

Senat I der Gleichbehandlungskommission
Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz
(BGBl. I Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 98/2008)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 25. Jänner 2011 über das am 19. Juni 2009 eingelangte Verlangen der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **Frau A** 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. 98/2008; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) durch die **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 Frau A auf Grund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses durch die X gemäß § 3 Z 1 GIBG diskriminiert worden ist.

Entscheidungsgründe:

Im Verlangen der GAW wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass ... mittels Inserat ein Sicherheitsorgan für die Betreuung einer Diskothek gesucht worden sei. Anforderungen seien eine Mindestgröße von 175 cm für Männer und 170 cm für Frauen, sportliche Erscheinung und ein Alter zwischen 25 und 30 Jahren gewesen. Frau A (Antragstellerin), die bereits beim Österreichischen Bundesheer und im Sicherheitsbereich beschäftigt gewesen sei, habe ihr Bewerbungsschreiben an den im Inserat genannten Herrn B übermittelt. Daraufhin sei sie am 28. Jänner 2009 telefonisch von diesem kontaktiert worden. Im Gespräch sei der Aufgabenbereich konkretisiert worden, besonders sei betont worden, dass Menschen mit Erfahrung im Security-Bereich gesucht werden würden. Die Antragstellerin habe ihre beruflichen Erfahrungen und auch ihre Größe an (167cm) angegeben, und habe gefragt, ob dies ange-

sichts der Anforderungen ein Problem sei. Dies sei von Herrn B aber verneint worden. Das Gespräch sei erfolgreich verlaufen, Herr B sei auch sogleich mit ihr per Du gewesen. Es sei vereinbart worden, dass grundsätzlich Übereinkunft bestünde und Herr B sich mit weiteren Details am selben Abend melden werde. Am 29. Jänner 2009 sei die Antragstellerin von einem Mann namens C im Auftrag von Herrn B kontaktiert worden. Es sei ein Treffen ... für denselben Tag vereinbart worden. Es sollte darum gehen, den Einsatz bei der Diskothek, die von der Antragsgegnerin betreut werde, zu besprechen. Die Antragstellerin habe den Termin wahrgenommen und habe mit Herrn C ein Gespräch geführt, welches sich aber schleppend gestaltet habe, sobald er sie gesehen habe. Schließlich habe er gemeint, er müsse mit Herrn B telefonieren, und habe sich entfernt. Einige Minuten später habe die Antragstellerin ein SMS von Herrn B mit dem Inhalt erhalten: „Wusste nicht, dass du ein Mädchen bist, nehmen nur Männer“. Daraufhin habe sich die Antragstellerin an die GAW gewandt, welche die Antragsgegnerin auf die Bestimmungen des GIBG aufmerksam gemacht und um Stellungnahme ersucht habe. Eine vergleichsweise Bereinigung der Angelegenheit habe nicht erreicht werden können.

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

Es sei richtig, dass die Antragsgegnerin ein Inserat geschlechtsneutral geschaltet habe und Dienstnehmer, männlich und/oder weiblich, für die Firma im Rahmen ihrer Aufträge gesucht habe. Die Behauptung der Antragstellerin, dass sie im Rahmen der Gleichbehandlung diskriminiert worden sei, treffe nicht den Kern einer objektiven Schilderung. Die Antragsgegnerin habe im speziellen Fall ein Sicherheitsorgan für die Betreuung von Diskotheken gesucht. Die von ihr ausgewählten Personen hätten den Türschutz bei Diskotheken übernehmen sollen. Aus diesem Grund habe die Antragsgegnerin sowohl bei männlichen, als auch weiblichen Bewerbern/innen eine Mindestgröße bzw. auch ein gewisses sportliches Auftreten gefordert. Tatsache sei, dass sich die Antragstellerin bei ihnen gemeldet habe und beim Bereichsleiter, Herrn C, auch einen Vorstellungstermin erhalten habe. Unrichtig sei jedoch, dass sich die dann erfolgte Absage auf das Geschlecht der Antragstellerin bezogen habe. Richtig sei, dass Ende Jänner 2009 die Antragstellerin vom Bereichsleiter, Herrn C, kontaktiert worden sei und auch ein Vorstellungsgespräch vereinbart worden sei, wobei

auch die Aufgaben besprochen worden seien. Die Äußerung, selbst über SMS, des Geschäftsführers der belangten Antragsgegnerin, man habe nicht gewusst, dass die Antragstellerin ein Mädchen sei, man nehme nur Männer sei in dieser Form sicher nicht gefallen, sondern es obliege dem Bereichsleiter aufgrund seines persönlichen Eindrucks, entsprechende weitere Einstellungsmodalitäten und Gespräche voranzutreiben oder nicht. Eine Absage, dass der Posten nur deswegen nicht an die Antragstellerin vergeben worden sei, da sie weiblichen Geschlechts sei, sei daher nicht richtig und auch nicht zielführend. Natürlich gebe es im Diskothekenbereich grundsätzlich gewisse Anforderungen, die in der einen Richtung besser von Männern und in der anderen Richtung besser von Frauen gelöst werden könnten. Diesbezüglich sei die belangte Antragsgegnerin völlig objektiv. Eine Absage hinsichtlich dieser behaupteten Unterstellung habe so nicht stattgefunden, sondern man habe der Antragstellerin lediglich mitgeteilt, dass sie eben nicht eingestellt werde. Dieses Recht müsse wohl der Antragsgegnerin verbleiben, dass sie im Einzelfall - immerhin seien es zumindest 30 Bewerber/innen gewesen - selbst entscheide, ob sie jemand einstelle oder nicht, unabhängig vom Geschlecht. Auch eine Person weiblichen Geschlechts müsse hinnehmen, dass sie von einem/r präsumtiven Dienstgeber/in nicht angestellt werde. Eine geschlechtsspezifische Diskriminierung habe daher nicht 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, 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, er ist vielmehr 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 stehen¹.

§ 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.

Gemäß § 12 GIBG haben Personen, die sich auf diesen Diskriminierungstatbestand berufen, diesen glaubhaft zu machen. Dem/Der Beklagten obliegt es zu beweisen, dass es bei der Abwägung aller Umstände wahrscheinlich ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund iSd § 5 Abs. 2 GIBG vorliegt.

Die Antragstellerin hat in der mündlichen Befragung erklärt, dass sie sich ernsthaft für die ausgeschriebene Stelle interessiert habe, und sich deshalb für diese Stelle schriftlich beworben habe. Die Antragstellerin sei zum damaligen Zeitpunkt bei einer Detekteifirma beschäftigt gewesen. Dies sei an sich eine interessante Erfahrung gewesen, aber es sei nicht genau das gewesen, was sie gesucht habe. Die Stellenausschreibung der Antragsgegnerin ... habe sie sehr angesprochen. Deshalb habe sie sich auch beworben. Der Inhaber der Antragsgegnerin habe sich bei ihr gemeldet. Telefonisch sei zwischen den beiden alles besprochen worden. Die ganze Angelegenheit sei quasi „spruchreif“ gewesen. Erst als sie Herrn „C“, für den ihr Geschlecht bis dahin nicht erkennbar gewesen sei, daraufhin gewiesen habe, dass sie eine Frau sei, habe sie eine Absage per Sms-Nachricht erhalten.

Der Inhaber der Antragsgegnerin hat in Rahmen seiner Befragung nochmals den Vorwurf der geschlechtsspezifischen Diskriminierung zurückgewiesen. Es seien Ord-

¹ Vgl. GBK I/35/05

ner für die Diskothek Y gesucht worden. Es sei allgemein bekannt, dass es in dieser Diskothek große Probleme mit Gewalt, Waffen und Drogen gebe. Aus Sicherheitsgründen würde er für derartige Lokalitäten keine Frauen einstellen. Er stelle aber sehr wohl Frauen für den Securitybereich ein. Nur in diesem Fall sei dies nicht möglich gewesen.

Im Ermittlungsverfahren wurde von Seiten des erkennenden Senates versucht, eine weitere Auskunftsperson zu laden, um Näheres über den Einsatzort zu erfahren. Da trotz mehrmaliger Ladung die geladene Auskunftsperson nicht zu Befragung erschienen ist, konnte der Senat I der GBK seine Rechtsansicht nur anhand der vorliegenden Aussagen und Unterlagen treffen.

Nach Durchführung des Ermittlungsverfahrens ist der Senat I GBK zur Auffassung gelangt, dass die Antragstellerin im vorliegenden Fall nur auf Grund ihres Geschlechts abgelehnt worden ist. Da eine unmittelbare Diskriminierung vorliegt, können auch keine Rechtfertigungsgründe iSd § 5 Abs. 2 GIBG herangezogen werden.

Die Stellenanzeige wurde geschlechtsneutral ausgeschrieben. Wenn – wie im Verfahren vorgebracht – ein größeres Sicherheitsrisiko für weibliche Ordnerdienste in der besagten Diskothek bestanden hätte, gebe es gemäß § 9 GIBG unter Umständen die Möglichkeit geschlechtsspezifisch auszuschreiben, wenn auch dieser Ausnahmebestimmung durch den Gesetzgeber enge Grenzen setzt. Im vorliegenden Fall hat die Antragstellerin die Voraussetzungen der ausgeschriebenen Stelle erfüllt. Auch ihre kleinere Körpergröße war für die Antragsgegnerin kein Problem. Stellt man rein auf die fachlichen Voraussetzungen ab, hat die Antragstellerin die Kriterien erfüllt. Der Inhaber der Antragsgegnerin hat in der mündlichen Befragung angegeben, dass für ihn das weibliche Geschlecht der Antragstellerin aus der Bewerbung und dem geführten Telefonat nicht erkennbar gewesen sei. Offensichtlich war für den Inhaber bzw. dessen Mitarbeiter, der beim Treffen mit der Antragstellerin anwesend gewesen ist, die Antragstellerin für den Posten als Ordner bis zu jenem Zeitpunkt, in dem sie auf ihr weibliches Geschlecht aufmerksam gemacht hat, absolut geeignet.

Der Ablehnungsgrund ist daher nach Ansicht von Senat I der GBK im Geschlecht gelegen. Der Antragsgegnerin ist es nicht gelungen, den Senat I der GBK davon zu überzeugen, dass ein anderer – nicht im Geschlecht liegender – Grund vorgelegen ist, weshalb die Antragsgegnerin von der Begründung des Arbeitsverhältnisses abgesehen hat.

Es liegt somit eine **Diskriminierung** auf Grund des Geschlechts bei der **Begründung des Arbeitsverhältnisses** durch die Antragsgegnerin 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 gemäß § 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz folgender **Vorschlag** zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes dem Antragsgegner erteilt:

Leistung eines mindestens auf Euro 500,- gehenden Schadenersatzes auf Grund der vorliegenden Diskriminierung an die Antragstellerin binnen zwei Monaten.

Wien, 25. Jänner 2011

Dr.in Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK