

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 10. Jänner 2023 über den am 13. April 2021 eingelangten Antrag von **A (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** (BGBl I Nr 66/2004 idgF) und **bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 1 GIBG** durch **Z GmbH (Antragsgegnerin)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl II Nr 396/2004 idgF), zu GZ GBK I/1000/21, zu folgendem

PRÜFUNGSERGEBNIS:

- 1. A ist aufgrund des Geschlechtes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG durch Z GmbH diskriminiert worden.**
- 2. A ist aufgrund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 GIBG durch Z GmbH diskriminiert worden.**

Dies ist eine gutachterliche Feststellung. Es handelt sich hierbei im Sinne der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes¹ nicht um einen Bescheid.

VORBRINGEN

Im **Antrag** wurde im Wesentlichen Folgendes vorgebracht:

Die Antragstellerin sei bei der Antragsgegnerin von 1. April 2019 bis 15. Jänner 2020 (Beginn Mutterschutz) als OFC (Order Fulfillment Coordinator) mit einem befristeten Vertrag bis 31. März 2021 angestellt gewesen.

Als sie im Vorstellungsgespräch Frau Y (HR) und Frau X (ihre damalige direkte Vorgesetzte) gefragt habe, warum sie „nur“ einen befristeten Vertrag bekomme, sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass die Stelle im Zuge eines Projektes bzw. im Zuge der Reorganisation des Supply Chains geschaffen worden sei und sie nicht wissen würden, wie sich das Projekt

¹ Vgl. zB VfSlg. 19.321.

weiterentwickeln werde. Es sei der Antragstellerin auch mitgeteilt worden, dass sie sehr darauf bedacht seien, die Mitarbeiter im Unternehmen zu behalten.

Im Laufe der Schwangerschaft und auch während der Karenz sei die Frage der Antragstellerin, ob sie nach der Karenz zurückkommen könne, immer mit einem „*schauen wir mal*“ beantwortet worden. Sie sei immer wieder vertröstet worden, obwohl sie W (direkter Vorgesetzter der Antragstellerin, Nachfolger von X) und V (Vorgesetzter von W) immer wieder erklärt habe, wie wichtig es sei, dass sie ihr rechtzeitig bekannt geben, ob und ab wann sie zurückkönnen, da sie alleinerziehend sei und sich rechtzeitig nach einem Kindergartenplatz für ihre Tochter umsehen müsse.

Im Sommer 2020 habe die Antragstellerin erfahren, dass ein Kollege, der zwei Monate nach ihr begonnen habe, von Anfang an einen unbefristeten Vertrag erhalten habe, obwohl er für genau dasselbe Team im Zuge desselben Projekts angestellt worden sei. Als sie V darauf angesprochen habe, habe dieser gemeint, dass sich dieser Kollege zuerst beworben habe und sie ein „*hire approval*“ für eine befristete und eine unbefristete Stelle gehabt hätten.

Mitte November 2020 habe W die Antragstellerin angerufen, um ihr zu berichten, dass eine Kollegin, die ebenfalls als OFC im alten Team der Antragstellerin gearbeitet habe, in eine andere Abteilung wechseln würde und somit in seiner Abteilung eine haarscharf selbe Position freiwerden würde, die die Antragstellerin vor ihrer Karenz besetzt habe. Die Antragstellerin habe keine Zweifel daran gehabt, dass sie die erste Wahl für diese Position darstellen würde, da sie im Mai ein Telefonat mit W geführt habe, wo er ihr mitgeteilt habe, dass er ihr 100% Planerfüllung bei der Mitarbeiterbewertung geben würde und sie somit den vollen Bonus erhalten würde. Die Antragstellerin habe damals ca. € 1.500,00 erhalten.

W habe gemeint, er werde der Antragstellerin die Stellenausschreibung senden, sobald sie online sei. Sie habe mit W sogar Feinheiten besprochen, wie zB ob sie über Sommermonate nur bis 14 Uhr im Büro und danach im Homeoffice arbeiten könnte, weil sie ihrer Tochter noch nicht mehr Stunden im Kindergarten zutrauen habe wollen. W habe nämlich gesagt, dass die ausgeschriebene Position Vollzeit sei und Teilzeit seitens des Unternehmens nicht akzeptiert werden würde. Für die Antragstellerin habe es den Anschein gemacht, als wäre alles in trockenen Tüchern gewesen und die Bewerbung sei nur noch eine formelle Sache. Sie habe alles daran gesetzt, einen Kindergartenplatz zu finden, um mit der Eingewöhnung rechtzeitig anzufangen.

Mitte Dezember habe die Antragstellerin zwei Stellenausschreibungen von W bekommen, eine als Material Flow Specialist (Vollzeit) und die andere im Dispatch (20h). Die Antragstellerin habe dann W im Zuge eines Telefonates erklärt, dass sie sich auf keine der zwei Positionen bewerben könne, weil 20h nicht genug wären, da sie als Alleinerzieherin sonst nicht über genügend Einkommen verfügen würde, und die andere Stelle viel zu komplex für ihre damalige Lebenslage gewesen sei. Sie habe W gesagt „*Es ist sehr viel Verantwortung und sehr viel zu*

lernen und es werden bestimmt mehr als 40h notwendig sein, um die Arbeit zu bewältigen die erste Zeit“. W habe sie aber beschwichtigt und darauf gedrängt, dass sie sich auf diese Position bewerben solle, weil sie das mit Links schaffe. Die Antragstellerin habe gesagt, dass sie darüber nachdenken werde.

Kurz vor Weihnachten habe die Antragstellerin dann die Stellenausschreibung für die Position als OFC zugesandt bekommen. Sie habe deswegen erneut mit W telefoniert und habe ihn direkt darauf angesprochen, warum er sie so gedrängt habe, dass sie sich auf die anderen Positionen bewerbe, ob er sie nicht zurück in seiner Abteilung haben wolle und ob ihre Mutterschaft etwas damit zu tun habe. Er habe sich bereits vor ihrer eigenen Karenz, bezugnehmend auf die Kollegin, die nun die Abteilung gewechselt habe, beklagt, dass die Urlaubs- und Krankenstandvertretung mit drei Müttern im Team erschwert wäre. Auf die Frage der Antragstellerin habe er geantwortet *„Ich würde lügen, wenn ich sagen würde, dass mir ein Mann nicht lieber wäre!“*.

Die Antragstellerin habe sich auf beide Positionen beworben (Material Flow Specialist und OFC). Mitte/Ende Jänner habe die Antragstellerin erneut mit W telefoniert. Im Zuge dieses Telefonates habe er der Antragstellerin mitgeteilt, dass sie sich für einen externen männlichen Kandidaten entschieden hätten. Als die Antragstellerin eingeworfen habe *„Du hast also entschieden!“*, habe W geantwortet *„Ich und Frau Y haben entschieden, dass es das Beste so ist“*.

Am 9. Februar 2021 sei die Antragstellerin bei der Arbeiterkammer gewesen und habe im Beisein ihrer AK Beraterin den Betriebsrat U angerufen, um ausfindig zu machen, ob es bei der Antragsgegnerin eine Vorgabe gäbe, dass die internen Mitarbeiter zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen werden „müssen“, da sich die Antragstellerin gewundert habe, dass die nicht einmal eine Einladung zu einem Vorstellungsgespräch erhalten habe.

Der Betriebsrat habe verneint und erklärt, dass die HR Interne nicht einladen müsse und die Entscheidung, wer eingeladen werde, alleine dem direkten Vorgesetzten obliege. Als die Antragstellerin dem Betriebsrat erzählt habe, dass sie annehme, dass sie nicht für die neue OFC-Position genommen worden sei, obwohl sie diese Position bereits ein Jahr ausgeübt habe, weil sie Mutter sei, habe der Betriebsrat gemeint, *„Ja das sind die internen Diskriminierungen von denen jeder weiß, aber man kann da nix dagegen machen“*. Die Antragstellerin habe ihm gesagt, dass er doch was dagegen machen müsse. Dieses Argument habe er in den Wind geschlagen mit der Aussage, dass es eh super für Mütter sei, dass sie so viele Rechte hätten, aber man müsse dabei auch Mal an die Firmen denken.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der Antragsgegnerin am 25. Mai 2021 übermittelten **Stellungnahme** vom 12. April 2021 bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Das Dienstverhältnis der Antragstellerin sei von Beginn ein befristetes gewesen und zwar von 1. April 2019 bis 31. März 2021 als Karenzvertretung. Ihre aktive Tätigkeit sei durch eine Karenz ihrerseits von 3. Juni 2020 bis 19. Februar 2021 unterbrochen gewesen.

Während des Beschäftigungsverhältnisses sei sie zu folgenden Zeiten abwesend gewesen:

27.05. – 28.05.2019	Krankenstand
21.06.2019	Zeitausgleich
10.07. – 11.07.2019	Krankenstand
19.07. – 22.07.2019	Krankenstand
24.07. – 25.07.2019	Urlaub
12.08. – 03.09.2019	Krankenstand
19.09. – 23.09.2019	Urlaub
26. – 04.10.2019	Krankenstand
01. – 02.11.2019	Krankenstand
04.11. – 11.11.2019	Krankenstand
15.11.2019	Urlaub
09.12. – 13.12.2019	Krankenstand
16.12.2019	Urlaub
17.12. – 18.12.2019	Krankenstand
19.12. – 30.12.2019	Urlaub
ab 15.01.2020	Wochenhilfe
Karenzende bis Austritt	Urlaub

Die Antragstellerin sei von der informierten Arbeitgebervertreterin, Mag.^a (FH) T, im Sommer 2019 persönlich darüber informiert worden, dass ihr Dienstverhältnis mit im Dienstvertrag genanntem Datum enden werde.

In diesem Zusammenhang werde auf das Gedächtnisprotokoll der informierten Arbeitgebervertreterin vom 15. Jänner 2020 samt Screenshot verwiesen:

„Zur Doku für den Personalakt:

Im August oder September 2019 stimmte ich mich telefonisch mit der damaligen Vorgesetzten Y und V als Site Logistics Manager ab, dass das befristete Dienstverhältnis von A mit dem definierten Ablauf ausläuft. So war bereits im HAF vorgesehen. Diese Information erhielt A im Anschluss von mir telefonisch bzw. über ihre damalige Vorgesetzte.

Danke und LG

T“

Zwischenzeitlich hätten sich zwei offene Positionen ergeben. Bei der Auswahl der Nachbesetzung zähle bei der Antragsgegnerin primär das Abdecken der erforderlichen Qualifikation und damit die höchstmögliche Eignung für die Erfüllung der Jobanforderung.

Grundsätzlich habe die Antragsgegnerin der Antragstellerin eine Bewerbung für diese Stellen freigestellt, die Letztentscheidung sei durch den direkten Vorgesetzten der offenen Position unter Bedachtnahme auf die größtmögliche Abdeckung des Jobprofils erfolgt.

Da die Antragstellerin diese nicht in dem Ausmaß erfüllt habe, wie andere Kandidaten/innen, habe sie für keine der Positionen berücksichtigt werden können. Unabhängig davon habe die Antragstellerin zudem einen Wunsch hinsichtlich fixer Homeoffice-Zeiten geäußert, den die Antragsgegnerin in dieser Form leider nicht entsprechen habe können.

In diesem Zusammenhang könne kein wie immer gearteter Diskriminierungsansatz kreiert werden, da die Auswahl ausschließlich auf Basis des Profils erfolgt sei, das im überwiegenden Maße entsprochen habe – unabhängig von Geschlecht, Herkunft oder sonstiger Aspekte, deren Vielzahl hier anzuführen den Rahmen sprengen würde. Die Antragsgegnerin agiere generell stets nach höchsten ethischen Grundsätzen, eine Zuwiderhandeln widerspräche den Unternehmensvorgaben in gröbster Weise.

PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin sowie die mündliche Befragung der Antragstellerin und von Mag.^a (FH) T (informierte Vertreterin der Antragsgegnerin) vom 8. November 2022.

Als weitere Auskunftspersonen wurden am 8. November 2022 V, W und U befragt.

Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf die schriftliche Stellungnahme von X vom 4. Jänner 2023.

BEGRÜNDUNG²

Die im vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des Gleichbehandlungsgesetzes, BGBl I Nr 66/2004 idgF, lauten:

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

- 1. bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses,
[...]*
- 6. bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses“*

Generell ist zur Frage des Beweismaßes und der Beweislastverteilung im GBK-Verfahren anzumerken, dass eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne des § 3 GIBG beruft, diesen glaubhaft zu machen hat. Insoweit genügt daher nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (OGH) eine „Bescheinigung“ der behaupteten Tatsachen, wobei jedoch der bei der GBK zu erreichende Überzeugungsgrad gegenüber der

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

beim „Regelbeweis“ geforderten „hohen Wahrscheinlichkeit“ auf eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ herabgesenkt ist.

Vereinfacht gesagt muss mehr für die Darstellung des Antragstellers/der Antragstellerin sprechen als dagegen.³ Dem Antragsgegner/der Antragsgegnerin obliegt dann zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes von ihm/ihr glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung des Vorwurfes, das Dienstverhältnis der Antragstellerin sei durch die Antragsgegnerin wegen der Schwangerschaft bzw. Kinderbetreuungspflichten der Antragstellerin nicht verlängert worden und es sei aus demselben Grund die Bewerbung der Antragstellerin für eine vergleichbare Stelle durch die Antragsgegnerin nicht berücksichtigt worden, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem **Sachverhalt** aus:

Die Antragstellerin war vom 1. April 2019 bis 31. März 2021 bei der Antragsgegnerin als Order Fulfillment Coordinator (kurz OFC) im Rahmen eines befristeten Vertrages angestellt. Sie befand sich ab 15. Jänner 2020 in Mutterschutz und anschließend bis zum 17. Februar 2021 in Karenz.

Die Antragstellerin hat bereits im Jahre 2014 für die Antragsgegnerin als Leiharbeitskraft im Customer Service in ... gearbeitet. Sie hat sich im Frühjahr 2019 auf die gegenständliche Stelle bei der Antragsgegnerin beworben, nachdem sie von W, den sie aus ... kannte und mit dem sie über diverse Social Media Kontakt hatte, auf die offene Position aufmerksam gemacht wurde.

Die Antragstellerin wurde zum Vorstellungsgespräch eingeladen, bei welchem die damalige direkte Vorgesetzte der Antragstellerin, X, und Y von der Personalabteilung anwesend waren. Im Zuge des Vorstellungsgesprächs wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass alle neuen Mitarbeiter einen befristeten Vertrag erhalten würden und dass eine Option auf Verlängerung gegeben wäre.

Die Abteilung, in der die Antragstellerin gearbeitet hat, wurde im Zuge der Reorganisation des Supply Chains neu geschaffen. Im Rahmen dieses Projekts sind Teile vom Customer Service, Material Flow und Dispatch in die neue Order-Fulfillment-Abteilung überführt worden. Es sind sowohl interne als auch externe Personen für das neue Team gewählt worden.

Am Anfang des Dienstverhältnisses hatte die Antragstellerin Schwierigkeiten mit den Bereichen Material Flow und Dispatch, was zu Spannungen zwischen ihr und ihren Arbeitskollegen bzw. Arbeitskolleginnen führte. Nach einer Einschulung durch W hat sie sich dann aber schnell

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

eingearbeitet und ihre Arbeitsleistung im weiteren Verlauf zufriedenstellend erbracht. Im Zuge der Mitarbeiterbewertung für das Jahr 2019 erhielt sie schließlich den vollen Bonus.

Im Herbst 2019 wurde X gekündigt und W hat ihre Position übernommen. Anfang/Mitte September hat die Antragstellerin ihre Schwangerschaft bekannt gegeben.

Im Laufe der Schwangerschaft fragte die Antragstellerin öfters nach, ob sie nach der Karenz zurückkommen könne, sie wurde aber wieder mit den Worten „schauen wir mal“ vertröstet.

Die Arbeitgebervertreterin verfasste am 15. Jänner 2020 einen Aktenvermerk mit folgendem Inhalt:

„Im August oder September 2019 stimmte ich mich mit der damaligen Vorgesetzten X und V als Site Logistik Manager ab, dass das befristet Dienstverhältnis von A mit dem definierten Ablauf ausläuft. So war es bereits im HAF vorgesehen. Diese Information erhielt A im Anschluss von mir telefonisch bzw. über ihre damalige Vorgesetzte“.

Im Sommer 2020 erfuhr die Antragstellerin, dass ein männlicher Kollege, B, der zwei Monate später als sie begonnen hat, vom Anfang an einen unbefristeten Vertrag erhielt, obwohl er für genau dasselbe Team im Zuge desselben Projekts angestellt wurde. Er war ebenfalls ein externer Bewerber und hatte im Gegensatz zur Antragstellerin keine Berufserfahrung und keine SAP-Kenntnisse.

Mitte November 2020 erfuhr die Antragstellerin, dass eine Kollegin, die ebenfalls als OFC im alten Team mit der Antragstellerin gearbeitet hat, in eine andere Abteilung gewechselt hat und somit eine haarscharf selbe Position frei wäre. Es hat in diesem Zusammenhang ein Telefongespräch mit W stattgefunden, im Zuge dessen auch Feinheiten besprochen wurden, wie zB ob die Antragstellerin über Sommermonate nur bis 14 Uhr im Büro und danach im Homeoffice arbeiten könnte, weil sie ihrer Tochter am Anfang noch nicht mehr Stunden im Kindergarten zutrauen wollte.

Die Antragstellerin hatte keine Zweifel daran, die erste Wahl für die offene Position darzustellen, nicht zuletzt, da sie vor ihrer Karenz genau dieselbe Tätigkeit ausgeübt hatte und im Zuge der Mitarbeiterbewertung auch den vollen Bonus für das Jahr 2019 erhielt. Sie ging davon aus, dass die Bewerbung nur noch eine formelle Sache war und versuchte, rechtzeitig einen Kindergartenplatz für ihre Tochter zu organisieren.

Mitte Dezember bekam die Antragstellerin zwei Stellenausschreibungen von W zugeschickt, eine als Material Flow Specialist (Vollzeit) und die andere im Dispatch (20h). Die Stellenausschreibung als Order Fulfillment Coordinator war jedoch nicht dabei. Die Antragstellerin telefonierte daraufhin wieder mit W und erklärte ihm im Zuge dieses Telefongesprächs, dass sie sich auf die Position im Dispatch aus finanziellen Gründen nicht bewerben könne, da es sich um eine Teilzeit-Position handle, und dass die Stelle als Material Flow Specialist viel zu komplex gewesen sei für ihre damalige Lebenslage. W hat trotzdem darauf gedrängt, dass sie sich

auf die vorgeschlagenen Positionen bewerben solle. Die Stellenausschreibung für die Position als OFC erhielt die Antragstellerin erst kurz vor Weihnachten zugesandt.

Die Antragstellerin bewarb sich schlussendlich auf zwei der ausgeschriebenen Positionen – Material Flow Specialist und OFC. Neben der Antragstellerin haben sich ca. dreißig Personen auf die OFC-Stelle beworben, es wurden in weiterer Folge acht Bewerber bzw. Bewerberinnen zum Vorstellungsgespräch eingeladen. Die Antragstellerin wurde nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen, obwohl sie eine interne Mitarbeiterin war und über Vorerfahrung in der ausgeschriebenen Position verfügte. Die Wahl fiel auf einen externen männlichen Kandidaten.

Mitte/Ende Jänner hat die Antragstellerin erneut mit W telefoniert. Im Zuge dieses Telefonates teilte er der Antragstellerin mit, dass sich die Antragsgegnerin für einen anderen Bewerber entschieden hat. Am 3. Februar 2021 erhielt die Antragstellerin sodann eine offizielle Absage per E-Mail.

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

1. Es liegt **eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** vor.

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

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

Der Begriff der „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ im § 3 Z 7 GIBG ist nicht auf eine bestimmte Art des Arbeitsverhältnisses oder eine bestimmte Art der Beendigung beschränkt und ist daher weit zu verstehen. Vom Geltungsbereich des GIBG sind somit auch Probearbeitsverhältnisse und befristete Arbeitsverhältnisse erfasst.⁵

Eine diskriminierende Nichtverlängerung liegt nach den Gesetzesmaterialien dann vor, wenn das Arbeitsverhältnis aus sachlichen Gründen zwar zunächst nur befristet abgeschlossen wurde, aber von vornherein auf die Umwandlung in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis ange-

⁴ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 2.

⁵ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 137.

legt war, und nur aus diskriminierenden Gründen nicht verlängert wird, zB weil die Arbeitnehmerin im befristeten Arbeitsverhältnis schwanger wurde.⁶ Es ist dabei irrelevant, ob diese Verlängerung bereits von Anfang an geplant war oder erst während des laufenden Dienstverhältnisses angesprochen wird.⁷

Im vorliegenden Fall ist es unstrittig, dass die Antragstellerin während ihres befristeten Dienstverhältnisses bei der Antragsgegnerin im Zeitraum vom 15. Jänner 2020 bis 17. Februar 2021 in Mutterschutz bzw. Karenz war und dass das Arbeitsverhältnis nach ihrer Rückkehr aus der Karenz nicht verlängert wurde.

Es stellte sich aber zunächst die Frage, ob das befristete Dienstverhältnis auf Verlängerung angelegt war oder nicht. Die Antragstellerin gab sowohl in ihrem Antrag sowie in ihrer mündlichen Befragung glaubwürdig an, dass die Möglichkeit der Vertragsverlängerung im Rahmen des Vorstellungsgesprächs in Aussicht gestellt wurde. Sie schilderte darüber hinaus überzeugend, dass es seitens ihrer Vorgesetzten immer wieder kommuniziert worden sei, dass der Verlängerung „*nichts im Wege steht, falls dieses Team so weiterbesteht.*“

Im Gegensatz dazu führte die Arbeitgebervertreterin in ihrer Stellungnahme zunächst aus, dass die Stelle der Antragstellerin eine Karenzvertretung gewesen und daher nie auf Verlängerung angelegt gewesen sei.

Der Site Logistic Manager, V (Vorgesetzter von X und dann von W), sagte abweichend davon aus, dass die Stelle im Rahmen eines neuen Projekts als eine Art „Übergangslösung“ geschaffen worden sei. Das Ziel sei gewesen, den Personalaufwand mit der Zeit zu reduzieren. Eine Verlängerung des Vertrages sei nie vorgesehen gewesen.

Im Zuge der Befragung vor dem Senat gab die Arbeitgebervertreterin an, dass sie nicht mehr nachvollziehen könne, war der Grund für die Befristung gewesen sei. Das sei damals im Zuge der Umstrukturierung über den Stream-Businesspartner gelaufen. Sie sei im Recruiting-Prozess nicht aktiv eingebunden.

Da sich aus den Angaben der Arbeitgebervertreterin und der befragten Auskunftspersonen im Zuge des Verfahrens somit viele Unstimmigkeiten ergeben haben, hinterließen sie bei dem Senat keinen glaubwürdigen Eindruck. Es ist für den Senat nicht eindeutig geklärt, welche sachlichen Gründe es für die Befristung bzw. die Nichtverlängerung gegeben hat.

Vor diesem Hintergrund war für den Senat insbesondere die am 4. Jänner 2023 übermittelte schriftliche Stellungnahme der damaligen direkten Vorgesetzten der Antragstellerin, X, welche das Vorstellungsgespräch mit der Antragstellerin führte, ausschlaggebend. Sie gab an, dass das Thema der Vertragsverlängerung nach Ablauf der Befristung im Vorstellungsgespräch

⁶ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 12 Rz 83.

⁷ Vgl. Rebhahn/Windisch-Graetz in Windisch-Graetz, GIBG (2022) §3 Rz 152.

natürlich besprochen worden sei und dass die Option auf Verlängerung gegeben gewesen sei. Dies stimmt mit den Schilderungen der Antragstellerin überein.

X konnte zudem nicht bestätigen, dass – wie von V behauptet – eine Reduktion des Teams von Anfang an vorgesehen gewesen sei. Vielmehr kann ihrer Stellungnahme entnommen werden, dass ein weiterer Ausbau der Abteilung geplant gewesen sei.

Die Angaben von X erschienen dem Senat besonders glaubwürdig, zumal sie – im Gegensatz zu den sonst befragten Auskunftspersonen – nicht mehr bei der Antragsgegnerin beschäftigt ist. Sie war außerdem bei dem Vorstellungsgespräch der Antragstellerin anwesend. Die schriftliche Stellungnahme von X erweckte beim Senat nicht den Eindruck, dass sie durch ihre Angaben eine der Seiten unterstützen wollte.

Hinsichtlich des von der Antragsgegnerin vorgelegten Aktenvermerks vom 15. Jänner 2020 ist für den Senat zudem nicht nachvollziehbar, warum es der Antragstellerin ca. fünf Monate nach dem Beginn der Tätigkeit telefonisch kommuniziert werden sollte, dass der Arbeitsvertrag mit Ende der Befristung auslaufen würde, wenn der Vertrag nie auf die Umwandlung in ein unbefristetes angelegt gewesen wäre. Der Arbeitgebervertreterin gelang es auch im Zuge ihrer mündlichen Befragung nicht, stichhaltige Gründe dafür zu nennen. Vielmehr war ihre Aussage in diesem Punkt äußerst widersprüchlich.

Die Arbeitgebervertreterin sagte zu Beginn ihrer Befragung aus: *„Bei befristeten Verträgen ist es natürlich so, dass wir davon ausgehen, dass eine Person, die einen befristeten Vertrag hat, auch weiß, das Dienstverhältnis läuft dann aus. Da gibt es dann nichts, dass wir nochmals darüber sprechen müssen, dass es ausläuft, weil es im Grunde ein befristeter Dienstvertrag ist.“* Laut Aktenvermerk wurde dieser Umstand im Falle der Antragstellerin aber im August bzw. September 2019 abgestimmt, was für den Senat ein Indiz dafür darstellt, dass die Verlängerung ursprünglich in Aussicht gestellt wurde und erst nachträglich die Entscheidung getroffen wurde, den Vertrag nicht zu verlängern.

Durch die un schlüssigen Aussagen der Auskunftspersonen in Zusammenschau mit der schriftlichen Stellungnahme von X sieht der Senat die Voraussetzung, dass der befristete Vertrag auf Umwandlung in ein unbefristetes angelegt werden sollte als gegeben.

Ausschlaggebend für eine Diskriminierung ist weiters eine Beendigung *wegen* der Schwangerschaft bzw. dem Umstand, dass die Antragstellerin Kinder hat.

Die Antragstellerin konnte in ihrem schriftlichen Vorbringen sowie ihrer mündlichen Befragungen einen glaubhaften Anschein darlegen, dass die Beendigung des Dienstverhältnisses aufgrund ihrer Schwangerschaft bzw. Kinderbetreuungspflichten erfolgte. Daher verlagerte sich die Beweislast auf die Antragsgegnerin.

Die Antragsgegnerseite fokussierte ihre Argumentationslinie – wie bereits ausgeführt – im Wesentlichen darauf, dass es nie geplant gewesen sei, den Vertrag der Antragstellerin zu verlängern. Der von der Arbeitgebervertreterin als Beweis dafür vorgelegte Aktenvermerk, wonach es im August/September 2019 abgestimmt und der Antragstellerin kommuniziert worden sei, dass der Vertrag auslaufen werde, wurde am 15. Jänner 2020 verfasst. Der Umstand, dass es sich dabei genau um den Tag handelt, an welchem der Mutterschutz der Antragstellerin begonnen hat, erweckt den Anschein einer Beendigung aufgrund der Schwangerschaft.

Die Arbeitgebervertreterin argumentierte in diesem Zusammenhang, dass die Information zum Zeitpunkt des Beginns der Karenz für die Personalverrechnung von Relevanz gewesen sei, damit eine entsprechende Wiedervorlage eingetragen werden kann. Dies überzeugte den Senat nicht, zumal auch der Zeitpunkt der im Aktenvermerk erwähnten Abstimmung über das Auslaufen des Vertrages, nämlich August/September 2019, in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit der Bekanntgabe der Schwangerschaft durch die Antragstellerin steht. Als die Arbeitgebervertreterin hierzu näher befragt wurde, verwickelte sie sich nur in Widersprüche.

Der Betriebsrat U führte in seiner Befragung aus, dass u.a. auch die „*Performance, die sie [Anm. die Antragstellerin] abgeliefert hat*“ ein Grund für die Nichtverlängerung gewesen sei. Der Betriebsrat erschien dem Senat aber besonders unglaubwürdig, da seine Schilderungen in vielen Punkten im Widerspruch zu den Aussagen aller anderen Auskunftspersonen standen.

Die Antragstellerin schilderte darüber hinaus überzeugend, dass sie ihre Aufgaben nach der Einarbeitungsphase sehr gut erfüllte, unbestritten erhielt sie für das Jahr 2019 auch den vollen Bonus. Sie räumte zwar ein, dass es am Anfang des Dienstverhältnisses Schwierigkeiten gegeben habe, da sie keine Einschulung gehabt habe und die Bereiche Material Flow und Dispatch nicht zur Zufriedenheit der Kollegen bzw. Kolleginnen abdecken habe können. Sie habe sich aber nach einer Einschulung durch W schnell eingearbeitet und ihre Leistung sei im weiteren Verlauf nicht mehr beanstandet worden. Der Umstand, dass sie die anfänglichen Schwierigkeiten offenlegte, hinterließ beim Senat einen sehr glaubwürdigen Eindruck.

Abgesehen von den Angaben des Betriebsrats wurde von der Antragsgegnerseite weder in der schriftlichen Stellungnahme noch in Zuge der Befragung der Arbeitgebervertreterin behauptet, dass die Arbeitsleistung der Antragstellerin nicht zufriedenstellend gewesen wäre.

Hinzukommt, dass der Arbeitsvertrag eines männlichen Kollegen, der zwei Monate nach der Antragstellerin in demselben Team angestellt wurde und ebenfalls ein externer Bewerber war, in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übergangen ist, obwohl er im Gegensatz zur Antragstellerin keine Berufserfahrung und keine SAP-Kenntnisse hatte. Es hat sich nach Ansicht des Senats aus den Befragungen keine stringente Erklärung dafür ergeben, warum zwischen der Antragstellerin und B differenziert wurde.

V führte etwa aus, dass es damals für das neue Team die Anweisung vom Topmanagement gegeben habe, dass für diesen Bereich sämtliche Stellen nur temporär ausgeschrieben werden. Auf Nachfrage, warum B trotzdem einen unbefristeten Vertrag bekommen habe, die Antragstellerin hingegen nicht, erwiderte er, dass es sich beim Vertrag von B um einen Fehler im Personalbüro gehandelt habe. Dies erschien dem Senat nicht glaubwürdig.

Gleichzeitig gaben die befragten Auskunftspersonen übereinstimmend an, dass es bei der Antragsgegnerin üblich ist, die Arbeitsverträge zunächst befristet abzuschließen und diese nach Ablauf der Befristung zu verlängern. Es konnten von der Antragsgegnerseite keine überzeugenden Gründe dafür genannt werden, warum lediglich im Fall der Antragstellerin – selbst dann, als eine Stelle in demselben Team freigeworden ist – keine Verlängerung in Frage kam.

Sowohl die Arbeitgebervertreterin als auch die Auskunftsperson V bezogen sich im Zuge der Befragung immer wieder darauf, nicht zuständig gewesen zu sein oder sich an keine Details mehr erinnern zu können. Die Antragsgegnerin hatte aber genug Zeit, um die im Antrag vorgeworfenen Umstände zu überprüfen und dem Senat entsprechende Unterlagen vorzulegen bzw. Personen zu nennen, die in den Entscheidungsprozess eingebunden waren. Es sind seitens der Antragsgegnerin jedoch keine Unterlagen vorgelegt worden. Es entstand beim Senat der Eindruck, dass die befragten Auskunftspersonen versuchten, die Verantwortung entweder sich gegenseitig oder den nicht mehr im Unternehmen tätigen Personen zuzuschieben. In diesem Zusammenhang weist der Senat darauf hin, dass es – sofern die Diskriminierung von der Antragstellerin bzw. dem Antragsteller glaubhaft gemacht wird – der Antragsgegnerseite obliegt, den Gegenbeweis zu erbringen. Selbst wenn es aufgrund der Umstrukturierung dazu kam, dass die Vorgänge nicht mehr nachvollzogen werden können, kann dieser Umstand der Antragsgegnerin nicht im Sinne der Erbringung des vom Gesetz geforderten Gegenbeweises zugutekommen. Die von der Antragsgegenseite gewählte Argumentationslinie vermochte daher nicht, die glaubwürdigen Angaben der Antragstellerin zu entkräften.

Nicht unberücksichtigt bleiben kann auch, dass die Arbeitgebervertreterin in ihrer Stellungnahme die krankheitsbedingten Abwesenheiten der Antragstellerin ins Treffen geführt hat. Die Antragstellerin legte jedoch sehr glaubwürdig dar, dass es sich dabei um schwangerschaftsbedingte Krankenstände gehandelt hat und dass sie von ihrem Vorgesetzten, W, zwei Mal im Spital besucht wurde.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass wenn das Dienstverhältnis einer Arbeitnehmerin auf Grund von Fehlzeiten beendet wird, die sich aus ihrer durch die Schwangerschaft bedingten Arbeitsunfähigkeit ergeben, so hängt diese Beendigung mit den Risiken zusammen, die mit einer Schwangerschaft verbunden sind, sodass die Schwangerschaft als der hauptsächliche Grund für die Beendigung anzusehen ist. Eine solche Beendigung kann nur

Frauen treffen und ist daher als eine unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts anzusehen.⁸

In der Zusammenschau all dieser Umstände liegt die Vermutung nahe, dass die Entscheidung über Nichtverlängerung des Arbeitsvertrages wegen der Schwangerschaft bzw. dem Umstand, dass die Antragstellerin Kinderbetreuungspflichten nachkommen muss, getroffen wurde.

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

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

Die obigen Ausführungen zum Begriff des Geschlechtes gelten für Punkt 2. gleichermaßen.

Das Vorbringen der Antragstellerin, sie sei deswegen nicht eingestellt bzw. im Auswahlverfahren nicht berücksichtigt worden, weil sie ein Kind habe, indizierte eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 GIBG.

Die Formulierung „bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses“ beschränkt sich nicht auf die konkrete Entscheidung über die Einstellung, sondern erfasst auch Benachteiligungen im Rahmen des in der Regel vorausgehenden Auswahlverfahrens. Für die Beurteilung einer Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses ist somit auf verschiedene, dem Vertragsabschluss „vorgelagerte“ bzw. diesen „vorbereitende“ Verhaltensweisen von Arbeitgebern/Arbeitgeberinnen oder für diese handelnde Personen Bedacht zu nehmen (Vertragsanbahnung).⁹

§ 3 GIBG hebt besonders hervor, dass Diskriminierungen auf Grund des Geschlechts auch solche unter Bezugnahme auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat, sind. Eine Diskriminierung wegen des Geschlechts bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses nach § 3 Z 1 ist daher zB auch dann zu bejahen, wenn sich nur Frauen um eine Stelle bewerben und etwa jene aus dem Auswahlverfahren ausgegrenzt werden, die Betreuungspflichten gegenüber Kindern haben.¹⁰

Erfüllt ist der Diskriminierungstatbestand aber erst dann, wenn die Begründung des Arbeitsverhältnisses, dh der Vertragsabschluss, auf Grund des Geschlechts des Bewerbers/der Bewerberin unterbleibt. Die aus der Sicht des Gleichbehandlungsgebots bedenklichen Verhaltensweisen des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin im oben abgegrenzten „Vorfeld“ der endgültigen Einstellungsentscheidung – zB ein sehr langes Hinauszögern der Entscheidung über die

⁸ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 140.

⁹ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 13.

¹⁰ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 27.

einem Bewerber/einer Bewerberin zunächst in Aussicht gestellte Vertragsbegründung – können aber durchwegs wichtige Gesichtspunkte für die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses sein.¹¹

Im vorliegenden Fall bewarb sich die Antragstellerin – wie festgestellt – während ihrer Karenz auf zwei durch die Antragsgegnerin ausgeschriebene Stellen – OFC und Material Flow Specialist, ihre Bewerbung wurde von der Antragsgegnerin aber nicht berücksichtigt.

Die Antragstellerin legte im Rahmen des Beweisverfahrens glaubwürdig dar, dass es sich bei der offenen OFC-Stelle um eine Position handelte, die exakt jener Tätigkeit entsprach, welche sie vor ihrer Karenz ausübte. Dies wurde auch vom Site Logistic Manager, V, in seiner mündlichen Befragung bestätigt.

Wie bereits in Punkt 1. ausgeführt, konnte die Antragstellerin den Senat davon überzeugen, dass sie ihre Aufgaben – abgesehen von der Einarbeitungsphase – sehr gut erfüllte, weshalb sie für das Jahr 2019 den vollen Bonus erhielt. Es gelang der Antragstellerin somit glaubhaft darzulegen, dass sie für die ausgeschriebene Position bestens geeignet war. Vor diesem Hintergrund liegt die Vermutung nahe, dass die Nichtberücksichtigung der Bewerbung im Zusammenhang mit den Kinderbetreuungspflichten der Antragstellerin steht.

Auch der von der Antragstellerin glaubwürdig geschilderte Umstand, dass sie von W die gegenständliche Stellenausschreibung erst nach mehrmaligem Nachfragen zugeschickt bekommen habe und dass er darauf gedrängt habe, dass sie sich auf andere Stellen bewerben solle, für welche die Antragstellerin nicht die entsprechenden Qualifikationen vorweisen konnte, verstärkt den Senat in diesem Eindruck. Daher verlagerte sich die Beweislast auf die Antragsgegnerin.

Für die Erbringung des Gegenbeweises aufgrund der Beweislastverlagerung konnte der Senat durch die gebotene Argumentationsweise der Antragsgegnerseite nicht genügend überzeugt werden.

Es mag zutreffen, dass es bei der Antragsgegnerin Vorgaben gibt, wonach jede offene Stelle ausgeschrieben werden muss, um allen Personen gleiche Bewerbungschancen zu ermöglichen. V führte in diesem Zusammenhang aus: „*Ich muss jede offene Stelle, ob intern oder extern, zumindest intern einmal ausschreiben und gegebenenfalls dann auch extern“.*

Es ist für den Senat nicht nachvollziehbar, warum die Stelle gleich extern ausgeschrieben wurde und warum Antragstellerin trotz ihrer langjährigen Vorerfahrung bei der Antragsgegnerin und trotz des (zu damaligen Zeitpunkt noch) aufrechten Dienstverhältnisses nicht einmal zum Vorstellungsgespräch eingeladen wurde.

¹¹ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erlar, GIBG² (2021) § 3 Rz 21.

V und W argumentierten in diesem Zusammenhang, dass es bei den Bewerbern einen Kandidaten gegeben habe, der vom Anforderungsprofil her besser gepasst habe als die Antragstellerin. Sie hätten bei diesen Kandidaten den Eindruck gehabt, *„der wird es, der ist es.“* Es wurden von der Antragsgegnerin aber gar keine Unterlagen vorgelegt, die beweisen würden, dass der männliche Kandidat, welcher die Stelle schlussendlich erhalten hat, besser qualifiziert gewesen wäre.

Den Angaben von V zufolge hätten außerdem insgesamt acht Vorstellungsgespräche mit externen Bewerbern bzw. Bewerberinnen stattgefunden. Es ist nach Ansicht des Senats sehr unwahrscheinlich, dass acht externe Personen für die ausgeschriebene Stelle besser qualifiziert waren als die Antragstellerin, welche vor ihrer Karenz genau dieselbe Tätigkeit bei der Antragsgegnerin ausgeübt hat. Vielmehr entstand bei dem Senat der Eindruck, dass die Antragstellerin von Anfang an aus dem Auswahlverfahren ausgegrenzt wurde.

Auf Nachfrage des Senats nach den anderen Kandidaten, die eingeladen wurden, obwohl es bei den Bewerbern *„diesen einen Kandidaten“* gegeben habe, erklärte W *„ja, aber es muss nicht zwingend der Erste gewesen sein.“* Auch dies erscheint dem Senat widersprüchlich.

Dem Einwand der Antragsgegnerseite, die Antragstellerin habe vom Beginn an einen Wunsch geäußert, aufgrund ihrer Kinderbetreuungspflichten bis Mittag im Büro und ab Nachmittag im Home-Office zu arbeiten, was zum damaligen Zeitpunkt nicht üblich oder möglich gewesen sei, ist entgegenzuhalten, dass nach Ansicht des Senats auch hier ein direkter Zusammenhang zum Familienstand bzw. der Tatsache, dass die Antragstellerin ein Kind hat, erblickt werden kann. Schließlich hat die Antragstellerin den Wunsch betreffend Home-Office auch zu keinem Zeitpunkt offiziell geäußert, sondern im Zuge eines Telefongesprächs mit W, welchen sie auch privat kannte. Es wurde der Antragstellerin keine Chance gegeben, dieses Thema im Rahmen eines Bewerbungsverfahrens anzusprechen, da sie von Anfang an von Anfang an aus dem Auswahlverfahren ausgegrenzt wurde.

Da im Beweisverfahren keine Anhaltspunkte für die fehlende Qualifikation oder mangelnde Arbeitsleistung der Antragstellerin hervorgekommen sind, hat es für den Senat keinen Grund gegeben, die Antragstellerin nicht zumindest zum Vorstellungsgespräch einzuladen. Es liegt somit der Verdacht nahe, dass die Ausgrenzung aus dem Auswahlverfahren im Zusammenhang mit den Kinderbetreuungspflichten der Antragstellerin steht, welchen die Antragsgegnerin nicht entkräften konnte.

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

VORSCHLAG

Gemäß **§ 12 Abs 3 GBK/GAW-Gesetz** hat der Senat, wenn er der Auffassung ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, dem Arbeitgeber/der Arbeitgeberin oder in Fällen in Zusammenhang mit einer sonstigen Diskriminierung in der Arbeitswelt dem/der für die Diskriminierung Verantwortlichen schriftlich einen Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes zu übermitteln und ihn/sie aufzufordern, die Diskriminierung zu beenden. Für die Umsetzung des Vorschlags ist eine Frist von zwei Monaten zu setzen. Wird einem Auftrag nach Abs 3 nicht entsprochen, kann gemäß **§ 12 Abs 4 GBK/GAW-Gesetz** jede der im jeweiligen Senat vertretenen Interessensvertretungen beim zuständigen Arbeitsgericht oder Zivilgericht auf Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes klagen.

Da der Senat I der GBK zur Auffassung gelangt ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, wird die **Antragsgegnerin, Z GmbH**, gemäß § 12 Abs 3 GBK/GAW-Gesetz aufgefordert, die Diskriminierung zu beenden, und werden folgende **Vorschläge zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes** erteilt:

- 1. Leistung eines angemessenen Schadenersatzes**
- 2. Beschäftigung mit dem Gleichbehandlungsgesetz und dem Thema Vereinbarkeit, insbesondere in Hinblick auf die Befristungsthematik.**

Wien, 10. Jänner 2023

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK