

Senat I der Gleichbehandlungskommission
Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz
(BGBl. Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 7/2011)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 27. Jänner 2015 über das am 21. Mai 2012 eingelangte Verlangen der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **Herrn Mag. A (Antragsteller)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des **Geschlechtes** bei der **Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 1 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 7/2011; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) durch die **X GmbH (Antragsgegnerin)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. II Nr. 102/2011), zu GZ GBK I/431/12, zu folgendem

Prüfungsergebnis

Herr Mag. A ist auf Grund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 iVm § 12 Abs. 1 Z 2 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.

Prüfungsgrundlagen

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche und mündliche Vorbringen des Antragstellers und der Antragsgegnerin sowie die mündliche Befragung der Auskunftsperson Herrn Mag. B. Des Weiteren bezieht sich der Senat I der GBK in seiner Entscheidungsfindung auf das E-Mail von Herrn Mag. B vom 22. November

¹ Vgl. z.B. VfSlg. 19.321

2011, die Stellungnahme der Antragsgegnerin an die GAW vom 8. Mai 2012 sowie die Stellungnahme von Herrn Mag. B vom 19. Juni 2012.

Dem Senat lagen weiters u.a. das Stellenangebot im AMS Job-Room für ein/e Sozialarbeiter/in, das Stellenangebot der Antragsgegnerin für eine/n diplomierte/n Sozialarbeiter/in / Sozialpädagogen/Sozialpädagogin, die Bewerbungsunterlagen des Antragstellers vom 2. November 2011, der anonymisierte Lebenslauf der Bewerberin, die die ausgeschriebene Stelle erhalten hat, sowie ein auszugsweises Transkript eines Telefongesprächs zwischen dem Antragsteller und Herrn Mag. B vom 23. November 2011 vor.

Vorbringen und Aussagen

Im Verlangen der GAW wurde im Wesentlichen folgendes vorgebracht:

Der Antragsteller habe sich am 2. November 2011 schriftlich auf eine Stellenanzeige, die im Job-Room des AMS geschaltet worden sei, beworben. Gesucht worden sei ein/e Sozialarbeiter/in in Vollzeit bzw. Teilzeit. Gefordert gewesen sei eine einschlägige Ausbildung (vorzugsweise Studium), Erfahrung im arbeitsmarktpolitischen Bereich, hohe soziale und persönliche Kompetenz und Bereitschaft zur Reflexion der täglichen Arbeit in einem multiprofessionellen Team. Die Aufgaben seien folgendermaßen umschrieben gewesen: Ursachenanalyse bzw. Diagnose sozialer Problemlagen im Einzelfall und kritische Beobachtung und Erforschung der gesellschaftlichen Bedingungen und Entwicklungen, Intervention bei psychosozialen Problemlagen, ungleichen Bildungschancen, materiellen Defiziten, Funktionsmängeln im sozialen System, Bearbeitung individueller Defizite und Einschränkungen der Teilnehmer/innen, die eine Eingliederung in den Arbeitsmarkt verhindern, sowie Krisenintervention, Beratung, Erschließung von Ressourcen, Vernetzung und Koordination.

Der Antragsteller habe in seiner Bewerbung samt Lebenslauf seine Qualifikationen und einschlägigen Erfahrungen dargelegt. Unter anderem verfüge der Antragsteller über ein Studium, sei bereits als Sozialarbeiter und in geringerem Ausmaß auch als Trainer in einer Integrationsmaßnahme des AMS, in der Berufsorientierung und als Lehrer tätig gewesen. Als Sozialarbeiter sei der Antragsteller mit der individuellen (Einzelfall-)Betreuung der Kursteilnehmer/innen bei der Stellensuche, sozialarbeiterischer Unterstützung bei arbeits-, sozial-, fremden- und familienrechtlichen Problemen sowie auch mit der Vernetzungsarbeit zu Firmen und Interessenvertretungen befasst gewesen.

Der Antragsteller sei am 18. November 2011 zu einem Vorstellungsgespräch mit Herrn Mag. B eingeladen worden. Der Antragsteller habe das Gespräch als angenehm empfunden. Es seien zunächst das Unternehmen und die Stelle vorgestellt worden, wobei der Antragsteller bereits zu Beginn einige Fragen über den genauen Inhalt der Tätigkeit gestellt habe. So sei es in einer lockeren Atmosphäre sogar zu einer Art Erfahrungsaustausch gekommen und zu einer allgemeinen inhaltlichen Erörterung zu den die Stelle betreffenden relevanten Themen. Herr Mag. B habe detailliert nach den Qualifikationen und inhaltlichen Tätigkeiten, die der Antragsteller bisher ausgeübt habe, gefragt.

Herr Mag. B habe drei Mitarbeiter/innengruppen bei der Antragsgegnerin erwähnt: Personalberater/innen zur Jobvermittlung, Trainer/innen in optionalen Weiterbildungsmaßnahmen sowie die Sozialbetreuung. Als Kerntätigkeit der Sozialbetreuung sei von Herrn Mag. B einerseits die konkrete Unterstützung bei sozialen Schwierigkeiten, andererseits auch die Analyse der Frage, wodurch die Problemlage bei den Klienten/Klientinnen entstanden sei, was dagegen unternommen werden könne und welche Unterstützung gewährt werden könne, angeführt worden.

Es sei sehr intensiv über die Tätigkeit des Antragstellers in AMS-Maßnahmen gesprochen worden, in der neben der hauptberuflichen individuellen Sozialbetreuung auch geringfügige, gruppenbezogene Trainings enthalten gewesen seien. Inhalt der Tätigkeit des Antragstellers sei sowohl die Bearbeitung sozialer und sozialrechtlicher Probleme als auch die Betreuung der Klienten/Klientinnen für die individuelle Entwicklung von Strategien zur Qualifizierung, beruflichen Orientierung und Stellensuche gewesen. Er habe erläutert, dass die Tätigkeit teilweise Jobcoaching beinhaltet habe und er auch in einer anderen AMS-Maßnahme Berufsorientierungstrainer gewesen sei. Herr Mag. B habe daraufhin mitgeteilt, dass es diese Art der Kombination von Sozialbetreuung in Gruppen und individuell bei der Antragsgegnerin bereits gegeben habe. Die Tätigkeit, Perspektiven mit den Klienten/Klientinnen zu entwickeln, sei von Herrn Mag. B besonders hervorgehoben worden. Er habe erklärt, dass mit „Erschließung von Ressourcen“ im Ausschreibungstext das Erschließen der persönlichen Ressourcen der Klientinnen gemeint sei. Es sei auch besprochen worden, dass gerade der Hintergrund des Antragstellers, nämlich das Bildungswesen, als Zusatzqualifikation eingebracht werden könne, da man in der Tätigkeit oft mit der Frage der Nostrifikation von Bildungsabschlüssen konfrontiert sei.

Weitere drei Aspekte der Tätigkeit seien noch genauer besprochen worden: Auf

Nachfrage des Antragstellers bezüglich des Passus' „Beobachtung und Erforschung von gesellschaftlichen Bedingungen und Entwicklungen“ und „Funktionsmängel im System“ im Ausschreibungstext sei von Herrn Mag. B mitgeteilt worden, dass es sich dabei nur um einen geringen Teil der Tätigkeit handeln würde. Es sei weiters besprochen worden, dass die Vernetzungs- und Koordinationsarbeit Firmenkontakte nicht miteinschließe. Der Antragsteller könne diese allerdings auch vorweisen. Zuletzt sei die Form der Berichtslegung besprochen worden, wobei der Antragsteller festgehalten habe, dass er in seiner früheren sozialarbeiterischen Tätigkeit sowohl Case-Sheets zu führen gehabt habe, als auch summarische Tätigkeitsberichte zu legen gewesen seien. Herr Mag. B habe mitgeteilt, dass letzteres bei der Antragsgegnerin nur teilweise üblich wäre.

Zum Schluss habe Herr Mag. B gefragt, ob sich der Antragsteller die Tätigkeit vorstellen könne, was dieser bejaht habe.

Es sei auch über technische Details (Dienstantritt, Bezahlung, usw.) gesprochen worden. Herr Mag. B habe mitgeteilt, dass die Stelle ab Dezember mit 30 Stunden besetzt werden würde, und ab März 2012 eine Stundenaufstockung auf 40 Stunden möglich wäre. Der Antragsteller habe mitgeteilt, dass dies für ihn in Ordnung wäre.

Der Antragsteller bringe vor, dass das Gespräch sowohl inhaltlich als auch persönlich angenehm und intensiv gewesen sei. Auch die Dauer des Gesprächs sei unüblich lange gewesen. Herr Mag. B habe eine telefonische Rückmeldung für den 21. November 2011 in Aussicht gestellt.

Mit Mail vom 22. November 2011 habe der Antragsteller eine Absage von Herrn Mag. B erhalten, mit der Begründung, dass die Antragsgegnerin sich auf Grund des Stundenausmaßes für eine andere Bewerberin entschieden habe. Es sei allerdings festgehalten worden, dass die Bewerbung des Antragstellers gerne in Evidenz gehalten werde.

Der Antragsteller sei über die Begründung der Absage (Stundenausmaß) verwundert gewesen und habe daher am 23. November 2011 bei Herrn Mag. B angerufen, um diesbezüglich nachzufragen. Herr Mag. B habe bei diesem Gespräch mitgeteilt, dass nun lediglich eine Teilzeitstelle für 20 Stunden besetzt worden sei und er sich gedacht habe, dass das für den Antragsteller zu wenig sei. Weiter habe er erwähnt, dass die Bewerberin Mediatorin sei. Herr Mag. B habe in weiterer Folge nachgefragt, ob der Antragsteller auch im Trainingsbereich Interesse hätte, was dieser bejaht habe. Er habe außerdem auf eine weitere Sozialarbeiter/innenstelle verwiesen, die im

Februar 2012 ausgeschrieben werde, und habe zugesagt, den Antragsteller diesbezüglich zu kontaktieren.

Auf weitere Nachfrage des Antragstellers bezüglich seiner Qualifikationen und Erfahrungen habe Herr Mag. B festgestellt, dass aus seiner Sicht die Besetzung mit dem Antragsteller eine Bereicherung dargestellt hätte, da er eine sehr hohe Qualifikation habe, im Team seien aber lauter Frauen beschäftigt. Die Frage des Antragstellers, ob denn eine Frau gewünscht worden sei, habe Herr Mag. B bejaht und noch einmal festgehalten, dass der Antragsteller für die Stelle hoch qualifiziert gewesen wäre.

Der Antragsteller sei entgegen der Vereinbarung im Februar 2012 nicht wegen einer weiteren Stellenausschreibung für eine/n Sozialarbeiter/in kontaktiert worden. Versuche des Antragstellers zur aktiven Kontaktaufnahme seien ignoriert worden.

In der auf Ersuchen des Senats I der GBK von der Antragsgegnerin übermittelten Stellungnahme bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Der vom Antragsteller gegenüber der Anwältin für Gleichbehandlung geschilderte bzw. subjektiv wahrgenommene Sachverhalt weiche in weiten Teilen erheblich von den der Geschäftsführerin der Antragsgegnerin geschilderten Tatsachen im Rahmen des Bewerbungsprozesses ab. Vorweg sei es der Antragsgegnerin ein Anliegen, die „Vermutung“ der Anwältin für Gleichbehandlung, der Ausschreibungstext wäre verändert worden, aufzuklären. Bei dem vom Antragsteller vorgelegten Ausschreibungstext handle es sich, wie ersichtlich, um einen Auszug aus der elektronischen Anzeige im *Job-Room* des AMS. Demgegenüber stamme die von der Antragsgegnerin vorgelegte Anzeige von der Website der Antragsgegnerin. Die Anzeigen auf der Website werden – im Gegensatz zum *Job-Room* – laufend aktualisiert und adaptiert. Wie die Anwältin für Gleichbehandlung jedoch selbst ausführe, seien die Unterschiede im Ausschreibungstext minimal, insbesondere ergebe sich aus beiden Anzeigetexten das Erfordernis einer einschlägigen (Fach-)Ausbildung und Berufserfahrung. Diese beiden fehlenden bzw. unzureichenden Voraussetzungen beim Antragsteller seien auch der Grund dafür, dass die Antragsgegnerin sich für eine andere Bewerberin entschieden habe.

Bei der Antragsgegnerin handle es sich um einen sozialökonomischen Betrieb, der (zu einem erheblichen Teil im Auftrag des AMS) langzeitarbeitslose Menschen bei der Wiedereingliederung in den 1. Arbeitsmarkt unterstütze. Dazu absolvieren die

Arbeitssuchenden (Teilnehmerinnen und Teilnehmer) zunächst ein 4-wöchiges Training und bestehe dann grundsätzlich die Möglichkeit, in ein sog. „Transitarbeitsverhältnis“ übernommen zu werden.

Im Rahmen der gegenständlichen Ausschreibung sei ein/e Sozialarbeiter/in bzw. Sozialpädagoge/in gesucht worden, die sowohl die Teilnehmerinnen und Teilnehmer, als auch die Transitarbeitskräfte auf deren Wunsch bei allen sozialen, familiären, gesundheitlichen und/oder finanziellen Angelegenheiten berate und betreue. Eine Unterstützung bei der Berufsorientierung sei nicht Aufgabe der Sozialarbeiter/in, sondern der Personalberater/innen.

Der Antragsteller habe eine solche einschlägige Tätigkeit als Sozialarbeiter im Rahmen einer AMS-Maßnahme vor mehr als 16 Jahren (1992-1996) ausgeübt. Danach sei der Antragsteller ausschließlich als Trainer und ab 2005 am Bundesgymnasium als Vertragslehrer tätig gewesen. Es sei evident, dass sich das Anforderungsprofil und die Tätigkeit eines Kursleiters einer Volkshochschule bzw eines Vertragslehrers für Geschichte und Geographie an einem Gymnasium von denen eines Sozialarbeiters erheblich unterscheiden. Primäre Aufgabe eines Lehrers an einem Gymnasium sei die Vermittlung von fachlichen Inhalten und nicht Sozialarbeit. Zielgruppe eines Lehrers am Gymnasium seien „intellektuelle Jugendliche“. Bei der Antragsgegnerin beschäftigte Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeiter hätten dagegen Menschen zu betreuen, die grundsätzlich aus sozial schwachen Schichten oder gesellschaftlichen Randgruppen kommen, meist seit vielen Jahren keiner Beschäftigung mehr nachgehen und zu einem großen Teil lediglich die Pflichtschule absolviert haben. Es sei schlicht nicht nachvollziehbar, dass die Anwältin für Gleichbehandlung offensichtlich die Tätigkeit eines Gymnasiallehrers mit der eines Sozialarbeiters für schwer vermittelbare Langzeitarbeitslose gleichsetze. Ebenso unverständlich sei, dass es sich nach der Einschätzung der Anwältin für Gleichbehandlung beim Studium der Geschichte und Geografie um ein facheinschlägiges Studium für einen Sozialarbeiter handeln solle, zumal im Rahmen dieses Studiums nicht einmal eine pädagogische Ausbildung vorgesehen sei (siehe beiliegende Studienpläne).

Der vom Antragsteller dargestellte „Erfahrungsaustausch“ mit Herrn Mag. B sei der Geschäftsführerin von diesem gänzlich anders geschildert worden. Tatsächlich sei ein Schwergewicht des Gespräches darauf gelegen, dass sich der Antragsteller bei Herrn Mag. B nach den konkreten Abläufen im Rahmen der Beratung erkundigt und seine bisherige (Gruppen-)Tätigkeit im Rahmen der AMS-Maßnahme erläutert habe.

Gerade auf Grund dieses fachlichen Austausches habe sich bei Herrn Mag. B der Eindruck manifestiert, dass der Antragsteller mit Einzelberatungssituationen bisher kaum Erfahrung gemacht habe bzw. diese bereits zu lange zurück liegen. Das werde auch durch die Behauptung des Antragstellers evident, wonach Herr Mag. B ihm mitgeteilt habe, dass es sich bei der *„Beobachtung und Erforschung von gesellschaftlichen Bedingungen und Entwicklungen und Funktionsmängeln im System“* um einen geringen Teil der Tätigkeit eines Sozialarbeiters handle. Tatsächlich handle es sich dabei um einen wesentlichen Kern und die Grundvoraussetzung für die Arbeit als Sozialarbeiter, um mit den Klienten „reden“ und entsprechende Hilfestellung anbieten zu können.

Herrn Mag. B sei jedoch der Antragsteller auf Grund seiner Berufserfahrung und Persönlichkeit für eine Tätigkeit als Trainer überaus geeignet erschienen und er habe ihm daher im Rahmen des telefonischen Gespräches auch empfohlen, sich im Trainingsbereich zu bewerben. Dieses Angebot habe der Antragsteller jedoch nicht wahrgenommen.

Die Behauptung des Antragstellers, ihm sei von Herrn Mag. B mitgeteilt worden, dass die Stelle ab Dezember 2011 mit 30 Stunden und ab März 2012 mit 40 Stunden zu vergeben wäre, sei unrichtig. Zum Zeitpunkt des Bewerbungsgesprächs sei seitens der Geschäftsführerin noch keine Entscheidung darüber vorgelegen, ob eine Teilzeit- oder Vollzeit-Stelle benötigt würde. Durch die Ausführungen des Antragstellers bestätige sich jedoch, dass er an einer kurzfristigen Vollzeitstelle Interesse gehabt habe und nicht an einer Teilzeitbeschäftigung.

Wie bereits in der Stellungnahme an die Anwältin für Gleichbehandlung vom 8. Mai 2012 ausgeführt, habe Herr Mag. B die Absage gegenüber dem Antragsteller zu keinem Zeitpunkt damit begründet, dass eine Frau gewünscht worden wäre und seine Beschäftigung „eine Bereicherung“ dargestellt hätte. Dies erscheine auch überaus lebensfremd. Herr Mag. B habe sich naturgemäß auch nicht über die andere Bewerberin geäußert, insbesondere auch nicht mitgeteilt, dass sie Mediatorin sei. Diese Information habe der Antragsteller offenkundig der Website der Antragsgegnerin entnommen.

Abschließend wolle die Antragsgegnerin anmerken, dass nicht versucht werde, wie dies die Anwältin für Gleichbehandlung darstelle, den Antragsteller in ein schlechtes Licht zu rücken, sondern lediglich die Gründe darzulegen, warum die Position mit einer anderen Bewerberin besetzt worden sei. Die höhere Qualifikation dieser Be-

werberin liege schon auf Grund der Bewerbungsunterlagen auf der Hand und habe sich auch im Rahmen des persönlichen Bewerbungsgesprächs bestätigt. Überdies habe der Antragsteller im Rahmen des Bewerbungsgesprächs klar kommuniziert, dass er an einer Vollzeit- und nicht einer Teilzeitbeschäftigung interessiert sei.

Der Antragsteller betonte in seiner mündlichen Befragung, dass er auch eine 30-Stunden-Stelle angenommen hätte. Dies habe er auch im Gespräch klar dargestellt. Er habe zwar bejaht, dass es ihm recht sei, wenn aufgestockt werden könne, aber grundsätzlich habe er die Aufstockungsmöglichkeit gar nicht ins Gespräch gebracht. Bei der telefonischen Rückfrage habe ihm Herr Mag. B außer dem Stundenausmaß keine Begründung sagen können. Der Antragsteller habe dann nachgefragt, ob es an seiner Qualifikation gelegen sei. Herr Mag. B habe dann gesagt „nein, gar nicht“ und die Qualifikation des Antragstellers eher gelobt, dieser wäre eine Bereicherung kombiniert mit einer ganz hohen Qualifikation. Dann habe er angedeutet, dass es ein reines Team aus Frauen sei. Daraus habe der Antragsteller geschlossen und ihn direkt gefragt: „War für die Stelle eine Frau gewünscht?“ Herr Mag. B habe darauf sehr direkt mit dem Ausruf „genau“ geantwortet. Dies habe für den Antragsteller den Eindruck einer Bestätigung ergeben.

Der Antragsteller habe den Eindruck gehabt, dass beim Bewerbungsgespräch seine Qualifikation – das heißt das, was er noch zusätzlich in die Stelle einbringen könne – als interessant für die Stelle gesehen worden sei. Herr Mag. B habe besonders betont, dass der Antragsteller in der Berufsorientierung gearbeitet habe und gemeint, dass es eine gute Vorgabe sei, wenn er mit den Personalberatern zusammenarbeite. Es sei über weite Strecken nicht wie ein Bewerbungsgespräch gelaufen, sondern mehr ein fachlicher Austausch entstanden, bei dem der Antragsteller seine Erfahrungen eingebracht habe. Er habe ca. viereinhalb Jahre in AMS-Maßnahmen gearbeitet. Als Sozialarbeiter sei er im Coaching-Bereich tätig gewesen. Er sei auch im Bereich des Jobcoachings, als Unterstützung bei der Stellensuche, tätig gewesen und habe auch als Berufsorientierungstrainer in einer anderen AMS-Maßnahme gearbeitet. Dem Argument der Antragsgegnerin, dass er von seiner beruflichen Erfahrung und Ausbildung weniger in die Sozialbetreuung im engeren Sinn sondern vielmehr in die Jobvermittlung bzw. Weiterbildung gepasst hätte, widersprach der Antragsteller.

Frau C, Prokuristin und ehemalige Geschäftsführerin der Antragsgegnerin, gab an, dass Herr Mag. B ihr das Bewerbungsgespräch mit dem Antragsteller ganz anders

geschildert habe als offensichtlich dessen Empfinden gewesen sei. Sie habe sich versichert, ob es für Herrn Mag. B einen Unterschied mache oder gemacht hätte, ob eine Frau oder ein Mann eingestellt werde. Sie wisse, dass es ein Telefonat gegeben habe. Herr Mag. B habe ihr versichert, dass es nicht darum gegangen sei, dass es ein Mann oder eine Frau sei. Die Antragsgegnerin habe sehr gemischte Zielgruppen. Gerade im Bereich der Sozialarbeiter nehmen Männer mit Migrationshintergrund in manchen Bereichen die Beratung von Frauen nicht sofort an. Schon alleine daher sei es ihr ein Rätsel, warum man einen Mann ablehnen sollte.

Die Entscheidung zu Gunsten der weiblichen Bewerberin sei gefallen, da sie aus der Sicht von Herrn Mag. B besser qualifiziert gewesen sei und diejenige, die einfach für ihn den offeneren, sympathischeren Part übernommen habe. Er habe gemeint, dass er ihr mehr vertraue, dass sie zuhöre. Das sei eine wichtige Disziplin in der Sozialarbeit, in der sozialpädagogischen Betreuung. Sie hätten zwar vom Ausschreibungstext her nicht explizit nach jemandem gesucht, der Jugendliche betreue, aber natürlich stelle die Antragsgegnerin, wenn sie so eine Qualifikation dann zusätzlich habe, intern so um, dass sie diese auch bestmöglich nutzen könne.

Die Antragsgegnerin habe keinen Leitfaden für Bewerbungsgespräche. Die Aufgabe der Einstellung, des Gespräches, der Zu- oder Absage sei ganz klar an Herrn Mag. B übertragen gewesen. Manches Mal werde sie von den beauftragten Führungskräften zu Rate gezogen, wenn zwei Bewerber/innen halbwegs gut passen, wer genommen werden soll. Das sei in diesem Fall nicht so gewesen. Das heiße, dass die Entscheidung eine sehr klare gewesen sein müsse.

Herr Mag. B führte aus, dass das Telefongespräch mit dem Antragsteller auf einer Autobahnraststätte gewesen und ihm verhörmäßig vorgekommen sei. Er könne nicht sagen, ob ein Ausspruch in die Richtung „Ja, in diesem Fall, mag sein, dass wir eine Frau wollten“ gefallen sei. Er könne sich nicht vorstellen, warum die Antragsgegnerin eine Frau gewollt bzw. warum er gesagt hätte, dass sie eine Frau wollten. Er müsse es fast ausschließen, dass dieses Argument im Rahmen des Telefonats vorgekommen sei, weil es absurd sei. Er könne dazu nur sagen, dass es unerheblich sei, ob Mann oder Frau.

Er habe sich auf die Qualifikation bezogen und da sei es für ihn auf Grund des Lebenslaufs, der Ausbildungsrelevanz, klar gewesen, dass es Frau D werde. Auf Grund der ganzen Gesprächssituation im Vorstellungsgespräch habe er nicht den Eindruck gehabt, dass der Antragsteller für Einzelberatung in Frage käme. Es sei kaum nach-

gefragt worden, was die konkreten Tätigkeitsbereiche seien, deshalb habe es auch übermäßig lange gedauert. Es sei ein ziemlicher Monolog von Seiten des Antragstellers gewesen. Für die Bewerberin habe er sich entschieden, da sie unmittelbar aus dem Bereich gekommen sei, Beratungskontext mit Jugendlichen. Darüber hinaus komme sie aus der Soziologie. Im Rahmen der Sozialarbeit sei Soziologie ein wesentlicher Teil, das sei für ihn auch ein Kriterium. Für ihn sei ein wesentlicher Punkt die Aktualität der Qualifikationsaspekte gewesen. Die Person sollte aus dem aktuellen Arbeitsumfeld kommen, es sollte „relativ frisch“ sein. Der Qualifikationsunterschied sei der ausschlaggebende Punkt für die Stellenbesetzung gewesen. Direkt über die Abwägung mit der konkreten Mitbewerberin sei sicher nicht gesprochen worden. Zum Vorbringen des Antragstellers, Herr Mag. B habe ihm gegenüber im Gespräch mehrmals angedeutet, dass er sehr hoch qualifiziert sei, führte dieser aus, dass er ein empathischer Mensch sei und die Menschen in ihrer Existenz bestärke. Gefragt, warum er im E-Mail nicht die Qualifikation als Absagegrund genannt habe, gab die befragte Auskunftsperson an, dass sie grundsätzlich keine Begründung geben müsse, warum man jemandem absage. Gefragt, wieso er die Absage mit dem Stundenausmaß begründet habe, führte Herr Mag. B aus, dass er in Erinnerung gehabt habe, dass unter Umständen Vollzeit erwünscht gewesen wäre, was er im Moment nicht zusagen habe können. Das Stundenkontingent sei noch nicht klar gewesen.

Aus seiner Sicht sei es so gewesen, dass er nicht direkt sagen habe wollen, dass der Antragsteller einfach nicht in das Team passe.

Rechtliche Überlegungen

Gemäß § 3 Z 1 GIBG darf auf Grund des Geschlechtes (...) im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses.

Die Formulierung „bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses“ beschränkt sich nicht auf die konkrete Entscheidung über die Einstellung, sondern erfasst auch Benachteiligungen im Rahmen des idR vorausgehenden Auswahlverfahrens. Für die Beurteilung einer Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses ist somit auf verschiedene, dem Vertragsabschluss „vorgelagerte“ bzw. diesen „vorbe-

reitende“ Verhaltensweisen des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin oder für diese/n handelnder Personen Bedacht zu nehmen (Vertragsanbahnung).²

Ist das Arbeitsverhältnis wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 3 Z 1 GIBG nicht begründet worden, so ist der/die Arbeitgeber/in gegenüber dem/der Stellenwerber/in gemäß § 12 Abs. 1 zum Ersatz des Vermögensschadens und zu einer Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung verpflichtet. Der Ersatzanspruch beträgt gemäß Z 1 mindestens zwei Monatsentgelte, wenn der/die Stellenwerber/in bei diskriminierungsfreier Auswahl die Stelle erhalten hätte, oder gemäß Z 2 bis 500 Euro, wenn der/die Arbeitgeber/in nachweisen kann, dass der einem/einer Stellenwerber/in durch die Diskriminierung entstandene Schaden nur darin besteht, dass die Berücksichtigung seiner/ihrer Bewerbung verweigert wird.

Insoweit sich die betroffene Person auf einen Diskriminierungstatbestand iSd §§ 3, 4, 6 oder 7 GIBG beruft, hat er/sie diesen gemäß § 12 Abs. 12 GIBG glaubhaft zu machen. Dem/Der Beklagten obliegt es bei Berufung auf §§ 3 oder 4 zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder das andere Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist oder ein Rechtfertigungsgrund iSd § 5 Abs. 2 vorliegt.

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung der Vorwürfe des Antragstellers ein Ermittlungsverfahren iSd GBK/GAW-Gesetzes durch.

Der Senat überprüfte den gegenständlichen Sachverhalt sowohl im Hinblick darauf, ob der Antragsteller die Stelle bei diskriminierungsfreier Auswahl erhalten hätte, als auch unter dem Gesichtspunkt, ob er als nicht bestqualifizierter Bewerber durch die behaupteten Äußerungen im Zuge der Ablehnung seiner Bewerbung auf Grund seines Geschlechtes diskriminiert wurde.

Die Aussagen der für das Recruiting zuständigen Auskunftsperson Mag. B hinsichtlich der Besserqualifikation der weiblichen Stellenwerberin erschienen dem Senat I der GBK glaubwürdig (vgl. Stellungnahme vom 19. Juni 2012 und Aussage von Herrn Mag. B vom 27. Jänner 2015). Es entstand im Senat zwar durch die Aussagen des Antragstellers und Frau Cs der Eindruck, dass der Lebenslauf des Antragstellers

² Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 3 Rz 13.

nur eher oberflächlich betrachtet wurde. So gab etwa auch Frau C an, dass das Lehramt übersehen wurde. Dennoch konnte Frau C für den Senat glaubhaft darlegen, dass die aufgenommene Person fachlich geeigneter war, da sie zuvor zwei Jahre als Sozialarbeiterin mit Jugendlichen gearbeitet hatte – während die einschlägige Berufserfahrung des Antragstellers bereits länger her war (1996) – und man ihr aufgrund des persönlichen Eindrucks beim Bewerbungsgespräch größeres Potential in der sozialpädagogischen Betreuung zugetraut habe.

Hingegen erschien dem Senat die Aussage des Antragstellers glaubhaft, Herr Mag. B habe ihm im Zuge des Telefonates mitgeteilt, dass für die Stelle eine Frau erwünscht gewesen sei, zumal Herr Mag. B selbst nicht mit Sicherheit ausschließen konnte, dass ein derartiger Ausspruch gefallen sei. Diese Äußerung hat gegenüber dem Antragsteller den Anschein erweckt, dass sein Geschlecht – zumindest im Sinne eines Motivbündels³ – jedenfalls mit eine Rolle bei der Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung gespielt hat.

Das Verhalten von Herrn Mag. B ist der Antragsgegnerin zuzurechnen, da dieser beauftragt war, die Bewerbungsgespräche samt Zu- und Absagen durchzuführen (vgl. Aussage von Frau C vom 27. Jänner 2015).

Dem Argument, eine Ablehnung müsse nicht begründet werden, kommt hier insofern keine Bedeutung zu, als im gegenständlichen Fall eine Begründung erfolgt ist. Eine Bezugnahme auf das Geschlecht des Stellenwerbers in der Begründung für die Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung, wodurch bei diesem der Eindruck erweckt wird, das Geschlecht habe zumindest mit eine Rolle gespielt bei der Entscheidung, ist unter den Tatbestand der Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 GIBG zu subsumieren. Darüber hinaus muss jedenfalls im Sinne der Beweislastverteilung, sobald bei Ablehnung einer Bewerbung glaubhaft der Anschein entstanden ist, dass sie wegen eines im GIBG geschützten Merkmals wie des Geschlechts eines Stellenwerbers/einer Stellenwerberin erfolgt ist, der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin einen nachvollziehbaren Eindruck vermitteln, aus welchen sachlichen Gründen der/die Bewerber/in für eine Stelle nicht in Frage kommt. In diesem Zusammenhang sei angemerkt, dass das Absageschreiben, wonach man sich für die andere Bewerberin auf Grund des Stun-

³ OGH 2. 4. 2009, 8 ObA 8/09y.

denausmaßes entschieden habe, ebenfalls nicht geeignet erscheint, dem Antragsteller einen transparenten Einblick in die Entscheidungsfindung der Antragsgegnerin zu geben (vgl. E-Mail von Herrn Mag. B vom 22. November 2011, Beilage ./4 zum Verlangen der GAW vom 21. Mai 2012). Vielmehr kann auch in dieser Begründung ein Indiz für geschlechterstereotype Vorstellungen erblickt werden, da ohne Rücksprache zu halten von der Annahme ausgegangen wurde, der Antragsteller habe als Mann kein Interesse, eine Teilzeitstelle anzunehmen. Gerade mit einem transparenten und objektivierbaren Bewerbungsverfahren – welches auch eine sachlich nachvollziehbare Rückmeldung einschließt – kann Missverständnissen oder gar Diskriminierungen gezielt vorgebeugt werden.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs. 12 GIBG gelangte der erkennende Senat daher zu der Ansicht, dass es der Antragsgegnerin gelungen ist zu beweisen, dass der weiblichen Bewerberin auf Grund ihrer höheren Qualifikation der Vorzug gegeben worden ist, sodass der Senat keine Diskriminierung iSd Ziffer 1 des § 12 Abs. 1 GIBG bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses als gegeben ansieht. Es ist der Antragsgegnerin jedoch nicht gelungen, zu beweisen, dass für die Nichtberücksichtigung der Bewerbung des Antragstellers ausschließlich sachliche Gründe, die nicht geeignet waren, den Antragsteller zu diskriminieren, angeführt wurden.

Es liegt daher eine **Diskriminierung** bei der **Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 1 iVm § 12 Abs. 1 Z 2 GIBG** vor.

Vorschlag

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 schriftlich einen Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes zu übermitteln und sie/ihn aufzufordern, die Diskriminierung zu beenden. Für die Umsetzung des Vorschlags ist eine Frist von zwei Monaten zu setzen. Wird einem Auftrag nach Abs. 3 nicht entsprochen, kann gemäß **§ 12 Abs. 4 GBK/GAW-Gesetz** jede der im jeweiligen Senat vertretenen Interessensvertretungen beim zuständigen Arbeitsgericht oder Zivilgericht auf Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes klagen.

Da der Senat I der GBK zur Auffassung gelangt ist, dass eine Verletzung des Gleich-

behandlungsgebotes vorliegt, wird seitens des erkennenden Senates gemäß § 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz die **Antragsgegnerin, X GmbH**, aufgefordert, die Diskriminierung zu beenden, und werden folgende **Vorschläge zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes** erteilt:

1. **Leistung eines angemessenen Schadenersatzes (gesetzliches Höchstmaß 500,- Euro),**
2. **Überarbeitung und Standardisierung der unternehmensinternen Bewertungsvorgänge.**

Wien, 27. Jänner 2015

Ass.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Barbara Beclin

Vorsitzende des Senates I der GBK