

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 21. Dezember 2021 über den am 29. Juli 2021 eingelangten Antrag von **A (Antragsteller)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 1 GIBG** (BGBl I Nr 66/2004 idgF) durch **Z (Antragsgegner)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl II Nr 396/2004 idgF), zu GZ GBK I/1028/21 , zu folgendem

PRÜFUNGSERGEBNIS:

A ist nicht aufgrund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 GIBG durch Z diskriminiert worden.

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

VORBRINGEN

Im Antrag und wurde im Wesentlichen Folgendes vorgebracht:

Der Antragsteller habe sich am Jänner 2021 bei dem Antragsgegner als Rechtsanwaltssekretär beworben. Im Zusammenhang mit dieser Bewerbung liege eine Diskriminierung im Sinne des Gleichbehandlungsgesetzes vor.

Folgendes habe sich zugetragen:

Die Stellenanzeige, die am Schwarzen Brett der Rechtsanwaltskammer Region1 geschalten gewesen sei, sei von vornherein als rein weiblich geschalten worden. Die Überschrift mit dem Titel „Rechtsanwaltssekretärin“ lasse nichts Anderes zu.

Gesucht sei laut der sehr allgemein gehaltenen Stellenausschreibung vom Jänner 2021 eine Mitarbeiterin für eine Wochenarbeitszeit von 25 Stunden/5 Stunden täglich – wenn möglich mit Berufserfahrung in Rechtsanwaltskanzleien – worden. Vom Anforderungsprofil sei unter

¹ Vgl. zB VfSlg. 19.321.

anderem Genauigkeit und Teamfähigkeit, Verantwortungsbewusstsein und Verlässlichkeit vorausgesetzt worden. Die gewünschten Erfahrungen seien bei dieser Stellenausschreibung jedoch nicht näher definiert worden.

Grundsätzlich sei sohin auszuführen, dass der Antragsteller all diese Kenntnisse und Qualifikationen eindeutig erfülle.

Weiters werde festgehalten, dass in der genannten Stellenausschreibung wie folgt ausgeführt worden sei: „Aufgrund der gewünschten Teilzeittätigkeit ist diese Position auch für Mütter, die den Wiedereinstieg in das Berufsleben suchen, jedenfalls geeignet.“ Die Stellenanzeige habe sich – sohin einmal mehr – an Frauen (mit Betreuungspflichten) gerichtet; die Ausschreibung sei sohin rein weiblich abgefasst worden. Der Zusammenhang mit dem Geschlecht sei mehr als offensichtlich.

Aus der Absage des Antraggegners vom Jänner 2021 sei zu entnehmen, dass er sich „für eine Mitbewerberin entschieden hat, die dem Qualifikationsprofil für diese Stelle noch treffender entsprechen würde.“ Dies werde stark bezweifelt, zumal das Qualifikationsprofil sehr allgemein gehalten worden sei. Es handle sich sohin um eine ganz klar augenscheinlich bewusste Diskriminierung.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von dem Antragsgegner übermittelten Stellungnahme vom 8. November 2021 bestritt dieser die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Richtig sei, dass in der Stellenausschreibung der Antragsgegnerin am schwarzen Brett der Rechtsanwaltskammer Region1 versehentlich die Bezeichnung „Rechtsanwaltssekretärin“ aufscheine, welche keine geschlechtsneutrale Formulierung darstelle.

Festgehalten werde an dieser Stelle jedoch, dass es sich hierbei keineswegs um Absicht handle, sondern diese Formulierung sich auf einen bedauerlichen Flüchtigkeitsfehler gründe. Auch habe es zu keinem Zeitpunkt die Intention gegeben, nur weibliche Bewerberinnen im Bewerbungsverfahren zu berücksichtigen.

Nachdem sich auch männliche Bewerber gemeldet hätten, sei die Intention des Antragsgegners einer genderneutralen Ausschreibung auch entsprechend verstanden worden.

Der Antragsgegner müsse an dieser Stelle auch einräumen, dass er bis dato noch nie Stellenanzeigen schalten habe müssen, zumal sich die Dienstverhältnisse immer durch Empfehlungen ergeben hätten. Damit habe er in diesem Bereich zugegebenermaßen auch nicht über die ausreichende Erfahrung im Verfassen von Stellenanzeigen verfügt, sodass sein bedauerlicher Irrtum auch nicht augenscheinlich für ihn gewesen sei.

Die gegenständliche Position in seinem Sekretariat sei schlussendlich intern aus dem Kreis der

bereits bei ihm – geringfügig – beschäftigten Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen besetzt worden, womit jedenfalls der Kandidat/die Kandidatin mit der besten Qualifikation und treffendsten Berufserfahrung die Stelle erhalten habe.

Es sei jedenfalls nie seine Absicht gewesen, diskriminierend vorzugehen und das Bewerbungsverfahren sei rein anhand sachlicher Auswahlkriterien völlig diskriminierungsfrei durchgeführt worden. Bei künftigen Stellenausschreibungen werde der Antragsgegner jedenfalls umso mehr auf die Einhaltung der gesetzlichen Gleichbehandlungsvorschriften achten.

Weiters wolle der Antragsgegner nicht unbemerkt lassen, dass der Vorwurf des Antragstellers, wonach der Antragsteller angeführt habe, dass die gewünschte Teilzeittätigkeit auch für Mütter, die den Wiedereinstieg in das Berufsleben suchen würden, jedenfalls geeignet sei, eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vermuten zu lassen, nicht nachvollziehbar sei. Es sei eine notorische Tatsache, dass nach Inanspruchnahme von Karenzzeiten, egal ob Mutter oder Vater, ein Wiedereinstieg in das Berufsleben deutlich schwieriger sei und er es nur als richtig empfunden habe, speziell auf diesen Umstand hinzuweisen, um eben auch diese Personen zu ermutigen, sich zu bewerben. Allein die Formulierung „auch“ für Mütter deute explizit darauf hin, dass selbstverständlich auch Väter gemeint seien und dass der Antragsgegner generell Personengruppen, die sonst oft Nachteile in Bewerbungsprozessen hätten, eben nicht ausschließe.

PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen des Antragstellers und des Antragsgegners. Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf die vom Antragsteller vorgelegten Bewerbungsunterlagen und Stellenausschreibung vom 13. Jänner 2021 und das an den Antragsteller gerichtete Absageschreiben vom 29. Jänner 2021.

BEGRÜNDUNG²

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

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

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

1. bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses [...]

Generell ist zur Frage des Beweismaßes und der Beweislastverteilung im GBK-Verfahren anzumerken, dass eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne des § 3 GIBG beruft, diesen glaubhaft zu machen hat. Insoweit genügt daher nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (OGH) eine „Bescheinigung“ der behaupteten Tatsachen, wobei jedoch der bei der GBK zu erreichende Überzeugungsgrad gegenüber der beim „Regelbeweis“ geforderten „hohen Wahrscheinlichkeit“ auf eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ herabgesenkt ist.

Vereinfacht gesagt muss mehr für die Darstellung des Antragstellers/der Antragstellerin sprechen als dagegen.³ Dem Antragsgegner/der Antragsgegnerin obliegt dann zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes von ihm/ihr glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung des Vorwurfes, bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses aufgrund des Geschlechtes diskriminiert worden zu sein, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem Sachverhalt aus:

Es ist allgemein bekannt, dass in Rechtsanwaltskanzleien grundsätzlich mehr Frauen als Männer als Sekretäre/Sekretärinnen beschäftigt sind.

Der Antragsteller war seit 2000 mit kurzen Unterbrechungen immer wieder in Rechtsanwaltskanzleien beschäftigt, wo er mit verschiedenen Aufgaben betraut wurde. Der Antragsgegner ist Rechtsanwalt mit Kanzleisitz in Region1.

Der Antragsgegner schaltete auf dem Schwarzen Brett der Website der Rechtsanwaltskammer Region1 eine Stellenausschreibung für eine „Rechtsanwaltssekretärin und studentische Mitarbeiterin zum sofortigen Eintritt“. Der Antragsgegner führte in der Ausschreibung weiter aus, dass er „eine engagierte Mitarbeiterin für eine Wochenarbeitszeit von 25 Stunden/5 Stunden täglich“ suche. Die Ausschreibung enthielt auch den Hinweis, dass die Position aufgrund der Teilzeitanstellung „auch für Mütter, die den Wiedereinstieg in das Berufsleben suchen“ geeignet sei.

Der Antragsteller ließ sich von den weiblich gehaltenen Formulierungen nicht abschrecken und bewarb sich am 15. Jänner 2021 als Sekretär. Seiner Bewerbung fügte er neben dem Bewerbungsschreiben, Lebenslauf sowie Dienstzeugnisse an. Neben dem Antragsteller bewarben sich auch andere Männer auf die Stelle.

Der Antragsgegner informierte den Antragsteller am 29. Jänner 2021 per Mail, dass die Stelle an eine andere Kandidatin, die den Qualifikationen noch treffender entspreche, vergeben

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

worden sei. Die Stelle wurde intern an eine bereits geringfügig beschäftigte Mitarbeiterin des Antragsgegners vergeben.

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

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

Die Formulierung „bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses“ beschränkt sich nicht auf die konkrete Entscheidung über die Einstellung, sondern erfasst auch Benachteiligungen im Rahmen des in der Regel vorausgehenden Auswahlverfahrens. Für die Beurteilung einer Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses ist somit auf verschiedene, dem Vertragsabschluss „vorgelagerte“ bzw. diesen „vorbereitende“ Verhaltensweisen von Arbeitgebern/Arbeitgeberinnen oder für diese handelnde Personen Bedacht zu nehmen (Vertragsanbahnung).⁴ Der Schutz vor Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses besteht somit unabhängig davon, ob „der erste Schritt“ vom Arbeitgeber/von der Arbeitgeberin (zB durch eine Stellenausschreibung) oder vom/von der Arbeitsuchenden gesetzt wird.⁵

Erfolgt die Vertragsanbahnung mit Hilfe einer Stellenausschreibung, dann muss das Gleichbehandlungsgebot bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses nach § 3 Z 1 vom Gebot der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung gemäß § 9 abgegrenzt werden. Obwohl die beiden Regelungen in engem Zusammenhang stehen, erfüllen nicht geschlechtsneutrale Stellenausschreibungen „als solche“ in der Regel den Diskriminierungstatbestand gemäß § 3 Z 1 nicht und können daher auch die im § 12 Abs 1 für Einstellungsdiskriminierungen vorgesehenen Rechtsfolgen (Schadenersatzansprüche) nicht auslösen. Ausschreibungsmängel führen hingegen nach § 10 zu Verwarnungen⁶ oder zu Geldstrafen⁷ für die nicht normkonform ausschreibenden Arbeitgeber/Arbeitgeberinnen und Arbeitsvermittler/Arbeitsvermittlerinnen. Somit ist das Ausschreibungsverfahren selbst an § 9 zu messen; die Bearbeitung der daraufhin einlangenden Bewerbungen ist hingegen bereits nach dem Gleichbehandlungsgebot bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses nach § 3 Z 1 zu beurteilen.⁸

Da der gegenständliche Sachverhalt außer Streit steht, beschränkte sich die Prüfung durch den Senat auf die Klärung der Frage, ob der Antragsteller durch die Ablehnung seiner Bewerbung aufgrund seines Geschlechtes diskriminiert worden ist.

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

⁵ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 9 Rz 2.

⁶ Dies gilt gemäß § 10 Abs 2 GIBG für den „ersten Verstoß“ des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin.

⁷ Vgl. § 10 Abs 1 GIBG für Arbeitsvermittler/Arbeitsvermittlerinnen und § 10 Abs 2 GIBG für den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin bei wiederholter gesetzwidriger Ausschreibung.

⁸ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 19.

Die Überprüfung erfolgte im Rahmen eines Aktenverfahrens auf Grundlage der schriftlichen Eingaben des Antragstellers und des Antragsgegners.

Im vorliegenden Fall war die vom Antragsgegner zu vergebende Position nicht geschlechtsneutral ausgeschrieben (vgl. § 9 Abs 1 GIBG). Die in § 9 Abs 1 GIBG enthaltene Ausnahmebestimmung, dass geschlechtsspezifisch ausgeschrieben werden darf, wenn ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die Ausübung der vorgesehenen Tätigkeit ist, kommt hier nicht zum Tragen. Es lagen keine Voraussetzungen vor, die ein Tätigwerden des Antragstellers als Sekretär in einer Anwaltskanzlei praktisch oder rechtlich ausschließen.⁹

Der Antragsteller legte nachvollziehbar dar, sich im Bewerbungsverfahren benachteiligt behandelt gefühlt zu haben. Der Senat hielt ihn für glaubwürdig. Dem Antragsteller missfiel insbesondere die Männer nicht berücksichtigende Stellenausschreibung, in der sogar explizit erwähnt wurde, dass die Anstellung für Mütter geeignet sei. Da die Stellenausschreibung betreffend die erforderlichen Qualifikationen sehr allgemein gehalten worden sei, sei für den Antragsteller nicht ersichtlich, inwiefern eine andere Kandidatin diese treffender erfüllen könne.

Dennoch hatte er sich von der Ausschreibung nicht zu sehr abschrecken lassen und seine Bewerbung abgeschickt. Dies deutete darauf hin, dass er es zumindest ernsthaft für möglich hielt, dass die Einstellung von männlichen Angestellten durch den Antragsgegner nicht gänzlich ausgeschlossen ist.

Grundsätzlich muss sich der gesamte Bewerbungsprozess diskriminierungsfrei gestalten. Die nicht korrekte Ausschreibung begründet allerdings nicht automatisch eine Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, sondern ist als Indiz für eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes zu werten.

Der Antragsgegner argumentierte in seiner Stellungnahme glaubhaft, dass es sich bei der nicht geschlechtsneutralen Formulierung der Ausschreibung um einen Flüchtigkeitsfehler handelte, da er zuvor noch keine Stellenausschreibung gemacht habe. Betreffend den Vorwurf zu der sehr allgemeinen Formulierung der erforderlichen Qualifikationen entgegnete er, dass die Stelle intern besetzt wurde und daher kein Bewerber/keine Bewerberin treffendere Berufserfahrungen haben hätte können.

Der Antragsgegner legte in seiner Stellungnahme schlüssig dar, wie es zur Entscheidung und Einstellung der neuen Mitarbeiterin kam. Die Mitarbeiterin war bereits seit einem Jahr bei dem Antragsgegner beschäftigt und kannte den Kanzleiablauf. Aufgrund der Schilderungen des Antraggegners, kam der Senat zu dem Schluss, dass auf Unternehmensseite kein diskriminierendes Motiv vorlag. Zwar war das zugrundeliegende Bewerbungsverfahren aus Sicht des Antragstellers nicht transparent, die Schilderungen des Antragsgegners im Nachhinein waren aber in sich schlüssig und nachvollziehbar.

⁹ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 9 Rz 17.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es dem Antragsgegner gelungen ist zu beweisen, dass ausschließlich sachliche Motive ausschlaggebend waren. Er hat somit den Gegenbeweis erbracht.

Wien, 21. Dezember 2021

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK