

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 12. Oktober 2020 über den am 6. Juni 2019 eingelangten Antrag der Gleichbehandlungsanwaltschaft Regionalbüro ... (R-GAW) für **A (Antragsteller)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes und des Alters bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 1 GIBG und § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idgF) durch die **X (Antragsgegnerin)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idgF), zu GZ GBK I/907/19-M, zu folgendem

PRÜFUNGSERGEBNIS:

1. **A ist aufgrund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 GIBG iVm § 12 Abs. 1 Z 2 GIBG durch die X diskriminiert worden.**
2. **A ist aufgrund des Alters bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG iVm § 26 Abs. 1 Z 2 durch die X diskriminiert worden.**

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

VORBRINGEN

Im Antrag wurde im Wesentlichen Folgendes vorgebracht:

Der Antragsteller habe sich am 27. Februar 2019 für die geschlechtsneutral ausgeschriebene Stelle als Kindergartenhelfer im ...kindergarten Y beworben.

Die im Stelleninserat angeführten Anforderungen habe der Antragsteller alle erfüllt. Er habe die Ausbildung zum Kindergartenhelfer 2017 mit ausgezeichnetem Erfolg abgeschlossen und verfüge über einschlägige Berufserfahrung als Kindergärtner im Waldorfkindergarten Z sowie zahlreiche weitere teils einschlägige Berufserfahrungen.

¹ Vgl. z.B. VfSlg. 19.321.

Die drei weiteren – nicht mit Unterlagen nachweisbaren – Anforderungen habe er in seinem Bewerbungsemail beschrieben und zusätzlich auf seine Website verwiesen.

Der Antragsteller habe sich zunächst per E-Mail erkundigt, ob seine Bewerbung eingegangen sei. Als er keine Antwort erhalten habe, habe er es telefonisch versucht. Mag.^a B, Mandatsnehmerin der Antragsgegnerin, habe ihm bei einem Rückruf für ihn überraschend einige Tage später mitgeteilt, dass er nicht in die engere Auswahl gekommen sei. Er habe von ihr weiters erfahren, dass mit drei ausgewählten Bewerberinnen ein Vorstellungsgespräch stattfinden werde. Anschließend habe Mag.^a B in dem Gespräch auf das Alter des Antragstellers Bezug genommen und gemeint, nicht zu wissen wie lange er bleiben würde, da er nur noch fünf Jahre bis zur Pension habe.

Da der Antragsteller zu diesem Zeitpunkt nach wie vor an dieser Stelle interessiert gewesen sei, habe er um ein Gespräch gebeten, weil es ihm wichtig war, im Rahmen eines persönlichen Dialoges zu klären, aus welchen Gründen er – trotz Erfüllung der formalen, im Stelleninserat geforderten Voraussetzungen – nicht einmal zu einem Bewerbungsgespräch eingeladen worden sei.

Da ihm ein solches Gespräch jedoch aus nicht näher bekannten Gründen verwehrt worden sei und ihm darüber hinaus keine sachlichen Kriterien für die Ablehnung der Bewerbung genannt worden seien, habe sich bei ihm der Eindruck verstärkt, er sei wegen seines Alters und wegen seines Geschlechts nicht zum Bewerbungsverfahren eingeladen worden bzw. habe aus diesen Gründen die Stelle nicht erhalten.

Erst am 11. April 2019 habe der Antragsteller eine Antwort auf seine Bewerbung und seine diesbezüglichen Nachfragen per E-Mail erhalten. In dieser Antwort sei ihm mitgeteilt worden, dass Bewerbungen vorlägen, die noch präziser den Anforderungen entsprechen würden, weshalb die Stelle an eine Mitbewerberin vergeben worden sei. Die Art und Weise wie mit seiner Bewerbung und seinen diesbezüglichen Nachfragen umgegangen worden sei, empfinde der Antragsteller als herabwürdigend und als persönliche Enttäuschung.

Er habe sich schließlich am 9. April 2019 zur Beratung und Unterstützung an die R-GAW, gewandt, die nach einem persönlichen Beratungsgespräch ein Schreiben an die Antragsgegnerin gerichtet habe mit dem Ersuchen um Stellungnahme.

Am 13. Mai 2019 sei fristgerecht die Stellungnahme von Mag.^a B eingelangt. Darin seien die Vorwürfe lediglich bestritten worden, ohne sich mit den gegenständlichen Vorwürfen inhaltlich durch substantiierte Behauptungen auseinanderzusetzen und auch ohne das von Mag.^a B erwähnte Bewertungsverfahren zu definieren.

Auffallend sei, dass die Stellenausschreibung zwar wie gesetzlich vorgeschrieben geschlechtsneutral formuliert gewesen sei, im ...kindergarten selbst aber bisher nur weibliche Mitarbeiterinnen beschäftigt seien. Im vorliegenden Fall entstehe die Vermutung, dass Männer bei der

Auswahl der BewerberInnen benachteiligt werden. Dabei sei kein Grund ersichtlich, warum das weibliche Geschlecht eine unverzichtbare und entscheidende Voraussetzung für die gegenständliche Stelle sein solle. Vielmehr werde der Eindruck erweckt, dass es vor allem stereotype Vorstellungen seien, die zu einer Ablehnung von männlichen Bewerbern führen. Diese Vermutung gründe nicht zuletzt in der Intransparenz des Auswahlverfahrens.

Oft erfolgen Diskriminierungen bei der Ablehnung eines/einer StellenwerberIn sehr versteckt: Anstelle eines Hinweises auf das Alter oder das Geschlechts werde die Ablehnung mit der fehlenden Qualifikation begründet. Dies erscheine im vorliegenden Fall jedoch nicht nachvollziehbar, da der Antragsteller für die ausgeschriebene Stelle sämtliche Qualifikationen und persönlichen Voraussetzungen aufweise.

Die Aussage, „dass man schließlich nicht wüsste, wie lange er noch bleiben würde, da er ja in fünf Jahren in Pension ginge“ stelle jedenfalls eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Alters dar. Im Antwortschreiben sei es der Antragsgegnerin aufgrund der sehr allgemein gehaltenen und unsubstantiierten Aussagen nicht zu beweisen gelungen, dass objektive Gründe, wie beispielsweise mangelnde Kenntnisse bzw. Fähigkeiten für die Nichtberücksichtigung der Bewerbung ausschlaggebend gewesen seien. Das sehr vage gehaltene Argument, dass der Antragsteller die einschlägige Qualifikation nicht ausreichend erfülle, mute vor dem Hintergrund, dass gerade das Vorstellungsgespräch dazu diene, sich ein besseres und vollständiges Bild von dem/der jeweiligen BewerberIn und seinen/ihren Kenntnissen und Fähigkeiten zu machen, seltsam an. Somit sei ihm die Möglichkeit, seine Qualifikation unter Beweis zu stellen, verwehrt worden.

Vielmehr erwecke die gewählte Vorgehensweise den Eindruck, dass bereits im Vorhinein eine ablehnende Haltung aufgrund des Geschlechts und des Alters vorgelegen habe.

Kennzeichen eines diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens bei Bewerbungen sei vor allem dessen Transparenz, also die durch objektive Fakten untermauerte sachliche Nachvollziehbarkeit. Im vorliegenden Fall sei das Bewerbungsverfahren weder transparent noch objektiv nachvollziehbar ausgestaltet. Die Intransparenz des Verfahrens indiziere daher eine mögliche Diskriminierung.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der Antragsgegnerin übermittelten Stellungnahme vom 10. Juli 2019 bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Die verfahrensgegenständliche Stellenausschreibung durch die Antragsgegnerin sei auch in der Gemeindezeitung (Ausgabe ...) ausgeschrieben worden.

Aufgrund dieser Stellenausschreibung sei durch den Antragsteller die erste telefonische Kontaktaufnahme in den Semesterferien (Februar 2019) erfolgt. In diesem Gespräch sei seitens des Antragstellers kundgetan worden, dass er großes Interesse an der ausgeschriebenen Stelle habe. Laut Ausschreibung wären die zwei Tage im Kindergarten mit seiner selbständigen Tätigkeit sehr gut zu vereinbaren, im derzeitigen Job sei ihm dies nicht möglich, da er vollzeitbeschäftigt sei. Weiters habe er in diesem Gespräch darauf hingewiesen, dass er 60 Jahre alt sei und er sich aber körperlich und geistig fit fühle und sich imstande fühle bis 65 Jahre zu arbeiten. Mag.^a B sei ihrerseits während dieses Gespräches in keinster Weise auf das Alter bzw. das Geschlecht des Antragstellers eingegangen, sondern wie oben ausgeführt, habe in diesem Gespräch lediglich er sein Alter zur Sprache gebracht und in den Mittelpunkt des Gesprächs gestellt.

Seitens Mag.^a B sei der Antragsteller anschließend informiert worden, dass er sich gerne per Mail, per Post oder mittels persönlicher Übergabe der Bewerbungsunterlagen, im Kindergarten bewerben könne.

Am 27. Februar 2019 habe der Antragsteller die Bewerbung per Mail an den Kindergarten übermittelt.

Am 25. März 2019 (fünf Tage nach Ende der Bewerbungsfrist lt. Ausschreibung in der Gemeindezeitung) sei seitens des Antragstellers eine Erkundigung per Mail erfolgt, warum noch keine Mitteilung oder Ähnliches erfolgt wäre.

Am 27. März 2019 sei durch Mag.^a B eine telefonische Kontaktaufnahme mit dem Antragsteller erfolgt. In diesem Telefonat sei von Mag.^a B bestätigt worden, dass die Bewerbung eingegangen sei. Weiters sei erklärt worden, dass im Kindergarten standardmäßig, wie bei jedem Bewerbungsverfahren der Antragsgegnerin, sorgfältig alle eingelangten Bewerbungsunterlagen gesichtet und aufgrund der Vielzahl an Bewerbungen anhand der Bewerbungsunterlagen eine Vorauswahl getroffen werde. Es sei von Mag.^a B auch erklärt worden, dass das Vorauswahlverfahren mit ihm und 20 MitbewerberInnen (einem weiteren männlichen Bewerber und 19 weiblichen Bewerberinnen) begonnen habe. Mitgeteilt sei ihm überdies worden, dass die Bewerbungsfrist am 20. März 2019 abgelaufen sei und dass in den nächsten Tagen die Vorstellungsgespräche mit den für den ...kindergarten Y am besten geeigneten Bewerberinnen stattfinden würden. Der Antragsteller sei aufgrund dieser Aussagen sehr ungehalten geworden und habe nochmals betont, dass er zu 100 Prozent die Anforderungen der Stellenausschreibung erfülle und habe auf sein Recht verwiesen, zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen zu werden. Von ihm sei zusätzlich im Gespräch darauf hingewiesen worden, dass er aufgrund seiner Lebenserfahrung besser qualifiziert sei als alle jungen Bewerberinnen. Die Aussage "dass man schließlich nicht wüsste, wie lange er noch bleiben würde, da er ja in fünf Jahren in Pension ginge" sei von Mag.^a B in keinem Gespräch und zu keinem Zeitpunkt getätigt worden. Der Antragsteller habe seinen Aussagen in Folge noch deutlich an Nachdruck verliehen, indem

er Mag.^a B erklärt habe, dass eine Nichteinladung zu einem Vorstellungsgespräch mit Sicherheit gerichtliche Konsequenzen nach sich ziehen werde.

Ungefähr eine Stunde später sei abermals ein Anruf vom Antragsteller erfolgt, indem er wiederum auf die Absicht hingewiesen habe, den gerichtlichen Weg beschreiten zu wollen.

Am Abend desselben Tages sei eine nochmalige Kontaktaufnahme durch ihn per Mail erfolgt.

Im Antrag werde die Aussage getroffen, dass „der Eindruck erweckt wird, dass es vor allem stereotype Vorstellungen sind, die zu einer Ablehnung von männlichen Bewerbern führen und dass diese Vermutung sich nicht zuletzt auf die Intransparenz des Auswahlverfahrens gründet“.

Zur näheren Erklärung werde daher im Folgenden auf den standardisierten Ablauf des Bewerbungsverfahrens im ...kindergarten Y eingegangen:

Das Bewerbungsverfahren sei intern aufgrund der finanziellen Abgangsdeckung durch die Gemeinde in mehrere „Instanzen“ gegliedert. Zuerst werde durch die Mandatsnehmerin Mag.^a B in Zusammenarbeit mit der Kindergartenleiterin C intern im Kindergarten eine Vorauswahl der Bewerbungen im Sinne einer Punktebewertung vorgenommen. Die Punktebewertung im Vorauswahlverfahren setze sich aus unterschiedlichen Kriterien zusammen. Bewertet seien vorrangig die Aus- und Fortbildung sowie Erfahrung und Praxis der einzelnen Bewerberinnen worden. Auch die Rahmenordnung für kirchliche Kinderbildungs- und Betreuungseinrichtungen ... fließe in das Auswahlverfahren ein, überdies werde auch auf die Kindergruppenzusammensetzung im Kindergarten Y im Hinblick auf Kinder mit speziellen Bedürfnissen Rücksicht genommen. Aufgrund der Betreuungspflicht und den durch unvorhergesehene Abwesenheiten (z.B. Krankenständen, Fortbildungen etc.) resultierendem Engpass an Betreuungskräften fließe auch die zeitliche Flexibilität in die Bewertung ein, da nur so die Aufrechterhaltung des Kinderbetreuungsbetriebes gewährleistet werden könne. Auch soziale Umstände fließen in die Bewertung ein. Als ...kindergarten sei es der Antragsgegnerin ein Anliegen bzw. sehe sie es als Pflicht, soziale Umstände bei der Personalauswahl zu berücksichtigen.

Die drei für den Kindergarten am besten geeigneten BewerberInnen werden zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen. Anhand der Bewerbungsunterlagen sowie der Bewerbungsgespräche werde bei jedem Bewerbungsverfahren, wie auch bei gegenständlichem, ein Reihungsvorschlag erstellt, der in Folge als Grundlage für ein Gespräch mit der Gemeinde diene. Dies wie oben schon erwähnt, aus Gründen der Finanzierung durch die Gemeinde (Abgangsdeckungsvertrag). In gegenständlichem Bewerbungsverfahren seien schließlich aufgrund der Bewerbungsunterlagen sowie des persönlichen Eindrucks in den Bewerbungsgesprächen die drei erstgereihten Bewerbungen im Kindergarten-Beirat am 10. April 2019 diskutiert und die daraus resultierende Empfehlung, die Bewerberin C aufzunehmen, dem Erhalter des Kindergartens, vertreten durch Mag. D, vorgelegt worden. Dieser habe aufgrund der Empfehlung im Kindergarten-Beirat die Entscheidung bekräftigt und C sei die Stelle als Kindergartenhelferin

zugesagt worden. Die Entscheidung sei danach auch dem Finanzausschuss mitgeteilt worden. Aufgrund dieses objektiv eingehaltenen standardisierten Ablaufs des Bewerbungsverfahrens, welcher die Bewerbung des Antragstellers berücksichtigt habe und dabei zum Ergebnis gekommen sei, dass er nicht der bestqualifizierte Bewerber für die ausgeschriebene Stelle sei, könne keinesfalls, wie im letzten Absatz des Antrages ausgeführt, von einer Intransparenz des Verfahrens ausgegangen werden, welche eine mögliche Diskriminierung indiziere.

Der Antragsteller sei daher am 11. April 2019 per Mail über den Ausgang des Bewerbungsverfahrens informiert worden (Absage) – dies sofort am Tag nach der Entscheidung im Kindergarten-Beirat.

Der im Antrag vorgebrachte Vorwurf, wonach „die Tatsache, dass auf mehrmaliges Nachfragen seitens des Antragstellers teilweise keine Rückmeldung erfolgte, die Glaubwürdigkeit seiner Aussagen unterstreichen würde“ werde mit dem oben geschilderten Auswahlverfahren entkräftet. Überdies sei Mag.^a B in jedem Telefonat höflich geblieben und habe die Fragen des Antragstellers beantwortet und habe darauf verwiesen, dass das Bewerbungsverfahren zum jeweiligen Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen sei.

Stellenausschreibungen seien im Sinne einer Mindestanforderung zu verstehen, welche der Antragsteller im gegenständlichen Fall zwar erfüllt habe, allerdings BewerberInnen, welche in die engere Auswahl gekommen seien, über facheinschlägige Ausbildungen und Berufserfahrungen verfügt haben, welche über das Mindestausmaß der Stellenausschreibung deutlich hinausgegangen seien. Die anderen, in die engere Auswahl einbezogenen BewerberInnen, haben über einen deutlich früheren Abschluss der Ausbildungen verfügt (der Antragsteller habe die Ausbildung im Jahr 2017 abgeschlossen). Die in die engere Auswahl nominierten BewerberInnen haben zusätzlich eine Ausbildung als SpielgruppenleiterIn, eine HelferInnen-Ausbildung nicht nur für den Kindergarten, sondern auch für den Krabbelstubenbereich, bzw. eine Ausbildung zum Diplom Sozialbetreuung Schwerpunkt Familienarbeit vorweisen können. Aufgrund des Anstiegs von Kindern mit besonderen Bedürfnissen seien ergänzende Ausbildungen im Sonderpädagogik-Kontext besonders wünschenswert, da dem ...kindergarten Y das Kindeswohl und die professionelle Betreuung im Kindergarten überaus wichtig sei. Es könne daher nicht die Rede von einer Ablehnung aufgrund seiner beruflichen Qualifikation sein. Vielmehr sei die Ablehnung erfolgt, weil andere BewerberInnen für die ausgeschriebene Stelle in Summe aufgrund der Auswahlkriterien eine bessere Qualifikation als der Antragsteller vorweisen haben können. Auch das Lebensalter des Antragstellers habe bei der Entscheidung keine Rolle gespielt.

Der Behauptung des Antragstellers, dass die Art und Weise, wie mit seiner Bewerbung umgegangen worden sei, als herabwürdigend und persönliche Enttäuschung empfunden worden sei, werde ausdrücklich widersprochen.

Wie oben bereits detailliert dargestellt, nehme das Verfahren aufgrund der Vielzahl an BewerberInnen und des sehr aufwendigen Vorauswahl- und Einstellungsverfahrens, welches nicht nur dem ...kindergarten Y alleine obliege, sondern bei welchem auch die Gemeinde eingebunden sei, einen gewissen Zeitraum in Anspruch und alle BewerberInnen seien erst nach Abschluss des Bewerbungsprozesses vom Ergebnis des Bewerbungsverfahrens in Kenntnis gesetzt worden. Für dieses Auswahlverfahren würden sich die beteiligten Personen sehr viel Zeit nehmen, damit im Bewerbungsprozess eine bestmögliche Objektivität gewahrt bleibe. Deshalb sei es im laufenden Bewerbungsverfahren unmöglich, unverzüglich auf jede Bewerbung zu reagieren, da vor der Entscheidung immer ein sachliches Auswahlverfahren gemeinsam mit der Gemeinde zu führen sei. Dennoch seien Anrufe und E-Mails des Antragstellers bereits während des Bewerbungsverfahrens umgehend höflich und wertschätzend beantwortet worden.

Der Aussage im Antrag, dass es „auffallend ist, dass die Stellenbeschreibung zwar wie gesetzlich vorgeschrieben geschlechtsneutral formuliert war, im ...kindergarten selbst aber bisher nur weibliche Mitarbeiterinnen beschäftigt sind“, sei entgegenzusetzen, dass im gegenständlichen Auswahlverfahren zu keinem Zeitpunkt und in keinster Weise eine Ungleichbehandlung von Männern oder Frauen erfolgt sei. Das Überwiegen des Frauenanteils wurzle in der jahrzehntelangen Entwicklung, dass fast ausschließlich Frauen die geforderten Ausbildungen im Kindergartenbereich absolviert haben und folglich mehr Frauen in Österreich in diesem Bereich tätig seien bzw. gewesen seien. Bereits seit dem Jahr 2016 sei ein Zivildienstler in der Einrichtung beschäftigt, die Vermutung, dass Männer bei der Auswahl der BewerberInnen benachteiligt würden, könne somit entkräftet werden. Allein durch die Gegenüberstellung der absoluten Zahl der beschäftigten Männer gegenüber jener der Frauen im ...kindergarten Y könne keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes angenommen werden. Demographische Gegebenheiten lägen außerhalb des Einflussbereiches des ...kindergartens Y

PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen des Antragstellers und der Antragsgegnerin sowie die mündliche Befragung des Antragstellers und von Mag.^a B (informierte Vertreterin der Antragsgegnerin) vom 12. Oktober 2020.

Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf die Stellenausschreibung der Antragsgegnerin in der Gemeindezeitung vom ..., die Bewerbungsunterlagen des Antragstellers vom 27. Februar 2019, den vom Antragsteller am 15. September 2020 eingebrachten Artikel aus der Gemeindezeitung ... sowie die von der Antragsgegnerin vorgelegte Dienst Eintrittsbestätigung eines Zivildienstlers vom 22. September 2020.

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

1. bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses.

„§ 17. (1) Auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung darf im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht

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 oder § 17 GIBG beruft, diesen glaubhaft zu machen hat. Insoweit genügt daher nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (OGH) eine „Bescheinigung“ der behaupteten Tatsachen, wobei jedoch der bei der GBK zu erreichende Überzeugungsgrad gegenüber der beim „Regelbeweis“ geforderten „hohen Wahrscheinlichkeit“ auf eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ herabgesenkt ist.

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

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung des Vorwurfes, der Antragsteller habe aufgrund seines Geschlechtes und seines Alters von 60 Jahren die Stelle als Kindergartenassistentz bei der Antragsgegnerin nicht erhalten, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem Sachverhalt aus:

Im Februar 2019 schrieb die Antragsgegnerin eine ab September 2019 zu besetzende offene Stelle als KindergartenhelferIn aus. Die Stelle war für zehn Stunden pro Woche an zwei Tagen, Donnerstag und Freitag ausgeschrieben. Das Anforderungsprofil sah folgende Punkte vor: abgeschlossene Ausbildung zur/zum KindergartenhelferIn, Berufserfahrung wünschenswert,

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

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

verantwortungsvoller Umgang mit den Kindern, konstruktive Zusammenarbeit im Team, Bereitschaft zur Teilnahme an Fortbildungen. Das Ende der Bewerbungsfrist war der 20. März 2019. Bevor der Antragsteller sich bewarb, nahm er telefonisch Kontakt zu B auf, um in Erfahrung zu bringen, ob sich auch Männer bewerben könnten. B teilte dem Antragsteller mit, er könne sich bewerben. Am 27. Februar 2019 übermittelte der Antragsteller seine Bewerbung per E-Mail. Da der Antragsteller keine Rückmeldung erhielt, wandte er sich am 25. März erneut per E-Mail an die Antragsgegnerin. Am 27. März kontaktierte B den Antragsteller und teilte ihm mit, dass Vorstellungsgespräche mit den drei bestqualifizierten Personen stattfinden werden, zu welchen der Antragsteller nicht gehöre. Da das Bewerbungsverfahren noch nicht abgeschlossen war, werde er zu einem späteren Zeitpunkt eine schriftliche Absage erhalten. Weiters wurde von B auf das Alter des Antragstellers Bezug genommen, indem sie sagte, dass sie nicht wisse wie lange er bleiben würde, da er nur noch fünf Jahre bis zur Pension hätte. Der Bitte des Antragstellers – der nach wie vor an der Stelle interessiert war – für ein persönliches Gespräch oder eine Erklärung, warum er trotz Erfüllens des Stelleninserates nicht zu einem Bewerbungsgespräch eingeladen wurde, kam B nicht nach.

Das Bewerbungsverfahren bei der Antragsgegnerin ist ein mehrstufiges Verfahren. In der ersten Stufe wählen B und die Kindergartenleitung anhand einer Punktebewertung die drei bestgeeignetsten BewerberInnen aus, welche zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen werden. Aus- und Fortbildungen, Erfahrung, Praxis, zeitliche Flexibilität sowie soziale Umstände werden beurteilt. Nicht festgestellt werden konnte, ob dieses Punktesystem im Vorhinein definiert ist und wie die einzelnen Fähigkeiten gewichtet werden.

In einer zweiten Stufe wird nach den Bewerbungsgesprächen ein Reihungsvorschlag erstellt, der dann im Kindergarten-Beirat diskutiert, ein/e BewerberIn vorgeschlagen und schließlich vom Erhalter bestätigt wird. Die Entscheidung wurde danach dem Finanzausschuss mitgeteilt. Aufgrund dieses Prozesses erhielt die 35-jährige C die Stelle als Kindergartenhelferin. Sie erfüllte die Voraussetzungen der Stellenausschreibung und konnte zusätzlich eine HelferInnenausbildung im Krabbelstubenbereich, eine Ausbildung als SpielgruppenleiterIn sowie eine sonderpädagogische Zusatzausbildung vorweisen.

Es befinden sich keine Männer in einem Beschäftigungsverhältnis bei der Antragsgegnerin, jedoch befindet sich seit 2016 zwischen September und Mai jeweils ein Zivildienstler im Kindergarten Y.

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

Es liegt **eine Diskriminierung** aufgrund **des Geschlechtes** und **des Alters bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 1 GIBG iVm § 12 Abs. 1 Z 2 GIBG** sowie **§ 17 Abs. 1 Z 1 GIBG iVm § 26 Abs. 1 Z 2 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 ArbeitgeberInnen oder für diese handelnde Personen Bedacht zu nehmen (Vertragsanbahnung).⁴

Unter den Tatbestand des § 12 Abs. 1 Z 2 GIBG sowie des § 26 Abs. 1 Z 2 GIBG fallen typischerweise StellenwerberInnen, deren Bewerbungen im Auswahlverfahren auf Grund ihres Geschlechts oder Alters nicht berücksichtigt wurden, die aber die Stelle auch ohne Diskriminierung nicht erhalten hätten („Minderqualifizierte“).⁵ § 12 Abs. 1 Z 2 sieht als Schadenersatzobergrenze einen Höchstbetrag von 500,- Euro vor.⁶

Der Antragsteller konnte sowohl in seinem Antrag als auch in seiner mündlichen Befragung für den Senat glaubhaft darlegen, dass im Telefonat mit B sein Alter thematisiert und die Aussage getätigt wurde, dass „sie nicht wisse wie lange er bleiben würde, da er nur noch fünf Jahre bis zur Pension hätte“. Weiters konnte der Antragsteller durch den von ihm vorgelegten Artikel aus der Gemeindezeitung glaubhaft machen, dass im ...kindergarten Y keine Männer beschäftigt sind. Der Antragsteller konnte somit nach Ansicht des Senates durch seine Ausführungen glaubhaft den Anschein einer Diskriminierung darlegen. So ließ seine Schilderung darauf schließen, dass der Antragsteller aufgrund seines Alters und seines Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses von der Antragsgegnerin benachteiligt wurde.

Daher verlagerte sich die Beweislast auf die Antragsgegnerin.

Während der grundlegende Aufbau des Bewerbungsprozesses bei der Antragsgegnerin, der in einzelne Stufen unterteilt ist, von B nachvollziehbar dargestellt werden konnte, ist der Inhalt dieser Bewerbungsstufen – insbesondere wie die Bewertung der BewerberInnen innerhalb dieser Stufen erfolgt – bis zuletzt unklar geblieben.

Es wird in der Stellungnahme der Antragsgegnerin selbst erwähnt, dass „gewisse Kriterien“ für die Auswahl des Dreier-Vorschlages, der an den Kindergarten-Beirat weitergeleitet wird, beurteilt wurden. Diese Kriterien waren weder für den Senat nachvollziehbar, noch aus der Stellenausschreibung für etwaige BewerberInnen ersichtlich. Aus der Stellenausschreibung ist weder ersichtlich, dass es sich hierbei um Mindestvoraussetzungen handle, wie die Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme und ihrer Befragung vor dem Senat angab, noch, dass die Auswahl schlussendlich anhand von – für BewerberInnen ebenfalls nicht nachvollziehbaren – Zusatzqualifikationen erfolgen werde. Empfehlenswert wäre es somit, in Stellenausschreibun-

⁴ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 3 Rz 13.

⁵ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) §12 Rz 9; § 26 Rz 14.

⁶ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 12 Rz 22.

gen auch optionale oder wünschenswerte Zusatzqualifikationen anzuführen, welche potenzielle BewerberInnen von ihren MitbewerberInnen abheben würden, da hiermit im Vorhinein feststehende Maßstäbe für die Beurteilung der Bewerbungen herangezogen werden und somit kein Anschein einer Diskriminierung entstehen kann. Des Weiteren wird vom Senat kritisch betrachtet, dass zwei Personen (die Kindergartenleitung und B) anhand vorab unbekannter und nicht objektivierbarer Maßstäbe entscheiden, ob BewerberInnen zu einem Bewerbungsgespräch eingeladen werden, sich in einem persönlichen Gespräch beweisen und in die nächste Bewerbungsrunde weiterrücken dürfen. Ein derartiger Bewerbungsprozess, bei dem zwei Personen anhand von für BewerberInnen unklaren Maßstäben über den Karriereweg entscheiden, ist anfällig für Diskriminierungen, weshalb mehr Transparenz geboten ist.

Weiters war in der Stellungsbeschreibung nicht ersichtlich, dass zeitliche Flexibilität gefordert war, da die Ausschreibung spezifisch Dienste am Donnerstag und Freitag ansprach. Dem Antragsteller wurde im weiteren Verlauf unterstellt, die nötige Flexibilität nicht mitzubringen, da er in einem Telefonat erwähnt hatte, gerne an den übrigen Wochentagen seiner selbstständigen Tätigkeit nachzugehen. Ob eine gewisse zeitliche Flexibilität nicht auch beim Antragsteller besteht, die über Dienste an Donnerstagen und Freitagen hinausgehen, wurde nicht durch Rücksprache mit diesem in Erfahrung gebracht.

Aus den Aussagen von B sowie dem vom Antragsteller vorgelegten Artikel aus der Gemeindezeitung war ersichtlich, dass sich bei der Antragsgegnerin kein Mann in einem Beschäftigungsverhältnis befindet. Dieser Umstand lässt den Anschein einer Diskriminierung aufkommen. Die Ausführungen in der Stellungnahme der Antragsgegnerin, dass viel mehr Frauen die geforderten Ausbildungen abschließen, ließen für den Senat ein Ungleichgewicht in der Besetzung zwischen Frauen und Männern rechtfertigen, jedoch nicht die ausschließliche Besetzung mit Frauen. Auch der Umstand, dass sich im ...kindergarten ein Zivildienstler befindet, konnte diesen Anschein nicht entkräften, da zu diesem kein Beschäftigungsverhältnis besteht.

Im Hinblick auf die Erläuterungen des Antragstellers bezüglich des Zugangs von Männern zu Ausbildungen – wobei dieser für den Senat sehr glaubwürdig wiedergab, dass ihm bereits mehrfach der Zugang zu Ausbildungen aufgrund seines Geschlechtes verwehrt wurde – und die demographischen Gegebenheiten im vorliegenden spezifischen Berufsfeld, müsste von der Antragsgegnerin überdacht werden, ob die von ihr geforderten Ausbildungen von Männern überhaupt erworben werden können oder gegebenenfalls der Zugang zu diesen erschwert ist und ob hier nicht bereits eine Vorselektion aufgrund des Geschlechtes stattfindet. Es sollten hierbei auch ähnlich gelagerte Ausbildungen – welche der Antragsteller sehr wohl vorweisen konnte – zur Beurteilung der Eignung der KandidatInnen herangezogen werden.

All diese Umstände konnten für den Senat nicht den Anschein einer diskriminierungsfreien Auswahl erwecken.

B konnte für den Senat jedoch glaubhaft darlegen, dass C zusätzlich zu den in der Stellenausschreibung genannten Anforderungen auch eine HelferInnenausbildung im Krabbelstubenbereich, eine Ausbildung als SpielgruppenleiterIn sowie eine sonderpädagogische Zusatzausbildung aufwies und dass diese Zusatzqualifikationen ausschlaggebend für den Erhalt der Stelle waren.

Der Senat geht daher nicht davon aus, dass der Antragsteller die Stelle bei diskriminierungsfreier Auswahl erhalten hätte. Der Senat geht jedoch davon aus, dass die Bewerbung des Antragstellers aufgrund seines Alters und seines Geschlechts nicht ausreichend berücksichtigt worden ist, da die intransparenten Auswahlkriterien, der Umgang mit dem Antragsteller und die Aussage über dessen Alter sowie der Umstand, dass sich kein Mann in einem Beschäftigungsverhältnis bei der Antragsgegnerin befindet, den Anschein einer Diskriminierung erwecken, der von der Antragsgegnerin nicht entkräftet werden konnte.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs. 12 GIBG sowie des § 26 Abs. 12 GIBG gelangte der erkennende Senat daher zu der Ansicht, dass es der Antragsgegnerin gelungen ist zu beweisen, dass der weiblichen, jüngeren Bewerberin auf Grund ihrer höheren Qualifikation – insbesondere ihrer abgeschlossenen Zusatzausbildungen – der Vorzug gegeben worden ist, sodass der Senat keine Diskriminierung iSd Ziffer 1 des § 12 Abs. 1 GIBG sowie des § 26 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, ausschlaggebend waren, weshalb eine Diskriminierung iSd Ziffer 2 des § 12 Abs. 1 GIBG sowie des § 26 Abs. 1 GIBG bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses vom Senat als gegeben angesehen wird.

VORSCHLAG

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

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

1. **Leistung eines angemessenen Schadenersatzes (gesetzliches Höchstmaß 500,- Euro),**
2. **Erarbeitung einer Richtlinie zu Diversität im Unternehmen.**

Wien, 12. Oktober 2020

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK