

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 23. November 2021 über den am 5. Dezember 2019 eingelangten Antrag der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **A (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes** und aufgrund **des Alters bei der Festsetzung des Entgelts** gemäß **§ 3 Z 2 GIBG** sowie **§ 17 Abs 1 Z 2 GIBG** (BGBl I Nr 66/2004 idgF) durch **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/933/19-M, zu folgendem

PRÜFUNGSERGEBNIS:

1. **A ist aufgrund des Geschlechtes bei der Festsetzung des Entgelts gemäß § 3 Z 2 GIBG durch Z diskriminiert worden.**
2. **A ist nicht aufgrund des Alters bei der Festsetzung des Entgelts gemäß § 17 Abs 1 Z 2 GIBG durch 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 zusammengefasst Folgendes vorgebracht:

Die Antragstellerin sei seit 5. November 2008 bei der Antragsgegnerin als Sachbearbeiterin im Verkaufsinendienst beschäftigt gewesen und habe ein Einstiegsgehalt von EUR 1.950,- bezogen. B, der nach der Antragstellerin in das Unternehmen eingetreten sei, habe um EUR 1.300,- brutto mehr verdient als die Antragstellerin. Da der Antragstellerin die Differenz nicht nachvollziehbar gewesen sei, sei sie daraufhin an den damaligen Geschäftsführer herangetreten und habe eine Gehaltserhöhung gefordert. In Folge sei ihr Gehalt stufenweise angehoben worden: EUR 2.800,- ab März 2010, EUR 3.000,- ab März 2011, EUR 3.100,- ab September 2013 und schließlich 3.200,- ab Jänner 2014. Trotz verbindlicher Zusage habe die Antragstellerin die

---

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

Erhöhungen stets einfordern müssen. Ab der letzten Erhöhung habe sie nur noch gesetzliche Erhöhungen erhalten. Die Antragstellerin sei von 15. Februar 2015 bis 31. August 2019 in Altersteilzeit gewesen. Auffällig sei, dass der in der Stellungnahme der Antragsgegnerin vorgebrachten Schadensfälle, in diesen Zeitraum fallen. C sei mit 1. Mai 2017 als Vertriebsmitarbeiter im Außendienst in das Unternehmen eingetreten und sei von der Antragstellerin eingeschult worden. Er habe bereits bei seinem Einstieg ca. EUR 5.100,- erhalten und habe zusätzlich einen Dienstwagen bekommen, welchen die Antragstellerin trotz Bemühen nie erhalten habe. Sie habe, trotz 25-30 Tagen Außendienst im Jahr, auf umständliche Weiße Leihautos ausborgen müssen. Die Antragstellerin habe von Jänner 2009 bis April 2015 den Vertriebsbereich Österreich Region 1, gemeinsam mit einer Mitarbeiterin der Auftragsbearbeitung, geführt. Mit Austreten der Antragstellerin wurde der Betrieb umstrukturiert, sodass C für alle Vertriebsbereiche im Außendienst tätig gewesen sei und Kolleginnen den Innendienst übernommen hätten. C sei montags im Büro in Stadt 1, Dienstag bis Donnerstag im Außendienst und Freitage im Home-Office gewesen. Der Antragstellerin sei es hingegen aufgrund des Arbeitsaufkommens nicht möglich gewesen, mehr als die ohnehin geleisteten Tage im Außendienst zu verbringen. Sie sei stets engagiert gewesen und habe positives Feedback erhalten, weshalb für sie die Gehaltsunterschiede nicht nachvollziehbar seien.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerin übermittelten Stellungnahme vom 20. März 2020 bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen zusammengefasst wie folgt entgegen:

Die Antragstellerin sei bei der Antragsgegnerin als Sachbearbeiterin im Verkaufsinendienst tätig gewesen. Ihre Tätigkeit habe die Unterstützung bei der Umsetzung strategischer Ziele umfasst. Sie sei fast ausschließlich im Innendienst tätig gewesen, wobei die Antragsgegnerin sich mehr Außendienste gewünscht habe. Die Außendiensttätigkeit habe sich grundsätzlich auf Weihnachtsbesuche beschränkt, und sei mit der Altersteilzeit gesunken. Ein Dienstwagen sei daher nicht erforderlich gewesen. B sei als Junior Sales Manager eingestellt worden und habe eine andere Tätigkeit ausgeübt als die Antragstellerin. Seine Tätigkeit habe im Wesentlichen die selbstständige Marktbearbeitung umfasst. Seine Tätigkeit habe, im Gegensatz zu der Antragstellerin, ein hohes Maß an Selbstständigkeit mit sich gebracht und er sei vermehrt im Außendienst tätig gewesen. Darüber hinaus sei er lediglich 25 Tage nach der Antragstellerin in das Unternehmen eingetreten. Am 1. Mai 2017 sei C als Regional Sales Manager angestellt worden. Seine Tätigkeit habe die selbstständige Marktbearbeitung umfasst, darunter unter anderem Neukundenakquisition sowie Verhandlungsführung. Es sei eine 60%-ige Außendiensttätigkeit vereinbart worden. C habe die siebenfache Außendiensttätigkeit wie die Antragstellerin geleistet. Die Antragstellerin habe zu Anfang ihrer Anstellung EUR 1.950,- ohne

Überstundenpauschale verdient. 2011 sei das Gehalt auf EUR 2.800,- und bis zum 1. Jänner 2014 schließlich sukzessive auf EUR 3.200,- erhöht worden. Unter Berücksichtigung der Alterszeit habe sie EUR 2.781,- verdient. B sei von 1. Dezember 2008 bis 15. April 2012 bei der Antragsgegnerin beschäftigt gewesen. Er habe zunächst EUR 3.200,- und mit 1. Mai 2009 EUR 3.500,- verdient. Das Gehalt habe von Anfang an eine Überstundenpauschale beinhaltet. C habe EUR 5.080,- verdient und habe einen Dienstwagen erhalten. Die Außendiensttätigkeit habe höhere Flexibilität sowie einen höheren Zeitaufwand gefordert, dies seien wesentliche Parameter zur Entgeltbemessung gewesen. Er sei nicht die Nachfolge der Antragstellerin gewesen. Seine Qualifikation habe sich durch seine selbstständige Tätigkeit sowie sein Kunden-Netzwerk von, der der Antragstellerin, abgehoben. Weiters sei die Antragsgegnerin nicht stets mit der Arbeitsleistung der Antragstellerin vollends zufrieden gewesen. Die Antragstellerin habe einen nennenswerten Umfang ihrer Arbeitszeit mit privater E-Mail-Korrespondenz verbracht. Außerdem sei die Antragsgegnerin, aufgrund Verschuldens der Antragstellerin bei einer unsachgemäßen Reklamationsabwicklung, zur Zahlung eines Schadenersatzes in Höhe von EUR 40.000,- verurteilt worden.

## PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin sowie die mündliche Befragung der Antragstellerin und von Y (informierter Vertreter der Antragsgegnerin) vom 23. November 2021. Als weitere Auskunftspersonen wurden X, W, V, B und C am 23. November 2021 befragt. Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf die Dienstverträge der Antragstellerin, B und C.

## 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*

*[...]*

*2. bei der Festsetzung des Entgelts [...]*“

*„§ 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.

[...]

2. *bei der Festsetzung des Entgelts [...]*“

Generell ist zur Frage des Beweismaßes und der Beweislastverteilung im GBK-Verfahren anzumerken, dass eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne der §§ 3 und 17 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, dass die Antragstellerin, aufgrund ihres Geschlechtes und Alters, weniger Entgelt als ihre männlichen Kollegen B und C erhielt, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem Sachverhalt aus:

Die Antragstellerin war seit 5. November 2008 bei der Antragsgegnerin, laut Bezeichnung im Dienstvertrag, als Sachbearbeiterin im Vertriebsinnendienst tätig. Die Antragstellerin war überwiegend im Innendienst tätig und machte zwei bis drei Mal jährlich Kundenbesuche im Außendienst. Die Antragstellerin hatte keinen Dienstwagen und benutze für Kundenbesuche im Außendienst, von der Antragsgegnerin zur Verfügung gestellte Mietwagen. Ein größeres Ausmaß an Außendiensttätigkeit war aufgrund des hohen Arbeitspensums schwierig. Sie machte zuvor eine kaufmännische Ausbildung.

Die Aufgabe der Antragstellerin umfasste laut Dienstvertrag: „Unterstützung bei der Umsetzung strategischer Ziele, insbesondere Kalkulation und Erstellung von Angeboten und Rahmenvereinbarungen, Entgegennahme sowie technische und kaufmännische Klärungen und Koordination von Anfragen und Bestellungen, Auftrags- und Reklamationsabwicklung, Kundenbetreuung und Neuakquisition am Telefon“.

Die Antragstellerin befand sich vom 15. Februar 2015 bis 31. August 2019 in Altersteilzeit.

B war seit 1. Dezember 2008 bei der Antragsgegnerin, laut Bezeichnung im Dienstvertrag, als „Junior Sales Manager Austria“ tätig. Er war zuvor in Bereich der Antriebstechnik im Maschi-

---

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

nenbau tätig. Laut Dienstvertrag umfasste seine Aufgabe „allgemeine Bürotätigkeiten, im Wesentlichen die selbständige Marktbearbeitung (Marketing, kaufmännische und technische Klärungen, Angebotslegung, Projektabwicklung, Unterstützung bei der Umsetzung strategischer Ziele, technische Beratung von Kunden und Architekten etc.) im Rahmen der erteilten Befugnisse und in direkter Abstimmung mit der Verkaufsleitung Österreich“.

Mit Einstieg von B in den Betrieb wurde der Vertrieb in drei Bereiche aufgeteilt. Die Antragstellerin war für den Bereich Österreich Region 1, B für den Bereich Österreich Region 2 und der damalige Vertriebsleiter für Großkunden zuständig. Die Antragstellerin und B betreuten selbstständig ihre jeweiligen Kunden, verrichteten dementsprechend die gleichen Tätigkeiten und hatten ein ähnliches Ausmaß an Außendiensttagen.

B verließ 2011 das Unternehmen. Er machte die Antragstellerin auf eine, in einem Scanordner zugreifbare, Gehaltsliste aufmerksam. Aus dieser Liste war der Unterschied zwischen dem Gehalt der Antragstellerin und B ersichtlich. Zu diesem Zeitpunkt verdiente die Antragstellerin EUR 2.300,- und B EUR 3.600,-. Die Antragstellerin bat daraufhin um eine Gehaltserhöhung. Sie erhielt rückwirkend per 1. Jänner 2011 EUR 2.800,-, per 1. September 2013 EUR 3.100,- und schließlich ab 1. Jänner 2014 EUR 3.200,- brutto pro Monat. Bevor die Antragstellerin Ende Mai 2017 in Altersteilzeit wechselte, verdiente sie EUR 3.600,- brutto pro Monat.

C war seit 1. Mai 2017 bei der Antragsgegnerin, laut Bezeichnung im Dienstvertrag, als „Regional Sales Manager“ mit Außendiensttätigkeit, beschäftigt. Sein Gehalt betrug nicht ganz EUR 5.100,- brutto pro Monat und zusätzlich erhielt er einen Dienstwagen. C war der erste reine Außendienstmitarbeiter bei der Antragsgegnerin. Er war zuvor selbstständig und seit über 20 Jahren im Vertriebsaußendienst tätig und hatte im Unternehmensgegenstand der Antragsgegnerin, Metall- und Glasbau, viele Kontakte.

C übernahm zu Beginn seiner Tätigkeit den Kundenstamm der Antragstellerin und besuchte diesen gemeinsam mit ihr. Später übernahm er, im Zuge einer Umstrukturierung und mit dem Ausscheiden der Antragstellerin, den Vertriebsbereich Gesamtösterreich des Betriebs der Antragsgegnerin. Zuvor gab es mehrere Teams mit jeweils zwei Personen und gelegentlich Kundenbesuche. Nach der Umstrukturierung war C alleine im Außendienst tätig und konnte Innendienstarbeiten an Kolleginnen im Innendienst abgeben.

Laut Dienstvertrag umfasste die Aufgabe von C: „selbstständige Marktbearbeitung durch Kundenbetreuung und Neukundenakquise, Angebotsvorbereitung und -erstellung, Preisfindung im Tages- und Objektgeschäft, Projektentwicklung, Verkaufsunterstützung im Team, Mitarbeit und Durchführung von Schulungsveranstaltungen und Messen, Reklamationsbearbeitung, Budget- und Verkaufsplanung, Marktbeobachtung“.

Die Antragstellerin wurde am 6. November 1959, B am 9. August 1975 und C am 28. September 1976 geboren. Somit lagen zwischen der Antragstellerin und ihren männlichen Kollegen 16 bzw. 17 Jahre Altersunterschied.

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

1. Es liegt **eine Diskriminierung** aufgrund **des Geschlechtes bei der Festsetzung des Entgelts** gemäß **§ 3 Abs 1 Z 2 GIBG** vor.

Der Entgeltbegriff ist nach der Rechtsprechung des EuGH weit zu fassen, sodass man darunter alle Leistungen versteht, die ein Arbeitnehmer/eine Arbeitnehmerin als Gegenleistung für die Zurverfügungstellung seiner/ihrer Arbeitskraft an den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin erhält.<sup>4</sup>

Die Antragstellerin konnte nach Ansicht des Senates durch ihre Ausführungen glaubhaft den Anschein einer Diskriminierung darlegen. So ließ ihre Darstellung, dass ihr Gehalt deutlich niedriger gewesen sei als das ihrer männlichen Kollegen B und C darauf schließen, dass die Antragstellerin aufgrund ihres Geschlechtes bei Festsetzung ihres Gehalts von der Antragsgegnerin benachteiligt wurde.

Daher verlagerte sich die Beweislast auf die Antragsgegnerin.

Als Grund für die unterschiedliche Gewährung von Gehältern bei der Antragstellerin und bei B wurde von der Antragsgegnerin insbesondere die unterschiedliche Aufgabenbeschreibung und Stellenbezeichnung in den jeweiligen Dienstverträgen genannt. Die Antragsgegnerin konnte jedoch nicht weiter ausführen, ob tatsächlich Unterschiede zwischen den Tätigkeiten der Antragstellerin und B bestanden. Das höhere Gehalt und die Gewährung eines Dienstwagens von C begründete die Antragsgegnerin damit, dass dieser reiner Außendienstmitarbeiter war und darüber hinaus für das Vertriebsgebiet von Gesamtösterreich zuständig war. Ein Zusammenhang zwischen der Entgelthöhe der Antragstellerin und ihrem Geschlecht wurde von Seiten der Antragsgegnerin ausgeschlossen.

Bei der Beurteilung, ob eine vergleichbare Situation der Antragstellerin und der männlichen Vergleichspersonen vorliegt, sind subjektive Elemente außer Acht zu lassen, maßgeblich ist ausschließlich die objektiv festzustellende gleiche bzw. vergleichbare Arbeit.<sup>5</sup> Die Gleichzeitigkeit der zu vergleichenden Arbeiten ist für die Vergleichbarkeit nicht erforderlich.<sup>6</sup>

Der Senat ist der Ansicht, dass die Vergleichbarkeit der Tätigkeiten der Antragstellerin und von B gegeben ist. Die Antragstellerin und B hatten jeweils einen Kundenstamm, den sie primär über den Innendienst betreuten. Beide führten im Zuge einer eingeschränkten Außendiensttätigkeit einige Besuche pro Jahr bei den Kunden vor Ort durch. Ihre Tätigkeit unterschied sich lediglich dadurch, dass die Antragstellerin Kunden in Region 1 betreute, während B die Kunden in Region 2 übernahm. Daraus ergaben sich jedoch keine inhaltlichen Unterschiede innerhalb der Aufgabengebiete. B bestätigte dieses Vorbringen der Antragstellerin, dass sie den gleichen Aufgaben nachgingen und lediglich die Kunden nach Gebiet aufgeteilt waren. Der Umstand,

---

<sup>4</sup> Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG<sup>2</sup> (2021) § 3 Rz 75.

<sup>5</sup> Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG<sup>2</sup> (2021) § 12 Rz 31.

<sup>6</sup> Vgl. EuGH 27. 3. 1980, 129/79, *Macarthy's Ltd*, Slg 1980, 1275, Rn 11, 13.

dass die Dienstverträge voneinander divergierende Stellenbezeichnungen und Aufgabenbeschreibungen beinhalten, ist für die rechtliche Beurteilung nicht ausschlaggebend, da für die Vergleichbarkeit die tatsächlich verrichtete Tätigkeit maßgebend ist.

Die Tätigkeit der männlichen Vergleichsperson C ist nach Meinung des Senates nur zeitlich begrenzt, bis zur Umstrukturierung des Betriebs, mit jener der Antragstellerin vergleichbar. Zu Beginn seiner Tätigkeit übernahm er lediglich den Vertriebsbereich der Antragstellerin. Erst später übernahm er den Vertriebsaußendienst für Gesamtösterreich. Der Senat erachtet, dass eine Vergleichbarkeit der Tätigkeiten ab diesem Zeitpunkt nicht mehr gegeben ist, da sich das Aufgabengebiet der männlichen Vergleichsperson erheblich erweiterte.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es der Antragsgegnerin nicht gelungen ist zu beweisen, dass ausschließlich sachliche Motive für die niedrigere Gehaltsbemessung der Antragstellerin im Vergleich zu ihren männlichen Kollegen ausschlaggebend waren.

2. Es liegt **keine Diskriminierung** aufgrund **des Alters bei der Festsetzung des Entgelts** gemäß **§ 17 Abs 1 Z 2 GIBG** vor.

Hinsichtlich des Inhalts des Diskriminierungsverbots auf Grund des Alters besteht Einigkeit darüber, dass davon alle Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen unabhängig von einem konkreten Alter erfasst werden. Mit „Alter“ wird grundsätzlich das biologische Alter iSd vergangenen Zeit eines Menschenlebens gemeint, auch wenn im Bereich der mittelbaren Diskriminierung häufig Überschneidungen mit dem Dienstalter bestehen. Ziel aller Diskriminierungsverbote im II. Teil des GIBG ist, dass die im § 17 Abs 1 angeführten Gründe nicht für Behandlungen und Entscheidungen relevant sein sollen, die in den Geltungsbereich des GIBG fallen.<sup>7</sup>

Wie oben festgestellt lagen zwischen der Antragstellerin und den männlichen Vergleichspersonen 16 bzw. 17 Jahre Altersunterschied. Die Antragstellerin brachte jedoch keine konkreten Argumente dazu vor, warum sie aufgrund ihres höheren Alters durch die Antragsgegnerin bei der Entgeltfestsetzung diskriminiert wurde.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 26 Abs 12 GIBG gelangte der Senat zu der Ansicht, dass es der Antragstellerin nicht gelungen ist, eine Diskriminierung durch die Antragsgegnerin glaubhaft zu machen. Daher kommt es zu keiner Beweislastverlagerung und geht dieses Beweisdefizit folglich zu Lasten der Antragstellerin.

## VORSCHLAG

---

<sup>7</sup> Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG<sup>2</sup> (2021) § 17 Rz 54.*

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.

Da der Senat I der GBK zur Auffassung gelangt ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, wird der **Antragsgegner, Z**, 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, 23. November 2021

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

Vorsitzende des Senates I der GBK