

Senat I der Gleichbehandlungskommission**Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz
(BGBl. I Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 7/2011)**

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 19. Juli 2011 über den am 2. September 2010 eingelangten Antrag von der rechtsfreundlichen Vertretung von **Frau Primaria Dr.ⁱⁿ A** betreffend die Überprüfung einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots durch eine Diskriminierung auf Grund des **Geschlechts** bei den **sonstigen Arbeitsbedingungen** gemäß **§ 3 Z 6 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 7/2011; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** sowie durch eine Diskriminierung auf Grund bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 17 Abs. 1 Z 7 GIBG** durch **X**, nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK-/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. II Nr. 102/2011), zu folgendem

Prüfungsergebnis:

1. Senat I der GBK gelangt zur Auffassung, dass Frau Primaria Dr.ⁱⁿ A nicht auf Grund des Geschlechts bei den sonstigen Arbeitsbedingungen gemäß § 3 Z 6 GIBG durch X diskriminiert worden ist.
2. Weiters gelangt Senat I der GBK zur Ansicht, dass Frau Dr.ⁱⁿ A nicht auf Grund des Geschlechts bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG durch ihre Arbeitgeberin, X, diskriminiert worden ist.
3. Weiters kommt der Senat I der GBK zur Ansicht, dass Frau Primaria Dr.ⁱⁿ A nicht auf Grund des Alters bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 7 GIBG durch ihre Arbeitgeberin, X, diskriminiert worden ist.

Entscheidungsgründe:

In ihrem Verlangen bringt die rechtsfreundliche Vertretung im Wesentlichen vor, dass Frau Primaria Dr.ⁱⁿ A (Antragstellerin) seit 1. September 1971 bei X als Ärztin im ... Krankenhaus tätig gewesen. Es gelte die Dienstordnung (DO) Mit 6. Oktober 1981 sei die Antragstellerin gemäß § ... DO ... im Sinn des § ... und ... DO ... in ein Dienstverhältnis mit erhöhtem Kündigungsschutz übernommen worden. Mit 1. Februar 1991 sei die Antragstellerin in die Gehaltsgruppe ... des Gehaltsschemas ... eingereiht worden. Gleichzeitig sei ihr der Berufstitel Primaria verliehen worden. Zuletzt sei sie als Primarärztin in der ... Abteilung für ... tätig gewesen. Die Abteilung sei auch zuständig für die Versorgung ... des ... Krankenhauses, wofür eine Ärztin permanent zuständig sei. Die Klägerin erreiche am ... Februar 2011 ihr 65. Lebensjahr. Mit Vorstandsbeschluss vom 23. März 2010 habe der Vorstand der Antragsgegnerin die Antragstellerin gemäß § ... DO ... mit Wirksamkeit vom 1. März 2011 in den dauernden Ruhestand versetzt. Ihre Stelle sei bereits wieder ausgeschrieben worden. Mit Schreiben vom 20. August 2010, ausgehändigt am 23. August 2010 habe die Antragsgegnerin gegenüber der Antragstellerin eine Eventualkündigung ausgesprochen. Sowohl die Kündigung als auch die Eventualkündigung habe die Antragstellerin beim Arbeits- und Sozialgericht angefochten. Faktum sei, dass mit Vorstandsbeschluss noch niemals ein Primarius oder eine Primaria - bis auf Frau Primaria Dr.ⁱⁿ B - in den letzten 25 Jahren im ... Krankenhaus in den Ruhestand versetzt worden sei. Die Versetzung in den Ruhestand sei diskriminierend, und dies aus folgenden Gründen: Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz besagt, dass unter gleichen Voraussetzungen ein/e Arbeitnehmer/in nicht willkürlich, also ohne sachliche Rechtfertigung schlechter gestellt werden dürfe, als die übrigen Arbeitnehmer/innen (OGH 8 Oba 281/00g, 9 Oba 2/01m, etc.). Bisher habe im ... Krankenhaus die betriebliche Übung bestanden, dass Personen, die aufgrund des Erreichens des 65. Lebensjahres in den Ruhestand versetzt worden seien, nicht mit dem auf den 65. Geburtstag folgenden Monatsersten in den Ruhestand versetzt worden seien, sondern erst mit dem jeweils 1. Jänner jenes Jahres, welches dem Jahr des 65. Geburtstages gefolgt sei. Wäre bei der Klägerin diese betriebliche Übung ebenfalls angewendet worden, so wäre sie mit 1. Jänner 2012 in den Ruhestand versetzt worden, und nicht bereits mit 1. März 2011. Die genannte betriebliche Übung sei zum Beispiel folgenden Ärzten zu Gute gekommen: Herr Prim. Dr. C, Herr ... Dr. D, Herr Prim. Dr. E, Herr Prim. Dr. F, Herr Prim. Dr. G, Herr Prim. ... Dr. H, Frau Primaria Dr.ⁱⁿ I. Ob-

wohl die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin mehrmals geäußert habe, dass sie jedenfalls bis 31. Dezember 2011 ihre Tätigkeit als Primarärztin weiter aufrecht erhalten wolle, sei sie in den Ruhestand versetzt worden. Dies sei diskriminierend und widerspreche dem GIBG. Die oben angeführten Vergleichspersonen seien - bis auf Frau Primaria Dr.ⁱⁿ I - Männer. Diese Personen seien nicht in den Ruhestand versetzt worden, sondern hätten selbst mit Ende des Jahres eingereicht. Mit Ende Juli 2009 sei der erste Oberarzt in der Abteilung der Klägerin pensioniert worden. Als Vorständin der Abteilung habe die Antragstellerin in der Folge im Dienstweg um Nachbesetzung der Stelle angesucht. Sie habe ersucht, die Stelle mit der einzigen Person in dieser Abteilung nach zu besetzen, welche habilitiert sei. In praktisch allen Fällen, wo der Vorstand einer Abteilung, nämlich ein Primarius, einen entsprechend konkreten Personalwunsch geäußert habe, werde diesem Wunsch nachgekommen. Der Primarius einer Abteilung kenne am besten das zur Verfügung stehende Personal und wisse daher welche Person am besten für die Nachbesetzung geeignet sei. Überdies sei es unabdingbar, dass zu dieser Person ein entsprechend großes Vertrauensverhältnis bestehe. Ausgerechnet deshalb, weil die Klägerin den entsprechenden Personalwunsch geäußert habe, sei man diesem Wunsch nicht nachgekommen. Diese Vorgangsweise sei als „einmalig“ im ... Krankenhaus zu verzeichnen und habe einen entsprechenden Affront gegenüber der Klägerin dargestellt. Tatsächlich sei die Stelle mit einer nicht habilitierten Oberärztin besetzt worden. Vordergründig sei die Besetzung mit der Notwendigkeit der „Frauenförderung“ argumentiert worden. Dieses Argument sei aber unrichtig, weil in anderen Abteilungen genügend Frauen vorhanden seien (z.B. in der Abteilung ...), um diese als erste Oberärztinnen einzusetzen, was aber nicht geschehe und auch in der Folge nicht geschehen sei. Das bedeute, dass der Antragsgegnerin das Argument „Frauenförderung“ absolut nicht wichtig sei, auch nicht nach Frauenförderungsprinzipien die Posten besetzt werden würden und nur im Verhältnis zur Antragstellerin quasi dieses Argument als „Totschlagargument“ verwendet worden sei. Im Sommer 2009 sei ein weiterer Posten frei geworden. Die übliche Vorgangsweise sei so, dass der/die zuständige Primararzt/-ärztin gefragt werde, ob er einen Personalvorschlag hätte, bzw. zumindest dies mit dem/der zuständigen Primarius/Primaria besprochen werde. Wiederum sei mit der Antragstellerin als zuständige Primarärztin überhaupt nichts besprochen worden, sie sei auch nicht nach Personalvorschlägen gefragt worden. Für den Posten seien zwei Ärztinnen in Frage gekommen, wobei eine dieser Ärztinnen von der An-

tragstellerin bevorzugt worden sei. Um zu verhindern, dass diese den offenen Posten überhaupt bekommen könne, sei ihr untersagt worden, die Facharztanerkennung ... einzureichen. Dies wäre aber Voraussetzung für diesen Posten gewesen. Nach Erreichen des Facharztzeugnisses werde sie das Haus verlassen müssen. In der Folge wurde der offene Posten, ohne Rücksprache mit der Klägerin zu halten so ausgeschrieben, dass nur eine Ärztin in Frage gekommen sei, die schließlich den Posten erhalten habe. Die Antragsgegnerin habe die Antragstellerin als Vorstand der Abteilung bewusst ständig übergangen. Auch sonst war es so, dass Wünsche im Zusammenhang mit der Abteilung vom ärztlichen Direktor, nämlich nicht wie es sich gehören würde und wie es üblich und selbstverständlich sei, an die Primarärztin dieser Abteilung herangetragen worden seien, sondern immer nur an die ersten Oberärzte. Das zeige auch die mangelnde Wertschätzung durch die Antragsgegnerin. Im Laufe der Zeit sei immer mehr zu erkennen gewesen, dass hinter diesem System Methode gesteckt habe. Es sei von Seiten der Antragsgegnerin versucht worden, ihr Schwierigkeiten in der Abteilung zu bereiten und auch das Ansehen der Klägerin herabzusetzen. Als Leiterin der ... Abteilung im ... Krankenhaus obliege ihr die gesamte Einteilung und Organisation. Ungeachtet dessen habe der ärztliche Leiter immer wieder versucht die Antragstellerin zu umgehen und sich einzumischen. Die Vorgangsweise sei sehr ungewöhnlich, weil der/die zuständige Primar/Primaria einer Abteilung die Notwendigkeiten intensiver und besser beurteilen kann als der ärztliche Direktor. Eine derartige Vorgangsweise von seitens des ärztlichen Direktors erfolgt gegenüber den anderen im ... Krankenhaus tätigen männlichen Primärärzten nicht.

Es sei immer wieder kritisiert worden, dass die Kosten der ... Abteilung sehr hoch sind, dies obwohl ein relativ guter Deckungsgrad besteht. Obwohl die Klägerin in ihrer Abteilung regelmäßig einen Deckungsgrad hatte, der günstiger als in vielen anderen Abteilungen gelegen sei, zum Beispiel günstiger als in der Abteilung des ärztlichen Direktors des ... Krankenhauses, Herr Prim. ... Dr. J, sei ihr immer wieder vorgeworfen worden, sie führe ihre Abteilung zu teuer. Wobei dieser Vorwurf eher indirekt erhoben worden sei mit Bemerkungen wie: „Ist das alles notwendig?“ „Spar ein!“ Gleichzeitig mit der Aufforderung einzusparen seien ihr aber mehr Patienten zugewiesen worden. In der Folge seien dann wieder die hohen Kosten bemängelt worden. Die Antragstellerin habe den Eindruck gehabt, dass es sich hier um eine gewisse Systematik gehandelt habe, um das Ansehen der Klägerin zu schmälern. Männlichen Primärärzten gegenüber gab es derartige Verhaltensweisen nie. So sei die

Ausstattung in ihrer Abteilung gegenüber anderen Abteilungen veraltet. Die Klägerin habe immer wieder versucht durch Verfassung von begründeten Anforderungen an die zuständigen Abteilungen diese Mängel zu beheben. Ihren Anforderungen sei aber nicht nachgekommen worden. Zum Großteil wurden die Anforderungen nicht einmal beantwortet. Dadurch, dass die Ablehnungen regelmäßig und offensichtlich und ständig erfolgt seien, müsse die Antragstellerin annehmen, dass die Ablehnungen mit ihrer Person zusammenhängen würden. Der unmittelbare Vorgänger der Klägerin in ihrer Position als Primaria der ... Abteilung des ... Krankenhauses sei Herr Prim. ... Dr. D gewesen. Auch dieser sei mit 31. Dezember jenes Jahres, in welchem er 65 Jahre geworden sei, in den Ruhestand versetzt worden. Aus all diesen Gründen sei davon auszugehen, dass das Arbeitsverhältnis der Antragstellerin ausschließlich deshalb beendet worden sei, weil die Antragstellerin eine Frau sei. Wäre die Antragstellerin ein Mann, wäre sie so behandelt worden, wie die sonstigen männlichen Primärärzte der Antragsgegnerin im ... Krankenhaus und wäre sie mit Ablauf des Jahres, in dem sie ihr 65. Lebensjahr erreicht habe, in den Ruhestand versetzt worden, nämlich erst mit 31. Dezember 2011.

Die rechtsfreundliche Vertretung erweiterte im Laufe des Verfahrens das Verlangen vom 2. September 2010 auf Überprüfung, ob auch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots durch eine Diskriminierung aufgrund des Alters im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses iSd § 17 Abs. 1 Z 7 GIBG vorliege.

Die Antragstellerin sei durch die Enthebung mit Vorstandsbeschluss vom 23. März 2010 und ihre Versetzung in den Ruhestand mit Mitteilung vom 24. März 2010 sowie durch die Eventualkündigung vom 23. August 2010 aufgrund Ihres Alters diskriminiert worden. Ihre Enthebung sei ausschließlich damit begründet worden, dass sie am 3. Februar 2011 das 65. Lebensjahr erreiche. Die Antragstellerin habe mehrmals mitgeteilt, dass sie nicht in Pension gehen und das Arbeitsverhältnis aufrecht erhalten wolle. Die Enthebung sei gegen Ihren Willen erfolgt. Der Vorstandsbeschluss vom 24. März 2010 nehme Bezug auf § ... der Dienstordnung Demnach könne der Vorstand einen unkündbaren Arzt in den Ruhestand versetzen, wenn der Arzt die Voraussetzungen nach Abs. ... oder ... erfülle. Die Voraussetzung gemäß § ... würden vorliegen, wenn ein Anspruch auf Alterspension gemäß § 253 ASVG bestehe. Die Antragstellerin habe mit Erreichung ihres 65. Lebensjahres Anspruch auf Alterspension gemäß § 253 ASVG. § ... in Verbindung mit § ... der Dienstordnung ... wider-

spreche in seiner Allgemeinheit Artikel 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG, wonach nicht ausschließlich die Erreichung eines bestimmten Alters ausreichend sei für die Begründung einer Versetzung in den Ruhestand. In diesem Fall liege jedenfalls eine Altersdiskriminierung vor. § ... in Verbindung mit § ... sei daher rechtswidrig, weil EU Rechtswidrigkeit bestehe, er sei daher nicht verbindlich. Weil die Antragstellerin dennoch in den Ruhestand versetzt worden sei, sei die Antragstellerin in Zusammenhang mit ihrem Alter diskriminiert worden.

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

Es könne keine Rede davon sein, dass eine Versetzung in den Ruhestand eine „noch nie dagewesene Vorgangsweise“ bei der Antragsgegnerin darstellen würde. Vielmehr sei es der absolute Regelfall, dass Versetzungen in den Ruhestand spätestens mit Erreichung des 65. Lebensjahres erfolgen würden. Ungewöhnlich sei lediglich, dass die Antragstellerin sich geweigert habe, den Antrag auf Versetzung in den Ruhestand selbst zu stellen, während alle anderen Mitarbeiter/innen der Antragsgegnerin entsprechend der Dienstordnung rechtzeitig die Anträge stellen würden. Die Antragstellerin hingegen hatte bei diversen Gesprächen, die mit ihr zu führen gewesen seien, im Hinblick auf ihr Führungsverhalten in der Abteilung immer wieder betont, sie werde sowieso nicht freiwillig in Pension gehen, weil das für sie nicht in Betracht komme. Bei einem Besprechungstermin am 10. Februar 2010 mit der Antragstellerin und Vertretern/innen der Antragsgegnerin, bei dem sie vom Generaldirektor dezidiert gefragt worden sei, ob sie nun einen Pensionsantrag stellen werde bzw. wann sie einen solchen stellen werden, habe es die Antragstellerin abgelehnt, in Pension zu gehen. Die Antragstellerin habe auch umgehend mitgeteilt, dass sie gegen jede Pensionierung klagsweise vorgehen werde. Dem entsprechend sei bei der Antragsgegnerin ein Vorstandsbeschluss ohne Eigeninitiative der Antragstellerin erforderlich gewesen. Es könne keine Rede davon sein, dass die Antragsgegnerin die Antragstellerin willkürlich und ohne sachliche Rechtfertigung schlechter gestellt hätte, als andere Dienstnehmer/innen. Zunächst sei festzuhalten, dass bis auf vereinzelte Ausnahmen alle Pensionierungen von Primärärzten/innen entweder wesentlich vor dem Erreichen des 65. Lebensjahres oder mit Ablauf des Monats, in dem das 65. Lebensjahr erreicht worden sei, erfolgt seien. In den wenigen Ausnahmefällen, wo

dies anders gewesen sei, sei dies an organisatorischen und sachlichen Gründen gelegen. So sei etwa bei Herrn Prim. Dr. C, welcher der Leiter der Anästhesie gewesen sei, das Finden einer geeigneten Nachfolgerin/eines geeigneten Nachfolgers unter anderem auch dadurch verzögert worden, dass der letztlich gefundene Kandidat noch eine Kündigungsfrist einzuhalten gehabt habe und daher nicht unmittelbar verfügbar gewesen sei, darüber hinaus handle es sich bei der Anästhesie um einen Hochrisikobereich, sodass hier auch eine lückenlos geordnete Übergangsphase einzuhalten gewesen sei. Deshalb habe sich bei Herrn Prim. Dr. C die Pensionierung etwas über den 65. Geburtstag hinaus verzögert. Bei Frau Primaria Dr.ⁱⁿ I sei festzuhalten, dass im ... Institut, in dem Frau Dr.ⁱⁿ I Primaria gewesen sei, im Jahr 2009 zwei Großinvestitionen (...) realisiert worden seien, wobei die gesamte medizinisch-fachliche Bearbeitung zum Verantwortungsbereich von Frau Primaria Dr.ⁱⁿ I gehört habe und aus Sicht der ärztlichen Direktion es erforderlich gewesen sei, dass zumindest die Installation ... noch in ihrem Verantwortungsbereich abgewickelt worden sei. Darüber hinaus habe es im ... Krankenhaus der Antragsgegnerin nur zwei Fachärztinnen für ..., Frau Primaria Dr.ⁱⁿ I und Frau Oberärztin Dr.ⁱⁿ K gegeben. Frau Dr.ⁱⁿ L habe erst Ende des Jahres 2009 ihre Ausbildung zur Fachärztin beendet und sei nach der fachlichen Beurteilung von Frau Primaria Dr.ⁱⁿ I zu diesem Zeitpunkt noch nicht in der Lage gewesen, sämtliche ... Untersuchungen eigenverantwortlich durchzuführen. Weiters sei Oberärztin Dr.ⁱⁿ K Ende des Jahres erkrankt und habe auch eine Reduktion ihrer Stundenleistung beantragt. Darüber hinaus sei aufgrund eines Vorstandsbeschlusses das ... Institut mit dem Abgang von Frau Primaria Dr.ⁱⁿ I in einen Fachbereich des ...institutes umstrukturiert worden. Für die Fachbereichsleitung habe ein/e geeignete/r Kandidat/in gesucht werden müssen. Frau Dozentin M, welche die Nachfolge von Frau Primaria Dr.ⁱⁿ I angetreten habe, habe aufgrund von Kündigungsfristen in ihrem früheren Vertragsverhältnis den Dienst erst mit 1. Juli 2010 antreten können. Die ... Versorgung im ... Krankenhaus habe sichergestellt werden müssen, weswegen es erforderlich gewesen sei, den Pensionsantritt von Frau Primaria Dr.ⁱⁿ I erst mit 31. März 2010 festzulegen. Schon diese Tatsache zeige, dass keine geschlechtsspezifischen Diskriminierungen erfolgen würden. Dass dies normalerweise und regelmäßig im Einvernehmen mit der/m Dienstnehmer/in erfolge, sei noch kein Hinweis darauf, dass die Pensionierung der Antragstellerin eine Diskriminierung darstellen würde. Es sei der Durchschnittsfall, dass Dienstnehmer/innen bei Erreichen des Pensionsalters auch in Pension gehen wollen würden. Dass die

Antragstellerin angekündigt habe, von sich aus niemals in Pension gehen zu wollen, habe die Antragsgegnerin dazu gezwungen, einen einseitigen Versetzungsbeschluss in den Ruhestand zu treffen. Die Versetzung in den Ruhestand werde immer mit Vorstandsbeschluss durchgeführt, nicht nur bei der Antragstellerin, normalerweise werde aber von den Dienstnehmern/innen rechtzeitig ein Antrag auf Versetzung in den Ruhestand gestellt. Festzuhalten sei weiters, dass die von der Antragstellerin herausgegriffenen Personen wahllos herausgegriffene Personen und Beispiele seien, die aber keinen repräsentativen Überblick über die tatsächlichen Verhältnisse geben würden. Seit 1999 seien von 17 Primärärzte/innen 14 bereits lange vor Erreichen des 65. Lebensjahres in den Ruhestand versetzt worden, dies unabhängig davon, ob es sich um Männer oder Frauen gehandelt habe. Lediglich drei Primärärzte/innen seien bis zur Erreichung des 65. Lebensjahres im Dienst der Antragsgegnerin geblieben. Lediglich drei Fälle wurden seit 1999 nicht mit dem 65. Lebensjahr in den Ruhestand versetzt: Frau Primaria Dr.ⁱⁿ I, Herr Prim. Dr. C und Herr Prim. Dr. H. Bei Herrn Prim. Dr. H - der entgegen der Behauptungen der Antragstellerin im übrigen der einzige sei, der mit Jahresende desjenigen Jahres, in dem er das 65. Lebensjahr erreicht habe, in den Ruhestand versetzt worden sei - habe dies ebenso sachliche Gründe gehabt: Im Jahr 2001 sei der damalige ärztliche Direktor Herr Dr. N bereits mit Ende Mai 2001 in den Ruhestand versetzt worden. Herr Prim. Univ. Prof. Dr. J, der nunmehrige ärztliche Direktor, sei jedoch erst mit ... September 2001 in diese Funktion bestellt worden sei. Herr Prim. Dr. H habe zum damaligen Zeitpunkt als Mitglied der ... wichtige Erfahrungen gehabt, auf die der ärztliche Direktor noch zugreifen habe müssen. Es sei daher vereinbart worden, dass Herr Prim. Dr. H noch bis Jahresende bleiben solle, um den ärztlichen Direktor, der erst in dieser Funktion bestellt worden sei, noch ... zu unterstützen. Darüber hinaus habe es zu diesem Zeitpunkt auch eine Diskussion gegeben, ob die ... Abteilung, bei der Herr Dr. H Primar gewesen sei, überhaupt weitergeführt werden sollte und es sei zur Debatte gestanden, ob diese im ... Krankenhaus geschlossen werden sollte. Diese Diskussion habe auch noch längere Zeit in Anspruch genommen insbesondere auch im Hinblick darauf genommen, dass der ärztliche Direktor gerade erst neu in der Funktion gewesen sei und seine Entscheidungsgrundlagen auch noch sichten habe müssen. Erst nach Abschluss dieser Diskussion über eine allfällige Schließung oder Umstrukturierung sei ein Primararzt zum Leiter bestellt worden. Es könne keine Rede davon sein, wie von der Antragstellerin behauptet, dass bei der Antragsgegnerin regelmäßig alle Primärärz-

te/innen bis zum Ende des Jahres, in dem sie das 65. Lebensjahr erreichen würden, im Dienst bleiben. Es komme vielmehr sachlich auf die jeweilige besondere Situation in der betreffenden Abteilung an, wobei es insbesondere in keiner Weise auf das Geschlecht ankomme. Richtig sei, dass die einzige Person, die selbst keinen Ruhestands Antrag gestellt habe - mit Ausnahme der Antragstellerin – Frau Primaria Dr.ⁱⁿ B gewesen sei, die im Zuge eines gerichtlichen Vergleiches letztlich mit dem 60. Lebensjahr pensioniert worden sei. Dieser Fall habe mit dem der Antragstellerin nicht das Geringste zu tun und sei daher auch nicht verfahrensgegenständlich. Die Antragsgegnerin führe im Verhältnis zur Anzahl der Beschäftigten (ca. ...) eine verschwindend kleine Anzahl von arbeitsrechtlichen Verfahren. Die Tatsache, dass in manchen Fällen Arbeitsgerichtsprozesse angestrengt werden würden, könne nicht als notorische Frauenbenachteiligung gesehen werden. Es ist daher geradezu grotesk, wenn die Antragstellerin in einem Atemzug von einer notorischen Frauenbenachteiligung spreche und im nächsten Argument sich dagegen ausspreche, dass Frau Oberärztin Dr.ⁱⁿ O einem Mann bei der Besetzung der Stelle der/des ersten Oberärztin/Oberarztes in der Abteilung der Antragstellerin vorgezogen worden sei. Die Antragsgegnerin habe in einem sachlichen Auswahlverfahren Frau Oberärztin Dr.ⁱⁿ O für diese Stelle vorgesehen, die fachlich bestens für die Stelle geeignet sei. Im Übrigen sei es bei der Antragsgegnerin - entgegen den nicht nachvollziehbaren Behauptungen der Antragstellerin - strikter Auftrag, bei gleicher Qualifikation jedenfalls Frauen in Führungspositionen zu fördern. Wenn die Antragstellerin meine, ein Personalwunsch einer/eines Primarärztin/Primararztes sei „Gesetz“, so könne davon keine Rede sein. Selbstverständlich würden alle sachlichen Argumente bei Personalentscheidungen berücksichtigt werden, es sei aber nicht Entscheidung der/des Primarärztin/Primararztes, wer welche Position in ihrer/seiner Abteilung erhalte. Die/Der jeweilige Primarärztin/Primararzt habe lediglich ein Vorschlagsrecht. Die letzte Entscheidung, wer die Position der/des 1. Oberärztin/Oberarztes einnehmen solle, treffe jedoch die ärztliche Leitung des ... Krankenhauses. Soweit für bestimmte Personalentscheidungen ein Vorstandsbeschluss erforderlich sei, werde der Vorschlag an die Generaldirektion und den Vorstand weitergeleitet. Es sei eine unsubstantiierte Unterstellung, wenn die Antragstellerin behauptete, Frauenförderung sei der Antragsgegnerin nicht wichtig. Vielmehr habe die Antragsgegnerin bei allen Postenbesetzungen den Anspruch, nach Möglichkeit und Eignung Frauen in Führungspositionen zu fördern. Dass dadurch der Antragstellerin gezeigt worden wäre, dass sie nicht wertge-

schätzt worden sei oder absichtlich übergangen worden sei, sei nicht nachvollziehbar. Der ärztliche Direktor sei dafür da, Personalentscheidungen im Interesse der Antragsgegnerin insgesamt zu treffen und nicht im Interesse einer Primaria, die sich in ihrem Führungsverhalten vorwiegend von persönlichen Zu- oder Abneigungen bzw. Animositäten leiten lasse. Der ärztliche Direktor sei für das Funktionieren des gesamten Krankenhauses verantwortlich und habe daher auch die ... Betreuung der anderen ...patient/innen bestmöglich zu organisieren. Die Fachabteilung der Antragstellerin sei dafür zuständig und sie daher diese Anweisungen befolgen müsse, in gleicher Weise werde aber auch bei anderen Abteilungen durch den ärztliche Direktor im Rahmen organisatorischer Vorgaben solche Maßnahmen klar gestellt. Es zähle zu den genuinen Aufgaben des ärztlichen Leiters derartige Entscheidungen zu treffen. Dass die Antragstellerin vermeine, in ihrer Abteilung schalten und walten zu können, wie sie es möchte, zeige lediglich, dass sie ein Problem damit hat, Weisungszusammenhänge und fachliche Hierarchien zu akzeptieren. Auch die Rolle der Abteilung im Gesamtmechanismus und Gefüge des Krankenhauses müsse die Antragstellerin akzeptieren, auch diese Rolle habe sie häufig nicht richtig eingeschätzt. Es sei geradezu absurd, wenn die Antragstellerin behaupte, der ärztliche Direktor würde gegenüber anderen im ... Krankenhaus tätigen Primärärzten, bloß weil diese Männer seien, keinerlei Vorgaben tätigen. Die Wirtschaftsabteilung versuche selbstverständlich, so kostengünstig wie möglich einzukaufen und tätige die Einkäufe auch für das gesamte Krankenhaus. Vollkommen unrichtig sei, dass die Antragstellerin Vorwürfe seitens der ärztlichen Direktors hinnehmen hätte müssen, sie führe ihre Abteilung zu teuer. Vielmehr wurde häufig der günstige Deckungsgrad der Abteilung der Antragstellerin auch in Sitzungen mit Primärärzten/innen herausgestrichen und positiv erwähnt. Richtig sei lediglich, dass die Antragsgegnerin in allen Bereichen zu einer ökonomischen Vorgangsweise gezwungen sei und daher auch - an alle Primariae und Primarii ob Mann oder Frau oder in welcher Abteilung - Aufrufe ergehen würden, nach Möglichkeit Einsparungen zu tätigen.

Des Weiteren sei folgendes zu den Dienstfreistellungen der Antragstellerin zu erläutern: Die Antragstellerin sei zunächst ab 15. Dezember 1994 Abgeordnete ... gewesen. In dieser Funktion sei sie nicht dienstfrei gestellt gewesen, habe jedoch eine Kürzung ihrer Bezüge erhalten, dies auch auf Grund des Bezügebegrenzungs-gesetzes. In der Zeit vom ... bis ... sei die Antragstellerin zur Gänze dienstfrei gestellt gewesen, da sie in diesem Zeitraum ... gewesen sei. Festzuhalten sei weiters, dass die

Antragstellerin auch eine Privatpraxis ... betreibe, und dies seit ... 2004. Auch nach Beendigung ihrer politischen Tätigkeit habe die Antragstellerin weiterhin rege Dienstfreistellungen in Anspruch genommen, sodass sie etwa im Jahr 2006 bereits im November 38 Tage Dienstfreistellung insgesamt konsumiert habe. 2007 seien 26 Tage, 2008 32 Tage, 2009 33 Tage, 2010 bisher 13 Tage in Anspruch genommen worden. Die Antragstellerin sei hier in keiner Weise diskriminiert, sondern vielmehr wurde ihr ein exorbitantes Ausmaß an Dienstfreistellungen - eigentlich in Bevorzugung gegenüber anderen Dienstnehmern/innen – gewährt worden.

Auch stehe das ... Krankenhaus ... unter besonderer Beobachtung der Öffentlichkeit und hat daher ein besonderes Augenmerk auf die genannten Erfordernisse zu richten. Der Antragstellerin müssten ... diese Zusammenhänge eigentlich klar sein und es könne keine Rede davon sein, dass diese Situation nur die Antragstellerin betroffen hätte und ansatzweise nur gegenüber der Antragstellerin relativiert worden wäre. Dies betreffe vielmehr das gesamte Krankenhaus und sei der Versuch der Antragstellerin, hier eine geschlechtsspezifische Diskriminierung ihrer Person herauszuarbeiten, vollkommen ohne jede Grundlage. Wenn die Antragstellerin vermeine, die allgemeine Kostendiskussion stelle eine „respektlose Vorgangsweise“ ihrer Person gegenüber dar und wäre nicht gegenüber einem Mann an den Tag gelegt worden, so entbehre dies jeder Grundlage. Wahr sei vielmehr, dass die Antragstellerin über Jahre hindurch selbst den gebotenen Respekt sowohl gegenüber der ärztlichen Direktion als auch gegenüber Mitgliedern der Generaldirektion und des Vorstandes vermissen habe lassen. Die Antragstellerin habe bei zahllosen Gelegenheiten sich in abfälliger Weise über betroffene Personen geäußert und intern gegenüber Mitarbeitern/innen über Vorgesetzte massiv polemisiert, sodass auch die Autorität der Krankenhausführung und des Vorstandes der Antragsgegnerin dadurch untergraben worden sei. Diese Vorgangsweisen seien grundsätzlich als Dienstvergehen zu betrachten gewesen, seien im Hinblick auf die ungewöhnliche Sonderstellung, die man der Antragstellerin in Bevorzugung gegenüber allen anderen Mitarbeiter/inne/n einräumte, jedoch geduldet worden. Es sei daher geradezu absurd, wenn die Antragstellerin nunmehr behauptet, sie sei respektlos behandelt worden, das Gegenteil sei nämlich der Fall. Die Antragstellerin habe sich nicht in Weisungszusammenhänge einordnen wollen und auch jeden persönlichen Respekt gegenüber ihren Vorgesetzten vermissen lassen. Die Antragstellerin habe sich in unflätigster und ihrerseits äußerst diskriminierender Weise über Führungskräfte der Antragsgegnerin geäußert. Daher sei es aus fachli-

chen und auch die Führungssituation betreffenden Gründen in keiner Weise anzudenken gewesen, die Antragstellerin länger als notwendig weiter zu beschäftigen. Mit der Antragstellerin als Primaria der ... Abteilung gebe es seit Jahren Probleme dahingehend, dass sie nicht bereit sei, die allgemeinen Vorgaben im Krankenhausbetrieb zu akzeptieren. Sie lehne eine konstruktive Zusammenarbeit mit der ärztlichen Direktion ab, halte Vorgaben, Vereinbarungen und ... vorgegebene Bedingungen nicht ein. Nur beispielhaft sei ausgeführt, dass die Antragstellerin sich auf den Standpunkt gestellt habe, die ... Betriebsvereinbarung bezüglich der Arbeitszeit der Ärztinnen/Ärzte einzuhalten. Sie habe durchsetzen wollen, dass Ärztinnen/Ärzte nach dem Nachtdienst - in arbeitszeitgesetzwidriger Weise - weiterarbeiten können. Es gebe darüber auch eine entsprechende Auseinandersetzung. Darüber hinaus habe sich die Antragstellerin kontinuierlich, den Dienstpostenplan, wie er von der Antragsgegnerin (Vorstand und Generaldirektion) vorgegeben ist, zu akzeptieren. Auf Grund des nicht konstruktiven und in Teilbereichen auch sehr problematischen Verhaltens der Antragstellerin als Leiterin der ... Abteilung sei letztlich auch ihre Dienstbeschreibung für den Zeitraum 16. Dezember 2008 bis 5. November 2009 nur als „geeignet“ bewertet worden. Zu dieser Dienstbeschreibung sei es vor allem aus folgenden Gründen gekommen: Zu einem sei von der Ärztekammer ... ein Verfahren auf Rücknahme der Anerkennung der ... Abteilung der Antragstellerin als Ausbildungsstätte für die Ausbildung zur Ärztin/zum Arzt für ... durch die Österreichische Ärztekammer angestrengt worden, da es die Antragstellerin unterlassen habe, die ausreichenden organisatorischen Maßnahmen in ihrer Abteilung zu treffen, um eine geordnete Ausbildung aus Sicht der Ärztekammer zu ermöglichen. Die Antragstellerin habe nicht dafür gesorgt, dass die Turnusärzte/innen bei einem Erstgespräch entsprechend informiert werden würden über die Tätigkeiten in der Abteilung sowie, dass dieses Gespräch innerhalb der ersten Tage der Ausbildung stattfinde. Auch eine regelmäßige Teilnahme der Turnusärzte/innen an der Morgenbesprechung und an den Visiten sei von der Antragstellerin nicht entsprechend sichergestellt worden. Darüber hinaus seien Neuaufnahmen von Patienten/innen nicht ausreichend zwischen stationsführenden Ärzten/innen und Turnusärzten/innen besprochen worden. Im Weiteren sei von der Antragstellerin weder entsprechendes Organisationskonzept für ihre Abteilung aufgestellt worden noch in die Praxis umgesetzt worden. So habe die Antragstellerin bei einer Visitation die Ärztekammer für Wien nicht davon überzeugen können, dass eine ordnungsgemäße Ausbildung gewährleistet sei. Mittlerweile sei in Zu-

sammenarbeit zwischen ärztlicher Direktion und der Frau Oberärztin Dr.ⁱⁿ O ein umfassendes Ausbildungskonzept erarbeitet worden, so dass das Verfahren von der Österreichischen Ärztekammer eingestellt worden sei.

Dazu sei gekommen, dass sich die Antragstellerin wiederum in unsachlicher Weise und unter Außerachtlassung des Dienstweges betreffend einer Teilnahme am Experten/innenforum „...“ direkt an den Generaldirektor bzw. an dessen fachlich zuständigen Assistentin gewandt habe, so dass der Generaldirektor den ärztlichen Direktor aufgefordert habe, diese unkoordinierte und den Dienstweg nicht beachtende Vorgangsweise abzustellen. Darüber hinaus seien gravierende Mängel in Hinblick auf die Zusammenarbeit, das Führungs- und Organisationsverhalten der Antragstellerin vorgelegen. Beispielhaft sei der Versuch der Antragstellerin erwähnt, bei dem die Antragstellerin versucht habe, eine Mitarbeiterin dahingehend zu beeinflussen, ihre Arbeitszeitverpflichtung zu reduzieren, dies obwohl die Antragstellerin ständig über Personalmangel geklagt habe, und dies nur deshalb, um diese Mitarbeiterin in weiterer Folge unsachlich benachteiligen zu können.

Auch nach dieser Dienstbeschreibung habe eine qualitative Änderung des Dienstverhaltens der Antragstellerin nicht festgestellt werden können. Völlig haltlos seien auch die Vorwürfe, wonach der Sozialraum und die sonstigen Einrichtungsgegenstände in der Abteilung der Antragstellerin schlechter beschaffen wären, als in anderen Abteilungen: Das gesamte ... Krankenhaus werde permanent renoviert und es würden sukzessive überall die erforderlichen Verbesserungen durchgeführt werden. Selbstverständlich sei dies nicht gleichzeitig in allen Abteilungen möglich. In der Zwischenzeit bestehe sicherlich Renovierungsbedarf und sei dieser auch in der Planung des Krankenhauses ganz normal eingeplant worden und würden die Renovierungen innerhalb der nächsten Jahre durchgeführt werden. Dies treffe die Abteilung der Antragstellerin aber in gleicher Weise wie andere Abteilungen. Auch hinsichtlich der durchzuführenden Renovierungsmaßnahmen sei die Zusammenarbeit mit der Antragstellerin äußerst schwierig gewesen. Es habe mehrere Anläufe gegeben, einen Gesamtplan zur Renovierung gemeinsam mit der Antragstellerin für ihren Bereich zu erarbeiten. Regelmäßig seien diese Versuche jedoch an den immer wieder geänderten und sich widersprechenden Anforderungen der Antragstellerin gescheitert. In Anbetracht der - wohl allgemein bekannten - angespannten finanziellen Situation der Krankenkassen generell, ist es nicht möglich, sämtliche erforderlichen Renovierungsschritte umgehend zu treffen, sondern muss ein entsprechendes zeitliches

Konzept eingehalten werden. Dies als Diskriminierung der Antragstellerin in ihrer Person anzusehen, ist vollkommen absurd. Zur nunmehr seitens der Antragstellerin behaupteten Altersdiskriminierung sei zu festzuhalten, dass keineswegs eine Altersdiskriminierung vorliegen würde. Die Antragstellerin übersehe, dass sie nach der einhelligen Judikatur des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) eine durch einen Kollektivvertrag (KV) vorgesehene Zwangsversetzung in den Ruhestand bei Erreichen des Regelpensionsalters, sofern ein Anspruch auf eine beitragsbezogene Altersrente bestehe, nicht als Altersdiskriminierung zu werten sei¹. Auf die von der Antragstellerin angesprochene Entscheidung des EuGH² sei auf den vorliegenden Fall überhaupt nicht übertragbar: Im dortigen Fall gehe es um die Frage der Anrechnung von vor Vollendung des 25. Lebensjahres liegende Beschäftigungszeiten bei der Berechnung der Kündigungsfrist. Im Übrigen hat der EuGH etwa auch bei selbstständigen Zahnärzten in Deutschland klargestellt, dass eine Höchstaltersgrenze für die Ausübung der Tätigkeit festgelegt werden könne und dies auch als Maßnahme des Gesundheitsschutzes oder auch als arbeitsmarktpolitische Maßnahme nicht zu beanstanden sei³. Wenn die Antragstellerin weiters ausführt, die Dienstordnung sei an der Richtlinie selbst zu messen, so treffe dies insofern nicht zu, als die Richtlinie ohnedies in das GIBG ordnungsgemäß durch den österreichischen Gesetzgeber umgesetzt worden sei. Durch § 19 GIBG ist auch klargestellt, dass eine Anknüpfung an Altersgrenzen jedenfalls zulässig sei, wenn diese durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich seien. Der Dienstgeber müsse durch Festlegung einer Altersgrenze die Möglichkeit haben, ein Dienstverhältnis zu beenden. Andernfalls hätte er zu akzeptieren, dass Dienstnehmer, sofern sie keinen Entlassungsgrund iSd Dienstordnung setzen, bis an ihr Lebensende weiterzubeschäftigt wären. Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass die Dienstordnung der Antragsgegnerin in § ... nicht auf eine konkrete Altersgrenze abstelle, sondern vielmehr auf das Erlangen eines Pensionsanspruches. Es sei daher gar keine konkrete Altersanknüpfung gegeben. Im Falle der Antragstellerin sei darüber hinaus darauf hinzuweisen, dass sie das gesetzliche Pensionsalter bereits vor fünf Jahren erreicht habe und ohnedies bis zum 65. Lebensjahr weit darüber hinausgehend beschäftigt worden sei. Darüber hinaus sei das Alter nicht das Motiv für die Kündigung der Antragstellerin gewesen, sondern vielmehr ihr gesamtes Verhal-

¹ vgl. EuGH 17. Oktober 2007, Rs C411/05, Palacios de la Villa, RdW 2007, 35

² EuGH 19.1.2010, C-555/07, Küçükdeveci

³ vgl. EuGH 12.1.2010, Rs C-341/08, Petersen

ten, welches sie für die Antragsgegnerin als Führungskraft nicht länger zumutbar gemacht habe. Vielmehr würden die Kündigungsgründe im untragbaren Verhalten der Antragstellerin liegen. Weiters sei gemäß § 20 GIBG darauf hinzuweisen, dass nach § 20 Abs 3 GIBG eine Diskriminierung auf Grund des Alters nicht vorliege, wenn die Ungleichbehandlung - objektiv und angemessen sei, - durch ein legitimes Ziel, insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung gerechtfertigt sei und - die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich seien. Gemäß § 20 Abs 5 GIBG liege eine Diskriminierung auf Grund des Alters auch dann nicht vor, wenn bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit durch Festsetzung von Altersgrenzen als Voraussetzung für die Mitgliedschaft oder den Bezug von Altersrente oder von Leistungen einschließlich der Festsetzung unterschiedlicher Altersgrenzen im Rahmen dieser Systeme. Der EuGH habe im Übrigen auch eine ausgewogene innerbetriebliche Altersstruktur als legitimes Ziel anerkannt⁴. Auch das allgemeine Argument, dass eine bessere Beschäftigungsverteilung auf dem Arbeitsmarkt ein maßgebliches Ziel darstelle und grundsätzlich eine Altersgrenze rechtfertige, sei vom EuGH bereits bestätigt worden⁵. Eine Kündigungsanfechtung auf Grund Sozialwidrigkeit habe die Antragstellerin nicht angestrengt. Auch der Oberste Gerichtshof (OGH) habe in seiner Judikatur bereits bestätigt, dass bei entsprechender sozialer Absicherung eine Kündigung zulässig und nicht mehr als sozialwidrig bekämpfbar sei. Insbesondere dann, wenn der/die Arbeitnehmer/in nach der Pensionierung noch zusätzlich abgesichert sei, etwa durch eine Betriebspension, kommt der Erfolg einer Kündigungsanfechtung wegen sozialer Benachteiligung nicht in Betracht⁶. Zusammenfassend sei jedenfalls festzuhalten, dass die Antragsgegnerin die Kündigung der Antragstellerin ohnedies nicht bei Erreichen des Regelpensionsalters ausgesprochen habe und daher die Argumentation ins Leere gehe, es liege eine Altersdiskriminierung vor. Vielmehr sei die Antragstellerin ohnedies fünf Jahre länger beschäftigt worden und sei nunmehr aus sachlichen, personenbezogenen Gründen gekündigt worden, da ihr Verhalten insgesamt für die Antragsgegnerin nicht länger tragbar gewesen sei. Generell sei nochmals darauf zu verweisen, dass es bei der Antragsgegnerin nicht zu Zwangsversetzungen in den Ruhestand komme, sondern vielmehr lediglich nach § ... DO ... eine

⁴ vgl. EuGH 12.1.2010, C-229/08, Wolf

⁵ siehe EuGH Palacios de la Villa und Petersen wie oben

⁶ vgl. OGH 8. November 2000, 9 ObA 197/Dom, infas 2001, A 45

entsprechende Kündigungsmöglichkeit eröffnet werde, die sodann von der Antragsgegnerin aufgegriffen werden könne.

Der Senat I der GBK hat erwogen:

Hinsichtlich der beantragten Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des **Geschlechtes** bei den **sonstigen Arbeitsbedingungen** gemäß **§ 3 Z 6 GIBG** durch die Antragsgegnerin ist folgendes festzuhalten: 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 unter anderem die allgemeine Situation am Arbeitsplatz, die Ausstattung desselben, die entgegengebrachte Wertschätzung sowie alle mit dem Arbeitsverhältnis verbundenen Umstände verstanden.

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

Die Antragstellerin brachte vor, sich während ihrer Beschäftigung gegenüber ihren männlichen Kollegen diskriminiert gefühlt zu haben und bezog sich beispielsweise darauf, dass sie und ihre Abteilung gegenüber ihren männlichen Kollegen und deren Abteilungen schlechter behandelt worden sei. Dies habe bei der Ausstattung angefangen und sei weiter zum akuten Personalmangel in ihrer Abteilung gegangen. Man habe sie bei Personalfragen entgegen der gängigen Praxis wiederholt übergangen. Zusammengefasst führte sie aus, dass man von Seite der Antragsgegnerin regelmäßig versucht habe, Weisungen über ihren Kopf hinweg zu erteilen, was beinahe schon als Mobbing zu bezeichnen sei. Die Antragstellerin sei geblieben, weil ihr die Arbeit Spaß gemacht habe und sie gerne mit ihren Patienten/innen gearbeitet habe.

Die Antragsgegnerin trat diesen Vorwürfen entgegen und argumentierte im Wesentlichen, dass die Antragstellerin regelmäßig nicht den vorgeschriebenen Dienstweg eingehalten habe. Sie habe dienstliche Anliegen nicht mit ihrem direkten Vorgesetzten, den ärztlichen Direktor des ... Krankenhauses besprochen. Derartige Angelegenheiten seien über Dritte zum ärztlichen Direktor gelangt. Der ärztliche Direktor lege sehr viel Wert auf eine kollegiale Zusammenarbeit, Kommunikation sowie gegenseitige Information. Das gehöre zu einer professionellen Führung eines Krankenhauses dazu. Das sei leider mit der Antragstellerin nicht möglich gewesen.

Des Weiteren wurde in der Einvernahme von der Antragsgegnerin darauf hingewiesen, dass im ... Krankenhaus ständig Renovierungsarbeiten durchgeführt werden würden. Da nicht ausreichend Finanzmittel zur Verfügung stehen würden, könnten auch nicht alle Arbeiten gleichzeitig durchgeführt werden. Die Antragstellerin und die von ihr geführte Abteilung sei nicht schlechter als andere Abteilungen gestellt worden. Wie bereits in der schriftlichen Stellungnahme habe sich die Antragsgegnerin vehement dagegen verwehrt, dass bei ihr eine notorische Frauendiskriminierung stattfinde. Dies entspreche nicht den Tatsachen. Die Antragstellerin habe selbst die Bestellung von Frau Dr.ⁱⁿ O zur Oberärztin in ihrer Abteilung verhindern wollen. Sie habe lieber einen männlichen Mitarbeiter ihrer Abteilung als Oberarzt gesehen. Wieso man nunmehr der Antragsgegnerin, Frauendiskriminierung vorwerfe, obwohl man Frauen durch positive Maßnahmen fördern würde, könne nicht nachvollzogen werden.

Die Antragsgegnerin hat nach der Ansicht des erkennenden Senates großes Bemühen gegenüber der Antragstellerin gezeigt. Die zahlreichen Dienstfreistellungen der Antragstellerin sind Thema gewesen. Trotzdem sind ihr anstandslos Dienstfreistellungen von der Antragsgegnerin gewährt worden. 2010 sind dies allein 15 Tage zu Fortbildungszwecken gewesen.

In der Befragung der Antragstellerin hat sich deutlich gezeigt, dass sich die Antragstellerin regelmäßig, ohne sich an den Dienstweg zu halten, direkt an die Generaldirektion gewandt hat.

Auch der Vorwurf, dass die Antragsgegnerin sie in Personalfragen im Gegensatz zu den männlichen Primärärzten übergangen hätte, hat sich im Zuge des Verfahrens nicht erhärtet. Die Primärärzte/innen haben ein Vorschlagsrecht in Personalfragen. Dieses Vorschlagsrecht war der Antragstellerin unbenommen. Darin, dass die An-

tragsgegnerin im Sinne des ... Frauenförderungsplans eine weibliche Bewerberin anstelle des männlichen Bewerbers vorgezogen hat, kann keine Diskriminierung der Antragstellerin erblickt werden.

Im Ermittlungsverfahren zeigte sich deutlich, dass es im vorliegenden Fall in erster Linie um persönliche Animositäten gegangen ist. Die daraus resultierenden Entscheidungen und Umständen sind nach Ansicht des Senates I der GBK in der Person der Antragstellerin gelegen, und nicht in ihrem Geschlecht.

Eine **Diskriminierung** auf Grund des **Geschlechtes** bei den **sonstigen Arbeitsbedingungen** gegenüber der Antragstellerin liegt somit **nicht** vor.

Es stellt sich nun die Frage, ob von der Antragsgegnerin der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** verwirklicht worden ist:

Das Gleichbehandlungsgebot gemäß § 3 GIBG schließt eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis auf Grund des Geschlechts aus. Mit der Formulierung „im Zusammenhang“ ist auch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses umfasst. Der Begriff „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ enthält weder eine Beschränkung auf eine bestimmte Art des Arbeitsverhältnisses noch auf eine bestimmte Art der Beendigung. Unter diese Bestimmung fällt daher die einseitige Beendigung, also auch jene durch Kündigung und Entlassung.

Im vorliegenden Fall wurde das Arbeitsverhältnis der Antragstellerin mit dem Erreichen des 65. Lebensjahres durch Kündigung der Antragsgegnerin beendet.

Die Antragstellerin wirft der Antragsgegnerin insbesondere vor, dass sie im Gegensatz zu den männlichen Primärärzten nicht über das 65. Lebensjahr hinaus arbeiten können. Es sei gängige Übung gewesen, dass die Primärärzte bis zu Jahresende des Jahres, in dem das 65. Lebensjahr vollendet worden sei, weiter arbeiten durften.

Die Antragsgegnerin hat in ihrem Vorbringen darauf hingewiesen, dass keine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts vorliegt, da die Antragstellerin ebenfalls wie

ihre männlichen Arbeitskollegen bis zum 65. Lebensjahr gearbeitet habe. Sie habe bis zum Erreichen des Pensionsantrittsalters von Männern in Österreich weiterarbeiten können. Es habe seit 1999 lediglich 3 Fälle gegeben, in denen über das 65. Lebensjahr hinausgearbeitet worden sei. Es habe sich dabei um zwei Ärzte und eine Ärztin gehandelt, wobei in allen drei Fällen eine sachliche Rechtfertigung vorgelegen sei. Es sei zu keiner geschlechtsspezifischen Diskriminierung gekommen.

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.

Senat I der GBK überprüfte die Frage, ob es tatsächlich bei Antragsgegnerin gängige Übung sei, dass Primärärzte im Gegensatz zu Primärärztinnen über das 65. Lebensjahr hinaus arbeiten dürften.

Senat I der GBK bezog bei sich dieser Prüfung auf die in Antrag und Stellungnahme genannten Personen: Herrn Prim. Dr. H, Herrn Prim. Dr. C und Frau Primaria Dr.ⁱⁿ I. Das Ermittlungsverfahren ergab, dass in allen drei Fällen sachliche Gründe vorlagen, weshalb ein über das 65. Lebensjahr Hinausarbeiten erforderlich war. Eine betriebliche Übung, wonach nur Primärärzte bis zu dem auf ihren 65. Geburtstag folgenden Jahresende bei der Antragsgegnerin beschäftigt würden, konnte von Senat I der GBK nicht festgestellt werden. Es ist auch darauf hinzuweisen, dass eine der Vergleichspersonen eine Frau war, die ebenfalls über den 65. Geburtstag hinaus gearbeitet hat. Eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann daher nicht erblickt werden.

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

Die Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des Alters bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß **§ 17 Abs. 1 Z 7 GIBG** durch die Antragsgegnerin verwirklicht worden ist, wurde folgender Beurteilung unterzogen:

Nach § 17 Abs. 1 darf niemand auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden. Gemäß § 26 Abs. 12 GIBG hat eine betroffene Person, die sich auf dem Diskriminierungstatbestand gemäß §§ 17, 18 oder 21 GIBG beruft, diesen glaubhaft zu machen. Dem/Der Beklagten obliegt es zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass es ein anderes als vom/von der Beklagten glaubhaft gemachten Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund gemäß §§ 19 Abs. oder 20 GIBG vorliegt.

In § 20 GIBG finden sich Ausnahmebestimmungen, die eine Ungleichbehandlung nur unter ganz bestimmten außergewöhnlichen Umständen rechtfertigen. Es soll zum Beispiel keine Ungleichbehandlung vorliegen, wenn sie objektiv und angemessen sowie die Mittel zur Erreichung bestimmter demonstrativ aufgezählter Ziele, angemessen sind.

Das Erreichen eines bestimmten Alters, meistens das Pensionsantrittsalters, ist nicht nur für Arbeitgeber/innen und Arbeitnehmer/innen ein häufiges Motiv für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern findet sich im österreichischen Recht auch in diversen Gesetzen (z.B. 32 Abs. 2 Z 7 GIBG und 8 VBG) und Arbeitsverträgen als normierter oder vereinbarter Kündigungsgrund.

Aus Sicht des Senates I der GBK wurde in den schriftlichen Ausführungen wie auch bei der Befragung der Antragstellerin jeweils ausschließlich auf die Bestimmung des § ... in der DO ... verwiesen. Unter Berücksichtigung der EuGH-Judikatur⁷ ist festzuhalten, dass keine Altersdiskriminierung auf Basis der DO ... zu erkennen ist.

Einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Antragstellerin zum Zeitpunkt ihres 65. Geburtstages steht weder der derzeitigen EuGH- noch der OGH-Rechtsprechung entgegen, der sich der Senat I der GBK anschließt.

⁷ EuGH vom 12.10.2010, C-45/09, Rosenblatt/Oellerking Gebäudereinigungsges.mbH

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

Wien, 19. Juli 2011

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK