

Senat I der Gleichbehandlungskommission
Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz
(BGBl Nr 108/1979 idgF)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 7. November 2023 über den am 3. November 2022 eingelangten Antrag von **A (Antragsteller)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 1 GIBG** (BGBl I Nr 66/2004 idgF) durch das **Z e.U. (Antragsgegner)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl II Nr 396/2004 idgF), zu GZ GBK I/1118/22, zu folgendem

PRÜFUNGSERGEBNIS:

A ist aufgrund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 GIBG durch das Z e.U. diskriminiert worden.

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

VORBRINGEN

Im **Antrag** wurde zusammengefasst Folgendes vorgebracht:

Der Antragsteller habe im Schaufenster der Tabak Trafik des Antragsgegners auf der Straße 1 in Stadt 1 ein Schild mit der Aufschrift „Mitarbeiter gesucht“ gesehen und dieses abfotografiert. Er habe sich über die Formulierung „Verkäuferin“ statt „VerkäuferIn“ auf dem Schild gewundert, sei aber von einem Tippfehler ausgegangen.

Am 3. Mai 2022 habe ein Vorstellungsgespräch zwischen dem Antragsteller und dem Antragsgegner stattgefunden. In diesem Gespräch habe der Antragsgegner mitgeteilt, dass er generell nur Frauen einstelle.

Der Antragsteller sei aufgrund seiner Einzelhandelsausbildung und seiner Berufsmatura für die gegenständliche Stelle qualifiziert gewesen.

Der Antragsteller fühle sich nicht nur durch das Inserat, sondern auch durch das Verhalten des

¹ Vgl. zB VfSlg. 19.321.

Antragsgegners aufgrund seines Geschlechtes benachteiligt.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der rechtsfreundlichen Vertretung des Antragsgegners übermittelten **Stellungnahme** vom 7. März 2023 bestritt dieser die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Der Antragsgegner habe in seinem Schaufenster einen Zettel angebracht auf dem „Verkäuferin gesucht“ gestanden sei. Der Antragsgegner habe selbstverständlich entsprechend gendern wollen, leider sei ihm dabei ein Tippfehler unterlaufen: Er habe ein kleines statt einem großen „i“ geschrieben.

Die Trafik des Antragsgegners befinde sich in einem äußerst „lebhaften“ Viertel. Gegenüber befinde sich eine Straßenbahnstation und die Trafik sei hochfrequentiert. Die Trafik würde von unterschiedlichsten Kunden/Kundinnen besucht werden. Dabei komme es auch häufig zu Meinungsverschiedenheiten, die nicht immer in aller Höflichkeit ausgetragen würden. Gerade aus diesem Grund sei es grundsätzlich von Vorteil, wenn ein männlicher Verkäufer in der Trafik arbeiten würde. Der Antragsgegner habe jedoch auch Verkäuferinnen angestellt, gerade weil er nicht nach dem Geschlecht unterscheide, sondern Bewerber/Bewerberinnen ausschließlich nach sachlichen Kriterien einstelle.

Absolute Einstellungsvoraussetzung sei, dass es sich um eine Person mit ausreichender Erfahrung im Verkauf handle. Wie bereits beschrieben, habe die Trafik phasenweise eine etwas schwierige Kundschaft und sei der Antragsgegner aufgrund des laufenden Betriebes nur eingeschränkt in der Lage, jemanden einzuschulen. Aus diesem Grund benötige er jemanden mit Erfahrung, der „gleich funktionieren“ könne. Genau diese Voraussetzung erfülle der Antragsteller nicht. Aus diesem Grund habe ihm der Antragsgegner auch telefonisch mitgeteilt, dass er seine Bewerbung leider nicht berücksichtigen könne.

Es habe keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes stattgefunden, sondern sei nach einem sachlichen Kriterium, nämlich ob einschlägige Arbeitserfahrung bestehe, differenziert worden, welche Bewerbung berücksichtigt werde und welche nicht. Der Antragsgegner stehe jedoch nicht an, für seinen Tippfehler gerade zu stehen. Weiters bedauere er, falls bei dem Antragsteller eine falsche Botschaft angekommen sei. Etwas befremdlich sei es jedoch gewesen, als der Antragsteller an den Antragsgegner herangetreten sei und diesem mitgeteilt habe, für einen Monatslohn würde er die „Klage“ zurückziehen. Dies lasse den Eindruck entstehen, der Antragsteller würde auf eine derart unglückliche Situation (Tippfehler) nur warten, um wirtschaftlichen Profit zu schlagen. Der Antragsgegner sei dennoch bereit, die Angelegenheit in Güte einer Erledigung zuzuführen und könne sich daher vorstellen, 250,- Euro an den Antragsteller zu bezahlen, wenn die Angelegenheit damit endgültig bereinigt wäre.

PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen des Antragstellers und des Antragsgegners sowie die mündliche Befragung des Antragstellers und des Antragsgegners vom 7. November 2023. Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf die Stellenausschreibung (Foto des Aushangs).

BEGRÜNDUNG²

Die im vorliegenden Fall maßgebliche Bestimmung des Gleichbehandlungsgesetzes, BGBl I Nr 66/2004 idgF, lautet:

„§ 3. Auf Grund des Geschlechtes, insbesondere unter Bezugnahme auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat darf im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht

1. bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses [...]“

Generell ist zur Frage des Beweismaßes und der Beweislastverteilung im GBK-Verfahren anzumerken, dass eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne des GIBG beruft, diesen glaubhaft zu machen hat. Insoweit genügt daher nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (OGH) eine „Bescheinigung“ der behaupteten Tatsachen, wobei jedoch der bei der GBK zu erreichende Überzeugungsgrad gegenüber der beim „Regelbeweis“ geforderten „hohen Wahrscheinlichkeit“ auf eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ herabgesenkt ist.

Vereinfacht gesagt muss mehr für die Darstellung des Antragstellers/der Antragstellerin sprechen als dagegen.³

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung des Vorwurfes, der Antragsteller sei im Zuge seiner Bewerbung aufgrund seines Geschlechtes diskriminiert worden, da die Stellenausschreibung nicht geschlechtsneutral formuliert gewesen sei und ihm auch telefonisch mitgeteilt worden sei, dass nur Frauen eingestellt würden, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem **Sachverhalt** aus:

Im April 2022 befand sich im Schaufenster der Tabak Trafik des Antragsgegners einen Aushang auf dem Folgendes stand: *„Mitarbeiter gesucht! freundliche und engagierte Trafik Verkäuferin, ca. 25-30 Std., jeden 2. Freitagnachmittag und Samstag frei!“*

² Im weiteren Verlauf werden (akademische) Titel nicht weiter angeführt.

³ Vgl. OGH 9 ObA 144/14p, Arb 13.203 mit weiteren Nachweisen.

Am 3. Mai 2022 fand ein Telefonat zwischen dem Antragsteller und dem Antragsgegner statt, wobei der Antragsteller sich kurz vorstellen und nachfragen wollte, welche Bewerbungsunterlagen er übermitteln soll. Der Antragsgegner erklärte ihm, dass er nur Personen mit Arbeitserfahrung in einer Trafik suche. Außerdem teilte er mit, dass er nur Frauen einstellen wolle. Über die Qualifikationen des Antragstellers wurde nicht gesprochen.

Mit Schreiben vom 9. Juni 2022 wandte sich die Gleichbehandlungsanwaltschaft im Auftrag des Antragstellers an den Antragsgegner, woraufhin am 13. Juni 2022 ein Telefonat zwischen dem Antragsgegner und der Gleichbehandlungsanwältin stattfand. In diesem Gespräch erklärte der Antragsgegner abermals, dass er nur weibliche Mitarbeiterinnen für seine Trafik suche.

In der Trafik des Antragstellers sind vier Personen angestellt, wobei alle Angestellten Frauen sind. Die ausgeschriebene Stelle erhielt schließlich eine Frau, welche keine einschlägige Arbeitserfahrung in einer Trafik vorweisen konnte.

In **rechtlicher Hinsicht** ist der Sachverhalt wie folgt zu beurteilen:

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

Die Formulierung „bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses“ beschränkt sich nicht auf die konkrete Entscheidung über die Einstellung, sondern erfasst auch Benachteiligungen im Rahmen des in der Regel vorausgehenden Auswahlverfahrens. Für die Beurteilung einer Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses ist somit auf verschiedene, dem Vertragsabschluss „vorgelagerte“ bzw. diesen „vorbereitende“ Verhaltensweisen von Arbeitgebern/Arbeitgeberinnen oder für diese handelnde Personen Bedacht zu nehmen (Vertragsanbahnung).⁴

Erfolgt die Vertragsanbahnung mit Hilfe einer Stellenausschreibung, dann muss das Gleichbehandlungsgebot bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses nach § 3 Z 1 GIBG vom Gebot der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung gemäß § 9 GIBG abgegrenzt werden. Obwohl die beiden Regelungen in engem Zusammenhang stehen, erfüllen nicht geschlechtsneutrale Stellenausschreibungen „als solche“ in der Regel den Diskriminierungstatbestand gemäß § 3 Z 1 GIBG nicht und können daher auch die im § 12 Abs 1 GIBG für Einstellungsdiskriminierungen vorgesehenen Rechtsfolgen (Schadenersatzansprüche) nicht auslösen. Ausschreibungsmängel führen hingegen nach § 10 GIBG zu Verwarnungen⁵ oder zu Geldstrafen⁶ für die nicht

⁴ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 13.

⁵ Dies gilt gemäß § 10 Abs. 2 GIBG für den „ersten Verstoß“ des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin.

⁶ Vgl. § 10 Abs. 1 GIBG für Arbeitsvermittler/Arbeitsvermittlerinnen und § 10 Abs. 2 GIBG für den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin bei wiederholter gesetzwidriger Ausschreibung.

normkonform ausschreibenden Arbeitgeber/Arbeitgeberinnen und Arbeitsvermittler/Arbeitsvermittlerinnen. Somit ist das Ausschreibungsverfahren selbst an § 9 GIBG zu messen; die Bearbeitung der daraufhin einlangenden Bewerbungen ist hingegen bereits nach dem Gleichbehandlungsgebot bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses nach § 3 Z 1 GIBG zu beurteilen. Missachtungen des Gebots der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung sind aber – zB in einem späteren Rechtsstreit – ein gewichtiges Indiz für eine darauf folgende Einstellungsdiskriminierung.⁷

Da der gegenständliche Sachverhalt im Wesentlichen außer Streit steht, beschränkte sich die Prüfung durch den Senat auf die Klärung der Frage, ob der Antragsteller durch die Ablehnung seiner Bewerbung aufgrund seines Geschlechtes diskriminiert worden ist.

Die gegenständliche Position als Verkäufer/Verkäuferin war nicht geschlechtsneutral ausgeschrieben (vgl. § 9 Abs 1 GIBG). Die in § 9 Abs 1 GIBG enthaltene Ausnahmebestimmung, dass geschlechtsspezifisch ausgeschrieben werden darf, wenn ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die Ausübung der vorgesehenen Tätigkeit ist, kommt hier nicht zum Tragen. Es lagen keine Voraussetzungen vor, die ein Tätigwerden des Antragstellers als Verkäufer in einer Tabak Trafik praktisch oder rechtlich ausschließen. Weiters lag kein gesetzliches Beschäftigungsverbot im Einzelfall vor.⁸

Das Argument des Antragsgegners in der Stellungnahme vom 7. März 2023 und in seiner Befragung am 7. November 2023, es sei in der Stellenausschreibung das Binnen-I unbeabsichtigt nicht großgeschrieben worden, wertet der Senat als Schutzbehauptung. Der Antragsgegner teilte dem Antragsteller im telefonischen Gespräch mit, dass er nur Frauen einstellen wolle. Dieses Gespräch fand statt, nachdem die Stellenausschreibung im Schaufenster sichtbar war. Dies ist ein starkes Indiz dafür, dass es sich nicht nur um einen Tippfehler gehandelt hat, sondern tatsächlich ausschließlich nach weiblichem Personal gesucht wurde.

In seiner Befragung erklärte der Antragsgegner außerdem, er habe dem Antragsteller im Telefonat zwar mitgeteilt, dass er für die Stelle nur nach Frauen suche, dies aber nur, um ihn abzuwimmeln, da er nicht die notwendige Qualifikation (insbesondere Erfahrung in einer Trafik) aufweise. Dieses Vorbringen wertet der Senat als Schutzbehauptung, da der Antragsgegner im Gespräch mit der Gleichbehandlungsanwältin rund ein Monat nach dem Telefonat mit dem Antragsteller mehrmals wiederholte, dass er nur Frauen einstellen wolle.

Der Senat weist auch darauf hin, dass im Unternehmen des Antragsgegners ausschließlich Frauen beschäftigt sind und auch die gegenständliche Stelle schließlich eine Frau erhalten hat, die keine – wie beim Antragsteller gefordert – einschlägige Erfahrung in einer Trafik vorweisen konnte.

⁷ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 19.

⁸ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 9 Rz 17.

Wenngleich der Antragsgegner nachvollziehbar darlegen konnte, dass er zum Zeitpunkt des Telefonats mit dem Antragsteller aufgrund von Personalmangel sehr gestresst war und nur Zeit für ein kurzes Gespräch hatte, muss festgestellt werden, dass auf die fachliche (Nicht-)Eignung des Antragstellers vom Antragsgegner nur unzureichend bzw. oberflächlich eingegangen wurde. Über die Qualifikationen des Antragstellers wurde nicht gesprochen und diesem keine Möglichkeit geboten, seine Bewerbungsunterlagen zu übermitteln. Dem Antragsteller wurde somit eindeutig eine Absage aufgrund seines Geschlechtes erteilt.

Eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses ist dann zu verneinen, wenn Bewerber/Bewerberinnen, die die Mindestanforderungen für die zu besetzende Stelle offensichtlich nicht erfüllen, vom Arbeitgeber/von der Arbeitgeberin nicht in die Auswahlentscheidung einbezogen werden. Beim Fehlen jeglicher Eignung kann auch dann nicht von einer Benachteiligung wegen des Geschlechtes gesprochen werden, wenn im konkreten Einstellungsverfahren entweder nur Frauen oder nur Männer davon betroffen sind.⁹ Der Senat schließt aus, dass dem Antragsteller jegliche Eignung für die Tätigkeit eines Verkäufers in einer Tabak Trafik fehlt.

Zur Qualifikation des Antragstellers ist zudem festzuhalten, dass eine Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses auch dann vorliegt, sollte der Antragsteller nicht als bestqualifizierter Bewerber durch die Ablehnung seiner Bewerbung aufgrund seines Geschlechtes diskriminiert worden sein (§ 12 Abs 1 Z 2 GIBG).

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

VORSCHLAG

Gemäß **§ 12 Abs 3 GBK/GAW-Gesetz** hat der Senat, wenn er der Auffassung ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, dem Arbeitgeber/der Arbeitgeberin 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. 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.

⁹ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 29.

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

Leistung eines angemessenen Schadenersatzes.

Wien, 7. November 2023

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK