

Senat I der Gleichbehandlungskommission
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 11. Oktober 2011 über das am 8. März 2010 eingelangte Verlangen der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **Herrn A (Antragsteller)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des **Geschlechtes** bei der **Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 1 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) sowie bei den **sonstigen Arbeitsbedingungen** gemäß **§ 3 Z 6 GIBG** durch **X (Antragsgegner)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK-/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004), zu folgendem

Prüfungsergebnis:

1. Der Senat I der GBK kommt zur Ansicht, dass Herr A nicht auf Grund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 GIBG durch X diskriminiert worden ist.
2. Der Senat I der GBK gelangt weiters zur Auffassung, dass Herr A nicht auf Grund des Geschlechtes bei den sonstigen Arbeitsbedingungen gemäß § 3 Z 6 GIBG durch X diskriminiert worden ist.

Entscheidungsgründe:

In dem von der GAW eingebrachten Verlangen wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Antragsteller seit 1. Oktober 1999 als geschäftsführender Direktor des gemeinnützigen Vereines tätig sei und sich seit 29. August 2009 in Väterkarenz befinde.

Der Antragsteller sei als geschäftsführender Direktor vor allem mit der Budgeterstellung, der Erstellung des Jahresarbeitskonzepts, der Beschaffung der Mittel, der Ver-

tretung des Vereins nach Außen und der Personalführung betraut. Darüber hinaus sei er für das Management internationaler Kooperationsprojekte mit EU-Förderung und als Fachexperte des Antragsgegners in internationalen Organisationen und bei internationalen Veranstaltungen eingesetzt. Als für die Angestellten des Vereines Verantwortlicher sei ihm die Vereinbarkeit von Beruf und Familie ein Anliegen. Im Verein sei es daher üblich gewesen, dass mit karenzierten Mitarbeiterinnen (bisher hätten nur Frauen eine Karenz in Anspruch genommen) auf Wunsch geringfügige Dienstverhältnisse während ihrer Karenzzeit abgeschlossen werden würden. Das sollte gewährleisten, dass der Kontakt mit den Kolleginnen gefördert und der Wiedereinstieg erleichtert werde. Auch dem Wunsch von Teilzeitbeschäftigungen sei stets nachgekommen und sogar Möglichkeiten der Mitnahme der Kinder an die Arbeitsstelle angeboten worden. Die diesbezüglichen Verträge seien vom Antragsteller als geschäftsführenden Direktor in seinem Wirkungsbereich abgeschlossen worden, der Vorstand sei damit nicht befasst worden.

Im Zuge der Schwangerschaft seiner Frau habe sich der Antragsteller entschlossen, Karenz in Anspruch zu nehmen, um sich als aktiver Elternteil einbringen zu können. Von dieser Absicht habe er auch dem Vorstand in Person des Präsidenten Mag. B bereits anlässlich der Geburt seiner Tochter im Oktober 2008 erstmals mitgeteilt. Am 19. Mai 2009 sei dann fristgerecht mit Mag. B schriftlich vereinbart worden, dass der Antragsteller unmittelbar nach dem Ende der Karenz seiner Frau ab 29. August 2009 sechs Monate Karenz in Anspruch nehmen werden würde. Anlässlich der Übergabe der Karenzvereinbarung habe der Präsident festgestellt, dass er nicht verstehe, warum der Antragsteller in Karenz gehen wolle.

Bei der nächsten Vorstandsbesprechung am 24. Juni 2009 sei die Karenz dann im Beisein weiterer Vorstandsmitglieder thematisiert worden. Seitens des Vorstandes sei der Antragsteller gefragt worden, wie er sich (angesichts seiner zahlreichen Aufgaben) die Organisation seiner Karenz eigentlich vorstelle. Der Antragsteller habe den Vorschlag gemacht, die von ihm mit der Position „Office Management“ betraute Kollegin Frau Mag.^a C als Karenzvertretung des Geschäftsführenden Direktors zu bestellen, die auch ihre Bereitschaft zur Übernahme dieser Funktion bestätigt habe. Für jene Aktivitäten, die stark an seine Person oder persönliche Expertise gebunden seien, ... werde er eine Lösung mit einer geringfügigen Beschäftigung, wie im Verein üblich, ausarbeiten. Der Vorstand habe in diesem Zusammenhang betont, dass ihm

eine klare Regelung der Geschäftsführungskompetenzen ohne Überschneidungen ein Anliegen sei. Sonst seien keine Einwände geäußert worden.

Der Antragsteller sei nach diesem Gespräch davon ausgegangen, dass die Angelegenheit insoweit geklärt sei und er nunmehr die rechtlichen Möglichkeiten dafür ausloten und Vereinbarungen vorlegen solle, die sowohl die Kompetenzübertragung an die Karenzvertretung, als auch ein geringfügiges Beschäftigungsverhältnis ermöglichen würden.

Ende Juli habe dann eine weitere Vorstandssitzung stattgefunden, in der Mag.^a C zur Karenzvertretung bestellt worden sei. In dieser Sitzung sei die Frage des geringfügigen Beschäftigungsverhältnisses des Antragstellers nicht mehr angesprochen worden.

Gemeinsam mit dem Hausjuristen Mag. D habe der Antragsteller im Laufe des August 2009 dann sowohl die Zusatzvereinbarung zum Dienstvertrag von Frau Mag.^a C mit der Regelung ihrer Geschäftsführungskompetenzen, sowie einen Dienstvertrag für ein geringfügiges Anstellungsverhältnis aufgesetzt, wie es der hausüblichen Vorgehensweise und dem Gesprächsstand entsprochen habe. Aus eigenem habe der Antragsteller zusätzlich auch die Möglichkeit eines Werkvertrages geprüft, dies aus rechtlichen Bedenken nach Beratung durch die Kammer für Arbeiter und Angestellte (AK) aber wieder verworfen. Im geplanten Dienstvertrag seien von seiner Seite keine bestimmten Aufgabengebiete genannt worden, um möglichst flexibel zu sein. Die vom Juristen in der Regelung der Karenzvertretung sachlich sinnvolle vorgeschlagene Abstimmung von Karenzvertretung und karenziertem Geschäftsführer bei langfristigen Entscheidungen habe der Antragsteller im Sinne des Gespräches vom 24. Juni 2009 abgelehnt. Seine Verwendung im Rahmen einzelner Projekte habe ebenfalls keine Geschäftsführungskompetenzen vorgesehen und auch im vorgelegten Entwurf des Dienstvertrages, der den im Antragsgegner genutzten Verträgen entsprochen habe, seien solche Kompetenzen nicht vorgesehen gewesen.

Kurz nach ihrer Bestellung zur Karenzvertretung sei Frau Mag.^a C im Rahmen der Betriebsferien für den gesamten August auf Urlaub gewesen und erst am 1. September 2009 wieder zurückgekehrt. In der Zwischenzeit habe der Antragsteller noch weitere Erkundigungen bezüglich der bestmöglichen Lösung seiner geplanten Tätigkeit für den Antragsgegner eingeholt und per e-Mail an seinem letzten Arbeitstag am 28. August den entsprechenden Entwurf für einen Dienstvertrag für eine geringfügige Anstellung an Frau Mag.^a C übermittelt. In dieser Nachricht habe er noch einmal die

bereits erörterten Tätigkeiten und Termine festgehalten. Im Laufe des August wurde auch im Rahmen der wöchentlichen Arbeitsgespräche zwischen dem Vorstandsvorsitzenden des Vereines, Herrn Mag. B, und dem Antragsteller das Thema im Zuge der Vorlage der beiden Vereinbarungsentwürfe noch einmal angesprochen. Herr Mag. B habe bei dieser Gelegenheit gegenüber dem Antragsteller die Auffassung vertreten, dass für Personalangelegenheiten ausschließlich Frau Mag.^a C als geschäftsführende Direktorin in Karenzvertretung zuständig wäre und ihr die endgültige Entscheidung über Details sowie die Unterzeichnung des Vertrages über das geringfügige Anstellungsverhältnis des Antragstellers obliege. In diesem Zusammenhang habe Herr Mag. B noch einmal betont, dass er persönlich nicht verstehe, wie der Antragsteller in Karenz gehen könne, ihm sei als freiberuflicher ... eine solche Möglichkeit bei seinen beiden Kindern auch nicht offen gestanden.

Am 4. September 2009 habe sich der Antragsteller aus seinem Urlaub am Anfang der Karenz dann per Mail im Büro erkundigt, ob der Flug nach ... wie besprochen nun gebucht werden würde, und bei Frau Mag.^a C nach dem Status seiner geringfügigen Beschäftigung. Frau Mag.^a C habe ihm noch am selben Tag per Mail mitgeteilt, dass dies Anfang der darauf folgenden Woche erledigt werden würde. Betreffend des Fluges sei dem Antragsteller am 9. September 2009 zunächst mitgeteilt, dass sich Frau Mag.^a C noch um eine Bestätigung der Reisekostenübernahme durch den Veranstalter kümmern würde, später dann, dass die Kostenübernahme bestätigt und der Flug für den 10. September 2009 gebucht wäre.

Ebenfalls am 9. September 2009 sei dem Antragsteller dann von Frau Mag.^a C schließlich per Mail mitgeteilt worden, dass sich der Vorstand am 8. September gegen eine geringfügige Beschäftigung ausgesprochen habe. Seine Vortragstätigkeit könne über Honorarnoten abgerechnet werden, da sie seine Tätigkeit als geschäftsführender Direktor nicht berühre. Sie habe ihn dazu um eine Äußerung gebeten.

Der Antragsteller sei über diese Wendung einigermaßen überrascht gewesen, da bislang geringfügige Dienstverhältnisse nie Gegenstand der Vorstandssitzungen gewesen seien und er auch nicht darüber informiert worden sei, dass eine solche Sitzung geplant und das Thema dort noch einmal besprochen werden würde. Er habe eine Abrechnung über Honorarnoten abgelehnt. Frau Mag.^a C habe ihm schriftlich und telefonisch vorgeschlagen, ... überhaupt als Privatperson teilzunehmen, was der Antragsteller ebenso umgehend ablehnt habe. Er habe seine Enttäuschung darüber auch schriftlich mitgeteilt.

In weiteren Telefonaten zwischen dem Antragsteller und Frau Mag.^a C sei es zu keiner Lösung gekommen, da sich Frau Mag.^a C nicht über einen Vorstandsbeschluss hinwegsetzen habe wollen. Der Antragsteller seinerseits sei nicht bereit gewesen, ohne Klärung seines arbeitsrechtlichen Status eine Reise für den Verein anzutreten. Er habe Frau Mag.^a C gebeten, dies mit dem Vorstandsvorsitzenden zu klären und auch die von ihm berichteten Rechtsauskünfte bei der AK in Bezug auf Werkverträge zu überprüfen. Nachdem der Präsident nicht erreichbar gewesen sei und die AK auch gegenüber Frau Mag.^a C die Bedenken bestätigt gehabt habe, habe Frau Mag.^a C die Teilnahme des Antragstellers bei den Organisatoren des Festivals in New York vom Sekretariat des Antragsgegners absagen lassen, ohne zuvor eine schadensbegrenzende Formulierung abzustimmen. Dies habe zu weiteren Konflikten geführt, die darin geendet seien, dass Frau Mag.^a C jede geringfügige Beschäftigung des Antragstellers abgelehnt habe. Der Antragsteller sei schließlich über die private Einladung des Veranstalters nach ... geflogen, um eine Belastung der langjährigen Zusammenarbeit des Vereins mit dem Y, welches der Veranstalter ... gewesen sei, zu vermeiden.

Bei einer Vorstandssitzung Ende September sei dem Antragsteller sodann persönlich mitgeteilt worden, dass der Vorstand am 8. September 2009 beschlossen habe „kein geringfügiges Beschäftigungsverhältnis“ mit ihm einzugehen. Der Antragsteller habe sich sodann an die AK gewandt, welche ihn an die GAW verwiesen habe. Diese habe den Antragsgegner zu einer Stellungnahme aufgefordert, welche am 11. Februar 2010 einlangt sei.

Zwischenzeitig habe der Antragsteller auf Grund der zweiten Schwangerschaft seiner Frau seine Karenz bis 30. Juni 2010 verlängert. Nachdem die GAW zu einer Stellungnahme aufgefordert gehabt habe, sei es zu einem Treffen zwischen Frau Mag.^a C und dem Antragsteller gekommen. Bei diesem Anlass sei er gebeten worden, seine Karenz über den 30. Juni 2010 zu verlängern und gleich für das zweite Kind in Anspruch zu nehmen. Dies wäre eine ressourcenschonende Lösung für den Antragsgegner, da man seine Rückkehr aus der Karenz nicht wünschen würde. Der Antragsteller habe dies aus rechtlichen Gründen abgelehnt.

In der Sitzung des Senates I der GBK am 20. September 2011 wurde das gegenständliche Verlangen von der GAW dahingehend geändert, dass die Wortfolge *in eventu* zu entfallen hat und nunmehr die Überprüfung einer Diskriminierung auf

Grund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 GIBG sowie bei den sonstigen Arbeitsbedingungen gemäß § 3 Z 6 GIBG beantragt ist.

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

In concreto liege weder eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses iSd § 3 Z 1 GIBG, noch bei den sonstigen Arbeitsbedingungen iSd § 3 Z 6 GIBG oder eine sonstige Verletzung des GIBG vor.

Vorauszuschicken sei, dass der Antragsgegner ein Verein sei, dessen Leitungsorgan vereinsrechtlich der Vorstand sei. Der Vorstand sei gegenüber dem/der geschäftsführenden Direktor/in Arbeitgeber, während der/die geschäftsführende Direktor/in die Arbeitgeberagenden gegenüber den sonstigen Angestellten des Antragsgegners inne habe.

Es sei korrekt, dass der Antragsteller seit 1. Oktober 1999 beim Antragsgegner als geschäftsführender Direktor beschäftigt sei. Seit dem 29. August 2009 befinde er sich bis zum 30. Juni 2010 in Väterkarenz nach dem VKG.

Diese Karenz sei im (zuständigen) Vorstand thematisiert worden und es treffe keineswegs zu, dass man sich seitens des Antragsgegners gegenüber der Väterkarenz des Antragstellers an sich negativ geäußert habe.

Das in diesem Zusammenhang vom Antragsteller angeführte Zitat des Vorstandsvorsitzenden gegenüber dem Antragsteller sei verkürzt und insbesondere falsch wiedergegeben: Der Vorstandsvorsitzende des Antragsgegners habe sich in diesem genannten Gespräch dahingehend geäußert, dass der Antragsgegner vor gehabt habe, zu einem Zeitpunkt in Karenz zu gehen (und dieses Faktum sei in dem Antrag des Antragstellers offensichtlich bewusst nicht angegeben worden), nachdem er doch eine Woche zuvor gegenüber dem Vorstandsvorsitzenden noch erklärt gehabt habe, dass der Leitbildprozess des Antragsgegners noch lange nicht umgesetzt gewesen wäre und praktisch "nichts funktionieren würde" und auch das Team [des Antragsgegners] das alles noch nicht verstehen würde und umsetzen könnte usw. Diese nicht nachvollziehbare Wankelmütigkeit werde bei jedem Arbeitgeber ein berechtigtes Maß an Unverständnis auslösen.

Zusammenfassend sei also festzuhalten, dass sich die vom Antragsteller aus dem Zusammenhang gerissene Äußerung des Vorstandsvorsitzenden einzig und allein auf die Tatsache bezogen habe, dass der Antragsteller offensichtlich den Antragsgegner mit diesen ungelösten Problemen allein lassen wollte. Mit der Inanspruchnahme der Karenzzeit selbst, die vom Antragsgegner selbstverständlich unterstützt werde, habe dies – wie ersichtlich – nichts zu tun gehabt!

Der Äußerung des Antragstellers eine Woche, nachdem er dem Vorstandsvorsitzenden mitgeteilt gehabt habe, dass beim Antragsgegner „nichts funktionieren würde“ (es gelte hier zu beachten, dass der Antragsteller diese Feststellungen als „geschäftsführender Direktor“ getätigt habe, also in der Person desjenigen, der die Geschäftsführung in wirtschaftlicher und personaltechnischer Weise inne habe und diese auch zu verantworten habe!), mit den mündlich geäußerten Erläuterungen wie „Es wäre alles geregelt, alles würde wie am Schnürchen laufen“ und er könnte daher jetzt vor dem Antritt seiner Karenzzeit alles im ordentlichen Zustand übergeben, habe ein verantwortungsbewusster Vorstand evidentermaßen nicht ernst nehmen können und dürfen.

Auch das vom Antragsteller ins Treffen geführte Beispiel der freiberuflichen Tätigkeit des Vorstandsvorsitzenden bezog sich seitens des Vorstandsvorsitzenden gerade auf diese Verantwortungsebene bzw. Verantwortungsbewusstsein – welche es offensichtlich beim Antragsgegner nicht gegeben habe.

Aus all dem sei ersichtlich, dass bereits zu diesem Zeitpunkt das Vertrauensverhältnis zwischen Vereinsvorstand und Antragsteller nachhaltig gestört gewesen sei.

Es sei auch nicht richtig, dass das Thema einer geringfügigen Beschäftigung in diversen Vorstandssitzungen besprochen, geschweige den genehmigt worden sei. Der Antragsteller habe angedeutet, dass er gerne einige Agenden auch während der Karenz betreuen würde. Eine Konkretisierung seiner Wünsche bzw. eine Festlegung der weiter zu betreuenden Agenden sei nicht erfolgt, der Antragsteller habe nur mitgeteilt, dass er gerne Dienstreisen und die Teilnahme an Veranstaltungen übernehmen wollen würde. Es sei auch zu keiner Einigung über eine geringfügige Beschäftigung gekommen, sondern es sei bei einer reinen Absichtserklärung des Antragstellers geblieben. Der Vorstand des Antragsgegners habe sogar – aus nachvollziehbaren sachlichen, wie in der Person des Antragstellers liegenden Gründen – bereits Anfang September 2009 den einstimmigen (!) Beschluss gefasst, dass der Antragsteller

während seiner Karenzzeit nicht mit einer geringfügigen Beschäftigung angestellt werde.

Sehr wohl sei allerdings vom Vorstand Ende Juli 2009 beschlossen worden, dass Frau Mag.^a C die Karenzvertretung des Antragstellers übernehmen solle, d.h. dass sie als geschäftsführende Direktorin (in Karenzvertretung) des Vereins tätig sein solle. In dieser Funktion sei sie nicht (!) automatisch dazu bevollmächtigt, über die Anstellung neuer Mitarbeiter zu entscheiden, was auch die Genehmigung eines (zusätzlichen) geringfügigen Beschäftigungsverhältnisses während der Karenz einschließe. Aus der Sicht von Frau Mag.^a C sei es zum einen nicht zielführend bzw. zweckmäßig ein solches Dienstverhältnis mit dem Antragsteller einzugehen. Dies habe sich nicht zuletzt daraus ergeben, dass es rein faktisch nicht möglich gewesen sei, die vom Antragsteller ins Auge gefassten Tätigkeiten (diverse Dienstreisen und Veranstaltungen) im Rahmen einer geringfügigen Beschäftigung zu erledigen. Schon aus objektiv nachvollziehbaren Gründen, würden sich derartige Dienstreisen und Veranstaltungen nicht mit dem zeitlichen Ausmaß und der Entlohnung einer geringfügigen Beschäftigung in Einklang bringen lassen. Insbesondere seien Dienstreisen und die Repräsentation des Antragsgegners bei Veranstaltungen stets mit einem Vor- und Nachbereitungsaufwand und Kontaktpflege verbunden und könnten nicht im Rahmen einer geringfügigen Beschäftigung erbracht werden. Dies sei auch dem Antragsteller sehr wohl klar gewesen.

Darüber hinaus – auch dieser Umstand werde im Antrag des Antragstellers nicht angesprochen – sei die gewünschte Stellenbezeichnung des Antragstellers hinsichtlich der geringfügigen Beschäftigung „geschäftsführender Direktor, karenziert“ gewesen. Dies sei bereits aus vereins- und stellvertretungsrechtlichen Gründen problematisch. Die damalige geschäftsführende Direktorin (in Karenzvertretung), Frau Mag.^a C, sei zwar laut Geschäftsordnung des Antragsgegners zur Bestellung und Führung des Vereinspersonals befugt, für diese Anstellung von Personal außerhalb des Jahreskonzepts (das auch an den Fördergeber gehe) sei klarer Weise aber der Vereinsvorstand hinzuzuziehen. Weiters sei Frau Mag.^a C in ihrer Funktion als geschäftsführende Direktorin (in Karenzvertretung) nicht dazu befugt, Beschäftigungsverhältnisse mit einer solchen Tätigkeitsbezeichnung („geschäftsführender Direktor, karenziert“), einzugehen. Dies könne nur durch den Vereinsvorstand erfolgen. Davon abgesehen würden die Statuten bzw. die Geschäftsordnung des Antragsgegners eine derartige

Position überhaupt nicht zulassen. Schon allein aus diesem Grund hätte der Vereinsvorstand diesem Beschäftigungsverhältnis nicht zustimmen dürfen.

Das Dienstverhältnis einer geringfügigen Beschäftigung sei durch die sozialversicherungsrechtliche Geringfügigkeitsgrenze als Obergrenze geprägt, sodass ein Arbeitnehmer/eine Arbeitnehmerin dem Arbeitgeber nur wenige Stunden in der Woche zur Verfügung stehe. Das Gehalt des Antragstellers zugrunde legend (es sei davon auszugehen, dass der Antragsteller mit einer Gehaltsreduktion einverstanden gewesen wäre), wären das im konkreten Fall nur ca. 2,5 Stunden (!) pro Woche gewesen. In diesem zeitlichen Rahmen wäre es keinesfalls möglich gewesen, dass der Antragsteller sich den von ihm angestrebten Aufgaben widmen hätte können. Wie sollten Dienstreisen nach Übersee in diesem zeitlichen Rahmen funktionieren? Dies sei seitens des Antragsgegners durch deren geschäftsführende Direktorin (in Karenzvertretung), Frau Mag.^a C, auch gegenüber dem Antragsteller thematisiert.

Der Antragsteller übersehe, dass auch eine geringfügige Anstellung ein „normales“ Dienstverhältnis sei, d.h. er könne sich dabei seine Arbeitszeit nicht nach Belieben einteilen bzw. seine Erreichbarkeit bestimmen. Gerade bei einer geringfügigen Beschäftigung sei es nicht zuletzt auf Grund der sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben umso wichtiger, dass Erreichbarkeit und Arbeitszeit klar geregelt seien. Diese Punkte seien Frau Mag.^a C von Anfang an klar gewesen. Daran ändere auch nichts, wenn der Antragsteller jetzt behaupte, er hätte schon alles in die Wege geleitet, diverse Vertragsmöglichkeiten geprüft etc. Bereits faktisch seien die Vorstellungen des Antragstellers nicht umsetzbar.

Das GIBG sehe überdies keinen Kontrahierungszwang vor, die Privatautonomie des Arbeitgebers bei Begründung eines Dienstverhältnisses werde durch das GIBG nicht (!) eingeschränkt. Für Frau Mag.^a C als Vertreterin des Arbeitgebers sei eine wie vom Antragsteller angedachte Beschäftigung während seiner Väterkarenz daher letztendlich aus faktischen und rechtlichen Gründen nicht möglich gewesen. Es könne keine Rede davon sein, dass Frau Mag.^a C sich dem Antragsteller gegenüber nicht klar geäußert habe.

Wenn der Antragsteller sich darauf berufe, dass er als geschäftsführender Direktor mit anderen Mitarbeitern des Antragsgegners, die sich in Karenz befunden hätten, geringfügige Beschäftigungen abgeschlossen habe, so verkenne er, dass bereits auf Grund der Struktur des Antragsgegners ein wesentlicher faktischer Unterschied bestehe. Der Antragsteller sei als geschäftsführender Direktor hierarchisch über den

Mitarbeitern, mit denen er als Arbeitgebervertreter geringfügige Beschäftigungsverhältnisse eingegangen sei, gestanden. Auch aus diesem Unterschied könne sich keine Diskriminierung ergeben. Im Übrigen würde ein Berufen auf diese Vertragspraxis bedeuten, dass der Antragsteller offenbar die geringfügigen Beschäftigungsverhältnisse nur deswegen gewährt habe, um sich selbst einen Vorteil eines geringfügigen Beschäftigungsverhältnisses zu ermöglichen.

Daher sei auch nicht ersichtlich, worin in concreto eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses iSd § 3 Z 1 GIBG oder bei den sonstigen Arbeitsbedingungen iSd § 3 Z 6 GIBG oder eine sonstige Verletzung des GIBG vorliegen solle.

Neben den bereits erläuterten Argumenten, warum es der Antragsgegner und auch die geschäftsführenden Direktorin es aus faktischen und letztendlich auch rechtlichen Gründen nicht für möglich erachteten, den Antragsteller während der Karenz zu beschäftigen, sei seit dem Amtsantritt einer neuen geschäftsführenden Direktorin immer deutlicher geworden, dass die Performance des Antragstellers als geschäftsführender Direktor ganz grundsätzlich nur als weit unterdurchschnittlich bezeichnet werden habe können. Die Liste seiner Verfehlungen und Unzulänglichkeiten sei durch eingehendere Recherchen immer länger geworden.

Hauptpunkte bei den Vorwürfen gegen den Antragsteller seien, dass er seiner Tätigkeit beim Antragsgegner nicht die nötige Aufmerksamkeit und Zeit gewidmet und eine derartige Unzulänglichkeit in der Personalführung aufgewiesen habe, dass es für die Belegschaft des Antragsgegners und für das weitere Fortbestehen des Antragsgegners unerlässlich gewesen sei, jedwede Rückkehr des Antragstellers zu unterbinden.

Es sei zwar richtig, dass der Antragsteller sich als geschäftsführender Direktor seine Arbeitszeit grundsätzlich selbst einteilen habe können, das bedeute aber nicht, dass er seinen Pflichten nur sporadisch nachkommen müsse. Neben signifikanten Defiziten im organisatorisch-administrativen Bereich, habe der Antragsteller sich überhaupt nicht in der Lage gezeigt, das ihm unterstellte Personal zu führen: Entweder habe er sich nicht zuständig gefühlt oder er habe problematische Personalsituationen ohne jegliches Takt- und Feingefühl behandelt. Die Mitarbeiterfluktuation unter der Leitung des Antragstellers sei sehr hoch gewesen und er habe auch kein probates Mittel gefunden, die Arbeitsumgebung für die Mitarbeiter des Antragsgegners angenehmer zu gestalten, ganz im Gegenteil, er sei maßgeblich dafür verantwortlich, dass einige

(aus Sicht des Antragsgegners gute) Mitarbeiter die Zusammenarbeit mit dem Antragsgegner beendet hätten.

Abgesehen von der Personalführung habe sich beim Antragsgegner gezeigt, dass er teilweise auch keine ausreichende Fachkompetenz gehabt habe. Er habe seine Budgetverantwortung nicht im Griff gehabt, geplante und vom Vorstand abgesegnete Maßnahmen nicht oder völlig unzureichend umgesetzt. Anstatt ein Projekt abzuschließen, habe er sich lieber einem neuen gewidmet. Seine Unzuverlässigkeit habe auch dazu geführt, dass die Subventionsgeber des Antragsgegners (...) sich beschwert und sich mit der Performance des Antragsgegners überhaupt nicht zufrieden gezeigt hätten. Der Antragsgegner könne nur durch Subventionen existieren; ein Rückgang bzw. Ausfall in diesem Bereich hätte für den Antragsgegner schwer wiegende, existenzbedrohende Konsequenzen. Nicht zuletzt sei an dieser Stelle anzumerken, dass es auf Grund einer – nicht (!) vom Antragsgegner initiierten – Beschwerde zur einer Prüfung der wirtschaftlichen Gebarung des Antragsgegners ... gekommen sei. Der Beschwerdeführer habe in seiner Beschwerde grobe Mängel bei der wirtschaftlichen Führung und Verwendung der finanziellen Ressourcen durch den Antragsteller geltend gemacht.

Es sei auch für den Antragsteller kein Geheimnis, dass man mit seiner Performance schon lange nicht mehr zufrieden sei und es eindeutig nachvollziehbare wirtschaftliche und persönliche Gründe gebe, die einer Weiterbeschäftigung entgegenstünden. Zum jetzigen Zeitpunkt werde beraten, wie die Beendigung der Zusammenarbeit mit dem Antragsteller rechtlich ablaufen könnte. Für die Zeit nach Beendigung seiner Karenzzeit sei der Antragsteller jedenfalls bereits dienstfrei gestellt. Auch dieser Umstand zeige, dass es sich hier nicht im Geringsten um eine Diskriminierung – auf welche Art auch immer – handle, sondern um die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses, welches aus personenbezogenen, sachlichen Gründen nicht mehr zumutbar für den Antragsgegner sei.

Vor diesem Hintergrund werde es umso deutlicher, warum eine geringfügige Beschäftigung für den Antragsgegner kein Thema gewesen sei. Mittelfristig werde die Zusammenarbeit mit dem Antragsgegner auch beendet werden; ein (zusätzliches) Dienstverhältnis während seiner Karenzzeit würde diesen Überlegungen absolut zuwider laufen. Die Einleitung des gegenständlichen Verfahrens durch den Antragsteller könne daher nur als Ablenkungsmanöver hinsichtlich der sich wie bereits ausgeführt bereits seit längerem absehbaren Trennung vom Antragsteller bzw. Verursa-

chung zusätzlicher Unannehmlichkeiten für den Antragsgegner ohne substantieller Grundlage betrachtet werden.

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:

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des **Geschlechtes** bei der **Begründung des Arbeitsverhältnisses** durch den Antragsgegner, X, gemäß **§ 3 Z 1 GIBG** verwirklicht worden ist, ist zunächst folgendes zu bemerken:

Die Bestimmung des § 3 Z 1 GIBG verbietet die unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses.

Wegen der auf die tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt ausgerichteten Zielsetzung des GIBG und des umfassend konzipierten Gleichbehandlungsgebots im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis nach § 3 GIBG ist die Wendung „bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses“ im Tatbestand der Z 1 weit zu verstehen. Diese Formulierung beschränkt sich nicht auf die konkrete Entscheidung über die Einstellung (zB „Nichteinstellung“ einer geeigneten Bewerberin nur wegen des Bekanntwerdens ihrer Schwangerschaft), sondern erfasst auch Benachteiligungen im Rahmen des idR vorausgehenden Auswahlverfahrens (zB gezielte Ausklammerung der Bewerbungen von Frauen vom Auswahlvorgang für die Besetzung einer Führungsposition). Für die Beurteilung einer Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses ist somit auf verschiedene, dem Vertragsabschluss „vorgelagerte“ bzw. diesen „vorbereitende“ Verhaltensweisen des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin oder für diese/n handelnder Personen Bedacht zu nehmen (Vertragsanbahnung).

§ 3 GIBG hebt besonders hervor, dass Diskriminierungen auf Grund des Geschlechtes¹ auch solche unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand sind.

Gemäß § 12 Abs. 12 GIBG hat die betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand iSd § 3 GIBG beruft, diesen glaubhaft zu machen. Dem/Der Beklagten obliegt es zu beweisen, dass es bei der Abwägung aller Umstände wahrscheinlich ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund iSd § 5 Abs. 2 GIBG vorliegt.

Der Antragsteller argumentierte, er sei im Gegensatz zu den weiblichen Mitarbeiterinnen des Vereins dahingehend ungleich behandelt worden, als mit ihm keine geringfügige Beschäftigung während der Karenz vereinbart worden sei.

Der Antragsgegner entgegnete im Wesentlichen, dass es zwar richtig sei, dass der Antragsteller gegenüber anderen Arbeitnehmerinnen ungleich behandelt worden sei, d.h. ihm eine geringfügige Beschäftigung während der Karenz verweigert worden sei. Aber allein die Tatsache, abgesehen von den erläuterten faktischen und rechtlichen Gründen, dass der Antragsteller gegenüber allen anderen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern auf einer anderen Hierarchiestufe stehe, lasse eine Vergleichbarkeit und somit eine Diskriminierung ausscheiden. Selbst wenn man in dem Nichtabschluss eines geringfügigen Dienstverhältnisses während der Karenz eine Diskriminierung sehen wollen würde, ergebe sich aus seinem Vorbringen aber nicht, warum sein Geschlecht mit diesem Umstand etwas zu tun haben solle. Selbst wenn man grundsätzlich von einer Diskriminierung ausgehe – was nach Ansicht des Antragsgegners völlig unzutreffend sei – stelle sich in einem weiteren Schritt die Frage nach einer sachlichen Rechtfertigung. Es sei zentrales Element einer unternehmerischen, freien Entscheidung, dass ein Arbeitsverhältnis eben nur unter gewissen Voraussetzungen angeboten werde. Diese Voraussetzungen seien bei den vom Antragsteller

¹ Das Verbot der Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes basiert zwar grundsätzlich auf dem Geschlecht im biologischen Sinne, beinhaltet aber sehr wohl auch alle anderen Fallkonstellationen, in denen das Geschlecht im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis als Unterscheidungskriterium verwendet wird, obwohl es – abgesehen von den wenigen Fällen der Unverzichtbarkeit eines bestimmten Geschlechtes für die Ausübung der Tätigkeit – im Arbeitsleben kein entscheidendes Kriterium sein darf bzw. sein dürfte. Als derartige Fallkonstellationen kommen vor allem in Betracht: Benachteiligungen von Frauen wegen (der Möglichkeit einer Schwangerschaft), Benachteiligungen wegen allfälliger Betreuungspflichten sowie benachteiligendes Anknüpfen an den Familienstand nur bei einem Geschlecht.

angesprochenen Kolleginnen gegeben gewesen. Daher sei die Aufnahme einer geringfügigen Beschäftigung gestattet worden. Beim Antragsteller sei die geringfügige Anstellung einerseits daran gescheitert, dass der Antragsgegner der Ansicht sei, dass die von ihm angestrebten Agenden nicht im Rahmen eines solchen Dienstverhältnisses erledigt werden könnten, andererseits habe der Antragsgegner aus personenbedingten Gründen (mangelnde Personalführung, mangelnde Führungskompetenz und Performance) des Antragstellers nicht nur von einer geringfügigen Beschäftigung während seiner Karenzzeit abgesehen, sondern werde sich vielmehr aus besagten, nachvollziehbaren Gründen von ihm trennen. Dieses Argument der sachlichen Rechtfertigung wiege umso mehr, als im gegenständlichen Fall die Fähigkeiten des Antragstellers bereits bekannt gewesen seien und der Antragsgegner auf Grund dieser Tatsachen eine objektive und keinesfalls diskriminierende Entscheidung treffen habe können. Sämtliche Argumente des Antragstellers, die er im Zusammenhang damit vorbringe, dass eine geringfügige Beschäftigung im Unternehmen des Antragsgegners üblich sei bzw. ihm eine solche angeblich auch schon zugesagt worden sei, habe mit der Gleichbehandlung nichts zu tun und sei dahingehend auch nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Wenn er behaupte, dass es schon eine Vereinbarung über die geringfügige Beschäftigung gegeben habe, so sei das ein zivilrechtlicher Anspruch, den er vor dem Arbeitsgericht einzuklagen habe. Im gegenständlichen Verfahren gehe es ausschließlich um die Frage, ob eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes vorliege bzw. ob eine solche sachliche gerechtfertigt gewesen sei.

Nach eingehender Überprüfung der vorliegenden Unterlagen und der Aussagen der befragten Auskunftspersonen gelangte der Senat I der GBK zu der Ansicht, dass seitens des Antragsgegners mit den Themen Karenz und geringfügige Beschäftigung karencierter Mitarbeiter/innen den Grundsätzen des GIBG entsprechend umgegangen wird.

Der erkennende Senat ist daher der Auffassung, dass – den Argumenten des Antragsgegners folgend – dem Antragsteller aus sachlichen Gründen die geringfügige Beschäftigung verweigert worden ist.

Es liegt somit **keine** Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bei der **Begründung des Arbeitsverhältnisses** durch den Antragsgegner gegenüber dem Antragsteller vor.

Hinsichtlich der beantragten Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des **Geschlechtes** bei den **sonstigen Arbeitsbedingungen** gemäß **§ 3 Z 6 GIBG** durch den Antragsgegner, **X**, ist festzuhalten, dass gemäß § 3 Z 6 GIBG 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 darf.

In der Novelle 2004 wurde in § 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.² Zwar sind Frauen in besonderem Ausmaß mit allfälligen Benachteiligungen, die aus der Elternkarenz bzw. einer Teilzeitbeschäftigung herrühren, konfrontiert. Jedoch können auch Männer, die eine Väterkarenz bzw. Elternteilzeit in Anspruch nehmen und somit eine „weibliche“ Geschlechterrolle übernehmen, mit denselben Schwierigkeiten konfrontiert sein.

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.

Der Antragsteller fühlte sich beim Wiedereinstieg nach der Karenz durch den Antragsgegner diskriminiert.

² Vgl. die Erläuternden Bemerkungen, 307 BlgNR 22. GP 10

Dies wurde vom Antragsgegner stets bestritten. Auch wurde im Weiteren entgegengehalten, dass der Antragsgegner das Dienstverhältnis des Antragstellers aus in der Person des Antragstellers gelegenen Gründen habe beenden wollen.

Die Aussagen der befragten Auskunftspersonen bestätigten weitestgehend die Argumente des Antragsgegners.

Zwar war es für den erkennenden Senat verwunderlich, dass der erste Beschluss des Vorstandes, wonach man das Dienstverhältnis des Antragstellers aus fachlichen Gründen auflösen habe wollen, diesem nicht persönlich mitgeteilt wurde.

In Zusammenschau der vorgelegten Unterlagen sowie der als glaubwürdig zu erachtenden Aussagen der Auskunftspersonen konnte sich für den Senat I der GBK jedoch der Umstand, dass der Antragsteller auf Grund des Geschlechtes – insbesondere auf Grund der Inanspruchnahme einer Väterkarenz – diskriminiert worden ist, nicht erhärten.

Eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bei den **sonstigen Arbeitsbedingungen** liegt daher **nicht** vor.

Wien, 11. Oktober 2011

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK