

**Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz
(BGBl. I Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 98/2008)**

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 9. Februar 2010 über das am 22. Oktober 2007 eingelangte Verlangen der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **Frau DIⁱⁿ A** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der **Festsetzung des Entgelts** gemäß **§ 3 Z 2 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) sowie durch eine **Verletzung des Benachteiligungsverbotes** gemäß **§ 13 GIBG** durch die Arbeitgeberin, **X GmbH**, nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK-/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008), zu folgendem

Prüfungsergebnis:

- 1. Der Senat I der GBK gelangt zur Auffassung, dass Frau DIⁱⁿ A auf Grund des Geschlechts bei der Festsetzung des Entgelts durch die X GmbH gemäß § 3 Z 2 GIBG diskriminiert worden ist.**
- 2. Der Senat I der GBK kommt weiters zur Auffassung, dass Frau DIⁱⁿ A durch eine Verletzung des Benachteiligungsverbotes durch die X GmbH gemäß § 3 Z 2 GIBG diskriminiert worden ist.**

Entscheidungsgründe:

Im Verlangen der GAW wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Antragstellerin ab 16. Mai 2003 bei der Antragsgegnerin ... als Referentin beschäftigt gewesen sei und sich seit Mai 2007 in Bildungskarenz befinde. Gemäß dem geltenden Kollektivvertrag seien ihr zu Beginn ihrer Tätigkeit 8 Jahre, 3 Monate und 12 Tage als Vordienstzeiten angerechnet worden, ihre Einreihung sei in Verwendungungsgruppe 1,

Entlohnungsstufe 5, erfolgt, der nächste Vorrückungstichtag sei der 1. Jänner 2005 gewesen.

Die Antragstellerin sei anfangs in einer Abteilung mit zwei Kollegen, Dr. B und Diplomgeograph (Dipl.Geogr.) C, sowie ihrem Vorgesetzten und Abteilungsleiter, Dr. D, gewesen. Ihre Tätigkeit sei zunächst die Implementierung eines Qualitätsmanagementsystems gewesen, wobei sie die Projektleiterin gewesen sei und ein Team von sieben Personen geleitet habe.

Ihr Kollege Dr. B sei am 7. April 2003 in Verwendungsgruppe 1, Entlohnungsstufe 8, eingetreten, Dipl.Geogr. C am 1. Jänner 2003, ebenfalls in Verwendungsstufe 1, aber in Entlohnungsgruppe 6. Die Einstufungen hätten sich nach den Angaben der Antragsgegnerin auf Grund unterschiedlicher Vordienstzeiten ergeben.

Die Antragstellerin habe in Erfahrung gebracht, dass beide ihrer Kollegen Funktionszulagen erhalten hätten. Dr. B habe ab 1. Juli 2004 eine Funktionszulage in Höhe von 2,5 Prozent seines Grundgehalts erhalten, was einem Betrag von € 65,-- entsprochen habe. Dipl.Geogr. C habe bereits ab Beginn seines Dienstverhältnisses eine Funktionszulage in Höhe von 5 Prozent erhalten, was einem Betrag von € 115,-- entsprochen habe. Ein dritter Kollege, Herr DI E, sei im Sommer 2003 eingestellt worden und habe ebenfalls von Beginn an eine Funktionszulage erhalten.

Die Antragstellerin sei über die Gewährung von Funktionszulagen an ihre Kollegen sehr verwundert gewesen und habe Dr. D, der als Abteilungsleiter für die Beantragung von Funktionszulagen für die Mitarbeiter/innen seiner Abteilung verantwortlich gewesen sei, darauf angesprochen. Sie habe erfahren wollen, ob es vielleicht unterschiedliche Verantwortungsbereiche oder Leistungserbringungen geben würde, welche diesen Unterschied rechtfertigen würden. Dr. D habe jedoch gemeint, dass es daran nicht liege, sowohl Leistungserbringung als auch Verantwortung seien gleich. Wörtlich habe er gesagt, dass Frauen anders wären, sie würden sich alles zu Herzen nehmen, während Männer eben sachlich wären. Die Antragstellerin habe daraus geschlossen, dass sie aus diesem Grund auch kein gleiches Entgelt erhalten habe.

Die Antragstellerin sei über diese Aussage entsetzt gewesen und habe in der darauf folgenden Zeit weiter versucht, die gleiche Funktionszulage wie ihre männlichen Kollegen zu bekommen. Erst ab Jänner 2005, mit mehr als eineinhalb bzw. einem halben Jahr „Verspätung“ im Vergleich zu ihren männlichen Kollegen, habe sie tatsäch-

lich eine Funktionszulage erhalten, jedoch lediglich in Höhe von 1,3 Prozent, was einem Betrag von € 30 entsprochen habe.

Die Tätigkeit der Antragstellerin habe unter anderem die Implementierung des Qualitätsmanagementsystems umfasst, welche zuvor schon von zwei Personen in Angriff genommen worden sei. Da diesen die Umsetzung jedoch nicht gelungen sei, sei schlussendlich ihr Vorgänger, Herr F, von dem Projekt abgezogen und die Antragstellerin dafür eingesetzt worden. Die Antragstellerin habe im Zuge ihrer Tätigkeit die Entwicklung des Handbuchs Qualitätsmanagement abgeschlossen, welches als Grundlage für die Einführung dienen sollte. Sie habe diesbezüglich auch zahlreiche interne Schulungen durchgeführt. Im Jahr 2005 sei vereinbarungsgemäß die Akkreditierung erfolgt, das Audit hierzu habe im September 2005 stattgefunden, der Akkreditierungsbescheid sei ebenfalls noch 2005 ausgestellt worden. Die Antragstellerin habe als Beauftragte keinerlei Weisungsrechte gehabt, sei also auf die Zusammenarbeit und den Willen des jeweiligen Abteilungsleiters angewiesen gewesen. Diese Aufgabe habe viel Fingerspitzengefühl und Kommunikationstalent benötigt.

Zusätzliche Aufgaben ab dem Jahr 2004 seien die Konzepterstellung eines Qualitätsmanagementsystems für die Registerstelle, die fachliche Leitung der Erstellung der Fachkundeverordnung gemäß § 10 EZG, die Vertretung der österreichischen Position in der Arbeitsgruppe ... sowie die Mitarbeit in der internationalen Arbeitsgruppe zur Erstellung der Norm ISO ... gewesen. Des Weiteren habe sie Gutachten erstellt und kurzfristig in Vertretung von Dr. D im Zuge der Ratspräsidentschaft Österreichs den Vorsitz der europäischen Experten-/Expertinnengruppe „...“ übernommen. Außerdem sei sie als nationale Delegierte aktive Teilnehmerin an UN Konferenzen ... gewesen. Eine solche Tätigkeit sei zu diesem Zeitpunkt in der Antragsgegnerin sonst nur von einem oder zwei Abteilungsleitern wahrgenommen worden, darunter Herr Dr. D. Ebenso sei sie für Twinningprojekte im Rahmen der Europäischen Union eingesetzt worden und habe bei internationalen Veranstaltungen Vorträge über das von ihr implementierte Qualitätsmanagementsystem gehalten.

Nach einer gewissen Zeit habe die Antragstellerin eng mit Herrn Dr. G zusammengearbeitet, der zwar in einer anderen Abteilung gewesen sei, dessen Tätigkeitsbereich sich mit ihrem aber in vielen Bereichen überschneiden habe und mit ihren Aufgaben vergleichbar gewesen sei. Gemeinsam mit Dr. G habe die Antragstellerin beispielsweise das Lehrprogramm für die Verifizierer/innenschulung erstellt und habe

mit ihm diesbezügliche Schulungen abgehalten. Etliche Dienstreisen zu europäischen Arbeitsgruppen seien gemeinsam erbracht worden, wobei Herr Dr. G als Vertreter der Antragsgegnerin und die Antragstellerin als Vertreterin des Y fungierte habe. Dr. G sei ebenfalls seit 3. Februar 2003 in der X GmbH tätig gewesen, seine Einstufung sei in Verwendungsgruppe 1, Entlohnungsstufe 7, erfolgt. Dr. G habe seit 1. Juli 2004 eine Funktionszulage in Höhe von 2,5 Prozent seines Grundgehaltes erhalten, was einem Betrag von € 65,-- entsprochen habe.

Erst nach weiteren Gesprächen mit ihrem Vorgesetzten Dr. D und nach erfolgreichem Abschluss des Projektes Akkreditierung der Antragsgegnerin habe sich die Funktionszulage der Antragstellerin mit 1. Jänner 2006 ebenfalls auf € 62,-- erhöht, im April 2007 habe sie € 63 -- betragen. Im Gegensatz dazu habe die Höhe der Zulage von Dr. G im April 2007 € 147,--, also 5 Prozent des Grundgehaltes, betragen, am 1. Juli 2007 € 219,--, was 7,5 Prozent entspreche.

Die Antragstellerin habe ihren Vorgesetzten gegenüber immer wieder geäußert, dass sie sich gegenüber ihren männlichen Arbeitskollegen diskriminiert fühlen würde. Es sei ihr keine sachliche Begründung für den Unterschied mitgeteilt worden, ebenso wenig sei jedoch ihr Gehalt angepasst worden.

Die Antragstellerin sei ab Mai 2006 im Y tätig gewesen, sei jedoch bei der Antragsgegnerin angestellt gewesen.

Im Frühjahr 2007 habe sich die Antragstellerin wegen der immer noch bestehenden Entgeltungleichheiten an MMag. H gewandt. Dieser habe ihr erklärt, dass für ihr Entgelt und dessen Festsetzung das Y zuständig wäre. Das Y habe sich auf den Werkvertrag und die Pauschalabgeltung der Tätigkeiten der Antragsgegnerin berufen, zu welchen auch die Tätigkeit der Antragstellerin gezählt habe, und habe mitgeteilt, ebenfalls nicht zuständig zu sein, da Arbeitgeberin die Antragsgegnerin wäre. Aus dem zu Grunde liegenden Werkvertrag zwischen dem Y und der Antragsgegnerin gehe hervor, dass die Antragstellerin für das Y bestimmte Projekte zu betreuen hätte, jedoch in der Antragsgegnerin angestellt gewesen sei und von dieser auch ihr Entgelt bezogen habe, und Antragsgegnerin somit auch in diesem Zeitraum die Arbeitgeberin der Antragstellerin gewesen sei. Unter anderem für individuelle Gehaltsmaßnahmen durch die Antragsgegnerin sei in diesem Werkvertrag ein Budgetposten in Höhe von ca. € 7.500,-- angeführt gewesen.

Die Antragstellerin habe im Y mit ihrem Dienstvorgesetzten, Herrn Dr. I, im Herbst 2006 ein Mitarbeiter/innengespräch geführt, in welchem auch eine Leistungsbewertung durchgeführt worden sei. Sie habe dabei eine ausgezeichnete Beurteilung erhalten, welche der Antragsgegnerin auch zeitgerecht für die Ermittlung der jährlichen Weihnachtsprämie übermittelt worden sei. Allerdings habe sie weder die Weihnachtsprämie erhalten, noch sei ihre Funktionszulage erhöht worden. In den vorangegangenen Jahren habe die Weihnachtsprämie über € 500,-- betragen, inklusive Gutscheinen in Höhe von € 181,-- (steuerfrei).

Im Weiteren ergänzte die GAW ihr Verlangen im Wesentlichen um folgenden Sachverhalt:

Die Antragstellerin habe ihr Arbeitsverhältnis zur Antragsgegnerin durch Kündigung zum 31. Mai 2008 beendet. Ihre Arbeitgeberin habe ihr in einem vom 15. Mai 2008 datierten Brief die Ausstellung eines Dienstzeugnisses nach der Beendigung des Dienstverhältnisses zugesagt.

Anfang Juni sei man von Seiten der Antragsgegnerin auf die Antragstellerin zugekommen und habe sich vergleichsbereit gezeigt. Es sei ein Betrag von € 2.000,-- brutto angeboten worden. Die Antragstellerin habe ihre Zustimmung zu einem Nettobetrag in Höhe von € 2.000,-- unter der Bedingung mitgeteilt, dass ein entsprechendes Dienstzeugnis ausgestellt werden würde. Sie habe in diesem Zusammenhang auch angeboten, dieses selbst zu formulieren und der Antragsgegnerin zu übermitteln. Erst nach zweimaliger Nachfrage habe die Antragsgegnerin darauf reagiert.

Der Betrag in Höhe von € 2.000,-- netto sei von der Antragsgegnerin als zu hoch abgelehnt worden, am 3. Juli 2008 habe die Antragstellerin nach einer weiteren Aufforderung, in der sie auf die Dringlichkeit des Dienstzeugnisses für ihre weiteren beruflichen Schritte hingewiesen habe, einen Entwurf für ein deutsches Dienstzeugnis erhalten. Dieses habe jedoch nicht den tatsächlichen Tätigkeitsbereichen entsprochen, auch die Formulierungen zur Beurteilung der Arbeitsleistung seien benachteiligend gewesen. Sie habe das Dienstzeugnis entsprechend korrigiert und die Korrekturen mit Nachweisen belegt, um der Antragsgegnerin eine Überprüfung ihrer Angaben zu ermöglichen. Außerdem habe die Antragstellerin einen Entwurf für ein englisches Dienstzeugnis erstellt und beides am 14. Juli 2008 in elektronischer Form übermittelt.

Eine Überprüfung der Angaben durch die von der Antragstellerin genannten Quellen, insbesondere durch Einsicht in das System PZE (Projektzeiterfassung), in welches jegliche Tätigkeit eingetragen werden müsse, oder in Projektdokumentationen und Aktenvermerke habe offenbar nicht stattgefunden. Hierbei habe man sich auf die Einschätzung und Bewertung von Dr. D, dem ehemaligen Vorgesetzten der Antragstellerin, berufen.

In der Zwischenzeit habe sich das fehlende Dienstzeugnis in den von der Antragstellerin geführten Bewerbungsgesprächen zu ihren Ungunsten ausgewirkt. Aus diesem Grund habe die Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt (Gleichbehandlungsanwältin) mit Fax vom 17. Juli 2008 die Antragsgegnerin auf das Benachteiligungsverbot gemäß § 13 GIBG aufmerksam gemacht und eine Frist bis 24. Juli 2008 zur Ausstellung eines entsprechenden Dienstzeugnisses in deutscher und englischer Sprache gesetzt. Die Antragsgegnerin habe daraufhin am 21. Juli 2008 ein Schreiben an die Gleichbehandlungsanwältin, unter Beifügung der neuerlich nicht korrigierten Dienstzeugnisse, übermittelt. So seien vor allem die Leitungstätigkeiten der Antragstellerin nicht angeführt sondern als Mitarbeit und Assistenz eingestuft gewesen. Auffällig sei auch gewesen, dass einige Buchstaben im deutschen Dienstzeugnis kursiv geschrieben gewesen seien und Abstände zwischen einzelnen Worten gefehlt hätten. Der Gegenvorschlag für das Dienstzeugnis in englischer Sprache habe Formulierungen enthalten, die den Anforderungen an übliche englischsprachige Dienstzeugnisse nicht entsprochen hätte, auch hier sei der Tätigkeitsbereich teilweise falsch wiedergegeben worden.

Die Antragstellerin habe sich daraufhin auch an die Kammer für Arbeiter und Angestellte für ... (AK-...) gewandt, welche am 5. August 2008 ebenfalls eine Intervention verfasst habe. Am 18. August 2008 habe die Antragstellerin schließlich ein deutschsprachiges Dienstzeugnis übermittelt erhalten, wobei das Papier, auf welchem es geschrieben worden sei, Flecken aufgewiesen habe. Es habe zwar den tatsächlichen Tätigkeiten entsprochen, die zuvor bereits korrigierte Bewertung sei aber wiederum geändert worden und habe der ursprünglichen, benachteiligenden Version vom 3. Juli 2008 geglichen. Ein entsprechendes englischsprachiges Dienstzeugnis habe die Antragstellerin bis dato nicht erhalten.

Der Antragstellerin seien durch die Verzögerung der Ausstellung eines entsprechenden Dienstzeugnisses bereits Nachteile entstanden. Sie habe lange kein Stellenan-

gebot realisieren können, wobei die potenziellen Arbeitgeber/innen immer wieder auf das fehlende Dienstzeugnis hingewiesen hätten.

Nunmehr habe die Antragstellerin ein attraktives Stellenangebot aus dem Ausland erhalten, für welches mündliche Referenzen herangezogen worden seien. Die schriftlichen Dienstzeugnisse der Antragsgegnerin hätten ihr bislang nur zum Nachteil gereicht.

In der auf Ersuchen von Senat I der GBK übermittelten Stellungnahme der Antragsgegnerin bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe und trat diesen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Bezüglich der Funktionszulagen weise die Antragsgegnerin darauf hin, dass die Einstufungen streng nach den Vorgaben im Kollektivvertrag vorgenommen werden würden und es auch bei der Anrechnung von Vordienstzeiten keinen Spielraum gebe. Daher sei auf dieser Ebene weder eine Diskriminierung noch eine Differenzierung zwischen Personen möglich. Die Komponente einer besonderen persönlichen Leistung könne nur durch die Zuerkennung einer Funktionszulage in das Gehaltsmanagement aufgenommen werden. Die Gehaltsentwicklung sei zum überwiegenden Teil von den „Vorrückungen“ bestimmt. Der gestaltbare Anteil liege im Durchschnitt bei 3 Prozent der Gehaltssumme der Mitarbeiter/innen, die nach dem Kollektivvertrag bezahlt werden würden.

Die einmalige Zuerkennung von Funktionszulagen erfolge in der Regel frühestens nach zwei Jahren Unternehmenszugehörigkeit.

In Ausnahmefällen werde eine Funktionszulage schon früher gewährt. Im Jahre 2003 (Eintrittsjahr der Antragstellerin) seien drei von 30 eingestellten Mitarbeiter/innen von Beginn des Beschäftigungsverhältnisses eine Funktionszulage gewährt worden: Herrn Dipl.Geogr. C (in der Höhe von 5 Prozent), Herrn DI E (in der Höhe von 7,5 Prozent) sowie einer weiteren Mitarbeiterin (in der Höhe von 10 Prozent).

Bei den Herren Dipl.Geogr. C und DI E habe diese Gewährung daran gelegen, dass eine Annäherung an Marktverhältnisse notwendig gewesen sei, um sie für die Antragsgegnerin zu lukrieren. Eine nachfolgende Verringerung der Funktionszulagen, wie das im Verlangen implizit angeregt worden sei, halte die Antragsgegnerin personalpolitisch nicht für zweckmäßig.

Für eine Erhöhung von Funktionszulagen stelle der/die Abteilungsleiter/in einen Antrag, über deren Gewährung die Geschäftsführung gemeinsam mit der zweiten Managementebene berate. Durch dieses System werde einerseits eine Beurteilung durch die/den direkte/n Vorgesetzte/n, der/die Mitarbeiter/in am besten beurteilen könne, ermöglicht. Andererseits werde durch den zweiten Schritt gewährleistet, dass keine Ungleichheiten über verschiedenen Abteilungen hinweg passieren würden.

Die Antragsgegnerin sei und werde auch in der zukünftigen Entwicklung immer um größtmögliche Transparenz und Gleichbehandlung bemüht sein. Nichtsdestotrotz werde weiterhin die individuelle Leistung bewertet. Das führe auch weiterhin zu unterschiedlichen Funktionszulagen. Dieser Effekt sei im Rahmen des Gehaltsmanagements der Antragsgegnerin durchaus gewünscht. Eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts werde aber durch das zweistufige Verfahren hintangestellt.

Der Antragstellerin sei erstmals mit 1. Juli 2005 (nach 19 Monaten Unternehmenszugehörigkeit) eine Funktionszulage gewährt worden.

Über einen Werkvertrag zwischen dem Y und der Antragsgegnerin seien die Kosten der Antragstellerin zur Gänze ausfinanziert. Als Basis für den Werkvertrag werde von der Abteilung Personal, Recht & Gebäude eine Grundkalkulation durchgeführt, um eine Größenordnung der entstehenden Kosten zu ermitteln. Die darin enthaltene Kalkulationsreserve begründe keinen Anspruch des/der Mitarbeiters/in. Die Abrechnung richte sich nach den tatsächlich entstandenen Kosten. Die für eine allfällige Erhöhung der Funktionszulage bzw. Gewährung einer Prämie erforderliche Leistungsbewertung erfolge in diesem Fall vom Kostenträger.

Eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts durch diese Vorgehensweise könne die Antragsgegnerin nicht erkennen.

Zum ergänzenden Verlangen der GAW äußerte sich die Antragsgegnerin wie folgt im Wesentlichen:

Die Antragsgegnerin spreche sich ausdrücklich gegen den Vorwurf der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes gemäß § 13 GIBG aus. Es sei zunächst festzuhalten, dass die Antragstellerin selbst gekündigt habe und ihr vonseiten der Antragsgegnerin noch vor Wirksamwerden ihrer Kündigung am 15. Mai 2008 schriftlich die Zusage zur Ausstellung eines Dienstzeugnisses erteilt worden sei. Die Antragstellerin

sei hier wie jede/r andere Arbeitnehmer/in in der Antragsgegnerin gleich behandelt worden.

Zur Ausstellung des Dienstzeugnisses: Sowohl durch urlaubsbedingte Abwesenheiten seitens der zuständigen Mitarbeiter/innen bei der Antragsgegnerin als auch durch die Antragstellerin habe sich die Ausfertigung des Dienstzeugnisses verzögert. Am 21. Juli 2008 sei ein den arbeitsrechtlichen Anforderungen entsprechendes Dokument, das auch keinerlei benachteiligende Äußerungen enthalten habe, an die Antragstellerin gesendet worden - gleichzeitig habe auch die Gleichbehandlungsanwältin per Einschreiben dasselbe Zeugnis erhalten. Seit diesem Zeitpunkt verfüge die Antragstellerin über ein wahrheitsgemäßes Dienstzeugnis. Dass sie dieses nicht für ihre künftigen Bewerbungen verwendet habe, und dass das angeblich „fehlende“ Dienstzeugnis der ausschlaggebende Grund dafür gewesen sein solle, dass die Antragstellerin die potenziellen Stellen nicht erhalten habe, beruhe auf einer rein subjektiven Annahme der Antragstellerin, die nicht unter den Tatbestand des § 13 GIBG subsumiert werden könne.

Zu den divergierenden Ansichten der Antragstellerin und dem zuständigen Abteilungsleiter, Dr. D, bezüglich des Inhaltes der von der Antragstellerin tatsächlich geleisteten Arbeiten sei zu entgegnen, dass selbstverständlich sämtliche zur Ermittlung der Wahrheit erforderlichen Schritte eingeleitet worden seien. Da Herr Dr. D unmittelbarer Vorgesetzter der Antragstellerin gewesen sei, sei es naheliegend, ihn zu den Tätigkeiten zu befragen, es seien jedoch auch Dienstreiseberichte herangezogen und eine PZE-Analyse durchgeführt worden.

Folgende Punkte seien strittig gewesen:

- a) ~~Leitung der Akkreditierung~~ Qualitätsmanagementbeauftragte der X GmbH an der ~~als~~ Überwachungsstelle für die Erstellung der nationalen Treibhausgasinventur
- b) Unterstützung bei der Review von ... Treibhausgasinventurberichten
- c) Unterstützung bei der nationalen Umsetzung der Emissionshandelsrichtlinie insbesondere in den Bereichen Überwachung und Berichterstattung, Prüfung von Emissionsmeldungen sowie Emissionshandelsregister
- d) Mitwirkung und Unterstützung bei der Erstellung von internationalen Normen

(Anmerkung: unterstrichene Textpassagen würden die Tätigkeiten nach Einschätzung der Antragsgegnerin beschreiben, durchgestrichene Passagen jene nach Ansicht der Antragstellerin).

Zu a) Dass die Akkreditierung erreicht werden sollte, sei eine Zielvorgabe aus ihrem Mitarbeitergespräch gewesen. Ihre Tätigkeiten als Qualitätsmanagementbeauftragte seien in einem gewissen Ausmaß von Eigenverantwortlichkeit (Schulungen, Information von Sachverständigen, Vervollständigung des Qualitätsmanagementhandbuchs) gekennzeichnet gewesen, aber eine „Leitung der Akkreditierung“ im obigen Sinne wäre missverständlich, da ein solches Verfahren von der dafür zuständigen Stelle (der Akkreditierungsbehörde, welche beim Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft angesiedelt sei) geleitet werde. Es habe zur Akkreditierung auch kein eigenes Projekt gegeben.

Zu b) Laut PZE-System habe die Antragstellerin Tätigkeiten im Rahmen dieses Projekts durchgeführt. Allerdings gehe ... klar hervor, dass Herr Dr. D Projektverwalter, also Projektleiter, gewesen sei und die Tätigkeit der Antragstellerin daher schon grundsätzlich nicht leitend, sondern als unterstützend zu beschreiben gewesen sei. Sie sei bei keinem der Reviews als Experte nominiert gewesen und habe folglich auch nicht selbständig an Reviews als Mitglied eines Review-Teams teilgenommen. Zur Verifizierung dieser Angaben stünden sämtliche Reviewberichte aus dieser Zeit zur Verfügung.

c) Ebenso seien die Tätigkeiten der Antragstellerin im Rahmen des Emissionszertifikatehandels unterstützend bzw. mitarbeitend gewesen - hier unter Frau Dr. J, keinesfalls jedoch unabhängig und leitend. Innerhalb dieses umfangreichen Arbeitsvorhabens habe sie lediglich einen Teil der Schulungen eigenverantwortlich übernommen gehabt. Daraus ließe sich jedoch keine allgemeine Eigenverantwortung für die gesamten unter Punkt c) beschriebenen Tätigkeiten ableiten.

d) Die Erstellung von internationalen Normen funktioniere immer in Arbeitsgruppen. Sie sei hier Mitglied einer Arbeitsgruppe gewesen und habe durch ihren Input unterstützend zur Erstellung von besagten Normen mitgewirkt, diese jedoch nicht „alleine“ erstellt.

Anhand dieser beispielhaft dargestellten Analysen sei die Antragsgegnerin zu den konkreten Formulierungen im Dienstzeugnis von Juli 2008 gelangt. Nach herrschender Lehre obliege die Formulierung dem Arbeitgeber (Kuras (Hg), Handbuch Arbeits-

recht (2009), 19. Erg.-Lfg, Pkt 11.4.7), wobei das Gebot der Wahrheitspflicht beachtet werden müsse. In Bezugnahme auf das Dienstzeugnis der Antragstellerin habe die Antragsgegnerin im Juli 2008 nach ihrem besten Wissen und Gewissen gehandelt. Wie die Gleichbehandlungsanwältin bereits richtig bemerkt habe, sei die Antragsgegnerin nicht verpflichtet, ein qualifiziertes Zeugnis auszustellen und das „in Österreich übliche“ Verhalten anderer Arbeitgeber begründe daher auch keinen Titel, aus dem ein Rechtsanspruch auf eine dermaßen detaillierte Angabe von Tätigkeiten in einem Zeugnis abgeleitet werden könne. Die Antragsgegnerin weise ausdrücklich auch darauf hin, dass sie sich nicht nur an die Erfordernisse eines Arbeitszeugnisses gemäß § 39 AngG gehalten, sondern gemeinsam mit der Antragstellerin versucht habe, ein der Wahrheit entsprechendes Abbild ihrer Tätigkeiten zu verschriftlichen.

Dass die Antragsgegnerin an die Antragstellerin mit Schreiben vom 30. Dezember 2008 ein Zeugnis mit den von ihr gewünschten Inhalten übermittelt habe, liege ausschließlich daran, dass die Antragsgegnerin die Angelegenheit erledigen habe wollen.

Das Verfahren vor der GBK ist vertraulich und wird nichtöffentlich durchgeführt. Das den Abschluss des Verfahrens bildende Prüfungsergebnis wird auf der Grundlage der im Verfahren vorgelegten Unterlagen und der in der mündlichen Befragung getätigten Aussagen der Auskunftspersonen erstellt. Auf Grund der Vertraulichkeit des Verfahrens werden die einzelnen Auskunftspersonen im Prüfungsergebnis nicht näher bezeichnet.

Der Senat I der GBK hat erwogen:

Hinsichtlich der Überprüfung der Verwirklichung des Tatbestandes einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bei der Festsetzung des Entgelts gemäß **§ 3 Z 2 GIBG** durch die Antragsgegnerin, X GmbH, ist Folgendes festzuhalten:

Niemand darf auf Grund des Geschlechtes 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 das Geschlecht als offizielles Unterscheidungsmerkmal verwendet wird. Unter der indirekten, mittelbaren, Diskriminierung versteht der EuGH eine Unter-

scheidung, die zwar an einem vom Geschlecht verschiedenen Kriterium ansetzt, in ihrem Ergebnis aber wesentlich mehr Angehörige des einen als des anderen Geschlechts betrifft. Es kommt dabei nicht auf die Diskriminierungsabsicht an¹.

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 auf Grund eines Arbeitsverhältnisses dem/der Arbeitnehmer/in unmittelbar oder mittelbar in bar oder in Sachleistungen zahlt. Nach dem EuGH fallen unter dem Entgeltbegriff unter anderem Löhne, Zulagen oder auch Prämien. Der Entgeltbegriff ist daher weit zu fassen, sodass man darunter alle Leistungen versteht, die ein/e Arbeitnehmer/in als Gegenleistung für das Zurverfügungstellung seiner/ihrer Arbeitskraft an den/die Arbeitgeber/in erhält.

Die Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand iSd §§ 3, 4, 6 oder 7 GIBG beruft, hat er/sie diesen gemäß § 12 Abs. 12 GIBG glaubhaft zu machen. Dem/Der Beklagten obliegt es bei Berufung auf §§ 3 oder 4 GIBG zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder das andere Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die ausübende 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.

Hiezu ist festzuhalten, dass es dem/der Arbeitgeber/in obliegt, das Gleichbehandlungsgebot in seinem/ihrer Unternehmen umzusetzen. Eine echte Transparenz, die wirksame Kontrolle erlaubt, ist nur dann gewährleistet, wenn dieser Grundsatz für jeden einzelnen Bestandteil des den Arbeitnehmer/innen gezahlten Entgelts gilt, und nicht nur im Wege einer Gesamtbetrachtung der diesen gewährten Vergütungen angewandt wird². Es sind deshalb geschlechtsneutrale Systeme der Arbeitsbewertung heranzuziehen. In diesen Systemen stehen die Anforderungen an Wissen und Können, an die Verantwortung, an sozialer Kompetenzen sowie Belastungen im Mittelpunkt. Die vorgenommene Bewertung hat umfassend, einheitlich abgefasst, sachlich, eindeutig und verständlich zu sein. Ein solches geschlechtsneutrales Arbeitsbewer-

¹ Tomandl „Arbeitsrecht I“, 5. Aufl., S. 238

² EuGH-Urteil vom 27.5.2004, Rs. C-285/02 – „Elsner-Lakenberg“

tungssystem muss den Arbeitnehmer/innen bekannt gemacht werden. Objektive Rechtfertigungsgründe für eine systematische Benachteiligung von Frauen durch ein völlig undurchschaubares Entlohnungssystem hat der/die Arbeitgeber/in zu beweisen³.

Der Senat I der GBK sah sich bei der Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes insbesondere mit der Frage konfrontiert, ob der Antragstellerin im Vergleich zu den im Verlangen der GAW genannten männlichen Vergleichspersonen dem GIBG entsprechend die „richtige“ Funktionszulage zuerkannt worden ist. Die Antragstellerin hat sich auf das Gleichbehandlungsgebot iSd § 3 GIBG berufen und hat vorgebracht, dass das intransparente System der Funktionszulagengewährung jedenfalls eine verbotene Diskriminierung auf Grund des Geschlechts indiziert.

Im Verlangen der GAW wird vorgebracht, dass den von der GAW genannten männlichen Vergleichspersonen (Herr Dr. B, Herr Dipl.Geogr. C, Herr DI E sowie Herr Dr. G) früher als der Antragstellerin Funktionszulagen gewährt worden seien. Die Antragsgegnerin gebe zwar an, dass Funktionszulagen in der Regel frühestens nach zwei Jahren Unternehmenszugehörigkeit gewährt würden, da erst zu diesem Zeitpunkt die Feststellung einer besonderen Leistung erfolgen könne. Demgegenüber falle auf, dass sämtliche angeführte Vergleichspersonen die Funktionszulagen bereits zu Beginn (Dipl.Geogr. C, DI E) oder nach 14 Monaten (Dr. B) bzw. 16 Monaten (Dr. G) und damit jedenfalls früher als die Antragstellerin erhalten hätten. Des Weiteren habe die Höhe der Funktionszulage bei Herrn Dipl.Geogr. C 5 Prozent, bei Herrn Dr. B und Herrn Dr. G 2,5 Prozent betragen. Im Gegensatz dazu habe die Antragstellerin erstmals nach 19 Monaten eine Funktionszulage, jedoch lediglich in der Höhe von 1,3 Prozent erhalten. Dies sei damit begründet worden, dass die budgetären Mittel nicht ausgereicht hätten.

Die Antragsgegnerin erklärte in der mündlichen Befragung, dass es in Bezug auf Herrn Dipl.Geogr. C notwendig gewesen sei, von Beginn an eine Funktionszulage von 5 Prozent zu gewähren, um ihn aus Deutschland abzuwerben. Die Funktionszulage sei die einzige Möglichkeit gewesen, das Grundgehalt zu erhöhen.

Bereits in ihrer schriftlichen Stellungnahme hatte die Antragsgegnerin angegeben, dass in Ausnahmefällen eine Funktionszulage schon früher gewährt werde. Bei Herrn Dipl.Geogr. C sowie Herrn DI E habe diese Gewährung daran gelegen, dass eine

³ Tomandl „Arbeitsrecht I“ 5. Aufl., S. 241; EuGH-Urteil vom 17.10.1989 –Rs. 109/88 – „Danfoss“

Annäherung an Marktverhältnisse notwendig gewesen sei, um sie für die Antragsgegnerin zu rekrutieren.

Der Senat I der GBK stellt hierzu fest, dass der Marktwert nur diskriminierungsfrei ist, wenn dieser objektiv nach transparenten und nachvollziehbaren Kriterien festgelegt wird.

Zwar wurde sowohl in der Stellungnahme als auch in der mündlichen Befragung von der Antragsgegnerin eine namentlich nicht genannte weibliche Mitarbeiterin erwähnt, der bereits von Beginn des Beschäftigungsverhältnisses an eine Funktionszulage in der Höhe von 10 Prozent gewährt worden sei. Es wurden dem Senat I der GBK gegenüber allerdings keine genaueren Angaben über diese Mitarbeiterin gemacht. Weshalb der Antragsgegnerin nach Ansicht des Senates I der GBK der Beweis, dass der Marktwert nach transparenten sowie nachvollziehbaren und somit diskriminierungsfreien Kriterien festgelegt worden ist, nicht gelungen ist.

In diesem Zusammenhang weist der Senat I der GBK außerdem deutlich auf die EuGH-Rechtsprechung hin, wonach intransparente Entgeltsysteme an sich schon für Frauen diskriminierende Auswirkungen haben. Ebenso dürfen Überlegungen, die in einer Person gelegen sind, die nicht bereits vor Aufnahme der Arbeit objektiv beurteilt werden können, wie persönliche Leistungsfähigkeit und Qualität der tatsächlich erbrachten Arbeit, nicht zur Rechtfertigung eines von Anfang an ungleichen Entgelts herangezogen werden⁴. Um dem GIBG Rechnung zu tragen, ist es nicht möglich von vorneherein auf persönliche Eignungen abzustellen, die sich erst im Laufe eines Arbeitsverhältnisses herausstellen.

Es stellt sich nun die Frage, ob das von der Antragsgegnerin praktizierte Funktionszulagensystem eine Entgeltdiskriminierung darstellt. Hierzu ist festzuhalten, dass es dem/der Arbeitgeber/in obliegt, das Gleichbehandlungsgebot in seinem/ihrem Unternehmen umzusetzen.

Der OGH hat in seiner Rechtsprechung festgehalten, dass bei der Beurteilung der Frage, inwieweit eine Diskriminierung als geschlechtsspezifisch für bescheinigt zu gelten hat, das gesellschaftliche Umfeld nicht außer Acht gelassen werden darf.⁵ Es ist offenkundig, dass Frauen in Österreich im Allgemeinen statistisch gesehen niedri-

⁴ vgl. EuGH vom 26.6.2001, C-381/99 „Brunnhof“

⁵ OGH vom 20.1998, 9 ObA 350/97d

ger als männliche Arbeitnehmer entlohnt werden⁶. Frauen sind auch häufiger als Männer bereit, weniger gut bezahlte Tätigkeiten anzunehmen, zumal ihre Arbeit oft bereits im Rahmen der Arbeitsbewertung als weniger schwierig und damit geringwertig eingestuft wird⁷.

Es ist nicht die Aufgabe des Senates I der GBK zu überprüfen, in welcher konkreten Höhe der Antragstellerin eine Funktionszulage zusteht. Es wird lediglich überprüft, ob das von der Antragsgegnerin vorgenommene System der Funktionszulagengewährung transparent, durch objektive Fakten untermauert und sachlich nachvollziehbar ist.

Die Vermutung der Diskriminierung ist dadurch zu widerlegen, dass die Unterscheidung - bei Abwägung aller Umstände - sachlich gerechtfertigt war und folglich es wahrscheinlicher ist, dass ein anderes Motiv für die unterschiedliche Entlohnung ausschlaggebend war.

Die Antragsgegnerin erklärte in der mündlichen Befragung, dass die Wartefristen, wonach Mitarbeiter/innen erst nach 2-jähriger Unternehmenszugehörigkeit eine Funktionszulage sowie eine Erhöhung der Funktionszulage nach weiteren zwei Jahren erhalten würden, definiert worden seien, weil die Antragsgegnerin ganz generell ein geringes Budget für Erhöhungen habe. Die Antragsgegnerin habe bei der Mehrheit der Mitarbeiter/innen nicht die Erwartungen wecken wollen, dass man es jedes Jahr schaffen würde, Gehaltserhöhungen zu gewähren. Es sei bei manchen Personen relativ schnell klar, dass besondere Fähigkeiten bzw. besonders anspruchsvolle Tätigkeiten vorliegen würden, sodass die Antragsgegnerin hier immer wieder Ausnahmen gemacht habe. Die Antragstellerin habe sich zufällig immer wieder mit Kollegen verglichen, die in diese besondere Schiene fallen würden.

Zur Vorgangsweise hinsichtlich der Gewährung von Funktionszulagen gab die Antragsgegnerin übereinstimmend mit den befragten Auskunftspersonen an, dass jedes Jahr festgelegt werde, welches Ziel der/die Mitarbeiter/in zu erfüllen gedenke. Diese Zielfestlegungen würden im Mitarbeitergespräch im Einvernehmen mit dem/der Mitarbeiter/in passieren. Es werde eine überschaubare Zahl von Zielen festgelegt. Das

⁶ Statistische Nachrichten 10/1997, 835; Wolf/Wolf, Wieviel weniger ...? Einkommensunterschiede zwischen Frauen und Männern in Österreich, 15 ff – BM f. Arbeit und Soziales; Frauenbericht 1995, 269, 348 f – BM f. Frauenangelegenheiten; Bericht über die soziale Lage 1995, 89/90 – BM f. Arbeit und Soziales

⁷ Gahleitner zu 9 ObA 801/94 in ZAS 1996/11

Mitarbeitergespräch bestehe aus zwei Teilen. Es werde darin, im Rahmen eines Rückblickes, erhoben, welche Ziele der/die Mitarbeiter/in erreicht habe. Es werde außerdem festgestellt, welche Ziele nicht erreicht worden seien und welche Gründe es dafür gebe. Aufbauend auf diesem Rückblick würden die neuen Ziele diskutiert und festgelegt. Ob eine Funktionszulage angesucht werde, hänge vom Grad der Zielerreichung ab. Die Funktionszulagen würden von den Abteilungsleitern vorgeschlagen und diese Vorschläge dann in der zweiten Ebene, das seien die Bereichsleiter, für das ganze Haus entschieden werden. Die endgültige Entscheidung obliege den Geschäftsführern.

Weiters führte die Antragsgegnerin in der Befragung vor dem Senat I der GBK aus, dass der Kollektivvertrag der X GmbH (im Folgenden kurz KV) alle zwei Jahre eine Vorrückung im Grundgehalt vorsehe. Bei jeder Gehaltsvorrückung sei die Funktionszulage neu zu bemessen. Es müsse bei jeder Gehaltsvorrückung überprüft werden, ob diese Funktionszulage in der Höhe noch so gerechtfertigt sei. Eine Funktionszulage könne bis zu einem Betrag reduziert werden, der die Vorrückung insgesamt nicht unterschreite. Der Biennalsprung dürfe durch eine Verkürzung der Funktionszulage nicht unterschritten werden. Wenn der Biennalsprung zum Beispiel sehr hoch sei, könne man die Funktionszulage auch kürzen.

Für den Senat I der GBK zeigte sich im gegenständlichen Verfahren, dass die Antragstellerin auf Grund der Budgetknappheit im Jahr 2005 nach 19 Monaten Unternehmenszugehörigkeit lediglich eine Funktionszulage von 1,3 Prozent erhalten hat, während die Antragsgegnerin in ihrer schriftlichen Stellungnahme eine Verringerung der Funktionszulagen der männlichen Vergleichspersonen im Zuge der Vorrückung für personalpolitisch nicht zweckmäßig erachtete, obwohl diese Vorgehensweise in dem gemäß § 27 Abs. 2 des KV vorgegebenen Rahmen möglich gewesen wäre.

In Bezug auf den Werkvertrag mit dem Y erklärte die Antragsgegnerin in der mündlichen Befragung, dass die Antragstellerin nicht die einzige Mitarbeiterin gewesen sei, die man über Werkverträge dem Y zur Verfügung gestellt habe. Die Vorgehensweise, wie eine Funktionszulage im X gewährt werde, sei bekannt gewesen und sei nach wie vor so.

Dem Senat I der GBK ist bekannt, dass es in der Zeit, in der die Antragstellerin im Y tätig gewesen ist, zu keiner Erhöhung ihrer Funktionszulage gekommen ist. Darauf angesprochen entgegnete die Antragsgegnerin in der Befragung, dass sie ad-hoc

nicht beantworten könne, ob es anderen Mitarbeiter/inne/n auch so gegangen sei. Die Vergleichsgruppe sei die Gruppe im Y gewesen. Herr Dr. I habe die Leistung der Antragstellerin mit den Leistungen seinen anderen Mitarbeiter/inne/n in der Gruppe verglichen. Er habe dann einen Antrag gestellt oder auch nicht.

Für den Senat I der GBK wurde im Zuge des Verfahrens das Problem evident, dass die Tatsache, wonach auf Grund des Werkvertrages mit dem Y die Leistungen der Antragstellerin mit den Mitarbeiter/innen des Y verglichen werden, zu Ungunsten der Antragstellerin ausgefallen ist.

Dem Senat I der GBK liegt die Information vor, dass zwar die Antragstellerin ebenso wie die Mehrheit der Mitarbeiter/innen mit vergleichbaren Tätigkeiten weit überdurchschnittlichen Einsatz und überdurchschnittliche Leistungen erbracht habe. Um eine Ungleichbehandlung mit den übrigen Mitarbeiter/inne/n der Abteilung von Dr. I zu vermeiden, sei aber eine Funktionszulage für die Antragstellerin als nicht gerechtfertigt angesehen worden.

Dem Senat I der GBK ist bewusst, dass dieser Umstand zwar keine unmittelbaren geschlechtsspezifischen Auswirkungen entfaltet. Er zeigt jedoch einen Aspekt des intransparenten Funktionsgewährungssystems der Antragsgegnerin auf.

In diesem Zusammenhang möchte der Senat I der GBK außerdem darauf hinweisen, dass, obwohl es sich bei der Antragsgegnerin um eine GmbH handelt, in den KV Instrumente aus öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen übernommen worden sind. Diese Vermischung von Aspekten privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse sieht der Senat I der GBK als äußerst problematisch an.

Die Antragstellerin wurde in der mündlichen Befragung von einer Auskunftsperson als hochintelligente Mitarbeiterin, die eine große fachliche Bereicherung gewesen sei, beschrieben. Weiters wurde angeführt, dass die Antragstellerin die entsprechenden Vorkenntnisse im Qualitätsmanagement mitgebracht habe, was auch der Grund für ihre Anstellung gewesen sei.

Dem steht gegenüber, dass die Antragstellerin während ihrer Tätigkeit für die Antragsgegnerin die Aufgabe, ein Qualitätsmanagement für Register zu erarbeiten, auf Grund von Auffassungsunterschieden mit der zuständigen Leiterin des Registers nicht entsprechend erfüllt habe soll.

Für den Senat I der GBK stellt sich daher die Frage, ob das/die vorgegebene/n Ziel/e von der Antragstellerin nicht in dem Ausmaß erreicht wurde/n, um gerechtfertigt eine den männlichen Vergleichspersonen entsprechende Funktionszulage zu erhalten.

Den Aussagen der befragten Auskunftspersonen war zu entnehmen, dass die Antragstellerin Berufserfahrung im Qualitätsmanagement vorweisen konnte sowie im Zuge ihrer Tätigkeit für die Antragsgegnerin sowohl mit nationalen als auch internationalen Angelegenheiten betraut war und somit den Tätigkeiten der männlichen Vergleichspersonen gleich bzw. gleichwertig gegenüber stand.

Obwohl die Antragstellerin hinsichtlich des Projekts Qualitätsmanagement Registerstelle keine Weisungsbefugnis hatte und somit auf die Kooperation der anderen Beteiligten angewiesen war, wurde ihr trotzdem die Nichtrealisierung des Projektes als Zielverfehlung zugerechnet. Herr DI C wurde zum Aufbau einer Organisationseinheit abgeworben, auch dieses Projekt wurde letztlich nicht umgesetzt. Dennoch wurde von der Auszahlung einer Funktionszulage nicht Abstand genommen.

Es ist der Antragsgegnerin folglich mit ihrem Vorbringen nicht gelungen, den Senat I der GBK zu überzeugen, dass sie nach objektiven und transparenten Kriterien das Entgelt für die Antragstellerin festgesetzt hat. Nach der Rechtsprechung des EuGH, muss die von der mutmaßlich von einer Diskriminierung betroffene Person nicht mehr beweisen muss, dass eine Diskriminierung vorliegt, wenn sich der/die Arbeitgeber/in nicht „frei beweisen“ kann, da er keine transparente, objektive und nachvollziehbare Kriterien für die Gehaltsfestsetzung anbieten kann, die belegen können, wieso es zu einer Ungleichbehandlung zwischen einer Mitarbeiterin und einem Mitarbeiter gekommen ist. Das Gemeinschaftsrecht⁸ verlangt keine Umkehr der Beweislastverlagerung⁹. Die RL 97/80/EG kodifizierte die Rechtsprechung des EuGH¹⁰, nach der sich die Beweislast, die grundsätzlich der/die Arbeitnehmer/in trägt, „umkehren“ kann, wenn sich das als notwendig erweist, um Arbeitnehmer/innen, die anscheinend Opfer einer Diskriminierung sind, nicht jedes wirksame Mittel zu nehmen, um die Einhaltung des Grundsatzes des gleichen Entgelts durchzusetzen. Sowohl nach nationalem Recht als auch nach Gemeinschaftsrecht hat die klagende Partei diejenigen Tatsachen, die eine Diskriminierung vermuten lassen, glaubhaft zu machen. Erst wenn der

⁸ Art. 4 Abs. 1 BeweislastRL 97/80/EG, die AntidiskriminierungsRL 2000/43/EG (Art. 8) bzw. 2000/78/EG (Art. 10)

⁹ OGH 9 ObA 46/04m, DRdA 2005/34 Eichinger, Rebhahn in Rebhahn GIBG, § 5 Rz 68

¹⁰ vgl. EuGH vom 10.3.2005, C-196/02, Nikoloudi

klagenden Partei die Glaubhaftmachung von Umständen, die einen Zusammenhang zwischen dem Geschlecht und der Festsetzung des Entgelts indizieren, gelungen ist, geht die Beweislast auf den/die Arbeitgeber/in über¹¹.

Den Vorwurf einer geschlechtsspezifischen Diskriminierung auf Grund des Entgelts versuchte die Antragsgegnerin unter anderem dadurch zu widerlegen, indem sie als Kriterien - für die Gewährung einer Funktionszulage – besondere Leistungen oder besondere Bewährung nannte. Nach der Rechtsprechung des EuGH „darf die Gleichheit des Entgelts nicht nur nach Maßgabe einer Gesamtbewertung der den Arbeitnehmern/innen gewährten Vergütungen, sondern sie muss für jeden einzelnen Entgeltbestandteil gewährleistet werden¹².

Die vom erkennenden Senat durchgeführten Befragungen in Hinblick auf die Gewährung von Funktionszulagen bestätigten die im Verlangen der GAW geäußerte Rechtsauffassung, dass - die zum Zeitpunkt des Beschäftigungsverhältnisses der Antragstellerin bei der Antragsgegnerin - genannte Vorgehensweise nicht geeignet war, um eine objektive, transparente und nachvollziehbare Gewährung von Funktionszulagen zu ermöglichen. Den Aussagen der befragten Auskunftspersonen konnte entnommen werden, dass es zum Zeitpunkt der Beschäftigung der Antragstellerin keine Kriterien - im Sinne eines vorab festgelegten, für alle gleichermaßen geltenden Leistungsbegriffes - zur Erlangung einer Funktionszulage gegeben hat. Die Gewährung einer Funktionszulage bedingte dadurch ein völlig undurchsichtiges Entgeltsystem. Dem Grunde der Funktionszulage nach waren die Mitarbeiter/innen insbesondere auf die subjektive Bewertung durch die/den direkte/n Vorgesetzte/n und somit das Wohlwollen derselben/desselben angewiesen. Folgt man weiters dem § 27 Abs. 1 des KV, wonach einem/r Angestellten eine Funktionszulage im Ausmaß bis zu 30 Prozent des Gehaltes gewährt werden kann, wird auch die zur Verfügung stehende Bandbreite in Bezug auf die Höhe einer Funktionszulage augenscheinlich.

Nach Ansicht des Senates I der GBK liefen durch dieses Entgeltsystem sowohl die Arbeitgeberseite als auch die Arbeitnehmer/innenseite Gefahr, dass es zwangsläufig zu Ungerechtigkeiten bei der Festsetzung des Entgelts kommt.

Der Senat I der GBK merkt an, dass von der Antragsgegnerin mittlerweile ein Leistungsbegriff entwickelt und in einem Katalog zusammengefasst worden ist, der so-

¹¹ vgl. OGH vom 9. Juli 2008, ObA 177/07f;

¹² vgl. EuGH vom 26. Juni 2001, Rs. C – 381/99, „Brunnhofers/Bank der öst. Postsparkasse AG“

wohl fachliche Kompetenz als auch gleichwertige persönliche Kompetenzen umfasst. Diese Entwicklung ist als positiv anzusehen, hat jedoch auf das Ergebnis des gegenständlichen Verfahrens vor dem Senat I der GBK keinen Einfluss.

Es liegt daher eine **Diskriminierung** auf Grund des Geschlechts bei der **Festsetzung des Entgelts** gegenüber der Antragstellerin vor.

Zur Beurteilung des beantragten Tatbestandes der Verletzung des Benachteiligungsverbotes gemäß **§ 13 GIBG** ist Nachstehendes festzuhalten:

Das Benachteiligungsverbot gemäß § 13 GIBG bezieht sich auf jegliche Reaktion des/der Arbeitgebers/in auf eine Beschwerde wegen einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts oder die Einleitung des Verfahrens. Es geht dabei nicht nur um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern auch um andere Formen der Benachteiligung. Andere Formen der Benachteiligung umfassen unter anderem, wie im gegenständlichen Fall, die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses¹³ und greifen noch nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses¹⁴. Die benachteiligende Reaktion des/der Arbeitgebers/in muss in einem plausiblen Zusammenhang mit dem Auftreten des/der Arbeitnehmers/in stehen, wobei auch ein gewisser zeitlicher Konnex gegeben sein muss.

Auf Grund des vorliegenden Sachverhaltes und der Schilderungen der mündlich befragten Auskunftspersonen wurde nach Ansicht des Senates I der GBK eine Verletzung des Benachteiligungsverbotes verwirklicht.

Die Antragstellerin legte dem Senat I der GBK in ihrer mündlichen Befragung glaubhaft dar, dass sie sich nach dem Ende ihrer Tätigkeit bei der Antragsgegnerin auf Posten beworben habe, die ihren Erfahrungen entsprochen hätten. Sie sei dabei immer wieder auf das fehlende Dienstzeugnis angesprochen worden. Die Antragsgegnerin habe das Dienstzeugnis mit der Beschreibung ihrer angeblich unterstützenden Tätigkeit in der Abteilung von Herrn Dr. D nicht vorlegen wollen, da dieses Dienstzeugnis nicht den Tatsachen entsprochen habe. Sie habe in Österreich keine Stelle angeboten bekommen, die ihren Fähigkeiten und Kenntnissen entsprochen habe. In ... verwende man keine schriftlichen Dienstzeugnisse. Wenn man Dienstzeugnisse verwende, sei das immer in Kombination mit persönlichen Referenzen. Es seien zwei

¹³ Kletečka in Rebhahn GIBG, § 13 Rz 1

¹⁴ ebda. § 13 Rz 10

persönliche Referenzen notwendig. Diese beiden Personen würden dann telefonisch kontaktiert und gebeten werden, die Arbeit zu beurteilen und zu bestätigen. Es solle so geprüft werden, ob die Angaben der Antragstellerin mit der Realität übereinstimmen. Im Dezember 2008 habe sie ein korrektes Dienstzeugnis erhalten. Zu diesem Zeitpunkt habe sie bereits den Vertrag für die Stelle in ... gehabt.

Die Antragsgegnerin erklärte in der mündlichen Befragung gegenüber dem Senat I der GBK, dass sie eine klassische Vorlage für ein ausgezeichnetes Dienstzeugnis habe. Diese habe man auch bei der Antragstellerin angewendet. Anfang Juli habe die Antragstellerin den ersten Entwurf ihres Dienstzeugnisses bekommen. Sie habe das Dienstzeugnis zur Durchsicht erhalten und ihre Änderungen vorgenommen. Dies sei intern von der Antragsgegnerin verifiziert worden. Mit Ende Juli habe die Antragstellerin dann das Dienstzeugnis bekommen.

Diese Aussage lässt außer Acht, dass der Antragstellerin bereits am 15. Mai 2008 schriftlich die Zusage zur Ausstellung eines Dienstzeugnisses gemacht worden ist und dass Ende Juli der Antragstellerin letztlich das nicht korrigierte Dienstzeugnis übermittelt wurde. Die Antragstellerin ist sohin durch die Vorgehensweise der Antragsgegnerin bei ihrer Suche nach einer Beschäftigung benachteiligt worden, da potenzielle Arbeitgeber/innen nach dem Dienstzeugnis fragten, welches sie auf Grund von dessen Mangelhaftigkeit nicht vorweisen konnte.

Der Senat I der GBK ist der Ansicht, dass das Verhalten der Antragsgegnerin mit der Einleitung des Verfahrens vor der GBK im Zusammenhang steht. Es wurde dadurch das Benachteiligungsverbot des § 13 GIBG verletzt.

Der Senat I der GBK nimmt positiv zur Kenntnis, dass der Antragstellerin mit Schreiben vom 30. Dezember 2008 nunmehr ein korrigiertes Zeugnis übermittelt worden ist, weist aber auch darauf hin, dass das zuvor gesetzte benachteiligende Verhalten dadurch nicht rückgängig gemacht werden kann.

Aus Sicht des Senat I der GBK ist es zu **einer Verletzung des Benachteiligungsverbotes** gegenüber der Antragstellerin gekommen.

Der Senat I der GBK gibt daher nachstehende Empfehlungen an die Antragsgegnerin ab:

1. Der Antragsgegnerin wird empfohlen darauf zu achten, ihre Mitarbeiter/innen nach einem objektiven und nachvollziehbaren Entgeltschema einzureihen. Dieses objektive und nachvollziehbare Entgeltschema ist im Sinne der Transparenz allen Mitarbeiter/inne/n öffentlich zu machen.
2. Die individuelle Gehaltsentwicklung der Mitarbeiter/innen und die Prämienverteilung an diese sollten ebenso nach objektiven, nachvollziehbaren und transparenten Kriterien erfolgen.
3. Weiters wird der Antragsgegnerin, insbesondere im Hinblick auf Funktionszulagen, empfohlen, zukünftig achtsamer mit der Unterscheidung zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen umzugehen und diese Unterscheidung den Mitarbeiter/inne/n auch transparent darzulegen.

Wien, 9. Februar 2010

Dr.ⁱⁿ Sabine Stvan-Jagoda

Stellvertretende Vorsitzende des Senates I der GBK