

 Bundeskanzleramt

# Gleichbehandlungsbericht für die Privatwirtschaft 2020 und 2021

Teil I

Gleichbehandlungskommission und  
Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft

Wien, 2022

## **Impressum**

Medieninhaber, Verleger und Herausgeber:

Bundeskanzleramt, Minoritenplatz 3, 1010 Wien

Text und Gesamtumsetzung: Bundeskanzleramt, Abteilung III/3; Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft, Abteilung II/B/8

Layout und Endbearbeitung: Petra Löscher, BKA Abteilung III/3

Druck: Digitalprintcenter des Bundesministeriums für Inneres  
Wien, 2022

### **Copyright und Haftung:**

Auszugsweiser Abdruck ist nur mit Quellenangabe gestattet, alle sonstigen Rechte sind ohne schriftliche Zustimmung des Medieninhabers unzulässig.

Es wird darauf verwiesen, dass alle Angaben in dieser Publikation trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr erfolgen und eine Haftung des Bundeskanzleramtes und der Autorin/des Autors ausgeschlossen ist. Rechtausführungen stellen die unverbindliche Meinung der Autorin/des Autors dar und können der Rechtsprechung der unabhängigen Gerichte keinesfalls vorgreifen.

## Inhalt

|   |            |
|---|------------|
| <b>Einleitung .....</b>   | <b>4</b>   |
| Teil I .....  | 4          |
| Teil II .....   | 5          |
| <b>1 Tätigkeitsbericht der Gleichbehandlungskommission.....</b>                         | <b>6</b>   |
| 1.1 GBK-Senat I .....   | 6          |
| 1.1.1 Vorwort der Vorsitzenden von Senat I der GBK .....                                | 6          |
| 1.1.2 Allgemeines.....  | 7          |
| 1.1.3 Durch ein Prüfungsergebnis erledigte Anträge .....                                | 13         |
| 1.2 GBK-Senat II .....  | 34         |
| 1.2.1 Vorwort der Vorsitzenden von Senat II der GBK .....                               | 34         |
| 1.2.2 Allgemeines.....  | 35         |
| 1.2.3 Durch ein Prüfungsergebnis erledigte Anträge .....                                | 39         |
| 1.3 GBK-Senat III .....   | 59         |
| 1.3.1 Vorwort der Vorsitzenden von Senat III der GBK .....                              | 59         |
| 1.3.2 Allgemeines.....  | 60         |
| 1.3.3 Durch ein Prüfungsergebnis erledigte Anträge .....                                | 62         |
| <b>2 Bericht des Bundesministeriums für Arbeit und Wirtschaft .....</b>                 | <b>75</b>  |
| 2.1 Gleichbehandlungsgesetz und GBK/GAW-Gesetz.....                                     | 75         |
| 2.2 Vollziehung des Gleichbehandlungsgesetzes durch die Gerichte.....                   | 75         |
| 2.2.1 Diskriminierung auf Grund des Geschlechts .....                                   | 76         |
| 2.2.2 Diskriminierung auf Grund anderer Diskriminierungsgründe in der Arbeitswelt ..... | 86         |
| 2.3 Gleichbehandlung im EU-Recht.....   | 88         |
| 2.3.1 Richtungsweisende Urteile des Europäischen Gerichtshofes .....                    | 88         |
| 2.3.2 Weiterentwicklung des EU-Rechts .....   | 106        |
| <b>Tabellenverzeichnis .....</b>  | <b>109</b> |

# Einleitung

Das Bundesgesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft (GBK/GAW-Gesetz) sieht in § 24 vor, dass dem Nationalrat alle zwei Jahre ein Bericht über die Vollziehung des Gleichbehandlungsgesetzes vorzulegen ist. Dieser Bericht hat insbesondere Angaben über die Tätigkeit und Wahrnehmungen der Anwaltschaft für Gleichbehandlung, die Verfahren vor der Kommission und die sonstige Tätigkeit der Kommission zu enthalten. Vorliegender Bericht wird von der Bundesministerin für Frauen, Familie, Integration und Medien und dem Bundesminister für Arbeit und Wirtschaft vorgelegt.

Jeder zweite dem Nationalrat vorgelegte Bericht hat überdies Beiträge der Interessenvertretungen zu enthalten, was erst im nächsten Bericht 2022 – 2023 wieder erfolgen wird.

Der Bericht besteht aus zwei Teilen:

## Teil I

beinhaltet den Tätigkeitsbericht der drei Senate der Gleichbehandlungskommission und den Bericht des Bundesministeriums für Arbeit und Wirtschaft betreffend die Weiterentwicklung des Gleichbehandlungsgesetzes und des GBK/GAW-Gesetzes, Informationen über die Vollziehung des Gleichbehandlungsgesetzes durch die Gerichte sowie Ausführungen zur Gleichbehandlung im EU-Recht.

Da gemäß § 12 Abs. 7 GBK/GAW-Gesetz die Einzelfallprüfungsergebnisse der Senate der Gleichbehandlungskommission in anonymisierter Form in vollem Wortlaut auf der Website des Bundeskanzleramtes zu veröffentlichen sind, sind in diesem Bericht nur einige der von den Senaten mit einem Prüfungsergebnis abgeschlossenen Fälle im Bericht der drei Senate auszugsweise dargestellt. Die übrigen von den Senaten mit Prüfungsergebnis im Berichtszeitraum abgeschlossenen Verfahren sind mittels des in der einleitenden Darstellung zu jedem Senat enthaltenen Verweises in Tabellenform (GBK-Zahl und Themenbereich) angeführt und auf der Homepage des Bundeskanzleramtes in anonymisierter Form im Volltext auffindbar und abrufbar.

Damit soll – neben der leichteren Lesbarkeit des Berichts ohne Verlust der wesentlichen Informationen – nicht zuletzt auch dem Gedanken der Einsparung von Papier bei den Druckexemplaren und somit dem Gedanken des Umweltschutzes sowie der Digitalisierung Rechnung getragen werden.

Link: [Gleichbehandlungskommission](https://www.bundeskanzleramt.gv.at/agenda/frauen-und-gleichstellung/gleichbehandlungskommissionen/gleichbehandlungskommission.html) [https://www.bundeskanzleramt.gv.at/agenda/frauen-und-gleichstellung/gleichbehandlungskommissionen/gleichbehandlungskommission.html]

Die anonymisierten Prüfungsergebnisse können im Volltext unter den Senaten I bis III beim jeweiligen Senat unter der Rubrik „Veröffentlichungen“ unter der im Bericht genannten GBK-Zahl bei den dort aufgeführten Diskriminierungsgründen oder über das Rechtsinformationssystem des Bundes (RIS) unter der Rubrik „Judikatur“ abgerufen werden.

## Teil II

beinhaltet den Bericht über die Tätigkeit und die Wahrnehmungen der Gleichbehandlungsanwaltschaft.

Dieser Berichtsteil umfasst eine Darstellung der Wirkung und die wichtigsten Forderungen der Gleichbehandlungsanwaltschaft, Informationen über die Beratung und Unterstützung, Informations- und Bildungsarbeit sowie Öffentlichkeits- und Medienarbeit.

# 1 Tätigkeitsbericht der Gleichbehandlungskommission

## 1.1 GBK-Senat I

### 1.1.1 Vorwort der Vorsitzenden von Senat I der GBK

Die vergangenen zwei Jahre waren auch für Senat I der GBK herausfordernd – zwei Monate komplett ohne Sitzungen im Frühjahr 2020, virtuelle Sitzungen mit immer wieder auftauchenden technischen Schwierigkeiten, stundenlanges Verhandeln in Präsenz mit Maske.

Ich freue mich umso mehr, hier eine höchst erfolgreiche Bilanz über die Arbeit des Senates I der GBK ziehen zu können und möchte diese exemplarisch an den folgenden Highlights aus dem Berichtszeitraum 2020/2021 festmachen:

- **Verkürzung der Verfahrensdauer vor Senat I der GBK auf 16,1 Monate – Tendenz fallend!**

Es ist uns gelungen, bei weiterhin hohen Antragszahlen im Berichtszeitraum (116 Anträge) die durchschnittliche Verfahrensdauer auf 16,1 Monate zu verringern. Dies trotz Entfalls mehrerer Sitzungen im Frühjahr 2020. Als neue Maßnahme zur Verkürzung der Verfahrensdauer wird überdies in Fällen von Begründungsdiskriminierungen ohne persönlichem Kontakt zwischen den Beteiligten (schriftliche Bewerbung via facebook oder Email) das Verfahren zeitnah als Aktenverfahren ohne Befragung von Auskunftspersonen durchgeführt. Dies führt zu einer wesentlichen Beschleunigung des Verfahrens (Ein Fallbeispiel dafür finden Sie in Kap. 1.1.3.).

- **Verhandlungen: virtuell, hybrid, in Präsenz – Senat I bleibt flexibel!**

Nach Phasen der komplett virtuellen Sitzungsführung sind wir in der Zwischenzeit bei einem hybriden Setting angelangt. Verfahrensbeteiligte nutzen sowohl die Möglichkeit der Verhandlung in Präsenz als auch per virtueller Teilnahme – dasselbe gilt für die Mitglieder der GBK. Bei vorausschauender Planung ist es auf diesem Weg auch sehr gut möglich, Auskunftspersonen, die auf Grund von Krankheit oder beruflichen Verpflichtungen nicht zur Befragung anreisen können, zu erreichen und Fälle damit kompakt an einem Sitzungstag verhandeln zu können. Auch damit kommen wir dem Ziel, die Verfahrensdauer vor der GBK möglichst kurz zu halten, stetig näher.

- **Schlichtungsfunktion der GBK ausgebaut: virtuelle vorbereitende Sitzungen nun im ganzen Bundesgebiet!**

Die Nutzung von Videokonferenzen ermöglicht uns, vorbereitende Sitzungen – bei denen vor Beginn des Verfahrens vor der GBK die Vergleichsbereitschaft der Beteiligten abgefragt wird – effizient und kostengünstig über alle Bundesländergrenzen hinweg zu führen. Im Berichtszeitraum sind immerhin 48 Rückziehungen (von 65) auf Grund eines abgeschlossenen Vergleichs erfolgt. Auch diese Funktion der GBK wird, wie Sie sehen, gut angenommen und verhilft den Verfahrensbeteiligten zu einer zufriedenstellenden Lösung ihres Konflikts.

- **Dank**

Abschließend möchte ich der Geschäftsführerin des Senates I der GBK, Mag.<sup>a</sup> Claudia Hillebrand, und den ihr zur Seite gestellten Verwaltungspraktikantinnen herzlich danken. Ohne den unermüdlichen Einsatz beim Verfassen der Prüfungsergebnisse, die umsichtige Planung und Vorbereitung der Sitzungen wäre die erfolgreiche Arbeit des Senates I der GBK so nicht möglich gewesen.

Ich bedanke mich weiters bei der Abteilungsleiterin III/3 im BKA, Mag.<sup>a</sup> Ingrid Löscher-Weninger, ganz herzlich für ihre Unterstützung.

Für die gute Zusammenarbeit bedanke ich mich auch bei den Mitgliedern des Senates I der GBK und den Kolleginnen der GAW, es ist mir stets ein Vergnügen, mit ihnen zu diskutieren.

Mit den für den Bericht ausgewählten Entscheidungen soll ein Überblick über die Vielfalt der unterschiedlichen Diskriminierungsgründe und Fallkonstellationen gegeben werden, die vom Senat zwischen Jänner 2020 und Dezember 2021 behandelt wurden. Die Gesamtheit der veröffentlichten Entscheidungen kann im Rechtsinformationssystem des Bundes (RIS) abgerufen werden.

### **1.1.2 Allgemeines**

Gemäß § 1 Abs. 2 Z 1 GBK/GAW-Gesetz ist der Senat I für die Gleichbehandlung von Frauen und Männer in der Arbeitswelt zuständig. Betrifft ein von der Gleichbehandlungskommission zu behandelnder Fall sowohl die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt als auch die Gleichbehandlung ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung in der Arbeitswelt („Mehrfachdiskriminierung“), so ist gemäß § 1 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz der Senat I zuständig.

Für die Funktionsperiode 1. Juli 2020 bis 30. Juni 2024 sind Frau Dr.<sup>in</sup> Eva MATT mit dem Vorsitz des Senates I und Frau Mag.<sup>a</sup> Stefanie MANDL, MA mit der Stellvertretung betraut.

Im Verlauf des Berichtszeitraums 1. Jänner 2020 bis 31. Dezember 2021 wurden insgesamt 66 Prüfungsergebnisse erstellt.

65 der im Verlauf des Berichtszeitraums anhängig gewesenen Anträge wurden in verschiedenen Verfahrensstadien zurückgezogen, davon die meisten in Folge eines Vergleichs.

In 8 Fällen hat sich der Senat für unzuständig erklärt bzw. den Antrag mangels ausreichender Konkretisierung oder mangels Beschwer nicht behandelt.

Insgesamt 116 Anträge wurden für den Senat I im Berichtszeitraum eingebracht.

Im Berichtszeitraum fanden insgesamt 33 Sitzungen, davon 21 Ausschusssitzungen, des Senates I statt.

Mit Stand 31. Dezember 2021 sind 59 Fälle offen.

Tabelle 1: Beantragte Diskriminierungstatbestände in den im Berichtszeitraum neu eingebrachten Anträgen (oftmals Mehrfachnennungen) – GBK-Senat I

| <b>Diskriminierungsgrund</b>   | <b>Tatbestand</b>  | <b>Anzahl</b> |
|--------------------------------|--|---------------|
| <b>Geschlecht</b>              | Berufsberatung, Berufsausbildung, berufliche Weiterbildung und Umschulung außerhalb eines Arbeitsverhältnisses | 1             |
|                                | Selbstständige Tätigkeit   | 1             |
|                                | Begründung des Arbeitsverhältnisses  | 15            |
|                                | Entgelt  | 18            |
|                                | Freiwillige Sozialleistungen, die kein Entgelt darstellen  | 4             |
|                                | Maßnahmen der Aus- und Weiterbildung und Umschulung  | 4             |
|                                | Beruflicher Aufstieg   | 18            |
|                                | Sonstige Arbeitsbedingungen  | 32            |
|                                | Beendigung des Arbeitsverhältnisses  | 45            |
|                                | Sexuelle Belästigung   | 38            |
|                                | Mangelnde Abhilfe bei sexueller Belästigung  | 18            |
|                                | Belästigung  | 23            |
|                                | Mangelnde Abhilfe bei Belästigung  | 11            |
|                                | Benachteiligungsverbot   | 14            |
| <b>Ethnische Zugehörigkeit</b> | Entgelt  | 3             |
|                                | Maßnahmen der Aus- und Weiterbildung und Umschulung  | 1             |
|                                | Beruflicher Aufstieg   | 3             |
|                                | Sonstige Arbeitsbedingungen  | 4             |
|                                | Beendigung des Arbeitsverhältnisses  | 3             |
|                                | Belästigung  | 9             |
|                                | Mangelnde Abhilfe bei Belästigung  | 6             |
| <b>Alter</b>                   | Begründung des Arbeitsverhältnisses  | 3             |
|                                | Entgelt  | 1             |
|                                | Beruflicher Aufstieg   | 5             |
|                                | Sonstige Arbeitsbedingungen  | 3             |
|                                | Beendigung des Arbeitsverhältnisses  | 6             |

| Diskriminierungsgrund | Tatbestand                          | Anzahl                              |
|-----------------------|-------------------------------------|-------------------------------------|
|                       | Belästigung                         | 4                                   |
|                       | Mangelnde Abhilfe bei Belästigung   | 1                                   |
| <b>Religion</b>       | Begründung des Arbeitsverhältnisses | 1                                   |
|                       | Beruflicher Aufstieg                | 1                                   |
|                       | Beendigung des Arbeitsverhältnisses | 1                                   |
|                       | Belästigung                         | 4                                   |
|                       | Mangelnde Abhilfe bei Belästigung   | 4                                   |
|                       | Benachteiligungsverbot              | 1                                   |
|                       | <b>Weltanschauung</b>               | Beendigung des Arbeitsverhältnisses |

Tabelle 2: Im Berichtszeitraum eingebrachte Anträge nach Geschlechtern – GBK-Senat I

| Geschlecht         | Eingebrachte Anträge |
|--------------------|----------------------|
| <b>Frauen</b>      | 100                  |
| <b>Männer</b>      | 15                   |
| <b>Transgender</b> | 1                    |
| <b>Gesamt</b>      | 116                  |

Die durchschnittliche Verfahrensdauer – gemessen an den mit Prüfungsergebnissen abgeschlossenen Antragsfällen und den im Antragszeitraum in verschiedenen Verfahrensstadien zurückgezogenen Anträgen – betrug im Berichtszeitraum rund 16,1 Monate.

Tabelle 3: Anonymisierte, nicht exzerpierte Prüfungsergebnisse 2020 bis 2021 – GBK-Senat I

| GBK-Zahl      | Grund      | Tatbestand                                   | Veröffentlichung auf Homepage (ja / nein <sup>1</sup> ) |
|---------------|------------|--|---|
| <b>782/17</b> | Geschlecht | Sexuelle Belästigung, Benachteiligungsverbot | ja  |
| <b>783/17</b> | Geschlecht | Sexuelle Belästigung                         | ja  |

<sup>1</sup> Es wird nur der Ausgang des Verfahrens in anonymisierter Form auf der Website veröffentlicht.

| <b>GBK-Zahl</b> | <b>Grund</b>                        | <b>Tatbestand</b>   | <b>Veröffentlichung auf Homepage (ja / nein<sup>1</sup>)</b> |
|-----------------|-------------------------------------|---|--|
| <b>801/17</b>   | Geschlecht                          | Beruflicher Aufstieg, sonstige Arbeitsbedingungen                                   | ja   |
| <b>803/18-M</b> | Geschlecht, ethnische Zugehörigkeit | Berufsausbildung, (sexuelle) Belästigung  | ja   |
| <b>804/18</b>   | Geschlecht                          | Sexuelle Belästigung  | ja   |
| <b>808/18</b>   | Geschlecht                          | Begründung des Arbeitsverhältnisses, Belästigung, mangelnde Abhilfe bei Belästigung | ja   |
| <b>814/18-M</b> | Geschlecht, Alter                   | Entgelt Benachteiligungsverbot  | ja   |
| <b>819/18</b>   | Geschlecht                          | Sexuelle Belästigung  | ja   |
| <b>823/18</b>   | Geschlecht                          | Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sexuelle Belästigung                           | ja   |
| <b>825/18</b>   | Geschlecht                          | Belästigung   | ja   |
| <b>826/18</b>   | Geschlecht                          | Sexuelle Belästigung  | ja   |
| <b>828/18</b>   | Geschlecht                          | Sexuelle Belästigung  | nein   |
| <b>830/18</b>   | Geschlecht                          | Sexuelle Belästigung  | ja   |
| <b>831/18</b>   | Geschlecht                          | Sexuelle Belästigung  | nein   |
| <b>833/18</b>   | Geschlecht                          | Sexuelle Belästigung  | ja   |
| <b>837/18</b>   | Geschlecht                          | Entgelt   | ja   |
| <b>838/18</b>   | Geschlecht                          | Beruflicher Aufstieg  | ja   |
| <b>840/18</b>   | Geschlecht                          | Beendigung des Arbeitsverhältnisses   | ja   |
| <b>844/18</b>   | Geschlecht                          | Entgelt, sonstige Arbeitsbedingungen  | ja   |
| <b>847/18-M</b> | Geschlecht, Alter                   | Begründung des Arbeitsverhältnisses   | ja   |
| <b>848/18</b>   | Geschlecht                          | Mangelnde Abhilfe bei Belästigung, Benachteiligungsverbot                           | ja   |
| <b>850/18</b>   | Geschlecht                          | Sexuelle Belästigung  | ja   |
| <b>851/18</b>   | Geschlecht                          | Sexuelle Belästigung  | ja   |
| <b>863/18</b>   | Geschlecht                          | Beruflicher Aufstieg  | nein   |
| <b>864/18</b>   | Geschlecht                          | Entgelt   | ja   |

| <b>GBK-Zahl</b> | <b>Grund</b>                                  | <b>Tatbestand</b>  | <b>Veröffentlichung auf Homepage (ja / nein<sup>1</sup>)</b> |
|-----------------|---|--|--|
| <b>865/18-M</b> | Geschlecht, ethnische Zugehörigkeit, Religion | Begründung des Arbeitsverhältnisses, Belästigung   | ja   |
| <b>866/18</b>   | Geschlecht                                    | Beendigung des Arbeitsverhältnisses, mangelnde Abhilfe bei sexueller Belästigung         | ja   |
| <b>868/18</b>   | Geschlecht                                    | Beruflicher Aufstieg   | nein   |
| <b>870/19</b>   | Geschlecht                                    | Sexuelle Belästigung, mangelnde Abhilfe bei sexueller Belästigung                        | ja   |
| <b>872/19</b>   | Geschlecht                                    | Beendigung des Arbeitsverhältnisses  | ja   |
| <b>876/19-M</b> | Geschlecht, ethnische Zugehörigkeit, Religion | Berufsausbildung, Belästigung  | ja   |
| <b>877/19</b>   | Geschlecht                                    | Sonstige Arbeitsbedingungen, sexuelle Belästigung  | ja   |
| <b>884/19-M</b> | Geschlecht, ethnische Zugehörigkeit, Religion | Sonstige Arbeitsbedingungen, Beendigung des Arbeitsverhältnisses, (sexuelle) Belästigung | ja   |
| <b>891/19-M</b> | Geschlecht, ethnische Zugehörigkeit, Religion | Begründung des Arbeitsverhältnisses  | ja   |
| <b>892/19-M</b> | Geschlecht, ethnische Zugehörigkeit, Religion | Begründung des Arbeitsverhältnisses  | ja   |
| <b>893/19-M</b> | Geschlecht, ethnische Zugehörigkeit, Religion | Begründung des Arbeitsverhältnisses  | ja   |
| <b>894/19-M</b> | Geschlecht, ethnische Zugehörigkeit, Religion | Begründung des Arbeitsverhältnisses  | ja   |
| <b>895/19</b>   | Geschlecht                                    | Belästigung  | ja   |
| <b>901/19</b>   | Geschlecht                                    | Mangelnde Abhilfe bei sexueller Belästigung  | ja   |
| <b>903/19</b>   | Geschlecht                                    | Begründung des Arbeitsverhältnisses  | ja   |
| <b>905/19</b>   | Geschlecht                                    | Berufsausbildung, Belästigung  | nein   |
| <b>913/19</b>   | Geschlecht                                    | (Sexuelle) Belästigung   | ja   |

| GBK-Zahl  | Grund   | Tatbestand   | Veröffentlichung auf Homepage (ja / nein <sup>1</sup> ) |
|-----------|---|--|---|
| 917/19-M  | Geschlecht, ethnische Zugehörigkeit           | Mangelnde Abhilfe bei (sexueller) Belästigung  | ja  |
| 919/19-M  | Geschlecht, sexuelle Orientierung             | Beendigung des Arbeitsverhältnisses, (sexuelle) Belästigung                            | ja  |
| 921/19    | Geschlecht                                    | Beendigung des Arbeitsverhältnisses  | ja  |
| 922/19-M  | Geschlecht, ethnische Zugehörigkeit, Religion | Belästigung  | ja  |
| 923/19    | Geschlecht                                    | Sexuelle Belästigung   | ja  |
| 926/19    | Geschlecht                                    | Begründung des Arbeitsverhältnisses  | ja  |
| 933/19-M  | Geschlecht, Alter                             | Entgelt  | ja  |
| 941/20    | Geschlecht                                    | Begründung des Arbeitsverhältnisses  | ja  |
| 950/20-M  | Geschlecht, Alter, ethnische Zugehörigkeit    | Beruflicher Aufstieg   | ja  |
| 968/20-M  | Geschlecht, Religion                          | Begründung des Arbeitsverhältnisses  | ja  |
| 970/20    | Geschlecht                                    | Sonstige Arbeitsbedingungen, Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sexuelle Belästigung | ja  |
| 1005/21   | Geschlecht                                    | Selbstständige Tätigkeit   | ja  |
| 1012/21-M | Geschlecht, Alter                             | Begründung des Arbeitsverhältnisses  | ja  |
| 1028/21   | Geschlecht                                    | Begründung des Arbeitsverhältnisses  | ja  |

### 1.1.3 Durch ein Prüfungsergebnis erledigte Anträge

#### 1. GBK I/785/17

Eingebracht: GAW

Antragsgegner/in: IT-Unternehmen

Wegen: Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der Festsetzung des Entgelts

**Verfahrensdauer:** 28 Monate

**Vorbringen/Erwiderung der Antragsgegner/in:** Die Antragstellerin brachte vor, dass sie seit 2011 bei der Antragsgegnerin als „Information System Architect“ beschäftigt gewesen sei. Faktisch sei sie seit 2014 als Leiterin des Bereichs „Big Data & Analytics“ tätig gewesen, nachdem sich ihr Tätigkeitsbereich erweitert habe. Die interne Positionsbezeichnung sei nicht geändert worden, ebenso habe sich hinzugekommene Verantwortung nicht in ihrem Entgelt niedergeschlagen. Ab Juli 2016 nahm die Antragstellerin die Position als Offering Sales Specialist ein. Zur Berechnung ihres Gehalts seien variable Gehaltsbestandteile herangezogen worden, die sich an der persönlichen Ergebnisverantwortung orientiert hätten, sie seien aber bei der Antragstellerin für das gesamte Fiskaljahr ausgelegt worden, obwohl bereits fast ein Drittel des Jahres verstrichen gewesen sei. Als die Antragstellerin das Angebot bekommen habe, das Ausmaß des ergebnisorientierten Gehaltsbestandteiles zu reduzieren und ihr Fixgehalt zu erhöhen, habe sie dieses angenommen.

Die Antragsgegnerin bestritt die Vorwürfe in der schriftlichen Stellungnahme.

**Auszug aus dem Prüfungsergebnis:** Der Verfahrensgegenstand lag antragsgemäß hauptsächlich in der Frage, ob die zwei im Antrag genannten männlichen Vergleichspersonen im Vergleich zur Antragstellerin ein höheres Entgelt erhalten haben, obwohl alle drei Personen die gleiche bzw. gleichwertige Tätigkeit ausgeführt haben. Zum einen liegt die Übernahme der Leitung des Bereiches von C vor, wo sich ein hoher Gehaltsunterschied aufgetan hat. Zu hinterfragen ist die Vergleichbarkeit der Tätigkeit der Antragstellerin und von C. Aus Sicht des Senates hat die Antragstellerin ebenso über Fachwissen verfügt und ist ganz einschlägig ausgebildet. Sie hat schon seit einiger Zeit im Betrieb gearbeitet. Er [C] ist als Bereichsleiter eingestellt worden und sie war schon als Mitarbeiterin da. Die Frage, die sich dem erkennenden Senat gestellt hat, war ob die Festsetzung des Gehaltes bei C als eine Vorleistung auf zukünftig zu Leistendes gesehen werden kann. Im Gegensatz dazu war bei der Gehaltsfindung der Antragstellerin aufgefallen, dass diese sich für die Erzielung eines höheren Gehaltes offenbar erst bewähren musste. Nach Ansicht des Senates I der GBK ist der Gehaltsunterschied relativ groß, dafür, dass eine in etwa gleiche bzw. gleichwertige Arbeit vorliegt. Die Einstufung erfolgt nach Gehaltsbändern, was vom Senat als sehr intransparent angesehen wurde, da es keinen festgesetzten objektiven Kriterienkatalog gibt, der im Unternehmen bekannt ist. Die Gehaltsstruktur mit ihrem Mittelwert und der Bandbreite ist nicht nachvollziehbar, teilweise hat der Antragsgegnerinnenvertreter auch selbst bestätigt, dass das sogar für Führungskräfte oft nicht nachvollziehbar und verständlich sei. Auch der Betriebsratsvorsitzende konnte keine Auskünfte darüber abgeben, wie die Gehälter bei der Antragsgegnerin zustande kommen würden. Das ganze Entgeltschema sei insofern intransparent. Ist die Überzahlung der männlichen Kol-

legen auf deren Verhandlungsgeschick zurückzuführen, besteht der Anschein einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der Festsetzung des Entgelts. In diesem Zusammenhang wird auf die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 20.05.1998, 9 ObA 350/97d verwiesen, wo u.a. ausgeführt wird: „Bei Prüfung der Frage, inwieweit eine Diskriminierung als geschlechtsspezifisch für bescheinigt zu gelten hat, darf das gesellschaftliche Umfeld nicht außer Acht gelassen werden. Es ist offenkundig, dass Frauen in Österreich im Allgemeinen statistisch gesehen niedriger entlohnt werden als männliche Arbeitnehmer. Frauen sind auch häufiger als Männer bereit, niedriger entlohnte Tätigkeiten anzunehmen, zumal ihre Arbeit oft bereits im Rahmen der Arbeitsbewertung als weniger schwierig und damit geringerwertig eingestuft wird.“ Die Antragsgegnerin konnte in der mündlichen Befragung keinen objektiven Kriterienkatalog darlegen, wie sich Gehälter im Unternehmen zusammensetzen und damit den Anschein der Diskriminierung nicht entkräften. Der zweite Teil der rechtlichen Beurteilung – die Position der Antragstellerin als Offering Sales Specialist – ist aus der Sicht des erkennenden Senates allerdings anders zu betrachten. Die Antragstellerin stützt sich im Wesentlichen darauf, dass sie im Gegensatz zu den beiden Vergleichspersonen schlechter gestellt worden sei, vor allem hinsichtlich der Gestaltung ihres variablen und fixen Teils ihres Gehalts. Das GBK-Verfahren hat ergeben, dass das Gehalt zu dieser Position von ihr selbst – so gewollt – ausverhandelt worden ist. Sie hat sich ausdrücklich für das Gehalt mit dem geringeren Risiko entschieden. Es ergab sich somit für den Senat keine Entgeltdiskriminierung, weshalb die Antragsgegnerin auch nicht mehr den Beweis erbringen musste, dass sie in diesem Fall nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot verstoßen hatte.

**Ergebnis:** Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der Festsetzung des Entgelts in der Funktion als Leiterin des Bereichs „Big Data & Analytics“, keine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der Festsetzung des Entgelts in der Funktion als Offering Sales Specialist

**Vorschlag:** Leistung eines angemessenen Schadenersatzes; transparente Gestaltung eines Einstufungssystems

**Ergebnis bezüglich Umsetzung des Vorschlages:** Die Antragsgegnerin teilte mit, dass sie Gespräche über die Leistung eines angemessenen Schadenersatzes mit der Arbeiterkammer führe. Eine Umgestaltung des Einstufungssystems sei nicht notwendig, da die erforderliche Transparenz gegeben sei.

## 2. GBK I/822/18

**Eingebracht:** GAW

**Antragsgegner/in:** Medienunternehmen

**Wegen:** Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der Festsetzung des Entgelts

**Verfahrensdauer:** 21 Monate

**Vorbringen/Erwiderung der Antragsgegner/in:** Die Antragstellerin brachte vor, sie habe 1991 die Höhere Bundeslehranstalt für wirtschaftliche Berufe (HBLA) mit der Reifeprüfung abgeschlossen und 1994 eine Beschäftigung als Sekretärin beim Antragsgegner aufgenommen. In Folge einer OGH-Entscheidung sei es Beschäftigten des Antragsgegners möglich gewesen, Vordienstzeiten vor dem 19. Geburtstag anrechnen zu lassen. Der Antragstellerin sei jedoch mitgeteilt worden, dass die von ihr beantragten Vordienstzeiten nicht berücksichtigt werden könnten, da „es sich um keine anrechenbare oder keine abgeschlossene Ausbildung gemäß KV handle (taxative Aufzählung)“. Die Ausbildung an einer HBLA, die lange als Mädchenschulen gegolten und fast ausschließlich weibliche Absolventinnen gehabt hätten, sei jedoch nach Ansicht der Antragstellerin den Handelsakademien und Höheren Technischen Lehranstalten als Berufsbildende Höhere Schulen (BHS) gleichzusetzen, die Aufzählung der Schultypen sei daher demonstrativ zu verstehen.

Der Antragsgegner bestritt die Vorwürfe in der schriftlichen Stellungnahme.

**Auszug aus dem Prüfungsergebnis:** Die bisherige Auslegung des Verbotes der mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts wurde in der RL 97/80/EG (BeweislastRL) kodifiziert. So setzt eine mittelbare Diskriminierung zunächst voraus, dass eine merkmalsneutral formulierte Regelung tatsächlich überwiegend zum Nachteil von Frauen oder Männern wirkt (statistische Diskriminierung). Bei einer Maßnahme, die prozentuell erheblich mehr Frauen als Männer benachteiligt oder umgekehrt, besteht nach der Rechtsprechung des EuGH eine Vermutung dafür, dass diese Maßnahme eine mittelbare Diskriminierung darstellt. In diesem Fall muss der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin das Gegenteil beweisen. Nach Ansicht des Senates konnte die Antragstellerin durch ihre Ausführungen glaubhaft den Anschein einer Diskriminierung darlegen. So ließ die geschilderte Nichtberücksichtigung ihrer Vordienstzeiten – ihre Ausbildung an der HBLA, die überwiegend von Frauen absolviert worden sei, sei im Gegensatz zu Ausbildungen an einer HAK oder HTL, die ebenfalls als BHS gelten, vom Antragsgegner nicht als Vordienstzeit angerechnet worden – darauf schließen, dass die Antragstellerin auf Grund ihres Geschlechts bei der Gehaltseinstufung vom Antragsgegner benachteiligt wurde. Als Grund für die Nichtanrechnung der Ausbildung der Antragstellerin an der HBLA wurde die taxative Aufzählung der Schulen im KV 1996A genannt. Da HBLA in § 6 Z 3 lit b KV 1996A nicht genannt seien, handle es sich hierbei um eine nicht anrechenbare Ausbildung. Dies habe nichts mit dem Geschlecht zu tun, sondern sei auf den rechtspolitischen Gestaltungsspielraum der Kollektivvertragsparteien zurückzuführen. Sie hätten eben eine taxative Auswahl von Schulen ge-

troffen, deren Bildungsinhalte besondere Kenntnisse und Fähigkeiten auf kaufmännischem oder technischem Gebiet vermitteln würden, die für die Tätigkeit beim Antragsgegner von größtem Nutzen wären. Die von der Antragstellerin besuchte HBLA vermittelte keine mit der HAK vergleichbaren Kenntnisse und Fähigkeiten im kaufmännischen Bereich. Der Rechtsprechung des EuGH folgend wird in diesem Fall eine mittelbare Diskriminierung vermutet, da die Nichtanrechnung der Ausbildung von HBLA-/HLW-Absolventen/Absolventinnen als Vordienstzeiten prozentuell erheblich mehr Frauen als Männer benachteiligt. So haben in Österreich im Schuljahr 1990/1991 – zum Zeitpunkt als auch die Antragstellerin diese Schule abschloss – laut Statistik Austria mehrheitlich Frauen, und zwar 13.943 von insgesamt 14.279 Absolventen/Absolventinnen, eine höhere Schule für wirtschaftliche Berufe abgeschlossen. (Auch heute noch sind die Absolventen/Absolventinnen der HLW zum Großteil Frauen, z. B. waren im Schuljahr 2018/19 23.020 der insgesamt 26.531 Absolventen/Absolventinnen weiblich.) Der Senat ist der Ansicht, dass der Antragsgegner mit seinen Ausführungen auch nicht das Gegenteil beweisen konnte. Denn die Antragstellerin wurde mit ihrer Ausbildung beim Antragsgegner als Sekretärin im Jahr 1994 aufgenommen, was darauf schließen lässt, dass der Antragstellerin in der HBLA sehr wohl Kenntnisse und Fähigkeiten vermittelt wurden, die beim Antragsgegner von großem Nutzen sind. Daher liegt der Schluss nahe, dass der Geschlechteraspekt bei der Nichtberücksichtigung dieser Schulen bei der Vordienstzeitanrechnung eine Rolle gespielt hat, wobei der Antragsgegner auch keine plausiblen Argumente vorbringen konnte, die dies widerlegen konnten. Zusammengefasst wurde eine mittelbare Diskriminierung der Antragstellerin vermutet, da HBLA- bzw. HLW-Absolventen/Absolventinnen zum Großteil weiblich sind und ihre Ausbildung beim Antragsgegner nicht als Vordienstzeit angerechnet wird – dies, obwohl die Antragstellerin genau mit dieser Ausbildung beim Antragsgegner eingestellt wurde. Der Antragsgegner wiederum konnte diese Ungleichbehandlung bei der Vordienstzeitanrechnung nicht sachlich rechtfertigen.

**Ergebnis:** Diskriminierung

**Vorschlag:** Leistung eines angemessenen Schadenersatzes

**Ergebnis bezüglich Umsetzung des Vorschlages:** unpräjudizielles Angebot des Antraggegners einer vergleichweisen Lösung, das von der GAW begrüßt wurde, allerdings wurde noch ein immaterieller Schadenersatz gefordert; der Antragsgegner geht davon aus, dass eine Einigung gefunden wird

### **3. GBK I/827/18-M**

**Eingebracht:** Antragstellerin

**Antragsgegner/in:** Zahnärztin

**Wegen:** Diskriminierung auf Grund des Geschlechts und des Alters bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses

**Verfahrensdauer:** 24 Monate

**Vorbringen/Erwiderung der Antragsgegner/in:** Die Antragstellerin (geboren 1959) brachte vor, sie sei seit 1994 in einer Zahnarztpraxis im Ausmaß von 20 Wochenstunden als Zahntechnikerin beschäftigt. Die Praxis inklusive des Dienstverhältnisses der Antragstellerin sei im Jahre 2002 von der Antragsgegnerin ohne Veränderungen übernommen worden. Am 28. Mai 2018 habe die Antragstellerin die schriftliche Kündigung ihres Dienstverhältnisses erhalten. Zum Kündigungszeitpunkt habe ihre zu erwartende Restarbeitszeit 14 Monate betragen, im Gegensatz dazu habe ein gleichaltriger Mann eine zu erwartende Restarbeitszeit von sechs Jahren und zwei Monaten. Die Antragsgegnerin habe gegenüber der Antragstellerin geäußert, dass „sie ja schon 503 Versicherungsmonate und damit einen Pensionsanspruch hat“.

Die Antragsgegnerin bestritt die Vorwürfe in der schriftlichen Stellungnahme.

**Auszug aus dem Prüfungsergebnis:** Die Kündigung 14 Monate vor Erreichen des Regelpensionsalters (Stichtag 1. Dezember 2019) war für die Antragstellerin nicht absehbar. Seitens der Antragsgegnerin gab es im Vorfeld der Kündigung keine Versuche, eine für beide sozial vertretbare Lösung zu finden. Vielmehr hielt die Antragsgegnerin in einem Gespräch mit einem Mitarbeiter eines zahntechnischen Labors nicht allzu lange vor der Kündigung fest: „Jetzt bringen wir Frau A noch gut in die Pension.“ Ebenso wurde vor längerer Zeit darüber gesprochen, dass die Antragstellerin in ihrer Pension über eine geringfügige Beschäftigung in der Ordination aushelfen wird. Der vorliegende Fall wurde unter dem Aspekt der intersektionellen Diskriminierung überprüft. Nach Ansicht des Senates war die Argumentationslinie der Antragsgegnerin in Bezug auf die wirtschaftliche Notwendigkeit der Kündigung nicht stringent. Die sich im Zuge der Sitzung ergebene Nachfrage, ob keine andere Möglichkeit als die Kündigung der Antragstellerin denkbar gewesen wäre, wurde von der Antragsgegnerin folgendermaßen beantwortet: *„Frau A ist Zahntechnikerin mit Spezialisierung auf Prothetik, als solche war sie auch Teilzeit mit 20 Stunden beschäftigt. Eine Reduktion der Arbeitszeit auf eine wesentlich geringere Stundenzahl bedeutete, dass Frau A in weiterer Folge nur zu einer bestimmten Zeit bzw. einen Tag für die Patienten zur Verfügung steht.“* Vor dem Hintergrund, dass es sich bei der Antragstellerin um eine langjährige Mitarbeiterin handelt, stellt sich für den Senat die Frage, wieso seitens der Antragsgegnerin keine Versuche unternommen wurden, gemeinsam eine alternative Lösung anstelle der Kündigung zu finden. Insbesondere gelang es der Antragsgegnerin nicht, nachvollziehbar

darzulegen, wieso die Herabsetzung der Arbeitszeit nicht als Möglichkeit in Frage kam, um den als Kündigungsgrund angegebenen „Leerlaufzeiten“ der Antragstellerin entgegenzuwirken, wo dies doch seitens der Antragstellerin gewünscht war. Die Antragstellerin sagte in der Sitzung aus, dass eine Lösung mit weniger Stunden für sie tragbar gewesen wäre. Diese Lösung würde auch durch die seitens der Antragsgegnerin vorgelegten Aufzeichnungen zu den von der Antragstellerin im Jahr 2017 durchgeführten Reparaturen gestützt werden. Demnach hatte die Antragstellerin an 101 von gesamt 190 Tagen – also mehr als die Hälfte der gesamten Arbeitszeit – keinerlei Reparaturen durchzuführen. Der Sachverhalt ist außerdem vor dem Hintergrund zu beurteilen, dass die Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme betonte, immer bemüht gewesen zu sein, die Kündigung der Antragstellerin hinauszuschieben, um ihr einen raschen Übergang in die Pension und damit eine möglichst kurze Arbeitslosigkeit zu ermöglichen. Aus Sicht des Senates spiegelt sich dieses Bemühen nicht in den seitens der Antragsgegnerin gesetzten Handlungen wider. Der Senat weist daraufhin, dass das Vorliegen anderer, mitausschlaggebender Motive einen Arbeitgeber/eine Arbeitgeberin vom Vorwurf einer diskriminierenden Behandlung nicht entlasten kann, da den Realitäten der Arbeitswelt folgend davon auszugehen ist, dass unter Umständen auch mehrere Motive („Motivbündel“) – darunter auch sachliche – eine Rolle spielen können. 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 das baldige Erreichen des gesetzlichen Pensionsantrittsalters der Antragstellerin und damit einhergehende Mehrkosten nicht zumindest mitausschlaggebend für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses war.

**Ergebnis:** Diskriminierung

**Vorschlag:** Leistung eines angemessenen Schadenersatzes

**Ergebnis bezüglich Umsetzung des Vorschlages:** keine Rückmeldung

#### **4. GBK I/855/18**

**Eingebracht:** AK

**Antragsgegner/in:** Thermenhotel

**Wegen:** Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der Festsetzung des Entgelts

**Verfahrensdauer:** 19 Monate

**Vorbringen/Erwiderung der Antragsgegner/in:** Der Antragsteller (gemeinsamer Betriebsrat der Arbeiter/Arbeiterinnen und Angestellten) brachte vor, bei der Antragsgegnerin bestehe seit Jahrzehnten ein innerbetriebliches Gehalts-/Lohnschema, welches aus jeweils vier Stufen im Angestelltenbereich und im Bereich der Arbeiter/Arbeiterinnen bestehe. Eine mittelbare Diskriminierung sei gegeben, weil überwiegend Arbeitnehmerinnen, die von der Tätigkeit her eher als Arbeiterinnen einzustufen wären, aber dennoch im Angestelltenbereich eingestuft werden, wesentlich ungünstiger entlohnt werden würden als überwiegend männliche Facharbeiter mit einer vergleichbaren Ausbildung.

Die Antragsgegnerin bestritt die Vorwürfe in der schriftlichen Stellungnahme.

**Auszug aus dem Prüfungsergebnis:** Die Entlohnung der Mitarbeiter/Mitarbeiterinnen der Antragsgegnerin basiert auf einem innerbetrieblichen Gehalts-/Lohnschema, welches aus jeweils vier Stufen im Angestelltenbereich und im Bereich der Arbeiter/Arbeiterinnen besteht. Im Angestelltenbereich sind in Stufe 1 Physiotherapeuten/Physiotherapeutinnen, in Stufe 2 medizinisch-technische Fachkräfte, Verwaltung und Rechnungswesen I, in Stufe 3 Verwaltung und Rechnungswesen II und in Stufe 4 Heilbademeister/Heilbademeisterinnen und Heilmassere/Heilmasseurinnen sowie Kassierer/Kassiererinnen. Im Bereich der Arbeiter/Arbeiterinnen seien in Stufe 1 Facharbeiter/Facharbeiterinnen, in Stufe 2 Bademeister/Bademeisterinnen, in Stufe 3 Hausmeister/Hausmeisterinnen und in Stufe 4 der Badedienst und Hilfskräfte. In Stufe 4 des Angestelltenbereiches sind fast ausschließlich Frauen tätig, unter anderem auch Heilmassere/Heilmasseurinnen und Kassierer/Kassiererinnen mit einer einschlägigen Fachausbildung und in Stufe 1 des Bereichs der Arbeiter/Arbeiterinnen sind fast ausschließlich Männer mit einer einschlägigen Fachausbildung tätig. Zwischen beiden Gruppen besteht ein Entgeltunterschied von zumindest 250,- Euro pro Monat. Bei der Beurteilung, ob eine vergleichbare Situation der Arbeitnehmerinnen und der männlichen Vergleichspersonen vorliegt, sind subjektive Elemente außer Acht zu lassen, maßgeblich ist ausschließlich die objektiv festzustellende gleiche bzw. vergleichbare Arbeit. Der Antragsteller konnte nach Ansicht des Senates durch seine Ausführungen glaubhaft den Anschein einer mittelbaren Diskriminierung darlegen. So ließ seine Schilderung – die Tätigkeit der in „ANG4“ eingestuften Kassierer/Kassiererinnen und Masseur/Masseurinnen sei als gleichwertig zu der Tätigkeit der in „ARB1“ eingestuften Facharbeiter/Facharbeiterinnen anzusehen, da diese ebenso über eine einschlägige Fachausbildung und eine hohe Eigenverantwortung verfügen würden, wobei in Stufe 4 des Angestelltenbereiches fast ausschließlich Frauen tätig seien, in Stufe 1 des Bereichs der Arbeiter/Arbeiterinnen hingegen fast ausschließlich Männer – darauf schließen, dass die Angestellten der Stufe 4 im Vergleich zu den Arbeitern der Stufe 1 auf Grund ihres Geschlechts bei der Gehaltseinstufung von der Antragsgegnerin benachteiligt wurden. Daher verlagerte sich die Beweislast auf die Antragsgegnerin. Bei einer Maßnahme, die prozentuell erheblich mehr Frauen als Männer benachteiligt oder umgekehrt, besteht nach der Rechtsprechung des

EuGH eine Vermutung dafür, dass diese Maßnahme eine mittelbare Diskriminierung darstellt. Aus der seitens des Antragstellers vorgelegten nach Geschlecht ausgewiesenen Statistik zu den Mitarbeitern/Mitarbeiterinnen geht hervor, dass in der Lohngruppe „ARB1“ derzeit neun Männer und eine Frau und in der Stufe „ANG4“ zwei Männer und 44 Frauen beschäftigt sind. Da die Lohngruppe mit einem wesentlich höheren Anteil an Frauen schlechter bezahlt wird als die Lohngruppe mit einem wesentlich höheren Anteil an Männern, sind die Voraussetzungen einer mittelbaren Diskriminierung gegeben. Nur der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin verfügt über die nötigen Informationen, um dem Grundsatz des gleichen Entgelts für gleiche oder gleichwertige Arbeit zu entsprechen. Das Gebot der Entgeltgleichheit gilt danach jedenfalls in Bezug auf Arbeitnehmer/Arbeitnehmerinnen, die in demselben Betrieb des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin beschäftigt sind, was bei der Antragsgegnerin der Fall ist. Bei der Festsetzung des innerbetrieblichen Gehaltsschemas lediglich die Kollektivverträge der jeweiligen Berufsgruppen sowie die Bedingungen am Arbeitsmarkt heranzuziehen, ohne dabei die Tätigkeiten miteinander zu vergleichen, entspricht daher nicht dem Grundsatz des gleichen Entgelts. 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 und nicht das Geschlecht für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend waren.

**Ergebnis:** mittelbare Diskriminierung

**Vorschlag:** Diskriminierungsfreie Gestaltung des innerbetrieblichen Lohn-/Gehaltschemas

**Ergebnis bezüglich Umsetzung des Vorschlages:** Korrespondenz mit den Vertretern der AK zur diskriminierungsfreien Gestaltung des innerbetrieblichen Lohn-/Gehaltschemas, die geforderte undifferenzierte Angleichung der Lohngruppen ANG 4 und ARB 1 würde zu Ungleichbehandlungen im Unternehmen führen

## **5. GBK I/858/18**

**Eingebracht:** Antragstellerin

**Antragsgegner/in:** Personalvermittlungsfirma, Automobilzulieferer

**Wegen:** Diskriminierung auf Grund des Geschlechts durch schuldhaftes Unterlassen des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin im Falle einer sexuellen Belästigung durch Dritte angemessene Abhilfe zu schaffen, beim beruflichen Aufstieg sowie bei den sonstigen Arbeitsbedingungen

**Verfahrensdauer:** 26 Monate

**Vorbringen/Erwiderung der Antragsgegner/in:** Die Antragstellerin brachte vor, sie sei bei der Erstantragsgegnerin als Produktionshelferin beschäftigt. Sie sei beim Beschäftigterbetrieb, der Zweitantragsgegnerin, von einem Kollegen sexuell belästigt worden. Ihr Dienstgeber und auch der Beschäftigterbetrieb seien von ihr darüber informiert worden, diese haben dann zwar Maßnahmen getroffen um diese Missstände zu bereinigen, ihrer Meinung nach seien die Maßnahmen aber nicht ausreichend gewesen. Der Belästiger, X, sei zwar schriftlich verwarnt worden, sie sei aber versetzt worden und habe in eine andere Schicht wechseln müssen, wo immer noch X die Einteilung der Arbeit mache und sie benachteilige.

Die Erstantragsgegnerin und die Zweitantragsgegnerin bestritten die Vorwürfe in ihren jeweiligen schriftlichen Stellungnahmen.

**Auszug aus dem Prüfungsergebnis:** Die Antragstellerin wurde von der Erstantragsgegnerin an die Zweitantragsgegnerin überlassen und war dort von 19. Oktober 2015 bis 25. Oktober 2018 – zuletzt in der Abteilung 1 – tätig. Die Kündigung durch die Erstantragsgegnerin erfolgte wegen der hohen krankheitsbedingten Fehlzeiten der Antragstellerin (im Jahr 2016 30 Kranktage, im Jahr 2017 25 Kranktage, im Jahr 2018 69 Krankentage). Mit Verweis auf das Gesprächsprotokoll vom 9. August 2018 hält der Senat eingangs fest, dass X unbestrittenermaßen gegenüber der Antragstellerin Äußerungen getätigt hat, die der sexuellen Sphäre zugerechnet werden können. Sowohl aus dem schriftlichen als auch dem mündlichen Vorbringen der Antragstellerin geht hervor, dass das Verhalten von X für sie unerwünscht war. Zudem war sein Verhalten geeignet, die Würde der Antragstellerin zu beeinträchtigen und eine einschüchternde, feindselige und demütigende Arbeitsumwelt zu schaffen. Damit liegt eine Abhilfe gebietende Situation vor. Die Antragstellerin konnte nach Ansicht des Senates durch ihre Ausführungen glaubhaft den Anschein einer Diskriminierung darlegen, daher verlagerte sich die Beweislast auf die Erstantragsgegnerin. Die Erstantragsgegnerin legte ausführlich dar, welche Schritte sie in weiterer Folge setzte, um im Rahmen ihrer Einflussmöglichkeiten als Überlasserbetrieb eine geeignete Lösung zu finden. Den glaubwürdigen Ausführungen von V und den schriftlichen Aufzeichnungen war zu entnehmen, dass er prompt Kontakt mit dem Personalleiter der Zweitantragsgegnerin aufnahm, um diesen ebenfalls zu informieren und mögliche Maßnahmen zu besprechen. V machte der Antragstellerin in weiterer Folge wiederholt das Angebot eines Abteilungs- oder Unternehmenswechsels, wobei er in der mündlichen Befragung glaubhaft bekräftigte, dass der Wechsel zu einem anderen Beschäftigterbetrieb keine Schlechterstellung gewesen wäre. Aus Sicht des Senates hat die Erstantragsgegnerin damit die ihr als Überlasserbetrieb zur Verfügung stehenden Mittel ergriffen. Da es sich bei X um einen Mitarbeiter des Beschäftigterbetriebes handelt, ist die Handhabe der Erstantragsgegnerin eingeschränkt. Arbeitsrechtliche Maßnahmen betreffend X waren der Zweitantragsgegnerin vorbehalten. Abschließend hält der Senat zur Kündigung fest, dass V glaubhaft darlegen konnte, dass die Antragstellerin während ihres gesamten Beschäftigungsverhältnisses viele Krankenstandstage

aufwies und nicht erst auf Grund der Belastung der mit der sexuellen Belästigung einhergehenden Situation. Die Antragstellerin konnte den Vorwurf der mangelnden Abhilfe durch die Zweitantragsgegnerin in ihrem schriftlichen Vorbringen sowie ihrer mündlichen Befragungen glaubhaft darlegen. Damit verlagerte sich die Beweislast auf die Zweitantragsgegnerin. Eine genaue Aufarbeitung des Vorfalles fand nicht statt. Aus den Schilderungen der Zweitantragsgegnerin über die weitere Vorgehensweise geht deren Bemühen, die vorgebrachten Vorwürfe zeitnahe zu klären und Lösungen zu finden, hervor. Nach Ansicht des Senates waren jedoch die gewählten Mittel nicht geeignet die Antragstellerin ausreichend zu schützen. So wurde X in einer schriftlichen Verwarnung am 9. August 2018 zwar die mehrmalige verbale sexuelle Belästigung der Antragstellerin zu Lasten gelegt und darauf hingewiesen, dass bei nochmaligem Vorfall arbeitsrechtliche Schritte eingeleitet werden, doch es wurde nicht der Belästiger versetzt, sondern die betroffene Person. Hierbei handelte es sich um eine Opfer-Täter-Umkehr. Zudem wurde durch die Versetzung der Antragstellerin weiterhin nicht gewährleistet, dass X Einfluss auf die Arbeit und das Arbeitsumfeld der Antragstellerin hatte, zumal er als Prozesstechniker auch für die Einteilung der Schicht der Antragstellerin zuständig war und die Antragstellerin glaubhaft schilderte, von ihm beispielsweise vermehrt zu manuellen Tätigkeiten eingeteilt worden zu sein. Die Befragungen der Auskunftspersonen T, U und O zeigten, dass im Unternehmen im Falle von Meldungen von (sexueller) Belästigung keine klaren Vorgehensweisen definiert waren, wie in einer solchen Situation zu handeln ist. Dies hatte im vorliegenden Fall zur Folge, dass die Antragstellerin sich mit Kommentaren ihrer Kollegen/Kolleginnen konfrontiert sah, wie sie sich kleiden oder verhalten hätte sollen, um sexuelle Belästigungen hintanzuhalten. Es mangelte an der notwendigen Aufklärung und Bewusstseinsbildung im Team durch die Führungsebene. Die Wirksamkeit der Abhilfe war daher keinesfalls gegeben. In diesem Zusammenhang ist es dem Senat abschließend wichtig zu betonen, dass die Akzeptanz von Maßnahmen in der Belegschaft umso stärker ist, wenn diese erkennbar von der Geschäftsleitung mitgetragen werden, verständlich formuliert sind und allen Mitarbeitern/Mitarbeiterinnen leicht zugänglich gemacht werden. Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es der Zweitantragsgegnerin nicht gelungen ist zu beweisen, dass sie alle notwendigen Maßnahmen ergriffen hat, um angemessene Abhilfe zu leisten. Die Antragstellerin brachte auch vor, sie sei in ihrer Schicht auch der Ersatz für die Funktion 2 gewesen. Da diese Mitarbeiterin demnächst in Pension gegangen wäre, sei die Antragstellerin vom Schichtleiter W gefragt worden, ob sie diese Stelle übernehmen wolle. Die Stelle als Funktion 2 sei besser bewertet gewesen und hätte eine Übernahme in den Personalstand der Zweitantragsgegnerin bedeutet. Da die Antragstellerin als Abhilfemaßnahme gegen die sexuelle Belästigung durch X in eine andere Schicht versetzt worden sei, habe sie diese Möglichkeit nicht mehr gehabt. Die Auskunftspersonen W, O und T entkräfteten glaubhaft das Vorbringen der Antragstellerin. Es gab im Verfahren keinen Hinweis darauf, dass der Antragstellerin mündlich oder schriftlich die Stelle als Funktion 2 und

damit einhergehend eine Übernahme in den Personalstand der Zweitantragsgegnerin zugesagt wurde.

**Ergebnis:** Diskriminierung auf Grund des Geschlechts durch mangelnde Abhilfe durch die Zweitantragsgegnerin; keine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts durch mangelnde Abhilfe durch die Erstantragsgegnerin; keine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts beim beruflichen Aufstieg durch die Zweitantragsgegnerin; der Antrag betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung bei den sonstigen Arbeitsbedingungen durch die Zweitantragsgegnerin wurde bei den Abhilfemaßnahmen mitbehandelt

**Vorschlag:** Leistung eines angemessenen Schadenersatzes; Einrichtung einer Ansprechperson für Fragen zu Gleichbehandlung und Antidiskriminierung (außerhalb des Betriebsrates); praxistaugliche Formulierung des Code of Conduct

**Ergebnis bezüglich Umsetzung des Vorschlages:** Angebot der Zweitantragsgegnerin einer Zahlung von 4.000,- Euro an die Antragstellerin, wurde von Antragstellerin nicht angenommen und kein Gegenangebot gemacht; Einrichtung einer Ansprechperson für Fragen zu Gleichbehandlung und Antidiskriminierung (Mitarbeiterin im Bereich Human Resources); praxistaugliche Formulierung des Code of Conduct zu Gleichbehandlung und Antidiskriminierung, darüber hinaus Implementierung von „Awareness-Schulungen“ samt Leitfaden für den korrekten Umgang im Fall von Mobbing und sexuellen Belästigungen sowohl für Führungskräfte als auch für Mitarbeiter/Mitarbeiterinnen

## **6. GBK I/860/18**

**Eingebracht:** GAW

**Antragsgegner/in:** Arbeitskollege

**Wegen:** Diskriminierung auf Grund des Geschlechts durch sexuelle Belästigung

**Verfahrensdauer:** 27 Monate

**Vorbringen/Erwiderung der Antragsgegner/in:** Die Antragstellerin brachte vor, dass mit dem Leiter des Betriebes, bei dem sie seit April 2011 beschäftigt gewesen sei, immer wieder zu unangenehmen Vorfällen gekommen sei. Er habe ihr unter anderem auf den Po gegriffen, habe versucht sie zu küssen, habe ihr ungewollte Geschenke sowie anzügliche Komplimente gemacht. Die Antragstellerin habe versucht, Abstand von ihm zu gewinnen, und habe ihn mehrmals darauf hingewiesen, dass sein Verhalten zu ändern.

Der Antragsgegner bestritt die Vorwürfe in der schriftlichen Stellungnahme.

**Auszug aus dem Prüfungsergebnis:** Der Antragstellerin gelang es, im vorliegenden Fall den glaubhaften Anschein einer sexuellen Belästigung darzulegen. Denn ihre Schilderung – der Antragsgegner habe insbesondere anzügliche Bemerkungen und unerwünschte Komplimente sowie körperliche Annäherungsversuche gemacht – ließ darauf schließen, dass sie vom Antragsgegner im Zusammenhang mit ihrem Arbeitsverhältnis sexuell belästigt wurde. Dass das Verhalten des Antragsgegners für die Antragstellerin unerwünscht war und sie sich auf Grund des Umstandes, dass der Antragsgegner immer wieder Verhaltensweisen setzte, die sie als unangebracht empfand, nicht mehr wohl in der Arbeit fühlte, konnte diese bei ihrer mündlichen Befragung durch den Senat glaubwürdig und nachvollziehbar darlegen. Bei dieser Befragung kam auch die persönliche Betroffenheit der Antragstellerin zum Ausdruck. Daher verlagerte sich die Beweislast auf den Antragsgegner. Es ist für den Senat evident, dass neben dem Vorwurf der sexuellen Belästigung noch weitere Konflikte innerhalb des Team bestanden haben, die ebenfalls Eingang in die Gespräche mit der Geschäftsführung gefunden und auch teilweise von den befragten Auskunftspersonen in der mündlichen Befragung thematisiert wurden. Diese sind jedoch nicht Gegenstand des Verfahrens. Aufgabe des Senates ist einzig die Überprüfung jenes Sachverhaltes, dem eine mögliche Diskriminierung nach dem GIBG inhärent ist. Der Antragsgegner vermochte den Senat nicht von seiner Glaubwürdigkeit zu überzeugen. Zum Teil bestätigte er die Vorwürfe sogar bzw. bestritt diese jedenfalls nicht, sofern er sich auf Grund seiner Alkoholisierung nicht an sein Verhalten im Rahmen der Weihnachtsfeier im Jahr 2016 und der Klausur im Mai 2017 erinnern konnte. Der Antragsgegner bezog sich in seiner Argumentation mehrmals darauf, dass es sich um ein freundschaftliches Verhältnis zwischen ihm und der Antragstellerin gehandelt habe und erklärte damit insbesondere gewisse Verhaltensweisen, wie den privaten persönlichen und schriftlichen Kontakt oder die Geschenke an die Antragstellerin. Abschließend wird festgehalten, dass der Senat auf Grund der Schilderungen über den Antragsgegner nicht davon ausgeht, dass dieser die Verhaltensweisen gegenüber der Antragstellerin in der Absicht gesetzt hat, ihre Grenzen im Sinne einer vorsätzlichen Belästigungshandlung zu überschreiten. Es wird jedoch nochmals betont, dass es unerheblich ist, ob der Antragsgegner die Absicht hatte, die Antragstellerin zu belästigen oder es womöglich eine bloße Interessensbekundung war. Das subjektive Empfinden, ob für eine Person das Verhalten eines anderen bereits belästigend ist oder nicht, ist von Mensch zu Mensch unterschiedlich. Dieser Umstand ist zu respektieren und in der Überprüfung mitzudenken, zumal die Antragstellerin das Verhalten des Antragsgegners offenkundig nicht als bloß freundschaftlich, sondern als unangenehm und bedrängend empfunden hat. Dass sie dies vielleicht nicht immer nachdrücklich kundgetan hat, erklärt sich daraus, dass der Antragsgegner ihr Vorgesetzter war und damit Einfluss auf ihre berufliche Zukunft bei Firma 1 hatte. Zusammengefasst geht der Senat somit davon aus, dass der Antragsgegner durch die von ihm

getätigten Äußerungen und Handlungen, objektiv ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten gesetzt hat, das auf Grund der Intensität geeignet war, die Würde der Antragstellerin zu beeinträchtigen, für die Antragstellerin persönlich unerwünscht war und zudem objektiv geeignet war, eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt zu schaffen.

**Ergebnis:** Diskriminierung

**Vorschlag:** Leistung eines angemessenen Schadenersatzes

**Ergebnis bezüglich Umsetzung des Vorschlages:** Schadenersatz geleistet

## **7. GBK I/907/19-M**

**Eingebracht:** GAW

**Antragsgegner/in:** Kindergarten

**Wegen:** Diskriminierung auf Grund des Geschlechts und des Alters bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses

**Verfahrensdauer:** 16 Monate

**Vorbringen/Erwiderung der Antragsgegner/in:** Der Antragsteller brachte vor, er habe sich am 27. Februar 2019 für die geschlechtsneutral ausgeschriebene Stelle als Kindergartenhelfer beworben. Die im Stelleninserat angeführten Anforderungen habe der Antragsteller alle erfüllt. B (Mandatsnehmerin der Antragsgegnerin) habe nach Nachfrage telefonisch auf sein Alter Bezug genommen und gemeint, nicht zu wissen, wie lange er bleiben würde, da er nur noch fünf Jahre bis zur Pension habe. Dem Antragsteller sei mitgeteilt worden, dass Bewerbungen vorlägen, die noch präziser den Anforderungen entsprechen würden, weshalb die Stelle an eine Mitbewerberin vergeben worden sei.

Die Antragsgegnerin bestritt die Vorwürfe in der schriftlichen Stellungnahme.

**Auszug aus dem Prüfungsergebnis:** Im Februar 2019 schrieb die Antragsgegnerin eine ab September 2019 zu besetzende offene Stelle als Kindergartenhelfer/Kindergartenhelferin aus. Die Stelle war für zehn Stunden pro Woche an zwei Tagen, Donnerstag und Freitag ausgeschrieben. Das Anforderungsprofil sah folgende Punkte vor: abgeschlossene Ausbildung zum Kin-

dergardenhelfer/zur Kindergartenhelferin, Berufserfahrung wünschenswert, verantwortungsvoller Umgang mit den Kindern, konstruktive Zusammenarbeit im Team, Bereitschaft zur Teilnahme an Fortbildungen. Das Bewerbungsverfahren bei der Antragsgegnerin ist ein mehrstufiges Verfahren. Auf Grund dieses Prozesses erhielt die 35-jährige C die Stelle als Kindergartenhelferin. Sie erfüllte die Voraussetzungen der Stellenausschreibung und konnte zusätzlich eine Helfer-/Helferinnenausbildung im Krabbelstufenbereich, eine Ausbildung als Spielgruppenleiterin sowie eine sonderpädagogische Zusatzausbildung vorweisen. Es befinden sich keine Männer in einem Beschäftigungsverhältnis bei der Antragsgegnerin, jedoch befindet sich seit 2016 zwischen September und Mai jeweils ein Zivildienstler im Kindergarten Y. Der Antragsteller konnte nach Ansicht des Senates durch seine Ausführungen glaubhaft den Anschein einer Diskriminierung darlegen. Daher verlagerte sich die Beweislast auf die Antragsgegnerin. Es wird in der Stellungnahme der Antragsgegnerin selbst erwähnt, dass „gewisse Kriterien“ für die Auswahl des Dreier-Vorschlages, der an den Kindergarten-Beirat weitergeleitet wird, beurteilt wurden. Diese Kriterien waren weder für den Senat nachvollziehbar, noch aus der Stellenausschreibung für etwaige Bewerber/Bewerberinnen ersichtlich. Empfehlenswert wäre es somit, in Stellenausschreibungen auch optionale oder wünschenswerte Zusatzqualifikationen anzuführen, welche potenzielle Bewerber/Bewerberinnen von ihren Mitbewerbern/Mitbewerberinnen abheben würden, da hiermit im Vorhinein feststehende Maßstäbe für die Beurteilung der Bewerbungen herangezogen werden und somit kein Anschein einer Diskriminierung entstehen kann. Des Weiteren wird vom Senat kritisch betrachtet, dass zwei Personen (die Kindergartenleitung und B) anhand vorab unbekannter und nicht objektiver Maßstäbe entscheiden, ob Bewerber/Bewerberinnen zu einem Bewerbungsgespräch eingeladen werden, sich in einem persönlichen Gespräch beweisen und in die nächste Bewerbungsrunde weiterrücken dürfen. Weiters war in der Stellenausschreibung nicht ersichtlich, dass zeitliche Flexibilität gefordert war, da die Ausschreibung spezifisch Dienste am Donnerstag und Freitag ansprach. Die Ausführungen in der Stellungnahme der Antragsgegnerin, dass viel mehr Frauen die geforderten Ausbildungen abschließen, ließen für den Senat ein Ungleichgewicht in der Besetzung zwischen Frauen und Männern rechtfertigen, jedoch nicht die ausschließliche Besetzung mit Frauen. Auch der Umstand, dass sich im Kindergarten ein Zivildienstler befindet, konnte diesen Anschein nicht entkräften, da zu diesem kein Beschäftigungsverhältnis besteht. B konnte für den Senat jedoch glaubhaft darlegen, dass C (...) Zusatzausbildungen aufwies und dass diese Zusatzqualifikationen ausschlaggebend für den Erhalt der Stelle waren. Der Senat geht daher nicht davon aus, dass der Antragsteller die Stelle bei diskriminierungsfreier Auswahl erhalten hätte. Der Senat geht jedoch davon aus, dass die Bewerbung des Antragstellers auf Grund seines Alters und seines Geschlechts nicht ausreichend berücksichtigt worden ist, da die intransparenten Auswahlkriterien, der Umgang mit dem Antragsteller und die Aussage über dessen Alter sowie der Umstand, dass sich kein Mann in einem Beschäftigungsverhältnis bei der Antragsgegnerin befindet, den Anschein einer Diskriminierung erwecken, der von der Antragsgegnerin nicht entkräftet werden konnte. Es ist der

Antragsgegnerin nicht gelungen, zu beweisen, dass für die Nichtberücksichtigung der Bewerbung des Antragstellers ausschließlich sachliche Gründe, die nicht geeignet waren, den Antragsteller zu diskriminieren, ausschlaggebend waren, weshalb eine Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses vom Senat als gegeben angesehen wird.

**Ergebnis:** Diskriminierung

**Vorschlag:** Leistung eines angemessenen Schadenersatzes (gesetzliches Höchstmaß EUR 500,-); Erarbeitung einer Richtlinie zu Diversität im Unternehmen

**Ergebnis bezüglich Umsetzung des Vorschlages:** Vergleich geschlossen; die Antragsgegnerin legte von zwei Organisationen, in die sie eingebunden ist, ein Diversitätshandbuch und das Leitbild Gleichstellung vor; die Antragsgegnerin teilte außerdem im Wesentlichen mit, dass das Prüfungsergebnis im Team und mit der Gemeinde besprochen und diskutiert wurde, in Zukunft werden bei Ausschreibungen keine Zusatzqualifikationen als Bewerbungsvoraussetzung angeführt, die Antragsgegnerin stellt einen zweiten Zivildienstler ein, um bei künftigen Stellenausschreibungen den Anschein einer Diskriminierung zu vermeiden, wird sie auch alle männlichen und diversen Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einladen, außerdem wird zukünftig bei Stellen, die von vornherein als Teilzeitstelle ausgeschrieben werden, die zeitliche Flexibilität als Anforderung angeführt werden

## **8. GBK I/909/19**

**Eingebracht:** Antragsteller

**Antragsgegner/in:** Gastronomiebetrieb

**Wegen:** Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses

**Verfahrensdauer:** 8 Monate

**Vorbringen/Erwiderung der Antragsgegner/in:** Der Antragsteller brachte vor, dass er sich auf eine Stellenanzeige der Antragsgegnerin, die auf Facebook veröffentlicht worden sei, als Kellner beworben habe. In dieser Stellenanzeige sei nur nach einer Kellnerin gesucht worden. Bei Nachfrage, ob tatsächlich nur eine Frau gesucht werde, habe die Antragsgegnerin dies bestätigt.

Die Antragsgegnerin bestritt die Vorwürfe in der schriftlichen Stellungnahme.

**Auszug aus dem Prüfungsergebnis:** Da der gegenständliche Sachverhalt außer Streit steht, beschränkte sich die Prüfung durch den Senat auf die Klärung der Frage, ob der Antragsteller durch die Ablehnung seiner Bewerbung auf Grund seines Geschlechts diskriminiert worden ist. Die beanstandete Position als KellnerIn war nicht geschlechtsneutral ausgeschrieben (vgl. § 9 Abs 1 GIBG). Die in § 9 Abs 1 GIBG enthaltene Ausnahmebestimmung, dass geschlechtsspezifisch ausgeschrieben werden darf, wenn ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die Ausübung der vorgesehenen Tätigkeit ist, kommt hier nicht zum Tragen. Es lagen keine Voraussetzungen vor, die ein Tätigwerden des Antragstellers als Kellner in einem Café praktisch oder rechtlich ausschließen. Weiters lag kein gesetzliches Beschäftigungsverbot im Einzelfall vor. Zwar liegt keine Ausnahme vor, die eine geschlechtsspezifische Stellenausschreibung rechtfertigen würde, die Antragsgegnerin konnte in ihre Stellungnahme jedoch schlüssig darlegen, warum sie davon ausging, dass der Antragsteller keine ernsthaften Bewerbungsabsichten hatte. Bei sogenannten „Scheinbewerbungen“ greift der Schutz vor Diskriminierungen bei der Einstellung nicht ein. Das sind Bewerbungen, denen keine „ernsthafte Bewerbungsabsicht“ zu Grunde liegt. Auch der EuGH hat sich bereits mit dieser Frage beschäftigt. Laut den europarechtlichen Bestimmungen darf man beim „Zugang zu Beschäftigung oder Erwerbstätigkeit“ nicht diskriminiert werden (u.a. auf Grund des Geschlechts). Im Urteil vom 28. Juli 2016, Rs C-423/15, stellte der EuGH fest, dass Situationen, in der eine Person mit ihrer Stellenbewerbung nicht die betreffende Stelle erhalten, sondern nur den formalen Status als BewerberIn erlangen möchte, und zwar mit dem alleinigen Ziel, eine Entschädigung geltend zu machen, nicht unter den Begriff „Zugang zu Beschäftigung“ fällt. Ein solches Verhalten könne laut EuGH-Urteil auch einen Rechtsmissbrauch darstellen. Zivilrechtlich entsprechen derartige Bewerbungen nicht den gesetzlichen Anforderungen an die Ernstlichkeit einer rechtsgeschäftlichen Erklärung (vgl. § 869 ABGB). Da aus der Anfrage des Antragstellers an die Antragsgegnerin – „guten Tag suchen sie eine Kellnerin oder auch einen Kellner? Danke mfg A.“ – vor allem vor dem Hintergrund, dass er eine Ausbildung an einer HBLA für Forstwirtschaft absolviert hat und in diesem Bereich auch als Unternehmer tätig ist, für den Senat kein ernsthaftes Interesse erkennbar war, wird von einer sogenannten „Scheinbewerbung“ ausgegangen.

**Ergebnis:** keine Diskriminierung

## **9. GBK I/914/19**

**Eingebracht:** GAW

**Antragsgegner/in:** IT-Unternehmen

**Wegen:** Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei den sonstigen Arbeitsbedingungen, bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und durch eine (sexuelle) Belästigung

**Verfahrensdauer:** 25 Monate

**Vorbringen/Erwiderung der Antragsgegner/in:** Die Antragstellerin brachte vor, sie sei bei der Antragsgegnerin als Programmiererin beschäftigt gewesen. Während ihrer Anstellung habe der Geschäftsführer der Antragsgegnerin nach intimen Details ihrer geschlechtsangleichenden Operation gefragt und abwertende Bemerkungen zu ihrer Geschlechtsidentität und -darstellung gemacht. Der Geschäftsführer habe sich über ihre Krankenstände beschwert, worauf in Folge ihre Arbeitsstunden reduziert worden seien und schließlich das Arbeitsverhältnis durch Arbeitgeberkündigung während eines Krankenstandes beendet worden sei.

Die Antragsgegnerin bestritt die Vorwürfe in der schriftlichen Stellungnahme.

**Auszug aus dem Prüfungsergebnis:** Zum Verbot der Diskriminierung auf Grund des Geschlechts ist anzumerken, dass dieses wegen der weiten Auslegung auch Benachteiligungen von Transgenderpersonen erfasst. Der Antragstellerin gelang es, im vorliegenden Fall den glaubhaften Anschein einer sexuellen Belästigung darzulegen. Ihre Schilderung, der Geschäftsführer der Antragsgegnerin habe sie zu ihrer Geschlechtsumwandlung gefragt, ließ darauf schließen, dass sie von der Antragsgegnerin im Zusammenhang mit ihrem Arbeitsverhältnis sexuell belästigt wurde. Der Geschäftsführer der Antragsgegnerin bestritt die Vorwürfe pauschal und konnte die glaubwürdigen Aussagen der Antragstellerin nicht entkräften. Er brachte vor, Interesse am Wohlbefinden der Antragstellerin gehabt zu haben und aus reinem Interesse über die bevorstehenden Operationen nachgefragt zu haben. Subjektive Elemente der Antragsgegnerin als Belästigerin bleiben jedoch außer Betracht, es ist demnach unerheblich ob der Geschäftsführer die Absicht hatte die Antragstellerin zu belästigen. Der Geschäftsführer setzte ein geschlechtsbezogenes Verhalten, indem er die Antragstellerin mit Kosenamen wie „Schatzi“, „Kindi“, „Putzi“ bezeichnete, ihr einen Kussmund zuwarf und über eine Transgender Person als „Transe“ sprach. Während die Antragstellerin einen glaubhaften Eindruck hinterließ, konnte der Geschäftsführer der Antragsgegnerin die Vorwürfe nicht damit entkräften, dass er die Antragstellerin mit seinem Umgangston weder beleidigen noch diskriminieren wollte, da, wie bereits erläutert, es nicht auf das Verschulden des Belästigers/der Belästigerin ankommt. Beim Begriff der „sonstigen Arbeitsbedingungen“ handelt es sich um einen Auffangtatbestand, der weit auszulegen ist. Er umfasst neben den rechtlichen auch die faktischen Rahmenbedingungen für die Leistungserbringung der Arbeitnehmer/Arbeitnehmerinnen im laufenden Arbeitsverhältnis. Es werden darunter u.a. die Dienst- und Urlaubseinteilung und die Wertschätzung im Betrieb verstanden. Das Ausmaß der Arbeitsstunden der Antragstellerin

änderte sich während ihrer Beschäftigung bei der Antragsgegnerin mehrmals. Die Antragstellerin konnte in ihrer persönlichen Stellungnahme glaubhaft darstellen, dass diese Stundenreduktionen sowie die Kündigung in Zusammenhang mit ihren Krankenständen standen. Die Antragsgegnerin brachte dem jedoch glaubhaft entgegen, dass die Stundenreduzierungen einvernehmlich getroffen wurden und die Kernarbeitszeit von 9:00 Uhr auf 9:30 Uhr verschoben wurde, um der Antragstellerin entgegenzukommen, da sie bereits wegen Zuspätkommens mehrfach verwarnt wurde. Dem Senat erscheint die Stellungnahme der Antragsgegnerin glaubhaft und schlüssig. Die Antragstellerin legte, wie zu § 3 Z 6 GIBG, glaubhaft dar, dass die Beendigung im Zusammenhang mit den Krankenständen lag, insbesondere deshalb, da sie während eines Krankenstands von der Antragsgegnerin gekündigt wurde. Die Antragsgegnerin hielt dem entgegen, dass die Kündigung auf Grund personenbezogener und betriebsbezogener Gründen unumgänglich war. Die Arbeitsleistung der Antragstellerin wurde zwischen der Antragsgegnerin und der X GmbH ausgeglichen, wobei die Entgeltfortzahlungszeiträume bei der Antragsgegnerin verblieben. Dem Senat erscheint in Zusammenhalt damit, dass die Antragstellerin eine Übernahme in das andere Unternehmen ablehnte, schlüssig, dass das Beschäftigungsverhältnis auf diese Weise nicht weiter fortgeführt werden konnte.

**Ergebnis:** Diskriminierung auf Grund des Geschlechts durch (sexuelle) Belästigung, keine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei den sonstigen Arbeitsbedingungen und bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses

**Vorschlag:** Leistung eines angemessenen Schadenersatzes; Beschäftigung mit dem Gleichbehandlungsgesetz

**Ergebnis bezüglich Umsetzung des Vorschlages:** Vergleich geschlossen; Kontaktaufnahme mit der GAW zwecks Übermittlung von Infomaterial zum Gleichbehandlungsgesetz

## 10. GBK I/916/19

**Eingebracht:** Antragstellerin

**Antragsgegner/in:** Bildungseinrichtung

**Wegen:** Diskriminierung auf Grund des Geschlechts beim beruflichen Aufstieg

**Verfahrensdauer:** 22 Monate

**Vorbringen/Erwiderung der Antragsgegner/in:** Die Antragstellerin brachte vor, dass sie bei der Antragsgegnerin Professorin sei und im Rahmen ihrer Tätigkeit unter anderem mehrere Projekte geleitet habe sowie Vorgesetzte von sieben Personen gewesen sei. Sie habe sich als

Dekanin beworben und wurde nach Prüfung der Voraussetzungen als Kandidatin zur Dekanatswahl zugelassen. Die darauffolgende Wahl des Personalbeirats habe die Antragstellerin gegen den zweiten Kandidaten gewonnen und beide seien zu einem Hearing eingeladen worden. Kurz darauf sei sie von der Geschäftsführung von dem Hearing, in Berufung darauf, dass ihr die qualifizierte Führungspraxis fehle, ausgeladen worden. Der einzig andere männliche Kandidat sei als Dekan bestellt worden, nachdem die Antragsgegnerin die Wahlordnung zu dessen Gunsten abgeändert habe.

Die Antragsgegnerin bestritt die Vorwürfe in der schriftlichen Stellungnahme.

**Auszug aus dem Prüfungsergebnis:** Im vorliegenden Fall bewarb sich die Antragstellerin bei der Antragsgegnerin um die Funktion als Dekanin der Fakultät für .... Bei dieser Funktion handelt es sich um eine Leitungsfunktion, die u.a. mit der Zuteilung einer Sekretariatskraft sowie einer finanziellen Abgeltung in Form einer Prämie verbunden ist, weshalb der gegenständliche Sachverhalt vom Begriff des beruflichen Aufstieges umfasst ist. Die Antragstellerin konnte nach Ansicht des Senates durch ihre Ausführungen glaubhaft den Anschein einer Diskriminierung darlegen. So ließ ihre Schilderung – dass, obwohl sie von der Wahlkommission die passive Wahlberechtigung bescheinigt bekommen und bei der Wahl mehr Stimmen als der männliche Mitbewerber erhalten habe, vom Hearing vor dem pädagogischen Personalbeirat mit der Begründung, die Voraussetzung der qualifizierten Führungspraxis nicht zu erfüllen, ausgeladen worden sei und der zweitgereichte männliche Bewerber die Stelle erhalten habe – darauf schließen, dass die Antragstellerin auf Grund ihres Geschlechts beim beruflichen Aufstieg von der Antragsgegnerin benachteiligt wurde. Daher verlagerte sich die Beweislast auf die Antragsgegnerin. Die Antragsgegnerin verneinte die Eignung der Antragstellerin für die Funktion der Dekanin mangels Vorliegen der geforderten qualifizierten Führungspraxis. Allem voran konnte die Antragstellerin glaubhaft darlegen, dass sie über Führungspraxis verfügt – jedenfalls, so die Meinung der Wahlkommission, die das Vorliegen der passiven Wahlberechtigung zu prüfen hatte, äquivalent einer Fachbereichsleitung. Die Ausführungen der Antragstellerin spiegeln auch den vom Senat im Ermittlungsverfahren gewonnenen Eindruck wider. Für den Senat hinterließ die widersprüchliche Darstellung der Tätigkeit der Antragstellerin den Eindruck, dass Geschäftsführer Y über keinen umfassenden Überblick über die Tätigkeit der Antragstellerin verfügte, und damit keine abschließende Einschätzung treffen konnte, ob die Antragstellerin eine äquivalente Führungserfahrung erbringt. Nach Auffassung des Senates ist zudem keine Durchlässigkeit des Systems bei der Prüfung von äquivalenter Führungserfahrung gegeben. Offensichtlich ging die Ansicht der Wahlkommission und der Geschäftsführung der Antragsgegnerin, wie weit der Begriff qualifizierte Führungspraxis interpretiert werden sollte, auseinander. Die Auskunftsperson X brachte außerdem glaubhaft vor, dass es am Campus ... nie jemanden gegeben habe, der nicht zuvor Studiengangsleiter gewesen sei. Auffällig

ist für den Senat in diesem Zusammenhang, dass die Funktion der Studiengangsleitung überwiegend mit Männern besetzt wird [...]. Es erschließt sich dem Senat nicht, wie Frauen bei der Antragsgegnerin Führungserfahrung sammeln sollen, wenn in der Praxis die Möglichkeiten dazu nicht in ausreichendem Maße geboten wird, zumal die Studiengangsleitung unbefristet ist. Damit wird Frauen nach Ansicht des Senates jedoch eine wichtige Chance, Führungsqualifikation auf- und auszubauen, vorenthalten.

**Ergebnis:** Diskriminierung

**Vorschlag:** Leistung eines angemessenen Schadenersatzes; Schulung der Geschäftsleitung und des Personalbeirates hinsichtlich Diversität, Gleichbehandlung, beruflicher Aufstieg, Durchlässigkeit von Systemen; Kriterium der qualifizierten Führungspraxis hinsichtlich Durchlässigkeit öffnen

**Ergebnis bezüglich Umsetzung des Vorschlages:** Der Antragstellerin wurde ein Angebot durch die Antragsgegnerin übermittelt. Die Antragsgegnerin teilte weiters mit, dass die Geschäftsleitung sowie Personalbeiräte über Punkt 2 informiert werden und, dass nach Ansicht der Antragsgegnerin hinsichtlich des Kriteriums der Führungspraxis keine Änderung notwendig ist.

## 1.2 GBK-Senat II

### 1.2.1 Vorwort der Vorsitzenden von Senat II der GBK

Corona hat unsere Gesellschaft in allen Lebensbereichen vor Herausforderungen gestellt. Besonders betroffen waren die Menschen auch in der Arbeitswelt.

Kurzarbeit, räumliche Distanz, Maskentragen, existenzielle Bedrohungen, Unsicherheit über geltende Regelungen und Angst vor Ansteckung mit einem noch unbekanntem Virus haben das Arbeitsleben geprägt und das soziale Klima im Arbeitsalltag auf eine harte Probe gestellt.

Viele Menschen mussten lernen beruflich digital zu kommunizieren. Stellte dies Anfang 2020 für viele noch eine große Hürde dar, so ist dies heute Teil unseres Alltags geworden. Der Senat II der Gleichbehandlungskommission nutzte diese Herausforderung als Chance und erlebte, dass diese Kommunikationsform viele Vorteile für den Diskriminierungsschutz mit sich brachte, weshalb er Videokonferenzen auch weiterhin gerne und erfolgreich – neben den bestehenden Präsenzsitzungen – für seine Tätigkeit einsetzt.

Kommunikation per Video, welche unabhängig vom physischen Aufenthaltsort der Personen stattfindet, ermöglichte nicht nur risikoarme Gespräche von Menschen ohne weitere Sicherheitsmaßnahmen in Form von Tests oder Masken, sondern ließ auch eine Wahrnehmung der Mimik zu und war dadurch analogen Gesprächen, die unter Verwendung eines Mund-Nasenschutzes stattfanden, deutlich überlegen.

Auch erfuhren die Sitzungen des Senates II durch die Abhaltung von Videokonferenzen keine Beeinträchtigungen in Form von Absagen oder Vertagungen infolge verhängter Verkehrsbeschränkungen. Das neue Kommunikationsmedium trug somit unmittelbar zur verlässlichen und termintreuen Arbeit der Gleichbehandlungskommission bei. Selbstverständlich wurden für jene Personen, die nicht über eigene technischen Möglichkeiten zur Teilnahme an Videokonferenzen verfügten, im Einzelfall gute Lösungen – beispielsweise in Form von Hybridkonferenzen – gefunden. Der Entfall von Anreisen zu Vor-Ort-Gesprächen verminderte nicht nur das Risiko von Coronainfektionen, sondern ersparte den eingeladenen Personen auch Reisezeit und Reisekosten.

Dies mögen auch wesentliche Gründe dafür gewesen sein, warum das Instrument der Vorbereitenden Tagsatzung während der Pandemiezeit sogar weiter ausgebaut werden konnte und die Bereitschaft zur Teilnahme an diesem freiwilligen Instrument gestiegen ist.

Im Rahmen der Vorbereitenden Tagsatzung haben Antragsteller:in und Antragsgegner:in die Möglichkeit, einander auf neutralem Boden zu begegnen und gemeinsam eine einvernehmliche Konfliktlösung zur beiderseitigen Zufriedenheit zu finden.

Zusammenkünfte zwischen Menschen, die sich als Opfer von Diskriminierung erleben, und Menschen, die sich mit dem Vorwurf der ausgeübten Diskriminierung konfrontiert sehen, können naturgemäß emotional und hochskalativ verlaufen.

In einigen Fällen konnte beobachtet werden, dass sich gerade die räumliche Distanz einer Videoschaltung förderlich auf die emotionale Distanzierung, welche für das Zustandekommen einer einvernehmlichen Lösung vonnöten ist, auswirkte.

Sowohl die gestiegene Anzahl der Vorbereitenden Tagsatzungen als auch die darin erzielten Einigungen stellen daher eine erfreuliche quantitative und qualitative Verbesserung des Diskriminierungsschutzes in der Arbeitswelt dar.

Erwähnt werden soll an dieser Stelle auch die Arbeit der Gleichbehandlungsanwaltschaft, die ihrem gesetzlichen Auftrag folgend oftmals unterstützend in der Vermittlung zwischen Antragsteller:in und Antragsgegner:in tätig wurde.

Voraussetzung für all dieses Gelingen war natürlich eine Offenheit und Flexibilität aller Kommissionsmitglieder sich den Herausforderungen zu stellen, welche in sehr hohem Maße vorhanden war. Vor allem dafür, aber auch für die insgesamt sehr gute Zusammenarbeit möchte ich mich bei allen Kommissionsmitgliedern herzlich bedanken.

Ein besonderer Dank gilt der Geschäftsführung des Senates II der Gleichbehandlungskommission. Auf Grund der ausgezeichneten Unterstützung und Organisation, der bewiesenen Neugierde an Neuem und der Weiterentwicklungsbereitschaft gegenüber den Erfordernissen, die diese außergewöhnliche Zeit mit sich gebracht hat, konnten wir die Herausforderungen gemeinsam erfolgreich meistern, alle am Verfahren Beteiligten mit ins Boot holen und die Verfahren auch während der Pandemie zügig und effizient führen.

Um viele Erfahrungen reicher, werden wir diese auch in den nächsten Jahren dazu nützen, am Diskriminierungsschutz in der Arbeitswelt mitzuwirken.

### **1.2.2 Allgemeines**

Gemäß § 1 Abs. 2 Z 2 GBK/GAW-Gesetz ist der Senat II für die Gleichbehandlung ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung in der Arbeitswelt zuständig.

Für die Funktionsperiode 1. Juli 2020 bis 30. Juni 2024 sind Frau Mag.<sup>a</sup> Birgit LANNER mit dem Vorsitz des Senates II und Frau Mag.<sup>a</sup> Claudia LUKOWITSCH mit deren Stellvertretung betraut.

Im Verlauf des Berichtszeitraums 1. Jänner 2020 bis 31. Dezember 2021 wurden insgesamt 30 Prüfungsergebnisse erstellt.

25 der im Verlauf des Berichtszeitraums anhängig gewesenen Anträge wurden in verschiedenen Verfahrensstadien zurückgezogen, die meisten in Folge eines Vergleichs.

In 2 Fällen hat sich der Senat für unzuständig erklärt bzw. den Antrag mangels ausreichender Konkretisierung (mangelndes Rechtsschutzinteresse durch Nichtbefolgung mehrerer Verbesserungsaufträge) nicht behandelt.

Insgesamt 52 Anträge wurden für den Senat II im Berichtszeitraum eingebracht.

Im Berichtszeitraum fanden insgesamt 19 Sitzungen des Senates II statt.

Mit Stand 31. Dezember 2021 sind 25 Fälle offen.

In den verfahrenseinleitenden Schriftsätzen des Senates II werden alle „Verfahrensparteien“ zu Beginn des GBK-Verfahrens explizit auf die Möglichkeit eines Vergleiches, der das GBK-Verfahren ebenfalls beenden kann, hingewiesen.

Zusätzlich wurden im Berichtszeitraum in einigen der neu eingelangten Fälle **Vorbereitende Tagsatzungen** mit dem Ziel, auf einen Vergleich hinzuwirken, abgehalten.

In Fällen von behaupteten Begründungsdiskriminierungen ohne persönliche Kontakte zwischen den Beteiligten wurde das Verfahren zeitnah zur Einbringung als Aktenverfahren ohne Befragung von Auskunftspersonen durchgeführt, was die Behandlung dieser Fälle beschleunigt hat.

Tabelle 4 Beantragte Diskriminierungstatbestände in den im Berichtszeitraum neu eingebrachten Anträgen (oftmals Mehrfachnennungen) – GBK-Senat II

| Diskriminierungsgrund   | Tatbestand                          | Anzahl |
|-------------------------|-------------------------------------|--------|
| Ethnische Zugehörigkeit | Belästigung                         | 15     |
|                         | Beendigung des Arbeitsverhältnisses | 10     |
|                         | Begründung des Arbeitsverhältnisses | 3      |
|                         | Sonstige Arbeitsbedingungen         | 8      |

| Diskriminierungsgrund        | Tatbestand                          | Anzahl |
|------------------------------|-------------------------------------|--------|
|                              | Benachteiligungsverbot              | 5      |
|                              | Entgelt                             | 1      |
|                              | § 18                                | 3      |
|                              | Mangelnde Abhilfe                   | 10     |
| <b>Religion</b>              | Belästigung                         | 3      |
|                              | Beendigung des Arbeitsverhältnisses | 1      |
|                              | Mangelnde Abhilfe                   | 2      |
|                              | Sonstige Arbeitsbedingungen         | 3      |
|                              | § 18                                | 1      |
|                              | Beruflicher Aufstieg                | 1      |
| <b>Sexuelle Orientierung</b> | Beendigung des Arbeitsverhältnisses | 2      |
|                              | Sonstige Arbeitsbedingungen         | 2      |
|                              | Mangelnde Abhilfe                   | 2      |
|                              | Belästigung                         | 2      |
| <b>Weltanschauung</b>        | Beendigung des Arbeitsverhältnisses | 2      |
|                              | Begründung des Arbeitsverhältnisses | 4      |
| <b>Alter</b>                 | Belästigung                         | 5      |
|                              | Begründung des Arbeitsverhältnisses | 10     |
|                              | Beendigung des Arbeitsverhältnisses | 5      |
|                              | Entgelt                             | 2      |
|                              | Beruflicher Aufstieg                | 1      |
|                              | Mangelnde Abhilfe                   | 1      |
|                              | Sonstige Arbeitsbedingungen         | 2      |
|                              | § 18                                | 3      |

Tabelle 5 Im Berichtszeitraum eingebrachte Anträge nach Geschlechtern – GBK-Senat II

| Geschlecht    | Eingebrachte Anträge |
|---------------|----------------------|
| <b>Frauen</b> | 24                   |
| <b>Männer</b> | 28                   |

| Geschlecht | Eingebrachte Anträge |
|------------|----------------------|
| Gesamt     | 52                   |

Die durchschnittliche Verfahrensdauer – gemessen an den mit Prüfungsergebnissen abgeschlossenen Antragsfällen und den im Antragszeitraum in verschiedenen Verfahrensstadien zurückgezogenen Anträgen – betrug im Berichtszeitraum rund 13,2 Monate.

Tabelle 6 Anonymisierte, nicht exzerpierte Prüfungsergebnisse 2020 bis 2021 – GBK-Senat II

| GBK-Zahl | Grund                                | Tatbestand  | Veröffentlichung auf Homepage (ja / nein) |
|----------|--------------------------------------|---|---|
| 340/17   | Alter                                | Aufstieg, Arbeitsbedingungen, Belästigung, Abhilfe                            | ja  |
| 352/18   | Weltanschauung                       | Beendigung  | ja  |
| 375/18   | Ethn. Zugehörigkeit                  | Entgelt   | nein                                      |
| 384/18   | Ethn. Zugehörigkeit, Alter           | Entgelt, Arbeitsbedingungen, Aus- und Weiterbildung, Belästigung, Beendigung  | nein                                      |
| 387/18   | Religion                             | Begründung  | ja  |
| 394/19   | Ethn. Zugehörigkeit                  | Entgelt, Arbeitsbedingungen, Beendigung                                       | nein                                      |
| 395/19   | Ethn. Zugehörigkeit, Religion        | Begründung  | ja  |
| 398/19   | Ethn. Zugehörigkeit, Religion, Alter | Begründung, Entgelt   | ja  |
| 402/19   | Ethn. Zugehörigkeit, Religion, Alter | Begründung, Entgelt   | ja  |
| 404/19   | Ethn. Zugehörigkeit, Alter           | Arbeitsbedingungen, Aufstieg, Aus- und Weiterbildung, Belästigung, Beendigung | ja  |
| 406/19   | Ethn. Zugehörigkeit, Religion, Alter | Begründung, Entgelt   | ja  |
| 407/19   | Ethn. Zugehörigkeit, Religion, Alter | Begründung, Entgelt   | ja  |
| 413/19   | Alter                                | Begründung, Arbeitsbedingungen, Belästigung                                   | ja  |
| 416/19   | Ethn. Zugehörigkeit                  | Arbeitsbedingungen, Belästigung, Abhilfe, Beendigung                          | ja  |

| GBK-Zahl | Grund                      | Tatbestand                                  | Veröffentlichung auf Homepage (ja / nein) |
|----------|----------------------------|---|---|
| 420/20   | Alter                      | Begründung                                  | ja  |
| 426/20   | Ethn. Zugehörigkeit        | Belästigung                                 | ja  |
| 428/20   | Ethn. Zugehörigkeit        | Belästigung, Arbeitsbedingungen, Beendigung | ja  |
| 431/20   | Ethn. Zugehörigkeit, Alter | Begründung                                  | ja  |
| 435/20   | Alter                      | Begründung                                  | ja  |
| 438/20   | Weltanschauung             | Beendigung                                  | nein                                      |

### 1.2.3 Durch ein Prüfungsergebnis erledigte Anträge

#### 1. GBK II/361/18:

**Eingebracht:** Antragsteller

**Antragsgegner/in:** Firma im Sozialbereich

**Wegen:** Diskriminierung auf Grund des Alters bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses

**Verfahrensdauer:** 21 Monate

**Vorbringen/Erwiderung der Antragsgegner/in:** Im Antrag wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass nach den Schilderungen des Antragstellers, wonach ihm die Unfähigkeit zur Erbringung der Leistungen aus seinem Arbeitsvertrag aus gesundheitlichen Gründen vorgeworfen und unterstellt worden sei, die Aufgaben einer Behindertenvertrauensperson mangels Vertrauen der zu Vertretenden nicht mehr erfüllen zu können und in weiterer Folge jedoch hauptsächlich mit Dienstverfehlungen durch den Antragsteller argumentiert worden sei, zu vermuten sei, dass das eigentliche Motiv der Antragsgegnerin zur Beendigung des Dienstverhältnisses zum Einen in der Auseinandersetzung mit Herrn C und zum Anderen im Alter und dem damit verbundenen hohen Einkommen zu finden sei. ... Die angeblichen Dienstverfehlungen des Antragstellers scheinen keine ausreichende sachliche Rechtfertigung zu sein und einen „unbequemen“ Mitarbeiter „loszuwerden“, scheint den Ansprüchen eines legitimen Zielles nicht gerecht zu werden.

In der Stellungnahme wurde u.a. vorgebracht, dass mit mündlich verkündetem Urteil des Landesgerichtes Z als Arbeits- und Sozialgericht die Zustimmung zur Kündigung erteilt worden sei. ... Die Dienstverfehlungen seien keine angeblichen Dienstverfehlungen, sondern wären von vielen Zeugen unter Wahrheitspflicht vor Gericht geschildert worden und könnten – wie schon aufgezeigt – wohl die ganzen Versuche seitens des Arbeitgebers wie Supervision, Mediation und viele persönliche Gespräche mit dem Antragsteller wohl nur dahingehend interpretiert werden, dass es der Antragsgegnerin keineswegs daran gelegen war, einen unbequemen Mitarbeiter los zu werden.

**Auszug aus dem Prüfungsergebnis:** Auf Grund des rechtskräftigen Urteils ist der Senat bei seinen Erwägungen davon ausgegangen, dass die von der Antragsgegnerin behaupteten beharrlichen Pflichtverletzungen des Antragstellers tatsächlich von diesem so gesetzt wurden. Es war vom Senat daher das Vorbringen des Antragstellers, dass die zu seiner Kündigung führenden Probleme einerseits erst nach seinem Konflikt mit Herrn C über dessen (nicht vorhandenen) Studienabschluss aufgetreten seien und dann seitens der Antragsgegnerin gezielt durch die Durchforstung seines PCs nach ihm belastenden Umständen gesucht worden sei, auf seine Glaubwürdigkeit in Bezug auf die gegen ihn erhobenen Vorwürfe seitens der Antragsgegnerin zu prüfen. Dabei hat der Senat vom Antragsteller bei dessen Befragung den Eindruck gewonnen, dass dieser einerseits die einem durchschnittlichen Arbeitnehmer zumutbare Selbstreflexionsfähigkeit in punkto des Zugestehens von – übrigens gerichtlich rechtskräftig festgestellten – persönlichen Versäumnissen hat vermissen lassen und andererseits mit teilweise sehr lange zurückliegenden Ereignissen betreffend andere Personen versucht hat, eine „Altersdimension“ beim Ablauf seiner Kündigung zu konstruieren. Die von ihm dafür angeführten Beispiele, bei denen *andere* ArbeitnehmerInnen angeblich von der Antragsgegnerin quasi in Pension gedrängt worden seien, weil sie zu alt und zu teuer gewesen seien, konnte das – als Vertreter der Antragsgegnerin fungierende – Betriebsratsmitglied in keiner Weise bestätigen, wobei dessen Darstellung dem Senat nachvollziehbar und glaubwürdig erschienen ist. Auch war für den Senat keinerlei Indiz dahingehend zu erkennen, dass das Betriebsratsmitglied eine durch das Alter des Antragstellers motivierte Kündigungsabsicht der Antragsgegnerin zu verschleiern versucht hat, sondern es wurde vielmehr sehr glaubwürdig die innerbetriebliche, durch den Antragsteller maßgeblich mitverursachte Konfliktsituation geschildert. ... Allein der Umstand, dass eine Person ein fortgeschrittenes Lebensalter aufweist, ist noch als nicht ausreichend für eine Glaubhaftmachung i.S.d. GIBG anzusehen. Von einer Person subjektiv empfundene Schwierigkeiten am Arbeitsplatz können ihre Ursachen in einer Vielzahl von Faktoren haben – zur Glaubhaftmachung einer Diskriminierung i.S.d. GIBG muss jedoch ein auch für einen „neutralen“ Betrachter erkennbarer Zusammenhang einer Handlung – hier der Beendigung des Arbeitsverhältnisses – mit einem vom GIBG geschützten Merkmal vorliegen. Die bloße Behauptung, dass das vom GIBG geschützte Merkmal des Alters eine Rolle ge-

spielt habe, da sich eine Person *mangels hinreichend kritischer Betrachtungsfähigkeit der eigenen innerbetrieblichen Performance* keinen Grund für Kritik an ihrer Arbeitsleistung vorstellen kann, überschreitet daher nicht die vom Gesetzgeber – dem Telos des Gesetzes entsprechend – immanent angedachte Schwelle für die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung.

**Ergebnis:** keine Diskriminierung des Antragstellers auf Grund des Alters bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses

## **2. GBK II/364/18**

**Eingebracht:** Antragsteller

**Antragsgegner/in:** Finanzprodukteanbieter

**Wegen:** Diskriminierung auf Grund des Alters bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses

**Verfahrensdauer:** 21 Monate

**Vorbringen/Erwiderung der Antragsgegner/in:** Im Antrag wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass im Zusammenhang mit den vorgestellten Stellenprofilen und dem Angebot der Antragstellerin, eine umfassende, mehrmonatige Einschulung (eine Vorerfahrung im Schalterbereich sei nicht Bedingung gewesen) vorzunehmen, er verlässlich davon ausgehen könne, dass er die bestqualifizierteste Bewerbung eingereicht habe. Die Stelle des Verkaufsmitarbeiters eines ... verlange weiters sehr gute Kenntnisse von Compliance-Regeln, die er bereits durch jahrelange praktische Tätigkeiten in der Compliance-Beratung nachweisen könne. Nach der Absage seitens der Antragsgegnerin habe er wenige Wochen später in der Filiale X wahrnehmen können, dass mutmaßlich eine viel jüngere Dame für den Schalterbereich eingestellt worden sei.

In der Stellungnahme wurde u.a. vorgebracht, dass auf Grund seiner interessanten Qualifikationen, Ausbildung und Berufserfahrung der Antragsteller zu einem Bewerbungsgespräch eingeladen worden sei. Freilich sei auch bei diesem Gespräch das Alter nicht thematisiert worden und er habe keine weniger günstige Behandlung erfahren, als eine andere Person erfahren hatte oder erfahren hätte. Die Stelle sei letztendlich mit einem anderen Bewerber besetzt worden, der von allen BewerberInnen in der vorgenannten Zusammenschau der Bestgeeignete gewesen wäre. Angestellt worden sei somit ein Mitarbeiter Jahrgang 1984 und nicht – wie vermutet – eine „*viel jüngere Dame*“. Ausschlaggebend für diese Entscheidung seien insbesondere eine mehrjährige Außendienstenerfahrung mit Verkaufstätigkeit, persönliche Affinität zu den gehandelten

Produkten, eine kurze Einschulungsphase/Einarbeitungsdauer, ein besonders freundliches und wertschätzendes Auftreten sowie eine für beide Seiten angemessene Gehaltsvorstellung gewesen. Der Antragsteller sei für die ausgeschriebene Stelle insgesamt weniger geeignet gewesen; auch dessen Gehaltsvorstellung seien ca. 20 Prozent über der des aufgenommenen Mitarbeiters bzw. anderer BewerberInnen gelegen.

**Auszug aus dem Prüfungsergebnis:** Zur Bewerbung betreffend die Stelle eines/r *KundenbetreuerIn* ist laut ihres Geschäftsfeldes glaubwürdigem und auch wirtschaftlich nachvollziehbarem Vorbringen der Antragsgegnerin an den „klassischen Verkäufer am Schalter“ gedacht gewesen. Den aus Sicht der Antragsgegnerin passendsten Kandidaten hat ein Mann Jahrgang 1984 abgegeben, der eine mehrjährige Verkaufserfahrung im Außendienst im Versicherungsbereich vorzuweisen gehabt habe und somit auch die „Back-office-Komponente“ abgedeckt habe. Es hat sich bei dem Kandidaten um den „klassischen Verkäufer“ gehandelt, wohingegen die konkrete Verkaufserfahrung des Antragstellers damals bereits sehr lange zurückgelegen ist. Im Hinblick auf diesen aus Sicht der Antragsgegnerin – auch im Hinblick auf den für diese sehr geringen Einschulungsaufwand beim ausgewählten Bewerber – wesentlich geeigneteren Kandidaten konnte kein Bezug zwischen der an den Antragsteller ergangenen Absage und dessen Alter erkannt werden. Der Antragsteller konnte außer seiner – auf die der GBK für *manche Branchen* sehr wohl bekannten strukturelle Altersdiskriminierung am österreichischen Arbeitsmarkt – gestützte Vermutung und seiner Beobachtung einer jüngeren Frau in der Filiale der Antragsgegnerin keine weiteren **Indizien** für eine benachteiligende Behandlung seiner Bewerbung auf Grund seines Alters ins Treffen führen. Auch wenn in Bewerbungsverfahren die relevanten Informationen üblicherweise größtenteils bei dem/der ArbeitgeberIn liegen und daher an die Glaubhaftmachung einer behaupteten Diskriminierung durch ein/n AntragstellerIn keine zu hohen Maßstäbe angelegt werden dürfen, ist im vorliegenden Fall dennoch zu bedenken, dass außer der behaupteten strukturellen Altersdiskriminierung vom Antragsteller nichts weiter vorgebracht wurde, weshalb diesfalls bereits die Glaubhaftmachung der behaupteten Diskriminierung fraglich erscheint, da Glaubhaftmachung mehr als eine unsubstantiierte Behauptung durch eine/n AntragstellerIn voraussetzt. Ungeachtet der konkreten Beurteilung, ob dem Antragsteller im vorliegenden Fall die vom Gesetz geforderte Glaubhaftmachung tatsächlich im erforderlichen Ausmaß gelungen ist, ist dazu jedenfalls festzustellen, dass die Antragsgegnerin die Besetzung der beiden in Rede stehenden Stellen dem Senat jeweils schlüssig, wirtschaftlich nachvollziehbar und glaubwürdig dargelegt hat und somit den vom Gesetz geforderten Beweis, dass nicht das Alter des Antragstellers, sondern die bessere Eignung der jeweils zum Zug gekommenen BewerberInnen ausschließlich maßgeblich für die jeweils getroffene Entscheidung gewesen ist, erbringen konnte.

**Ergebnis:** Keine Diskriminierung des Antragstellers auf Grund des Alters bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses

### 3. GBK II/389/19

**Eingebracht:** Antragstellerin

**Antragsgegner/in:** Krankenhaus

**Wegen:** Diskriminierung auf Grund Alters bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, Belästigung der Antragstellerin auf Grund des Alters durch die Zweitantragsgegnerin

**Verfahrensdauer:** 19 Monate

**Vorbringen/Erwiderung der Antragsgegner/in:** Im Antrag wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass ihr die Zweitantragsgegnerin beim Vorstellungsgespräch mitgeteilt habe, dass sie für die Stelle „viel zu ALT“ sei, da suche sie „eine Jüngere“. Sie habe die Zweitantragsgegnerin daraufhin gefragt, warum sie sie dann zum Vorstellungsgespräch eingeladen habe, da ihr Alter doch bereits aus den Bewerbungsunterlagen ersichtlich sei. Diese habe gemeint, sie könne ihr diese Begründung nicht schriftlich geben und habe weiter ausgeführt, *„bis Sie da hineinkommen, brauchen Sie 2-3 Jahre, dann gehen Sie ja bald in die Pension“*.

In der Stellungnahme wurde u.a. vorgebracht, dass es nicht den Tatsachen entspreche, dass die Antragstellerin die gewünschte Stelle auf Grund ihres Alters nicht erhalten hätte. Richtigerweise habe die Erstantragsgegnerin zu keiner Zeit eine Führungsposition ausgeschrieben gehabt. Eine solche sei und wäre zur Zeit der Ausschreibung bzw. des Vorstellungsgesprächs in Unternehmen auch nicht vakant gewesen. Die von der Antragstellerin angesprochene Ausschreibung habe vielmehr eine Stelle betroffen, in der auf eine künftige Führungsposition bzw. -rolle vorbereitet werden und dafür zunächst als diplomierte Gesundheits- und Pflegekraft erst zwei bis drei Jahre in den verschiedenen Abteilungen der Erstantragsgegnerin gearbeitet werden sollte, um ausreichend breite Kenntnisse über die verschiedene Abläufe im Unternehmen – insbesondere über das spezielle Belegarztsystem – zu erlangen (daher auch die Bezeichnung *„im Rahmen eines Führungskräfteprogrammes“*). All das sei der Antragstellerin im Vorstellungsgespräch auch detailliert erklärt worden. Ihr sei auch ein Probearbeitstag angeboten worden, den sie schließlich auch wahrgenommen habe. In weiterer Folge habe die Antragstellerin allerdings erklärt, die ihr angebotene Stelle als diplomierte Gesundheits- und Pflegekraft nicht anzunehmen und nur eine Führungsposition – die weder ausgeschrieben noch zum Zeitpunkt des Vorstellungsgesprächs oder aktuell vakant gewesen sei – wahrnehmen zu wollen.

**Auszug aus dem Prüfungsergebnis:** Der von der Antragstellerin gewonnene Eindruck vom Betrieb wurde von ihr, sowohl gegenüber dem Senat als auch bei dem diesem Schnuppertag

nachfolgenden Gespräch mit der Zweitantragsgegnerin als „katastrophal“ beschrieben, weshalb sich die Antragstellerin damals – wie sie selbst bei ihrer Befragung schilderte – ein Arbeitsverhältnis bei der Erstantragsgegnerin nicht hätte vorstellen können. Der von der Zweitantragsgegnerin angebotene Schnuppertag ist nach Ansicht des Senates als klarer Hinweis eines seitens des/r prospektiven Arbeitgebers/in bestehenden Interesses an der Beschäftigung eines/r BewerberIn zu werten und **nicht** als Indiz für eine Diskriminierung(-sabsicht) gegenüber dieser Person. In weiterer Folge kam es nach übereinstimmendem Vorbringen zu einer Äußerung der Antragstellerin gegenüber der Zweitantragsgegnerin dahingehend, dass sich die Antragstellerin ein Arbeitsverhältnis nicht vorstellen könne. Daraus folgt, dass der Bewerbungsprozess an dieser Stelle **seitens der Antragstellerin** abgebrochen worden ist, ohne dass bis zu diesem Zeitpunkt ein eine Diskriminierung indizierendes Verhalten seitens der Erst- oder der Zweitantragsgegnerin gesetzt worden ist, welche dem Senat glaublich versichern konnten, dringend Pflegepersonal zu suchen und somit an einer Beschäftigung der Antragstellerin als diplomierte Pflegefachkraft – und nichts anderes war bei objektiver Betrachtung damals in Diskussion – ein Interesse gehabt zu haben. Hinsichtlich des von der Antragstellerin erhobenen Belästigungsvorwurfs, wonach die Zweitantragsgegnerin ihr gegenüber die Aussage getätigt habe, dass sie „zu alt“ sei, ist der Senat auf Grund des von allen angehörten Personen gewonnenen persönlichen Eindrucks zu dem Schluss gelangt, dass eine derartige Aussage seitens der Zweitantragsgegnerin nicht getätigt wurde; vielmehr war die Darstellung der Zweitantragsgegnerin – dass nämlich die Antragstellerin **selbst** ihr gegenüber zum Thema Wochenenddienste gemeint habe, dass sie zu alt dafür sei – glaubhafter als die dahingehende Behauptung der Antragstellerin, dass sie – quasi gleich unmittelbar nach Betreten des Raumes – sofort mit dieser Aussage der Zweitantragsgegnerin konfrontiert worden sein soll.

**Ergebnis:** Keine Diskriminierung der Antragstellerin auf Grund des Alters bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, keine Belästigung der Antragstellerin auf Grund des Alters durch die Zweitantragsgegnerin

#### **4. GBK II/400/19**

**Eingebracht:** Antragsteller

**Antragsgegner/in:** Bildungseinrichtung

**Wegen:** Diskriminierung auf Grund ethnischen Zugehörigkeit bei den sonstigen Arbeitsbedingungen und bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses

**Verfahrensdauer:** 25 Monate

**Vorbringen/Erwiderung der Antragsgegner/in:** Im Antrag wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Antragsteller ... beim Antragsgegner als XX-Koordinator beschäftigt gewesen sei. ... Obwohl er seine Aufgabe ausgezeichnet und erfolgreich erfüllt habe, sei Frau D offenbar mit ihm nicht zufrieden gewesen. Da seine Leistung jedoch sehr gut gewesen sei, könne der Grund für ihre Unzufriedenheit nur in seiner Person – konkret in seiner ethnischen Zugehörigkeit – liegen. Er fühle sich durch eine Vielzahl ihrer Verhaltensweisen und Aussagen herabgesetzt. Das Verhalten von Frau D sei dem Antragsgegner zurechenbar und habe für ihn zu diskriminierenden Arbeitsbedingungen geführt. Schließlich habe sich der Antragsgegner dazu entschieden, seinen Arbeitsvertrag nicht fortzusetzen.

In der Stellungnahme wurde u.a. vorgebracht, dass auf Grund seiner Staatsbürgerschaft der Antragsteller nur über eine „Blue-Card-Regelung“ habe angestellt werden können, was mit hohen monatlichen Lohnkosten verbunden gewesen sei. Gerade Mag. E sei aber klar gewesen, dass für die benötigte Qualität dieses Investment auch notwendig sei. Dies zum Hintergrund der Einstellung des Antragstellers. Seine Ethnie habe hierbei, wie im Rahmen des gesamten Zeitraums der Tätigkeit sowie auch im Zuge der Beendigung, überhaupt keine Rolle gespielt – im Gegenteil seien, wie geschildert, sogar höhere Kosten aufgewendet worden, um ihn anstellen zu können.

**Auszug aus dem Prüfungsergebnis:** Auf Grund der Befragungen der oben genannten Personen hat sich für den Senat ein relativ klares Bild der dem gesamten Sachverhalt zugrundeliegenden beiden **Kernprobleme** zwischen Antragsteller und Direktorin herauskristallisiert, welche in Folge zu den vom Antragsteller empfundenen Schlechterbehandlungen sowie letztlich zur Beendigung von dessen Arbeitsverhältnis geführt haben – nämlich erstens *unterschiedliche persönliche Kommunikationsstile der handelnden Personen* sowie zweitens *deren unterschiedliche Umgangsweisen mit empfundenen oder tatsächlich bestehenden Konflikten*. Im Hinblick auf das besondere schulische Umfeld des Antragsgegners, in dem der tägliche Umgang mit Internationalität und Multikulturalität auf Grund der diversen Zusammensetzung von LehrerInnen und SchülerInnen zu den alltäglichen Aspekten im Umgang miteinander zählen, sowie dem Umstand, dass laut glaubhaftem Vorbringen von Mag. E anfangs große finanzielle Bemühungen für eine Anstellung des Antragsgegners in Kauf genommen wurden, hat der Senat insgesamt die Darstellung der Vertreterin des Antragsgegners sowie jene von Mag. E als glaubhaft und aus der schwierigen Gesamtsituation in Bezug auf die Einführung des XX und auch den damit in Zusammenhang stehenden räumlichen Aspekten als nachvollziehbar eingestuft, sodass vom Senat **keine Indizien für dem Antragsteller gegenüber vorliegende Vorbehalte** auf Grund dessen ethnischer Zugehörigkeit bei diesen beiden Personen erkannt werden konnten. ... Zu den Schilderungen des Antragstellers betreffend dessen Sicht seines Arbeitsverhältnisses insgesamt ist für den Senat der Eindruck entstanden, dass die **Selbsteinschät-**

**zung** des Antragstellers in Bezug auf seine Performance von der Einschätzung seines Arbeitgebers in einigen Punkten doch gravierend abweichen dürfte. So hat der Antragsteller beispielsweise die Einschätzung vertreten, dass er seine Arbeit – aus seiner Sicht – zur vollen Zufriedenheit des Antragsgegners erledigt habe, wobei er sich hierbei jedoch nur auf **formale Kriterien** betreffend die Einführung des XXs, nicht jedoch auf für den Antragsgegner ebenso relevante Aspekte wie Führungsqualität oder Unterstützungsleistung für KollegInnen bezogen hatte. ... Der Umstand, dass mehrere andere Beschäftigte auf Grund ihrer Schwierigkeiten in der Zusammenarbeit mit dem Antragsteller mit ihrem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis „gedroht“ haben bzw. die Direktorin selbst sich in der späten Phase des Arbeitsverhältnisses eine weitere Zusammenarbeit mit dem Antragsteller nicht mehr vorstellen konnte, was in Summe schließlich für die Nichtverlängerung des Vertrages des Antragstellers ausschlaggebend gewesen war, bildete im vorliegenden Fall die Grundlage der **unternehmerischen Entscheidung**, den für den Arbeitgeber aus dieser damals verfahrenen Situation entstehenden Schaden gering – Verlust einer Person versus Verlust der Direktorin *und* mehrerer Lehrkräfte – zu halten. Da Motiv dieser Entscheidung – nach glaubhafter Darstellung der Antragsgegnerseite – *nicht die ethnische Zugehörigkeit des Antragstellers*, sondern dessen im Laufe der Zeit entstandene **Inkompatibilität** mit dem von ihm zu führenden Team bzw. der Direktorin gewesen ist, war das Vorliegen einer Diskriminierung bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses daher zu verneinen.

**Ergebnis:** keine Diskriminierung des Antragstellers auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei den sonstigen Arbeitsbedingungen und bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses

## 5. GBK II/412/19

**Eingebracht:** Antragsteller

**Antragsgegner/in:** EDV-Firma

**Wegen:** Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses sowie Belästigung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit

**Verfahrensdauer:** 15 Monate

**Vorbringen/Erwiderung der Antragsgegner/in:** Im Antrag wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass sich der Antragsteller bei der Antragsgegnerin als Commercial Business Partner beworben habe. Er sei gebürtiger Ungar, lebe jedoch gerade in X und wolle auf Grund der Nähe zu Ungarn seinen Lebensmittelpunkt nach Y verlagern. ... Am 15. Mai 2019 habe Herr C ihm jedoch per E-Mail mitgeteilt, dass er zwar für den Job geeignet wäre und er ihn auch gerne

einstellen würde, aber die Y-er Kollegen nur einen deutschen Muttersprachler als Kollegen akzeptieren würden. Am 17. Mai 2019 habe er schließlich eine Absage von Herrn C bekommen, dass er aus den oben genannten Gründen abgelehnt und ein interner Kandidat für die Position gewählt worden sei. Da seine Muttersprache als gebürtiger Ungar, ungeachtet seiner Deutschkenntnisse, nicht Deutsch sein könne, habe ihn diese Vorgehensweise sehr enttäuscht, in seiner Würde verletzt und er fühle sich auf Grund seiner ethnischen Zugehörigkeit durch Belästigung und bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses diskriminiert.

In der Stellungnahme wurde u.a. vorgebracht, dass es zutreffend sei, dass sich der Antragsteller bei der Antragsgegnerin für die Stelle eines Commercial Business Partner beworben habe und diese Position nach Durchführung eines umfassenden Bewerbungsverfahrens nicht mit dem Antragsteller besetzt worden sei. Dies allerdings nicht aus den vom Antragsteller vorgebrachten diskriminierenden Gründen, sondern allein deshalb, weil es unternehmensweit zu einem sogenannten „Hiring Freeze“ gekommen sei. ... Offene Stellen seien daher unternehmensweit mit internen BewerberInnen zu besetzen gewesen. Dieses Anforderungskriterium – interner Bewerber bzw. interne Bewerberin – sei zur Umsetzung eines „Hiring Freeze“ jedenfalls sachlich und angemessen und auch nicht diskriminierend. Der Antragsteller sei ein externer Bewerber gewesen und daher, so wie *alle* externen BewerberInnen, aus dem Bewerbungsprozess ausgeschieden worden, und zwar gänzlich unabhängig von seiner ethnischen Herkunft.

**Auszug aus dem Prüfungsergebnis:** Der Antragsteller bewarb sich auf eine Ausschreibung der Antragsgegnerin betreffend einen „Commercial Business Partner Job“, in der u.a. das Ausschreibungskriterium „*fluent in both German and English*“ definiert war und wurde – nach einem telefonischen Vorgespräch mit Herrn C – zu einem Vorstellungsgespräch nach Y eingeladen, welches nach übereinstimmendem Vorbringen zunächst kurz in deutscher Sprache und nachfolgend hauptsächlich in Englisch durchgeführt wurde. In weiterer Folge kam es offenbar zu unterschiedlichen Einschätzungen dieses Gesprächsverlaufs, wobei der Antragsteller – auch konkret zu seiner *sprachlichen Performance* im Vorstellungsgespräch befragt – den Eindruck hatte, gut abgeschnitten zu haben, wohingegen die ihn interviewenden Personen einhellig zur Auffassung gelangten, dass hinsichtlich seiner Deutschkenntnisse noch große sprachliche Defizite vorlägen, die weitere sprachliche Schulungsmaßnahmen erfordert hätten. Da die mangelnden Deutschkenntnisse des Antragstellers für die Ablehnung der Bewerbung (zumindest) mitausschlaggebend waren, war eine mittelbare Diskriminierung auf Grund der ethnischen Herkunft im Rahmen des „Motivbündels“ näher zu prüfen. Zur Untermauerung seines Vorbringens führte der Antragsteller ins Treffen, dass die Kommunikationssprache im Unternehmen der Antragsgegnerin Englisch sei, übersah in diesem Zusammenhang aber, dass ein/e ArbeitgeberIn ungeachtet dessen für eine konkrete Position weitere Erfordernisse – wie im vorliegenden Fall „*fließende Deutschkenntnisse*“ –

definieren könne, die er/sie als Anstellungsvoraussetzung betrachte, um damit einen internen reibungslosen Arbeitsablauf zu gewährleisten. Begründet wurde dieses Erfordernis seitens der Antragsgegnerin im konkreten Fall u.a. mit den in ausschließlich deutscher Sprache abgefassten Verträgen mit KundInnen, was jedenfalls als sachlich gerechtfertigtes Kriterium für dieses spezielle Anstellungserfordernis und nicht als Indiz für Diskriminierung(sabsichten) der Antragsgegnerin gegenüber Personen mit nichtdeutscher Muttersprache anzusehen ist. Die konkrete Beurteilung, ob die bei einem/r BewerberIn vorliegenden Sprachkenntnisse tatsächlich als für den zu besetzenden Job ausreichend anzusehen sind, obliegen den auswählenden Personen, insbesondere, wenn – wie im Fall des Antragstellers – keine Zeugnisse über dessen Sprachkompetenz vorgelegt wurden. Einen Hinweis auf eine diskriminierende Vorgangsweise auf Seiten der Antragsgegnerin im Zusammenhang mit der ethnischen Zugehörigkeit des Antragstellers konnte vom Senat nicht erkannt werden, zumal die sprachliche Anforderung „*fluent in German*“ in der Stellenausschreibung neutral formuliert war.

**Ergebnis:** Keine Diskriminierung des Antragstellers auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses sowie keine Belästigung des Antragstellers auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit

## 6. GBK II/419/19

**Eingebracht:** Antragsteller

**Antragsgegner/in:** Rettungsorganisation

**Wegen:** Diskriminierung auf Grund der Religion bei der Berufsausbildung außerhalb eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 18 Z 1 GIBG

**Verfahrensdauer:** 18 Monate

**Vorbringen/Erwiderung der Antragsgegner/in:** Im Antrag wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass sich der Antragsteller bei der Antragsgegnerin für die Ausbildung zum Rettungssanitäter beworben habe. Als gläubiger Sikh trage er den Dastar (gebundener Turban). Am ... habe Frau C, eine Mitarbeiterin der Antragsgegnerin, im Zuge eines Telefonates die Bewerbung des Antragstellers unter Bezugnahme auf seinen Dastar mit folgenden Worten abgelehnt: „*Können Sie sich vorstellen ohne Kopfbedeckung zu kommen? Ohne dem nehmen wir Sie nicht auf. Sonst ist alles ok.*“

In der Stellungnahme der Antragsgegnerin wurde u.a. vorgebracht, dass sich der Antragsteller, obwohl er von Frau C bei dem mit ihm anlässlich seiner Bewerbung geführten Telefonat darauf

hingewiesen worden sei, dass der von ihm getragene Turban (Dastar) mit den bundesweit geltenden Uniformvorschriften der Antragsgegnerin nicht vereinbar sei, ausdrücklich gewei-gert habe, seinen Turban im Rettungsdienst abzulegen.

**Auszug aus dem Prüfungsergebnis:** Werden mehrere Argumente für die Rechtfertigung einer im Ergebnis für eine bestimmte Gruppe einschränkenden Maßnahme ins Treffen geführt, liegt eine mittelbare Diskriminierung bereits dann vor, wenn eine einzige Maßnahme dem obigen Prüfungsmaßstab nicht entspricht. ... Als Grund für die Existenz dieser Vorschriften wurde dem Senat von den Vertreterinnen der Antragsgegnerin *Einheitlichkeit im Auftreten, Wiedererkennung als „Marke“, Sicherheitsaspekte* sowie *Neutralität* genannt. Letztere bedeute laut Aussage der angehörten Auskunftspersonen, dass man sich gegenüber der Öffentlichkeit so darstellen wolle, dass man keine religiösen oder politischen Symbole trage und in der Hilfeleistung dementsprechend neutral sei. Dies würde alle Religionen betreffen. Die Uniformvorschriften würden vorgeben, welche Kleidungsstücke getragen werden dürften. Es handle sich um abschließende Regelungen. Zum Thema des Tragens religiöser Symbole unter der Kleidung wurde bei der Befragung der Auskunftspersonen erläutert, dass dies gestattet sei. § Y CI führt zum Thema Dienstkleidung aus, dass „sofern die Einheitlichkeit gewährleistet (sei), geringfügige, auf die Dauer der Dienstverrichtung beschränkte Abweichungen zulässig“ seien. § Z CI regelt zum Thema „Haarschnitt“, dass dieser so zu beschaffen sein habe, dass davon keine Selbst- und/oder Fremdgefährdung ausgehen könne. Im Hinblick auf die in § X CI geregelten möglichen Kopfbedeckungen ist für den Senat sowohl im Hinblick auf das gewünschte einheitliche Erscheinungsbild als auch den relevierten Sicherheitsaspekt nicht nachvollziehbar, welcher Unterschied zwischen einer roten Haube und einem – eng gebundenen – roten Dastar besteht, da nach Meinung des Senates beide Kopfbedeckungen das Haar des Antragstellers aus Sicht des Senates gleichwertig bedecken würden, zumal geringfügige Abweichungen laut CI zulässig sind. Da im Übrigen die – im Verfahren nicht abschließend geklärte – Haarlänge bzw. Frisur des Antragstellers seitens der Antragsgegnerin nicht als mögliches sicherheitsrelevantes Hindernis ins Treffen geführt wurde, ist für den Senat nicht nachvollziehbar, inwiefern sich die unter einer roten Haube iSd § X CI verstauten Haare des Antragstellers in sicherheitsrelevanter Weise von einer Unterbringung derselben unter dem eng gebundenen Dastar unterscheiden würde. Zum sicherheitsrelevanten Argument des Tragens eines Helms ist nach Meinung des Senates – folgt man einer lebensnahen Betrachtungsweise in punkto Frisuren bzw. deren möglichem Volumen im Einzelfall – daher allenfalls eine gewisse Haarlänge, die auf Grund des individuellen Umfangs nicht mehr unter einem Sicherheitshelm verstaubar sein könnte, von Relevanz, nicht aber die über die Haarpracht aufgesetzte, eng anliegende Kopfbedeckung in Form von Haube oder Dastar selbst. Insgesamt führt daher die von der Antragsgegnerin vorgenommene Beschränkung der laut § X CI zulässigen Kopfbedeckungen im Ergebnis zum Ausschluss einer ganzen Personengruppe, nämlich jener der Dastar-tragenden Sikhs. Im

Hinblick auf die obigen Ausführungen ist der Senat zum Ergebnis gelangt, dass diese Beschränkung der für eine Tätigkeit bei der Antragsgegnerin laut § X CI zulässigen Kopfbedeckungen – zumindest im Hinblick auf die von der Antragsgegnerin dem Senat gegenüber ins Treffen geführten Ziele **Sicherheit** und **Einheitlichkeit im Auftreten** – aus Sicht des Senates als **unverhältnismäßig einschränkend** zu qualifizieren ist. Sowohl den sicherheitsrelevanten Aspekten als auch jenem des einheitlichen Erscheinungsbildes könnte nach Meinung des Senates auch durch eine – über dem gebundenen Dastar getragene – vorgesehene Kopfbedeckung Rechnung getragen werden. Auch dem ebenfalls ins Treffen geführten Aspekt der Neutralität wäre in dieser Tragevariante – z. B. Haube über Dastar – Rechnung getragen, zumal das Tragen religiöser Symbole unter der Dienstkleidung der Antragsgegnerin nach Angaben der befragten Auskunftspersonen zulässig ist und der Sanitäter selbst entscheiden kann, wann er welche Kopfbedeckung trägt. In Summe wäre diese Vorgangsweise ein gelinderes Mittel zur Erreichung der verschiedenen im Verfahren relevanten Ziele der Antragsgegnerin als jenes der geforderten Abnahme des Dastar, welche dem Antragsteller die Ausbildung zum Rettungssanitäter unter Einhaltung seiner religiösen Gebote ermöglicht hätte. Daher war für den Senat nicht nachvollziehbar, warum das Ablegen des Dastar aus Sicht der Antragsgegnerin die für die Zulassung zur Ausbildung unabdingbare Voraussetzung gewesen ist.

**Ergebnis:** Diskriminierung des Antragstellers auf Grund der Religion durch die Antragsgegnerin bei der Berufsausbildung außerhalb eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 18 Z 1 GIBG

**Vorschlag:** Zahlung eines angemessenen Schadenersatzes

**Ergebnis bezüglich Umsetzung des Vorschlages:** Mitteilung an den Antragsteller, dass er – bei Entsprechung der von der Gleichbehandlungskommission erkannten Lösung, die Uniformhaube im Rettungsdienst über dem Dastar zu tragen – die Ausbildung gerne absolvieren kann.

## **7. GBK II/423/20**

**Eingebracht:** Antragsteller

**Antragsgegner/in:** Ausbildungseinrichtung

**Wegen:** Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Berufsausbildung außerhalb eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 18 Z 1 GIBG sowie bei der Gründung, Einrichtung oder Erweiterung eines Unternehmens sowie der Aufnahme oder Ausweitung jeglicher anderen Art von selbstständiger Tätigkeit gemäß § 18 Z 3 GIBG

**Verfahrensdauer:** 13,5 Monate

**Vorbringen/Erwiderung der Antragsgegner/in:** Im Antrag wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Antragsteller seit April 2017 bei der Antragsgegnerin insgesamt zehn Mal zur Teilprüfung „Ortskenntnisse“ zur Erlangung des Taxilenkerausweises angetreten und jedes Mal negativ beurteilt worden sei. Er sei seit 1973 in Österreich und seit 1980 österreichischer Staatsbürger. Als Prüfer habe bei allen Prüfungen Herr C fungiert, die übrigen Teilprüfungen habe er bei anderen Prüfern abgelegt und jede einzelne beim ersten Antritt positiv absolviert.

In der Stellungnahme wurde u.a. vorgebracht, dass alle Kandidaten im Fach Ortskunde grundsätzlich dieselbe Anzahl an Fragen sowie dieselbe Anzahl an abgefragten Fahrtrouten erhielten. Die Beurteilung der Beantwortung erfolge ebenso einheitlich auf Grund von einfachen und nachvollziehbaren Kriterien. Bei den Fahrtrouten so wie auch bei den anderen Fragen werde für alle Kandidaten gleichermaßen derselbe Maßstab angelegt. Die Prüfungen im Fach Ortskunde würden somit für alle Kandidaten nach demselben Schema ablaufen. ... Die Möglichkeit der freien Prüferwahl bzw. die Ablehnung eines Prüfers durch einen Prüfungskandidaten sei aus grundsätzlichen Überlegungen heraus bei der Taxilenkerprüfung jedoch nicht vorgesehen und daher auch nicht möglich und die Antragsgegnerin könne dies daher weder dem Antragsteller noch irgendeinem anderen Kandidaten zur Taxilenkerprüfung anbieten.

**Auszug aus dem Prüfungsergebnis:** Bei der Befragung der Auskunftspersonen hat sich jedoch der vom Antragsteller behauptete Zusammenhang zwischen dessen ethnischer Zugehörigkeit und der mehrfach negativ beurteilten Teilprüfung nicht erhärtet, vielmehr hat der Senat den Eindruck gewonnen, dass Herr C im Hinblick auf sein **persönliches Berufsverständnis** zwar einen hohen Maßstab an das für das Bestehen der Teilprüfung erforderliche Ausmaß an „Ortskundigkeit“ anlegt, dies jedoch nach glaubhafter Darstellung nicht nur beim Antragsteller in einer diesen gegenüber anderen Personen benachteiligenden Weise, sondern auch bei allen anderen bei ihm zur Prüfung antretenden Prüflingen, die nach glaubwürdigen Angaben zu ca. 90 Prozent aus Personen mit Migrationshintergrund bestehen. Auch wiederholte Prüfungsantritte anderer Prüflinge im Fach „Ortskunde“ konnten dem Senat von Herrn C glaubhaft gemacht werden. Diese **hohe Erwartungsanhaltung** eines/r PrüferIn an das Wissen künftiger TaxilenkerInnen in X mag zwar für den einzelnen Prüfling mitunter schwer nachvollziehbar sein, indiziert für den Senat aber noch keine im Hinblick auf die nach § 17 GIBG geschützten Gründe diskriminierende Grundhaltung eines Prüfers, wenn dieser Maßstab **an alle Prüflinge im gleichem Umfang** angelegt wird. Auf Grund des von Herrn C gewonnenen persönlichen Eindrucks geht der Senat davon aus, dass dieser hohe Maßstab von diesem unabhängig von der jeweiligen Person des Prüflings an alle KandidatInnen gleichermaßen streng angelegt wird, weshalb auch **keine Schlechterstellung des Antragstellers gegenüber anderen Prüflingen** erkannt werden konnte. Gerade auch die in diesem Fall wiederholte

**kommissionelle Durchführung der Prüfungen** des Antragstellers kann grundsätzlich als Garant für die **Einhaltung von Fairness und Objektivität** durch den Einzelprüfer angesehen werden, da der Senat davon ausgeht, dass diesfalls ein allfälliges unfaires Verhalten eines/r PrüferIn gegenüber einzelnen Personen seitens der anderen Kommissionmitglieder gegebenenfalls thematisiert werden würde bzw. ein/e PrüferIn – schon zum Schutz der eigenen Integrität und der Wahrung des eigenen beruflichen Ansehens im Rahmen einer kommissionellen Prüfung – sich in einer derartigen Prüfungssituation ohnedies bereits aus diesen genannten Motiven fair und integer verhalten würde.

**Ergebnis:** Keine Diskriminierung des Antragstellers auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Berufsausbildung außerhalb eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 18 Z 1 GIBG sowie bei der Gründung, Einrichtung oder Erweiterung eines Unternehmens sowie der Aufnahme oder Ausweitung jeglicher anderen Art von selbstständiger Tätigkeit gemäß § 18 Z 3 GIBG

## **8. GBK II/427/20**

**Eingebracht:** Antragstellerin

**Antragsgegner/in:** Gastronomiebetrieb

**Wegen:** Diskriminierung auf Grund des Alters bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, keine Belästigung der Antragstellerin auf Grund des Alters durch die Zweitantragsgegnerin

**Verfahrensdauer:** 17 Monate

**Vorbringen/Erwiderung der Antragsgegner/in:** Im Antrag wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die 1965 geborene Antragstellerin seit 15.02.2019 bei der Erstantragsgegnerin als Controllerin beschäftigt gewesen sei und man ihr mehrfach mündlich mitgeteilt habe, dass sie zu alt und zu teuer für das Unternehmen sei. Sie sei per 5.2.2019 zur Erstantragsgegnerin gewechselt, die jedoch ein Teil des Unternehmens von D sei. Im persönlichen Gespräch Ende Jänner 2020 zwischen ihr und der Zweitantragsgegnerin sei ihr nochmals mitgeteilt worden, dass sie zu alt und zu teuer für das Unternehmen sei und es wahrscheinlich innerhalb der nächsten drei Monate eine neue Mitarbeiterin für den Bereich Controlling geben werde – diese würde um einiges billiger sein als sie selbst-, daher wolle man ihr eine einvernehmliche Kündigung anbieten, welche sie abgelehnt habe, überdies gehöre sie dem Kreis der begünstigt Behinderten an.

In der Stellungnahme wurde u.a. vorgebracht, dass die Aussage, die Antragstellerin sei für das Unternehmen zu alt und zu teuer sowie, dass innerhalb der nächsten drei Monate eine neue

Mitarbeiterin für den Bereich Controlling geben werde und diese billiger sei, nie gemacht worden sei. Diese Behauptung sei schlichtweg falsch. Der Umstand, dass dem Unternehmen keinerlei Altersdiskriminierung vorzuwerfen sei, zeige schon allein die Tatsache, dass die Antragstellerin erst vor etwas mehr als einem Jahr eingestellt worden sei. Wäre — was ausdrücklich bestritten werde — das Unternehmen gegen die Einstellung und Beschäftigung älterer Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen, so wäre die Antragstellerin gar nicht eingestellt worden.

**Auszug aus dem Prüfungsergebnis:** Auf Grund der Befragungen der Auskunftspersonen ist der Senat zur Auffassung gelangt, dass das Arbeitsverhältnis der Antragstellerin von für beide Seiten bestehenden Auffassungsunterschieden geprägt zu sein schien, die sich durch die Veränderungen auf Geschäftsleitungsebene im Laufe der Zeit noch verstärkt haben dürften. Einerseits wurde seitens der Erstantragsgegnerin wiederholt die schwierige Persönlichkeit der Antragstellerin ins Treffen geführt, andererseits dürfte jener Geschäftsführer, der 2019 die Antragstellerin in den Geschäftsbereich der Erstantragsgegnerin geholt hat, eine hohe Meinung vom Können der Antragstellerin gehabt haben, was sich in ihrem – gemessen an internen Vergleichspersonen – relativ hohen Gehalt widerspiegelt hat. Nach dem Ausscheiden dieses Geschäftsführers ist es nach dem vom Senat gewonnenen Eindruck jedoch zu einem Auseinanderklaffen zwischen den (mittlerweile offenbar geänderten) Erwartungen der Geschäftsleitung und den persönlichen Eigenschaften der Antragstellerin gekommen. Sollte seitens der Erstantragsgegnerin tatsächlich angedacht gewesen sein, der Antragstellerin einen internen Wechsel in die Holding anzubieten, muss dieser nach Darstellung der Vertreterin der Erstantragsgegnerin so missverständlich kommuniziert worden sein, dass bei der Antragstellerin der Eindruck entstand, seitens der Erstantragsgegnerin wolle ihr Arbeitsverhältnis beendet werden. In Verbindung mit den davor von der Antragstellerin gesammelten und dem Senat geschilderten „Indizien“ betreffend die firmeninterne Thematisierung ihres Lebensalters ist daher für den Senat nachvollziehbar der Eindruck entstanden, dass die Antragstellerin *in dieser Situation* einen Konnex zwischen der – *von ihr so verstandenen* – Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses und ihrem Lebensalter hergestellt hatte. ... Ein weiterer für die Beendigungsentscheidung am 8.4.2020 aus Sicht des Senates jedoch ebenfalls mitausschlaggebender Faktor dürfte das seitens der Erstantragsgegnerin wiederholt ins Treffen geführte hohe Gehalt der Antragstellerin gewesen sein, welches in Verbindung mit den nunmehr intern aufgetretenen Schwierigkeiten mit der Antragstellerin, beispielsweise in einer Art Kommunikationsverweigerung gegenüber der Erstantragsgegnerin durch diese der Erstantragsgegnerin möglicherweise im Hinblick auf aus ihrer Sicht künftig erwartbares Verhalten der Antragstellerin – gemessen an einem „Preis-Leistungs-Gedanken“ – nicht mehr gerechtfertigt erschienen ist. Dass die Summe dieser Faktoren – und der Umstand, dass jüngere Arbeitskräfte im Allgemeinen deutlich „billiger“ zu beschäftigen sind – nach Meinung des Senates letztlich zum Ausspruch der Entlassung geführt haben dürfte,

ändert nichts daran, dass auch das – von der Antragstellerin im Vorfeld der Geschehnisse relevierte – **Lebensalter in Verbindung** mit ihrer von der Erstantragsgegnerin wiederholt eingebrachten und firmenintern sehr hohen **Bezahlung ein mitausschlaggebender** Faktor gewesen ist. ... Eine **Verletzung des Benachteiligungsverbots** konnte, da die Antragstellerin ja selbst vorbrachte, nicht „schlechter“, sondern „anders“ behandelt zu werden, mangels entsprechender Indizien vom Senat **nicht erkannt werden**.

**Ergebnis:** Diskriminierung der Antragstellerin auf Grund des Alters bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, keine Belästigung der Antragstellerin auf Grund des Alters durch die Zweitantragsgegnerin

**Vorschlag:** Zahlung eines angemessenen Schadenersatzes

**Ergebnis bezüglich Umsetzung des Vorschlages:** *„Die Antragsgegnerin hat sich für einen konstruktiven Weg entschieden und strebt grundsätzlich eine Mediation mit der Antragstellerin an, sofern dies erforderlich werden sollte und diese dem zustimmt. Die konstruktive Zusammenarbeit ist auf weiten Strecken im Tagesgeschäft bereits gut gelungen. Konkret ist diese von gegenseitigem Bemühen gekennzeichnet, insbesondere mit dem direkten Vorgesetzten und dem Geschäftsführer. Ziel ist die weitere Verbesserung der Kommunikation und die Vertiefung der tragfähigen Basis für die weitere Zusammenarbeit. Aus unserer Sicht ist es bereits gelungen ein wohlwollendes Gesprächs- und Arbeitsklima herzustellen und auch verstehen wir das wohlwollende Verhalten der Antragstellerin in den täglichen Arbeitskontakten als Bestätigung unserer Einschätzung.“*

## **9. GBK II/440/20**

**Eingebracht:** Antragstellerin

**Antragsgegner/in:** Bekleidungsgeschäft

**Wegen:** Diskriminierung auf Grund des Alters bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, Belästigung der Antragstellerin auf Grund des Alters

**Verfahrensdauer:** 6 Monate

**Vorbringen/Erwiderung der Antragsgegner/in:** Im Antrag wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Antragstellerin in Begleitung ihrer Schwester im Fenster der von der Erstantragsgegnerin betriebenen Modeboutique ein Schild gesehen habe, das eine freie Stelle als Verkäuferin ausgewiesen habe. Sie habe sich erkundigt, ob die Stelle noch vakant sei. Die

Dame im Geschäft – die Zweitantragsgegnerin – habe dies bejaht, jedoch sofort gefragt: „*Wie alt sind Sie?*“. Die Antragstellerin habe die Frage mit dem Hinweis beantwortet, dass sie 56 sei. Die Zweitantragsgegnerin habe daraufhin gemeint, dass das zu alt sei, sie würden jemanden um die 45 suchen.

In der schriftlichen Stellungnahme der Erstantragsgegnerin wurde u.a. vorgebracht, dass die Erstantragsgegnerin Alleininhaberin der gleichnamigen Boutique sei. In der Auslage des Geschäftes habe ein Anschlag mit folgendem Wortlaut gehangen: „*Wir suchen die beste MitarbeiterIn (Vollzeit), die es gibt*“. Darunter stehe, in roter Schrift hervorgehoben, die E-Mail-Adresse der Erstantragsgegnerin, an welche eine allfällige Bewerbung zu richten sei. Die Antragstellerin sei ohne Voranmeldung in das Geschäft hineingegangen und habe kein „Bewerbungsgespräch“ mit der einzig dafür befugten Inhaberin des Geschäftes geführt, sondern habe die anwesende Verkaufsaushilfe unvorbereitet angesprochen. Deren wiedergegebene Äußerung sei eine spontane Mutmaßung gewesen, wie die Erstantragsgegnerin dazu eventuell stehen könnte, aber nicht – wie unrichtig dargestellt – eine „Bewerbungsablehnung wegen des Alters“. Es liege keine der Erstantragsgegnerin zurechenbare Äußerung vor und es habe sich auch nicht um ein Bewerbungsgespräch gehandelt, welches bei Interesse via E-Mail zu vereinbaren gewesen wäre.

**Auszug aus dem Prüfungsergebnis:** Die Antragstellerin hat – durch die in der Auslage annoncierte Stelle aufmerksam geworden – in der Boutique bei der einzigen dort anwesenden Person nachgefragt, ob die annoncierte Stelle noch frei sei, was nach Meinung des Senates als **Initiierung eines Bewerbungsvorgangs** zu qualifizieren ist, da – *im Hinblick auf den Telos des GIBG zur Schaffung einer diskriminierungsfreien Arbeitswelt* – an einen Bewerbungsvorgang – korrespondierend zu den Erfordernissen des konkreten Einzelfalles – grundsätzlich kein zu hoher formaler Maßstab, etwa die Schriftlichkeit einer Bewerbung, angelegt werden darf, weshalb auch die Frage, ob eine Stelle noch frei sei, als eine den Bewerbungsvorgang einleitende Handlung zu qualifizieren und somit vom Schutzbereich des GIBG umfasst ist. Im Hinblick auf die konkrete, sehr allgemein formulierte Stellenanzeige – ausgehängt in der Auslage des Geschäftes ohne Nennung spezifischer Bewerbungsvoraussetzungen – ist nach Meinung des Senates daher davon auszugehen, dass im Hinblick auf die konkreten Umstände die Frage, ob die Stelle noch frei sei, als Einleitung des konkreten Bewerbungsprozesses zu beurteilen ist. In der damaligen Situation war nach Meinung des Senates für die Antragstellerin nachvollziehbar nicht erkennbar, dass es sich bei der einzigen im Geschäft anwesenden Person nicht um eine zur Annahme der Bewerbung berechtigte Person handeln könnte, zumal diese einerseits – *entgegen dem nach allgemeinen Maßstäben erwartbaren Verhalten einer unbefugten Person* – nicht zum Ausdruck gebracht hatte, zur Annahme einer Bewerbung gar nicht berechtigt zu sein, sondern andererseits der Antragstellerin inhaltlich zu deren Bewerbung gleich ablehnend kommuniziert hatte, dass diese „zu alt“ sei bzw. „man

*jemanden Jüngerer*“ suchen würde, wobei die konkrete Wortwahl im Ergebnis insofern irrelevant ist, weil mit *beiden* Formulierungen jedenfalls in einer die Antragstellerin gegenüber einer jüngerer Person schlechterstellenden Weise auf deren Lebensalter Bezug genommen wird. ... Zur im Verfahren relevanten Frage der **Zurechenbarkeit** der die Antragstellerin auf Grund ihres Alters ablehnenden Aussage der Zweitantragsgegnerin zur Sphäre der prospektiven Arbeitgeberin – der Erstantragsgegnerin – ist auszuführen, dass sich diese im Rahmen der Gehilfenhaftung des § 1313a ABGB das Verhalten der Zweitantragsgegnerin – nämlich die „*Entgegennahme*“ der Bewerbung mangels Kommunikation der Unzuständigkeit zur Entgegennahme einer solchen *samt nachfolgender Ablehnung* durch den Hinweis auf das Alter der Antragstellerin – zurechnen lassen muss. Nach Meinung des Senates wäre die Zurechenbarkeit eines solchen Verhaltens nämlich nur dann zu verneinen, wenn in der konkreten Situation für eine/n BewerberIn klar erkennbar hätte sein müssen, dass die von ihr angesprochene Person nach den *im Arbeitsleben anzulegenden Erfahrungsmaßstäben* gar nicht zur Annahme einer Bewerbung berechtigt sein kann. ... Die im vorliegenden Fall von der Zweitantragsgegnerin getätigte Aussage, dass die Antragstellerin „zu alt“ sei bzw. „jemand Jüngerer gesucht werde“, im Zusammenhang mit der Ablehnung der davor eingebrachten Bewerbung der Antragstellerin ist im Hinblick auf die von beiden Seiten geschilderte „normale“ Gesprächsatmosphäre daher noch nicht als Belästigung der Antragstellerin iSd GIBG, sondern als verpönte Ablehnung ihrer zuvor erfolgten Bewerbung zu qualifizieren, weshalb eine zusätzliche rechtliche Qualifikation dieser Aussage als Belästigung der Antragstellerin auf Grund des Alters durch die Zweitantragsgegnerin zu verneinen war.

**Ergebnis:** Diskriminierung der Antragstellerin auf Grund des Alters bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, keine Belästigung der Antragstellerin auf Grund des Alters durch die Zweitantragsgegnerin

**Vorschlag:** Zahlung eines angemessenen Schadenersatzes an die Antragstellerin

**Ergebnis bezüglich Umsetzung des Vorschlages:** Vergleichsangebot an die Antragstellerin in Höhe von 200,- Euro

## 10. GBK II/444/20

**Eingebracht:** Antragstellerin

**Antragsgegner/in:** Ausbildungseinrichtung

**Wegen:** Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit und auf Grund der Religion bei der Berufsausbildung außerhalb eines Arbeitsverhältnisses

**Verfahrensdauer:** 12 Monate

**Vorbringen/Erwiderung der Antragsgegner/in:** Im Antrag wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Antragstellerin am 8.9.2020 mit der Antragsgegnerin Kontakt aufgenommen habe, um ihr Interesse am „*Ausbildungslehrgang zur/zum Tagesmutter/Tagesvater und KinderbetreuerIn 2020/2021*“ zu bekunden. Am 14.9.2020 habe sie die Rückmeldung erhalten, einen Termin für ein persönliches Erstgespräch zu vereinbaren. ... Abgesehen davon, dass es für die Antragstellerin mit den vorhandenen Informationen nicht nachvollziehbar sei, dass ihr die Teilnahme am Ausbildungskurs nicht ermöglicht werde, könne sie auch nicht verstehen, weshalb sie keine Antwort hinsichtlich des Absagegrundes erhalten habe. Es sei bei ihr mangels anderer Begründung zunehmend die Vermutung entstanden, dass möglicherweise ihre nichtösterreichische Herkunft bzw. die Tatsache, dass sie ein muslimisches Kopftuch trage, die Gründe dafür sein könnten.

In der Stellungnahme wurde u.a. vorgebracht, dass es sich um einen Restplatz gehandelt habe, der durch Absage einer bereits aufgenommenen Teilnehmerin frei geworden sei und für den sich fünf Personen beworben hätten. ... Frau C habe zu Beginn des Gesprächs feststellen müssen, dass vom 3-seitigen Erhebungsbogen nur die erste halbe Seite von der Antragstellerin ausgefüllt worden sei. Ein nicht fertig ausgefüllter Erhebungsbogen erschwere das Gespräch, da dieser für die Antragsgegnerin den Leitfaden für das Gespräch darstelle. Ferner habe die Antragstellerin trotz entsprechender Ankündigung im Informationsblatt ihr B1-Sprachzertifikat für die deutsche Sprache nicht mitgebracht. ... Die Entscheidung sei auf eine andere Bewerberin gefallen. Die Ablehnung sei erfolgt, weil die andere Kandidatin insgesamt, vor allem auch wegen ihres C1-Zertifikats, für die deutsche Sprache geeigneter erschienen sei, besser vorbereitet gewesen sei (also alle Unterlagen beim Gesprächstermin mitgebracht habe) und darüber hinaus einen deutlichen Willen gezeigt habe, diesen Lehrgang zu absolvieren.

**Auszug aus dem Prüfungsergebnis:** Der Senat konnte – gemessen an Umständen, die im Allgemeinen zur Interpretation des Verhaltens einer Person herangezogen werden – die Interpretation des Bewerbungsauftritts der Antragstellerin durch Frau C insofern nachvollziehen, als dass ein *nicht (vollständig) ausgefüllter Bewerbungsbogen* bei einem Erstgespräch – also beim wichtigen ersten Eindruck – nicht unbedingt den Eindruck von besonderem Interesse an der Ausbildung oder den Eindruck besonderer persönlicher Sorgfalt nahelegt, was wiederum im künftigen Umgang mit Kindern durchaus als objektiv relevanter Punkt angesehen werden kann. Im zwischenmenschlichen Umgang und wie auch in Auswahlverfahren spielen u.a. solche „soften“ Faktoren bei dem von einer Person dabei vermittelten **Gesamteindruck** durchaus eine wesentliche Rolle. Letzteren zur Entscheidungsgrundlage in einer Situation wie der antragsgegenständlichen, bei dem es mehrere interessierte Personen für einen Ausbildungsplatz gibt, zu machen, erscheint dem

Senat lebensnah und sachlich gerechtfertigt. ... Der Umstand, dass Frau C in die Entscheidung über den letzten verfügbaren Ausbildungsplatz den von den Interessentinnen gewonnenen persönlichen Eindruck hat miteinfließen lassen, erscheint dem Senat aus Kenntnis von Auswahlverfahren nachvollziehbar und auch sachlich gerechtfertigt. Als problematisch anzusehen wäre eine derartige Vorgangsweise erst dann, wenn Faktoren **aus dem vom GIBG geschützten Bereich** in negativer Weise für die Entscheidungsfindung zu Ungunsten einer Person herangezogen würden. Im konkreten Fall konnte der Senat – auch im Hinblick auf die ausgewählte Person, die ebenfalls einen Migrationshintergrund hat – dafür jedoch **keine Indizien** erkennen, die den Schluss nahelegen, dass Faktoren wie die ethnische Zugehörigkeit der Antragstellerin oder deren Religion bei der Entscheidung eine die Antragstellerin benachteiligende Rolle gespielt haben könnten.

**Ergebnis:** keine Diskriminierung der Antragstellerin auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit und auf Grund der Religion bei der Berufsausbildung außerhalb eines Arbeitsverhältnisses

## 1.3 GBK-Senat III

### 1.3.1 Vorwort der Vorsitzenden von Senat III der GBK

Seit 2005 befasst sich der Senat III der Gleichbehandlungskommission mit Diskriminierungen auf Grund der ethnischen Herkunft, seit 2008 auch mit Diskriminierungen auf Grund des Geschlechts, jeweils außerhalb der Arbeitswelt, beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen im Sinne des Artikels 57 AEUV, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen einschließlich Wohnraum im Bereich der Bundeszuständigkeit. Auch im Berichtszeitraum fiel das Gros der Fälle in diesen Anwendungsbereich. Die weitergehende Zuständigkeit für das Merkmal der ethnischen Zugehörigkeit im Bereich des Sozialschutzes, einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste, bei sozialen Vergünstigungen und bei der Bildung lag auch weiterhin nicht im Fokus der Antragstellungen.

Im Jahr 2020 war die Senatstätigkeit durch die Pandemie etwas eingeschränkt, es gab auch weniger Antragstellungen die in die Zuständigkeit des Senates fielen. Weiterhin bemerkbar war die Verbreiterung der Fallkonstellationen in Ansehung des Geschlechts (Preisdiskriminierungen und sexuelle Belästigungen in unterschiedlichen Wirtschaftsbereichen) sowie der ethnischen Herkunft (Zugangsdiskriminierungen, Belästigungen bei Finanzdienstleistungen ebenso wie im Freizeitbereich). Von 16 Fällen führten letztlich nur 8 zu einer meritorischen Behandlung.

Waren 2020 noch die knappe Mehrzahl der Fälle in der ursprünglichen Zuständigkeit des Senates III auf das geschützte Merkmal der Ethnie bezogen, so betraf die Mehrzahl der Fälle des Jahres 2021 das Geschlecht, insbesondere auch wegen sexueller Belästigung (bei Veranstaltungen und in Lokalen, bei Zurverfügungstellung von Wohnraum, bei Transportdienstleistungen, bei privaten Gesundheitsdiensten, bei der Vermittlung von Reisen und im Fahrschulbereich). Von 15 Fällen waren 11 meritorisch zu behandeln.

Die Fallzahlen des Senates III stagnierten auch weiterhin im Vergleich zu den beiden anderen Senaten, wobei Abgrenzungs- und Zuständigkeitsfragen ebenso wie die zu beurteilenden Sachverhalte in den diversen Wirtschaftsbereichen stetig komplexer wurden. Auch in der neuen Zusammensetzung des Senats III konnten ungeachtet der Pandemie zeitnahe Ermittlungsverfahren durchgeführt werden, worauf die besondere Aufmerksamkeit des Senates gerichtet war. Sämtliche Antragstellungen der Vorperiode (2018 und 2019) wurden im aktuellen Berichtszeitraum einer Erledigung zugeführt und ausstehende Gutachten aufgearbeitet.

### 1.3.2 Allgemeines

Gemäß § 1 Abs. 2 Z 3 GBK/GAW-Gesetz ist der Senat III der Gleichbehandlungskommission (GBK) für die Gleichbehandlung ohne Unterschied des Geschlechts oder der ethnischen Zugehörigkeit in sonstigen Bereichen (Teil III, 1. Abschnitt GIBG) zuständig.

Mit 1. Juli 2020 wurde Frau Dr.<sup>in</sup> Maria Wais von Frau Bundesministerin MMag.<sup>a</sup> Dr.<sup>in</sup> Susanne Raab mit dem Vorsitz des Senates III und Mag. Robert Brunner mit deren Stellvertretung betraut.

Im Verlauf des Berichtszeitraums 1. Jänner 2020 bis 31. Dezember 2021 wurden insgesamt zehn Verfahren mit einem Prüfungsergebnis beendet.

Vier der im Verlauf des Berichtszeitraums anhängig gewesenen Anträge wurden in verschiedenen Verfahrensstadien zurückgezogen.

In neun Fällen erklärte sich der Senat III für unzuständig bzw. wies den Antrag zurück. Ein Verfahren wurde eingestellt.

Insgesamt wurden im Berichtszeitraum 31 Verfahren beim Senat III eingeleitet (davon wurden elf Anträge von der Gleichbehandlungsanwaltschaft eingebracht und zwei Verfahren amtsweilig eröffnet).

Im Berichtszeitraum fanden 13 Sitzungen des Senates III statt.

Mit Stand 31. Dezember 2021 waren elf Fälle offen.

Tabelle 7 Beantragte Diskriminierungstatbestände in den im Berichtszeitraum neu eingebrachten Anträgen (oftmals Mehrfachnennungen) – GBK-Senat III

| Diskriminierungsgrund   | Tatbestand   | Anzahl |
|-------------------------|--|--------|
| Ethnische Zugehörigkeit | Bildung  | 1      |
|                         | Zugang zu und Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum | 11     |
|                         | Anweisung zur Diskriminierung  | 0      |
|                         | Belästigung  | 3      |
|                         | Assoziierung   | 1      |

| Diskriminierungsgrund | Tatbestand  | Anzahl |
|-----------------------|---|--------|
|                       | Wohnraum  | 0      |
| <b>Geschlecht</b>     | Zugang zu und Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen | 8      |
|                       | Anweisung zur Diskriminierung   | 0      |
|                       | Sexuelle Belästigung  | 7      |
|                       | Geschlechtsbezogene Belästigung   | 1      |
|                       | Wohnraum  | 1      |

Tabelle 8 Im Berichtszeitraum eingebrachte Anträge nach Geschlechtern – GBK-Senat III

| Geschlecht                         | Eingebrachte Anträge |
|------------------------------------|----------------------|
| <b>Frauen</b>                      | 18                   |
| <b>Männer</b>                      | 14                   |
| <b>Frauen und Männer gemeinsam</b> | 1                    |
| <b>Gesamt</b>                      | 33                   |

Die durchschnittliche Verfahrensdauer – gemessen an den mit Prüfungsergebnissen abgeschlossenen Antragsfällen und den im Antragszeitraum in verschiedenen Verfahrensstadien zurückgezogenen Anträgen – betrug im Berichtszeitraum rund sechs Monate.

Tabelle 9 Anonymisierte, nicht exzerpierte Prüfungsergebnisse 2020 bis 2021 – GBK-Senat III

| GBK-Zahl      | Grund      | Tatbestand                   | Veröffentlichung auf Homepage (ja / nein) |
|---------------|------------|------------------------------|---|
| <b>252/19</b> | Geschlecht | Unmittelbare Diskriminierung | ja  |
| <b>261/20</b> | Geschlecht | Sexuelle Belästigung         | nein                                      |
| <b>267/20</b> | Geschlecht | Sexuelle Belästigung         | nein                                      |
| <b>270/21</b> | Geschlecht | Belästigung, Wohnraum        | nein                                      |

### 1.3.3 Durch ein Prüfungsergebnis erledigte Anträge

#### 1. GBK III/249/19

**Eingebracht:** Antragstellerin

**Antragsgegner/in:** Friseur

**Wegen:** unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts

**Verfahrensdauer:** 11 Monate

**Vorbringen/Erwiderung der Antragsgegner/in:** Die Antragstellerin habe eine Filiale der Antragsgegnerin aufgesucht. Sie habe für den eine halbe Stunde dauernden unkomplizierten Kurzhaarschnitt 53,- Euro und weitere 1,50 Euro für Haarwachs bezahlt. Die Preisliste lege nahe, dass die Antragstellerin für die gleiche Leistung 29,90 Euro (Herrens-service) bezahlt hätte, wenn sie ein Mann gewesen wäre.

Vom betroffenen Unternehmen langte zu den Vorwürfen keine Stellungnahme ein.

**Auszug aus dem Prüfungsergebnis:** Indem die Antragstellerin für die Inanspruchnahme der Dienstleistung „Shampooieren, Schneiden, Föhnen“ einen Preis in der Höhe von 53,- Euro zu bezahlen hatte, während Männer für ein „Herrens-service (inkl. Trocknen und Finish)“ einen Preis von 29,90 Euro zu bezahlen haben, wurde sie gegenüber Männern gemäß § 32 Abs. 1 leg.cit. in einer vergleichbaren Situation weniger günstig behandelt.

Die nach Geschlecht (Herren, Damen) geführten Preislisten der Antragsgegnerin bieten bis auf das „Scherenstyling“ um 29,- Euro keine namensgleichen Dienstleistungen an. Darüber hinaus wird in der Damenpreisliste zwischen der Haarlänge unterschieden (kurz, mittel, lang), was sich auch preislich auswirkt. In der Herrenpreisliste findet sich keine preisliche Unterscheidung nach der Haarlänge.

**Ergebnis:** Der Senat III bejahte die Frage einer unmittelbaren Diskriminierung auf Grund des Geschlechts durch die Antragsgegnerin iSd § 32 Abs. 1 GIBG. Das Gleichbehandlungsgebot verbietet eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen.

**Vorschlag:** Der Senat III der Gleichbehandlungskommission hält es daher für notwendig, dass die Antragsgegnerin sich mit der geltenden Rechtslage vertraut macht, das Gleichbehandlungsgesetz respektiert und in Hinkunft alle Menschen, ungeachtet ihres Geschlechts, preislich gleich behandelt.

Insbesondere sollen durch die Antragsgegnerin taugliche innerbetriebliche Strukturen zur Vermeidung von Diskriminierungen geschaffen werden, wie gründliche Schulungen der Mitarbeiter\*innen hinsichtlich aller relevanten Gesetzesmaterien, insbesondere des Gleichbehandlungsgesetzes.

## **2. GBK III/253/20**

**Eingebracht:** amtswegig

**Antragsgegner/in:** Bergbahnen

**Wegen:** unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts

**Verfahrensdauer:** 2 Monate

**Vorbringen/Erwiderung der Antragsgegner/in:** Die Antragsgegnerin habe lt. deren Website an vier Tagen im Jänner 2020 ausschließlich Frauen 50 Prozent Ermäßigung auf die Tageskarte und den Skiverleih gewährt und an den vier Folgetagen ausschließlich Männern 50 Prozent Ermäßigung auf die Tageskarte und den Skiverleih angeboten. Das jeweils andere Geschlecht habe an den oben genannten Tagen diese Ermäßigung nicht in Anspruch nehmen können.

Die Antragsgegnerin erwiderte, dass im Skigebiet im Jänner 2020 acht Aktionstage für Damen und Herren angeboten worden seien, an denen ein Nachlass von 50 Prozent auf den Tagesskipass und den Skiverleih gewährt worden sei.

Es habe je vier Ladies Days und vier Gentlemen Days gegeben an denen sowohl für Damen als auch für Herren – jedoch nur an unterschiedlichen Tagen – dieselben Ermäßigungen gewährt worden seien, die zuvor in der Werbung dementsprechend kommuniziert worden seien.

Aus diesem Grunde habe keine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts stattgefunden.

**Auszug aus dem Prüfungsergebnis:** Aus Sicht der Senates III ist im Einklang mit den Vorgaben der Richtlinie 2004/113/EG in den §§ 30 ff leg.cit. zunächst eine Erheblichkeitsschwelle eingezogen worden, die nicht von „Benachteiligung“, sondern durchgängig von „Diskriminierung“

spricht, was nach allgemeinem Sprachempfinden einen deutlich stärkeren Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen voraussetzt als eine schlichte Benachteiligung.

Konsequenterweise spricht daher auch Art. 2a der Richtlinie 2004/113/EG – der § 32 leg.cit. zugrunde liegt – von einer unmittelbaren Diskriminierung, „wenn eine Person auf Grund ihres Geschlechts in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.“

Der Richtlinienentwurf des Art. 2 a und der Gesetzestext des § 32 Abs. 1 leg.cit. drücken nach Ansicht des Senates III durch die Wortfolge, dass eine Person „[...] in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, erfahren hat oder erfahren würde“ zweifellos aus, dass der tatsächliche Zeitpunkt des Erfahrens einer „weniger günstigen Behandlung“, gleichzeitig auch die Erfüllung des Tatbestandes des § 32 leg.cit. nach sich zieht.

Auf den gegenständlichen Sachverhalt angewendet ergibt sich somit, dass an den oben genannten Tagen der Ermäßigungen für Frauen Männer weniger günstig behandelt wurden und umgekehrt.

Eine „Aufhebung“ einer bereits erfolgten Diskriminierung des einen Geschlechts durch eine relativ zeitnahe Diskriminierung des anderen Geschlechts durch dieselbe Maßnahme ist weder durch das Gleichbehandlungsgesetz noch durch die Richtlinie 2004/113/EG gedeckt oder argumentierbar.

**Ergebnis:** Der Senat III bejahte in seiner Sitzung vom 13. Februar 2020 die Frage einer unmittelbaren Diskriminierung auf Grund des Geschlechts durch das betroffene Unternehmen iSd § 32 Abs. 1 GIBG.

**Vorschlag:** Der Senat III der Gleichbehandlungskommission hält es daher für notwendig, dass das betroffene Unternehmen sich mit der geltenden Rechtslage vertraut macht, das Gleichbehandlungsgesetz respektiert und in Hinkunft alle Menschen, ungeachtet ihres Geschlechts, gleich behandelt.

Insbesondere sollen durch das betroffene Unternehmen taugliche innerbetriebliche Strukturen zur Vermeidung von Diskriminierungen geschaffen werden, wie gründliche Schulungen der Mitarbeiter\*innen hinsichtlich aller relevanten Gesetzesmaterien, insbesondere des Gleichbehandlungsgesetzes.

Ferner soll auf der Homepage des betroffenen Unternehmens ab sofort ein gut erkennbarer und dauerhafter Hinweis auf die Existenz des Gleichbehandlungsgesetzes aufgenommen

werden, sowie an derselben Stelle explizit darauf hingewiesen werden, dass niemand auf Grund des Geschlechts diskriminiert wird und dass sich Personen zur Beratung an die Gleichbehandlungsanwaltschaft wenden können.

### **3. GBK III/259/20**

**Eingebracht:** Antragsteller, GAW

**Antragsgegner/in:** Bank

**Wegen:** unmittelbare Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, des Naheverhältnisses und Anweisung zur Diskriminierung

**Verfahrensdauer:** 9 Monate

**Vorbringen/Erwiderung der Antragsgegner/in:** Die Antragsteller hätten bei der Antragsgegnerin in der Filiale ..., ein gemeinsames Girokonto eröffnen wollen. Der Antragsteller sei anerkannter Flüchtling und besitze einen Konventionsreisepass, mit dem er sich bei der Kontoeröffnung habe ausweisen wollen. Ein Mitarbeiter der Antragsgegnerin habe den Konventionsreisepass jedoch auf Grund interner Vorgaben abgelehnt und ihn aufgefordert, seinen noch in Ausstellung befindlichen österreichischen Führerschein nachzureichen, da ansonsten die Kontoeröffnung nicht abgeschlossen werden könne.

Die bereits am nächsten Tag übermittelte schriftliche Ablehnung der Kontoeröffnung sei erstens nur an die Antragstellerin gerichtet gewesen und auch nur dieser zugestellt worden. Darüber hinaus habe sie keinerlei konkrete Begründung für die Ablehnung beinhaltet.

Trotz mehrfacher Aufforderung sei der Antragsteller weder postalisch noch per E-Mail angeschrieben und über seine Ablehnung bzw. über die vorgebrachten Gründe dafür informiert worden. In der weiter geführten Korrespondenz, welche zunächst weiterhin ausschließlich an die Antragstellerin gerichtet gewesen sei, sei den Antragstellern von der Antragsgegnerin bestätigt worden, dass die Ablehnung nur den Antragsteller betreffe und es korrekt sei, dass dem Antragsteller in der Frühphase der Antragstellung fälschlicherweise kommuniziert worden sei, dass das von ihm vorgelegte Ausweisdokument nicht akzeptiert würde.

Abschließend habe die Antragsgegnerin vorgebracht, dass die Ablehnung jedoch nicht auf Grund des Konventionsreisepasses erfolgt, sondern eine negative Bonitätsprüfung des Antragstellers bei der CRIF GmbH dafür ausschlaggebend gewesen sei. Es sei jedoch nicht

nachgewiesen worden, wie überhaupt eine Bonitätsprüfung bei der CRIF GmbH habe erfolgen können, ohne dieser ein Ausweisdokument vorzuweisen, da der Konventionsreisepass weder kopiert noch in sonst einer Form entgegengenommen und der Führerschein bis dato nicht nachgereicht worden sei. Im Zuge eines problemlosen Leasingantrags bei einem Autohändler habe der Antragsteller in der Zwischenzeit eine Selbstauskunft bei der CRIF GmbH eingeholt. In der Antwort habe die CRIF GmbH erklärt, weder eine positive noch eine negative Auskunft bescheinigen zu können, da zu wenige Daten vorhanden wären.

Die Antragsgegnerin führte in ihrer Stellungnahme aus, dass die Entscheidung über die Ablehnung des Antrags der Antragsteller auf Eröffnung eines gemeinsamen Girokontos weder auf Grund des Ausweisdokuments des Antragstellers abgelehnt worden sei, noch sei seine ethnische oder kulturelle Herkunft dabei ausschlaggebend gewesen. Die Entscheidung der Antragsgegnerin, den Antrag nicht zu genehmigen, habe ausschließlich auf dem Umstand beruht, dass es dem Antragsteller an der erforderlichen CRIF-Bonität gemangelt habe.

Die Vorgehensweise der Antragsgegnerin im Rahmen der Prüfung eines Antrags auf Bewilligung einer Kontoeröffnung erfolge anhand von zwei Prüfungsschritten, die bei sämtlichen Kunden vorzunehmen seien. Dabei spiele die ethnische Zugehörigkeit oder Herkunft der jeweiligen Antragsteller überhaupt keine Rolle. Vielmehr würden hier bei allen Kunden und Kundinnen ausnahmslos die zwingenden, regulatorischen Vorgaben erfüllt:

Zum einen würde eine Bonitätsprüfung im Auftrag der Antragsgegnerin durch die CRIF GmbH durchgeführt, sowie zum anderen erfolge eine Legitimationsprüfung des antragstellenden Kunden durch die Antragsgegnerin selbst. Ergebe die Bonitätsprüfung des jeweiligen Interessenten bereits ein negatives Ergebnis, sei eine Prüfung der Legitimation nicht weiter notwendig.

**Auszug aus dem Prüfungsergebnis:** Die Voraussetzungen zur Erlangung eines Konventionsreisepasses und dessen Besitz gehen üblicherweise zwingend mit dem Merkmal einer von der österreichischen verschiedenen Herkunft einher. Dienstleistungsverweigerungen gegenüber Asylberechtigten erfüllen daher die Voraussetzung der Bezugnahme auf die ethnische Zugehörigkeit gemäß § 31 Abs. 1 leg.cit., da sie grundsätzlich auf das „Fremd-Sein“ bzw. die „Fremd-Zuschreibung“ dieser Menschen abstellen sowie an deren Abstammung und Zugehörigkeit angeknüpft wird.

Die Antragsteller wollten ein gemeinsames Haushaltskonto (ohne Überziehungsrahmen) bei der Antragsgegnerin eröffnen. Bei der elektronischen Eingabe der zur Kontoeröffnung notwendigen Daten, wurde ihnen die falsche Auskunft erteilt, dass ein Konventionsreisepass

als Legitimationsdokument nicht akzeptiert würde. Gleichzeitig wurde ihnen aber mitgeteilt, dass ein österreichischer Führerschein dafür ausreichend wäre.

Im Zuge der weiteren Bearbeitung des Kontoeröffnungsantrages hat sich ergeben, dass die Bonitätsprüfung durch die CRIF GmbH beim Antragsteller negativ beauskunftet wurde. Da beide Kontowerber aber über eine positive Bonitätsprüfung verfügen müssen, ist aus diesem Grund die beantragte Kontoeröffnung für beide abgelehnt worden.

Gespräche oder Aufklärung darüber, ob ein Girokonto bzw. Haushaltskonto bei der Antragsgegnerin nur für eine Person, oder auch gemeinsam für zwei Personen eröffnet werden kann und zu welchen Bedingungen, hat es nicht gegeben. Die Antragsgegnerin bietet ein Haushaltskonto ohne Überziehungsrahmen aber nur für eine Person und auch nur auf Nachfrage an. Elektronisch kann nur ein (auch gemeinsames) Girokonto mit Überziehungsrahmen beantragt werden.

Die Antragsgegnerin hat glaubhaft dargelegt, dass die Verweigerung der Kontoeröffnung (wie zuvor und danach) ausschließlich auf die negative Bonitätsauskunft des Antragstellers gegründet war. Ein Konnex zur ethnischen Herkunft des Antragstellers ist aus Sicht des Senates nicht gegeben. Die falsche Auskunft allein, dass Konventionsreisepässe nicht akzeptiert würden, bietet zu wenig direkten oder ausdrücklichen Bezug zur ethnischen Herkunft des Antragstellers, um eine Diskriminierung feststellen zu können. Gegen eine Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zuständigkeit spricht auch das von den Mitarbeitern der Antragsgegnerin zeitgleich geäußerte Angebot, zur Legitimation sehr wohl den Führerschein des Antragstellers akzeptieren zu wollen.

Nach Ansicht des Senates konnte daher nicht einmal der Eindruck entstehen, dass die Flüchtlingseigenschaft des Antragstellers per se das Hindernis zur Kontoeröffnung gewesen ist. Somit ist auch kein Konnex zur Rechtsstellung als Konventionsflüchtling für die Falschauskunft über die urkundlichen Voraussetzungen zur Erlangung der Dienstleistung gegeben.

**Ergebnis:** Der Senat III verneinte die Frage einer unmittelbaren Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit des Antragstellers, einer Diskriminierung auf Grund eines Naheverhältnisses und einer Anweisung zur Diskriminierung durch die Antragsgegnerin iSd § 32 Abs. 1, 3 und 4 leg.cit.

#### **4. GBK III/263/20**

**Eingebracht:** Antragsteller, GAW

**Antragsgegner/in:** Bank

**Wegen:** unmittelbare Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit

**Verfahrensdauer:** 8 Monate

**Vorbringen/Erwiderung der Antragsgegner/in:** Der Antragsteller stamme aus Syrien und halte sich seit September 2015 in Österreich auf. Seit 29. August 2016 sei er Asylberechtigter im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention. Dieser Status beinhalte ein dauerndes Einreise- und Aufenthaltsrecht in Österreich. Der Antragsteller könne sich durch einen Konventionspass der Republik Österreich mit Gültigkeit bis 28. August 2021 ausweisen. Der Antragsteller habe bei einem Möbelhaus mit einem Finanzierungskredit Möbel zu kaufen beabsichtigt. Er sei jedoch ohne Überprüfung seiner Kreditwürdigkeit abgelehnt worden. Auf telefonische Nachfrage durch eine Mitarbeiterin der des Möbelhauses bei der Partnerbank, der Antragsgegnerin, sei dem Antragsteller mitgeteilt worden, dass Personen, deren Passnummer mit einem „K“ beginne und die damit über einen Konventionsreisepass verfügen würden, nicht als kreditwürdig eingestuft würden. Als Begründung für die Ablehnung seien „Risikogründe“ genannt worden. Der Antragsteller sei über die Ablehnung seines Finanzierungswunsches sehr irritiert gewesen und habe beim Kundensupport der Antragsgegnerin per E-Mail um eine Erklärung für die Ablehnung gebeten, habe jedoch keine Antwort erhalten.

Von der Antragsgegnerin langte zu den Vorwürfen keine Stellungnahme beim Senat III der GBK ein.

**Auszug aus dem Prüfungsergebnis:** Im vorliegenden Fall wurde dem Antragsteller eine Kreditprüfung bzw. Inanspruchnahme eines Konsumkredites allein auf Grund seines Konventionsreisepasses verweigert. Die Verweigerung resultierte daraus, dass die Kreditvergaberichtlinien der Antragsgegnerin offenbar vorsehen, dass an Asylberechtigte, deren Passnummern mit „K“ beginnen, eine Kreditvergabe auf Grund eines zu hohen Risikos nicht möglich sei.

Asylberechtigten mit Konventionsreisepass (Reisedokument – Konvention vom 28. Juli 1951) stehen allerdings weitgehend dieselben Rechte zu, wie österreichischen Staatsbürgern und Staatsbürgerinnen, insbesondere ein unbefristetes Aufenthaltsrecht im österreichischen Staatsgebiet sowie der freie Zugang zum Arbeitsmarkt.

Die Voraussetzungen zur Erlangung eines Konventionsreisepasses und dessen Besitz gehen zwingend mit dem Merkmal einer von der österreichischen verschiedenen Herkunft einher. Dienstleistungsverweigerungen gegenüber Asylberechtigten erfüllen daher die Voraussetzung der Bezugnahme auf die ethnische Zugehörigkeit gemäß § 31 Abs. 1 GIBG, da

sie grundsätzlich auf das „Fremd-Sein“ bzw. die „Fremd-Zuschreibung“ dieser Personen abstellen sowie an deren Abstammung und Zugehörigkeit anknüpfen. Sie erfüllen daher den Tatbestand einer unmittelbaren Diskriminierung gemäß § 32 Abs. 1 GIBG.

**Ergebnis:** Der Senat III bejahte die Frage einer unmittelbaren Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit des Antragstellers durch die Antragsgegnerin iSd § 32 Abs. 1 leg.cit.

**Vorschlag:** Der Senat III der Gleichbehandlungskommission hält es für notwendig, dass die Antragsgegnerin sich mit der geltenden Rechtslage vertraut macht, das Gleichbehandlungsgesetz respektiert und in Hinkunft alle Menschen, ungeachtet ihrer ethnischen Zugehörigkeit, gleich behandelt.

Insbesondere sollen durch die Antragsgegnerin taugliche innerbetriebliche Strukturen zur Vermeidung von Diskriminierungen geschaffen werden, wie gründliche Schulungen der Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen hinsichtlich aller relevanten Gesetzesmaterien, insbesondere des Gleichbehandlungsgesetzes.

Ferner soll auf der Homepage des betroffenen Unternehmens (www...) ab sofort ein gut erkennbarer und dauerhafter Hinweis auf die Existenz des Gleichbehandlungsgesetzes aufgenommen werden, sowie an derselben Stelle explizit darauf hingewiesen werden, dass niemand auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit diskriminiert wird und dass sich Personen zur Beratung an die Gleichbehandlungsanwaltschaft wenden können.

Der Senat III der Gleichbehandlungskommission empfiehlt der Antragsgegnerin einen dementsprechenden Schadenersatz an den Antragsteller zu leisten.

## **5. GBK III/265/20**

**Eingebracht:** Antragsteller

**Antragsgegner/in:** Thermenbetreiber

**Wegen:** unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts

**Verfahrensdauer:** 10 Monate

**Vorbringen/Erwiderung der Antragsgegner/in:** Der Antragsteller bringt zusammengefasst vor, dass die Zurverfügungstellung eines eigenen Frauensaunabereiches in der von der Antragsgegnerin betriebenen Therme A in der Größe von 250 m<sup>2</sup> und die Saunazeiten nur für

Frauen in der Therme B eine unmittelbare Diskriminierung auf Grund des männlichen Geschlechts darstelle, da Männer durch die Bezahlung des gleichen Eintrittspreises eine Schlechterstellung erfahren würden.

Die Antragsgegnerin erläuterte, dass abweichend von den Ausführungen des Antragstellers der Saunabereich in der Therme A, der nicht von Männern genutzt werden dürfe, im Innenbereich nur 150 m<sup>2</sup> umfassen würde. Dieser beinhalte neben einem Liegebereich lediglich drei Saunaattraktionen, welche im allgemeinen Saunabereich ebenfalls vielfältig angeboten würden und somit als dupliziertes Angebot zu verstehen seien.

Insgesamt betrage die Saunagesamtfläche einschließlich des nur für Damen zugänglichen Bereichs (im Innenbereich) ca. 4.000 m<sup>2</sup>. Das Saunaticket berechtige auch zum Zutritt in die Thermenlandschaft, womit sich eine Gesamtfläche von ca. 8.000 m<sup>2</sup> ergebe. Der Spa-Bereich mit ca. 150 m<sup>2</sup> mache somit rund 1,9 Prozent der Gesamtfläche bzw. 3,8 Prozent der Saunafläche (Innenbereich) aus. Dabei seien die Außenflächen nicht berücksichtigt; deren Hinzurechnung würde den Wert nochmals drastisch reduzieren.

Der eigene Saunabereich bzw. die eigenen Saunazeiten für Damen seien geschaffen worden, da es viele Frauen gebe, die gerne eine Sauna besuchen würden, sich jedoch – aus den unterschiedlichsten Gründen – vor fremden Männern nicht unbekleidet zeigen möchten. Hintergrund sei somit der Schutz der Privat- bzw. Intimsphäre und des sittlichen Empfindens von Frauen. Im Gegensatz dazu gebe es derzeit keine Anhaltspunkte dafür, dass für Männer eine derartige Nachfrage bestehe.

Insbesondere bei Betrachtung der Gesamtfläche des Saunabereichs im Verhältnis zum Bereich der ausschließlich Frauen zugänglich sei, sei der verhältnismäßig gelindeste Weg dieses Ziel zu erreichen, gewählt worden.

Die Saunaöffnungszeiten in der Therme B seien von 11.00 – 24.00 Uhr (Montag bis Mittwoch, Freitag bis Sonntag). Am Donnerstag würde von 9.00 – 13.00 Uhr die Damensauna angeboten (ab 13.00 – 24.00 erneut gemischter Betrieb). Daraus ergebe sich, dass von insgesamt 93 Öffnungsstunden pro Woche lediglich 4 Stunden auf die exklusiv für Damen geöffnete Zeit entfallen würden. Dies seien rund 4 Prozent.

**Auszug aus dem Prüfungsergebnis:** Die Vergleichbarkeit der Situation ist gegeben, da Männern allein auf Grund des Geschlechts der Zugang zu Frauenbereichen bzw. die Benützung der Sauna zu gewissen Zeiten untersagt wird und sie nur deswegen nicht den gesamten zur Verfügung stehenden Saunabereich nutzen können.

Dies bedeutet zunächst, dass Männer, insbesondere durch die Leistung des gleichen Eintrittspreises, eine weniger günstige Behandlung als Frauen erfahren und deshalb eine Ungleichbehandlung von Männern gegenüber Frauen vorliegt.

Es ist daher weiter zu prüfen, ob diese Ungleichbehandlung unter die Ausnahmebestimmung des § 33 leg.cit. zu subsumieren ist. Gemäß § 33 leg.cit. ist die Bereitstellung von Gütern oder Dienstleistungen ausschließlich oder überwiegend für ein Geschlecht, somit eine geschlechtermäßige Ungleichbehandlung, dann keine Diskriminierung, wenn diese (Ungleich)behandlung durch ein rechtmäßiges Ziel gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich sind.

In Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 2004/113/EG wird unter anderem der Schutz der Privatsphäre und des sittlichen Empfindens als ein legitimes Ziel genannt, wonach eine unterschiedliche Behandlung von Männern und Frauen gerechtfertigt sein kann.

Die Antragsgegnerin konnte überzeugend darlegen, dass die Bereitstellung von Frauenbereichen bzw. von für Frauen exklusiven Öffnungszeiten – unter den zur Verfügung stehenden Möglichkeiten – das geeignetste und auch ein erforderliches Mittel zur sicheren Hintanhaltung von Belästigungen im Rahmen der Erbringung ihrer Dienstleistung darstellt, um einem Bedürfnis jener Frauen zu entsprechen, die auf Grund ihres sittlichen Empfindens bzw. negativer Vorerfahrungen vor einem gemeinsamen Saunaerlebnis mit Männern Scheu empfinden und die Dienstleistung sonst nicht in Anspruch nehmen könnten.

Die Bereitstellung von Frauenbereichen und exklusiven Frauenzeiten ist nach Ansicht des Senates III geeignet, den Schutz der Privatsphäre und des sittlichen Empfindens zu erreichen, den Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 2004/113/EG erlaubt. Frauen wird damit die Möglichkeit geboten, sich an einen Ort zurückzuziehen, an dem keine Belästigungen durch Männer oder Beeinträchtigungen ihres sittlichen Empfindens erfolgen können.

Auch ist das Mittel zur Erreichung des Ziels angemessen. Dazu wird festgestellt, dass Angemessenheit sowohl nach quantitativen als auch nach qualitativen Kriterien geprüft werden kann. Die Angemessenheit resultiert im gegenständlichen Fall daraus, dass durch die Einrichtung von Frauenbereichen bzw. exklusive Frauenöffnungszeiten – welche ca. 3,75 Prozent der Gesamtfläche eines Saunabereichs einnehmen oder ca. 4 Prozent der Wochenöffnungszeiten – Männern kein gravierender Nachteil entsteht. Dies gilt auch in finanzieller Hinsicht für den gleichhohen Preis der Jahreskarte für Frauen und Männer, zumal sich die Preisgestaltung in der Branche nicht aliquot nach der Anzahl der verfügbaren m<sup>2</sup> oder der Saunaattraktionen bzw. Öffnungstunden errechnet, und Schließzeiten bzw. renovierungs- oder reinigungsbedingter Ausfall von Attraktionen oder Flächen von unter 5

Prozent des Gesamtangebots als unerheblicher Mangel auch keine Preisminderung nach sich ziehen. Es kann daher vom Senat auch keine Preisdiskriminierung auf Grund des Geschlechts erkannt werden.

Schließlich ist die Einrichtung von Frauenbereichen auch erforderlich, um Frauen einen adäquaten Schutz vor Belästigungen bzw. der Privatsphäre zu gewährleisten.

**Ergebnis:** Der Senat III verneinte die Frage einer unmittelbaren Diskriminierung auf Grund des Geschlechts.

## **6. GBK III/266/20**

**Eingebracht:** Antragsteller, GAW

**Antragsgegner/in:** Arzt

**Wegen:** unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts

**Verfahrensdauer:** 6 Monate

**Vorbringen/Erwiderung der Antragsgegner/in:** Der Antragsteller habe zum Zwecke einer Vorsorgeuntersuchung die Praxis des Antragsgegners aufgesucht. Der Antragsgegner habe ihn im Zuge des Gesprächs informiert, dass ein Paket mit zusätzlichen Blutuntersuchungen 65,- Euro kosten würde. Frauen würde der Antragsgegner für dieses Paket 50,- Euro verrechnen. Der Preisunterschied erkläre sich durch die zusätzliche Abfrage von Prostatawerten, welche aber altersbedingt beim Antragsteller medizinisch noch nicht notwendig sei. Das Paket ohne Prostatawerte – welches sinnvollerweise für Frauen gelte – würde Männern aber nicht angeboten. Somit entstünden für Männer Mehrkosten von 30 Prozent, die nur gerechtfertigt erscheinen würden, sofern zusätzlich Prostatawerte abgefragt würden.

Die Frage des Antragstellers, ob er das Paket zum selben Preis wie Frauen bekommen könne, habe der Antragsgegner verneint.

Der Antragsgegner erläuterte, dass es sich um ein im Sinne der Vorsorge möglichst umfassendes vom Antragsgegner unter medizinischen Aspekten sinnvoll zusammengestelltes Paket handle, das eine ärztliche Gesamteinschätzung des Gesundheitszustands ermöglichen solle und in Bezug auf die Bestimmung des PSA-Werts (Prostata spezifisches Antigen) auf die physiologischen Gegebenheiten beim Mann eingehe.

Es stelle keine Diskriminierung dar, in dem Sinn, dass für die gleiche Leistung ein unterschiedlicher Preis verrechnet würde. Vielmehr würde eine erweiterte Leistung auf Grund der anatomisch unterschiedlichen Organausstattung bei Männern durchgeführt. Mit dieser erweiterten Leistungserbringung würde ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt verfolgt, nämlich einen auffälligen PSA-Wert abzuklären.

Für den Patienten würden keine zusätzlichen körperlichen oder zeitlichen Belastungen entstehen, da es sich um eine weitere Bestimmung bei einer ohnehin schon vorgenommenen Blutabnahme handle und diese im Sinne der Befundbesprechung durchgegangen würde; 15,- Euro seien dem Arbeits- und Materialaufwand angemessen.

**Auszug aus dem Prüfungsergebnis:** Die vom Antragsgegner für Frauen und Männer angebotenen Zusatzpakete unterscheiden sich inhaltlich nur hinsichtlich der nur für Männer vorgesehenen zusätzlichen Bestimmung des PSA-Werts. Männer können aber das Zusatzpaket für Frauen (ohne PSA-Wert) nicht in Anspruch nehmen (auch wenn die Bestimmung des PSA-Werts weder indiziert noch erwünscht ist). Nach Aussage des Antragsgegners liege der Grund darin, dass ansonsten die Finanzierbarkeit des günstigeren Zusatzpakets für Frauen nicht mehr gegeben wäre. In gewisser Weise würden Männer mehr bezahlen, um die Zusatzpakete der Frauen zu finanzieren.

Eine auf dem Geschlecht beruhende Querfinanzierung für gleiche Leistungen ist sowohl vom Gleichbehandlungsgesetz als auch vom europäischen Richtlinienrecht aber untersagt. Es ist rechtlich nicht zulässig, gleiche Leistungen für Frauen und Männer zu einem unterschiedlichen Preis anzubieten. Jedes Geschlecht muss die angebotene Leistung zum selben Preis in Anspruch nehmen können.

Eine (preisliche) Differenzierung ist im gegenständlichen Fall nur hinsichtlich der Zusatzuntersuchung des PSA-Werts zulässig, weil dieser aus biologischen Gründen nur beim männlichen Geschlecht bestimmt werden kann.

Das Ausschließen des männlichen Geschlechts von der Inanspruchnahme des Zusatzpakets für Frauen zum Preis von 50,- Euro (ohne PSA-Wert) stellt daher eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots durch eine unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts dar. Wirtschaftliche Gründe können keine Rechtfertigung für diskriminierendes Verhalten darstellen.

**Ergebnis:** Der Senat III bejahte die Frage einer unmittelbaren Diskriminierung auf Grund des Geschlechts.

**Vorschlag:** Der Senat III der Gleichbehandlungskommission hält es für notwendig, dass der Antragsgegner sich mit der geltenden Rechtslage vertraut macht, das Gleichbehandlungsgesetz respektiert und in Hinkunft alle Menschen, ungeachtet ihres Geschlechts, preislich gleichbehandelt.

Insbesondere sollen durch den Antragsgegner taugliche innerbetriebliche Strukturen zur Vermeidung von Diskriminierungen geschaffen werden, wie gründliche Schulungen hinsichtlich aller relevanten Gesetzesmaterien, insbesondere des Gleichbehandlungsgesetzes zur geschlechtsneutralen Preisgestaltung.

Ferner soll auf der Homepage des Antragsgegners (www....at) ab sofort ein gut erkennbarer und dauerhafter Hinweis auf die Existenz des Gleichbehandlungsgesetzes aufgenommen werden, sowie an derselben Stelle explizit darauf hingewiesen werden, dass niemand auf Grund des Geschlechts diskriminiert wird und dass sich Personen zur Beratung an die Gleichbehandlungsanwaltschaft wenden können.

## 2 Bericht des Bundesministeriums für Arbeit und Wirtschaft

### 2.1 Gleichbehandlungsgesetz und GBK/GAW-Gesetz

In den Jahren 2020 und 2021 wurde das Gleichbehandlungsgesetz einmal novelliert.

Mit Bundesgesetz BGBl. I Nr.16/2020 (2. COVID-19-Gesetz) wurde im Gleichbehandlungsgesetz der Fortlauf der 14-tägigen Fristen zur Anfechtung von diskriminierenden Kündigungen und Entlassungen, die am 16. März bereits zu laufen begonnen hatten oder an diesem Tag zu laufen begannen, bis zum 30. April 2020 gehemmt. Auf Grund der damaligen COVID Situation (Lockdown) war es für Betroffene unzumutbar, innerhalb der kurzen Anfechtungsfristen tätig werden zu müssen.

Das GBK/GAW-Gesetz wurde in diesem Zeitraum nicht geändert.

### 2.2 Vollziehung des Gleichbehandlungsgesetzes durch die Gerichte

Verletzungen des Gleichbehandlungsgesetzes können nicht nur bei der Gleichbehandlungskommission, sondern unmittelbar bei Gericht geltend gemacht werden, wobei Gleichbehandlungskommission und Gericht unabhängig voneinander angerufen werden können. Eine systematische Erfassung der zum Gleichbehandlungsgesetz ergangenen Entscheidungen liegt nicht vor, v. a. hinsichtlich der erstinstanzlichen Urteile. Das Fehlen von gerichtlichen Entscheidungen ist auch darauf zurückzuführen, dass auf Initiative der Anwaltschaft für Gleichbehandlung bzw. der Gleichbehandlungskommission oft schon vor einem Verfahren ein Vergleich abgeschlossen wird.

Bei den dem Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft bekannten Entscheidungen handelt es sich im Wesentlichen um richtungsweisende Erkenntnisse des Obersten Gerichtshofes.

Dem Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft sind folgende Entscheidungen aus den Jahren 2020 und 2021 bekannt:

## 2.2.1 Diskriminierung auf Grund des Geschlechts

### 1. Diskriminierung bei der Festsetzung des Entgelts (§ 3 Z 2 GIBG)

#### OGH 8 ObA 95/20h vom 25. Juni 2021

Der gegenständliche Fall befasste sich mit der Frage der Verjährung der Berechnung des Zielübertragungsbetrags (versicherungsmathematisch ermittelter Beitrag, der für jede Mitarbeiterin bzw. jeden Mitarbeiter in die Pensionskasse einbezahlt wird) im Rahmen der Umwandlung eines Betriebspensionssystems im Form einer direkten Leistungszusage in ein beitragsorientiertes System. Während im System der direkten Leistungszusage nicht zwischen weiblichen und männlichen Mitarbeitern differenziert wurde, erfolgte die Berechnung des Zielübertragungsbetrags für Männer und Frauen mit denselben Parametern, allerdings wurden bei Frauen das frühe Pensionsantrittsalter und die damit in der Regel verbundene geringe ASVG-Pension berücksichtigt.

Im Zuge der Umstellung gab es umfangreiche Informationsveranstaltungen. Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter erhielten Informationsschreiben und Broschüren. Aus diesen ergab sich, dass auf die Gesamtpension abgestellt wird und die ASVG-Pension einen wesentlichen Parameter darstellt. Es wurde auch die Zielübertragungsberechnung erklärt.

Hinsichtlich der Frage der Verjährung von Ansprüchen nach § 12 Abs. 2 GIBG verweist der Oberste Gerichtshof auf seine Rechtsprechung zu diesem Thema. Danach hat eine Arbeitnehmerin bzw. ein Arbeitnehmer, die bzw. der ein geringeres Entgelt als eine Arbeitnehmerin bzw. ein Arbeitnehmer des anderen Geschlechts erhält, gegenüber der Arbeitgeberin bzw. dem Arbeitgeber einen Anspruch auf Bezahlung der Differenz und eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung. Der Entgeltbegriff ist dabei weit zu verstehen.

Da alle Formen von Betriebsrenten und Betriebspensionen unter den weiten Entgeltbegriff des Art. 157 AEUV bzw. des GIBG fallen, gilt dies auch für den verfahrensgegenständlichen, mit Entgeltdiskriminierung begründeten Anspruch auf Erbringung eines nachträglichen Deckungserfordernisses, zumal das vom Arbeitgeber in die Pensionskasse zu leistende Deckungserfordernis inhaltlich nichts anderes ist, als eine vorweggenommene Pensions- und damit Entgeltzahlung.

Gemäß § 15 Abs. 1 letzter Satz GIBG gilt für die Geltendmachung von Ansprüchen nach § 12 Abs. 2 GIBG die dreijährige Verjährungsfrist des § 1486 ABGB. Die Verjährung beginnt grundsätzlich mit dem Zeitpunkt zu laufen, in welchem das Recht „zuerst hätte ausgeübt werden

können“, seiner Geltendmachung also kein rechtliches Hindernis – z. B. mangelnde Fälligkeit – mehr entgegensteht.

Bei Schadenersatzansprüchen beginnt die dreijährige Verjährungsfrist zum Zeitpunkt der Kenntnis von Schaden und Schädiger. Diese wird dann angenommen, wenn der Geschädigte die für die erfolgsversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen ohne nennenswerte Mühen in Erfahrung bringen kann. Dies gilt als in dem Zeitpunkt erlangt, in welchem sie ihm bei angemessener Erkundigung zuteil geworden wäre. Dabei ist auf die Umstände des konkreten Falls abzustellen.

In den Informationsbroschüren wurde die Art der Pensionsberechnung und die dafür heranzuziehenden Parameter offengelegt, darunter das Geschlecht und das Pensionsantrittsalter. Auch kann als allgemein bekannt vorausgesetzt werden, dass das Pensionsantrittsalter nach dem ASVG für Männer und Frauen unterschiedlich ist und die damit regelmäßig bei Frauen geringeren Pensionszeiten auch zu einem geringeren Pensionsanspruch nach dem ASVG führen.

Ist aber die geschlechtsspezifische Berechnung ausreichend offengelegt, ist schon für den Zeitpunkt der Zielübertragung von einer ausreichenden Erkennbarkeit der daraus folgenden, behaupteten Diskriminierung auszugehen. Insoweit sind auch auf Schadenersatz gestützte Ansprüche verjährt.

## **2. Diskriminierung bei den sonstigen Arbeitsbedingungen (§ 3 Z 6 GIBG)**

### **OGH 9 ObA 121/19p vom 25. Mai 2020**

Die gegenständliche Entscheidung erging im Rahmen eines Verfahrens gemäß § 54 Abs. 2 ASGG.

Gemäß der Pausenregelung im Anhang für das Bundesland Kärnten des Kollektivvertrages des Österreichischen Roten Kreuzes erhalten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit einer Tagesarbeitszeit von acht Stunden eine bezahlte Pause von 30 Minuten, die auf die Arbeitszeit anzurechnen ist; Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit einer kürzeren Tagesarbeitszeit oder geteilten Diensten hingegen nicht.

Der Antrag stellende Österreichische Gewerkschaftsbund – Gewerkschaft vida – machte geltend, dass diese Pausenregelung eine mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts darstellt.

Der Oberste Gerichtshof führt dazu aus, dass eine mittelbare Diskriminierung dann vorliegt, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einem Geschlecht angehören, in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.

Vergleicht man nun die Personen, die acht Stunden Tagesarbeitszeit aufweisen und solche, die über sechs aber unter acht Stunden Tagesarbeitszeit aufweisen, so steht beiden Gruppen nach dem AZG eine Erholungspause von mindestens 30 Minuten zu. Es wird jedoch nur der ersten Gruppe diese Erholungspause bezahlt und auf die Arbeitszeit angerechnet. Damit ist die Gruppe der Beschäftigten, die zwischen sechs und acht Stunden arbeiten, gegenüber der Gruppe der Personen, die eine Tagesarbeitszeit entsprechend der Normalarbeitszeit aufweisen, objektiv benachteiligt.

Eine sachliche Rechtfertigung liegt nach Ansicht des Obersten Gerichtshofes nicht vor.

Davon ausgehend, dass diese Ungleichbehandlung überwiegend zu Lasten von Teilzeitbeschäftigten wirkt und damit überwiegend Frauen trifft, führt das bei solchen Beschäftigten, wenn sie mehr als sechs und weniger als acht Stunden arbeiten, zu einer unsachlichen Ungleichbehandlung von Teilzeitbeschäftigten und einer mittelbaren Diskriminierung von Frauen. Die Regelung stellt somit eine mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts dar.

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, deren Gesamtdauer der Tagesarbeitszeit nicht mehr als sechs Stunden beträgt, haben nach dem AZG keinen Anspruch auf eine Ruhepause. Da die Ruhepause der Erholung der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers dient, ist bereits objektiv eine Notwendigkeit für eine Pause erst nach einer bestimmten Dauer der Arbeitsleistung anzunehmen. Wenn das AZG in Übereinstimmung mit Art. 4 der Richtlinie 93/104/EG diesen Zeitraum mit sechs Stunden Arbeitsleistung annimmt, ist das jedenfalls sachlich gerechtfertigt. Auf Grund dieser sachlichen Rechtfertigung verneint der Oberste Gerichtshof hier eine Diskriminierung.

Der Oberste Gerichtshof verneint auch eine Diskriminierung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die geteilte Dienste verrichten, weil ihre Wegzeiten zwischen Einsatz- und Wohnort zwischen den Arbeitsblöcken zur Hälfte als Arbeitszeit angerechnet und bezahlt werden. Somit erfolgt die Abgeltung und Anrechnung der Pausen dieser Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach einem anderen System; sie sind dadurch aber nicht schematisch benachteiligt.

### 3. Diskriminierung bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (§ 3 Z 7 GIBG)

#### a) OGH 9 ObA 110/21y vom 25. November 2021

§ 12 GIBG weist den verschiedenen Formen der Verletzung des Gleichbehandlungsgebots – zu denen auch Fälle einer sexuellen Belästigung iSd § 6 Abs. 1 GIBG zählen – Rechtsfolgen zu. Die in § 12 Abs. 12 erster Satz GIBG statuierte Beweiserleichterung einer Glaubhaftmachung erfasst dazu alle Diskriminierungstatbestände, womit auch ein Verstoß gegen das Verbot der unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung auf Grund des Geschlechts in der Situation bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses umfasst ist.

Im konkreten Fall manifestierte sich die Diskriminierung der Arbeitnehmerin dadurch, dass sie von der Arbeitgeberin wegen der Geltendmachung von Ansprüchen nach diesem Gesetz – hier das Verlangen nach einer angemessenen Abhilfe gegen die sexuelle Belästigung eines Dritten gekündigt wurde. Diesen Zusammenhang hat die Arbeitnehmerin auch glaubhaft gemacht.

Mit dem Tatbestand der „Geltendmachung von Ansprüchen“ wird insofern nur das Bemühen des Gesetzgebers unterstrichen, die Beendigungsdiskriminierung möglichst umfassend zu regeln. Dass § 12 Abs. 12 GIBG die „nicht offenbar unberechtigte Geltendmachung von Ansprüchen nach diesem Gesetz“ nicht wiederholt, ist daher im Hinblick auf das Beweismaß der Glaubhaftmachung unschädlich, weil die folgende Kündigung der Arbeitgeberin bzw. des Arbeitgebers schon einen Diskriminierungstatbestand als solchen verwirklichen kann. Das war hier nach dem Beweismaß der Glaubhaftmachung der Fall.

Das Gericht folgt dem Argument der Arbeitgeberin, allenfalls bestehende Ansprüche der Arbeitnehmerin erfüllt bzw. nicht bestritten zu haben, wodurch entsprechend der ständigen Rechtsprechung zu § 105 Abs. 3 Z 1 lit. i ArbVG der Tatbestand des dieser Bestimmung nachgebildeten § 12 Abs. 7 erster Satz, zweiter Fall GIBG nicht erfüllt sei, nicht.

Auch wenn der Anfechtungstatbestand des § 12 Abs. 7 erster Satz, zweiter Fall GIBG dem allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Motivkündigungsschutz des ArbVG ähnlich sein mag, ist nicht zu übersehen, dass § 12 Abs. 7 erster Satz, zweiter Fall GIBG das in § 105 Abs. 3 Z 1 lit. i ArbVG enthaltene Tatbestandsmerkmal „in Frage gestellt“ nicht enthält. Bei der Beendigungsanfechtung nach § 12 Abs. 7 erster Satz, zweiter Fall GIBG wird es zwar in der Praxis vielfach um „in Frage gestellte Ansprüche“ nach diesem Gesetz gehen, es kommt aber nach dieser Bestimmung nicht darauf an, ob die nicht offenbar unberechtigt geltend gemachten Ansprüche von der Arbeitgeberin bzw. vom Arbeitgeber in Frage gestellt werden oder nicht. Folglich ist nicht entscheidungswesentlich, dass die Arbeitgeberin die – hier auf Abhilfe gerichteten – Ansprüche der Arbeitnehmerin nicht bestritten haben mag.

**b) OLG Wien 7 Ra 45/21w vom 28. Oktober 2021**

Der Ehemann der Arbeitnehmerin war der alleinige Geschäftsführer des Arbeitgebers der Arbeitnehmerin. Nachdem sich das Verhältnis der Ehepartner verschlechterte und Gespräche über eine Scheidung stattfanden, wurde die Arbeitnehmerin vom Arbeitgeber gekündigt. Die Arbeitnehmerin machte daraufhin eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend.

Das Gericht sah jedoch keinen Diskriminierungstatbestand des GIBG erfüllt. Weder das Merkmal Geschlecht noch jenes des Familienstandes war ausschlaggebend für die Kündigung. Berücksichtigt man die Möglichkeit eingetragener Partnerschaften und Ehen unter gleichgeschlechtlichen Personen, ist davon auszugehen, dass auch solche Personen in derselben Situation eine gleichartige Behandlung erfahren hätten. Ebenso unerheblich ist in diesem Zusammenhang der Familienstand, weil die Kündigung auf Grund des scheidungs- bzw. trennungsbedingten Streitigkeiten erfolgte und nicht, weil die Arbeitnehmerin noch nicht oder gerade schon geschieden war.

Schutzzweck der Regelungen des GIBG ist, eine Benachteiligung auf Grund der in § 3 GIBG genannten Merkmale zu verhindern, nicht aber Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer jedenfalls vor den Folgen privater Beziehungstreitigkeiten zu schützen. Ob die Kündigung der Arbeitnehmerin allenfalls auf Grund eines von der Rechtsordnung gebilligten Motivs erfolgte und ob sie im unternehmerischen Interesse erfolgte, kann dahingestellt bleiben, weil eine der im § 3 GIBG zuzuordnende Benachteiligung bei der Beendigung des Dienstverhältnisses nicht vorliegt.

**c) OLG Wien 9 Ra 76/21v vom 25. August 2021**

Im gegenständlichen Fall wurde eine Arbeitnehmerin gekündigt, nachdem die Arbeitgeberin von deren Fehlgeburt erfuhr.

§ 5 Abs. 1 GIBG bestimmt, dass eine unmittelbare Diskriminierung dann vorliegt, wenn eine Person auf Grund ihres Geschlechts in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Auch wenn nicht das Geschlecht, sondern andere Kriterien für eine weniger günstige Behandlung herangezogen werden, die aber nur von einem Geschlecht erfüllt werden können, wie etwa eine Schwangerschaft, stellt dies eine unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts dar. Insbesondere wird eine unzulässige unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts angenommen, wenn der maßgebliche Grund für eine Kündigung in der konkreten Annahme der Arbeitgeberin bzw. des Arbeitgebers liegt, dass eine Arbeitnehmerin bald schwanger wird.

Nach dem festgestellten Sachverhalt wurde die Arbeitnehmerin deswegen gekündigt, weil die Arbeitgeberin die Gewissheit erlangte, dass die Arbeitnehmerin schwanger war, und sie befürchtete, dass in der Zukunft erneut eine Schwangerschaft eintreten könnte. Ein anderes Motiv gab es nicht. Das Gericht ging hier vom Vorliegen eines diskriminierenden Kündigungsmotivs aus.

#### **d) OGH 9 ObA 147/19m vom 26. Februar 2020**

Ist ein befristetes, auf die Umwandlung in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis angelegtes Arbeitsverhältnis wegen des Geschlechts der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers oder wegen der nicht offenbar unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen nach diesem Gesetz durch Zeitablauf beendet worden, so kann auf Feststellung des unbefristeten Bestehens des Arbeitsverhältnisses geklagt werden oder, wenn die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer die Beendigung gegen sich gelten lässt, hat sie bzw. er Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens und auf eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung. Dies ist dann der Fall, wenn aus sachlichen Gründen der Arbeitsvertrag zwar zunächst nur befristet abgeschlossen wurde, aber von vorneherein auf die Umwandlung in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis angelegt war, und nur aus diskriminierenden Gründen nicht verlängert wird, z. B. weil die Arbeitnehmerin im befristeten Arbeitsverhältnis schwanger geworden ist.

Der Oberste Gerichtshof kam im konkreten Fall jedoch zum Ergebnis, dass das Arbeitsverhältnis der Arbeitnehmerin als Restaurantfachfrau ohne Inkasso deshalb befristet abgeschlossen worden sei, um urlaubsbedingte Abwesenheiten im Hotelbetrieb der Arbeitgeberin in den Sommermonaten Juni bis Ende August abzudecken. Eine Umwandlung des befristet abgeschlossenen Arbeitsverhältnisses in ein unbefristetes sei der Arbeitnehmerin auch nicht in Aussicht gestellt worden. Die nach Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses der Arbeitnehmerin frei gewordene Stelle sei von der Arbeitgeberin nicht nachbesetzt worden.

Der Anspruch der Arbeitnehmerin auf Schadenersatz wegen einer Diskriminierung bei der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses wurde daher abgewiesen.

Jedoch wurde der türkischstämmigen Arbeitnehmerin im Verfahren ein Schadenersatz in Höhe von 1.000,- Euro wegen einer Belästigung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit zugesprochen, da eine Vorgesetzte der Arbeitnehmerin auf deren Information hin, dass sie im Urlaub in der Türkei ihren türkischen Verlobten geheiratet habe, im Kollegenkreis den Verdacht äußerte, dass es sich vielleicht um eine Zwangsheirat handle und die Arbeitnehmerin von Kolleginnen und Kollegen nach Verbreitung dieses Gerüchts auf diesen Verdacht auch angesprochen wurde.

#### 4. Diskriminierung wegen sexueller Belästigung (§ 6 GIBG)

##### a) OGH 8 ObA 6/21x vom 17. Dezember 2021

Im gegenständlichen Fall war die Arbeitnehmerin ca. ein Jahr als wissenschaftliche Mitarbeiterin, danach als Rechtsanwaltsanwärtlerin bei einem Rechtsanwalt beschäftigt. Mit der Zeit hatte sie den Eindruck, dass er an ihr als Frau interessiert sei, was ihr unangenehm war, sie aber nicht ansprach. Sie kritisierte den Umstand, dass ihr kein eigenes Zimmer zugewiesen worden sei, vermisste Anerkennung und bat schließlich um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Dafür sah der Rechtsanwalt zunächst keinen Anlass, bis ihn ihre E-Mail erreichte, in der sie ihm Flirtverhalten vorwarf. Daraufhin sprach er die Kündigung samt Freistellung aus.

Sexuelle Belästigung i.S.d. § 6 Abs. 2 Z 1 GIBG liegt vor, wenn ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten gesetzt wird, das die Würde einer Person beeinträchtigt oder dies bezweckt, für die betroffene Person unerwünscht, unangebracht oder anstößig ist und eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betroffene Person schafft oder dies bezweckt. Die Frage, ob ein Verhalten die Kriterien der sexuellen Belästigung nach diesen Bestimmungen erfüllt, ist einzelfallbezogen zu prüfen.

Nach Ansicht des Obersten Gerichtshofes stellt das Verhalten des Arbeitgebers, der die Französischkenntnisse der Arbeitnehmerin lobte und zu ihr scherzhaft sagte "Sie müssen nicht vor mir knien" als sie – im Rahmen einer Arbeitssitzung – aus Müdigkeit eine hockende Haltung eingenommen hatte, kein die sexuelle Sphäre berührendes Verhalten dar. Auch das einmalige zufällige Berühren des Gesäßes durch den Arbeitgeber und eine kurzfristige Annäherung, als er sich auf die Armlehne des Fauteuils setzte, in dem sie gerade saß, beanstandete das Gericht nicht. Bei einem generell lockeren Verhältnis wie zwischen diesen Parteien, das auch vom selbstbewussten Auftreten der Arbeitnehmerin und dem wechselseitigen Spaß an pointierten Formulierungen geprägt war, sei das noch keine sexuelle Belästigung.

Als sexuelle Belästigung erachtete das Gericht jedoch die Situation, als die Arbeitnehmerin den Pudel der Lebensgefährtin ihres Arbeitgebers auf dem Bauch streichelte und zu ihrem Arbeitgeber meinte, dass der Pudel zutraulich sei. Der antwortete darauf, die Tanzpartner der Arbeitnehmerin seien wohl auch zutraulich und würden wohl auch "alle Körperteile entgegenstrecken". Für diese Äußerung wurden der Arbeitnehmerin 1.000,- Euro an Entschädigung zugesprochen.

Eine Verletzung des Benachteiligungsverbots gemäß § 12 Abs. 7 GIBG sah das Gericht darin verwirklicht, dass die Arbeitnehmerin auf Grund ihrer Beschwerde gegen das Flirtverhalten gekündigt und freigestellt wurde. Dafür wurde ihr Schadenersatz in Höhe von 1.000,- Euro

zugesprochen. Schließlich wurden ihr weitere 1.500,- Euro für die Kränkung darüber zugesprochen, dass sie wegen ihrer Beschwerde und gerade nicht auf Grund des eigenen Wunsches gekündigt wurde.

#### **b) OLG Wien 10 Ra 90/21k vom 27. Oktober 2021**

Äußert sich ein Vorgesetzter zu seiner Mitarbeiterin auf die Frage, wo sie sich für ihren Dienst umziehen könne, mit den Worten „Zieh dich doch gleich hier um, damit man dich gleich buchen kann!“, liegt ein der sexuellen Sphäre zuzurechnendes, völlig unangebrachtes Verhalten vor, das eine angemessene Reaktion des Arbeitgebers erfordert. Hat dieser den Vorgesetzten aber nur ermahnt und trotz dessen Weigerung, sich zu entschuldigen, eine Kündigung von vornherein ausgeschlossen, sodass die Arbeitnehmerin das Dienstverhältnis beendete, ist ein Schadenersatz für die erlittenen persönlichen Beeinträchtigungen der Arbeitnehmerin in Höhe von 1.500,- Euro angemessen.

#### **c) OGH 9 ObA 19/21s vom 29. April 2021**

In vorliegendem Fall qualifizierte das Gericht eine – im Revisionsverfahren nicht mehr strittige – sexuelle Belästigung durch den ehemaligen Geschäftsführer und „Seniorchef“ einer als Familienunternehmen geführten GmbH als sexuelle Belästigung durch die Arbeitgeberin nach § 6 Abs. 1 Z 1 GIBG. Der Arbeitnehmerin wurde im Verfahren ein immaterieller Schadenersatz in Höhe von 10.000,- Euro zugesprochen.

Gemäß § 6 Abs. 1 Z 1 GIBG liegt eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts vor, wenn eine Person von der Arbeitgeberin bzw. vom Arbeitgeber selbst sexuell belästigt wird.

Nach herrschender Rechtsprechung hat eine juristische Person für die sexuelle Belästigung durch ihr Vertretungsorgan (z. B. Geschäftsführerin bzw. Geschäftsführer einer GmbH) gemäß § 6 Abs. 1 Z 1 GIBG einzustehen. Sie haftet als Arbeitgeberin für eine sexuelle Belästigung im Sinne des § 6 Abs. 1 Z 1 GIBG aber auch dann, wenn die Belästigerin bzw. der Belästiger, ohne Organ zu sein, kraft ihrer bzw. seiner Befugnisse und ihrer bzw. seiner Stellung gegenüber den anderen Dienstnehmerinnen und Dienstnehmern als zur selbständigen Ausübung von Unternehmer- und insbesondere Arbeitgeberfunktionen berechtigt ist und die sexuelle oder geschlechtsbezogene Belästigung damit in einem inneren Zusammenhang steht.

Im Anlassfall sind die von der Rechtsprechung entwickelten Zurechnungskriterien erfüllt. Der spätere Belästiger war zwar nicht mehr Vertretungsorgan der Arbeitgeberin, wurde jedoch schon beim Vorstellungsgespräch im Beisein des handelsrechtlichen Geschäftsführers der Arbeitgeberin (Sohn des Belästigers) als eine Person mit leitenden Aufgaben im Unternehmen

präsentiert. Die Arbeitnehmerin sollte als seine „Chefsekretärin“ fungieren. Damit war auch klargestellt, dass der Belästiger „der Chef“ oder zumindest „ein Chef“ bei der Arbeitgeberin war. Der Belästiger trat sowohl nach außen als auch nach innen wie ein Arbeitgeber auf. Er machte auch der Arbeitnehmerin klar, dass er jederzeit dafür sorgen könne, dass sie gekündigt werde. Daran, dass er dies auch durchsetzen könne, bestand nach dem gelebten Arbeitsverhältnis kein Zweifel. Die Tätigkeiten des Belästigers, mit denen er im Alltag auch Arbeitgeberfunktionen ausübte, entsprachen den Vorstellungen seines Sohnes, der erklärtermaßen in diese Rolle erst hineinwachsen sollte.

#### **d) OLG Linz 12 Ra 27/21h vom 28. April 2021**

Schadenersatzansprüche nach § 12 Abs. 1 GIBG wegen sexueller Belästigung sind binnen drei Jahren ab Kenntnis vom Schaden und der Person des Schädigers gerichtlich geltend zu machen. Schickt ein Arbeitnehmer einer Arbeitskollegin trotz ihrer ausdrücklich und wiederholt erklärten Ablehnung einer Beziehung aufdringliche WhatsApp- und SMS-Nachrichten, beginnt mit dem Zugang die Verjährungsfrist zu laufen, selbst wenn der Arbeitskollege sein Verhalten über einen längeren Zeitraum fortsetzt.

Hat der Arbeitnehmer nach den schriftlichen Belästigungen laufend das Büro seiner Arbeitskollegin beobachtet, ihr beim Mittagessen aufgelauert, im Lager wiederholt ihre Nähe gesucht, sie am Parkplatz abgepasst und zuletzt auch noch verbreitet, ein Foto von ihr in Unterwäsche zu haben, kann im Zusammenhang mit seiner Äußerung, in die Arbeitskollegin verliebt zu sein und immer an sie denken zu müssen, kein Zweifel daran bestehen, dass es sich bei den Verfolgungshandlungen um der sexuellen Sphäre zugehörige Verhaltensweisen handelt. Von einem bloßen Stalking ohne jeglichen Zusammenhang mit dem Geschlecht der Arbeitskollegin, etwa wegen Differenzen bei der Erbringung der Arbeitsleistung, kann keine Rede sein. Ob die Behauptungen der Arbeitnehmerin zutreffen, ist in einem Beweisverfahren zu klären.

#### **e) OGH 9 ObA 66/20a vom 29. September 2020**

In diesem Fall bejahte das Gericht das Vorliegen einer sexuellen sowie einer geschlechtsbezogenen Belästigung durch die Arbeitgeberin.

Das Gericht ging davon aus, dass mit der Übersendung eines Pornovideos auf das Diensthandy der Arbeitnehmerin, dessen Inhalt offenkundig auf ihr äußeres Erscheinungsbild anspielte, und dem wiederholten In-Verbindung-Setzen ihrer Arbeitsleistung mit sexuellen Verhaltensweisen („sie solle mehr arbeiten und weniger onanieren“) ihre Würde objektiv verletzt wurde. Diese Verhaltensweisen waren für die Arbeitnehmerin unerwünscht und schufen für sie eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt.

Dies galt auch für die eine geschlechtsbezogene Belästigung darstellende, nach einer Bürobefragung getätigte Äußerung, die Arbeitnehmerin und ihre Kollegin seien „eh nur Hausfrauen“ und könnten „ihren Dreck, den sie machen, ... selbst wegsaugen“. Damit wurde eine geschlechtsbezogene Abwertung ihrer Tätigkeit im Unternehmen vorgenommen, die von der Arbeitnehmerin auch als unangemessen und erniedrigend empfunden wurde. Die auf die Arbeitnehmerin gemünzte Aussage, es werde „eine Sekretärin mit Eiern in den Hosen“ gebraucht, stellt nach Ansicht des Gerichts ebenfalls eine Diskriminierung des weiblichen Geschlechts dar.

Zum Umstand, dass die Arbeitnehmerin über diese Verhaltensweisen hinweg ging, weil sie Angst hatte, wieder arbeitslos zu werden und in ihrem Alter (von damals 48 Jahren) keine Arbeit mehr zu finden, wies das Gericht darauf hin, dass seit der Entscheidung 9 ObA 38/17d klaggestellt ist, dass die ausdrückliche oder stillschweigende Zurückweisung oder Ablehnung eines sexuell belästigenden Verhaltens durch die betroffene Person keine Tatbestandsvoraussetzung der sexuellen Belästigung i.S.d. § 6 Abs. 2 GIBG ist.

Zur Frage, ob dieses Verhalten der Arbeitgeberin als juristischer Person zugerechnet werden kann, führte das Gericht aus, dass eine juristische Person nicht nur für die sexuelle Belästigung durch ihre Vertretungsorgane – etwa die Geschäftsführerin bzw. den Geschäftsführer einer GmbH – gemäß § 6 Abs. 1 Z 1 GIBG einzustehen hat. Sie haftet als Arbeitgeberin für eine sexuelle Belästigung i.S.d. § 6 Abs.1 Z 1 GIBG auch dann, wenn die Belästigerin bzw. der Belästiger kraft ihrer bzw. seiner Befugnisse und ihrer bzw. seiner Stellung gegenüber den anderen Dienstnehmerinnen und Dienstnehmern als zur selbständigen Ausübung von Unternehmer – und insbesondere Arbeitgeberfunktionen berechtigt ist und die sexuelle oder geschlechtsbezogene Belästigung damit in einem inneren Zusammenhang steht. Die Haftung der Arbeitgeberin ist daher nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Belästigerin bzw. der Belästiger bei der Arbeitgeberin keine formale Organstellung innehatte.

Die Höhe des durch eine sexuelle und geschlechtsbezogene Belästigung verursachten immateriellen Schadens ist im Wege einer Globalbemessung für die durch die (fortgesetzte) Belästigung geschaffene Situation in ihrer Gesamtheit nach den auch sonst im Schadenersatzrecht angewandten Grundsätzen zu bemessen. Bei der Bemessung ist insbesondere auf die Dauer der Diskriminierung und die Erheblichkeit der Beeinträchtigung Bedacht zu nehmen. Berücksichtigt man das Vorliegen mehrerer Übergriffe und die Erheblichkeit der Beeinträchtigung, die insbesondere darin zum Ausdruck kommt, dass sich die Arbeitnehmerin veranlasst sah, das Dienstverhältnis zu lösen, erscheint dem Gericht der Zuspruch von insgesamt 4.000,- Euro als Ausgleich der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung angemessen.

## **2.2.2 Diskriminierung auf Grund anderer Diskriminierungsgründe in der Arbeitswelt**

### **1. Diskriminierung auf Grund der Religion oder Weltanschauung**

#### **1.1. Diskriminierung beim beruflichen Aufstieg (§ 17 Abs. 1 Z 5 GIBG)**

##### **OGH 9 ObA 107/20f vom 27. Jänner 2021**

Das Gericht hatte sich mit der verfahrensrechtlichen Frage auseinanderzusetzen, ob der Geltendmachung von Verstößen gegen das Diskriminierungsverbot, wie insbesondere auch der Diskriminierung wegen der Weltanschauung, die sechsmonatige Verjährungsfrist nach § 29 Abs. 1 GIBG entgegensteht, wenn ein unsachlicher Bewerbungs- bzw. Ernennungsvorgang nach dem Stellenbesetzungsgesetz behauptet und diese Unsachlichkeit auch auf die Verletzung spezifischer Diskriminierungsverbote gestützt wird und ob in einem derartigen Fall nicht die allgemeinen Verjährungsvorschriften des ABGB im Ausmaß von drei Jahren zur Anwendung kommen.

Im Hinblick auf das Stellenbesetzungsgesetz verneinte das Gericht in der vorliegenden Konstellation eine solche materielle Derogation durch das GIBG, weil ein auf eine Verletzung des Stellenbesetzungsgesetzes gestützter Schadenersatzanspruch nicht unter generelleren Voraussetzungen als jener des GIBG auf den Ausgleich einer Diskriminierung abzielt, sondern vielmehr darauf, dass die Stellenbesetzung nicht mit der bestgeeigneten Person im Sinn des Stellenbesetzungsgesetzes erfolgt ist. Zweifellos wäre dabei eine Ermittlung der bestgeeigneten Person, die auch auf diskriminierenden Gründen beruht, im Hinblick auf das dem Stellenbesetzungsgesetz inhärente Sachlichkeitsgebot unsachlich. Ist aber auch hier ein Derogationsverhältnis zu verneinen, wird die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aus einer Verletzung des Stellenbesetzungsgesetzes auch verjährungsrechtlich nicht von § 29 Abs. 1 GIBG verdrängt, wenn der Ermittlung der Besteignung unter Umständen auch ein vom GIBG erfasster diskriminierender Umstand zugrunde lag. Ein anderes Verständnis hätte auch Wertungswidersprüche zur Folge, weil sonst die besonders geregelten Diskriminierungsgründe des GIBG bei Prüfung der Unsachlichkeit einer Stellenbesetzung nach Ablauf der Sechsmonatsfrist des § 29 GIBG unbeachtlich würden, vom GIBG nicht erfasste Motive der Ungleichbehandlung hingegen nicht.

## 1.2. Diskriminierung bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (§ 17 Abs. 1 Z 7 GIBG)

### OGH 9 ObA 130/21i vom 25. November 2021

Im vorliegenden Fall brachte die Arbeitnehmerin vor, sie sei eine „Coronamaßnahmenkritikerin“, die sich um die „zahlreichen Verfassungsbrüche und gigantischen Kollateralschäden“ Sorgen mache und deshalb Maskentragen ablehne. Darauf aufbauend meinte sie, dass sie die Weltanschauung habe, dass Verfassungsgesetze eingehalten werden sollten und sie nicht auf Grund der Sorge um ihre körperliche Gesundheit aus dem Dienstverhältnis entfernt werden sollte.

Das Gericht führte aus, dass das Merkmal „Weltanschauung“ zwar eng mit dem Begriff „Religion“ verbunden ist, aber auch als Sammelbezeichnung für alle Leitauffassungen vom Leben und von der Welt sowie zur Deutung des persönlichen und gemeinschaftlichen Standorts für das individuelle Lebensverständnis zu sehen ist. Weltanschauungen sind keine wissenschaftlichen Systeme, sondern Deutungsauffassungen in der Form persönlicher Überzeugungen von der Grundstruktur, Modalitäten und Funktionen des Weltganzen. Sofern Weltanschauungen Vollständigkeit anstreben, gehören dazu Menschen- und Weltbilder, Wert-, Lebens- und Moralanschauungen. Punktuelle politische Meinungsäußerung fallen für sich allein betrachtet nicht in den Schutzbereich des geschützten Merkmals.

Es ist Sache der Partei, die sich auf eine Diskriminierung wegen der Weltanschauung stützt, ein entsprechendes substantiiertes Vorbringen zu erstatten, um dem Gericht die Beurteilung zu ermöglichen, ob es sich tatsächlich um eine Weltanschauung im Sinn des Gesetzes handelt.

Ein derartiges substantiiertes Vorbringen blieb die Arbeitnehmerin hier allerdings trotz ausdrücklichen Einwandes der Arbeitgeberin und trotz gerichtlicher Erörterung schuldig.

Die erkennbar kritische Haltung der Arbeitnehmerin zu COVID-19-Bestimmungen wertete das Gericht nicht als bestimmte Weltanschauung.

Mangels Darlegung einer für die Kündigung kausalen Leitauffassung der Arbeitnehmerin „vom Leben und von der Welt als einem Sinnganzen“ konnte auch nicht geprüft werden, inwieweit eine solche Leitauffassung Motiv der gegenständlichen Arbeitgeberkündigung gewesen sein soll.

Aus diesem Grund verneinte das Gericht das Vorliegen einer Diskriminierung auf Grund der Weltanschauung.

## 2.3 Gleichbehandlung im EU-Recht

### 2.3.1 Richtungsweisende Urteile des Europäischen Gerichtshofes

#### 1. Diskriminierung auf Grund des Geschlechts

##### a) EuGH Urteil vom 3. Juni 2021- Rs. C-624/20 (Tesco Stores)

**Art. 157 AEUV – Gleiches Entgelt für Männer und Frauen – Begriff „gleichwertige Arbeit“ – Klagen auf gleiches Entgelt bei gleichwertiger Arbeit – Einheitliche Quelle – Arbeitnehmer verschiedenen Geschlechts, die denselben Arbeitgeber haben**

Die etwa 6.000 Klägerinnen und Kläger machten geltend, dass sie als ehemalige oder aktuelle Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmer der Beklagten, des britischen Einzelhändlers Tesco, kein gleiches Entgelt für gleiche Arbeit erhalten hätten. Das verstoße gegen Art. 157 AEUV. Neben 3.200 Ladengeschäften im Vereinigten Königreich betreibt die Beklagte auch ein Vertriebsnetz mit 24 Vertriebszentren. Zuerst wurden die Verfahren der Klägerinnen durchgeführt. Die Klägerinnen, die in den Ladengeschäften tätig sind, verglichen ihre Arbeit mit jener ihrer männlichen Kollegen in den Vertriebszentren und nahmen damit einen betriebsübergreifenden Vergleich („Cross-Establishment Vergleich“) vor. Eine Kernfrage war, ob dies in diesen Fällen zulässig ist. Die Beklagte sei ein und dieselbe Quelle für die Arbeitsbedingungen der Klägerinnen und der Vergleichspersonen. Der Gerichtshof prüfte, ob Art. 157 AEUV unmittelbar auf Klagen angewendet werden kann, die darauf gestützt werden, dass die Kläger und Klägerinnen eine gleichwertige Arbeit wie die Vergleichspersonen verrichten.

Laut Art. 157 muss jeder Mitgliedstaat die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicherstellen. Der Gerichtshof führte aus, dass diese Vorschrift eindeutig und bestimmt eine Ergebnispflicht auferlegt und zwingenden Charakter hat, sowohl in Bezug auf eine „gleiche“ als auch eine „gleichwertige Arbeit“. Das darin enthaltene Verbot diskriminierender Ungleichbehandlung gilt nicht nur für staatliche Stellen, sondern erstreckt sich auch auf Tarifverträge und Verträge zwischen Privaten. Nach ständiger Rechtsprechung entfaltet Art. 157 AEUV unmittelbare Wirkung, indem er für Einzelne Rechte begründet, die die nationalen Gerichte zu gewährleisten haben.

Aus der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes ergibt sich, dass die unmittelbare Wirkung von Art. 157 AEUV nicht auf Fälle beschränkt ist, in denen die miteinander verglichenen Beschäftigten unterschiedlichen Geschlechts „gleiche Arbeit“ verrichten, sondern sich auch

auf Fälle erstreckt, in denen diese „gleichwertige Arbeit“ verrichten. Im konkreten Fall ist durch Tatsachenwürdigung des vorlegenden Gerichts zu entscheiden, ob die betreffenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer „gleiche Arbeit“ oder „gleichwertige Arbeit“ verrichten.

Die Unterschiede in den Entgeltbedingungen der Beschäftigten unterschiedlichen Geschlechts, die gleiche oder gleichwertige Arbeit in verschiedenen Betrieben verrichten, müssen auf ein und dieselbe Quelle zurückgeführt werden können, um ihr Entgelt nach Art. 157 AEUV miteinander vergleichen zu können. Im konkreten Fall ist Tesco Stores als Arbeitgeber eine einheitliche Quelle, auf die die Entgeltbedingungen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Ladengeschäften und Vertriebszentren zurückgeführt werden können. Die Prüfung, ob tatsächlich eine nach Art. 157 AEUV verbotene Diskriminierung vorliegt, ist vom vorlegenden Gericht vorzunehmen.

Beschäftigte können sich jedenfalls in Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten sowohl bei „gleicher“ als auch bei „gleichwertiger Arbeit“ unmittelbar auf den unionsrechtlich verankerten Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen nach Art. 157 AEUV berufen.

#### **b) EuGH Urteil vom 12. Mai 2021- Rs. C-130/20 (YJ)**

##### **Richtlinie 79/7/EWG – Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit – Ausschluss von einer Rentenzulage wegen Mutterschaft bei vorzeitigem Ruhestand**

Die Klägerin wurde auf ihren Antrag vorzeitig in den Ruhestand versetzt. Die Rentenzulage wegen Mutterschaft wurde ihr nicht gewährt, da laut INSS diese bei einem freiwilligen vorzeitigen Ruhestand nicht zustehe. Sie machte geltend, dass die nationale Regelung Frauen diskriminiere, die diese Rentenzulage wegen Mutterschaft nicht erhalten, weil sie sich für einen vorzeitigen Ruhestand entschieden hätten. Die strittige Regelung sieht für Frauen, die mindestens zwei leibliche oder adoptierte Kinder haben, bei Eintritt in den Ruhestand im gesetzlich vorgesehenen Alter oder bei vorzeitigem Ruhestand aus bestimmten gesetzlichen Gründen, nicht aber bei freiwilligem vorzeitigem Ruhestand, eine Rentenzulage wegen Mutterschaft vor. Der Gerichtshof prüfte, ob eine unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts im Sinne der Richtlinie 79/7 vorliegt.

Laut Rechtsprechung bezieht sich der Begriff „Diskriminierung auf Grund des Geschlechts“ auf Situationen, in denen Arbeitnehmer auf Grund ihrer Zugehörigkeit zum männlichen oder zum weiblichen Geschlecht gegenüber Arbeitnehmern des anderen Geschlechts in einer vergleichbaren Situation weniger günstig behandelt werden. Eine Diskriminierung zwischen Personen desselben Geschlechts ist von der Richtlinie nicht erfasst.

Im vorliegenden Fall betrifft die Situation eine Frau, die sich für einen vorzeitigen Ruhestand entschieden hat, und daher keine Rentenzulage wegen Mutterschaft erhält. Sie ist der Ansicht, dass sie weniger günstig behandelt werde als Frauen, die im gesetzlich vorgesehenen Alter oder aus bestimmten gesetzlich vorgesehenen Gründen vorzeitig in den Ruhestand treten und diese Rentenzulage erhalten können.

Laut Gerichtshof findet die Richtlinie auf eine solche Situation keine Anwendung, da das Kriterium, auf Grund dessen die Gewährung der Rentenzulage verweigert wird, nicht auf dem Geschlecht, sondern auf den Modalitäten für den Eintritt in den Ruhestand beruht. Die betreffende Situation bezieht sich auch nicht auf eine Diskriminierung zwischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, sondern auf eine angebliche Ungleichbehandlung zwischen Arbeitnehmerinnen. Die Richtlinie findet folglich auf die strittige Regelung keine Anwendung.

#### **c) EuGH Urteil vom 21. Jänner 2021- Rs. C-843/19 (INSS/BT)**

##### **Richtlinie 79/7/EWG – Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit – Freiwilliger vorzeitiger Eintritt in den Ruhestand – Rechtfertigung eines möglichen besonderen Nachteils für weibliche Beschäftigte**

Die Klägerin beantragte bei der Sozialversicherung eine vorgezogene Altersrente ab dem 63. Lebensjahr. Der Antrag wurde mit der Begründung abgelehnt, dass sie die Voraussetzung dafür nicht erfülle, da ihre Rente geringer wäre als die Mindestrente, auf die sie im Alter von 65 Jahren Anspruch hätte. Laut nationaler Regelung muss für einen Anspruch auf freiwillige vorzeitige Altersrente die Rente mindestens der Mindestrente, auf die die Beschäftigten mit 65 Jahren Anspruch haben, entsprechen. Sie darf höchstens zwei Jahre vor der regulären Altersrente beantragt werden. Außerdem ist eine Mindestbeitragszeit von 35 Jahren notwendig. Die Regelung zur Vorruhestandsrente fällt in den Anwendungsbereich der Richtlinie 79/7.

Da die Regelung unterschiedslos auf männliche und weibliche Beschäftigte anwendbar ist, liegt keine unmittelbare Diskriminierung im Sinne der Richtlinie vor. Eine mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts würde dann vorliegen, wenn Personen des einen Geschlechts in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligt werden, außer es gibt eine sachliche Rechtfertigung dafür. Ein besonderer Nachteil könnte dann vorliegen, wenn sich die nationale Regelung auf einen signifikant höheren Anteil von Personen eines Geschlechts im Vergleich zum anderen Geschlecht ungünstig auswirkt. Werden wie im gegenständlichen Fall statistische Daten herangezogen, so müssen diese Daten zuverlässig und hinreichend aussagekräftig sein und dürfen nicht nur rein zufällige oder konjunkturelle Erscheinungen widerspiegeln.

Die nationale Regelung wäre dann gerechtfertigt, wenn sie ein legitimes Ziel der Beschäftigungs- und Sozialpolitik verfolgt und zur Erreichung dieses Ziels auch geeignet und erforderlich ist. Nach spanischem Recht darf niemand eine Rente beziehen, die niedriger als die Mindestrente ist, die als Existenzminimum gilt, was in bestimmten Fällen mit der Zahlung einer Rentenzulage verbunden ist. Die strittige Regelung bewirkt, dass Beschäftigten, die freiwillig vorzeitig in Rente gehen möchten, diese Rente versagt wird, weil sie Anspruch auf eine Rentenzulage hätten.

Laut Rechtsprechung ist die Zahlung einer Ausgleichszulage im Fall einer unzureichenden Pension ein legitimes Ziel der Sozialpolitik, das nichts mit einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts zu tun hat. Ebenso ist die nachhaltige Sicherung der Finanzierung der Pensionsleistungen ein legitimes Ziel der Sozialpolitik. Die spanische Regierung erklärte, dass der uneingeschränkte Zugang zu einer vorzeitigen Altersrente schwerwiegende Folgen für die Finanzierung des Sozialversicherungssystems hätte, da die Betroffenen auf Grund der geringen Rente auch Anspruch auf eine Zulage hätten. Aus Sicht des Gerichtshofs könnte dieses Argument eine mögliche Ungleichbehandlung von weiblichen Beschäftigten rechtfertigen, was das nationale Gericht zu prüfen habe. Außerdem verwehre die Regelung auch nur jenen Personen den Zugang zur Altersrente, die freiwillig in den Vorruhestand treten möchten.

Aus Sicht des Gerichtshofs verstößt die strittige Regelung, die eine vorzeitige Altersrente davon abhängig macht, dass der Rentenbetrag mindestens der Mindestrente ab dem 65. Lebensjahr entsprechen muss, nicht gegen die Richtlinie 79/7. Dabei ist unerheblich, ob durch die Regelung weibliche Beschäftigte gegenüber männlichen Beschäftigten in besonderer Weise benachteiligt werden, sofern legitime sozialpolitische Ziele verfolgt werden.

**d) EuGH Urteil vom 18. November 2020- Rs. C-463/19 (Syndicat CFTC/Caisse primaire)  
Richtlinie 2006/54/EG – Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Beruf – Urlaub im Anschluss an den gesetzlichen Mutterschaftsurlaub für Arbeitnehmerinnen**

Der Kläger beantragte einen Urlaub nach dem nationalen Tarifvertrag, dem zufolge eine Arbeitnehmerin, die ihr Kind selbst erzieht, nach Ablauf des gesetzlichen Mutterschaftsurlaubs zusätzlichen Urlaub für eine bestimmte Zeit in Anspruch nehmen kann. Der Antrag wurde auf Grund des Geschlechts des Antragstellers abgelehnt, und auch der von der Gewerkschaft gestellte Antrag auf Ausdehnung der Regelung auf männliche Arbeitnehmer wurde abgelehnt, weshalb die Gewerkschaft gegen den Arbeitgeber, die gesetzliche Krankenkasse, klagte und eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts im Sinne der Richtlinie 2006/54 geltend machte.

Die nationale Regelung ermöglicht Müttern einen zusätzlichen Urlaub, sieht aber keine ähnlichen Optionen für Väter vor, wodurch eine Ungleichbehandlung zwischen männlichen und weiblichen Arbeitnehmern geschaffen wird. Um zu beurteilen, ob es sich dabei um eine nach der Richtlinie 2006/54 verbotene Diskriminierung der männlichen Arbeitnehmer handelt, ist das Ziel der Regelung zu beachten. Dabei sind die Voraussetzungen für die Gewährung dieses zusätzlichen Urlaubs, seine Dauer und die Ausgestaltung sowie das mit dem Urlaub verbundene rechtliche Schutzniveau zu ermitteln.

Damit ein zusätzlicher Urlaub Arbeitnehmerinnen vorbehalten werden kann, muss dieser unmittelbar an den Schutz der körperlichen und psychischen Verfassung der Frau sowie der besonderen Beziehung zwischen der Mutter und ihrem Kind nach der Entbindung anknüpfen. Dauer und Ausgestaltung dieses zusätzlichen Mutterschaftsurlaubs dürfen über das für einen solchen Schutz erforderliche Ausmaß nicht hinausgehen. Zudem muss dieser zusätzliche Urlaub, der denselben Zweck wie ein Mutterschaftsurlaub hat, dem durch die Mutterschutzrichtlinie 92/85 garantierten Mindestschutz wie etwa Kündigungsschutz, Entgeltfortzahlung bzw. angemessene Sozialleistungsansprüche und die Rückkehr auf den früheren oder einen gleichwertigen Arbeitsplatz entsprechen. Die Tatsache, dass ein Urlaub unmittelbar auf den gesetzlichen Mutterschaftsurlaub folgt, reicht nicht für die Annahme, dass er den Arbeitnehmerinnen, die ihr Kind selbst erziehen, vorbehalten bleibt.

Anzumerken ist, dass die im Tarifvertrag vorgesehene Urlaubsdauer erheblich länger sein kann als jene des gesetzlichen Mutterschaftsurlaubs im nationalen Arbeitsgesetz. Außerdem ist der Urlaub, wenn er für die Dauer von einem oder zwei Jahren in Anspruch genommen wird, „unbezahlt“, was der Mutterschaftsrichtlinie 92/85 widerspricht.

Der Gerichtshof hat folglich festgehalten, sofern der zusätzliche Urlaub den Schutz der Arbeitnehmerinnen hinsichtlich der Folgen der Schwangerschaft als auch hinsichtlich ihrer Mutterschaft bezweckt, liegt keine Diskriminierung der Arbeitnehmer im Sinne der Richtlinie 2006/54 vor. Das vorliegende Gericht hat dies zu prüfen.

#### **e) EuGH Urteil vom 24. September 2020- Rs. C-423/19 (YS/NK AG)**

#### **Richtlinie 2006/54/EG – Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Beruf – Richtlinie 2000/78/EG – Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (hier Alter) – Kürzung der Betriebspension**

1992 schloss der Kläger mit NK, seinem Arbeitgeber, einem staatlich kontrollierten Unternehmen, einen Vertrag über eine Betriebspension ab, die nach Ende des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber ausbezahlt wird. Seit 2010 bezieht der Kläger die Betriebspension. Gemäß den

gesetzlichen Vorgaben behielt NK seit 2015 ab der ASVG Höchstbeitragsgrundlage Abzüge für einen Pensionsversicherungsbeitrag ein und im Jahr 2018 erhöhte NK die Betriebspension nicht, obwohl entsprechend der Gehaltsindexierung im Tarifvertrag eine 3%ige Erhöhung stattfinden hätte müssen. Seine Klage richtet sich gegen die Abzüge und die Nichterhöhung seiner Betriebspension.

Die Betriebspension knüpft an das frühere Arbeitsentgelt des Klägers im Sinne des Art. 157 AEUV an und fällt somit in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/78. Nach dieser ist eine Diskriminierung auf Grund des Alters in Bezug auf das Arbeitsentgelt verboten. Aus Sicht des Gerichtshofs liegt jedoch keine Diskriminierung auf Grund des Alters vor, da nationale Vorschriften nicht allein aus dem Grund, dass sie nur Bezugsberechtigte betreffen, die ein bestimmtes Alter überschritten haben, eine Altersdiskriminierung beinhalten.

Außerdem war der Sachverhalt im Sinne der Richtlinie 2006/54, die eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der Berechnung der Betriebspensionen verbietet, vom Gerichtshof zu beurteilen. Da die fraglichen nationalen Vorschriften unterschiedslos für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gelten, liegt keine unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts vor. Zur Beurteilung, ob eine mittelbare Ungleichbehandlung auf Grund des Geschlechts vorliegt, d.h. ob ein signifikant höherer Anteil von Personen eines Geschlechts im Vergleich zu Personen des anderen Geschlechts besonders benachteiligt wird, kann das nationale Gericht zuverlässige und hinreichend aussagekräftige Statistiken, die nicht rein zufällige oder konjunkturelle Erscheinungen sind, heranziehen. Eine Benachteiligung kann dann gerechtfertigt sein, wenn bestimmte sozial- und beschäftigungspolitische Ziele verfolgt werden und die strittigen nationalen Vorschriften zur Erreichung dieser Ziele angemessen sind. Laut österreichischer Regierung wird mit den strittigen nationalen Vorschriften insbesondere das Ziel verfolgt, Schief lagen bei der Gewährung staatlich finanzierter „Sonderpensionen“ auszugleichen und die Finanzierung von Pensionsleistungen nachhaltig zu sichern. Haushaltserwägungen rechtfertigen laut Rechtsprechung eine Diskriminierung auf Grund eines Geschlechts nicht. Aus Sicht des Gerichtshofs scheinen die nationalen Vorschriften nicht über das hinauszugehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist, da sie die finanzielle Leistungsfähigkeit der betroffenen Personen berücksichtigen, indem sowohl die einbehaltenen Beträge als auch die vorgesehenen Begrenzungen der Pensionserhöhungen entsprechend den gewährten Leistungen gestaffelt sind. Stellt das nationale Gericht fest, dass die Beeinträchtigungen durch die Maßnahmen mehr ehemalige Arbeitnehmer als Arbeitnehmerinnen betreffen und objektiv gerechtfertigt sind, das heißt, sie haben nichts mit einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts zu tun, dann liegt keine mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts im Sinne der Richtlinie 2006/54 vor.

Aus Sicht des Gerichtshofs verstößt die strittige Regelung auch nicht gegen die Grundrechtecharta. Die gesetzlich vorgesehene Beschränkung bei den Pensionen achtet nämlich den Wesensgehalt der Vertragsfreiheit, die unter die unternehmerische Freiheit in Art. 16 der Charta fällt, da es nur zu einer geringen Pensionskürzung kommt. Zudem dient die Regelung im Sinne des Gemeinwohls der nachhaltigen Finanzierung von Pensionsleistungen durch den Staat und wahrt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Auch der Schutz der Eigentumsrechte nach Art. 17 der Charta gilt nicht uneingeschränkt. Hier gilt ebenfalls, dass die Beschränkung der Pensionsansprüche gesetzlich vorgesehen ist und der Wesensgehalt der Eigentumsrechte nicht berührt wird, da die Vorschriften nur einen Teil des Gesamtbetrags der Pensionen beschränken.

## **2. Diskriminierung auf Grund der ethnischen Herkunft**

### **a) EuGH Urteil vom 10. Juni 2021- Rs. C-94/20 (Land OÖ/KV)**

#### **Richtlinie 2000/43/EG – Gleichbehandlung auf Grund der ethnischen Herkunft –**

#### **Richtlinie 2003/109/EG – Gleichbehandlung von langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen – Wohnbeihilfe bei Nachweis von grundlegenden Sprachkenntnissen**

Der Kläger, ein türkischer Staatsangehöriger, lebt seit 1997 in Österreich, wo er die „Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten“ im Sinne der Richtlinie 2003/109 besitzt. Seit 2018 ist die Wohnbeihilfe in Oberösterreich an einen Nachweis über grundlegende Deutschkenntnisse geknüpft. Da er den Nachweis nicht erbrachte, wurde ihm die Wohnbeihilfe verweigert. Er klagte das Land Oberösterreich zur Zahlung von Schadenersatz in Höhe der entgangenen Wohnbeihilfe sowie auf immateriellen Schadenersatz. Er machte geltend, dass er auf Grund seiner ethnischen Zugehörigkeit im Sinne der Richtlinie 2000/43 benachteiligt wurde und dass die Wohnbeihilfe eine „Kernleistung“ im Sinne der Richtlinie 2003/109 sei.

Der Gerichtshof hatte zu prüfen, ob die Wohnbeihilfe als „Kernleistung“, auf die sich die zuständigen Behörden bei der Umsetzung der Richtlinie stützen, einzustufen ist. Langfristig Aufenthaltsberechtigte aus Drittstaaten sind in Bezug auf die soziale Sicherheit, die Sozialhilfe und den Sozialschutz wie eigene Staatsangehörige zu behandeln. Nach Art. 11 (4) der Richtlinie 2003/109 können die Mitgliedstaaten allerdings die Gleichbehandlung von „langfristig Aufenthaltsberechtigten“ in bestimmten Bereichen auf „Kernleistungen“ beschränken, was im Lichte von Art. 34 der Grundrechtecharta zu beurteilen ist. Laut Art. 34 ist eine Unterstützung für die Wohnung anzuerkennen, wenn jemand nicht über ausreichende Mittel verfügt, um ein menschenwürdiges Dasein sicherzustellen. Das nationale Gericht hat zu prüfen, ob diese Voraussetzung für die Einstufung der Wohnbeihilfe als Kernleistung vorliegt. Für den

Fall, dass die Wohnbeihilfe nicht als „Kernleistung“ eingestuft wird, sieht die Richtlinie keine besonderen Verpflichtungen für die Mitgliedstaaten vor. In diesem Fall fällt die Voraussetzung für die Gewährung der Wohnbeihilfe, wie der Nachweis über grundlegende Deutschkenntnisse, in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten. Die nationale Bestimmung wäre dann nicht anhand der Richtlinie 2003/109 zu beurteilen. Sollte die Wohnbeihilfe allerdings eine „Kernleistung“ darstellen, so wäre der daran geknüpfte Nachweis über grundlegende Sprachkenntnisse im Sinne der Richtlinie nicht gerechtfertigt.

Weiter hatte der Gerichtshof zu beurteilen, ob die nationale Regelung, die grundlegende Kenntnisse der Landessprache voraussetzt, eine mittelbare Diskriminierung auf Grund der Ethnie im Sinne der Richtlinie 2000/43 darstellt. Die Regelung gilt für alle Drittstaatsangehörige unterschiedslos und benachteiligt keine Personen einer bestimmten ethnischen Herkunft. Die unterschiedliche Behandlung des Klägers ergibt sich aus seiner Rechtsstellung als langfristig aufenthaltsberechtigter Drittstaatsangehöriger im Land, was nicht von der Richtlinie erfasst ist. Somit fällt der Sachverhalt nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie.

#### **b) EuGH Urteil vom 15. April 2021- Rs. C-30/19 (Braathens)**

##### **Richtlinie 2000/43 – Gleichbehandlung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit – Klage auf Schadenersatz – gerichtlicher Rechtsschutz**

Ein Fluggast chilenischer Herkunft mit Wohnsitz in Stockholm wurde bei einem von der Fluggesellschaft Braathens durchgeführten Flug auf Grund einer Entscheidung des Bordkommandanten einer zusätzlichen Sicherheitskontrolle unterzogen. Der Diskriminierungsombudsman klagte im Namen des Fluggastes gegen Braathens wegen Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit. Die Fluggesellschaft habe auf Grund seines Aussehens zwischen ihm und einer arabischen Person einen Bezug hergestellt und ihn deswegen einer zusätzlichen Sicherheitskontrolle unterzogen. Er wurde auf Grund seiner Ethnie ungünstiger behandelt als andere Fluggäste in einer vergleichbaren Situation. Das Gericht verurteilte Braathens zur Zahlung von Schadenersatz. Braathens war bereit Schadenersatz zu zahlen, erkannte aber nicht an, eine Diskriminierung begangen zu haben. Anträge des Diskriminierungsombudsmannes auf Erlass eines Feststellungsurteils, durch das Vorliegen einer Diskriminierung bestätigt werden sollte, lehnte das Gericht ab. Nach dem schwedischen Verfahrensrecht sind nämlich zivilrechtliche Streitigkeiten bei einem Anerkenntnis einer Schadenersatzforderung des Klägers durch den Beklagten, ohne weitere Prüfung in der Sache zu entscheiden.

Der Gerichtshof hatte zu beurteilen, ob die nationalen Rechtsvorschriften gegen die Richtlinie 2000/43 verstoßen. Die Richtlinie bietet einen Schutz vor Diskriminierung auf Grund der eth-

nischen Zugehörigkeit beim Zugang zu einer Dienstleistung, die der Öffentlichkeit zur Verfügung steht, worunter der vorliegende Sachverhalt fällt. Der in der Richtlinie verankerte Gleichbehandlungsgrundsatz ist bei einer vermuteten Diskriminierung auf dem Gerichts- bzw. Verwaltungsweg geltend zu machen. Damit wird das in Art. 47 der Grundrechtecharta verankerte Recht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf bestätigt. Opfer von Diskriminierungen müssen über einen wirksamen gerichtlichen Schutz verfügen. Die Mitgliedstaaten müssen im nationalen Recht Maßnahmen in Bezug auf die Sanktionen vorsehen, die auch von Verbänden und juristischen Personen vor einem Gericht geltend gemacht werden können.

Im vorliegenden Fall kann der Kläger laut nationalem Recht dann, wenn der Beklagte die Zahlung eines Schadenersatzes anerkennt, ohne jedoch die ihm vorgeworfene Diskriminierung zuzugeben, nicht erwirken, dass ein Zivilgericht über das Vorliegen einer Diskriminierung entscheidet. Solche Rechtsvorschriften verstoßen gegen die Richtlinie 2000/43 und Art. 47 der Grundrechtecharta, da ein Opfer von Diskriminierung die Möglichkeit haben muss, eine gerichtliche Entscheidung über eine etwaige Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu erwirken. Wenn der Beklagte die ihm vorgeworfene Diskriminierung bestreitet, muss der Kläger dennoch die Möglichkeit haben, eine gerichtliche Entscheidung darüber zu erwirken. In diesem Fall ist es für die Einhaltung des Unionsrechts auch nicht erforderlich, einen neuen Rechtsbehelf einzuführen. Stattdessen hat das nationale Gericht im Einklang mit Art. 47 der Grundrechtecharta jene nationalen Verfahrensvorschriften unangewendet zu lassen, die das Gericht daran hindern, einen Antrag auf Feststellung des Vorliegens einer Diskriminierung zu prüfen. Dem von der schwedischen Regierung vorgebrachten Argument, dass ohnehin ein Strafverfahren angestrengt werden könne, ist entgegenzuhalten, dass gemäß der Richtlinie die günstigeren Beweislastregeln für Opfer von Diskriminierungen in Strafverfahren nicht gelten.

### **3. Diskriminierung auf Grund des Alters**

#### **a) EuGH Urteil vom 3. Juni 2021- Rs. C-914/19 (GN)**

#### **Richtlinie 2000/78/EG – Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf – Nationale Regelung, mit der eine Altersgrenze von 50 Jahren für den Zugang zum Notarberuf festgelegt wird**

Die Klägerin hat eine nationale Regelung zur Ausschreibung eines Auswahlverfahrens für Notarstellen angefochten, da in der Ausschreibung eine Höchstaltersgrenze von 50 Jahren festgelegt war. Sie hatte zum Zeitpunkt der Ausschreibung das 50. Lebensjahr vollendet. Der Gerichtshof hatte zu prüfen, ob die nationale Regelung eine Altersdiskriminierung im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG beinhaltet.

Die nationale Regelung beinhaltet eine Ungleichbehandlung auf Grund des Alters, da bestimmte Personen, die das 50. Lebensjahr vollendet haben, eine weniger günstige Behandlung als andere Personen erfahren. Eine Ungleichbehandlung kann gerechtfertigt sein, sofern sie objektiv und angemessen ist und durch ein legitimes Ziel etwa aus dem Beschäftigungsbereich gerechtfertigt ist. So kann die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung auf Grund der spezifischen Ausbildungsanforderungen oder auf Grund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand eine Ungleichbehandlung rechtfertigen.

Die nationale Regelung enthält keine Angaben, welches Ziel mit der Altersgrenze von 50 Jahren verfolgt wird. Die italienische Regierung hat in ihren schriftlichen Erklärungen drei Ziele genannt, nämlich erstens die Gewährleistung der kontinuierlichen Ausübung des Notarberufs während eines erheblichen Zeitraums vor dem Ruhestand, damit die Tragfähigkeit des Sozialversicherungssystems erhalten bleibe, zweitens das Erfordernis, die ordnungsgemäße Ausübung der durch ein hohes Maß an Professionalität gekennzeichneten notariellen Befugnisse sicherzustellen und drittens die Erleichterung des Generationenwechsels und der Verjüngung dieses Berufsstands.

Was das erste Ziel anbelangt, so treten Notare mit spätestens 75 Jahren in den Ruhestand, davor müssen sie 20 Jahre diese Tätigkeit ausgeübt haben. Dazu meinte die Europäische Kommission allerdings, dass es hier um die Mindestdauer der Ausübung des Berufs gehe, die offenbar nicht mit der Altersgrenze von 50 Jahren zusammenzuhängt. Was das zweite Ziel betrifft, so ist ein Höchstalter für die Einstellung auf Grund der spezifischen Ausbildungsanforderungen möglich. Das dritte Ziel des Generationenwechsels ist ein im Allgemeininteresse liegendes legitimes Ziel, noch dazu wenn der Zugang jüngerer Menschen zu einem Beruf gefördert werden soll. Aus Sicht des Gerichtshofs, scheint die nationale Regelung diese Ziele aber nicht zu verfolgen. Sollte das nationale Gericht dennoch zum Schluss kommen, dass diese Ziele tatsächlich verfolgt werden, so müsste es prüfen, ob die Regelung „angemessen und erforderlich“ ist. Das bedeutet, es hätte zu beurteilen, ob die Interessen von über 50 Jahre alten Bewerberinnen und Bewerbern für den Notarberuf, die auf Grund dieser Bestimmung diesen Beruf nicht ausüben können, übermäßig beeinträchtigt werden. Dabei ist auch das in Art. 15 der Grundrechtecharta anerkannte Recht, zu arbeiten, zu berücksichtigen. Der Gerichtshof hat folglich festgestellt, dass die nationale Regelung gegen die Richtlinie 2000/78 verstößt, da sie die von der italienischen Regierung vorgebrachten Ziele anscheinend nicht verfolgt.

**b) EuGH Urteil vom 15. April 2021- Rs. C-511/19 (AB)****Richtlinie 2000/78/EG – Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf – in eine Arbeitskräftereserve versetzte Beschäftigte – Gehaltskürzung und Verlust einer Entlassungsentschädigung – Wirtschaftliche Krisensituation**

Der Kläger wurde 1982 von der staatsnahen OAKA mit einem unbefristeten Vertrag eingestellt. 2012 wurde er auf Grund finanzieller Notwendigkeiten durch die Wirtschaftskrise in Griechenland vor seinem Ruhestand bis zur Kündigung seines Arbeitsvertrages in die Arbeitskräftereserve versetzt und erhielt 60 Prozent seines Grundgehalts. 2013 wurde sein Arbeitsvertrag gekündigt, ohne ihm die Entlassungsentschädigung zu zahlen. Die Weigerung, eine Entschädigung zu zahlen, beruhte auf einer nationalen Regelung, die die Verrechnung der geschuldeten Entlassungsentschädigung mit dem Arbeitsentgelt vorsieht, das einer Arbeitnehmerin bzw. einem Arbeitnehmer während ihres bzw. seines Verbleibs in der Arbeitskräftereserve gezahlt wurde. Er klagte, da aus seiner Sicht die Versetzung in die Arbeitskräftereserve kurz vor dem Ruhestand eine Diskriminierung wegen des Alters im Sinne der Richtlinie 2000/78 darstelle. Er beantragte die Bezahlung der Differenz zwischen dem Arbeitsentgelt, das er vor der Versetzung in die Arbeitskräftereserve bezogen hat und jenem, das er danach bezogen hat, sowie eine Entlassungsentschädigung. Laut nationaler Regelung war die Versetzung in die Arbeitskräftereserve an die Erfüllung von zwei kumulativen Voraussetzungen für eine volle Altersrente, nämlich 35 Beitragsjahre und ein Mindestalter von 58 Jahren, geknüpft. Dadurch beinhaltete die Regelung eine unmittelbar auf dem Alter beruhende Ungleichbehandlung. Eine Ungleichbehandlung kann jedoch durch ein legitimes Ziel aus dem Beschäftigungsbereich gerechtfertigt sein. Die Maßnahmen zur Erreichung dieser Ziele müssen angemessen und erforderlich sein.

Griechenland hat die nationale Regelung auf Grund der Wirtschaftskrise zur Senkung der Lohnkosten erlassen. Rentennahe Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sollten anstatt entlassen, diesem System unterstellt werden. Gleichzeitig konnte die Entlassung jüngerer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer verhindert werden. Dieses System verfolgte somit rechtmäßige Ziele aus dem Beschäftigungsbereich. Allerdings hat der Gerichtshof auch festgehalten, dass das Ziel der Senkung der öffentlichen Ausgaben wie mit den Mitgliedstaaten vereinbart, keine Ungleichbehandlung wegen des Alters rechtfertigen würde. Das System der Arbeitskräftereserve sei zwar auch Teil der Haushaltspolitik, es gelte jedoch als angemessenes Mittel zur Erreichung von beschäftigungspolitischen Zielen.

Ob die Maßnahme erforderlich war, hängt davon ab, dass diese Ziele ohne übermäßige Beeinträchtigung der berechtigten Interessen der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer erreicht werden. Das Verbot einer Diskriminierung wegen des Alters ist auch im Sinne des

in der Grundrechtecharta verankerten Rechts zu arbeiten zu sehen. Dabei ist auf die Teilnahme älterer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer am Berufsleben unter Berücksichtigung gegenläufiger Belange ein besonderer Fokus zu legen. Die Versetzung in die Arbeitskräftereserve führte zwar zu einer erheblichen Verringerung des Arbeitsentgelts, die aber nur 24 Monate dauerte. Danach erhielten die Betroffenen eine volle Altersrente. Auf Grund der bevorstehenden vollen Altersrente und unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Kontexts scheint auch der Wegfall der Entlassungsentschädigung nicht unvernünftig. Für die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer waren außerdem Schutzmaßnahmen vorgesehen. Sie hatten etwa die Möglichkeit im Privatsektor zu arbeiten, ohne den Anspruch auf die an dieses System geknüpfte Vergütung zu verlieren. Die Regelung beeinträchtigte die berechtigten Interessen der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer offenbar nicht übermäßig und geht daher nicht über das zur Erreichung der Ziele Notwendige hinaus.

Die nationale Regelung hat daher aus Sicht des Gerichtshofs nicht gegen die Richtlinie 2000/78 verstoßen.

#### **c) EuGH Urteil vom 8. Oktober 2020- Rs. C-644/19 (FT)**

**Richtlinie 2000/78/EG – Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf –**

**Richtlinie 1999/70/EG – Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge – Grundsatz der Nichtdiskriminierung – Beibehaltung des Status als ordentliche Lehrkraft über das gesetzliche Renteneintrittsalter hinaus**

Die Klägerin war bis 2015 als Hochschullehrerin an der beklagten Universität auf Basis eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses tätig. Ihr Antrag, nach Erreichen des gesetzlichen Pensionsantrittsalters ihren Status als ordentliche Lehrkraft beibehalten zu können, wurde von der Universität mit der Begründung abgelehnt, dass diese Möglichkeit gemäß den Rechtsvorschriften ausschließlich jenen Lehrkräften vorbehalten wäre, die den Status einer Dissertationsbetreuerin bzw. eines Dissertationsbetreuers haben. Die Klägerin schloss deshalb aufeinanderfolgende befristete Verträge für dieselben universitären Tätigkeiten, die sie zuvor ausübte, mit der Universität ab. Dadurch war sie auf Grund eines Vergütungssystems auf „Stundenbasis“ finanziell schlechter gestellt als ordentliche Lehrkräfte.

Die Klägerin sah darin, dass die Möglichkeit der Beibehaltung des Status als ordentliche Lehrkraft nach Erreichen des Pensionsantrittsalters ausschließlich Dissertationsbetreuerinnen bzw. Dissertationsbetreuern vorbehalten war, eine Diskriminierung im Sinne der Richtlinie 2000/78. Der Abschluss aufeinanderfolgender befristeter Verträge hätte ein niedrigeres Vergütungsniveau zur Folge.

Die Ungleichbehandlung, die vom Besitz des „Status einer Dissertationsbetreuerin bzw. eines Dissertationsbetreuers“ abhängt, beruht somit auf der „Berufsgruppe“ der betroffenen Personen. Laut Rechtsprechung ist die „Berufsgruppe“ als Diskriminierungsgrund nicht von der Richtlinie erfasst. Die Ungleichbehandlung kann auch nicht mittelbar auf den Diskriminierungsgrund des „Alters“ in der Richtlinie gestützt werden, da durch die nationale Regelung begünstigte und benachteiligte Personen zur selben Altersgruppe gehören, nämlich jener, die das gesetzliche Renteneintrittsalter erreicht hat. Die Richtlinie 2000/78 ist somit auf den vorliegenden Sachverhalt nicht anwendbar.

Was die befristeten Arbeitsverträge betrifft, so verbietet die Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, befristet Beschäftigte gegenüber vergleichbaren Dauerbeschäftigten schlechter zu behandeln, es sei denn, es gibt sachliche Gründe dafür. Dadurch soll verhindert werden, dass Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern durch befristete Arbeitsverhältnisse Rechte vorenthalten, die Dauerbeschäftigten zuerkannt werden. Die Klägerin sah diesen Grundsatz durch die nationale Regelung, durch die Dissertationsbetreuerinnen und Dissertationsbetreuer begünstigt würden, verletzt. Als „vergleichbarer Dauerbeschäftigter“ gilt jemand mit einem „unbefristeten Arbeitsvertrag“, der eine „gleiche“ oder „ähnliche“ Arbeit verrichtet. Der Begriff „unbefristeter Arbeitsvertrag“ ist in der Rahmenvereinbarung nicht definiert, daher gilt die nationale Definition. Ob eine „gleiche“ oder „ähnliche“ Arbeit verrichtet wird, ist unter Zugrundelegung von Faktoren wie Art der Arbeit, Ausbildungsanforderungen und Arbeitsbedingungen zu beurteilen.

Liegt eine vergleichbare Situation zwischen der Klägerin und den Dissertationsbetreuerinnen und Dissertationsbetreuern vor, was das nationale Gericht zu beurteilen hat, und ist die Ungleichbehandlung, die insbesondere auf der Vergütungsregelung beruht, nicht durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt, dann verstößt die nationale Regelung gegen die Rahmenvereinbarung. Laut Rechtsprechung stellen allerdings Gründe, die im Wesentlichen mit der Personalverwaltung und mit Haushaltserwägungen zusammenhängen und zudem nicht auf objektiven und transparenten Kriterien beruhen, keine Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung dar.

#### **d) EuGH Urteil vom 2. April 2020- Rs. C-670/18 (CO/Comune di Gesturi)**

#### **Richtlinie 2000/78/EG – Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf – Öffentliche Ausschreibung – Ausschluss von Personen im Ruhestand**

Nach italienischem Recht dürfen öffentliche Ausschreibungen von Studien und Beratung nicht an pensionierte private oder öffentlich Bedienstete vergeben werden. CO, ein öffentlich Bediensteter im Ruhestand, wollte an einem solchen Verfahren teilnehmen, da er alle anderen

Anforderungen erfüllte. In der Verweigerung seiner Teilnahme sah er eine Diskriminierung auf Grund des Alters im Sinne der Richtlinie 2000/78. Die Richtlinie bietet einen Schutz vor Diskriminierung auf Grund des Alters in Beschäftigung und Beruf.

Der Ausschluss von der Teilnahme an einer Ausschreibung knüpft an den Ruhestand an, der die Erreichung eines bestimmten Alters voraussetzt. Daher beruht der Ausschluss mittelbar auf dem Alter. Die Regelung schafft somit eine mittelbare Ungleichbehandlung von Personen im Ruhestand im Vergleich zu berufstätigen Personen. Allerdings stellt eine Ungleichbehandlung dann keine Diskriminierung dar, wenn sie durch ein legitimes Ziel etwa im Beschäftigungs- oder Arbeitsmarktbereich gerechtfertigt ist, und die Maßnahme zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich ist.

Laut italienischer Regierung wird mit dieser Regelung eine Verjüngung des öffentlichen Dienstes und eine Kostenverringerung in der öffentlichen Verwaltung verfolgt. Während die Schaffung einer ausgewogenen Altersstruktur von jüngeren und älteren Beamtinnen und Beamten durch die Einstellung und Beförderung jüngerer Beamtinnen und Beamter ein legitimes Ziel ist, sind Haushaltserwägungen laut Rechtsprechung kein Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung.

Bei der Beurteilung, ob die Maßnahme angemessen ist, weist der Gerichtshof auf mehrere Aspekte hin, die vom nationalen Gericht zu berücksichtigen sind. So ist zu prüfen, ob die nationale Regelung es ermöglicht, das von der Regierung angestrebte Ziel zu erreichen, ohne die berechtigten Interessen von Personen im Ruhestand übermäßig zu beeinträchtigen, denen durch diese Regelung die Möglichkeit zur Wiedereinstellung genommen wird. Zu prüfen ist auch, ob der Gesetzgeber auf Grund seines weiten Ermessensspielraums bei den verfolgten Zielen neben der Verjüngung des öffentlichen Dienstes auch das in der Grundrechtecharta vorgesehene Recht älterer Personen, zu arbeiten, beachtet hat. So kann die Durchführung von Studien- und Beratungsaufträgen sehr komplex sein, wofür ältere Personen angesichts ihrer Erfahrung besser geeignet sein könnten. Außerdem sind laut nationalem Recht Management- und Leitungspositionen für einen befristeten Zeitraum ehrenamtlich möglich. Wobei sich hier aber die Frage stellt, ob dies dem Ziel der Verjüngung im öffentlichen Dienst nicht entgegenstehen könnte.

Aus Sicht des Gerichtshofs beinhaltet die nationale Regelung dann keine Diskriminierung auf Grund des Alters im Sinne der Richtlinie, wenn die Prüfung des nationalen Gerichts ergibt, dass ein rechtmäßiges Ziel der Beschäftigungs- bzw. Arbeitsmarktpolitik verfolgt wird und die Maßnahme zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich ist.

#### **4. Diskriminierung auf Grund der Religion oder der Weltanschauung**

**EuGH Urteil vom 15. Juli 2021- Rs. C-804/18 (IX/Wabe), C-341/19 (MJ/MH)**

**Richtlinie 2000/78/EG – Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf – Interne Regel eines privaten Unternehmens bzw. eines Vereins, die das sichtbare Tragen politischer, weltanschaulicher oder religiöser Zeichen oder das Tragen auffälliger großflächiger politischer, weltanschaulicher oder religiöser Zeichen am Arbeitsplatz verbietet – Abwägung zwischen der Religionsfreiheit und anderen Grundrechten – Neutralitätspolitik des Arbeitgebers**

##### **Rechtssache C-804/18 (IX/Wabe):**

Der Verein Wabe betreibt Kindertagesstätten in Deutschland. IX ist dort seit 2014 als Heilerziehungspflegerin beschäftigt. Sie ist muslimischen Glaubens und entschied sich Anfang 2016, das islamische Kopftuch zu tragen. Während ihrer Elternzeit zwischen 2016 und 2018 erließ WABE die „Dienstanweisung zur Einhaltung des Neutralitätsgebots“. Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter müssen das geltende Neutralitätsgebot gegenüber Eltern, Kindern und anderen Dritten einhalten. Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter geben demzufolge am Arbeitsplatz keine politischen, weltanschaulichen oder religiösen äußeren Bekundungen gegenüber diesen ab. Sie tragen keine sichtbaren Zeichen ihrer politischen, weltanschaulichen oder religiösen Überzeugungen. Im Informationsblatt zum Neutralitätsgebot heißt es, dass ein christliches Kreuz, muslimisches Kopftuch oder eine jüdische Kippa nicht getragen werden dürfen, da die Kinder hinsichtlich einer Religion nicht von den Pädagoginnen und Pädagogen beeinflusst werden sollen. Die bewusste Wahl einer religiös oder weltanschaulich bestimmten Kleidung stehe im Widerspruch zum Neutralitätsgebot. Für die Beschäftigten in der Unternehmenszentrale gilt das Neutralitätsgebot, mit Ausnahme der pädagogischen Fachberatung, nicht, da diese keinen Kundenkontakt haben.

IX erschien an ihrem Arbeitsplatz zum wiederholten Male mit einem islamischen Kopftuch, worauf sie eine Abmahnung erhielt. WABE erwirkte bereits im Fall einer Mitarbeiterin, die ein Kreuz als Halskette trug, dass diese ihre Kette ablegt. Frau IX klagte gegen WABE, die Abmahnungen wegen des Tragens des islamischen Kopftuchs aus ihrer Personalakte zu entfernen. Aus Sicht von Frau IX beziehe sich das Neutralitätsgebot unmittelbar auf das Tragen des islamischen Kopftuchs. Das Gericht hatte zu prüfen, ob eine Diskriminierung auf Grund der Religion bzw. Weltanschauung im Sinne der Richtlinie 2000/78 vorliegt.

Die Richtlinie 2000/78 verbietet unmittelbare bzw. mittelbare Diskriminierung wegen der Religion oder Weltanschauung. Laut Rechtsprechung liegt keine unmittelbare Diskriminierung vor, sofern die interne Regelung unterschiedslos für jede Bekundung politischer, weltanschaulicher oder religiöser Überzeugungen gilt und alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des

Unternehmens gleichbehandelt, indem ihnen allgemein und undifferenziert vorgeschrieben wird, sich neutral zu kleiden, was das Tragen sichtbarer Zeichen ausschließt. Im gegenständlichen Fall gilt die interne Regelung nicht nur für Arbeitnehmerinnen muslimischer Religion, die ein islamisches Kopftuch tragen möchten, sondern für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Auch eine andere Arbeitnehmerin musste bereits ihr religiöses Kreuz ablegen. Laut Gerichtshof liegt in diesem Fall keine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn sich die interne Regel allgemein und unterschiedslos auf alle Beschäftigte bezieht, was das nationale Gericht zu beurteilen hat.

Weiter prüfte der Gerichtshof, ob eine mittelbare Diskriminierung vorliegt. Eine mittelbare Ungleichbehandlung liegt dann vor, wenn die dem Anschein nach neutrale Verpflichtung einer internen Regel tatsächlich dazu führt, dass Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung in besonderer Weise benachteiligt werden. Die strittige Regelung betrifft statistisch fast ausschließlich Arbeitnehmerinnen, die auf Grund ihres muslimischen Glaubens ein Kopftuch tragen, sodass der Gerichtshof davon ausgeht, dass sie eine mittelbar auf der Religion beruhende Ungleichbehandlung darstellt. Eine mittelbare Ungleichbehandlung stellt jedoch keine Diskriminierung dar, wenn sie durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.

Der Gerichtshof ist der Ansicht, dass der bloße Wille einer Arbeitgeberin bzw. eines Arbeitgebers, eine Neutralitätspolitik, die als rechtmäßiges Ziel angesehen wird, zu betreiben, nicht ausreicht, um eine mittelbare Ungleichbehandlung sachlich zu rechtfertigen. Eine sachliche Rechtfertigung kann nur bei Vorliegen eines wirklichen Bedürfnisses der Arbeitgeberin bzw. des Arbeitgebers festgestellt werden, das diese bzw. dieser nachzuweisen hat. Für den Nachweis sind etwa im vorliegenden Fall die berechtigten Erwartungen der Eltern, aber auch die unternehmerische Freiheit und die nachteiligen Konsequenzen, wenn es diese Regel nicht gebe, zu berücksichtigen. Außerdem muss die interne Regel tatsächlich in kohärenter und systematischer Weise angewandt werden und das Verbot muss auf das beschränkt sein, was im Hinblick auf die nachteiligen Konsequenzen, denen die Arbeitgeberin bzw. der Arbeitgeber durch ein solches Verbot zu entgehen sucht, unbedingt erforderlich ist. Das nationale Gericht hat dies zu beurteilen.

#### **Rechtssache C-341/19 (MJ/MH):**

Die Muslimin MJ ist bei MH Müller GmbH in Deutschland als Verkaufsberaterin und Kassiererin beschäftigt. Seit 2014 trägt sie ein islamisches Kopftuch. MJ weigerte sich, das Kopftuch abzugeben. 2016 erhielt sie die Weisung, ohne auffällige großflächige Zeichen religiöser, politischer oder weltanschaulicher Überzeugungen am Arbeitsplatz zu erscheinen. MJ klagte auf Feststellung, dass diese Weisung unwirksam sei und verlangte einen Ersatz des erlittenen Schadens. Der Neutralitätspolitik von MH käme aus ihrer Sicht kein Vorrang vor der Religionsfreiheit zu.

Außerdem sei eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen. Laut MH gelte seit 2016 für alle Verkaufsfilialen die interne Leitlinie, dass das Tragen auffälliger großflächiger Zeichen religiöser, politischer und sonstiger weltanschaulicher Zeichen am Arbeitsplatz verboten sei. Ziel sei es, im Unternehmen Neutralität zu wahren, um auch Konflikte zwischen den Beschäftigten zu vermeiden. Der Gerichtshof hatte zu prüfen, ob eine Diskriminierung auf Grund der Religion oder Weltanschauung im Sinne der Richtlinie 2000/78 vorliegt.

Ist das Kriterium des Tragens auffälliger großflächiger Zeichen politischer, weltanschaulicher oder religiöser Überzeugungen mit einer Religion oder Weltanschauung untrennbar verbunden, kann das Verbot solcher Zeichen zur Folge haben, dass einige Beschäftigte wegen ihrer Religion oder Weltanschauung im Sinne der Richtlinie unmittelbar diskriminiert werden. Stellt das nationale Gericht keine unmittelbare Diskriminierung fest, so wäre zu prüfen, ob die Regel zu einer besonderen Benachteiligung von jenen Personen führt, die einer bestimmten Religion oder Weltanschauung anhängen und eine mittelbare Diskriminierung vorliegt. Die interne Regelung soll soziale Konflikte innerhalb des Unternehmens vermeiden, insbesondere angesichts der in der Vergangenheit im Zusammenhang mit politischen, weltanschaulichen oder religiösen Überzeugungen aufgetretenen Spannungen. Die Neutralitätspolitik eines Unternehmens kann ein rechtmäßiges Ziel darstellen, sofern sie einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens entspricht. Sowohl die Verhinderung sozialer Konflikte als auch ein neutrales Auftreten der Arbeitgeberin bzw. des Arbeitgebers gegenüber den Kundinnen und Kunden können einem wirklichen Bedürfnis der Arbeitgeberin bzw. des Arbeitgebers entsprechen, das dieser nachzuweisen hat.

Aus Sicht des Gerichtshofs kann eine Neutralitätspolitik in einem Unternehmen allerdings nur dann wirksam verfolgt werden, wenn überhaupt keine sichtbaren Bekundungen politischer, weltanschaulicher oder religiöser Überzeugungen erlaubt sind, wenn die Beschäftigten mit Kundinnen und Kunden oder untereinander in Kontakt stehen. Das Tragen jedes noch so kleinen Zeichens ist geeignet, das verfolgte Ziel zu beeinträchtigen. Ist lediglich das Tragen auffälliger großflächiger Zeichen verboten, so kann dies eine unmittelbare Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung darstellen, die nicht gerechtfertigt sein kann.

#### **Rechtssache C-804/18 und C-341/19:**

Der Gerichtshof hatte ebenso zu beurteilen, ob nationale Verfassungsvorschriften, die die Religionsfreiheit bzw. Weltanschauung schützen, bei der Prüfung der Frage, ob eine mittelbare Ungleichbehandlung auf Grund der Religion oder der Weltanschauung angemessen ist, als günstigere Vorschriften im Sinne von Art. 8 der Richtlinie 2000/78 berücksichtigt werden dürfen.

Laut Rechtsprechung ist zu gewährleisten, dass dann, wenn mehrere in den Unionsverträgen verankerte Grundrechte und Grundsätze betroffen sind, wie beispielsweise in der gegenständlichen Rechtssache der in Art. 21 der Charta verankerte Grundsatz der Nichtdiskriminierung und das in Art. 10 der Charta verankerte Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit sowie die in Art. 16 der Charta anerkannte unternehmerische Freiheit, bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit das Schutzniveau dieser Freiheiten miteinander in Einklang gebracht wird und dabei ein angemessenes Gleichgewicht besteht. Beschränkungen der Freiheiten sind auf das unbedingt Erforderliche zu begrenzen. Bei der Prüfung, ob das Neutralitätsgebot angemessen ist, dürfen nationale Vorschriften, die die Gedanken-, Weltanschauungs- und Religionsfreiheit als Wert schützen, als günstigere Vorschriften im Sinne der Richtlinie 2000/78 berücksichtigt werden.

## **5. Diskriminierung auf Grund der sexuellen Orientierung**

**EuGH Urteil vom 23. April 2020- Rs. C-507/18 (NH/Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI)**

**Richtlinie 2000/78/EG – Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf – Öffentliche Äußerungen – Klagebefugnis, ohne dass ein Geschädigter vorhanden ist**

Rechtsanwalt NH hat im Rahmen einer öffentlichen Radiosendung geäußert, in seiner Kanzlei keine homosexuellen Personen beschäftigen zu wollen. Die Associazione klagte ihn, da sie als Vereinigung von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten, die vor Gericht die Rechte von Lesben, Schwulen, Bisexuellen, Transgendern und Intersexuellen verteidigt, einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot wegen der sexuellen Ausrichtung in der Richtlinie 2000/78 sah. Das Gericht verurteilte NH zur Zahlung von Schadenersatz an die Associazione und ordnete die auszugsweise Veröffentlichung dieses Beschlusses in einer Tageszeitung an. NH klagte gegen die Klagebefugnis der Associazione. Außerdem habe er die Äußerung nicht als Arbeitgeber, sondern als Bürger gemacht.

Der Gerichtshof befasste sich mit der Frage, ob die Äußerung von NH in den Geltungsbereich der Richtlinie 2000/78 falle, der sich auf die „Bedingungen“ einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen für den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit erstreckt, da im Unternehmen von NH zum Zeitpunkt der Äußerung kein Einstellungsverfahren anhängig bzw. geplant war. Wesentlich ist bei dieser Beurteilung, ob die Äußerung mit der Einstellungspolitik des Unternehmens tatsächlich in Zusammenhang gebracht werden kann und nicht nur hypothetischer Natur ist. Dabei sind unterschiedliche Faktoren von Bedeutung wie die Stellung der Urheberin bzw. des Urhebers der Äußerung und die Funktion, in der sie bzw. er sich geäußert

hat. Wesentlich ist auch, ob sie bzw. er eine potenzielle Arbeitgeberin bzw. ein potenzieller Arbeitgeber ist oder ob sie bzw. er einen entscheidenden Einfluss auf die Einstellungspolitik einer Arbeitgeberin bzw. eines Arbeitgebers hat bzw. ob sie bzw. er durch die Öffentlichkeit oder die betroffenen Kreise so wahrgenommen wird, als hätte sie bzw. er Einfluss. Ebenso bedeutend sind die Art und der Inhalt der Äußerungen. Daraus muss eine Absicht einer Diskriminierung bei der Einstellung erkennbar sein. Außerdem muss der Kontext, ob es sich um private oder öffentliche Äußerungen handelte, berücksichtigt werden. Zu berücksichtigen ist auch, dass derartige Äußerungen Personen abschrecken könnten, sich für eine Stelle in dieser Kanzlei zu bewerben. Die Äußerung von NH im Radio fällt aus Sicht des Gerichtshofs unter die Richtlinie, sofern die Verbindung dieser Äußerung zu den in der Richtlinie enthaltenen Bedingungen für den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit in diesem Unternehmen nicht hypothetisch ist.

Eine etwaige Einschränkung der Meinungsfreiheit steht der Richtlinie nicht entgegen, da es sich dabei nicht um ein absolutes Recht handelt, sondern das Recht der Meinungsfreiheit darf laut Art. 52 der Grundrechtecharta eingeschränkt werden, sofern die Einschränkungen gesetzlich vorgesehen sind, den Wesensgehalt dieses Rechts achten und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren. Im vorliegenden Fall gilt die Einschränkung ausschließlich zur Erreichung der Ziele der Richtlinie 2000/78 wie etwa der Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in der Beschäftigung. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bleibt gewahrt.

Zu der Frage, ob ein Verstoß gegen die Richtlinie vorliegt, wenn eine Vereinigung ein Gerichtsverfahren einleitet, ohne dass sich eine Geschädigte bzw. ein Geschädigter feststellen lässt. Hier verweist der Gerichtshof auf den 28. Erwägungsgrund der Richtlinie, wonach die Mitgliedstaaten günstigere Vorschriften vorsehen können. Außerdem gilt laut Rechtsprechung, dass die Richtlinie es einem Mitgliedstaat nicht verwehrt, Verbänden, die ein rechtmäßiges Interesse daran haben, für die Einhaltung dieser Richtlinie zu sorgen, das Recht einzuräumen, gerichtliche Verfahren einzuleiten und etwaigen Schadenersatz geltend zu machen, auch wenn sich keine Geschädigte bzw. kein Geschädigter feststellen lässt.

## **2.3.2 Weiterentwicklung des EU-Rechts**

### **Richtlinienvorschläge**

**Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung**

Die Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG verbieten Diskriminierungen auf Grund der ethnischen Herkunft und des Geschlechts in bestimmten Bereichen außerhalb der Arbeitswelt. Der von der Europäischen Kommission im Juni 2008 vorgelegte Richtlinienvorschlag zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung erfasst die weiteren Diskriminierungsgründe des Art. 19 AEUV wie Alter, Behinderung, sexuelle Orientierung sowie Religion und Weltanschauung. Ziel des Richtlinienvorschlags ist die Bekämpfung von Diskriminierungen auf Grund des Alters, einer Behinderung, der sexuellen Orientierung bzw. der Religion und Weltanschauung beim Zugang zum Sozialschutz, beim Zugang zur Bildung und beim Zugang zu Waren und Dienstleistungen sowie bei der Versorgung mit Waren und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen. Die Richtlinie erfordert Einstimmigkeit im Rat. Die Mitgliedstaaten konnten bisher noch keine Einigung erzielen.

#### **Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Gewährleistung einer ausgewogenen Vertretung von Frauen und Männern unter den nicht geschäftsführenden Direktoren bzw. Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften**

Da eine Initiative der Europäischen Kommission, den Frauenanteil im Verwaltungs- bzw. Aufsichtsrat börsennotierter Unternehmen durch Selbstverpflichtung zu steigern, keine Fortschritte erzielte, legte die Europäische Kommission 2012 einen entsprechenden Richtlinienvorschlag vor. Börsennotierte Unternehmen, in denen das unterrepräsentierte Geschlecht weniger als 40 Prozent der Aufsichtsratsmitglieder oder im Vorstand und Aufsichtsrat gemeinsam weniger als 33 Prozent stellt, sind verpflichtet, neue Mitglieder auf der Grundlage eines Vergleichs der Qualifikationen der Kandidatinnen und Kandidaten nach vorab festgelegten, klaren neutral formulierten und eindeutigen Kriterien auszuwählen. Unternehmen werden bei Nichterreichen der 40 bzw. 33 Prozent allerdings nicht bestraft. Sie haben nur zu berichten, warum sie den Prozentsatz nicht erreichen und wie sie diesen erreichen wollen. Die Mitgliedstaaten konnten im Rat noch keine Einigung zum Richtlinienvorschlag erzielen.

#### **Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durch Lohntransparenz und Durchsetzungsmechanismen**

Der von der Europäischen Kommission am 4. März 2021 vorgelegte Richtlinienvorschlag zielt auf die geschlechterspezifische Gleichstellung durch Verringerung des Gender Pay Gaps ab. Dazu sieht der Vorschlag Maßnahmen zur Gewährleistung von Lohntransparenz vor, etwa verpflichtende Lohninformationen vor einem Bewerbungsgespräch, ein Frageverbot zur Lohnentwicklung in früheren Beschäftigungsverhältnissen und gemeinsame Entgeltbewertungen der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber mit Arbeitnehmervertretern. Zudem soll der Zugang zur

Justiz durch Regeln zur Beweislastverlagerung, erleichtertem Zugang zu Beweismitteln und einheitlichen Regelungen zu Verjährungsfristen und Gerichts- und Verfahrenskosten vereinfacht werden. Entsprechende Überwachungsstellen und zusätzliche Kompetenzen der Gleichbehandlungsstellen sollen das Monitoring sicherstellen. Die Verhandlungen über den Vorschlag laufen.

## Tabellenverzeichnis

|  |    |
|--|----|
| Tabelle 1: Beantragte Diskriminierungstatbestände in den im Berichtszeitraum neu<br>eingebrachten Anträgen (oftmals Mehrfachnennungen) – GBK-Senat I.....  | 9  |
| Tabelle 2: Im Berichtszeitraum eingebrachte Anträge nach Geschlechtern – GBK-Senat I   | 10 |
| Tabelle 3: Anonymisierte, nicht exzerpierte Prüfungsergebnisse 2020 bis 2021 – GBK-<br>Senat I.....  | 10 |
| Tabelle 4 Beantragte Diskriminierungstatbestände in den im Berichtszeitraum neu<br>eingebrachten Anträgen (oftmals Mehrfachnennungen) – GBK-Senat II.....  | 36 |
| Tabelle 5 Im Berichtszeitraum eingebrachte Anträge nach Geschlechtern – GBK-Senat II.  | 37 |
| Tabelle 6 Anonymisierte, nicht exzerpierte Prüfungsergebnisse 2020 bis 2021 –<br>GBK-Senat II.....   | 38 |
| Tabelle 7 Beantragte Diskriminierungstatbestände in den im Berichtszeitraum neu<br>eingebrachten Anträgen (oftmals Mehrfachnennungen) – GBK-Senat III..... | 60 |
| Tabelle 8 Im Berichtszeitraum eingebrachte Anträge nach Geschlechtern – GBK-Senat III  | 61 |
| Tabelle 9 Anonymisierte, nicht exzerpierte Prüfungsergebnisse 2020 bis 2021 – GBK-<br>Senat III.....   | 61 |





**Bundeskanzleramt**

Ballhausplatz 1, 1010 Wien

+43 1 531 15-0

[gleichbehandlung@bka.gv.at](mailto:gleichbehandlung@bka.gv.at)

[bundeskanzleramt.gv.at](http://bundeskanzleramt.gv.at)

