

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 11. Februar 2020 über den am 17. Juli 2018 eingelangten Antrag von **A (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen** gemäß **§ 3 Z 5 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idgF) durch die **X GmbH (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/838/18, zu folgendem

PRÜFUNGSERGEBNIS:

A ist nicht aufgrund des Geschlechtes beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen gemäß § 3 Z 5 GIBG durch die X GmbH 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 2. Juli 2012 bei der Antragsgegnerin als XY beschäftigt.

Sie habe sich am 5. Dezember 2017 auf eine Ausschreibung als Z beworben. Diese Stelle wäre eine Beförderung, da man einerseits in einer höheren Stufe im Kollektivvertrag eingestuft sei, sowie mehr Verantwortung trage.

Ihr Vorgesetzter, B, habe sie daraufhin um ein Gespräch gebeten, um ihre weitere Entwicklung innerhalb des Unternehmens zu besprechen. Das Gespräch habe Mitte Dezember 2017 stattgefunden. Dabei sei unter anderem zur Sprache gekommen, dass er über die Bewerbung überrascht gewesen sei und sie gerne in einem anderen Bereich sehen würde. Er habe jedoch nicht

¹ Vgl. z.B. VfSlg. 19.321.

gesagt, dass die Bewerbung nicht weiter berücksichtigt werde.

Da die Antragstellerin von der Personalabteilung nichts in Bezug zu ihrer Bewerbung gehört habe, habe sie nach den Weihnachtfeiertagen dort nachgefragt. Am 18. Jänner 2018 sei die schriftliche Absage von der Personalabteilung gekommen, dass die Bewerbung nicht weiter berücksichtigt werde (ohne Angabe, welche Qualifikation fehlen würde).

Seit Jänner 2018 seien mindestens fünf männliche Bewerber für die gleiche Position aufgenommen worden. Einer dieser fünf Personen habe eindeutig eine geringere Qualifikation. Diese Person habe zumindest keine Matura und mit hoher Wahrscheinlichkeit weniger ...stunden. Weiters habe die Antragstellerin bereits einen Teil der Ausbildung zum Z absolviert.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der Antragsgegnerin übermittelten Stellungnahme vom 7. September 2018 bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Seit ca. 1 ½ Jahren sei es aufgrund veränderter Rahmenbedingungen notwendig, den MitarbeiterInnenstand an „Z“ aufzustocken. So seien im Zeitraum 1. Jänner 2017 bis 30. Juni 2018 insgesamt neun neue Mitarbeiter rekrutiert worden. Auf die Ausschreibungen (intern und extern) für die Position des „Z“ hätten sich insgesamt 78 KandidatInnen, davon zwei Frauen (inkl. A) beworben.

Es ist richtig, dass sich die Antragstellerin auf eine Ausschreibung – jene vom 20. November 2017 – beworben habe. Nach den der Antragsgegnerin zugegangenen Informationen habe es danach ein Gespräch seitens des Leiters des Flugbetriebes, B, mit der Antragstellerin gegeben. In diesem Gespräch sei der Antragstellerin klar kommuniziert worden, dass sie für die Position eines Z nicht in Frage komme, da sie aufgrund ihrer speziellen Fähigkeiten jedoch für die Übernahme anderer Aufgaben vorgesehen sei. Der Grund für die Absage für die vakante Position liege in der Persönlichkeitsstruktur von der Antragstellerin.

Da die Antragstellerin dieses Gespräch scheinbar nicht als konkrete/offizielle Absage aufgenommen habe, habe sie am 18. Dezember 2017 auch noch eine offizielle Absage seitens der HR-Abteilung erhalten.

Zu der Behauptung, dass der von der Antragstellerin angesprochene Bewerber eine geringere Qualifikation aufweise, sei zu sagen, dass dies nur für den Bereich der Formalqualifikation Matura zutrefte. An Stelle dieser habe jedoch eine sehr hohe persönliche, fachliche und ... Kompetenz des Bewerbers nachgewiesen werden können.

Abschließend wolle die Antragsgegnerin festhalten, dass sowohl die Verantwortlichen der Abteilung HR, als auch die zuständige, verantwortliche Führungskraft B und der Abteilungsleiter ... eine Besetzung der vakanten Funktionen durch weibliche Kandidatinnen sehr befürwortet

hätten.

PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat I der GBK stützt sein Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin sowie die mündliche Befragung der Antragstellerin und von B (informierter Vertreter der Antragsgegnerin) vom 5. März 2019 und 11. Februar 2020. Als weitere Auskunftsperson wurde C am 11. Februar 2020 befragt. Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf die Bewerbungsunterlagen der Antragstellerin und die auftragene Stellungnahme zu den Vergleichsgesprächen inklusive Beilagen der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerin vom 9. April 2019.

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

[...]

5. beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen“.

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/der Antragstellers/Antragstellerin sprechen als dagegen.³ Dem/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.

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

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

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung des Vorwurfes, die Antragstellerin sei als Mitarbeiterin der Antragsgegnerin nicht einmal zu einem Bewerbungsgespräch als Z eingeladen worden und die freien Stellen seien mit männlichen Bewerbern besetzt worden, obwohl diese schlechter qualifiziert gewesen seien als die Antragstellerin, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem Sachverhalt aus:

Die Antragstellerin ist seit 2. Juli 2012 bei der Antragsgegnerin als „XY“ beschäftigt. Seit Juni 2019 ist sie zu 60 % XY und zu 40 % im W (...) tätig.

Am 5. Dezember 2017 bewarb sich die Antragstellerin auf eine Stellenausschreibung der Antragsgegnerin als Z.

Anforderungen, die aus der internen Stellenausschreibung vom 20. November 2017, auf die sich die Antragstellerin bewarb, hervorgehen:

- Abschluss einer Höheren Schule (Matura);
- ...;
- ...;
- Kenntnisse der einschlägigen rechtlichen (inter-)nationalen Bestimmungen;
- Kenntnisse des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes;
- Erfahrungen in einem ...; Erfahrungen in der Zusammenarbeit mit ... von Vorteil;
- Sehr gute Kenntnisse der englischen Sprache (mind. English Language Proficiency Level 5);
- Grundkenntnisse im Prozess-, Qualitäts- und Projektmanagement;
- Grundkenntnisse im ...
- Entscheidungsfreudigkeit und Fähigkeit zu eigenverantwortlicher Tätigkeit, selbständiges, zielorientiertes Arbeiten;
- Bereitschaft zur beruflichen und persönlichen Weiterbildung;
- Integrität, Diskretion und Loyalität;
- Sozialkompetentes Auftreten auch in Stresssituationen;
- Hohe Flexibilität und Belastbarkeit;
- Analytische Fähigkeiten und vernetztes Denken;
- Gutes, überzeugendes Auftreten und Durchsetzungsfähigkeit;
- Bereitschaft zu Dienstreisen; Führerschein B.

Nachdem sich die Antragstellerin um diese Stelle beworben hatte, bat sie ihr unmittelbarer Vorgesetzter, B, Mitte Dezember 2017 zum Gespräch und erklärte ihr, dass er sie gerne in einem anderen Bereich sehen würde als als Z. Da die Antragstellerin dieses Gespräch nicht als Absage für die Stelle als Z auffasste, erhielt sie in weiterer Folge seitens der Personalabteilung eine schriftliche Absage.

Um die beschriebene Stelle hatten sich mehr als 70 Personen beworben, wovon aber nur zwei weiblich waren. Eine dieser weiblichen Bewerberinnen war die Antragstellerin.

Zum Bewerbungsgespräch wurden ca. 20 Personen eingeladen, wovon eine weiblich war. Diese weibliche Bewerberin zog ihre Bewerbung nach dem Bewerbungsgespräch zurück. Auf eine andere Frau ging die Antragsgegnerin aktiv zu, da sie aus einem früheren Bewerbungsverfahren bekannt war. Diese Frau wurde auch zum Bewerbungsgespräch eingeladen, jedoch nicht bei der Antragsgegnerin eingestellt, da es verschiedene Vorstellungen bezüglich der Vertragsgestaltung gab.

Seit Ausschreibung der Stelle wurden mehrere männliche Kandidaten als Z bei der Antragsgegnerin aufgenommen, wovon zwei – wie bei den fachlichen Anforderungen in der Stellenausschreibung gefordert – keine Matura haben.

Der Antragsgegnerin war es im Fall der ausgeschriebenen Stelle als Z besonders wichtig, dass bei den KandidatInnen neben der fachlichen Kompetenz auch die soziale Kompetenz, die dieser Job erfordert, vorliegt (Gewichtung 50/50). Diese geforderte soziale Kompetenz sah B nach Absprache mit dem zuständigen Abteilungsleiter, bei der Antragstellerin nicht als gegeben. Bezüglich der fachlichen Anforderungen erfüllte die Antragstellerin nicht ganz die geforderten ca.stunden. Sie hat ungefährstunden plus ...stunden.

Ablauf Stellenausschreibung und Bewerbungsprozess bei der Antragsgegnerin:

Die HR-Recruiting-Abteilung entscheidet in Absprache mit den jeweiligen Führungskräften wie die Ausschreibung einer Stelle erfolgt. Die meisten Stellen werden intern und extern ausgeschrieben. Dies war auch bei der vakanten Stelle als Z der Fall.

Danach sammelt die Recruiting-Abteilung die Bewerbungen und bespricht diese mit der jeweiligen Führungskraft bevor Bewerbungsgespräche durchgeführt werden. Auch bei den Bewerbungsgesprächen ist jemand aus der Recruiting-Abteilung anwesend, aber die Letztentscheidung darüber, welche Person eingestellt wird, trifft immer die Führungskraft – die HR-Recruiting-Abteilung hat nur beratende, keine entscheidende, Funktion. Als dritte Person ist beim Bewerbungsgespräch ein Betriebsrat anwesend.

In einzelnen Fällen entscheidet die zuständige Führungskraft bei internen Bewerbungen schon im Vorhinein allein, ob diese Personen überhaupt zum Bewerbungsgespräch eingeladen werden.

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

Es liegt **keine Diskriminierung** aufgrund **des Geschlechtes beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen** gemäß **§ 3 Z 5 GIBG** vor.

Der Begriff beruflicher Aufstieg ist weit auszulegen.⁴ Der Tatbestand des § 3 Z 5 GIBG umfasst somit alle Maßnahmen des/der Arbeitgeber/in (AG), die mit dem laufenden Beschäftigungsverhältnis des/der betroffenen Arbeitnehmer/in (AN) zusammenhängen und die Weiterentwicklung im beruflichen Fortkommen beeinflussen. Aber nicht nur Verhaltensweisen des/der AG, die diese positive Entwicklung begünstigen, sondern auch solche, die den Entwicklungsprozess erschweren, verzögern oder überhaupt verhindern, fallen darunter.⁵

Im vorliegenden Fall bewarb sich die bei der Antragsgegnerin als „XY“ tätige Antragstellerin um eine Stelle als Z. Diese Stelle wäre mit mehr Verantwortung sowie einer höheren kollektivvertraglichen Einstufung verbunden gewesen, weshalb auch dieser Fall vom Begriff des beruflichen Aufstieges umfasst ist.

Die Antragstellerin konnte nach Ansicht des Senates durch ihre Ausführungen glaubhaft den Anschein einer Diskriminierung darlegen. So ließ ihre Schilderung – sie sei trotz besserer Qualifikation nicht von der XY zur Z aufgestiegen und die Stelle sei mit schlechter qualifizierten männlichen Bewerbern besetzt worden – darauf schließen, dass die Antragstellerin aufgrund ihres Geschlechtes beim beruflichen Aufstieg von der Antragsgegnerin benachteiligt wurde.

Daher verlagerte sich die Beweislast auf die Antragsgegnerin.

Als Grund dafür, dass die Antragstellerin nicht einmal zum Bewerbungsgespräch eingeladen wurde bzw. nicht für die Stelle als Z in Frage kam, nannte die Antragsgegnerin, dass der unmittelbare Vorgesetzte der Antragstellerin, B, die Fähigkeiten der Antragstellerin nach jahrelanger Zusammenarbeit sehr gut gekannt habe. Er habe die Antragstellerin nicht als Z gesehen, da sie zwar fachlich bestens qualifiziert sei, aber ihr die für diesen Job geforderte soziale Kompetenz zum Teil fehle. Zudem gebe es in der Branche sehr wenige Frauen, die für die Stelle als Z in Frage kämen.

Die Gründe, wieso B die Antragstellerin nicht als Z sah, konnte er in seiner mündlichen Befragung durch den Senat glaubwürdig und nachvollziehbar darlegen. Bei dieser Befragung führte er auch plausibel aus, dass er die Antragstellerin zum Zeitpunkt der Bewerbung bereits seit 10 Jahren kannte und die Entscheidung absolut nichts mit dem Geschlecht der Antragstellerin zu tun hatte, sondern ihre Persönlichkeitsstruktur dafür ausschlaggebend war. B sehe die Antragstellerin nicht in der laufenden Kundenbeziehung, bei der der zur Verfügung stehende Ermessensspielraum auch einmal zu Gunsten der Betreiber ausgelegt werden müsse. Er brachte auch ein Beispiel eines männlichen Bewerbers, den er bereits von früher kannte, und welchen er aufgrund dessen Persönlichkeitsstruktur nicht zum Bewerbungsgespräch einlud. Weiters konnte B den Senat davon überzeugen, dass er sich für die freien Stellen als Z auch Frauen gewünscht hätte. Insbesondere durch die Kontaktaufnahme mit einer aus einem früheren Be-

⁴ Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 3 Rz. 100 (Stand 1.1.2009, rdb.at).

⁵ Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 3 Rz. 106 (Stand 1.1.2009, rdb.at).

werbungsverfahren bekannten Frau, die sich um die ausgeschriebene Stelle gar nicht beworben hatte, konnte diese Intention noch einmal verdeutlicht werden. Die männlichen Z, denen die Matura fehle, hätten in anderen Punkten – wie insbesondere dem in der Stellenanzeige geforderten sozialkompetenten Auftreten – punkten können. Dieses sei genauso wichtig wie die fachliche Kompetenz. Dass B des Weiteren darum bemüht war, der Antragstellerin ein berufliches Fortkommen zu ermöglichen, zeigte sich auch daran, dass er eine Position (den sogenannten ...) schuf, für die die Antragstellerin aufgrund ihrer analytischen Fähigkeiten und fachlichen Kenntnisse nach Ansicht von B perfekt geeignet gewesen wäre. Er habe ihr diese Stelle angeboten, sie habe aber abgelehnt.

Auch die Auskunftsperson C schilderte glaubwürdig, dass sie schon viele Bewerbungsverfahren mit B durchgeführt hätte und er die Fähigkeit habe, gut die Persönlichkeitsmerkmale von Menschen zu erkennen. Außerdem habe er sehr wertschätzend über die Antragstellerin gesprochen, insbesondere habe er ihre fachlichen Kompetenzen hervorgehoben, aber eben befunden, dass sie wegen in ihrer Persönlichkeit liegenden Gründen nicht für die Stelle als Z in Frage komme. Ebenso bestätigte die Auskunftsperson C, dass sowohl die HR-Recruiting-Abteilung der Antragsgegnerin als auch B bemüht waren, für diese freien Stellen Frauen als Mitarbeiterinnen zu gewinnen.

Zusammengefasst geht der Senat daher davon aus, dass der Geschlechteraspekt im vorliegenden Fall keine Rolle bei der Stellenvergabe gespielt hat.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs. 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es der Antragsgegnerin gelungen ist, zu beweisen, dass ausschließlich in der Persönlichkeitsstruktur der Antragstellerin liegende Gründe ausschlaggebend waren.

Folgende Anmerkung ist aus der Sicht des Senates dennoch an die Antragsgegnerin zu richten:

Dass bei internen Bewerbungen die zuständige Führungskraft auch alleine darüber entscheidet, ob BewerberInnen zu einem Bewerbungsgespräch eingeladen werden, wird vom Senat sehr kritisch betrachtet. Denn ein derartiger Bewerbungsprozess, bei dem eine Person über den gesamten Karriereweg entscheidet, ist anfällig für Diskriminierungen, weshalb mehr Transparenz geboten ist.

Wien, 11. Februar 2020

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK