

**Senat I der Gleichbehandlungskommission****Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz****(BGBl. I Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 98/2008)**

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 28. September 2010 über das am 27. Februar 2009 eingelangte Verlangen der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **Herrn A** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des **Geschlechtes** bei der **Begründung des 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 **X GmbH** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK-/GAW-Gesetz iVm § 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 A auf Grund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses durch die X GmbH gemäß § 3 Z 1 GIBG diskriminiert worden ist.**

## Entscheidungsgründe:

Im Verlangen der GAW wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass im Anzeigenteil der Zeitung „...“ von der X GesmbH am ..., eine Stellenausschreibung geschaltet worden, mit der eine „Reisebegleiterin“ gesucht worden sei. Wesentliche Anforderungskriterien seien Englischkenntnisse, Organisationstalent, Freude am Reisen und am Umgang mit den Reisegästen, sowie die Bereitschaft, mehrere Monate im Ausland zu verbringen, gewesen. Der Antragsteller habe sich daraufhin am 29. Oktober 2008 per E-Mail an die angegebene Adresse, unter Beifügung eines kurzen Motivationsschreibens und seines Lebenslaufs, beworben. Bereits zwei Minuten später habe er von Frau B, die laut Stelleninserat für die Bewerbungen zuständig gewesen sei,

eine Absage mit der Begründung erhalten, dass von der Antragsgegnerin „ausschließlich eine Dame“ gesucht werde.

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

Die Antragsgegnerin suche sehr selten eine Mitarbeiterin als Reisebegleitung. Frau B sei nun seit Oktober mit dieser Aufgabe betraut gewesen, da sie mit ihrer Kollegin die Abteilungsleitung der Gruppenabteilung übernommen habe. Da es sich um ein sehr altes Inserat gehandelt habe, sei es irrtümlicherweise nicht korrekt an die Zeitung geschickt worden. Im Büro würden öfter Mitarbeiter/innen gesucht werden und in diesen Inseraten sei immer alles ordnungsgemäß gewesen, genau wie auf der Homepage der Antragsgegnerin. Der Antragsteller habe sich beworben. Die Antragsgegnerin habe eine Unzahl an Bewerbungen bekommen. Leider sei es die Schuld von Frau B gewesen, da sie ihm fälschlicherweise geantwortet habe. Sie sei dann von der Geschäftsleitung, Frau C, darüber aufgeklärt worden. Frau B versichere, dass so etwas nicht mehr vorkommen werde. Die Antragsgegnerin wäre sehr dankbar, wenn es bei einer Verwarnung belassen werden könnte, da es in dieser Art das erstes Vergehen der Antragsgegnerin gewesen sei und sie daraus gelernt hätten.

Im Weiteren wurde nachträglich von der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerin zu den im Verlangen der GAW vorgebrachten Behauptungen Stellung genommen:

Eingangs sei darzulegen, dass das gegenständliche Inserat vom ... aufgrund eines bedauerlichen Versehens einer Mitarbeiterin der Antragsgegnerin, Frau B, in gegenständlicher Form freigegeben worden sei. Diese habe bei der Formulierung des Inserats offenbar mehrere Jahre alte Textbausteine verwendet und habe den Text irrtümlicher Weise in dieser Form freigegeben. Zu beachten gelte es auch, dass die Antragsgegnerin sehr selten Mitarbeiter/innen als Reisebegleitung suche und es daher auf Grund der damaligen firmeninternen Eile nachvollziehbar sei, wenn ein alter und überholter Textbaustein für die Formulierung verwendet worden sei, selbst wenn dies an der Formulierung selbst nichts zu ändern vermöge. Abgesehen davon, dass das Inserat an Frauen gerichtet gewesen sei, sei darauf hinzuweisen, dass selbstverständlich auch männliche Bewerber bei Erfüllung sämtlicher genannter Vorausset-

zungen bei der Besetzung der Stelle in Betracht gezogen worden wären. Der Antragsteller habe an die Antragsgegnerin ein sehr kurz gehaltenes und unpräzisiertes Bewerbungsschreiben übermittelt. Auf bestimmte im Inserat genannte und für die Antragsgegnerin bedeutende Voraussetzungen gehe der Antragsteller nicht ein. Die Antragsgegnerin habe mit ihrem Inserat unter anderem das Beherrschen der englischen Sprache und ein Mindestalter von 30 Jahren vorausgesetzt. Der Antragsteller habe zu diesen wesentlichen Punkten in seiner Bewerbung nicht Stellung genommen. Überdies sei an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass das Bewerbungsschreiben des Antragstellers nicht der gängigen und von sämtlichen Wirtschaftsbetrieben vorausgesetzten Form entsprochen habe. Es würden im Bewerbungsschreiben des Antragstellers wesentliche Informationen wie Geburtsdatum, Ausbildung, Kenntnisse und Fähigkeiten sowie ein Lichtbild fehlen. Auch ein Lebenslauf sei nicht beigefügt worden. Es sei daher bereits aus diesem Grund - unabhängig vom Geschlecht - auch bei jedem anderen Unternehmen aus rein objektiven Gründen von vornherein sehr wahrscheinlich, dass eine solche sehr indifferente Bewerbung nicht weiter verfolgt werde. Abgesehen davon sei dem Antragsteller von der Antragsgegnerin in der Folge dennoch eine Stelle in ... angeboten worden. Diese Stelle hätte sofort mit seiner Person besetzt werden können. Mit E-Mail vom 18. März 2009 sei der Antragsgegnerin jedoch mitgeteilt worden, dass dieser kein Interesse habe. Dies zeige, dass der Antragsteller wenig kooperativ sei und Angebote der Antragsgegnerin, ihn gegenüber Frauen nicht zu benachteiligen, gar nicht annehmen möchte. Ohne dem Antragsteller ungerechtfertigter Weise etwas zu unterstellen, dränge sich jedoch auch der Gedanke auf, dass sich dieser eventuell ohne tatsächliches Interesse an der Stelle lediglich pro forma und aus welchen Gründen auch immer – beworben habe. Dies solle allerdings nicht bedeuten, dass die Antragsgegnerin tatsächlich davon ausgehe, es werde hier lediglich der nicht unbedeutende objektive Anschein relativiert. Wenn mit dem Anbot der Stelle in ... bei der GBK um Übermittlung der Bewerbungsunterlagen des Betroffenen ersucht worden sei, so sei dies eine reine Vorsichtsmaßnahme gewesen. Da sich die Situation jedoch bereits zugespitzt habe, habe die Antragsgegnerin den Antragsteller nicht ohne seine vorherige Zustimmung bzw. Zustimmung der GBK kontaktieren wollen. Es habe sich dabei daher um eine reine Vorsichtsmaßnahme gehandelt. Zur Formulierung des Inserates sei weiters auszuführen, dass die Mitarbeiterin der Antragsgegnerin dieses bedauerliche Versehen in der Formulierung vielleicht zunächst auch deswegen nicht wahrgenommen habe, da die betreffenden Rei-

sen vorwiegend von Frauen gebucht werden würden. Auch wenn bei der Frage von Gleichbehandlung Kunden/innenwünsche alleine nicht ausschlaggebend seien, so werde dennoch ausgeführt, dass weibliche Kunden oft die Begleitung der Reise durch eine Reiseleiterin wünschen würden. Dies vor allem vor dem Hintergrund, dass bei Reisen Situationen auftreten würden, in welchen die vorwiegend weiblichen Kundinnen eine weibliche Ansprechperson benötigen würden. Bei Männern wäre in derselben Situation möglicher Weise eine sehr hohe Hemmschwelle zu überschreiten. Damit liege im Tatsächlichen auch eine sachliche Rechtfertigung für die konkrete Formulierung vor. Darüber hinaus sei eine Reisebegleitung nur für einige Monate gesucht worden und darauf habe der Antragsteller in seiner Bewerbung nicht Bezug genommen. Es habe tatsächlich lediglich eine Teilzeitbeschäftigung bzw. eine tagesweise Beschäftigung über den Zeitraum von ein paar Monaten angeboten werden können. Insgesamt entschuldige sich die Antragsgegnerin für die nunmehr kritisierte Formulierung des Inserats. Es sei nicht beabsichtigt gewesen, Bewerber männlichen Geschlechts zu diskriminieren und gegen das Gleichbehandlungsgebot und -gesetz zu verstoßen. Es sollte sich durch dieses Inserat keine Person benachteiligt und persönlich angegriffen fühlen.

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 der 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, X GmbH., 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 Arbeitsverhältnis-

ses“ ist weder auf eine bestimmte Art des Arbeitsverhältnisses noch auf eine andere Art und Weise der Begründung beschränkt, er ist vielmehr extensiv auszulegen. 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<sup>1</sup>.

§ 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.

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.

Der Antragsteller hat in der mündlichen Befragung bekräftigt, dass er sich ernsthaft auf die ausgeschriebene Stelle beworben habe. Er habe sich nach einer anderen langjährigen Tätigkeit verändern wollen, und da er sehr gerne reise und auch schon Erfahrung mit diversen Reise gehabt und einige Reise organisiert habe, habe ihm das Stelleninserat der Antragsgegnerin ... vom ... angesprochen. Deshalb habe er sich mit einem kurzen Motivationsschreiben und einem beigefügten Lebenslauf per Mail beworben. Für den Antragsteller sei eine Annahme des Anbots der Antragsgegnerin, und zwar Reiseleitung in ..., nicht in Frage gekommen, da dieses für ihn eine „Augenauswischerei“ dargestellt habe.

Dem erkennenden Senat liegt zu einem eine schriftliche Absage der Antragsgegnerin datiert mit 29. Oktober 2007 vor. In dieser ist zu lesen: „Sehr geehrter Herr A! Wir suchen leider ausschließlich eine Dame. Tut mir leid. Alles Gute!“ Der Antragsteller gab dazu in seiner Befragung an, dass er die Absage bereits zwei Minuten nach der

---

<sup>1</sup> Vgl. GBK I/35/05

Übermittlung seines E-Mails an die im Stelleninserat genannten Kontaktperson geschickt habe. Zum anderen liegt ein Bescheid des Magistrates ... vom ... vor, in dem eine Verwarnung gegen die Antragsgegnerin ausgesprochen worden ist, da ein geschlechtsspezifisches Stelleninserat geschaltet wurde. Eine sachliche Rechtfertigung konnte vom Magistrat ... nicht festgestellt werden.

Im Ermittlungsverfahren haben sich für den erkennenden Senat auf Grund des Vorbringens des Antragstellers und der Stellungnahme der Antragsgegnerin einige Fragen ergeben, zur deren Abklärung nicht nur der Antragsteller, sondern auch die Geschäftsführerin der Antragsgegnerin, Frau C, zur mündlichen Befragung durch den Senat I eingeladen worden ist. Die für die Antragsgegnerin geladene Auskunftsperson hat sich zweimal entschuldigen lassen. Folglich hat der Senat I der GBK seine Entscheidung auf der Grundlage der vorliegenden Unterlagen und der mündlichen Angaben des Antragstellers und einer weiteren Auskunftsperson getroffen.

Die Antragsgegnerin hat in ihrem schriftlichen Vorbringen stets darauf verwiesen, dass einer Mitarbeiterin bei besagtem Stelleninserat ein Versehen passiert sei. Ansonsten seien Stelleninserate dem GIBG entsprechend geschaltet worden. Diese Stellenanzeige habe sich natürlich auch an Männer gewandt. Im Übrigen werde die Ernsthaftigkeit der Bewerbung des Antragstellers bezweifelt. Er habe lediglich ein kurzes unpräzisiertes Schreiben ohne jegliche Unterlagen an die Antragsgegnerin per Mail geschickt. Die Antragsgegnerin habe jedenfalls nie die Absicht gehabt, den Antragsteller oder sonst jemanden zu diskriminieren. Auf Grund dieser Stellenanzeige hat die Antragsgegnerin zwischen 200 und 300 Bewerbungen erhalten.

In den mündlichen Befragungen der Auskunftspersonen kam hervor, dass die Antragsgegnerin den Antragsteller nicht absichtlich benachteiligen wollte. Es wurde dem Antragsteller nachträglich eine Reiseleitung in ... angeboten, die dieser allerdings abgelehnt hat. Es wurde auch darauf hingewiesen, dass der Antragsteller auch nicht die geforderten Kriterien erfüllt hat. Er habe keine Berufserfahrung auf dem Gebiet der Reiseleitung gehabt. Außerdem habe der Antragsteller nicht einmal einen Lebenslauf mitgeschickt. Von Seiten der Antragsgegnerin habe man deshalb eine Frau präferiert, da an diesen Reisen sehr viele Frauen mitfahren würden, die bei einer weiblichen Reiseleitung zugänglicher seien.

Der 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 Antragsgegner/in obliegt es dann bei der Berufung auf § 3 GIBG zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die vom/von der Beklagten glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

Das Magistrat ... hat hinsichtlich des fraglichen Stelleninserats eine Verwarnung wegen Verletzung des § 9 GIBG ausgesprochen. Eine Rechtfertigung für die Schaltung dieses geschlechtsspezifischen Stelleninserats konnte im Verwaltungsstrafverfahren nicht festgestellt werden. Eine Rechtfertigung für eine geschlechtsspezifische Stellenausschreibung konnte auch nicht vom erkennenden Senat festgestellt werden. Der von der Antragsgegnerin vorgebrachte Umstand, dass die weiblichen Reisenden würden eher eine weibliche Reiseleitung bevorzugen, stellt keine Rechtfertigung iSd GIBG dar. Die Ausnahmen von einer geschlechtsneutralen Stellenausschreibung unterliegen sowohl einer strengen Überprüfung als auch einem strengen Bewertungsmaßstab. Die vorgebrachten Umstände fallen keinesfalls darunter. Ein derartiges Vorgehen hat Indizwirkung für eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts. Hinzu kommt, dass die Antragsgegnerin ihr Fehlverhalten bereits eingestanden hat, und durch das Absageschreiben der Antragsgegnerin schriftlich untermauert wird. Ob die Antragsgegnerin nur aus Versehen ein derartiges Stelleninserat geschaltet hat, ist allerdings unerheblich, da es auf ein Verschulden nicht ankommt.

Der Senat I der GBK gelangte auf Grund der Aussagen der befragten Auskunftspersonen in der mündlichen Befragung zu der Ansicht, dass man keinesfalls einen Mann für diesen Posten gesucht hat. Dafür spricht unter anderem die Tatsache, dass dem Antragsteller so rasch unter dem Hinweis, dass eine Dame gesucht wird, abgesagt wurde. Auch das Bewerbungsmail vom Antragsteller wurde von der Antragsgegnerin offensichtlich umgehend gelöscht, da es der Antragsgegnerin selbst nicht mehr möglich war, mit dem Antragsteller selbst in Kontakt zu treten. Dadurch hatte die Antragsgegnerin keine Kenntnis mehr darüber, dass der Antragsteller sehr wohl ein kurzes Bewerbungsschreiben samt Lebenslauf per Mail übermittelt hat. Dieses Mail liegt dem erkennenden Senat vor.

Der Ablehnungsgrund ist daher nach Ansicht von Senat I der GBK im Geschlecht gelegen. Der Antragsgegnerin ist es nicht gelungen, den Senat I der GBK davon zu überzeugen, dass ein anderer – nicht im Geschlecht liegender – Grund vorgelegen ist, weshalb die Antragsgegnerin von der Begründung des Arbeitsverhältnisses abgesehen hat.

Es liegt somit eine **Diskriminierung** auf Grund des Geschlechts bei der **Begründung des Arbeitsverhältnisses** durch die Antragsgegnerin gegenüber der Antragstellerin vor.

Wien, 28. September 2010

Dr.in Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK