

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 23. Jänner 2024 über den am 23. Dezember 2022 eingelangten Antrag der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **A (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes bei der Festsetzung des Entgelts** gemäß **§ 3 Z 2 GIBG** (BGBl I Nr 66/2004 idgF) durch **Z AG (Antragsgegnerin)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl II Nr 396/2004 idgF), zu GZ GBK I/1131/22, zu folgendem

PRÜFUNGSERGEBNIS:

A ist aufgrund des Geschlechtes bei der Festsetzung des Entgelts gemäß § 3 Z 2 GIBG durch die Z AG diskriminiert worden.

Dies ist eine gutachterliche Feststellung. Es handelt sich hierbei im Sinne der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes¹ nicht um einen Bescheid.

VORBRINGEN

Im **Antrag** wurde im Wesentlichen Folgendes vorgebracht:

Die Antragstellerin sei seit 18. Februar 2008 bei der Antragsgegnerin beschäftigt. Sie sei Gruppenleiterin in der Konzernreisestelle.

Ihr Kollege, B, sei ebenfalls Gruppenleiter in der Konzernreisestelle gewesen und habe diese Funktion bereits vor der Antragstellerin bekleidet. Die Antragstellerin sei für die operative und B für die kaufmännische Gruppenleitung zuständig gewesen. Die beiden arbeiteten gleichberechtigt und im 4-Augen-Prinzip.

Der Zentralbereichsleiter und direkte Vorgesetzte der beiden, Mag. C, habe der Antragstellerin wiederholt mitgeteilt, dass die Hauptverantwortung für die Konzernreisestelle bei ihr liege. Besonders in den letzten zwei Jahren, ab 2020, sei der Antragstellerin immer mehr Verant-

¹ Vgl. zB VfSlg. 19.321.

wortung übertragen worden. B habe aus familiären Gründen zwischen 2020 und 2022 durchgehend im Home Office gearbeitet und sei im September 2022 in Pension gegangen.

Als seine Nachfolgerin sei D in Stellung gebracht worden. Anfang des Jahres 2022 habe sie jedoch erfahren, dass sie zwar die Agenden von B, nicht aber seine Funktion als Gruppenleiter übernehmen würde. Dies sei unter anderem damit begründet worden, dass im Konzern coronabedingt und aufgrund neuer technischer Einrichtungen etwas weniger Arbeit für die Gruppe anfallen würde. Als D sich über die mangelhafte Kommunikation zu diesem Punkt beschwert habe, sei ihr mitgeteilt worden, dass die Antragstellerin dafür verantwortlich gewesen wäre, ihr dies mitzuteilen. Die Antragstellerin werde im Jahr 2023 in Pension gehen und ihr Nachfolger soll die Gruppenleitung in Gesamtverantwortung übernehmen. Aus diesen Tatsachen werde deutlich, dass die Gesamtverantwortung für die Gruppe bei der Antragstellerin gelegen sei und liege.

Die formelle Gleichstellung von B und der Antragstellerin, sowie die Tatsache, dass sie mehr Verantwortung getragen habe, habe sich jedoch nicht in ihrem Gehalt niedergeschlagen. Zwar habe sie sich wie B ab dem Jahr 2014 in der Gehaltsstufe ..., der höchsten Stufe für Gruppenleiter/Gruppenleiterinnen samt Überstundenpauschale befunden. Ab dem Jahr 2017 habe sie zudem eine Leistungs-/Verwendungszulage erhalten. Jedoch sei B ein Dienstwagen zur privaten Nutzung zur Verfügung gestellt worden, der Antragstellerin hingegen nicht. Dieser sei bei der Erstellung des Jahresbudgets mit einem Wert von rund 1.000,- Euro pro Monat beziffert worden. Seit der Übernahme der Gruppenleitungsfunktion sei der Antragstellerin dadurch ein materieller Schaden von rund 150.000,- bis 160.000,- Euro entstanden.

Die Antragstellerin habe diese Ungleichbehandlung über die Jahre mehrmals angesprochen. Am 2. August 2022 habe die Antragstellerin ein E-Mail an ihren Vorgesetzten, Mag. C, gerichtet, in der sie dieses Thema wieder angesprochen habe. Sie habe festgehalten, dass sie seit vielen Jahren sehr erfolgreich Gruppenleiterin sei, ihr dennoch nie eine Aufstiegsmöglichkeit geboten worden sei, und sie habe die Ungleichbehandlung hinsichtlich des Dienstwagens angesprochen. Sie habe darauf hingewiesen, dass eine betriebliche Notwendigkeit für einen Dienstwagen zwar weder bei B noch bei ihr selbst vorliege, sie jedoch hinsichtlich ihres Entgelts gleich zu behandeln seien. Sie habe auch mehrere Lösungsansätze vorgeschlagen; einen finanziellen Ausgleich, die freiwillige Erhöhung ihres Urlaubsanspruches, oder eine Stundenreduktion bei gleichem Entgelt.

In der Folge habe Mag. C die Antragstellerin um eine Besprechung gebeten. In dieser habe er das Vorliegen einer Diskriminierung bestritten. Dennoch habe er in Aussicht gestellt, dass die Antragstellerin im Jahr 2023 eine höhere Erfolgsprämie erhalten könnte. Zudem habe er angekündigt, dass er mit dem Finanzvorstand, Mag. E, über das Anliegen der Antragstellerin sprechen würde.

Bei einem weiteren Gespräch am 27. September 2022 habe Mag. C der Antragstellerin nach

interner Absprache mitgeteilt, dass man ihre Vorschläge nicht umsetzen werde, ihr jedoch zwischen 5.000,- und 7.000,- Euro Prämie für das nächste Jahr zusagen könne. Die Antragstellerin habe klargestellt, dass dies keinen Ausgleich für den ihr entstandenen Schaden darstellen würde und sich zur Beratung an die GAW gewandt.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerin übermittelten **Stellungnahme** vom 6. Februar 2023 bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Außerstreitstellungen:

- Eintrittsdatum der Antragstellerin am 18. Februar 2008
- Tätigkeit als Gruppenleiterin der Konzernreisestelle
- Pensionierung des Dienstnehmers B im September 2022
- Altersteilzeitvereinbarung der Antragstellerin ab 1. April 2021 (53,85 Prozent).

Hinsichtlich der Tätigkeit sei es nicht richtig, dass die Tätigkeit der Antragstellerin in irgendeiner Weise höherwertig gewesen wäre, als jene der von ihr herangezogenen männlichen Vergleichsperson. Die Tätigkeiten seien in vielen Bereichen vergleichbar gewesen, in manchen Bereichen habe B jedoch Spezialaufgaben gehabt, die von der Antragstellerin nicht wahrzunehmen gewesen seien. Dies betreffe insbesondere die Tätigkeiten des Dienstnehmers B im Bereich der technischen Abwicklung der kaufmännischen Agenden, insbesondere im Zusammenhang mit den Access-Datenbanken. Dennoch solle nicht von der Antragsgegnerin bestritten werden, dass die Tätigkeiten der Antragstellerin und des Arbeitskollegen B im Wesentlichen gleichwertig waren.

Von einer Ungleichbehandlung oder Diskriminierung der Antragstellerin gegenüber ihrem Arbeitskollegen B könne in keiner Weise die Rede sein. Festzuhalten sei im vorliegenden Zusammenhang, dass die Antragstellerin seit Februar 2008 für die Antragsgegnerin tätig sei, während der von ihr als Vergleichsperson herangezogene, sechs Jahre ältere B bereits seit März 2002, also sechs Jahre länger für die Antragsgegnerin bzw. im Konzern arbeite und beim Eintritt bereits zumindest vier Jahre mehr Berufserfahrung in dieser Verwendungsgruppe gehabt habe. Insgesamt habe er bereits über 26 Jahre Berufserfahrung vor Eintritt nach der Lehre gehabt, die Antragstellerin 21 Jahre.

Die Antragstellerin, geboren am 00. 00. 1963, habe ihr Dienstverhältnis zur Antragsgegnerin am 18. Februar 2008 begonnen und sei in die Beschäftigungsgruppe ... im 6. Berufsjahr eingestuft worden. Sie habe ein entsprechendes Grundgehalt zzgl. einer Überstundenpauschale erhalten. In weiterer Folge habe sie neben laufenden Gehaltsanpassungen eine außerordentliche Erhöhung ihrer Bezüge ab 1. April 2014 auf ein Grundgehalt von 4.400,- Euro zzgl. einer

Überstundenpauschale von 1.100,- Euro monatlich erhalten. Ab 1. April 2017 sei eine Leistungs-/Verwendungszulage in Höhe von 300,- Euro brutto gewährt worden. Darüber hinaus habe die Antragstellerin jährlich Prämien erhalten, sodass sich ihr Gesamtjahresbezug in den letzten Jahren wie folgt entwickelt habe:

2011 65.528,- Euro brutto

2012 72.881,- Euro brutto

2013 73.290,- Euro brutto

2014 78.060,- Euro brutto

2015 80.074,- Euro brutto

2016 81.528,- Euro brutto

2017 85.142,- Euro brutto

2018 87.480,- Euro brutto

2019 89.458,- Euro brutto

2020 91.282,- Euro brutto

2021 74.561,- Euro brutto wegen Altersteilzeit (hochgerechnet auf Vollzeit 114.043,- Euro brutto)

2022 69.973,- Euro brutto wegen Altersteilzeit (hochgerechnet auf Vollzeit 129.941,- Euro brutto)

Im vorliegenden Zusammenhang sei festzuhalten, dass in diesen Bezügen auch jeweils Leistungsprämien enthalten seien. Diese haben wie folgt betragen:

2011 2.500,- Euro

2012 4.500,- Euro

2013 2.500,- Euro

2014 3.000,- Euro

2015 3.000,- Euro

2016 3.500,- Euro

2017 3.500,- Euro

2018 3.500,- Euro

2019 3.500,- Euro

2020 3.500,- Euro

2021 3.500,- Euro

2022 3.000,- Euro, hochgerechnet auf FZ (65,38 Prozent weil Prämie für 2021) 4.588,- Euro

Die Antragstellerin habe damit ein in jeder Hinsicht korrektes und auch leistungsadäquates Entgelt für ihre erbrachten Dienstleistungen erhalten. Das Entgelt während der Altersteilzeit sei insofern hochzurechnen, als ab 1. April 2021 nur 53,85 Prozent Arbeitsleistung erbracht worden sei und damit nur die ersten drei Monate mit 100 Prozent veranschlagt werden können und danach ein entsprechend niedrigeres Entgelt zustehe. Umgerechnet ergebe dies für eine Vollzeitauslastung folgende Berechnung:

$(3 \times 100\% + 9 \times 53,85\%) / 12 = 65,38\%$ durchschnittlicher Beschäftigungsgrad im Jahr 2021:
 $74.561,- / 65,38 \times 100 = 114.043,-$ Euro

Im Jahr 2022 sei der Beschäftigungsgrad durchgehend 53,85 Prozent gewesen: $69.973,- / 53,85 \times 100 = 129.941,-$ Euro

Der von der Antragstellerin als männliche Vergleichsperson herangezogene Mitarbeiter B, geboren am 00. 00. 1957, sei sechs Jahre älter als die Antragstellerin. Hinzu komme, dass er bereits Vordienstzeiten im Konzern ab 1. März 2002 aufzuweisen habe und auch bei seiner Einstellung am 1. März 2002 bereits in ... 10. Berufsjahr einzustufen gewesen sei, dh er habe mindestens vier weitere Berufsjahre in dieser Beschäftigungsgruppe vor seinem Eintritt im Konzern bereits absolviert. Damit weise er einerseits innerhalb des Konzerns eine sechs Jahre längere Konzernzugehörigkeit auf und andererseits mindestens vier weitere Jahre an Vordienstzeiten in dieser Beschäftigungsgruppe, die anzurechnen gewesen seien. B habe daher zumindest 10 Jahre Vorsprung bei seiner beruflichen Erfahrung gegenüber der Antragstellerin. Vergleiche man die Entlohnungen der beiden Personen unter Berücksichtigung dieser Tatsache also eines 10-jährigen Vorsprunges bezüglich der Berufserfahrung, so ergebe sich eindeutig, dass die Antragstellerin zu jeder Zeit besser entlohnt worden sei als B (siehe Tabelle).

Selbst wenn man nur den sechsjährigen Vorsprung an Dienstzeiten im Konzern und das entsprechend höhere Lebensalter, mit dem auch die berufliche Vorerfahrung einhergehe, in die Waagschale werfe, so habe die Antragstellerin immer noch mehr verdient, als die männliche Vergleichsperson.

Soweit die Antragstellerin auf das Dienstauto, welches B benützen dürfe, abstelle, sei Folgendes wesentlich:

B sei in einem operativen Bauunternehmen eingestellt und aufgrund von Umstrukturierungen übernommen worden. Aus der operativen Tätigkeit habe er einen nicht widerruflichen Anspruch auf ein Dienstauto gehabt, das er in seinem früheren Arbeitsbereich auch benötigt habe. Die Antragsgegnerin habe daher auch dieses Dienstauto der Vergleichsperson nicht einseitig entziehen können und das Dienstauto sei entsprechend weiter zur Verfügung gestellt worden, weil dies vertraglich geschuldet gewesen sei. In diesem Zusammenhang sei festzu-

halten, dass es nicht zulässig sei, im Zuge eines Betriebsüberganges bei Übernahme eines Arbeitsverhältnisses einzelne Vertragsbestandteile einfach abzulehnen, vielmehr sei der Betriebserwerber verpflichtet, in die Dienstverträge mit allen Rechten und Pflichten einzutreten (§ 3 AVRAG).

Aus der Tatsache, dass die Antragsgegnerin sohin B seinen Anspruch auf das Dienstfahrzeug aus seiner früheren Tätigkeit nicht einseitig und rechtswidrig entzogen habe, könne die Antragstellerin jedoch keinen positiven Anspruch auf Zuteilung eines Dienstautos konstruieren, da die nunmehrige Tätigkeit beider Dienstnehmer kein Dienstauto zur Verrichtung der Arbeit erfordere. Das Dienstauto sei B aber zu einem Zeitpunkt zuerkannt worden, als dies für seine Arbeitsleistung noch erforderlich gewesen sei.

Dass die Antragsgegnerin B nach dem Betriebsübergang und nach dem Wegfall seiner ursprünglichen Tätigkeit in einer anderen Verwendung weiterbeschäftigt habe, könne hier ebenfalls nicht zum Nachteil gereichen: Die bloße Tatsache, dass die Antragsgegnerin Verträge weiterhin einhalte, könne nicht dazu führen, dass sämtliche Dienstnehmer/Dienstnehmerinnen mit einer ganz anderen Historie Angleichungsansprüche nach oben stellen.

Es sei daher nicht unsachlich, dass die Antragsgegnerin B das Dienstauto, auf welches er Anspruch habe, nicht rechtswidrig einseitig entzogen habe und könne daraus kein Anspruch auf zusätzliche Gewährung eines Dienstautos von der Antragstellerin abgeleitet werden.

Hiezu sei insbesondere darauf hinzuweisen, dass sämtliche auf gleicher Ebene wie die Antragstellerin tätigen anderen Gruppenleiter im Zentralbereich über keine Dienstautos verfügen, unabhängig davon, ob es sich um Männer oder Frauen handle. Lediglich F habe ein Dienstauto, weil er dies für seine Tätigkeit auch unbedingt benötige. F sei zuständig für Immobilienverwaltung des Konzerns und zwar auch für die Länder Österreich, Tschechien, Slowakei und Ungarn und habe aufgrund seiner Funktion eine Vielzahl von Dienstreisen mit dem KFZ durchzuführen. Dies treffe auf die Antragstellerin in keiner Weise zu. Bei der Antragstellerin sei überhaupt keine Reisetätigkeit für die Ausübung der grundsätzlichen Agenden erforderlich.

Selbst wenn man nur die unmittelbare Dienstzeit bei der Antragsgegnerin – bei der Antragstellerin seit 18. Februar 2008, bei der Vergleichsperson seit 1. März 2002 – berücksichtige, so liegen hier sechs Jahre mehr Dienstzeiten direkt bei der Antragsgegnerin vor. Bei der Einstellung habe die männliche Vergleichsperson B aber mindestens vier zusätzliche Jahre an Vordienstzeiten gehabt, sodass also ein Unterschied von zehn Jahren an Berufserfahrung vorliege.

Vergleiche man nun die Gehälter der beiden Proponenten unter Berücksichtigung von zehn Jahren beruflichen Vorerfahrungsunterschiedes in dieser Beschäftigungsgruppe, so ergebe sich, dass die männliche Vergleichsperson zu jeder Zeit weniger verdient habe, als die Antragstellerin:

10 Jahre Berufserfahrung Differenz				
	Inflation	Verdienst B	Verdienst B + Inflation	Verdienst Antragstellerin VZ hochgerechnet
2011-2021	+ 19%	2011: € 76.137,-	€ 90.603,03	2021: € 114.043,- (Ø 65,38)
2012-2022	+ 21,5%	2012: € 78.506,-	€ 95.384,79	2022: € 129.941,- (Ø)

Berücksichtige man nur die sechs Jahre Dienstzeiten, die B im Konzern der Antragstellerin voraus habe, so ergebe sich folgendes Bild:

Jahr + 6 Jahre Konzerndienst- jahr	Inflation 6 Jahre	Verdienst B	Aufgewertet um Inflation	Verdienst Antragstellerin
2011 (- 17)	+ 11,6%	2011: € 76.137,-	€ 84.968,89	2017: € 85.142,-
2012 (- 18)	+ 10,5%	2012: € 78.506,-	€ 86.749,13	2018: € 87.480,-
2013 (- 19)	+ 9,5%	2013: € 80.326,-	€ 87.956,97	2019: € 89.458,-
2014 (- 20)	+ 10%	2014: € 82.240,-	€ 90.464,-	2020: € 91.282,-
2015 (- 21)	+ 10%	2015: € 83.855,-	€ 92.240,50	2021: € 114.043,- (VZ) (€ 74.561,- = 65,38%)
2016 (- 22)	+ 14,1%	2016: € 85.577,-	€ 97.643,36	2022: € 129.941,- (VZ) (€ 69.973,- = 53,85%)

Zusammenfassend ergebe sich also, dass die Antragstellerin zu jeder Zeit mehr verdient habe, als die männliche Vergleichsperson.

Hinzu komme, dass die Antragsgegnerin der Antragstellerin ohnedies regelmäßig höhere Prämien gewährt habe, als der männlichen Vergleichsperson.

Die Gehaltspolitik der Antragsgegnerin sei aufbauend auf den Kollektivvertrag für Angestellte Baugewerbe und Bauindustrie orientiert am Dienstalter und werde entsprechende längere Berufserfahrung auch positiv gewertet. Dies sei ein zulässiges Kriterium im Rahmen der Ge-

haltspolitik. Insbesondere, wenn auch der zu Grunde liegende Kollektivvertrag in seiner Gehaltsordnung Seniorität und Berufserfahrung als Entgeltkriterium anerkenne, könne dem Arbeitgeber/der Arbeitgeberin nicht verwehrt werden, die Berufserfahrung bei der Entlohnung zu bewerten.

Hinzu komme, dass auch die Betriebstreue vom Arbeitgeber/von der Arbeitgeberin positiv bewertet werden dürfe. Es könne der Antragsgegnerin auch nicht vorgeworfen werden, wenn sie die Rechte der Arbeitnehmer/Arbeitnehmerinnen, die im Zuge eines Betriebsüberganges übernommen werden, anerkenne und in der Folge nicht beschneide.

Nach der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes zu Fragen der Entgeltdiskriminierung sei klargestellt, dass der Rückgriff auf das Kriterium des Dienstalters zur Erreichung des legitimen Ziels geeignet sei, die Berufserfahrung zu honorieren, die die Arbeitnehmer/Arbeitnehmerinnen befähige, ihre Arbeit besser zu verrichten. Der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin habe daher nicht besonders darzulegen, dass der Rückgriff auf dieses Kriterium zur Erreichung des genannten Ziels in Bezug auf einen bestimmten Arbeitsplatz geeignet ist (EuGH 03.10.2006, C-17/05, *Cadman*, Slg 2006, I-9583; EuGH 17.10.1989, 109/88, *Danfoss*, Slg 1989, 3199).

Auch die Judikatur zum Betriebsübergang stütze die vorliegende Rechtsansicht der Antragsgegnerin:

Der OGH gehe im Hinblick auf Vordienstzeitenanrechnungen bei Betriebsübergängen davon aus, dass ein aufgrund § 3 Abs 1 AVRAG bei einem Betriebsübergang ex lege zu übernehmendes Arbeitsverhältnis als solches zu betrachten sei, dass schon immer zum Erwerber bestanden hätte, weswegen es nicht zu einer „Vordienstzeitenanrechnung“ der Dienstzeiten in den Vorgängerunternehmen“ komme, da diese Dienstzeiten als Dienstzeiten zum Erwerber gelten. Damit seien jedenfalls auch bei der Einstufung in den Kollektivvertrag alle Dienstzeiten beim Veräußerer so zu rechnen, als wären sie bereits beim Erwerber erbracht worden (OGH 9 Ob 109/14s, Arb 13191).

Ebenso sei durch Judikatur eindeutig klargestellt, dass bei einem Betriebsübergang und der Übernahme von Beschäftigten aus anderen Veräußererunternehmen ein gewisser Unterschied zwischen der Entlohnung der übergegangenen Arbeitnehmer/Arbeitnehmerinnen und der Entlohnung der zum Zeitpunkt des Übergangs bereits beim Erwerber/der Erwerberin Beschäftigten zulässig sei. Keinesfalls dürfe sich die Lage der übergegangenen Arbeitnehmer/Arbeitnehmerin allein aufgrund des Übergangs verschlechtern. Die Anerkennung des Dienstalters der übergegangenen Arbeitnehmer/Arbeitnehmerin sei daher durchzuführen (EuGH C-108/10, *Scattolon*, DRdA 2012, 239).

Auch sei bereits höchstgerichtlich geklärt, dass das durch § 4 Abs 2 AVRAG aufrecht zu erhaltende Entgelt in der Folge als einzelvertragliches Entgelt anzusehen sei. Dies treffe auch auf Sachbezüge zu, zumal die Zusammensetzung des Entgelts aufgrund des Betriebsübergangs nicht geändert werden dürfe. Eine Aufzehrung der Differenz zwischen dem früheren Lohn und

dem neu anzuwendenden Mindestlohn finde daher nicht statt (OGH 9 ObA 97/95, DRdA 1996/39; 9 ObA 115/03g, DRdA 2005/9).

Im Hinblick auf diese klare Judikatur bestehe keine Möglichkeit der Antragsgegnerin, dem Mitarbeiter das Dienstauto einfach einseitig zu entziehen, wenn er vor dem Betriebsübergang ein Dienstauto zuerkannt bekommen habe. Selbst wenn man davon ausginge, dass das Dienstauto entzogen werden könnte, so liege jedenfalls auch in dieser Konstellation keine Ungleichbehandlung der Antragstellerin aufgrund des Geschlechtes vor:

Die männliche Vergleichsperson habe nicht aufgrund der Tatsache, dass sie männlich sei, ein Dienstauto, sondern ausschließlich aufgrund der Tatsache, dass sie aus einer operativen Tätigkeit eines früheren Unternehmens, welches durch Betriebsübergang in den Konzern aufgenommen worden sei, einen Rechtsanspruch auf Gewährung eines Dienstautos mitgebracht habe. Alle anderen männlichen und weiblichen mit der Antragstellerin vergleichbaren Gruppenleiter haben kein Dienstauto mit Ausnahme einer einzigen Person, die dies jedoch aufgrund der spezifischen Tätigkeitsanforderung benötige. Damit sei eindeutig klargestellt, dass die Antragstellerin nicht aufgrund des Geschlechts bei der Zuteilung eines Dienstautos in irgendeiner Weise diskriminiert worden sei.

PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin sowie die mündliche Befragung der Antragstellerin und von G (informierter Vertreter der Antragsgegnerin) vom 23. Jänner 2024. Als weitere Auskunftspersonen wurden B und Mag. C am 23. Jänner 2024 befragt. Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf den Dienstvertrag von B zum ersten Dienstgeber im Konzern (Y AG) vom 28. Februar 2002, den Dienstvertrag von B mit der Antragsgegnerin vom 13. April 2006, den Arbeitsvertrag der Antragstellerin vom 30. Jänner 2008, das E-Mail der Antragstellerin an C vom 2. August 2022 sowie die Replik der GAW vom 28. Juni 2023.

BEGRÜNDUNG²

Die im vorliegenden Fall maßgebliche Bestimmung des Gleichbehandlungsgesetzes, BGBl I Nr 66/2004 idgF, lautet:

„§ 3. Auf Grund des Geschlechtes, insbesondere unter Bezugnahme auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat darf im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht

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

[...]

2. bei der Festsetzung des Entgelts

[...]“

Generell ist zur Frage des Beweismaßes und der Beweislastverteilung im GBK-Verfahren anzumerken, dass eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne des GIBG beruft, diesen glaubhaft zu machen hat. Insoweit genügt daher nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (OGH) eine „Bescheinigung“ der behaupteten Tatsachen, wobei jedoch der bei der GBK zu erreichende Überzeugungsgrad gegenüber der beim „Regelbeweis“ geforderten „hohen Wahrscheinlichkeit“ auf eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ herabgesenkt ist.

Vereinfacht gesagt muss mehr für die Darstellung des Antragstellers/der Antragstellerin sprechen als dagegen.³

Dem Antragsgegner/der Antragsgegnerin obliegt dann zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes von ihm/ihr glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung des Vorwurfes, der Antragstellerin sei im Gegensatz zu einem männlichen Kollegen trotz zumindest gleichwertiger Tätigkeit kein Dienstauto zur privaten Nutzung zur Verfügung gestellt worden, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem **Sachverhalt** aus:

Die Antragstellerin war seit 18. Februar 2008 bis zu ihrem Pensionsantritt bei der Antragsgegnerin als kaufmännische Angestellte beschäftigt und in Beschäftigungsgruppe ... eingestuft.

B war von 1. April 2006 bis zu seinem Pensionsantritt im September 2022 ebenfalls bei der Antragsgegnerin als kaufmännischer Angestellter beschäftigt und in Beschäftigungsgruppe ... eingestuft. Davor wies er bereits Vordienstzeiten im Konzern ab 1. März 2002 bei der Y AG auf. Ihm wurde im Zuge einer früheren operativen Tätigkeit ein Dienstauto zur privaten Nutzung zuerkannt, wobei dieser Umstand auch nach dem Wechsel seiner Tätigkeit unverändert blieb und von der Antragsgegnerin übernommen wurde.

Die Antragstellerin erhielt im Gegensatz zu ihrem Kollegen kein Dienstauto zur privaten Nutzung zur Verfügung gestellt. Für die Ausübung ihrer Tätigkeiten als Gruppenleiter bzw. Gruppenleiterin der Reisestelle benötigten beide kein Dienstauto.

Die Antragstellerin thematisierte diesen Umstand mehrfach im Unternehmen, zuletzt mit E-Mail vom 2. August 2022 an ihren Vorgesetzten C.

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

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

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

Der Entgeltbegriff ist nach der Rechtsprechung des EuGH weit zu fassen. Es fallen darunter alle gegenwärtigen oder künftigen in bar oder in Sachleistungen gewährten Vergütungen, vorausgesetzt, dass sie der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer/der Arbeitnehmerin wenigstens mittelbar auf Grund des Arbeitsverhältnisses gewährt, sei es auf Grund eines Arbeitsvertrags, auf Grund von Rechtsvorschriften oder freiwillig.⁴

Grundvoraussetzung einer unzulässigen Diskriminierung ist immer die Vergleichbarkeit der Sachverhalte. Gegenstand dieser Vergleichsbasis ist nicht ein identer Arbeitsplatz bzw. keine rein formelle Gleichheit, sondern eine materielle Gleichheit in einer vergleichbaren Lage (Gleichwertigkeit).⁵

Bei der Beurteilung, ob eine vergleichbare Situation der Antragstellerin und der männlichen Vergleichsperson vorliegt, sind subjektive Elemente außer Acht zu lassen, maßgeblich ist ausschließlich die objektiv festzustellende gleiche bzw. vergleichbare Arbeit.⁶ Die Gleichzeitigkeit der zu vergleichenden Arbeiten ist für die Vergleichbarkeit nicht erforderlich.⁷

Gleiche oder identische Arbeit liegt dann vor, wenn gleiche Arbeitsvorgänge auf verschiedenen Arbeitsplätzen verrichtet werden bzw. zwei Personen Tätigkeiten verrichten, die keinerlei Unterschied in der Art, dem Arbeitsvorgang und der Arbeitsumgebung aufweisen.⁸

Gleichwertige bzw. gleichartige Arbeit liegt dann vor, wenn sie denselben Arbeitswert hat wie die Arbeit, mit der sie verglichen wird, bzw. die Tätigkeiten zwar nicht identisch sind, aber bei der Gesamtschau der Tätigkeiten unter Berücksichtigung der Vorkenntnisse, Ausbildung, Anstrengungen, Verantwortung und Arbeitsbedingungen äußerlich keine ins Gewicht fallenden Unterschiede zu erkennen sind.⁹

Die Antragstellerin konnte nach Ansicht des Senates glaubhaft den Anschein einer Diskriminierung darlegen.

Als Vergleichsperson wurde B angeführt.

Sowohl die Antragstellerin als auch B waren als kaufmännische Angestellte beschäftigt und in Beschäftigungsgruppe ... eingestuft. Die Antragstellerin erhielt im Gegensatz zu ihrem Kollegen kein Dienstauto zur privaten Nutzung zur Verfügung gestellt. B wurde das Dienstauto im Zuge einer früheren operativen Tätigkeit zuerkannt. Dieser Umstand blieb auch nach dem

⁴ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 77.

⁵ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 5 Rz 19.

⁶ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 12 Rz 31.

⁷ Vgl. EuGH 27. 3. 1980, 129/79, *Macarthy's Ltd*, Slg 1980, 1275, Rn 11, 13.

⁸ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 5 Rz 20.

⁹ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 5 Rz 21.

Wechsel seiner Tätigkeit unverändert. Für die Ausübung der Tätigkeiten als Gruppenleiter bzw. Gruppenleiterin der Reisestelle benötigten beide kein Dienstauto.

Die Antragstellerin brachte das Thema ihrem Vorgesetzten C gegenüber zuletzt mit E-Mail vom 2. August 2022 auf.

Zusammengefasst gelang es der Antragstellerin somit glaubhaft darzulegen, dass sie jedenfalls eine gleichwertige Arbeit wie B erbrachte, ihr jedoch kein Dienstauto zur privaten Nutzung zuerkannt wurde.

Daher verlagerte sich die Beweislast auf die Antragsgegnerin.

Die jedenfalls gleichwertige Tätigkeit der Antragstellerin und von B wurde von der Antragsgegnerin nicht bestritten. Die Auskunftsperson C bestätigte in der mündlichen Befragung, dass es die gleiche Hierarchie gewesen sei – Fachgruppenleiter, aber mit unterschiedlichen Tätigkeitsschwerpunkten.

Hinsichtlich des Vorwurfes der diskriminierenden Ungleichbehandlung argumentierte die Antragsgegnerin in ihrem schriftlichen Vorbringen zusammenfassend, dass die Antragstellerin entsprechend ihrer Berufserfahrung und nach Maßgabe der Dienstzeiten immer besser entlohnt worden sei als die von ihr genannte männliche Vergleichsperson. Die männliche Vergleichsperson sei aufgrund einer zehn Jahre längeren Berufserfahrung in dieser Beschäftigungsgruppe sowie einer sechs Jahre längeren Konzernzugehörigkeit und der Tatsache, dass sie aufgrund mehrerer Betriebsübergänge mit allen Rechten und Pflichten übernommen worden sei, nicht unmittelbar mit der Antragstellerin vergleichbar. Die Antragsgegnerin habe in keiner Weise die Antragstellerin aufgrund ihres Geschlechtes diskriminiert, sondern für eine ordnungsgemäße, der Berufserfahrung entsprechende Entlohnung, sowohl der weiblichen Antragstellerin als auch der männlichen Vergleichsperson gesorgt und es liege keinerlei Diskriminierung vor. Aus der bloßen Tatsache, dass die männliche Vergleichsperson aufgrund einer früheren anderweitigen Tätigkeit noch Anspruch auf ein Dienstauto habe, welches ausschließlich auf die Tatsache der Übernahme der Vergleichsperson im Wege des Betriebsüberganges aus einer operativen Tätigkeit in die nunmehrige Tätigkeit resultiere, könne keine Diskriminierung der Antragstellerin abgeleitet werden.

Die Argumentation der Antragsgegnerin lässt außer Acht, dass der Grundsatz gleichen Entgelts wegen der erforderlichen Transparenz für jeden einzelnen Bestandteil des Entgelts und nicht nur im Wege einer Gesamtbewertung aller gewährten Vergütungen gilt.¹⁰ Die unentgeltliche oder verbilligte Privatnutzung eines Dienstfahrzeuges stellt einen Sachbezug dar und fällt somit unter den Entgeltbegriff.

Dem Vorbringen zum Anspruch von B auf ein Dienstauto aus seiner früheren Tätigkeit hält der Senat den Widerrufsvorbehalt (Punkt VI.) im Dienstvertrag vom 28. Februar 2002 entgegen,

¹⁰ Vgl. *Windisch-Graetz in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 3 GIBG Rz 18.*

wonach „[a]lle Leistungen und Begünstigungen, die nicht auf diesem Dienstvertrag, auf Betriebsvereinbarungen, auf Kollektivvertrag oder Gesetzen beruhen, vom Dienstgeber ohne Anspruch für die Zukunft gewährt [werden] und jederzeit widerrufen werden [können]“. Entgegen den Ausführungen der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerin in der mündlichen Befragung spricht der Widerrufsvorbehalt nicht von Entgeltbestandteilen, sondern von *allen Leistungen und Begünstigungen*, was eine weite Interpretation zulässt.

Der informierte Arbeitgebervertreter brachte in der mündlichen Befragung vor, dass man einem Mitarbeiter/einer Mitarbeiterin das Firmen-KFZ de facto nicht mehr wegnehmen könne und führte aus *„Ich habe die Diskussionen mit der Wegnahme eines Firmen-KFZ schon an anderen Stellen hinter mir, und jedes Mal sind wir auf die Nase gefallen. Du kannst einen Widerruf hineinformulieren, nur werden wir dann ein Verfahren am Hals haben. Es wird gesagt: Entweder bekomme ich das Auto oder einen Geldersatz. Diese Diskussion können wir uns sparen, das ist leider eine Einbahnstraße. Das ist der Grund. Von der Sache her, hätten wir auch Herr B das Firmen-KFZ nicht gegeben, wenn er nicht schon damit gekommen wäre.“*. Zur Möglichkeit, B statt der Zurverfügungstellung des Dienstautos eine entsprechende geldwerte Leistung zu zahlen, führte die Auskunftsperson aus: *„[...] ich erzeuge daraus nicht einen neuen Sündenfall. Weil wenn ich den Weg gehe mit dem Geld, dann beginnt die nächste Diskussion. Dann sagt einer, der Gruppenleiter hat dieses Geld, jetzt möchte ich auch dieses Geld haben. Dann bist du in einer Endlosschleife.“*

Die Auskunftsperson C – Zentralbereichsleiter des Z Konzern, zuständig für die Bereiche Konzerne, Versicherung und Immobilien und seit 2013 auch für die Reisesstelle – bestätigte, dass in bestehende Rechte nicht eingegriffen werde. Es gebe im Zentralbereich die Regel, dass auf Fachgruppenleiterebene grundsätzlich kein Anspruch auf einen Firmen-PKW bestehe, sondern ausschließlich dann, wenn er dienstlich notwendig und wirtschaftlich vertretbar sei. Er habe im Laufe der Zeit versucht, die Gehälter stärker aneinander anzugleichen. Eins zu eins umrechnen könne man das nicht, was genau ein Firmenauto wert sei, aber es fließe in die Gesamtbetrachtung mit ein.

Die Ausführungen der befragten Auskunftspersonen legten für den Senat nahe, dass ein grundsätzliches Bewusstsein im Unternehmen für die Situation vorhanden war. Die gewählte Vorgehensweise führte jedoch zu keiner Lösung, die den Maßstäben des GIBG entspricht.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es der Antragsgegnerin nicht gelungen ist zu beweisen, dass ausschließlich sachliche Motive für die ungleiche Behandlung der Antragstellerin und der männlichen Vergleichsperson B bei der Zuerkennung eines Dienstautos zur privaten Nutzung ausschlaggebend waren.

VORSCHLAG

Gemäß **§ 12 Abs 3 GBK/GAW-Gesetz** hat der Senat, wenn er der Auffassung ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, dem Arbeitgeber/der Arbeitgeberin oder in Fällen in Zusammenhang mit einer sonstigen Diskriminierung in der Arbeitswelt dem/der für die Diskriminierung Verantwortlichen schriftlich einen Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes zu übermitteln und ihn/sie aufzufordern, die Diskriminierung zu beenden. Für die Umsetzung des Vorschlags ist eine Frist von zwei Monaten zu setzen. Wird einem Auftrag nach Abs 3 nicht entsprochen, kann gemäß **§ 12 Abs 4 GBK/GAW-Gesetz** jede der im jeweiligen Senat vertretenen Interessensvertretungen beim zuständigen Arbeitsgericht oder Zivilgericht auf Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes klagen.

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

Leistung eines angemessenen Schadenersatzes.

Wien, 23. Jänner 2024

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK