

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 9. November 2021 über den am 30. September 2019 eingelangten Antrag der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) und den am 25. Juni 2020 ergänzend vorgebrachten Antrag der rechtsfreundlichen Vertretung für **Mag.^a A, MA (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 1 GIBG** (BGBl I Nr 66/2004 idgF), bei den **sonstigen Arbeitsbedingungen gemäß § 3 Abs 6** und **durch eine Verletzung des Benachteiligungsverbot**es gemäß **§ 13 GIBG** durch **Z (Antragsgegner)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl II Nr 396/2004 idgF), zu GZ GBK I/926/19, zu folgendem

PRÜFUNGSERGEBNIS:

1. **Mag.^a A, MA ist nicht aufgrund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 GIBG durch Z diskriminiert worden.**
2. **Der Antrag, ob Mag.^a A, MA betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes bei den sonstigen Arbeitsbedingungen gemäß § 3 Z 6 GIBG und durch eine Verletzung des Benachteiligungsverbot**es gemäß **§ 13 GIBG** durch **Z diskriminiert worden diskriminiert wurde, ist in einer Ermangelung einer Zuständigkeit von Senat I der GBK keiner weiteren Behandlung zuzuführen.**

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

VORBRINGEN

Im Antrag wurde zusammenfassend Folgendes vorgebracht:

Die Antragstellerin habe sich am März 2019 bei der Antragsgegnerin für eine ausgeschriebene Juristenstelle im Zentralbereich Recht beworben. Sie verfüge über ein Diplomstudium

¹ Vgl. zB VfSlg. 19.321.

der Rechtswissenschaften, einen Human Rights Master, mehrjährige einschlägige Berufserfahrung und sei außerdem seit März 2014 bei der Antragsgegnerin ehrenamtlich als Sozialarbeiterin tätig. Am 21. März 2019 habe sie Mag. B, der ebenfalls seit März 2014 ehrenamtlicher Mitarbeiter bei der Antragsgegnerin gewesen sei, von der ausgeschriebenen Stelle erzählt. Die Bewerbungsfrist habe am März 2019 geendet und am April 2019 habe die Antragstellerin von der Personalleiterin Mag.^a X, MSc MAS die Nachricht erhalten, dass sie nicht in die engere Auswahl gekommen sei. Ein Monat nach der Absage habe die Antragstellerin die Leiterin ihres ehrenamtlichen Teams, Y, gefragt wer für die Juristenstelle ausgewählt worden sie, jedoch habe so lediglich eine ausweichende Antwort erhalten. Am Juni 2019 habe sie einen Anruf von Mag. B bekommen, welcher ihr mitgeteilt habe, dass er die Stelle bekommen habe. Er habe dabei gesagt „Man weiß ja nie wie diese Personalentscheidungen getroffen werden.“ sowie „Niemand kann solche Entscheidungen wirklich nachvollziehen.“ Später an dem gleichen Tag habe Mag. B erzählt, dass er am Juli 2019 die Stelle antreten werde, da er bei seiner damaligen Anstellung eine dreimonatige Kündigungsfrist habe. Demnach sei klar, dass Mag. B bereits Ende März eine fixe Zusage erhalten habe. Mag. B verfüge ebenfalls über einen Abschluss des Diplomstudiums der Rechtswissenschaften, jedoch nicht über die in der Ausschreibung geforderten drei Jahre Berufserfahrung.

Die Antragstellerin sei Ende Dezember 2019, nach Einleitung des Verfahrens bei der Gleichbehandlungskommission, aufgrund dessen in ein anderes ehrenamtliches Team versetzt worden, obwohl sie sich ausdrücklich dagegen ausgesprochen habe. Mag. B sei jedoch bei dem, zu vor gemeinsamen, Team geblieben. In der vorbereitenden Sitzung am 25. Juni 2020 ergänzte die Antragstellerin ihren Antrag um die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes durch eine Verletzung des Benachteiligungsverbot durch die Versetzung. In der ergänzenden Stellungnahme vom 12. Oktober 2020 zur Konkretisierung des Geschlechtsaspekts und Anwendbarkeit von § 13 GIBG auf ehrenamtliche Tätigkeiten beantrage die Antragstellerin zusätzlich die Überprüfung der Versetzung auf Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes bei den sonstigen Arbeitsbedingungen gemäß § 3 Abs 6 GIBG.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der rechtsfreundlichen Vertretung des Antragsgegners übermittelten Stellungnahme vom 11. November 2019 bestritt dieser die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen zusammenfassend wie folgt entgegen: Es sei richtig, dass die Antragstellerin bei der Antragsgegnerin seit 2014 als ehrenamtliche Mitarbeiterin tätig gewesen sei und sich auf die ausgeschriebene Stelle beworben habe. Nach Ablauf der Bewerbungsfrist habe Mag.^a X, MSc MAS die eingelangten Bewerbungen von 120 auf schließlich 30, anhand der in der Stellenausschreibung genannten Kriterien des Vorliegens eines abgeschlossenen Studiums der Rechtswissenschaften sowie einschlägiger Berufserfahrung eingegrenzt. Mag.^a X, MSc MAS und der Zentralbereichsleiter Recht Mag. W hätten die Bewerbungen schließlich auf nur mehr elf, wo-

runter zehn Frauen und ein Mann gewesen seien, reduziert. Dazu seien anhand der Lebensläufe die Tätigkeitsvielfalt sowie Auffälligkeiten in den Beschäftigungsverläufen herangezogen worden. Die verbleibenden elf Bewerber/Bewerberinnen seien zu einem ein- bis zweistündigen Gespräch eingeladen worden. Bei den Bewerbungsgesprächen seien das Auftreten, deren Kenntnisse sowie anhand von Fallbeispielen deren Herangehensweise und Kompetenz geprüft und bewertet worden. Nach dem letzten Gespräch sei die Entscheidung gefallen Mag. B die Stelle anzubieten. Er sei am 29. April 2019 davon informiert worden. Die Kündigungsfrist des vorherigen Arbeitsverhältnisses von Mag. B habe tatsächlich nur zwei Monate betragen, daher sei die Kündigung Ende April 2019 völlig ausreichend und fristwährend gewesen. Zum Zeitpunkt der Absage an die Antragstellerin sei also noch offen gewesen, ob die Stelle an eine Frau oder Mann vergeben werde. Die Antragstellerin ignoriere, dass sie nicht nur gegen Mag. B in dem Bewerbungsverfahren ausschied, sondern ebenso gegen zehn andere Frauen.

Der Antragsgegner bestreitet in seiner Stellungnahme in Bezug auf das weitere Vorbringen der Antragstellerin und die Antragsergänzung weiter das Vorliegen einer Diskriminierung sowie die Anwendbarkeit von § 13 GIBG und § 3 Abs 6 GIBG mangels Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses.

PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf die schriftlichen Vorbringen der Antragstellerin und des Antragsgegners, die vorbereitende Sitzung am 25. Juni 2020 sowie die mündliche Befragung der Antragstellerin, von Mag.^a X (informierte Vertreterin des Antragsgegners) und Mag. W (informierter Vertreter des Antragsgegners) vom 9. November 2021. Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf den Lebenslauf der Antragstellerin und jenen von Mag. B, die Stellenausschreibung und auf das Gedächtnisprotokoll der Antragstellerin.

BEGRÜNDUNG²

Die im vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des Gleichbehandlungsgesetzes, BGBl I Nr 66/2004 idgF, lauten:

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

- 1. bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses,*

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

[...]“

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 § 3 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 Antragsgegner habe die Antragstellerin bei dem Bewerbungsverfahren, aufgrund ihres Geschlechtes nicht in die letzte Bewerbungsphase aufgenommen, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem Sachverhalt aus:

Die Antragsgegnerin schrieb im März 2019 eine Stelle für einen Juristen/eine Juristin im Zentralbereich Recht im Ausmaß von 32 Wochenstunden aus. Die Antragstellerin bewarb sich am März 2019 auf die Stelle und B bewarb sich ebenfalls innerhalb der Bewerbungsfrist auf die Stelle. Die Bewerbungsfrist endete am März 2019. Die Antragstellerin bekam am April 2019 per Mail eine Absage von der Zentralbereichsleiterin Personal und Personalentscheidungen X.

X führte die erste Selektion der rund 100 Bewerbungen durch und reduzierte diese auf jene Bewerberinnen und Bewerber, die die formalen Kriterien erfüllten. X und der Zentralbereichsleiter Recht W reduzierten die restlichen 50 Bewerbungen auf elf Personen, die zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen wurden. Als Grundlage für die Selektion, welche Personen zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen wurden, wurde ausschließlich der Lebenslauf herangezogen. Die Vorstellungsgespräche wurden von X und W geführt. Letztendlich bekam B die Stelle.

Unter den elf letzten Bewerberinnen und Bewerbern waren zehn Frauen und ein Mann. Sieben der zehn Frauen waren zwischen 27 und 33 Jahren.

Die Antragstellerin war seit März 2014 durchgängig bei der Antragsgegnerin als ehrenamtliche Mitarbeiterin im Bereich der ... tätig. Ehrenamtliche Mitarbeiter/Mitarbeiterinnen betreuten

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

maximal fünf Klienten und mussten mit diesen mindestens einmal monatlich Kontakt pflegen. Zehn Mal jährlich war ein Teammeeting vorgesehen, bei denen zwar keine Anwesenheitspflicht bestand, bei denen man jedoch nicht öfter als zwei Mal im Jahr fehlen sollte. Sie mussten keine Arbeitsaufzeichnungen führen und es gab ihnen gegenüber keine Weisungsbefugnis.

Die Antragstellerin und B waren seit Beginn ihrer ehrenamtlichen Tätigkeit bei dem Antragsgegner dem gleichen Team zugeteilt. Die Antragstellerin wurde Anfang Jänner 2020, nach einem Gespräch mit dem Leiter des Z-Zentrums ... am 11. Dezember 2019, in ein anderes ehrenamtliches Team versetzt, obwohl sie den Wunsch äußerte in ihrem bisherigen Team zu bleiben. B blieb weiter in seinem bisherigen Team.

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

1. Es liegt **keine Diskriminierung** aufgrund **des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 1 GIBG** vor.

Die Formulierung „bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses“ beschränkt sich nicht auf die konkrete Entscheidung über die Einstellung, sondern erfasst auch Benachteiligungen im Rahmen des in der Regel vorausgehenden Auswahlverfahrens (zB gezielte Ausklammerung der Bewerbungen von Frauen vom Auswahlvorgang für die Besetzung einer Führungsposition). Für die Beurteilung einer Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses ist somit auf verschiedene, dem Vertragsabschluss „vorgelagerte“ bzw. diesen „vorbereitende“ Verhaltensweisen von Arbeitgebern/Arbeitgeberinnen oder für diese handelnde Personen Bedacht zu nehmen (Vertragsanbahnung).⁴

Wie festgestellt bewarben sich die Antragstellerin und B auf die gleiche von dem Antragsgegner ausgeschriebene Stelle. Beide erfüllten die formalen Voraussetzungen der Ausschreibung des abgeschlossenen Studiums der Rechtswissenschaften sowie der mindestens dreijährigen einschlägigen Berufserfahrung. Die Antragsgegnerin schied in dem Bewerbungsprozess aus und wurde nicht zu einem persönlichen Vorstellungsgespräch eingeladen.

Die Antragstellerin legte in ihrer Befragung dar, von dem Antragsgegner aufgrund ihres Geschlechtes frühzeitig aus dem Bewerbungsverfahren ausgeschieden worden zu sein. Sie vertrat dabei die Ansicht, dass lediglich B als Vergleichsperson heranzuziehen sei und nicht die übrigen zehn weiblichen Bewerberinnen, die in die letzte Runde des Bewerbungsprozesses kamen. Der Senat ist, im Gegensatz zu der Antragstellerin, der Ansicht, dass nicht lediglich B als Vergleichsperson heranzuziehen ist, sondern ebenso alle Frauen, die in die letzte Bewerbungsrunde aufgenommen wurden. Die Ansicht basiert auf der Tatsache, dass die Antragstellerin nicht nur gegen einen Mann – auch wenn dieser die Stelle letztendlich erhielt – ausschied,

⁴ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 13.

sondern ebenso gegen zehn Frauen, wovon darüber hinaus sieben in einem vergleichbaren Alter waren. Diesem Umstand Rechnung tragend, ergaben sich für den Senat keine stichhaltigen Konkretisierungen, dass die Antragstellerin aufgrund ihres Geschlechtes nicht für die ausgeschriebene Position in Erwägung gezogen worden sei.

Die Auskunftspersonen X und W begründeten das frühe Ausscheiden der Antragstellerin in dem Bewerbungsprozess mit der mangelnden beruflichen Tätigkeit während des Studiums sowie einer längeren Beschäftigungslücke vor der Bewerbung. Sie bezogen sich auch darauf, dass die von der Antragstellerin vorgelegten Unterlagen zu wenig Hands-On Qualität, Tatkräftigkeit und Vielfalt ausstrahlten. Beiden Auskunftspersonen war es jedoch nicht möglich stichhaltige Gründe darzulegen, inwiefern die schriftlichen Bewerbungsunterlagen von B ihn als geeigneter für die Stelle erschienen ließen, als die Antragstellerin. Der Senat möchte daher festhalten – ungeachtet dessen, dass sich die Beweislast nicht auf den Antragsgegner verlagerte – dass das Bewerbungsverfahren, insbesondere die Auswahl für die letzte Bewerbungsphase, mangels objektiven Kriterien intransparent abgelaufen ist.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es der Antragstellerin nicht gelang, glaubhaft darzustellen, dass sie von dem Antragsgegner aufgrund des Geschlechtes bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses diskriminiert wurde. Daher verlagerte sich die Beweislast nicht auf den Antragsgegner und das Beweisdefizit geht zu Lasten der Antragstellerin.

2. Zur beantragten Überprüfung, ob die Antragstellerin auch durch **Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes bei den sonstigen Arbeitsbedingungen** und durch eine **Verletzung des Benachteiligungsverbot**es durch den Antragsgegner diskriminiert wurde, hält der Senat fest, dass der **Antrag betreffend § 3 Abs 6 und § 13 GIBG nicht behandelt** werden kann

Das Benachteiligungsverbot nach § 13 richtet sich gegen Repressalien der Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen, gegenüber Arbeitnehmern/Arbeitnehmerinnen, die sich auf unterschiedliche Art gegen vermutlich vorgegangene Diskriminierungen zu Wehr setzen.⁵ Unter § 13 fallen insbesondere auch Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission.⁶

In der Regel kann bei ehrenamtlichen Tätigkeiten angenommen werden, dass keine vertragliche Beziehung betreffend die Dienste besteht, sondern freiwilliges Engagement ohne rechtliche Bindung erbracht wird. Kennzeichen des freiwilligen Engagements sind: keine Pflicht zur Leistung und damit jederzeitige Möglichkeit der Beendigung und fehlendes Entgelt (Aufwandsentschädigung ist unschädlich). Liegen diese Merkmale vor liegt, jedenfalls wenn die Dienste ohne Regelmäßigkeit erbracht werden, freiwilliges Engagement vor.⁷

⁵ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 13 Rz 1.

⁶ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 13 Rz 24.

⁷ Vgl. *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 186/2.

Nach Abschluss des Ermittlungsverfahrens kam der Senat zu dem Schluss, dass es sich bei der ehrenamtlichen Tätigkeit der Antragstellerin bei dem Antragsgegner nicht um ein entgeltliches Arbeitsverhältnis handelte. Die Antragstellerin erhielt zwar eine Aufwandsentschädigung und verrichtete regelmäßig Dienste, jedoch bestand keine Pflicht zur Anwesenheit und jederzeit die Möglichkeit zur Beendigung der Tätigkeit. Die Tatbestandsvoraussetzungen des Benachteiligungsverbotes gemäß § 13 sind daher nicht erfüllt.

Wien, 9. November 2021

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK