

**Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz**

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 5. Oktober 2009 über das am 1. April 2008 von der Regionalanwaltschaft für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt ... (R-GAW ...) 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 **X KEG** 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 X KEG diskriminiert worden ist.**

Entscheidungsgründe:

Im Verlangen der R-GAW ... wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass sich der Antragsteller auf Grund einer im Job-Room des AMS geschlechtsneutral ausgeschriebenen Stelle als Pflegehelfer/in am 21. November 2007 telefonisch bei der Antragsgegnerin für diese Stelle beworben und von Herrn B im Rahmen dieses Telefonats mündlich eine Absage erhalten habe. Die Absage sei damit begründet worden, dass das Unternehmen nur an Pflegehelferinnen interessiert sei, da bei der Antragsgegnerin ohnehin schon zwei Pflegehelfer beschäftigt sein würden und damit die Quote erfüllt sei. Zudem würden die Kunden/innen der Antragsgegnerin weibliches Personal bevorzugen und von diesem lieber gepflegt werden. Der Antragsteller habe sich daraufhin am 21. November 2007 mit der Bitte um Beratung an die R-GAW ... gewandt. Mit dem Schreiben vom 29. November 2007 sei die Antragsgegnerin von dieser zu einer Stellungnahme zum geschilderten Sachverhalt sowie zur Leistung eines ange-

messenen Schadenersatzes aufgefordert worden. Die Antragsgegnerin habe jedoch nicht auf das Schreiben der R-GAW ... reagiert.

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:

Die Antragsgegnerin habe seit jeher besonderen Wert darauf gelegt, Frauen und Männer in der Arbeitswelt gleich zu behandeln. Es habe in der Vergangenheit weder eine unmittelbare noch mittelbare Diskriminierung seitens der Antragsgegnerin gegeben, und so sei auch der vom Antragsteller vorgebrachte Sachverhalt unrichtig. Tatsächlich habe die Antragsgegnerin eine Stelle ausgeschrieben, da ein/e weitere/r Pflegehelfer/in benötigt worden sei. Das Inserat sei geschlechtsneutral geschaltet worden, und habe sich gleichermaßen an Frauen und Männer gerichtet. Es sei für die Antragsgegnerin als Arbeitgeberin in keinster Weise von Relevanz gewesen, ob die Stelle an eine Frau oder einen Mann vergeben worden wäre. Dies werde auch dadurch dokumentiert, dass momentan drei Stellen von Männern besetzt, während acht Damen beschäftigt werden würden. Da sich potentiell mehr Frauen für den Pflegeberuf interessieren würden, stünden dem Arbeitsmarkt dementsprechend mehr Frauen zur Verfügung. Die Antragsgegnerin habe immer auch Männer im Pflegeberuf angestellt und habe dies auch in Hinkunft vor. Die Absage gegenüber dem Antragsteller sei in keiner Weise damit begründet worden, dass das Unternehmen nur an Pflegehelferinnen interessiert sei. Vielmehr sei dem Antragsteller bei seiner telefonischen Anfrage seinerseits wahrheitsgemäß mitgeteilt worden, dass die Stelle bereits an eine Frau vergeben worden sei. Zum Zeitpunkt des Telefonats von Herrn B mit dem Antragsteller sei die offene Stelle bereits anderweitig vergeben worden. Dies sei dem Antragsteller entsprechend mitgeteilt worden. Daher sei es für die Antragsgegnerin vollkommen schleierhaft, wieso der Antragsteller nun der Antragsgegnerin den Vorwurf mache, ihn diskriminiert zu haben. Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes habe in keiner Weise stattgefunden.

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 KEG, 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.

Das Telefonat des Antragstellers, mit dem im Inserat als Ansprechperson genannten Herrn B, in welchem er sofort eine Absage erhalten hat, ist 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, 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.

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 Antragsgegnerin obliegt es dann bei der Berufung auf § 3 GIBG zu beweisen, dass es 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 von der R-GAW ... vorgebracht, dass sich der Antragsteller telefonisch bei der im Stelleninserat genannten Kontaktperson gemeldet habe, um einen Vorstellungstermin zu vereinbaren. Der Antragsteller habe allerdings sofort eine Absage erhalten, da die Antragsgegnerin schon zwei Pflegehelfer eingestellt, und damit die Quote erfüllt habe. Die Antragsgegnerin hat die Vorwürfe als unrichtig abgetan. Die Stelle sei bereits vor dem Telefonanruf an eine Frau vergeben worden. Es sei für die Antragsgegnerin schleierhaft, wie der Antragsteller zu diesem Vorwurf komme. Es müsse sich um einen Irrtum handeln. Die für die Antragsgegnerin geladene Auskunftsperson habe sich zweimal entschuldigen lassen. Die rechtsfreundliche Vertretung der Antragsgegnerin hat in ihrem Schreiben an den Senat I der GBK, das bei dieser am 17. September 2009 eingelangt ist, mitgeteilt, dass die zum zweiten Mal geladene Auskunftsperson nicht an der Sitzung des Senates I der GBK am 5. Oktober 2009 teilnehmen wird. Die geladene Auskunftsperson hat in diesem Schreiben die Stellungnahme der Antragsgegnerin zu ihrer Aussage erhoben. Daher setzte der Senat I der GBK die Behandlung des Verlangens der R-GAW ... gemäß § 12 Abs. 2 GBK-GO fort.

Der Senat I der GBK sah sich bei der Beurteilung des Sachverhalts mit der Tatsache konfrontiert, dass Aussage gegen Aussage gestanden ist. 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 eine von der Antragsgegnerin

genannte Auskunftsperson zur mündlichen Befragung durch den Senat I eingeladen worden ist. Die für die Antragsgegnerin geladene Auskunftsperson hat sich zweimal entschuldigen lassen, sich aber dadurch auch um die Möglichkeit gebracht, offene Fragen aufzuklären. Daher musste der Senat I der GBK seine Entscheidung auf Grundlage der vorliegenden Unterlagen und der mündlichen Angaben des Antragstellers treffen.

Die Antragsgegnerin hat in ihrer Stellungnahme angegeben, dass die ausgeschriebene Stelle an eine Frau vergeben worden sei. Deshalb wurde vom erkennenden Senat zunächst überprüft, ob es bei der Antragsgegnerin eine Quotenregelung als frauenfördernde Maßnahme iSd § 8 GIBG vorgesehen ist, oder ob im vorliegenden Fall ein spezifisches Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die Ausübung der Tätigkeit als Pflegehelfer/in im Unternehmen der Antragsgegnerin darstellt.

Grundsätzlich sieht das GIBG in § 8 positive Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern, insbesondere durch Beseitigung bestehender Ungleichheiten iSd Art. 7 Abs. 2 B-VG, vor, die dann nicht als Diskriminierung nach dem GIBG anzusehen sind.

Der EuGH versteht nach ständiger Rechtsprechung unter positiven Maßnahmen, all jene Maßnahmen, mit denen man Auswirkungen vergangener Benachteiligungen sowie bestehende Diskriminierungen entgegenwirken und die Chancengleichheit von Frauen und Männern auf dem Gebiet der Beschäftigung fördern will. In der Rechtsache *Kalanke*<sup>1</sup> hat sich der Gerichtshof gegen die Zulässigkeit einer Quotenregelung ausgesprochen, die Frauen bei gleicher Qualifikation bei einer Bewerbung absolut, d.h. unbedingt und automatisch bevorzugt, ohne die Situation der übrigen Bewerber im Einzelfall zu berücksichtigen. Im nachfolgenden Urteil *Marschall*<sup>2</sup> bestätigte der EuGH die EU-Konformität einer Regelung (sog. Öffnungsklausel), wenn diese Regelung bei gleicher Qualifikation und objektiver Beurteilung einem/r Bewerber/in den Vorzug einräumt, dessen/deren die meisten Kriterien sprechen. Im Urteil *Badek*<sup>3</sup> hat der EuGH seine Judikatur dahingehend konkretisiert, dass Regelungen, die Bewerberinnen bei gleicher Qualifikation gegenüber Bewerbern den Vorrang einräumen, dann gemeinschaftskonform sind, wenn diese Regelung sicherstellt, dass die

---

<sup>1</sup> Rs. C- 450/93, EuGH 17.10.1995

<sup>2</sup> Rs. C- 409/95, EuGH 11.11.1997

<sup>3</sup> Rs. C – 158/97, EuGH 28.3.2000

Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung sind und diese die besondere persönliche Lage aller Bewerberinnen und Bewerber berücksichtigt.

Somit kann die Bevorzugung von Frauen bei gleicher Qualifikation im Zusammenhang mit einer Bewerbung eine zulässige Maßnahme iSd § 8 GIBG sein und eine vom/von der Arbeitgeber/in verfolgte Personalstrategie darstellen<sup>4</sup>.

Aus dem Ermittlungsverfahren ergab sich für den erkennenden Senat aus der Stellungnahme der Antragsgegnerin kein Hinweis darauf, dass die Antragsgegnerin frauenfördernde Maßnahmen oder Frauenquoten als Teil ihrer Personalstrategie bei sich eingeführt hat.

Eine weitere 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 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<sup>5</sup>. Jedoch kann es gerade im Pflegebereich dazukommen, dass bestimmte Tätigkeiten an pflegebedürftigen Personen nur von Personen eines bestimmten Geschlechts ausgeübt werden sollten. In diesem speziellen Fall wäre eine Rechtfertigung des Ausschlusses eines Geschlechts möglich.

Aus dem Vorbringen der Antragsgegnerin ist nicht zu erkennen, dass die Antragsgegnerin speziell für die anfallenden Aufgaben im Pflegebereich entsprechend den Bedürfnissen der Kunden/innen eine eigene Pflegekraft gesucht hätte. Im diesem Fall hätte die Antragsgegnerin von vornherein geschlechtsspezifisch ausschreiben müssen, wobei eine sachliche Begründung für die geschlechtsspezifische Ausschreibung iSd § 9 GIBG enthalten sein sollte, um eine transparente und nachvollziehbare Ausschreibung zu gewährleisten.

Die erfolgte geschlechtsneutrale Stellenausschreibung und die vorgelegten Unterlagen bestätigen die Auffassung des Senates I der GBK dahingehend, dass die Antragsgegnerin niemals an die oben angeführten Rechtfertigungsmöglichkeiten ge-

---

<sup>4</sup> Vgl. dazu § 92 b ArbVG sieht vor, dass der/die Betriebsinhaber/in sich mit dem Betriebsrat zu beraten hat, wenn der Betriebsrat Vorschläge und Anträge für Maßnahmen der betrieblichen Frauenförderung bzw. zur Vereinbarkeit von Betreuungspflichten und Beruf macht. Diese Maßnahmen können auch Inhalt einer fakultativen Betriebsvereinbarung (§ 92b Abs. 3 iVm § 97 Abs. Z 25 ArbVG) werden.

<sup>5</sup> Rebhahn, Kommentar zum GIBG, § 3 Rz. 80)

dacht hat. Die Stellungnahme verweist lediglich darauf, dass drei Männer bei der Antragsgegnerin arbeiten würden. Ein objektiver, transparenter und nachvollziehbarer Vergleich der Qualifikation zwischen dem Antragsteller und den restlichen Bewerbern/innen wurde nicht vorgenommen. Die Antragsgegnerin hat von vornherein die Bewerbung des Antragstellers ausgeschlossen, und konnte sich nicht selbst ein Bild über den Antragsteller und dessen Qualifikationen machen.

Demgegenüber gab der Antragsteller gegenüber dem erkennenden Senat mündlich ergänzend an, dass es ihm bei Vorstellungsgesprächen immer wieder passiert sei, eine Stelle als Pflegehelfer/in einzig deshalb nicht erhalten habe, da er ein Mann sei. Er habe deshalb ein Verfahren gegen die Antragsgegnerin eingeleitet, da er am Telefon noch dazu beleidigt worden sei. Man habe zu ihm gesagt, "wozu er überhaupt anrufe, wenn er doch ein Mann sei". Deshalb habe er die von ihm beanstandete Absage durch die Antragsgegnerin nicht nur bei der R-GAW ..., sondern auch dem für ihn zuständigen AMS „Y“ sowie dem AMS „Z“ gemeldet. Der zuständige AMS-Betreuer habe ihm versichert, dass er die Angelegenheit überprüfen werde und sich bei ihm melden werde. Allerdings habe sich das AMS „Y“ nicht mehr bei ihm gemeldet. Der erkennende Senat hat deshalb mit dem zuständigen AMS „Y“ Kontakt aufgenommen, um die Angaben des Antragstellers zu überprüfen. Nach Auskunft des AMS „Y“ ist bei 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 „Y“ liegen auch sonst keine Beschwerden über Diskriminierungen durch die Antragsgegnerin vor. Die Angaben des AMS waren für den erkennenden Senat nicht schlüssig, sodass anhand der im Gesetz vorgesehenen Beweislastverteilung zu entscheiden war.

Bei Abwägung aller vorliegenden Umstände ist es nach Ansicht vom Senat I der GBK wahrscheinlicher, dass die vom Antragsteller vorgebrachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen. Es erscheinen daher die Angaben des Antragstellers glaubwürdig und schlüssig, dass bei der Antragsgegnerin noch das Vorurteil besteht, dass Frauen für den Beruf als Pfleger/in geeigneter als Männer sind. Tatsächlich ist es so, dass Männer in Pflegeberufe immer noch deutlich unterrepräsentiert sind.

Aus der langjährigen Erfahrung des Senates I der GBK lässt sich feststellen, dass Männer sich nur dann die GBK wenden, wenn sie sich tatsächlich diskriminiert fühlen. Anscheinend hat das AMS „Y“ dem vom Antragsteller gemeldeten Vorfall nicht

die nötige Beachtung geschenkt. 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.

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, und nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden ist.

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

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 oder in Fällen in Zusammenhang mit einer sonstigen Diskriminierung in der Arbeitswelt dem/der für die Diskriminierung Verantwortlichen (...) schriftlich einen Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes zu übermitteln und ihn/sie aufzufordern, die Diskriminierung zu beenden. Für die Umsetzung des Vorschlags ist eine Frist von zwei Monaten zu setzen.

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

Leistung eines mindestens auf Euro 500,-- gehenden **Schadenersatzes** auf Grund der vorliegenden Diskriminierung iSd § 3 Z 1 GIBG iVm § 12 Abs. 1 Z 2 GIBG an den Antragsteller binnen angemessener Frist.

Wien, 5. Oktober 2009

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

Vorsitzende des Senates I der GBK