

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 24. Februar 2009 über den am 5. September 2007 protokollarisch eingebrachten Antrag von **Herrn M** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der **Begründung eines Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 1 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) durch die **Kanzlei X** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK-/GAW-Gesetz i.V.m. § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008), zu folgendem

Prüfungsergebnis:

**Der Senat I der GBK gelangt zur Auffassung, dass Herr M von der Kanzlei X auf Grund des Geschlechts bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 GIBG diskriminiert worden ist.**

Entscheidungsgründe:

Im dem vom Antragsteller protokollarisch eingebrachten Antrag wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass seine AMS-Betreuerin ihm am 26.2.2007 ein Job-Angebot über eine Vollzeitstelle als Sekretariatskraft in einer Steuerberatungskanzlei übermittelt habe. Folgende Fähigkeiten seien gefordert gewesen: fundierte kaufmännische Ausbildung, Sekretariatserfahrung, Organisationstalent sowie EDV-Kenntnisse.

Am 2.3.2007 habe sich der Antragsteller schriftlich bei der Antragsgegnerin als Sekretariatskraft beworben. Das AMS habe ihm gerade dieses Stellenangebot übermittelt, da er sowohl über eine große Erfahrung im Sekretariatsbereich als auch über fundierte juristische Kenntnisse verfüge. So habe der Antragsteller den Kurs „AMS-Grundausbildung“ absolviert. Dieser Kurs habe 40 Wochen gedauert und sei in ganz Österreich anerkannt. Am 19.3.2007 habe er einen Telefonanruf von einer Mitarbeiterin der Antragsgegnerin erhalten, die im Stelleninserat auch als Kontaktperson genannt worden sei. Die Mitarbeiterin der Antragsgegnerin habe ihm gesagt, dass man sich für jemanden anderen entschieden habe. Daraufhin habe er darum gebeten, seine Bewerbung in Evidenz zu halten. Dieses Ersuchen sei mit den Worten „...als

Sekretär werden eigentlich keine Männer aufgenommen...“ abgeschlagen worden. Mit einer Verabschiedung habe dieses Gespräch dann geendet. Über dieses Telefonat habe sich der Antragsteller eine Telefonnotiz gemacht, da er dies bei allen Bewerbungen für das AMS mache.

Am 13.4.2007 habe er ein Beratungsgespräch mit der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) gehabt. Der Antragstellerin habe auf diesem Weg erreichen wollen, dass die Antragsgegnerin keine weiteren Vermittlungsaufträge bekomme. Auf Grund des aufwändigen Prozedere habe der Antragsteller zunächst nichts unternehmen wollen. Ein paar Tage später habe der Antragsteller einen Termin bei seiner AMS-Betreuerin gehabt. Bei diesem Termin sei zufälligerweise auch deren Abteilungsleiter anwesend gewesen. Bei dieser Gelegenheit habe der Antragsteller seiner AMS-Betreuerin von diesem Vorfall erzählt. Der Abteilungsleiter habe dazu gemeint, dass das AMS eine schriftliche Bestätigung des Vorliegens einer Diskriminierung durch die GBK bedürfe. In Anschluss daran sei der Antragsteller zur GAW gegangen und habe gebeten, ein Verfahren vor der GBK einzuleiten. Auf Grund der kurzen verbleibenden Verjährungsfrist habe der Antragsteller bei der Geschäftsführung des Senates I der GBK selbst einen Antrag auf Überprüfung des vorgelegten Sachverhalts hinsichtlich einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes einbracht.

In der auf Ersuchen von Senat I der GBK übermittelten Stellungnahme der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerin bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe und trat diesen wie folgt entgegen:

Am 19.3.2007 habe der Antragsteller bei der im Inserat genannten Kontaktperson der Antragsgegnerin angerufen. Die Stelle sei schon vergeben worden. Laut Antrag soll diese Mitarbeiterin dem Antragsteller mitgeteilt haben, dass keine Männer bei der Antragsgegnerin aufgenommen werden würden. Diese Mitarbeiterin sei ein Lehrling im dritten Lehrjahr gewesen, die lediglich mit der Aufgabe der Zusammenstellung der Bewerbungen betraut gewesen sei. Sie sei auch nicht befugt gewesen, weitere Informationen hinsichtlich der Aufnahmekriterien bekannt zu geben. Völlig unrichtig sei, dass in der Kanzlei der Antragsgegnerin nur Frauen aufgenommen werden würden. Die Aufnahmekriterien würden stets auf Grund der Qualifikationen der Bewerber erfolgen. Außerdem seien bei der Antragsgegnerin seit Jahren drei Männer beschäftigt.

Das Verfahren vor der GBK ist vertraulich und wird nichtöffentlich durchgeführt. Das den Abschluss des Verfahrens bildende Prüfungsergebnis wird auf der Grundlage der im Verfahren vorgelegten Unterlagen und in der mündlichen Befragung getätigten Aussagen der Auskunftspersonen erstellt. Auf Grund der Vertraulichkeit des Verfahrens werden die einzelnen Auskunftspersonen im Prüfungsergebnis nicht näher bezeichnet.

**Der Senat I der GBK hat erwogen:**

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses durch die Antragsgegnerin, Kanzlei X, gemäß **§ 3 Z 1 GIBG** verwirklicht worden ist, ist zunächst folgendes zu bemerken:

Die Bestimmung des § 3 Z 1 GIBG verbietet die unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses. Hiervon sind alle mit dem Zustandekommen eines Arbeitsvertrages im Zusammenhang stehenden Vorgänge umfasst. Der Begriff „Begründung des Arbeitsverhältnisses“ ist weder auf eine bestimmte Art des Arbeitsverhältnisses noch auf eine andere Art und Weise der Begründung beschränkt. Im Sinne dieses weiten Begriffsverständnisses beginnt die relevante Phase der Begründung des Arbeitsverhältnisses bereits mit der Bewerbung und umfasst alle Vorgänge, die mit dem Zustandekommen eines Arbeitsvertrages im Zusammenhang stehen.

§ 3 Z 1 GIBG bindet daher jede/n, der/die auf Arbeitgeber/innenseite im Vorfeld für den/die Arbeitgeber/in Handlungen tätigt, die unmittelbaren Zusammenhang mit der späteren Begründung des Arbeitsverhältnisses stehen. Insbesondere werden dadurch vorvertragliche Sorgfaltspflichten im Vorfeld des Arbeitsverhältnisses, welche ein anerkanntes Element des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips darstellen, konkretisiert.

Die Diskriminierung kann also sowohl in der Nichtzulassung zur Bewerbung als auch in der diskriminierenden Nichtberücksichtigung im Auswahlverfahren bestehen. Das Diskriminierungsverbot begründet jedoch keinen Anspruch auf die Begründung des Arbeitsverhältnisses, sondern dient der Konkretisierung der Sorgfaltspflichten des/der Arbeitgeber/in. Im Besetzungsverfahren kann nur der/diejenige benachteiligt werden,

der/die sich subjektiv ernsthaft beworben hat und objektiv für die zu besetzende Stelle in Frage kommt. Gemäß § 12 GIBG haben Personen, die sich auf diesen Diskriminierungstatbestand berufen, diesen glaubhaft zu machen. Dem/Der Beklagten obliegt es zu beweisen, dass es bei der Abwägung aller Umstände wahrscheinlich ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund iSd § 5 Abs. 2 GIBG vorliegt.

Im vorliegenden Fall wurde eine Mitarbeiterin der Antragsgegnerin als Kontaktperson im Stelleninserat angegeben. Die Handlungen bzw. Aussagen dieser Mitarbeiterin, auch wenn es sich dabei um einen Lehrling im dritten Lehrjahr gehandelt hat, sind der Antragsgegnerin zuzurechnen.

Der Begriff „bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses“ ist extensiv auszulegen und umfasst alle im Vorfeld mit dem Zusammenkommen eines Arbeitsvertrages in Zusammenhang stehende Vorgänge, beginnend mit der Bewerbung. Das Telefonat des Antragstellers mit der Mitarbeiterin der Antragsgegnerin, in welchem ihm abgefragt, und er auf sein Ersuchen in Evidenz gehalten zu werden die Auskunft erhalten habe, dass „...als Sekretär eigentlich keine Männer aufgenommen...“ würden, ist vom Gleichbehandlungsgebot des § 3 Z 1 GIBG erfasst.

Grundsätzlich soll in einem Verfahren vor dem Senat I der GBK nicht das Auswahlverfahren wiederholt werden, sondern es soll überprüft werden, ob die Entscheidung, die zur Ablehnung eines/einer Bewerber/in geführt hat, transparent und nachvollziehbar war. Der Senat I der GBK sah sich im vorliegenden Fall mit teils widersprüchlichen Angaben der Beteiligten konfrontiert.

Der Antragsteller gab an, dass er die von ihm beanstandete Absage durch die Antragsgegnerin nach einer Beratung bei der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) dem für ihn zuständigen AMS gemeldet habe.

Der erkennende Senat hat deshalb mit dem zuständigen AMS Kontakt aufgenommen, um die Angaben des Antragstellers zu überprüfen. Nach Auskunft des AMS ist diesem keine Beschwerde des Antragstellers aktenkundig, in der er sich hinsichtlich einer diskriminierenden Nichtbegründung eines Arbeitsverhältnisses an die/den zuständige/n AMS Betreuer/in gewendet hat. Dem AMS liegt auch sonst kein diesbe-

zügliches Vorbringen des Antragstellers vor. Eine Beschwerde des Antragstellers wegen Ungleichbehandlung auf Grund des Geschlechts gelangte dem AMS erst in Folge einer aber nicht Ungleichbehandlung betreffenden Intervention des Antragstellers am 6.6.2007 bei der „ams.help“-Ombudsstelle des AMS, und damit verbundener seinerseitiger mehrmaliger Vor-/Rücksprache bei/in der/durch die Landesgeschäftsstelle des AMS, dahingehend zur Kenntnis, dass der Antragsteller mitteilte, dass er ein Verfahren bei der GBK eingeleitet habe.

Der Antragsteller gab in der mündlichen Befragung an, dass er selbst ehemaliger Mitarbeiter des AMS sei. Dies wurde durch eine befragte Auskunftsperson bestätigt. Es ist davon auszugehen, dass der Antragsteller sich auf Grund seiner Ausbildung als ehemaliger AMS-Mitarbeiter und auf Grund der Beratung bei der GAW im GBK-Verfahren auskennt. Befremdlich ist für den erkennenden Senat, dass nach Angaben des AMS der Antragsteller offenbar nicht sofort eine mögliche Diskriminierung seiner Person durch die Antragsgegnerin gemeldet hat.

Die Antragsgegnerin hat in ihrem Vorbringen stets den vom Antragsteller vorgebrachten Vorwurf der geschlechtsbezogenen Diskriminierung bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses widersprochen.

Senat I der GBK verweist auf die im § 12 Abs. 12 GIBG vorgesehene Beweislastverteilung. Insoweit sich eine von einer Diskriminierung betroffene Person auf einen der diskriminierenden Tatbestände iSd §§ 3, 4, 6 oder 7 GIBG beruft, hat er/sie diesen glaubhaft zu machen. Dem/Der Antragsgegnerin obliegt es dann bei der Berufung auf § 3 GIBG zu beweisen, dass es nach Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die vom/von der Beklagten glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

In den Ausführungen des Inhabers der Antragsgegnerin im Zuge der mündlichen Befragung wurde für den Senat I der GBK glaubwürdig und schlüssig dargelegt, dass keine Männer im Sekretariatsbereich aufgenommen werden. Von den drei in der Kanzlei beschäftigten Männern handelt es sich um den Inhaber der Kanzlei, dessen Sohn sowie einen Buchhalter. Es ist daher plausibel, dass die im Inserat genannte Kontaktperson gesagt hat, dass keine Männer aufgenommen würden, zumal im Sekretariat tatsächlich keine Männer beschäftigt werden. Sie wird diese Aussage nach

Einschätzung von Senat I der GBK wohl auch deshalb getroffen haben, da bei der Antragsgegnerin diese „Philosophie“ gelebt wird. So gab der Inhaber der Antragsgegnerin folgende Kriterien für eine Einstellung bei der Antragsgegnerin an: Qualifikation, Eignung, Erfahrung und äußeres Erscheinungsbild. Für Senat I der GBK bestätigte sich der Eindruck, dass die Antragsgegnerin in einer tief verwurzelten Differenzierung der Geschlechterrollen verhaftet ist, weshalb die Antragsgegnerin Männer grundsätzlich für den Beruf als Sekretär als nicht geeignet ansieht. Die getätigte Äußerung „...als Sekretär werden eigentlich keine Männer aufgenommen...“ stellt eine unmittelbare Diskriminierung dar. Der Ablehnungsgrund ist einzig im Geschlecht gelegen.

Bei Abwägung aller vorliegenden Umstände ist es nach Ansicht vom Senat I der GBK wahrscheinlicher, dass die vom Antragsteller vorgebrachten Angaben der Wahrheit entsprechen. Anscheinend hat der Antragsteller diesen Vorfall nicht mit dem nötigen Nachdruck beim AMS vorgebracht. Dies kann auch daran liegen, dass es für Männer möglicherweise schwierig ist, Diskriminierungen aufzuzeigen. Auf Grund der glaubwürdigeren Angaben des Antragstellers wäre es lebensfremd anzunehmen, dass die Vorwürfe jeglicher Grundlage entbehren würden und daher nur erfunden worden sein könnten.

Auf Grund des vom Senat I der GBK durchgeführten Verfahrens konnte eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Antragsteller durch die Antragsgegnerin festgestellt werden.

Senat I der GBK empfiehlt der Antragsgegnerin, ihre Mitarbeiter/innen über die Bestimmungen des GlbG zu informieren und zu sensibilisieren, damit derartige Äußerungen in Hinkunft nicht mehr getätigt werden. Bei Unsicherheiten bzw. Unklarheiten, die sich bei der Einhaltung des GIBG ergeben könnten, sollte sich die Antragsgegnerin an eine/n Experten/in des GIBG, wie z.B. die im Senat I der GBK vertretenen Interessenvertretungen sowie die GAW wenden.

Wien, am 24. Februar 2009

Mag.<sup>a</sup> Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK