

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 28. Februar 2023 über den am 13. Dezember 2021 eingelangten Antrag von **DI A (Antragsteller)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes und des Alters bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§§ 3 Z 1 und 17 Abs 1 Z 1 GIBG** (BGBl I Nr 66/2004 idgF) durch **die Stadtgemeinde Z (Antragsgegnerin)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl II Nr 396/2004 idgF), zu GZ GBK I/1050/21-M, zu folgendem

PRÜFUNGSERGEBNIS:

1. **DI A ist nicht aufgrund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 GIBG durch die Stadtgemeinde Z diskriminiert worden.**
2. **DI A ist nicht aufgrund des Alters bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs 1 Z 1 GIBG durch die Stadtgemeinde Z diskriminiert worden.**

Dies ist eine gutachterliche Feststellung. Es handelt sich hierbei im Sinne der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes<sup>1</sup> nicht um einen Bescheid.

VORBRINGEN

Im **Antrag** wurde im Wesentlichen Folgendes vorgebracht:

Der Antragsteller habe sich am 14. September 2021 auf ein auf der Website der Antragsgegnerin veröffentlichtes Stelleninserat für die ausgeschriebene Stelle als Geschäftsführer/Geschäftsführerin der zum damaligen Zeitpunkt in Gründung befindlichen Stadtmarketing Z GmbH beworben.

Wie im Interventionsschreiben der Gleichbehandlungsanwaltschaft Regionalbüro für Bundesland 1 (R-GAW) vom 8. November 2021, gerichtet an Bürgermeister Y, detaillierter nachzulesen, sei er im Rahmen dieses Bewerbungsverfahrens nicht berücksichtigt worden.

---

<sup>1</sup> Vgl. zB VfSlg. 19.321.

Anfang Oktober habe er zu seiner Verwunderung vom zweiten Vizebürgermeister, X, als auch von Stadtrat DI W erfahren, dass die Hearings zur Besetzung dieser Stelle bereits abgeschlossen seien. Er habe bis zu diesem Zeitpunkt noch keine Reaktion auf seine Bewerbung erhalten. Beide Herren haben zudem von seiner Bewerbung keine Kenntnis gehabt.

Der Antragsteller habe auch die Information erhalten, dass ausschließlich drei weibliche Bewerberinnen, darunter auch seine ehemalige Ehefrau, zu den Hearings eingeladen worden seien.

Am 4. Oktober 2021 habe er dann ein Mail an den Bürgermeister der Stadtgemeinde Z, Y, sowie an alle Mitglieder des Gemeinde- und Stadtrates geschrieben. Er habe mit diesem Mail ersucht, ihn über den aktuellen Stand bezüglich seiner Bewerbung zu informieren. Am 11. Oktober 2021 habe er ein Absageschreiben erhalten, dass der Gemeinderat der Stadtgemeinde Z in der Sitzung vom 30. September 2021 beschlossen habe, die Stelle anderweitig zu besetzen. In der Zwischenzeit wisse er auch, dass die ausgeschriebene Stelle mit B besetzt worden sei. Den Namen der dritten Frau kenne er nicht.

Dass er nicht einmal eine Einladung zu einem Bewerbungsgespräch bzw. Hearing bekommen habe, sei für den Antragsteller nicht nachvollziehbar. Er sei auch zutiefst irritiert darüber, dass seine Bewerbung offenbar nicht einmal allen für die Entscheidung über die Stellenbesetzung maßgeblichen Personen bekannt gemacht worden sei und frage sich, auf welchen Grundlagen die Stellenbesetzungsentscheidung basiere. Beiliegend finde sich ein Artikel aus Zeitung 1 vom November 2021, in dem die Transparenz mancher Stellenbesetzungen in Bezug auf manche Personalentscheidungen im Bereich der Gemeinde in Zweifel gezogen werde.

Aus seiner beruflichen Vorerfahrung, die seinem Bewerbungsschreiben und auch seinem Lebenslauf zu entnehmen sei, gehe hervor, dass er für die ausgeschriebene Position in großem Ausmaß geeignet wäre.

Vor allem im Veranstaltungs- und Projektmanagement könne er langjährige berufliche Erfahrung aufbieten, die für die Tätigkeit als Geschäftsführer der Stadtmarketing Z GmbH von großem Vorteil hätte sein können.

Die weiteren Kriterien, wie zB unternehmerisches Handeln und Kooperationsfähigkeit, erfülle er selbstverständlich aufgrund seiner vorangegangenen Tätigkeit als Selbstständiger und seiner Tätigkeit als geschäftsführender Gesellschafter in verschiedenen Unternehmen ausgezeichnet.

Er könne nur konkrete Aussagen zur Qualifikation seiner ehemaligen Ehefrau, C, machen. Deren höchste abgeschlossene Ausbildung sei ein Abschluss an der Handelsschule. Seines Wissens habe sie keine weiteren Aus- bzw. Fortbildungen absolviert. Diese erfülle, da er ab 19. September 2005 den Gewerbeschein „Werbeagentur“ für das gemeinsame Unternehmen ge-

stellt habe und nur er als handelsrechtlicher Geschäftsführer tätig gewesen sei, das Anforderungsprofil weniger als er und daher seien die Hintergründe für die Auswahl ihrer Person für das Hearing, auch in die zweite Runde, für ihn nicht nachvollziehbar.

B habe erst seit 21. Juli 2021 den Gewerbeschein „Organisation von Veranstaltungen, Märkten und Messen (Eventmanagement)“.

Es dränge sich für ihn in großem Ausmaß die Frage nach dem Grund der Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung auf. Da er über keine weiteren Informationen verfüge, gehe er davon aus, dass dies mit seinem Geschlecht und auch mit seinem Alter zu tun habe. Er sei 1967 geboren und heuer 54 Jahre alt geworden. Zusätzlich glaube er auch, dass sein männliches Geschlecht der Grund für die mangelnde Einbeziehung des Bewerbungsverfahrens gewesen sei. Es seien ausschließlich weibliche Bewerberinnen in die engere Auswahl genommen worden. Seine ehemalige Ehefrau sei eindeutig weniger qualifiziert als er, ihre Bewerbung habe jedoch Berücksichtigung gefunden. Letztendlich habe die Stelle eine Frau erhalten.

Eine dermaßen qualifizierte Stelle wie die ausgeschriebene werde er in baldiger Zukunft in seiner unmittelbaren Umgebung wahrscheinlich nicht finden. Das AMS mache zudem natürlich auch Druck auf ihn bezüglich seiner Jobsuche. Alles in allem wirke sich die beschriebene Nichtberücksichtigung sehr wesentlich negativ auf sein Leben aus.

Die mangelnde Transparenz betreffend die gegenständliche Stellenbesetzung werde auch in einem offenen Brief der Bürgerinitiative lebenswertes Z thematisiert.

Abschließend dürfe der Antragsteller darauf hinweisen, dass das Ersuchen um Abgabe einer Stellungnahme an die R-GAW unbeantwortet geblieben sei.

In der **Konkretisierung des Antrages** vom 30. und 31. Dezember 2021 brachte der Antragsteller im Wesentlichen Folgendes vor:

Das Geburtsjahr von B sei 1979, das Geburtsjahr von D sei 1986 und das Geburtsjahr von C sei 1965, d.h. von den drei zum Hearing eingeladenen Personen seien zwei (= 66,67 Prozent) wesentlich jünger als der Antragsteller (Geburtsjahr 1967) und mit B sei die Position des Geschäftsführers/der Geschäftsführerin mit der zweitjüngsten Teilnehmerin des Hearings besetzt worden.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der Antragsgegnerin übermittelten **Stellungnahme** vom 3. März 2022 bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Die Stadtmarketing Z GmbH sei aufgrund der Tourismusreform als Nachfolgeorganisation des Tourismusverbandes Z mit der Zielsetzung gegründet worden, die bisherigen Aufgaben des

Tourismusverbandes Z im lokalörtlichen Tourismus und Stadtmarketing weiterzuführen.

Der Antragsteller habe sich wie neun weitere Personen fristgerecht per E-Mail für die Position der Geschäftsführung der Stadtmarketing Z GmbH beworben und ein Konvolut an Unterlagen beigelegt.

Basierend auf den eingereichten Unterlagen sei eine Vorauswahl der drei bestgeeigneten Personen erfolgt.

Dabei habe sich herausgestellt, dass der Antragsteller als diplomierter Elektrotechniker/Energietechniker ausschließlich im Zusammenwirken mit seiner ehemaligen Ehefrau teilweise stellenrelevante Erfahrungen erwerben habe können, die jedoch nicht ausgereicht haben, um in den Dreivorschlag an die Auswahlkommission aufgenommen zu werden.

Im Zuge der Anhörung haben die Mitglieder der Auswahlkommission die Möglichkeit gehabt, in alle fristgerecht eingelangten Bewerbungen Einsicht zu nehmen.

Einstimmig sei nach Durchführung der Anhörung B als bestqualifizierte Bewerberin festgestellt und dem Gemeinderat zur Beschlussfassung vorgeschlagen worden.

Zu den Vorwürfen der angeblichen Diskriminierung aufgrund des Alters und des Geschlechtes sei anzumerken, dass weder Alter noch Geschlecht, sondern ausschließlich die mangelnde formale Qualifikation für die Entscheidung ausschlaggebend gewesen sei, den Antragsteller vom weiteren Bewerbungsverfahren auszuschließen.

In der **ergänzenden Stellungnahme** vom 24. Jänner 2023 brachte die Antragsgegnerin im Wesentlichen Folgendes vor:

Basierend auf den eingelangten Bewerbungsunterlagen sei eine Vorauswahl der drei bestgeeigneten Bewerber/Bewerberinnen seitens der Antragsgegnerin erfolgt. Unter Berücksichtigung der in der Stellenausschreibung geforderten Kriterien wurden als bestgeeignete Bewerber/Bewerberinnen B (geboren am 16. Jänner 1979) sowie zwei weitere Bewerberinnen (Jahrgänge 1992 und 1965) geladen.

Wie in der Stellenausschreibung ersichtlich, seien für diese Position unter anderem eine Person mit einschlägiger Erfahrung in der Organisation und Durchführung von Veranstaltungen und Marketingmaßnahmen mit unternehmerischem ziel- und lösungsorientiertem Handeln und selbständiger und kundenorientierter Arbeitsweise gesucht worden. Aus der Stellenausschreibung ergebe sich auch, dass die Geschäftsführung der Stadtmarketing Z GmbH für das Veranstaltungs- und Projektmanagement, die Umsetzung von Stadtmarketing-Projekten und Werbeaktionen, das diesbezügliche Social Media & Onlinemarketing sowie für das Budget, die Finanzplanung und Mitarbeiterführung verantwortlich sei und die kaufmännische Leitung inne habe.

Begründend zur Auswahl von B als bestgeeignete Kandidatin werde ausgeführt, dass B zum Zeitpunkt des Bewerbungsprozesses bereits 17 Jahre beim Tourismusverband Z beschäftigt gewesen sei. Aus ihrem Lebenslauf sei zu entnehmen, dass B im Zuge dieser Beschäftigung unter anderem für die Planung, Finanzplanung, Organisation und Durchführung von sehr wesentlichen Veranstaltungen (u.a. den Z Weihnachtsmarkt, die Perchtenläufe, die Langen Einkaufsdonnerstage, das Herzerlfest, die Open Airs, das Straßenfest, das Brunnenfest und das Stadtfest) zuständig gewesen sei. Darüber hinaus sei B weiters mit der Akquise von Fördermitteln, mit dem Projektmanagement, der Entwicklung von Angeboten und Werbestrategien, der Gästebetreuung sowie der Betreuung der touristischen Betriebe betraut gewesen. Weiters haben dabei zu ihren Aufgaben die Marketingplanung und Strategieentwicklung sowie die Betreuung aller Social-Media-Kanäle gezählt. Seit dem Jahr 2020 sei B Büroleiterin beim Tourismusverband Z und dabei für die Leitung der Touristeninformation, das allgemeine Büromanagement, die Organisation, Führung und Kontrolle sämtlicher Betriebsläufe verantwortlich gewesen und habe die personelle Leitung innegehabt.

B habe weiters einen Gewerbeschein für das freie Gewerbe Organisation von Veranstaltungen, Märkten und Messen (Eventmanagement) aufweisen können. Daraus ergebe sich, dass B – unter anderem aufgrund der Tatsache, dass die Stadtmarketing Z GmbH die Aufgaben des ehemaligen Tourismusverbandes Z wahrnehmen sollte – sämtliche in der Stellenausschreibung genannten Voraussetzungen erfüllt habe.

Die zweite, zum Hearing geladene Bewerberin (Jahrgang 1965) sei bereits von 1990 bis 1992 im Marketingbereich beschäftigt und dabei für den kreativen Aufbau von verkaufsfördernden Fachkatalogen zuständig gewesen. Darüber hinaus sei diese gemäß ihrem Lebenslauf von 1993 bis 1996 als Marketingleiterin sowie im Jahr 1996 als Chefredakteurin bei einem österreichischen Familienmagazin tätig gewesen. Von 1997 bis 2003 sei diese wiederum als Chefredakteurin und Vertriebsverantwortliche beschäftigt gewesen. Neben weiteren Tätigkeiten im Marketingbereich sei diese weiters im Zeitraum von 2007 bis 2009 verantwortlich für die Konzeption und Durchführung der Veranstaltung von „... Messe“ gewesen. Zwischen 2003 und 2019 sei die Bewerberin Inhaberin der Werbeagentur „...“ und dabei Werbeleiterin, Herausgeberin und Chefredakteurin gewesen. Diese Bewerberin sei zum Hearing geladen worden, da davon auszugehen gewesen sei, dass es sich hierbei um eine Person mit guter Kommunikationsfähigkeit handle, welche aufgrund ihrer Berufserfahrung wertvolle Erfahrungen in der Organisation und Durchführung von Veranstaltungen und Marketingmaßnahmen aufweisen habe können. Weiters sei davon auszugehen gewesen, dass diese Person aufgrund ihrer Berufserfahrung und Selbständigkeit eine unternehmerisch ziel- und lösungsorientierte sowie selbständige und kundenorientierte Arbeitsweise mitbringe.

Die dritte, zum Hearing geladenen Bewerberin (Jahrgang 1992) habe einen Abschluss bei der Bundeshandelsakademie ... sowie einen Studienabschluss im Sportjournalismus (akademische

Sportjournalistin) bei der Universität ... aufweisen können. Berufserfahrungen habe diese Bewerberin gemäß ihrem Lebenslauf unter anderem durch ein Praktikum beim Österreichischen Rundfunk (ORF) sowie durch langjährige Tätigkeit in der Kundenbetreuung erwerben können. Diese Bewerberin sei zum Hearing geladen worden, da sie Berufserfahrungen in verschiedenen Bereichen und einen Studienabschluss im für diese Position bedeutenden Bereich der Kommunikationswissenschaft aufweisen habe können.

Begründend zur Entscheidung der Einladung dieser obgenannten Bewerberinnen zum Hearing könne ausgeführt werden, dass der Antragsteller – wie der Senat seinem Lebenslauf entnehmen könne – nach seinem Abschluss der HTBL ... im Bereich Elektrotechnik (1981-1986) auch die TU ... mit dem Diplomstudium Elektrotechnik (1986-1996) besucht habe. Berufserfahrung habe er unter anderem durch Tätigkeiten in der Konstruktionsabteilung der ... Linien sowie durch die Projektkoordination/-leitung bei Infoscreen Austria GmbH (Einbau des Fahrgastinformationssystem etc.) erwerben können. Darüber hinaus ergebe sich aus seinem Lebenslauf, dass der Antragsteller eine selbständige Tätigkeit im Bereich der EDV-Dienstleistungen und Softwareentwicklung ausgeübt habe (2001-2016). Stellenrelevante Berufserfahrung habe der Antragsteller scheinbar ausschließlich im Zusammenwirken seiner ehemaligen Ehepartnerin und Hearingkandidatin aufweisen können, nämlich als geschäftsführender Gesellschafter bei „... GmbH“, als Veranstalter der jährlichen „... Messe“ von 2007-2010 und als geschäftsführender Gesellschafter bei der obgenannten Werbeagentur „...“ von 2005-2016. Zusammengefasst könne somit festgestellt werden, dass der Antragsteller durchaus eine fundierte Ausbildung und Berufserfahrung aufweisen habe können, jedoch sowohl die Ausbildung als auch die Berufserfahrung des Antragstellers sehr technisch orientiert gewesen sei. Die stellenrelevanten Berufserfahrungen habe der Antragsteller scheinbar im Zusammenwirken mit seiner ehemaligen Ehepartnerin und Hearingkandidatin erworben, wobei er gemäß seinem Lebenslauf während dieser Zeit weiterhin selbständig im EDV-Dienstleistungsbereich tätig gewesen sei.

Das Hearing der drei bestgeeigneten Kandidatinnen habe am 24. September 2021 stattgefunden, wobei sich die diesbezügliche Hearingkommission, bestehend aus Bürgermeister Y, Vizebürgermeister X (Grüne Fraktion), V (ÖVP), DI W (FPÖ), Mag.<sup>a</sup> U (SPÖ), Obmann Dir. T und Mag. S (ehemaliger Stadtamtsdirektor) sowie R, MSc (Stadtkassenleiter) zusammengesetzt habe. Im Zuge dieser Anhörung haben die Mitglieder der Auswahlkommission die Möglichkeit gehabt, in alle fristgerecht eingelangten Bewerbungen Einsicht zu nehmen. Nach Anhörung der drei bestgeeigneten Kandidatinnen sei von Seiten der Hearingkommission einstimmig B als bestqualifizierte Bewerberin für die Position der Geschäftsführung der Stadtmarketing Z GmbH ausgewählt und dem Gemeinderat zur Beschlussfassung vorgeschlagen worden.

Ausdrücklich nochmals darauf hingewiesen werde, dass weder Alter noch Geschlecht, sondern ausschließlich die Qualifikation von B für die Entscheidung der Besetzung der Geschäftsführung der Stadtmarketing Z GmbH ausschlaggebend gewesen sei. B sei als bestgeeignete

Kandidatin ausgewählt worden, da diese die obgenannten, für die ausgeschriebene Stelle wesentlichen Berufserfahrungen und Anforderungen aufweisen habe können.

## PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen des Antragstellers und der Antragsgegnerin sowie die mündliche Befragung des Antragstellers und von Bürgermeister Y (informierter Vertreter der Antragsgegnerin) vom 28. Februar 2023. Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf die Stellenausschreibung eines Geschäftsführers/einer Geschäftsführerin für die Stadtmarketing Z GmbH, die Bewerbungsunterlagen des Antragstellers vom 14. September 2021, das Schreiben der Bezirkshauptmannschaft ... vom 19. Mai 2005 betreffend die Gewerbebeanmeldung des freien Gewerbes Werbeagentur und die Geschäftsführerbestellung des Antragstellers für die ... Werbeagentur + Verlag GmbH, die Bewerbungsunterlagen von B vom 12. September 2021, die Verständigung der Bezirkshauptmannschaft Z vom 20. Mai 2009 betreffend die Bestellung von B zur gewerberechtlichen Geschäftsführerin des Tourismusverbandes Z, die Verständigung der Bezirkshauptmannschaft -Z vom 14. Juli 2021 betreffend die Gewerbebeanmeldung von B für das freie Gewerbe Organisation von Veranstaltungen, Märkten und Messen (Eventmanagement), die Hearing-Entscheidung und die Anwesenheitsliste der Hearingkommission vom 24. September 2021, das E-Mail des Antragstellers an den Bürgermeister, den Gemeinde- und Stadtrat Z vom 4. Oktober 2021, das Absageschreiben der Antragsgegnerin vom 11. Oktober 2021, die Stellungnahme der Stadtmarketing Z GmbH vom 8. Februar 2022.

## BEGRÜNDUNG<sup>2</sup>

Die im vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des Gleichbehandlungsgesetzes, BGBl I Nr 66/2004 idgF, lauten:

*„§ 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,  
[...]*

*„§ 17. (1) Auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung darf im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht*

---

<sup>2</sup> Im weiteren Verlauf werden (akademische) Titel nicht weiter angeführt.

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.<sup>3</sup>

Dem Antragsgegner/der Antragsgegnerin obliegt dann zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes von ihm/ihr glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung des Vorwurfes, der Antragsteller sei, obwohl er aufgrund seiner beruflichen Vorerfahrung für die ausgeschriebene Position des Geschäftsführers/der Geschäftsführerin der Stadtmarketing GmbH in großem Ausmaß geeignet gewesen wäre, im Bewerbungsverfahren nicht berücksichtigt worden, sondern drei Bewerberinnen, von denen zwei jünger als er seien, zum Hearing eingeladen und die Stelle letztlich mit einer der beiden jüngeren Bewerberinnen besetzt worden, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem **Sachverhalt** aus:

Der Antragsteller bewarb sich am 14. September 2021 per E-Mail auf die Stelle als Geschäftsführer/Geschäftsführerin der zum damaligen Zeitpunkt in Gründung befindlichen Stadtmarketing Z GmbH. Das Stelleninserat war auf der Website der Stadtgemeinde Z veröffentlicht.

Die Stellenausschreibung lautete wie folgt:

*„[...] Die Stadtmarketing Z GmbH wird voraussichtlich ab 00.00.0000 den operativen Betrieb im Bereich des Stadtmarketings in Z aufnehmen und sucht zum ehestmöglichen Eintritt eine(n) Geschäftsführerin.*

*Ihre Aufgaben:*

- *Veranstaltungs- und Projektmanagement (verantwortliche Planung und Durchführung von Veranstaltungen und touristischen Projekten)*
- *Organisation und Durchführung des Stadtmarketings (Social Media, Onlinemarketing u.a.) in Zusammenarbeit mit dem Standortmanagement und Durchführung von Werbeaktionen*

---

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



- *Kaufmännische Leitung, Verantwortung für Budget und Finanzplanung der GmbH und Mitarbeiterführung*

*Ihr Profil:*

- *Einschlägige Erfahrungen in der Organisation und Durchführung von Veranstaltungen und Marketingmaßnahmen*
- *Unternehmerische Ausrichtung und Zielorientierung*
- *Kommunikationsfähigkeit, Lösungsorientierung und sowie die Fähigkeit mit der örtlichen Wirtschaft zu kooperieren*
- *Selbstständige und kundenorientierte Arbeitsweise [...]“*

Die Stadtmarketing Z GmbH wurde aufgrund der Tourismusreform als Nachfolgeorganisation des Tourismusverbandes Z mit der Zielsetzung gegründet, die bisherigen Aufgaben des Tourismusverbandes Z im lokalörtlichen Tourismus und Stadtmarketing weiterzuführen.

Der Antragsteller, geboren am 12. Mai 1967, absolvierte eine HTL im Bereich Elektrotechnik und das Diplomstudium der Elektrotechnik an der Technischen Universität ..., welches er im Jahr 1996 abschloss. Berufserfahrung erwarb er u.a. durch Tätigkeiten in der Konstruktionsabteilung der ... Linien von 1996 bis 1999 und durch die Projektkoordination/-leitung bei der Infoscreen Austria GmbH (Einbau des Fahrgastinformationssystems etc.) von 1999 bis 2001. Darüber hinaus übte der Antragsteller von 2001 bis 2016 eine selbstständige Tätigkeit im Bereich der EDV-Dienstleistungen und Softwareentwicklung aus (...). Stellenrelevante Berufserfahrung erwarb der Antragsteller als geschäftsführender Gesellschafter bei der ... GmbH, dem Veranstalter der jährlichen „... Messe“, von 2007 bis 2010. Zu seinen Tätigkeiten zählten Verkauf, Verträge, Controlling und Finanzen sowie Standbau. Zudem war er von 2005 bis 2016 geschäftsführender Gesellschafter der Werbeagentur ... Werbeagentur + Verlag GmbH, dem Herausgeber der auflagenkontrollierten Magazine 1, 2 und 3 mit zugehörigen Onlineplattformen. Zu seinen Tätigkeiten zählten Anzeigenleitung, Verkauf, Vertrieb, Verträge, Controlling und Finanzen sowie EDV und Telekom. Er verfügt seit 2005 über einen Gewerbeschein für das freie Gewerbe „Werbeagentur“.

Neben dem Antragsteller bewarben sich neun weitere Personen, zwei davon Männer, fristgerecht für diese Position. Basierend auf den eingelangten Bewerbungsunterlagen erfolgte seitens der Antragsgegnerin eine Vorauswahl der drei bestgeeigneten Bewerber/Bewerberinnen. Unter Berücksichtigung der in der Stellenausschreibung geforderten Kriterien wurden als bestgeeignete Bewerber/Bewerberinnen B (geboren am 16. Jänner 1979) sowie zwei weitere Bewerberinnen (Jahrgänge 1992 und 1965) zu einem Hearing eingeladen.

Das Hearing der drei bestgeeigneten Kandidatinnen fand am 00. 00. 2021 statt. Die Hearingkommission setzte sich aus Bürgermeister Y, Vizebürgermeister X, V, DI W, Mag.<sup>a</sup> U, Obmann Dir. T, Mag. S (ehemaliger Stadtamtsdirektor) und R, MSc (Stadtkassenleiter) zusammen. Im Zuge dieser Anhörung hatten die Mitglieder der Auswahlkommission die Möglichkeit, in alle

fristgerecht eingelangten Bewerbungen Einsicht zu nehmen. Nach Anhörung der drei Kandidinnen wurde von Seiten der Hearingkommission B als bestqualifizierte Bewerberin für die Position der Geschäftsführung der Stadtmarketing Z GmbH ausgewählt und dem Gemeinderat zur Beschlussfassung vorgeschlagen.

B war zum Zeitpunkt des Bewerbungsprozesses seit 1. September 2004 beim Tourismusverband Z beschäftigt, vorerst als Angestellte, ab September 2009 als gewerberechtliche Geschäftsführerin. Ihre Tätigkeiten umfassten u.a. die Planung, Finanzplanung, Organisation und Durchführung von Veranstaltungen, die Akquise von Fördermitteln und Projektmanagement, die Budgetplanung samt Rechnungsabschluss, die Marketingplanung und Strategieentwicklung, die Entwicklung von Angeboten und Werbestrategien, die Koordination bei der Erstellung von eigenen Printmedien, die Entwicklung von Angeboten und Werbestrategien, die Gästebetreuung und Betreuung der touristischen Betriebe, die Betreuung aller Social-Media-Kanäle, die ... Kunden-/Kundinnenberatung, die enge Zusammenarbeit mit allen Institutionen der Stadt sowie der Werbegemeinschaft und Wirtschaftstreibenden und Beiratstätigkeiten. Seit dem Jahr 2020 war B Büroleiterin beim Tourismusverband Z und dabei für die Leitung der Touristen-/Touristinneninformation, das allgemeine Büromanagement, die Organisation, Führung und Kontrolle sämtlicher Betriebsläufe verantwortlich und hatte die personelle Leitung im Bereich der Aufgabenverteilung sowie Erstellung von Dienst- und Urlaubsplänen inne. Sie verfügt seit 2021 über einen Gewerbeschein für das freie Gewerbe „Organisation von Veranstaltungen, Märkten und Messen (Eventmanagement)“.

Der Gemeinderat der Stadtgemeinde Z fasste als 51 Prozent Eigentümer der Stadtmarketing Z GmbH am 30. September 2021 den Beschluss, B zur Geschäftsführerin ab Gründung der Stadtmarketing Z GmbH zu ernennen.

Anfang Oktober erfuhr der Antragsteller von Vizebürgermeister X und Stadtrat DI W, dass die Hearings zur Besetzung dieser Stelle bereits abgeschlossen sind. Der Antragsteller hatte bis zu diesem Zeitpunkt noch keine Reaktion auf seine Bewerbung erhalten. Daraufhin schrieb der Antragsteller am 4. Oktober 2021 ein E-Mail an den Bürgermeister der Stadtgemeinde Z, Y, sowie an alle Mitglieder des Gemeinde- und Stadtrates.

Am 11. Oktober 2021 erhielt der Antragsteller ein Absageschreiben.

Mit Schreiben vom 11. Oktober 2021 wurde B die Zusage mitgeteilt. Mit Gesellschafterbeschluss vom 21. Oktober 2021 wurde sie zur Geschäftsführerin der Stadtmarketing Z GmbH bestellt.

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

Es liegt **keine Diskriminierung** aufgrund **des Geschlechtes** und **des Alters** bei der **Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§§ 3 Z 1 und 17 Abs 1 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).<sup>4</sup>

Erfüllt ist der Diskriminierungstatbestand aber erst dann, wenn die Begründung des Arbeitsverhältnisses, d.h. der Vertragsabschluss, auf Grund des Geschlechtes und/oder des Alters des Bewerbers/der Bewerberin unterbleibt.<sup>5</sup>

Hinsichtlich des Inhalts des Diskriminierungsverbots auf Grund des Alters besteht Einigkeit darüber, dass davon alle Arbeitnehmer/Arbeitnehmerinnen unabhängig von einem konkreten Alter erfasst werden. Mit „Alter“ wird grundsätzlich das biologische Alter iSd vergangenen Zeit eines Menschenlebens gemeint.<sup>6</sup>

Der Antragsteller schilderte schlüssig den Ablauf des Bewerbungsverfahrens und seine Qualifikation für die ausgeschriebene Stelle. Seine Darstellung, dass ausschließlich Frauen zum Hearing eingeladen wurden, wobei zwei der drei Bewerberinnen jünger als er sind, weshalb er von einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes und des Alters ausgeht, war für den Senat nachvollziehbar. Es gelang dem Antragsteller dadurch, die mit seinem Geschlecht und seinem Alter im Zusammenhang stehende Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung glaubhaft zu machen.

Damit verlagerte sich die Beweislast auf die Antragsgegnerin.

Der Senat überprüfte den gegenständlichen Sachverhalt sowohl im Hinblick darauf, ob der Antragsteller die Stelle bei diskriminierungsfreier Auswahl erhalten hätte, als auch unter dem Gesichtspunkt, ob er als nicht bestqualifizierter Bewerber durch die Ablehnung seiner Bewerbung auf Grund seines Geschlechtes und/oder seines Alters diskriminiert wurde.

Ist das Arbeitsverhältnis wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes der §§ 3 Z 1 und/oder 17 Abs 1 Z 1 GIBG nicht begründet worden, so ist der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin gegenüber dem Stellenwerber/der Stellenwerberin gemäß §§ 12 Abs 1 und/oder 26 Abs 1 GIBG zum Ersatz des Vermögensschadens und zu einer Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung verpflichtet. Der Ersatzanspruch beträgt gemäß Z 1 mindestens zwei Monatsentgelte, wenn der Stellenwerber/die Stellenwerberin bei diskriminierungsfreier Auswahl die Stelle erhalten hätte („Bestqualifizierter/Bestqualifizierte“), oder gemäß Z 2 bis 500,- Euro,

---

<sup>4</sup> Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG<sup>2</sup> (2021) § 3 Rz 13 und § 17 Rz 67.

<sup>5</sup> Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG<sup>2</sup> (2021) § 3 Rz 21.

<sup>6</sup> Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG<sup>2</sup> (2021) § 17 Rz 54.

wenn der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin nachweisen kann, dass der einem Stellenwerber/einer Stellenwerberin durch die Diskriminierung entstandene Schaden nur darin besteht, dass die Berücksichtigung seiner/ihrer Bewerbung verweigert wird. Unter den Tatbestand der Z 2 fallen typischerweise Stellenwerber/Stellenwerberinnen, deren Bewerbungen im Auswahlverfahren auf Grund ihres Geschlechtes und/oder Alters nicht berücksichtigt wurden, die aber die Stelle auch ohne Diskriminierung nicht erhalten hätten („Minderqualifizierte“).<sup>7</sup>

Die Antragsgegnerin konnte in der mündlichen Befragung den Eindruck, dass die Nichtberücksichtigung der Bewerbung im Geschlecht oder dem Alter des Antragstellers gelegen ist, entkräften und schlüssig darlegen, dass die Entscheidung gegen den Antragsteller diskriminierungsfrei und aus objektiv sachlichen Gründen erfolgt ist.

Die Antragsgegnerin legte die Bewerbungsunterlagen von B, der nunmehrigen Stelleninhaberin, zum Beweis dafür vor, dass diese über die für die ausgeschriebene Stelle notwendigen Qualifikationen verfügt.

Aus den Unterlagen ging für den Senat hervor, dass B durch ihre langjährige Tätigkeit für den Tourismusverband Z, wobei sie zuletzt als Büroleiterin auch mit Leitungsaufgaben betraut war, umfassend einschlägige Berufserfahrung sammeln konnte. Die Antragsgegnerin konnte glaubhaft darlegen, dass B fachlich geeigneter war als der Antragsteller. Die Entscheidung der Hearingkommission zugunsten B war für den Senat daher nachvollziehbar.

Das Ermittlungsverfahren ergab für den Senat darüber hinaus keine Anhaltspunkte, dass das Geschlecht und/oder das Alter des Antragstellers im Bewerbungsverfahren eine Rolle gespielt hat, er somit aufgrund (eines) dieser geschützten Merkmale nicht in den Dreivorschlag aufgenommen und zum Hearing eingeladen wurde. Das schriftliche Vorbringen der Antragsgegnerin wurde durch die glaubhaften Aussagen des informierten Vertreters der Antragsgegnerin untermauert. Es gab neben dem Antragsteller weitere männliche Bewerber, die nicht in den Dreivorschlag aufgenommen wurden. Zudem war eine der drei Kandidatinnen, die zum Hearing eingeladen wurden, um zwei Jahre älter als der Antragsteller. Es war für den Senat augenscheinlich, dass der Fokus der Ausschreibung auf der Organisation und Durchführung von Veranstaltungen sowie Marketingmaßnahmen lag – berufliche Schwerpunkte, die für die Antragsgegnerin aus den Bewerbungsunterlagen des Antragstellers nicht im gleichen Ausmaß erkennbar waren, wie aus den Bewerbungsunterlagen der beiden neben B ebenfalls zum Hearing eingeladenen Bewerberinnen. Der Senat gelangte in der Gesamtschau zu dem Schluss, dass andere Gründe, die nicht unter den Schutz des GIBG fallen, für die Entscheidung der Antragsgegnerin ausschlaggebend waren, den Antragsteller nicht weiter in den Bewerbungsprozess einzubeziehen.

---

<sup>7</sup> Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG<sup>2</sup> (2021) § 12 Rz 9 und § 26 Rz 14.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln der §§ 12 Abs 12 und 26 Abs 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es der Antragsgegnerin gelungen ist zu beweisen, dass B auf Grund ihrer höheren Qualifikation der Vorzug gegeben worden ist, sodass der Senat keine Diskriminierung iSd Z 1 der §§ 12 Abs 1 und 26 Abs 1 GIBG bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses als gegeben ansieht. Darüber hinaus ist es der Antragsgegnerin gelungen zu beweisen, dass ausschließlich sachliche Motive für die Nichteinbeziehung des Antragstellers in den Dreivorschlag ausschlaggebend waren, weshalb auch keine Diskriminierung iSd Z 2 der §§ 12 Abs 1 und 26 Abs 1 GIBG bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gegeben ist.

Wien, 28. Februar 2023

Dr.<sup>in</sup> Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK