

**Senat I der Gleichbehandlungskommission****Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz**

(BGBl. Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 98/2008)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 23. November 2010 über das am 28. August 2009 von der Regionalgleichbehandlungsanwaltschaft für die Steiermark (R-GAW f. Stmk.) eingebrachte Verlangen für **Herrn A** 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 **Firma X** 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 Geschlechts bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 GIBG durch die Firma X diskriminiert worden ist.**

Entscheidungsgründe:

Im Antrag der R-GAW f. Stmk. für den Antragsteller wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass sich Herr A (Antragsteller) auf Grund einer ... geschlechtsneutral ausgedruckten Stelle als Trafikverkäufer/in am ... 2009 telefonisch bei der Firma X (Antragsgegnerin) für diese Stelle beworben und von Herrn B, Inhaber der Antragsgegnerin, im Rahmen dieses Telefonates mündlich eine Absage erhalten habe. Diese Absage sei von diesem damit begründet, dass er zwar laut Gesetz ein geschlechtsneutrales Stelleninserat schalten müsse, jedoch auf Grund seines Geschlechts am Antragsteller nicht interessiert sei. Daraufhin habe sich der Antragsteller am 19. Juni 2009 mit der Bitte um Beratung an die R-GAW f. Stmk. gewandt. Mit Schreiben vom 8. Juli 2009 sei Herr B zu einer Stellungnahme zum geschilderten Sachverhalt sowie zur Leistung eines angemessenen Schadenersatzes aufgefordert worden. In seinem Schreiben vom 15. Juli 2009, per E-Mail eingelangt am 21. Juli 2009, habe Herr B erklärt, dass er ... jede Art von Diskriminierung ablehne und alle Bewerber/innen die

Möglichkeit gehabt hätten, ein persönliches Bewerbungsgespräch zu führen. Inhaltliche Angaben über Arbeitszeit, Gehalt etc. hätte es nicht gegeben. Da er durch das AMS auch über die rechtlichen Konsequenzen bezüglich Diskriminierungen aufmerksam gemacht worden sei, hätte er die vom Antragsteller behaupteten Aussagen nie getätigt.

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

Auf das Inserat der Antragsgegnerin hätten sich viele Bewerber/innen gemeldet. Alle hätten die Möglichkeit gehabt, zu einem persönlichen Gespräch ins Geschäft, ..., vorbeizukommen. In den Telefonaten mit den Bewerbern/innen hätten nie Angaben über Arbeitszeit, Gehalt etc. stattgefunden. Es seien immer Termine für ein persönliches Gespräch gemacht worden. Leider hätten viele der Bewerber/innen den vereinbarten Termin nicht wahrgenommen, und der Inhaber habe sich jedes Mal ... umsonst ins Geschäft bewegen müssen. .... Er selbst sei gegen jegliche Art von Diskriminierung, .... Zum bereits im ... 2009 geschalteten Inserat ... hätten die Arbeiten an einer fast 3 Monate dauernden Baustelle ... begonnen und der Inhaber habe deshalb aus wirtschaftlichen Gründen davon Abstand nehmen müssen, überhaupt jemanden aufzunehmen, da er einen 50%-igen Umsatzrückgang zu erwarten gehabt habe.

Diese große Baustelle habe zur Folge gehabt, dass ... Straßenbahn- und Bus-Linien komplett eingestellt worden seien und der eingesetzte Ersatz auf einer anderen Strecke gefahren sei. Somit seien die meisten Kunden/innen nicht mehr bei der Antragsgegnerin vorbeigekommen. Leider habe der Inhaber auch allen Bewerbern/innen, die sich bereits bei ihm gemeldet und vorgestellt hätten, mitteilen müssen, dass er überhaupt niemanden aufnehmen könne. ... Ein/e Angestellte/r sei finanziell bis heute leider nicht tragbar. Die Stelle habe damals nicht besetzt werden können, und könne es bis heute nicht.

Da der Inhaber vom AMS vor der Schaltung des Inserates genauestens über alle rechtlichen Belange bezüglich Diskriminierung in Kenntnis gesetzt worden sei, habe dieser eine derartige Aussage am Telefon niemals gemacht. Daher könne er die Aufregung des Antragstellers, dem er nie begegnet sei, nicht verstehen, da er ja wie jede/r Bewerber/in die Möglichkeit gehabt habe, zu einem Bewerbungsgespräch in das Geschäft zu kommen. Hätte der Inhaber dem Antragsteller aus geschlechtsspezifischen

schen Gründen eine sofortige Absage erteilt, woher kenne er dann Name und Standort der Trafik?

Im Inserat sei nur eine ... Telefon-Nummer gestanden, zumal die Antragsgegnerin das AMS ausdrücklich bei der Schaltung angewiesen habe, Name und Standort nicht weiterzugeben. Abschließend möchte die Antragsgegnerin darauf hinweisen, dass sie nichts dafür könne, dass ein Bewerber nicht zum vereinbarten Vorstellungsgespräch gekommen sei.

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, Firma 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, und ist daher 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.

Die telefonische Bewerbung des Antragstellers ist somit vom Gleichbehandlungsgebot des § 3 Z 1 GIBG erfasst.

§ 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, konkreti-

siert. 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.

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. 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.

Im vorliegenden Fall wurde vom Antragsteller vorgebracht, dass er bei seiner telefonischen Bewerbung vom Inhaber der Antragsgegnerin eine Absage erhalten habe. Es sei ihm dabei mitgeteilt worden, dass man ihn nicht nehmen würde, da er ein Mann sei. Die geschlechtsneutrale Stellenausschreibung sei nur auf Grund der gesetzlichen Vorschriften erfolgt. In der mündlichen Befragung bestritt der Antragsteller, eine Einladung zu einem Vorstellungsgespräch erhalten zu haben und dann nicht zum Vorstellungsgespräch erschienen zu sein.

Auf Grund einer Erkrankung des Inhabers der Antragsgegnerin wurde von Seiten des Senates I der GBK von einer mündlichen Befragung desselben Abstand genommen. Dem Inhaber der Antragsgegnerin wurde deshalb nochmals die Möglichkeit eingeräumt, schriftlich zu den Vorwürfen des Antragstellers Stellung zu nehmen. In der dem erkennenden Senat vorliegenden weiteren Stellungnahme wurden die geltend gemachten Vorwürfe ein weiteres Mal zurückgewiesen und folgendes vorgebracht:

Er könne nicht sagen, ob es zu einem Gespräch mit dem Antragsteller gekommen sei, weil der Inhaber sehr viele Anrufe erhalten habe, und habe die Namen auch manchmal nicht verstehen können. Falls ja, habe er die Möglichkeit gehabt, wie alle anderen Bewerber/innen zu einem persönlichen Gespräch vorbeizukommen. Einen

speziellen Inhalt der Telefonate habe es bei niemand gegeben. Dafür sei das persönliche Gespräch gedacht gewesen. Zu einem Vorstellungsgespräch sei der Antragsteller leider nicht gekommen. Die wirtschaftliche Situation zum Zeitpunkt der Bewerbung des Antragstellers sei sehr schlecht gewesen, wie schon in meinem letzten Schreiben erwähnt. Der Umsatzrückgang betrage bis heute 50%. Die Stelle habe zu diesem Zeitpunkt leider nicht besetzt werden können.

In weiterer Folge setzte der Senat I der GBK die Behandlung des Verlangens der R-GAW f. Stmk. gemäß § 12 Abs. 2 GBK-GO fort. Der Senat I der GBK hat seine Entscheidung folglich auf der Grundlage der vorliegenden Unterlagen (Stellungnahmen etc.) und der mündlichen Angaben des Antragstellers getroffen.

Unstrittig ist, dass die Stellenausschreibung geschlechtsneutral ausgeschrieben worden ist. Ein bestimmtes Geschlecht ist im vorliegenden Fall keine zwingende Voraussetzung für die Ausübung der ausgeschriebenen Position. Diese Rechtfertigungsmöglichkeit ist dann gegeben, wenn das weibliche Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die Ausübung der Tätigkeit bei der Antragsgegnerin ist. Aus der herrschenden Lehre ergibt sich, dass allerdings bestehende Erwartungen oder Wünsche der Kunden/innen in Bezug auf ein bestimmtes Geschlecht bei Mitarbeitern/innen für den Ausschluss eines/r Bewerbers/in eines Geschlechts nicht zulässig sind. Es stellte sich daher dem erkennenden Senat die Frage, ob der Inhaber der Antragsgegnerin gegenüber dem Antragsteller die Äußerung getätigt hat, dass man den Antragsteller nicht einstellen könne, da dieser ein Mann sei<sup>1</sup>. Somit sah sich der Senat I der GBK bei der Beurteilung des Sachverhalts mit der Tatsache konfrontiert, dass Aussage gegen Aussage gestanden ist.

Der OGH hat in seiner Rechtsprechung festgehalten, dass der Nachweis, der/die Bewerber/in hätte die zu besetzende Position auch ohne Diskriminierung nicht erhalten, dem/der Arbeitgeber/in obliegt<sup>2</sup>. Dieser Grundsatz beruht auf der Überlegung, dass nur der/die Arbeitgeber/in Überblick über die individuellen Voraussetzungen sämtlicher Bewerber/innen haben kann.

Auf Grund der Angaben des Antragstellers und des Inhabers der Antragsgegnerin ergaben sich im Verfahren doch erhebliche Zweifel bezüglich der Darstellung der Umstände durch den Inhaber der Antragsgegnerin. Es erschien dem erkennenden Senat unglaubwürdig, dass man trotz schlechter wirtschaftlicher Lage weiterhin ein

---

<sup>1</sup> Rebhahn, Kommentar zum GIBG, § 3 Rz. 80)

<sup>2</sup> vgl. EuGH-Urteil vom 22.4.1997, Draehmpachl

Stelleninserat schaltet und Bewerber/innen auf das Stelleninserat zu einem Vorstellungsgespräch einlädt, obwohl die Antragsgegnerin laut ihren Angaben aus finanziellen Gründen niemanden einstellen könne. Eine derartige Vorgangsweise entspricht nicht der allgemeinen Lebensauffassung. Der erkennende Senat konnte bei seinen Überlegungen nicht davon ausgehen, dass die Antragsgegnerin vergessen hat, ihr Stelleninserat nicht weiter zu schalten, da dieser Umstand nicht einmal von der Antragsgegnerin behauptet worden ist.

Bei Abwägung aller vorliegenden Umstände ist es nach Ansicht vom Senat I der GBK wahrscheinlicher, dass die vom Antragsteller vorgebrachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen. Die Angaben der Antragsgegnerin waren unglaubwürdig und in sich unschlüssig. Im Ermittlungsverfahren wurde vom Antragsteller im Weiteren vorgebracht, dass das Stelleninserat auch Monate nach der Bewerbung des Antragsgegners geschaltet worden sei. Es ist davon auszugehen, dass sich immer wieder Personen auf das Stelleninserat gemeldet haben. Es wäre mehr als lebensfremd, wenn man davon ausgehen würde, Stelleninseraten zu schalten, interessierten Bewerber/innen zu Vorstellungsgespräche einzuladen, allerdings nicht ausreichend über finanzielle Mittel zu verfügen, um eine/n neue/n Mitarbeiter/in einzustellen.

Nach genauer Prüfung des vorliegenden Sachverhaltes kommt der Senat I der GBK daher zur Ansicht, dass der Antragsteller aus unsachlichen Gründen vom weiteren Bewerbungsverfahren ausgeschlossen worden ist. Der Grund für die Ablehnung des Antragstellers lag in dessen Geschlecht. Es ergaben sich für den Senat I der GBK im Verfahren keinerlei Anhaltspunkte, dass das Vorbringen des Antragstellers nicht den Tatsachen entsprechen würde.

Es liegt somit eine **Diskriminierung** auf Grund des Geschlechts bei der **Begründung des Arbeitsverhältnisses** gegenüber dem Antragsteller vor.

Wien, 23.November 2010

Dr.in Sabine Stvan-Jagoda

Stellvertretende Vorsitzende des Senates I der GBK