

Senat I der Gleichbehandlungskommission**Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz**

(BGBl. Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 82/2005)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) im Bundeskanzleramt (vormals Bundesministerium für Gesundheit und Frauen) gelangte am 28. März 2007 über den am 28. September 2006 eingebrachten Protokollarantrag von **Herrn A** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes **gemäß § 3 Gleichbehandlungsgesetz (GIBG)** (BGBl. I Nr.66/2004 idF BGBl. I Nr. 82/2005; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) durch die **X KEG** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß **§ 12 GBK/GAW-Gesetz i.V.m. § 11 der Gleichbehandlungskommission-GO**, BGBl. II Nr. 396/2004, zu folgendem Ergebnis:

Im Antrag von Herrn A wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass er im Mai/Juni 2006 ein Inserat ... gelesen habe, in dem eine Büroallroundkraft ... gesucht worden sei. Er habe sich dorthin beworben, weil er dem Anforderungsprofil entsprochen habe. Der Antragsteller habe zwei Lehrbriefe vorzuweisen: Gas/Wasser-Installateur und Bürokaufmann (Abschluss mit Auszeichnung, Februar 2006). Er verfüge über lange Baustellenerfahrung, seine Büroerfahrung sei noch nicht so lange.

Der Antragsteller habe bei der Firma angerufen, und seinen Namen und den Grund seines Anrufes genannt. Es sei ihm eine Frau ins Wort gefallen, die ihren Namen nicht genannt und ihm mitgeteilt habe, dass sie nur Frauen nehmen würden. Er habe dadurch seine Bewerbung bzw. Berufserfahrung nicht vortragen können, obwohl er sich als „bestqualifiziert“ angesehen habe. Es sei ihm sicher schon 10-15 Mal passiert, dass er wegen seines Geschlechts als Bürokraft abgelehnt worden sei. Deshalb habe er sich von der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) beraten lassen. In Folge habe die GAW ein Schreiben an den Antragsgegner verfasst. Der Antragsgegner habe die ganze Sache zugegeben. Die X KEG behaupte jedoch, dass sie eine Personalvermittlungsfirma sei und es ihr daher nicht zuzurechnen sei.

Er führte weiters an, dass er mittlerweile als Disponent tätig sei und die Firmenleitung mit seiner Arbeit sehr zufrieden sei.

In der schriftlichen Stellungnahme des Antragsgegners teilt dieser mit, dass er nicht mit Sicherheit feststellen könne, ob der Antragssteller bei ihm angerufen habe, da sich mehrere männliche Bewerber gemeldet hätten. Diesen sei wie Herrn A mitgeteilt worden, dass der Posten nur an eine weibliche Büroangestellte vergeben werde. Auf Grund der Vorhaltungen des Antragstellers sei es für ihn unerklärlich, warum dieser nicht schon bei den anderen Firmen, bei denen er schon 10-15 mal angerufen und eine Absage erhalten habe, das Gleichbehandlungsgesetz in Anspruch genommen habe. Möglicherweise habe er dies ja in Anspruch genommen. Der Antragsgegner habe anstatt eines männlichen, eine weibliche Büroangestellte, gelernte Bürokauffrau mit ... Jahren Berufserfahrung (...), ... Jahre, arbeitslos (wegen Konkurs) aufgenommen.

In Zukunft werde man jedoch, um den GIBG Rechnung zu tragen, telefonische Bewerber und Bewerberinnen zu einem Vorstellungsgespräch einladen und den männlichen Bewerbern im Nachhinein die Absage erteilen, dass man sich anderweitig entschieden habe.

Man habe Herrn A, falls er wirklich bei der X KEG angerufen habe, die Fahrtkosten und den Zeitaufwand für ein Vorstellungsgespräch ersparen wollen, weil er im Nachhinein sowieso eine Absage erhalten hätte.

In der mündlichen Befragung durch Senat I der GBK gab der Antragsgegner an, dass er eine ... betreibe. Ein Klient von ihm, die Firma Y GmbH, habe ihn beauftragt, eine Bürokraft zu suchen, die weiblichen Geschlechtes sein sollte. Dementsprechend habe er eine Anzeige mit folgendem Inhalt geschaltet: „Eine Bürokraft, halbtags, für eine ...firma gesucht.“ In Folge der Anzeige seien an die 122 Anrufe bei seiner Sekretärin eingelangt. Er wisse nicht, ob Herr A angerufen habe, da das nicht namentlich festgehalten worden sei. Auch könne er nicht sagen, ob den Männern abgesagt worden sei. Mit Sicherheit könne er jedoch sagen, dass seine Sekretärin auf seine Anweisung hin, darauf hingewiesen habe, dass eine weibliche Bürokraft gesucht werde. Er habe dann eine ...-jährige Langzeitarbeitslose mit ...-jähriger Berufserfahrung genommen.

Weiters gab der Antragsgegner an, dass er auch ... betreibe, da habe er dasselbe Problem. Er suche in den Anzeigen nur eine „Serviererin“, da er ansonsten eine andere Garderobe und eine andere WC-Anlage bauen müsste. In Zukunft werde er

seine Inserate geschlechtergerecht formulieren. Die Bewerber/-innen würde er einladen und im Nachhinein eine Absage an die Bewerber/-innen erteilen. Dass es ein GIBG gebe, wisse der Antragsgegner erst seit dem Schriftverkehr. Seit ... sei er selbstständig und er habe bis jetzt sehr viel Personal gesucht, jedoch sei gegen ihn noch nie als Arbeitgeber wegen nicht-geschlechtsneutraler Formulierung der Inserate, ein Verfahren eingeleitet worden.

Der Antragsteller ist trotz Ladung und ursprünglicher Zusage, nicht zur mündlichen Befragung durch den Senat I erschienen. Er hat jedoch telefonisch gegenüber der Geschäftsführung von Senat I der GBK sein Interesse an der Weiterverfolgung seines Verlangens bekräftigt.

Aufgrund der klaren, unmissverständlichen Angaben des Antragsgegners, die die Angaben von Herrn A im Sinne des Protokollantrages voll bestätigten, hat Senat I der GBK auf die mündliche Befragung des Antragstellers verzichtet.

Hinsichtlich der beantragten Überprüfung, die vom erkennenden Senat bezüglich des Vorliegens einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß **§ 3 Zif 1 GIBG** konkretisiert wurde, ist zunächst folgendes zu bemerken:

Die Bestimmung des § 3 Z 1 GIBG verbietet die unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses.

Hievon 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 bestimmte Art und Weise der Begründung beschränkt. 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 stehen.

§ 3 Z 1 GIBG bindet daher jede/n, der/die auf Arbeitgeber- oder Arbeitgeberinnenseite im Vorfeld für den/die Arbeitgeber/in Handlungen tätigt, die im 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.

Die Diskriminierung kann also sowohl in der Nichtzulassung zur Bewerbung als auch in der diskriminierenden Nichtberücksichtigung im Auswahlverfahren bestehen. Das Diskriminierungsverbot begründet jedoch keinen Anspruch auf die Begründung des Arbeitsverhältnisses, sondern dient der Konkretisierung der Sorgfaltspflichten des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin. Auch kann im Besetzungsverfahren nur der/diejenige benachteiligt werden, der/die sich subjektiv ernsthaft beworben hat und objektiv für die zu besetzende Stelle in Betracht kommt. 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 Abwägung aller Umstände wahrscheinlich ist, dass ein anderes vom/von der/dem Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne des § 5 Abs. 2 GIBG vorliegt.

Im vorliegenden Fall ist der Antragsgegner als „verlängerter Arm“ des Auftraggebers anzusehen. In Fällen wie den vorliegenden, in denen jemand als Arbeitsvermittlung für den/die Arbeitgeber/-in im Rahmen des Bewerbungsverfahrens bei der Personalauswahl tätig wird, ist um der Intention des GIBG gerecht zu werden, eine extensive Auslegung des Arbeitgeber/-inbegriffes notwendig. Der Inhalt des Gleichbehandlungsgebotes wird durch § 3 iVm § 9 GIBG festgelegt. Das Gleichbehandlungsgebot bindet daher jede/-n, der/die auf der Arbeitgeber/-inseite das Arbeitsverhältnis begründet oder in Ausübung der Tätigkeit als Arbeitsvermittler/-in im Auftrag der Auftraggeber/-in auch eine Personalvorauswahl trifft.

Der Begriff „bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses“ ist ebenso extensiv zu interpretieren und umfasst alle im Vorfeld mit dem Zustandekommen eines Arbeitsvertrages in Zusammenhang stehende Vorgänge, beginnend mit der Bewerbung.

Das Telefonat von Herrn A mit der Sekretärin des Antragsgegners, in welchem sich der Antragsteller für eine Stelle als Bürokraft bewerben wollte, sowie die Auskunft der Sekretärin auf diese Frage, dass für diese Stelle nur eine Frau gesucht werde, ist vom Gleichbehandlungsgebot gemäß § 3 Z 1 GIBG erfasst.

Auf Grund des durchgeführten Verfahrens sieht es Senat I als erwiesen an, dass Herr A sich bei der Sekretärin des Antragsgegners telefonisch als Bürokraft beworben hat. Diese Bewerbung von Herrn A wurde von der Sekretärin sofort abgebrochen, mit der Feststellung, dass man nur eine weibliche Bürokraft aufnehmen würde. Dies wurde vom Antragsgegner in der mündlichen Befragung dahingehend bestätigt wurde, dass dieser für seinen Auftraggeber nur eine weibliche Bürokraft gesucht hat. Zur Untermauerung dieses Vorgehens gab er an, dass er für seine Kaffeehäuser auch nur Kellnerinnen sucht. Als Begründung für dieses geschlechtsspezifische Vorgehen führte er die Bestimmungen des Arbeitnehmer/innenschutzG an.

Hierzu möchte der Senat I festhalten, dass nach § 27 Abs. 2 und Abs. 5 ASchG bei Waschräumen und Garderoben eine Trennung nach dem Geschlecht erst zu erfolgen hat, wenn jedem Geschlecht mindestens fünf Arbeitnehmer/innen angehören.

Grundsätzlich soll in einem Verfahren vor Senat I der GBK nicht das Auswahlverfahren wiederholt werden, sondern es soll überprüft werden, ob die Entscheidung, die zur Ablehnung eines/einer Bewerbers/-in geführt hat, transparent und nachvollziehbar war. Das im Zuge der Befragung angeführte Auswahlverfahren war für Senat I jedoch nicht nachvollziehbar und konnte der Antragsgegner auch keine plausible Rechtfertigung für die Vorgehensweise anführen, da der Ablehnungsgrund einzig im Geschlecht des Antragstellers lag.

Des Weiteren möchte der Senat I der GBK festhalten, dass Herr A dem Anschein nach eine qualifizierte Kraft gewesen ist und die Voraussetzungen für die gesuchte Position auf Grund seiner Ausbildung und Vortätigkeiten gehabt hat. Obwohl der Senat es nicht feststellen kann, liegt die Vermutung nahe, dass er möglicherweise einer der Bestqualifiziertesten für diese Arbeitstelle gewesen wäre.

Der Senat I der GBK gelangte daher aufgrund des durchgeführten Verfahrens zur Auffassung, dass Herr A aufgrund des Geschlechts bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Zif 1 GIBG von der X KEG diskriminiert worden ist.

Der Senat I der GBK schlägt daher eine **intensive** Befassung mit den Fragen des Gleichbehandlungsgesetzes vor. Zur näheren Information werden der Gesetzestext sowie die Empfehlung der Europäischen Kommission zum Schutz der Würde von Frauen und Männer am Arbeitsplatz beigelegt.

März 2007