

# Gbk 2025/4/1 GBK I/1189/23

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 01.04.2025

## Norm

§3 Z1 GIBG

1. GIBG § 3 heute
2. GIBG § 3 gültig ab 01.08.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 107/2013
3. GIBG § 3 gültig von 01.07.2004 bis 31.07.2013

## Diskriminierungsgrund

Geschlecht

## Diskriminierungstatbestand

Begründung des Arbeitsverhältnisses

## Text

Senat I der Gleichbehandlungskommission Senat römisch eins der Gleichbehandlungskommission

Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz Prüfungsergebnis gemäß Paragraph 12, GBK/GAW-Gesetz

(BGBl Nr 108/1979 idgF) Bundesgesetzblatt Nr 108 aus 1979, idgF)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 1. April 2025 über den am 21.09.2023 eingelangten Antrag der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für A (Antragstellerin) betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 GIBG (BGBl I Nr 66/2004 idgF) durch X (Antragsgegnerin) nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl II Nr 396/2004 idgF), zu GZ GBK I/1189/23, zu folgendem Der Senat römisch eins der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 1. April 2025 über den am 21.09.2023 eingelangten Antrag der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für A (Antragstellerin) betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß Paragraph 3, Ziffer eins, GIBG Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 66 aus 2004, idgF) durch römisch zehn (Antragsgegnerin) nach Durchführung eines Verfahrens gemäß Paragraph 12, GBK/GAW-Gesetz in Verbindung mit Paragraph 11, der Gleichbehandlungskommissions-GO Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr 396 aus 2004, idgF), zu GZ GBK I/1189/23, zu folgendem

PRÜFUNGSERGEBNIS:

A ist aufgrund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 GIBG durch X diskriminiert worden. A ist aufgrund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß Paragraph 3, Ziffer eins, GIBG durch römisch zehn diskriminiert worden.

Dies ist eine gutachterliche Feststellung. Es handelt sich hierbei im Sinne der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes<sup>1</sup> nicht um einen Bescheid.

## VORBRINGEN

Im Antrag wurde im Wesentlichen Folgendes vorgebracht:

Die Antragstellerin habe sich am 15. Jänner 2023 für das Programm: „...“ beim X1 der X beworben. Sie habe ein Forschungskonzept eingereicht. In der Folge sei sie zu einem Bewerbungsgespräch über Zoom eingeladen worden. Bei dem Gespräch seien Y (Projekt- und Produktionsleitung X1) und Z (künstlerische Leitung X1) anwesend gewesen. Es seien von Z Fragen zu künstlerischen Vorhaben gestellt worden. Y habe sie gefragt, ob sie EU-Bürgerin sei und ob sie auch bereit wäre, einen unbefristeten Vertrag zu unterzeichnen. Sie habe beide Fragen mit „Ja“ beantwortet. Zu diesem Zeitpunkt habe die Antragstellerin noch nicht von ihrer Schwangerschaft gewusst. Es sei gesagt worden, dass in einer Woche die Entscheidung fallen werde. In der darauffolgenden Woche sei sie jedoch nur nach ihrer Publikationsliste gefragt worden, welche sie übermittelt habe. Das darauffolgende Email habe die Antragstellerin als Jobzusage gewertet. Am 5. März 2023 bekam sie folgende E-Mail von Z: „Dear A, Thank you so much! I am very happy to finalize the call and as you might have guessed already – your concept has been so convincing, that we would love to proceed with you. Wednesday in the afternoon sounds great – how can I reach you? Warmly, Z“. Die Antragstellerin habe sich am 15. Jänner 2023 für das Programm: „...“ beim X1 der römisch zehn beworben. Sie habe ein Forschungskonzept eingereicht. In der Folge sei sie zu einem Bewerbungsgespräch über Zoom eingeladen worden. Bei dem Gespräch seien Y (Projekt- und Produktionsleitung X1) und Z (künstlerische Leitung X1) anwesend gewesen. Es seien von Z Fragen zu künstlerischen Vorhaben gestellt worden. Y habe sie gefragt, ob sie EU-Bürgerin sei und ob sie auch bereit wäre, einen unbefristeten Vertrag zu unterzeichnen. Sie habe beide Fragen mit „Ja“ beantwortet. Zu diesem Zeitpunkt habe die Antragstellerin noch nicht von ihrer Schwangerschaft gewusst. Es sei gesagt worden, dass in einer Woche die Entscheidung fallen werde. In der darauffolgenden Woche sei sie jedoch nur nach ihrer Publikationsliste gefragt worden, welche sie übermittelt habe. Das darauffolgende Email habe die Antragstellerin als Jobzusage gewertet. Am 5. März 2023 bekam sie folgende E-Mail von Z: „Dear A, Thank you so much! römisch eins am very happy to finalize the call and as you might have guessed already – your concept has been so convincing, that we would love to proceed with you. Wednesday in the afternoon sounds great – how can römisch eins reach you? Warmly, Z“.

Am 9. März 2023 teilte die Antragstellerin in ihrem nächsten Gespräch mit Z daher mit, dass sie in der fünften Woche schwanger sei. Z habe der Antragstellerin erzählt, dass sie selbst drei Kinder habe und dass sie mit ihnen viel nach Istanbul und New York für Projekte gereist sei, als sie noch klein gewesen wären. Sie sagte, dass das X1 sicher flexibel sei und die Antragstellerin nach dem ersten Trimester im Mai umziehen könne. Es sei ein fast einstündiges Gespräch gewesen. Am Ende habe Z der Antragstellerin gesagt, dass das nächste Gespräch nur noch ein paar letzte Details betreffen würde und wahrscheinlich mit W (kaufmännische Geschäftsführung X) und Y stattfinden würde. Am 9. März 2023 teilte die Antragstellerin in ihrem nächsten Gespräch mit Z daher mit, dass sie in der fünften Woche schwanger sei. Z habe der Antragstellerin erzählt, dass sie selbst drei Kinder habe und dass sie mit ihnen viel nach Istanbul und New York für Projekte gereist sei, als sie noch klein gewesen wären. Sie sagte, dass das X1 sicher flexibel sei und die Antragstellerin nach dem ersten Trimester im Mai umziehen könne. Es sei ein fast einstündiges Gespräch gewesen. Am Ende habe Z der Antragstellerin gesagt, dass das nächste Gespräch nur noch ein paar letzte Details betreffen würde und wahrscheinlich mit W (kaufmännische Geschäftsführung römisch zehn) und Y stattfinden würde.

Am 14. März erfolgte schließlich ein weiterer Zoom Call, an dem auch Y teilnahm. In diesem hätten die beiden der Antragstellerin die Probleme erklärt, die sich aus dem Anspruch auf Mutterschutz in Österreich ergeben würden. Die Anstellung beim X1 sei zeitlich an die Eröffnungsphase gebunden, genau in diese Zeit würde der Mutterschutz der Antragstellerin fallen, sie würde also einem Beschäftigungsverbot unterliegen. Sie meinten auch, dass aus diesem Grund W einer Anstellung nicht positiv gegenüberstehen würde. Y habe der Antragstellerin berichtet, dass sie mit W gesprochen hätten und diesem von der Schwangerschaft von A berichtet hätten, er habe mit den Worten „No way“ reagiert. Die Antragstellerin habe angeboten, dass sie gerne bereit sei als Freelancerin zu arbeiten. Z habe gesagt, dass sie versuchen werde mit Herrn W zu sprechen. Die Antragstellerin habe in weiterer Folge eine Woche lang nichts von der Antragsgegnerin gehört, sie habe bei Z nach dem Stand der Dinge gefragt. Als Antwort habe sie am 24. März eine E-Mail erhalten in der stand, dass es nicht möglich sei sie anzustellen. Es sei ihr gesagt worden, dass nach der ersten Gesprächsrunde für die Jury Zweifel offen geblieben waren, ob die Antragstellerin, aber auch die Mitbewerber:innen ausreichende Fähigkeiten im Bereich der qualitativen empirischen Forschung aufweisen würden. Deshalb habe man die Publikationsliste angefragt. Die Position sei ein befristetes Anstellungsverhältnis, die Antragstellerin könne die

Stelle nicht die vollen 9 Monate ausfüllen, da es einen gesetzlich verpflichtenden Mutterschutz geben würde. Einige Zeit später bekam die Antragstellerin noch eine E-Mail auf Deutsch, in der sie noch einmal über den Selektionsprozess informiert wurde und eine Absage erhielt.

Die Auswahl für die Position oblag einer Jury bestehend aus: ...; (...), ... (Hochschule ...), Z (X1 ...), ... (... University ...), B (University ...), ... (University ...), ... (University ...), ... (...).

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerin übermittelten Stellungnahme vom 15. Dezember 2023 bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen: In der auf Ersuchen des Senates römisch eins der GBK von der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerin übermittelten Stellungnahme vom 15. Dezember 2023 bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Die Geschäftsführung der X bedauere sehr, dass die Antragstellerin den Eindruck gewonnen habe, dass sie aufgrund der offen kommunizierten Schwangerschaft nicht angestellt worden sei. Der Unternehmensführung der gesamten X seien die Bestimmungen des Gleichbehandlungsgesetzes wohl bekannt und es entspreche dem Leitbild der Unternehmensgruppe durch ihre Tätigkeit einen relevanten Beitrag zu nachhaltigem Handeln, zu einem respektvollen Zusammenleben ohne Ausgrenzung und Diskriminierung zu leisten. Die Geschäftsführung der römisch zehn bedauere sehr, dass die Antragstellerin den Eindruck gewonnen habe, dass sie aufgrund der offen kommunizierten Schwangerschaft nicht angestellt worden sei. Der Unternehmensführung der gesamten römisch zehn seien die Bestimmungen des Gleichbehandlungsgesetzes wohl bekannt und es entspreche dem Leitbild der Unternehmensgruppe durch ihre Tätigkeit einen relevanten Beitrag zu nachhaltigem Handeln, zu einem respektvollen Zusammenleben ohne Ausgrenzung und Diskriminierung zu leisten.

Es könne sein, dass aufgrund des von der Antragstellerin zitierten Emailverlaufs der Eindruck erweckt worden sei, dass die Information über die Schwangerschaft der Grund für die Absage gewesen sei. Tatsächlich seien aber ausschließlich inhaltliche Überlegungen Grund dafür, dass die Bewerbung der Antragstellerin sowie auch die Bewerbung der zweiten verbliebenden Bewerberin, mit der bis zuletzt parallel mit der Antragstellerin Gespräche geführt worden seien, nicht zum Zug gekommen sind. Die von den Bewerber:innen präsentierten Konzepte seien alle inhaltlich insofern nicht abschließend überzeugend gewesen, weil einerseits ein fundiertes und plausibles Forschungskonzept gefehlt habe und andererseits bezweifelt worden sei, dass die Fähigkeit zu einer qualitativ basierten wissenschaftlichen Begleitung bestehe, weshalb sich die beigezogene Jury, die künstlerische Leitung sowie auch die Geschäftsführung entschieden haben, keine der Bewerber:innen anzustellen. Die Stelle sei zwischenzeitig anderweitig vergeben worden. Die Schwangerschaft habe bei der Absage gar keine Rolle gespielt.

Von Seiten der X sei eine Jury bestehend aus ..., ..., ..., Internationale Hochschule, Z, X1, ..., Universität ..., B, Universität Wien, ..., ..., Fachhochschule ..., ..., Universität ... und ..., ... eingesetzt worden. Zweck der Jury sei die Bewertung (nach den nachstehend näher beschriebenen Auswahlkriterien) der Bewerber:innen sowie die Auswahl für die erste ... des X1s. Von Seiten der römisch zehn sei eine Jury bestehend aus ..., ..., ..., Internationale Hochschule, Z, X1, ..., Universität ..., B, Universität Wien, ..., ..., Fachhochschule ..., ..., Universität ... und ..., ... eingesetzt worden. Zweck der Jury sei die Bewertung (nach den nachstehend näher beschriebenen Auswahlkriterien) der Bewerber:innen sowie die Auswahl für die erste ... des X1s.

Bei einer ersten Jurysitzung am 1. Februar 2023 seien alle Bewerbungen für die Stelle nach folgenden Auswahlkriterien diskutiert und protokolliert worden:

- Künstlerische Expertise oder Erfahrung mit ästhetischen Prozessen und profunde Kenntnisse des Kunstfeldes;
- Fähigkeit zu einer qualitativ basierten wissenschaftlichen Begleitung laufender Projekte des X1;
- Plausibles Forschungskonzept (z. B. Schlüssigkeit von Forschungsfrage und Forschungsdesign);
- Fähigkeit zur Reflexion aktueller Diskurse und Praxen in der Kunstproduktion, dem Kuratieren und der Vermittlung für und mit Kindern;
- Fähigkeit, die Ergebnisse strategisch in einen Transfer zu bringen (Publikation, Präsentation, Lehr-formate, etc.);
- Fähigkeit zur Zusammenarbeit mit dem Team des X1s;

- Inhaltlicher Bezug zum X1;
- Kenntnisse der deutschen Sprache.

Von der Jury seien schließlich drei Einreichungen – darunter befand sich auch jene der Antragstellerin – als “künstlerisch gut” erachtet worden, wobei es zu keiner Reihung der drei Bewerbungen gekommen sei. Sowohl die künstlerische Leiterin Z, die Projektleiterin Y als auch die Jury haben alle drei Bewerbungen aus künstlerischer Sicht als spannend erachtet; folgende der oben beschriebenen Bewertungskriterien seien aber nach Einschätzung der Jury bei allen drei Einreichungen nicht erfüllt worden bzw. konnten nicht aus den Einreichungen abgelesen werden:

- Plausibles Forschungskonzept, und
- Fähigkeit zu einer qualitativ basierten wissenschaftlichen Begleitung

Um abzuklären, ob die Einreichungen in qualitativ-empirische Forschungskonzepte überführt werden können, schlug die Jury folgenden nächsten Schritt vor:

- Schriftliche Übermittlung von 3 Fragen sowie Anfrage einer Publikationsliste:

o Erhebung Daten: Welche Erhebungsverfahren setzen Sie ein?

o Auswertung der erhobenen Daten: Welche Auswertungsverfahren und -methoden setzen Sie ein?

o Darstellung der Ergebnisse: Welche Ergebnisdarstellung planen Sie?

- Einzel-Zoom-Meetings mit den Bewerber:innen und Z sowie Y (X1)
- Bericht von Z an die Jury in einem zweiten Meeting (digital).

Z absolvierte schließlich mit allen drei ausgewählten Bewerber:innen die Zoom Meetings, wobei bei diesen Meetings insbesondere diese 3 Fragen diskutiert worden sind.

Da die drei Fragen allerdings von keiner der Bewerber:innen klar beantwortet werden konnten, einigte sich die Jury nicht auf eine:n finale:n Bewerber:in.

Die Antragsgegnerin habe sich entschieden, sich auf zwei Bewerberinnen zu konzentrieren und weiterführende und vertiefende Gespräche mit beiden zu führen, um die drei Fragen nochmal gemeinsam zu reflektieren. Daraufhin seien sowohl mit A als auch mit einer zweiten Bewerberin weitere Gespräche geführt worden. Im Zusammenhang mit der Vorbereitung dieser Gespräche sei auch der Email-Verlauf, der im Antrag angeführt sei zu sehen.

Dabei impliziere Z im ersten Email (3.3.2023) das Ziel dieses angefragten zweiten Gesprächs, nämlich “if, how and when we can take the next steps”. Im weiteren Verlauf dieser Terminfindung erwähne Z auch das Konzept ihrer Einreichung – “I am very happy to finalize the call and as you might have guessed already – your concept has been so convincing, that we would love to proceed with you.” Die Antragstellerin habe diese Aussage offenbar als Jobzusage gewertet ohne aber dieses Email in den Kontext zu setzen.

Die Antragstellerin sei wiederholt klar und nachweislich darauf hingewiesen worden, dass Z als künstlerische Leitung weder rechtlich noch faktisch befugt war über eine finale Vertragszusage zu entscheiden. Dies werde auch dadurch belegt, dass – wie die Antragstellerin ausführt – es einen Termin mit W (kfm. GF X) und Y brauchte. Auch sei niemals über das Gehalt der Anstellung verhandelt worden; in der Ausschreibung war noch ursprünglich von einem Stipendium in Höhe von EUR 1.300-2.000 p.m. die Rede. Die Antragstellerin sei wiederholt klar und nachweislich darauf hingewiesen worden, dass Z als künstlerische Leitung weder rechtlich noch faktisch befugt war über eine finale Vertragszusage zu entscheiden. Dies werde auch dadurch belegt, dass – wie die Antragstellerin ausführt – es einen Termin mit W (kfm. GF römisch zehn) und Y brauchte. Auch sei niemals über das Gehalt der Anstellung verhandelt worden; in der Ausschreibung war noch ursprünglich von einem Stipendium in Höhe von EUR 1.300-2.000 p.m. die Rede.

Eine rechtsverbindliche Zusage sei daher von der X weder mündlich noch schriftlich an die Antragstellerin gemacht worden. Eine rechtsverbindliche Zusage sei daher von der römisch zehn weder mündlich noch schriftlich an die Antragstellerin gemacht worden.

Die Ausschreibung des ... sei immer zeitlich auf 9 Monate befristet kommuniziert worden, da auch die Finanzierung dieser Stelle befristet sei. Daher entspreche die Aussage der Antragstellerin, dass Frau Y eine unbefristete Anstellung

angeboten hätte, keinesfalls den Tatsachen und es sei ein unbefristetes Dienstverhältnis auch mit Sicherheit zu keinem Zeitpunkt in Aussicht gestellt worden. Frau Y habe lediglich versucht, mit der Antragstellerin abzuklären, ob sie die für eine in Österreich nötige Arbeitsbewilligung für die mögliche Anstellung hätte; wie sich herausstellte hat die Antragstellerin eine EU-Bürgerschaft.

Die Antragsgegnerin habe die Frage, ob der/die ... anzustellen ist oder nicht, schriftlich mit der Steuerberatungskanzlei ... prüfen lassen: Ergebnis war klar, dass dies über einen echten Dienstvertrag zu erfolgen hat. Hier hatte der Auftraggeber/Dienstgeber also de facto keine Wahlmöglichkeit des Beschäftigungsverhältnisses, weil die Tätigkeit und die Natur des Auftragnehmers sowie deren Eingliederung in den Betrieb den Beschäftigungsmodus bestimme. Daher sei auch eine Beschäftigung als Freelancerin nicht in Frage gekommen.

Das letzte Gespräch mit der Antragstellerin habe am 14. März 2023 stattgefunden. Parallel dazu habe auch die Terminfindung und das Online Meeting mit der zweiten (ebenfalls schlussendlich abgesagten) Bewerberin stattgefunden (nämlich am 15. März 2023). Das Fazit dieser zweiten Gesprächsrunde mit A sei gewesen, dass – auch wenn der Ansatz von A aus künstlerischer Sicht sehr gut war – sie auch nach den zwei Gesprächen kein plausibles Forschungskonzept vorlegen konnte. Die Beantwortung der drei ursprünglich gestellten Fragen sei in allen Gesprächen sowohl von der Antragstellerin aber auch der zweiten Bewerberin nur vage erfolgt und sei damit nicht ausreichend gewesen. Es werde daher seitens der Antragsgegnerin ausdrücklich festgehalten, dass bei allen drei Gesprächen mit der Antragstellerin immer sowohl inhaltliche als auch organisatorische Themen besprochen worden seien. Festgehalten werde, dass das Gesprächsklima mit allen drei Bewerberinnen sehr freundlich und gut war; schließlich sei aber an alle drei Bewerberinnen – auch in Abstimmung mit der Jury, die von einer Schwangerschaft der Antragstellerin zu diesem Zeitpunkt gar nicht informiert worden sei – eine Absage übermittelt worden.

Vehement bestritten werde abschließend noch die Behauptung der Antragstellerin, Mag. W habe gegenüber Frau Y nach der Information einer Schwangerschaft der Antragstellerin mit „no way“ reagiert und es habe Frau Y dies auch nicht der Antragstellerin gegenüber berichtet. Diese Behauptung wird als reine Schutzbehauptung zurückgewiesen. Zusammengefasst sei allein der Umstand, dass die von der Jury erarbeiteten Auswahlkriterien, nämlich eine ausreichende Beantwortung der drei oben erwähnten Fragen und damit die Vorlage eines plausiblen Forschungskonzeptes von keiner der Bewerberinnen erfüllt werden konnte, weshalb allen drei verbleibenden Bewerberinnen eine Absage übermittelt worden sei; die kommunizierte Schwangerschaft sei in keinerlei kausalen Zusammenhang mit der Absage gestanden.

## PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin sowie die mündliche Befragung der Antragstellerin vom 01.04.2025 und von W (informierter Vertreter der Antragsgegnerin). Als weitere Auskunftspersonen wurden Y, Z und B befragt. Der Senat römisch eins der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin sowie die mündliche Befragung der Antragstellerin vom 01.04.2025 und von W (informierter Vertreter der Antragsgegnerin). Als weitere Auskunftspersonen wurden Y, Z und B befragt.

## BEGRÜNDUNG<sup>2</sup>

Die im vorliegenden Fall maßgebliche Bestimmung des Gleichbehandlungsgesetzes, BGBl I Nr 66/2004 idgF, lautet: Die im vorliegenden Fall maßgebliche Bestimmung des Gleichbehandlungsgesetzes, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 66 aus 2004, idgF, lautet:

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

1. bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses.

Generell ist zur Frage des Beweismaßes und der Beweislastverteilung im GBK-Verfahren anzumerken, dass eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne des 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<sup>3</sup>

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, einer Diskriminierung bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses aufgrund von Schwangerschaft, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem Sachverhalt aus: Der Senat römisch eins der GBK führte zwecks Überprüfung des Vorwurfes, einer Diskriminierung bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses aufgrund von Schwangerschaft, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem Sachverhalt aus:

Die Antragstellerin hat sich am 15. Jänner 2023 für das Programm: "...“ beim X1 der X beworben. Sie reichte ein Forschungskonzept ein. Die Antragstellerin hat sich am 15. Jänner 2023 für das Programm: "...“ beim X1 der römisch zehn beworben. Sie reichte ein Forschungskonzept ein.

Am 1. Februar 2023 fand die erste Jurysitzung statt, bei der alle Bewerbungen für die Stelle nach festgelegten Auswahlkriterien diskutiert und protokolliert wurden. Von der Jury wurden schließlich drei Einreichungen – darunter befand sich auch jene der Antragstellerin – als „künstlerisch gut“ erachtet, wobei es zu keiner Reihung der drei Bewerbungen gekommen ist. Es wurden jedoch Schwächen hinsichtlich der Fähigkeit zu einer qualitativ basierten wissenschaftlichen Begleitung festgestellt. Daher wurde eine Publikationsliste und Einzel-Zoom Meetings mit den Bewerber:innen und Z sowie Y vereinbart. Bei einer weiteren Jury Sitzung sollte berichtet werden. Die Jury konnte sich bei einer weiteren Sitzung nicht auf eine:n Bewerber:in einigen. Es wurde entschieden sich auf zwei Kandidat:innen zu konzentrieren und vertiefende Gespräche zu führen. Die Antragstellerin war eine der zwei.

Am 5. März 2023 bekam die Antragstellerin eine E-Mail von Z indem diese schreibt: „I am very happy to finalize the call and as you might have guessed already – your concept has been so convincing, that we would love to proceed with you.“ Dieses Email wertete die Antragstellerin als Jobzusage. Demgegenüber bringt die Antragsgegnerin vor, dass es sich um die Fixierung eines Termins für einen Videocall handelte.

Am 9. März 2023 teilte die Antragstellerin im nächsten Gespräch mit Z dieser mit, dass sie in der fünften Woche schwanger ist.

Am 14. März erfolgte ein weiterer Zoom Call, an dem auch Y teilnahm. In diesem Gespräch erklärten die beiden der Antragstellerin die Probleme, die sich aus dem Anspruch auf Mutterschutz in Österreich ergeben. Da die Anstellung beim X1 zeitlich mit dem Mutterschutz der Antragstellerin zusammengefallen wird, wird die Antragstellerin einem Beschäftigungsverbot unterliegen. Aus diesem Grund sehe der Geschäftsführer ihre Anstellung kritisch.

Am 24. März erhielt die Antragstellerin eine E-Mail in der stand, dass es nicht möglich ist sie anzustellen. In der Begründung hieß es, nach der ersten Gesprächsrunde sind für die Jury Zweifel offen geblieben, ob die Antragstellerin, aber auch die Mitbewerber:innen ausreichende Fähigkeiten im Bereich der qualitativen empirischen Forschung aufweisen.

Zwischen 13. März und 29. März erhielt B ein Angebot für die Stelle. Sie hat sich ursprünglich nicht dafür beworben, da der Zeitpunkt mit der Fertigstellung ihrer Masterarbeit zusammengefallen wäre. Der Arbeitsbeginn wurde jedoch verschoben, sodass sie die Stelle annehmen konnte.

In rechtlicher Hinsicht ist der Sachverhalt wie folgt zu beurteilen:

Niemand darf aufgrund des Geschlechts, insbesondere unter Bezugnahme auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat, im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis diskriminiert werden.

Das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes basiert zwar grundsätzlich auf dem Geschlecht im biologischen Sinn, beinhaltet aber auch alle anderen Fallkonstellationen, in denen das Geschlecht im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis als Unterscheidungskriterium verwendet wird, obwohl es grundsätzlich kein entscheidendes Kriterium sein dürfte. Zu den Fallkonstellationen zählen neben Benachteiligungen wegen allfälliger Betreuungspflichten oder das Anknüpfen an den Familienstand auch Benachteiligungen von Frauen wegen (der Möglichkeit) einer Schwangerschaft.<sup>4</sup>

Die Formulierung „bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses“ beschränkt sich nicht auf die konkrete Entscheidung

über die Einstellung, sondern erfasst auch Benachteiligungen im Rahmen des in der Regel vorausgehenden Auswahlverfahrens. Für die Beurteilung einer Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses ist somit auf verschiedene, dem Vertragsabschluss „vorgelagerte“ bzw. diesen „vorbereitende“ Verhaltensweisen von Arbeitgebern/Arbeitgeberinnen oder für diese handelnde Personen Bedacht zu nehmen (Vertragsanbahnung).<sup>5</sup>

Der EuGH geht von einem besonders weiten Begriff der (unmittelbaren) Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses aus. So begründet nach dem Urteil Feryn schon die öffentliche Äußerung eines/einer Arbeitgebers/Arbeitgeberin, er/sie werde keine Arbeitnehmer/ Arbeitnehmerinnen einer bestimmten ethnischen Herkunft einstellen, eine unmittelbare Diskriminierung bei der Einstellung, da solche Äußerungen bestimmte Bewerber/Bewerberinnen ernsthaft davon abhalten können, ihre Bewerbungen einzureichen, und damit ihren Zugang zum Arbeitsmarkt behindern.<sup>6</sup>

Das Gleichbehandlungsgebot bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses ist selbstverständlich auch dann zu beachten, wenn die Vertragsanbahnung nicht durch eine Stellenausschreibung, sondern auf andere Art erfolgt.<sup>7</sup>

Erfüllt ist der Diskriminierungstatbestand aber erst dann, wenn die Begründung des Arbeitsverhältnisses, dh der Vertragsabschluss, auf Grund des Geschlechts des Bewerbers/der Bewerberin unterbleibt. Die aus der Sicht des Gleichbehandlungsgebots bedenklichen Verhaltensweisen des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin im oben abgegrenzten „Vorfeld“ der endgültigen Einstellungsentscheidung – zB ein sehr langes Hinauszögern der Entscheidung über die einem Bewerber/einer Bewerberin zunächst in Aussicht gestellte Vertragsbegründung – können aber durchwegs wichtige Gesichtspunkte für die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses sein.<sup>8</sup>

Diskriminierungen von Frauen auf Grund von Schwangerschaft oder Mutterschaft sind unmittelbare Diskriminierungen auf Grund des Geschlechts, da „die Verweigerung einer Einstellung wegen Schwangerschaft nur Frauen gegenüber in Betracht kommt und daher eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt. Eine Verweigerung der Einstellung aufgrund der finanziellen Auswirkungen der Fehlzeiten wegen Schwangerschaft ist als eine Weigerung anzusehen, die im wesentlichen ihren Grund in der Schwangerschaft als solcher hat. Eine solche Diskriminierung kann nicht mit dem finanziellen Nachteil gerechtfertigt werden, den der Arbeitgeber im Fall der Einstellung einer schwangeren Frau während deren Mutterschaftsurlaubs erleiden würde.“<sup>9</sup>

Daher verstößt ein Arbeitgeber gegen das Gleichbehandlungsgebot, „wenn er es ablehnt, mit einer von ihm für geeignet befundenen Bewerberin einen Arbeitsvertrag zu schließen, weil er wegen der Einstellung einer schwangeren Frau Nachteile zu befürchten hat, die sich aus einer staatlichen Regelung über die Arbeitsunfähigkeit ergeben, wonach eine mit Schwangerschaft und Entbindung zusammenhängende Verhinderung an der Arbeitsleistung einer Verhinderung wegen Krankheit gleichsteht.“<sup>10</sup> Der Arbeitgeber darf die Einstellung einer Schwangeren auch nicht ablehnen mit dem Argument, „die Schwangere dürfe oder könne wegen der Schwangerschaft nicht von Anfang an wie geplant oder gar nicht beschäftigt werden“.<sup>11</sup> Das gilt selbst dann, wenn sie gar nicht beschäftigt werden kann, z.B als Röntgenassistentin.<sup>12</sup>

Eine Diskriminierung liegt demnach auch dann vor, wenn „sich nur Frauen beworben haben und wegen der Schwangerschaft entschieden wird.“<sup>13</sup> Verboten ist daher auch eine „Benachteiligung im Verhältnis zu nichtschwangeren Frauen“.<sup>14</sup>

Der Antragstellerin gelang es für den Senat nachvollziehbar darzulegen, dass es den Anschein hatte, dass ein Zusammenhang zwischen der Absage und ihrer Schwangerschaft bestehe. Demnach stand sie zunächst in regem Austausch mit der künstlerischen Leiterin und es herrschte durchwegs gute Stimmung. Auch als die Antragstellerin der künstlerischen Leiterin ihre Schwangerschaft offenbarte, reagierte diese vorbehaltlos positiv und erzählte der Antragstellerin, dass sie selbst mit ihren Kindern viel gereist sei, als diese noch klein gewesen waren. Erst später – nach einer Rücksprache mit dem Geschäftsführer – sind Zweifel aufgekommen und der Antragstellerin wurde kommuniziert, dass es Probleme mit dem Arbeitsverbot im Mutterschutz geben würde, da dieser zeitlich in die Eröffnungsphase des Projekts fallen würde.

Die Antragsgegnerin brachte vor, dass eine Jury eingerichtet worden sei, die eine Bewertung der Bewerber:innen nach festgelegten Auswahlkriterien vornehmen sollte. Das Ergebnis einer ersten Sitzung war eine Auswahl von drei künstlerisch interessanten Kandidat:innen, bei denen jedoch Schwächen in der wissenschaftlichen Begleitung gesehen wurden. Deshalb wurde der künstlerischen Leitung aufgetragen Einzelgespräche zu führen. Die künstlerische Leiterin

war nicht befugt eine Jobzusage zu machen. Daher hatte es keine rechtsverbindliche Zusage seitens der Antragsgegnerin gegeben. Die Jury hat sich in der zweiten Sitzung nicht auf eine:n Kandidat:in einigen können, weshalb die Stelle nach Aussage der Antragsgegnerin anderwertig vergeben worden sei.

Die Auskunftsperson B hat mit ihrer Aussage jedoch die Argumentationslinie der Antragsgegnerin entkräftet. Die Auskunftsperson erschien dem Senat sehr glaubwürdig, ihre Argumentation war schlüssig und stimmte mit dem im Verfahren vorgebrachten Zeitverlauf überein. Insbesondere ihre Aussage, dass ihr zwischen 13. März und 29. März ein Angebot für die Stelle gemacht worden ist und sie in diesem Zeitraum auch zugesagt hat, bestätigt nach Ansicht des Senats das Vorbringen der Antragstellerin. Die Auskunftsperson sagte aus, ihr wurde telefonisch vermittelt, dass die Antragstellerin die Stelle nicht bekommen werde, weil sie schwanger ist und das nicht geht. Für die Auskunftsperson war zunächst nicht klar, ob es von Seiten der Antragstellerin nicht geht oder von der Antragsgegnerin aus. Sie dachte zuerst, dass sich die Pläne der Antragstellerin durch ihre Schwangerschaft geändert hatten. Erst im Nachhinein hat es sich für sie in einem anderen Licht dargestellt. Die Auskunftsperson sagte aus, sie hatte sich nach all dem, was sie darüber erfahren hat, wie das Bewerbungsverfahren abgelaufen ist, nicht gewundert, dass sie als Zeugin in einem Verfahren aussagen sollte. Die Auskunftsperson sagte außerdem aus, dass sie sich für die Stelle ursprünglich schon bewerben hätte wollen, jedoch war für sie ein Arbeitsbeginn im März keinesfalls möglich gewesen, da sie ihre Masterarbeit fertigstellen musste. Als die beiden Projektleiterinnen Z und Y ihr das Angebot machten, die Stelle zu übernehmen, sagte sie, dass sie erst im August beginnen kann. Das wurde akzeptiert.

Aus Sicht des Senats ergibt sich aus dem zu einem späteren Zeitpunkt parallel gestarteten Bewerbungsverfahren mit B, dass die Schwangerschaft der Antragstellerin für die Entscheidung sie abzulehnen jedenfalls mitursächlich gewesen ist. B hatte sich zunächst nicht beworben, da der Zeitpunkt für sie nicht passte. Erst nach Bekanntwerden der Schwangerschaft der Antragstellerin ist ihr ein Jobangebot unterbreitet worden. Dabei erwies sich die Antragsgegnerin als zeitlich flexibel hinsichtlich des Beginns des Arbeitsverhältnisses. Demgegenüber wurde der Antragstellerin kommuniziert, dass ihre Anstellung nicht möglich ist, weil der Mutterschutz zeitlich genau mit der Eröffnungsphase zusammenfalle.

Der plötzliche, unerwartete Abbruch des Bewerbungsverfahrens mit der Antragstellerin nach Bekanntgabe der Schwangerschaft erweckt für den Senat durchaus den Eindruck, dass die Schwangerschaft bei der Entscheidungsfindung eine Rolle gespielt hat und somit für die Nichtbegründung des Arbeitsverhältnisses zumindest mitursächlich gewesen ist.

Die zeitliche Nähe zwischen der Bekanntgabe der Schwangerschaft der Antragstellerin am Donnerstag den 9. März 2023 und des Angebots der Stelle an B, die nicht am Bewerbungsverfahren teilgenommen hat, am Montag den 13. März 2023 ist ein weiteres Indiz dafür, dass die Schwangerschaft der Antragstellerin eine Rolle bei der Entscheidungsfindung gespielt hat.

Die Antragsgegnerin brachte vor, dass die künstlerische Leiterin gar nicht dazu befugt gewesen sei eine Entscheidung über die Einstellung eine:r Kandidat:in zu treffen, sondern dass diese Entscheidung der Jury obliege. Es ist jedoch unerheblich, ob das Email „I am very happy to finalise the call (...) your concept has been so convincing, that we would love to proceed with you“ eine Jobzusage war (finalise the call for applications) oder eine Zusage für einen weiteren Gesprächstermin (finalise the zoom call). Da das Gleichbehandlungsgesetz auch die dem Vertragsabschluss „vorgelagerte“ bzw. diesen „vorbereitende“ Handlungen umfasst ist es nebensächlich, ob es zum Zeitpunkt der Bekanntgabe der Schwangerschaft bereits eine Zusage gab oder die Antragstellerin lediglich eine vielversprechende Kandidatin gewesen ist.

Aus rechtlicher Hinsicht ist es ausreichend für eine Schwangerschaftsdiskriminierung, wenn die Schwangerschaft mitursächlich war für die Nichtbegründung des Arbeitsverhältnisses war. Dabei ist es unerheblich, ob die Antragstellerin die Stelle tatsächlich antreten hätte können. Der Senat gelangte daher nach Abwägung aller Umstände zu der Ansicht, dass die Schwangerschaft ein Grund gewesen ist, der zumindest mitursächlich für die Nichtbegründung des Arbeitsverhältnisses mit der Antragstellerin gewesen ist.

Eine Schwangerschaftsdiskriminierung liegt dann vor, wenn die Bewerberin die entsprechende Qualifikation hat. Dies sah der Senat als gegeben an, da die Antragstellerin nach der ersten Jurysitzung unter den besten drei, nach der zweiten Jurysitzung unter den besten zwei Kandidat:innen war.

Es liegt eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1

GIBG durch die Antragsgegnerin vor. Es liegt eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß Paragraph 3, Ziffer eins, GIBG durch die Antragsgegnerin vor.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es der Antragsgegnerin nicht gelungen ist zu beweisen, dass ausschließlich sachliche Motive für die Nichtbegründung des Arbeitsverhältnisses mit der Antragstellerin ausschlaggebend waren. Im Hinblick auf die Beweislastregeln des Paragraph 12, Absatz 12, GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es der Antragsgegnerin nicht gelungen ist zu beweisen, dass ausschließlich sachliche Motive für die Nichtbegründung des Arbeitsverhältnisses mit der Antragstellerin ausschlaggebend waren.

Denn das Vorliegen anderer, mitausschlaggebender Motive kann einen Arbeitgeber/eine Arbeitgeberin vom Vorwurf einer diskriminierenden Behandlung nicht entlasten, da den Realitäten der Arbeitswelt folgend davon auszugehen ist, dass unter Umständen auch mehrere Motive („Motivbündel“) – darunter auch sachliche – eine Rolle spielen können.<sup>15</sup>

#### VORSCHLAG

Gemäß § 12 Abs 3 GBK/GAW-Gesetz hat der Senat, wenn er der Auffassung ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, dem Arbeitgeber/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. Gemäß Paragraph 12, Absatz 3, GBK/GAW-Gesetz hat der Senat, wenn er der Auffassung ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, dem Arbeitgeber/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 Absatz 3, nicht entsprochen, kann gemäß Paragraph 12, Absatz 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 wird folgender Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes erteilt: Da der Senat römisch eins der GBK zur Auffassung gelangt ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, wird die Antragsgegnerin, römisch zehn, gemäß Paragraph 12, Absatz 3, GBK/GAW-Gesetz aufgefordert, die Diskriminierung zu beenden, und wird folgender Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes erteilt:

Leistung eines angemessenen Schadenersatzes

Wien, 01.04.2025

Dr.in Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK  
Vorsitzende des Senates römisch eins der GBK

1 Vgl. zB VfSlg. 19.321.

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

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

4 Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG<sup>2</sup> (2021) § 3 Rz 2.

5 Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG<sup>2</sup> (2021) § 3 Rz 13.

6 Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG<sup>2</sup> (2021) § 3 Rz 15; Vgl. EuGH C-54/07, Feryn, ECLI:EU:C:2008:397, Rn 41.

7 Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG<sup>2</sup> (2021) § 3 Rz 18.

8 Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG<sup>2</sup> (2021) § 3 Rz 21.

9 EuGH 8.11.1990, 177/88, Dekker, Rz 2.

10 EuGH 8.11.1990, 177/88, Dekker, Rz 14.

11 Vgl. Windisch-Graetz, GIBG (2022) §3 Rz 67.

12 Vgl. Windisch-Graetz, GIBG (2022) §3 Rz 67.

13 Vgl. Windisch-Graetz, GIBG (2022) §3 Rz 40.

14 Vgl. Windisch-Graetz, GIBG (2022) §3 Rz 40.

15 Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erlar, GIBG2 (2021) § 17 Rz 8.

**Zuletzt aktualisiert am**

24.03.2026

**Quelle:** Gleichbehandlungskommissionen Gbk, <https://www.bmgf.gv.at/home/GK>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)