

**Gutachtliche Stellungnahme zur Frage der Haftpflichtigen
und der Verantwortung für Dritte nach dem III. Teil des GIBG**

I. Gutachtensauftrag

Im Juli 2010 trat Herr Mag. Panthène seitens der Gleichbehandlungsanwaltschaft an die Unterzeichnete mit der Frage heran, ob sie interessiert sei an der Erstellung eines Gutachtens zur Frage, ob nach dem GIBG eine „horizontale“ Haftung zwischen Privaten für Belästigungen aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit und des Geschlechts bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen und für Belästigungen aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit in den Bereichen Bildung und Sozialschutz möglich ist (Beispiele: Fahrgast belästigt anderen Fahrgast, Patient/in belästigt andere/n Patienten/in im Krankenhaus oder im Warteraum einer Arztpraxis, Schüler/in belästigt andere/n Schüler/in, uä). Das Thema des Gutachtens wurde in der Folge um die Voraussetzungen einer Haftung für das Verhalten Dritter erweitert und allgemeiner umschrieben als Untersuchung zum Kreis der Haftpflichtigen nach dem III. und IIIa. Teil des GIBG, sowie zur Verantwortung für Dritte in diesem Bereich. Im September 2010 übermittelte die Unterzeichnete der Gleichbehandlungsanwaltschaft einen Kostenvoranschlag für ein Gutachten zu den genannten Fragestellungen und wurde im November 2010 damit beauftragt.

II. Rechtliche Beurteilung

Übersicht:

A. Zum Anwendungsbereich

B. Haftung für eigenes Verhalten

1. Adressatenkreis im allgemeinen Anwendungsbereich
2. Adressaten des Belästigungsverbots
3. Abhilfepflicht

C. Haftung für das Verhalten Dritter

1. Haftung juristischer Personen für ihre Organe und „Machthaber“
2. Hoheitsverwaltung
3. Haftung für Gehilfen

D. Zusammenfassung

A. Zum Anwendungsbereich

Vorweg sei darauf hingewiesen, dass sich die im Gutachtensauftrag angesprochene Gliederung des GIBG (Teile III. und IIIa.) geändert hat: durch die am 20. Jänner 2011 im Nationalrat beschlossene Novelle zum GIBG¹ werden die gutachtensrelevanten Bestimmungen des GIBG – betreffend die Gleichbehandlung außerhalb der Arbeitswelt² – mit Inkrafttreten am 1. März 2011 in einem Teil III. des Gesetzes zusammengefasst. Dieser Teil behandelt daher nun die Verbote der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und der ethnischen Zugehörigkeit gemeinsam.³ In der Folge genannte Paragraphen ohne Hinweis auf die aF beziehen sich auf die nunmehr geltende Fassung.

Der bisherige Geltungsbereich dieser Gebote zur Gleichbehandlung – ohne Unterschied des Geschlechts beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen⁴, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen⁵; ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit in den genannten Bereichen und darüber hinaus beim Sozialschutz, sozialen Vergünstigungen und bei der Bildung - ist unverändert geblieben.⁶ Neu ist die Erwähnung des Wohnraums auch im Verbot der Geschlechterdiskriminierung; - die angestrebte Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen gebot allerdings schon bisher eine weite Auslegung des Geltungsbereichs und damit auch und gerade die Einbeziehung von Wohnraum.⁷

B. Haftung für eigenes Verhalten

1. Adressatenkreis im „allgemeinen Anwendungsbereich“⁸

a. Das GIBG enthält **keine Definition der Haftpflichtigen**: Indem der Grundtatbestand der Diskriminierung (s § 31 GIBG bzw § 40b aF GIBG) passiv formuliert ist,

¹ NR-Beschluss 938 BlgNR 24. GP.

² Geregelt in der AntirassismusRL 2000/43/EG und der Erweiterten GleichbehandlungsRL 2004/113/EG.

³ Die noch in der RV 938 BlgNR 24. GP geplante Ausweitung des Schutzes außerhalb der Arbeitswelt auf weitere Diskriminierungsmerkmale (Religion oder Weltanschauung, Alter, sexuelle Orientierung) ist unterblieben.

⁴ Und zwar auch auf Seite des Anbieters, s RV 307 BlgNR 22. GP 21.

⁵ Mit Ausnahme der Gleichbehandlung der Geschlechter im Bereich des Privat- und Familienlebens und beim Inhalt von Medien und Werbung (wobei letztere Ausnahme nicht Annoncen v Privaten betrifft), s § 30 Abs 3.

⁶ § 30 GIBG nF entspricht den §§ 30 und 40a GIBG aF.

⁷ *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009), § 40a Rz 9. Auch im Erwägungsgrund 16 der RL 2004/113/EG wird bereits die Vermietung von Wohnraum als Bsp genannt.

⁸ Unter „allgemeinem Anwendungsbereich“ (oder allgemeinem Diskriminierungsverbot) werden hier sämtliche gem § 31 GIBG bzw § 40b aF GIBG verbotene Diskriminierungen verstanden, mit Ausnahme des speziellen Falles der Belästigung.

lassen sich daraus keine Anhaltspunkte für eine Einschränkung des Adressatenkreises gewinnen. *Niemand darf* - in den genannten Bereichen, aus den genannten Gründen, unmittelbar oder mittelbar - *diskriminiert werden*. Eine derartige passive, somit am Opfer orientierte Formulierung entspricht vielmehr sprachlich der *weitest möglichen* Umschreibung des Kreises der Normadressaten. Schon darin spiegelt der Gesetzgeber die Intention der Richtlinien wider, mit dem Gleichbehandlungsgebot die Diskriminierung als negativen *Erfolg* möglichst umfassend zu erfassen und zu verhindern bzw zu beseitigen.⁹ Aus dieser Absicht folgt zunächst, dass die Richtlinien bei Eintritt des unerwünschten Erfolgs Sanktionen selbst für den Fall fordern, dass es am konkreten Verhaltensunrecht fehlt: eine richtlinienkonforme Interpretation der Sanktionsbestimmungen der §§ 12 und 26 GIBG ergibt, in Übereinstimmung mit der Judikatur des EuGH¹⁰ und den Materialien zum GIBG¹¹, dass die in diesen Bestimmungen vorgesehenen Schadenersatzansprüche (mit Ausnahme der Verletzung einer Abhilfepflicht, bei der das Gesetz ausdrücklich von Verschulden spricht) kein schuldhaftes Handeln, ja bei Vorliegen nicht in der RL geregelter Rechtfertigungsgründe uU nicht einmal rechtswidriges Handeln, der diskriminierenden Person voraussetzen.¹² Es besteht nun kein Grund, bei Interpretation der Rechtsfolgen in Teil III. des GIBG, konkret des § 38 GIBG nF (entspricht §§ 35 und 40g GIBG aF), die sich an den Rechtsfolgen der Teile I. und II. orientieren,¹³ anderes als diese **verschuldensunabhängige Haftung** anzunehmen, insbesondere als nicht zu erwarten ist, dass der EuGH im Fall einer Prüfung der Voraussetzungen eines Gleichbehandlungsverstoßes im Rahmen des Teil III. des GIBG für den Bereich der AntirassismusrL oder der Erweiterten GleichbehandlungsRL die Zulässigkeit eines Verschuldenserfordernisses in nationalen Gesetzen anders beurteilen würde, als im Bereich der in der genannten Judikatur¹⁴ des EuGH bereits beurteilten RL, die sich im maßgeblichen Wortlaut des Diskriminierungsverbots nicht von den hier gegenständlichen RL unterscheidet.¹⁵

⁹ S Erwägungsgrund 10 der RL 2004/113/EG: „... Daher sollte dafür gesorgt werden, dass Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts in diesem Bereich verhindert bzw. beseitigt werden. ...“. Ebenso Erwägungsgrund 13 der RL 2000/43/EG: „Daher sollte jede unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft in den von der Richtlinie abgedeckten Bereichen gemeinschaftsweit untersagt werden.“

¹⁰ 8. 11. 1990, C-177/88 (*Dekker*); 22. 4. 1997, C-180/95 (*Draehmpaehl*).

¹¹ RV 307 BlgNR 22. GP 18: „Weiters soll klargestellt werden, dass die Rechtsfolgen lediglich an die Erfüllung des Tatbestandes der Diskriminierung“ anknüpfen, „schuldhaftes Handeln des/der Diskriminierenden ist nicht erforderlich“ (zur Diskriminierung bei Begründung des Arbeitsverhältnisses).

¹² *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG § 12 Rz 8, § 26 Rz 9, jeweils mwN.

¹³ RV 307 BlgNR 22. GP 21; ebenso *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG § 35 Rz 2.

¹⁴ FN 10.

¹⁵ RL 76/207/EWG, Art 2 (1): „Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne der nachstehenden Bestimmungen beinhaltet, dass keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ... erfolgen darf.“ Vgl damit den Wortlaut in FN 9.

Aus dem Anliegen der RL, unerwünschten Diskriminierungen im Erfolg möglichst umfassend vorzubeugen, folgt weiters, dass bei mehreren möglichen Interpretationen des Kreises der Haftpflichtigen *im Zweifel der weiteren* der Vorrang einzuräumen ist, da sich sowohl die präventive Wirkung, als auch die Chance des/der Geschädigten, zu einem Ersatz zu kommen, dadurch erhöhen.

Schon nach der Wortinterpretation und auch nach einer systematischen Interpretation im Hinblick auf die RL ist daher davon auszugehen, dass jede/r, die/der eine tatbestandsmäßige Handlung setzt, grundsätzlich auch zu den Haftpflichtigen gehört. Anzusetzen ist daher bei der gesetzlichen Umschreibung dieser **tatbestandsmäßigen Handlung** selbst: Klammert man aus der Betrachtung zunächst die Belästigung aus (diese wird anschließend unter B. 2. behandelt) und beschränkt sich somit auf den allgemeinen Anwendungsbereich, so kann man aus den Definitionen der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung folgende verbotene Diskriminierungshandlungen ableiten: haftbar wird, wer einer Person aufgrund ihres Geschlechts oder ihrer ethnischen Zugehörigkeit in einem der geschützten Bereiche (Zugang zu oder Versorgung mit öffentlich zur Verfügung stehenden Gütern oder Dienstleistungen, etc.) eine *weniger günstige Behandlung angedeihen lässt* als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde (unmittelbare Diskriminierung), oder wer eine Person in einem der geschützten Bereiche der Anwendung von *dem Anschein nach neutralen Vorschriften, Kriterien oder Verfahren unterwirft*, die gerade Personen ihres Geschlechts oder ihrer ethnischen Zugehörigkeit in besonderer Weise benachteiligen können¹⁶ (mittelbare Diskriminierung).

Diese Tathandlungen setzen voraus, dass der/die Handelnde überhaupt in der Lage ist, durch sein/ihr Tun auf die Bedingungen des Zugangs zu oder der Versorgung mit den gegenständlichen Leistungen Einfluss zu nehmen. Es kommen als Verantwortliche für die Einhaltung des allgemeinen Gleichbehandlungsgebots daher nur Personen in Frage, die entweder selbst als Anbietende von Leistungen auftreten oder sonst bestimmen können, wer unter welchen Bedingungen die Leistung in Anspruch nehmen kann. Unbestreitbar hat das Gesetz primär die **Anbieter/innen der Leistung** im Auge. Es sind dies im Bereich der Privatwirtschaft die (potentiellen) Vertragspartner der Verträge über Güter und Leistungen (Gastbetrieb, Diskothek, Supermarkt etc), im hoheitlichen Bereich die Anbieter von Bildung oder Sozialleistungen (idR also die öffentliche Hand). Sie haften aus der ungleichen

¹⁶ Es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich (§§ 32 GIBG, 40c aF GIBG).

Behandlung bei Leistungsgewährung sogar dann, wenn sie nicht selbst gehandelt haben: Auf den Grundsatz der Verschuldensunabhängigkeit der Haftung und die damit zusammenhängende weite Zurechnung von Dritten zum/zur Leistungsanbietenden wird noch näher eingegangen.¹⁷

b. Fraglich ist, ob im allgemeinen Anwendungsbereich neben dem/der Anbieter/in der Güter oder Dienstleistungen selbst (Leistungsanbieter/in) **auch andere Entscheidungsträger** als Haftende in Frage kommen. Diese Frage ist zu trennen von der Frage der Haftung einer leistungsanbietenden Person für fremdes Verhalten, also von der Zurechenbarkeit des Verhaltens unmittelbarer Entscheidungsträger an die Leistungsanbieter; sie ist auch grundsätzlich unabhängig von dieser, ebenso wie die Gehilfenhaftung nicht voraussetzt, dass den Gehilfen in eigener Person eine Verantwortlichkeit trifft.¹⁸ Dennoch könnte die weitgehende Zurechnung dritter Entscheidungsträger an den/die Leistungsanbieter/in insofern eine Rolle für die Frage der eigenen Haftbarkeit dieser Entscheidungsträger spielen, als der in den RL¹⁹ aufgestellten Forderung nach einer Möglichkeit zur Geltendmachung von Ansprüchen für jedes Diskriminierungsoffer schon durch den Schadenersatzanspruch gegen den/die Leistungsanbieter/in Genüge getan sein und die Haftung einer zweiten Person *für dieselbe Diskriminierung* daher als überflüssig angesehen werden könnte.

Tatsächlich sind nach der Judikatur des EuGH die einschlägigen Richtlinien so zu verstehen, dass die Haftung des/der Diskriminierenden **kein Verschulden voraussetzt**.²⁰ Auch Rechtfertigungsgründe sollen nach dem EuGH über die in den RL vorgesehenen hinaus nicht zulässig sein.²¹ Dies bedeutet, dass die Haftung des/der Leistungsanbieters/in davon unabhängig ist, von wem die Entscheidung zu diskriminieren ausging, wenn sie nur **im Ergebnis zu ungleichen Bedingungen** beim Zugang zu oder der Versorgung mit seinen/ihren Leistungen **geführt hat**. Er/Sie könnte sich von seiner/ihrer Haftung daher nicht befreien mit dem Hinweis darauf, dass die ungleiche Leistungsgewährung nicht von ihm/ihr selbst verschuldet, sondern die entsprechende Entscheidung von jemand anderem, wenn auch im Ergebnis wirksam, getroffen wurde. Dies ist im Rahmen der verschuldensunabhängigen Haftung für allgemeine Diskriminierungen ein **Ergebnis der Tatbestandsmäßigkeit** der ungleichen Leistungsgewährung (unabhängig von Fragen der *Zurechnung* des fremden

¹⁷ S unten C. 3.

¹⁸ *Koziol*, Haftpflichtrecht II² (1984) 347, 358.

¹⁹ Vgl Art 7 AntirassismusRL; Art 8 Erweiterte GleichbehandlungsRL.

²⁰ Mit Ausnahme der Abhilfeverpflichtung in den Teilen I. und II., deren Verletzung nur bei Verschulden zur Haftung führt. S schon oben a.

²¹ 8. 11. 1990, C-177/88 (*Dekker*).

Verhaltens²²). Dem Diskriminierungsopfer haftet daher auch beim Dazwischentreten anderer entscheidungsbefugter Personen jedenfalls der Anbieter/die Anbieterin der Leistung selbst.

Wer auf die Leistungserbringung dahingehend Einfluss nimmt, dass es zu einer Ungleichbehandlung kommt, erfüllt jedoch auch seinerseits klar den Wortlaut des Gesetzes und *diskriminiert*. Auch der von der AntirassismusRL und der Erweiterten GleichbehandlungsRL determinierte **Gesetzeszweck** des GIBG, nämlich Diskriminierungen in den erfassten Lebensbereichen abzubauen, Rassismus und Geschlechterdiskriminierung möglichst zu beseitigen,²³ gebietet wie gesagt prinzipiell eine weite Auslegung des Gleichbehandlungsgebots und damit eine Haftung **jeder Person, die den Tatbestand verwirklicht**.

Gleicher Zugang zu Leistungen iSd Gesetzes ist zudem dann am besten gewährleistet, wenn gerade jene, die **maßgeblichen Einfluss** auf den Zugang ausüben, sich an die Regeln des GIBG halten müssen. Bereits die **Anbahnung** von Rechtsverhältnissen (oder Leistungsbeziehungen außerhalb von solchen) fällt unter das Gleichbehandlungsgebot (§ 30). Gerade in diesem Stadium erfolgt jedoch bereits regelmäßig die Betrauung **dritter Personen** durch den/die Leistungsanbieter/in mit der Aufgabe, den Zugang zu kontrollieren bzw eine Vorauswahl zu treffen oder auch die näheren Bedingungen des Leistungserhalts festzulegen. Diese Personen haben dann eine Schlüsselposition beim Zugang inne, wie zB Security-Unternehmen am Eingang zu Veranstaltungen (Disothek), Makler/innen bezüglich Wohnraumbeschaffung, da sie den Zugang zu Gütern und Dienstleistungen **faktisch steuern**.

Abgesehen von der prinzipiell gegebenen Möglichkeit, den/die Leistungsanbieter/in selbst in Anspruch zu nehmen, besteht nun für das potentielle Opfer einer Diskriminierung ein eminentes **Interesse an einer Eigenverantwortlichkeit** des unmittelbar die Zugangsentscheidung Treffenden: Nur die eigene Verpflichtung, die Gebote des GIBG einzuhalten, schützt Leistungswerber/innen vor dem Abschieben der Verantwortung durch die unmittelbar Entscheidenden auf den/die Leistungsanbieter/in, etwa im Wege der – wohl nicht seltenen – bloßen Behauptung, man *habe die Weisung, keine Ausländer einzulassen*. Im Fall eigener Verpflichtung durch das GIBG hätte die Berufung auf eine derartige Weisung keine Wirkung, der/die Türsteher/in könnte selbst belangt werden.²⁴

²² Zu diesen unten C.

²³ Vgl auch § 31 Abs 2 GIBG nF.

²⁴ Falls tatsächlich eine derartige Weisung vorliegt, besteht allerdings uU die Möglichkeit des Regresses gegen die weisungserteilende Person, zB nach DNHG.

Eine Haftungsfreiheit der unmittelbar entscheidenden Personen stünde auch in Widerspruch zur in der Folge (B. 2.) vertretenen Haftung Dritter für Belästigungen. Eine Ungleichbehandlung beim Zugang zu Leistungen wird von den Betroffenen wohl oft zu Recht zugleich als Beleidigung oder Feindseligkeit empfunden werden und eine Verletzung ihrer Würde bewirken, sodass ohnehin auch der Tatbestand der Belästigung erfüllt ist. Da die **Abgrenzung von Belästigungs- und allgemeinem Diskriminierungsverbot** gerade bei den zugangskontrollierenden Personen in diesem Sinn nur **schwer durchzuführen** ist, spricht auch dieser Aspekt für eine **Gleichheit der Rechtsfolgen**: der/die Entscheidungsträger/in haftet für eine allgemeine Diskriminierung beim Zugang genauso wie er für eine Belästigung haftet.

Für die Beantwortung der Frage nach einer Haftung Dritter ist letztlich die **dogmatische Einordnung des Rechts auf Gleichbehandlung** entscheidend: Handelt es sich um ein rein relatives Recht, dessen Wirkung auf die Partner einer Sonderbeziehung beschränkt ist oder um ein absolutes Recht, dessen Achtung in den Grenzen der Zumutbarkeit jedem aufgetragen ist? Wenn man die Gleichbehandlung nur als spezielle Nebenpflicht in der Leistungsbeziehung betrachtet, die allenfalls Vorwirkungen bei deren Anbahnung bzw im vorvertraglichen Schuldverhältnis entfaltet, so wäre es in der Tat nicht evident, dass auch Dritte (zB Vertragsgehilfen) in eigener Person die Verpflichtung zur Einhaltung dieser Gebote träge. Vorvertragliche bzw vertragliche Schutz- und Sorgfaltspflichten treffen Dritte nur in Ausnahmefällen (etwa bei ausgeprägtem Eigeninteresse an der Vertragsbeziehung). Auch wird dem Vertrag mit dem Erfüllungsgehilfen idR keine Schutzwirkung zugunsten Dritter zugebilligt, da diese ein subsidiäres Mittel zur Begründung vertraglicher Ansprüche ist und ohnehin der/die Geschäftsherr/in selbst haftet.²⁵

Die Haftung Dritter nach dem GIBG muss ihrem Charakter nach daher eine deliktische sein. Dies wiederum setzt voraus, dass man das Recht auf Nicht-Diskriminierung als absolut geschützte Rechtsposition begreift. Der Gesetzeszweck, in Übereinstimmung mit den Erwägungsgründen der RL Diskriminierungen in den betroffenen Bereichen *überhaupt zu unterbinden*,²⁶ kann aber nicht erreicht werden, wenn nur die Vertragspartner/Leistungsanbieter/innen, nicht aber Dritte für ihr diskriminierendes Verhalten zur Verantwortung gezogen werden. Gerade das Ziel der RL – ein **diskriminierungsfreies Umfeld in den erfassten Lebenssituationen** zu schaffen – spricht daher im Zusammenhang mit der ohnedies weiten Formulierung der gesetzlichen Gleichbehandlungsgebote für die

²⁵ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 143.

²⁶ S schon FN 9.

Interpretation im Sinn einer **Anerkennung eines absoluten Rechts auf Freiheit von Diskriminierung in den geschützten Bereichen**, das auch von jedem/jeder Dritten zu respektieren ist. Es handelt sich bei diesem Recht auf Nicht-Diskriminierung um ein **Persönlichkeitsrecht**.²⁷ Wie bei allen absoluten Rechten ergibt sich die Rechtswidrigkeit einer diskriminierenden Handlung aus einer Abwägung zwischen dem Interesse des Rechtsinhabers am Schutz seines absoluten Rechts auf diskriminierungsfreien Zugang zu Leistungen und dem Interesse Dritter an der Freiheit, Entscheidungen ohne Rücksicht auf das Diskriminierungsverbot zu treffen (hier va im Sinn der klassischen Vertragsfreiheit). Gerade dieses letztgenannte „Interesse zu diskriminieren“, ist jedoch bei Dritten angesichts des Verbots der Diskriminierung für die Leistungsanbieter selbst, nicht schützenswert, denn im Vergleich zu den letztgenannten haben **Dritte ein deutlich geringeres Eigeninteresse** am eventuell durch die Zugangsbeschränkung beeinflussten Geschäftserfolg. Zu berücksichtigen ist auch der Aspekt, dass sie die entsprechende Tätigkeit in der Regel freiwillig übernommen haben.

Personen, die **maßgeblichen Einfluss** auf die Entscheidung über den Zugang zu geschützten Leistungen ausüben, **ohne selbst** diese Leistungen **anzubieten**, ist es daher zumutbar, ihre Entscheidungen im Sinne der auch den Leistungsanbietern selbst auferlegten Gleichbehandlungspflicht zu treffen. Eine Diskriminierung durch diese Personen stellt folglich einen Verstoß gegen das absolut geschützte Recht auf Gleichbehandlung dar.

Beispiele für Entscheidungsträger dieser Art sind **Schulleiter/innen**²⁸, weil sie den Zugang zu Bildung kontrollieren, aber auch **Lehrer/innen**, die mit ihrer Prüfungstätigkeit über den Aufstieg in die nächste Klasse entscheiden, **Türsteher/innen**, **Makler/innen** etc. Falls unselbständig Tätige von ihrem/r Dienstgeber/in die Weisung erhalten haben, zu diskriminieren (zB Inländer/innen zu bevorzugen), kommen sie uU in eine Art "Befehlsnotstand“, jedoch ist eine Weisung des/der Dienstgebers/in, die gegen das GIBG und damit gegen das Persönlichkeitsrecht einer anderen Person verstößt, gesetzwidrig²⁹ und daher nicht bindend. Hält sich der/die Dienstnehmer/in dennoch an die Weisung und haftet für die deliktische Schädigung nach dem GIBG, kann er/sie im Wege des DNHG (teilweisen) Rückersatz erlangen.

Im Bereich der **Hoheitsverwaltung** ist eine direkte Haftung des Organs (dh der handelnden physischen Person) durch das AHG ausgeschlossen, sofern ein Anspruch gegen

²⁷ Dazu auch unten B. 2.

²⁸ Gehört die Schule allerdings zum Bereich der Hoheitsverwaltung, scheidet eine Haftung physischer Personen in Organfunktionen aus (§ 1 AHG); dazu gleich.

²⁹ Zur Anweisung sogleich bei c.

den Rechtsträger besteht (§ 1 AHG; s auch C. 2.). Im öffentlichen Schulwesen haftet der/dem Geschädigten daher nur der Schulhalter, nicht der/die Schulleiter/in oder Lehrer/in, der/die keine Ausländer/innen in die Schule aufnimmt. Auch im Bereich Sozialschutz haftet nur der Rechtsträger, nicht aber der/die einzelne Referent/in für eine Diskriminierung beim Zugang zu Sozialleistungen, sofern es sich um den Bereich der Hoheitsverwaltung handelt. Der Haftungsausschluss bezieht sich nicht nur auf die **deliktische Haftung** der als Organ handelnden physischen Personen, sondern verhindert auch eine schadensrechtliche Inanspruchnahme aus einer vertraglichen Beziehung mit Schutzwirkung zugunsten des Diskriminierungsopfers.³⁰ (Falls das Organ aufgrund einer gesetz-, aber nicht strafgesetzwidrigen Weisung gehandelt hat, handelt es übrigens nicht einmal rechtswidrig.)

Da einerseits die potentiell von Diskriminierung Betroffenen auf die Mitwirkung der **faktisch den Zugang kontrollierenden Personen** beim Erlangen gleichen Zugangs zu Leistungen **angewiesen** sind (Discobesucher/innen auf die Türsteher/innen, Schüler/innen auf ihre Lehrer/innen), andererseits diese letzteren **kein schützenswertes Eigeninteresse** an einer Diskriminierung haben, fällt die **Interessenabwägung** zur Feststellung der Rechtswidrigkeit hier eindeutig zugunsten des Persönlichkeitsrechts auf diskriminierungsfreien Zugang aus. Diese dritten Personen haften daher selbst, - sowohl wenn sie angewiesen wurden, zu diskriminieren (zur Anweisung sofort c.), als auch, wenn sie aus eigenem Antrieb diskriminieren.

c. Es gibt einen Bereich im allgemeinen Diskriminierungsverbot, in dem der Kreis der potentiell Haftenden noch über die mit der Entscheidung über den Zugang/die Versorgung Betrauten hinausgeht: Auch die **Anweisung zur Diskriminierung** einer Person ist gem § 32 eine Diskriminierung (entspr §§ 32, 34 aF). Von der Haftung erfasst sind hier aus denselben Gründen wie zuvor, aufgrund geringen schutzwürdigen Eigeninteresses an der Diskriminierung in Abwägung mit der Schutzwürdigkeit des absoluten Persönlichkeitsrechts, nicht nur die Leistungsanbieter/innen selbst, sondern auch Dritte, denen **faktisch die Macht** zukommt, **durch ihre Anweisung maßgeblichen Einfluss auf Zugangsentscheidungen auszuüben**.³¹ Hierunter könnte zB eine Person fallen, die durch Androhen von Nachteilen eine diskriminierende Entscheidung herbeiführen möchte.³²

³⁰ Vgl OGH 1 Ob 296/03s, JBl 2005, 387; *Mader* in Schwimann³, § 9 AHG Rz 14. Ein neben die hoheitliche Beziehung tretender Vertrag direkt zwischen Organ und Opfer wäre dagegen wohl eine taugliche Anspruchsgrundlage trotz Haftungsausschlusses im AHG, da ja auch vertragliche Ansprüche des Organs gegen das Opfer vom AHG nicht berührt werden.

³¹ Vgl auch *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG § 5 Rz 159, die eine Haftung der Anweisenden aufgrund analoger Anwendung der Rechtsfolgen des § 12 vertreten, insbesondere als auch die Gesetzesmaterialien eine Haftung der anweisenden Person ermöglichen wollen (RV 307 BlgNR 22. GP 11). Einer Analogie bedarf es im III. Teil des

Der Wortlaut des Gesetzes, nach dem sowohl die Anweisung als auch die Befolgung der Anweisung Diskriminierungen sind (s § 32 Abs 3 GIBG), sodass hier zumindest **zwei verschiedene Personen** jeweils den Tatbestand der Diskriminierung erfüllen, ist zudem ein Beleg dafür, dass auch im Teil III. des GIBG nicht nur die leistungserbringende Person als Haftende/r in Frage kommt. Auch aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass mit dem/der Anweisenden eine **weitere Person in den Kreis der Verpflichteten einbezogen** werden sollte.³³ Damit ist bereits der Schritt vom relativen Recht zur absolut geschützten Rechtsposition mit Wirkung gegen Dritte vollzogen.

Der Tatbestand der Anweisung stellt also für sich eine diskriminierende Handlung dar und ist auch dann erfüllt, wenn sie ohne Erfolg bleibt, die Diskriminierung, zu der angewiesen wurde, also nicht stattfindet.³⁴ Kommt es zur Ausführung, so haften sowohl die anweisende als auch die beim Zugang diskriminierende Person. In diesem Fall hat die diskriminierte Person **zwei kumulative Schadenersatzansprüche** gegen beide Haftende, da sie zwei unterschiedlichen Diskriminierungen ausgesetzt war. Für den Fall, dass das diskriminierende Verhalten der angewiesenen Person der anweisenden Person **zurechenbar** ist (zu den Voraussetzungen unten C.), haftet diese für beide Diskriminierungen, für die Ausführung der Anweisung solidarisch mit der unmittelbar diskriminierenden Person und für die Anweisung allein.

2. Adressaten des Belästigungsverbots

a. Auch Belästigung und sexuelle Belästigung in den geschützten Bereichen gelten als Diskriminierungen (§ 35 GIBG). Verboten sind unerwünschte, unangebrachte oder anstößige³⁵ Verhaltensweisen, die im Zusammenhang mit einem der Gründe - ethnische Zugehörigkeit oder Geschlecht einer Person³⁶ – oder der sexuellen Sphäre stehen (also zumindest *auch* aus einem dieser Gründe erfolgen), und die bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betroffenen Person verletzt und ein "negatives" Umfeld für sie geschaffen wird.³⁷

GIBG indes nicht, da schon der Wortlaut des § 38 die Schadenersatzpflicht nicht auf den Anbieter der Leistung beschränkt.

³² Zur Anweisung s auch unten B. 2.

³³ RV 307 B1gNR 22. GP 11.

³⁴ Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG § 5 Rz 160.

³⁵ Die RL erfasst nur "unerwünschte" Verhaltensweisen.

³⁶ Auch dritten, – sog "drittbezogene Belästigung", "discrimination by association"; vgl EuGH 17. 7. 2008, C-303/06 (Coleman).

³⁷ § 35 nF GIBG, bisher §§ 34 und 40f aF

Wie beim allgemeinen Diskriminierungsverbot findet sich auch beim Belästigungsverbot keine Definition der Haftpflichtigen. Der Kreis der Haftenden ist im Wortlaut wieder nur durch die Beschreibung der schädigenden Handlung begrenzt. Demgemäß kommen grundsätzlich **alle Dritten** - also auch Kunden, Mitbewerber/innen oder zufällig Anwesende - als diskriminierende Personen in Frage, wenn sie den Tatbestand der Belästigung erfüllen, nicht anders als im Anwendungsbereich der Teile I. und II. des GIBG, wo allerdings auf Dritte ausdrücklich Bezug genommen wird (§§ 6, 21 GIBG). Der Kreis der potentiell Haftenden ist damit noch weiter als im allgemeinen Anwendungsbereich, da Belästigende auch Personen ohne jeden Einfluss auf zugangsrelevante Entscheidungen sein können.

Dass vom Gesetzgeber auch im Teil III. wie in den ersten beiden Teilen des GIBG vorgesehen ist, dass ein von der leistungserbringenden Person verschiedener Dritter wegen Belästigung beim Zugang zu den geschützten Leistungen haftbar wird, ist nicht nur durch den weiten Wortlaut des Tatbestands in § 35 erkennbar, sondern auch durch die Differenzierung bei der Formulierung der Rechtsfolgen in § 38, nach der die betroffene Person bei Verstößen gegen das allgemeine Gleichbehandlungsgebot „Anspruch auf Ersatz“, bei Belästigung aber ausdrücklich „gegenüber dem/der Belästiger/in Anspruch auf Ersatz“ ihres Schadens hat. Die Formulierung des Schadenersatzanspruchs aus Belästigung in § 38 ist in Übereinstimmung mit dem **wörtlich gleichlautenden Anspruch** bei Belästigung durch Dritte in § 12 dahingehend auszulegen, dass Belästiger/in jede/r Dritte sein kann.³⁸ Hätte der Gesetzgeber die Absicht gehabt, den Kreis der Haftpflichtigen entgegen der in Teil I. und II. seit langem bestehenden Erstreckung auf Dritte im Teil III. zu beschränken, so hätte er das zweifellos in einer engeren Formulierung des Tatbestands in § 35 oder der Sanktion in § 38 zum Ausdruck bringen müssen. Auch mit Blick auf den Zweck der Richtlinien, Diskriminierungen möglichst einzudämmen, verbietet sich eine reduzierende Auslegung der Haftpflichtigen. Denn die Richtlinie will nur einen Mindeststandard vorgeben und begrüßt in jedem Fall auch eine über diesen hinausgehende, im Umfang weitere Regelung der Haftpflichtigen in nationalen Gesetzen.

Dem im allgemeinen Anwendungsbereich (oben 1.) gebrachten Argument, die **Zurechnung des Fehlverhaltens Dritter** an den/die Leistungsanbieter/in **könnte eine zusätzliche Haftung** des/der Diskriminierenden in eigener Person **erübrigen**, kommt im Bereich der Belästigung noch geringere Bedeutung zu, da Belästigungen nur in bestimmten Fällen zugerechnet werden können, während allgemeine Diskriminierungen durch

³⁸ So im Ergebnis auch *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG § 34 Rz 13.

zugangsbeschränkende Maßnahmen, sofern sie wirken, praktisch immer über § 1313a dem/der Leistungserbringer/in zurechenbar sind (s unten C. 3.). Auch die vom EuGH vertretene **Verschuldensunabhängigkeit** der Haftung im GIBG führt – anders als bei der allgemeinen Diskriminierung – bei einer Belästigung nicht automatisch zu einer Haftung des/der Leistungsanbieters/in für die Diskriminierung durch Dritte, denn bei Belästigungen durch Dritte fehlt es nicht nur am Verschulden (bzw der Rechtswidrigkeit) der Handlungen des/der Leistungserbringers/in, sondern schon an deren Tatbestandsmäßigkeit (er/sie „belästigt“ eben nicht).

Der Gesetzeszweck gebietet daher auch und gerade hier eine weite Auslegung des Gleichbehandlungsgebots und damit eine **Haftung jeder Person, die eine tatbestandsmäßige Handlung setzt**. Das Ziel der RL - Schaffung eines **diskriminierungsfreien Umfelds** in den erfassten Lebenssituationen³⁹ - wäre nicht erreichbar, wenn nur Vertragspartner/Leistungserbringer/innen, nicht aber Dritte, die ja zumeist auch einen wesentlichen und unvermeidbaren Teil dieses Umfelds der geschützten Personen beim Leistungszugang ausmachen, sich an das Belästigungsverbot halten müssten. Der Gesetzeszweck spricht daher im Zusammenhang mit der ohnedies weiten Formulierung für die Interpretation der gesetzlichen Gleichbehandlungsgebote im Sinn einer **Anerkennung eines absoluten Rechts auf Freiheit von Diskriminierung in den geschützten Bereichen**, das auch von jedem/jeder Dritten zu respektieren ist.

Im Bereich der Belästigungen könnte aufgrund der fehlenden Zurechenbarkeit „echter“ Dritter – also jener Personen, die nicht Gehilfen⁴⁰ der Leistungsanbieter/inne/n sind - wie zB Passanten oder anderer Kunden, die geschädigte Person trotz Diskriminierung in einem vom Gesetz geschützten Bereich nur allzu leicht ohne irgendeinen Ersatzanspruch dastehen, was klar der **Forderung der RL nach effizienten Sanktionen und Rechtsschutz für alle Betroffenen** widerspräche. Denn eine eventuelle Anweisung der belästigenden Person durch den/die Leistungsanbieter/in (Lokalbesitzer/in und Belästiger/in haben sich zB vorher abgesprochen, letztere/r solle bestimmte unerwünschte Kunden vertreiben) wird für das Opfer idR nicht nachweisbar sein, - mit dem Ergebnis, dass das Verhalten der dritten Person mangels Gehilfenstellung nicht zugerechnet werden kann. In diesem Fall *muss wenigstens der/die Belästiger/in selbst dem Opfer haften*. Sonst könnte der/die Leistungsanbieter/in das **Diskriminierungsverbot allzu leicht unterlaufen**, indem er/sie sich - außenstehender und somit nicht automatisch zurechenbarer – Dritter zur Belästigung

³⁹ Vgl die Erwägungsgründe beider RL, s FN 9.

⁴⁰ S unten C.3.b.

bedient. Der von der RL geforderte Rechtsschutz wäre damit eindeutig nur unzureichend gewährleistet.

Wie schon im Zusammenhang mit dem allgemeinen Anwendungsbereich herausgearbeitet (oben 1.), handelt es sich bei den Diskriminierungsverboten des GIBG um Konkretisierungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bzw um die Regelung eines speziellen **Persönlichkeitsrechts auf Freiheit von Diskriminierung** in den vom Gesetz erfassten Bereichen. Ob das österreichische Recht ein allgemeines Persönlichkeitsrecht oder eine Vielzahl einzelner Persönlichkeitsrechte für unterschiedliche Schutzbereiche vorsieht, ist eine alte Streitfrage von geringer praktischer Bedeutung,⁴¹ die Verankerung des **absoluten Rechts** auf diskriminierungsfreien Zugang zu bestimmten Leistungen im GIBG hat den davor bestehenden **Schutz der Persönlichkeit** jedenfalls **abgerundet**. Die Reichweite des Schutzes muss wie bei allen absoluten Rechten anhand der formulierten Tatbestände im Gesetz und durch Abwägung der Interessen der Rechtsinhaber/innen mit den Interessen der durch das Recht in ihrem Handlungsspielraum eingeschränkten Dritten bestimmt werden.⁴² Die Beurteilung einer konkreten Handlung als rechtswidrig erfolgt also unter Berücksichtigung der **Zumutbarkeit** für Dritte, diese Handlung zum Schutz des Persönlichkeitsrechts anderer zu unterlassen. Bei der Belästigung fällt nun diese **Interessenabwägung** besonders leicht: während für leistungsanbietende Personen im allgemeinen Anwendungsbereich zumindest theoretisch ein Interesse an einer diskriminierenden Behandlung denkbar ist (sie glauben zB, damit den Wünschen anderer Kunden zu entsprechen), ist an einer (sexuellen oder sonstigen) Belästigung überhaupt **kein rechtlich schützenswertes Interesse vorstellbar**. Auch unter diesem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit der Einhaltung des Belästigungsverbots für Dritte entsteht daher durch die Annahme einer „horizontalen Wirkung“ desselben kein Wertungswiderspruch.

Wegen Verletzung eines Persönlichkeitsrechts haftet somit **deliktisch**, wer iSd Belästigungsverbots des § 35 ein **negatives Umfeld** für die betroffene Person bei der Inanspruchnahme von Leistungen in den genannten Bereichen erzeugt und damit deren Zugang bzw Versorgung beeinträchtigt, auch ohne selbst Anbieter/in der Leistungen zu sein. Belästiger iSd § 38 kann daher tatsächlich **jeder** sein. Haftbar in eigener Person werden auf diese Weise zB Patient/inn/en, die andere im Wartezimmer der Arztpraxis belästigen, ebenso

⁴¹ Aicher in Rummel³ § 16 Rz 12 ff; Nachw zur Diskussion auch bei *Handler*, Der Schutz von Persönlichkeitsrechten (2008) 41 ff.

⁴² Vgl *Koch* in KBB³ § 16 Rz 9.

ein Fahrgast in einem öffentlichen Verkehrsmittel bei Belästigung eines anderen Fahrgastes, entsprechend auch Lokalbesucher/inne/n, Nachbar/inne/n im Gemeindebau etc.

Im Bereich der **Hoheitsverwaltung**, zB des öffentlichen Schulwesens, besteht gem § 1 AHG wieder die Ausnahme, dass als Organ handelnde physische Personen bei bestehendem Anspruch gegen den Rechtsträger selbst nicht haften. Belästigt etwa eine Lehrperson im Unterricht eine/n Schüler/in wegen der ethnischen Zugehörigkeit, so würde diese Handlung vom OGH wohl wie die von einem Lehrer im Unterricht zugefügte Körperverletzung⁴³ als hoheitliche Handlung beurteilt werden, der Staat dem/der Schüler/in daher nach dem AHG haften, die Lehrperson (als Organ) selbst jedoch nicht.

Die unerwünschten Verhaltensweisen müssen geeignet sein, die Würde des/der Betroffenen zu verletzen und aufgrund der negativen Empfindungen, die sie bei ihm/ihr hervorrufen, seinen/ihren Entschluss, die Leistung weiter (oder wieder) in Anspruch zu nehmen, zu beeinträchtigen. Das setzt eine **gewisses Mindestmaß an Intensität** der belästigenden Handlung (zB Beschimpfungen, va auch vor Zeugen, schriftliche Verunglimpfungen, Tätlichkeiten...) voraus.⁴⁴ Das Erfordernis der Überschreitung einer Toleranzschwelle vor Annahme einer Belästigung ermöglicht eine flexible Handhabung des Belästigungsverbots: Je nach Umfeld (Zeugen etc) wird dieselbe Handlung (zB eine verächtliche Äußerung) für die Erfüllung des Tatbestands der Belästigung einmal ausreichen und einmal nicht. Insbesondere wenn es um Jugendliche geht, etwa bei der Belästigung eines Schülers/einer Schülerin durch einen anderen Schüler/eine andere Schülerin, ist jedoch die Tatbestandsmäßigkeit einer Handlung nicht leichtfertig mit dem Hinweis auf die „jugendliche Unbekümmertheit“, bzw mit der Begründung, dass die unter Erwachsenen üblichen Umgangsformen noch nicht ausgeprägt seien und es an der Ernstlichkeit hänselnder oder neckender Äußerungen in diesem Alter fehle, abzulehnen, sondern darauf Bedacht zu nehmen, dass gerade eine jugendliche Person Demütigungen uU viel tiefer empfinden und dementsprechend größeren bleibenden Schaden nehmen kann als eine in ihrer Persönlichkeit und ihrem Selbstbewusstsein bereits gefestigte erwachsene Person.

Trotz prinzipieller Verschuldensunabhängigkeit ist es wohl richtlinienkonform, eine Haftung Jugendlicher **für eigenes Verhalten** erst nach Erreichen der **Deliktsfähigkeit** anzunehmen, da auch dem europäischen Gesetzgeber der Schutz Minderjähriger ein besonderes Anliegen ist. Eine solche Einschränkung der Haftpflichtigen ergibt sich auch aufgrund verfassungskonformer Interpretation, da die Haftung Deliktsunfähiger in nur einem

⁴³ EvBl 1960/381.

⁴⁴ Hopf/Mayr/Eichinger, GlBG § 34 Rz 11.

Spezialbereich wie dem GIBG dem Gleichheitssatz widerspräche.⁴⁵ Keinen Wertungswiderspruch würde allerdings eine Bejahung der Haftung unter den Voraussetzungen des § 1310 ABGB darstellen. Diese subsidiäre Haftung (nur für den Fall, dass die mit der Ausübung der Obsorge Betrauten nicht haften), greift ein, wenn einem/r unmündigen Schädiger/in doch im Einzelfall ein Verschulden zur Last zu legen oder nach seinem/ihrer Vermögen im Verhältnis zu dem des/der Geschädigten eine Ersatzpflicht zuzumuten ist.

b. Eine Diskriminierung liegt auch vor bei **Anweisung zur Belästigung** oder wenn die **Zurückweisung oder Duldung einer Belästigung** durch die belästigte Person **zur Grundlage einer** diese Person berührenden **Entscheidung gemacht** wird (§ 35 Abs 2 nF GIBG). Schon zum Adressatenkreis im allgemeinen Anwendungsbereich wurde vertreten, dass Anweisende auch Dritte sein können, dh vom/von der Leistungsanbieter/in verschiedene Personen (s die Ausführungen unter B. 1.). Dies gilt umso mehr beim Belästigungsverbot, da hier schon als unmittelbare Täter/innen beliebige Dritte in Frage kommen. Weder die RL noch das GIBG definieren die "Anweisung". Anweisen ist jedenfalls nicht technisch im Sinne von Ausüben eines Weisungsrechts gemeint. Auch wenn die Materialien von „Anstiftung“ sprechen⁴⁶ und damit eine Interpretation im Sinne eines zielgerichteten Verhaltens nahelegen, ist der Begriff doch zur Verwirklichung des Zieles der RL - umfassender Schutz vor Diskriminierung - weit zu verstehen, und fallen auch Handlungen wie Ermutigung oder Aufstachelung darunter.⁴⁷ Voraussetzung ist nur, dass der „anweisenden“ Person **faktisch ein erheblicher Einfluss auf das Verhalten der belästigenden Person** zukommt. Zur Haftung kommt es auch dann, wenn die Anweisung nicht befolgt wird, da schon das Anweisen selbst eine Diskriminierung darstellt. Die angewiesene Person diskriminiert im Fall der Befolgung der Anweisung auch selbst, haftet also wegen Belästigung. In diesem Fall hat die diskriminierte Person zwei (kumulative) Schadenersatzansprüche gegen zwei schädigende Personen, da sie zwei unterschiedlichen Diskriminierungen ausgesetzt war. Eine Ausnahme ist für den Bereich der Hoheitsverwaltung zu machen, da dort das Organ selbst der belästigten Person nicht haftet.⁴⁸

Auf den ersten Blick könnte man in der zweiten Variante des § 35 Abs 2 – der Diskriminierung durch Entscheidungen auf Grundlage der Zurückweisung oder Duldung einer

⁴⁵ Ähnlich *Kletecka* in *Rebhahn*, GIBG § 12 Rz 39.

⁴⁶ RV 307 BlgNR 22. GP 11.

⁴⁷ Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG § 5 Rz 153.

⁴⁸ Das Organ hat außerdem die Weisung nach Verwaltungsrecht zu befolgen, außer sie verstößt gegen ein Strafgesetz.

Belästigung durch die belästigte Person - ein Indiz für eine Einschränkung des Adressatenkreises auf die Adressaten des allgemeinen Diskriminierungsverbots sehen, da nur diese über eine *Entscheidungsmacht* bezüglich des Leistungszugangs verfügen. Dies ginge freilich davon aus, dass man unter „Entscheidungen“ iSd § 35 nur solche betreffend den Zugang zu oder die Versorgung mit den genannten Gütern versteht, zB die Androhung, der Person den Zutritt zur Diskothek zu verweigern, wenn sie nicht bereit sei, dort mit jemand Bestimmtem eng umschlungen zu tanzen. Es ist jedoch keineswegs ausgeschlossen, eine Belästigung in einem der geschützten Bereiche auch darin zu sehen, dass eine Entscheidung betreffend einen anderen Lebensbereich der betroffenen Person davon abhängig gemacht wird, dass sie sich eine Belästigung im geschützten Bereich gefallen lässt. Verspricht eine dritte Person zB, die Verbreitung von für die betroffene Person peinlichen Tatsachen zu unterlassen, wenn diese sich zu dem Tanz bereiterklärt, so ist mE auch darin eine Belästigung bei Inanspruchnahme der Leistung der Diskothek zu sehen. Das Abhängigmachen von Entscheidungen ist ein Druckmittel, dem der/die Belästigte ausgesetzt wird und das die Belästigung daher für den/die Belästigende/n erleichtert. Es steht insofern der im selben Absatz des § 35 geregelten Anweisung zur Belästigung gleich, die ebenfalls eine die **Belästigung begünstigende Einwirkung eines Dritten** darstellt. Ob man den/die Belästiger/in durch Anweisung unterstützt oder durch Druck auf das Opfer, macht strukturell keinen Unterschied, die Einbeziehung aller Dritter auch im Rahmen der zweiten Variante des Abs 2 stellt daher im Vergleich zur Anweisung keine Ausweitung der Haftgründe dar. Schon die Zusammenfassung beider Haftungstatbestände in einem Absatz zeigt deren Verwandtschaft und spricht dafür, auch das Abhängigmachen von Entscheidungen in einem anderen Lebensbereich des Opfers durch **außenstehende Dritte** als haftungsbegründend anzusehen.

3. Abhilfepflicht

Im Gegensatz zu den Teilen I. und II. des GIBG enthält Teil III. keinen eigenen Hinweis auf eine Abhilfepflicht des/der Leistungsanbieters/in im Fall der Belästigung durch Dritte. Nach §§ 7 und 21 GIBG haftet ein/e Arbeitgeber/in, der/die es **schuldhaft unterlässt**, im Fall einer Belästigung durch Dritte eine aufgrund gesetzlicher oder vertraglicher Bestimmungen **angemessene Abhilfe zu schaffen**. Aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Regelung einer Abhilfepflicht im Teil III. (bzw Teil IIIa. aF) kann jedoch nicht auf das Fehlen einer solchen Verpflichtung in den sonstigen Bereichen (außerhalb der Arbeitswelt)

schlechthin geschlossen werden. Auch die im Zusammenhang mit Arbeitsverhältnissen im Gesetz erwähnte Abhilfepflicht wird nämlich nicht erst durch das GIBG geschaffen, sondern ist als Konkretisierung der umfassenden, jede/n Arbeitgeber/in treffenden Fürsorgepflicht zu verstehen.⁴⁹ Diese erstreckt sich auf den Schutz der Persönlichkeitsrechte des/der Dienstnehmers/in im allgemeinen und speziell daher auch auf den Schutz vor Diskriminierung.⁵⁰

Da die ausdrücklich im GIBG geregelte Abhilfepflicht somit eigentlich nur ein *Verweis* auf bereits bestehende gesetzliche oder vertragliche Pflichten ist und zudem einen Fall der Verschuldenshaftung darstellt, ist für den III. Teil des GIBG zu untersuchen, inwieweit sich auch hier **aus dem allgemeinen Zivilrecht** eine entsprechende Abhilfeverpflichtung ableiten lässt. Überall dort, wo vertragliche oder vorvertragliche Schuldverhältnisse oder andere Sonderrechtsbeziehungen bestehen, kann sich aus denselben aufgrund der **Schutz- und Sorgfaltspflichten** der Parteien untereinander⁵¹ auch eine Pflicht zum Einschreiten bei Verletzungen des Persönlichkeitsrechts durch Belästigungen ergeben. Auf diese Weise lässt sich eine Abhilfepflicht im angemessenen Ausmaß zB auf Seiten des/der Vermieters/in bei Belästigung durch andere Mieter/innen, des/der Lokalbetreibers/in bei Belästigung durch andere Gäste, des Verkehrsunternehmens bei Belästigung durch andere Fahrgäste oder des Schulhalters bei Belästigung durch Lehrer/innen oder andere Schüler/innen, jeweils als konkrete Schutzpflicht aus dem (vor-)vertraglichen Verhältnis gegenüber dem (aktuellen oder potentiellen) Vertragspartner ableiten, in deren Rahmen auch für eingesetzte Erfüllungsgehilfen zu haften ist (s unten C. 3. b.).⁵²

Zur Beantwortung der Frage, ob jene Personen, die der/die Leistungsanbieter/in einsetzt, um seine/ihre vertraglichen Pflichten zu erfüllen, wie zB Schaffner/innen, Kellner/innen, Lehrer/innen etc, eine **eigene Abhilfeverpflichtung** trifft, ist wieder auf die sich aus dem absoluten Persönlichkeitsrecht ergebenden deliktischen Pflichten abzustellen: Der Schutz vor Diskriminierung in der konkreten Ausgestaltung durch das GIBG ist ein **Persönlichkeitsrecht**, das **als absolutes Recht prinzipiell jeder zu achten** hat. Die Rechtswidrigkeitsprüfung erfolgt daher wieder im Weg einer **Interessenabwägung**. Wie der Straftatbestand „Unterlassung der Hilfeleistung“ (§ 95 StGB) zeigt, ist das hier maßgebliche Kriterium, nämlich die **Zumutbarkeit einer Pflicht zum Tätigwerden** nur sehr eingeschränkt anzunehmen. Es geht hier um eine Pflicht zum aktiven Tun (dh bereits die

⁴⁹ OGH 9 Ob A 18/08z, ZAS 2009/45 (*Krömer*) = ZAS 2009, 129 (*Schrank*).

⁵⁰ Vgl *Pfeil* in Schwimann, ABGB³ § 1157 Rz 11.

⁵¹ *Koziol/Welser* II¹³, 5 f, 16 ff.

⁵² Ebenso *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG § 35 Rz 9.

Unterlassung – das Nicht-Tun – soll rechtswidrig sein), die prinzipiell weniger zumutbar ist, als eine Pflicht zur Unterlassung. Gehört es zu den eigenen Pflichten, für das Wohl einer Person in bestimmtem Zusammenhang zu sorgen, so ist man allerdings verpflichtet, drohende Verletzungen abzuwenden. Als Beispiel kann ein Lehrer/eine Lehrerin dienen, zu dessen/deren Pflichten es auch ganz allgemein gehört, die Persönlichkeitsrechte der Schüler/innen zu schützen. Aus dieser Verantwortung, die auch eine gewisse Pflicht zur Vorbildwirkung für die Schüler/innen beinhaltet, sowie aufgrund seiner/ihrer pädagogischen Ausbildung, wird ihm/ihr ein Einschreiten im Fall erkennbarer Belästigung eines Schülers oder einer Schülerin jedenfalls zumutbar sein. (Im Bereich der Hoheitsverwaltung besteht allerdings wieder ein Haftungsausschluss zugunsten des Organs bei Haftung des Rechtsträgers.)

Allgemein ist zumindest ein Einschreiten der **Personen mit entsprechender Autorität** zu erwarten und umso eher zumutbar, als ihr Einschreiten besondere Aussicht auf Erfolg hat. Den/die Straßenbahnführer/in treffen daher kraft seiner/ihrer Autorität konkretere Pflichten zum Eingreifen als den zufällig anwesenden dritten Fahrgast. Dies ist auch unter dem Aspekt zu betonen, dass ein Opfer einer Belästigung sich gerade von einem Organ des/der Leistungsanbieters/in Abhilfe erwarten wird und durch eine Enttäuschung dieser Erwartung die Diskriminierung noch unangenehmer empfinden wird. Insgesamt gilt: je mehr zu erwarten ist, dass das Einschreiten Wirkung zeigt, und je weniger Aufwand und Risiko mit dem Einschreiten verbunden sind, umso eher ist von einer *Abhilfepflicht* auszugehen. So kann etwa in gefährlichen Situationen zwar das telefonische Anfordern von Hilfe, nicht aber das eigenhändige Eingreifen zumutbar sein.

C. Haftung für das Verhalten Dritter

1. Haftung juristischer Personen für ihre Organe und „Machthaber“

Juristische Personen können nicht durch eigenes deliktisches Verhalten haftbar werden. Aus § 26 ABGB wird jedoch abgeleitet, dass sie aufgrund ihrer Gleichstellung mit natürlichen Personen nicht nur nach den allgemeinen Regeln der **Gehilfenhaftung** entstehen müssen, sondern **darüber hinaus** – als Ersatz für eine eigene Deliktsfähigkeit – auch für ihre gesetzlich und statutarisch berufenen Organe und für andere Personen in eigenverantwortlicher, leitender und überwachender Funktion („**Machthaber**“ iSd § 337

ABGB) haften. Es handelt sich bei dieser spezifischen Zurechnung fremden Verhaltens bei juristischen Personen vom Wesen der Haftung her eigentlich nicht um Haftung für Dritte (Gehilfenhaftung), sondern um ein Surrogat für die fehlende Haftung aufgrund eigener Deliktsfähigkeit; die betreffenden Organe „repräsentieren“ in ihrer Organfunktion die juristische Person selbst (**Repräsentantenhaftung**).⁵³ So hat der OGH beispielsweise entschieden, dass eine GmbH für die sexuelle Belästigung durch ihren Geschäftsführer gem § 6 Abs 1 Z 1 GIBG einzustehen hat, und zwar unabhängig davon, ob dieser (iSd § 1313a) mit der Wahrnehmung der entsprechenden Fürsorgepflicht betraut war, da dies bei einem Vertretungsorgan eben nicht notwendig sei.⁵⁴ Die Haftung wird auch damit begründet, dass sich in der sexuellen Belästigung gerade die Gefahr realisiert hat, die durch die leitende Stellung des Organs der juristischen Person erhöht wurde, da gerade bei diesem Delikt das Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses eine große Rolle spielt.⁵⁵

Die Grundsätze der Repräsentantenhaftung können auch auf **natürliche Personen** übertragen werden, soweit diese in ihrem Unternehmen leitende Angestellte beschäftigen, weil diese wegen der Selbständigkeit ihrer Tätigkeit eine besondere Gefährdungsmöglichkeit haben.⁵⁶

Neben der juristischen Person haftet dem Diskriminierungsopfer auch das Organ, und zwar idR deliktisch für die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts auf Gleichbehandlung bzw Freiheit von Diskriminierung. Es handelt sich um Solidarhaftung, dh der/die Geschädigte kann sich aussuchen, wen er/sie in Anspruch nimmt, bzw kann auch beide zugleich belangen, erhält aber bei einer diskriminierenden Handlung selbstverständlich insgesamt nur einmal den geschuldeten Ersatz.

2. Hoheitsverwaltung

Für Ansprüche gem § 38 GIBG, die aus diskriminierenden Handlungen staatlicher Organe in Vollziehung der Gesetze erwachsen, **gilt das AHG**.⁵⁷ In Frage kommen vor allem der Zugang zu und die Versorgung mit Bildung (öffentliche Schulen) und Sozialschutz. Soweit das GIBG eine **verschuldensunabhängige** Haftung vorsieht, ist das entsprechende Erfordernis im AHG allerdings durch teleologische Reduktion zu beseitigen. Das AHG ist insofern nur *entsprechend* anzuwenden. Im Bereich hoheitlicher Verwaltung werden Organe noch weiter

⁵³ Vgl ASG Wien 25. 2. 1994, 25 Cga 461/93, RdW 1994, 255.

⁵⁴ ZB OGH 9 Ob A 18/08z, ZAS 2009/45 (*Krömer*) = ZAS 2009, 129 (*Schrank*).

⁵⁵ *Tinhofer*, Sexuelle Belästigung durch den Geschäftsführer einer GmbH, RdW 1994, 249.

⁵⁶ *Schacherreiter* in ABGB-ON § 1315 Rz 26; *Karner* in KBB³ § 1315 Rz 7.

⁵⁷ RV 307 BlgNR 22. GP 22.

zugerechnet als bei den juristischen Personen im Privatrecht. Der Rechtsträger haftet nach dem AHG für jede Schädigung durch ein Organ, das **in Vollziehung der Gesetze** tätig war. Bei einer einheitlichen Aufgabe hoheitlicher Natur gehören alle damit in unmittelbarem innerem Zusammenhang stehenden Verhaltensweisen zur Hoheitsverwaltung, auch zB Befugnisüberschreitungen und strafgesetzwidrige Handlungen.⁵⁸ So beurteilte der OGH etwa die von einem Lehrer im Unterricht zugefügte Körperverletzung als hoheitliche Handlung⁵⁹. Die Handlung des Organs muss aber jedenfalls in engem inneren und äußeren Zusammenhang mit der hoheitlichen Tätigkeit stehen, und nicht nur *anlässlich* oder *bei Gelegenheit* der Ausführung seiner Verpflichtungen erfolgen. Bei Privattätigkeiten – wenn auch während des Dienstes erfolgt – kommt daher allgemeines Schadenersatzrecht zur Anwendung. Die Abgrenzung ähnelt jener zwischen § 1313a und § 1315 ABGB.⁶⁰ Können in einem Sachverhalt hoheitliche und privatrechtliche Anknüpfungspunkte nicht getrennt werden, kommt nach dem OGH die amtshaftungsrechtliche Regelung als die speziellere zur Anwendung.⁶¹ Im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung haftet der Rechtsträger nach allgemeinem Schadenersatzrecht als juristische Person (mit dem engeren Organbegriff⁶²), s oben 1.

Die als Organ tätige physische Person selbst haftet nach österreichischem Amtshaftungsrecht dem/der Geschädigten nicht (§ 1 Abs 1 AHG). Durch die Haftung des Rechtsträgers gegenüber dem/der Geschädigten wird der Forderung der RL nach einem angemessenen Rechtsschutz jedenfalls grundsätzlich entsprochen. Dass das Organ hier im Gegensatz zu privatwirtschaftlichen Bereichen nicht selbst haftet, stellt zwar eine Verminderung der haftenden Personen dar, ein Ausfall ist für den/die Geschädigte/n allerdings angesichts der unter normalen Umständen gesicherten Zahlungsfähigkeit der öffentlichen Hand nicht zu befürchten, sodass hier der Haftungsausschluss in Abwägung der Geschädigteninteressen mit den Interessen der Hoheitsverwaltung wohl richtlinienkonform ist.

3. Haftung für Gehilfen

a. Gehilfenzurechnung beim allgemeinen Gleichbehandlungsgebot

⁵⁸ Mader in Schwimann³ VII, § 1 AHG Rz 27.

⁵⁹ EvBl 1960/381.

⁶⁰ Mader in Schwimann³ VII, § 1 AHG Rz 27 f.

⁶¹ SZ 68/134.

⁶² Mader in Schwimann³ VII, Vor § 1 AHG Rz 29 mit Nachw zur gegenteiligen Lehre, die auch in der Privatwirtschaftsverwaltung das AHG anwenden will.

Da es bei einer diskriminierenden Maßnahme durch einen/eine vom/von der Leistungsanbieter/in verschiedene/n Entscheidungsträger/in im Ergebnis um dieselbe Diskriminierung geht wie bei einer Verletzung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes unmittelbar durch den/die Leistungsanbieter/in, ergibt sich bereits aus der Verschuldensunabhängigkeit der Haftung des/der Leistungsanbieters/in prinzipiell die unbegrenzte Zurechnung an diese/n. 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 eintreten, egal von wem die diskriminierende Entscheidung**, die letztlich *in seinem/ihrem Namen wirksam* getroffen wurde, **ausging**.⁶³ Denn die Handlung der faktisch über den Zugang entscheidenden Person, zB des/der Türstehers/in, bewirkt **dieselbe Beeinträchtigung** des Zugangs zu Gütern oder Leistungen wie eine Handlung der die Leistung anbietenden Person selbst, die im Effekt daher in beiden Fällen ihre Leistung nur unter Einschränkungen angeboten hat und somit den **Tatbestand der Diskriminierung erfüllt**, wenn auch ohne eigenes schuldhaftes Handeln. Auch für diskriminierende Handlungen des Maklers/der Maklerin bei der Auswahl der zu einer Wohnungsbesichtigung eingeladenen Personen haftet die/der Vermieter/in selbst dann, wenn sie/er keine Anweisung zur Diskriminierung gegeben hat. Für die Erfüllung des Tatbestands der allgemeinen Diskriminierung reicht es, dass jemand beim Zugang zur Wohnung, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stand, diskriminiert wurde. Voraussetzung für die verschuldensunabhängige Haftung der/des Vermieterin/s ist mE allerdings, dass sie/er den/die Makler/in mit der Vermittlung betraut hat, was schon durch Übergabe des Schlüssels der Fall ist, oder deren Tätigkeit wenigstens geduldet hat. Der nicht sehr praktische Fall des völlig ungerufenen Tätigwerdens einer vermittelnden Person ohne Ermächtigung/Duldung der anbietenden Vertragsseite kann wohl nicht als Diskriminierungshandlung der letzteren, sondern einzig als Diskriminierung durch den/die Makler/in selbst angesehen werden.

Da die verschuldensunabhängige Haftung im österreichischen Recht meist eine eher weitere Gehilfenzurechnung kennt, ist davon auszugehen, dass das Fehlen des Verschuldenserfordernisses im GIBG jedenfalls kein Argument gegen eine analoge Heranziehung wenigstens derjenigen Zurechnungsregeln sein kann, die für den Bereich der Verschuldenshaftung gelten, also insbesondere des **§ 1313 a ABGB**.⁶⁴ Die Gehilfenzurechnung **analog** zu dieser Bestimmung bildet also jedenfalls eine Untergrenze der möglichen Zurechnung fremden Verhaltens im Anwendungsbereich des GIBG. Man muss

⁶³ Dazu schon oben B.1.

⁶⁴ Für eine analoge Anwendung des § 1313a auch *Kletecka* in Rebhahn, § 12 Rz 13 f.

sich zumindest das Verhalten jener Personen zurechnen lassen, derer man sich im Rahmen eines Vertrags oder vorvertraglichen Verhältnisses zur Erfüllung (bzw Verletzung) des Gleichbehandlungsgebots bedient.

Das schon aufgrund der Verschuldensunabhängigkeit erzielte Ergebnis ist nun nicht anders bei einer (analogen) Anwendung des § 1313a: im allgemeinen Anwendungsbereich ist die diskriminierende Entscheidung jedenfalls zurechenbar, weil sie sich auf die Hauptleistungspflicht bezieht.⁶⁵ Der geforderte „innere Zusammenhang“⁶⁶ der Schädigungshandlung mit der Erfüllung ist bei einer „unterschiedlichen Behandlung“ iSd allg Gleichbehandlungsgebots *immer gegeben*, da es sich bei diskriminierenden Entscheidungen um Konkretisierungen der **Hauptpflichten** aus dem Schuldverhältnis handelt.

b. Gehilfenzurechnung beim Belästigungsverbot

Die **direkte Anwendung des § 1313a** ist zumindest im Rahmen der **Abhilfeverpflichtung** von Bedeutung, da es sich hierbei um Verschuldenshaftung handelt: erbringt der/die Leistungsanbieter/in die Leistung nicht in eigener Person, sondern bedient er/sie sich zur Leistung dritter Personen, so überträgt er/sie diesen auch seine/ihre Verpflichtung zur Abhilfe im Belästigungsfall, da er/sie selbst ja nicht "vor Ort" ist.⁶⁷ Da **nur die schuldhaft**e Verletzung der Abhilfepflicht haftbar macht, kommt es – wie immer bei § 1313a – darauf an, ob das Verhalten des Gehilfen eine Pflichtverletzung des Geschäftsherrn darstellen würde, wenn dieser selbst gehandelt hätte.

So ist beispielsweise der/die **Straßenbahnfahrer/in** Gehilfe/in im Bereich der vertraglichen Abhilfeverpflichtung des Verkehrsunternehmens. Die Pflicht kann etwa Verweise, Aufforderung zum Aussteigen oder telefonisches Anfordern von Hilfe umfassen. Analoges gilt für den/die **Kellner/in** (Meldung an Lokalinhaber/in, Zuweisung eines besseren Platzes) oder **Lehrer/in** (Sofortmaßnahme: Zurechtweisung; Meldung an Schulleitung, Gespräche mit Eltern etc).

Selbst für die Teile I. und II. des GIBG ist nicht davon auszugehen, dass die (dort ausdrücklich normierte) Abhilfepflichtverletzung die einzige Möglichkeit der Haftung des/der Leitungsanbieters/in für Belästigungen anderer Personen darstellt.⁶⁸ Denn auch die dortige Normierung ist nur ein *Verweis* auf eine schon nach allgemeinen Grundsätzen bestehende

⁶⁵ *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 343, 346.

⁶⁶ *Karner* in *KBB*³ § 1313a Rz 8; s auch unten b).

⁶⁷ *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG § 12 Rz 115.

⁶⁸ So aber offenbar *Kletecka* in *Rebhahn*, GIBG § 12 Rz 15.

Schutz- und Sorgfaltspflicht gegenüber der anderen Vertragspartei. Für den Teil III. wird die Abhilfepflicht ohnehin direkt aus dem allgemeinen Zivilrecht abgeleitet. Sie kann daher nicht als abschließende Regelung der Haftung für Belästigungen durch Dritte angesehen werden.

Daher ist auch außerhalb der schuldhaften Abhilfepflichtverletzung eine Zurechnung von Belästigungen denkbar. Eine Belästigung durch eine/n **Entscheidungsträger/in** (Türsteher/in, Schuldirektor/in) ist wohl dann jedenfalls analog § 1313a ABGB zurechenbar, wenn sie im Zusammenhang mit einer Zugangsentscheidung fällt, da hier die präzise Abgrenzung der Entscheidung über/Behandlung beim Leistungszugang von der Belästigung oft gar nicht möglich ist: Die Entscheidung über den Zugang kann nämlich schon als solche auch eine Belästigung darstellen, wenn sie auf eine Art und Weise getroffen oder mitgeteilt wird, die die Würde der betroffenen Person verletzt und damit für sie eine Beeinträchtigung des Umfelds bei Leistungsanspruchnahme bewirkt. In diesem Bereich kann man die Haftung für Belästigungen durch unmittelbare Entscheidungsträger/innen außerdem noch darauf stützen, dass sie **typischerweise** im Zusammenhang mit der Zugangskontrolle auftreten und dadurch der innere Zusammenhang mit der Erfüllung der übertragenen Aufgaben gegeben ist (zum inneren Zusammenhang gleich unten).⁶⁹ So wird es zB gerade bei der Tätigkeit des/der Türstehers/in im Fall einer Zurückweisung einer Person durch deren berechtigten Widerspruch typischerweise zu Konfrontationen kommen, in deren Verlauf möglicherweise auch diskriminierende Äußerungen fallen. Die belästigende Diskriminierung durch eine den Zugang zur Leistung kontrollierende Person steht daher mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot in engem Zusammenhang, sie betrifft die Hauptleistung indem sie den Zugang zu dieser beeinträchtigt. Eine **Belästigung in Zusammenhang mit der Funktion** der die **Zugangskontrolle** ausübenden Person ist daher **stets zuzurechnen** (vgl schon oben a). Als Beispiele kann ein/e **Verkäufer/in** dienen, der/die Kunden belästigt, sodass diese vielleicht freiwillig das Geschäft verlassen, da sie **beim Zugang zur Leistung auf die Kooperation** des/der Verkäufers/in **angewiesen** sind. Ohne dessen/deren Bereitschaft kann der Leistungszugang gar nicht erfolgen. Eine Belästigung kommt hier einer Leistungsverweigerung und somit einem Verstoß gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot gleich. Die Zurechnung hat auch zu erfolgen bei der Belästigung durch eine/n Kellner/in, der/die durch Aufnahme der Bestellung faktisch den Leistungszugang steuert. Anders wird zB eine Belästigung durch eine zufällig anwesende Reinigungskraft zu sehen sein, deren Aufgabe gar nicht die Kundenbetreuung ist, sodass die Zurechnung idR abzulehnen sein wird.

⁶⁹ Vgl *Reischauer* in Rummel³ § 1313a Rz 3.

Eine unbegrenzte Zurechnung - auch vorsätzlicher Belästigungshandlungen des Gehilfen – ist gem § 1313a ABGB dann geboten, wenn es sich bei der verletzen Pflicht gerade um eine **Hauptleistungspflicht** aus dem Rechts-/Leistungsverhältnis handelt.⁷⁰ Das ist zB dann der Fall, wenn eine Person, die belästigt wird, in die **Obhut** gerade des/der Leistungsanbieters/in gegeben wurde, zB wenn eine minderjährige Person vom/von der Taxilenker/in, der/die sie transportieren sollte, sexuell belästigt oder vom/von der Privatschullehrer/in, der/die sie unterrichten sollte, aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit belästigt wird.⁷¹ Die Verpflichtung zur Unterlassung von Belästigungen bildet hier nämlich einen Bestandteil der (Hauptleistungs-)Pflicht zur Obhut bzw Aufsicht.

Für den Bereich der **Neben-, Schutz- und Sorgfaltspflichten** wird eine Haftung nur für solche Schädigungen, die durch die Ausführung der übertragenen Tätigkeit entstehen, nicht aber für bloß gelegentlich der Verwendung zugefügte Schäden, bejaht. Nach dem Normzweck des § 1313a, der die Haftung für Erfüllungsgehilfen aufgrund einer Interessenverfolgung durch den/die Geschäftsherrn/in vorsieht, ist ein sachlicher Zusammenhang mit dieser **Interessenverfolgung** erforderlich, der nach dem konkreten Interessenverfolgungsprogramm im Einzelfall zu prüfen ist und bei allen damit verbundenen **typischen Gefahren** zu bejahen ist.⁷² Lehre⁷³ und Rechtsprechung⁷⁴ anerkennen, dass auch grob fahrlässige, ja sogar **vorsätzliche** unerlaubte Handlungen in einer dem Schuldner zurechenbaren Weise vom Erfüllungsgehilfen begangen werden können. Es kommt auch hier auf den inneren Sachzusammenhang der schädigenden Handlung des Erfüllungsgehilfen mit der Vertragserfüllung an, sodass jene Schädigungen ausgeschlossen sind, die Gehilfen nur gelegentlich (anlässlich) der Erfüllung zugefügt haben und die selbständigen unerlaubten Handlungen entsprungen sind. Gehört jedoch die schädigende Handlung zum Aufgabenbereich des/der Gehilfin, mit dessen Wahrnehmung er/sie betraut worden ist, dann hat der/die Schuldner/in dafür einzustehen, etwa wenn eine mit dem Hinauswurf von Gästen betraute Person einen Gast vorsätzlich schädigt.⁷⁵ Bei einer sexuellen Belästigung im Fahrschulauto fehlt es an einer Hauptleistungspflicht iS einer Obhut oder Aufsicht wie im genannten Taxifall, die Belästigung stellt hier also eine Verletzung der Nebenpflicht zur Achtung der Persönlichkeitsrechte des/der Fahrschülers/in dar. Ein innerer Zusammenhang

⁷⁰ *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 343, 346 (zu § 1313a ABGB).

⁷¹ Jedenfalls im Fall der Minderjährigkeit ist daher die herkömmliche Lösung des Kutscherfalles („keine Haftung nach § 1313a“; s *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 344) abzulehnen. In diesem Sinn auch *Reischauer* in Rummel³ § 1313a Rz 3.

⁷² *Reischauer* in Rummel³ § 1313a Rz 3.

⁷³ *Reischauer* in Rummel³ § 1313a Rz 3 mwN.

⁷⁴ OGH 5 Ob 555/78, SZ 51/55 mwN; 7 Ob 524/90, JBl 1991, 387.

⁷⁵ OGH 5 Ob 555/78, SZ 51/55; 7 Ob 524/90, JBl 1991, 387.

mit der Erbringung der Hauptleistung, dem Vermitteln des Fahrkönnens, kann mE aber darin gesehen werden, dass diese in einer relativ intimen Situation erfolgt, in der das Opfer mit dem/der Belästiger/in allein ist und der physischen Nähe während der Fahrt nicht leicht ausweichen kann, sodass insbesondere bei jungen Fahrschüler/inne/n aufgrund der Autorität des/der Fahrlehrers/in in der Belästigung die Verwirklichung einer durch die Interessenverfolgung der Fahrschule erhöhten Gefahr gesehen werden könnte.

Methodisch ist die Frage daher nicht richtig gestellt, ob man im Bereich des GIBG *zusätzlich* der Haftungsgrundlage des § 1313a *bedarf*.⁷⁶ Vielmehr ist von einem durch die europäischen **Richtlinien** für die Auslegung des GIBG vorgegebenen **Mindeststandard** an Schutz auszugehen, der ein Mehr an Schutz durch konkrete innerstaatliche Regelungen keineswegs ausschließt. Bei Ermittlung der Rechtsfolgen einer konkreten Rechtsverletzung sind daher die Bestimmungen des GIBG und die sonstigen innerstaatlichen Haftpflichtregeln iSd Einheit der Rechtsordnung einer *Gesamtbetrachtung* zu unterziehen, wobei der Mindestschutz der europäischen RL durch das Gebot der richtlinienkonformen Interpretation nur die untere Grenze darstellt. Konkret ergeben sich die Grenzen des Schutzes aus einer Kombination der innerstaatlichen Normen des Schadenersatzrechts mit den speziellen Regeln des GIBG. Auch wenn das GIBG dies nicht ausdrücklich klarstellend normiert⁷⁷, ist nämlich davon auszugehen, dass es eine etwaige weitergehende Haftung nach ABGB unberührt lässt. Es hätte mE umgekehrt einer ausdrücklichen Anordnung bedurft, um die Haftung nach allgemeinen Schadenersatzregeln auszuschließen.

Dieser Befund wird darüber hinaus auch von den RL selbst gestützt: Art 6 AntirassismusRL 2000/43/EG und Art 7 Erweiterte GleichbehandlungsRL 2004/113/EG halten unter dem Titel „Mindestanforderungen“ fest, dass die RL nationalen Vorschriften, die im Hinblick auf die Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung günstiger sind als die in der RL vorgesehenen, nicht entgegenstehen und dass die Umsetzung der RL keinesfalls der Rechtfertigung einer Absenkung des von den Mitgliedstaaten bereits garantierten Schutzniveaus dienen darf. Die Zurechnungsregeln für Gehilfen können daher eine Haftung des/der Leistungsanbieters/in gerade im Bereich der Belästigungen in Fällen begründen, in denen sie sich allein aus dem GIBG nicht ableiten ließe.

⁷⁶ Vgl *Posch* in *Rebhahn*, GIBG §§ 6-7 Rz 47.

⁷⁷ Manche schadenersatzrechtlichen Sondergesetze enthalten derartige Klarstellungen, s zB § 19 Abs 1 EKHG.

D. Zusammenfassung

1) Im **allgemeinen Anwendungsbereich** des GIBG haften die Leistungsanbieter/innen und andere faktisch über den Zugang zu den Leistungen entscheidende Personen verschuldensunabhängig für Verletzungen des allgemeinen Diskriminierungsverbots. Die Haftung der letztgenannten Entscheidungsträger ist eine deliktische aufgrund der Verletzung des im GIBG geregelten Persönlichkeitsrechts auf Nichtdiskriminierung in den geschützten Bereichen.

2) Aus dem **Belästigungsverbot** ist eine deliktische Haftung prinzipiell aller Dritten ableitbar, die durch Verwirklichung des Tatbestands in das fremde Persönlichkeitsrecht eingreifen.

3) Auch wegen **Anweisung** zur Diskriminierung kann jeder Dritte deliktisch zur Verantwortung gezogen werden.

4) Auch im Teil III. des GIBG besteht nach allgemeinen Grundsätzen eine aus vorvertraglichen und vertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten ableitbare, verschuldensabhängige **Abhilfepflicht** des/der Leistungsanbieters/in gegenüber dem (potentiellen) Vertragspartner bei Beeinträchtigung dessen Persönlichkeitsrechts durch belästigende Dritte. Deliktische Abhilfepflichten dritter Personen bestehen aufgrund geringer Zumutbarkeit von aktivem Tätigwerden jedoch nur eingeschränkt.

5) Bei Diskriminierungen im Rahmen der Hoheitsverwaltung ist das AHG sinngemäß (unter Entfall des Verschuldenserfordernisses des § 1) anzuwenden.

6) Diskriminierungen im allgemeinen Anwendungsbereich sind dem/der Leistungsanbieter/in aufgrund der Verschuldensunabhängigkeit seiner/ihrer Haftung und der analogen Anwendung des § 1313a ABGB generell zurechenbar.

7) Belästigungen sind dem/der Leistungsanbieter/in analog § 1313a ABGB zurechenbar, Verletzungen der Abhilfepflicht direkt nach § 1313a ABGB.