

- 5 Zum **Begriff des Geschlechts** ist vorauszuschicken, dass sowohl die österr Rechtsordnung als auch das soziale Leben davon ausgehen, dass jeder Mensch entweder **männlich** oder **weiblich** ist. Diese Einschätzung der sozialen Realität mag zwar heute etwas relativiert sein, grundsätzlich verändert hat sie sich aber bisher nicht.³⁴ Tatsächlich steht aber fest, dass die Geschlechtsentwicklung mancher Menschen gegenüber einer männlichen oder weiblichen Geschlechtsentwicklung Varianten aufweist. Bei der Fallkonstellation der **Intergeschlechtlichkeit** (Intersexualität) sind die geschlechtsdifferenzierenden Merkmale durch eine atypische Entwicklung des chromosomalen, anatomischen oder hormonellen Geschlechts gekennzeichnet, die eine Einordnung eines Menschen als männlich oder weiblich nicht eindeutig zulässt.³⁵ Intergeschlechtlichkeit in diesem Sinn ist nicht als Ausdruck einer krankhaften Entwicklung zu verstehen, sondern als eine Variante der Geschlechtsentwicklung.³⁶
- 5/1 Wie nun der VfGH im Jahr 2018 in zwei Erkenntnissen festgehalten hat, umfasst das Recht auf Privatleben in seiner Ausprägung als Recht auf eine selbstbestimmte Geschlechtsidentität (Art 8 EMRK) auch, dass Personen mit einer **Variante der Geschlechtsentwicklung gegenüber männlich oder weiblich** berechtigt sind, eine alternative Geschlechtsidentität nach außen zu kommunizieren. Ausgehend davon hat der VfGH das PStG 2013 dahin ausgelegt, dass der Begriff „Geschlecht“ nicht allein die traditionellen Geschlechtskategorien (männlich und weiblich) meint. Vielmehr ist der Geschlechtsbegriff dahin zu verstehen und auch verfassungskonform abgrenzbar, dass er – mangels anderweitiger Festlegung – diejenigen unterschiedlichen Bezeichnungsmöglichkeiten miteinschließt, die sich zur Benennung des in Rede stehenden Phänomens der Geschlechtsvariationen entwickelt haben.³⁷
- 5/2 Dies kann auch für den **Geschlechtsbegriff des GIBG** nutzbar gemacht werden. Zwar lassen die Überschrift des I. Teils („Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt“) und eine Reihe von Bestimmungen (§§ 2, 8 etc) die beiden traditionellen Geschlechtskategorien „Frauen und Männer“ erkennen, doch beschränkt das GIBG den Diskriminierungsgrund des Geschlechts (§§ 3ff) nicht auf diese Kategorien. Für die Stellenausschreibung (§ 9) wird ausdrücklich „Geschlechtsneutralität“ gefordert, allerdings vom Wortlaut her das binäre Geschlechtsmodell zu Grunde gelegt (s § 9 Rz 5f). Eine starre Beschränkung auf ein **binäres Geschlechtsmodell** liefe dem Anliegen des GIBG, die gesamte Arbeitswelt diskriminierungsfrei zu halten, zuwider, sind doch Menschen mit einer Variante der Geschlechtsentwicklung gegenüber männlich oder weiblich sowohl auf Grund ihrer eher geringen Zahl als auch ob ihrer (gegenüber den weitaus vorherrschenden Geschlechtsidentitäten) anderen Ausprägung ihrer Geschlechtsidentität und damit ihrem – aus Perspektive der Mehrheit – „**Anderssein**“ eine besonders schutzbedürftige Gruppe.³⁸ Der vom GIBG verwendete Begriff des Geschlechts

34 VfGH 3. 12. 2009, B 1973/08, VfSlg 18.929.

35 Grundlegend *Petričević*, Rechtsfragen zur Intergeschlechtlichkeit (2017).

36 Positionspapier des Vereins intergeschlechtlicher Menschen Österreich (vimö) vom Februar 2020, abrufbar unter <http://www.vimoe.at>, abgefragt am 13. 7. 2020.

37 VfGH 15. 6. 2018, G 77/2018, VfSlg 20.258; *Aichhorn*, Intersexualität und der Eintrag ins Personenstandsregister, EF-Z 2018/77; *Neumayr*, Verfassungsgerichtshof: „unbestimmtes“, nicht drittes Geschlecht, ÖZPR 2018/9; *Simma*, Intersex und Familienbegriff: Neues von VfGH und EUGH, EF-Z 2018/100; *Dengg/Schranz*, Das dritte Geschlecht, RdM 2018/140; *Greif*, Tertium datur – cause finita? juridikum 2018, 558; *Hörtenhuber/Dörnhöfer*, Entscheidungen des VfGH – Juni Session 2018, ÖJZ 2018/141; VfGH 27. 6. 2018, E 2918/2016, VfSlg 20.266; *Pesendorfer*, Intersexualität – VfGH beschließt amtswegige Prüfung des zwingenden Eintrags des Geschlechts im Personenstandsregister, iFamZ 2018/32; vgl auch die ausführliche Stellungnahme der Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt, Intersexualität und Transidentität vom 28. 11. 2017, abrufbar unter: <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/publikationen-bioethik>, abgefragt am 13. 7. 2020.

38 VfGH 15. 6. 2018, G 77/2018, VfSlg 20.258.

ist daher dahin zu verstehen, dass er auch alternative Geschlechtsidentitäten miteinschließt. Dass in einer Reihe von Bestimmungen explizit nur von „Frauen und Männern“ die Rede ist, steht dieser Auslegung nicht entgegen. Kein Mensch darf wegen Intergeschlechtlichkeit diskriminiert werden.³⁹

Der österr. Gesetzgeber sah sich bisher noch nicht zu einer ausdrücklichen Anerkennung von Menschen mit einer Variante der Geschlechtsentwicklung gegenüber männlich oder weiblich veranlasst. Auch das Unionsrecht ist in Bezug auf konkrete Regelungen zur Intergeschlechtlichkeit zurückhaltend. Dies schafft eine prekäre Situation für intergeschlechtliche Personen, die nicht in das herkömmliche **Zweigeschlechtersystem** passen. Wenn sie sich mit ihrem biologischen Geschlecht identifizieren – nämlich ihrer eigenen „Zwischengeschlechtlichkeit“ – dann stellt ihnen das Recht derzeit keine (ausdrückliche) Personenstandsoption zur Verfügung.⁴⁰ In der Praxis haben sich dennoch bereits verschiedene Geschlechtsbezeichnungen herausgebildet; zu nennen sind hier bspw. „**inter**“ oder „**divers**“. Diese Bezeichnungen bringen im Sprachgebrauch mit hinreichender Deutlichkeit das Gemeinte, nämlich das Geschlecht bzw. die Geschlechtsidentität eines Menschen mit einer Variante der Geschlechtsentwicklung gegenüber männlich oder weiblich, der sich keinem der konventionellen Geschlechter zugehörig fühlt, zum Ausdruck.⁴¹ Siehe zur Schreibweise mit **Asterisk** * § 9 Rz 6.

Wegen der weiten Auslegung des Verbots der Diskriminierung „auf Grund des Geschlechts“ erfasst § 3 auch Benachteiligungen **transsexueller Personen**.⁴² Dies darf nicht mit Diskriminierungen auf Grund der sexuellen Orientierung (vgl. § 17 im II. Gesetzesteil) verwechselt werden.⁴³ Bei **Transsexualität** (gebräuchlich sind auch die Begriffe **Transidentität**, **Gender-Dysphorie**, **Transgender**, in jüngerer Zeit vielfach **Gender-Inkongruenz**⁴⁴) ist ein Mensch eindeutig genetisch und/oder anatomisch bzw. hormonell einem Geschlecht (männlich/weiblich) zugewiesen, fühlt sich in diesem Geschlecht aber falsch oder unzureichend beschrieben bzw. lehnt auch jede Form der Geschlechtszuordnung und Kategorisierung ab. Das psychische Geschlecht bzw. die Geschlechtsidentität stimmt also nicht mit dem biologischen Geschlecht überein bzw. möchte sich die Person gelegentlich überhaupt nicht eindeutig einem Geschlecht zuordnen.⁴⁵

Normadressat/in des Gleichbehandlungsgebots nach § 3 ist grundsätzlich der/die (bei Z 1 zukünftige) AG.⁴⁶ Das Gleichbehandlungsgebot des GIBG genießt im Rahmen des Stufenbaus der Rechtsordnung Vorrang vor sämtlichen niederrangigeren Rechtsquellen (VO, KollV, BV, Arbeitsvertrag, Weisung, sonstige Entscheidungen bzw. Handlungen des/der AG). Auf ein allfälliges Verschulden des/der AG kommt es bei der Frage der Verletzung des Gleichbehand-

39 In diesem Sinn auch die einhellige deutsche Lehre. Siehe *Däubler* in *Däubler/Bertzbach*, AGG⁴ § 1 Rn 48 mwN.

40 *Holzleithner*, Legal Gender Studies: Grundkonstellationen und Herausforderungen, *juridikum*, 2015/471 (477).

41 VfGH 15. 6. 2018, G 77/2018, VfSlg 20.266.

42 Vgl. dazu EuGH 30. 4. 1996, C-13/94, P, Slg 1996, I-2143; EuGH 27. 4. 2006, C-423/04, *Richards*, Slg 2006, I-3585; *Bei*, Diskriminierung transsexueller Personen, DRdA 1997, 245.

43 Nur in besonders gelagerten Fallkonstellationen könnte es eventuell zu Überschneidungen zwischen Benachteiligungen transsexueller Personen und Benachteiligungen auf Grund der sexuellen Orientierung kommen. Siehe dazu § 17 Rz 56ff.

44 Siehe WHO gender, equity, human rights team newsletter 06/2019, <https://www.who.int/gender-equity-rights/news/ger-newsletter-2019/en/index2.html>, abgefragt am 13. 7. 2020.

45 Stellungnahme der Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt, Intersexualität und Transidentität vom 28. 11. 2017, 15ff, abrufbar unter: <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/publikationen-bioethik>, abgefragt am 13. 7. 2020.

46 So auch *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*³ § 3 GIBG Rz 4.

lungsgebots und der daraus resultierenden Rechtsfolgen nicht an.⁴⁷ Im Folgenden werden die einzelnen Diskriminierungssituationen der Z 1–7 des § 3 näher erörtert.

II. Diskriminierungssituationen

A. § 3 Z 1 – Begründung des Arbeitsverhältnisses

Literatur: *Adamovic*, Diskriminierung bei Stellenbesetzung – Beweislast und Schadenersatz, ARD 5525/6/2004; *Baer*, Europäische Richtlinien gegen Diskriminierung, ZESAR 2004, 204; *Csillag/Eichinger*, Frauennachtarbeitsverbot und Gleichbehandlung im EG-Raum, ZAS 1992, 17; *Diller*, AGG-Hopping durch Schwerbehinderte, NZA 2007, 1321; *Eichinger*, Die zweite Novellierung des Gleichbehandlungsgesetzes, JAP 1990/1991, 108; *Eichinger*, Die zweite Novelle zum Gleichbehandlungsgesetz, RdW 1990, 315; *Eichinger*, Frauennachtarbeitsgesetz als gleichheitskonform bestätigt. Anmerkungen zum Erkenntnis des VfGH vom 12. 3. 1992, RdW 1992, 180; *Eichinger*, Quotenregelungen auf dem Prüfstand des EuGH, RdW 1995, 304; *Eichinger*, EuGH verwirft Frauenquote, RdW 1995, 471; *Eichinger*, Entscheidungsbesprechung OGH 7. 7. 2004, 9 ObA 46/04 m, DRdA 2005/34; *Eichinger*, Entscheidungsbesprechung OGH 31. 8. 2005, 9 ObA 4/05 m, DRdA 2006/39; *Gerlach*, Gleichbehandlung bei der Begründung des Dienstverhältnisses, RdW 2000, 610; *Hadeler*, Die Revision der Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG – Umsetzungsbedarf für das deutsche Arbeitsrecht, NZA 2003, 77; *Mayr*, Berücksichtigung des Mutterschaftsurlaubs als tatsächlich geleistete Dienstzeit, ELR 1998, 246; *Mayr*, Entscheidungsbesprechung EuGH 26. 10. 1999, C-273/97, *Sirdar*, ELR 1999, 493; *Mayr*, Entscheidungsbesprechung EuGH 11. 1. 2000, C-285/98, *Kreil*, ELR 2000, 54; *Mayr*, Entscheidungsbesprechung EuGH 3. 2. 2000, Rs C-207/98, *Mahlburg*, ELR 2000, 126; *Mayr*, Entscheidungsbesprechung EuGH 7. 12. 2000, Rs C-79/99, *Schnorbus*, ELR 2001, 17; *Mayr*, Entscheidungsbesprechung EuGH 4. 10. 2001, Rs C-109/00, *Tele Danmark*, ELR 2001, 321; *Mayr*, Entscheidungsbesprechung EuGH 11. 3. 2003, Rs C-186/01, *Dory*, ELR 2003, 167; *Mayr*, Entscheidungsbesprechung EuGH 27. 2. 2003, Rs C-320/01, *Busch*, ELR 2003, 292; *Mayr*, Entscheidungsbesprechung EuGH 30. 9. 2004, Rs C-319/03, *Briheche*, ELR 2004, 431; *Mayr*, Entscheidungsbesprechung EuGH 10. 7. 2008, Rs C-54/07, *Feryn*, ELR 2008, 258; *Mosler*, Geschlechterdiskriminierung bei der Einstellung von Arbeitnehmer/innen, wbl 1997, 365; *Pellissetti*, Entscheidungsbesprechung EuGH 3. 2. 2000, Rs C-207/98, *Mahlburg*, JAP 2000/2001, 104; *Pirstner*, Entscheidungsbesprechung EuGH 11. 11. 1997, Rs C-409/95, *Marschall*, DRdA 1998, 153; *Potz*, Öffentliche Äußerungen eines Unternehmers im Lichte des europäischen Gleichbehandlungsrechts, ZESAR 2008, 495; *Rauch*, Zum Schadenersatz nach dem Gleichbehandlungsgesetz, ecolo 2000, 441; *Rebhahn*, Gleichbehandlung, Qualifikation und Leistung – Zur Gleichbehandlung von Mann und Frau bei Einstellung, Entgelt und Beförderung, JBl 1993, 681; *Reich*, Kurzbesprechung der Schlussanträge des Generalanwalts Poiars Maduro vom 12. 3. 2008 in der Rs C-54/07, *Feryn*, EuZW 2008, 229; *Ritzberger-Moser*, Entscheidungsbesprechung OGH 23. 11. 1994, 10 ObS 255/94, DRdA 1995/50; *Runggaldier*, Das neue „Antidiskriminierungsrecht“ der EU – Bestandsaufnahme und Kritik, in FS Doralt (2004) 511 (517 f); *Rust*, Änderungsrichtlinie 2002 zur Gleichbehandlungsrichtlinie von 1976, NZA 2003, 72; *Schiek*, Gleichbehandlungsrichtlinien der EU – Umsetzung im deutschen Arbeitsrecht, NZA 2004, 873; *Schindler*, Zur Umsetzung des EU-Rechts in Österreich – Teil 2, DRdA 2003, 523 (531 ff); *Smutny*, Geschlechtsbezogene Diskriminierung bei der Einstellung von ArbeitnehmerInnen, DRdA 2000, 122; *Sporrer*, Frauenbevorzugende Quotenregelungen widersprechen EU-Recht? DRdA 1995, 442; *Sporrer*, Entscheidungsbesprechung EuGH 17. 10. 1995, Rs C-450/93, *Kalanke*, DRdA 1996, 79; *Sprenger*, Aktuelle Tendenzen des EuGH im Diskriminierungsrecht – Rechtsprechung oder Rechtsfortbildung? BB 2008, 2405; *Stahlhacke* in *Oetker/Preis* (Hrsg), EAS Teil C 23 ff (27 f) zu RL 76/207/EWG Art 5 Nr 16; *Sturm*, Die Änderung der Gleichbehandlungsrichtlinie, DRdA 2003, 83; *Sturm*, Richtlinienumsetzung im neuen Gleichbehandlungsgesetz und Gleichbehandlungskommissions-/Gleichbehandlungsanwaltschaftsgesetz, DRdA 2004, 574; *Urlesberger*, Auch nach dem Fall Kalanke sind Frauen noch gleicher: Überlegungen zum Fall Marschall, ZAS 1998, 33; *Weinmeier*, Europäische Gemeinschaften, Gesetzliches Verbot der Nachtarbeit der Frauen und Gleichbehandlung, DRdA 1992, 168; *Weinmeier*, Setzt der EuGH der „positiven Diskriminierung“ ein Ende? wbl 1996, 6; *Windisch-Graetz*, Probleme der Mehrfachdiskriminierung in der Arbeitswelt, DRdA 2005, 238 f.

47 Vgl ua EuGH 22. 4. 1997, C-180/95, *Draehmpaehl*, Slg 1997, I-2195; OGH 21. 10. 1998, 9 ObA 264/98h, DRdA 2000/20 = DRdA 2000, 122 (*Smutny*).

§ 3 Z 1 untersagt unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen auf Grund des Geschlechts⁴⁸ bei der Begründung des AV. Die Formulierung der Z 1 entspricht der Vorgängerregelung⁴⁹ im § 2 Abs 1 Z 1 GIBG 1979. Bei der Auslegung des Gleichbehandlungsgebots nach geltendem Recht sind aber die Legaldefinitionen der unmittelbaren und der mittelbaren Diskriminierung zu berücksichtigen, die im GIBG 1979 noch fehlten. Auf Grund dieser Begriffsbestimmungen ergibt sich eine gegenüber der früheren Rechtslage⁵⁰ **veränderte Umschreibung des Gleichbehandlungsgebots** an sich. Daraus können im Einzelfall etwas abweichende Auslegungsergebnisse resultieren.⁵¹ Das Gleichbehandlungsgebots bei der Begründung des AV wurde ursprünglich mit der Nov, BGBl 1990/410,⁵² in das „alte“ GIBG aufgenommen. Die Erstreckung des Gleichbehandlungsgebots auf die Begründung des AV im Juli 1990 begründete der (historische) Gesetzgeber insb damit, dass das Gleichbehandlungsgebots zuvor wesentliche Bereiche des Arbeitslebens nicht erfasst hatte⁵³ und dass va bei der Einstellung die entscheidende Weichenstellung für die in Österreich (bis heute) bestehende geschlechtsspezifische Beschäftigungsstruktur erfolge.⁵⁴ Die Ausgestaltung des Gleichbehandlungsgebots im innerstaatlichen Recht orientierte sich damals va am Gemeinschaftsrecht, konkret an Art 3 Abs 1 GleichbehandlungsRL 76/207/EWG (Stammfassung).⁵⁵ Mit dem Verbot geschlechtsbezogener Diskriminierungen beim Zugang zur Beschäftigung im geltenden GIBG wurde **Art 3 Abs 1 lit a RL 76/207/EWG idF RL 2002/73/EG**⁵⁶ umgesetzt.⁵⁷ Danach darf es bei den „Bedingungen – einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen – für den Zugang zu unselbständiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit“ keinerlei Diskriminierung auf Grund des Geschlechts geben. Dies gilt „unabhängig von Tätigkeitsfeld und beruflicher Position“. Eine nahezu gleichlautende Formulierung beinhaltet nun auch die Nachfolgeregelung, das Diskriminierungsverbot nach **Art 14 Abs 1 lit a GleichbehandlungsRL 2006/54/EG (Neufassung)**. Daher ergeben sich dadurch in Bezug auf die Gleichbehandlung bei der Begründung des AV keine nennenswerten Veränderungen.

48 Siehe auch die Erläut zu § 5 Abs 1 und 2.

49 Dazu ausführlich *Smutny/Mayr* 201 ff (Judikaturnachweise 83 ff). Vgl auch ErläutRV 307 BlgNR 22. GP 10 zu § 3 des Entwurfs.

50 Als Diskriminierung auf Grund des Geschlechts iZm einem AV galt nach § 2 Abs 1 GIBG 1979 „jede benachteiligende Differenzierung, die ohne sachliche Rechtfertigung vorgenommen wird“.

51 Siehe zu diesem Gesichtspunkt *Eichinger*, Entscheidungsbesprechung OGH, 7. 7. 2004, 9 ObA 46/04 m, DRdA 2005/34, 424 (428 f).

52 Dazu *Eichinger* 47, 90 ff; *Eichinger*, Die zweite Novellierung des Gleichbehandlungsgesetzes, JAP 1990/1991, 108; *Eichinger*, Die zweite Novelle zum Gleichbehandlungsgesetz, RdW 1990, 315; *Smutny/Mayr* 201. Siehe auch die Ausführungen im Abschnitt „Historische Entwicklung – Gleichbehandlung in Österreich und in der EU.“

53 Daher konnte die GBK damals zahlreiche an sie herangetragene Beschwerden nicht bearbeiten.

54 Vgl IA 427/A, II-11433 BlgNR 17. GP 16 f und 18 f; AB 1411 BlgNR 17. GP 2.

55 Weiterführend *Eichinger* in EAS Rn 6 und 19 f.

56 Siehe dazu *Runggaldier*, Das neue „Antidiskriminierungsrecht“ der EU – Bestandsaufnahme und Kritik, in FS Doralt (2004) 511 (517 f); *Schindler*, Zur Umsetzung des EU-Rechts in Österreich – Teil 2, DRdA 2003, 523 (531 ff); *Sturm*, Die Änderung der Gleichbehandlungsrichtlinie, DRdA 2003, 83; aus der dt Lit *Baer*, Europäische Richtlinien gegen Diskriminierung, ZESAR 2004, 204; *Hadeler*, Die Revision der Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG – Umsetzungsbedarf für das deutsche Arbeitsrecht, NZA 2003, 77; *Rust*, Änderungsrichtlinie 2002 zur Gleichbehandlungsrichtlinie von 1976, NZA 2003, 72; *Schiek*, Gleichbehandlungsrichtlinien der EU – Umsetzung im deutschen Arbeitsrecht, NZA 2004, 873.

57 Zur Umsetzung der ÄRL 2002/73/EG im GIBG *Sturm*, Richtlinienumsetzung im neuen Gleichbehandlungsgesetz und Gleichbehandlungskommissions-/Gleichbehandlungsanwaltschaftsgesetz, DRdA 2004, 574.

- 8 Der unionsrechtliche Schutz vor Diskriminierungen wegen des Geschlechts bei der Einstellung nach Art 3 Abs 1 RL 76/207/EWG idF RL 2002/73/EG bzw nun nach Art 14 RL 2006/54/EG gilt nicht nur für privatrechtliche Beschäftigungsverhältnisse, sondern auch für den Zugang zu **öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen**.⁵⁸ In Österreich bestehen für den öffentlichen Dienst spezielle Rechtsgrundlagen: Für Bundesbedienstete im B-GIBG⁵⁹ und für den Landes- und Gemeindedienst in landesgesetzlichen Regelungen.⁶⁰
- 9 Unter den privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnissen ist § 3 Z 1 GIBG nicht nur auf unbefristete Arbeitsverträge und arbeitnehmerähnliche Beschäftigungen anwendbar,⁶¹ sondern auch auf besondere **Ausgestaltungsformen** wie zB auf befristete Arbeitsverträge (einschließlich der Lehrverträge) und auf Probe-AV.⁶²
- 10 Das Gleichbehandlungsgebot bei der Begründung des AV verdient nicht nur wegen seiner praktischen Bedeutung, sondern auch aus rechtlicher Sicht besondere Aufmerksamkeit, weil sich das Spannungsverhältnis zwischen dem Grundsatz der Gleichbehandlung in der Arbeitswelt und dem Prinzip der **Privatautonomie** gerade im „sensiblen“ Bereich der Personalaufnahme besonders deutlich zeigt.⁶³ In kaum einem anderen Bereich des Arbeitslebens werden gesetzliche Beschränkungen der Vertragsfreiheit deutlicher spürbar als hier, wo das Diskriminierungsverbot der Abschlussfreiheit der AG Grenzen setzt und so das Einstellungsverhalten in der Praxis (mit)beeinflusst.⁶⁴
- 11 Zum Verbot der Diskriminierung auf Grund des Geschlechts beim Beschäftigungszugang nach der RL 76/207/EWG besteht eine umfangreiche EuGH-Rsp, die auch bei der Auslegung von § 3 Z 1 GIBG zu berücksichtigen ist. **Österr Judikatur** zur Diskriminierung bei der Begründung des AV liegt hingegen vergleichsweise wenig vor. Die meisten einschlägigen OGH-Entscheidungen

58 EuGH 16. 2. 2006, C-294/04, *Sarkatzis Herrero*, Slg 2006, I-1513, Rn 35; EuGH 30. 9. 2004, C-319/03, *Briheche*, Slg 2004, I-8807, Rn 18 (dazu *Mayr*, ELR 2004, 431); EuGH 21. 5. 1985, 248/83, *Kommission/Deutschland*, Slg 1985, 1459, Rn 16.

59 Stammfassung BGBl 1993/100. Vgl insb die tiefgreifende Novellierung durch BGBl I 2004/65.

60 Burgenland: für Land und Gemeinden Landes-Gleichbehandlungsgesetz, L-GBG, LGBl 1997/59 idF LGBl 2020/25; Kärnten: für Land und Gemeinden Landes-Gleichbehandlungsgesetz, K-LGBG, LGBl 1994/56 idF LGBl 2020/29; Niederösterreich: für Land und Gemeinden NÖ Gleichbehandlungsgesetz, LGBl 2060-0 idF LGBl 2060-6 idF LGBl 2020/34; Oberösterreich: für Land Oö. Landes-Gleichbehandlungsgesetz, Oö. L-GBG, LGBl 1995/8 idF LGBl 2019/47; für Gemeinden Oö. Gemeinde-Gleichbehandlungsgesetz, Oö. G-GBG, LGBl 1999/63 idF LGBl 2019/47; Salzburg: für Land und Gemeinden Salzburger Gleichbehandlungsgesetz, S.GBG, LGBl 2006/31 idF LGBl 2020/38; Steiermark: für Land und Gemeinden Landes-Gleichbehandlungsgesetz, L-GBG, LGBl 2004/66 idF LGBl 2017/104; Tirol: für Land Landes-Gleichbehandlungsgesetz 2005, L-GIBG 2005, LGBl 2005/1 idF LGBl 2019/138; für Gemeinden Gemeinde-Gleichbehandlungsgesetz 2005, G-GIBG 2005, LGBl 2005/2 idF LGBl 2018/144; Vorarlberg: für Land und Gemeinden Gesetz über das Verbot der Diskriminierung, Antidiskriminierungsgesetz, LGBl 2005/17 idF 2019/57; Wien: Wiener Gleichbehandlungsgesetz, W-GBG, LGBl 1996/18 idF LGBl 2019/42.

61 Näheres zum Geltungsbereich des Gleichbehandlungsgebots s in den Erläut zu § 1.

62 Vgl OGH 31. 8. 2005, 9 OBA 4/05m, DRdA 2006/39, 384 (*Eichinger*), zur Abgrenzung des Gleichbehandlungsgebots bei der Begründung von jenem bei der Beendigung des AV.

63 Das kommt auch in der Lit klar zum Ausdruck. Vgl *Bei/Novak* 83 (104); *Eichinger* 91f; *Mosler*, Geschlechterdiskriminierung bei der Einstellung von Arbeitnehmern/innen, wbl 1997, 365 (368); *Rebhahn* in *Rebhahn* § 3 GIBG Rz 60; *Rebhahn*, Gleichbehandlung, Qualifikation und Leistung – Zur Gleichbehandlung von Mann und Frau bei Einstellung, Entgelt und Beförderung, JBl 1993, 681 (690); *Runggaldier*, Das neue „Antidiskriminierungsrecht“ der EU – Bestandsaufnahme und Kritik, in FS Doralt (2004) 511 (518ff); *Smutny/Mayr* 202ff.

64 Dahingehend auch *Rebhahn*, JBl 1993, 690 zur besonderen Bedeutung von Personalentscheidungen für die Unternehmensführung.

stammen bereits aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des GIBG am 1. Juli 2004 und betreffen daher Fälle, die noch nach dem GIBG 1979⁶⁵ zu beurteilen waren. Viele dazu getroffene grundlegende Ausführungen des OGH sind aber auch auf die geltende Rechtslage übertragbar. So betonte der OGH, dass es für die Beurteilung, ob jemand auf Grund des Geschlechts diskriminiert wurde, klarer Feststellungen bedarf, ob die **Ablehnung** der Bewerbung tatsächlich **wegen des Geschlechts** erfolgte oder ob andere Motive für die Ablehnung maßgeblich waren.⁶⁶ Eine unmittelbare Frauendiskriminierung bei der Begründung des AV liegt nach Auffassung des OGH jedenfalls dann vor, wenn eine Bewerberin ohne jede Bedachtnahme auf ihre individuellen Voraussetzungen nur wegen ihres Geschlechts abgelehnt wird.⁶⁷ 2009 stellte der OGH fest, dass die Begründung des AV iSd § 3 Z 1 GIBG ein zeitlich gedehnter Prozess ist und nicht nur die abschließende Entscheidung über den Abschluss des Arbeitsvertrags selbst, sondern auch bereits das davor liegende **Bewerbungs- und Auswahlverfahren** erfasst (s dazu Rz 13 ff).⁶⁸ In einem Fall, den der OGH 2019 zu beurteilen hatte, schied die Einstellungsdiskriminierung schon deshalb aus, weil die zuvor inserierte Stelle im Zeitpunkt der späteren Vorsprache der Bewerberin nicht mehr frei war. Die schriftliche Bewerbung hatte der inserierende Unternehmer nicht erhalten.⁶⁹

Bei manchen noch zum GIBG 1979 ergangenen Sachentscheidungen ist hingegen fraglich, ob sie auch auf der Grundlage des geltenden Rechts noch Bedeutung haben. Dies gilt bspw für den sog „Herrenmodenfall“, in dem der OGH ein **spezielles Verkaufskonzept** des AG als sachliches Motiv für eine Differenzierung nach dem Geschlecht⁷⁰ bewertete. Dieses Konzept bestand darin, dass die Auslandsvertreter die vertriebenen Bekleidungsmodelle nicht nur durch Kollektionen, sondern auch dadurch präsentierten, dass sie diese Kleidungsstücke selbst trugen.⁷¹ **12**

Wegen der auf die tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt ausgerichteten Zielsetzung des GIBG⁷² und des umfassend konzipierten Gleichbehandlungsgebots iZm einem AV nach § 3⁷³ ist die Wendung „**bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses**“ im Tatbestand der Z 1 **weit** zu verstehen.⁷⁴ Diese Formulierung beschränkt sich nicht auf die konkrete Entscheidung über die Einstellung⁷⁵ (zB „Nichteinstellung“ einer geeigneten Bewerberin nur wegen des Bekanntwerdens ihrer Schwangerschaft),⁷⁶ sondern erfasst auch Benachteiligungen im Rahmen des idR vorausgehenden **Auswahlverfahrens**⁷⁷ (zB gezielte Ausklammerung der **13**

65 Zu § 2 Abs 1 Z 1 GIBG 1979 s *Smutny/Mayr* 204ff.

66 OGH 7. 7. 2004, 9 ObA 46/04m, DRdA 2005/34, 424 (*Eichinger*); *Adamovic*, Diskriminierung bei Stellenbesetzung – Beweislast und Schadenersatz, ARD 5525/6/2004; *Smutny/Mayr* 170 ff.

67 OGH 21. 10. 1998, 9 ObA 264/98h, DRdA 2000, 172. Siehe auch *Smutny*, Geschlechtsbezogene Diskriminierung bei der Einstellung von ArbeitnehmerInnen, DRdA 2000, 122.

68 OGH 23. 4. 2009, 8 ObA 11/09i.

69 OGH 27. 2. 2019, 9 ObA 118/18w.

70 Nach § 2 Abs 1 GIBG 1979 galten nur benachteiligende Differenzierungen ohne sachliche Rechtfertigung als Diskriminierung. Näheres bei *Smutny/Mayr* 170.

71 OGH 12. 1. 2000, 9 ObA 318/99a, RdW 2000/474, 500. Siehe auch *Gerlach*, Gleichbehandlung bei der Begründung des Dienstverhältnisses, RdW 2000, 610; *Rauch*, Zum Schadenersatz nach dem Gleichbehandlungsgesetz, *ecole* 2000, 441.

72 Siehe die Erläut zu § 2.

73 Vgl Rz 1 zu § 3 Abs 1 (arg „insbesondere nicht“).

74 Bereits zu § 2 Abs 1 Z 1 GIBG 1979 zutreffend *Bei/Novak* 104; *Smutny/Mayr* 204. Ebenso *Hofer/Iser/ Miller-Fahringer/Rubisch/Willi*, Behindertengleichstellungsrecht² (2016) § 7b Rz 3.

75 Dh beim endgültigen Entschluss des/der AG zum Vertragsabschluss.

76 Vgl zu dieser Fallkonstellation EuGH 8. 11. 1990, C-177/88, *Dekker*, Slg 1990, I-3941, Rn 2f zum Sachverhalt des Ausgangsverfahrens.

77 Dies ergibt sich eindeutig aus der RL-konformen Auslegung (vgl Art 3 Abs 1 lit a RL 76/207/EWG idF RL 2002/73/EG: „Bedingungen – einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen“) von § 3 Z 1 GIBG. Vgl auch OGH 23. 4. 2009, 8 ObA 11/09i.

Bewerbungen von Frauen vom Auswahlvorgang für die Besetzung einer Führungsposition). Für die Beurteilung einer Diskriminierung bei der Begründung des AV ist somit auf verschiedene, dem Vertragsabschluss „vorgelagerte“ bzw. diesen „vorbereitende“ Verhaltensweisen des/der AG oder für diese/n handelnder Personen Bedacht zu nehmen (Vertragsanbahnung).⁷⁸

- 14 Dieses weite Begriffsverständnis zu § 3 Z 1 steht mit der extensiven Interpretation der Formulierung „Zugang zur Beschäftigung“ in der GleichbehandlungsRL 76/207/EWG durch die EuGH-Judikatur im Einklang.⁷⁹ Nach einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Frankreich verstößt zB bereits ein für Männer und Frauen **getrenntes Einstellungsverfahren** gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Begründung des AV, soweit die GleichbehandlungsRL insofern keinen einschlägigen Ausnahmetatbestand vorsieht. Das gilt insb dann, wenn das Einstellungsverfahren nicht hinreichend durchschaubar ist und daher auch nicht wirksam kontrolliert werden kann.⁸⁰ In der Rs *Meyers* wandte der Gerichtshof die erwähnte RL-Bestimmung – über die vor der Begründung eines AV bestehenden Bedingungen hinausgehend – sogar auf ein in Großbritannien praktiziertes arbeitsmarktpolitisches **Anreizsystem für Arbeitslose** zur Annahme einer gering bezahlten Beschäftigung (sog „family credit-Modell“) an.⁸¹
- 15 Im Jahr 2008 ging der EuGH bei der Auslegung der AntirassismusRL 2000/43/EG von einem besonders weiten Begriff der (unmittelbaren) Diskriminierung bei der Begründung des AV aus. Nach dem Urteil *Feryn* begründet schon allein die **öffentliche Äußerung** eines/einer AG, er/sie werde keine AN einer bestimmten ethnischen Herkunft einstellen, eine unmittelbare Diskriminierung bei der Einstellung iS dieser RL, da solche Äußerungen bestimmte Bewerber/innen ernsthaft davon abhalten können, ihre Bewerbungen einzureichen, und damit ihren Zugang zum Arbeitsmarkt behindern.⁸² Diese Argumentation könnte der Gerichtshof in Zukunft durchaus auch auf andere geschützte Merkmale übertragen und in ähnlich gelagerten Fallkonstellationen zB auch eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bejahen.
- 16 Der Schutz vor Diskriminierungen bei der Begründung des AV besteht nach der österr Rechtslage unabhängig davon, ob „der erste Schritt“ zur **Vertragsanbahnung** vom/von der AG (zB durch eine Stellenausschreibung) oder vom/von der Arbeitsuchenden (zB durch eine Direktbewerbung) gesetzt wird. Der Schutz greift auch ein, wenn sich der/die AG bei der Personalaufnahme der Hilfe Dritter (zB eines Personalvermittlungsunternehmens) bedient. Wegen der vielfältigen Möglichkeiten zur Anbahnung eines AV ist die abstrakte Festlegung des Beginns des gesetzlichen Schutzes vor Diskriminierungen bei der Einstellung schwierig. Damit ist gemeint, auf welche der Einstellungsentscheidung vorausgegangenen Sachverhalte zurückgegriffen werden kann, wenn zu beurteilen ist, ob eine Diskriminierung nach § 3 Z 1

78 *Rebhahn* in *Rebhahn* § 3 GIBG Rz 61 führt zB die Ausschreibung, die Einladung zu einem Hearing oder die verwendeten Testverfahren an. *Smutny/Mayr* 204 verwies auf § 3 GIBG 1979 auf „sämtliche mit dem Zustandekommen eines Arbeitsvertrags in Zusammenhang stehende Vorgänge“. Auch nach *Hofer/Iser/Miller-Fahringer/Rubisch/Willi*, *Behindertengleichstellungsrecht*² (2016) § 7b Rz 4, umfasst die Begründung des AV alle mit dem Zustandekommen des Arbeitsvertrags in Zusammenhang stehenden Vorgänge; zB Bewerbung, Vorstellungsgespräch, Einstellungstest oder ärztliche Einstellungsuntersuchung.

79 Siehe die Nachweise bei *Eichinger* in *EAS* Rn 106ff.

80 EuGH 30. 6. 1988, 318/86, *Kommission/Frankreich*, Slg 1988, 3559, Rn 25 und 30.

81 EuGH 13. 7. 1995, C-116/94, *Meyers*, Slg 1995, I-2131, Rn 21f.

82 EuGH 10. 7. 2008, C-54/07, *Feryn*, Rn 25; *Mayr*, *ELR* 2008, 258; *Reich*, *Kurzbesprechung der Schlussanträge des Generalanwalts Póiares Maduro v 12. 3. 2008* in der Rs C-54/07, *Feryn*, *EuZW* 2008, 229; *Potz*, *GIBG-Hopping? Schadenersatzjäger und das GIBG*, *RdW* 2008, 730; *Potz*, *Öffentliche Äußerungen eines Unternehmers im Lichte des europäischen Gleichbehandlungsrechts*, *ZESAR* 2008, 495; *Sprenger*, *Aktuelle Tendenzen des EuGH im Diskriminierungsrecht – Rechtsprechung oder Rechtsfortbildung?* *BB* 2008, 2405.

vorliegt. Dabei ist zunächst danach zu unterscheiden, ob die Vertragsanbahnung von den Stellensuchenden oder von der AG-Seite ausgeht.

Erfolgt die Vertragsanbahnung durch Stellensuchende, ist darauf abzustellen, wann die jeweilige Kontaktaufnahme dem/der AG bzw von ihm/ihr beigezogenen Dritten bekannt wird. Das ist regelmäßig der Zeitpunkt des **Zugangs der Bewerbung** bei ihrem/ihrer Adressaten/Adressatin. Dabei kommen verschiedene Formen der Bewerbung (sei es mündlich oder schriftlich, auf dem Postweg, per E-Mail, per Fax oder durch Boten) in Betracht. **17**

Geht die Vertragsanbahnung hingegen von der AG-Seite aus, ist grundsätzlich entscheidend, wann der/die AG – für andere Personen erkennbar – den ersten Schritt zur **Kontaktaufnahme mit Stellensuchenden** setzt. Dieser Schritt wird häufig eine Stellenausschreibung sein. Es sind allerdings auch ganz andere Formen der Vertragsanbahnung durch den/die AG möglich; zB durch die Beauftragung eines Arbeitsvermittlungunternehmens oder durch direktes Ansprechen dem/der AG bereits bekannter in Betracht kommender Personen. Das Gleichbehandlungsgebot bei der Begründung des AV ist selbstverständlich auch dann zu beachten, wenn die Vertragsanbahnung nicht durch eine Stellenausschreibung, sondern auf andere Art erfolgt.⁸³ Ergänzend ist dazu anzumerken, dass das Unionsrecht keine die Gleichbehandlung betreffenden Regelungen zur Stellenausschreibung vorsieht und auch die Mitgliedstaaten nicht zur Einführung von Rechtsvorschriften für die Ausschreibung von Arbeitsplätzen verpflichtet.⁸⁴ **18**

Erfolgt die Vertragsanbahnung mit Hilfe einer Stellenausschreibung, dann muss das Gleichbehandlungsgebot bei der Begründung des AV nach § 3 Z 1 vom Gebot der **geschlechtsneutralen Stellenausschreibung** gem § 9 abgegrenzt werden.⁸⁵ Obwohl die beiden Regelungen in engem Zusammenhang stehen, erfüllen nicht geschlechtsneutrale Stellenausschreibungen „als solche“ idR den Diskriminierungstatbestand gem § 3 Z 1 nicht⁸⁶ und können daher auch die im § 12 Abs 1 für Einstellungsdiskriminierungen vorgesehenen Rechtsfolgen (Schadenersatzansprüche) nicht auslösen.⁸⁷ Ausschreibungsmängel führen hingegen nach § 10 zu Verwarungen⁸⁸ oder zu Geldstrafen⁸⁹ für die nicht normkonform ausschreibenden AG und Arbeitsvermittler/innen. Somit ist das Ausschreibungsverfahren selbst an § 9 zu messen; die Bearbeitung der daraufhin einlangenden Bewerbungen ist hingegen bereits nach dem Gleichbehandlungsgebot bei der Begründung des AV nach § 3 Z 1 zu beurteilen.⁹⁰ Missachtungen des Gebots der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung sind aber – zB in einem späteren Rechtsstreit – ein gewichtiges **Indiz** für eine darauf folgende Einstellungsdiskriminierung.⁹¹ **19**

83 So auch *Rebhahn* in *Rebhahn* § 3 GIBG Rz 60, der etwa Spontanbewerbungen erwähnt.

84 EuGH 21. 5. 1985, 248/83, *Kommission/Deutschland*, Slg 1985, 1459, Rn 43.

85 Das Gebot der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung ist eine spezielle gesetzliche Anordnung, die gesondert vom Gleichbehandlungsgebot iZm dem AV (vgl § 3 GIBG) geregelt ist. Näheres s § 9 Rz 19.

86 Zu beachten ist hiezu das Urteil des EuGH 10. 7. 2008, C-54/07, *Feryn*: Im Ausgangsfall dazu trafen einerseits die zunächst diskriminierungsfreie Personalsuche (durch das Aufstellen einer großen Plakatwand auf dem gut einseharen Betriebsgelände) und andererseits öffentliche Äußerungen des AG, keine AN einer bestimmten ethnischen Herkunft einzustellen, zusammen. Siehe dazu § 9 Rz 19.

87 Vgl *Rebhahn* in *Rebhahn* § 9 GIBG Rz 16. Siehe auch § 12 Rz 9ff.

88 Dies gilt gem § 10 Abs 2 für den „ersten Verstoß“ des/der AG.

89 Vgl § 10 Abs 1 für Arbeitsvermittler/innen und § 10 Abs 2 für den/die AG bei wiederholter gesetzwidriger Ausschreibung.

90 Vgl OGH 23. 4. 2009, 8 ObA 11/09i.

91 Vgl *Rebhahn* in *Rebhahn* § 9 GIBG Rz 15. Ebenso bereits zum GIBG 1979 *Smutny/Mayr* 205; ähnlich *Bei/Novak* 105.

- 20 Diese Indizwirkung kann auch anderen fragwürdigen Verhaltensweisen der AG im Rahmen der Vertragsanbahnung zukommen.⁹² Der EuGH⁹³ hat allerdings in einem Fall, in dem ein AN schlüssig darlegt, dass er die in einer Stellenausschreibung genannten Voraussetzungen erfüllt, und dessen Bewerbung nicht berücksichtigt wurde, entschieden, dass dieser keinen Anspruch auf Auskunft darüber hat, ob der AG am Ende des Einstellungsverfahrens einen anderen Bewerber eingestellt hat. Der Gerichtshof wies jedoch darauf hin, dass die Verweigerung jedes Zugangs zu Informationen durch einen AG ein Gesichtspunkt sein kann, der im Rahmen des Nachweises von Tatsachen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, heranzuziehen ist. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, unter Berücksichtigung aller Umstände des bei ihm anhängigen Rechtsstreits zu prüfen, ob dies im Ausgangsverfahren der Fall ist. Ob bei der Personalsuche eine nach § 9 unzulässige Stellenausschreibung erfolgt oder ein **anderes** bedenkliches **Verhalten** des/der AG vorliegt, ist aus AG-Sicht jedoch insoweit von Bedeutung als nur im ersten Fall eine Ermahnung oder eine Verwaltungsstrafe gem § 10 als unmittelbare Sanktion droht.
- 21 Erfüllt ist der **Diskriminierungstatbestand** gem § 3 Z 1 nach dem bisherigen Verständnis aber erst dann, wenn die Begründung des AV, dh der Vertragsabschluss, auf Grund des Geschlechts des/der Bewerbers/Bewerberin unterbleibt.⁹⁴ Erst damit sind auch die Voraussetzungen für einen allfälligen **Schadenersatzanspruch** der Betroffenen nach § 12 Abs 1 gegeben.⁹⁵ Die aus der Sicht des Gleichbehandlungsgebots bedenklichen Verhaltensweisen des/der AG im oben abgegrenzten „Vorfeld“ der endgültigen Einstellungsentscheidung – zB ein sehr langes Hinauszögern der Entscheidung über die einem/einer Bewerber/Bewerberin zunächst in Aussicht gestellte Vertragsbegründung – können aber durchwegs wichtige Gesichtspunkte für die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung bei der Begründung des AV sein.⁹⁶
- 22 Im bereits erwähnten, besonders gelagerten Fall *Feryn* ging der EuGH bei der Auslegung der AntirassismusRL allerdings weit darüber hinaus und bewertete schon allein die **öffentliche Äußerung** eines/einer AG, keine AN einer bestimmten ethnischen Herkunft einzustellen, als unmittelbare Diskriminierung bei der Begründung des AV iSd RL 2000/43/EG, selbst dann, wenn keine Person identifizierbar ist, die deswegen eine Diskriminierung geltend macht. Nach der Ansicht des Gerichtshofs können solche Äußerungen diese Personen nämlich ernsthaft von einer Bewerbung abhalten und so ihren Zugang zum Arbeitsmarkt behindern.⁹⁷ Diese Argumentation könnte der EuGH in Zukunft zB auch auf eine öffentlich geäußerte – Frauen ausgrenzende – Einstellungspolitik übertragen.
- 23 Würde man den der Rs *Feryn* zu Grunde liegenden Ausgangsfall – in Bezug auf das Merkmal Geschlecht⁹⁸ – anhand der österr Rechtslage beurteilen, wäre das **Verhältnis** zwischen dem **Gleichbehandlungsgebot** bei der Begründung des AV nach § 3 Z 1 und dem Gebot der ge-

92 **Bsp:** Ein AG wendet sich an ein Personalvermittlungsunternehmen und gibt dabei klar zu erkennen, dass er die verfügbare Stelle in seinem Sekretariat nur mit einer Frau besetzen möchte.

93 EuGH 19. 4. 2012, C-415/10, *Meister*, ECLI:EU:C:2012:217.

94 Unabhängig davon, ob die bestgeeignete Person vom/von der AG nicht eingestellt wurde, oder ob weniger qualifizierte Personen im Hinblick auf ihr Geschlecht aus dem Auswahlverfahren ausgegrenzt wurden. Dies ist erst auf der Rechtsfolgenebene von Bedeutung. Siehe § 12 Abs 1 Z 1 (Untergrenze für den Ersatzanspruch bei Besteignung) und Z 2 (Höchstgrenze des Ersatzanspruchs in sonstigen Fällen). Siehe dazu auch OGH 23. 4. 2009, 8 Oba 11/09 i.

95 Dies ergibt sich eindeutig aus der Formulierung „Ist das Arbeitsverhältnis wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 3 Z 1 nicht begründet worden . . .“ im § 12 Abs 1, 1. Halbsatz.

96 Siehe die Erläut zu § 12 Abs 12.

97 EuGH 10. 7. 2008, C-54/07, *Feryn*, Rn 25; *Mayr*, ELR 2008, 258; *Reich*, EuZW 2008, 229; *Potz*, RdW 2008, 730; *Potz*, ZESAR 2008, 495; *Sprenger*, BB 2008, 2405.

98 Und nicht in Bezug auf das Merkmal der ethnischen Zugehörigkeit wie im Originalfall.

schlechtsneutralen **Stellenausschreibung** gem § 9 zu klären.⁹⁹ Die rechtliche Beurteilung hätte in diesem Fall von einer Gesamtbildbetrachtung auszugehen: Dh die zunächst diskriminierungsfreie Suche nach Arbeitskräften mittels einer neutral formulierten Aufschrift auf einer Plakatwand am firmeneigenen Gelände müsste iZm der öffentlichen Äußerung des/der AG Angehörige einer bestimmten geschützten Personengruppe nicht einzustellen, gesehen werden.¹⁰⁰ Indem der/die AG die zunächst nicht zu beanstandende Ausschreibung¹⁰¹ durch diese bedenkliche öffentliche Äußerung in einem fragwürdigen Licht erscheinen lässt, verletzt er/sie das Gebot der neutralen Stellenausschreibung und begründet damit gleichzeitig ein Indiz für eine Diskriminierung bei der Begründung des AV.

Das Gleichbehandlungsgebot bei der Begründung des AV kann, wie erwähnt, nach vielfältigen Arten der Vertragsanbahnung zum Tragen kommen. § 3 Z 1 greift daher bspw auch dann ein, wenn der/die AG einen bestimmten Arbeitsplatz ohne Ausschreibung und ohne sonstige „Auswahlverfahren“ unmittelbar einer von ihm/ihr dafür ins Auge gefassten Person anbietet („Direktanbot“).¹⁰² Ein Motiv für solche Direktanbote können zB Interventionen Dritter beim/bei der AG sein, von ihnen „protegierte“ Personen einzustellen. Derartige Fallkonstellationen können auch beim beruflichen Aufstieg erhebliche Bedeutung haben.¹⁰³ Die Berufung auf eine Intervention kann aber eine sonst diskriminierende Einstellungsentscheidung nicht verdecken.

Der Schutz vor Diskriminierungen auf Grund des Geschlechts bei der Begründung des AV besteht nicht nur bei der Bewerbung mehrerer Interessent/inn/en um eine freie Stelle, sondern auch dann, wenn sich nur eine Person bewirbt („**Einpersonenbewerbung**“). Der gesetzliche Schutz darf unter Berücksichtigung des Regelungszwecks¹⁰⁴ keinesfalls davon abhängig gemacht werden, ob sich – zufällig – nur eine Person oder mehrere Interessent/inn/en um eine bestimmte Arbeitsstelle bemühen. Will zB ein/e AG „prinzipiell“ keine Frauen als Führungskräfte oder zur Verrichtung schwerer körperlicher Arbeiten einstellen,¹⁰⁵ dann ist die aus diesem Grund erfolgende Ablehnung einer Bewerberin, die die gestellten Arbeitsplatzanforderungen erfüllt, unabhängig davon diskriminierend, ob sich die Frau allein oder gemeinsam mit anderen Stellensuchenden um einen solchen Arbeitsplatz beworben hat.

Nach dem zur AntirassismusRL 2000/43/EG ergangenen EuGH-Urteil in der Rs *Feryn* kann der Schutz vor Einstellungsdiskriminierung in besonders gelagerten Fallkonstellationen –

99 Mit diesem Aspekt musste sich der EuGH im Fall *Feryn* nicht auseinandersetzen, weil das Unionsrecht – wie erwähnt – keine ausdrückliche Regelung zur geschlechtsneutralen Stellenausschreibung vorsieht.

100 Für diese Zusammenschau spricht auch die Begründung des EuGH im *Feryn*-Urteil zum diskriminierenden Charakter solcher öffentlicher Äußerungen. Die Argumentation des Gerichtshofs entspricht im Wesentlichen dem Grundgedanken, auf dem auch das Gebot zur geschlechtsneutralen Ausschreibung im GIBG basiert: Es soll verhindert werden, dass durch das Gleichbehandlungsgebot geschützte Personen frühzeitig von einer Bewerbung „abgeschreckt“ werden, weil man ihnen von vornherein zu erkennen gibt, dass sie keine realistische Einstellungschance haben. EuGH 10. 7. 2008, C-54/07, *Feryn*, Rn 25, 28; s *Mayr*, ELR 2008, 258. Näheres zum Zweck des Gebots der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung s § 9 Rz 1 ff.

101 Zum weit zu verstehenden Ausschreibungsbegriff s § 9 Rz 9ff.

102 **Bsp:** Ein/e AG will eine vakante Führungsposition jedenfalls mit einem Mann besetzen, weil er in der Vergangenheit mit einer weiblichen Führungskraft „schlechte Erfahrungen gemacht“ hat. Er bietet diese Stelle daher gezielt einem ihm aus der Branche bekannten Mann an, um Bewerbungen von Frauen von vornherein auszuschließen.

103 Siehe die Erläut zu § 3 Z 5.

104 Das Geschlecht soll kein für die Personalauswahl entscheidendes Kriterium sein.

105 Siehe zu dieser Fallkonstellation OGH 21. 10. 1998, 9 ObA 264/98h, DRdA 2000, 172. Dazu *Smutny*, DRdA 2000, 122.