

**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 12. Jänner 2010 über das am 23. Dezember 2008 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:

- 1. 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) kaufmännische Leiterin ... des X (Antragsgegnerin) in Verwendungsgruppe ... (VG) eingestuft sei. Unter ihrer Leitung würden 5 Mitarbeiter/innen arbeiten. Sie sei verantwortlich für das Budget, die kaufmännische Verwaltung sowie den .... Die Antragstellerin habe ein Studium ... absolviert und sei auch Berufsanwärterin in einer Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungskanzlei gewesen. Seit 1998 sei sie bei der Antragsgegnerin in verschiedenen Funktionen tätig gewesen und habe seit 2004 eine Leitungsfunktion inne. Auf Grund einer internen Stellenausschreibung vom 22. April 2008 habe sich die Antragstellerin für die Stelle als Leiter/in Einkauf für die ... Direktion, in der nächsthöheren VG, beworben. Die Ausschreibung habe den Zusatz enthalten, dass „bei der Besetzung Gesichtspunkte der Hebung des Frauenanteils be-

sonders berücksichtigt werden“. Ein Anforderungs- und Leistungsprofil sei nicht erhalten gewesen. Bereits vor der Abgabe der Bewerbung sei die Antragstellerin von Herrn Dr. B, dem Leiter der Abteilung Beschaffung und Verwaltung, mitgeteilt worden, dass er sich für ihr Interesse bedanke und sie für den Job qualifiziert sei, dass aber Herr Mag. C, ein Mitarbeiter der Abteilung Einkauf, dafür vorgesehen sei. Die Antragstellerin habe dies mit Verwunderung zur Kenntnis genommen und habe sich trotzdem fristgerecht am 5. Mai 2008 beworben.

Herr Mag. C sei 1962 geboren und seit 1998 bei der Antragsgegnerin als Mitarbeiter der Abteilung Einkauf Kaufmännische Direktion tätig. Vor der Besetzung zum Leiter Einkauf habe Herr Mag. C einen Dienstposten in einer um drei Stufen niedrigeren VG inne gehabt und sei „ad personam“ in einer um eine Stufe niedrigeren VG eingereicht worden. Bisher hätte er noch keine Leitungsfunktion inne gehabt und sei Stellvertreter in dieser Abteilung gewesen.

Am 2. Juni 2008 habe die Antragstellerin ein E-Mail von Herrn Dr. B über eine Einladung zu einem Hearing am 11. Juni 2008 erhalten. Telefonisch habe er ihr am selben Tag mitgeteilt, dass es nur zwei qualifizierte Kandidaten/innen gäbe, sie selbst und Herr Mag. C. Dabei habe er auch mitgeteilt, dass sie die einzige ernstzunehmende Konkurrenz zu Herrn Mag. C darstelle. Es sei zwischen den beiden vereinbart worden, dass sie unmittelbar nach dem Hearing zum Kennenlernen vorbeischauen werde. Daher habe die Antragstellerin angenommen, dass das Hearing ausschlaggebend für die Entscheidung sein werde. Die offizielle Einladung habe die Antragstellerin am 4. Juni 2008 von Herrn D, einem Mitarbeiter der Generaldirektion Human Resources (GHR), erhalten. In diesem Schreiben sei darauf hingewiesen worden, dass sie sich für die Position in der engeren Auswahl befinde.

Das Hearing habe unter Beisein von Frau Dr.in E, Leiterin der Wissenschaft, Herrn F, dem Leiter der GHR, sowie einer externen Beraterin, Frau Mag.<sup>a</sup> G, stattgefunden. Die Antragstellerin habe für das Hearing Vorbereitungsunterlagen erhalten und sei demnach davon ausgegangen, dass das Bewerbungsverfahren professionell abgehalten werde, vor allem durch die Einbeziehung eines externen Personalberatungsunternehmens. Sie sei professionell vorbereitet gewesen und habe den Eindruck gehabt, eine sehr gute Performance abgeliefert zu haben. Unmittelbar nach dem Hearing habe Herr Dr. B im Zuge des vereinbarten Gesprächs der Antragstellerin

rin mitgeteilt, dass er das Hearing für einen „Fairness-Akt“ halte. ... Die Antragstellerin sei darüber sehr erstaunt gewesen und habe Herrn F am 12. Juni 2008 von diesem Gespräch informiert. Im Zuge dieses Telefonats habe Herr F ihr bestätigt, dass Herr Dr. B noch nichts vom Ausgang des Hearings wissen könne. Zu diesem Zeitpunkt habe die Antragstellerin Frau Dr.in H, die Gleichbehandlungsbeauftragte der Antragsgegnerin, informiert, da sie den Eindruck gehabt habe, dass die Chancengleichheit gegenüber ihrem männlichen Mitbewerber nicht gewährleistet sei. Am 30. Juni 2008 habe die Antragstellerin per Hauspost ein Absageschreiben erhalten. Zunächst habe die Antragstellerin nur die externe Beraterin, Frau Mag.a G, erreichen können, die ihr am 1. Juli 2008 mitgeteilt habe, dass sie von einer Entscheidung noch nichts wisse, und dass sie erst mit ihr in Kontakt treten könne, wenn die Antragsgegnerin den Auftrag dazu gebe. Es gäbe auch keinen schriftlichen Bericht, sondern nur eine mündliche Präsentation. Auch die Gleichbehandlungsbeauftragte der Antragsgegnerin habe ihr am 3. Juli 2008 mitgeteilt, dass sie von einer Entscheidung bzw. einem Ergebnis noch nichts wisse. In weiterer Folge sei ihr von Herrn F am 3. Juli 2008 ein Feedback-Gespräch mit Frau Mag.a G angekündigt worden. Bei diesem Telefonat habe sie auf einen schriftlichen Bericht bestanden. Herr F habe ihr mitgeteilt, dass sie diesen nur über sich selbst erhalten werde. Eine Einsicht in das Ergebnis ihres Mitbewerbers wäre aus Datenschutzgründen nicht möglich. In diesem Feedback-Gespräch am 10. Juli 2008 habe die Antragstellerin von der Personalberaterin lediglich die Seite 7 des eingeforderten Berichts erhalten. Darin habe sich folgende Beurteilung befunden: „Fraglich bleibt, inwieweit es ihr auf Grund ihrer tendenziell sachlichen Art gelingt, auf Konflikte zu reagieren, aktiv zur Konfliktlösung beizutragen und Hilfestellung anzubieten, anstatt Konfliktsituationen zu vermeiden.“ Die Personalberaterin habe ihr mitgeteilt, dass „der Auftraggeber keine Empfehlung wollte“, sondern die Aufgabe darin bestanden habe, „Beobachtungen zu sammeln“. Daraufhin habe sich die Antragstellerin an die Task Force der Plattform „...“ gewandt, da sie die Begründung für die Absage auch nach dem Feedback-Gespräch nicht nachvollziehen habe können. Es habe sich bei ihr der Eindruck verstärkt, dass die Chancengleichheit bei der Bewerbung für die Stelle nicht eingehalten worden sei. Die Task Force habe Herrn Generaldirektor Dr. I am 15. Juli 2008 eine schriftliche Stellungnahme über Mängel beim Ablauf des Hearings übergeben, da auch die Grundsätze der Betriebsvereinbarung (BV) „...“ nicht eingehalten worden seien. Im ... der BV sei vorgesehen, dass das Ergebnisprotokoll aus einem gereihten Dreivorschlag

für die zu besetzende Position und dem Abstimmungsergebnis der Assessoren/innen zu bestehen habe. Die Richtigkeit des Protokolls sei außerdem von allen Assessoren/innen durch Unterschrift zu bestätigen. Außerdem habe laut ... der/die Teilnehmer/innen das Recht auf Einsicht in das Ergebnisprotokoll. Per E-Mail vom 15. Juli 2008 habe sich die Antragstellerin bei Herrn F als Leiter des Hearings auf der Grundlage des ... BV beschwert und habe eine Stellungnahme eingefordert, warum zwingend vorgeschriebene Bestimmungen der BV nicht eingehalten worden seien. Außerdem habe sie festgehalten, dass sie den letzten Satz des Berichtes und die damit verbundene Kritik an ihrem sachlichen Umgang nicht nachvollziehen habe können. Mit dem E-Mail vom 22. Juli 2008 sei ihr von Herrn F mitgeteilt worden, dass ein unterschriebenes Ergebnisprotokoll samt Besetzungsvorschlag vorliege. Ein Dreivorschlag sei nicht möglich gewesen, da es sich nur um zwei Kandidaten/innen gehandelt habe. Mit der internen Mitteilung vom 29. Juli 2008 sei die Gleichbehandlungsbeauftragte der Antragsgegnerin über die Entscheidungsgründe informiert worden. Folgende Kriterien seien dabei unter anderem angeführt worden: Fachliche Qualifikationen sowie einschlägige, jahrelange Berufserfahrung, die daraus resultierende Verhandlungsstärke, gepaart mit der Fähigkeit, aktiv zu Konfliktlösungen beizutragen, ohne von ökonomischen Standpunkten im Unternehmensinteresse abzuweichen. Außerdem seien die hervorragende Integration im derzeitigen Arbeitsbereich, sowie die hohe Akzeptanz bei Kollegen/innen, den Vorgesetzten und dem Betriebsrat als ausschlaggebend genannt worden. Das neuerliche Ersuchen um Einsicht in das Ergebnisprotokoll sei der Antragstellerin bis dato verweigert worden. Daran habe auch ein Termin im Beisein des Betriebsrates am 3. September 2008 im Büro von Herrn F nichts geändert, bei dem neuerlich mit der Begründung des Datenschutzes die Einsicht in die noch nicht bekannten Teile des Ergebnisprotokoll verwehrt worden sei.

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

Im Vorbringen der GAW sei nicht angeführt worden, dass der Verfasser der Stellungnahme an die GAW vom 20. November 2008, Herr Dr. J, selbst die Antragstellerin in ihre Leitungsfunktion ... gebracht habe. Es gebe also durchaus auch aktive Förderung, wobei allerdings einzuräumen sei, dass diese in erster Linie der Kompetenz und nicht dem Geschlecht gegolten habe, wobei im Sinne der Frauenförderung die Tatsache, dass die Antragstellerin die Frauenquote in Führungspositionen gehoben

habe, ein willkommener Nebenaspekt gewesen sei. Es müsse allerdings daran erinnert werden, dass sich der Unternehmenserfolg derzeit noch anhand wirtschaftlicher Kriterien und nicht nach der Erfüllung von Quoten bemesse. Soweit ersichtlich sei die Erfüllung von Quoten im Insolvenzfall kein Exkulpierungsgrund. Des Weiteren verkenne die GAW die Praxis einer Stellenbesetzung im Umfeld der Personalplanung. Offenbar herrsche die Auffassung vor, nach der Ausschreibung sei es Aufgabe eines Hearings oder einer anderen Veranstaltung gleichsam wie in einem sportlichen Wettkampf den/die Bestgeeignete/n zu ermitteln und diese Person müsse es auch dann werden. Entsprechend dieser Vorstellung werde es auch unterlassen, die Aussage der Antragstellerin kritisch zu beleuchten, sie habe mit Verwunderung zur Kenntnis genommen, dass bereits jemand vorgesehen sei. Eine solche Aussage sei nämlich, wenn sie ernst gemeint sei, als ausgesprochen realitätsfern zu werten, weil es eben das Erfordernis einer langfristigen Personalplanung und einer Nachfolgeplanung gebe. Wenn sich die Antragstellerin darüber verwundert zeige, dass für eine wichtige kaufmännische Position eine Nachfolge aufgebaut werde, dann stelle sie ihren Fachkenntnissen kein gutes Zeugnis aus. Wie dies funktioniere, müsste sie eigentlich an sich selbst festgestellt haben. Die Antragstellerin werde zu befragen sein, ob es zu treffe, dass Herr Dr. J mit ihr wiederholt über eine mögliche Nachfolge der Funktion ... (in einer um zwei Stufen höheren VG) gesprochen habe, eine Position, die in Bälde vakant sein werde und für die Herr Dr. J die Antragstellerin für geeignet halte. Es sei Tatsache, dass in Führungspositionen der Antragsgegnerin so wie in anderen Unternehmen, in den gesetzgebenden Körperschaften etc. noch keine Parität der Geschlechter erreicht sei. Daraus folge aber noch nicht die Verpflichtung zu einer wirtschaftlich unzumutbaren Handlungsweise, nämlich statt einer bereits im Fachbereich arbeitenden Person eine Externe für die Nachfolge aufzubauen, wenn dies erkennbar zu Mehrkosten führe, denn die Vorbereitung auf künftige Aufgaben könne bei einer externen Person nicht während der Normalarbeit erfolgen. Sie habe ihr Interesse erst zu einem Zeitpunkt bekundet, zu dem eine Vorbereitung auf die Einkaufsleitung nicht mehr möglich gewesen sei.

Die Behauptung der Antragstellerin sie wäre besser qualifiziert als die dann bestellte Person, sei pure Spekulation, die von einer unterstellten Diskriminierungsabsicht ausgehe. Es sei bereits in der vorhergegangenen Stellungnahme eingeräumt worden, dass das Hearing in der gegebenen Konstellation funktionslos gewesen sei, weil sie die Entscheidung bereits getroffen hätte und es um die fachliche Komponente

beim Hearing nicht mehr gegangen sei. Hearing und Zusatz im Ausschreibungstext (Hebung des Frauenanteils) hätten aber dann die Wirkung entfaltet, wenn sich eine Frau mit praktischer Erfahrung in der Leitung einer Einkaufsabteilung beworben hätte, was jedoch nicht der Fall gewesen sei. Im Verlangen der GAW werde eine „scheinbare Hauptanforderung“ unterstellt, nämlich langjährige Erfahrung in der Abteilung Einkauf, um das als Bevorzugung des männlichen Bewerbers werten zu können. Tatsächlich gehe es bei jeder Besetzung um die Erwartung, wer die Funktion am Besten ausüben könne, und dabei spiele selbstverständlich die gesammelte Erfahrung im Aufgabenbereich eine Rolle. Dieses Argument hätte selbstverständlich auch für eine externe Bewerberin gesprochen, die längere Zeit in einer Einkaufsabteilung gearbeitet habe. Im derzeitigen Aufgabengebiet der Antragstellerin spiele der Einkauf eine Nebenrolle. Die Behauptung der GAW, wonach das Datenschutzrecht nicht dazu verwendet werden könne, die Aufklärung von Diskriminierungen zu verhindern, zeuge von Unverständnis für Grundrechte und sei zurückzuweisen. Der festgestellte Sachverhalt liefere keinen Hinweis, auch die GAW gebe keinen, warum das Geschlecht der nicht berücksichtigten Bewerberin irgendeine Rolle gespielt habe. Die Vernehmung der beantragten Auskunftspersonen, wobei die Antragsgegnerin auf ein nicht bestehendes Fragerecht der beteiligten Personen auf eine objektive Beweisaufnahme seitens des Senates angewiesen sei, werde ergeben, warum Herr Mag. C nach objektiven Kriterien der Vorzug gegeben worden sei. Im Verlangen werde der Antragsgegnerin implizit vorgeworfen, durch den Aufbau eines Mannes als Nachfolger aus der Abteilung – ein völlig üblicher Vorgang, dass man jemanden, der schon die Aufgaben im Fachbereich kenne, auf eine Leitungsfunktion vorbereite – die Antragstellerin diskriminiert zu haben. Wenn also langfristige Personalplanung mangels Vorbereitung einer Frau für die Führungsaufgabe eine Diskriminierung darstelle, so sei bei einer solchen Annahme das weibliche Geschlecht insgesamt diskriminiert, nicht aber die Antragstellerin, weil ihr Interesse an der Stelle erst bei der Besetzung bekannt geworden sei. Den Tatbestand einer generellen Diskriminierung und Einstellungsquoten gebe es derzeit nicht.

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 könne durchaus möglich sein, dass Herr Mag. C für die Funktion als Leiter/in der Abteilung besser qualifiziert als die Antragstellerin war. 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 Objektivierungsverfahrens 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 Leiter/in Einkauf in der nächsthöheren VG 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 nächsthöhere VG eingestuft worden. Die nächsthöhere VG sieht laut Kollektivvertrag (KV) ... folgendes vor: Leitung ... sowie Aufgaben ... VG ....

Im Mittelpunkt des Ermittlungsverfahrens stand das am 11. Juni 2008 abgehaltene Hearing, an dem die Antragstellerin und Herr Mag. C teilgenommen haben, und der Umgang der Antragsgegnerin mit Nachfolgeplanung, die Umsetzung der BV „...“ sowie der Dienstanweisung der Generaldirektorin, Dr.<sup>in</sup> K, vom ... bzgl. eines Gleichstellungs-Förderplanes. Der Gleichstellungs-Förderplan soll dazu beitragen, einer Unterrepräsentanz von Frauen in Berufsgruppen und vor allem in leitenden Positionen entgegenzuwirken und sie im Rahmen des Durchführbaren zu beseitigen. Anknüpfungspunkt für mehrere Maßnahmen ist die Unterrepräsentanz von Frauen. Sie liegt vor, wenn in einem Bereich (Belegschaft mit gleicher oder verwandter Verwendung in einem Betrieb im Sinne des § 34 ArbVG) weniger als 50 v.H. sind. Bei Vorliegen einer Unterrepräsentanz von Frauen sind Maßnahmen zu ihrer Beseitigung zu ergreifen. Als Ziel ist eine Anhebung des Frauenanteils von 5 v.H. gesetzt.

Der Gleichstellungs-Förderplan sieht vor, dass in Stellenausschreibungen von Stellen in leitenden Funktionsbereichen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, Frauen gezielt angesprochen werden sollen. Dies ist in der dem Senat I der GBK vorliegenden Stellenausschreibung erfolgt, da im Bereich der Kaufmännischen Direktion eine Unterrepräsentanz von Frauen in Leitungsfunktionen besteht.

Die Antragstellerin hat sich auf das Gleichbehandlungsgebot iSd § 3 GIBG berufen und hat vorgebracht, dass die Vorgehensweise der Antragsgegnerin beim Hearing vom 11. Juni 2008 jedenfalls eine verbotene Diskriminierung auf Grund des Geschlechts darstellt. Im Bereich Verwaltung und Beschaffung sind Frauen in Führungspositionen unterrepräsentiert. Bei gleicher Qualifikation der Bewerber/innen hätte die Antragsgegnerin die Antragstellerin im Sinne des Gleichstellungs-Förderplans Herrn Mag. C vorziehen müssen. In der mündlichen Befragung bekräftigte die Antragstellerin, dass ihr von Herrn Dr. B mitgeteilt worden sei, dass es bereits jemanden in der Abteilung gebe, der für die Abteilungsleitung vorgesehen sei. Dies sei Herr Mag. C. Diese Aussage sei für sie nicht entscheidend gewesen, da diese Personalentscheidung letztlich von der kaufmännischen Direktion gefällt werde.

Die Antragsgegnerin hat in ihrem Vorbringen stets dem von der Antragstellerin vorgebrachte Vorwurf der Diskriminierung auf Grund des Geschlechts beim beruflichen Aufstieg durch die GAW widersprochen. Es würden von Seiten der GAW aus dem unrichtig wiedergebenden Sachverhalt unterstellende, nicht objektive Schlüsse gezogen werden. Auf Grund einer vorausschauenden Personalplanung sei Herr Mag. C

an die Funktion eines/r Leiters/in der Abteilung Einkauf herangeführt worden. Eine geschlechtsspezifische Diskriminierung habe nicht stattgefunden. Im Rahmen der Nachfolgeplanung sei auf Grund der fachlichen Qualifikation von Herrn Mag. C eine Entscheidung zu dessen Gunsten getroffen worden. In der mündlichen Befragung wurde ergänzend vorgebracht, dass Herr Mag. C neben einem Universitätsabschluss in Betriebswirtschaftslehre auch über eine HTL-Matura verfüge. Eine technische Zusatzausbildung zusätzlich zu einem betriebswirtschaftlichen Diplomstudium sei in einem Unternehmen wie das der Antragsgegnerin von besonderer Bedeutung. Zweitens habe durch die Bestellung von Herrn Mag. C eine Planstelle eingespart werden können, da die bisherige Stelle von Herrn Mag. C nicht nachbesetzt worden sei. Schließlich sei er ja langjähriger Mitarbeiter gewesen, so dass keine Einschulungsphase von Nöten sei, sondern vielmehr habe dieser sofort übernehmen können. Das Hearing sei deshalb durchgeführt worden, da dies der Gleichstellungs-Förderplan bei einer Stellenausschreibung ab der VG ... auf Verlangen der Gleichbehandlungsbeauftragten vorsehe.

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 wahrscheinlicher ist, dass die vom/von der Beklagten glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

Der erkennende Senat verweist auf die im § 12 Abs. 12 GIBG vorgesehene Beweislastverteilung. 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 Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die vom/von der Beklagten glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen. Das Gemeinschaftsrecht<sup>1</sup> verlangt keine Umkehr der Beweislastverlagerung<sup>2</sup>. 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 Arbeitnehmer/innen, die anscheinend

---

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

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

Opfer einer Diskriminierung sind, nicht jedes wirksame Mittel zu nehmen, um die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung durchzusetzen<sup>3</sup>. Sowohl nach nationalem Recht als auch nach Gemeinschaftsrecht hat die klagende Partei diejenigen Tatsachen, die eine Diskriminierung vermuten lassen, glaubhaft zu machen. Insofern 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 ist<sup>4</sup>. 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 über<sup>5</sup>.

Nach genauer Prüfung des vorliegenden Sachverhaltes kommt der Senat I der GBK zur Ansicht, dass ein objektiver, transparenter und nachvollziehbarer Vergleich der Qualifikation zwischen der Antragstellerin und den männlichen Bewerbern nicht vorgenommen wurde. Die Antragstellerin konnte nicht nur ihre Vorwürfe glaubhaft darlegen, sondern es wurde im Ermittlungsverfahren übereinstimmend durch zwei Führungskräfte bestätigt, dass die Entscheidung zugunsten von Herrn Mag. C schon vor dem Hearing festgestanden ist. Das Hearing wäre somit nie entscheidungsrelevant gewesen. Es war allerdings für die Antragstellerin nicht zu erkennen, dass das Bewerbungsverfahren vollkommen funktionslos war. Es stellte sich nicht für die Antragstellerin, sondern auch für den erkennenden Senat die Frage, wieso die Antragsgegnerin einen so großen Aufwand mit der Abhaltung des Hearings bzw. der Erstellung des – anscheinend zunächst nicht vorhandenen – Protokolls gemacht hat.

Unbestritten ist, dass im Hearing keine Hard Facts - wie bestimmte fachliche Qualifikationen und dergleichen- abgefragt worden sind. Es war kein „Fachhearing“. Eine der befragten Auskunftspersonen gab im Weiteren an, dass dieser sicher sei, dass bei korrekter Abhaltung des Hearings gemäß der BV eine sachliche Entscheidung auch zugunsten von Herrn Mag. C gegangen wäre. Offensichtlich waren die Entscheidungsträger von vornherein der Meinung, dass die Entscheidung in jedem Fall zugunsten von Herrn Mag. C ausgehen würde, so dass man auf eine korrekte Abhal-

---

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

<sup>4</sup> 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;

<sup>5</sup> OGH vom 9. Juli 2008, ObA 177/07f

tung eines Hearing verzichtet hat. Das Hearingergebnis wäre jedenfalls für die Entscheidungsträger bedeutungslos. Nach Ansicht des erkennenden Senates wurde ein sehr großer Aufwand betrieben, um den Schein – und zwar die Einhaltung der besagten BV und des Gleichstellungs-Förderplanes – aufrechtzuerhalten. Die Nichteinhaltung des Gleichstellungsförderplanes ist in die Bewertung des vorliegenden Sachverhaltes mit einzubeziehen, weil damit die mangelnde Transparenz und Objektivität indiziert wird.

Offensichtlich haben sachfremde Erwägungen im Auswahlverfahren eine Rolle gespielt. Es sind dem Senat I der GBK weder die vom Unternehmen geforderten Kriterien für die ausgeschriebene Leitungsfunktion noch die Gewichtung der Kriterien noch die Bewertung der beiden Kandidaten/innen im Verfahren vorgelegt worden. Aus den Befragungen und den vorgelegten Unterlagen ist der Schluss zu ziehen, dass es solche Kriterien oder eine objektive, faire Bewertung nie vorgesehen waren. Die an sich vorgesehenen Strukturen zur Personalplanung bzw. –entwicklung bestehen offensichtlich nur pro forma. Im Hearing selbst wurden keine fachlichen Qualifikationen abgefragt. Im Hearing wurden ausschließlich Social Skills (z.B. Konfliktmanagement, Führungsqualitäten, etc.) überprüft. Natürlich ist sich der Senat I der GBK bewusst, dass soziale Kompetenzen, gerade für Leitungspositionen sehr wichtig sind. Zur Ausübung der Position des/der Leiters/in der Abteilung Einkauf sind nach Ansicht des erkennenden Senates Kenntnisse im Beschaffungswesen und im Vergaberecht unerlässlich. Nach Durchsicht der Bewerbungsunterlagen der Antragstellerin hätte die Antragstellerin sowohl die fachlichen als auch die sozialen Kriterien eindeutig erfüllt. Die Antragstellerin wurde im Hearing ausgezeichnet beurteilt. Eine der befragten Auskunftspersonen hat gegenüber dem erkennenden Senat bekräftigt, dass die Beurteilung von Herrn Mag. C im Hearing sich ebenso habe sehen lassen. Der Antragstellerin wurde mit dem Hinweis auf den Datenschutz eine Einsicht in die Unterlagen ihres Mitbewerbers untersagt.

... BV sieht unter anderem vor, dass der/die Teilnehmer/in, sein/ihr Vorgesetzte/r, ein/e vom/von der Teilnehmer/in beauftragte/r Betriebsrat/Betriebsrätin sowie der/die Vorsitzende des für den/der Teilnehmer/in zuständige Betriebsrat das Recht haben, in dem jeweiligen Kurzbericht sowie das zugehörige Protokoll Einblick zu nehmen sowie diesen schriftliche Stellungnahmen beizufügen und diese einzusehen. Die GAW hat diesem Argument entgegnet, dass das Datenschutzrecht nicht dazu verwendet werden kann, die Aufklärung von Diskriminierungen zu verhindern.

Hierzu ist auszuführen, dass Regelungen den Datenschutz betreffend im GIBG Beachtung finden. Ziel im arbeitsrechtlichen Teil des GIBG ist es, Benachteiligungen durch/die Arbeitgeber/in zu unterbinden und gleichzeitig ein diskriminierungsfreies Arbeitsumfeld zu schaffen. Während der Großteil des GIBG aus Sicht des Personalwesens zu betrachten ist, sind ebenso datenschutzrechtliche Aspekte zu beachten. Das Datenschutzgesetz (DSG 2000, BGBl. I Nr. 165/1999 idgF) erfasst unter anderem die Zweckbindung der Erhebung, Speicherung und Nutzung von personenbezogenen Daten und die Löschung dieser nach der Zweckerfüllung oder Aufbewahrungsfristen, somit sind beispielsweise bei Bewerbungen und Auswahlverfahren auch die Anforderungen des GIBG zu berücksichtigen. In datenschutzrechtlich relevanten Angelegenheiten bedarf es stets einer Interessensabwägung. Durch die BV werden sensible personenbezogene Daten durch die Einschränkung des Personenkreises, der Einsicht in Protokolle und sonstige Ergebnisse eines Hearings nehmen kann, geschützt. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin berechtigterweise aus datenschutzrechtlichen Gründen keine Einsicht in die Unterlagen von Herrn Mag. C gewährt. Allerdings hätte die Antragsgegnerin mit einer Vorlage der besagten Unterlagen gegenüber dem Senat I der GBK nicht die datenschutzrechtlich relevanten Interessen von Herrn Mag. C verletzt. Die Senatssitzungen der GBK sind gemäß § 14 Abs. 4 GBK/GAW-Gesetz und § 5 der GBK-GO vertraulich und nichtöffentlich. Die Mitglieder der jeweiligen Senate sind gemäß § 2 Abs. 1 GBK-GO zur Verschwiegenheit und Wahrung aller im Rahmen ihrer Tätigkeit innerhalb der GBK bekanntgewordenen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse verpflichtet. Die an den Sitzungen ebenso teilnehmende GAW und Geschäftsführung sind als Bundesbedienstete ebenso zur Vertraulichkeit und Verschwiegenheit verpflichtet. Durch die Besonderheiten des Verfahrens vor der GBK wären jedenfalls die Interessen von Herrn Mag. C gewahrt geblieben. Durch das Vorlegen der Bewerbungsunterlagen und der Beurteilung von Herrn Mag. C wäre die Personalentscheidung allenfalls nachvollziehbar gewesen.

Das Gremium hat es unterlassen, eine Überprüfung der sachlichen Qualifikationen vorzunehmen. Es wurde nicht einmal auf Basis des Hearings ein gereihter Besetzungsvorschlag den entscheidenden Führungskräften vorgelegt. Die Antragsgegnerin hat sich diesbezüglich auf formale Kriterien zurückgezogen. Man habe keinen Dreivorschlag erstellen können, da nur zwei Kandidaten/innen am Hearing teilgenommen hätten. Nach teleologischer Interpretation der besagten BV ist davon auszugehen, dass von den Assesoren/innen ein gereihter Besetzungsvorschlag zu

erstellen ist, ob mit drei oder zwei Personen, ist nicht entscheidend. Als Ergebnis eines Hearings ist ein gereihter Besetzungsvorschlag vorgesehen. Dies ist hier unterblieben. Es stellt sich daher die berechtigte Frage, wieso die Antragsgegnerin eine externe Expertin einer Personalberatungsfirma zu einem funktionslosen Hearing, das zusätzliche Kosten verursacht hat, hinzugezogen hat. Die Antragsgegnerin befindet sich derzeit in einer schwierigen wirtschaftlichen Situation. Es ist deshalb noch unverständlicher, wieso man das Budget mit derart unnötigen Kosten belastet hat.

Die Antragsgegnerin ist es somit 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.

Die Antragstellerin hat mit ihrer Bewerbung die vorgesehene Nachfolge gestört. Es wurde im Verfahren von zwei Führungskräften übereinstimmend angegeben, dass Gleichbehandlung und Frauenförderung keine primäre Bedeutung beizumessen sei. Das Gleichstellungskonzept wäre für Personalentscheidungen nicht ausschlaggebend. Es zähle für sie nur die fachliche Qualifikation von Bewerbern/innen. Gerade ein korrekt auf Basis der besagten BV durchgeführtes Hearing wäre eine wesentliche Grundlage für eine objektive und nachvollziehbare Entscheidung gewesen. Neben dem Hearingergebnis wäre von der Antragsgegnerin zusätzlich noch der Gleichstellungs-Förderplan heranzuziehen gewesen. Trotzdem wurde das vorgesehene Verfahren nicht eingehalten, um damit die fachliche Qualifikationen der Antragstellerin und von Herrn Mag. C zu überprüfen. Die Einhaltung dieses Verfahrens wäre umso wichtiger gewesen, da es nach den Angaben einer befragten Auskunftsperson keine BV über eine geregelte Nachfolgeplanung im Unternehmen gebe. Die Antragsgegnerin hat im Verfahren auch angegeben, dass die Nachfolgeplanung und die Stellenausschreibung in einem Spannungsverhältnis stehe würde. Es würde sich die Frage stellen, welchen Zweck eine Ausschreibung habe, wenn bereits der/die ideale Nachfolger/in auf Grund gewissenhafter Planung vorhanden sei. Weiters wurde von der Antragsgegnerin auf Entscheidungen ... hingewiesen. Demnach sei mit der Bekanntgabe der vakanten Funktion Sinn und Zweck der öffentlichen Ausschreibung erfüllt und es sei das Gesetz nicht verletzt, wenn für einen ausgeschriebenen Posten bereits eine bestimmte Person ins Auge gefasst worden sei<sup>6</sup>. Dieser Einwand geht nach Ansicht des erkennenden Senates ins Leere, da zum Zeitpunkt der zitierten

---

<sup>6</sup> ...

Entscheidung der Tatbestand der Diskriminierung auf Grund des Geschlechts beim beruflichen Aufstieg noch nicht vom GIBG erfasst worden ist. Diese Bestimmung wurde gemeinsam mit dem Diskriminierungsverbot bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, dem sie nachgebildet ist, erst durch die Novelle, BGBl 1990/410<sup>7</sup>, in das GIBG eingefügt. Der Grundsatz der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim beruflichen Aufstieg war zum damaligen Zeitpunkt noch nicht entscheidungsrelevant.

Das Ermittlungsverfahren bekräftigte im Weiteren den Eindruck, dass die von der Antragsgegnerin gewählte Vorgangsweise und der Umgang mit seinen Mitarbeitern/innen sehr befremdlich waren. Die Antragsgegnerin hat es auch in diesem Fall wider besseres Wissen – und trotz der vorhandenen Verfahren und Ressourcen – unterlassen, eine mögliche sachliche Differenzierung zwischen der Antragstellerin und Herrn Mag. C herauszuarbeiten.

Diese Vorgehensweise war gegenüber der Antragstellerin, die unbestritten als sehr gute Mitarbeiterin und Führungskraft innerhalb des Unternehmens gilt, sehr unfair und kränkend, weil dadurch bei der Antragstellerin die Hoffnung geweckt worden ist, durch die erfolgreiche Absolvierung des Bewerbungsverfahrens eine faire Chance auf diesen Abteilungsstellen zu haben. Für einige der Entscheidungsträger/innen der Antragsgegnerin dürfte Gleichstellung und Frauenförderung immer noch unwesentlich sein.

Hinzu kommt, dass man versucht hat, die Qualifikation der Antragstellerin als Führungskraft abzuwerten, in dem man behauptet hat, dass es der Antragstellerin möglicherweise auf Grund ihrer tendenziell sachlichen Art nicht gelingt, auf Konflikte zu reagieren, aktiv zur Konfliktlösung beizutragen und Hilfestellung anzubieten, anstatt Konfliktsituationen zu vermeiden. Die vorgenommene Bewertung war für den erkennenden Senat insofern irritierend, als man Frauen ansonsten eher vorwirft, zu emotional zu sein. Für das Experten/innengremium sei sie anscheinend zu sachlich gewesen. Diese Behauptung konnte von keinem der befragten Auskunftspersonen nachvollzogen werden, und wurde sogar von einer befragten Auskunftsperson als Unsinn bezeichnet.

Auffällig war im vorliegenden Fall für den erkennenden Senat das mangelnde Unrechtsbewusstsein der Antragsgegnerin. Es wird daher der Antragsgegnerin dringend angeraten, die nachstehenden Vorschläge umzusetzen. Bislang ist die Antragsgeg-

---

<sup>7</sup> Eichinger, Die zweite Novelle zum Gleichbehandlungsgesetz, RdW 1990, 315; Smutny/Mayr 201.

nerin nicht den Empfehlungen bzw. Vorschlägen nachgekommen. Der Senat I der GBK fordert die Antragsgegnerin dringend auf Grund der erneut festgestellten Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes auf, die vom erkennenden Senat erteilten Vorschläge umzusetzen, da ansonsten zu befürchten ist, dass weitere Verlangen gegen die Antragsgegnerin gestellt werden.

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 Vorschlags 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 aufgefordert, 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 scheinenden Argumente für die Personalentscheidungen heranzuziehen.
4. Die Kriterien und deren Gewichtung sind bereits in der Ausschreibung festzulegen. In den Ausschreibungen ist der Hinweis auf das Frauenförderungsgebot aufzunehmen. Frauen sollen ausdrücklich aufgefordert werden, sich für Führungspositionen bei der Antragsgegnerin zu bewerben.
5. Frauenförderung hat allerdings nicht nur bei Führungspositionen anzusetzen, sondern muss auf allen organisatorischen und hierarchischen Ebenen aktiv von der Antragsgegnerin und vom/von der unmittelbaren Vorgesetzten gefördert werden.
6. Aufgabe der Vorgesetzten im Rahmen des Gleichstellungs-Förderplans ist es, verstärkt Mitarbeiterinnen zur Übernahme von Führungspositionen zu motivieren, die Teilnahme an speziellen Fortbildungsseminaren anzuregen und sie durch Übertragung von Aufgaben in Eigenverantwortung (z.B. Projektleitungen) zu fördern.
7. Die Teilnahme von (auch teilzeitbeschäftigten) Mitarbeiterinnen an Führungskräftelehrgängen ist zu fördern, besonders in jenen Bereichen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind.
8. Erarbeitung einer umfassenden Personalstrategie, in der die Personalfolge für alle Bereiche des Unternehmens nach objektiven und nachvollziehbaren Kriterien geregelt ist. Eine derartige Personalstrategie sollte insbesondere unter Einbeziehung der Gleichstellungsbeauftragten der Antragsgegnerin erarbeitet werden. Die Kriterien, um eine derartige Nachwuchsförderung zu erlangen, sollen für alle Mitarbeiter/innen im Unternehmen transparent kundgemacht werden.

9. Im Falle einer weiteren Bewerbung der Antragstellerin für eine offene Führungsfunktion soll diese im Sinne der BV und des Gleichstellungsförderplanes fair und chancengleich behandelt werden.
10. Erstattung eines jährlichen Berichtes gemäß § 13 Abs.1, 2 GBK/GAW-Gesetz für die kommenden drei Jahre (= ein Bericht pro Jahr, beginnend mit dem Jahr 2010) über die Entwicklung der Verteilung von Frauen und Männern in Führungspositionen.

Wien, 12. Jänner 2010

Dr.in Sabine Stvan-Jagoda

Stellvertretende Vorsitzende des Senates I der GBK