

Senat I der Gleichbehandlungskommission**Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz****(BGBl. I Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 98/2008)**

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 18. Mai 2010 über das am 25. Mai 2009 eingelangte Verlangen der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **Frau Mag.a A** betreffend die Überprüfung einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots durch eine Diskriminierung auf Grund des **Geschlechts beim beruflichen Aufstieg** gemäß **§ 3 Z 5 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) durch die Arbeitgeberin, **X**, nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008), zu folgendem

Prüfungsergebnis:

Der Senat I der GBK kommt zur Auffassung, dass Frau Mag.a A auf Grund des Geschlechts beim beruflichen Aufstieg gemäß § 3 Z 5 GIBG durch ihre Arbeitgeberin, X, diskriminiert worden ist.

Entscheidungsgründe:

In ihrem Verlangen bringt die GAW vor, dass Frau Mag.a A (Antragstellerin) seit 1. April 1993 in der X (X, Antragsgegnerin) beschäftigt sei. Sie habe ein Studium der Rechtswissenschaft absolviert und sei von 1994 — 2007 als juristische Sachbearbeiterin ... (mit Vertretungsrecht der X in Gerichtssachen) tätig gewesen, seit 1. Juni 2007 sei sie juristische Sachbearbeiterin ... gewesen. Zusätzlich sei die Antragstellerin ausgebildete Mediatorin. Am 27. Juni 2008 sei ... der Posten eines/r Obmudsmanns/frau ausgeschrieben worden, für den sich die Antragstellerin fristgerecht beworben habe. Die Ausschreibung habe keinen Hinweis auf ein etwaiges Frauenfördergebot enthalten. Der Tätigkeitsschwerpunkt sei laut Ausschreibung in der Einrichtung, Weiterentwicklung und Betreuung eines professionellen Beschwerdemanage-

ments mit maßgeblicher Verantwortung für die Kommunikation der Geschäftsleitung mit den Kunden/innen der Antragsgegnerin gewesen. Die Antragstellerin habe die in der Ausschreibung genannten fachlichen Voraussetzungen in jeder Hinsicht erfüllt. So habe sie über ausgezeichnete Kenntnisse über das österreichische Sozialversicherungswesen verfügt, durch ihre Tätigkeit im Rechtsreferat habe sie langjährige Kenntnisse und Erfahrungen in der Qualitätssicherung und im Beschwerdemanagement gehabt. Außerdem habe sie während ihrer Tätigkeit ... besondere Fähigkeiten im Hinblick auf die Qualitätssicherung unter Beweis stellen können, und zwar im Aufbau eben dieser im Hinblick auf das Sozialgerichtsverfahren Fähigkeiten zum Aufbau und Pflegen von Netzwerken habe sie sowohl im Zuge Ihrer juristischen und insbesondere auch ihrer mediatorischen Ausbildung, sowie durch zahlreiche Weiterbildungsseminare erworben. Als Mediatorin habe die Antragstellerin außerdem Erfahrung im Umgang mit Medien. Auch habe sie alle in der Ausschreibung erwähnten persönlichen Fähigkeiten erfüllt. Diese habe sie vor allem schon bei ihren bisherigen Tätigkeiten in der X unter Beweis stellen können. Im Besonderen habe sie sowohl die fachlichen als auch die persönlichen Anforderungen durch ihre Ausbildung als Mediatorin (2003-2005) erfüllt. Es habe ein erstes Bewerbungsgespräch mit dem Generaldirektor, Herrn Mag. B, gegeben. Daraufhin sei aus dem Bewerber/innenkreis eine engere Auswahl getroffen worden. Darunter habe sich auch die Antragstellerin befunden. Es sei kommuniziert worden, dass die Endentscheidung bei der Selbstverwaltung liegen werde. Am 23. September 2008 habe die Antragstellerin beim zweiten Bewerbungsgespräch mit Herrn Mag. C eigeninitiativ ein Konzept über das zu entwickelnde Beschwerde- und Qualitätsmanagement als Ombudsfrau vorgestellt. ... Bei diesem Gespräch habe sie betont, dass sie noch eine nähere Ausarbeitung des Konzepts vornehmen könne. Dafür würde sie aber ein Feedback über die Vorstellungen und Prioritätensetzung der Antragsgegnerin für diese Tätigkeit benötigen. Zu ihrer Verwunderung sei die Antragstellerin am 26. September 2008 von Herrn Mag. D, Assistent des damaligen Obmannstellvertreters, ... Herrn E, aufgefordert worden, ein Konzept vorzulegen. Sie habe darauf hingewiesen, dass sie dieses bereits getan habe und habe die Ausführungen aus dem Gespräch mit Herrn Mag. C wiederholt. Da Herr Mag. D nicht sagen habe können, ob er irrtümlich ein Konzept eingefordert hätte oder ein zusätzliches Konzept gewünscht sei, habe die Antragstellerin darum gebeten, er möge dies klären. Nachdem Herr Mag. D sich nicht mehr bei ihr gemeldet habe, habe sie selbst noch einmal aktiv nachgefragt. Er habe ihr mitge-

teilt, dass er nichts mehr gehört habe und es so in Ordnung wäre. Am 26. November 2008 sei ihr von Herrn Mag. C telefonisch mitgeteilt, dass die Stelle mit Herrn F besetzt werde. Über die Gründe der Entscheidung befragt habe er angegeben, dass Herr F Erfahrung im Marketing habe und ein überzeugenderes Konzept geliefert habe. Auf die Frage der Antragstellerin, ob das Frauenfördergebot der Antragsgegnerin berücksichtigt worden sei, habe dieser ihr wörtlich mitgeteilt: „Nein, darüber wurde nicht gesprochen.“ Herr F sei ebenfalls seit 1993/1994 bei der Antragsgegnerin beschäftigt und sei zuvor ca. 10 Jahre Sachbearbeiter für besondere Angelegenheiten ... tätig gewesen.

Die Antragstellerin sei über die Entscheidung verwundert gewesen, da sie einerseits sehr hoch qualifiziert sei und andererseits der Frauenförderplan der Antragsgegnerin vorsehe, dass bei gleicher Qualifikation die weibliche Bewerberin vorzuziehen sei. Daher habe sie noch am selben Tag Kontakt zur Personalabteilung der Antragsgegnerin aufgenommen und habe um einen Termin gebeten. Es sei in weiterer Folge zu einem Gespräch zwischen der Personalleiterin, Frau Mag.a G, Herrn Generaldirektor Mag. B, und der Antragstellerin gekommen. Dabei sei ihr mitgeteilt worden, dass die Entscheidung „nicht im Haus gefallen sei.“ Deshalb habe die Antragstellerin ein Gespräch mit den tatsächlichen Entscheidungsträgern vorgeschlagen. Nachdem niemand mit ihr Kontakt diesbezüglich aufgenommen habe, habe sich die Antragstellerin selbst per Mail am 5. Dezember 2008 an die Funktionäre der Selbstverwaltung, an den Obmann, Herrn Dr. H, und an den damaligen Obmannstellvertreter, Herrn E, gewandt. In weiterer Folge habe am 18. Dezember 2008 ein Gespräch mit dem damaligen Obmannstellvertreter, Herrn E, stattgefunden. Dieser habe ihre Qualifikationen hervorgehoben, habe ihr allerdings mitgeteilt, dass er die Antragsgegnerin verlassen werde. Auch mit seinem Nachfolger, Herrn Dr. I, habe die Antragstellerin ein Gespräch geführt. In beiden Gesprächen habe sie festgehalten, dass sie sich als Frau beim beruflichen Aufstieg diskriminiert erachte. Die Anwältin für Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt habe die Antragsgegnerin zu einer Stellungnahme aufgefordert und erhielt diese am 7. Mai 2009.

In der auf Ersuchen vom Senat I der GBK übermittelten Stellungnahme der Antragsgegnerin, X, bestritt diese die im Verlangen vorgebrachten Vorwürfe und trat diesen wie folgt entgegen:

Im gegenständlichen Antrag werde Bezug auf die Ausschreibung und das in der Folge durchgeführte Auswahlverfahren zur Besetzung des Dienstpostens „Ombudsmann/frau“ innerhalb der Antragsgegnerin genommen. Dazu werde mitgeteilt, dass das Verfahren, in dem der/die bestgeeignete Bewerber/in ermittelt worden sei, besonders umfassend und ausführlich gestaltet worden sei. Dies sei nicht zuletzt darin begründet gewesen, dass die Position des/r Ombudsmanns/frau innerhalb der Antragsgegnerin völlig neu im Sinne eines modernen Beschwerde- und Kommunikationsmanagements definiert worden sei und ihr in diesem Zusammenhang eine Schlüsselfunktion zukomme. Das Verfahren selbst sei auf mehrere Stufen aufgeteilt gewesen und sei in jeder Stufe nachvollziehbar und transparent abgewickelt worden. Im Folgenden die einzelnen Schritte:

Ende Juni 2008 sei der Dienstposten ausgeschrieben worden. Auf Grund der bis Ende Juli eingelangten schriftlichen Bewerbungen habe der Generaldirektor der Antragsgegnerin, Herr Mag. B, im August 2008 Hearings mit elf internen und drei externen Bewerbern/innen abgehalten und jede/n Kandidaten/in einzeln nachvollziehbar bewertet. Von den nach diesen Gesprächen bestbewerteten Kandidaten/innen seien, sofern sie noch keine Konzepte für die ausgeschriebene Position abgegeben hätten, Konzepte eingeholt und nach festgelegten Kriterien in nachvollziehbarer Weise bewertet worden. Da es sich bei der ausgeschriebenen Stelle um eine Position gehandelt habe, die dem Büro gegenüber weisungsfrei agiere und unmittelbar der Selbstverwaltung unterstellt sei, seien im Zuge der Bewerber/innenauswahl von einem Vertreter der Selbstverwaltung ergänzende Gespräche mit den bestbewerteten Kandidaten/innen geführt worden. Die Ergebnisse der Hearings und die Bewertungen der vorgelegten Konzepte hätten gemeinsam mit den sozialen Kompetenzen der Bewerber/innen, welche nicht zuletzt auch aus ihrem bisherigen Tätigkeitsfeld objektivierbar gewesen seien, die Grundlage der Entscheidung gebildet. Für Herrn F habe vor allem gesprochen, dass er einerseits aufgrund des internationalen Konnexes seiner bisherigen Tätigkeiten einen tiefen Einblick in unterschiedliche Kulturen bzw. auch der verschiedensten Sozialrechtssysteme erfahren habe, was im Bezug auf die oft sehr unterschiedlichen Nationalitäten der Versicherten für die gegenständliche Position von sehr großer Bedeutung sei. Andererseits habe Herr F auch neben vielen fachlichen Schulungen für Mitarbeiter/innen der Antragsgegnerin auch Informationsveranstaltungen für die Versicherten durchgeführt, in welchen er bereits mehrfach vor

allem seine empathischen Fähigkeiten in der Praxis unter Beweis gestellt habe, indem er die oft sehr komplizierte Materie auch für Laien/innen verständlich kommunizieren habe können, wofür er auch seitens der Versicherten häufig gelobt worden sei. Der Antragstellerin hätten derartige Erfahrungen leider vollständig gefehlt. Es sei der Antragsgegnerin bewusst, dass es sich bei der Antragstellerin um eine hoch motivierte, sehr gut qualifizierte Mitarbeiterin handle und sie daher nicht umsonst in den engsten Auswahlkreis der Bewerber/innen gekommen sei. Jedoch habe es eben auch unter den bestqualifizierten Mitarbeitern/innen wie oben beschrieben Unterschiede bzgl. der Eignung in einem Ausmaß gegeben, dass auch von einer zumindest gleichen Qualifikation der Antragstellerin in Bezug auf Herrn F nicht gesprochen werden könne. Auch der Umstand, dass die Antragstellerin ein juristisches Studium und eine Ausbildung als Mediatorin erfolgreich absolviert habe, könne diesbezüglich nicht als Argumentation herangezogen werden, da diese Ausbildungen einerseits nicht im Anforderungsprofil der ausgeschriebenen Stelle enthalten seien, andererseits in diesem Zusammenhang auch zu erwähnen sei, dass bei anderen Sozialversicherungsträgern, bei welchen der Dienstposten eines/r „Ombudsmann/frau“ eingerichtet sei, diese durchwegs auch mit „Nichtakademikern/innen“ besetzt worden seien, woraus ersichtlich sei, dass diese Ausbildungen nicht Voraussetzung für die entsprechende Qualifikation seien. Würde man eben dieser Argumentationslinie folgen, so ergebe sich daraus bei der Besetzung von „höheren“ Dienstposten eine Diskriminierung von „Nichtakademikern/innen“, auf deren Förderung, bei entsprechender Qualifikation, gerade bei der Antragsgegnerin besonderes Augenmerk geschenkt werde. Weiters werde im Antrag auch der Vorstandsbeschluss vom 8. Oktober 2007 zur Hebung des Frauenanteils in Führungspositionen herangezogen. Dazu sei am Rande erwähnt, dass es sich beim Dienstposten „Ombudsmann/frau“ um keine Führungsposition, sondern vielmehr um eine eigenverantwortliche Tätigkeit ohne Führungsaufgaben handle. Zu den im Antrag enthaltenen Ausführungen betreffend möglicher Konzeptergänzung der Antragstellerin sei zu sagen, dass sie diesbezüglich immer betont habe, dass sie für ein vertieftes Konzept zusätzliche Informationen über die konkreten Vorstellungen der Antragsgegnerin benötigen würde, wie sie es ja auch in der Beschwerde selbst angebe. Dazu sei erwähnt, dass alle Bewerber/innen dieselbe Ausgangsposition und dieselben Informationsmöglichkeiten für die Entwicklung ihrer Vorstellungen gehabt hätten. Eine darüber hinaus gehende Anleitung der Antragstellerin, wie sie sie für das vorzulegende Konzept offenbar gerne bekommen

hätte, würden grundlegende Prinzipien von Fairness und Chancengleichheit von Bewerbern/innen widersprechen. Dem Wunsch habe daher nicht entsprochen werden können. Als Ergebnis des durchgeführten Auswahlverfahrens habe sich somit ein Kandidat, nämlich Herr F, eindeutig als bestgeeignet für die Position des/r Ombudsmanns/frau herausgestellt. Daher sei dieser Dienstposten mit Herrn F besetzt worden. Zu dem Vorhalt, dass bei der Besetzung dieser Stelle die Vorgaben der Frauenförderung nicht diskutiert bzw. beachtet worden seien, möchte die Antragsgegnerin betonen, dass es bei der Antragsgegnerin zur bereits selbstverständlichen Praxis gehöre, bei Auswahlverfahren im Zuge von Dienstpostenausschreibungen dem Frauenförderungsgebot Rechnung zu tragen. Bei gleicher Eignung von Kandidaten/innen werde der weiblichen Bewerberin der Vorzug gegeben. Wie dargelegt, sei aus dem Auswahlverfahren für den/die Ombudsmann/frau ein Bewerber eindeutig als bestgeeignet hervorgegangen, weshalb die Berücksichtigung einer weiblichen Bewerberin auch unter dem Aspekt der Frauenförderung in diesem Fall leider nicht möglich gewesen sei. Abschließend sei angemerkt, dass seitens der Geschäftsleitung bereits mehrmals versucht worden sei mit der Antragstellerin eine gütliche Einigung auf Basis einer Einmalzahlung herbeizuführen, was aber bisher leider gescheitert sei.

Das Verfahren vor der GBK ist vertraulich und wird nichtöffentlich durchgeführt. Das den Abschluss des Verfahrens bildende Prüfungsergebnis wird auf der Grundlage der im Verfahren vorgelegten Unterlagen und der in der mündlichen Befragung getätigten Aussagen der Auskunftspersonen erstellt. Auf Grund der Vertraulichkeit des Verfahrens werden die einzelnen Auskunftspersonen im Prüfungsergebnis nicht näher bezeichnet.

Der Senat I der GBK hat erwogen:

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts beim beruflichen Aufstieg durch die Arbeitgeberin, X, gemäß **§ 3 Z 5 GIBG** verwirklicht worden ist, ist zunächst folgendes zu bemerken:

Es ist nicht die Aufgabe zu überprüfen, welche/r Bewerber/in für einen Posten besser qualifiziert ist. Es soll lediglich überprüft werden, ob die vom/von der Arbeitgeber/in vorgenommene Bewertung für die Besetzung transparent, durch objektive Fakten untermauert und sachlich nachvollziehbar ist. Der Zweck eines Objektivierungsver-

fahrens bei der Besetzung einer Position ist, eine sachlich nachvollziehbare Bewerber/innenauswahl zu ermöglichen. In weiterer Folge soll dadurch ein diskriminierungsfreier Aufstieg für die Arbeitnehmer/innen verwirklicht werden. Zur Erfüllung des Tatbestandes ist allerdings eine wie immer geartete, jedoch für den/die Arbeitgeber/in erkennbare Bewerbung oder Interessensbekundung an einer höherwertigen Position erforderlich, um eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes beim beruflichen Aufstieg durch eine unsachliche Entscheidung überhaupt erst beurteilen zu können.

Unter Beförderung versteht man die Anhebung der Verwendung des/der Arbeitnehmer/in. Der Inhalt des neuen Tätigkeitsbereiches bzw. Pflichtenkreises ist nach Verkehrsauffassung gegenüber den früher ausgeführten Tätigkeiten, als sozial höherwertig zu beurteilen.

Im vorliegenden Fall hat sich die Antragstellerin für die offene Position Ombudsmann/frau ... beworben. Bei einer erfolgreichen Bewerbung wäre es zu einer Erweiterung der Aufgaben der von der Antragstellerin auszuführenden Tätigkeiten gekommen. Demgegenüber fällt bloß die Erhöhung des Gehaltes – jedoch ohne Anhebung der Verwendung – nicht unter den Begriff „Beförderung“. Die Antragstellerin wäre durch die Bekleidung dieser Position in die höhere Gehaltsgruppe ... eingestuft worden. Diese Position hätte der Antragstellerin sowohl ein höheres Gehalt als auch eine selbstständigere Tätigkeit mit einer größeren Verantwortung ermöglicht. Der/Die Ombudsmann/frau hat eine Sonderstellung innerhalb der Antragsgegnerin. Der/Die Ombudsmann/frau berichtet sowohl an die Generaldirektion der Antragsgegnerin als auch an die Selbstverwaltung. Aus diesem Grund kam es im vorliegenden Fall zu einem zweistufigen Bewerbungsverfahren, in dem sowohl die Generaldirektion als auch die Selbstverwaltung eingebunden war. Die letztliche Entscheidung wurde im Vorstand getroffen.

Im Mittelpunkt des Ermittlungsverfahrens stand das zweistufige Bewerbungsverfahren, nach dessen Durchführung Herr F zum Ombudsmann der Antragsgegnerin ernannt worden ist. Die Antragstellerin hat sich auf das Gleichbehandlungsgebot iSd § 3 GIBG berufen und vorgebracht, dass die Vorgehensweise der Antragsgegnerin beim Bewerbungsverfahren jedenfalls eine verbotene Diskriminierung auf Grund des Geschlechts darstellt. Im Bereich der Führungspositionen seien Frauen bei der An-

tragsgegnerin immer noch deutlich unterrepräsentiert. Trotzdem sei in der Stellenausschreibung das Frauenfördergebot nicht erwähnt und im weiteren Bewerbungsverfahren nicht berücksichtigt worden. Sie weise zumindest die gleichen Qualifikationen wie Herr F auf, wenn nicht bessere.

Bei gleicher Qualifikation der Bewerber/innen hätte die Antragsgegnerin die Antragstellerin im Sinne ihres Planes zur Chancengleichheit Herrn F vorziehen müssen. In der mündlichen Befragung bekräftigte die Antragstellerin, dass Herr F ihr vorgezogen worden sei, weil er angeblich mehr Marketingerfahrung habe und ein besseres Konzept abgeliefert habe. Ihr sei von Herrn Mag. C, als diese nach den näheren Gründen für die Bestellung von Herrn F nachgefragt habe, mitgeteilt worden, dass Frauenförderung bei der Bestellung keine Rolle gespielt habe. Auch sei ihr bei ihrer weiteren Nachfrage nach den Gründen für die Bestellung von Herrn F zum Ombudsmann vom stellvertretenden Obmann der Antragsgegnerin, Herrn E, erklärt worden, dass die Entscheidung gefallen sei, egal ob nun eine Diskriminierung vorgelegen habe oder nicht.

In der 65. Sitzung des Vorstands der Antragsgegnerin vom 8. Oktober 2007 wurde der Antrag beschlossen, dass der Vorstand dem Frauenförderungsplan zustimmen und das Büro beauftragen möge, in der Hauptstelle eine Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen einzurichten sowie in jeder Dienststelle eine/n Gleichbehandlungsbeauftragte/n zu nominieren, um im Sinne der Richtlinien des Hauptverbandes den Anteil der Frauen in gehobenen Positionen zu erhöhen. Der Vorstand ist diesem Antrag nachgekommen und hat zugestimmt. Die Antragsgegnerin hat sich durch diesen Vorstandsbeschluss zur Umsetzung des Chancengleichheitsplanes verpflichtet. Der Plan für Chancengleichheit der Antragsgegnerin sieht vor, dass bei allen Nachbesetzungen in jenen Einreihungen, wo weibliche Beschäftigte unterrepräsentiert sind, bei gleicher Qualifikation die ausgeschriebene Stelle mit einer Frau zu besetzen ist. Bei allen Nachbesetzungen ab Einreihungen in die Gehaltsgruppe ... ist die Gleichbehandlungsbeauftragte verpflichtend zu hören. Des Weiteren muss bei allen Personalentscheidungen ab Einreihung in die Gehaltsgruppe ..., in welchen männlichen Bewerbern der Vorzug gegeben wird, schriftlich begründet werden, warum weibliche Mitbewerberinnen nicht berücksichtigt werden konnten. Außerdem ist es Aufgabe der jeweiligen Führungskraft bei Ausschreibungen höherwertiger Dienstposten Mitarbeiterinnen zur Bewerbung zu motivieren und diese aktiv zu unterstützen. Daher wird es

dem Chancengleichheitsplan der Antragsgegnerin entsprechend auch als Führungsaufgabe angesehen, dass das Potential qualifizierter Mitarbeiterinnen rechtzeitig erkannt wird, dieses im Sinne eines Mentoringprogramms explizit gefördert wird und auf diese Weise bei Bedarf hoch qualifizierte weibliche Nachwuchsführungskräfte zur Verfügung stehen.

Die Antragsgegnerin hat in ihrem Vorbringen stets dem von der Antragstellerin vorgebrachten Vorwurf der Diskriminierung auf Grund des Geschlechts beim beruflichen Aufstieg widersprochen. Herr F sei bestgeeignet für den ausgeschriebenen Posten gewesen. Auch habe es sich beim ausgeschriebenen Posten nicht um eine Führungsfunktion gehandelt, sondern um eine eigenverantwortliche Tätigkeit ohne Führungsaufgaben. In der ersten Stellungnahme der Antragsgegnerin an die GAW wurde von dieser ausgeführt, dass das Konzept der Antragstellerin zu wenig detailliert und konkret gewesen sei. Die Gedanken der Antragstellerin zur Position „Ombudsmann/frau“ seien bloß schlagwortartig dargestellt worden, und das ohne nähere Erläuterung und konkretes Eingehen auf die Situation der Antragsgegnerin. Demgegenüber habe Herr F seine Vorstellungen sehr ausführlich und übersichtlich auf zweieinhalb eng beschriebenen A4-Seiten dargestellt. Abgesehen davon, dass das Konzept wesentlich detaillierter und ausführlicher sei als jenes der Antragstellerin, gehe Herr F darin auf die konkrete Situation der Antragsgegnerin ... ein und habe eine sehr umfassende und moderne Sicht der Tätigkeit des/r Ombudsmann/frau entwickelt, die neben Beschwerde- und Verbesserungsmanagement auch die Kontrolle und Verbesserung der gesamten Kommunikation nach außen beinhaltet habe. Er habe sich im Gegensatz zur Antragstellerin nicht mit einer bloß oberflächlichen, schlagwortartigen Darstellung begnügt, sondern habe eine Reihe von konkreten Umsetzungsschritten beschrieben, die er als Ombudsmann in Angriff nehmen würde. Die dazu geführten Gespräche mit der Antragstellerin und Herrn F hätten die qualitativen Unterschiede der Auseinandersetzungen mit dem Thema „Ombudsmann/frau“ bestätigt. In der mündlichen Befragung wurde ergänzend vorgebracht, dass die Frauenförderung in der Antragsgegnerin eine positive Entwicklung nehme. Es bedürfe aber sicherlich noch große Anstrengungen, um die Frauenquote in Führungspositionen zu erhöhen. Es sei im Vorstandsbeschluss vom 8. Oktober 2007 auch keine konkrete Frauenquote beschlossen worden. Es werde jedenfalls angemerkt, dass in den letzten beiden Besetzungen von Abteilungsleitungen den weiblichen Bewerberinnen der Vorzug gegeben worden sei.

Im § 12 Abs. 12 GIBG ist die Beweislastverteilung geregelt. Insoweit sich eine von einer Diskriminierung betroffene Person auf einen der diskriminierenden Tatbestände iSd §§ 3, 4, 6 oder 7 GIBG beruft, hat er/sie diesen glaubhaft zu machen. Dem/Der Antragsgegner/in obliegt es dann bei der Berufung auf § 3 GIBG zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlich ist, dass die vom/von der Beklagten glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen. Das Gemeinschaftsrecht¹ verlangt keine Umkehr der Beweislastverlagerung². Die RL 97/80/EG kodifizierte die Rechtsprechung des EuGH, nach der sich die Beweislast, die grundsätzlich der/die Arbeitnehmer/in trägt, „umkehren“ kann, wenn sich das als notwendig erweist, um Arbeitnehmern/innen, die anscheinend Opfer einer Diskriminierung sind, nicht jedes wirksame Mittel zu nehmen, um die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung durchzusetzen³. Sowohl nach nationalem Recht als auch nach Gemeinschaftsrecht hat die klagende Partei diejenigen Tatsachen, die eine Diskriminierung vermuten lassen, glaubhaft zu machen. Insoweit genügt eine „Bescheinigung“ der behaupteten Tatsachen, wobei jedoch der beim Gericht zu erreichende Überzeugungsgrad gegenüber der beim „Regelbeweis“ geforderten „hohen Wahrscheinlichkeit“ auf eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ herabgesenkt ist⁴. Erst wenn der klagenden Partei die Glaubhaftmachung von Umständen, die einen Zusammenhang zwischen der Ablehnung der Bewerbung und dem Geschlecht indizieren, gelungen ist, geht die Beweislast auf den/die Arbeitgeber/in über⁵.

Vorab wird festgehalten, dass in der dem Senat I der GBK vorliegenden Stellenausschreibung kein Hinweis auf das Frauenfördergebot enthalten ist. Die Antragsgegnerin hat in ihrem Vorbringen unter anderem bestritten, dass es sich bei dem ausgeschriebenen Posten um eine Führungsposition handelt. Es sei vielmehr innerhalb der Antragsgegnerin selbstverständlich, bei Auswahlverfahren im Zuge von Dienstpostenausschreibungen dem Frauenfördergebot Rechnung zu tragen. Auch wenn es bei der Position des/r Ombudsmannes/frau um eine Funktion sui generis handelt, so ist dieser Dienstposten in die Gehaltsgruppe ... eingereiht, und in dieser Gehaltsgruppe sind Frauen unbestrittenerweise unterrepräsentiert. Hier sieht der Chancengleich-

¹ Art. 4 Abs. 1 BeweislastRL 97/80/EG, die AntidiskriminierungsRL 2000/43/EG (Art. 8) bzw. 2000/78/EG (Art. 10)

² OGH 9 ObA 46/04m, DRdA 2005/34 Eichinger,Rebhahn in Rebhahn GIBG § 5 Rz 68

³ vgl. EuGH vom 10.3.2005, C-196/02, Nikoloudi

⁴ Rechberger in Rechberger, ZPO vor § 266 Rz 5, § 274 Rz ff; Rebhahn in Rebhahn § 5 GIBG Rz 70; Klicka, ZAS 2009/29, 191; OGH vom 24. September 1998, 2Ob 185/98i; 17. November 2004, 7 Ob 280/04t, JBI 2005, 464;

⁵ OGH vom 9. Juli 2008, ObA 177/07f

heitsplan der Antragsgegnerin vor, dass bei gleicher Qualifikation der Bewerberin der Vorzug zu geben ist. Die bereits genannten Bestimmungen des Chancengleichheitsplanes der Antragsgegnerin kommen im vorliegenden Fall zur Anwendung. Obwohl es sich hierbei um einen höherwertigen Posten handelt, ist in der Ausschreibung nicht eigens auf das Frauenfördergebot hingewiesen worden. Im Weiteren wurde der Antragstellerin entgegen dem Chancengleichheitsplan keine schriftliche Begründung übermittelt, wieso man sie nicht für diesen Posten in Betracht gezogen hat. Es gab nur eine telefonische Absage, in der auf die besseren Marketingkenntnisse von Herrn F hingewiesen worden ist. Auch sei der Antragstellerin vorgeworfen worden, dass diese im Gegensatz zu Herrn F neuen Herausforderungen nicht aufgeschlossen sei. So habe sie beispielsweise eine ihr angebotene Projektleitung im Bereich der Pensionsversicherung abgelehnt.

Die Nichteinhaltung des Chancengleichheitsplanes ist in die Bewertung des vorliegenden Sachverhaltes mit einzubeziehen, weil damit die mangelnde Transparenz und Objektivität indiziert wird.

Nach genauer Prüfung des vorliegenden Sachverhaltes kommt der Senat I der GBK zur Ansicht, dass kein objektiver, transparenter und nachvollziehbarer Vergleich der Qualifikation zwischen der Antragstellerin und dem männlichen Bewerber vorgenommen wurde. Nach Auffassung des Senates I der GBK war das Auswahlverfahren nicht ausreichend transparent. Die Antragstellerin konnte im Verfahren ihre Vorwürfe glaubhaft darlegen, die durch die vorliegenden Unterlagen bestätigt worden sind. Die Antragsgegnerin hat an sich die Grundvoraussetzungen für ein objektives, transparentes und damit nachvollziehbares Verfahren geschaffen. So wird in den Bewerbungsgesprächen der Antragsgegnerin eine Bewertungsmatrix verwendet, um die Qualifikationen der Bewerber/innen abzufragen und diese zu bewerten. Im „Normalfall“ wird bei Stellenausschreibungen noch ein Personalbeirat zu Rate gezogen, der die Generaldirektion in Personalfragen berät und aus vier Arbeitgeber- und drei Arbeitnehmervertreter/innen besteht. In diesem Fall wurde der Personalbeirat nicht in die Beratungen um die Stellenbesetzung mit einbezogen, da es sich bei der Position des/r Ombudsmannes/frau um eine besondere Stelle handelt. Aus diesem Grund wurde die Selbstverwaltung in die Stellenbesetzung einbezogen. Unbestritten ist, dass im Auswahlverfahren sowohl Hard Facts - wie bestimmte fachliche Qualifikationen - als auch Soft Skills abgefragt worden sind. Auffallend war für den erkennenden

Senat, dass in der vorliegenden Bewertungsmatrix die „weichen“ Kriterien einen deutlichen Überhang hatten. „Harte“ Kriterien wie ein Studium oder eine Mediatoren/innenausbildung können viel leichter verglichen werden, als dies bei „weichen“ Kriterien wie Kommunikationsfähigkeit, Einfühlungsvermögen, Eigenständigkeit, Kreativität und Konfliktlösungskompetenz der Fall ist. Aus der vorliegenden Stellenausschreibung lässt sich eindeutig erkennen, dass die Antragstellerin die geforderten fachlichen und sozialen Anforderungen erfüllt hat. Es war für den Senat I der GBK nicht nachvollziehbar, dass das abgeschlossene Studium der Rechtswissenschaften und die absolvierte Mediatoren/innenausbildung nicht bzw. nicht mehr bei der Auswahl gezählt haben, zumal im Vorlagebericht der Direktorenkonferenz vom 10. März 2009 davon gesprochen wird, dass „der/die Ombudsmann/frau weder als Anwalt/Anwältin der Kunden/innen noch der Antragsgegnerin auftreten soll. Diese Person ist vielmehr als Mediator/in anzusehen“. Es wird hier dezidiert von Mediation gesprochen. Senat I der GBK ist bewusst, dass soziale Kompetenzen gerade für einen derartigen Posten sehr wichtig sind. Zur Ausübung der Position des/der Ombudsmannes/frau sind nach Ansicht des erkennenden Senates allerdings ebenso juristische sowie Kenntnisse auf dem Gebiet der Mediation unerlässlich. Gerade die Antragstellerin hätte durch ihre Ausbildung und ihre Berufserfahrung diese Anforderung bestens erfüllt. Die Spezialausbildungen der Antragstellerin hatten für diese Position kein Gewicht, obwohl sie nach Auffassung des Senat von wesentlicher Bedeutung waren. Herr F hat weder über ein Studium noch eine Mediatoren/innenausbildung verfügt. Die Antragsgegnerin hat in der mündlichen Einvernahme nochmals herausgestrichen, dass man eine/n Generalisten/in, der/die versiert sei, die Betroffenen zu begleiten, gesucht habe. Diese Person sollte kreative Ansätze und Lösungen aus Beschwerden entwickeln, die zu einem Strukturwandel – auch gesetzlicher Natur – führen soll. So wurde der Antragstellerin im Verfahren „vorgehalten“, dass sie nicht genügend Veränderungspotential, und in ihrem bisherigen Tätigkeitsbereich nur auf der Seite der Antragsgegnerin gearbeitet habe. Herr F hätte durch seine Arbeit im internationalen Bereich ein größeres Veränderungspotential, auch habe er ein besseres Konzept vorgelegt. Letztlich habe der Gesamteindruck für Herrn F gesprochen. Dagegen spricht die Tatsache, dass die Antragstellerin von sich aus ein Konzept vorgelegt hat. Dies spricht eher für eigenständige als für konservative Handlungsweise. Die Ausführungen der befragten Auskunftspersonen waren hinsichtlich der vorgelegten Konzepte sehr widersprüchlich. Zum einen wurde angegeben, dass diese gar

nicht verlangt worden bzw. nicht so wichtig gewesen, und daher nicht in die Bewertung eingeflossen seien. Andererseits wird in der Stellungnahme der Antragsgegnerin ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Herr F ein besseres Konzept ausgearbeitet und vorgelegt habe. Da dem Senat I der GBK im Verfahren nicht das Konzept von Herrn F vorgelegt wurde, war es nicht möglich nachzuvollziehen, ob Herr F das bessere Konzept abgeliefert hat. Im Sinne der in § 12 Abs. 12 GIBG normierten „Beweislast erleichterung“ hätte die Antragsgegnerin auch das Konzept und die Bewerbungsunterlagen von Herrn F vorlegen müssen, damit der Senat I der GBK hätte überprüfen können, ob sachfremde Erwägungen im Auswahlverfahren eine Rolle gespielt haben. Durch das Vorlegen dieser Unterlagen wäre die Personalentscheidung allenfalls nachvollziehbar gewesen. In diesem Zusammenhang war auffällig, dass von Seiten der Antragsgegnerin im Verfahren keine näheren Angaben gemacht wurden, ob die Antragstellerin als Erste ein Konzept aus eigenem Antrieb vorgelegt hat. Auch kann der erkennende Senat in der Ablehnung der ihr in der Folge angebotenen Projektleitung keine mangelnde Initiative oder mangelnde Aufgeschlossenheit erkennen. Nach den glaubhaften Angaben der Antragstellerin wurde ihr durch ihren Vorgesetzten nahegelegt, dass sie sich für dieses Projekt bewerben soll. An sich hätte sie das Projekt interessiert, aber die Projektleitung hätte keine berufliche Weiterentwicklung für die Antragstellerin bewirkt. Sie wäre weiterhin in der Gehaltsgruppe ... eingestuft gewesen, mit einer möglichen Zulage von 15 %. Die näheren Details wurden ihr gegenüber nicht erläutert. Es war für sie völlig unklar, für welches Teilprojekt sie zuständig sein sollte oder wie lange das Projekt dauern würde. Die Antragstellerin selbst sieht ihre berufliche Zukunft weniger im Projektmanagement als im Umgang mit Menschen. Dass die Antragstellerin aus diesen Gründen die Übernahme der Projektleitung abgelehnt hat, kann man ihr nicht vorwerfen.

In einem dem Senat I der GBK vorliegenden Schreiben der Antragsgegnerin vom 12. Oktober 2009 wurde der Antragstellerin im Rahmen von Vergleichsverhandlungen eine Entschädigung angeboten, weil das Bewerbungsverfahren „aus gleichbehandlungsrechtlicher Sicht nicht vollständig befriedigend abgelaufen ist“. Die Antragsgegnerin hat darin von sich aus die Bedenken der Antragstellerin hinsichtlich der mangelnden Einhaltung des Gleichbehandlungsgebots bestätigt, in dem man ihr eine Entschädigungssumme angeboten hat. Die Antragsgegnerin hätte der Antragstellerin wohl kaum eine Entschädigungssumme angeboten, wenn das Auswahlverfahren tatsächlich – so wie von der Antragstellerin dargestellt – transparent abgelaufen ist.

Ein weiterer Grund für das intransparente Auswahlverfahren dürfte auch gewesen sein, dass die Stellenbeschreibung des/r Ombudsmannes/frau noch nicht vollständig ausgereift war, sodass es sich erst im Bewerbungsverfahren in der Selbstverwaltung herauskristallisiert hat, wie dieser Posten angelegt werden soll. Es gab anscheinend noch kein genaues Bild darüber, wie diese Ombudsstelle ausgefüllt werden sollte, und welche Qualifikationen für diesen Posten erforderlich sind. Diese Schwierigkeit ist auch in der dem Senat I der GBK vorliegenden Bewertungsmatrix ersichtlich. Es war in dieser Matrix ein deutlicher Überhang von weichen Kriterien festzustellen. Die Intransparenz des Verfahrens drückte sich gerade auch dadurch aus, dass die vom/von der potentiellen Bewerber/in gewünschten Anforderungen sich im Bewerbungsverfahren geändert haben. Die befragten Auskunftspersonen sahen offensichtlich im Bewerbungsverfahren gut vergleichbare „harte“ Kriterien als nicht ausschlaggebend an. Dies war weder für die Antragstellerin noch für andere Bewerber/innen aus der Stellenausschreibung ersichtlich.

Der Antragsgegnerin ist es im Verfahren nicht gelungen, gegenüber dem Senat I der GBK zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die von der Antragsgegnerin glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen. Eine Gewichtung der geforderten Kriterien war in der Stellenausschreibung nicht enthalten. Gerade die Transparenz eines objektiv und fair durchgeführten Auswahlverfahrens kann insbesondere für Frauen die Chance auf einen diskriminierungsfreien beruflichen Aufstieg wesentlich erhöhen. Daher sind Objektivierung und Standardisierung von Bewertungen bei Stellenbesetzungsverfahren bei der Antragsgegnerin zu empfehlen. Durch die Art und Weise der Postenbesetzungen durch die Antragsgegnerin kann ein den Grundsätzen des GIBG entsprechendes Auswahlverfahren nicht gewährleistet werden.

Es liegt daher eine **Diskriminierung auf Grund des Geschlechts** beim **beruflichen Aufstieg** gegenüber der Antragstellerin vor.

Gemäß **§ 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz** hat der Senat, wenn er der Auffassung ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, dem/der Arbeitgeber/in 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 Vor-

schlags ist eine Frist von zwei Monaten zu setzen. Wird einem Auftrag nach **§ 12 Abs. 4 GBK/GAW-Gesetz** nicht entsprochen, kann 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 seitens des Senates I der GBK gemäß § 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz folgender **Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes** der Antragsgegnerin, X, erteilt und aufgefördert, die Diskriminierung zu beenden:

1. Die Leistung eines angemessenen Schadenersatzes gemäß § 12 Abs. 5 GIBG an die Antragstellerin zum Ausgleich des Vermögensschadens und der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung.
2. Das Auswahlverfahren ist transparent zu gestalten, um nachvollziehbare Qualifikationsvergleiche anzustellen und um Feststellungen über das Maß der jeweiligen Eignung zu begründen. Ein solch abgehaltenes und eingesetztes Auswahlverfahren ist ein transparentes und nachvollziehbares Instrument zur Personalauswahl.
3. Stellenbesetzungen sind nach sachlichen, nachvollziehbaren Kriterien vorzunehmen. Es sind keine willkürlich erscheinenden Argumente für die Personalentscheidungen heranzuziehen. Den Bewerbern/innen ist im Fall der Ablehnung der Bewerbung jedenfalls eine schriftliche Begründung der Ablehnung zu übermitteln.
4. Die Kriterien und deren Gewichtung sind bereits in der Ausschreibung festzulegen. In den Ausschreibungen ist jedenfalls der Hinweis auf das Frauenförderungsgebot aufzunehmen. Frauen sollen ausdrücklich aufgefordert werden, sich für Führungspositionen bei der Antragsgegnerin zu bewerben.
5. Im Falle einer weiteren Bewerbung der Antragstellerin für eine offene Führungsfunktion soll diese unter bestmöglicher Berücksichtigung des Chancengleichheitsplanes fair und chancengleich behandelt werden.

Wien, 18. Mai 2010

Dr.in Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK