

Empfehlung im Zusammenhang mit Pflegeberufen

Zur Zulässigkeit geschlechtsspezifischer Ausschreibungen im Zusammenhang mit Pflegeberufen in unterschiedlichen Bereichen und Branchen.

Einleitung

Die Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) bietet Beratung und Unterstützung bei Diskriminierung und setzt sich präventiv für Gleichbehandlung ein. Dazu besteht auch die Möglichkeit, gemäß § 5 Abs 2 GBK/GAW-Gesetz, eine Empfehlung auszusprechen. Es handelt sich dabei um eine Rechtsmeinung der GAW.

Die folgende Empfehlung wurde erstellt, um Fragen aufzuarbeiten, die von Arbeitgeber_innen und Arbeitsvermittler_innen im Bereich von Pflegedienstleistungen an die GAW gerichtet wurden. So stehen Pflegeeinrichtungen vor der Problematik, ob sie gezielt nach weiblichen/männlichen Pflegekräften suchen dürfen, weil die betreuten Personen entsprechende Wünsche geäußert haben, vor allem wenn es um die Intimpflege geht. Hier tut sich ein Spannungsfeld zwischen Wünschen und Bedürfnissen von Patient_innen/Klient_innen einerseits und den Anforderungen an die Organisation der Arbeitsabläufe und die Vorgaben des Gleichbehandlungsgesetzes (GlBG) andererseits auf. In der Folge wollen wir die gesetzlichen Vorgaben in Hinblick auf die unterschiedlichen Berufsgruppen und Organisationsanforderungen in der Pflege beleuchten.

Gesetzliche Grundlagen

„§9 (1) Der/die Arbeitgeber/in oder private/r Arbeitsvermittler/in gemäß den §§ 2 ff des Arbeitsmarktförderungsgesetzes, BGBI. Nr. 31/1969, oder eine mit der Arbeitsvermittlung betraute juristische Person öffentlichen Rechts darf einen Arbeitsplatz weder öffentlich noch innerhalb des Betriebes (Unternehmens) nur für Männer oder nur für Frauen ausschreiben oder durch Dritte ausschreiben lassen, es sei denn, ein bestimmtes Geschlecht ist unverzichtbare Voraussetzung für die Ausübung der vorgesehenen Tätigkeit. Die Ausschreibung darf auch keine zusätzlichen Anmerkungen enthalten, die auf ein bestimmtes Geschlecht schließen lassen.“

§9 (1) GIBG fordert bei Stellenanzeigen eine geschlechtsneutrale Ausschreibung, ausgenommen jener Tätigkeiten, für die das Geschlecht eine unverzichtbare Voraussetzung darstellt.

Aus der Sicht der GAW ist für eine Beurteilung, ob eine geschlechtsspezifische Stellenausschreibung erfolgen kann, zunächst wichtig, sich die unterschiedlichen Berufsgruppen in der Pflege näher anzusehen und das organisatorische Umfeld zu beleuchten:

Arten von Pflegeberufen und ihre organisatorische Einordnung

Als Pflegeberufe klassifiziert werden¹ vor allem:

Heimhilfe

Pflegeassistentenz

Pflegefachassistentenz

Fach-Sozialbetreuung

Dipl. medizinische Fachassistentenz

Rettungssanitäter in

Die Aufgaben der Berufsgruppe „Pflege“ sind vielfältig. Während Menschen, die als Heimhilfe beschäftigt sind, häufig in Einzelhaushalten tätig sind und bei alltäglichen Dingen unterstützen, kommen Rettungssanitäter_innen in Notfällen zum Einsatz. Auch die Anstellungsverhältnisse unterscheiden sich. Viele Menschen im Pflegebereich arbeiten in Krankenhäusern und Pflegeanstalten, daher sind auch Vertragsbeziehungen zu Bund/Ländern und Gemeinden nicht selten. Dadurch kommen häufig Landesgesetze und das B-GBG zur Anwendung. Die Landesgesetze unterscheiden sich bei den Anforderungen an Stelleninseraten im Wortlaut: es wird nicht die Formulierung „unverzichtbar“, sondern „wesentlich und entscheidend“ verwendet. So sprechen z.B. das L-BGB der Steiermark und

¹ So zB auf der Website des WAFF: [https://www.waff.at/jobs-ausbildung/jobs-mit-ausbildung/sozial-pflegeberufe/\(aufgerufen am 09.04.2020\)](https://www.waff.at/jobs-ausbildung/jobs-mit-ausbildung/sozial-pflegeberufe/(aufgerufen%20am%2009.04.2020))

das Wiener ADG z.B. von einer „wesentlichen und entscheidenden beruflichen Voraussetzung“, das Vorarlberger ADG von einer „wesentlichen, entscheidenden und angemessenen beruflichen Anforderung“.² Auch der VfGH interpretiert den Begriff der „unverzichtbaren Voraussetzung“ im GIBG im Sinne der Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05.07.06 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen Art 14 Abs 2, die von „wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderungen“ spricht.³ Es ist daher festzuhalten, dass Feststellungen über die Definition der „unverzichtbaren“ Voraussetzung im Sinne des GIBG generell auch für den Bereich der Landesgesetze herangezogen werden können.⁴

Zum Begriff der „unverzichtbaren Voraussetzung“

Als Normadressat_innen des § 9 GIBG kommen generell Ärzt_innen, Alten- und Pflegeheime, Privatpersonen sowie Organisationen, die im Rahmen der 24-Stunden-Betreuung tätig sind, in Frage. Daneben unterliegen außerdem noch Standesvertretungen sowie das Arbeitsmarktservice, wenn durch diese Institutionen eine Stelle als Pflegekraft ausgeschrieben und vermittelt wird, dem Gebot der geschlechtsneutralen Ausschreibung.⁵

Das Gebot der geschlechtsneutralen Ausschreibung besteht dann nicht, wenn das Geschlecht eine „unverzichtbare Voraussetzung“ für die berufliche Tätigkeit darstellt. Dabei handelt es sich um eine Tatbestandseinschränkung, es besteht daher von vornherein keine Pflicht, geschlechtsneutral auszuschreiben.⁶

Im Gegensatz zu Deutschland besteht in Österreich kein fixer Kriterienkatalog, wann das Geschlecht eine unverzichtbare Voraussetzung darstellt. Der Begriff der „Unverzichtbarkeit“ ist im Sinne der ihm zugrunde liegenden Richtlinienbestimmung des Art 14 Abs 2 der Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und

² Eine Übersicht über die Landes- Gleichbehandlungs- bzw. Landes- Antidiskriminierungsgesetze findet sich auf der Website der Gleichbehandlungsanwaltschaft unter: https://www.gleichbehandlungsanwaltschaft.gv.at/gleichbehandlungsrecht-in-osterreich#Uebersicht_ueber_die_Landes-_Gleichbehandlungs-_bzw_Landes-_Antidiskriminierungsgesetze. (aufgerufen am 13.05.2020).

³ Dazu noch genauer unter: Zum Begriff der „unverzichtbaren Voraussetzung“ in dieser Empfehlung; VfGH V54/2014, 09.12.2014 [Im Folgenden: VfGH Gynäkologie Urteil].

⁴ Geiblinger, Die Geschlechtsneutrale Stellenausschreibung bei Pflegeberufen, ÖZPR, 2015/40, 68 [Im Folgenden: Geiblinger]; Rebhahn in Rebhahn (HrsG), GIBG (2005) § 1 Rz 28.

⁵ Geiblinger 68.

⁶ Geiblinger 69; Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) §9 GIBG Rz 15f.

Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung) auszulegen.⁷ Grundsätzlich sind diese Erfordernisse eng auszulegen, die erläuternden Bemerkungen sprechen von Voraussetzungen, die das Tätigwerden eines Geschlechts praktisch oder rechtlich ausschließen.⁸

Um festzustellen, wann das Geschlecht eine unverzichtbare Voraussetzung darstellt gibt es einige beachtenswerte Aspekte. Aus Sicht der Gleichbehandlungsanwaltschaft sind besonders Anforderungen an die Sittlichkeit und soziale Erfordernisse im Zusammenhang mit Ausschreibungen für Pflegeberufe näher zu prüfen.

Gerade Anforderungen an die Sittlichkeit und soziale Erfordernisse sind mögliche Gründe, dass das Geschlecht für Stellenanzeigen im Pflegebereich eine unverzichtbare Voraussetzung darstellen kann. In der Lehre gibt es dazu widersprechende Ansichten⁹, eine Entscheidung des VfGH zur vorrangigen Vergabe von Kassenstellen an Gynäkologinnen bringt nach Ansicht der GAW in diese Frage jedoch weitere Klärung. Das Geschlecht kann demnach auch in Pflegeberufen eine unverzichtbare Voraussetzung darstellen.

So argumentiert der VfGH unter Punkt 2.4.2. seiner Entscheidung: „Das antragstellende Gericht verkennt mit seinem Argument, wonach die Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt sei, weil sich Frauen und Männer in den fachlichen Fähigkeiten nicht unterscheiden würden, das Anliegen des Verordnungsgebers, der die medizinischen Fähigkeiten männlicher Fachärzte der Frauenheilkunde keineswegs geringer als jene der weiblichen Fachärzte bewertet: Der Verordnungsgeber berücksichtigt vielmehr, dass es – abgesehen von der ärztlichen Befähigung – auf dem Fachgebiet der Frauenheilkunde dem Gegenstand des Faches gemäß für das Vertrauen eines Teils der weiblichen Patienten eine besondere Rolle spielt, dass der Arzt weiblichen Geschlechts ist. Vor diesem Hintergrund besteht aus objektiven Gründen ein – im Sinne des Art. 7 Abs. 1 B-VG zu verstehendes – legitimes Bedürfnis nach einem entsprechenden Anteil weiblicher Vertragsärzte aus dem Fachgebiet der Frauenheilkunde.“¹⁰

Weiters wurde bezüglich des GIBG festgestellt: „Das Erfordernis des weiblichen Geschlechts des Arztes zur Sicherstellung einer angemessenen Versorgung sozialversicherter Patientinnen auf dem Fachgebiet der Frauenheilkunde ist – wie das Verordnungsprüfungsverfahren ergeben hat – im Rahmen des bestehenden

⁷ VfGH Gynäkologie Urteil; ; EuGH C-285/98, 11.01.2000 Rs Kreil; Prisching, DRdA 2009, 547 (550) [Im Folgenden: Prisching].

⁸ RV 664 BlgNR 16 GP 6 sowie Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 9 Rz 17 mwN; Schwegel, Stellenausschreibungen 39 [Im Folgenden: Schwegel].

⁹ Geiblinger 68; Windisch-Graetz in ZellKomm, 2. Auflage, § 9 GIBG Rz 8 (zustimmend); Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 9 Rz 17 (zustimmend); Rebhahn in Rebhahn, GIBG (2005) § 3 Rz 82 (eher ablehnend).

¹⁰ VfGH Gynäkologie Urteil Rz 2.4.2.

Versorgungsbedarfs für die auf diesem Gebiet tätigen weiblichen Fachärzte eine objektiv vorliegende berufliche Anforderung im Sinne der Richtlinienbestimmung (vgl. in diesem Sinne zum Beruf der Hebammen EuGH 8.11.1983, 165/82, Kommission gegen Vereinigtes Königreich) und daher "unverzichtbar" im Sinne des GIBG.¹¹

Die Feststellungen des VfGH, dass die Intimsphäre und Vertrauen in ein bestimmtes Geschlecht ein legitimes Bedürfnis darstellen, können mit Sicherheit auf den Bereich der Pflegeberufe umgelegt werden, und das Geschlecht kann daher eine „unverzichtbare Voraussetzung“ sein.

Wann dies jedoch der Fall ist, lässt sich auf Grund der großen Bandbreite an Pflegeberufen und unterschiedlichen Organisationsstrukturen in Heimen und Spitälern aus Sicht der GAW nur im jeweiligen Einzelfall beantworten.

Empfehlungen der GAW

Möglichkeiten geschlechtsspezifischer Ausschreibungen von Pflegepersonals in unterschiedlichen Bereichen der Pflege:

Pflege in Akutbereichen

Die GAW ist der Ansicht, dass es in Krankenhäusern, insbesondere im Akutbereich und bei Notfällen, keinen Anspruch auf eine freie Wahl des Pflegepersonals durch Patient_innen gibt. Entsprechende Wünsche und Bedürfnisse von Patient_innen müssen hier hinter dem Erfordernis, das Rechtsgut Leib und Leben sowie Gesundheit zu schützen, zurückstehen.¹² Dennoch kann für diesen Bereich hinsichtlich möglicher Ausschreibungen argumentiert werden, dass die vorliegende Beschäftigten- und Organisationsstruktur (wenn zu einem sehr stark überwiegenden Anteil ausschließlich Frauen/Männer in gewissen Bereichen tätig sind) gar keine Betreuungsalternativen für Patient_innen im Akutbereich ermöglicht werden könnten. Das Bedürfnis, hier geschlechtsspezifisch auszuschreiben wird nicht von wirtschaftlichen Motiven geleitet sein, vorrangig soll ein den persönlichen Bedürfnissen der Patient_innen entsprechendes Angebot geschaffen werden.¹³ Mangels gesetzlichem Anspruch, von einer Person bestimmten Geschlechts behandelt zu werden und auch dem

¹¹ VfGH Gynäkologie Urteil Rz 2.5.5.

¹² Geiblinger 69f; Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Handbuch Medizinrecht Kap. I.2.2.3.1.; Prisching 550.

¹³ Prisching 550.

uneingeschränkter Zugang von Frauen und Männern zu Gesundheitsberufen, wird eine geschlechtsspezifische Ausschreibung nur bei einem auffälligen Missverhältnis der Beschäftigtenstruktur in der jeweiligen Organisationseinheit des Akutbereiches im Sinne der oben zitierten Judikatur des VfGH argumentiert werden können. Eine entsprechende Begründung für die geschlechtsspezifische Ausschreibung hat bereits in der Ausschreibung zu erfolgen.

Für Tätigkeiten wie den Sanitäter_innendienst, welcher im Besonderen durch die Akutversorgung im Notfall gekennzeichnet ist wird eine geschlechtsspezifische Ausschreibung nur in engen Grenzen möglich sein, vor allem dann, wenn seitens des Unternehmens damit eine positive Maßnahme iSd § 8 GIBG gesetzt wird.

Pflege in Betreuungseinrichtungen

Vorauszuschicken ist, dass ein bestimmter Betreuungswunsch von zu Behandelnden jedenfalls über eine reine „customer preference“ hinauszugehen hat. Menschen, die in Pflegeeinrichtungen untergebracht sind, zahlen häufig hohe Summen und ein expliziter Wunsch von Pflegenden, von Menschen eines bestimmten Geschlechtes betreut zu werden, hat durchaus eine wirtschaftliche Dimension. Rein wirtschaftliche Gründe können Diskriminierung jedoch nicht rechtfertigen.¹⁴ Der Wunsch der zu Betreuenden stammt jedoch meistens aus dem Bereich der Intimsphäre und der Sittlichkeit.

Dennoch stellt sich eine entscheidende Tatsache hier einer geschlechtsspezifischen Ausschreibung in den Weg. Österreich und Deutschland haben bezüglich der „unverzichtbaren Voraussetzung“ eine unterschiedliche Rechtsentwicklung durchlebt, so hat Deutschland Ende der 80er einen Ausnahmekatalog festgelegt, für welche Berufe das Geschlecht eine unverzichtbare Voraussetzung darstellt.¹⁵ Seit Umsetzung der RL 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung) spricht das deutsche AGG, nun auch von einer „entscheidenden beruflichen Anforderung“, hat also einen anderen Wortlaut als das GIBG.¹⁶ Trotz dieser Unterschiede, erschließt sich der Gleichbehandlungsanwaltschaft kein Grund, warum das von der deutschen Rechtsprechung herangezogene Kriterium der Teilbarkeit einer Tätigkeit, nicht auch in Österreich Anwendung finden sollte.

¹⁴ Geiblinger 69; EuGH C-120/95, Decker, Slg 1998, I-1831, Rz 39; anders GBK I/139/08.

¹⁵ Mitteilung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland an die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Gleichbehandlung von Frauen und Männern, Bundesarbeitsblatt 11/1987, 40 f; Prisching 550.

¹⁶ Kay, Diskriminierung von Frauen bei der Personalauswahl – Problemanalyse und Gestaltungsempfehlung, (1998), 36f; §8 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897).

Teilbarkeit bedeutet, dass Organisationsabläufe so gestaltet werden, dass z.B. Pflege im Intimbereich vom Wunschpersonal der zu Pflegenden, wahrgenommen wird, andere Tätigkeiten wie z.B. das Verteilen von Essen, von allen Angestellten der Einrichtung wahrgenommen werden können. Nur wo auch bei guter Arbeitsorganisation, Aufgaben nicht erfüllt werden können, stellt das Geschlecht eine unverzichtbare Voraussetzung für die Personalauswahl dar.

Die GAW teilt die Ansicht Prischings, die folgendes dazu ausführt:¹⁷ „Solange somit zB in einem Pflegeheim entsprechend der KundInnenstruktur und deren durch KundInnenbefragungen erhobenen und belegbaren Bedürfnissen in Bezug auf Teilaufgaben dieser Pflegedienstleistungen, wie zB Betreuung im Intimbereich oder Begleitung auf die Toiletten etc, für beide Geschlechter ausreichend das jeweilige Wunschpersonal in Bezug auf den Schutz der Intimsphäre zur Verfügung steht, kann eine bevorzugte Auswahl des einen oder anderen Geschlechts [wiederum] ausschließlich im Rahmen der Ermächtigung des § 8 GIBG erfolgen. Sobald diese Situation jedoch nicht gegeben ist, wird das jeweils fehlende bzw nicht in ausreichender Anzahl vorhandene Geschlecht in Bezug auf das Personal zur unverzichtbaren Voraussetzung und erfordert somit auch eine geschlechtsspezifische Stellenausschreibung. Die Beweislast für die Notwendigkeit der geschlechtsspezifischen Personalauswahl trägt iSd § 12 Abs 12 GIBG das Unternehmen.“¹⁸

Die deutsche Rechtsprechung legt einen genauen Prüfungsmaßstab an, auch in einer Klinik, in der zu 90% Frauen behandelt wurden (insbesondere auch im Intimbereich) wurde ein Verstoß gegen das Gebot der geschlechtsneutralen Ausschreibung festgestellt. Da nachweislich nicht alle Patientinnen Intimpflege durch männliche Pflegekräfte abgelehnt hätten und das organisatorische Konzept anders gestaltbar gewesen wäre, nämlich so, dass alle Patient_innen vom gewünschten Geschlecht gepflegt werden hätten können.¹⁹

Ist das Pflegewunschpersonal jedoch nicht in ausreichender Zahl vorhanden, wird das Geschlecht eine unverzichtbare Voraussetzung und eine Ausschreibung nach Geschlecht notwendig und gerechtfertigt.

Für zulässig erachtet wurde eine geschlechtsspezifische Ausschreibung zB für eine Belegarztpraxis, in der vorwiegend muslimische, weibliche Patientinnen gynäkologisch (operativ) behandelt wurden und eine nachoperative Pflege durch männliches Personal vom

¹⁷ Mitteilung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland an die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Gleichbehandlung von Frauen und Männern, Bundesarbeitsblatt 11/1987, 40 f; Prisching 550.

¹⁸ Prisching 550.

¹⁹ ArbG Bonn 5 Ca 2781/00 PfIR 2001, 318; Geiblinger 70.

Großteil der Patientinnen abgelehnt wurde. Weiters war eine Aufgabenteilung auf Grund der Betriebsstruktur zwischen weiblichen und männlichen Pflegekräften nicht möglich.²⁰

Pflege durch eine Person (Pflege zu Hause)

Sucht eine Privatperson nach einer Pflegekraft, also einer Person, die zwangsläufig alle Tätigkeiten der Intimpflege alleine wahrnehmen wird müssen, ist eine geschlechtsspezifische Ausschreibung als unproblematisch anzusehen.

Zusammenfassung:

Aus Sicht der GAW kann im Pflegebereich eine geschlechtsspezifische Ausschreibung auf Grund der starken Berührung der Intimsphäre in diesem Feld erfolgen. Dabei gilt es allerdings, strenge Regeln zu befolgen. Es stellen sich erstens Praktikabilitätsprobleme, insbesondere im Akutbereich. Zweitens muss genau auf die Belegstruktur der Einrichtung geachtet werden, die die Pflegekraft einstellen will. Je stärker nur ein Geschlecht in einer Einrichtung gepflegt wird, desto eher wird man nach einer Pflegekraft des gleichen Geschlechts suchen können. Drittens sind Wünsche der zu Pflegenden hinsichtlich ihrer Intimsphäre zu erheben und auf sie zu achten. Hat ein Teil der Patient_innen kein Problem damit, vom anderen Geschlecht gepflegt zu werden, kommt § 9 nicht zur Anwendung.

Weiters ist auf die Betriebsstruktur und die Teilbarkeit der Pfl egetätigkeit zu achten. Ist es innerhalb der Betriebsstruktur möglich, die Intimpflege für alle Menschen vom gewünschten Geschlecht zu gewährleisten?

Eine Rechtfertigung besteht zudem eher bei Ausschreibungen für Pflegepersonal im Bereich der Gynäkologie und vermutlich auch der Urologie (Andrologie) sein, sowie in Pflegeeinrichtungen, die vorwiegend geschlechtsspezifisch belegt werden.

Eine Kategorisierung nach Berufsgruppen kann aus Sicht der GAW nicht erfolgen, da die Kriterien für eine geschlechtsspezifische Ausschreibung nicht nach Berufsgruppe der Pflegeberufe differenzierbar sind, sondern unter anderem an der Organisations- und Belegstruktur der jeweiligen Institution, sowie die Erfordernisse der zu Pflegenden hinsichtlich ihrer Intimsphäre. Letztlich muss bei jeder Ausschreibung eine

²⁰ ArbG Hamburg 20 Ca 188/00 PfIR 2001, 322; Geiblinger 70. Für zulässig erachtet, als unverzichtbare Voraussetzung, wurde das Geschlecht außerdem bei Integrationsarbeit mit zugewanderten muslimischen Frauen, BAG, Urteil v. 18.3.2010-8 AZR 77/09; ArbG Köln, Urteil v. 6. 8. 2008-9 Ca 7687/07. Gezielt darf auch nach "Polizistinnen" gesucht werden, wenn sie maßgeblich mit der Befragung von Missbrauchsopfern beschäftigt werden VG Kassel, Urteil v. 6.9.2007-1 E 723/07.

Einzelfallbetrachtung für den jeweiligen Arbeitsplatz im Kontext der oben dargelegten Kriterien erfolgen.

Medieninhaberin, Verlegerin und Herausgeberin:

Gleichbehandlungsanwaltschaft,

Taubstummengasse 11, 1040 Wien

Wien, 2019. Stand Juli 2019

+43 1 5320 - 244

gaw@bka.gv.at

gleichbehandlungsanwaltschaft.gv.at