

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 13. Oktober 2009 über den am 25. Juli 2008 eingelangten Antrag von der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien (AK Wien) für **Frau Mag.^a B** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bei den **sonstigen Arbeitsbedingungen** gemäß **§ 3 Z 6 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) und bei der **Beendigung eines Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** durch **X** 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 Mag.^a B auf Grund des Geschlechts bei den sonstigen Arbeitsbedingungen durch X gemäß § 3 Z 6 GIBG diskriminiert worden ist.**
- 2. Weiters kommt der Senat I der GBK zur Ansicht, dass Frau Mag.^a B auf Grund des Geschlechts bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch X gemäß § 3 Z 7 GIBG diskriminiert worden ist.**

Entscheidungsgründe:

Im Antrag der AK Wien wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Antragstellerin von Oktober 2005 bis Dezember 2007 bei der Antragsgegnerin (X) beschäftigt gewesen sei, zuerst bis Jänner 2007 als freie Arbeitnehmerin im Bereich Y und ab Februar 2007 als Angestellte im Z. Die Antragstellerin habe projektbezogen an nationalen und internationalen Forschungs- und Auswertungsaufträgen mitgearbeitet, die die Antragsgegnerin für öffentliche und private Auftraggeber/innen durchgeführt habe. Der Arbeitsvertrag sei vom 1. Februar 2007 bis 31. Dezember 2009 befristet gewe-

sen. Im September 2007 habe die Antragstellerin beim zuständigen Bereichsleiter, Herrn Dr. A, nachgefragt, ob die Möglichkeit bestünde, in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu wechseln. Aus der Sicht des Bereichsleiters bestünde dazu die Möglichkeit, in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis einzutreten, da neue Tätigkeitsfelder aufgebaut werden sollten. Die Antragstellerin habe seine Frage, ob sie sich die Übernahme neuer Aufgaben vorstellen könne, bejaht. Einen Monat später habe diese erneut bei Herr Dr. A nachgefragt. Daraufhin habe der Vorgesetzte ihr mitgeteilt, dass er mit dem kaufmännischen Geschäftsführer, Herrn Dipl.-Ing. C, Rücksprache halten müsse. Der Vorschlag für eine Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis könne nur von der Geschäftsführung genehmigt werden.

In Folge sei die Antragstellerin schwanger geworden und habe eine Fehlgeburt erlitten, weswegen sie am 23. Oktober und vom 28. bis 30. Oktober 2007 ins Spital gehen musste. Sie sei bis 5. November 2007 im Krankenstand gewesen. Am 6. November 2007 habe sie wiederum nachgefragt, ob eine Entscheidung hinsichtlich der Unbefristung ihres Arbeitsverhältnisses gefallen sei. Am 9. November 2007 habe sie von Herrn Dr. A die Auskunft erhalten, dass es keine definitive Antwort geben werde, bis das Budget von den zuständigen Gremien genehmigt worden sei. Am 16.11.2007 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass ihr Arbeitsverhältnis nicht verlängert werde. An ihrem letzten Arbeitstag habe ihr Herr Dr. A erklärt, dass die Gremien eben so entschieden hätten, und er mit ihrer Arbeit unzufrieden gewesen sei. Es habe Unverständnis über diese Entscheidung in der Abteilung geherrscht. Herr Dr. A beziehe sich dabei auf folgenden Vorfall: Die Antragstellerin sollte eine Expertise fertigstellen bzw. überarbeiten. Jedoch sei Herr Dr. A mit dem Ergebnis unzufrieden gewesen und habe von der Antragstellerin eine über das Wochenende überarbeitete, neue Version wollen. Damals habe sie ihren Vorgesetzten auf ihre Schwangerschaft hingewiesen. Überstundenarbeit, insbesondere am Wochenende, sei demnach verboten. Außerdem sei es der Antragstellerin an diesem Tag sehr schlecht gegangen und sie habe das erste Mal wegen ihrer Fehlgeburt in das ... Spital müssen.

Nach der Mitteilung über das Auslaufen ihres Arbeitsvertrages habe die Antragstellerin den zuständigen Betriebsrat, Herrn D, darüber informiert. Dieser habe ihr mitgeteilt, dass man zufällig ein Schriftstück mit einer negativen Beurteilung ihrer Arbeitsleistung bei einem der Drucker gefunden habe. Herr Dr. A dürfte dieses Schriftstück anlässlich der Vorbereitung eines Gesprächstermines mit dem kaufmännischen Ge-

schäftsführer offenbar dort vergessen haben. Darin sei die Arbeitsleistung der Antragstellerin als sehr negativ beurteilt worden. So sei sie unter anderem mit „fraglich wann in Karenz“ beurteilt worden. Dieser Beurteilung sei kein Mitarbeiter/innengespräch vorausgegangen.

In weiterer Folge habe es gemeinsam mit dem Betriebsrat ein Gespräch mit dem kaufmännischen Geschäftsführer gegeben. Dieser habe sich darüber besorgt gezeigt, dass diskriminierende Bewertungen einer arbeitsrechtlichen Entscheidung zugrunde gelegt worden seien. Die Antragstellerin habe ihm gegenüber mitgeteilt, dass sie gerne weiter bei der Antragsgegnerin arbeiten möchte. Jedoch habe ihr der kaufmännische Geschäftsführer erklärt, dass es keine offene Stelle für die Antragstellerin gebe. Obwohl für die Antragstellerin eine der im Internet ausgeschriebenen Stellen für sie geeignet gewesen sei, habe sie sich nicht beworben, da die Antragstellerin auf Grund der Reaktion des kaufmännischen Geschäftsführers, der mit der Personalleiterin verheiratet sei, eine Bewerbung für aussichtslos gehalten habe. In der Folge sei im Bereich Z eine Akademikerin als freie Arbeitnehmerin mit einem Stundensatz von rund € 10,- aufgenommen worden. Die Antragstellerin habe als freie Arbeitnehmerin noch € 19,- brutto/Stunde verdient.

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

Die Antragsgegnerin sei sich ihrer Verpflichtung als Arbeitgeberin, Diskriminierungen im Betrieb zu unterbinden, bewusst. Der Frauenanteil im Unternehmen betrage 57%. Es gebe weibliche Führungskräfte, die ihre Funktion auch in Teilzeit ausüben würden.

Zu dem Vorfall selbst werde folgendes ausgeführt: Als am 20.11.2007 die Betriebsräte, Frau E und Herr D, dem kaufmännischen Geschäftsführer von der angeblich im Drucker liegen gelassenen Unterlage von Herrn Dr. A mit dem Vermerk in Bezug auf die Antragstellerin „fraglich wann in Karenz“ (sinngemäß sei damals von der Formulierung „könnte schwanger werden“ gesprochen worden) berichtet hätten, habe sich Herr Dr. A gerade auf Urlaub befunden und habe daher nicht zu dem Vorfall befragt werden können. Für den Fall, dass eine solche Unterlage existieren würde, habe sich der kaufmännische Geschäftsführer von den von Betriebsräten berichteten Aussagen

des Bereichsleiters distanziert und habe festgehalten, dass eine derartige Haltung nicht mit der Unternehmenslinie übereinstimme. Die Geschäftsführung sei froh, so viele qualifizierte Frauen im Unternehmen zu haben und setze daher alles daran, diese auch im Falle einer Schwangerschaft und Karenz nicht als Mitarbeiterinnen zu verlieren.

In diesem Zusammenhang möchte der Betriebsrat, Herr D, folgendes klarstellen: Zu dem Zeitpunkt, als die Antragstellerin mit ihm über das Auslaufen des Vertrages gesprochen habe, habe er der Antragstellerin nicht mitgeteilt, dass man ein Schriftstück mit einer negativen Beurteilung über sie gefunden habe. Er selbst habe kein derartiges Schreiben gehabt. Es habe zu diesem Zeitpunkt in diesem Bereich lediglich Gerüchte über eine derartige Beurteilung gegeben. Am 21. November 2007 habe bereits ein Gespräch zwischen der Antragstellerin im Beisein des Betriebsrates und dem kaufmännischen Geschäftsführer stattgefunden, in dem dieser der Antragstellerin mitgeteilt habe, dass er eine solche Beurteilung von ihrem Vorgesetzten nicht gesehen habe, ihm sei weder eine derartige Beurteilung von ihrem Vorgesetzten übergeben worden noch sei sie ihm bekannt gewesen. Die Geschäftsführung habe umgehend gemeinsam mit dem Betriebsrat eine betriebsinterne Konfliktlösung versucht.

Die Antragsgegnerin müsse allerdings das Vorbringen der Antragstellerin um folgende Punkte ergänzen: Der Arbeitsvertrag der Antragstellerin sei bis 31. Dezember 2007 befristet gewesen, auf eine Verlängerung bzw. Umwandlung in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis bestünde beidseitig kein Anspruch. Trotzdem habe der kaufmännische Geschäftsführer der Antragstellerin folgende Optionen angeboten:

1. Eine befristete Verlängerung bis zum Projektende. Diese Option hätte per 1. Jänner 2008 umgesetzt werden können. Hätte sich die Antragstellerin für diese Möglichkeit entschieden, hätte ein/e Anwalt/Anwältin überprüft, ob eine zweite Befristung zulässig gewesen wäre, wenn nein, hätte die Antragsgegnerin eine andere arbeitsrechtlich zulässige Lösung zu finden versucht.
2. Eine Weiterbeschäftigung auch in einem anderen Bereich, sofern es dort freie Stellen gebe.
3. Wenn sich die Antragstellerin auf Grund der Vorkommnisse eine Weiterbeschäftigung im Bereich Z nicht vorstellen könne, die Beendigung des Vertrages per 31. Dezember 2007 (wie ursprünglich vereinbart) unter Zahlung einer

freiwilligen Abfertigung in Höhe von drei Monatsgehältern brutto (€ 6000,-) zur Überbrückung bis zum Finden eines neuen Jobs.

Am 28. November habe die Antragstellerin der Geschäftsführung mitgeteilt, dass sie sich außerstande sehe, weiterhin für Herrn Dr. A zu arbeiten und entscheide sich daher für das Auslaufen des Vertrages unter Zahlung der € 6000,-. Bereits Ende November 2007 habe die Antragstellerin ein Zwischenzeugnis und im Dezember 2007 ein Dienstzeugnis von der Antragsgegnerin erhalten.

Für welche Stelle im Unternehmen sich die Antragstellerin konkret beworben hätte, es dann aber doch nicht getan habe, könne nicht von der Antragsgegnerin beurteilt werden, da sie sich letztlich nicht beworben habe. Zu diesem Zeitpunkt hätte die Antragsgegnerin im Bereich Z einen/e Projektleiter/in mit technischer Ausbildung und technischem Hintergrund gesucht. Die Antragstellerin sei allerdings ausgebildete Psychologin. Diese Position sei im Februar 2008 mit einer ausgebildeten Maschinenbauerin besetzt worden. Für das Projekt „V“ sei erst nach der Entscheidung der Antragstellerin Ersatz gesucht worden. Im Bereich Z habe die Antragstellerin nicht mehr arbeiten wollen, in den anderen Fachbereichen seien keine Stellen zu besetzen gewesen. Zu diesem Ergebnis sei der kaufmännische Geschäftsführer erst, nachdem sich die Personalsituation der anderen Bereiche und deren Anforderungen genauer angesehen habe, gekommen.

Weiters trete die Antragsgegnerin der Behauptung der Antragstellerin entgegen, die Antragstellerin habe sich auf eine im Intranet ausgeschriebene Stelle nicht beworben habe (es sei der Antragsgegnerin nicht bekannt, welche Stelle gemeint sei), da der kaufmännische Geschäftsführer mit der Personalleiterin verheiratet sei. Der direkte Vorgesetzte der Personalleiterin, Frau Mag.^a F, sei der Obmann der Antragsgegnerin, Herr Dr. G. Die Antragsgegnerin bedauere es, dass es trotz aller Bemühungen um eine konsensuale Beilegung des Konflikts nicht gelungen sei, zumal die Zusammenarbeit mit der Antragstellerin immer sehr gut funktioniert habe.

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 beantragten Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes, „insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- und Familienstand“, bei den **sonstigen Arbeitsbedingungen** gemäß **§ 3 Z 6 GIBG** durch die Antragsgegnerin, X, ist festzuhalten, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß Art. 1 Abs. 1 der RL 76/207/EWG auch in Bezug auf die Arbeitsbedingungen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union verwirklicht werden muss.

Gemäß § 3 Z 6 GIBG darf niemand auf Grund des Geschlechtes, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- und Familienstand“, im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis bei den sonstigen Arbeitsbedingungen unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden. In der Novelle 2004 wurde im § 3 GIBG die Wortfolge „insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- und Familienstand“ aufgenommen. Dadurch wurde unter anderem klargestellt, dass der Umstand, ob man Kinder hat, bei Maßnahmen im Anwendungsbereich des GIBG nicht zum Anlass für Benachteiligungen genommen werden darf (vgl. die Erläuternden Bemerkungen, 307 BlgNR 22. GP 10). Der Begriff der „sonstigen Arbeitsbedingungen“ ist im GIBG selbst nicht weiter definiert. Ziel des Gesetzgebers war es jedoch, alle Diskriminierungen, die im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis vorkommen können, vom Gleichbehandlungsgebot des GIBG zu umfassen. Beim Begriff der „sonstigen Arbeitsbedingungen“ handelt es sich folglich um einen Auffangtatbestand, der weit auszulegen ist. Unter dem Begriff „sonstige Arbeitsbedingungen“ werden u.a. die allgemeine Situation am Arbeitsplatz, die Ausstattung desselben, die entgegengebrachte Wertschätzung sowie alle mit dem Arbeitsverhältnis verbundenen Umstände verstanden. Im § 12 Abs. 12 GIBG ist die Beweislastverteilung geregelt. Insoweit sich eine von einer Diskriminierung betroffene Person auf einen der diskriminierenden Tatbestände iSd §§ 3, 4, 6 oder 7 GIBG beruft, hat er/sie diesen glaubhaft zu machen. Dem/Der Antragsgegner/in obliegt es dann bei der Berufung auf §§ 3 oder 4 GIBG zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von Antragsgegner/in glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder das andere Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für

die auszuübende Tätigkeit ist oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne des § 5 Abs. 2 GIBG vorliegt.

Auf Grund des vorliegenden Verlangens wurden insbesondere die Umstände des Auslaufens der Befristung und die Nichtübernahme in ein fixes Arbeitsverhältnis im Zusammenhang mit der Schwangerschaft und der danach erlittenen Fehlgeburt der Antragstellerin auf eine mögliche Diskriminierung nach dem GIBG überprüft.

Nach der EuGH-Judikatur stellt die Nichterneuerung eines befristeten Arbeitsvertrages auf Grund einer vorliegenden Schwangerschaft eine unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes dar¹. Wird ein Arbeitsverhältnis auf Grund eines Karenzurlaubes nicht verlängert, ist von einer mittelbaren Diskriminierung auszugehen. Nach herrschender Lehre wird von einer Diskriminierung bei den „sonstigen Arbeitsbedingungen“ ausgegangen². Frauen sind insbesondere mit allfälligen Benachteiligungen, die aus dem Karenzurlaub herrühren, konfrontiert. Männer, die eine Väterkarenz in Anspruch nehmen, können mit denselben Schwierigkeiten wie Frauen konfrontiert werden. In der RL 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen wird der Vaterschaftsurlaub eigens erwähnt, da dieser eine Möglichkeit darstellt, die Gleichstellung zwischen Männern und Frauen voranzutreiben. Das Ziel des GIBG ist die Gleichstellung von Männern und Frauen. Daher sind Männer, die Benachteiligung im Zuge einer Väterkarenz ausgesetzt sind, von der Schutznorm des GIBG umfasst.

Die Antragsgegnerin hat in ihrem Vorbringen eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes zurückgewiesen. Die Geschäftsführung der Antragsgegnerin distanzierte sich jedenfalls von den im Antrag genannten Äußerungen und Beurteilungen, die von Herrn Dr. A gesetzt worden sein sollen. Man habe sich deshalb gemeinsam mit dem Betriebsrat um eine betriebsinterne Konfliktlösung bemüht. Diese Äußerungen seien keinesfalls die Linie der Geschäftsführung. Man setze von Unternehmensseite alles daran, dass die weiblichen Mitarbeiterinnen im Falle von Schwangerschaft und Karenzierung nicht der Antragsgegnerin „verloren“ gehen würden. Trotzdem wurde betont, dass das Arbeitsverhältnis bis zum 31. Dezember 2007 befristet gewe-

¹ EuGH vom 4.10.2001, Rs C-438/99, „Melgar“

² Rebhahn, Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz, § 3 Rn 67, 2004

sen sei. Vertragsgemäß habe kein Rechtsanspruch auf Verlängerung bzw. Umwandlung in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden.

Das Ermittlungsverfahren ergab, dass die Antragstellerin ihre Schwangerschaft am 12. Oktober 2007 ihrem Abteilungsleiter, Herrn Dr. A, bekannt gegeben hat. Noch am 1. Oktober 2007 wurde der Antragstellerin in einem dem Senat I der GBK vorliegenden Mail signalisiert, dass der Abteilungsleiter die Umwandlung ihres befristeten Arbeitsvertrages in ein unbefristetes unterstützen würde. Deshalb ist die Antragstellerin zum damaligen Zeitpunkt von einem positiven Ausgang der Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis ausgegangen. Laut den dem Senat I der GBK vorliegenden Unterlagen wurde die Arbeit der Antragstellerin im Projekt „W“ von den an diesen Projekt beteiligten Mitarbeitern/innen ... sehr gelobt und das Ende ihrer Tätigkeit bei der Antragsgegnerin bedauert.

Es stellte sich für den erkennenden Senat die Frage, ob es einen Zusammenhang zwischen der Meldung der Schwangerschaft bzw. der kurz darauf erfolgten Fehlgeburt und der Nichtübernahme in ein fixes Arbeitsverhältnis gegeben hat, oder ob sie den Anforderungen als Mitarbeiterin ... bei der Antragsgegnerin nicht gewachsen war, sodass von einer Weiterbeschäftigung der Antragstellerin Abstand genommen werden musste.

So wurde von der Antragsgegnerin unter anderem vorgebracht, dass die Arbeitsleistungen (z.B. ...) nicht den Erwartungen ihres Abteilungsleiters, Herrn Dr. A, entsprochen haben. Auch der Entwurf der Expertise der Antragstellerin bzgl. ... habe weder den Anforderungen des Kunden noch des Abteilungsleiters entsprochen.

Im Laufe des Verfahrens hat sich jedoch für den erkennenden Senat der Eindruck erhärtet, dass die Mitteilung der Schwangerschaft sowie der darauf erfolgten Schwangerschaft „conditio sine qua non“ für die Nichtverlängerung des Arbeitsvertrages und die Nichtübernahme der Antragstellerin in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis gewesen ist. Der Antragsgegnerin ist es in ihrem Vorbringen nicht gelungen den Senat I der GBK davon zu überzeugen, dass das Geschlecht nicht der Grund für die Nichtverlängerung war. Aus den vorliegenden Unterlagen und den Angaben der Auskunftspersonen ergab sich, dass die Antragstellerin sehr gute Arbeit geleistet hat. So war das beanstandete Projekt ... ein Projekt ihres Kollegen, Herrn Mag. H, der die Verantwortung dafür getragen hat. Unbestritten war, dass die Arbeit über ... nicht

den Wünschen ihres Abteilungsleiters entsprochen hat. Es ist für den Senat I der GBK nicht wahrscheinlich, dass eine einmalige Nichterfüllung eines Arbeitsauftrages zur vollsten Zufriedenheit des Vorgesetzten zur Entscheidung einer Nichtübernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis bewirkt hat. Es sind auch keine sonstigen wirtschaftlichen Gründe bekannt, die eine Nichtverlängerung des befristeten Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt hätten.

Der Abteilungsleiter hat die Antragstellerin über Wochen im Ungewissen gelassen, ob ihr Arbeitsverhältnis nun verlängert wird oder nicht, obwohl er nach eigenen Angaben bereits am 17. Oktober 2007 gegenüber dem kaufmännischen Geschäftsführer erklärt hat, dass er für die Antragstellerin keine adäquate Arbeit habe und er keine Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis vorschlagen würde. Der Abteilungsleiter begründete die Tatsache, dass er der Antragstellerin auch am 9. November 2007 (vor seinem Urlaub) nichts Näheres über einen allfälligen Verbleib im Unternehmen sagen habe können, da die Antragstellerin bei ihren früheren Aufgaben eine zuverlässige Mitarbeiterin gewesen sei und deshalb nach einem anderen geeigneten Posten suchen habe wollen. Trotz alledem hätte man die Antragstellerin über den Stand der Dinge informieren müssen, und sie nicht solange über den weiteren Verbleib bei der Antragsgegnerin im Unklaren lassen sollen. Die Antragstellerin wurde über ihre angeblich „schlechten“ Arbeitsleistungen erst mit der Nichtmitteilung der Nichtübernahme in ein unbefristetes Dienstverhältnis informiert. Wenn die Arbeitsleistung der Antragstellerin so schlecht gewesen wäre, hätte man das der Antragstellerin auch mitteilen müssen. So etwas sollte im Interesse der Mitarbeiter/innen auch außerhalb eines Mitarbeiter/innengesprächs mitgeteilt werden. Als weiteres Indiz für eine geschlechtsbezogene Diskriminierung durch die Antragsgegnerin sah der erkennende Senat die schriftliche Beurteilung ihres Abteilungsleiters an, wofür sich die Geschäftsführung bei der Antragstellerin entschuldigt hat. Der Vorgesetzte nahm hinsichtlich des Vorhandenseins der schriftlichen Beurteilung seiner Mitarbeiter/innen dahingehend Stellung, dass er persönliche Notizen, auch mit Leistungsbeurteilungen, führe, die er immer wieder um aktuelle Erfahrungen ergänze. Allerdings habe er niemals eine derartige Notiz an jemanden, auch nicht an den kaufmännischen Geschäftsführer, weitergeleitet. Herr Dr. A halte es aber ebenso für unwahrscheinlich, dass er eine negative Leistungsbeurteilung von Mitarbeitern/innen im Drucker habe liegen lassen. Während seines Urlaubs habe jedoch zumindest ein Betriebsratsmitglied Zugang zu seinen persönlichen Files im EDV-System. Die befragten Auskunfts-

personen sowie die vorliegenden Unterlagen bestätigten, dass die Beurteilung über die Antragstellerin dahingehend abgefasst worden ist, dass es bei ihr fraglich ist, wann diese in Karenz geht. Es bestand von Seiten des Vorgesetzten der Antragstellerin die Vermutung, dass die Antragstellerin wieder schwanger werden könnte. Dass es zu so einer Beurteilung durch Herrn Dr. A gekommen ist, wurde von der Antragsgegnerin nicht bestritten, und hat letztlich zur Nichtweiterbeschäftigung der Antragstellerin geführt.

Es hat im Verfahren für den erkennenden Senat keinen Grund gegeben, dass man das Dienstverhältnis nicht fortführen hätte können. Der einzige Grund ist die mögliche Inanspruchnahme einer Elternkarenz durch die Antragstellerin. Es besteht ebenso ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen der Bekanntgabe und der darauf erfolgten Fehlgeburt und der Empfehlung des zuständigen Abteilungsleiters, die Antragstellerin nicht weiter zu beschäftigen. Die Antragsgegnerin konnte keinen plausiblen Grund angeben, wieso eine Weiterbeschäftigung nicht möglich gewesen wäre. Die Antragsgegnerin zeigte sich gegenüber dem Senat I der GBK bestürzt, dass es zu derartigen Bewertungen gekommen ist. Die Geschäftsleitung brachte auch glaubhaft vor, dass derartige Bewertungen von der Geschäftsleitung nicht geduldet werden, und sie dieses Schriftstück niemals zu Gesicht bekommen hat. Trotzdem muss sich die Antragsgegnerin das Verhalten des Vorgesetzten der Antragstellerin zurechnen lassen. Die Entscheidung des Abteilungsleiters der Antragstellerin, sie nicht in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu übernehmen, ist aus geschlechtsbezogenen Gründen erfolgt.

Es liegt daher eine **Diskriminierung** auf Grund des Geschlechts bei den **sonstigen Arbeitsbedingungen** gegenüber der Antragstellerin vor.

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** durch die Antragsgegnerin, X, verwirklicht worden ist, ist Nachstehendes festzuhalten:

Das Gleichbehandlungsgebot gemäß § 3 GIBG schließt eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis auf Grund des Geschlechts aus. Mit der Formulierung „im Zusammenhang“ ist auch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses umfasst.

Der Begriff „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ enthält weder eine Beschränkung auf eine bestimmte Art des Arbeitsverhältnisses noch auf eine bestimmte Art der Beendigung. Unter diese Bestimmung fällt daher die einseitige Beendigung, also auch jene durch Kündigung und Entlassung. Im vorliegenden Fall ist das befristete Arbeitsverhältnis der Antragstellerin mit der Antragsgegnerin ausgelaufen.

In der jüngsten Novelle des GIBG wurde in Hinblick auf die Rechtsprechung des OGH auch im Gesetz klargelegt, dass der Diskriminierungsschutz bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch bei der Beendigung in der Probezeit gilt. Ebenso wurden nun bei der diskriminierenden Nichtverlängerung von befristeten Arbeitsverhältnissen die Sanktionen des GIBG an jene bei diskriminierender Beendigung angepasst. §12 Abs. 7 letzter Satz GIBG räumt Arbeitnehmern/innen nunmehr ein Wahlrecht ein. Bei einer diskriminierenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses können diese entweder so wie bisher anfechten oder die Beendigung gegen sich gelten lassen, aber dafür den Schaden – sowohl Vermögensschaden als auch immateriellen Schaden – aus der diskriminierenden Beendigung geltend machen. Dieses Wahlrecht wurde bereits in der Literatur befürwortet³. Die Schlechterstellung von Frauen im Zusammenhang mit einer Schwangerschaft stellt somit eine unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes dar. Dies wurde in zahlreichen Urteilen durch den EuGH festgestellt.

Die Antragstellerin hat während ihrer Befragung nochmals darauf verwiesen, dass sie als „wahren“ Beendigungsgrund die Vermutung einer weiteren Schwangerschaft bei ihr und einer damit verbundenen Karenzierung durch ihren Vorgesetzten sehe. Demgegenüber hat die Antragsgegnerin in ihrem Vorbringen stets den Vorwurf der geschlechtsbezogenen Diskriminierung bestritten. Der Frauenanteil bei der Antragsgegnerin betrage 57 %. Es gebe ebenso Frauen in Führungspositionen, darunter auch solche, die ihre Führungsposition in Teilzeit bzw. Elternzeit ausüben würden. Die Antragsgegnerin ermögliche jedem/r Mitarbeiter/in seinen/ihren Elternzeitwunsch in der beantragten Form zu verwirklichen. So biete sie ihren Karenzrückkehrern/innen eine finanzielle Unterstützung für die Kinderbetreuung und flexible Arbeitszeiten an.

³ Kletecka in Rebhahn/GIBG, § 12 Rz 50

Im § 12 Abs. 2 GIBG ist die Beweislastverteilung geregelt. Insoweit sich eine von einer Diskriminierung betroffene Person auf einen der diskriminierenden Tatbestände iSd §§ 3, 4, 6 oder 7 GIBG beruft, hat er/sie diesen glaubhaft zu machen. Dem/Der Antragsgegner/in obliegt es dann bei der Berufung auf §§ 3 oder 4 GIBG zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von Antragsgegner/in glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder das andere Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne des § 5 Abs. 2 GIBG vorliegt.

Die Antragstellerin hatte keine sachliche Erklärung dafür, wieso die Antragstellerin sich bei der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses diskriminiert ansieht. Man habe dem Wunsch der Antragstellerin entsprechend ihr € 6.000,- ausbezahlt, als sie sich entschlossen habe, nicht weiter bei der Antragsgegnerin zu arbeiten. Die Antragsgegnerin hat die € 6.000,- als Prämie bezeichnet, da im Dezember im Unternehmen Prämien an die Mitarbeiter/innen ausbezahlt werden würden, und auf diese Weise die Antragstellerin schnell zu ihrem Geld gekommen sei.

Es stellte sich für den erkennenden Senat vorab die Frage, ob es durch die Auszahlung der Summe von € 6.000,- an die Antragstellerin zu einem Vergleich gekommen ist. Auf Grund eines vorliegenden handschriftlichen Belegs der Antragsgegnerin vom 28.11.2007 war unklar, wie die Art und Weise der Auszahlung der € 6.000,- erfolgt ist. Das vorgelegte Schriftstück war kein Vergleich im Sinne der höchstgerichtlichen Judikatur. Für den Senat I der GBK war es erstaunlich, dass über einen derartigen handschriftlichen Zettel eine Anweisung von der Buchhaltung durchgeführt worden ist. Es ist aus diesem Beleg nicht ersichtlich, wofür die Geldleistung gezahlt worden ist. Folglich ist nicht erklärlich, welche Ansprüche damit getilgt worden sind. Wäre ein richtiger Vergleich vorgelegen, wäre die Antragslegitimation zu bezweifeln gewesen. Ein weiteres Indiz, dass kein Vergleich zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin vorgelegen ist, dass selbst von Seiten der Antragsgegnerin nie vorgebracht worden ist, dass ein solcher vorgelegen ist.

In der mündlichen Befragung wurde vom kaufmännischen Geschäftsführer beteuert, wenn die Antragstellerin es gewollt hätte, im Unternehmen zu bleiben, hätte man sich bemüht, dass sie bei der Antragsgegnerin bleiben hätte können. Man hätte nur schauen müssen, wo dies möglich gewesen wäre. Die vorgelegte schriftliche Stel-

lungnahme hat insofern dem mündlichen Vorbringen widersprochen, als dass man ihr die Weiterbeschäftigung auch in einem anderen Fachbereich der Antragsgegnerin ermöglichen würde, sofern es dort eine offene Stelle gebe. Nach ausführlicher Prüfung der Personalsituation sei die Antragsgegnerin zum Schluss gekommen, dass in den anderen Fachbereichen Stellen zu besetzen gewesen seien, die mit der Qualifikation der Antragstellerin übereingestimmt hätten.

Im Laufe des Ermittlungsverfahrens kam der Senat I der GBK zur Ansicht, dass die Antragstellerin gar keine andere Wahl hatte, als die € 6.000,- anzunehmen. Anscheinend hatte die Antragsgegnerin zum damaligen Zeitpunkt keine freie Stelle für die Antragstellerin. Die Antragstellerin hat sehr glaubhaft dargelegt, dass sie sich auf Grund der Vorfälle sich nur wenig Chancen für eine im Intranet ausgeschriebene Stelle ausgerechnet hat. Es hat im Zuge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Antragstellerin sicherlich einiges an Gerede bzw. Gerüchte über die Arbeitsleistung der Antragstellerin und ihr Verhältnis zu ihrem Abteilungsleiter, Herrn Dr. A, gegeben. Eine erfolgreiche Bewerbung um einen neuen Posten erschien der Antragstellerin – aber auch nach Ansicht des erkennenden Senates - wenig aussichtsreich.

Die Summe von € 6.000,- war laut der Antragsgegnerin als Überbrückungshilfe gedacht, da man die Antragstellerin so lange im Ungewissen hinsichtlich einer allfälligen Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis gelassen hat. Die Antragsgegnerin hatte doch ein schlechtes Gewissen gegenüber der Antragstellerin, sonst hätte man ihr diese Summe nicht angeboten. Die Antragsgegnerin hätte der Antragstellerin, da eine Zusammenarbeit mit ihrem bisherigen Vorgesetzten nicht möglich gewesen wäre und die Antragstellerin bislang immer sehr gute Arbeit geleistet hat, eine fixe Arbeitsstelle in einem anderem Bereich zusichern müssen. Die Antragsgegnerin hat von den Bewertungen von Herrn Dr. A Kenntnis erlangt und sich zwar dafür entschuldigt, aber trotz alledem wurden keine Konsequenzen gezogen (z.B. Schulungen auf der Führungsebene im Gleichbehandlungsrecht bzw. im Diversity Management, etc.). Vielmehr musste die Antragstellerin notgedrungener Weise verlassen.

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

Die Umstände der Nichtverlängerung des befristeten Arbeitsverhältnisses sowie der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bereiteten dem erkennenden Senat Anlass zur

Sorge hinsichtlich des bedenklichen Umgangs der Antragsgegnerin mit Schwangerschaften und Karenzierungen. Der vorliegende Fall hat die Antragsgegnerin "aufgeweckt", wie mit diesem Thema gleichbehandlungskonform umgegangen werden soll. Der Senat I der GBK hält das Vorbringen des kaufmännischen Geschäftsführers für glaubhaft, dass er mit dem Thema Vereinbarkeit von Beruf und Familie anders umgeht. In der konkreten Person der Antragstellerin ist das GIBG allerdings verletzt worden. In diesem Zusammenhang ist ebenso anzumerken, dass der Betriebsrat diese Vorfälle mit einer gewissen Leichtfertigkeit abgehandelt hat.

Aus der Sicht des Senates I der GBK wäre es dringend erforderlich, dass alle mit dem Personalwesen befassten Mitarbeiter/innen der Antragsgegnerin fortlaufend und umfassend bezüglich den Rechtsgrundlagen des Gleichbehandlungsrechtes geschult und aufgeklärt werden.

Wien, 13. Oktober 2009

Dr.in Sabine Stvan-Jagoda

Stellvertretende Vorsitzende des Senates I der GBK