

Senat I der Gleichbehandlungskommission
Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz
(BGBl. Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 7/2011)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 12. März 2015 über das am 11. Mai 2012 eingebrachte Verlangen der Gleichbehandlungsanwaltschaft Regionalbüro für ... (R-GAW) für **Frau A (Antragstellerin)** 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. 7/2011; alle weiteren Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) durch die **Firma X (Antragsgegnerin)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. II Nr. 102/2011), zu GZ GBK I/429/12, zu folgendem

Prüfungsergebnis

Frau A ist auf Grund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses durch die Firma X gemäß § 3 Z 1 GIBG diskriminiert worden.

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

Prüfungsgrundlagen

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche und mündliche Vorbringen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin sowie die mündliche Befragung der Auskunftsperson, Herrn C. Des Weiteren bezieht sich der Senat I der GBK in seiner Entscheidungsfindung auf das Stellenangebot im Job-Room des AMS für ei-

¹ Vgl. z.B. VfSlg. 19.321.

ne/n Berufskraftfahrer/in.

Dem Senat I der GBK lagen weiters u.a. das Interventionsschreiben der R-GAW vom 6. März 2012 sowie die Stellungnahme der rechtfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerin an die R-GAW vom 14. März 2012 vor.

Vorbringen und Aussagen

Im Verlangen der R-GAW wurde im Wesentlichen folgendes vorgebracht:

Die Antragstellerin habe sich am 28. Jänner 2012 telefonisch auf Grund eines im Job-Room des AMS veröffentlichten Stelleninserates für die Stelle einer/eines Berufskraftfahrerin/Berufskraftfahrers bei der Antragsgegnerin beworben. In der Stellenausschreibung sei näher ausgeführt gewesen, dass ein/e PKW-Lenker/in für Fahrten mit Direktionsmitgliedern nach ..., ... und ... gesucht werde. Im Rahmen des Telefongesprächs habe die Antragstellerin von Herrn B sofort eine mündliche Absage erhalten. Der Gesprächsverlauf habe sich in etwa so gestaltet, dass die Antragstellerin auf ihre Anfrage nach der offenen Stelle von Herrn B sofort die Antwort erhalten habe: „Sie wollen das als Frau machen?“ Ihr sei in weiterer Folge mitgeteilt worden, dass es nicht möglich sei, sie einzustellen, da für diese Stelle nur Männer gesucht würden, weil es sich auch um Nachtfahrten handle. Überdies bevorzuge das Unternehmen Bewerber, welche in ... wohnhaft seien.

Die Antragstellerin habe sich daraufhin am 30. Jänner 2012 mit der Bitte um Beratung an die R-GAW gewandt. Mit Schreiben vom 6. März 2012 sei die Antragsgegnerin zu einer Stellungnahme zum geschilderten Sachverhalt sowie zur Leistung eines angemessenen Schadenersatzes aufgefordert worden. Im Schreiben der rechtfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerin vom 14. März 2012 werde ausgeführt, dass von Herrn B in dem kurzen Telefonat mit der Antragstellerin die Tätigkeit lediglich als Fahrer/in für Direktionsfahrten beschrieben und in diesem Zusammenhang von Herrn B darauf hingewiesen worden sei, dass diese Fahrten ziemlich anstrengend sein könnten. Das Telefonat sei daraufhin von der Antragstellerin abrupt beendet worden und sie habe im Übrigen keine – wie am Arbeitsmarkt üblich – schriftliche Bewerbung eingereicht, welche im Falle einer Einreichung aber selbstverständlich berücksichtigt worden wäre.

In der auf Ersuchen des Senats I der GBK übermittelten Stellungnahme der rechtfreundlichen Vertretung für die Antragsgegnerin bestritt diese die im Antrag vorge-

brachten Vorwürfe und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Die Antragstellerin gebe den tatsächlichen Sachverhalt beharrlich unrichtig wieder. Tatsächlich habe lediglich ein kurzes Telefongespräch zwischen der Antragstellerin und Herrn B stattgefunden, wobei Herr B in diesem Telefongespräch lediglich die Tätigkeit als Fahrer/in für Direktionsfahrten beschrieben habe. Herr B habe in diesem Zusammenhang auch ausgeführt, dass diese Fahrten zeitweise sehr anstrengend sein könnten, da gelegentlich Nachtfahrten durchzuführen seien und sich auf Grund unvorhergesehener Ereignisse (Wünsche des Kunden) die Fahrtziele und somit auch die Arbeitszeiten kurzfristig ändern könnten. In weiterer Folge habe die Antragstellerin das Telefonat mit der Äußerung „dann eben nicht“ abrupt beendet. Daraus ergebe sich, dass die Antragsgegnerin der Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt eine Absage erteilt habe. Mag auch die Antragstellerin die Ausführungen von Herrn B als Absage empfunden haben, so könne diese „Missinterpretation“ keine Schadenersatzansprüche nach dem Gleichbehandlungsgesetz auslösen.

In diesem Zusammenhang sei insbesondere zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin bereits seit längerer Zeit auf Arbeitssuche sei und mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bereits mehrfach Bewerbungsgespräche geführt und auch Absagen erhalten habe. Die Antragstellerin habe offenbar auf Grund ihrer eigenen negativen Erwartungshaltung die sachlichen Äußerungen von Herrn B sofort als Absage interpretiert.

Wenn die Antragstellerin auf die Entscheidung des OGH zu 8 ObA 11/09i verweise, so sei daraus für die Antragstellerin nichts gewonnen. Die Antragsgegnerin habe zu keinem Zeitpunkt behauptet, dass eine erste Kontaktaufnahme durch ein Telefongespräch mit einem potenziellen Arbeitgeber nicht bereits im Zuge der Begründung des Arbeitsverhältnisses erfolge. Die Ausführungen der Antragstellerin in Bezug auf die nicht übermittelte schriftliche Bewerbung hätten lediglich deutlich gemacht, dass die Antragsgegnerin überhaupt keine Möglichkeit gehabt habe, eine Bewerbung der Antragstellerin zu berücksichtigen, da im Zuge des ersten Telefongesprächs – wie ausgeführt – dieses von der Antragstellerin abrupt beendet worden sei und in weiterer Folge keine weitere Kontaktaufnahme durch die Antragstellerin erfolgt sei.

Frau A führte in ihrer mündlichen Befragung ergänzend aus, dass ihr der Job recht passend für sie vorgekommen sei. Sie habe Herrn B auch gesagt, dass sie leidenschaftliche Autofahrerin sei. Er habe nicht sehr darauf reagiert und nur gesagt, dass

er für die Stelle Männer suche, weil es Nachtfahrten seien. Sie habe zu ihm gesagt, das wäre alles kein Problem für sie. Auch bei ihrer derzeitigen Arbeit mache sie Nachtschichten und habe kein Problem damit. Sie arbeite auch größtenteils mit Männern zusammen und da gebe es keine Probleme.

Sie habe keine schriftliche Bewerbung abgegeben, weil Herr B gesagt habe, er suche nur Männer und nur Bewerber aus der Umgebung Sie hätte sich sogar überlegt nach ... zu ziehen, aber das sei im Gespräch nicht näher besprochen worden. Sie habe nach dem Telefonat keine schriftliche Bewerbung abgegeben, weil sie keine Chance mehr gesehen habe, da Herr B das Gespräch abrupt beendet habe. Von einem persönlichen Bewerbungsgespräch sei im Telefonat überhaupt nicht die Rede gewesen.

Herr C sei unmittelbar neben ihr gewesen, als sie das Telefon geführt habe, und habe Teile des Gesprächs mitgehört. Auch er habe es nicht verstehen können. Ihr sei es nach dem Gespräch nicht wirklich gut gegangen. Deshalb habe sie sich an die R-GAW gewandt.

Herr B führte zum Telefonat mit der Antragstellerin aus, dass er momentan ein bisschen schockiert gewesen sei, weil das erste Mal eine Frau angerufen habe. Er mache das seit 20 Jahren und sei überrascht gewesen, dass sich für so etwas eine Frau melde. Er habe ihr dann erklärt, wie der Job sei, weil man Tag und Nacht unterwegs sei und das für eine Frau ja ein bisschen „wild“ sei. Es gebe Männer bei ihm, die das nicht packen, die zwei bis drei Monate Probezeit machen und dann den Hut draufhauen. Bei einer Sitzung müsse man teilweise sechs bis sieben Stunden warten oder in ... den ganzen Tag. Aber sie hätten auch in der Nacht Sitzungen oder bei Arbeiterkammer-Verhandlungen in ... bis 5 Uhr in der Früh. Er habe der Antragstellerin erklärt, dass es für eine Frau ein recht strapaziöser Job sei. Dann hätten sie ein bisschen geredet und sie habe gesagt: „Dann eben nicht!“ und habe den Hörer aufgelegt. Telefonisch bewerbe sich bei der Antragsgegnerin sowieso niemand, meistens schriftlich übers Arbeitsamt oder persönlich.

Auf Vorhalt, wonach in der Jobanzeige die telefonische Kontaktaufnahme angeführt sei, gab Herr B an, dies sei wegen einer Terminvereinbarung. Die Antragstellerin habe nur angerufen und gesagt: „Na dann eben nicht!“ und den Hörer draufgehaut. Das sei gar kein richtiges Gespräch gewesen. Er habe ihr nur erläutern wollen, wie das mit dem Job so sei, dass es strapaziös sei. Das sei genauso, wenn jemand in Do-

nauwitz im Stahlwerk keine Frau nehme. Das packe eine Frau nicht. Das sei keine Diskriminierung, sondern eine Schonung für die Frau. Er habe der Antragstellerin aber nicht gesagt, dass es eine Frau nicht packe, sondern nur, dass der Job strapaziös und recht viel in der Nacht zu fahren sei.

Zum Argument der Antragstellerin, dass sie gerne Auto fahre, führte Herr B aus, dass sie sich nicht bewusst sei – und das habe er ihr klar machen wollen –, was das für ein Job sei. Wenn er heute eine Taxifahrerin nehme für die Nacht, das packe eine Frau auch nicht, weil in der Nacht zu viele wilde Typen unterwegs seien. Er habe zwar schon Fahrerinnen gehabt fürs Taxi, aber nur ganz kurz, die hätten wieder aufgehört, das Auto irgendwo abgestellt und seien heimgegangen.

Gefragt, ob er die Antragstellerin zu einem persönlichen Vorstellungsgespräch eingeladen habe, hielt Herr B fest, dass er gar nicht dazu gekommen sei.

Auf Vorhalt, dass es unabhängig vom Ende des Gesprächs nicht so klinge, als ob er sie eingeladen hätte, entgegnete Herr B, dass er vielleicht irgendeinen anderen Job für sie gehabt hätte.

Herr C führte aus, dass die Antragstellerin wegen der Stelle als Dienstfahrer/in für Direktionsmitglieder angerufen und nachgefragt habe, ob sie bei der Antragsgegnerin anfangen könne. Daraufhin habe Herr B gleich gefragt: „Sie als Frau wollen das machen?“ Es habe etwas gestresst und genervt geklungen. Die Antragstellerin habe gesagt, ja sicher, das sei für sie kein Problem. Dann habe Herr B gesagt, es seien auch Nachtfahrten zu machen. Die Antragstellerin habe gesagt, dass auch das überhaupt kein Problem für sie sei. Sie liebe das Autofahren und wolle den Job machen. Daraufhin habe Herr B gemeint, er bevorzuge Bewerber aus dem Raum Die Antragstellerin habe geantwortet, dass es sie nicht störe, von ... nach ... zu fahren, egal zu welcher Zeit. Aber zu dem Gespräch, dass sie ihren Wohnort auch anpassen könnte, sei es gar nicht mehr gekommen. Herr B habe sich nicht darauf eingelassen und habe gesagt, dass das nichts für Frauen sei wegen der Nachtfahrten. Das sei eher was für Männer. So habe er das ausgedrückt. Herr C habe das mitgehört, weil die Antragstellerin das Handy auf laut geschaltet gehabt habe und unmittelbar neben ihm gesessen sei.

Weil es sich bei dem Job um Direktionsfahrten von „Chefitäten“ in ihrem Umkreis gehandelt habe, habe Herr C gesagt, das sei super, das sei wie ein Chauffeur, nur auf Privatbasis. Die Antragstellerin fahre vor die Firma, der Chef steige ein und sie brin-

ge ihn dorthin, wo er hinmöchte. Daher habe ihn die Begründung von Herrn B, dass der Job wegen der Nachtfahrten nur etwas für Männer sei, verwundert.

Gefragt, ob er sich erinnern könne, dass Herr B gesagt habe, dass der Job strapaziös sei, führte Herr C aus, dass er es so verstanden habe, dass die Nachtfahrten anstrengend seien. Aus seiner Sicht sei das aber kein Argument, weil Männer und Frauen die gleichen körperlichen Anforderungen für diesen Job mitbringen.

Im Zuge des Telefonats habe sich keine Chance auf ein persönliches Gespräch ergeben. Die Antragstellerin habe noch erfragen wollen, ob sie Bewerbungsunterlagen schicken oder persönlich vorbeikommen solle. Sie habe immer versucht positiv darzustellen, dass sie den Job trotz der Argumente von Herrn B machen wolle. Das Gespräch habe jedoch abrupt durch Herrn B geendet. Herr C sei es so vorgekommen, als habe er gefürchtet, dass sie ihn überrede, ihr eine Chance zu geben. Die Antragstellerin habe keine Aussage wie „dann eben nicht!“ getätigt. Sie habe den Job gebraucht und unbedingt machen wollen.

Rechtliche Überlegungen

Gemäß § 3 Z 1 GIBG darf auf Grund des Geschlechtes (...) im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses.

Die Formulierung „bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses“ beschränkt sich nicht auf die konkrete Entscheidung über die Einstellung, sondern erfasst auch Benachteiligungen im Rahmen des idR vorausgehenden Auswahlverfahrens. Für die Beurteilung einer Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses ist somit auf verschiedene, dem Vertragsabschluss „vorgelagerte“ bzw. diesen „vorbereitende“ Verhaltensweisen des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin oder für diese/n handelnder Personen Bedacht zu nehmen.²

Insoweit sich die betroffene Person auf einen Diskriminierungstatbestand iSd §§ 3, 4, 6 oder 7 GIBG beruft, hat sie diesen gemäß § 12 Abs. 12 GIBG glaubhaft zu machen. Dem/Der Beklagten obliegt es bei Berufung auf §§ 3 oder 4 zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung aus-

² Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 3 Rz 13.

schlaggebend war oder das andere Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die ausübende Tätigkeit ist oder ein Rechtfertigungsgrund iSd § 5 Abs. 2 vorliegt.

Wird einer Bewerberin bereits im Vorfeld des Auswahlverfahrens der Eindruck vermittelt, dass sie auf Grund des Umstandes, dass sie eine Frau ist, als für die ausgeschriebene Stelle nicht geeignet angesehen wird, ist dies unter den Tatbestand der Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 GIBG zu subsumieren.

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung der Vorwürfe der Antragstellerin ein Ermittlungsverfahren iSd GBK/GAW-Gesetzes durch.

Im vorliegenden Fall war der Senat I der GBK einerseits mit den glaubwürdig geschilderten Darstellungen durch die Antragstellerin konfrontiert, die zudem von der Auskunftsperson C bestätigt wurden, andererseits mit den Angaben der Antragsgegnerin, die dem Senat widersprüchlich erschienen.

Auf Grund der geschilderten Erinnerungen der beteiligten Personen über den Verlauf des Telefonats geht der Senat daher davon aus, dass das Gespräch tatsächlich in der von der Antragstellerin behaupteten Weise abgelaufen ist und auch nicht von ihrer Seite mit den Worten „dann eben nicht“ beendet worden ist.

Dass für die Antragstellerin auf Grund des Verlaufs des Telefonats der Eindruck entstehen musste, ausschließlich auf Grund ihres Geschlechtes nicht für die Stelle in Frage zu kommen, ist für den Senat völlig nachvollziehbar, zumal auch die beim Telefonat anwesende Auskunftsperson C glaubhaft darlegen konnte, dass von Herrn B zuerst der Umstand angesprochen wurde, dass sich die Antragstellerin *als Frau* für die Direktionsfahrten bewerben wolle, dann ins Treffen geführt wurde, dass Nachtfahrten zu machen seien, und erst zuletzt das Argument, Herr B wolle lieber Bewerber aus dem Raum ..., gekommen sei, welches somit als bloß vorgeschobenes Alternativargument erschien (vgl. Aussage von Herrn C vom 12. März 2015).

Die mündlichen Ausführungen von Herrn B waren nicht geeignet das Vorbringen der Antragstellerin zu entkräften. Vielmehr sind die Aussagen, er sei überrascht gewesen, dass sich „für so etwas“ eine Frau melde, sowie, man sei Tag und Nacht unterwegs und für eine Frau sei das ein bisschen „wild“, wobei er auch gegenüber der Antragstellerin erklärt habe, dass es für eine Frau ein recht strapaziöser Job sei, nach

Auffassung des Senates I der GBK Indizien dafür, dass Herr B für die ausgeschriebene Stelle tatsächlich keine Frau in Betracht gezogen hat. Auch der Hinweis auf die Schwerarbeit in einem Stahlwerk, für die Frauen seiner Meinung nach nicht geeignet seien, sodass ihre Nichtberücksichtigung keine Diskriminierung, sondern Schutz darstelle, zeugt von einem stereotypen Rollenverständnis (vgl. Aussage von Herrn B vom 12. März 2015). Gerade die ins Treffen geführte Gefährlichkeit der Tätigkeit ist bei einer Stelle als Kraftfahrer/in für Direktionsmitglieder überhaupt kein passendes Argument. Das Vorbringen Herrn Bs, dass er auf Grund des plötzlichen Beendens des Telefonats durch die Antragstellerin keine Gelegenheit mehr gehabt habe, eine Einladung zu einem persönlichen Vorstellungsgespräch auszusprechen, erscheint vor dem Hintergrund der glaubhaft vorgebrachten fortgesetzten Versuche der Antragstellerin, die Bedenken Herrn Bs hinsichtlich ihrer Eignung doch noch zu zerstreuen, als bloße Schutzbehauptung. Somit war auch das Argument der Antragsgegnerin, die Antragstellerin habe sachliche Ausführungen Herrn Bs hinsichtlich der Stelle bloß auf Grund einer aus der bereits längeren Arbeitssuche resultierenden negativen Erwartungshaltung als Absage „missinterpretiert“, für den Senat I der GBK nicht überzeugend.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs. 12 GIBG gelangte der erkennende Senat daher zu der Ansicht, dass es der Antragsgegnerin nicht gelungen ist zu beweisen, dass sachliche Motive für die Nichtberücksichtigung der Bewerbung ausschlaggebend waren.

Es liegt somit eine **Diskriminierung** auf Grund des Geschlechtes bei der **Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß § 3 Z 1 GIBG vor.

Vorschlag

Gemäß **§ 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz** hat der Senat, wenn er der Auffassung ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, dem/der Arbeitgeber/in schriftlich einen Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes zu übermitteln und sie/ihn aufzufordern, die Diskriminierung zu beenden. Für die Umsetzung des Vorschlags ist eine Frist von zwei Monaten zu setzen. Wird einem Auftrag nach Abs. 3 nicht entsprochen, kann gemäß **§ 12 Abs. 4 GBK/GAW-Gesetz** jede der im jeweiligen Senat vertretenen Interessensvertretungen beim zuständigen

Arbeitsgericht oder Zivilgericht auf Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes klagen.

Da der Senat I der GBK zur Auffassung gelangt ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, wird seitens des erkennenden Senates gemäß § 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz die **Antragsgegnerin, Firma X**, aufgefordert, die Diskriminierung zu beenden, und folgender **Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes** erteilt:

Leistung eines angemessenen Schadenersatzes.

Wien, 12. März 2015

Ass.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Barbara Beclin

Vorsitzende des Senates I der GBK