

Senat I der Gleichbehandlungskommission
Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz
(BGBl. Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 107/2013)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 2. April 2019 über den am 29. September 2017 eingelangten Antrag der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **A (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes bei der Festsetzung des Entgelts** gemäß **§ 3 Z 2 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 40/201740/2017; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) durch die **X (Antragsgegnerin)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. II Nr. 275/2013), zu GZ GBK I/791/17, zu folgendem

Prüfungsergebnis:

A ist aufgrund des Geschlechtes bei der Festsetzung des Entgelts gemäß § 3 Z 2 GIBG durch X 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 Vorbringen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin sowie die mündliche Befragung der Antragstellerin und von B (als informierten Vertreter der Antragsgegnerin) vom 8. Jänner 2019. Als weitere Auskunftsperson wurde C am 8. Jänner 2019 befragt. Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf den Dienstvertrag vom 12. August 2014, den Lebenslauf der Antragstellerin, den Kollektivvertrag für Arbeitnehmer von Unternehmen im Bereich Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik (IT-Kollektivvertrag), die Lohn/Gehaltsabrechnung von D vom Februar 2015, den Dienstvertrag von D den Lebenslauf von D den Dienstvertrag von C, den Lebenslauf von C, die Lohn/Gehaltsabrechnung der Antragstellerin von März 2015, die Lohn/Gehaltsabrechnung D von Februar 2015, die Lohn/Gehaltsabrechnung von C von August 2015 sowie die von

¹ Vgl. z.B. VfSlg. 19.321.

Antragsgegnerin am 14. Jänner 2019 vorgelegten Zeitaufzeichnungen.

Vorbringen

Im Antrag wurde im Wesentlichen Folgendes vorgebracht:

A sei von 1. Oktober 2014 bis 2. April 2015 bei der Antragsgegnerin als Projektmanagerin beschäftigt gewesen. Sie sei die einzige weibliche Mitarbeiterin in der Entwicklung gewesen. Das Dienstverhältnis habe durch Kündigung der Arbeitnehmerin geendet. Sie verfüge über ca. 10 Jahre Berufserfahrung in verschiedenen Branchen als Projekt- und Eventmanagerin. Daraus ergebe sich, dass sie bereits berufliche Vorerfahrung im mobilen Spielebereich habe. Es sei ein Gehalt von € 3.000 vereinbart worden. Auf das Dienstverhältnis sei der Kollektivvertrag für Angestellte von Unternehmen im Bereich Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik (IT-Kollektivvertrag) anwendbar. Überstunden seien von A während ihrer gesamten Beschäftigung immer durch Zeitausgleich abgebaut worden. Lediglich am Ende ihres Dienstverhältnisses habe sie Stunden ausbezahlt bekommen. Bereits im Dezember 2014 habe A nach einer Gehaltserhöhung gefragt, da ihr der Verdienst zu gering erschien. Es sei ihr zugesagt worden, eine Gehaltserhöhung auf € 3.500 ab Juni 2015 im Budget zu berücksichtigen, nach nochmaligem Urgieren habe sie die Zusage für den Zeitraum ab April 2015 erhalten. Im Februar 2015 habe A erfahren, dass ihr männlicher Arbeitskollege, D ein monatliches Gehalt von € 4.000 inkl. Überstundenpauschale (10 Stunden) trotz etwa gleich langer Berufserfahrung erhalten habe. D habe das Unternehmen mit Ende Februar 2015 verlassen. Der neue eingestellte Kollege, C sei mit € 3.300 inkl. Überstundenpauschale (20 Stunden) eingestiegen. Er habe nur über drei Jahre Berufserfahrung verfügt. Alle männlichen Kollegen im Projektmanagement haben über einen Dienstlaptop verfügt und sie habe als einzige weibliche Kollegin ihren privaten Laptop verwenden müssen. Dies hat sie auch in einem Mitarbeiterinnengespräch problematisiert, es sei ihr aber dennoch kein Arbeitsgerät oder finanzieller Ausgleich für die Verwendung des Privatlaptops angeboten worden. Es sei lediglich zu einer vage gehaltenen Möglichkeit einer Unterstützung beim Ankauf eines neuen Privatgerätes gekommen. A habe das Arbeitsverhältnis am 22. Februar 2015 gekündigt, unter Einhaltung der Kündigungsfrist. Die Vermutung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebots auf Grund des Geschlechts bei der Festsetzung des Entgelts ergebe sich nach Ansicht der Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt aus folgenden Überlegungen:

A habe sich an die Gleichbehandlungsanwaltschaft gewandt. Die Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt habe die Antragsgegnerin am 2. Juli 2015 um Stellungnahme ersucht und habe diese eine Woche nach der von der Gleichbehandlungsanwaltschaft gesetzten Frist erhalten. Zum damaligen Zeitpunkt sei noch

nicht bekannt gewesen, in welche Bestandteile das Entgelt aufzuteilen sei. In der Stellungnahme sei bezüglich der Gehaltsunterschiede zu den männlichen Vergleichspersonen Gründe betreffend Ausbildung und Vorerfahrung vorgebracht worden. Nach Ansicht der Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt sei das Vorbringen jedoch nicht geeignet, die Gehaltsunterschiede zwischen A und ihren männlichen Kollegen zu begründen:

A (geboren 1983)

Inhaltliche Tätigkeit

Projektmanagement in der Software-Entwicklung

Ausbildung

Dipl.-Ing.ⁱⁿ in Raumplanung und Raumordnung

Berufs- und Vorerfahrung, Dienstzugehörigkeit

ca. zehn Jahre Berufserfahrung im Bereich Softwareentwicklung und Design, sowie Projektmanagement, einschlägige Berufserfahrung im mobilen Spielebereich, ab 1. Oktober 2014 bei der Antragsgegnerin beschäftigt

Einstufung/Gehalt

A sei bei ihrem Einstieg am 1.10.2014 in die Tätigkeitsfamilie ST1 Einstiegsstufe des IT-Kollektivvertrages 2014 eingeordnet worden. Sie habe dabei € 773,00 brutto als Überbezahlung zum Grundgehalt von € 2.227,00 brutto erhalten und somit ein Gesamtgehalt von € 3.000,00 brutto erhalten. Ihre Überstunden seien mit Zeitausgleich abgegolten worden. A habe erst am Ende ihrer Dienstzeit einmal 15 Überstunden ausbezahlt erhalten. A habe ihren privaten Laptop für die Arbeit verwenden müssen.

D (geboren 1983)

Inhaltliche Tätigkeit

Projektmanagement in der Software-Entwicklung

Ausbildung

Dipl. Ing., Doktor/PhD in Computerwissenschaft, MSc in Informatik. MSc in Mathematik, IPMA Level C-Zertifikat in Projektmanagement

Berufs- und Vorerfahrung, Dienstzugehörigkeit

ca. zehn Jahre Berufserfahrung, ab 1. Dezember 2014 bei der Antragsgegnerin beschäftigt

Einstufung/Gehalt

D sei bei seinem Einstieg am 1. Dezember 2014 in die Tätigkeitsfamilie ST2 Regelstufe des IT-Kollektivvertrages 2015 eingeordnet worden. Insgesamt habe, D ein Gesamtgehalt von € 4.000,00 brutto erhalten. Er habe dabei € 512,95 brutto als Überbezahlung zum Grundgehalt von € 3.156,00 brutto erhalten. Laut Dienstvertrag sei eine Überstundenpauschale von 10 Stunden im Gehalt vereinbart worden. Es sei vorgebracht worden, dass nach Abzug des Grundgehaltes und der Überzahlung diese mit € 331,05 brutto zu bewerten seien. Aus der Sicht der Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt sei dieser Wert mit dem Überstundenteiler laut Dienstvertrag zu berechnen (143,00). Laut diesem würde der Überstundenanteil von € 4.000 € 419,58 ausmachen. D habe zu Arbeitsbeginn einen neuen Dienstlaptop erhalten.

Vergleich von Tätigkeiten Ausbildung und Vorerfahrung zu A

A und D hätten die gleichen Arbeitsaufgaben gehabt, nämlich die zeitliche und personelle Planung und Betreuung von Projekten der Software-Entwicklung im Projektteam in Absprache mit KundInnen. D und A hätten stets an gleichen oder gleichwertigen Projekten gearbeitet und auch in etwa eine ähnliche Anzahl an Projekten betreut. Als D zwei Monate nach A seine Arbeit in der Antragsgegnerin begann, sei es zudem A gewesen, die ihn in die entsprechenden Tätigkeitsbereiche eingeschult habe. Aus der Sicht der Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt sei es daher nicht nachvollziehbar, wieso D in der höheren Tätigkeitsfamilie ST2 eingeordnet worden sei und A nur in ST1, obwohl es bei der Einstufung in eine KV-Tätigkeitsfamilie ja schon dem Wortlaut nach explizit um die verrichteten Tätigkeiten gehe. Nach näherer Betrachtung der Tätigkeitsbeschreibungen der beiden Einstufungen ST1 und ST2 gem. § 15 Abschn. 1 des IT-Kollektivvertrages 2014, erscheine es evident, dass die Arbeitsaufgaben sowohl von A als auch von D den höheren Tätigkeitsfamilie ST2 zuzuordnen seien. Zur ST1-Tätigkeitsfamilie gehöre unter anderem IKT-Tätigkeiten „ohne Berufserfahrung, was schon insofern unpassend sei, da A bereits 10 Jahre Berufserfahrung im IKT-Bereich nachweisen könne. ST2 Tätigkeiten seien als „spezielle kaufmännische, technische sowie IKT- Tätigkeiten, welche besonderer Qualifikation oder

besonderer Verantwortung bedürfen und selbstständig ausgeführt werden“ beschrieben worden.

Folgende IKT-Tätigkeiten würden unter anderem genannt:

- Organisation: Anwendung/System
- Planung: System/Information
- Analyse: Anwendung/System/Datenbank
- Softwareentwicklung
- Design: Software
- Anwendungsbetreuung/Systembetreuung
- Beratung: IDV/Anwendung/Technik
- Softwareengineering.

Es würden demnach explizit Tätigkeiten im Bereich der Softwareentwicklung, sowie deren Planung und Organisation angeführt — das entspreche exakt dem Tätigkeitsbereich, sowie den Arbeitsaufgaben von A als Projektmanagerin im Bereich der Softwareentwicklung. Außerdem sei der/die DienstnehmerIn gem. § 15 des Kollektivvertrages einer Vorrückungsstufe innerhalb der jeweiligen Tätigkeitsfamilie zuzuordnen — diese seien in Einstiegs-, Regel- und Erfahrungsstufe eingeteilt. Für die Anwältin für die Gleichbehandlung von Männern und Frauen in der Arbeitswelt sei nicht nachvollziehbar, wieso A in ST1 Einstiegsstufe eingestuft worden sei, während D der höheren ST2 Regelstufe zugeordnet worden sei. Gem. Abs. 6 beziehe sich die Vorrückungsstufe auf die Berufserfahrung in der jeweiligen Tätigkeitsstufe. Demnach sei der/die DienstnehmerIn innerhalb seiner Tätigkeitsfamilie nach maximal drei Jahren in der Einstiegsstufe in die Regelstufe vorzureihen. As Berufserfahrung im einschlägigen Bereich übersteige definitiv drei Jahre. Insofern sei unverständlich, wieso A als sog „Senior“ nicht nur in der niedrigeren Tätigkeitsfamilie, sondern innerhalb dieser auch in der niedrigeren Vorrückungsstufe eingeteilt worden sei. Diese falsche Einstufung in Bezug auf Lohn bzw. Verwendungsgruppe und Vorrückungsstufe von A im Gegensatz zu D sei nicht nachvollziehbar. Eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts sei daher nicht auszuschließen. In der Stellungnahme der Antragsgegnerin sei das höhere Gehalt von D unter anderem mit seiner höheren Ausbildung und seiner Erfahrung begründet worden. D habe zusätzlich zu einem Doktorat/PhD in Computerwissenschaft, ein Masterstudium in

Informatik und in angewandter Mathematik abgeschlossen. Seine Kenntnisse aus dem Mathematik-Studium seien allerdings für die Tätigkeit als Projektmanager in der Antragsgegnerin nicht verlangt worden und bei den von D verrichtenden Tätigkeiten auch nicht benötigt worden. Zutreffend sei außerdem, dass D ein IPMA Level C-Zertifikat im Projektmanagement besitze. A habe sich im Vergleich dazu in ihrem Studium an der TU Wien, das sie zudem mit Auszeichnung abgeschlossen habe, auf den Bereich Projekt- und Immobilienentwicklung spezialisiert. Zusätzlich habe sie seit 2005 durchgehend im Bereich Projektmanagement und -koordination gearbeitet. Auf dem Gebiet des Projektmanagements (entsprechend der Ausschreibung der Antragsgegnerin) könne demnach beide eine einschlägige Ausbildung nachweisen und besitzen zudem in etwa gleich viel Berufserfahrung. Die Antragsgegnerin habe in ihrer Stellungnahme außerdem Bezug auf D umfassende Sprachkenntnisse genommen. Dem Lebenslauf von D sei zu entnehmen, dass er neben Deutsch drei weitere Sprachen (Englisch, Französisch, Slowakisch) spreche. Nach den der GAW vorliegenden Informationen habe D diese Fremdsprachen im Arbeitsalltag nie gebraucht. Im Gegensatz dazu habe A, die selbst ein Semester in den USA studiert habe, einen englischen Kunden („Breakup Buddy“) betreut und somit als einzige Mitarbeiterin im Projektteam ihre Fremdsprachenkenntnisse im Zuge ihrer Tätigkeit eingesetzt. A verfüge im Gegensatz zu D einschlägige Berufserfahrung im mobilen Spielebereich. Zudem liege die Vermutung nahe, dass es sich bei der Überstundenpauschale eher um einer versteckte Überzahlung handele, da D nach den der GAW vorliegenden Informationen die Überstunden tatsächlich nie geleistet habe. Die Anwältin für die GAW werte diesen Gehaltsbestandteil daher als zusätzliche versteckte Überzahlung.

C (geboren 1988)

Inhaltliche Tätigkeit

Projektmanagement in der Software-Entwicklung

Ausbildung

MSc und MBA in Information System Management (Double Degree Programm) und BSc in Wirtschaftsinformatik

Berufs- und Vorerfahrung. Dienstzugehörigkeit

ca. zwei Jahre Berufserfahrung im Bereich Softwareentwicklung und Projektmanagement, ab 24. Februar 2015 in der Antragsgegnerin

Einstufung/Gehalt

C sei bei seinem Einstieg am 24. Februar 2015 in die Tätigkeitsfamilie ST1 Einstiegsstufe des IT-Kollektivvertrages 2015 eingeordnet worden. Insgesamt habe C ein Gesamtgehalt von € 3.300,00 brutto erhalten. Es sei vorgebracht worden, dass € 551,36 brutto die Überbezahlung zum Grundgehalt von € 2.272,00 brutto dargestellt haben und die Pauschale für 20 Überstunden von € 476,64 brutto im Gehalt inkludiert sei. Auch hier liege nach Ansicht der GAW keine korrekte Berechnung vor. Nach dem Überstundenteiler laut Dienstvertrag müsse der Gehaltsbestandteil für die Überstundenpauschale € 692,31 betragen. C habe zu Arbeitsbeginn einen neuen Dienstlaptop erhalten.

Vergleich von Tätigkeiten, Ausbildung und Vorerfahrung zu A

C habe die gleichen Arbeitsaufgaben wie A gehabt, nämlich die zeitliche und personelle Planung und Betreuung von Projekten der Software-Entwicklung im Projektteam in Absprache mit KundInnen. Im Vergleich habe er etwas weniger Projekte als A betreut. C sei von A in die entsprechenden Tätigkeitsbereiche eingeschult worden. Es scheine, als wäre auch C in die falsche Tätigkeitsfamilie eingestuft worden. Allerdings ließe sich das in seinem Fall durch folgenden Passus im IT-Kollektivvertrag 2015 rechtfertigen: „Für Arbeitnehmer, die weniger als 36 Monate einschlägige Berufserfahrung im Sinne der Tätigkeitsbeschreibung nach ST1 oder ST2 verrichten oder verrichtet haben, könne eine Einstufung in ST1 erfolgen. Nach spätestens insgesamt 36 Monaten (unter Berücksichtigung von einschlägigen Vordienstzeiten) sei festzustellen, ob infolge der überwiegenden Tätigkeiten im Sinne der Tätigkeitsbeschreibung ST2 eine Umreihung nach ST2 durchzuführen sei.“ Da C erst über zwei Jahre einschlägige Berufserfahrung verfügt habe, könne eine Einstufung in ST1, sowie die Zuordnung zur Einstiegsstufe in seinem Fall gerechtfertigt sein. C verfüge über etwa zwei Jahre einschlägige Berufserfahrung, A habe also deutlich mehr Berufserfahrung als C. Es wird behauptet, dass im Gehalt von C 20 Stunden Überstundepauschale enthalten wären. Damit würde C im Grundgehalt um ca. € 400 weniger als A verdienen. Da auch C die Überstunden tatsächlich nicht geleistet habe vermutete die GAW ebenfalls eine versteckte Überzahlung zum Grundgehalt.

E

Inhaltliche Tätigkeit

Projektmanagement in der Softwareentwicklung und Produktmanagement

Ausbildung

MSc in Innovations- und Produktmanagement

Berufs- und Vorerfahrung, Dienstzugehörigkeit

seit März 2014 bei der Antragsgegnerin

Einstufung/Gehalt

E sei in die Tätigkeitsfamilie ST1 Einstiegsstufe des IT-Kollektivvertrages 2015 eingeordnet worden. Er habe dabei das KV-Grundgehalt von € 2.22700 brutto erhalten. Außerdem werde vorgebracht, dass eine Pauschale für 20 Überstunden von € 467,20 brutto im Gehalt inkludiert sei. Insgesamt habe E ein Gesamtgehalt von € 2.694,20 brutto erhalten. Nach dem Überstundenteiler laut Dienstvertrag hätten die Überstunden nach Ansicht der Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt mit € 565,22 bewertet werden müssen.

Vergleich zu A

In der Stellungnahme der Antragsgegnerin seien auch die Gehaltsbestandteile von E aufgeschlüsselt worden, da dieser ebenfalls im Projektmanagementteam von A mitgearbeitet habe. Allerdings sei das Tätigkeitsfeld von E nicht mit jenem von A, D und C vergleichbar, da dieser nur die Hälfte seiner Arbeitszeit als Projektmanager gearbeitet habe und ansonsten als Produktmanager, wo er andere Tätigkeiten durchgeführt habe. Zudem habe er gerade erst sein Studium beendet gehabt und habe kaum Berufserfahrung mitgebracht.

In der Stellungnahme sei angeführt worden, dass A freiwillig ihren Privatlaptop verwendet hätte, es ihr jedoch freigestanden wäre, einen Laptop der Antragsgegnerin zu verwenden. A betone allerdings, dass ihr während ihrer gesamten Dienstzeit nie angeboten worden sei, einen Laptop des Unternehmens zu verwenden. A habe immer wieder versucht, diesbezüglich Lösungen zu finden und unter anderem vorgeschlagen, dass ihr die Antragsgegnerin eine Benutzungsgebühr für die Verwendung ihrer Privatlaptops bezahlen könne. Von Seiten des Unternehmens sei das allerdings nicht akzeptiert worden. Auch bestreite A, dass man ihr, wie in der Stellungnahme behauptet worden sei, angeboten hätte, € 1.500 bei Ankauf eines neuen Gerätes zu übernehmen. Es sei ihr lediglich vorgeschlagen worden, dass sie bei Ankauf eines neuen Gerätes keine Mehrwertsteuer zahlen müsse, was von A dann letztendlich auch angenommen worden sei. A habe betont, dass alle männlichen Kollegen zu Beginn ihres Dienstverhältnisses einen Arbeitslaptop erhalten hätten, während einige der beschäftigten Frauen, vor allem in den Bereichen Sekretariat und Marketing, an ihren Privatlaptops arbeiten hätten müssen.

Aus der Sicht der GAW sei die Gehaltsstruktur bei der Antragsgegnerin intransparent. Insbesondere die kollektivvertraglichen Einstufungen der Angestellten sowie der Erhalt von Sachbezügen als Gehaltsbestandteil seien nicht nachvollziehbar und wirkten sich für A nachteilig aus. Eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der Festsetzung des Entgelts erscheine der GAW evident. Gemäß dem Gleichbehandlungsgesetz sei der tatsächliche Inhalt der Tätigkeit ausschlaggebend für die Vergleichbarkeit, gleiche/gleichwertige Arbeit sei dabei als qualitativer Begriff zu werten (vgl. EuGH C-381/99. Brunnhofer). Der Grundsatz des gleichen Entgelts für gleiche/gleichwertige Arbeit gelte für alle Gehaltsbestandteile (EuGH C-262/88, Barber). Gehaltsunterschiede müssen hinsichtlich der Beweislastverteilung nachvollziehbar und transparent sein. Die Grundeinstufung solle die verrichtete Tätigkeit abbilden. In der oben festgehaltenen Aufstellung werde dargelegt, dass der Inhalt der durch A verrichteten Tätigkeit derselbe wie die der in Frage kommenden Vergleichsperson D sei. Ein geringer Einkommensunterschied aufgrund der etwas höheren Ausbildung von D wäre aus der Sicht der Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt zwar gerechtfertigt, ein Gehaltsunterschied von € 1.000,00 brutto sei unter Abwägung aller Umstände unverhältnismäßig. Die niedrigere, kollektivvertragliche Einstufung von A im Gegensatz zu D erscheine aus der Sicht der Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt in der stereotypen Wahrnehmung begründet zu sein, dass Frauen im Allgemeinen eher nach Sicherheit suchen und sich daher damit zufriedengeben würden, weniger zu verdienen. A bringe vor, dass die Gehaltseinstufung von D vorwiegend durch dessen Verhandlungsgeschick zustande gekommen sei. In einer Entscheidung weise der Oberste Gerichtshof (9 ObA 350/97d) den Einwand, die unterschiedliche Bezahlung rühre daher, dass die betroffene Frau weniger verlangt habe, zurück: „Da es primär und in der Regel der Arbeitgeber ist, der die Leistungen seiner Arbeitnehmer beurteilen kann und die Höhe der je welligen Entlohnungen kennt, wäre die beklagte Partei verpflichtet gewesen, die ungleiche Entlohnung zu beseitigen.“ Sollte die Überbezahlung der männlichen Kollegen auf Verhandlungsgeschick beruhen, bestehe für die Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt der Anschein einer Diskriminierung von A auf Grund des Geschlechts bei der Festsetzung des Entgelts. In ihrer Stellungnahme betont die Antragsgegnerin, dass sie sich zu Chancengleichheit bekenne und eine geschlechterneutrale Formulierung von Job-Ausschreibung für sie daher selbstverständlich sei. Ein Blick auf die Homepage zeige allerdings, dass bei den Stellenausschreibungen auf der Homepage der Antragsgegnerin de facto ausschließlich die rein männliche Sprachform verwendet werde. Diese Tatsache lege die Vermutung nahe, dass das Unternehmen wenig Wert darauf legt, Frauen in der — ohnehin bis dato eher männerdominierten — IT-Branche bewusst sichtbar zu machen und anzusprechen. Durch den Gebrauch des generischen Maskulinums komme es dazu, dass in der Folge Frauen in die angesprochenen Bereiche gedanklich nicht einbezogen werden. Diese Tatsache sei mittlerweile durch zahlreiche Studien belegt. Zudem stelle die ausschließliche Verwendung

der männlichen Form einen Verstoß gegen das Gebot der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung gemäß § 9 Abs. 1 GIBG dar.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK der Antragsgegnerin übermittelten Stellungnahme vom 24. Oktober 2017 bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Das Unternehmen sei im März 2011 gegründet worden. Es komme der IT-Kollektivvertrag zur Anwendung. Die App Entwickler der Antragsgegnerin seien Qualitätsführer bei der Realisierung individueller mobiler Lösungen für Industrie, Finanzdienstleister, Handel und Medizin. Die Antragsgegnerin begleite ihre Kunden von der Konzeption bis zur fertigen mobile App. Gemäß ihrem Leitbild wolle sie die Servicequalität Ihrer KundInnen erhöhen, deren Umsatz steigern sowie deren Geschäftsprozesse optimieren.

2. Vergleich der Tätigkeit

Im Antrag der GAW werde angeführt, dass die Antragstellerin als einzige Mitarbeiterin im Projektteam ihre Fremdsprachenkenntnisse – Englisch – im Zuge ihrer Tätigkeit eingesetzt habe. Das sei nicht korrekt. C habe unter anderem ein Projekt für einen Kunden in Polen geleitet, in dem auf Englisch kommuniziert worden sei.

Englische Sprachkenntnisse würde die Antragsgegnerin als IT-Unternehmen mit internationalen Kunden/innen voraussetzen – die weitreichenden Sprachkenntnisse von D (EN, FR, SK) würden darüber hinausgehen. Ob und wann diese Sprachkenntnisse zum Einsatz kommen würden, sei der Antragsgegnerin zum Zeitpunkt der Anstellung nicht bekannt.

1. Vergleich der Ausbildung

Die Antragsgegnerin sei ein IT-Unternehmen im Bereich Software-Entwicklung.

Die Antragstellerin verfüge über ein abgeschlossenes Studium als Dipl.-Ing.ⁱⁿ für Raumplanung und Raumordnung. D verfüge neben seinem abgeschlossenen Masterstudium in Informatik über ein abgeschlossenes Masterstudium in Mathematik mit Spezialisierung auf Computer Science sowie über ein Doktorat in Computerwissenschaft, welches er mit Auszeichnung abgeschlossen habe. Die Antragstellerin habe sich im Rahmen ihres Studiums der Raumplanung und Raumordnung auf den Bereich Projekt- und Immobilienentwicklung sowie Verkehrssystemplanung spezialisiert. D habe neben seiner äußerst umfangreichen IT-Ausbildung ein international anerkanntes Projekt-Management Zertifikat vorzuweisen (OPMA Level C). Er habe darüber hinaus eine Zertifizierung als Professional Scrum Developer

vorzuweisen (Scrum ist als Projektmanagement-Methodik bei der Antragsgegnerin im Einsatz).

Die von der GAW vorgebrachte Argumentation, dass beide über eine gleichwertige Ausbildung für eine Anstellung bei der Antragsgegnerin verfügen würden, sei somit nicht zulässig.

C verfüge über ein facheinschlägiges IT-Studium mit Doppel-Abschluss (Technikum Wien, Master Double Degree Program in Information System Management).

2. Vergleich der Vorerfahrung

Im Antrag der GAW werde angeführt, dass die Antragstellerin zum Zeitpunkt Ihres Eintritts bei der Antragsgegnerin über 10 Jahre Berufserfahrung im IT-Bereich vorweisen könne (Informations- und Kommunikationstechnologie). Das sei nicht korrekt.

Die Antragstellerin habe zum Zeitpunkt ihres Eintritts seit 07/2013 facheinschlägige Erfahrung im IT-Bereich gehabt. Zuvor habe sie bei Werbe-Agenturen in der KundInnenbetreuung und im Design sowie im Eventmanagement gearbeitet. C habe zum Zeitpunkt seines Eintritts über zwei Jahre facheinschlägige Berufserfahrung (seit 02/2013, siehe Lebenslauf) verfügt. Zuvor habe er im Projekt- und Prozessmanagement bei einer Bank gearbeitet.

Die vorgebrachte Argumentation, dass die Antragstellerin über deutlich mehr einschlägige Berufserfahrung als C verfügt habe, sei somit nicht richtig.

3. Überstundenpauschale

Der Antragstellerin, D und C seien gleichermaßen ein Vertrag mit einer Überstundenpauschale im Ausmaß von 20 Stunden angeboten worden.

- C habe das Angebot angenommen.
- D habe eine Verkürzung der Überstundenpauschale auf 10 Stunden erbeten, die ihm gewährt worden sei.
- Die Antragstellerin habe keine Überstundenpauschale im Dienstvertrag inkludiert haben wollen. Diesem Wunsch habe die Antragsgegnerin entsprochen.

Die GAW habe „diesen Gehaltsbestandteil als zusätzliche versteckte Überzahlung“ gewertet. Diese Behauptung werde entschieden zurückgewiesen. Die Überstundenpauschale sei angeboten worden, da die Antragsgegnerin im Projektmanagement-Team aufgrund der Art der Tätigkeit von einer vergleichsweise höheren Arbeitsbelastung ausgegangen sei. Die

Antragstellerin habe die anfallenden Überstunden in Form von Zeitausgleich konsumieren wollen und habe dies auch im Rahmen ihrer Anstellung bei der Antragsgegnerin getan.

Im Antrag der GAW sei mehrfach angeführt worden, dass die Berechnung der Überstundenpauschalen falsch sei, z.B. bei C: „Nach dem Überstundenteiler laut Dienstvertrag müsste der Gehaltsbestandteil für die Überstundenpauschale € 692,31 betragen“.

Das sei nicht korrekt. Die Dienstverträge würden von der Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungskanzlei Leitner geprüft werden. Die korrekte herangezogene Berechnung laute, am Beispiel von C, wie folgt:

KV Grundgehalt: EUR 2.227,-

Überstundenteiler: 143 Stunden

Faktor für Bewertung der Überstunden:

Überstundenpauschale: 20 Stunden

Das ergebe eine Überstundenpauschale iHv, EUR 467,64, so wie in der Stellungnahme der Antragsgegnerin an die GAW vom 10. Juli 2015 angeführt.

4. Kollektivvertragliche Einstufung

Die kollektivvertragliche Einstufung erfolge im Einvernehmen zwischen Dienstgeber/in und Dienstnehmer/in. Dies werde auch in den Dienstverträgen der Antragsgegnerin klar geregelt.

Wie in Punkt 4. Dargelegt worden sei, habe die Antragstellerin zum Zeitpunkt ihres Eintritts nicht über mehr, sondern sogar über weniger facheinschlägige Berufserfahrung als C verfügt. D habe nicht nur über eine längere facheinschlägige Vorerfahrung als Projektleiter im Software-Bereich als die Antragstellerin verfügt, sondern habe darüber hinaus auch umfangreiche Erfahrung in der Software-Entwicklung vorweisen können, die als Projektleiter bei Software-Projekten (also in der täglichen Arbeit mit Software-Entwicklern bei der Antragsgegnerin) fachlich von großem Wert gewesen sei, Insofern sei eine höhere kollektivvertragliche Einstufung von D gerechtfertigt gewesen.

5. Arbeitsgerät

Laut GAW sei der Antragstellerin im Gegensatz zu ihren Teamkollegen kein Firmenlaptop zur Verfügung gestanden. Das sei nicht korrekt. Hier verweise man auf die Stellungnahme vom 10. Juli 2015 sowie das E-Mail bezüglich Laptop vom 23. Dezember 2014.

6. Gehaltserhöhung

Wie bereits in der Stellungnahme vom 10. Juli 2015 beschrieben worden sei, sei eine Gehaltserhöhung für die Antragstellerin im Budget 2015 vorgesehen gewesen. Diese Gehaltserhöhung sei, wie in der Stellungnahme beschrieben worden, nicht aufgrund einer bestehenden Ungleichbehandlung eingeplant worden, sondern aufgrund der erbrachten Leistung der Antragstellerin. Allerdings habe die Antragstellerin ihr Dienstverhältnis per 31. März 2015 gekündigt, somit sei es nicht zu der geplanten Gehaltserhöhung gekommen.

7. Chancengleichheit

Der Vorwurf der GAW mit dem Hinweis auf die Job-Inserate auf der Homepage der Antragsgegnerin, dass „das Unternehmen wenig Wert darauflegt, Frauen in der - ohnehin bis dato eher männerdominierten - IT-Branche bewusst sichtbar zu machen und anzusprechen“, werden entschieden zurückgewiesen. An dieser Stelle werde auch auf das Urteil des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich verwiesen, dass Stelleninserate mit dem Zusatz „m/w“ als zulässig erachte.

Rechtliche Überlegungen

Gemäß § 3 Z 2 GIBG darf auf Grund des Geschlechtes, insbesondere unter Bezugnahme auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat, im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht bei der Festsetzung des Entgelts.

Der Entgeltbegriff ist nach der Rechtsprechung des EuGHs weit zu fassen, sodass man darunter alle Leistungen versteht, die ein/e Arbeitnehmer/in als Gegenleistung für die Zurverfügungstellung seiner/ihrer Arbeitskraft an den/die Arbeitgeber/in erhält.

Insoweit sich die betroffene Person auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne der §§ 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 im Sinne des § 5 Abs. 2 vorliegt.

Bei der Beurteilung, ob eine vergleichbare Situation der Antragstellerin und der männlichen Vergleichsperson vorliegt, sind subjektive Elemente außer Acht zu lassen, maßgeblich ist ausschließlich die objektiv festzustellende gleiche bzw. vergleichbare Arbeit. Die Gleichzeitigkeit der zu vergleichenden Arbeiten ist für die Vergleichbarkeit nicht erforderlich.

Erhält eine Arbeitnehmerin, trotz zumindest gleichwertiger Tätigkeit, im Vergleich zu männlichen Kollegen ein niedrigeres Bruttogehalt und liegen keine anderen – sachlichen – Gründe für diese unterschiedliche Behandlung vor, kann dies den Tatbestand der Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bei der Festsetzung des Entgelts gemäß § 3 Z 2 GIBG indizieren.

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung der Vorwürfe der Antragstellerin, ihr Entgelt sei aufgrund ihres Geschlechtes niedriger festgesetzt worden, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch.

Das Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass die Antragstellerin bei der Antragsgegnerin als einzige weibliche Projektmanagerin tätig war. Bei ihrem Aufgabengebiet ging es dezidiert nicht um Spieleentwicklung bzw. die technische Entwicklung von Apps. Es handelte sich um ein kurzes Arbeitsverhältnis von 7 Monaten.

Der Verfahrensgegenstand lag antragsgemäß hauptsächlich in der Frage, ob die zwei im Antrag genannten männlichen Vergleichspersonen im Vergleich zur Antragstellerin ein höheres Entgelt erhalten haben, obwohl alle drei Personen die gleiche bzw. gleichwertige Tätigkeit ausgeführt haben.

Im vorliegenden Fall kam der IT-Kollektivvertrag zur Anwendung. Laut diesem ist für die Einstufung der Inhalt der Tätigkeit maßgeblich, nicht die Qualifikationen. Die Gleichartigkeit der Tätigkeit der drei Personen wurden von allen befragten Auskunftspersonen bestätigt. Dazu kommt, dass die Antragstellerin C sogar selbst eingeschult hat. Trotzdem steht fest, dass sie ein unterschiedliches Entgelt bezogen haben. So wurde D in die Gehaltsstufe ST2 des IT-KV eingestuft. C wurde genauso wie die Antragstellerin fälschlicherweise in die ST1 des IT-KV eingestuft. Nichtsdestotrotz hat er dennoch ein höheres Gehalt als die Antragstellerin bezogen. ST2 Tätigkeiten werden im IT-Kollektivvertrag als „spezielle kaufmännische, technische sowie IKT-Tätigkeiten, welche besonderer Qualifikation oder besondere Verantwortung bedürfen und selbstständig ausgeführt werden“ angeführt. Bei der vorliegenden Tätigkeit im Projektmanagement mit der selbstständigen Abwicklung von Projekten ist nach Auffassung des Senates jedenfalls davon auszugehen.

Die höhere Einstufung von D wurde von der Antragsgegnerin damit begründet, dass er mehrere Studien abgeschlossen habe, die im technischen Bereich einschlägig seien. Die befragten Auskunftspersonen (Antragstellerin, Geschäftsführung, C) gaben übereinstimmend an, dass aber für diese Tätigkeit im Projektmanagement die zusätzlichen Qualifikationen nicht relevant waren. Die zweite männliche Vergleichsperson, C wurde in derselben Gruppe wie die Antragstellerin falsch eingestuft, jedoch lag das Entgelt beider männlichen

Vergleichspersonen über dem der Antragstellerin. Dies wurde sowohl in der Stellungnahme als auch in der mündlichen Befragung durch die Geschäftsführung damit begründet, dass die beiden Männer eine Überstundenpauschale bezogen haben, die die Antragstellerin selbst nicht gewollt habe. Sie habe Zeitausgleich nehmen wollen. Das wurde in der Befragung durch die Antragstellerin auch so bestätigt C, der in derselben Stufe wie die Antragstellerin eingestuft war, hatte eine Überstundenpauschale im Ausmaß von 20 Stunden. Die Berechnung des Stundenentgelts ergibt ein etwas niedrigeres Entgelt als das der Antragstellerin. D, der höher qualifizierte Kollege, hatte eine 10 Stunden-Überstundenpauschale gehabt.

C im Verfahren dahingehend aussagte, dass er trotz Überstundenpauschale kaum Überstunden geleistet habe und bei Anfallen von Überstunden Zeitausgleich bekommen habe liegt die Vermutung sehr nahe, dass es im vorliegenden Fall zu einer versteckten Überzahlung der männlichen Vergleichspersonen gekommen ist. Der Senat ersuchte deshalb um die Vorlage der Zeitaufzeichnungen der betroffenen Personen, wodurch diese Vermutung bestätigt wurde. C, hat insgesamt nur 34 Überstunden in 8 Monaten geleistet, er hatte aber eine Pauschale von 20 Stunden pro Monat. D, der eine 10 stündige Überstundenpauschale vereinbart hatte, hat durchaus Überstunden in dieser Höhe oder mehr geleistet. Zieht man die durchschnittlich 5 Überstunden pro Monat heran, die C tatsächlich geleistet hat, stellt seine Pauschale eine Überzahlung im Vergleich zur Antragstellerin dar. Eine überschlagsmäßige Berechnung ergibt ein um ca. 2,- Euro höheres Stundenentgelt.

Zur höheren Bezahlung von D argumentierte die Antragsgegnerin außerdem, dass für ihn seitens der Antragsgegnerin langfristig eine andere berufliche Laufbahn vorgesehen war und ein entsprechender Marktwert zu berücksichtigen sei. Es wurde übereinstimmend ausgesagt, dass D die gleiche Tätigkeit wie die Antragstellerin und wie die zweite Vergleichsperson, D innehatte. Es liegt die Vermutung nahe, dass er somit im Hinblick auf etwaige künftige Leistungen für das Unternehmen bezahlt worden ist. Ist die Überzahlung der männlichen Kollegen auf deren Verhandlungsgeschick zurückzuführen, besteht der Anschein einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bei der Festsetzung des Entgelts. In diesem Zusammenhang wird auf die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 20.05.1998, 9 ObA 350/97d verwiesen, wo u.a. ausgeführt wird: „Bei Prüfung der Frage, inwieweit eine Diskriminierung als geschlechtsspezifisch für bescheinigt zu gelten hat, darf das gesellschaftliche Umfeld nicht außer Acht gelassen werden. Es ist offenkundig, dass Frauen in Österreich im allgemeinen statistisch gesehen niedriger entlohnt werden als männliche Arbeitnehmer. Frauen sind auch häufiger als Männer bereit, niedriger entlohnte Tätigkeiten anzunehmen, zumal ihre Arbeit oft bereits im Rahmen der Arbeitsbewertung als weniger schwierig und damit gerlng.er wertig eingestuft wird.“

Zur Frage der mangelnden Zurverfügungstellung eines Laptops hat sich für den Senat keine Diskriminierung ergeben: Es wurde seitens der Antragstellerin keine Diskriminierung bei den sonstigen Arbeitsbedingungen geltend gemacht. Dennoch wurde die Antragsgegnerin im Verfahren dazu befragt und konnte glaubhaft machen, dass ein neuer Computer für die Antragstellerin im Budget für 2015 eingeplant war. Dies wurde der Antragstellerin per Email, welches dem Senat vorgelegt wurde, am 23.12.2014 zugesagt.

Es liegt somit eine **Diskriminierung** aufgrund des **Geschlechtes** bei der **Festsetzung des Entgelts** gemäß § 3 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 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 Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, wird die **Antragsgegnerin, X**, gemäß § 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz aufgefordert, die Diskriminierung zu beenden, und **folgende Vorschläge zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes** erteilt:

1. **Leistung eines angemessenen Schadenersatzes,**
2. **Transparente Gestaltung des Einstufungssystems.**

Wien, 2. April 2019
Mag.^a Stefanie Mandl, MA
Stv. Vorsitzende des Senates I der GBK