

**Senat I der Gleichbehandlungskommission****Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz**

(BGBl. Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 82/2005)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) im Bundeskanzleramt gelangte am 4. Juni 2008 über den am 2. Jänner 2007 eingelangten Antrag der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **Frau C** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes beim **Entgelt** gemäß **§ 3 Z 2 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. 82/2005; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung), beim **beruflichen Aufstieg** gemäß **§ 3 Z 5 GIBG** sowie bei den **sonstigen Arbeitsbedingungen** gemäß **§ 3 Z 6 GIBG** durch **den Arbeitgeber**, nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK-/GAW-Gesetz i.V.m. § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO, BGBl. II Nr. 396/2004, zu folgendem Ergebnis:

Im Verlangen der GAW wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass Frau C seit 1.6.1986 beim Antragsgegner beschäftigt sei. Vor dem Kollektivvertrag (KV) ... sei sie als ständig freie Mitarbeiterin zu 137 Stunden für den Antragsgegner tätig gewesen.

Folgende Bereiche habe die Antragstellerin beim Antragsgegner durchlaufen:

...

In der weiteren Linienhierarchie befinde sich bis dato Herr D, Herr E und Herr F. Personelle Entscheidungen würden maßgeblich durch Herrn F beeinflusst werden.

Mit Übernahme in den Kollektivvertrag 2003 sei Frau C am 1.1.2004 als Redakteurin in der Verwendungsgruppe (VG) ... zu 32 Stunden (80%) in der ... übernommen worden. Dabei hätten sie und drei weitere Mitarbeiterinnen in der Abteilung, ebenfalls nur zu 80% angestellt, feststellen müssen, dass im selben Arbeitsbereich Herr G aus dem ... nach Wien geholt und mit 1.1.2004 zu 100% neu in der Redaktion angestellt worden sei. Ein halbes Jahr später sei ein weiterer Mann, Herr H, im selben Tätigkeitsbereich ebenfalls zu 100% angestellt worden. Der Wunsch von Frau C ebenso zu 100% beschäftigt zu werden, sei mit dem Argument, dass zuwenig Geld vorhanden sei, abgelehnt worden. Daraufhin habe sich die Antragstellerin an die

damalige Gleichbehandlungsbeauftragte, Frau A gewandt. Es habe lediglich Gespräche gegeben. Maßnahmen zur Herstellung der Gleichbehandlung gegenüber ihren männlichen Kollegen seien nicht gesetzt worden. Da ihre Tätigkeit nicht mit der Anstellung zu 80% durchzuführen war, sei es zu einer enormen Anzahl von Überstunden bei der Antragstellerin gekommen. Sie sei erst am 1.1.2005 auf 100% angehoben worden.

Mitte 2004 sei ein Posten in einer um zwei Stufen höheren Verwendungsgruppe (VG) im Bereich Y ausgeschrieben worden. Inhalt der Tätigkeit sei das Verfassen von Beiträgen gewesen. Den Posten habe Herr I erhalten, der in einer um drei Stufen höheren VG eingereicht worden sei und zusätzlich eine großzügige Überstundenpauschale erhalten habe. Die um zwei Stufen höhere VG sehe nach dem Kollektivvertrag beispielsweise eine Leitungsaufgabe oder Ausübung von Chef-vom-Dienst-Funktion, Mitarbeiter/-innenverantwortung, Sendungsverantwortung vor. Die um drei Stufen höhere VG setze die Leitung größerer Redaktionen voraus. Herr I übe aber seitdem inhaltlich die gleiche Tätigkeit wie die Antragstellerin aus, die in VG ... eingestuft sei.

Anfang Jänner 2004 sei die Sendungsleitung des Magazins ... aus der Sendung ... neu zu besetzen gewesen. Der Sendungsverantwortliche von ..., Herr J, habe die Antragstellerin hinsichtlich dieser Position angesprochen, weil er sie für diesen Posten für äußerst qualifiziert gehalten habe, da sie bereits in der Redaktion von ... gearbeitet habe. Trotz ihrer Qualifikation und der Zusage von Herrn J für diesen Posten, sei ihr in Folge von Herrn F mitgeteilt worden, dass sie die Stelle doch nicht erhalten werde. In weiterer Folge habe Herr K die Sendungsleitung erhalten, da er schon dort im Team tätig gewesen wäre. 2005 sei dieselbe Stelle als Posten in einer um zwei Stufen höheren VG ausgeschrieben worden. Da sich Frau C schon ein Jahr zuvor auf Grund ihres Geschlechts diskriminiert gefühlt habe, habe sie sich nicht mehr dafür beworben. Die Stelle sei dann auch – wie erwartet – mit Herrn K besetzt worden. Es gäbe auf dieser Hierarchieebene keine Frauen.

2005 sei die Stellvertretung der Leitung X im Bereich Z von Frau B ausgeübt worden, Herr D habe sich damals in Bildungskarenz befunden. Damals sei im Raum gestanden, dass die Leitung der ... neu besetzt werde. Die Antragstellerin habe Herrn F mitgeteilt, dass sie für eine derartige Funktion zur Verfügung stehen würde. Dieser Bewerbungswunsch sei von Herrn F dahingehend kommentiert worden, dass

„sie das nicht interessieren würde“. Im Weiteren sei nur die Stellvertretung mit Herrn L Mitte 2005 neu besetzt worden. Es habe für diesen Posten weder eine Ausschreibung noch ein Auswahlverfahren gegeben.

Mit dem Schreiben der Generaldirektorin, Frau M vom 22.6.2006 sei eine „Gruppe zur Überprüfung geäußelter Vorwürfe“ einberufen worden. Dieser seien Fürsorgepflichten des Arbeitgebers übertragen worden. Die Vorwürfe hätten sich unter anderem auf kolportierte frauenfeindliche herabwürdigende Äußerungen gegenüber Mitarbeiterinnen bezogen. Die Antragstellerin sei als Auskunftsperson geladen worden und habe der Kommission ihre Wahrnehmungen mitgeteilt. Ebenso habe sie dort ihre Übergehung beim beruflichen Aufstieg bei ... berichtet.

In der schriftlichen Stellungnahme des Antragsgegners, wurden die im Antrag angeführten Vorwürfe weitestgehend bestritten:

Beim Arbeitgeber seien im Zuge der Anstellungswelle von sogenannten freien Mitarbeitern/-innen per 1.1.2004 im Bereich Z 59,3% Frauen angestellt worden. Es sei richtig, dass Frau C mit 1.1.2004 ihrer Arbeitszeit entsprechend als Mitarbeiterin zunächst mit 80% angestellt und mit 1.1.2005 auf 100% aufgestockt worden sei. Dies sei nicht auf Grund der enormen Überstunden erfolgt. Frau C habe 2004 im Monatsdurchschnitt 17 Mehr- bzw. Überstunden geleistet, für eine Vollbeschäftigung hätte sie pro Monat zumindest 36 Stunden zusätzlich leisten müssen. Die Anstellung von Frau C auf 100% sei erfolgt, da eine Position frei geworden und nicht nach besetzt worden sei. Das frei werdende Zeitäquivalent sei auf verschiedene Mitarbeiter/-innen aufgeteilt worden. Beim Arbeitgeber würden grundsätzlich freiwerdende Zeitäquivalente nicht unbedingt neu besetzt werden, sondern, wenn es die Position erlaubt, Teilzeitbeschäftigte in ihrem Zeitäquivalente angehoben. Betreffend der Anstellungen von freien Mitarbeitern im Jahr 2004 sei anzumerken, dass in der Abteilung Information, der die Antragstellerin zuzuordnen sei, 24 Frauen und 25 Männer zu 100% angestellt worden seien. Gerade im Redakteursbereich bestehe ein ausgeglichenes Verhältnis zwischen Frauen und Männer. Teilzeitbeschäftigung werde von Frauen auch auf Grund von Mutterschaft häufiger als von Männern in Anspruch genommen.

Frau C habe vor ihrer Anstellung mit 1.1.2004 für den Arbeitgeber folgende Leistungen erbracht:

...

Mitte 2004 sei zur Verstärkung des Bereiches ... die Stelle eines/-r Redakteur/-s/-in in der um zwei Stufen höheren VG ausgeschrieben worden, wofür sich unter anderem Frau C und Herr I beworben hätten. Herr I sei auf Grund seiner vorhergehenden Tätigkeiten als stellvertretender Ressortleiter ... bei ... und bei ... als Ressortleiter ... und der damit einhergehenden einschlägigen Berufserfahrung in Führungspositionen der Vorzug gegeben worden, wo hingegen Frau C auf keinerlei derartigen Erfahrungen zurückgreifen könne.

Herr K sei wie Frau C mit 1.1.2004 angestellt worden, davor sei er seit 1982 als ständig freier Mitarbeiter beim Antragsgegner beschäftigt gewesen. In den letzten Jahren vor seiner Anstellung habe er seine Beitragsgestaltung fast ausschließlich für ... erbracht. Seit 1.1. 2004 sei Herr K mit der Planung und Koordination der Sendung ... betraut gewesen. Auf Grund dessen sei er als Bestqualifizierter mit der Leitung der Sendung ... betraut worden. Hinsichtlich der „Leitung X“ sei anzumerken, dass es sich hierbei um kein eigenes Ressort handle, sondern um eine Arbeitsgruppe, bei der kein Chefposten zu vergeben sei. Herr D, Herr L und Frau C würden turnusmäßig die gleichen Aufgaben besorgen. Auch Herr L sei in der VG ... eingereiht. Mangels der Besetzung einer Leitungsfunktion könne hier keine Diskriminierung vorliegen.

Die Antragstellerin gab in der mündlichen Befragung durch Senat I ergänzend an, dass die Anstellung zu 80% auf Grund der intensiven Rechercharbeiten keinen Einfluss auf das Zeitausmaß ihrer Arbeit gehabt habe. Unter 10 Stunden pro Tag sei man sehr selten aus dem Bereich Z gekommen. Die Antragstellerin habe lediglich dadurch mehr Zeitausgleich bekommen, aber einen Unterschied zwischen einer 80 und 100%-igen Anstellung gebe es nicht. Keine der Vergleichspersonen hätte eine Leitungsfunktion oder gar eine budgetäre Verantwortung innegehabt. Alle Vergleichspersonen würden redaktionelle Tätigkeiten ausüben. Insbesondere Herr I mache dieselbe Tätigkeit wie sie, habe keinerlei Leitungsfunktion, bekomme aber ein wesentlich höheres Gehalt. Es habe beim Arbeitgeber immer geheißen, dass man nicht alle Mitarbeiter/-innen anstellen könne, da man sparen müsse. Herr I sei von Herrn F geholt worden, um Herrn E zu vertreten. Auf die Jobvergabe habe jedoch Herr F Einfluss gehabt. Aus ihrer Sicht sei die ganze Bezahlung undurchschaubar.

Hinsichtlich ihrer Bewerbung für die Sendungsleitung ... gab die Antragstellerin an, dass sie der Sendungschef Herr J gefragt habe ob sie diese übernehmen wolle. Worauf sie gesagt habe, dass sie dies gerne machen würde. Am Wochenende vor

dem Wechsel in die Sendungsleitung ... habe ihr der Sendungsverantwortliche von ... mitgeteilt, dass Herr F darauf bestanden habe, dass die Sendungsleitung von Herrn K übernommen werde. Herr K komme aus der ...-Redaktion und kenne sich daher aus. Sie habe aber auch 4-5 Jahre bei ... gearbeitet und kenne die Mitarbeiter/-innen. Sie habe daneben noch ihre ...-Erfahrung aufzuweisen.

Weiters möchte die Antragstellerin klarstellen, dass sie 1989 das ganze Jahr hindurch für den Arbeitgeber im ... gearbeitet habe. Wenn ihre Vordienstzeiten nicht berücksichtigt würden, könne es natürlich passieren, dass Herr I mehr Berufserfahrung als sie habe. Sie habe sich jedenfalls für den Posten von Herrn I in der um zwei Stufen höheren VG beworben.

Zu ihrer Bewerbung für die Stellvertretung im Bereich X befragt, gab Frau C an, dass es stimme, dass es zu keiner Ausschreibung gekommen sei und es den Posten an sich nicht gegeben habe. De facto habe es jedoch diese Position gegeben. Frau C habe zumindest die Stellvertreterin von Herrn D werden wollen, um so aufgewertet zu werden. Dazu sei es aber nicht gekommen. Herr L habe die Stellvertretung übernommen. Mittlerweile sei das ...-ressort unter der Leitung von Frau N ausgegliedert worden.

In der mündlichen Befragung wiederholte eine Auskunftsperson, dass Herr H nur wegen einer Karenzierung einer anderen Mitarbeiterin befristet angestellt worden sei. Seine 100%-ige Anstellung habe 2004 geendet und er arbeite derzeit zu 80%. Herr G sei zunächst am 1.1.2004 zu 80% angestellt und mit 1.4.2004 aufgestockt worden. Herr I sei in einer um zwei Stufen höheren VG angestellt worden, und habe ad personam eine um drei Stufen höhere VG erhalten. Er sei ... abgeworben worden, da er bisher eine hohe Position inne gehabt und der Antragsgegner ihn auch bei sich in einer so hohen Position habe wollte. Man habe Herrn I sozusagen ... abgeworben.

Sie schilderte dem Senat, dass es zu ad personam-Vereinbarungen insbesondere dann käme, wenn man jemand aus dem Markt einkaufen und diese Person unbedingt haben möchte. Herr I habe diese Position auf Grund seiner Vordienstzeiten und Berufserfahrung erhalten. Es gebe ein Schema für die Gehaltsverhandlungen, aus dem man nur schwer ausscheren könne. Es komme dann eben zu den ad personam-Regelungen.

Die angeführten Vergleichspersonen seien zwar alle Redakteure, doch sei anzumerken, dass der Bereich Z in Y und X unterteilt sei. Die Bereiche seien

vergleichbare Tätigkeiten, aber inhaltlich seien die Tätigkeiten doch anders. Die Personalentscheidungen würden in der Verantwortung des Ressortleiters liegen.

Hinsichtlich der Vorgangsweise bei der Besetzung von freien Stellen befragt, gab sie ergänzend an, dass man sich innerhalb einer bestimmten Frist bewerben könne. Das Ausschreibungsergebnis werde der betreffenden Abteilung mitgeteilt. Der direkte Vorgesetzte einer Abteilung suche den bestqualifizierten Kandidaten aus. Es werden die Berufserfahrung, die Zeugnisse und der Werdegang eines Mitarbeiters hergenommen. Wenn eine Stelle frei werde, werde der Betriebsrat darüber informiert, daneben werde auch die Gleichbehandlungsbeauftragte darüber verständigt. Hinsichtlich der Stellenbewerbungen sei Frau C weder bei ihr noch bei der Gleichbehandlungsbeauftragten gewesen.

Ergänzend zu der Stellungnahme des Antragsgegner gab die Auskunftsperson an, dass vorrangig bestehende Dienstverhältnisse mit Teilzeitäquivalenten auf Vollzeitäquivalente aufgestockt werden würden, dies erfolge nicht, wenn ein ganzer Posten frei werde, sondern bei Freiwerden von Teilposten.

Eine weitere Auskunftsperson erklärte vor Senat I der GBK, dass die Entscheidung, wie jemand nach den neuen KV ... eingruppiert werde, zwischen Geschäftsleitung, Betriebsrat und Gewerkschaft vereinbart worden sei. Die Anstellung der freien Mitarbeiter/-innen habe zusätzlich kostenneutral zu erfolgen gehabt. Auch sei klar gewesen, dass nicht sämtliche Mitarbeiter/-innen zu 100% angestellt werden könnten. So konnte man mehr fix anstellen und wurde die Meinung vertreten, das es sich durch die tägliche Arbeit ergeben würde, ob man mit den 80% auskomme oder nicht. Frau C sei ohnehin eine der ersten gewesen, die auf 100% aufgestockt worden seien.

Zur Stellenbewerbung von Frau C befragt gab dieser an, dass er selber dem Sendungsverantwortlichen nicht in seine Entscheidung vorgegriffen habe. Dieser habe sich letztlich nicht für die Antragstellerin, sondern für Herrn K entschieden, der seit Jahren in der Redaktion tätig sei und mehr Erfahrung als die Antragstellerin habe.

Die Auskunftsperson wiederholte nachdrücklich, dass es sich bei der Leitung bzw. Stellvertretung des X-Ressorts um keine Leitungsfunktion im Rahmen des Arbeitgeber-Schemas handle. Es handle sich dabei nur um eine Arbeitsgruppe.

Hierzu befragt gab er an, dass Herr I Redaktionstätigkeiten ausübe, aber keine Leitungsfunktion inne habe. Er schilderte dem Senat I, dass es durchaus üblich sei,

dass man um jemanden abzuwerben diesem mittels der ad-personam Regelung eine höhere VG angeboten worden

Eine weitere Auskunftsperson der Antragstellerin bestätigte in der mündlichen Befragung, dass die Personalentscheidungen ausschließlich durch den Chefredakteur getroffen werden würden. Bei Personen, bei denen es auch um eine Aufzählung gehe, die nicht der Tätigkeit eines Redakteurs entspreche (= ad personam-Regelung), entscheide der Informationsdirektor intensiv mit. Hierzu befragt gab er an, dass Herr G, Herr H und Frau C vergleichbare Tätigkeiten gemacht hätten.

Im Jahre 2004 sei der damalige Chefredakteur der Ansicht gewesen, dass man aus Spargründen nicht alle zu 100% anstellen könne. Man habe bei den Anstellungen zu 80% gesagt, dass man sich den Arbeitsanfall bzw. Arbeitszeit ein Jahr lang anschauen werde, ob eine Stundenaufstockung nötig sei. Frau C sei ja auf 100% aufgruppiert worden. Zu Herrn G befragt, gab er an, dass man niemanden aus ... nach W holen könne ohne ihm eine Vollzeitbeschäftigung anzubieten.

Die Teilung im Ressort Z in Y und X sei informell erfolgt. So sei Herrn D als informeller Sprecher bestellt worden. Dies habe die Antragstellerin sehr verärgert. Ihr Vorgesetzter hielt Herrn D für die bessere Wahl, da dieser im Bereich ... alles gekonnt habe, was erforderlich sei. Er verstehe aber ihre Verärgerung, dass sie nicht die Sendungsleitung ... bekommen habe, da sie sehr gute Chancen auf den Posten gehabt habe. In letzter Sekunde sei der Sendungsleiter Herr K geworden.

Eine Auskunftsperson teilte Senat I der GBK in der mündlichen Befragung im Wesentlichen mit, dass sich Frau C mit drei anderen Frauen aus ihrer Abteilung bei ihrer Vorgängerin beschwert hätte. Die Beschwerde habe sich auch gegen die Anstellung von Herrn I gerichtet, dessen Posten mit einer um zwei Stufen höheren VG ausgeschrieben worden sei, und extern und nicht intern besetzt worden sei. Man habe dies damit begründet, dass man einen sehr bekannten und gut bezahlten Journalisten ... nicht für den Gehalt eines Redakteurs in VG ... bekomme. Man hätte damals auch den Stellvertreterposten von Herrn E ausgeschrieben, der nur hochkarätig zu besetzen sei. Die einzige Person, die sich angeboten hätte, käme von außerhalb.

Zur Einbindung der Gleichbehandlungsbeauftragten in Stellenausschreibungen wurde angegeben, dass auf Basis eines Beschlusses aus der letzten Sitzung der

firmeninternen Gleichbehandlungsstelle ein Schreiben der Vorsitzenden ... an den Generaldirektor verfasst worden sei, dass Gleichbehandlungsbeauftragte rechtzeitig informiert werden sollten. Derzeit erfolge diese Information eher im Nachhinein.

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bei der **Festsetzung des Entgelts gemäß § 3 Z 2 GIBG** erfüllt worden ist, ist zunächst folgendes zu bemerken:

Niemand darf auf Grund des Geschlechts bei der Festsetzung des Entgelts unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden. Es ist jede benachteiligende Differenzierung als Diskriminierung zu sehen, die ohne sachliche Rechtfertigung erfolgt.

Art. 141 EG-Vertrag verbietet nicht nur eine direkte, sondern auch eine indirekte Diskriminierung, wobei eine direkte Diskriminierung dann vorliegt, wenn das Geschlecht als offizielles Unterscheidungsmerkmal verwendet wird. Unter der indirekten, mittelbaren Diskriminierung versteht der EuGH eine Unterscheidung, die zwar an einem vom Geschlecht verschiedenen Kriterium ansetzt, in ihrem Ergebnis aber wesentlich mehr Angehörige des einen als des anderen Geschlechts betrifft. Auf die Diskriminierungsabsicht kommt es nicht an (Tomandl „Arbeitsrecht I“, 5. Aufl, S. 238).

Gemäß Art. 141 Abs. 2 EG-Vertrag fallen unter den Begriff „Entgelt“ neben dem üblichen Grund- und Mindestlohn auch alle sonstigen Vergütungen, die der/die Arbeitgeber/in aufgrund eines Dienstverhältnisses dem/der Arbeitnehmer/in unmittelbar oder mittelbar in bar oder in Sachleistungen zahlt. Nach dem EuGH fallen unter den Entgeltbegriff unter anderem Löhne, Zulagen oder auch Prämien. Der Entgeltbegriff ist daher weit zu fassen, sodass man darunter alle Leistungen versteht, die ein Arbeitnehmer/eine Arbeitnehmerin als Gegenleistung für das Zurverfügungstellen seiner/ihrer Arbeitskraft an den/die Arbeitgeber/-in erhält.

Die Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne des GIBG beruft, hat diesen glaubhaft zu machen. Dem/der Beklagten obliegt es zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlich 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 vorliegt. Voraussetzung, um zu überprüfen, ob der Grundsatz des gleichen Entgelts beachtet



wird, ist die Nachvollziehbarkeit des Entlohnungssystems und seiner einzelnen Entgeltbestandteile. Objektive Rechtfertigungsgründe für eine systematische Benachteiligung von Frauen durch ein völlig undurchschaubares Entlohnungssystem hat der Arbeitgeber zu beweisen. (Tomandl „Arbeitsrecht I“ 5. Aufl., S 241).

Für den Senat I der GBK ergab sich aufgrund des durchgeführten Verfahrens und dem vorgelegten Sachverhalt, dass die Antragstellerin redaktionelle Tätigkeiten in der Verwendungsgruppe 15 ausübt. Die Antragstellerin konnte dem Senat I sehr glaubhaft darlegen, dass sie inhaltlich dieselben redaktionellen Tätigkeiten wie Herr I ausübt.

Die befragten Auskunftspersonen bestätigten ebenso, dass Herr I keinerlei andere Tätigkeit als die Antragstellerin ausübt. Herr I ist jedoch im Gegensatz zur Antragstellerin in die um drei Stufen höhere VG eingestuft und erhält daneben auf Grund einer ad personam-Regelung das Entgelt aus der um drei Stufen höheren VG. Auf Grund des durchgeführten Verfahrens konnte dargelegt werden, dass Herr I für eine höhere Position geholt wurde, die er aber als solche nicht ausgeübt hat.

Im Verfahren konnte seitens der Antragstellerin glaubhaft weiterer Vordienstzeiten im Jahre 1989 ... nachgewiesen werden, entgegen der Behauptung des Antragsgegners.

Aus Sicht des erkennenden Senates wurde Herrn I seitens des Antragsgegners für künftige Erwartungen ein höheres Entgelt angeboten. Nach übereinstimmenden Aussagen der Auskunftspersonen, übt Herr I jedoch bloß „einfache“ redaktionelle Tätigkeiten aus und keine Stellvertretungsposition. Herr I hätte offensichtlich etwas werden sollen, dass er bis dato nicht geworden ist.

Der EUGH hat in seinem Urteil „Brunnhöfer gegen Bank der österreichischen Postsparkasse AG“, C-381/99, vom 26. Juni 2001 festgehalten, dass es dem EG-Recht widerspricht, dass bei der Einstellung von zwei Arbeitnehmer unterschiedlichen Geschlechts bei Vorliegen eines gleichen Arbeitsplatz oder einer gleichwertigen Arbeit die Zahlung eines unterschiedlichen Entgelts nicht durch Faktoren gerechtfertigt werden können, die erst nach dem Dienstantritt der Arbeitnehmer bekannt werden und erst nach der Durchführung des Arbeitsvertrags beurteilt werden können, wie etwa durch einen Unterschied in der persönlichen Leistungsfähigkeit der Betroffenen oder in der Qualität ihrer Leistungen.

Die weit höhere Bezahlung von Herrn I durch den Arbeitgeber führt somit zu einer Ungleichbehandlung von Frau C nach dem GIBG, die inhaltlich die gleichen Tätigkeiten erledigt. Der Arbeitgeber hat sich in seinem Vorbringen auf sehr formelle Kriterien bei der Beurteilung der Einstufung zurückgezogen und sich nicht auf – wie das GIBG dies fordert – den tatsächlichen Inhalt der Tätigkeit bezogen.

Hierzu ist festzuhalten, dass es dem Arbeitgeber obliegt, dass Gleichbehandlungsgebot in seinem Unternehmen umzusetzen. Der Umstand, dass Tätigkeiten in unterschiedliche Entgeltgruppen eingestuft werden, stellt keine Rechtfertigung für Entgeltunterschiede dar. Er soll auf Grund der Wertigkeit der Tätigkeiten ein ausgewogenes Gehaltsschema im Betrieb schaffen. Es ist daher vom Inhalt der Tätigkeit auszugehen und nicht von einer formellen Einstufung.

Aufgrund des vorliegenden Sachverhalts, des durchgeführten Verfahrens sowie der Parallelität des Sachverhalts zu einem früheren Verfahren gegen den Antragsgegner (GBK I/75/06) wurde für den Senat I der GBK sehr deutlich, dass in diesem Fall ein völlig intransparentes Entgeltsystem vorliegt. Diese Rechtsansicht wurde durch die Judikatur des EUGH (siehe auch das Urteil C-17/05 vom 3. Oktober 2006) immer wieder in ihrer Rechtssprechung bestätigt.

Ein Arbeitgeber mit einem intransparenten Entgeltsystem ist absolut beweispflichtig für dessen innere Zweckmäßigkeit und Ziel, das er verfolgt, sowie für die Rechtfertigung des Zieles. Es war für Senat I nicht nachvollziehbar, nach welchen Kriterien ad personam-Regelungen bestimmt werden. Trotz mehrfachen Nachfragens durch Senat I der GBK konnten keine klaren Äußerungen zu den Kriterien für ad personam-Regelungen genannt werden.

**Der Senat I der GBK gelangte daher zur Auffassung, dass Frau C aufgrund des Geschlechts bei der Festsetzung des Entgelts gemäß § 3 Z 2 GIBG vom Arbeitgeber diskriminiert worden ist.**

Es wird daher dringend **empfohlen**, dass der Antragsgegner eine transparente Richtlinie zu den ad personam-Regelungen erlässt, die allen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern zugänglich ist und zur Kenntnis gebracht wird. Im KV ... wird lediglich der Inhalt der einzelnen Tätigkeiten im Antragsgegner beschrieben. Es besteht derzeit für den Arbeitgeber keinerlei Möglichkeit, Vordienstzeiten, besonderes Fachwissen, Berufserfahrung ausreichend bei der Entlohnung zu berücksichtigen.

Wenn der Arbeitgeber dies berücksichtigen möchte, muss er dies in transparenten Richtlinien vorgeben. Mit dem vorliegenden Gehaltsschema läuft der Antragsgegner Gefahr, auch in Hinkunft gegen das GIBG zu verstoßen.

Bezüglich der beantragten Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts **beim beruflichen Aufstieg gemäß § 3 Zif 5 GIBG** wird festgehalten, dass diese Bestimmung ausdrücklich Diskriminierungen beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen verbietet, wobei diese Begriffe weit zu verstehen sind. Daher werden darunter alle Varianten beruflichen Fortkommens und alle Maßnahmen des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin erfasst, die sich auf Aufstieg oder Beförderung auswirken können, sofern nur der gebotene Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis gegeben ist. Darunter fallen auch jede angestrebte Veränderung des Tätigkeits- oder Verantwortungsbereiches, welche eine Verbesserung für jene Person mit sich bringt, die sie anstrebt. Unter die verbessernden Veränderungen fallen nicht nur die Verbesserung im Arbeitsinhalt, bei den Arbeitsbedingungen, sondern auch Verbesserungen hinsichtlich des Arbeitsortes, wenn damit bessere Chancen verbunden sind.

Zur Überprüfung, ob tatsächlich eine Benachteiligung auf Grund des Geschlechtes stattgefunden hat, wird primär nach den von der Arbeitgeber/-inseite selbst vorgegebenen Kriterien beurteilt. Als Anhaltspunkte werden unter anderem die Entscheidungsbegründung herangezogen, die Stellenausschreibung oder auch wie das Unternehmen in vergleichbaren Situationen vorgeht.

Vor dem Senat soll keinesfalls ein Auswahlverfahren wiederholt werden, sondern es soll überprüft werden, ob die vom Arbeitgeber vorgenommene Bewertung transparent durch objektive Fakten untermauert und sachlich nachvollziehbar ist.

Im vorliegenden Fall ist festzuhalten, dass Frau C seit 1986 als Redakteurin beim Antragsgegner tätig ist, davon hat sie vier Jahre in der Redaktion ... gearbeitet. Seit 1998 ist Frau C im Bereich Z beschäftigt. Sie hat sich sowohl für die Leitung der Sendung ..., als auch für die Position von Herrn I beworben und im Bereich X für eine Stellvertretung.

Auf Grund des durchgeführten Verfahrens konnte dem Senat I weder glaubhaft und transparent die vorgenommene Bewertung für die zu besetzenden Stellen seitens des Antragsgegners dargelegt werden. Die Entscheidung des Arbeitgebers für Herrn

I, Herrn K und Herrn L als bestqualifiziertester Bewerber für die ausgeschriebenen Stellen ist nicht nach objektiven Kriterien nachvollziehbar.

Eine Auskunftsperson hat in ihrer Befragung bestätigt, dass Frau C auf Grund ihrer Erfahrung in der ...Redaktion sowohl für die Sendungsleitung ... als auch für die Stellvertretung im Bereich X qualifiziert gewesen wäre. Den Posten von Herrn L mag es an sich nicht geben, aber der Begriff des beruflichen Aufstieges ist begrifflich extensiv auszulegen. Dieser Posten gewährt jedoch Entscheidungsmacht, die Möglichkeit, Anweisungen zu geben, sodass dies für den weiteren beruflichen Aufstieg von Frau C in einem Unternehmen ausschlaggebend sein kann.

**Daher gelangte der Senat I der GBK zur Auffassung, dass Frau C aufgrund des Geschlechts beim beruflichen Aufstieg gemäß § 3 Zif 5 GIBG durch den Arbeitgeber diskriminiert worden ist.**

Hinsichtlich der beantragten Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bei den **sonstigen Arbeitsbedingungen gemäß § 3 Z 6 GIBG** ist anzumerken, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß Art. 1 Abs. 1 der RL 76/207/EWG auch in Bezug auf die Arbeitsbedingungen in den Mitgliedstaaten verwirklicht werden muss.

Gemäß § 3 Z 6 GIBG darf daher nicht im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis bei den sonstigen Arbeitsbedingungen unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, wobei der Begriff der „sonstigen Arbeitsbedingungen“ im GIBG selbst nicht weiter definiert ist. Ziel des Gesetzgebers war es jedoch, dass alle Diskriminierungen, welcher Art auch immer, die im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis vorkommen können, vom Gleichbehandlungsgebot des GIBG umfasst sind. Daher ist der Begriff weit auszulegen und handelt es sich hierbei um einen Auffangtatbestand.

Unter den Begriff „sonstige Arbeitsbedingungen“ fallen unter anderem auch die allgemeine Situation am Arbeitsplatz, sowie alle mit dem Arbeitsverhältnis verbundenen Umstände. Hierzu wäre unter anderem die Ausstattung des Arbeitsplatzes anzuführen, wozu sowohl die räumliche Gestaltung wie auch das zur Verfügung stellen von Arbeitsmittel zu zählen ist, sowie das damit verbundene Image und eine verminderte Wertschätzung im Betrieb.

Im Laufe des Verfahrens konnte dem Senat I glaubhaft dargelegt werden, dass die Antragstellerin ohne eine sachliche Rechtfertigung bloß zu 80% angestellt worden ist. Obwohl Frau C großes Interesse an einer Vollzeitanstellung bekundet hat. Von Seiten des Arbeitgebers wurde als Rechtfertigung Einsparungsgründe genannt.

Der Senat I verkennt im vorliegenden Fall nicht, dass in der beruflichen Realität aus verschiedenen betrieblichen Gründen und aus Einsparungsgründen die Anstellung aller Mitarbeiter/-innen zu 100% nicht möglich ist. Senat I der GBK gibt aber zu bedenken, dass gerade in einer Situation der betrieblichen Umstrukturierung besondere Sensibilität auf die Vermeidung einer möglichen Diskriminierung auf Grund des Geschlechts zu legen ist. Im vorliegenden Fall wurden trotzdem Männer Vollzeit angestellt, obwohl gleichzeitig nicht genug Geld für die Vollanstellung der Antragstellerin vorhanden gewesen ist. Das Einsparungsargument ist daher vom erkennenden Senat zu hinterfragen gewesen.

Dieser Eindruck hat sich durch die vom Antragsgegner im Verfahren vorgelegten Unterlagen hinsichtlich der in der Anzahl der vollzeit- bzw. teilzeitbeschäftigten Frauen und Männer in der Hauptabteilung ... verstärkt. So sind in VG ... im Zeitraum 1.1.2004 bis 1.8.2004 25 Mitarbeiterinnen und demgegenüber 11 Mitarbeiter zu 80% angestellt, sowie 19 Mitarbeiterinnen und 19 Mitarbeiter zu 100% angestellt gewesen. In der um zwei Stufen höheren VG waren in diesem Zeitraum eine Mitarbeiterin und 5 Mitarbeiter zu 80%, sowie keine Mitarbeiterinnen und 2 Mitarbeiter zu 100% beschäftigt.

Es zeigt sich an den vorgelegten Personaldaten, dass auch beim Antragsgegner trotz Fortschritten in den letzten Jahren, noch immer die weiblichen Mitarbeiterinnen schlechtere berufliche Arbeitsbedingungen vorfinden als ihre männlichen Kollegen.

**Der Senat I der GBK kam daher zur Auffassung, dass Frau C aufgrund des Geschlechts bei den sonstigen Arbeitsbedingungen gemäß § 3 Z 6 GIBG durch den Arbeitgeber diskriminiert worden ist.**

Abschließend regt Senat I der GBK an, dass vom Antragsgegner die Funktion der Gleichbehandlungsbeauftragten auch tatsächlich umgesetzt wird.

Der Gleichstellungs-Förderplan aus dem Jahr ... sieht vor, dass vor der Ausschreibung von Stellen ab einer um zwei Stufen höheren VG die Gleichstellungsbeauftragte unabhängig vom Bestehen einer Unterrepräsentanz von Frauen im Beschäftigungsbereich bei der zuständigen Direktion die Abhaltung eines

Hearings der Bewerber/-innen vor der Besetzung der Stelle beantragen kann. Eine verpflichtende Einbindung der Gleichbehandlungsbeauftragten bei Stellenbesetzungen ab einer um zwei Stufen höheren VG wird von Seiten des Senat I der GBK dringend angeraten. Sie sollte den Ausschreibungstext zeitgleich mit der Information an die Personalvertretung sowie die Namen und Reihung der Bewerbungen erhalten. Des Weiteren sollte ihr mitgeteilt werden, wer namentlich mit der Funktion betraut wurde.

Die bessere Einbindung der Gleichbehandlungsbeauftragten in die Personalplanung und Personalentwicklung beim Arbeitgeber soll mithelfen, der Umsetzung des GIBG beim Antragsgegner besser als bislang Rechnung zu tragen.

Der Senat I der GBK schlägt daher eine **intensive** Befassung mit den Fragen des Gleichbehandlungsgesetzes vor. Zur näheren Information wird der Gesetzestext beigelegt

Juni 2008