, Rn 56f.

⁹⁰ EuGH C-400/93, *Royal Copenhagen*, ECLI:EU:C:1995:155, Rn 32f; C-309/97, *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse*, ECLI:EU:C:1999:241, Rn 17; C-381/99, *Brunnhöfer*, ECLI:EU:C:2001:358, Rn 43.

⁹¹ EuGH 96/80, *Jenkins*, ECLI:EU:C:1981:80, Rn 9f.

⁹² EuGH C-236/98, *JämO*, ECLI:EU:C:2000:173, Rn 48; C-381/99, *Brunnhöfer*, ECLI:EU:C:2001:358, Rn 49.

⁹³ EuGH C-147/08, *Römer*, ECLI:EU:C:2011:286, Rn 52.

rung in Art 2 Abs 1 lit b Richtlinie 2006/54/EG das Kriterium der Vergleichbarkeit nicht explizit nennt.⁹⁴

- 29** Bei der Prüfung, ob eine Benachteiligung vorliegt, ist der enge **Zusammenhang** zwischen den Kriterien der **Benachteiligung** und der vergleichbaren Situation zu berücksichtigen. Eine Benachteiligung liegt nach der Rechtsprechung des EuGH vor, „wenn unterschiedliche Vorschriften auf gleiche Sachverhalte angewandt werden oder wenn dieselbe Vorschrift auf ungleiche Sachverhalte angewandt wird“⁹⁵. Eine ähnliche Formulierung enthält die Definition der unmittelbaren Diskriminierung in Art 2 Abs 1 lit a Richtlinie 2006/54/EG, die eine „weniger günstige Behandlung (...) in einer vergleichbaren Situation“ voraussetzt. Demnach ist eine relevante Benachteiligung gegeben, wenn zwischen zwei Personen in einer vergleichbaren Situation aufgrund des Geschlechts differenziert wird.⁹⁶
- 30** Bei der Bildung von Vergleichsgruppen ist schließlich noch zu beachten, dass das Gebot der Entgeltgleichheit nur für Vorschriften aus „derselben Quelle“⁹⁷ gilt, beispielsweise für Entgeltregelungen desselben Kollektivvertrags. Dagegen sind Regelungen in anderen Kollektivverträgen unbeachtlich, sofern diese nicht von denselben Kollektivvertragsparteien abgeschlossen wurden.⁹⁸

3.3 Rechtfertigung

3.3.1 Allgemeines

- 31** Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn Frauen oder Männer mittelbar benachteiligt werden und dies nicht gerechtfertigt werden kann. Die Rechtfertigung erfordert nach Art 2 Abs 1 lit b **Richtlinie 2006/54/EG**, dass die betreffende Vorschrift „durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt“ ist und „die Mittel (...) zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich“ sind. Der **EuGH** formuliert die Anforderungen an die Rechtfertigung bei der mittelbaren Diskriminierung wie folgt: Die Vorschrift muss „durch Faktoren sachlich gerechtfertigt“ sein, „die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben“⁹⁹. Die Mittel müssen „einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens“¹⁰⁰ oder „einem legitimen

⁹⁴ Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG § 5 Rz 101.

⁹⁵ EuGH C-342/93, Gillespie, ECLI:EU:C:1996:46, Rn 16.

⁹⁶ Mohr in Franzen/Gallner/Oetker, Europäisches Arbeitsrecht³ Art 2 Richtlinie 2000/78/EG Rz 15.

⁹⁷ EuGH C-320/00, Lawrence, ECLI:EU:C:2002:498, Rn 18; C-256/01, Allonby, ECLI:EU:C:2004:18, Rn 46.

⁹⁸ EuGH C-127/92, Enderby, ECLI:EU:C:1993:859, Rn 20 ff; Franzen in Franzen/Gallner/Oetker, Europäisches Arbeitsrecht³ Art 157 AEUV Rz 16; Krebber in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV⁵ Art 157 AEUV Rz 53; Kucsko-Stadlmayer/Kuras in Mayer/Stöger, EUV/AEUV Art 157 AEUV Rz 75; Langenfeld in Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV⁶⁶ Art 157 AEUV Rz 72; Rebhahn in Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar⁴ Art 157 AEUV Rz 17.

⁹⁹ EuGH 96/80, Jenkins, ECLI:EU:C:1981:80, Rn 11; 170/84, Bilka, ECLI:EU:C:1986:204, Rn 30.

¹⁰⁰ EuGH 170/84, Bilka, ECLI:EU:C:1986:204, Rn 36; C-381/99, Brunnhofer, ECLI:EU:C:2001:358, Rn 67.