

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 31. März 2023 über den am 26. November 2021 eingelangten Antrag der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **Frau A (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes bei der Festsetzung des Entgelts** gemäß **§ 3 Z 2 GIBG** (BGBl I Nr 66/2004 idgF) durch **Z GmbH (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/1048/21, zu folgendem

PRÜFUNGSERGEBNIS:

A ist aufgrund des Geschlechtes bei der Festsetzung des Entgelts gemäß § 3 Z 2 GIBG durch Z GmbH 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:

Die Antragstellerin, geboren am 00.00.1975, sei von 1. März 2018 bis 13. September 2021 beim ... für Physiotherapie ... (Inhaberin: Antragsgegnerin) mit einer Wochenarbeitszeit von 30 Stunden im Frontoffice beschäftigt gewesen. Das Dienstverhältnis habe durch Kündigung seitens der Antragstellerin geendet. Im Laufe des Dienstverhältnisses habe es mehrere Dienstverträge gegeben. Mit Dienstvertrag vom 23. Februar 2018 sei die Antragstellerin ab 1. März 2018 als Verwaltungsassistentin mit einem Monatsgehalt von rund € 1500,- brutto beschäftigt gewesen. Die Tätigkeit im Frontoffice habe im Wesentlichen folgendes umfasst: Terminorganisation, Patienten/innenaufnahme und Erstgespräche, Abrechnungen mit den Sozialversicherungsträgern, Patienten/innenabrechnungen, Kassaführung sowie allgemeine administra-

¹ Vgl. zB VfSlg. 19.321.

tive Aufgaben. Der Dienstvertrag vom 4. Dezember 2018, der ab 1. Jänner 2019 seine Gültigkeit erlangt habe, habe ein Grundmonatsgehalt von € 1450,- brutto bzw. ein Gesamtmonatsgehalt von € 1540,- brutto vorgesehen. Die Verwendungsbezeichnung habe sich geändert auf Verwaltungsmitarbeiterin, der Inhalt ihrer zu erfüllenden Tätigkeiten sei gleichgeblieben. Der Dienstvertrag vom 1. Oktober 2019, der ab 1. Oktober 2019 seine Gültigkeit erlangt habe, habe ein Grundmonatsgehalt von € 1184,- brutto bzw. ein Gesamtmonatsgehalt von € 1243,- brutto vorgesehen. Ebenso am 1. Oktober 2019 sei ein Vertrag zur Überlassung eines Fahrzeugs geschlossen worden, wobei die Vereinbarung an den Dienstvertrag vom 1. Oktober 2019 gebunden worden sei. Laut Vertrag zur Überlassung eines Fahrzeugs sei der Antragstellerin das Auto kostenlos zur Privatnutzung überlassen und vom Arbeitgeber geleast worden. Nach Angaben der AS habe die monatliche Gehaltsreduktion in etwa der Hälfte der jeweiligen Leasingrate entsprochen. Der Arbeitskollege der Antragstellerin, Herr B, geboren am 00. 00. 1984, der im Jänner 2018 eingestellt worden sei, sei ebenfalls im Frontoffice eingesetzt worden. Er habe die identen Tätigkeiten wie der Antragstellerin zu erbringen gehabt. Auch sei er, abgesehen einer kurzen Zeit, mit einer Wochenarbeitszeit von 30 Stunden beschäftigt gewesen. Die Antragstellerin, die fast 10 Jahre älter gewesen sei, habe nach ihrer Lehre, die sie 1991 begonnen habe, jahrelang Verwaltungstätigkeiten in diversen Unternehmen ausgeübt und könne somit einschlägige Berufserfahrung für ihre Tätigkeit vorweisen. Herr B habe sein nach der Reifeprüfung begonnenes Studium abgebrochen und somit keine einschlägige Berufserfahrung. Die Antragstellerin und ihre Kolleginnen hätten offen über ihre jeweiligen Gehälter gesprochen. Herr B habe sich hingegen, als die Antragstellerin ihn einmal darauf angesprochen hätte, nicht dazu äußern wollen. Sie habe daher vermutet, dass Herr B mehr verdient habe, trotzdem der Inhalt ihrer Tätigkeiten derselbe gewesen sei. Im Sommer 2021 habe sie ihren Vorgesetzten Y darauf angesprochen. Dieser habe empört reagiert, sei sehr laut geworden und habe ihr vorgehalten, dies sei eine „fiese Unterstellung“ gewesen. Da die Antragstellerin eine Geschlechterdiskriminierung beim Entgelt vermutet habe, habe sie sich zur Beratung und Unterstützung an die GAW gewandt. Die GAW habe in der Folge eine Anfrage gem. § 5 Abs. 5 GBK/GAW-Gesetz an die ÖGK gestellt. Laut Auskunft der ÖGK bezog Herr B im Jahr 2018 ein Jahresbruttoentgelt von € 18.612,40 (exklusive Sonderzahlungen). Im Jahr 2019 habe Herr B ein Jahresbruttoentgelt von € 22.056,- (exklusive Sonderzahlungen) bezogen. Im Vergleich dazu habe die Antragstellerin im Jahr 2018 (März bis Dezember) ein Jahresbruttoentgelt von € 15.000,- (exklusive Sonderzahlungen) und im Jahr 2019 ein Jahresbruttogehalt von € 17.589,- (exklusive Sonderzahlungen) bezogen. Im Vergleichszeitraum März 2018 bis inklusive September 2019, also bis zum Zeitpunkt, in welchem der dritte Dienstvertrag seine Gültigkeit erlangt habe und somit ihr Gehalt gekürzt und ihr zeitgleich ein Fahrzeug überlassen worden sei, liege zwischen den Gehältern der Antragstellerin und Herrn B eine Differenz vor: Von März 2018 bis inklusive Dezember 2018 habe die Differenz rund € 510,- brutto (exklusive Sonderzahlungen) unter der Annahme eines durchschnittlichen Monatsgehalts von Herrn B in Höhe

von € 1551,- brutto (exklusive Sonderzahlungen) betragen. Von Jänner 2019 bis inklusive September 2019 habe die Differenz € 2061,- brutto (exklusive Sonderzahlungen) betragen. Ab 1. Oktober 2019 bis zum Ende des Dienstverhältnisses lasse sich die Differenz wegen der Zurverfügungstellung eines Fahrzeugs zur privaten Nutzung nicht exakt berechnen. Die Antragstellerin habe jedenfalls einen erheblichen finanziellen Nachteil gegenüber Herrn B erlitten, den sie im Geschlecht begründet sehe.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerin übermittelten Stellungnahme vom 20. Jänner 2022 bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Nach der Gründung bzw. Umstrukturierung der Z GmbH (Antragsgegnerin) im Mai 2016 in ein ... in Stadt 1, sei die gesamte Verwaltung von Mag. Y allein organisiert worden. Ab Mai 2017 sei intensiv nach einer Verstärkung für die organisatorischen Aufgaben innerhalb des Betriebes gesucht worden. Im Juli 2017 sei dann der Umzug an den Standort in der ... Str. 1-3 in ... erfolgt. Im Jänner 2018 hätten C und Y zu gleichen Teilen das ... in Stadt 2 übernommen. Y habe beide Standorte als Geschäftsführer (in Stadt 2) bzw. als Verwaltungsleiter (in Stadt 1) zu verantworten gehabt. Zu dieser Zeit habe man eine/n zukünftige/n Standortleiter/in für Stadt 1 gesucht. Zusätzlich sei bekannt geworden, dass die in der Zwischenzeit eingestellte Empfangsmitarbeiterin, D, schwanger gewesen sei.

Zur Position der Antragstellerin und B im Unternehmen der Antragsgegnerin:

Als zukünftiger Standortleiter sollte B aufgebaut werden. Die Antragstellerin sei als Vertretung von D eingestellt worden. Herr B sei aktiv und gezielt angeworben worden und die Antragstellerin habe sich für die ausgeschriebene Stelle als Verwaltungsassistentin beworben, welche mit einem Gehalt von € 1.700,- für 40 Stunden ausgeschrieben worden sei. Daher seien die Antragstellerin und Herr B zu Beginn unterschiedlich eingestuft worden. Bei allen jährlichen Erhöhungen seien beide gleichermaßen bedient bzw. die Antragstellerin sogar leicht bevorzugt worden. Im August 2019 sei in Stadt 1 ein weiterer Standort dazugekommen. Die Gesamtleitung über beide Standorte sei von X übernommen worden. Außerdem wurde für Mitarbeiter/innen ein Angebot geschaffen, ein Elektroauto zum reinen Privatgebrauch über die Firma zu beziehen. Hierzu wurde ein Teil des Bruttoeinkommens gekürzt und eine beidseitige Behaltevereinbarung über die Laufzeit von 48 Monaten eingegangen. Die Antragstellerin habe dieses Angebot von sich aus in Anspruch genommen. Neben der Leasingrate sei die Vollkasko-Versicherung, alle jährlichen Serviceleistungen, die erstmalige 8-fachbereifung von der Antragsgegnerin übernommen und in der Parkgarage in ... eine kostenlose Lademöglichkeit geschaffen worden. Die Antragstellerin habe diese auch regelmäßig (idR einmal wöchentlich) kostenlos genutzt.

Zur Tätigkeit der Antragstellerin:

Wie aus dem Arbeitszeugnis hervorgeht, welches auf Wunsch der Antragstellerin sogar umformuliert wurde, seien ihre Tätigkeiten folgende gewesen:

- Telefonadministration (Annahme von Patientenrufen, Neueinteilung, Absagen, Information über das Angebot),
- Terminmanagement (Neueinteilung nach Anweisung der Therapeuten, Absagen und Einteilung nach Patientenwunsch in einem EDV Programm),
- Administrative Tätigkeiten mit den SV-Trägern (Senden einer Email mit Anhang oder Übermittlung eines Scans via Online Fax zur Bewilligung und Ablage der Überweisungen)
- Patienten/innenmanagement (Patienten/innen kontaktieren, wenn sie keine Termine trotz laufender Verordnung mehr haben, Erstellen von Rechnungen für Patienten)
- Kassa (Eintragen von Ein- und Ausgängen in ein Kassabuch)

Folglich seien Erstgespräche im medizinischen Sinn und Abrechnungen mit SV-Trägern nicht Teil ihrer Tätigkeit gewesen. Erstgespräche seien nur von Physiotherapeuten/innen oder einem/r Arzt/Ärztin geführt worden. Die Abrechnung mit SV-Trägern sei nur bei ... mit Kassenvertrag, wie am Standort 3 erfolgt. Diese seien ausschließlich von X erledigt worden. Für diese Tätigkeit habe man zunächst, abgesehen von freundlichem Auftreten, Geduld und einer gewissen Auffassungsgabe keine relevanten Vorkenntnisse benötigt. Die Behauptung, die Antragstellerin habe einschlägige Berufserfahrung mitgebracht, sei insofern zu entkräften gewesen, als man medizinische Patientenkommunikation, Fachwissen in Orthopädie, Vorerfahrung mit Verwaltungssoftware, Tätigkeit bei einem Arzt als Ordinationsassistentin als relevante Vorerfahrung werten könnte. Diese habe die Antragstellerin aber nicht mitgebracht. Herrn B so reduziert darzustellen sei ein Muster, dass die Antragsgegnerin bei der Antragstellerin in den letzten Monaten ihrer Tätigkeit immer wieder beobachten habe können. So sei mehrfach beklagt worden, dass sie mit Frau D überhaupt nicht zusammenarbeiten könne und ob die Antragsgegnerin sie nicht doch an dem anderen Standort in der ...straße einsetzen könnte. Bei Fehlern sei meist Herr B als Schuldiger von ihr auserkoren worden, was sich im Nachhinein meist entkräften lassen habe können. Auffällig oft seien Fehler am Standort 3 passiert, wo Herr X abwechselnd mit einem der beiden genannten Mitarbeiter Dienst verrichtet habe und Fehler bzw. Schlampigkeiten somit klar zugeordnet werden konnten. Während die Antragstellerin eine abgeschlossene Lehre und Berufserfahrung als Sekretärin vorweisen könne, habe Herr B die Berufsreifeprüfung nachgeholt, eine Ausbildung als Assistent der Geschäftsführung absolviert, Berufserfahrungen beim ... Rundfunk und dem Unternehmen „...“ gesammelt, wo er weltweit neue Mitarbeiter/innen bei Neueröffnungen in Englischer Sprache eingeschult habe und Verantwortung zu tragen gehabt habe. Zusätzlich habe er ein Studium in Recht und

Wirtschaft begonnen und bis zu seinem Unfall sehr ernsthaft betrieben und sich nützliches Wissen angeeignet.

Zusammengefasst die Softskills, die Herrn B gegenüber der Antragstellerin abheben:

- neben Deutsch spreche er, im Gegensatz zur Antragstellerin, fließend Englisch
- Abschluss der Berufsreifeprüfung und weit fortgeschrittenes kaufmännisches Studium
- gutes Gedächtnis - Herr B könne sich Patienten/innendaten inkl. Diagnosen in einem unglaublichen Maße merken
- Zuverlässig und loyal - Herr B habe jeden Krankenstand und Urlaubswunsch übernommen, was man von der AS nicht behaupten könne. Es sei nie ein Problem gewesen, dass sich die Diensteinteilung nach dem Stundenplan der Tochter der Antragstellerin gerichtet habe und Herr B 4-mal pro Woche Schlussdienst gemacht habe.
- gute EDV-Kenntnisse

Der Antragstellerin sei es trotz mehrmaliger Erklärung nicht möglich gewesen, ihre Zeitaufzeichnungen korrekt zu führen, was in einem Jahr zu einem Überkonsum von Urlaub geführt habe. Am Ende ihrer Tätigkeit habe sie diese wissentlich falsch eingetragen, um Zeitguthaben unerlaubt zu generieren. Als Y dieses Vergehen, nach Einzahlungen von Bargeld bei der Bank, ganz grundsätzlich hinterfragt habe, sei von der Antragstellerin am 18. August 2021 geantwortet worden: „Nachdem ich guten Gewissens mein Kommen und Gehen eingetragen habe, denke ich das es passt. Aber schlussendlich musst du (Y) nochmals drüber schauen...“ Es seien mehrere diesbezügliche Vergehen nachgewiesen worden. Durch Telefondaten, Bankeinzahlungen und Testanrufe. Auch aufgrund der Kündigung der Antragstellerin sei dieser Sache keine weitere Aufmerksamkeit geschenkt worden.

Dass Herr B und die Antragstellerin idente Aufgaben gehabt hätten, sei schlichtweg falsch. Herr B sei für die korrekte Kassaführung und endgültige Kontrolle des Kassabuchs, das Überbringen des Bargeldes an die Bank, (die Antragstellerin habe auch eine Karte gehabt, habe dies aber sehr selten erledigt und nur in Abwesenheit von Herrn B) verantwortlich gewesen. Außerdem habe er sich um telefonische Mahnungen gekümmert, habe bei handwerklichen Tätigkeiten (Reinigungsarbeiten von Lüftungen, u.ä.) geholfen, habe Patienten/innenrechnungen physisch an SV-Träger überbracht, sei immer flexibel bei Vertretungen gewesen und habe seine Dienste stark nach den Bedürfnissen der Antragstellerin (Nachmittagsdienste) gerichtet. Auf Nachfrage bei den Mitarbeitern/innen sei zudem bestätigt worden, dass die Antragstellerin sehr oberflächlich bezüglich etwaiger Einkommen nachgefragt habe. Es sei aber von allen Befragten einhellig versichert worden, dass man nie über konkrete Zahlen gesprochen habe. Herr B sei von der Antragstellerin lediglich einmal gefragt worden, ob dieser mit seinem Lohn einverstanden sei und er habe dies bejaht. Daher sei die Version der Antragstellerin, er hätte

durch sein Verhalten den Verdacht etwaiger „Ungerechtigkeiten“ erhärtet, in dem von ihr dargestellten Sachverhalt sehr schwer nachvollziehbar.

Vielmehr werde vermutet, dass die Antragstellerin eine Lohnliste, die im März 2021 vom frei zugänglichen Schreibtisch von Y abhandengekommen sei, in die Hände bekommen habe. Nach dieser Begebenheit hätten auf Betreiben der Antragstellerin mehrere Gespräche stattgefunden, bei der die Antragstellerin, im Gegensatz zu Herrn B, mehr Geld gefordert habe, welches ihr im Rahmen der allgemeinen Erhöhung im Sommer 2021 auch gewährt worden sei. Wohl gemerkt höher als bei Herrn B.

Diese Diskussionen seien von der Antragstellerin immer auf einer sehr emotionalen Ebene geführt worden, was des Öfteren zu einer recht angespannten Stimmung geführt habe. Der von der Antragstellerin genannte Wortlaut sei in diesem Zusammenhang so nicht gefallen.

Was jedoch der Wahrheit entspreche: die Antragstellerin habe in dem besagten Gespräch gesagt, dass „...sie sich sehr sicher wäre, dass sie weniger als die Anderen verdiene.“ Dass die Antwort darauf sehr harsch erfolgt sei, stimme, der Grund dafür sei die Behauptung gewesen, dass „sie sich sehr sicher“ wäre. Woher sollte sich die Antragstellerin sicher sein, wenn sie nicht die fehlende Gehaltsliste gesehen oder sogar selbst entwendet hätte. Auf die Frage, wie sie darauf käme, habe sie gemeint, dass sei ein „Gefühl“.

Tatsache sei, dass unterschiedliche Bezahlungen im Unternehmen der Antragsgegnerin stets sachlich begründet seien. Die Antragsgegnerin sei bereit, Mitarbeiter/innen dann ein besseres Gehalt zu bezahlen, wenn Mitarbeiter/innen entsprechend gute Leistungen erbringen, teamfähig und loyal seien, weil das im Unternehmen der Antragsgegnerin die Organisation des Tagesgeschäftes wesentlich erleichtere.

Keineswegs sei es so, dass hier nach Geschlecht unterschieden werde, wie dies von der Antragstellerin behauptet werde. Die Antragstellerin beschränke sich hier auf bloße Vermutungen und übersehe dabei eben auch, dass die Leistungen des Herrn B (neben seiner beruflichen Qualifikation) auch für das Unternehmen wertvoller gewesen seien.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Geschlechter verbiete es dem Arbeitgeber nicht, insofern positiv zu diskriminieren, als er unabhängig vom Geschlecht bessere Leistung besser honoriere. Letztlich übersehe die Antragstellerin im Ergebnis, dass sie ungeachtet ihrer schlechteren Leistung gleich viel verdient habe. Die Antragstellerin habe einen von der Antragsgegnerin zur Verfügung gestelltes Fahrzeug, nämlich ein BMW Elektrofahrzeug, zur ausschließlich privaten Nutzung gestellt erhalten, weil dies der Wunsch der Antragstellerin gewesen sei. Die Antragsgegnerin habe sämtliche damit verbundenen Kosten übernommen, wobei allein die Leasingrate samt Versicherung monatlich € 521, 41 betragen habe. Die Antragsgegnerin habe auch alle anderen mit der Anschaffung des Fahrzeuges verbundenen Kosten getragen und auch den Strom für den Betrieb des Fahrzeuges zur Verfügung gestellt.

Die Kosten werden wie folgt aufgeschlüsselt:

BMW Select Leasing pro Monat: 457,49 Euro (24-mal)

Versicherung pro Jahr: 767,13 Euro (2-mal)

Die Kosten für das Auto belaufen sich auf: 12.514,02 Euro

Anmeldekosten: 192 Euro

Anzahlung: 1800 Euro

Bearbeitungsgebühr Leasing: 230 Euro

Rechtsgeschäftsgebühr: 211,93 Euro

Tankkosten für den Arbeitgeber: 180 Euro pro Jahr (2 mal monatlich – tatsächlich waren es eher wöchentlich - 40 KW bei einem Strompreis von 18 Cent pro KW)

Gesamtkosten über den gesamten Zeitraum: 15.307,95

Wie die Antragstellerin selbst in ihren Vermutungen ausführe, seien derartige Leistungen des Dienstgebers einzurechnen; diese Kosten seien der Antragstellerin auch bekannt gewesen. Danach hätte die Antragstellerin zwingend zum Ergebnis kommen müssen, dass sie gegenüber Herrn B, der kein Fahrzeug zur Verfügung gestellt erhalten habe, hinsichtlich des Gehaltes bessergestellt sei. Unter einem gebe die Antragsgegnerin bekannt, dass sie im Hinblick auf die mutwillige Verfahrensführung, die bei ordnungsgemäßer Prüfung der tatsächlichen und rechtlichen Situation unterblieben wäre, den ihr entstandenen und noch entstehenden Verfahrensaufwand geltend machen wird.

Unter einem legt Antragsgegnerin folgende Urkunden vor:

- Lebenslauf der Antragstellerin
- Lebenslauf des Herrn B
- Arbeitszeugnis der Antragstellerin
- Prämienabrechnung für das Elektrofahrzeug
- Vertragsbestätigung für den Leasingvertrag
- Bestätigung über die Leistungen Anzahlung
- Jahreslohnkonto der Antragstellerin
- Jahreslohnkonto des Herrn B
- Gegenüberstellung der Löhne B und Antragstellerin

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin sowie die mündliche Befragung der Antragstellerin, von Geschäftsführer Mag. Y (informierter Vertreter der Antragsgegnerin) vom 29. März 2023. Als weitere Auskunftsperson wurde B am 29. März 2023 befragt. Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf die Angestelltenverträge der Antragstellerin vom 23. Februar 2018, vom 4. Dezember 2018 und vom 1. Oktober 2019; den Vertrag zur Überlassung eines Fahrzeugs vom 1. Oktober 2019; den Versicherungsdatenauszug von B und den Versicherungsdatenauszug der Antragstellerin sowie die Lebensläufe der Antragstellerin und B.

BEGRÜNDUNG²

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

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 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

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, die Antragstellerin habe gegenüber der männlichen Vergleichsperson, B, bei gleicher Tätigkeit weniger Gehalt bekommen, auf Grund des vorliegenden Antrages der GAW ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem **Sachverhalt** aus:

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

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

Die Antragstellerin bewarb sich auf eine ausgeschriebene Stelle bei der Antragsgegnerin als Verwaltungsassistentin.

B wurde vom Geschäftsführer der Antragsgegnerin mit der Aussicht auf die Übertragung einer künftigen Standortleitung abgeworben. Zur Übertragung dieser Funktion auf B ist es nicht gekommen.

Die Antragstellerin und B waren die überwiegende Zeit mit 30 Wochenstunden als Verwaltungsassistentin bei der Antragsgegnerin beschäftigt.

Die Antragstellerin verdiente laut der vom Antragsgegner vorgelegten Aufstellung zu Beginn ihrer Tätigkeit in den Monaten Mai-Dezember 2018 rund 1.450,- brutto für 30 Wochenstunden, B erhielt entsprechend der selben Unterlage für denselben Zeitraum rund 1.630,- brutto für 30 Wochenstunden.

Als einziger Unterschied in den Aufgabenbereichen konnte der Monatsabschluss festgestellt werden, dieser wurde von B durchgeführt. Auch das Mahnwesen ist von beiden Personen betreut worden, B hat hier mehr übernommen, weil die Antragstellerin diese Tätigkeit nicht so gerne gemacht hat.

B wurde von der Antragsgegnerin auch für anfallende handwerkliche Tätigkeiten herangezogen. Diese Tätigkeiten waren nicht Teil der Stellenbeschreibung, B verfügt über keine spezielle handwerkliche Ausbildung.

Nicht festgestellt werden konnte, dass die Antragstellerin nicht ausreichend flexibel war. Aufgrund der Schulpflichtigkeit der Tochter wurden die Dienste zwischen Antragstellerin und B so aufgeteilt, dass der Vormittagsdienst von der Antragstellerin, und der Nachmittagsdienst von B übernommen wurde, womit dieser auch einverstanden war. Es war der Antragstellerin auch möglich, für B einzuspringen, wenn dies erforderlich war.

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

Es liegt **eine Diskriminierung** aufgrund **des Geschlechtes bei der Festsetzung des Entgelts** gemäß **§ 3 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.⁴

Umfasst werden vom Entgeltbegriff auch Sonderprämien.⁵ Hinzuweisen ist auch darauf, dass der Grundsatz der Entgeltgleichheit für jeden einzelnen Entgeltbestandteil gilt und es daher

⁴ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 75.

⁵ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 76.

nicht zulässig ist, durch Zulagen andere Entgeltdiskriminierungen, z.B. im Bereich des Grundverdienstes, auszugleichen.⁶ Der Grundsatz gleichen Entgelts gilt wegen der erforderlichen Transparenz für jeden einzelnen Bestandteil des Entgelts und nicht nur im Wege einer Gesamtbewertung aller gewährten Vergütungen.⁷

Die Antragstellerin konnte aus Sicht des Senates durch ihre Ausführungen glaubhaft den Anschein einer Diskriminierung darlegen. Ihre Darstellung, dass sie im Gegensatz zu ihrem Kollegen B, der wie die Antragstellerin als Verwaltungsassistent gearbeitet hat, ein geringeres Anfangsgehalt erhielt, obwohl für die Tätigkeit keine besondere Qualifikationen vorausgesetzt wurde und beide bis auf die Monatsabrechnung eine Arbeit geleistet haben, die als gleichwertig einzustufen ist, ließ darauf schließen, dass die Antragstellerin aufgrund ihres Geschlechtes bei Festsetzung ihres Gehaltes von dem Antragsgegner benachteiligt wurde.

Daher verlagerte sich die Beweislast auf die Antragsgegnerin. Als Grund für die unterschiedliche Gewährung von Gehältern bei der Antragstellerin und bei B wird die höhere Qualifikation, höhere Flexibilität von B („ein Mann für alle Fälle“) und die höhere Verantwortung durch die Übernahme von einem größeren Aufgabenbereich, hervorgehoben. Die Antragsgegnerin konnte jedoch weder ausführen, ob tatsächlich Unterschiede zwischen den Tätigkeiten der Antragstellerin und B bestanden, noch, ob eine umfangreichere Berufserfahrung und Qualifikation für die Stelle erforderlich war, die eine andere Entgeltfestsetzung rechtfertigen würden. Es ist auch nicht bekannt, ob bei der Vorgängerin der Antragstellerin, Frau D, höhere Qualifikationen vorlagen und/oder verlangt wurden. Das höhere Gehalt von B begründete die Antragsgegnerin vor allem mit der Übernahme von einem größeren Aufgabenbereich und der damit einhergehenden höheren Verantwortung von B. Laut den befragten Auskunftspersonen lag die Letztentscheidung bei der Entgeltfestsetzung bei der Geschäftsführung der Antragsgegnerin. Ein allenfalls vorgegebenes Gehaltsschema wurde dem Senat I GBK nicht vorgelegt.

Bei der Beurteilung, ob eine vergleichbare Situation der Antragstellerin und der männlichen Vergleichsperson (B) vorliegt, sind subjektive Elemente außer Acht zu lassen, maßgeblich ist ausschließlich die objektiv festzustellende gleiche bzw. vergleichbare Arbeit.⁸ Die Gleichzeitigkeit der zu vergleichenden Arbeiten ist für die Vergleichbarkeit nicht erforderlich.⁹

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 unterschiedliche und niedrigere Bezahlung der Antragstellerin ausschlaggebend waren.

⁶ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 77.

⁷ Vgl. *Windisch-Graetz in Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 3 GIBG Rz 18.

⁸ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 12 Rz 31.

⁹ Vgl. EuGH 27. 3. 1980, 129/79, *Macarthy Ltd*, Slg 1980, 1275, Rn 11, 13.

Im Verfahren konnten keine klaren Richtlinien für die Gehaltsstruktur festgestellt werden. Die Gehaltsfestsetzung war personenbezogen. Aus den Aussagen der Auskunftspersonen ergab sich, dass das Gehalt von B in Erwartung auf eine zukünftige Position im Unternehmen festgesetzt wurde, die letztlich von diesem nie eingenommen wurde. Ein vorgegebenes, objektiv und transparent nachvollziehbares Entgeltfestsetzungsschema konnte von der Antragsgegnerin nicht vorgelegt werden. Der „Wert“ der Antragstellerin als Arbeitnehmerin wurde geringer eingestuft und der Vertreter der Antragsgegnerin hat in seiner Befragung auch gemeint „Frau A war tatsächlich als Front-Office Mitarbeiterin geplant. (...) Sie war Empfangsmitarbeiterin“ und B wurde als künftiger Standortleiter gesehen. Daraus ist keine besondere Wertschätzung für die Antragstellerin und ihre Kompetenz zu ersehen. Der Antragstellerin hat die gleiche Tätigkeit wie B ausgeübt. B war und ist genau wie die Antragstellerin im Empfangsbereich tätig.

Der Senat I der GBK gewann im Verfahren den Eindruck, dass eine Vermischung aus einer bestehenden Bekanntschaft zwischen dem Geschäftsführer der Antragsgegnerin und B, sowie dem Faktum, dass B ein Mann war, der sich für diverse zusätzliche Tätigkeiten (wie Glühbirnen austauschen usw.) verfügbar gezeigt hat, vorlag. Das ist jedoch nicht als sachlicher Grund für eine unterschiedliche Bezahlung anzusehen. Im Arbeitsvertrag wurde festgelegt, für welche Verwendung beide aufgenommen wurden und diese war dieselbe. Die Bezahlung im Hinblick auf eine mögliche zukünftige Verwendung oder Übernahme einer Leitungsfunktion ist kein rechtfertigendes Kriterium iSd GIBG. Es wurde so im Unternehmen eine Geschlechterhierarchie geschaffen. Der Vorwurf der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts konnte im Verfahren nicht entkräftet werden.

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.

Da der Senat I der GBK zur Auffassung gelangt ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, wird die **Antragsgegnerin, Z GmbH**, gemäß § 12 Abs 3 GBK/GAW-Gesetz aufgefordert, die Diskriminierung zu beenden, und werden folgende **Vorschläge zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes** erteilt:

- 1. Leistung eines angemessenen Schadenersatzes.**
- 2. Beschäftigung mit dem Gleichbehandlungsgesetz.**
- 3. Transparente und nachvollziehbare Kriterien für Stellenbeschreibung und Entlohnung.**

Wien, 29. März 2023

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK