

Senat I der Gleichbehandlungskommission
Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz
(BGBl. Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 107/2013)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 24. August 2019 über den am 3. Juli 2017 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 idF BGBl. I Nr. 40/2017; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) durch **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. 275/2013), zu GZ GBK I/775/17,, zu folgendem

Prüfungsergebnis:

A ist nicht auf Grund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 GIBG durch X 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 im Wesentlichen Folgendes vorgebracht:

Der Antragsteller habe sich am 3. März 2017 bei der Antragsgegnerin als Lagerarbeiter beworben. Im Zusammenhang mit dieser Bewerbung liege eine Diskriminierung im Sinne des GIBG vor. Der Antragsteller sei für Montag, den 6. März 2017, zum Vorstellungsgespräch bei der Antragsgegnerin eingeladen worden. B, der Chef dieser Firma, habe mit ihm das Bewerbungsgespräch geführt. Er habe ihn zu seinen Qualifikationen und weiteren Dingen befragt. Da er alle Voraussetzungen für die ausgeschriebene Stelle als Lagerarbeiter mitgebracht habe, habe er von B die schriftliche und mündliche Zusage bekommen, die Stelle zu erhalten.

B habe ihm eine Einstellungsbestätigung und weiter Formulare zum Ausfüllen gegeben und habe ihm gesagt, dass der Antragsteller am Montag, den 13. März 2017, zu arbeiten beginnen könne. Weiters habe er ihm noch mitgeteilt, dass er bis Mittwoch, den 8. März 2017, alle Unterlagen zur Anmeldung bringen solle. Dies sowie das Eintrittsdatum habe er auch auf der Einstellungsbestätigung vermerkt. Danach sei der Antragsteller verabschiedet worden und habe sich

¹Vgl. z.B. VfSlg. 19.321.

auf den Weg zum Ausgang gemacht. Da habe der Antragsteller einen ehemaligen Nachbarn in einem Büro der Antragsgegnerin sitzen gesehen, der ihn eigenartig gemustert habe. Er sei nicht erfreut über dieses Zusammentreffen gewesen, da dieser Nachbar immer ein Gegner seiner Lebenssituation gewesen sei. Der Antragsteller habe dem Ganzen jedoch nicht allzu viel Aufmerksamkeit schenken wollen, sei nach Hause gefahren und habe seiner Frau von der Jobzusage erzählt. Dabei habe er bemerkt, dass sie vergessen hätten, über die Arbeitszeiten zu sprechen. Also habe der Antragsteller B noch einmal angerufen und habe nachgefragt, wie die Arbeitszeiten seien. Dieser habe gesagt: "Oh entschuldigen Sie, das haben wir vergessen zu besprechen, Montag 7.30 Uhr ist Arbeitsbeginn, jedoch sehen wir uns sowieso am Mittwoch noch einmal für die Unterlagenübergabe." Ihn habe das Zusammentreffen mit seinem ehemaligen Nachbarn, der ihn für seine Transidentität verurteilt habe und es vielleicht immer noch tue, weiter beschäftigt. Seine Frau habe ihn jedoch beruhigt, es gehe schließlich um einen Job und um nichts Persönliches. Dienstagvormittag habe er einen Anruf bekommen. B habe sich in sehr schroffem Ton ohne Begrüßung gemeldet und habe gesagt: „A, zerreißen sie die Einstellungsbestätigung, das hat sich hiermit erledigt, es hat andere Hintergründe!" Damit habe er aufgelegt, ohne dass der Antragsteller überhaupt zu Wort gekommen sei. Der Antragsteller sei geschockt gewesen, ohne jegliche Begründung eine Absage zu erhalten, nachdem er bereits eine fixe Zusage gehabt habe. Er habe sich dies nicht erklären können. So habe er begonnen nachzuforschen. Im AMS Job Room sei die Stelle wieder verfügbar geschaltet und auch die Berater/innen beim AMS hätten ihm gesagt, dass die Stelle noch offen wäre und sie keine Meldung bekommen hätten, dass sie an jemand anderen vergeben worden sei. Das habe der Antragsteller nicht so einfach hinnehmen wollen und sei am Mittwoch nach ... gefahren. Er habe nachfragen wollen, was die „anderen Hintergründe" seien, ihn nach einer positiven Zusage doch nicht einzustellen. Dazu sei es jedoch gar nicht gekommen, denn als er in die Gasse zur Antragsgegnerin eingebogen sei, habe er den ehemaligen Nachbarn, der ihn anscheinend wirklich erkannt habe, gerade aus der Firma herauspazieren gesehen. Als dieser den Antragsteller gesehen habe, habe er offensichtlich vor ihm wegzulaufen begonnen. Der Antragsteller sei darüber sehr perplex gewesen und habe sich in diesem Moment keinem Gespräch mit B aussetzen wollen. Dieser Vorfall habe aber seinen Verdacht erhärtet, dass die Absage mit seiner Transidentität zu tun gehabt habe. Er habe 17 Jahre lang in der Siedlung gewohnt, wo sich die Antragsgegnerin befunden habe. Er habe seine Identität geändert, sei weit weg gezogen und habe sein Leben sehr verändert. Sein Aussehen habe sich durch Operationen und Hormone komplett verändert, sein Geschlecht sei bereits operativ angeglichen. Niemand, der den Antragsteller neu kennen lerne, würde annehmen, dass er einmal weiblich gewesen sei. Abgesehen davon habe der Antragsteller weder Vorstrafen, Schulden oder irgendetwas anderes, was dazu führen hätte können, ihm im Nachhinein eine Absage zu erteilen. Daraufhin hätten seine Frau und er sich an die Arbeiterkammer ... gewandt, die ihm zugestimmt habe, dass hier etwas nicht stimme. Die Arbeiterkammer habe ein Schreiben an die Antragsgegnerin verfasst, worin eine Schadenersatzzahlung wegen Diskriminierung gefordert worden sei. B habe in einem E-Mail geantwortet, das er dem Antragsteller nie fix zugesagt hätte und wenn er die Einstellungsbeätigung jedoch als fixe Zusage angesehen habe, dann hätte er

zum Arbeitsbeginn erscheinen sollen. Diese Ausreden und Verstrickungen würden für ihn jedoch keinen Sinn ergeben. Die einzig logische Schlussfolgerung, die der Antragsteller aus der Situation ziehen könne, sei, dass der Chef von seinem Angestellten, seinem ehemaligen Nachbarn, über seine Transidentität informiert worden sei und er anscheinend dadurch nicht mehr qualifiziert genug sei, in seinem Betrieb zu arbeiten. Der Antragsteller habe in der Folge andere Bewerbungsgespräche abgesagt, da er ja schon eine fixe Zusage einer Anstellung bekommen habe. Auch dadurch habe der Antragsteller einen Schaden erlitten.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der Antragsgegnerin übermittelten Stellungnahme vom 2. August 2017 bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Der Antragsteller sei am 6. März 2017 zu einem persönlichen Vorstellungsgespräch eingeladen worden. Anwesend von Seiten der Antragsgegnerin seien B und C gewesen. C sei zuständig für Personal bei der Antragsgegnerin. Bei diesem Vorstellungsgespräch sei dem Antragsteller ein Formular ausgehändigt worden, wo verschiedene Dinge angefordert worden seien. Der Begriff „Arbeitsbeginn“ bedeute, das wäre der frühestmögliche Arbeitsbeginn, unter der Voraussetzung, dass alle geforderten Unterlagen termingerecht beigebracht werden würden und die endgültige Arbeitsbeginn-Zusage erteilt werde. Dem Antragsgegner sei mitgeteilt worden, da er nicht der einzige Bewerber zu diesem Zeitpunkt gewesen sei, dass er innerhalb von 2 Tagen angerufen werde, ob sie ihn aufnehmen würden. Am 7. März 2017 sei der Antragsteller angerufen worden, dass sie ihn bedauerlicherweise nicht aufnehmen werden würden. Die Vermutungen, die der Antragsteller anstelle, seien völlig aus der Luft gegriffen. Er habe nie eine fixe Zusage erhalten. Der Antragsteller solle diese Person, die ihm angeblich bekannt sei, benennen. Die Antragsgegnerin habe nie eine Information oder dergleichen von einem ihrer Mitarbeiter/innen erhalten. Diesbezügliche Vermutungen und Anschuldigungen würden auf das Schärfste zurückgewiesen.

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 B (als informierten Vertreter der Antragsgegnerin) vom 20. August 2019. Als weitere Auskunftspersonen wurden D am 20. August 2019 und E am 24. September 2019 befragt. Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf die Unterlage mit dem Vermerk „Arbeitsbeginn am 13.3.2017“.

Begründung²

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

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.“

Generell ist zur Frage des Beweismaßes und der Beweislastverteilung im GBK-Verfahren anzumerken, dass gemäß § 12 Abs. 12 eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungsstatbestand im Sinne der § 3 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/der Antragstellers/Antragstellerin sprechen als dagegen.³ Dem/der Antragsgegner/in 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 im Zuge des Bewerbungsverfahrens durch die Bezugnahme auf seine Transidentität aufgrund des Geschlechts diskriminiert worden, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem Sachverhalt aus:

Der Antragsteller bewarb sich am 3. März 2017 für eine Stelle als Lagerarbeiter bei der Antragsgegnerin. Am 6. März 2017 führte er mit B und C ein Bewerbungsgespräch. Es wurde vereinbart, dass der Antragsteller alle noch fehlenden und relevanten Personalunterlagen bis spätestens 8. März 2017 nachzureichen hätte. Weiters wurde ihm eine Unterlage mitgegeben, in der als Arbeitsbeginn der 13. März 2017 vermerkt war. Am Heimweg nach dem Bewerbungsgespräch sah der Antragsteller einen ehemaligen Schulkollegen am Gelände der Antragsgegnerin. Am 7. März 2017 erhielt der Antragsteller eine telefonische Absage.

Nicht festgestellt werden konnte, dass die Auskunftsperson E B mitgeteilt hat, dass der Antragsteller früher weiblichen Geschlechts war.

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

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

Die Angaben des Antragstellers waren für den erkennenden Senat glaubwürdig und nachvollziehbar, und konnten, bis auf den Umstand, dass die Auskunftsperson E, B mitgeteilt habe, der

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

Antragsteller sei transgender, belegt werden. Auch die Auskunftsperson D bestätigte seine Angaben und die Begegnung mit E, seinem früheren Schulkollegen.

Nach der Beweislastverteilung hat die Antragsgegnerin darzulegen, dass es zu keiner Diskriminierung im Zuge des Bewerbungsprozesses gekommen ist.

B bestätigte gegenüber dem Senat die Bewerbung des Antragstellers und das Bewerbungsgespräch am 6. März 2017 sowie die Übergabe der Unterlage, auf der der Arbeitsbeginn mit 13. März 2017 vermerkt war. Bestätigt wurde auch die am nächsten Tag erfolgte Absage. B verneinte den Vorwurf der Diskriminierung. Weitere Beweise oder Entgegnungen brachte er nicht vor.

B war in seiner mündlichen Befragung vor der GBK glaubwürdig. Erfahrungsgemäß bemühen sich AntragsgegnerInnen gegenüber dem Senat einen besonders guten bzw. positiven Eindruck zu erwecken. B präsentierte sich dem Senat gegenüber sehr authentisch und machte aus seinem Unmut über die Prüfung des Antrages durch die GBK (und deren Sinnhaftigkeit) keinen Hehl. Er bestätigte damit auch die Beschreibung, die durch die Auskunftsperson E erfolgte. Diese Auskunftsperson schilderte, dass B durchaus auch cholerisch im Umgang mit seinen MitarbeiterInnen war und ein wertschätzender Umgang seitens B im Unternehmen nicht gepflegt wurde.

Da Aussage gegen Aussage gestanden ist und beide sehr glaubhaft waren, wurde als weitere Auskunftsperson E zur mündlichen Befragung vor den Senat geladen. Er teilte mit, dass er bei der Antragsgegnerin beschäftigt gewesen ist. Letztlich ist man im Unfrieden auseinandergegangen. Auf Nachfrage des Senates teilte E mit, dass er den Antragsteller nicht kenne. Er könne sich auch nicht an ihn erinnern. In seiner Schule habe es nur einmal Gerüchte gegeben, dass eine Schülerin lesbisch sei. Mehr wisse er nicht mehr. Das sei schon sehr lange her.

Die Auskunftsperson E erschien dem Senat gegenüber authentisch, die getroffenen Aussagen waren glaubhaft. Es ist lebensnah davon auszugehen, dass E falls überhaupt dann nur vage Erinnerungen an die Schulzeit hat. So hat er auf Nachfragen des Senates ausgesagt, dass es möglicherweise Gerüchte über eine lesbische Schülerin an der Schule gegeben hat, ein Name war ihm aber nicht bekannt. Dem Senat wurde glaubhaft der Eindruck vermittelt, dass der Antragsteller der Auskunftsperson D weder namentlich noch vom Aussehen her bekannt war, auch von dessen Transidentität wusste er nicht. Die Auskunftsperson E hat überdies den Eindruck vermittelt, dass sie keine über das Notwendige hinausgehenden Gespräche mit B geführt hat bzw. führen wollte. Nach Ansicht des Senates konnte E aufgrund dieses Unwissens um die Transidentität des Antragstellers B diesen Umstand gar nicht mitgeteilt haben.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs. 12 GIBG gelangte der Senat zu der Ansicht, dass es im Bewerbungsverfahren zu keiner geschlechtsbezogenen Diskriminierung gekommen ist.

Folgende Anmerkung ist aus der Sicht des Senates dennoch an die Antragsgegnerin zu richten:

Die Übergabe einer schriftlichen Unterlage, auf der ein bereits fixer Arbeitsbeginn vermerkt ist, ist nach Ansicht des Senates irreführend und kann – wie in diesem Fall – bei objektiver Betrachtung zu erheblichen Missverständnissen bei potenziellen ArbeitnehmerInnen führen. Es ist

daher anzuraten dieses Formular zu überarbeiten, um beim Gegenüber keinen falschen Eindruck zu erwecken.

Wien, 24. September 2019
Dr.ⁱⁿ Eva Matt
Vorsitzende des Senates I der GBK