

Kurzgutachten Misgendering



**Diskriminierung aufgrund des Geschlechts beim
Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und
Dienstleistungen?**

Inhalt

I.	Einleitung	3
II.	Sachlicher Anwendungsbereich des dritten Teils des GIBG	4
A.	Güter und Dienstleistungen	5
B.	Öffentlichkeit	6
C.	Bundeskompetenz.....	6
D.	Merkmal "Geschlecht"	6
III.	Rechtswidrigkeit / Vorliegen einer Diskriminierung	9
A.	Auf das Geschlecht abzielende Verhaltensweise	10
B.	§ 35 Abs 1 Z 1 GIBG Verletzung der Würde von X.....	10
1.	Allgemeine Ausführungen	10
2.	Auslegung nach Art 1 GRC	11
3.	Auslegung nach § 16 ABGB.....	12
4.	Subsumtion	14
C.	Unerwünschtheit etc.....	15
D.	Negatives Umfeld	16
IV.	Rechtsfolgen	17
A.	Haftung für das Verhalten Dritter/Gehilfenzurechnung	17
B.	Haftung für eigenes Verhalten (Belästigerin)	19
V.	Rechtsdurchsetzung.....	19
VI.	Frist.....	20
VII.	Conclusio	20
VIII.	Abkürzungsverzeichnis	22
IX.	Literaturverzeichnis	24

I. Einleitung

Die eigene Geschlechtsidentität und deren persönliche Entfaltung sind wesentlicher Bestandteil der Persönlichkeit eines Menschen bzw. des Rechts auf Privatsphäre (Art 8 EMRK).¹ Im Kontakt mit anderen Menschen ist Sprache häufig geschlechtsbezogen. Hat sich eine Person bspw. mit einem Namen und einem Geschlecht vorgestellt und wird dennoch mit einem anderen Pronomen oder einem anderen Vornamen angesprochen, ist dies für Betroffene häufig mit Scham und Erniedrigung verbunden. Wenn Personen die Bezeichnung und Ansprache verweigert wird, die ihrer Geschlechtsidentität entspricht, wird dies auch als *Misgendering* bezeichnet. Transgeschlechtliche oder nicht-binäre Personen sind tendenziell häufiger von diesen subtilen Verhaltensweisen betroffen, die von Betroffenen vielfach als Stigmatisierung empfunden werden.² Derartige Äußerungen, die auf den ersten Blick harmlos wirken, können deutliche negative Auswirkungen für Personengruppen haben, die in der Gesellschaft ohnehin marginalisiert werden. Aus diversen Studien ist bekannt, dass ein Zusammenhang zwischen *Misgendering* und negativen psychischen Folgen für die betroffenen Personen besteht, während im Gegenzug die korrekte Ansprache positive Auswirkungen auf das psychische Wohl hat.³ Es stellt sich daher die Frage, ob derartige geschlechtsbezogene sprachliche Benachteiligung auch im rechtlichen Sinne diskriminierend sind.

Der Begriff *Misgendering* ist kein Rechtsbegriff. Dennoch gewinnen derartige Fallkonstellationen an juristischer Brisanz: Die deutsche Judikatur hat sich mit Fällen der beharrlichen Ansprache mit falschen geschlechtsbezogenen Bezeichnungen im medienrechtlichen Kontext befasst. 2023 hat das Landesgericht Frankfurt in zwei Fällen beurteilt, ob die fälschliche Anrede einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht von Betroffenen und daher eine unzulässige Meinungsäußerung darstellt. In einem Fall entschied das Gericht im Sinne der Klägerin und sah das *Misgendering* als unerlaubt an,⁴ im anderen Fall ging das Gericht davon aus, dass die Aussagen von der Meinungsfreiheit gedeckt waren.⁵ Nicht nur im presserechtlichen Kontext ist die geschlechtsbezogene fälschliche Bezeichnung von Personen rechtlich relevant. Auch das europäische sowie das österreichische Antidiskriminierungsrecht bieten Anknüpfungspunkte dafür, dass *Misgendering* eine Diskriminierungsform aufgrund des Geschlechtes darstellt.

¹ EGMR, 31.01.2023, 76888/17, Y / Frankreich Rz 75.

² zB zur Belästigung von intergeschlechtlichen Personen, vgl. *Chattas*, Intergeschlechtliche Menschen in Europa schützen (2023), 22f.

³ Vgl. *Göth*, Studienübersicht: Definition und Auswirkung von *Misgendering* (2021), verfügbar unter: <https://www.vlsp.de/sites/default/files/pdf/Studien%20%C3%BCbersicht-Misgendering-G%20%C3%B6th%202021-03-21.pdf> (zuletzt abgerufen am 21.04.2024), 6f.

⁴ LG Frankfurt, 2-03 O 149/23.

⁵ LG Frankfurt, 2-03 O 228/23.

Diese Arbeit beschäftigt sich anhand eines konkreten Falles mit der Frage, ob Betroffenen ein Diskriminierungsschutz bei Misgendering zusteht. Dem diesjährigen Gender- and Human Right Lab liegt folgende Sachverhaltskonstellation zugrunde: Frau X schloss mit der Y-GmbH einen Vertrag über die entgeltliche Fällung von Bäumen auf ihren Grundstücken ab. Sie gerät in Zahlungsverzug und die Z-GesmbH wird mit der Forderungseinbringung beauftragt. Bei einem Telefonat nimmt eine unbekannte Mitarbeiterin der Z-GesmbH (in der Folge als "B" bezeichnet) abwertend auf die Geschlechtsidentität der Frau X Bezug. B hinterfragt, ob X "*wirklich Frau X*" sei und sagt auf ihre bestätigende Antwort hin abfällig "*Ach ja, genau!*" und sinngemäß "*Planzen Sie jemand anderen!*". Im Laufe des Telefonats spricht B Frau X wiederholt als "*Herr X*" an.

Ziel dieser Arbeit ist die Behandlung der Frage, ob dieses Verhalten als eine Diskriminierung, genauer eine Belästigung gem § 35 Abs 1 Gleichbehandlungsgesetz (GIBG)⁶ aufgrund des Geschlechts beim Zugang zu Gütern- und Dienstleistungen einzuordnen und das Verhalten der B folglich nach dem Gleichbehandlungsgebot des § 31 GIBG verboten ist. Bisher fehlt einschlägige höchstgerichtliche Judikatur des Obersten Gerichtshofes zu dieser Rechtsfrage. Auch hat sich der EuGH noch nicht zu dieser Frage geäußert. Bisher gibt es auch kein Urteil des EuGH, in welchem der Gerichtshof eine Interpretation des Art 2 lit c der Gender-Güterdienstleistungsrichtlinie⁷ vorgenommen hat.

II. Sachlicher Anwendungsbereich des dritten Teils des GIBG

Im Ausgangsfall wird Frau X beim Kontakt mit einem Inkassobüro mehrfach mit falschen geschlechtsbezogenen Bezeichnungen angesprochen. In einem ersten Schritt ist daher zu untersuchen, ob der Kontakt mit dem Inkassobüro vom Geltungsbereich des Gleichbehandlungsgesetzes erfasst ist und X beim Kontakt mit dem Inkassobüro ein Diskriminierungsschutz nach dem dritten Teil des GIBG zukommt. Der dritte Teil des Gleichbehandlungsgesetzes befasst sich mit der Gleichbehandlung ohne Unterschied des Geschlechts oder der ethnischen Zugehörigkeit in sonstigen Bereichen.⁸ Für das Merkmal des Geschlechts gelten die Bestimmungen des dritten Teils für Rechtsverhältnisse einschließlich der Anbahnung und Begründung beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen und in die Gesetzgebung des Bundes fallen.⁹

⁶ Bundesgesetz über die Gleichbehandlung BGBl I 66/2004 idgF.

⁷ Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichberechtigung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung von Dienstleistungen, ABI L 373/37.

⁸ Vgl *Greif/Ulrich*, Legal Gender Studies und Antidiskriminierungsrecht² (2019) Rz 393, 399.

⁹ § 30 Abs 1 GIBG.

A. Güter und Dienstleistungen

Die Diskriminierung muss in Verbindung mit dem Zugang zu oder der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen geschehen. Das Gleichbehandlungsgebot des § 31 GIBG sagt aus, dass Geschlecht und ethnische Zugehörigkeit keine Rolle bei der Entscheidung spielen dürfen, ob eine Person Zugang zu Waren und Dienstleistungen bekommt oder diese anbieten darf. Die Begriffe "Güter" und "Dienstleistungen" sind in den Art 28 ff und Art 57 AEUV definiert und beinhalten alle entgeltlichen Leistungen.¹⁰

Diskriminierende Handlungen fallen dann in den Geltungsbereich, wenn sie im Verhältnis zwischen Leistungsanbieter*in und Leistungsbezieher*in passieren.¹¹ Bei der Frage, wer als Leistungsanbieter*in zu sehen ist, ist ein breiter Maßstab zu verwenden.¹² Aus dem Sachverhalt geht nicht hervor, ob zwischen Frau X und der Z-GesmbH ein direktes vertragliches Verhältnis besteht. X hat die Y-GmbH beauftragt, Bäume auf ihren Grundstücken zu schlägern. Nachdem X in Zahlungsverzug kam, beauftragte die Y-GmbH die Z-GesmbH als Inkassobüro mit der Forderungseinbringung. Ob dabei die Forderung an die Z-GesmbH zediert wurde, lässt der Sachverhalt nicht erkennen. Da dies üblicherweise so gehandhabt wird, ist aber davon auszugehen, dass auch im konkreten Fall die Y-GmbH ihre Forderung an die Z-GesmbH abgetreten hat. Unter der Zession wird die Übertragung einer Forderung vom Altgläubiger auf einen neuen Gläubiger verstanden. Es kommt zu einem Gläubigerwechsel, die Forderung bleibt aber inhaltlich unverändert.¹³

Fraglich ist, auf welche Tätigkeit abzustellen ist, wenn beurteilt wird, ob der dritte Teil des GIBG einschlägig ist - das Bäume Fällen oder die Forderungseinbringung. Zwar kommt X mit der Z-GesmbH durch die Forderungseintreibung in Kontakt, allerdings gründet sich ihr Vertragsverhältnis auf die zedierete Entgeltforderung aus dem Vertrag über die Baumfällungen. Dass das GIBG den Anspruch hat, praxisnah und wenig formalistisch zu sein, spricht dafür, dass der Geltungsbereich anhand der Leistung der Z-GesmbH geprüft werden soll.

Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass der X durch die Einschaltung des Inkassobüros zusätzliche Kosten iHv 1.500€ entstanden sind. Daraus ergibt sich, dass die Z-GesmbH entgeltlich die Forderungseintreibung übernommen hat. Der Geltungsbereich des dritten Teiles ist weit gefasst. Es sind sowohl die Anbahnung und Begründung und die Inanspruchnahme oder Geltendmachung von Leistungen außerhalb des Rechtsverhältnisses erfasst.¹⁴ Im Telefonat zwischen Frau X und der Mitarbeiterin der Z-GesmbH wurde über die

¹⁰ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 30 (Stand 1.1.2021, rdb.at) Rz 10.

¹¹ Vgl. *Lee* in *Windisch-Graetz*, GIBG § 30, Rz 15.

¹² Vgl. *Lee* in *Windisch-Graetz*, GIBG § 31, Rz 3.

¹³ Vgl. *Riedler*, Zivilrecht II Schuldrecht AT⁶ Rz 20/1.

¹⁴ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 30 (Stand 1.1.2021, rdb.at), Rz 5.

Rückzahlung einer offenen Forderung von Frau X gesprochen. Es ist daher davon auszugehen, dass ein Rechtsverhältnis mit Frau X besteht. Zudem kann davon ausgegangen werden, dass sich durch die telefonische Verhandlung über eine Ratenzahlung zumindest ein Vertragsverhältnis angebahnt hat. Damit hat die Z-GesmbH ganz klar eine Dienstleistung iSd Art 57 AEUV und des § 31 GIBG angeboten.

B. Öffentlichkeit

Diese Dienstleistung muss aber auch **“der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen”**. Darunter werden alle Angebote verstanden, die an einen unbestimmten Adressat*innenkreis gerichtet sind. Die entstehenden Ausnahmen vom Anwendungsbereich des GIBG sind nach Jud des EuGH eng auszulegen und umfassen nur den privaten oder familiären Bereich.¹⁵ Die Z-GesmbH bietet als Unternehmerin ihre Leistungen allen Personen an, die davon Gebrauch machen möchten. Die Voraussetzung der Öffentlichkeit ist damit gegeben.

C. Bundeskompetenz

Außerdem muss die Dienstleistung in die **Gesetzgebungskompetenz des Bundes** fallen. Auch, wenn sich aus dem Sachverhalt nicht klar ergibt, ob X in einem Vertragsverhältnis mit der Z-GesmbH steht, wurde der Auftrag an die Z-GesmbH zur Forderungseintreibung jedenfalls aufgrund eines zivilrechtlichen Vertragsverhältnisses erteilt. Die Forderungseintreibung ist daher dem Zivilrechtswesen zuzuordnen und fällt in die Kompetenz des Bundes iSd Art 10 Abs 1 Z 6 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG)¹⁶.

D. Merkmal “Geschlecht”

Es stellt sich die Frage, ob überhaupt denkbar ist, dass X aufgrund eines im dritten Teils des GIBG geschützten Merkmal diskriminiert wird. Frau B spricht Frau X wiederholt als Mann anstatt als Frau an und zweifelt die Echtheit der Angabe von X über ihr Geschlecht an. In casu kommt eine Belästigung aufgrund des Geschlechts gem § 35 Abs 2 GIBG in Frage. Im gegenständlichen Fall fand ein telefonischer Kontakt zwischen B und X statt. Frau B glaubt aufgrund der Stimme von X nicht, dass sie dem Geschlecht angehört, das sie angibt.

Aus dem SV geht nicht klar hervor, welches biologische Geschlecht und welche Geschlechtsidentität Frau X hat und ob X tatsächlich inter- oder transgeschlechtlich ist. Hier kommt es nicht darauf an, ob X tatsächlich die Merkmalsausprägung hat, die ihr von der

¹⁵ Vgl Lee in *Windisch-Graetz*, GIBG § 30, Rz 19.

¹⁶ Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1/1930 idgF.

diskriminierenden Person zugeschrieben wird.¹⁷ X muss somit nicht tatsächlich inter- oder transgeschlechtlich sein, sondern entscheidend ist, ob B der X dies zuschreibt und zum Anlass für das diskriminierende Verhalten nimmt. Laut SV nimmt B mehrmals abwertend Bezug auf die Geschlechtsidentität der X. Sie fragte Frau X, ob sie *“wirklich Frau X sei”*, sagte auf die bejahende Antwort abfällig: *“Ach ja, genau!”* und sinngemäß: *“Pflanzen Sie jemand anderen!”* und sprach Frau X im Laufe des Gesprächs immer wieder mit *“Herr X”* an. Mit diesen Aussagen zielt B auf die Geschlechtsidentität der X ab. Die Aussagen der B resultieren daraus, dass B eine Inkongruenz zwischen der Geschlechtspräsentation der X am Telefon (zB männlich gelesene Stimme) und der tatsächlichen Geschlechtsidentität der B, wie sie aus den Unterlagen und der eigenen Definition der X (Vorstellen als *“Frau X”* und das Korrigieren der B) hervorgeht. Damit stellt B auf eine vermutete Transgeschlechtlichkeit der X ab und es kommt somit eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Frage.

Es ist daher zu untersuchen, ob die Geschlechtsidentität als solches vom Anwendungsbereich des dritten Teils des GIBG erfasst ist. Das Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts gem § 3 GIBG wird weit ausgelegt und erfasst auch die Diskriminierung von inter- und transgeschlechtlichen Personen.¹⁸ Die Literatur dazu bezieht sich auf § 3 im ersten Teil des GIBG. Es stellt sich also die Frage, ob diese weite Auslegung auch auf § 31 GIBG übertragbar ist. In beiden Bestimmungen findet sich nur der unbestimmte Begriff *“Geschlecht”*. Außerdem findet sich im § 31 Abs 1 letzter Satz eine Klarstellung, dass Diskriminierung aufgrund von Schwangerschaft oder Mutterschaft unmittelbare Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts darstellen, während sich dies in den anderen Teilen des GIBG nicht findet.¹⁹

Ziel der Bestimmungen des dritten Teils des GIBG ist es, auf die Gleichberechtigung von Frauen und Männern sowie den Abbau von sonstigen Diskriminierungen hinzuwirken.²⁰ Der Wortlaut des dritten Teils des Gleichbehandlungsgesetzes verfolgt ein binäres Verständnis von Geschlecht und schützt Männer und Frauen.

Auch die Gender- GüterdienstleistungsRL²¹ zielt auf die Gleichbehandlung von Männern und Frauen ab.²² Aus dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen kann daher nicht ermittelt werden, ob auch die Geschlechtsidentität Schutz beim Zugang und Dienstleistungen genießt.

Bereits in der Entscheidung *P. gegen S. und Cornwall County Council* befasste sich der EuGH mit der Ungleichbehandlung von Personen aufgrund eines Geschlechts, wenn sie sich einer

¹⁷ Vgl *Greif/Ulrich* Legal Gender Studies Rz 197.

¹⁸ Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 (Stand 1.1.2021, rdb.at) Rz 5/4.

¹⁹ Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 31 (Stand 1.1.2021, rdb.at) Rz 8.

²⁰ § 31 Abs 2 GIBG.

²¹ Gleichbehandlungs-RL 12006/54/EG.

²² Art 1 RL 2004/113/EG.

Geschlechtsumwandlung unterzogen haben. In dieser richtungsweisenden Entscheidung verfolgte der EuGH ein breites Verständnis von Geschlecht, das die geschlechtliche Identität von Transpersonen miterfasst.²³ Der RS *P* folgten mehrere Fälle nach, in welchen der EuGH einen ähnlichen Ansatz bei der Auslegung der geltenden Antidiskriminierungsrichtlinien verfolgte.²⁴

Es ist also davon auszugehen, dass § 31 jedenfalls kein engeres Verständnis vom Geschlechtsbegriff als § 3 GIBG hat. Die Geschlechtsidentität von Personen ist daher auch vom Diskriminierungsverbot des dritten Teils des GIBG umfasst. Dies unabhängig davon, ob sich die Geschlechtsidentität in ein binäres Verständnis von Geschlecht einordnen lässt, eine Person eine nicht binäre Geschlechtsidentität hat oder die Geschlechtsidentität sich im Laufe des Lebens geändert hat.

Zudem ist es im vorliegenden Fall unerheblich, zu welchem Geschlecht sich Frau X zugehörig fühlt: Die österreichische Lehre und Judikatur erkennen mittlerweile an, dass es auch andere Varianten der Geschlechtsentwicklung gibt und der Begriff des Geschlechts sich nicht mehr auf die binären Kategorien Mann und Frau beschränkt. In seinem Erkenntnis zur „Dritten Geschlechtsoption“ aus dem Jahr 2018 hat der VfGH vertreten, dass der unbestimmte Geschlechtsbegriff des Personenstandsgesetz 2013²⁵ verfassungskonform so auszulegen ist, dass nicht nur die binären Geschlechtskategorien „männlich“ und „weiblich“ umfasst sind, sondern ebenso alternative Geschlechtskategorien wie „inter“, „divers“ oder „offen“.²⁶

Der genau so unbestimmte und allgemeine Geschlechtsbegriff des GIBG ist somit auch nach dieser VfGH-Judikatur auszulegen. Somit normiert das Gleichbehandlungsgebot des GIBG nicht nur, dass es keine Rolle für eine Entscheidung spielen darf, ob jemand ein Mann oder eine Frau ist, sondern schützt auch Personen anderer Geschlechter. Auch würde es dem Zweck des GIBG zuwiderlaufen, wenn das Merkmal „Geschlecht“ strikt binär verstanden werden würde, da gerade Personen mit einer nicht-binären Geschlechtsidentität durch ihr „Anderssein“ besonders Diskriminierung ausgesetzt sind und rechtlichen Schutz brauchen.²⁷

Der Anwendungsbereich des dritten Teils des GIBG ist daher eröffnet. In Betracht kommt folglich eine Diskriminierung aufgrund des geschützten Statusmerkmals des Geschlechtes

²³ EuGH 30.04.1996, C-13/94, *P./S. und Cornwall County Council*.

²⁴ EuGH, 27.04.2006, C-423/04, *Richards/Secretary of State for Work and Pensions*; EuGH (Große Kammer), 26.06.2018, C-451/16, *MB/pension de retraite*.

²⁵ Bundesgesetz über die Regelung des Personenstandswesens BGBl I 2013/16 idgF

²⁶ VfGH 15.6.2018, G 77/2018-9. Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 (Stand 1.1.2021, rdb.at) Rz 5/1; *Greif/Ulrich* Legal Gender Studies Rz 197.

²⁷ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 (Stand 1.1.2021, rdb.at) Rz 5/2.

beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die gem § 31 Abs 1 GIBG verboten ist.

III. Rechtswidrigkeit / Vorliegen einer Diskriminierung

Es ist zu prüfen, ob eine Belästigung gem § 35 Abs 1 GIBG durch das Verhalten der B vorliegt. Der Begriff der Belästigung ist auf EU-Ebene für alle geschützten Merkmale, sowohl in der Arbeitswelt als auch beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen vereinheitlicht. Die Bestimmungen zur Belästigung im GIBG wurden dem Wortlaut nach nicht angepasst, doch nach systematischen Überlegungen sind auch die Begriffe der Belästigung innerhalb der verschiedenen Teile des GIBG einheitlich auszulegen. Literatur und Judikatur zum Begriff der Belästigung gem §§ 6, 7 und 21 GIBG sind also auf § 35 GIBG übertragbar.²⁸

Die Belästigung iSd § 35 Abs 1 GIBG liegt vor wenn (1) Verhalten mit Bezug auf Geschlecht, ethnische Zugehörigkeit oder sexueller Sphäre gesetzt wird, das zu einer (2) Verletzung der Würde führt, (3) für die Person unerwünscht etc ist und (4) ein negatives Umfeld für die betroffene Person schafft. Eine Belästigung aufgrund des Geschlechts stellt eine direkte Diskriminierung und damit einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot des § 31 Abs 1 GIBG dar.

Obwohl jedes dieser Tatbestandselemente für sich auszulegen ist, braucht es trotzdem eine Gesamtbetrachtung des Tatbestands der Belästigung. Dadurch soll die Gefahr vermieden werden, dass bei isolierter Betrachtung ein eigentlich klar belästigendes Verhalten nicht so eingeordnet wird, da ein argumentativer Spielraum bei einem Tatbestandselement so genutzt werden kann, dass es als knapp nicht erfüllt angesehen wird. Diese Gefahr besteht insbesondere, da die Tatbestandselemente der Belästigung in besonderem Maße auslegungs- und wertungsbedürftig sind, zB "Verletzung der Würde" und "einschüchternd, feindselig, entwürdigend, beleidigend oder demütigend".²⁹

Für die Belästigung wesentlich ist, dass eine Person ohne die vergleichbare Merkmalsausprägung in einer gleichen Situation nicht belästigt werden würde.³⁰

Auch zu beachten ist, dass es nicht darauf ankommt, ob eine Belästigung beabsichtigt war, sondern ob die betroffene Person sich einer Belästigung ausgesetzt sieht ("discrimination by effect" statt "discrimination by intention"). Diese subjektive Wahrnehmung muss allerdings objektiv nachvollziehbar sein.³¹

²⁸ Vgl Lee in *Windisch-Graetz*, GIBG § 35, Rz 1.

²⁹ Vgl Mazal in *Windisch-Graetz*, GIBG § 7, Rz 20a.

³⁰ Vgl Lee, Die Ungleichbehandlung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen (2020), 162.

³¹ Vgl Mazal in *Windisch-Graetz*, GIBG § 7, Rz 20a.

A. Auf das Geschlecht abzielende Verhaltensweise

Was als ein "Verhalten" gem § 35 Abs 1 GIBG zu verstehen ist, ist weit zu interpretieren. Umfasst sind jedenfalls körperliche Handlungen als auch verbale und nonverbale Verhaltensweisen.³² B stellt in casu in Frage, ob X wirklich Frau X sei. Auf deren Bestätigung antwortete sie abfällig: "*Ach ja, genau!*" und sinngemäß "*Pflanzen Sie jemand anderen!*". "*Frau X*" betonte B abfällig und sie sprach X im Laufe des Gesprächs wiederholt mit der Anrede "*Herr X*" an. Dabei handelt es sich um verbale Äußerungen der B, die jedenfalls als Verhaltensweisen iSd § 35 GIBG einzuordnen sind.

Das inkriminierende Verhalten muss außerdem in Bezug auf einen Schutzpunkt stattfinden. In der vorliegenden Sachverhaltskonstellation wird die Zuordnung zu einem Geschlecht ausschließlich aufgrund der Stimme von X getroffen: Für B widerspricht der Gender-Marker Stimme ihrer Vorstellung davon, wie eine weibliche Stimme zu klingen hat. Dadurch verletzt sie die selbstbestimmte Entscheidung von Frau X, sich einem Geschlecht zuzuordnen. Frau B nimmt daher abwertend Bezug auf die Geschlechtsidentität der X. Das Verhalten der B zielt wie bereits ausgeführt auf eine vermutete Transgeschlechtlichkeit und damit auf das Geschlecht der X ab.

B. § 35 Abs 1 Z 1 GIBG Verletzung der Würde von X

1. Allgemeine Ausführungen

Damit eine Belästigung vorliegt, muss das Verhalten der B auch geeignet sein, die Würde der X als betroffene Person zu beeinträchtigen. Da hier ein objektiver Maßstab zum Einsatz kommt, muss das belästigende Verhalten eine gewisse Intensität erreichen. Bei dieser Beurteilung kommt es sowohl auf die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Person, deren "Recht auf Selbstbestimmung, Identität und Integrität" an, als auch, inwiefern die belästigende Person Einfluss auf die Interessen der belästigten Person haben.³³

Der Begriff der "Würde" ist rechtlich schwer fassbar. In Lehre und Judikatur existiert keine einheitliche Definition der Würde. Das österreichische Verfassungsrecht sah die Menschenwürde lange nicht als eigenes Grundrecht an,³⁴ allerdings nehmen einige verfassungs- und einfachgesetzliche Bestimmungen auf die Menschenwürde Bezug. Der VfGH bestätigte in einem Erkenntnis aus 1993, dass die Personen- und Menschenwürde ein Rechtsgrundsatz der österreichischen Rechtsordnung ist. Darin definierte er die

³² Vgl. Mazal in Windisch-Graetz, GIBG § 7, Rz 22.

³³ Vgl. Mazal in Windisch-Graetz, GIBG § 7, Rz 23; OGH 14. 7. 2006, 18Cga120/05t.

³⁴ Vgl. Fuchs/Segalla in Holoubek/Lienbacher, GRC Art 1, Rz 24.

Menschenwürde so, dass “kein Mensch jemals als bloßes Mittel für welche Zwecke immer betrachtet und behandelt werden darf”, womit sich der VfGH an Kants Sittenlehre anlehnt.³⁵

Um sich mittels systematischer Auslegung dem anzunähern, wie Würde nach § 35 Abs 1 Z 1 GIBG zu verstehen ist, kommen insbesondere Art 1 GRC und Art 16 ABGB in Betracht:

2. Auslegung nach Art 1 GRC

Der Wortlaut des Art 1 der Europäischen Grundrechtecharta (GRC)³⁶ nennt die Würde explizit und gesteht ihr Grundrechtsqualität zu. Art 1 GRC gilt als eine der wichtigsten gesetzlichen Bestimmungen, die sich wörtlich auf die Menschenwürde beziehen und erklärt die Würde des Menschen für unantastbar. Vorbild des Art 1 Satz 1 GRC war der Art 1 Abs 1 deutsches Grundgesetz mit identischem Wortlaut. Auch hier verzichtet die Rsp weitgehend auf positive Definitionen des sachlichen Schutzbereichs, sondern der Begriff der Würde wird vor allem negativ anhand von Beispielen, die gegen die Menschenwürde verstoßen, näher konkretisiert. In der deutschen Literatur gibt es aber Versuche einer positiven Begriffsbestimmung; zu nennen sind insbesondere die Wert- oder Mitgifttheorie und die Leistungstheorie. Maßgeblich für das Verständnis der Würde ist hier ebenfalls die auf Kants Sittenlehre basierende Objektformel, nach der der Mensch Subjekt ist und nicht zum Objekt herabgewürdigt werden darf.³⁷

Der sachliche Anwendungsbereich des Grundrechts auf Menschenwürde gem Art 1 GRC kann nicht vollständig abgegrenzt werden. Grundsätzlich kann jedes menschliche Handeln würdeverletzend sein. Die Beurteilung erfolgt jedoch von Fall zu Fall, wobei der Kontext der Bedeutung eines Handelns und andere grundrechtliche Garantien zu berücksichtigen sind.³⁸

Rechte der GRC sind nach Ansicht des VfGH als verfassungsrechtlich gewährleistete Rechte zu behandeln.³⁹ Die Menschenwürde gem Art 1 GRC umfasst nach überwiegender Ansicht eine Abwehr- und Schutzdimension. Die abwehrrechtliche Dimension des Art 1 GRC untersagt staatliche Eingriffe in die Menschenwürde, wie rassistische Diskriminierung oder Sklaverei, in puncto körperliche Integrität beispielsweise Folter, oder Eingriffen in das Recht auf Leben durch den Staat. Die Menschenwürde begründet aber auch staatliche Leistungspflichten: Zum Beispiel verpflichtet der Aspekt der sozialen Gewährleistung den Staat zur Gewährung des materiellen Existenzminimums.⁴⁰

³⁵ Vgl *Fuchs/Segalla* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC Art 1, Rz 25; VfSlg 13.635/1993.

³⁶ Charta der Grundrechte der Europäischen Union (iWF GRC), 2012/C, Abl C 326/391.

³⁷ Vgl *Fuchs/Segalla* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC Art 1, Rz 15, 17, 18.

³⁸ Vgl *Höfling/Kempny*, Art 1 GRC, in *Stern/Sachs* Rz 33 f.

³⁹ Vgl VfGH vom 14.03.2012, VfGH U 466/11.

⁴⁰ Vgl *Fuchs/Segalla* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar² Art 1 (Stand 1.4.2019, rdb.at), Rz 36.

Die Gewährleistungsdimension von Art 1 GRC verpflichtet Staaten, Verletzungen der Würde durch Dritte zu verhindern oder diese zu beseitigen.⁴¹ Treten Eingriffe in die Würde eines Menschen zwischen Privaten auf, müssen im nationalen Recht Abwehrmechanismen gegen eine Verletzung der Würde zur Verfügung stehen. Im Ausgangsfall handelt es sich eben um eine solche Konstellation, in welcher eine natürliche Person durch eine Dritte mündlich herabgewürdigt wird. Aufgrund Art 1 GRC ist Österreich verpflichtet, wirksame Abhilfemechanismen vor Würdeverletzungen von Dritten zu schaffen. Eine solche Abwehrmaßnahme hat das GIBG mit § 35 Abs 1 GIBG für den Zugang zu Dienstleistungen grundsätzlich vorgesehen.

Für die Beurteilung der inhaltlichen Reichweite des Begriffs der Würde iSd § 35 Abs 1 lit 1 GIBG ist weiters relevant, dass aus dem Recht auf Menschenwürde auch ein Recht auf persönliche Identität resultiert. Die Menschenwürde fordert die Anerkennung und Achtung der persönlichen Identität eines Menschen, der deshalb einen Anspruch auf Selbsttätigkeit, Selbstdarstellung und Entfaltung hat.⁴² Verhaltensweisen, wie jene der B, die X die Geschlechtsidentität absprechen, verletzen den Anspruch von Menschen auf Achtung ihrer persönlichen Identität und sind daher potentiell würdeverletzend.

3. Auslegung nach § 16 ABGB

Einen weiteren Anknüpfungspunkt zur Auslegung der Würde iSd § 35 Abs 1 GIBG bietet der § 16 ABGB:

„Jeder Mensch hat angeborne [sic], schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und sind daher als eine Person zu betrachten...“

In den letzten Jahrzehnten wird immer deutlicher, dass die offene Formulierung des § 16 ABGB ein sog „Einfallstor von Grundrechten“⁴³ darstellt. Es ist, wie bereits erklärt, so, dass Grundfreiheiten und Menschenrechte nur staatliches Handeln direkt binden. Die Judikatur erkennt jedoch zunehmend, dass durch § 16 ABGB eine mittelbare Drittwirkung zwischen privaten Personen und deren Vertragsbeziehungen zur Anwendung gelangen kann.

In diesem Kontext lässt der § 16 iVm § 879 ABGB als sog “Wertschleuse” die allgemeinen Wertvorstellungen der verfassungsmäßig garantierten Grundrechte in das österreichische Privatrecht einfließen. Bei der Auslegung und Lückenfüllung im Privatrecht sind folglich die Grundrechte zu beachten. Diese mittelbare Wirkung dient dazu, die Einheit der Rechtsordnung zu wahren.⁴⁴

⁴¹ Vgl. *Augsberg*, Art 1 GRC, in *von der Groeben/Schwarze/Hatje* Rz 4.

⁴² *Fuchs/Segalla* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC Art 1, Rz 19.

⁴³ Vgl. *Karner*, Menschenrechte und Schutz der Persönlichkeit im Zivilrecht, ÖJZ 2013/106.

⁴⁴ Vgl. *Barta*, Zivilrecht: Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken (2004) 260.

Aus dem Rechtssatzes des OGH vom 27.09.2023 geht hervor, dass der § 16 ABGB jene Zentralnorm darstellt, aus der die Persönlichkeit als anerkannter Grundwert hervorgeht und die Würde des Einzelnen vor Eingriffen anderer Privater schützt⁴⁵.

In seiner Judikatur zur Auslegung des § 16 ABGB stützt sich der OGH auf den Begriff der Würde nach Art 8 EMRK.⁴⁶ Im Erkenntnis vom 15.06.2018 stellt der VfGH klar, dass die geschlechtliche Identität eines Menschen ein besonders sensibler Bereich des Privatlebens einer Person ist und Art 8 EMRK, der die “menschliche Persönlichkeit in ihrer Identität, Individualität und Integrität” schützt, auch die geschlechtliche Identität umfasst.⁴⁷ Auch der EGMR hat jüngst anerkannt, dass die Geschlechtsidentität und ihre Entfaltung ein wesentlicher Bestandteil des Rechts auf Privatleben einer Person iSd Art 8 EMRK ist.⁴⁸ Bezieht sich der OGH in seiner Auslegung des § 16 ABGB also auf das Recht auf Privatleben nach Art 8 MRK, das nach der Judikatur des EGMR und des VfGH die Geschlechtsidentität schützt, so wird die Geschlechtsidentität auch vom § 16 ABGB erfasst sein.

Aufgrund fehlender Konkretisierungen des Gesetzgebers zum § 16 ABGB legt die Judikatur eine zweistufige Prüfung an, ob eine Würdeverletzung vorliegt. Zuerst wird der Umfang und die Grenzen der Persönlichkeitsverletzung geprüft, darauf folgend wird eine Abwägung der betroffenen Interessen und Güter berücksichtigt. Die hM geht davon aus, dass die höchstpersönliche Intimsphäre zum Kernbereich von Persönlichkeitsrechten zählt.⁴⁹

Daneben kann aus der Judikatur zum § 16 ABGB auch das Recht an der eigenen Stimme abgeleitet werden. Deshalb kann die Stimme als Teil des Persönlichkeitsrecht verstanden werden. Die Stimme ist als Medium definierbar, mit dem sich ein Mensch ausdrückt, mit der Umwelt kommuniziert und mit der die Persönlichkeit identifizierbar ist.⁵⁰ In einem anders gelagerten Fall war ua eine hohe Stimme des Klägers Anknüpfungspunkt für Belästigungen durch Arbeitskollegen, die das entscheidende Gericht als letztlich als herabwürdigend erkannte.⁵¹

⁴⁵ RIS-Justiz RS0008993.

⁴⁶ OGH 24.11.1992, 4 Ob 98/92.

⁴⁷ VfGH 15. 6. 2024, G77/2018.

⁴⁸ EGMR, 31.01.2023, 76888/17, Y / *Frankreich* Rz 75.

⁴⁹ Vgl. *Schoditsch/Brugger*, Zivilrechtlicher Persönlichkeitsschutz im Internet - das neue HiNBG, EF-Z 2021/48.

⁵⁰ Vgl. *Pierer*, Künstliche Intelligenz und Persönlichkeitsrecht, eolex 2023/463.

⁵¹ LG Salzburg 14.07.2006, 18Cga120/05t.

4. Subsumtion

Dadurch, dass B die X wiederholt falsch anspricht und abwertend auf ihre Geschlechtsidentität Bezug nimmt, greift sie in die Persönlichkeitsrechte der X ein. Damit eine Belästigung iSd § 35 GIBG vorliegt, muss dieses Verhalten eine gewisse Intensität erreichen.⁵²

Bei ihren Äußerungen geht es B nur darum, der X das Frausein abzusprechen. Für B macht es bei dem Telefonat keinen Unterschied, ob sie mit einem männlichen Kunden oder einer weiblichen Kundin in Kontakt ist, da es sachlich nur um die Forderungseintreibung geht. Das Geschlecht der X ist für B bei der Zahlungsvereinbarung völlig irrelevant. Trotzdem würdigt B die X wiederholt im Bezug auf ihre geschlechtliche Identität ab und spricht ihr mit ihren Äußerungen ihr Zugehörigkeitsempfinden zum weiblichen Geschlecht ab, obwohl das für das Vertragsverhältnis und die zu schließenden Ratenzahlungsvereinbarung komplett unerheblich ist.

Mit ihren Verhaltensweisen nimmt B der X das Recht auf Anerkennung und Respekt ihrer Geschlechtsidentität sowie die freie Entscheidung, auf welche Art und Weise sie angesprochen werden möchte. Die Geschlechtsidentität einer Person befindet sich im Kernbereich ihres Rechts auf Privatleben, das eng mit dem Verständnis der Würde iSd § 35 Abs 1 Z 1 GIBG verknüpft ist. Ein Eingriff der B in die Geschlechtsidentität und damit in den Kernbereich des Rechts auf Privatlebens der X stellt auch einen gravierenderen Eingriff in die Würde der X dar, als das bei peripherer mit dem Recht auf Privatleben verbundene Themenkreisen der Fall wäre.

Auch hat B einen starken Einfluss auf die Interessen der X als betroffene Person. Der X fehlen die finanziellen Mittel, um die offene Rechnung der Y-GmbH zu begleichen. Als Mitarbeiterin des Inkassobüros hat B die Möglichkeit, die Ratenzahlungen der X zu ihren Gunsten oder Ungunsten zu verändern und sie handelt als Vertreterin der Y-GesmbH, die in der Lage ist, gegen X vor Gericht zu gehen. Beim Telefonat besteht ein klares hierarchisches Verhältnis zwischen B und X, so dass ein Eingriff in die Würde der X schwerer wiegt, als wenn das Gespräch auf Augenhöhe stattgefunden hätte.

Dies spricht dafür, dass die gewisse Intensität der Würdeverletzung erreicht ist. Argument dagegen könnte sein, dass die diskriminierenden Äußerungen der B lediglich im Rahmen eines einzelnen Telefonats stattgefunden haben und die notwendige Intensität bei einmaligen Verhaltensweisen schwerer erreicht wird.⁵³ B's Frage alleine, ob Frau X tatsächlich "*Frau X*" sei, wird zur Erfüllung des § 35 Abs 1 Z 1 GIBG noch nicht genügen. Innerhalb des Telefonats beschränkte sich B allerdings nicht auf diese Frage oder auf eine einzelne abwertende

⁵² Vgl oben 3.2.1 Allgemeine Ausführungen.

⁵³ OGH 14. 7. 2006, 18Cga120/05t mVa OGH 3. 8. 2005, 9ObA112/05v

Äußerung, sondern würdigte X wiederholt in Bezug auf ihre Geschlechtsidentität herab. Auch als X versucht, ihre Geschlechtsidentität richtigzustellen, ändert das nichts am Verhalten der B. Nach dieser Klarstellung der X, dass sie als *“Frau X”* angesprochen werden möchte, hätte B wissen müssen, dass ihr Verhalten für X verletzend ist. Das GIBG verlangt für die Verletzung der Würde weder eine Belästigung über lange Zeit hinweg noch wüste Beschimpfungen. Dass B durch ihr Verhalten der X ihr Frausein und damit das Zugehörigkeitsempfinden zu einem Geschlecht abspricht, verletzt die Würde der X intensiv genug, um den Tatbestand zu erfüllen.

C. Unerwünschtheit etc

Das auf das Geschlecht gerichtete Verhalten muss nicht nur bezwecken oder bewirken, dass die Würde verletzt wird, sondern es muss auch unerwünscht, unangebracht oder anstößig sein. Die Unerwünschtheit ist subjektiv zu beurteilen; das Verhalten muss der belästigten Person tatsächlich unerwünscht oder von ihr als unangebracht oder anstößig wahrgenommen werden. Empfindet die betroffene Person ein objektiv belästigendes, entwürdigendes Verhalten also nicht negativ, wird dadurch die Tatbestandsmäßigkeit verhindert.⁵⁴

X war an COVID-19 erkrankt und laut Sachverhalt ging es ihr während des Telefonats so schlecht, dass sie sich auf den Boden legen musste, röchelte, kaum Luft bekam und vielleicht kurz ohnmächtig war. Ob das allerdings alleine aufgrund der Erkrankung der X auftrat oder in Kombination damit, dass X das Misgendering als unerwünscht, unangebracht oder anstößig erlebte und deswegen aufgewühlt war, ergibt sich nicht aus dem Sachverhalt. Klar festgehalten ist aber, dass sich X nach dem Telefonat *“gekränkt und in ihrer Würde verletzt”* fühlte. In Folge wandte sich X mit einer Beschwerde an die Z-GesmbH und schilderte dabei, dass sie sich in ihrer Würde verletzt und gedemütigt fühlte und das Verhalten der B für sie *“eine Zumutbarkeitsgrenze”* überschritten habe.

Aus verschiedenen Studien geht hervor, dass transgeschlechtliche und nicht-binäre Personen es negativ erleben, wenn sie mit falschen geschlechtsbezogenen sprachlichen Äußerungen angesprochen werden und dass Misgendering häufig negative Folgen für das psychische Wohlbefinden der betroffenen Personen hat.⁵⁵ Laut Sachverhalt erlebte X das Verhalten der B sehr negativ. Durch die Bestätigung auf die Frage, ob sie wirklich *“Frau X”* sei, brachte X den Wunsch zum Ausdruck, richtigerweise als Frau angesprochen zu werden. Die falsche Anrede war ihr erkenntlich unerwünscht, womit auch dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt wird.

⁵⁴ Vgl. Mazal in Windisch-Graetz, GIBG § 7, Rz 13, 25.

⁵⁵ Vgl. Göth, Studienübersicht: Definition und Auswirkung von Misgendern (2021).

D. Negatives Umfeld

Ein weiteres Tatbestandselement gem § 35 Abs 1 Z 2 GIBG ist es, dass das Verhalten bezweckt oder bewirkt, dass für die betroffene Person ein einschüchterndes, feindseliges, entwürdigendes, beleidigendes oder demütigendes Umfeld geschaffen wird.

Hinsichtlich der Wirkung auf das Umfeld reicht es jeweils aus, wenn alternativ („oder“) eine der Tatbestandsvarianten verwirklicht wird.⁵⁶

Mazal geht im Kommentar zum GIBG von Windisch-Graetz im Bezug auf die Belästigung gem § 7 davon aus, dass ein einschüchterndes, feindseliges oder demütigendes Arbeitsumfeld dann vorliegt, wenn ein*e Arbeitnehmer*in in ihrem Umgang mit Kolleg*innen oder Vorgesetzten derart negativ beeinträchtigt ist, dass sie ihre Arbeitskraft nicht mehr uneingeschränkt entfalten kann.⁵⁷ Wie bereits zu Beginn der Ausführungen zur Rechtswidrigkeit ausgeführt ist der Begriff der Belästigung im GIBG einheitlich auszulegen. Für die Interpretation des § 35 GIBG können die Definitionen und Grundsätze des § 6 und 7 GIBG herangezogen werden.⁵⁸

Die Schaffung eines negativen Umfelds erfordert eine gewisse Mindestintensität der Belästigung, diese muss schwerwiegend sein und insgesamt eine störende oder feindselige Arbeitsumgebung bewirken. Auch ein einmaliges Verhalten kann ein negatives Umfeld schaffen. Jedoch ist dabei eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen und es ist nicht automatisch von einer Belästigung auszugehen.⁵⁹

Der OGH betont in seinem Urteil vom 27.02.2012, dass eine diskriminierende Belästigung nicht allein durch eine Verletzung der Würde vorliegt, sondern dass neben dieser, selbst wenn sie nur einmalig auftritt, ein Umfeld geschaffen wird, das durch „Einschüchterung“, „Anfeindung“, Erniedrigung, Entwürdigung oder Beleidigung gekennzeichnet ist und einen gewissen anhaltenden Zustand herbeiführen könnte.⁶⁰

Entscheidend ist hier nicht, dass zwingenderweise gravierende Verhaltensweisen gesetzt wurden, sondern es wird wieder auf die Folgen der Verhaltensweisen abzielt. Bei der Beurteilung, ob ein negatives Umfeld geschaffen wurde, braucht es eine dynamische Betrachtung der Intensität und der Häufigkeit. Somit können zB regelmäßige, aber scheinbar weniger gravierende Verhaltensweisen in der Gesamtschau ein tatbestandliches negatives Umfeld schaffen. Bei einmaligen Handlungen sind die Voraussetzungen an die Intensität

⁵⁶ Vgl. *Dullinger/Windisch-Graetz* in *Windisch-Graetz*, GIBG § 21 Rz 3.

⁵⁷ Vgl. *Mazal* in *Windisch-Graetz*, GIBG § 7, Rz 32.

⁵⁸ Vgl. oben 3. Rechtswidrigkeit / Vorliegen einer Diskriminierung.

⁵⁹ Vgl. *Dullinger/Windisch-Graetz* in *Windisch-Graetz*, GIBG § 21 Rz 3.

⁶⁰ OGH 27.2.2012, 9ObA21/12x.

jedoch höher.⁶¹ Trotz der scheinbaren Einmaligkeit des Akts, nämlich das Telefonat, ist es wichtig zu betonen, dass Frau B in ihrem Verhalten immer wieder die falsche Ansprache verwendet.

Es ist anzumerken, dass allein das Nachfragen, ob sie wirklich Frau B sei, wenn höflich formuliert, nicht als Belästigung betrachtet werden kann. Jedoch wird die Situation durch den Umstand der Wiederholung und die fortgesetzte falsche Ansprache trotz Bestätigung zu einer anderen Einschätzung führen. Insbesondere die abwertenden Bemerkungen und der herablassende Tonfall von Frau B verstärken den negativen Charakter des Umfeldes.

Das Gesamtbild des Verhaltens von Frau B deutet darauf hin, dass es nicht nur um die einzelne Handlung geht, sondern um ein Muster von Verhalten, das darauf abzielt, eine belastende Atmosphäre zu schaffen. Die ständigen Nachfragen in Verbindung mit abwertenden Bemerkungen erzeugen ein Umfeld, das von Herabwürdigung gekennzeichnet ist. Somit lässt sich argumentieren, dass trotz der vermeintlichen Einmaligkeit der Handlung, die Intensität des Verhaltens von Frau B eindeutig ausreicht, um von der Schaffung eines negativen Umfeldes zu sprechen.

IV. Rechtsfolgen

Das Verhalten der B erfüllt somit alle Tatbestandsmerkmale der Belästigung gem § 35 Abs 1 GIBG. § 38 Abs 2 GIBG sieht für die betroffene Person einen ideellen Schadenersatz gegenüber der Belästigerin vor. Der gesetzliche Mindestbetrag ist mit 1000 Euro nominiert. Es stellt sich die Frage, ob X diesen Schadenersatz von B, von der Z-GesmbH oder von der Y-GmbH verlangen kann.

A. Haftung für das Verhalten Dritter/Gehilfenzurechnung

“Der/die Anbieter/in muss für eine Diskriminierung in Form eines Verstoßes gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot beim Zugang zu/der Versorgung mit seinen/ihren Gütern oder Leistungen jedenfalls einstehen, egal von wem die diskriminierende Entscheidung, die letztlich in seinem/ihrer Namen wirksam getroffen wurde, ausging.”⁶²

Ein*e Gehilf*in ist eine Person, die im Auftrag des Geschäftsherrn handelt, insbesondere dann, wenn der Geschäftsherr diese andere Person einsetzt, um seine eigenen Interessen zu

⁶¹ Vgl. Mazal in Windisch-Graetz, GIBG § 7, Rz 32a f.

⁶² B. Beclin, Gutachterliche Stellungnahme zur Frage der Haftpflichtigen und der Verantwortung für Dritte nach dem III. Teil des GIBG, 21. <https://www.gleichbehandlungsanwaltschaft.gv.at/dam/jcr:521dece7-b5ca-4175-a568-c5a695bc8a25/Gutachtliche%20Stellungnahme%20zur%20Frage%20der%20Haftpflichtigen.pdf&ved=2ahUKEwi5nfrW88uFAxVTxQIHccKA8oQFnoECBEQAQ&usq=AOvVaw1ZTIBzIQU3slltzl3yzV0W>

verfolgen.⁶³ Die Zurechnung einer fremdem Person als Erfüllungsgehilfe, besteht dann, wenn zwischen den Geschäftsherren und dem Geschädigten ein Schuldverhältnis besteht.⁶⁴ Der Gehilfe als Erfüllungsgehilfe wird gem § 1313a zugerechnet.⁶⁵

Das vorliegende Schuldverhältnis zwischen der Geschädigten X und der Y-GesmbH basiert auf einem Werkvertrag, der die Durchführung von Baumfällarbeiten zu einem vereinbarten Preis umfasst. Dabei tritt die Z-GesmbH im Auftrag der Y-GmbH auf, indem sie die offene Forderung der Geschädigten X für die Y-GesmbH einbringt. Es liegt somit nahe, anzunehmen, dass die Handlungen der Z-GesmbH im Interesse der Y-GmbH erfolgen, wenn sie die offenstehende Geldforderung für sie einbringt.

Eine relevante rechtliche Fragestellung ergibt sich in Bezug darauf, ob auch juristische Personen wie die Z-GesmbH als Gehilfen agieren können oder ob dies ausschließlich natürlichen Personen vorbehalten ist. Gemäß einschlägiger Rechtsprechung (8 Ob 53/14y; RS0028563) ist es anerkannt, dass auch eigenständige Unternehmen als Erfüllungsgehilfen des Geschäftsherrn fungieren können.⁶⁶ Demnach ist es offenkundig, dass das Verhalten der Z-GesmbH der Y-GesmbH als Erfüllungsgehilfe zuzurechnen ist.

Weiters haften juristische Personen für das Verhalten ihrer Gehilfen genauso wie natürliche Personen.⁶⁷ In diesem Fall muss der Geschäftsherrin (Y-GesmbH) für das Fehlverhalten der Angestellten des selbstständigen Unternehmen (Z-GesmbH) einstehen, da eine Erfüllungsgehilfenkette vorliegt.⁶⁸

B führt im Namen der Z-GesmbH Kundengespräche, um ihre arbeitsvertragliche Verpflichtung zu erfüllen. Sie ist Mitarbeiterin der Z-GesmbH und handelt im Auftrag ihrer Arbeitgeberin. Somit fungiert B als Gehilfin der Z-GmbH, und das Verhalten von B muss der Z-GmbH zugerechnet werden. Es lässt sich eine Kette von Erfüllungsgehilfen erkennen, da die B im Auftrag und Interesse der Z-GesmbH handelt und diese wiederum im Auftrag der Y-GmbH handelt.

Gemäß § 1313a ABGB haftet die Y-GmbH als Geschäftsherrin für die von Frau B verursachten Schäden, da die Z-GesmbH als Erfüllungsgehilfe der Y-GesmbH tätig ist und Frau B als Erfüllungsgehilfin der Z-GesmbH handelt.

⁶³ Vgl. *Perner/Spitzer/Kodek* Bürgerliches Recht⁴ (2014) 327.

⁶⁴ Vgl. *Perner/Spitzer/Kodek* Bürgerliches Recht 328.

⁶⁵ Vgl. *Perner/Spitzer/Kodek* Bürgerliches Recht 328.

⁶⁶ Vgl. *Riedler* Zivilrecht IV, Rz 2/141.

⁶⁷ Vgl. *Perner/Spitzer/Kodek* Bürgerliches Recht 330.

⁶⁸ Vgl. *Riedler* Zivilrecht IV, Rz 2/141.

B. Haftung für eigenes Verhalten (Belästigerin)

Die Zurechnung von B's Handeln als Gehilfin führt nicht dazu, dass sie von ihrer Haftung befreit wird. Selbst wenn ihr Verhalten den Leistungsanbieter zugerechnet wird, kann X ihren Schadenersatzanspruch auch direkt gegen B geltend machen.⁶⁹

V. Rechtsdurchsetzung

Frau X steht ein zweigleisiges Rechtsschutzsystem zur Verfügung. Auf dem ersten Gleis besteht eine Beratung- und Schlichtungsmöglichkeit durch die Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW), die der X durch das GBK/GAW-G⁷⁰ eröffnet wird. Aus dem SV geht hervor, dass sich Frau X Mitte Jänner an die GAW gewandt hat. Dort erhält Frau X kostenlose Beratung.

Der GAW kommt dabei eine Clearing-Funktion zu.⁷¹ Die GAW hat die Aufgabe der individuellen Beratung der Frau X und hat die Möglichkeit, zwischen X und der Z-GesmbH zu vermitteln und eine außergerichtliche Lösung herbeizuführen. Beim Scheitern des Vermittlungsversuches durch die GAW, wie es der SV nahelegt, stünde es Frau X frei, einen Antrag auf Einleitung eines Einzelprüfverfahrens vor der GBK zu stellen. Der Sinn hinter der Beratung und Unterstützung ist eine Wiedergutmachung, ohne dass ein kostspieliges gerichtliches Verfahren eingeleitet werden muss. Scheitern die Bemühungen einer Vermittlung kann die betroffene Person einen Antrag auf Einleitung eines Prüfverfahren bei der GBK stellen.

Das Einzelprüfverfahren vor der GBK hat den Vorteil, dass es sich weiterhin um eine außergerichtliche Lösung handelt und Frau X keine weiteren Prozesskosten fürchten muss. Im Rahmen derartigen Verfahrens würde wohl festgestellt werden, dass eine Diskriminierung iSd GIBG vorliegt. Darüber hinaus würde das Ergebnis der Prüfung Aussichten auf den Ausgang einer gerichtlichen Klage zulassen, da ein davon abweichendes Urteil gem § 61 GIBG einer Begründung bedarf. Denn das Einzelgutachten der GBK kann im Gerichtsverfahren als Beweismittel dienen. Das Einzelgutachten hat aber keine einschlägige Rechtswirkung.⁷²

Als zweites Gleis bietet sich Frau X also der gerichtliche Rechtsschutz.⁷³ Frau X müsste ihren Rechtsanspruch auf Vermögensschaden und ihren ideellen Schadenersatz vor Gericht

⁶⁹ Vgl *Perner/Spitzer/Kodek* Bürgerliches Recht 331; *Greif/Ulrich* Legal Gender Studies Rz 459.

⁷⁰ BGBl 108/1979 idF.

⁷¹ Vgl *Greif/Ulrich* Legal Gender Studies Rz 463.

⁷² VfGH 3.3.1994, G 116/93.

⁷³ Vgl *Greif/Ulrich* Legal Gender Studies Rz 461.

durchsetzen versuchen und damit verbundene Prozessrisiko und die damit einhergehenden Kosten tragen.⁷⁴

Der Nachweis von Diskriminierungen vor Gericht ist im Allgemeinen mit Beweisschwierigkeiten verbunden, da diskriminierte Personen oft nicht über ausreichende Informationen und Beweise verfügen.⁷⁵ Auch X hat das Problem, die Personendaten der diskriminierenden Angestellten nicht zu kennen.

Aus diesem Grund sieht das GIBG eine Verschiebung der Beweislast vor. In einem derartigen gerichtlichen Verfahren bedarf es keines Vollbeweises über die anspruchsbegründeten Tatsachen, sondern es kommt zu einer Reduktion der Beweismaßes.⁷⁶ Der OGH setzt in diesem Zusammenhang auf eine überwiegende Wahrscheinlichkeit⁷⁷. X müsste dem Gericht also den von ihr wahrgenommenen SV glaubhaft machen.

In casu ist entsprechend der Systematik des GIBG, für Gleichbehandlung ohne Unterschied auf Geschlecht oder ethnische Zugehörigkeit der Senat III zuständig. Antragslegitimiert hierfür ist gem. § 12 GIBG Frau X als betroffene Person sowie die Anwälte mit Zustimmung der betroffenen Person

VI. Frist

Im dritten Teil des GIBG kommen aufgrund fehlender Bestimmungen die Verjährungsfristen des § 1489 ABGB zur Anwendung.⁷⁸ Das bedeutet grundsätzlich, Frau X könnte ihre Ansprüche bis zu drei Jahre ab Kenntnis des Schadens geltend machen. Ein mögliches Verfahren vor der GBK würde zur Hemmung des Fristenlaufes für die gerichtliche Rechtdurchsetzung gem § 38 Abs 4 GIBG führen.

VII. Conclusio

Frage dieser Arbeit war, ob Misgendering im Zusammenhang mit dem Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen eine Diskriminierung, genauer eine Belästigung aufgrund des Geschlechts darstellen kann, gegen die Betroffene einen rechtlichen Schutz haben. Behandelt wurde diese Thematik anhand des der Gleichbehandlungsanwaltschaft vorliegenden Falls der X. Basierend auf Literatur- und Judikurrecherche konnte gezeigt

⁷⁴ Vgl *Greif/Ulrich* Legal Gender Studies Rz 456.

⁷⁵ Vgl *Greif/Ulrich* Legal Gender Studies Rz 471.

⁷⁶ Vgl *Greif/Ulrich* Legal Gender Studies Rz 470.

⁷⁷ OGH 29.1.2015, 9 ObA 144/14p.

⁷⁸ Vgl *Greif/Ulrich* Legal Gender Studies Rz 469.

werden, dass das Verhalten der B eine Belästigung aufgrund des Geschlechts gem § 35 Abs 1 GIBG darstellt und X einen Schadenersatzanspruch gem § 38 Abs 2 GIBG hat.

In casu ist der sachliche Anwendungsbereich des dritten Teils des GIBG eröffnet. Neben den formalen Voraussetzungen des Geltungsbereiches konnte erörtert werden, dass das inkriminierende Verhalten im Bezug zum Schutzpunkt "Geschlecht" gem § 31 Abs 1 GIBG gesetzt wurde, da das Merkmal "Geschlecht" alle Ausprägungen der geschlechtlichen Identität umfasst und somit auch inter- und transgeschlechtlichen sowie nicht-binären Personen geschützt sind.

Die Rechtswidrigkeit des Verhaltens der B konnte ebenfalls bejaht werden, da es sich auf das Geschlecht der X bezieht, ihre Würde verletzt, für sie unerwünscht ist und ein negatives Umfeld für X schafft. Der Begriff der Würde nach dem GIBG ist nicht legaldefiniert und rechtlich schwer zu fassen. Er kann allerdings mit Hilfe des Rechts auf Menschenwürde gem Art 1 GRC, dem § 16 ABGB und dem Recht auf Privatleben gem Art 8 EMRK so ausgelegt werden, dass ein Eingriff in die geschlechtliche Identität einer Person eine Verletzung der Würde darstellt. Dieser erreicht in casu auch objektiv betrachtet die notwendige Intensität. Das Verhalten der B ist der X auch subjektiv unerwünscht und schafft ein negatives Umfeld für sie.

Somit erfüllt das Verhalten von Frau B sämtliche Tatbestandsmerkmale der rechtswidrigen Belästigung gemäß § 35 Abs 1 GIBG. Das GIBG sieht ein zweigleisiges Rechtsschutzsystem vor, in dem X die Wahl hat, sich an die ordentlichen Gerichte oder an die Gleichbehandlungsanwaltschaft zu wenden.

Insgesamt zeigt sich, dass Misgendering eine Form der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt und somit dem Schutz des Gleichbehandlungsgesetzes unterliegt. Die Fallanalyse verdeutlicht die Relevanz von sensibler und respektvoller Sprache im Umgang mit anderen Personen und zeigt die Notwendigkeit eines rechtlichen Rahmens, um Diskriminierung in all ihren Formen zu bekämpfen.

VIII. Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 1811/946
Abl	Amtsblatt
Abl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
Art	Artikel
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1
BG	Bundesgesetz
BGBl	Bundesgesetzblatt
bspw	beispielsweise
bzw	beziehungsweise
EG	Europäische Gemeinschaft, -en
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention BGBl 1958/210
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f; ff	und der, die folgende; und der, die
GIBG	Gleichbehandlungsgesetz BGBl I 2004/66
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 18.12.2000 Abl C 2000/345, 1
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber*in
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
insb	insbesondere
iSd	im Sinne des
iVm	in Verbindung mit
iwF	in weiterer Folge
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JN	Jurisdiktionsnorm RGBI 1895/111
LG	Landesgericht
lit	litera (Buchstabe)
mVa	mit Verweis auf
ObA	Aktenzeichen des Obersten Gerichtshofes für Arbeitsrechtssachen
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung

RL	Richtlinie der EU
Rs	Rechtssache (bei Europäischen Gerichten)
RS	Rechtssatz
Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randziffer
sic	so stand es geschrieben
uA	und andere; unter anderem
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
Vgl	Vergleich
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel

IX. Literaturverzeichnis

Barta, Zivilrecht: Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken (2004)

Beclin, Gutachterliche Stellungnahme zur Frage der Haftpflichtigen und der Verantwortung für Dritte nach dem III. Teil des GIBG (2010)

Chattas, Intergeschlechtliche Menschen in Europa schützen (2023)

Ernst Karner, Menschenrechte und Schutz der Persönlichkeit im Zivilrecht, ÖJZ 2013/106.

*Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB*³ (2014)

Göth, Studienübersicht: Definition und Auswirkung von Misgendern (2021)

*Greif/Ulrich, Legal Gender Studies und Antidiskriminierungsrecht*² (2019)

*Holoubek/Lienbacher, GRC-Kommentar*² (2019) (Stand 01.04.2019, rdb.at)

*Hopf/Mayr/Eichinger/Erlor, GIBG*² (2021) (Stand 1.1.2021, rdb.at)

*in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht*⁷ (2007)

Lee, Die Ungleichbehandlung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen (2020)

*Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht*⁴ (2014)

*Riedler, Zivilrecht II Schuldrecht AT*⁶ (2018)

*Rummel/Lukas, ABGB*⁴ (2014) (Stand 1.11.2014, rdb.at)

Schoditsch/Brugger, Zivilrechtlicher Persönlichkeitsschutz im Internet - das neue HiNBG, EF-Z 2021/48

Stern/Sachs, Europäische Grundrechte-Charta: GRCh (2016)