

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 14. September 2021 über den am 16. März 2021 eingelangten Antrag der rechtsfreundlichen Vertretung von Dr.ⁱⁿ A (**Antragstellerin**) betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen**, gemäß **§ 3 Z 5 GIBG** (BGBl I Nr 66/2004 idgF) sowie aufgrund **des Alters und der ethnischen Zugehörigkeit beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen**, gemäß **§ 17 Abs 1 Z 5 GIBG** durch die **Z-GmbH (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/950/20-M, zu folgendem

PRÜFUNGSERGEBNIS:

1. Dr.ⁱⁿ A ist nicht aufgrund des Geschlechtes beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen, gemäß § 3 Z 5 GIBG durch die Z-GmbH diskriminiert worden.
2. Dr.ⁱⁿ A ist nicht aufgrund des Alters beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen, gemäß § 17 Abs 1 Z 5 GIBG durch die Z-GmbH diskriminiert worden.
3. Dr.ⁱⁿ A ist nicht aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen, gemäß § 17 Abs 1 Z 5 GIBG durch die Z-GmbH 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:

Die Antragstellerin sei als Primaria bei der Antragsgegnerin in Bundesland 1 seit dem 1. Juli 2019 beschäftigt gewesen. Bereits zu Beginn des Arbeitsverhältnisses, genauer gesagt bereits

¹ Vgl. zB VfSlg. 19.321.

während der Vertragsverhandlungen über das Zustandekommen des Beschäftigungsverhältnisses, sei der Antragstellerin von den Verantwortlichen der Antragsgegnerin in Aussicht gestellt worden, dass sie beim Weggang des Primarius Dr. Y, Leiter der Abteilung für ... und Ärztlicher Leiter des Klinikums, in die Stelle des Ärztlichen Leiters nachrücken könne. Sie sei daher in der Position der stellvertretenden Ärztlichen Leiterin des Klinikums eingestellt worden.

Es begab sich weiter, dass der Primarius und Ärztliche Leiter Dr. Y zum Jahresende 2019 die Klinik verlassen habe.

In einer E-Mail am 17. Oktober 2019 habe die Antragstellerin einige ihr gegebene und nicht eingehaltene Zusagen gegenüber dem Geschäftsführer der Antragsgegnerin DI X reklamiert.

Obschon der Antragsgegnerin das Interesse der Antragstellerin an der Position der ärztlichen Leitung bekannt gewesen sei und ihr die Nachfolge mündlich von Anbeginn der Vertragsverhandlungen in Aussicht gestellt worden sei, sei mit Wirkung zum 1. Jänner 2020 als neuer Primar der Abteilung für ... und Ärztlicher Leiter des Klinikums Dr. W neu eingestellt worden.

Die Behinderung der Antragstellerin in ihrem beruflichen Aufstieg habe diese erst am 28. November 2019 durch eine offizielle E-Mail der Klinikleitung „an Alle“ erfahren. In dieser E-Mail sei mitgeteilt worden, dass Dr. W der neue Ärztliche Leiter wird. Die Rundmail vom 28. November 2019 um 9:29 Uhr „an Alle“ habe auch die Antragstellerin an ihrem Arbeitsplatz erhalten und habe den Text mit dem Smartphone abfotografiert. Unterzeichnet sei diese E-Mail vom Geschäftsführer DI X und dem Verwaltungsdirektor Dipl.-Kfm. V.

Die Stelle sei vom Klinikum erst gar nicht ausgeschrieben worden. Der Antragstellerin sei zugetragen worden, dass die Entscheidung auf den neuen Primar als Ärztlicher Leiter gefallen sei, da er aus Bundesland 1 stamme.

Dabei sprechen auch die Punkte der beruflichen Qualifikation und Expertise für eine Diskriminierung. Der neue Ärztliche Leiter Dr. W habe aus seiner vorherigen beruflichen Tätigkeit über keine Führungs- und Leitungserfahrung als Chefarzt verfügt. Dr. W sei jünger als die Antragstellerin.

Er selbst habe in einem persönlichen Gespräch mit der Antragstellerin betont, dass er aus Bundesland 1 sei. Dass dies ein wesentliches Kriterium für die Stellenbesetzung gewesen sei, sei der Antragstellerin von leitender Stelle aus der Verwaltung der Klinik bestätigt worden.

Die Antragstellerin sei ... und Staatsangehörige, wohnhaft in Stadt 2 und verfüge über eine exzellente berufliche Expertise und Führungserfahrung aus mehr als zehn Jahren in großen Kliniken in

Noch am 28. November 2019 habe der Geschäftsführer der Antragsgegnerin, DI X, mit der Antragstellerin gesprochen, die Personalentscheidung beteuert und betont, dass er „noch nie zuvor“ eine Mitarbeiterin wie die Antragstellerin gehabt habe, die eine „100-prozentige Zustimmung bei Mitarbeitern/Mitarbeiterinnen und Patienten/Patientinnen“ erfahren habe.

Daraus ergebe sich zwingend, dass sachliche Gründe, insbesondere solche einer beruflichen Anforderung für die Diskriminierung der Antragstellerin ausscheiden.

Es sei nicht anders vorstellbar, als dass die Antragstellerin aufgrund ihres Geschlechtes einerseits, ihrer Herkunft andererseits, ihres Alters und insbesondere ihrer fehlenden Zugehörigkeit zum Stamme der Bundesländer 1 an ihrem beruflichen Aufstieg gehindert worden sei.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerin übermittelten Stellungnahme vom 30. April 2020 bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Die Antragstellerin sei bei der Antragsgegnerin als Primaria der Abteilung für ... angestellt worden. Das Dienstverhältnis habe am 1. Juli 2019 begonnen. Bereits am 6. September 2019 habe die Antragstellerin das Dienstverhältnis zum nächstmöglichen Kündigungstermin aufgekündigt; das Dienstverhältnis habe daher durch Dienstnehmerkündigung mit Ablauf des 31. März 2020 geendet.

Die Position des ärztlichen Leiters sei bis 31. Dezember 2019 durch den Primarius Dr. Y ausgeübt worden. Am 5. September 2019 sei allen Mitarbeitern/Mitarbeiterinnen – sohin auch der Antragstellerin – mitgeteilt worden, dass Dr. Y wegen neuer beruflicher Herausforderungen das Haus verlassen werde. Der Antragstellerin habe spätestens ab diesem Zeitpunkt klar sein müssen, dass für Dr. Y eine Nachfolge gesucht werde. Dennoch habe die Antragstellerin am Folgetag, dem 6. September 2019, selbst die Kündigung ausgesprochen.

Diesen sehr wesentlichen Umstand habe die Antragstellerin im verfahrenseinleitenden Antrag – aus welchen Gründen auch immer – verschwiegen. Tatsache sei, dass der vorliegende Antrag aufgrund dieses Umstandes auffallend widersprüchlich und unschlüssig sei. Abgesehen davon sei mit Dr. W die fachlich beste und geeignetste Person als Nachfolger des Primarius Dr. Y ausgewählt worden.

Nachdem die Antragstellerin unmittelbar nach Bekanntgabe, dass Dr. Y das Haus verlassen werde, das Dienstverhältnis aufgekündigt habe, sei der Klinikleitung bewusst gewesen, dass die Antragstellerin aus eigener Initiative die Antragsgegnerin mit Ablauf des 31. März 2019 verlassen werde. Es sei daher widersinnig gewesen, die Antragstellerin zur ärztlichen Leiterin zu bestellen. Die Antragstellerin sei daher auch nicht in ihrem „beruflichen Aufstieg behindert“ worden; vielmehr habe sich die Antragstellerin durch Ausspruch der Kündigung selbst gegen ein berufliches Fortkommen bei der Antragsgegnerin entschieden.

Im Übrigen entspreche es nicht den Tatsachen, dass der Antragstellerin die Position der ärztlichen Leitung im Rahmen ihres Bewerbungsgesprächs bereits zugesagt oder auch nur in Aus-

sicht gestellt worden sei. Selbst, wenn dies der Falle gewesen wäre, habe sich die Antragstellerin durch Ausspruch der Kündigung von sich aus gegen eine weitere Beschäftigung in der Klinik – in welcher Position auch immer – entschieden.

Für die Entscheidungsfindung über die Nachfolge der ärztlichen Leitung komme es ausschließlich auf fachliche Qualifikationen an. Die staatsbürgerliche oder auch regionale Herkunft (Zugehörigkeit zum „Stamme der Bundesländer 1“), das Geschlecht oder das Alter würden dabei keine Rolle spielen. Die Antragstellerin sei weder diskriminiert, noch in sonstiger Weise rechtswidrig behandelt worden.

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 Dipl. Kfm. (FH) V (informierter Vertreter der Antragsgegnerin) vom 14. September 2021. Als weitere Auskunftspersonen wurden Mag. U, DI X, MBA und Dr. W am 14. September 2021 befragt. Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf das Arbeitszeugnis der Antragstellerin von März 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

[...]

5. beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen [...]“

„§ 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

[...]

5. beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen [...]“

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

Generell ist zur Frage des Beweismaßes und der Beweislastverteilung im GBK-Verfahren anzumerken, dass eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne der §§ 3 und 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 Antragstellers/der Antragstellerin sprechen als dagegen.³ Dem Antragsgegner/der Antragsgegnerin obliegt dann zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes von ihm/ihr glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung des Vorwurfes, die Antragstellerin sei im Zuge des Auswahlverfahrens zur Besetzung der Position der Ärztlichen Leitung des Klinikums aufgrund des Geschlechtes, des Alters und der ethnischen Zugehörigkeit diskriminiert worden, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem Sachverhalt aus:

Die im Jahr 1971 geborene Antragstellerin mit ... und ... Wurzeln war seit 1. Juli 2019 bei der Antragsgegnerin als Primaria in der ... Klinik und stellvertretende Ärztliche Leiterin beschäftigt. Zuvor hatte sie 16 Jahre Erfahrung als leitende Oberärztin und Chefärztin in zwei Kliniken in ... gesammelt, von denen sie eine auch begründet hatte.

Die beruflichen Verhandlungen und Gespräche vor ihrer Einstellung begannen bereits Ende 2018. Im Rahmen dieser Besprechungen wurden unter anderem weitere Karrierestufen thematisiert und aufgrund der niedrigeren Gehälter in Österreich im Vergleich zu Deutschland versucht, eine Lösung zu finden, die Antragstellerin dennoch zu gewinnen. So kam es zum Angebot, die Position der stellvertretenden Ärztlichen Leitung zusätzlich zu übernehmen, welches die Antragstellerin annahm. Dadurch wurde der Antragstellerin verstärkt durch einzelne Aussagen der Geschäftsführung (ungewollt) der Eindruck vermittelt, möglicherweise zukünftig die Stelle als Ärztliche Leitung übernehmen zu können, während diese Position im Hintergrund schon jemand anderem mündlich vorläufig zugesichert worden war. Die Herkunft der Antragstellerin wurde im Zusammenhang mit der Einstellung nicht thematisiert.

Der damalige Ärztliche Leiter der Klinik und Primar Y hatte dem damaligen Geschäftsführer der Antragsgegnerin X, der bis 31. Juli 2020 Geschäftsführer für die Region ... und für sämtliche Betriebe der ... in ..., ... und ... zuständig war, immer wieder zu verstehen gegeben, sich beruflich verändern zu wollen. Demgemäß wurde von Seiten der Antragsgegnerin ein diskreter

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

Suchvorgang nach einer Nachfolge für Y initiiert, wobei W, der sich ursprünglich für eine im Jänner 2019 ausgeschriebene Stelle als stellvertretender Ärztlicher Leiter und stellvertretender Chefarzt der ... beworben hatte, in den Fokus rückte. Parallel zum Aufnahmeverfahren der Antragstellerin konkretisierten sich die Gespräche mit dem im Jahr 1974 geborenen W. Anstelle der Position des Stellvertreters von Y, sollte er letzten Endes seine sämtlichen Funktionen übernehmen und dessen Nachfolger werden.

Bereits zum Zeitpunkt des Arbeitsantritts der Antragstellerin stand daher im Hintergrund fest, dass W auf Y folgen sollte, wobei der genaue Zeitpunkt der Übergabe sowie die offizielle Kommunikation noch offengeblieben waren.

Da es sich bei der Antragsgegnerin um eine Privatkrankenanstalt handelte, war die Stelle des Ärztlichen Direktors/der Ärztlichen Direktorin nicht öffentlich ausgeschrieben. Die Antragsgegnerin war an die Prozesse der ... GmbH gebunden, weshalb Kollegial- und Gesellschafterausschussbeschlüsse bei Besetzungen – insbesondere bei Stellen, für die mehr als EUR 50.000,00 Jahresbruttogehalt vorgesehen sind – der Geschäftsordnung nach einzuholen waren. Die Personalentscheidung erfolgte sodann auf Vorschlag der Geschäftsführung. Bei einem Treffen in ... Anfang Juli 2019 wurde W neue Funktion fixiert. Er trat seinen Dienst als Primarius der ... und Ärztlicher Leiter letztendlich per 1. Jänner 2020 bei der Antragsgegnerin an.

Anfang August erfuhr die Antragstellerin vom damaligen Verwaltungsdirektor der Antragsgegnerin U, dass Y Ende 2019 die Antragsgegnerin verlassen würde und ein Kollege aus der ... als dessen Nachfolge im Gespräch sei. U erzählte ihr, dass der potenzielle Nachfolger Oberarzt in einer Deutschen Klinik war und es sich dabei um einen „gebürtigen Bundesländer 1“ handelte. Daraufhin kontaktierte die Antragstellerin den Geschäftsführer der Antragsgegnerin X. Dieser stimmte zu, dass Verhandlungen für die Neubesetzung im Gange seien, betonte aber, dass noch keine Entscheidung gefallen sei. Eine entsprechende Ausschreibung für die Stelle ließ sich von der Antragstellerin nicht finden.

Am 5. September 2019 erfuhr die Antragstellerin von U, dass ein konkreter Nachfolger für beide Positionen im Raum stehe. Mit der Antragstellerin war bis dahin trotz der Andeutungen in den Vorverhandlungen kein diesbezügliches Gespräch geführt worden. Sie fühlte sich nicht gleichbehandelt und reichte unter anderem wegen des mangelnden Vertrauens bereits am darauffolgenden Tag ihre Kündigung ein.

Über die Aussendung eines allgemeinen E-Mails, das am 28. November 2019 an sämtliche Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen verschickt worden war, erfuhr die Antragstellerin offiziell, dass es sich bei Y Nachfolger um W handelte.

Die Antragsgegnerin verfügt über vier klinische Abteilungen, von denen zwei von Frauen und zwei von Männern geleitet werden. Y ist deutscher Staatsangehöriger, die Primaria der ... kommt aus Rumänien. Aufgrund der räumlichen Nähe der Antragsgegnerin zu Deutschland

und der Schweiz bewarben sich generell wenige Österreicher und Österreicherinnen bei der Antragsgegnerin.

In der Klinik war es üblich, dass die Funktion der Ärztlichen Leitung zusätzlich zu jener eines Primarius/einer Primaria übernommen wird. Die Abteilung ... verfügte über mehr als 80 Betten, während jener der ... 36 Betten zugeordnet waren.

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

1. Es liegt **keine Diskriminierung** aufgrund **des Geschlechtes beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen**, gemäß **§ 3 Z 5 GIBG** vor.

Der Begriff beruflicher Aufstieg ist weit auszulegen. Dies bezieht sich sowohl auf den zeitlichen Rahmen, in dem Aufstiegsdiskriminierungen in Betracht kommen, als auch auf die Verhaltensweisen, die unter den Aufstiegsbegriff fallen können. Erfasst sind nicht nur Benachteiligungen aufgrund des Geschlechtes bei der rechtlich verbindlichen Entscheidung über den Aufstieg, sondern auch diesem Rechtsakt „vorgelagerte“ Verhaltensweisen.⁴ Der Tatbestand des § 3 Z 5 GIBG umfasst somit alle Maßnahmen des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin, die mit dem laufenden Beschäftigungsverhältnis des betroffenen Arbeitnehmers/der betroffenen Arbeitnehmerin zusammenhängen und die Weiterentwicklung im beruflichen Fortkommen beeinflussen. Aber nicht nur Verhaltensweisen des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin, die diese positive Entwicklung begünstigen, sondern auch solche, die den Entwicklungsprozess erschweren, verzögern oder überhaupt verhindern, fallen darunter.⁵

Im vorliegenden Fall hatte die Antragstellerin bei der Antragsgegnerin eine neue Stelle als Primaria und stellvertretende Ärztliche Leitung angetreten und Interesse an Aufstiegsmöglichkeiten gezeigt. Dennoch wurde ein neuer Kollege mit der Ärztlichen Leitung betraut. Diese Stelle wäre mit mehr Verantwortung sowie einer höheren Entlohnung verbunden gewesen, weshalb dieser Fall vom Begriff des beruflichen Aufstieges umfasst ist.

Die Antragstellerin konnte nach Ansicht des Senates durch ihre Ausführungen überzeugend darlegen, dass sie sich durch den intransparenten Prozess, aus dem ein anderer Kandidat als neuer Ärztlicher Leiter hervorging, hintergangen und benachteiligt gefühlt hatte. Dies insbesondere aus dem Grund, dass sie zuvor mehrfach gegenüber der Geschäftsführung angedeutet hatte, eine höhere Funktion anzustreben.

Dieser Unmut konnte vom Senat zwar zum Teil nachvollzogen werden, ihre Schilderungen ließen allerdings nicht darauf schließen, dass die Antragstellerin tatsächlich aufgrund ihres Geschlechtes beim beruflichen Aufstieg von der Antragsgegnerin diskriminiert wurde. Es gelang

⁴ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 3 Rz 100.

⁵ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 3 Rz 106.

der Antragstellerin in der mündlichen Befragung nicht, die vorgebrachten Vorwürfe gegenüber der Antragsgegnerin weiter zu konkretisieren und folglich die in ihrem Antrag angeführten Vorkommnisse glaubhaft zu machen.

Aus der Befragung der Auskunftspersonen ging unter anderem hervor, dass die Nachfolge der Ärztlichen Leitung bereits vor dem Einstieg der Antragstellerin vorbestimmt war, da zu Beginn ihrer Tätigkeit bei der Antragsgegnerin nur noch formale Vorkehrungen für die Position getroffen werden mussten. Die Stelle, aufgrund derer sich die Antragstellerin benachteiligt gefühlt hatte, war nicht öffentlich ausgeschrieben worden, da sich dessen Neuvergabe erst im Zuge von Monate langen Gesprächen näher konkretisiert hatte. Die Auskunftspersonen legten nachvollziehbar und ausführlich dar, wie sich die Übergabe der Chefarzt-Position auf Ebene der Geschäftsführung gestaltete und vermittelten dem Senat glaubwürdig, dass bei der Auswahl der Nachfolge der Aspekt des Geschlechtes keine Rolle spielte. Die Funktion des scheidenden Ärztlichen Leiters wurde mitsamt seiner Aufgabe als Primarius der ... in einem Zug auf eine neue Person, die fachlich geeignet war, übertragen.

Der damalige Geschäftsführer betonte, dass er mit der Antragstellerin zwar durchaus über ihr Entwicklungspotenzial gesprochen hatte, ihr aber keine konkreten Versprechungen machen konnte. Er sah das Potenzial vor allem im Konzern und bezog ihre Förderung nicht bloß auf die Position der Ärztlichen Leitung.

Es ergaben sich daher auch von Seiten der Antragsgegnerin keine Anhaltspunkte dafür, dass die Antragstellerin aufgrund ihres Geschlechtes nicht für die entsprechende Position in Erwägung gezogen worden sei.

Der von der Antragstellerin gewonnene Eindruck führte daher im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs 12 GIBG zur Ansicht, dass es der Antragstellerin nicht gelungen ist, eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes beim beruflichen Aufstieg durch die Antragsgegnerin glaubhaft zu machen. Daher verlagerte sich die Beweislast nicht auf die Antragsgegnerin und das Beweisdefizit geht zu Lasten der Antragstellerin.

2. Es liegt **keine Diskriminierung** aufgrund **des Alters beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen, und**
3. **keine Diskriminierung** aufgrund **der ethnischen Zugehörigkeit beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen, gemäß § 17 Abs 1 Z 5 GIBG** vor.

§ 17 Abs 1 Z 5 untersagt Diskriminierungen unter anderem aus dem Grund des Alters und der ethnischen Zugehörigkeit beim beruflichen Aufstieg im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses. Die Beförderung wird als ein in der Praxis besonders wichtiger Unterfall des Aufstiegs ausdrücklich hervorgehoben. Die vorliegende Bestimmung ist § 3 Z 5, der geschlechtsbezogene

Diskriminierungen beim beruflichen Aufstieg untersagt, nachgebildet und erstreckt das dort festgelegte Verbot auf die im II. Teil des Gesetzes geschützten Gründe.⁶

Adressaten/Adressatinnen der Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit sind Personen, die als fremd wahrgenommen werden, weil sie aufgrund bestimmter Unterschiede von der regionalen Mehrheit als nicht zugehörig angesehen werden. Erscheinungsformen sind Diskriminierungen wegen Hautfarbe, Herkunft, Religion, Sprache, Kultur oder Sitten.⁷

Hinsichtlich des Inhalts des Diskriminierungsverbots aufgrund des Alters besteht Einigkeit darüber, dass davon alle Arbeitnehmer/Arbeitnehmerinnen unabhängig von einem konkreten Alter erfasst werden. Mit „Alter“ wird grundsätzlich das biologische Alter iSd vergangenen Zeit eines Menschenlebens gemeint, auch wenn im Bereich der mittelbaren Diskriminierung häufig Überschneidungen mit dem Dienstalalter bestehen. Ziel aller Diskriminierungsverbote im II. Teil des GIBG ist, dass die im § 17 Abs 1 angeführten Gründe nicht für Behandlungen und Entscheidungen relevant sein sollen, die in den Geltungsbereich des GIBG fallen.⁸

Wie oben festgestellt, strebte die Antragstellerin mit ... kulturellen Hintergrund eine höhere Funktion an, wobei ein männlicher Kollege, der drei Jahre später geboren und Bundesländer 1 war, mit der Ärztlichen Leitung betraut wurde. Diese Stelle wäre mit mehr Verantwortung sowie einer höheren Entlohnung verbunden gewesen, weshalb dieser Fall vom Begriff des beruflichen Aufstieges umfasst ist.

Da das Gleichbehandlungsgebot gemäß § 17 Abs 1 Z 5 jenem nach § 3 Z 5 im I. Teil des GIBG sehr ähnlich ist, kann an dieser Stelle weitgehend auf die Ausführungen zu § 3 Z 5 verwiesen werden.

Bei der Antragstellerin handelte es sich zwar im Vergleich zu ihrem Kollegen um eine ältere Person, der konkrete Altersunterschied bestand jedoch in lediglich drei Jahren. Schon diese geringe Differenz im Verhältnis zur langjährigen Arbeitserfahrung der beiden erschwerte den Anschein einer Diskriminierung aufgrund des Alters. Die Antragstellerin erwähnte in dem Zusammenhang bloß, dass aufgrund von geringer Führungserfahrung und Qualifikation eine deutliche Gehaltsanpassung möglich und der jüngere Kollege daher „nicht so teuer“ sei. Dieser Aspekt war für den Senat in Bezug auf die ähnliche Gehaltseinstufung zweier Ärzte/Ärztinnen mit jahrelanger Erfahrung nicht nachvollziehbar. Die Antragstellerin konnte das Vorbringen nicht weiter konkretisieren.

Dass es sich beim neuen Ärztlichen Leiter um einen „gebürtigen Bundesländer 1“ handelte mag den Befragungen der Antragstellerin und einer Auskunftsperson zufolge zwar im Vorfeld erwähnt worden sein, stellte allerdings kein Auswahlkriterium für die Vergabe des Postens

⁶ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 17 Rz 117.

⁷ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 17 Rz 15.

⁸ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 17 Rz 54.

dar. Diese Überzeugung erhielt der Senat durch die glaubhaften Informationen der Antragsgegnerin in Bezug auf die internationale Belegschaft, nicht nur auf Führungsebene. Die Antragstellerin räumte ein, dass ihre Herkunft zumindest im Zuge ihrer Einstellung nicht thematisiert worden ist, konnte aber ihr Vorbringen, im beruflichen Fortkommen aufgrund ihrer ethnischen Zugehörigkeit nicht weiter konkretisieren.

Der von der Antragstellerin gewonnene Eindruck führte daher im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 26 Abs 12 GIBG zur Ansicht, dass es der Antragstellerin auch nicht gelungen ist, eine Diskriminierung aufgrund des Alters oder der ethnischen Zugehörigkeit beim beruflichen Aufstieg durch die Antragsgegnerin glaubhaft zu machen. Daher verlagerte sich die Beweislast nicht auf die Antragsgegnerin und das Beweisdefizit geht zu Lasten der Antragstellerin.

Wien, 14. September 2021

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK