

Senat I der Gleichbehandlungskommission
Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz
(BGBl. Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 107/2013)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 30. April 2019 über den am 6. Juli 2017 eingelangten Antrag der Gleichbehandlungsanwaltschaft Regionalbüro für ... für **Frau Mag.^a 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 idF BGBl. I Nr. 40/2017; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) durch die **X GmbH (Antragsgegnerin)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. II Nr. 275/2013), zu GZ GBK I/776/17, zu folgendem

Prüfungsergebnis:

Frau Mag.^a A ist nicht auf Grund des Geschlechtes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG durch die X GmbH diskriminiert worden.

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

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 Frau Mag.^a B (als informierte Vertreterin der Antragsgegnerin) vom 5. März 2019. Als weitere Auskunftspersonen wurden Frau C (vormals ...) und Frau Mag.^a D am 30. April 2019 befragt. Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf den Dienstvertrag der Antragstellerin vom 2. Juli 2012, die Stellungnahme der Antragsgegnerin an die R-GAW vom 23. Mai 2017, die Vorbereitungsbogen für das MitarbeiterInnengespräch 2014, 2015 und 2016, die Jour fixe Protokolle vom März, Juli und September 2015 sowie für März, Juli, August, September, Oktober, Dezember 2016, die Zeitprotokolle vom 1. Mai 2016 bis 31. Jänner 2017, das E-Mail von Frau Mag.^a B an die Antragstellerin vom 12. Jänner 2017 um 11:53 Uhr, das E-Mail der Antragstellerin vom

¹ Vgl. z.B. VfSlg. 19.321.

12. Jänner 2017 an Herrn E und das Antwortmail des COO F, das E-Mail der Antragstellerin an Herrn RA Dr. G, ein Announcement im Intranet vom 10. Jänner 2017, zwei Anzeigen über das Ausscheiden des gewerberechtl. Geschäftsführers für das Gewerbe „Y“, die Anzeige über das Ausscheiden und die Bestellung des gewerberechtl. Geschäftsführers für das Gewerbe „Z“, eine Aufstellung der Arzt- bzw. Krankentermine in den Jahren 2015 bis 2017, ein Screenshot des Programms mit dem der Blog erstellt wurde (zum Nachweis, dass das Veröffentlichungsdatum und die -zeit eingestellt werden können) sowie diverse Beispiele für Vertragsprüfungen, zum Beweis der Arbeitsweise der Antragstellerin und einer anderen Mitarbeiterin. Weiters lagen dem Senat u.a. das Interventionsschreiben der R-GAW vom 9. Mai 2017, die Arbeitsprotokolle von September, Oktober, November, Dezember 2016 und Jänner 2017, diverse Einträge der Antragstellerin in ihrem Blog „...“ sowie der NEWS Artikel vom 29. November 2011 und der so-gesund Artikel vom April 2016 vor.

Vorbringen

Im Antrag wurde im Wesentlichen Folgendes vorgebracht:

Die Antragstellerin sei seit 3. Juli 2012 bei der Antragsgegnerin als Juristin in der Rechtsabteilung beschäftigt gewesen. Das Arbeitsverhältnis sei am 31. Jänner 2017 zum 31. März 2017 durch Arbeitgeberkündigung beendet worden.

Ihre Vorgesetzte Frau Mag.^a B, die ihr das Kündigungsschreiben übergeben und sie mit Nachdruck zur sofortigen Unterzeichnung aufgefordert habe, habe der Antragstellerin gegenüber Unzufriedenheit mit ihrer Arbeitsleistung als Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses angegeben.

Dies obwohl im letzten Mitarbeiterinnengespräch Anfang 2016 ihre Arbeitsleistung positiv beurteilt worden sei und es nichts zu beanstanden gegeben habe. Auch eine Lohnerhöhung, die die Antragstellerin im April 2016 erhalten habe, wäre nicht zustande gekommen, wenn die Arbeitsleistung schlecht gewesen wäre.

Zudem sei von Frau Mag.^a B im Vorfeld der Kündigung kein Gespräch gesucht worden, in welchem eine mangelnde Arbeitsleistung thematisiert worden wäre. Von anderen Abteilungen habe es positives Feedback, die Arbeit der Antragstellerin betreffend, gegeben.

Die Antragstellerin habe daher vermutet, dass der wahre Grund für die Kündigung mit ihrer Familienplanung und dem Umstand, dass sie und ihr Ehemann sich ein Kind gewünscht haben, zusammenhänge, was sich für sie aus folgendem Umstand ergebe:

Die Kündigung sei in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit der im Oktober 2016 begonnenen Kinderwunschbehandlung an der Abteilung für Gynäkologie der ... Landeskliniken erfolgt, die in der Folgezeit zahlreiche Arzttermine erforderlich gemacht habe. Soweit Arzttermine innerhalb der Arbeitszeit notwendig gewesen seien, seien diese stets mit einer Bestätigung dieser Abteilung belegt worden. Ein Rückschluss auf ihre Natur sei daher leicht möglich gewesen. Frau

Mag.^a B habe der Antragstellerin aus diesem Grund auch die Frage nach einer Schwangerschaft gestellt, was diese aber mit dem Hinweis auf eine von ihr nicht näher bezeichneten notwendigen Behandlung verneint habe. Die für die Antragstellerin nicht planbaren Arzttermine seien stets Gegenstand von Kritik gewesen, da die Vorgesetzte der Meinung gewesen sei, Arzttermine sollten nur in der Freizeit absolviert werden bzw. dürften, sofern die Arbeitszeit betroffen gewesen sei, nicht zu lange dauern.

Die Frage nach Familienplanung und Kinderwunsch sei der Antragstellerin von ihrer Vorgesetzten häufig gestellt worden. Mehrfach sei sie direkt gefragt worden, ob sie schon schwanger wäre bzw. wie es mit der Familienplanung aussehen würde, insbesondere seit sie Anfang 2013 ihre Heiratspläne bekanntgegeben gehabt habe.

Gleichzeitig habe Frau Mag.^a B keine Zweifel daran gelassen, dass sie eine Schwangerschaft nicht begrüßen würde. Auch anderen Mitarbeiterinnen gegenüber habe sie stets die Priorität der beruflichen Verpflichtungen vor privaten Interessen betont gehabt. Anlässlich der Schwangerschaft einer Mitarbeiterin in der Buchhaltung habe sie Schwangerschaften mit einer ansteckenden Krankheit verglichen und ihren Mitarbeiterinnen mitgeteilt gehabt, dass sie in ihrer Abteilung keine Schwangeren wollen würde.

Gegenüber einer anderen Mitarbeiterin der Rechtsabteilung mit Kinderwunsch habe die Vorgesetzte in Anwesenheit der gesamten Abteilung gemeint, dass Frauen ihre Kinder jetzt später bekämen und es immer noch früh genug wäre, wenn man sich mit 40 Jahren darum kümmern würde.

Anstelle der Antragstellerin sei mit Frau H, der bisherigen Praktikantin, eine wesentlich jüngere, unverheiratete Frau eingestellt worden.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der Antragsgegnerin übermittelten Stellungnahme vom 8. August 2017 bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Die Antragsgegnerin verweise vorab auf ihre Stellungnahme vom 23. Mai 2017.

Sofern die Antragsgegnerin darin nicht ausreichend zu den Vorwürfen der Antragstellerin Stellung genommen haben sollten, gehe sie gerne detaillierter auf diese ein, stelle Unterlagen zur Verfügung und benenne Auskunftspersonen, die diese Vorwürfe ad absurdum führen bzw. widerlegen.

Die Antragstellerin sei im Unternehmen als Juristin in der Rechtsabteilung beschäftigt und hauptsächlich für Verträge sowie gesellschaftsrechtliche und gewerberechtliche Angelegenheiten zuständig gewesen.

Eingangs wolle die Antragsgegnerin bezüglich der Kündigung nochmals klarstellen, dass die Antragstellerin bei Übergabe des Kündigungsschreibens durch Frau Mag.^a B gebeten worden sei, den Erhalt des Kündigungsschreibens schriftlich zu bestätigen, andernfalls eine Mitarbeiterin der

Personalabteilung der Kündigung beigezogen werde. Dies sei ein üblicher Prozess im Unternehmen und diene zum Beweis des fristgerechten Zugangs der Kündigung. Mit „Nachdruck“ sei sie allenfalls aufgefordert worden, das Kündigungsschreiben nicht mit nach Hause zur Überprüfung zu nehmen, wie sie dies nach ihren eigenen Angaben vorgehabt habe. Das Kündigungsschreiben habe auch eine sofortige Dienstfreistellung enthalten.

Hinsichtlich ihrer Arbeitsleistung sei anzumerken, dass diese immer wieder Anlass zu Kritik gegeben habe, diese aber etwa ab Mitte 2016 zusehends schlechter und Ende des Jahres bzw. Anfang 2017 untragbar geworden sei.

Auf konstruktive Kritik habe die Antragstellerin ab diesem Zeitpunkt und insbesondere die letzten Monate vor ihrer Kündigung noch weniger reagiert als sonst, habe Besprochenes nicht richtig wiedergegeben und besprochene Vorgehensweisen nicht umgesetzt. Fehler habe sie, auch wenn man sie darauf aufmerksam gemacht habe, nicht als solche wahrgenommen. Vielmehr habe man den Eindruck gehabt, dass sie Vieles, warum auch immer und nicht nachvollziehbar, völlig ignoriert habe.

Immer wieder ein Thema seien die Prüfungen von Transport- und Warehouseverträgen gewesen, sowohl in den monatlichen Jour Fixe, den Mitarbeitergesprächen, aber auch zwischendurch. Diese seien immer wieder sehr umfangreich und unübersichtlich ausgefallen, obwohl in regelmäßigen Abständen darauf hingewiesen worden sei, dass sich die Aktennotizen vorwiegend auf rechtliche Probleme oder ungewöhnliche Regelungen beschränken sollen und in einer auch für Nicht-Juristen verständlichen Form abzufassen seien. Solche umfassenden Aktennotizen bedeuten nicht nur einen erheblichen höheren Zeitaufwand für die Abteilung. Für die Kollegen und Kolleginnen, für die die Vertragsprüfungen durchgeführt worden seien, sei es zum Teil schwierig gewesen, aus seitenlangen Aktennotizen und nicht klaren Aussagen die rechtlich relevanten bzw. kritischen Punkte herauszufiltern.

Als weiteres Beispiel sei anzuführen, dass die Antragstellerin die Bestellung von Herrn I (als ein Eigentümer der X) zum Geschäftsführer der V GmbH am 19. Dezember 2016 falsch vorbereitet und diese ihrer Vorgesetzten zur Weiterleitung an Herrn I vorlegt habe. In Erinnerung geblieben sei das falsche Briefpapier und insbesondere die Ernennung von Herrn I zum Prokuristen. Befremdlich in diesem Zusammenhang sei die Tatsache, dass die Antragstellerin die Unterlagen vorher einer Kollegin zur Durchsicht gegeben habe und bereits auf die Fehler hingewiesen worden sei.

Des Weiteren sei die Antragstellerin gebeten worden, eine Übersicht über die bestehenden Gewerbeberechtigungen an den Standorten der W GmbH zu erstellen, welche der Geschäftsführung zur Besprechung vorgelegt werden sollte. Im Zuge der Besprechung habe sich dann herausgestellt, dass die Liste der Betriebsstätten unvollständig gewesen sei. Es haben drei Niederlassungen in ... sowie, wie die Antragstellerin im Zuge der Korrektur nebenbei erwähnte, noch eine weitere Betriebsstätte gefehlt.

Bei der Bestellung eines neuen Geschäftsführers für die S Kft. im Jänner 2017 habe sie dessen Daten unverständlicherweise beim Geschäftsführer der T Kft. in Ungarn angefordert und dies noch falsch. So habe sie Daten von Herrn J (ist ein Mitarbeiter in der Werkstatt ...) angefordert, obwohl ihr ein E-Mail des CEO mit dem richtigen Namen kurz vorher weitergeleitet und auch 2 Tage vorher im Intranet bekanntgegeben worden sei, dass Herr K als neue Führungskraft für die V / S (Inland wie Ausland) eingestellt worden sei. Dies sei auch schon im Jour Fixe am 28. November 2016 besprochen und protokolliert worden.

Auch dem ungarischen Rechtsanwalt sei bei der Beauftragung der falsche Name des zukünftigen Geschäftsführers mitgeteilt worden.

Nachträglich habe sich auch herausgestellt, dass die von der Antragstellerin vorgenommene Anzeige über das Ausscheiden eines gewerberechtl. Geschäftsführers nicht wie besprochen mit seinem Ausscheiden aus dem Unternehmen zum 31. Dezember 2016, sondern zum 1. Jänner 2017 erfolgt sei und dies für das selbe Gewerbe gleich doppelt. Für das zweite Gewerbe der Gesellschaft („Z“) sei keine Anzeige über das Ausscheiden erfolgt, sodass die ausgeschiedene Person bis Ende Februar weiterhin für die Einhaltung der gewerberechtl. Vorschriften verantwortlich gewesen sei.

Ausschlaggebend für die Kündigung seien vor allem die Summe der Fehler, die der Antragstellerin insbesondere in den letzten Monaten vor ihrer Kündigung unterlaufen und die Tatsache, dass diese Fehler weder als solche von ihr erkannt worden (obwohl sie darauf aufmerksam gemacht worden sei) noch Reaktionen bemerkbar gewesen seien, dass eine Verbesserung der Leistungen zu erwarten gewesen sei. Die Fehler in den genannten Beispielen haben dazu geführt, dass man das in sie gesetzte Vertrauen verloren und sie sich nicht mehr als zuverlässig erwiesen habe. Von einer Juristin mit fünf Jahren Berufserfahrung dürfe erwartet werden, dass sie eine einfache Geschäftsführerbestellung richtig vorbereite und eine korrekte und vollständige Gewerbeliste anfertige, insbesondere da diese Aufgaben seit Jahren in ihren Verantwortungsbereich gefallen seien und sie diese auch bisher ohne derartige Fehler erledigt habe. Auch dürfe man voraussetzen, dass eine Juristin nach fast fünf Jahren im Unternehmen wisse, wer die Ansprechpersonen für Personaldaten seien. Darüber hinaus sei auch das in einem Jour Fixe besprochen worden.

Darüber hinaus habe sie fast jedes von ihr verfasste E-Mail ihrer Vorgesetzten zur Freigabe vorgelegt, weil diese vereinzelt mit Formulierungen nicht einverstanden gewesen sei bzw. einen fehlerhaften Inhalt zu Recht bemängelt habe. Selbständiges Arbeiten dürfe nach einigen Jahren Berufserfahrung vorausgesetzt werden. Dies sei gelegentlich auch besprochen worden.

Die angesprochene Gehaltserhöhung sei zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem der deutliche Leistungsabfall nicht vorhersehbar gewesen sei, und zwar im April 2016 (beschlossen und genehmigt bereits im September 2015) und sei auch berechtigt gewesen, insbesondere da das Einstiegsgehalt der Antragstellerin eher niedrig gewesen sei. Die Gehaltserhöhung habe auch eine motivierende Wirkung haben sollen, ebenso wie ein vorwiegend positives Mitarbeitergespräch Anfang des Jahres.

Bezüglich des Vorwurfes, dass die Arbeitsleistung im Vorfeld nicht thematisiert worden sei, werde auf die Ausführungen der Antragsgegnerin vom 23. Mai 2017 verwiesen. Insbesondere seien die Mängel, insbesondere bezüglich Vertragsprüfung, immer wieder in den monatlichen Jour Fixe angesprochen worden. Leider habe sich die Antragstellerin nicht bzw. eher wenig davon betroffen gefühlt, obwohl die Verträge grundsätzlich in ihren Aufgabenbereich gefallen seien. Dieses Thema sei auch außerhalb der Jour Fixe des Öfteren Gegenstand von Diskussionen gewesen.

Darüber hinaus seien ihr Fehler immer unmittelbar mitgeteilt worden. Eine Reaktion sei, insbesondere in den letzten Monaten vor ihrer Kündigung, so gut wie keine erfolgt bzw. sei mit einem Achselzucken gleichzusetzen gewesen. Wie sie ihrer Vorgesetzten anlässlich ihrer Kündigung mitgeteilt habe, haben die angeführten mangelhaft erledigten Aufgaben in ihren Augen keine Fehler dargestellt.

Neben ihrer Arbeitsleistung sei auch ihr Verhalten, insbesondere ihrer Vorgesetzten gegenüber, immer wieder Anlass für Kritik gewesen.

Auf die Anforderung einer Gewerbeübersichtsliste habe sie z.B. mitgeteilt, dass man diese ja nur aus der Gesamtliste, die die wichtigsten Firmendaten enthalte, herauskopieren müsse. Diese Liste sei von der Antragstellerin erstellt und gewartet worden und in ihren Aufgabenbereich gefallen. Bei dieser Liste, die sie dann doch angefertigt habe, habe es sich übrigens um die bereits angeführte unvollständige Gewerbeliste gehandelt.

Vor allem sei aber ihr unangemessener Tonfall ihrer Vorgesetzten gegenüber immer wieder beanstandet worden. Auch die Art und Weise, wie sie mit ihren Kolleginnen und Kollegen oder auch Behörden gesprochen habe, habe zeitweise zu wünschen übriggelassen.

Angeführt werde in diesem Zusammenhang auch nochmals ihr aggressives und völlig respektloses Verhalten ihrer Vorgesetzten gegenüber in Anwesenheit einer Studentin, die als geringfügig Beschäftigte in der Abteilung tätig gewesen sei, als sie kurzfristig Urlaub beantragt habe und dieser auf Grund von Urlaub und Krankheit ihrer beiden Kolleginnen nicht genehmigt worden sei. Klarstellend werde festgehalten, dass die Rechtsabteilung zu dieser Zeit insgesamt aus vier Mitarbeiterinnen und der Studentin bestanden habe und schon seit Beginn der Beschäftigung bekannt gewesen sei, dass es nicht möglich gewesen sei, bei Abwesenheit von zwei Mitarbeiterinnen Urlaub zu konsumieren. Dies auch dann nicht, wenn die Studentin zur Verfügung stehe. Es könne einer geringfügig Beschäftigten, deren Aufgabengebiet sich nicht mit jenen ihrer drei Kolleginnen decke, nicht zugemutet werden, drei Personen, wenn auch nur für einen halben Tag, zu vertreten. Darüber hinaus sei dies auch zwei Tage vorher besprochen und von der Antragstellerin auch so akzeptiert worden.

Anweisungen hinsichtlich des Arbeitsbeginns seien von ihr grundsätzlich ignoriert worden. So sei sie vor allem die letzten Monate vor ihrer Kündigung fast immer zu spät gekommen, ungeachtet dessen, dass ihr bekannt gewesen sei, dass auf Pünktlichkeit (eine der Markeneigenschaften des

Unternehmens) Wert gelegt worden sei bzw. werde. Pünktlichkeit sei oftmals Thema in den monatlichen Jour Fixe gewesen. Aber auch zwischendurch sei es des Öfteren thematisiert worden. Eine Ausnahmeregelung für die Antragstellerin habe es nicht gegeben.

Ihr späteres Erscheinen habe bei den bereits anwesenden Personen nicht nur für eine Störung des Arbeitsablaufes, sondern auch für eine erhöhte psychische Belastung gesorgt. So habe sie bei Eintreffen nicht nur über ihre privaten Erlebnisse erzählt, sondern habe, vor allem die letzte Zeit vor ihrer Kündigung, fast ständig lautstark und minutenlang über verschiedene Vorfälle geschimpft, wie z.B. ein vor ihr fahrender Traktor oder Schneepflug, nicht ordentlich geräumte Straßen, lang geschlossene Bahnschranken oder falsche Postzustellungen.

All diese Vorfälle haben keine Dienstverhinderungsgründe dargestellt, da die Verspätungen nicht nur im Winter und bei Schneefahrbahn erfolgt seien, sondern auch im Sommer und Herbst, die Antragstellerin einen Arbeitsweg von max. 20 Minuten gehabt habe und es ihr zumutbar gewesen sei, einige Minuten vorher aufzubrechen. So habe sie es auch mehrmals monatlich (ein- bis zweimal wöchentlich) geschafft, früh morgens umfangreiche Eintragungen in ihrem Blog „...“ unter ... vorzunehmen.

Die Betreuung eines Blogs habe die Antragstellerin ihrem Arbeitgeber nicht mitgeteilt. Gemäß ihrem Dienstvertrag bedürfen nebenberufliche Tätigkeiten jedoch der schriftlichen Zustimmung des Dienstgebers.

Bei diesem Blog handle es sich um eine nebenberufliche Tätigkeit, da in diesem Buchtipps bzw. -vorstellungen erfolgen und für diese Bücher Werbung gemacht werde. Es seien bis zu drei Präsentationen im Monat erfolgt.

Richtig sei, dass die Antragstellerin nach mehreren gleichartigen Arztbesuchen die Frage nach einer Schwangerschaft gestellt worden sei, jedoch erst nach der Frage, ob es ihr gesundheitlich nicht gut gehe. Die Frage sei vor dem Hintergrund erfolgt, dass in der Abteilung von Beginn an grundsätzlich sehr offen über persönliche Angelegenheiten, insbesondere auch den jeweiligen Gesundheitszustand oder Arztbesuche gesprochen worden sei. Die Antragstellerin selbst habe von ihren verschiedenen gesundheitlichen Problemen erzählt und gelegentlich auch um Empfehlungen hinsichtlich guter Ärzte gebeten.

Insbesondere da die Antragstellerin erzürnt berichtet habe, dass ihr Frauenarzt nicht erkannt habe, dass „NICHT alles in Ordnung sei“ sei die Frage nach Gesundheitszustand bzw. Schwangerschaft, jedoch ausschließlich aus Anteilnahme, gestellt worden.

Soziale Beziehungen bzw. zwischenmenschliche Beziehungen seien die Grundlage dafür, dass sich Menschen mit einem Unternehmen, seiner Marke und seiner Ziele verbunden fühlen. Mit dem Interesse an den Personen und deren privaten Umfeld sowie mit Offenheit, Vertrauen und gegenseitigem Respekt sei gemeinsam die Basis für solche Beziehungen in der Abteilung geschaffen worden. Auch der Antragstellerin sei diese Offenheit und das Interesse an ihrer Person und ihren privaten Aktivitäten sehr entgegen gekommen und habe diese auch gerne für sich in

Anspruch genommen. Dass sie von persönlichen Dingen erzählt habe, sie aber nicht zu solchen gefragt werden habe wollen, habe sie zu keiner Zeit geäußert.

Es entspreche nicht der Wahrheit, dass Arztbesuche stets Gegenstand von Kritik gewesen seien. Auch die Meinung ihrer Vorgesetzten dazu sei unrichtig wiedergegeben worden. Auf Grund der sich ab einem bestimmten Zeitraum häufenden Arztbesuche aller Mitarbeiterinnen sei klargestellt worden, dass Arztbesuche nach Möglichkeit außerhalb der Arbeitszeit zu erledigen seien. Sollte dies nicht möglich sein, sollten die Termine so gelegt werden, dass sie an die Randzeiten der Arbeitszeiten, d.h. entweder morgens, um die Mittagszeit oder gegen Abend, fallen. Akutfälle seien davon ausgenommen. Kein Zusammenhang sei hier mit einer möglichen Diskriminierung erkennbar, da erstens alle Mitarbeiterinnen angesprochen gewesen seien und zweitens im Grunde nur die gesetzlichen Regelungen wiedergegeben worden sei. Über die Dauer einer Arztbehandlung sei nicht gesprochen worden. Diese liege ohnehin nicht im Einflussbereich einer Mitarbeiterin.

Bezüglich des Vorwurfes der häufigen Fragen wegen Familienplanung oder einer bestehenden Schwangerschaft werde auf die Stellungnahme vom 23. Mai 2017 verwiesen. Es sei hier auch kein Grund ersichtlich, warum mehrfach nach einer Schwangerschaft hätte gefragt werden sollen.

Nicht klar sei, woraus geschlossen werden könnte, dass Frau Mag.^a B eine Schwangerschaft nicht begrüßen würde, da sogar eher das Gegenteil der Fall gewesen sei. Richtig sei, dass Frau Mag.^a B im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis die Priorität der beruflichen Verpflichtungen vor privaten Interessen zwar nicht stets, jedoch in Einzelfällen, betont habe. Dies sei z.B. der Fall gewesen, als eine Mitarbeiterin auf Grund eines Projektes dringend notwendige Arbeiten fertigzustellen gehabt habe und dies in der Normalarbeitszeit nicht mehr möglich gewesen sei. Sie sei jedoch im Vorfeld darauf aufmerksam gemacht worden, dass sie Arbeiten auch an Kolleginnen abgeben könne, was sie jedoch abgelehnt habe. Deshalb habe die Mitarbeiterin eine private Vereinbarung absagen müssen.

Merkwürdig erscheint dieser Vorwurf vor dem Hintergrund, dass es der Antragstellerin nicht untersagt, sondern ermöglicht worden sei, in einem erheblichen Ausmaß sowohl ihren Hausumbau wie auch ihre Hochzeit während der Arbeitszeit zu organisieren und sie auch sonst während der Arbeitszeit private Dinge erledigt habe wie z.B. private Telefonate mit Familienangehörigen, Schreiben von SMS bzw. WhatsApp Nachrichten oder Beschwerdeanrufe bei der Post. Und dies alles im Büro neben ihren Kolleginnen und ihrer Vorgesetzten.

Anlässlich der Schwangerschaft einer Mitarbeiterin in der Buchhaltung, bei der es sich bereits um die dritte kurz aufeinanderfolgend gehandelt habe, sei tatsächlich von Frau Mag.^a B eine Aussage, jedoch mit folgendem oder ähnlichem Wortlaut und einem Augenzwinkern getätigt worden: „Hoffentlich ist das nicht ansteckend. Es wäre blöd, wenn alle drei gleichzeitig schwanger werden“. Wie bereits erwähnt, habe die Rechtsabteilung ohne die Abteilungsleiterin nur aus drei Mitarbeiterinnen bestanden.

Die Schwangerschaft an sich sei niemals mit einer ansteckenden Krankheit verglichen worden. Das „ansteckend“ habe sich vielmehr darauf bezogen, wie im Artikel der NEWS vom 29. November 2012 beschrieben und von der Universität Bamberg erforscht.

Unwahr sei der Vorwurf, Frau Mag.^a B hätte ihren Mitarbeiterinnen mitgeteilt, dass sie keine Schwangeren in der Abteilung wolle. Eine solche Aussage sei zu keiner Zeit getroffen worden.

Richtig sei, dass darüber gesprochen worden sei, dass Frauen statistisch gesehen nun später Kinder zur Welt bringen als früher und es heutzutage kein Problem mehr sei, auch mit 40 oder darüber noch ein Kind zu bekommen. Dies vor dem Hintergrund, dass diese Mitarbeiterin mit Kinderwunsch sich erst spät dazu entschlossen habe und diesbezüglich bereits im Vorfeld zwischen ihr und ihrer Vorgesetzten Gespräche stattgefunden haben.

Augenscheinlich sei der Antragstellerin bekannt gewesen, dass auch eine weitere Mitarbeiterin der Abteilung den Wunsch nach einem Kind gehabt habe. Schon aus diesem Grund könne der Diskriminierungsvorwurf nicht nachvollzogen werden.

Es sei auch richtig, dass Frau H mit 1. Februar 2017 eingestellt worden sei. Frau H sei bereits seit 2014 als geringfügig Beschäftigte in der Abteilung. Bereits im Sommer sei mit ihr vereinbart worden, dass sie nach Abschluss ihrer Diplomarbeit ganztätig angestellt werde. Der Zeitpunkt habe sich jedoch mehrfach nach hinten verschoben.

Ergänzend sei zu erwähnen, dass Frau Mag.^a D nur zu 50 Prozent in der Rechtsabteilung beschäftigt und es so auch für Frau H geplant gewesen sei. Durch das Ausscheiden der Antragstellerin habe die Verteilung dann geändert werden müssen. Beide Mitarbeiterinnen seien derzeit als Übergangslösung zu 100 Prozent in der Rechtsabteilung beschäftigt.

Frau H sei nicht als Ersatz für die Antragstellerin, sondern ergänzend eingestellt worden.

Die Kündigung der Antragstellerin sei ausschließlich auf Grund ihrer zunehmenden mangelhaften Arbeitsleistung erfolgt, des immer wiederkehrenden respektlosen Verhaltens und Umgangs ihrer Vorgesetzten, aber auch anderen Personen gegenüber, der Missachtung von Anweisungen, der fehlenden Einsicht und insbesondere des Umstands, dass keine Verbesserungen, weder kurz- noch langfristig, in Sicht gewesen seien.

Der Vorwurf der Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes in einem Unternehmen mit doppelt so viel beschäftigten Frauen wie Männer, und in einer Abteilung, die ausschließlich aus Frauen bestehe oder auf Grund eines Kinderwunsches, der von Anbeginn des Arbeitsverhältnisses bekannt gewesen sei und sie auch nicht die einzige gewesen sei, sei völlig absurd.

Diese weitere Mitarbeiterin mit Kinderwunsch sei nach wie vor beschäftigt und auch kurz nach dem Ausscheiden der Antragstellerin schwanger geworden, was auch auf das nun wesentlich angenehmere und entspannte Arbeitsklima zurück zu führen sein könnte.

Rechtliche Überlegungen

Gemäß § 3 Z 7 GIBG darf aufgrund des Geschlechtes, insbesondere unter Bezugnahme auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat, im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

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

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung der Vorwürfe der Antragstellerin, die Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses stehe in einem Zusammenhang mit ihrem Kinderwunsch, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch.

Das Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass die Antragstellerin seit 3. Juli 2012 bei der Antragsgegnerin als Juristin (Assistant Head of Legal) in der Rechtsabteilung beschäftigt war. Zu den Aufgaben der Antragstellerin zählten insbesondere Verträge sowie gesellschafts- und gewerberechtliche Angelegenheiten. Es war angedacht, dass die Antragstellerin die Nachfolge ihrer Vorgesetzten antritt, wenn diese im Jahr 2020 in Pension geht. In mehreren Mitarbeitergesprächen wurde sowohl die Arbeitsweise als auch das Verhalten der Antragstellerin kritisch angesprochen. Die Antragstellerin befand sich seit Oktober 2016 in einer Kinderwunschbehandlung am Uniklinikum ... Die Termine belegte die Antragstellerin gegenüber ihrer Vorgesetzten mit Anwesenheitsbestätigungen, die keine Angaben zum Grund der Ambulanzbesuche beinhalteten. Die Antragstellerin vertraute sich bezüglich ihres Kinderwunsches ihrer Kollegin, Frau Mag.^a D, an, mit der sie sich auch privat gut verstand. Das Büro der Mitarbeiterinnen grenzte an jenes ihrer Vorgesetzten, wobei die Türe meist offen war. Das Arbeitsverhältnis wurde am 31. Jänner 2017 zum 31. März 2017 arbeitgeberseitig gekündigt.

Es ist der Antragstellerin gelungen, den Anschein einer Diskriminierung darzulegen. Die von ihr geschilderte zeitliche Abfolge – Beginn der Kinderwunschbehandlung im Oktober 2016, Kündigung im Jänner 2017 – legte einen Zusammenhang zwischen dem Umstand, dass die Antragstellerin ein Kind wollte, und der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses nahe. Die Beweislast verlagerte sich daher auf die Antragsgegnerin. Diese musste den Beweis erbringen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat, sondern ein anderes Motiv ausschlaggebend war. Dieses Motiv darf weder zu einer anderen Diskriminierung führen noch gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßen. Ausschlaggebend bedeutet nicht ausschließlich, aber das Motiv überwiegt soweit, dass es die Entscheidung der Antragsgegnerin bestimmt hat.²

² Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 12 Rz 134.

Als Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses wurde von der Antragsgegnerin insbesondere die mangelhafte Arbeitsleistung der Antragstellerin und ihr Verhalten gegenüber ihrer Vorgesetzten genannt. Ein Zusammenhang zwischen der Kündigung und dem Geschlecht der Antragstellerin – insbesondere ihrem Familienstand und dem Umstand, dass ein Kinderwunsch bestand – wurde seitens der Antragsgegnerin ausgeschlossen.

Die Aussagen der Antragstellerin und von Frau Mag.^a B, ob Frau Mag.^a B der Kinderwunsch der Antragstellerin bekannt war, waren widersprüchlich. Der Senat geht davon aus, dass der Kinderwunsch der Antragstellerin ihrer Vorgesetzten jedenfalls indirekt bekannt war. Zum einen lassen die vielen zeitlich nahe aufeinanderfolgenden Termine in der Universitätsklinik für Frauenheilkunde und Geburtshilfe ..., über die die Antragstellerin ihrer Vorgesetzten Anwesenheitsbestätigungen vorgelegt hat, den Rückschluss auf einen Kinderwunsch zu. Zum anderen bestätigten mehrere Auskunftspersonen, dass die Bürotüren offen waren. Aus Sicht des Senates ist es denkbar, dass Gespräche zwischen der Antragstellerin und ihrer Kollegin Mag.^a D somit mitverfolgt werden konnten.

Für den Senat ist nicht ersichtlich, weshalb das Wissen um den Kinderwunsch der Antragstellerin plötzlich eine Kündigung bedingen sollte. Dies wird durch die glaubhafte Aussage von Frau Mag.^a B bekräftigt, wonach sich neben der Antragstellerin auch Männer und Frauen, die älter gewesen seien, beworben haben, sie sich jedoch bewusst für die Antragstellerin entschieden habe, weil sie der Meinung sei, dass es sehr wohl vereinbar sei, Job und Familie zu haben. Sie habe einer jungen Frau die Möglichkeit geben wollen – die Antragstellerin war zum Zeitpunkt der Einstellung im Juli 2012 knapp 29 Jahre alt – beides unter einen Hut zu bringen und eventuell auch eine Führungsposition zu übernehmen. Hinzu kommt, dass von allen Auskunftspersonen bestätigt wurde, dass die Schwangerschaft von Frau C von Frau Mag.^a B positiv aufgenommen wurde.

Das Vorbringen der Antragstellerin, Frau H – eine weitaus jüngere, unverheiratete Frau – sei anstelle von ihr eingestellt worden, konnte die Antragsgegnerin durch Vorlage des Jour fixe Protokolls vom Oktober 2016 glaubwürdig entkräften. In diesem Protokoll, welches von der Antragstellerin verfasst wurde, wurde festgehalten, dass Frau H voraussichtlich ab Anfang Jänner das Team Legal bzw. Finance (zu 50 Prozent Legal, zu 50 Prozent Finance) verstärken werde.

Für den Senat erscheint hingegen das Vorbringen der Antragsgegnerin glaubwürdig, dass die Kündigung aus sachlichen Gründen, nämlich der nachlassenden Leistung der Antragstellerin und ihrem Verhalten, erfolgt ist.

Frau Mag.^a B erläuterte in der mündlichen Befragung, dass sie 2020 in Pension gehe und die Antragstellerin eigentlich als ihre Nachfolgerin vorgesehen gewesen wäre. Dies wurde von der Antragstellerin insoweit bestätigt, dass sie von Frau Mag.^a B im Mitarbeitergespräch 2014 gefragt worden sei, ob sie ihre Stelle übernehmen möchte, wenn sie in Pension gehe.

Vor diesem Hintergrund ist es für den Senat nachvollziehbar, wenn Frau Mag.^a B ein besonderes Augenmerk auf die berufliche Entwicklung der Antragstellerin (selbstständiges Arbeiten, Genauigkeit, Umgang mit KollegInnen und Vorgesetzten, Pünktlichkeit, etc.) legte.

Im Protokoll zum MitarbeiterInnengespräch 2014 wurde neben dem Umstand, dass die Antragstellerin während desurlaubes ihrer Vorgesetzten die rechtliche und personelle Vertretung übernehmen solle, thematisiert, dass keine umfassende (selbstständige) Erledigung/Abhandlung eines Falles erfolge. Weiters wurden „*negative Emotionen*“ angesprochen. Im MitarbeiterInnengespräch 2015 wurde abermals der Umgangston – „*lässt zu wünschen übrig*“ – besprochen. Es wurde insbesondere angeführt, dass die Antragstellerin oftmals unkonzentriert sei und es keine richtige Wiedergabe von dem gebe, was besprochen worden sei. Wiederum wurde selbstständigeres Arbeiten und die Erledigung von Aufgaben in Eigenverantwortung eingefordert. Thematisiert wurde auch die Entwicklung zur Führungskraft. Im Mitarbeitergespräch 2016 wurde der Antragstellerin attestiert, dass sich die Zusammenarbeit teilweise verbessert (auch der Umgangston) habe und konstruktive Kritik nicht mehr immer persönlich genommen werde. Sehr wohl wurde angemerkt, dass die Teamfähigkeit noch gesteigert werden könne und Wissen mehr geteilt werden müsse – „*das WIR ist nicht voll ausgeprägt*“. Zudem wurde festgehalten, dass „*derzeit Entwicklungsstillstand*“ bestehe. Im Jour fixe Protokoll vom Juli 2016 wurde ebenfalls Teamarbeit und respektvolles Verhalten gegenüber KollegInnen, Vorgesetzten und nach Außen thematisiert und festgehalten, dass ein Fehlverhalten nicht geduldet werde – „*Wer sich nicht daran hält, hat mit Konsequenzen zu rechnen.*“.

Frau Mag.^a B bestritt das Vorbringen der Antragstellerin, sie habe alles vorgelegt bekommen wollen, und erläuterte, dass die Antragstellerin dies nur gemacht habe, da sie kritisiert worden sei. Frau Mag.^a B habe lediglich in E-Mails Cc gesetzt werden wollen, um informiert zu sein, was dem Senat plausibel und nachvollziehbar erscheint. Die Aussage von Frau Mag.^a B wurde durch das Jour fixe Protokoll vom September 2016 bestätigt. Darin wurde festgehalten, dass Tätigkeiten in einem gewissen Ausmaß eigenverantwortlich durchzuführen seien und nicht jedes E-Mail vorher freigegeben werden müsse.

Selbst wenn Frau Mag.^a B im unmittelbaren Vorfeld der Kündigung tatsächlich kein Gespräch mit der Antragstellerin gesucht haben sollte, in welchem eine mangelnde Arbeitsleistung thematisiert wurde, kann die Antragstellerin nicht behaupten, dass ihr die Unzufriedenheit ihrer Vorgesetzten gänzlich unbekannt war. So wurde von Frau Mag.^a B glaubhaft vorgebracht, dass sie die Fehler im Zuge der Bestellung von Herrn K im Jänner 2017 klar kommuniziert hat, von der Antragstellerin jedoch keine merkliche Reaktion kam. Das Prozedere, das bei der GeschäftsführerInnenbestellung zu beachten ist, wurde bereits nachweislich im Jour fixe Protokoll vom März 2016 festgehalten. Zudem wurde in den Jour fixe vielfach besprochen, wie die Vertragsprüfung zu gestalten ist (vgl. die Protokolle vom März 2015, Juli 2015, September 2015, März 2016, Juli 2016, August 2016, September 2016 und Dezember 2016).

Frau Mag.^a D bestätigte, dass vor allem die langen Aktennotizen ein Problem waren und diese in den Jour fixe besprochen wurden. Frau Mag.^a D hinterließ einen glaubhaften Eindruck. Ihre Aussage fiel differenziert aus. Es war nicht erkennbar, dass sie – trotz ihres damals auch privaten Kontakts zur Antragstellerin – zugunsten einer Seite aussagte.

Zum Zeitpunkt der Kündigung war die Antragstellerin seit ca. viereinhalb Jahren bei der Antragsgegnerin beschäftigt. Es kann seitens einer Führungskraft davon ausgegangen werden, dass wiederkehrende Aufgabestellungen nach dieser Zeit bereits Routine sind, die fehlerfrei und selbstständig bearbeitet werden können. Frau Mag.^a B konnte glaubhaft darlegen, dass der Grund für die Kündigung die Häufung von Fehlern war, die einem/einer AnfängerIn nicht in diesem Ausmaß passiert wären.

Zum weiteren Vorbringen wird festgehalten, dass es für den Senat nachvollziehbar ist, dass Frau Mag.^a B ihre Mitarbeiterinnen ersuchte, Arztbesuche nach Möglichkeit außerhalb der Arbeitszeit zu erledigen, sofern dies zumutbar ist und den pünktlichen Arbeitsantritt einmahnte (vgl. das Jour fixe Protokoll vom Juli 2016). Die Arbeitszeitaufzeichnungen von 20. Juni 2016 bis 31. Jänner 2017 zeigen, dass die Antragstellerin, wenn auch nur um wenige Minuten, regelmäßig zu spät kam. Es ist der Antragsgegnerin zu folgen, dass es der Antragstellerin zumutbar gewesen wäre, ein paar Minuten früher von zu Hause aufzubrechen um rechtzeitig im Büro anzukommen. Nicht zutreffend ist jedoch die Annahme, dass etwaige Verspätungen mit Eintragungen im Blog zu tun haben. Die Antragstellerin konnte glaubhaft darlegen, dass das Programm, mit dem sie ihren Blog gestaltet, es ermöglicht, Einträge im Vorhinein zu verfassen und den Veröffentlichungszeitpunkt zu bestimmen.

Auch konnte die Antragstellerin entkräften, dass es sich beim Betreiben des Blogs um eine nebenberufliche Tätigkeit handelt, die der schriftlichen Zustimmung der Arbeitgeberin bedurft hätte. Frau Mag.^a B bestätigte in diesem Zusammenhang, dass der Blog mit der Kündigung nichts zu tun gehabt und sie erst später davon erfahren habe. Es sollte lediglich demonstrieren, dass ein pünktliches Erscheinen möglich gewesen wäre. Die Annahme, dass das Zuspätkommen der Antragstellerin mit dem Blog in Zusammenhang steht, wurde jedoch – wie oben ausgeführt – durch die glaubhaften Angaben der Antragstellerin entkräftet.

Ebenfalls nicht überzeugen konnte, dass nur die Antragstellerin oftmals private Telefonate führte und die anderen Mitarbeiterinnen der Abteilung damit störte. Frau Mag.^a D gab glaubhaft an, dass auch Frau C des Öfteren privat telefoniert habe, und erinnerte sich, dass Frau Mag.^a B mit Frau C sogar einmal deswegen gesprochen habe.

Zusammenfassend ist jedoch festzuhalten, dass die Antragsgegnerin durch die Vorlage zahlreicher Unterlagen, die die Arbeitsweise der Antragstellerin abbildeten, glaubhaft ihre Argumentation untermauern konnte. Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs. 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es der Antragsgegnerin gelungen ist zu beweisen, dass ausschließlich sachliche Motive, hier die Verschlechterung der Arbeitsleistung der Antragstellerin, für die Kündigung ausschlaggebend waren.

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

Wien, 30. April 2019

Dr.ⁱⁿ Eva Matt
Vorsitzende des Senates I der GBK