

Senat I der Gleichbehandlungskommission
Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz
(BGBl Nr 108/1979 idgF)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 31. Jänner 2023 über den am 13. Jänner 2022 eingelangten Antrag von **A (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 1 GIBG** (BGBl I Nr 66/2004 idgF) durch die **Z GmbH (Antragsgegnerin)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl II Nr 396/2004 idgF), zu GZ GBK I/1057/22, zu folgendem

PRÜFUNGSERGEBNIS:

A ist nicht aufgrund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 GIBG durch die Z GmbH diskriminiert worden.

Dies ist eine gutachterliche Feststellung. Es handelt sich hierbei im Sinne der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes¹ nicht um einen Bescheid.

VORBRINGEN

Im **Antrag** wurde im Wesentlichen Folgendes vorgebracht:

Am 30. September 2021 habe die Antragstellerin telefonisch mit Y für ein ausgeschriebenes Stellenangebot als Landschaftsgärtner/Landschaftsgärtnerin Kontakt aufgenommen.

Y habe ihr verkündet, dass für diese Stelle nur Landschaftsgärtner gesucht werden. Dies sei geschehen, noch bevor ein persönliches Bewerbungsgespräch stattgefunden habe oder Bewerbungsunterlagen von ihr übermittelt worden seien.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der Antragsgegnerin übermittelten **Stellungnahme** vom 8. Februar 2022 bestritt dieser die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

¹ Vgl. zB VfSlg. 19.321.

Nach einem Telefonat mit Y bezüglich einer Stelle als „Landschaftsgärtner/Landschaftsgärtnerin für den Landschaftsbau und Gartengestaltung“, in dem er die Antragstellerin darauf hingewiesen gehabt habe, dass sich das Anforderungsprofil für die Stelle geändert habe und nunmehr vorzugsweise Bewerber/Bewerberinnen mit einschlägiger Ausbildung und Praxis gesucht werden, habe die Antragstellerin am 30. September 2021 ihren Lebenslauf geschickt und am 1. Oktober von Y per Mail ihre Einladung zu einem Bewerbungsgespräch für den 5. Oktober erhalten.

Zu diesem Bewerbungsgespräch am 5. Oktober sei die Antragstellerin auch erschienen und es sei ein sachliches Bewerbungsgespräch geführt worden (die Interviews bei der Antragsgegnerin seien standardisiert, wodurch es bei einem Vorstellungsgespräch zu keiner Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes oder sonstiger Gründe kommen könne).

Beim Bewerbungsgespräch sei von Y festgestellt worden, dass aufgrund der bisherigen Berufslaufbahn der Antragstellerin definitiv keine praxisbezogene Erfahrung bzw. einschlägige Ausbildung für die Position als Landschaftsgärtner/Landschaftsgärtnerin vorhanden sei. Die letzten Ausbildungen seien aus den Bereichen: Linguistik, Säuglingsmimik, Seiltanz, Einrad, Schauspiel, Psychologie, Mathematik, Philosophie, etc. Ihre letzten beruflichen Tätigkeiten seien laut Lebenslauf in der Gastronomie sowie bei einem Holzkunstprojekt – Hitzeschutz durch Holz – gewesen.

Aufgrund der Ausbildung und Praxis der Antragstellerin sei sie für die Stelle als Landschaftsgärtner/Landschaftsgärtnerin nicht in die engere Auswahl gekommen, sei aber von der Antragsgegnerin in Evidenz gehalten worden, da sie auch an anderen Positionen und Arbeitszeiten (Vollzeit oder Teilzeit) Interesse gehabt habe.

PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin sowie die mündliche Befragung von Geschäftsführer X (informierter Vertreter der Antragsgegnerin) vom 31. Jänner 2023. Als weitere Auskunftsperson wurde Y am 31. Jänner 2023 befragt. Die Antragstellerin sagte kurzfristig ihre Teilnahme am Befragungstermin ab. Da der Sachverhalt aus Sicht des Senates auf Grundlage des schriftlichen Vorbringens ausreichend dargelegt war, verzichtete der Senat auf eine weitere Ladung der Antragstellerin. Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf das Stellenangebot für einen Landschaftsgärtner/eine Landschaftsgärtnerin, das E-Mail der Antragsgegnerin an die Antragstellerin vom 1. Oktober 2021, den Bewerbungsbogen vom 5. Oktober 2021, den Lebenslauf der Antragstellerin, die Stellungnahmen der Antragstellerin vom 9. Mai 2022 und 24. Jänner 2023 und die Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 23. Mai 2022.

BEGRÜNDUNG²

Die im vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des Gleichbehandlungsgesetzes, BGBl I Nr 66/2004 idgF, lauten:

„§ 3. Auf Grund des Geschlechtes, insbesondere unter Bezugnahme auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat darf im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht

1. bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses“

Generell ist zur Frage des Beweismaßes und der Beweislastverteilung im GBK-Verfahren anzumerken, dass eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne des GIBG beruft, diesen glaubhaft zu machen hat. Insoweit genügt daher nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (OGH) eine „Bescheinigung“ der behaupteten Tatsachen, wobei jedoch der bei der GBK zu erreichende Überzeugungsgrad gegenüber der beim „Regelbeweis“ geforderten „hohen Wahrscheinlichkeit“ auf eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ herabgesenkt ist.

Vereinfacht gesagt muss mehr für die Darstellung des Antragstellers/der Antragstellerin sprechen als dagegen.³

Dem Antragsgegner/der Antragsgegnerin obliegt dann zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes von ihm/ihr glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung des Vorwurfes, die Antragstellerin sei aufgrund ihres Geschlechtes nicht für die Stelle als Landschaftsgärtner/Landschaftsgärtnerin berücksichtigt worden, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem **Sachverhalt** aus:

Die Antragstellerin erhielt am 23. September 2021 vom Arbeitsmarkt ... ein Stellenangebot als Landschaftsgärtner/Landschaftsgärtnerin.

Das Stellenangebot lautete wie folgt:

„[...] Für unseren Kunden ein renommiertes Unternehmen, suchen wir für den Großraum ...

1 Landschaftsgärtner_in

Ihre Aufgaben

² Im weiteren Verlauf werden (akademische) Titel nicht weiter angeführt.

³ Vgl. OGH 9 ObA 144/14p, Arb 13.203 mit weiteren Nachweisen.

- *Pflege der Baum und Grünflächen*
- *Schneiden der Hecken und Bäume*
- *Pflanzenschutz*
- *handwerkliches Geschick*

Ihr Profil

- *einschlägige Erfahrung als Gärtner_in*
- *Freude am Umgang mit Pflanzen*
- *Belastbar*
- *eigener PKW zum Erreichen des Arbeitsorts von Vorteil*
- *Verlässlichkeit*
- *Selbstständiges Arbeiten*
- *Flexibilität*
- *Teamfähigkeit [...]“*

Die Antragstellerin nahm am 30. September 2021 telefonisch mit der Antragsgegnerin Kontakt auf. In diesem Gespräch wurde von Y mitgeteilt, dass nur Landschaftsgärtner gesucht werden, wobei er den Begriff nicht genderte.

Die Qualifikation und einschlägige Berufserfahrung der Antragstellerin konnte im Telefonat nicht eindeutig festgestellt werden. Die Antragstellerin übermittelte im Anschluss an das Gespräch daher ihren Lebenslauf per E-Mail an die Antragsgegnerin und erhielt am 1. Oktober 2021 eine Einladung zu einem persönlichen Gespräch am 5. Oktober 2021.

Im Gespräch am 5. Oktober 2021 bestätigte sich für die Antragsgegnerin, dass weder die Ausbildung, noch die bisherige Berufserfahrung der Antragstellerin den Anforderungen der Stelle entsprachen. Die Antragstellerin kam daher für die ausgeschriebene Stelle als Landschaftsgärtner/Landschaftsgärtnerin nicht in die engere Auswahl. Ihre Unterlagen wurden jedoch von der Antragsgegnerin für andere Stellen in Evidenz gehalten.

In **rechtlicher Hinsicht** ist der Sachverhalt wie folgt zu beurteilen:

Es liegt **keine Diskriminierung** aufgrund **des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 1 GIBG** vor.

Die Formulierung „bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses“ beschränkt sich nicht auf die konkrete Entscheidung über die Einstellung, sondern erfasst auch Benachteiligungen im Rahmen des in der Regel vorausgehenden Auswahlverfahrens. Für die Beurteilung einer Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses ist somit auf verschiedene, dem Ver-

tragsabschluss „vorgelagerte“ bzw. diesen „vorbereitende“ Verhaltensweisen von Arbeitgebern/Arbeitgeberinnen oder für diese handelnde Personen Bedacht zu nehmen (Vertragsanbahnung).⁴

Erfüllt ist der Diskriminierungstatbestand aber erst dann, wenn die Begründung des Arbeitsverhältnisses, dh der Vertragsabschluss, auf Grund des Geschlechtes des Bewerbers/der Bewerberin unterbleibt.⁵

Die Antragstellerin schilderte in ihrem Antrag und den nachfolgenden schriftlichen Äußerungen schlüssig den Ablauf des Telefonats am 30. September 2021 und des persönlichen Gespräches am 5. Oktober 2021. Ihre Darstellung, wonach Y bereits im Telefonat mitgeteilt habe, dass nur Landschaftsgärtner gesucht werden, und ihr im nachfolgenden persönlichen Gespräch die ausgeschriebene Stelle nicht mehr angeboten und der Umstand thematisiert worden sei, dass es im Betrieb des Auftraggebers nur ein Team bestehend aus Männern gäbe, was ihren Eindruck einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes untermauere, war für den Senat nachvollziehbar. Es gelang der Antragstellerin dadurch, den Verlauf des Telefongesprächs und die damit im Zusammenhang stehende Nichtberücksichtigung ihrer Bewerbung glaubhaft zu machen.

Die mündliche Befragung der Auskunftsperson Y ergab, dass es bei dem Telefonat zwischen ihm und der Antragstellerin zu einem sprachlichen Missverständnis gekommen ist. Es ist für den Senat erkennbar, dass der Begriff „Landschaftsgärtner“ von der Antragstellerin und Y mit unterschiedlichen Bedeutungen bedacht wurde. Während Y damit die notwendige fachliche Qualifikation der Bewerber und Bewerberinnen umschrieb, ohne ein Geschlecht ausschließen zu wollen, verstand die Antragstellerin die Äußerung dahingehend, dass ausschließlich männliche Bewerber für die Stelle gesucht werden.

Die Antragsgegnerin konnte in der mündlichen Befragung den Eindruck, dass die Nichtberücksichtigung der Bewerbung im Geschlecht der Antragstellerin gelegen ist, entkräften und schlüssig darlegen, dass die Entscheidung gegen die Antragstellerin diskriminierungsfrei und aus objektiv sachlichen Gründen erfolgt ist.

Die Antragsgegnerin legte den Lebenslauf und den Bewerbungsbogen der Antragstellerin zum Beweis dafür vor, dass die Antragstellerin nicht über die für die ausgeschriebene Stelle notwendige Qualifikation – Absolvierung des Lehrberufes Landschaftsgärtner/Landschaftsgärtnerin – und/oder mehrjährige einschlägige Berufserfahrung verfügt.

⁴ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 13.

⁵ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 21.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es der Antragsgegnerin gelungen ist zu beweisen, dass die mangelnde Qualifikation und Berufserfahrung – und somit ausschließlich sachliche Motive – für die Nichtberücksichtigung der Bewerbung der Antragstellerin ausschlaggebend waren.

Um zukünftig Missverständnisse hintanzuhalten, empfiehlt der Senat der Antragsgegnerin jedoch, auch für telefonische Gespräche mit potenziellen Bewerbern und Bewerberinnen einen standardisierten Fragebogen vorzusehen und insbesondere darauf zu achten, dass die Aussagen klarer formuliert und konkret auf die erforderlichen Qualifikationen hingewiesen bzw. mitgeteilt wird, dass die Ablehnung aufgrund der mangelnden Qualifikation erfolgt.

Wien, 31. Jänner 2023

Mag.^a Stefanie Mandl, MA

Stv. Vorsitzende des Senates I der GBK