

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 13. Oktober 2009 über das am 16. Jänner 2008 von der Regionalanwaltschaft für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt ... (R-GAW) eingebrachte Verlangen für **Frau Mag.a A** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei den sonstigen Arbeitsbedingungen gemäß § 3 Z 6 GIBG (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) durch die Arbeitgeberin, **X GmbH**, sowie durch eine geschlechtsbezogene Belästigung gemäß § 7 Z 1 GIBG durch **Herrn Dir. B** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008), zu folgendem

Prüfungsergebnis:

- 1. Der Senat I der GBK gelangt zur Auffassung, dass Frau Mag.a A auf Grund des Geschlechts bei den sonstigen Arbeitsbedingungen gemäß § 3 Z 6 GIBG durch die X GmbH diskriminiert worden ist.**
- 2. Weiters kommt der Senat I der GBK zur Ansicht, dass Frau Mag.a A durch Herrn Dir. B gemäß § 7 Z 1 GIBG belästigt worden ist.**

Entscheidungsgründe:

Im Verlangen der R-GAW wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Antragstellerin seit 1. September 2002 als Beauftragte für Kinder und Jugendprojekte und Theaterpädagogin für alle Kunstgattungen mit einem Bühnendienstvertrag für die Antragsgegnerin verpflichtet sei. Das Dienstverhältnis sei karenziert.

Der Bühnendienstvertrag sei mit einer einjährigen Befristung abgeschlossen worden. Das Dienstverhältnis habe sich jährlich gem. § 37 des Kollektivvertrages verlängert (Kollektivvertrag abgeschlossen zwischen dem Theatererhalterverband Österreichischer Bundesländer und Städte in Wien 1, Neues Rathaus, und dem Österreichischen Gewerkschaftsbund Gewerkschaft Kunst Medien freie Berufe, Sektion Büh-

nenangehörige, Wien 9, Maria Theresien-Straße 11), da keine Nichtverlängerungserklärungen der Vertragsteile vorgelegen seien.

Am 27. Mai 2006 habe die Antragstellerin ein Kind geboren. Noch während der Schwangerschaft habe sie mit Frau C, einer Mitarbeiterin der Personal- und Rechtsabteilung, eine Karenzierung ihres Arbeitsverhältnisses für die Zeit der Kinderbetreuung bis zum ersten Geburtstag des Kindes vereinbart. In weiterer Folge sei vereinbart worden die Karenzierung um ein weiteres Jahr zu verlängern. Im Zuge dieses Gespräches sei der Antragstellerin gegenüber nicht erwähnt worden, dass sich die Karenzierung nur bis zum Ende der Befristung ihres Vertrages, nämlich dem 31. August 2007, bezogen habe. Es habe auch keine Belehrung bezüglich der Möglichkeit einer Teilzeitbeschäftigung nach der Rückkehr an ihren Arbeitsplatz oder während der Karenzierung mit dem Theaterbetrieb in Kontakt zu bleiben gegeben.

Im Rahmen der Weihnachtsfeier der Abteilung „Dramaturgie und Öffentlichkeitsarbeit“ im Jahr 2006 habe Frau Dr.in D, die unmittelbare Vorgesetzte der Antragstellerin, in einer größeren Runde auf eine Äußerung der geschäftsführenden Intendantin Frau H hingewiesen. Diese habe sich im Zusammenhang mit der Schwangerschaft von Frau Mag.a E, einer Mitarbeiterin in der Dramaturgie, ihr gegenüber dahingehend geäußert, sie solle sich jetzt aber einen Mann suchen. Dazu habe Frau Dr.in D weiters bemerkt: „So jetzt bitte keine Kinder mehr.“ In der Folge habe die Antragstellerin mit Frau Dr.in D einen Termin für ein Gespräch vereinbart, welches im Jänner 2007 stattgefunden habe. In diesem Gespräch habe die Antragstellerin mitgeteilt, dass sie die Karenzierung um ein Jahr, also bis zum zweiten Geburtstag ihres Kindes, verlängern möchte und habe dabei ihr Interesse an einer geringfügigen Tätigkeit bekundet, um hinsichtlich ihrer Arbeit auf dem Laufenden zu bleiben. Dabei sei die Antragstellerin von Frau Dr.in D gefragt worden, ob sie nach der Karenz wieder zur Antragsgegnerin zurückkehren möchte. Die Antragstellerin habe diese Frage bejaht und erklärt, dann lieber in Teilzeit arbeiten zu wollen. Sie habe betont, dass sie das genaue Ausmaß der Teilzeit selbstverständlich mit der Abteilung und Frau Dr.in D abstimmen möchte. Beide seien übereingekommen sich bezüglich der Vereinbarung in der nächsten Spielzeit wieder zu treffen.

Mit Schreiben vom 16. Jänner 2007 der Antragsgegnerin an den Betriebsrat des darstellenden Personals betreffend der Nichtverlängerung von Bühnendienstverträgen sei die Betriebsratsvorsitzende Frau F davon in Kenntnis gesetzt worden, dass die Antragsgegnerin beabsichtige, einige Bühnendienstverträge - darunter auch jenen

der Antragstellerin und diesen über den 31. August 2007 hinaus - nicht mehr zu verlängern. An dieser Stelle werde darauf hingewiesen dass Frau F der Regionalanwältin Frau Dr.in M im Oktober 2007 eine Kopie dieses Schreibens „anonymisiert“ übermittelte, sodass nur der Name der Antragstellerin, nicht jedoch anderer betroffener Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen zu lesen sei.

Mitte Jänner 2007 habe die Antragstellerin seitens Frau F telefonisch die Mitteilung erhalten, dass ihr Vertrag nicht verlängert werden würde. Eine Begründung dafür sei nicht erfolgt. Die Antragstellerin habe diese Mitteilung völlig überraschend getroffen und sie habe Frau F erklärt, sie sehe einen klaren Zusammenhang zwischen ihrer Inanspruchnahme des Karenzurlaubes zur Betreuung ihres Kindes und der Mitteilung der Nichtverlängerung und sie empfinde dies als ungerechtfertigte Benachteiligung. Sie habe angekündigt, sich gegen diese Benachteiligung zur Wehr setzen zu wollen und habe um Übermittlung des Kollektivvertrages ersucht. In der Folge habe sich die Antragstellerin mit Frau F getroffen, die ihr Teile des Kollektivvertrages übergeben und ihr mitgeteilt habe, dass die Intendantin für Familie und Kinder nichts übrig habe. In der Folge sei die Antragstellerin im Jänner 2007 seitens des Betriebsrates offiziell mitgeteilt worden, dass ihr Vertrag nicht verlängert werde. Der Bühnendienstvertrag zwischen der Antragsgegnerin und der Antragstellerin gelte daher gem. § 37 des Kollektivvertrages bis zum 31. August 2008 verlängert.

In weiterer Folge sei es im Februar 2007 zu einem Gespräch zwischen der Antragstellerin und Frau Dr.in D gekommen, in welchem Frau Dr.in D mitgeteilt habe, es obliege ihr (gemeint Frau Dr.in D) zu beurteilen, ob Teilzeitarbeit möglich sei und die Antragstellerin solle, sofern dies nicht in Frage komme, nicht enttäuscht sein. Dies müsse man der Antragstellerin aufgrund § 37 Abs. 2 des Kollektivvertrages spätestens bis 31 Oktober 2007 sagen und dann bekäme sie ja wenigstens eine Abfertigung. Weiters habe Frau Dr.in D erklärt, es sei üblich, Verträge während Karenzzeiten nicht zu verlängern, denn „danach“ könne wieder ein Vertrag abgeschlossen werden. Auch habe Frau Dr.in D gesagt, dass sie die Antragstellerin aber dann im Herbst natürlich fragen werde, ob sie ein zweites Kind plane - auch wenn sie wisse, dass dies gesetzlich gar nicht erlaubt sei. Auf die Feststellung der Antragstellerin, es könne aber auch nicht ausgeschlossen werden, dass ihre Karenzvertretung Frau Mag.a G schwanger werde, habe Frau Dr.in D entgegnet: „Ich glaube nicht, dass Mag.a G Kinder will.“ Und bezüglich der Situation von Frau Mag.a E, die gerade schwanger gewesen sei und beabsichtigt habe, nach einem Jahr Karenz wieder in

Vollzeit zu arbeiten, habe sie gemeint: „Ich kann mir nicht vorstellen wie das funktionieren soll.“

Die Antragstellerin sei von der Vorgehensweise seitens der Antragsgegnerin sehr enttäuscht gewesen. Dies insbesondere deshalb, weil der Umstand, dass sie Mutter werden würde, offenbar seitens der Theaterleitung unerwünscht gewesen sei und erst ihre eigene Intervention - ihre Erklärung, sich gegen die Nichtverlängerung des Vertrages zu Wehr setzen zu wollen - dazu geführt habe, dass ihr Vertrag nicht verlängert worden sei. Die Antragstellerin sei auch sehr enttäuscht über frauenfeindliche Aussagen bzw. über Aussagen in Zusammenhang mit Schwangerschaft und Beruf gewesen: Als die Antragstellerin der geschäftsführenden Intendantin Frau H im Herbst 2005 ihre Schwangerschaft mitgeteilt habe, habe diese zunächst sehr ungehalten reagiert und gesagt: „Was, jetzt müssen wir schon wieder jemand neuen suchen.“ Der geschäftsführende kaufmännische Direktor, Herr B, habe in Gegenwart der Antragstellerin, ihrer Nachfolgerin Frau Mag.a G und der Intendantin- und Produktionsassistentin Frau K gesagt: „Wenn drei Frauen in einem Raum sind, sollte man eine Bombe hineinwerfen und die Türe zusperren!“ Im Rahmen einer Feier der Abteilung „Dramaturgie und Öffentlichkeitsarbeit“, in welcher ausschließlich Frauen beschäftigt gewesen seien, habe sich Herr B dahingehend geäußert, dass Frauen an den Herd gekettet gehörten. Zu Frau Mag.a E habe er einmal gemeint, dass sie wegen ihrer Schwangerschaft mit Unannehmlichkeiten habe rechnen müssen. Zu Frau Mag.a I habe er gesagt, als ihn diese von ihrer Vorgängerin Frau Dr.in J, einer ehemaligen Musikdramaturgin, als Nachfolgerin vorgestellt worden sei: „Eigentlich wollten wir lieber einen Mann.“ Der Antragstellerin sei auch zugetragen worden, dass sich Frau K gegenüber Frau L, einem ehemaligen Ensemblemitglied der 1. Antragsgegnerin, dahingehend geäußert habe, dass ein „Kind“ in diesem Beruf nichts verloren habe.

Nach einem persönlichen Beratungsgespräch mit der Regionalanwältin Frau Dr.in M sei aufgrund der von der Antragstellerin geschilderten Vorfälle am 8. Mai 2007 ein Interventionsschreiben an die Antragsgegnerin ergangen. Daraufhin sei es am 18. Mai 2007 im Büro der Intendantin zu einem Gespräch zwischen der geschäftsführenden Intendantin Frau H, der Leiterin der Personal- und Rechtsabteilung Frau Dr.in N, Frau Dr.in D, der Antragstellerin und der Regionalanwältin Frau Dr.in M gekommen, in welchem sowohl Frau Dr.in D als auch Frau H festgehalten hätten, dass sie mit der Arbeitsleistung der Antragstellerin hochzufrieden gewesen seien. Für die beabsichtig-

te Nichtverlängerung habe aber kein Grund angegeben werden können. Frau Dr.in D habe wieder behauptet, dass es üblich sei, Bühnendienstverträge während einer Karenzierung nicht zu verlängern, was aber nicht heiße, dass man anschließend nicht einen neuen Verlag machen könne. Auf nochmaliges Nachfragen der Antragstellerin habe dazu Frau Dr.in N gesagt, dass das Theater die Absicht gehabt hätte, der Antragstellerin die Nichtverlängerung auszusprechen. Frau Dr.in N zufolge habe das Theater auch nicht vorgehabt, nach der Karenz wieder ein Dienstverhältnis mit ihr einzugehen und wäre die Nichtverlängerung nur aufgrund der Intervention und der andgedrohten Schritte unterblieben. Frau Dr.in D habe im Zuge dieses Gesprächs auch geäußert, dass für sie eine Rückkehr der Antragstellerin nach dem Vorgefallenen nur schwer vorstellbar sei. Frau Dr.in N habe das Gespräch damit beendet, dass sie der Antragstellerin zugesagt habe, sich bei ihr zu melden, um ihr ein Angebot zu unterbreiten.

In der Folge sei es am 21. Juni 2007 zu einem Gespräch zwischen der Antragstellerin und Frau Dr.in N gekommen. Frau Dr.in N habe erklärt, dass eine Rückkehr der Antragstellerin aus ihrer Sicht nicht mehr in Frage käme und es besser sei, „sich zu trennen“. Weiters habe sie gesagt, die Geschäftsleitung sei sehr an einem außergerichtlichen Vergleich interessiert und man werde ihr ein entsprechendes Angebot übermitteln.

Mit Schreiben vom 2. Juli 2007 der Antragsgegnerin sei der Antragstellerin eine einvernehmliche Lösung des Dienstverhältnisses zum 31. August 2008 angeboten worden. Dabei würde man der Antragstellerin, die am 28. Mai 2008 wieder zu arbeiten beginnen müsste, einen Sonderurlaub von 4,5 Wochen genehmigen. Ab 27. Juli 2008 könnte sie dann ihren Resturlaub von 64 Kalendertagen bis Spielzeitende konsumieren. Damit hätte die Antragstellerin bei vollen Bezügen keinerlei Arbeitsverpflichtungen mehr und würde weiters eine Abfertigung in der Höhe der dreifachen Monatsgage samt Sonderzahlungsanteilen erhalten (Anspruch hätte sie nur auf zwei Monatsgagen). Zudem würde sie ein Dienstzeugnis erhalten.

Die Antragstellerin sei mit diesem Vergleichsangebot nicht einverstanden, da ihr diese Leistungen - ausgenommen des Sonderurlaubs und einer Monatsgage - ohnehin zustünden. Weiters habe sie dieses Vergleichsangebot nicht für angemessen und fair gehalten, da dieses einerseits nicht berücksichtige, dass sie sich nur aufgrund des Verhaltens der Antragsgegnerin, durch das sie persönlich eine Kränkung als Frau und Mutter erfahren habe, gezwungen gesehen habe ihr Arbeitsverhältnis auf-

zugeben. Weiters sei dabei nach Ansicht der Antragstellerin außer Acht gelassen worden, dass sie angesichts der derzeitigen Arbeitsmarktsituation, insbesondere für Mütter, das Risiko wieder eine adäquate Anstellung zu finden, alleine zu tragen hätte.

Mit Schreiben vom 16. August 2007 an die Antragsgegnerin habe die Antragstellerin daher ihrerseits vorgeschlagen, dass sie einen Pauschalabfindungsbetrag in der Höhe ihres Nettojahresgehaltes (abzüglich aller Steuern und Sozialabgaben auf Basis eines aktiven Letztbezuges) erhalten solle. Weiters habe sie vorgeschlagen, dass sie keine weitere Arbeitsverpflichtung haben sowie ein entsprechendes Dienstzeugnis bekommen solle. In der Folge sei dieser Vorschlag mit Schreiben vom 27. August 2007 der Antragsgegnerin an die Antragstellerin abgelehnt worden, da einerseits das Vergleichsangebot seitens der Theaterleitung angemessen sei und andererseits keinerlei diskriminierender Sachverhalt verwirklicht worden sei, zumal das Dienstverhältnis mit der Antragstellerin nach wie vor aufrecht sei.

Im ergänzenden Verlangen wurde ersucht, den bereits eingebrachten Sachverhalt auch hinsichtlich einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots durch eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts der Antragstellerin durch geschlechtsbezogene Belästigung durch die Antragsgegnerin zu prüfen. Es werde auf den bereits dargestellten Sachverhalt verwiesen.

In der auf Ersuchen von Senat I der GBK übermittelten Stellungnahme der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsgegner, X GmbH und Herrn Dir. B, bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe und trat diesen wie folgt entgegen:

Einleitend werde angeführt, dass im Unternehmen ca. fünfhundert Personen beschäftigt seien. Hievon seien fast die Hälfte Frauen. In diesem Zusammenhang sei anzuführen, dass Frauen sehr wichtige Positionen in der Unternehmensleistung bis hinauf zur geschäftsführenden Intendantin, nämlich Frau H, besetzen. Weiters sei zu betonen, dass alle bei der Antragsgegnerin beschäftigten Frauen bezugsmäßig den Männern in vergleichbaren Positionen gleichgestellt seien.

Es sei also absolut verfehlt und muss daher striktest zurückgewiesen werden, dass im Schriftsatz der Gegenseite „subkutan“ versucht wird, darzulegen, dass in der Antragsgegnerin eine „frauenkritische oder gar frauenfeindliche“ Stimmung herrscht. Vielmehr sei die gegenteilige Situation gegeben.

Die Ausführungen der Gegenseite betreffend Frau O und Frau L seien nicht geeignet, das Gegenteil auch nur im Entferntesten zu bescheinigen. Die Nichtverlängerung des Bühnenvertrages von Frau O habe keinerlei Zusammenhang mit deren Schwangerschaft gehabt. Die Nichtverlängerung dieses Vertrages sei einzig und allein darin begründet, dass sich die Antragsgegnerin aus künstlerischen Gründen von Frau O trennen wollte. Auch die Nichtverlängerung des Bühnendienstvertrages von Frau L habe mit deren Schwangerschaft nichts zu tun. Frau L sei vor Mitte Dezember 2005 nach der Geburt ihres Kindes zu Proben erschienen. Sehr bald habe sich jedoch ergeben, dass die Situation für Frau L sehr unbefriedigend gewesen sei; dies deshalb, weil sie bereits für die kommende Saison für „Y“ einen neuen Vertrag abgeschlossen gehabt habe. Aus diesem Grund habe Frau L ihren laufenden Vertrag mit der Antragsgegnerin schon zwei Monate vor Ende der Spielzeit, also schon ab Anfang Mai 2006 beenden wollen. Für die Antragsgegnerin habe die vorzeitige Beendigung dieses Vertrages enorme künstlerische Probleme nach sich gezogen. Erst aufgrund der Bemühungen der Intendantin, Frau H, habe sich Frau L bereit erklärt, bis zum Vertragsbeginn in „Y“ bei der Antragsgegnerin tätig zu sein. Alle Fälle, die im Schriftsatz der Gegenseite zur „Bestärkung“ einer angeblich frauenfeindlichen Einstellung der Antragsgegnerin herangezogen würden, seien schon aufgrund dieser Darstellungen nicht geeignet, diese Angriffe zu belegen.

Auch die seinerzeit in Betracht gezogene Nichtverlängerung des Bühnendienstvertrages der Antragstellerin stehe nicht in ursächlichem Zusammenhang mit der Schwangerschaft der Antragstellerin. Die Ursache und damit der Grund seien vielmehr darin gelegen, dass sich die Antragstellerin trotz diverser Ersuchen der Lohnverrechnung nicht zu einer rechtsverbindlichen Erklärung eingefunden habe. Deshalb habe sich die Direktion der Antragsgegnerin überlegt, die Nichtverlängerung dieses Bühnendienstvertrages auszusprechen. Aufgrund eines Gesprächs zwischen der Antragstellerin und der Betriebsratsvorsitzenden der Antragsgegnerin sei jedoch die Nichtverlängerung dieses Vertrages nicht ausgesprochen worden. In diesem Zusammenhang müsse ausgeführt werden, dass die Vermutung nahe liege, dass die Antragstellerin schon vorher oder anschließend „Material“ gesammelt habe, um eine frauenfeindlichen Einstellung der Antragsgegnerin zu konstruieren. Sodann sei es zu einem Gespräch zwischen der Antragstellerin und der Regionalanwältin einerseits und der Betriebsratsvorsitzenden, Frau F, andererseits gekommen. Dabei habe die Antragstellerin ihr wahres Bestreben offenbart. Sie habe nämlich gesagt: „Wenn mir

das Theater ein Jahresgehalt bezahlt, unternehme ich nichts. Wenn nicht; so gehe ich in die Presse. Die von der Antragstellerin beigezogene Anwältin habe darauf gesagt: „Das kommt nicht von mir.“ Diese Äußerung der Antragstellerin enthülle ihr wahres Bestreben. Der Schluss dränge sich auf; dass es ihr nämlich in Wahrheit nur darum gehe, für sich einen möglichst großen, pekuniären Vorteil zu erlangen. Die Geschäftsführung der Antragsgegnerin, die dem Grundsatz der Sparsamkeit verpflichtet sei, ist aber aus rechtlichen Gründen nicht in der Lage, diese Vorstellungen der Antragstellerin zu erfüllen. Aber auch die Angriffe gegen Herrn Dir. B würden jeglicher Grundlage entbehren. Herr Dir. B sei seit 38 Jahren, seit 1988 als Direktor, bei der Antragsgegnerin tätig. Während dieser 38 Jahre habe die Antragsgegnerin - weder unter den Intendanten P und Q, noch unter der Intendanz von Frau H - frauenfeindliche Tatsachen gesetzt.

Die Äußerungen des Herrn Dir. B („Habt ihr schon wieder keinen Mann gefunden, muss es wieder eine Frau sein“ und „Frauen gehören an den Herd“) würden von ihm nicht bestritten, seien aber Äußerungen im Scherz und seien auch von den Personen, die sie gehört hätten, als Scherz verstanden worden. Andere Äußerungen, die als frauenfeindlich interpretiert werden könnten und Herrn Dir. B als vor vielen Jahren getätigt unterstellt würden, habe Herr Dir. B nicht getätigt und legen auch nicht in seinem „Sprachschatz“.

Im Detail sei zum Verlangen der Antragstellerin noch folgendes auszuführen: Es sei nicht richtig, dass Frau C nicht bereit gewesen wäre, die Antragstellerin zu informieren und die Fürsorgepflicht des Dienstgebers wahrzunehmen. Obwohl die Antragstellerin während der Karenzzeit immer wieder im Theater gewesen sei, habe sie sich nicht die Zeit genommen, bei Frau C vorzusprechen. Vielmehr habe Frau C die Antragstellerin gesucht und sie gebeten, bei ihr im Personalbüro vorzusprechen. Die Antragstellerin aber habe diese Ersuchen negiert.

Frau Dr.in D könne sich nicht erinnern und schließe damit aus, dass die Antragstellerin während der Dauer der Karenz „geringfügig“ beschäftigt werden wollte.

Frau Dr.in D bestreite ihre Äußerung „Ich kann mir nicht vorstellen, wie das funktionieren soll“. Diese Äußerung beziehe sich angeblich auf Frau Mag.a E. Zum Zeitpunkt dieses Gesprächs - es war dies im Frühjahr 2007 - sei nämlich festgestanden, dass Frau Mag.a E nach einem Jahr Karenz im Juni 2008 wieder voll arbeiten kommen wollte; dies deshalb, weil eine Teilung der Karenz mit dem Vater des Kindes von Frau Mag.a E geplant gewesen sei.

Seit ca. 1999 werde von der Antragsgegnerin die Position der Theaterpädagogin als künstlerische Position gewertet. Die jeweiligen Theaterpädagoginnen seien damit, wie auch die Antragstellerin, sehr einverstanden gewesen. Die Vorteile eines solchen Vertrages legen im achtwöchigen (statt fünföchigen gem. Angestelltengesetz) Urlaub und in der produktionsbedingten unregelmäßigen Beanspruchung während der Theatersaison. Außerdem sei für die Antragstellerin noch das „alte“ Abfertigungsrecht maßgebend; d.h., dass ihr bei Nichtverlängerung des Vertrages ihrerseits, also bei Dienstnehmerkündigung, die volle Abfertigung entsprechend der Dauer ihres Vertrages zustehe. Darüber hinaus sei die Tatsache gegeben, dass die Nichtverlängerung des Vertrages der Antragstellerin nicht ausgesprochen worden sei. Die Antragstellerin habe also einen rechtswirksamen aufrechten Vertrag. Tatsache sei weiters, dass die Antragstellerin aufgrund des Umstands, dass Herrn Dir. B die Informationspflicht betreffend Teilzeitarbeit gemäß den einschlägigen Bestimmungen des Gleichbehandlungsgesetzes nicht bekannt gewesen sei, sie diesbezüglich seitens der Geschäftsführung der Antragsgegnerin nicht informiert worden sei. Allein daraus eine frauenfeindliche und diskriminierende Einstellung und Handlung der Geschäftsführung ableiten zu wollen, entbehre jeglicher Substanz. Das gesamte Geschehen dränge aber den Schluss auf (Beratung durch die Arbeiterkammer und Gleichbehandlungsanwältin), dass der Antragstellerin diese Verpflichtung der Geschäftsführung und damit ihr Recht bekannt gewesen sei, sodass die Heranziehung dieses Rechtsgrundes zumindest bedenklich, wenn nicht im rechtlichen Sinn als sittenwidrig zu werten sei. Somit sei dem Verlangen der Antragstellerin der Boden entzogen. Lediglich abschließend solle noch angemerkt werden, dass die Aufforderung an den Betriebsrat eine entsprechende Betriebsvereinbarung abzuschließen, einer rechtlichen Grundlage entbehre.

Zum ergänzenden Verlangen wurde wie folgt Stellung genommen:

Zum Vorwurf „Bombe“: Wie schon bisher dargelegt worden sei, habe Herr Dir. B eine derartige Äußerung nicht getätigt. Er weise diese Unterstellung schärfstens zurück. Zur Äußerung des Herrn Dir. B „Frauen gehören an den Herd“: Wie bereits dargestellt worden sei, habe Herr Dir. B im Spaß vor Jahren einmal gesagt: „Frauen gehören an den Herd.“ Herr Dir. B stelle in diesem Zusammenhang klar, dass er dies so und nicht anders gesagt habe. Er habe also nicht gesagt, dass Frauen an den Herd gekettet gehören. Abgesehen davon sei diese Äußerung nicht dienstlich im engeren Sinn gefallen, sondern - wie die Antragstellerin selbst darlegt habe - im Rahmen ei-

ner Feier, also in einer kollegialen Atmosphäre. Daraus eine Diskriminierung durch geschlechtsbezogene Belästigung der Antragstellerin ableiten zu wollen, widerspreche den Gesetzen der Logik und müsse als absurd bezeichnet werden. Zur Äußerung „Lieber einen Mann“: Auch dieser Vorwurf sei aus dem Zusammenhang gerissen. Einmal habe Herr Dir. B diese Äußerung nicht gegenüber der Antragstellerin gemacht, sondern gegenüber Frau Mag.a I. Durch eine derartige Äußerung könne die Antragstellerin also gar nicht tangiert worden sein. Zum anderen sei diese Äußerung dadurch veranlasst gewesen, dass die Abteilung „Musikdramaturgie“ nur von Frauen besetzt gewesen sei und die Leitung der X GmbH aus künstlerischen Gründen in dieser Abteilung auch gerne das männliche Element vertreten gesehen hätte. Da aber die Bewerbungen ergeben hätten, dass Frau Mag.a I die beste aller Bewerberinnen und Bewerber gewesen sei, habe sie diese Stelle erhalten. Auch diese Vorgangsweise der X GmbH spreche für sich. Somit sei diese Äußerung des Herrn Dir. B eher positiv gegenüber Frau Mag.a I und nicht als frauenfeindlich bzw. abwertend und schon gar nicht geschlechtsbezogen diskriminierend auf die Antragstellerin zu verstehen gewesen. In diesem Zusammenhang sei auf die eidesstattliche Erklärung von Frau Mag.a I zu verweisen. Es sei somit dargelegt worden, dass diese Äußerungen des Herrn Dir. B insgesamt keinesfalls als frauenfeindlich etc. zu interpretieren seien. Abgesehen davon erhebe sich die Frage, warum die Antragstellerin nicht unverzüglich, nachdem sie von diesen Äußerungen gehört habe (sei es direkt oder aus dritter Hand), in geeigneter Form protestiert habe (so z.B. über die Betriebsratsobfrau oder über die Frau Intendantin Prof. Dr.in H). Nunmehr, so viel später, diese Äußerungen zum Verfahrensgegenstand vor der GBK zu machen, würde diese Vorgangsweise in einem speziellen Licht erscheinen lassen. Einmal ende die Karenzzeit der Antragstellerin dieser Tage. In diesem Zusammenhang seien ihre Drohungen mit ihren Vorwürfen „in die Medien zu gehen“, wenn sie nicht im Zuge einer einvernehmlichen Auflösung ihres Vertrages einen Jahresbezug erhalten, zu sehen. Nunmehr sei die Antragstellerin bzw. die Gleichbehandlungsanwältin, Frau Dr.in M, ... an die Öffentlichkeit gegangen und habe mit Hilfe der Medien in Österreich, ..., entsprechendes Echo gefunden. ... Zur angeblichen Diskriminierung durch geschlechtsbezogene Belästigung bzw. zur Widerlegung dieser Behauptungen werde auf die gemeinsame eidesstattliche Erklärung von Frau Mag.a G und Frau Mag.a I vom 15.5.2008 verwiesen. Diese eidesstattliche Erklärung habe im Wesentlichen zum Inhalt, „dass die Arbeitsatmosphäre in der Abteilung „Dramaturgie und Öffentlichkeitsarbeit“ der X

GmbH von uns (so Mag.a G und Mag.a I) als sehr angenehm empfunden werde“, und dass sie „eine geschlechtsspezifische Diskriminierung als Mitarbeiterinnen einer ausschließlich von Frauen besetzten Abteilung nicht bestätigen können“.

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

Der Senat I der GBK hat erwogen:

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

Gemäß § 3 Z 6 GIBG darf niemand auf Grund des Geschlechtes, „insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- und Familienstand“, im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis bei den sonstigen Arbeitsbedingungen unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden. In der Novelle 2004 wurde im § 3 GIBG die Wortfolge „insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- und Familienstand“ aufgenommen. Dadurch wurde unter anderem klargestellt, dass der Umstand, ob man Kinder hat, bei Maßnahmen im Anwendungsbereich des GIBG nicht zum Anlass für Benachteiligungen genommen werden darf (vgl. die Erläuternden Bemerkungen, 307 BlgNR 22. GP 10). Der Begriff der „sonstigen Arbeitsbedingungen“ ist im GIBG selbst nicht weiter definiert. Ziel des Gesetzgebers war es jedoch, alle Diskriminierungen, die im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis vorkommen können, vom Gleichbehandlungsgebot des GIBG zu umfassen. Beim Begriff der „sonstigen Arbeitsbedingungen“ handelt es sich folglich um einen Auffangtatbestand, der weit auszulegen ist. Unter dem Begriff „sonstige Arbeitsbedingungen“ werden u.a. die allgemeine Situation am Arbeitsplatz, die Ausstattung desselben, die entgegengebrachte Wertschätzung sowie alle mit dem Arbeitsverhältnis verbundenen Umstände verstanden. Im § 12 Abs. 12

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

Auf Grund des vorliegenden Verlangens der R-GAW wurden insbesondere die Ankündigung der Nichtverlängerung des Bühnendienstvertrages der Antragstellerin, die Nichtübernahme in ein fixes Arbeitsverhältnis im Zusammenhang mit der Karenzierung der Antragstellerin sowie der Umgang der 1. Antragsgegnerin bei Karenzierungen von Arbeitsverträgen in Hinblick auf die Vereinbarkeit von Beruf und Familie auf eine mögliche Diskriminierung nach dem GIBG überprüft.

Nach der EuGH-Judikatur stellt die Nichterneuerung eines befristeten Arbeitsvertrages auf Grund einer vorliegenden Schwangerschaft eine unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes dar¹. Wird ein Arbeitsverhältnis auf Grund eines Karenzurlaubes nicht verlängert, ist von einer mittelbaren Diskriminierung auszugehen. Nach herrschender Lehre wird von einer Diskriminierung bei den sonstigen Arbeitsbedingungen ausgegangen². Frauen sind insbesondere mit allfälligen Benachteiligungen, die aus der Schwangerschaft und dem Karenzurlaub herrühren, konfrontiert. Die 1. Antragsgegnerin hat in ihrem Vorbringen eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes zurückgewiesen. Die in Betracht gezogene Nichtverlängerung des Bühnendienstvertrages der Antragstellerin stehe nicht im ursächlichen Zusammenhang mit der Schwangerschaft der Antragstellerin. Die Antragstellerin habe trotz mehrfachen Ersuchens der Lohnverrechnungsabteilung keine rechtsverbindlichen Erklärung abgegeben. Deshalb habe die Direktion der 1. Antragsgegnerin die Nichtverlängerung der Antragstellerin angedacht. Auf Grund von Intervention und der ständigen Drohungen, sich an die Presse zu wenden, sei die Nichtverlängerung durch die 1. Antragsgegnerin nicht ausgesprochen worden. Man habe das Gefühl, dass die gesamte Causa ... instrumentalisiert werde.

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

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

Das Ermittlungsverfahren ergab, dass die 1. Antragsgegnerin mit der Antragstellerin einen Bühnendienstvertrag, der jeweils auf ein Jahr befristet war, abgeschlossen hat. Das Schauspielergesetz (BGBl. Nr. 441/1922 iVm BGBl. I Nr. 98/2001) sieht in § 1 Abs. 1 vor, dass dieses Gesetz für das Dienstverhältnis von Personen gilt, die sich einem/r Theaterunternehmer/in zur Leistung künstlerischer Dienste in einer oder mehreren Kunstgattungen (insbesondere als Darsteller/in, Schauspieler/in, Dramaturg/in, Kapellmeister/in, Musiker/in) bei der Aufführung von Bühnenwerken verpflichten (Mitglied), sofern das Dienstverhältnis die Erwerbstätigkeit des Mitgliedes hauptsächlich in Anspruch nimmt (Bühnendienstvertrag). Aus dem Senat I der GBK vorliegenden Aufgabenprofil der Antragstellerin als Betreuerin des Kinder- und Jugendbereichs der 1. Antragsgegnerin ergeben sich u.a. folgende Tätigkeitsbereiche: Organisation und Koordination rund um Schulen, Jugendeinrichtungen etc.; Interesse wecken und erhalten am Theater; Kontakt und Koordination mit Landesschulrat, Kontakte zu Direktionen, Lehrer/innen an den Schulen; Aussendungen; Informationsmaterial zu den Stücken; Führungen durch das Haus; Erstellung von Werbemittel; Koordination von Schulbesuchen; Betreuung von mobilen Produktionen; inhaltliche Vor- und Nachbereitung von Stücken aus dem laufenden Spielplan für Vorstellungsbesuche (in Zusammenarbeit mit der Dramaturgie); Mitarbeit beim Monatsjournal in Bezug auf Kinder-/Jugendproduktionen; Kontakt mit der Universität.

Es ist dem Senat I der GBK bewusst, dass die Auslegung des § 1 SchauspielerG nicht immer einfach ist. In diesem Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass derzeit an einer Novellierung des SchauspielerG gearbeitet wird. Es gibt einen gewissen Graubereich zwischen künstlerischem Personal und Personal nach § 1 AngG. Aus Sicht des erkennenden Senates hätte die 1. Antragsgegnerin mit der Antragstellerin keinen Bühnendienstvertrag abschließen dürfen, da sie weder inhaltlich dramaturgisch noch formell in der Abteilung der Dramaturgie gearbeitet hat. Das ergibt sich auch aus der Organisation der 1. Antragsgegnerin. So arbeitet die Karenzvertretung, Frau Mag.a G, in der Abteilung für Öffentlichkeitsarbeit. Sowohl die Abteilungsleiterin als auch eine Mitarbeiterin im Sekretariat haben laut den Angaben der befragten Auskunftspersonen einen Angestelltenvertrag. Das Anforderungsprofil der Position der Antragstellerin erfüllt nicht die Kriterien des § 1 SchauspielerG. Ein Bühnendienstvertrag hat ganz spezifische Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis der Antragstellerin wie das Fehlen eines Kündigungsschutzes, das Fehlen eines Probemonats sowie das Recht auf Beschäftigung. Es kam offensichtlich zu einer „verschleier-

ten“ Anwendung des Arbeitsrechts durch die 1. Antragsgegnerin, wodurch die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt wurde. Die Befragungen ergaben unter anderem, dass neben der Antragstellerin weitere Mitarbeiterinnen der 1. Antragsgegnerin widrigerweise einen Bühnendienstvertrag erhalten haben.

Im Laufe des Verfahrens hat sich für den erkennenden Senat der Eindruck erhärtet, dass die Inanspruchnahme von Karenz und Kinderbetreuung die „conditio sine qua non“ für die Androhung der Nichtverlängerung des Arbeitsvertrages und die Nichtübernahme der Antragstellerin in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis gewesen ist. Der 1. Antragsgegnerin ist es in ihrem Vorbringen nicht gelungen, den Senat I der GBK davon zu überzeugen, dass das Geschlecht nicht der Grund für die Ankündigung der Nichtverlängerung war. Die befragten Auskunftspersonen gaben übereinstimmend an, dass die Antragstellerin ausgezeichnete Arbeit geleistet hat. Es sind auch keine sonstigen wirtschaftlichen Gründe bekannt, die eine Nichtverlängerung des befristeten Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt hätten. Die Personalistin der 1. Antragsgegnerin bestätigte in der mündlichen Befragung, dass es durchaus sein könne, dass ein Bühnendienstvertrag im Falle einer Karenzierung nicht verlängert werde. Es würde aber allerdings auch Fälle geben, in denen die Bühnendienstverträge weiterlaufen würden. Die 1. Antragsgegnerin vertrat die Rechtsauffassung, dass Bühnendienstverträge von Mitarbeitern/innen in der Karenz auslaufen bzw. nicht verlängert werden können. Wenn die Mitarbeiterin dann wieder aus der Karenz zurückkomme, werde ein „Anschlussvertrag“ abgeschlossen. Eine der befragten Auskunftspersonen gab in der Befragung an, dass es ihr ähnlich wie der Antragstellerin ergangen sei. Als sie ein Kind bekommen habe, habe die Auskunftsperson 1 ½ Jahre Karenz in Anspruch nehmen wollen. Nach nicht einmal einem Jahr sei sie vom Betriebsrat benachrichtigt worden, dass ihr Bühnendienstvertrag nicht verlängert werde. Es sei in der X GmbH ein offenes Geheimnis, dass man Kinder haben dürfe, wenn man eine gute Tagesmutter habe. Man müsse sich entscheiden, entweder Mutter zu sein oder weiter in der X GmbH zu arbeiten. Dies werde ganz offen ausgesprochen. Als Rechtfertigungsgrund sei ihr nachträglich eine schlechte Arbeitsleistung vorgeworfen worden, obwohl sie nach Ansicht ihres Abteilungsleiters sehr gut gearbeitet habe. Man habe niemals darauf aufmerksam gemacht, dass sich ihr befristeter Arbeitsvertrag durch die Karenz automatisch verlängere. Die zuständige Betriebsrätin habe der Mitarbeiterin das Gefühl vermittelt, dass sie mit den Mitarbeiterinnen nicht über die Gründe der

Nichtverlängerung reden wolle. Die Betriebsrätin habe ihr nur telefonisch über die Nichtverlängerung des Bühnendienstvertrages Bescheid gegeben. Wenn ihr Kind groß genug sei, könne sich die Mitarbeiterin wieder um ihre bisherige Stelle bewerben. Auch in diesem Fall musste der erkennende Senat feststellen, dass man dieser Mitarbeiterin widrigerweise einen Bühnendienstvertrag ausgestellt hat, obwohl sie nicht unter den § 1 SchauspielerG fällt. Alle beteiligten Auskunftspersonen teilten dem erkennenden Senat mit, dass befristete Arbeitsverträge einmal „nicht“ nichtverlängert, ein anderes Mal ausgelaufen bzw. eine Nichtverlängerung ausgesprochen und ein Anschlussvertrag an die Karenz ausgemacht worden sei. Die 1. Antragsgegnerin verstößt allein durch diese Vorgangsweise gegen das GIBG. Der 1. Antragsgegnerin steht es als Arbeitgeberin nicht zu, eigenmächtig zu entscheiden, welcher befristete Arbeitsvertrag bei Vorliegen einer Karenz verlängert wird oder nicht. Der einzige Grund für die Rückziehung der Nichtverlängerung des Arbeitsvertrages durch die 1. Antragsgegnerin war die Androhung sich an die Medien, an die GAW bzw. an die Arbeiterkammer (AK) zu wenden.

Der EuGH bestätigte diese Rechtsauffassung mehrmals in seiner Judikatur. Der EuGH knüpfte in einer jüngeren Entscheidung ³ hinsichtlich der Auslegung des § 2 Abs. 6 der RL 96/34/EG zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub an seiner bisherigen Rechtsprechung an. Der Zweck der Rahmenvereinbarung ist Gewähr zu leisten, dass sich der/die Arbeitnehmer/in im Anschluss an den Elternurlaub in Hinblick auf diese Rechte in derselben Situation befindet wie vor diesem Urlaub.

Das Diskriminierungsverbot auf Grund des Ehe- und Familienstandes verfolgt das Gleichstellungsziel, dass die immer noch vorwiegend von Frauen wahrgenommenen Betreuungsaufgaben kein Hindernis für weibliche Berufs- und Karriereverläufe darstellen dürfen und bisherige Barrieren im Berufsleben abzubauen sind. Um die Vereinbarkeit von Beruf und Familie zu vereinfachen, hat der Gesetzgeber die Möglichkeit der Elternteilzeitkarenz geschaffen. Eine Schwangerschaft wird bei der 1. Antragstellerin offensichtlich nicht als „natürlich“ angesehen. Sie wird vielmehr als störend angesehen.

Auffällig war nach Ansicht des Senates I der GBK, dass bei der 1. Antragsgegnerin ein „Nichtwissen“ hinsichtlich Mutterschutz, Karenz sowie Elternteilzeit bestanden hat.

³ EuGH vom 16.7.2009, Rs. C-537/07, „Gomez-Limon Sanchez-Camacho/INSS“

Allgemein ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass Frauen den Großteil der Karenzurlaubbezieher/innen darstellen. § 10a MSchG sieht eine gesetzliche Beschränkung von Befristungen von Arbeitsverträgen werdender Mütter vor. Der Zweck der Einfügung des § 10a MSchG durch das arbeitsrechtliche BegleitG (BGBl. I Nr. 822/1992), war die Verhinderung der Umgehung des MSchG. Die Erläuterungen (RV 735 BlgNR 18. GP 22 ff) führen dazu aus, dass es immer häufiger vorkomme, dass mit jungen Frauen befristete Arbeitsverträge abgeschlossen würden, was dazu führe, dass diese Frauen infolge Zeitablaufs des Arbeitsverhältnisses und Nichterlangens eines neuen Arbeitsplatzes bei Schwangerschaft eine Reihe von Ansprüchen verlieren würden. Um zu verhindern, dass werdende Mütter durch den Abschluss befristeter Arbeitsverträge in ihren arbeitsrechtlichen Ansprüchen benachteiligt werden, sieht das MSchG zwar kein Verbot von Befristungen vor, wohl aber eine Ablaufhemmung, wenn eine Befristung sachlich nicht gerechtfertigt ist. Die Regelung ist den Bestimmungen hinsichtlich der Hemmung des Ablaufes der Beschäftigungsbewilligung für Ausländer/innen angelehnt worden.

Grundsätzlich sieht § 19 Abs. 2 AngG die Möglichkeit eines sog. Probemonats vor. Während eines Probemonats kann das Arbeitsverhältnis von beiden Vertragsparteien ohne Angabe von Gründen beendet werden. Daneben werden Arbeitsverhältnisse des Öfteren zur Erprobung abgeschlossen. Gemäß § 10a MSchG wird der Ablauf eines auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Arbeitsverhältnisses von der Meldung der Schwangerschaft bis zum Beginn des absoluten Beschäftigungsverbots (§ 3 Abs. 1 MSchG) oder eines auf Dauer ausgesprochenen individuellen Beschäftigungsverbots (§ 3 Abs. 3 MSchG) gehemmt. Die Rechtsfolgen des § 10a MSchG müssen auch auf den Fall ausgedehnt werden, dass der Arbeitnehmerin die Schwangerschaft erst am Ende der Befristung bekannt wird und sie dies dem/der Arbeitgeber/in mitteilt. Wertungswidersprüche können nur durch die analoge Heranziehung des § 10 Abs. 2 MSchG vermieden werden⁴. Eine Hemmung tritt allerdings nicht ein, wenn die Befristung gesetzlich vorgesehen oder aus sachlich gerechtfertigten Gründen erfolgt ist, so etwa, wenn sie im Interesse der Arbeitnehmerin liegt oder das Arbeitsverhältnis für die Dauer der Vertretung an der Arbeitsleistung verhinderter Arbeitnehmer/innen, zu Ausbildungszwecken, für die Zeit der Saison oder zur Erprobung abgeschlossen wurde. Ein befristeter Arbeitsvertrag ist sachlich gerechtfertigt, wenn die Zeit zur Erprobung in einem ausgewogenen Verhältnis zur Ausbildung und der angestrebten

⁴ OLG Wien 6.9. 1999, ARD 5078/4/99

Verwendung steht, und deshalb eine längere Erprobung als die gesetzliche und kollektivvertragliche Probezeit notwendig sei. Je höher die Qualifikation einer Arbeitnehmerin ist, desto länger kann eine Befristung vereinbart sein, so z.B. 6 Monate für Ärztinnen und Juristinnen⁵. Im vorliegenden Fall sieht die 1. Antragsgegnerin einen jeweils auf ein Jahr befristeten Arbeitsvertrag für die Antragstellerin vor. Dementsprechend hat die Antragstellerin einen auf ein Jahr befristeten Arbeitsvertrag erhalten. Die Antragstellerin verfügt über eine abgeschlossene Ausbildung, wobei dies ihre erste Arbeit nach dem Abschluss ihrer Ausbildung war. Die Antragstellerin hat eine verantwortungs- und anspruchsvolle Tätigkeit ausgeübt, die an sich eine Erprobung sachlich rechtfertigt. Die Beurteilung einer sachlichen Rechtfertigung kann natürlich nur anhand der konkreten Umstände im Einzelfall erfolgen⁶. Der Senat I der GBK hat jedoch erhebliche Bedenken, dass die unbeschränkte Befristung eines Arbeitsvertrages, der an sich als „normaler“ Angestelltenvertrag abzuschließen gewesen wäre, vor dem Hintergrund der ständigen Judikatur des OGH sachlich gerechtfertigt ist. Durch die Vorgehensweise der 1. Antragsgegnerin hat sich die Antragstellerin – neben weiteren Mitarbeiter/innen - in einem äußerst prekären Beschäftigungsverhältnis befunden.

Bei der 1. Antragsgegnerin besteht offensichtlich die Rechtsauffassung, dass nicht sie als Arbeitgeberin von sich aus Maßnahmen in Zusammenhang mit Mutterschutz und Karenz setzen müsse, sondern die Antragstellerin müsste sich schon selbst die Informationen einholen. Eine Karenz nach dem MSchG bzw. VKG muss lediglich dem/der Arbeitgeber/in gemeldet werden und vom/von der Arbeitgeber/in zur Kenntnis genommen werden. Dieser Verpflichtung ist die Antragstellerin nachgekommen. Die 1. Antragsgegnerin brachte wiederholt vor, dass die Antragstellerin nicht ausreichend von sich aus tätig geworden sei und nie für die Arbeitgeberin erreichbar gewesen sei. Dieser Vorwurf war auf Grund der glaubhaften Aussage der Antragstellerin und der vorliegenden Unterlagen nicht nachvollziehbar, und hat sich als reine Schutzbehauptung erwiesen. Es hat für den erkennenden Senat keinen Grund gegeben, dass man das Dienstverhältnis nicht hätte fortführen können. Der einzige Grund ist die Inanspruchnahme des Karenzurlaubes durch die Antragstellerin. Es besteht ein enger Zusammenhang zwischen der Karenzierung und der Ankündigung der Nichtverlängerung des Arbeitsvertrages. Die Antragsgegnerin konnte keinen plausib-

⁵ OGH 28.2.2001, 9 Ob A 326/00g

⁶ OGH 28.7.2004, 8 ObA 102/04i

len Grund angeben, wieso eine Weiterbeschäftigung plötzlich nicht mehr möglich gewesen wäre, zumal die Arbeitsleistung der Antragstellerin von der 1. Antragsgegnerin stets gelobt worden ist.

Der Senat I der GBK weist in diesem Zusammenhang mit aller Deutlichkeit daraufhin, dass die Verlängerung eines Arbeitsverhältnisses bis zum Ende der Karenz gesetzlich vorgesehen ist. Es ist kein Entgegenkommen der 1. Antragsgegnerin erforderlich. Dieser Umstand war augenscheinlich der 1. Antragsgegnerin unbekannt. Selbst wenn der Abschluss eines Bühnendienstvertrages mit der Antragstellerin rechtlich in Ordnung gewesen wäre, würde die Nichtverlängerung des befristeten Arbeitsverhältnisses eine unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts darstellen, da die Nichtverlängerung an der Karenz anknüpft. Das Diskriminierungsverbot hinsichtlich der „sonstigen Arbeitsbedingungen“ in § 3 Z 6 GIBG umfasst nach Auffassung des erkennenden Senates allerdings auch die Ankündigung der 1. Antragsgegnerin, den befristeten Arbeitsvertrag auf Grund der Karenzierung der Antragstellerin nicht zu verlängern.

In der Stellungnahme der 1. Antragsgegnerin wird unter anderem darauf verwiesen, dass die Antragstellerin nicht von der Geschäftsführung die entsprechenden Informationen erhalten habe, da dem kaufmännischen Direktor die einschlägigen Bestimmungen des GIBG nicht bekannt gewesen seien. Grundsätzlich ist bei der Rückkehr eines/r Arbeitnehmers/in aus einem Elternkarenzurlaub zu bedenken, dass der berufliche Wiedereinstieg nicht nur an den betroffenen Elternteil, sondern an alle an einem Arbeitsverhältnis beteiligten Personen – also insbesondere auch den/die Arbeitgeber/in – erhöhte Anforderungen stellen kann. Auf Grund der Flexibilisierung des Karenzurlaubes hat der Gesetzgeber das Recht auf Information neu eingeführt. So sieht der § 15 g MSchG vor, dass der/die Arbeitgeber/in während einer Karenz verpflichtet ist, den/die Arbeitnehmer/in über wichtige Betriebsgeschehnisse, die die Interessen des/der karenzierten Arbeitnehmers/in berühren, zu informieren. Es soll so den karenzierten Arbeitnehmer/innen ermöglicht werden, mit dem Unternehmen während der Unterbrechung der Beschäftigung engeren Kontakt zu halten. Die 1. Antragsgegnerin ist jedoch genau dieser Informationspflicht nicht nachgekommen.

Dem Senat I der GBK ist es bewusst, dass für einen Betrieb bei einer zeitweiligen Abwesenheit von Mitarbeiter/innen erhöhte planerische Maßnahmen erforderlich sind. Allerdings haben Arbeitgeber/innen zu bedenken, dass gerade in diesem Be-

reich auf die Vermeidung einer geschlechtsbezogenen Diskriminierung auf Grund und/oder in Folge einer Schwangerschaft eine besondere Sensibilität an dem Tag zu legen ist.

Bei der 1. Antragsgegnerin sind – sowohl was die Führungskräfte, als auch was den gesamten Mitarbeiterstab betrifft – überwiegend Frauen beschäftigt. Es wäre daher zu erwarten gewesen, dass gerade die 1. Antragsgegnerin gegenüber den Themen Schwangerschaft, Karenz bzw. Elternteilzeitkarenz eine erhöhte Sensibilität zeigt und Maßnahmen zur Vereinbarkeit von Beruf und Familie setzt.

Der Senat I der GBK hat im Laufe des Verfahrens den Eindruck gewonnen, dass die 1. Antragsgegnerin für karenzurlaubsbedingte Abwesenheiten und den beruflichen Wiedereinstieg von Frauen nicht die Notwendigkeit von geeigneten Maßnahmen im erforderlichen Umfang erkannt hat. Karenzbedingten Absenzen und Teilzeitbeschäftigungen von Mitarbeiter/innen und deren berufliche Wiedereingliederung durch die Arbeitgeber/innen machen besondere Anstrengungen und erhöhte Anforderungen in Bezug auf flexible Gestaltungsmöglichkeiten erforderlich. Die glaubhaften Schilderungen der Antragstellerin, die durch mehrere Auskunftspersonen bestätigt worden sind, zeigen, dass es allein von der Eigeninitiative der betroffenen Mitarbeiter/innen abhängt, wie mit diesem Thema umgegangen wird. Von sich geht die 1. Antragsgegnerin nicht auf ihre Mitarbeiter/innen mit einem Karenzierungswunsch zu, obwohl dies ein Teil der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht als Arbeitgeberin ist. Auf Grund der Vorfälle und des von der 1. Antragsgegnerin auf die Antragstellerin ausgeübten Drucks erschien dem erkennenden Senat das Arbeitsverhältnis als sehr zerrüttet. Für die Personalistin sei es auch nicht vorstellbar, dass die Antragstellerin nach dem Ende der Karenz bei der 1. Antragsgegnerin zu arbeiten beginnt. Andererseits ist dem Senat I der GBK ein Schreiben der Frau Intendantin Prof. Dr.in H vom 25. Mai 2007 an die Antragstellerin bekannt, das die Antragstellerin zwei Tage vor dem Ablauf ihrer Karenzierung erhalten hat. In diesem Schreiben wurde die ursprüngliche Urlaubsregelung mit der Antragstellerin negiert. Demnach hätte die Antragstellerin 1 ½ Monate früher zum Arbeiten beginnen müssen. Dies ist ebenso ein Indiz für die mangelhafte Vorbereitung des beruflichen Wiedereinstiegs von Mitarbeiter/innen, insbesondere das Fehlen von diesbezüglichen klaren Plänen der Arbeitgeberin und von der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin getragenen Information ihren Arbeitnehmer/innen gegenüber.

Abschließend wird zum Vorwurf der Instrumentalisierung dieser Causa ... festgestellt ... Die Antragstellerin hat sich an die Medien bzw. die GBK gewandt, als sie keine andere Möglichkeit gefunden hat, sich gegen die angedrohte Nichtverlängerung des Arbeitsvertrages zu wehren. Aus diesem Grund sieht sich der Senat I der GBK auch nicht als instrumentalisiert an.

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

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts durch eine geschlechtsbezogene Belästigung durch den Vorgesetzten, Herrn Dir. B, gemäß **§ 7 Abs. 1 Z 1 GIBG** verwirklicht worden ist, ist zunächst folgendes zu bemerken:

Da nicht jede geschlechtsbezogene Belästigung sexueller Natur sein muss, war es notwendig, einen weiteren Diskriminierungstatbestand in das GIBG⁷ einzuführen. Diese Erweiterung erfolgte in Umsetzung der ÄnderungsRL 2002/73/EG. § 7 GIBG wurde sprachlich dem Tatbestand der sexuellen Belästigung gemäß § 6 GIBG nachgebildet. Der Begriff der geschlechtsbezogenen Belästigung entspricht somit weitgehend der Definition der sexuellen Belästigung, liegt jedoch außerhalb der sexuellen Sphäre. Unter geschlechtsbezogenes Verhalten sind daher jene Verhaltensweisen zu subsumieren, die die Betroffenen auf Grund ihres Geschlechtes belästigen, die allerdings nichts mit sexuellem Verhalten zu tun haben⁸. Als Beispiele können folgende genannt werden: Wiederholtes Erzählen von Witzen oder Behauptungen, die Frauen als dumm oder besonders ungeschickt abqualifizieren; Schaffung eines für Frauen unangenehmen Betriebsklimas durch frauenfeindliche Handlungen und Äußerungen, die keinen sexuellen Bezug haben. Während es bei bestimmten Äußerungen auf der Hand liegt, dass es sich dabei um ein „geschlechtsbezogenes Verhalten“ handelt (z.B. „Blondinenwitze“), ist dort, wo herabwürdigendes Verhalten, Gehässigkeiten oder Beschimpfungen nicht per se geschlechtsbezogen erfolgen, das Motiv für diese Verhaltensweisen maßgebend⁹.

Eine der möglichen Erscheinungsformen der geschlechtsbezogenen Belästigung ist Mobbing, sofern es auf Grund des Geschlechtes geschieht. Bisher gibt es keinen einheitlichen Mobbingbegriff. Wenn man die vorliegende Literatur (vgl. Smutny/Hopf,

⁷ BGBl. I Nr. 66/2004

⁸ B/Hopf/Eichinger, Kommentar zum GIBG, S. 346 ff

⁹ OGH vom 2.9.2008, 8 ObA 59/08x

Mobbing – auf dem Weg zum Rechtsbegriff? – Eine Bestandsaufnahme, DRdA 2003, S. 110 ff) und Judikatur berücksichtigt, so ist Mobbing auf Grund des Geschlechtes jedenfalls vom Diskriminierungsverbot der sexuellen oder geschlechtsbezogenen Belästigung erfasst.

Auch bei der geschlechtsbezogenen Belästigung ist die Haftung des/der unmittelbaren Belästigers/in verschuldensunabhängig, d.h. es kommt nicht auf eine subjektive Motivation oder Empfindung der Belästiger/in an. Es ist daher weder Vorsatz des/der Belästiger/in zu belästigendem Verhalten noch dessen/deren Absicht, tatsächlich derartige Handlungen setzen zu wollen, erforderlich. Der Tatbestand der geschlechtsbezogenen Belästigung verlangt ein belästigendes Verhalten, das außerhalb der sexuellen Sphäre steht und für den/die Belästiger/in erkennbar, von der belästigten Person nicht erwünscht ist. Die Ablehnung eines bestimmten Verhaltens muss jedoch nicht unbedingt ausdrücklich, sondern kann auch schlüssig erklärt werden, etwa durch Abwenden oder eine sonstige schlüssige Geste. An die Ablehnung darf kein so hoher Maßstab gesetzt werden, dass sie erst dann als solche gilt, wenn sie vom/von der Belästiger/in wahrgenommen werden will.

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

Bei der Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes sah sich der Senat I der GBK mit teilweise widersprechenden bzw. teilweise übereinstimmenden Aussagen der beteiligten Personen konfrontiert.

Der gegen den 2. Antragsgegner erhobene Vorwurf, dass er in Anwesenheit der Antragstellerin Aussagen wie „Frauen gehören an den Herd“, „Habt ihr schon wieder keinen Mann gefunden, muss es wieder eine Frau sein!“, „Eigentlich wollten wir lieber einen Mann!“ sowie „Wenn drei Frauen in einem Raum sind, sollte man eine Bombe hineinwerfen und die Türe zusperren!“, konnte nicht durch das Vorbringen des 2. Antragsgegners entkräftet werden. Die Schilderungen der Antragstellerin waren für den

erkennenden Senat glaubwürdig, nachvollziehbar und in sich schlüssig. Die Ansicht des erkennenden Senates wurde durch die Aussagen der Auskunftspersonen untermauert, da diese die Beschimpfungen inhaltlich bestätigen konnten. Die Äußerung des 2. Antragsgegners, wie „Habt ihr schon wieder keinen Mann gefunden, muss es wieder eine Frau sein“, „Eigentlich wollten wir lieber einen Mann!“ gegenüber Frau Mag.a I bzw. die Aussage, „Frauen gehören an den Herd!“, wurden vom 2. Antragsgegner sowie durch die 1. Antragsgegnerin bestätigt. Der 2. Antragsgegner hat sich für die von ihm gemachte Äußerung, „Frauen gehören an den Herd!“, entschuldigt, und nochmals den Vorwurf, „Wenn drei Frauen in einem Raum sind, sollte man eine Bombe hineinwerfen und die Türe zusperren!“, von sich gewiesen. Der 2. Antragsgegner meinte dazu, dass er sich vorstellen könne, dass seiner Flachserei, „Frauen gehören an den Herd“, eine männerfeindliche Äußerung vorangegangen sei. Am Theater sei es einfach so, dass man sich den ganzen Tag blöd anredet. Es herrsche hier ein anderes Klima. Die 1. Antragsgegnerin meinte hinsichtlich der Aussage des 2. Antragsgegners zu der Bestellung von Frauen bei der 1. Antragsgegnerin, dass die Aussagen vom 2. Antragsgegner nicht vollständig wieder gegeben worden seien. Er habe gesagt, dass man lieber einen Mann gehabt hätte, aber es sei wieder eine Frau als Beste genommen worden. Er habe dies vielmehr als Kompliment gemeint, aber vielleicht nicht sehr geschickt formuliert.

Im Ermittlungsverfahren bestätigte sich für den Senat I der GBK der Eindruck, dass der 2. Antragsgegner noch immer dem Denken einer traditionellen Rollenverteilung bzw. in einer tief verwurzelten Differenzierung der Geschlechterrollen verhaftet ist, weshalb der Vorwurf der Antragstellerin, „Wenn drei Frauen in einem Raum sind, sollte man eine Bombe hineinwerfen und die Türe zusperren!“, glaubhaft erscheint. Nach deren Ansicht hat der 2. Antragsgegner eine Frauen herabwürdigende Einstellung. Hierzu ist festzuhalten, dass gerade derartige Äußerungen, die dazu dienen, Frauen ihre Kompetenz abzusprechen, vom GIBG hintangehalten werden sollen. Die Antragstellerin hat die Übergriffe des Antragsgegners auch nach ihren subjektiven Empfindungen als eine Verletzung ihrer Intimsphäre angesehen. Es war für den Senat I der GBK in der Befragung der Antragstellerin deutlich erkennbar, wie sehr diese Aussage die Antragstellerin getroffen habe. Die Antragstellerin hat bei der 1. Antragsgegnerin nicht in leitender Position gearbeitet. Sie hätte sich nicht so über den 2. Antragsgegner beschweren können. Ein/e Abteilungsleiter/in hätte diese Situation als Führungskraft möglicherweise anderes regeln können. Deshalb hat sich die An-

tragstellerin nicht sofort getraut, gegenüber ihrem Arbeitgeber zum Ausdruck zu bringen, dass sie so ein Verhalten nicht duldet und ihre Würde verletzt.

Für den erkennenden Senat löst es ein gewisses Befremden aus, dass derartige Äußerungen am Theater getätigt werden können, ohne dass von Seiten der 1. Antragsgegnerin eingeschritten wird. Die 1. Antragsgegnerin hat die Aussagen des 2. Antragsgegners als provokative Scherze bzw. als lockere Sprüche empfunden. Man sollte derartige Aussagen nicht ernst nehmen und nicht so empfindlich sein. Derartige herabwürdigende Äußerungen sind auf jeden Fall zu unterlassen.

Daher liegt eine **geschlechtsbezogene Belästigung** gegenüber der Antragstellerin durch den 2. Antragsgegner vor.

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

Da der Senat I der GBK zur Auffassung gelangt ist, dass eine **Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes** vorliegt, wird seitens des Senates I der GBK gemäß § 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz folgender Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes der Antragsgegnerin, **X GmbH**, erteilt und aufgefordert, die Diskriminierung zu beenden:

1. Die Leistung eines Ersatzes des erlittenen Vermögensschadens gemäß § 12 Abs. 6 GIBG an die Antragstellerin zum Ausgleich der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung auf Grund der vorliegenden Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bei den sonstigen Arbeitsbedingungen.
2. Die Ergreifung von geeigneten Maßnahmen, um sicherzustellen, dass aus einer zulässigen Rechtswahl (Bühnendienstvertrag, Angestelltenvertrag) keine Diskriminierungen erwachsen können.
3. Der Senat I der GBK empfiehlt folgende Maßnahmen zur besseren Vorbereitung der Karenzrückkehrer/innen bzw. zur Förderung des Wiedereinstieges nach der Karenz:
 - Die Erhöhung der Vereinbarkeit beruflicher und privater - insbesondere familiärer – Verpflichtungen für Frauen und Männer. Die

Schaffung eines diskriminierungsfreien Arbeitsumfeldes durch das Anstreben von Vereinbarkeit von Beruf und familiären Verpflichtungen.

- Die Erhöhung der Akzeptanz zur Übernahme familiärer Verpflichtungen (z.B. Väterkarenz) durch die männlichen Mitarbeiter der 1. Antragsgegnerin.
- Die Geschäftsleitung und/oder die Personalabteilung haben die Mitarbeiter/innen über sämtliche Modelle einer flexiblen Arbeitszeitgestaltung im Zusammenhang mit der Mutterschaft zu informieren. Im Besonderen sind Männer im Unternehmen auf die rechtlichen Möglichkeiten der Inanspruchnahme der Karenz bzw. Elternzeit hinzuweisen.
- Vor Beginn des Mutterschutzes und bei der Inanspruchnahme der Elternkarenz sind die Mitarbeiter/innen spätestens vier Wochen vor dem Wiedereinstieg von der Geschäftsleitung und/oder der Personalabteilung zu einem Gespräch einzuladen, bei dem die künftige Verwendung nach dem Wiedereinstieg abgeklärt wird.
- Zur Erleichterung des Wiedereinstieges soll der soziale Kontakt zwischen der betreffenden Organisationseinheit und den karenzierten Mitarbeiter/innen gepflegt werden. Insbesondere in den letzten drei Monaten vor dem Wiedereinstieg sollten von der Geschäftsleitung und/oder Personalabteilung aktuelle Informationen über das Unternehmen, die betroffene Abteilung, den betroffenen Arbeitsplatz sowie über die laufenden Projekte am Arbeitsplatz verfügbar gemacht werden.
- Den karenzierten Mitarbeiter/innen ist während der Karenz zur Erhaltung ihres beruflichen Wissens und zur Erleichterung des Wiedereinstieges in das Arbeitsleben die Teilnahme an Schulungsveranstaltungen zu ermöglichen. Sie sind schriftlich über das Schulungsangebot zu informieren und ihnen ist die Teilnahme an den Seminaren schriftlich anzubieten. Bei Bedarf ist ihnen während der

Karenzzeit bevorzugt Gelegenheit zu geringfügiger Beschäftigung zu geben.

- Der Wiedereinstieg ist den Mitarbeiter/innen durch gezielte Förderung der beruflichen Fortbildung zur raschen Reintegration an ihrem Arbeitsplatz zu erleichtern. Sofern Wiedereinstiegsseminare (z.B. EDV-Kurse) angeboten werden, haben die Vorgesetzten den betroffenen Mitarbeiter/innen die Teilnahme zu ermöglichen.
- Bewerbungen von karenzierten Mitarbeiter/innen für offene Positionen sind gleichrangig mit anderen Bewerbungen zu berücksichtigen.
- Für Mitarbeiter/innen darf es durch Teilzeitbeschäftigung zu keiner beruflichen Benachteiligung kommen. Es sind individuelle Regelungen der Arbeitszeit und der Arbeitsleistung für Mitarbeiter/innen mit Betreuungspflichten anzustreben.
- Es ist organisatorisch Vorsorge zu treffen, dass Leitungspositionen soweit als möglich auch Teilzeitbeschäftigten zugänglich sind. Teilzeitbeschäftigung hat grundsätzlich kein Ausschließungsgrund von Führungsbefugnissen zu sein. Teilzeitbeschäftigung soll in allen Arbeitsbereichen und auf allen Qualifikationen möglich sein.

4. Zur Umsetzung dieser Maßnahmen empfiehlt der Senat I der GBK, eine Betriebsvereinbarung mit dem Betriebsrat zur Verwirklichung einer Gleichstellungspolitik abzuschließen.

Im Weiteren wird seitens des Senates I der GBK gemäß § 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz dem 2. Antragsgegner, **Herrn Direktor B**, folgender Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes der Antragsgegnerin erteilt und aufgefordert, die Diskriminierung zu beenden:

Die Leistung eines angemessenen, mindestens Euro 720,- hohen Schadenersatzes gemäß § 12 Abs. 11 GIBG an die Antragstellerin zum Ausgleich der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung auf Grund der vorliegenden Belästigung iSd § 7 Abs. 1 Z 1 GIBG.

Wien, 13. Oktober 2009

Dr.in Sabine Stvan-Jagoda

Stellvertretende Vorsitzende des Senates I der GBK