

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 31. Jänner 2012 über das am 1. August 2011 eingelangte Verlangen der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **Herrn A** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes 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) durch die Arbeitgeberin, **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:

Der Senat I der GBK gelangt zur Auffassung, dass Herr A auf Grund des Geschlechtes bei den sonstigen Arbeitsbedingungen durch die X gemäß § 3 Z 6 GIBG diskriminiert worden ist.

Entscheidungsgründe:

Im Verlangen der GAW wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass Herr A (Antragsteller) seit 1. Oktober 2001 bei der X (Antragsgegnerin) ... beschäftigt gewesen sei. Sein Dienort habe sich zunächst im Krankenhaus Y befunden. Aus familiären Gründen habe der Antragsteller um eine Versetzung nach ... ersucht. Die Versetzung sei ihm mit Schreiben vom 28. April 2009 befristet für die Dauer der mutterschaftsbedingten Abwesenheit einer Mitarbeiterin dieser Abteilung, Frau C, gewährt worden. Seit 1. Juni 2009 sei der Antragsteller im Krankenhaus Z tätig gewesen. Mit 1. Dezember 2009 habe der Antragsteller selbst ein Jahr in Karenzurlaub in Anspruch genommen. Der Antragsteller habe berichtet, dass es offenbar bereits bei seinem Karenzantritt Beschwerden des ... Leiters, Herr ... Dr. B, über den Entschluss des Antragsteller, wegen der Geburt seines Kindes in Karenz zu gehen, gegeben

habe. Die damalige Abteilungsleiterin, Frau C, habe gegenüber dem Antragsteller die Reaktion von Herrn ... Dr. B mit den Worten: „Der Herr Professor hat getobt!“ beschrieben. Der Antragsteller habe seinen Dienst am 1. Jänner 2011 wieder angetreten. Nach seiner Rückkehr habe er im Arbeitsumgang einige Benachteiligungen feststellen müssen. Am 24. Jänner 2011 sei es im OP ... des ... Krankenhauses zu einem für ihn sehr unangenehmen Ereignis gekommen. Herr ... Dr. B habe den Operationssaal betreten, in dem sich der Antragsteller bereits befunden habe. Kurz danach habe Herr ... Dr. B dem Antragsteller ohne Vorwarnung ein zusammengeballtes grünes Tuch an die Brust geworfen. Der Antragsteller habe sich wegen der Wurfgeschwindigkeit, nicht vor dem Aufprall des Handtuchs an seiner Brust schützen können. Danach habe der Antragsteller geschockt gefragt: „Was tue ich damit?“. Herr Prim. Dr. B habe ihm geantwortet: „Was wirst du schon damit tun? Iss es!“ Diese Aussage habe der Antragsteller nicht weiter kommentiert. Mit einem Schreiben vom 16. Dezember 2010 habe der Antragsteller die Mitteilung erhalten, dass seine befristete Anstellung im Mai 2011 auslaufen würde und er somit nicht weiterhin im ... Krankenhaus beschäftigt sein könne. Dies sei für Herrn A aus mehreren Gründen verwunderlich gewesen. Die Befristung der Versetzung des Antragstellers sei an die Abwesenheit von Frau C vertraglich gebunden gewesen. In diesem Schreiben vom 28. April 2009 habe gestanden, dass beschlossen worden sei, den Antragsteller „ab 1. Juni 2009 für die Dauer der mutterschaftsbedingten Abwesenheit von Frau C vom ... Krankenhaus Y in das Krankenhaus Z bei gleichbleibender Verwendung als ... [...] zu versetzen“. Die Karenzabwesenheit von Frau C sei ursprünglich bis 11. Mai 2011 vorgesehen gewesen. Diese habe jedoch um weiteren Sonderurlaub angesucht, der über den Mai 2011 hinausgehen und bis 2012 andauern werde. Im Schreiben vom 16. Dezember 2010 sei dem Antragsteller jedoch folgendes mitgeteilt worden: „Die ...direktion der X teilt Ihnen mit, dass Ihre befristete Versetzung in das Krankenhaus Z mit dem Ende der Karenz von Frau C am 11.5.2011 endet“. Am 11. Jänner 2011 habe Frau D, stellvertretende Abteilungsleiterin, Herrn ... Dr. B auf die Nicht-Verlängerung des Dienstverhältnisses des Antragstellers angesprochen. Demnach soll Herr ... Dr. B gemeint haben, dass er den Vertrag nicht verlängern wolle, „auch wenn es zum Nachteil der Abteilung ist“. Weiters sei es mit 1. April 2011 zur Pensionierung dieser Mitarbeiterin (Frau D) in der Abteilung gekommen. Es habe daher aufgrund der freiwerdenden Dienststellen die grundsätzliche Möglichkeit einer unbefristeten Versetzung in das Krankenhaus Z gegeben. Es sei dem Antragsteller auch

seitens des Betriebsrates, Herrn E, mitgeteilt worden, dass von der Abteilungsleitung in Erfahrung gebracht worden sei, dass der Antragsteller „der Nächste in der Reihe für eine unbefristete Beschäftigung“ gewesen wäre. Da der Antragsteller nun damit rechnen habe müssen, dass sein Vertrag mit 11. Mai 2011 auslaufe und er sich im Krankenhaus Z nicht mehr erwünscht gefühlt habe, habe er sich um eine weitere Versetzung in das Krankenhaus W ab 12. Mai 2011 bei der Leiterin der ...abteilung mit einem Schreiben vom 21. Jänner 2011 bemüht. Der Antragsteller hätte sonst in Kauf nehmen müssen, wieder nach ... zurückversetzt zu werden, obwohl er seinen familiären Lebensmittelpunkt in .. gehabt habe. Im Krankenhaus W habe der Antragsteller nun vom 12. Mai 2011 bis 29. Februar 2012 befristet tätig sein können. Trotz der erneuten Befristung nahm Herr A das Angebot an und musste sich nun im Krankenhaus W auf ein neues Team und neue Gegebenheiten einstellen. Nach den Informationen des Antragstellers sei es im Krankenhaus W nahezu unmöglich gewesen, eine unbefristete Versetzung zu erreichen. Die GAW habe zunächst ein Interventionsschreiben an die ... Antragsgegnerin gerichtet und letztlich für den Antragsteller ein Verlangen an den Senat I der GBK gestellt.

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

Der Antragsteller sei am 1. Oktober 2001 als ... im Krankenhaus Y in ein privatrechtliches Dienstverhältnis zur Antragsgegnerin eingetreten Das Dienstverhältnis sei zunächst bis zum 31. März 2002 befristet vereinbart gewesen. Der Dienort sei das Krankenhaus Y gewesen. Am ... Februar 2002 habe der ...ausschuss des Vorstandes der Antragsgegnerin beschlossen, das befristete Dienstverhältnis zum Antragsteller im Krankenhaus Y mit Wirksamkeit ab 1. April 2002 bei sonst unveränderten Bedingungen auf unbestimmte Zeit zu verlängern. Mit Schreiben vom 9. März 2009 habe der Antragsteller die Antragsgegnerin um seine Versetzung „in eines der ... Krankenhäuser in ...“ ersucht und habe sein Ersuchen um Versetzung damit begründet, somit um die Vereinbarung eines Wechsels seines Dienortes von ... nach ..., mit seiner „privaten Situation“, welche „im Juni 2009 eine Übersiedlung nach ... notwendig macht“. Die Antragsgegnerin habe sich nach Kräften bemüht, dem Ansuchen des Antragstellers zu entsprechen (, wenngleich der Antragsteller auf eine derartige Versetzung von ... nach ... naturgemäß keinen wie immer gearteten Anspruch ge-

habt habe) und habe dem Antragsteller sodann mit Schreiben vom 28. April 2009 mitgeteilt, dass der ...ausschuss des Vorstandes der Antragsgegnerin in seiner Sitzung vom ... April 2009 beschließen habe können, den Antragsteller, wie von ihm gewünscht, ab dem 1. Juni 2009 vom Krankenhaus Y in das Krankenhaus Z bei gleichbleibender Verwendung als ... und bei gleichbleibender Einreihung zu versetzen, und zwar „für die Dauer der mutterschaftsbedingten Abwesenheit von Frau C“. Der Antragsteller habe in weiterer Folge eine Karenz gemäß § 15 MSchG in Anspruch genommen. Die Antragsgegnerin habe mit ihrem Schreiben vom 10. September 2009 zur Kenntnis genommen, dass die vom Antragsteller in Anspruch genommene Karenzzeit mit dem 1. Dezember 2009 beginne und mit dem 31. Dezember 2010 ende. Auf Grundlage des Schreibens der Antragsgegnerin vom 28. April 2009 an den Antragsteller im Zusammenhalt mit dem Dienstzettel (Änderung) vom 28. April 2009 habe die Antragsgegnerin den Antragsteller mit ihrem Schreiben vom 16. Dezember 2010 darauf hingewiesen, dass seine befristete Versetzung vom Krankenhaus Y in das Krankenhaus Z mit dem Ende der Karenz von Frau C, sohin mit dem Ende ihrer mutterschaftsbedingten Abwesenheit, am 11. Mai 2011 endet. Die Direktorin ... habe dem Antragsteller für die gute Zusammenarbeit gedankt und habe ihm für seinen weiteren Lebens- und Berufsweg alles Gute gewünscht. Als wohl unstrittiges Zwischenergebnis sei rechtlich festzustellen, dass der Dienstort des Antragsteller auf Grund der diesbezüglichen Vereinbarung mit der Antragsgegnerin auf ..., und zwar auf das Krankenhaus Y gelaftet habe, der Antragsteller über sein eigenes Ersuchen sodann befristet sei, und zwar ab dem 1. Juni 2009 für die Dauer der mutterschaftsbedingten Abwesenheit von Frau C vom Krankenhaus Y in das Krankenhaus Z versetzt worden sei, die mutterschaftsbedingte Abwesenheit von Frau C sodann am 11. Mai 2011 geendet habe und der Dienstnehmer (DN) rechtzeitig, nämlich bereits am 16. Dezember 2010 auf eben diesen Umstand hingewiesen worden sei. Dem Antragsteller habe somit kein Recht zugestanden, über den 11. Mai 2011 hinaus, somit nach dem Ende der mutterschaftsbedingten Abwesenheit von Frau C, weiterhin im Krankenhaus Z zu verbleiben. Dies wohl wissend habe der Antragsteller auch dem an ihn gerichteten Schreiben der Antragsgegnerin vom 16. Dezember 2010 zunächst nicht (sondern erst 3 1/2 Monate später mit seinem Schreiben vom 28. März 2011) widersprochen. Um dem Antragsgegner einen Verbleib in ... auch nach dem 11. Mai 2011 zu ermöglichen, sei dem Antragsteller eine befristete Versetzung in das Krankenhaus W angeboten worden, und zwar ab dem 12. Mai 2011 be-

fristet für die Dauer des Sonderurlaubes von Frau Mag.^a F, längstens jedoch bis zum 29. Februar 2012. Nach der diesbezüglichen Zustimmung des Antragstellers sei ihm mit dem Schreiben der Antragsgegnerin vom 22. Februar 2011 mitgeteilt worden, dass der ...ausschuss des Vorstandes beschlossen habe, ihn ab dem 12.5.2011 befristet für die Dauer des Sonderurlaubes von Frau Mag.^a F, längstens jedoch bis zum 29. Februar 2012, in das Krankenhaus W zu versetzen (angemerkt sei, dass der DN auch auf diese Versetzung kein wie immer geartetes Recht gehabt hätte, sich die Dienstgeberin (DG) aber bemüht hatte, den Wünschen des Antragstellers nach Maßgabe der betrieblichen Möglichkeiten zu entsprechen). Während der Antragsteller offenbar den Zugang des Schreibens der Antragsgegnerin vom 16. Dezember 2010 noch als rechtliche Selbstverständlichkeit angesehen habe (und zwar völlig zurecht auf Grundlage des oben dargestellten Sachverhaltes und der für jedermann, somit auch für den Antragsteller eindeutigen Rechtslage), habe ihm offenbar im Verlauf der Zeit nach dem 16. Dezember 2010 gedämmert, dass tatsächlich das Ende seiner befristeten Versetzung genahet und er auf irgend eine Art und Weise tätig werden habe müssen, um sich, seinen privaten Gegebenheiten folgend, doch noch den Dienstort ... über den 11. Mai 2011 zu erhalten. Wie dem Antragsteller wohl bewusst gewesen sei (wie auch jedermann bewusst sein habe müssen), habe er kein Recht gehabt, welches er gegen die Antragsgegnerin lautend auf seinen weiteren Verbleib im Krankenhaus Z hätte ausüben und in weiterer Folge durchsetzen hätte können. So habe der Antragsteller offenbar zu einer Strategie gegriffen, die es ihm sehr wohl ermöglichen sollte, seinen weiteren Verbleib im Krankenhaus Z auch über den 11. Mai 2011 hinaus zu ermöglichen, und zwar unbefristet. Diese Strategie habe in einem mehrschichtigen Vorgehen bestanden: Die vom Antragsteller vertretene, mutterschaftsbedingt Abwesende habe zwar tatsächlich, wie vorgesehen, ihre mutterschaftsbedingte Abwesenheit beendet, habe sodann aber die Gewährung eines Sonderurlaubes ... beantragt, und zwar eines Sonderurlaubes unter Verzicht auf die Dienstbezüge. Dieser Sonderurlaub sei der Genannten seitens der Antragsgegnerin bewilligt worden, da die Antragsgegnerin stets bemüht sei, nach Maßgabe der betrieblichen Möglichkeiten den Wünschen ihrer Dienstnehmer/innen zu entsprechen. Bei einem solchen Sonderurlaub handle es sich nicht um eine mutterschaftsbedingte Abwesenheit. Freilich sei für den Antragsteller voraussehbar gewesen, dass ihm diese arbeitsrechtliche Argumentationslinie letztlich nur einen Zeitgewinn bringen könne, sei doch der oben angeführte Sonderurlaub nur bis zum 5. Jänner 2012 gewährt worden und sei sol-

cher Art klar gewesen, dass die befristete Versetzung des Antragstellers in das Krankenhaus Z spätestens mit dem 5. Jänner 2012 enden werde, ohne dass es in weiterer Folge auch nur den Ansatz einer weiteren arbeitsrechtlichen Argumentationslinie gegeben hätte. Deshalb habe sich der Antragsteller an die von ihm in Anspruch genommene Karenz erinnert und habe versucht, daraus eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts abzuleiten. Diese Argumentationslinie zum Thema Diskriminierung auf Grund des Geschlechts im Zusammenhang mit dem vom Antragsteller in Anspruch genommenen Karenzurlaub habe den Antragsteller freilich für sich alleine gesehen nicht zum Ziel führen können. Es habe dazu bedurft, nämlich für eine letztlich unbefristete Versetzung des Antragstellers in das Krankenhaus Z auch der weiteren Argumentationslinie, dass es sehr wohl die Möglichkeit einer unbefristeten Versetzung des Antragstellers in das Krankenhaus Z gegeben hätte, dem Antragsteller aber diese unbefristete Versetzungsmöglichkeit wegen seiner Diskriminierung auf Grund des Geschlechts verwehrt worden sei. Für eine solche unbefristete Versetzung des Klägers in das Krankenhaus Z habe es aber darüber hinaus auch eines entsprechenden frei werdenden bzw. frei gewordenen Dienstpostens bedurft. Hier habe der Antragsteller zu argumentieren versucht, es wäre ein solcher Dienstposten tatsächlich frei geworden, man hätte ihn bei der Bestellung dieses frei gewordenen Dienstpostens übergangen und man hätte solcher Art rechtswidrig seinen Verbleib im Krankenhaus Z auf einem frei gewordenen (unbefristeten) Dienstposten vereitelt. Zur Begründung dieser Argumentationslinie habe sich der Antragsteller diverser Anschuldigungen gegen den ... Leiter des Krankenhauses Z bedient. Durch die Schilderung von dramatischen Vorgängen sollte nachgewiesen werden, dass die Diskriminierung des Antragstellers auf Grund des Geschlechts ihren Ausgangspunkt vom ... Leiter genommen habe. Dazu sei eine dramatische Szene aus dem Operationsaal geschildert worden. Nachstehend werde seitens der Antragsgegnerin dargetan, dass keiner dieser Argumentationslinien des Antragstellers auch nur im Ansatz Berechtigung zukomme, sondern - im Gegenteil - die Antragsgegnerin sich dem Antragsteller gegenüber stets rechts- und vertragskonform verhalten habe und nach Maßgabe der betrieblichen Möglichkeiten auch den aus dem privaten Bereich resultierenden Wünschen des Antragstellers nachzukommen bereit gewesen sei. Der Antragsteller habe behauptet, wegen der Inanspruchnahme seines Karenzurlaubes vom 1. Dezember 2009 bis zum 31. Dezember 2010 benachteiligt worden zu sein. Er habe weiter behauptet, wegen dieser Inanspruchnahme seines Karenzurlaubes einen

unbefristeten Dienstposten im Krankenhaus Z nicht erhalten zu haben, obwohl er für eine solche unbefristete Beschäftigung im Krankenhaus Z „an der Reihe“ gewesen wäre. Angeführt werde die Pensionierung der Angestellten, Frau D, und angesprochen werde weiters der aus diesem Anlass frei werdende Dienstposten, der laut Aussage des Betriebsrates dem Antragsteller gebührt habe. Angeführt würden zur Bekräftigung des Vorwurfes des Antragstellers Vorfälle, die sich im Zusammenhang mit dem ... Leiter des Krankenhauses Z ereignet hätten, wobei konkret ein mit einem „Gedächtnisprotokoll“ unterlegter Vorfall vom 24. Jänner 2011 im Operationssaal ... des Krankenhauses Z geschildert werde. Der DN schildere, wie ihm von Seiten des ... Leiters ohne Vorwarnung ein zusammengeballtes grünes Tuch an die Brust geworfen worden sei. Der Antragsteller spreche weiter von einer erheblichen Wurfgeschwindigkeit und geraden Flugbahn sowie davon, dass er weder seine Hände rechtzeitig zum Schutz vor die Brust bringen noch einen Schritt zurückweichen habe können und das Tuch von seiner Brust abprallend am Boden gelandet sei. Laut dem Verlangen der GAW sei der Antragsteller geschockt gewesen. Betrachtet man diese Vorwürfe gegen den ... Leiter, erhalte man den Eindruck, der ... Leiter habe den Antragsteller gleichsam mit einem Wurtgeschoß angegriffen und „abgeschossen“ und den Antragsteller dadurch schwer schockiert. Nun verschweige der Antragsteller freilich den Ablauf in einem Operationssaal, der unter anderem darin bestehe, dass sich ein/e Operateur/in nach dem Waschen seiner/ihrer Hände mit einem kleinen (tatsächlich grünen) Tuch seine/ihre Hände abtrocknet und dieses kleine Tuch sodann dem/r Nächststehenden „zuschupft“, damit es diese/r in den zur Entsorgung bereitstehenden Behälter werfe. Bereits die geringe Größe dieses kleinen, ausschließlich zur Abtrocknung der Hände gedachten Tuches mache deutlich, wie sehr der Antragsteller bemüht sei, diesen „Vorfall“ als einen „gefährlichen Angriff“ ihm gegenüber darzustellen. Ein solches dem Antragsteller zur Entsorgung „zugeschupftes“ Tuch vermöge weder eine Wucht noch eine Wurfgeschwindigkeit zu entwickeln, es vermöge daher auch nicht vom Körper abzuprallen und irgendjemanden zu schockieren. Wenn man dann noch wisse, dass der Antragsteller (den maßgeblichen Bestimmungen entsprechend) einen Bleimantel mit einer Dicke von 5 mm getragen habe, könne man bei der Lektüre der Schilderung des Antragstellers wohl nur mehr den Kopf schütteln. Die Dramatik, mit der der Antragsteller diesen Vorfall schildere und ihn zu einem gefährlichen körperlichen Angriff aufbauschen wolle, entlarve das Motiv des Antragstellers, dem ... Leiter ein nicht nur ehrenrühriges, sondern ein geradezu

rechtswidriges Verhalten zu unterstellen. In dieser Richtung versuche der Antragsteller weiter zu argumentieren, wenn er Aussagen Dritter zitiere, und zwar über angebliche „Sager“ des ... Leiters. Eine solche Argumentationslinie „vom Hören sagen“ sei nicht nur unzulässig, sondern geradezu unerträglich. Unerfindlich bleibe, wieso der ... Leiter ... mit einer Vielzahl von beschäftigten Ärzten/innen und Diplomierten wegen der Inanspruchnahme eines Karenzurlaubes durch eine/n Einzelnen, gegenständig durch den Antragsteller, ins Toben“ geraten solle. Es würden sich somit sämtliche Versuche des Antragstellers entlarven, dem ... Leiter ein verwerfliches und geradezu rechtswidriges Verhalten zu unterstellen, als untauglich, so werde die Strategie des Antragstellers vollends entlarvt, betrachte man den Zeitablauf: Der vom Antragsteller geschilderte Vorwurf im Operationssaal habe sich am 24. Jänner 2011 ereignet. Bereits mehr als einen Monat zuvor, nämlich mit Schreiben vom 16. Dezember 2010, sei dem Antragsteller von ... der Antragsgegnerin mitgeteilt worden, dass seine befristete Versetzung in das Krankenhaus Z am 11. Mai 2011 enden werde. Noch dazu komme, dass die arbeitsrechtlichen Entscheidungen der Antragsgegnerin ... nicht von Mitgliedern der kollegialen Führung der ...krankenhäuser und demgemäß auch nicht vom ... Leiter eines ... Krankenhauses getroffen werde. All dies könne aber ohnehin auf sich beruhen, da der Antragsteller im Rahmen seiner Argumentation einen Tatbestand voraussetze, der bis heute nicht erfüllt worden sei, nämlich den Tatbestand eines zu besetzenden Dienstpostens, bei dessen Besetzung er rechtswidrig übergegangen worden wäre. Es sei zwar richtig, wie der Antragsteller dies anführe, dass die Angestellte, Frau D, in den Ruhestand getreten sei und ihr Dienstposten, nämlich jener der Stellvertreterin/des Stellvertreters der Leitung ... zur Besetzung und zuvor zur Ausschreibung gelangt sei. Allerdings habe sich der Antragsteller auf diese Stellenausschreibung vom 20. Dezember 2010 nicht beworben, wie wohl ihm dies bis zum 31. Jänner 2011 möglich gewesen wäre. Abgesehen davon, dass sich der Antragsteller um diese Stelle nicht beworben habe, sei diese Stelle ab dem 1. April 2011 lediglich befristet besetzt worden, die Befristung ende erst im Verlauf des Jahres 2012. Aus Anlass dieses Besetzungsvorganges und wegen der befristet erfolgten Besetzung sei bis heute kein weiterer Dienstposten frei geworden, der hätte besetzt werden können und dem zufolge sei es auch bis heute zu keinem weiteren Ausschreibungs- und Besetzungsvorgang gekommen, aus dessen Anlass der Antragsteller hätte übergegangen oder sonst benachteiligt werden können. Sollte die befristete Besetzung des Dienstpostens der Stellvertreterin/des Stellvertreters ...

in weiterer Folge tatsächlich unbefristet erfolgen, so werde je nach den sodann gegebenen betrieblichen Notwendigkeiten und auch unter Berücksichtigung der ... vorgegebenen Rahmenbedingungen bezogen auf den Dienstpostenplan eine entsprechende Stellenausschreibung und in weiterer Folge Stellenbesetzung erfolgen. Sollte es zu einem solchen Vorgang kommen, stehe es dem Antragsteller frei, sich zu bewerben. Aus all dem folge, dass es für den Antragsteller unter Beachtung der rechtlichen Rahmenbedingungen bis heute nicht möglich gewesen sei, eine unbefristete Versetzung in das Krankenhaus Z zu erwirken. Dies gelte auch für die Behauptung des Antragstellers, er wäre auf einen „unbefristeten Dienstposten“ im Krankenhaus Z zu bestellen gewesen. Für eine derartige Besetzung eines Dienstposten im Krankenhaus Z ... habe es weder Gelegenheit noch Veranlassung gegeben, da mit Ausnahme des tatsächlich befristet besetzten, oben angeführten Dienstpostens keine weitere Ausschreibung und Besetzung angefallen sei. Für den einzig frei gewordenen und ... nach vorheriger Stellenausschreibung besetzten Dienstposten habe sich der Antragsteller nicht beworben. Wenn der Antragsteller vermeine, der Betriebsrat hätte ihm mitgeteilt, er wäre der nächste in der Reihe für eine unbefristete Beschäftigung, so sei dies wenig glaubwürdig, inhaltlich jedenfalls aber unrichtig. Der Betriebsrat wisse sehr wohl, dass es die Sache des ...ausschusses des Vorstandes sei, ob und gegebenenfalls mit welchem/r Dienstnehmer/in ein frei werdender Dienstposten zu besetzen sei. Überdies sei die Besetzung des mit 1. April 2011 frei gewordenen Dienstpostens, wie oben angeführt, im Rahmen einer Befristung erfolgt und alleine deshalb sei es bis heute nicht zur Ausschreibung eines weiteren „unbefristeten Dienstpostens“ im Krankenhaus Z gekommen. Wenn der Antragsteller vermeine, er habe sich im Krankenhaus W auf neue Gegebenheiten einstellen müssen, so sei unklar, wovon der Kläger spreche. ... Außerdem sei es nicht richtig, dass der Antragsteller immer nur im Rahmen eines einzigen Teams im Krankenhaus Z verwendet worden sei. Wenn der Antragsteller sich darüber beschwere, ihm sei die Stellenausschreibung vom Dezember 2010, wirksam bis Ende Jänner 2011, nicht mitgeteilt worden, so übersehe er die ihm seit vielen Jahren bekannten Üblichkeiten in den Abläufen im Bereich des Antragsgegnerin. Die Abläufe zum Thema von Stellenausschreibungen seien auch im Krankenhaus Y nicht anders, als im Bereich ... und damit im Bereich der Krankenhäuser Z und W. Eine gesonderte „Einladung“ an den Antragsteller, sich für die ausgeschriebene Stelle zu bewerben, habe es freilich nicht gegeben, weil eine derartige gesonderte Einzeleinladung an keine/n Angestellte/n

der Antragsgegnerin ergehe. Wenn in dem Verlangen der GAW behauptet werde, auch bisher hätten sich Personen in einem befristeten Dienstverhältnis nie um eine unbefristete Stelle bewerben müssen, so sei die Informationsquelle der GAW fehlerhaft. Wenn die GAW ausführe, der Antragsteller sei weiterhin nur befristet beschäftigt, so sei dies unrichtig. Der Antragsteller stehe unzweifelhaft und für jedermann offenkundig in einem unbefristeten Dienstverhältnis zur Antragsgegnerin.

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, X, 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 in § 3 GIBG die Wortfolge „insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- und Familienstand“ aufgenommen. Dadurch wurde unter anderem klargestellt, dass der Umstand, ob man Kinder hat, bei Maßnahmen im Anwendungsbereich des GIBG nicht zum Anlass für Benachteiligungen genommen werden darf.¹

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

¹ Vgl. die Erläuternden Bemerkungen, 307 BlgNR 22. GP 10

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 der 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 wurden insbesondere die Umstände des zunächst Auslaufens der befristeten Versetzung des Antragstellers im Krankenhaus Z und die damit im Weiteren erfolgte befristete Versetzung in das Krankenhaus W, sowie die damit verbundene erschwerte Erlangung einer unbefristeten Versetzung von ... nach ... in Zusammenhang mit der Inanspruchnahme einer Karenz des Antragstellers auf eine mögliche Diskriminierung nach dem GIBG untersucht.

Frauen sind in besonderem Ausmaß mit allfälligen Benachteiligungen, die aus dem Karenzurlaub herrühren, konfrontiert. Männer, die eine Väterkarenz in Anspruch nehmen, können jedoch mit denselben Schwierigkeiten wie Frauen konfrontiert werden. In der RL 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in der Arbeits- und Beschäftigungsfragen wird der Vaterschaftsurlaub eigens erwähnt, da dieser eine Möglichkeit darstellt, die Gleichstellung zwischen Männern und Frauen voranzutreiben. Das Ziel des GIBG ist die Gleichstellung von Männern und Frauen. Männer, die Benachteiligungen im Zuge einer Väterkarenz ausgesetzt sind, sind vom Schutz des GIBG umfasst.

Der Senat I der GBK ist nach der Durchführung des Verfahrens und auf Grund der vorliegenden Unterlagen und Aussagen der befragten Auskunftspersonen zur Auffassung gelangt, dass es zu einer Diskriminierung auf Grund des Familienstands bei den „sonstigen Arbeitsbedingungen“ gekommen ist.

Es wurden vom erkennenden Senat folgende Auskunftspersonen als Zeugen/innen geladen und in einer gemeinsamen Befragung befragt: der Antragsteller, Frau ... Mag.^a G, Antragsgegnervertreterin in Begleitung der rechtsfreundlichen Vertretung, Herr ... Dr. B, Herr ... H, Frau C, Frau D und Herr I.

In seiner Befragung betonte der Antragsteller nochmals, dass es ihm stets um eine unbefristete Versetzung nach ... gegangen sei. Er könne das Auslaufen der befristeten Versetzung in das Krankenhaus Z nicht verstehen, da es keinen Grund dafür ge-

geben habe. Momentan sei er befristet in das Krankenhaus W versetzt. In diesem Krankenhaus sei es für ihn viel schwerer auf Dauer nach ... versetzt zu werden. Das Verfahren vor dem Senat I der GBK sei kein Spaß für ihn. Er habe sich vom ersten Tag an bemüht, seine Arbeit zur Zufriedenheit der Antragsgegnerin zu leisten und werde dies auch in Zukunft tun. Er sei bis auf die Begebenheit mit Herrn ... Dr. B sowohl mit seinen Vorgesetzten als auch mit seinen Kollegen/innen immer gut ausgekommen. Er habe mit diesem Verfahren keine Strategie verfolgt. Dieser Vorhalt habe den Antragsteller doch sehr betroffen gemacht.

Auf Nachfrage des Senates I der GBK erklärte der Antragsteller, dass durch die Situation im Operationssaal mit Herrn ... Dr. B natürlich keine bedrohliche Situation für seine körperliche Integrität entstanden ist. Er habe nie wollen, dass dieser Eindruck entstehe. Es sei ihm vielmehr darum gegangen, dass dieser Vorfall und das danach Gesagte für den Antragsteller eine große Respektlosigkeit dargestellt habe. Der Antragsteller verfüge über einen unbefristeten Dienstvertrag mit der Antragsgegnerin. Es gehe um eine unbefristete Versetzung nach Dazu bedarf es jedoch eines freien Dienstpostens, auf dem man sich zu bewerben habe. Nach einem Auswahlverfahren bestehe die Möglichkeit, dass der ...ausschuss des Vorstandes der Antragsgegnerin diesen Dienstposten mit dem Antragsteller besetze. Es gebe weder ein Senioritätsprinzip noch eine Rangfolge mit Nachfolgerecht. Einzig bei Bewerbern/innen mit gleicher Qualifikation würde nach der Dienstdauer bei der Antragsgegnerin entschieden werden.

Die rechtsfreundliche Vertretung der Antragsgegnerin brachte in der mündlichen Befragung vor, dass die Antragsgegnerin sich besonders um den Antragsteller bemüht habe und diesem mehrfach entgegengekommen sei, in dem sie es möglich gemacht habe, dass dieser nach ... zur weiteren Verwendung versetzt werden habe können. Deshalb könne schon im Ansatz nicht von einer Diskriminierung gesprochen werden. Auf Frage des erkennenden Senates, wieso man die befristete Versetzung in das Krankenhaus Z habe auslaufen habe lassen, teilte die rechtsfreundliche Vertretung mit, dass sich die OGH-Judikatur zu Befristungen auch Fälle der befristeten Versetzung bei Vorliegen eines unbefristeten Dienstvertrages ausdehnen lasse. Es habe jedenfalls keiner Begründung betreffend des Auslaufens der befristeten Versetzung bedurft. Ergänzend brachte Frau ... Mag.^a G als Arbeitgebervertreterin vor, dass man von Seiten der Antragsgegnerin einigermaßen irritiert gewesen sei, dass der Antragsteller dieses Verfahren angestrengt habe, da man sich doch für den Antragsteller

eingesetzt habe, dass dieser in weiter in ... bleiben könne. Zuletzt sei die befristete Versetzung nach ... bis Februar 2013 verlängert worden. Die Antragsgegnerin unterliege einem strengen Dienstpostenplan, über den man nicht hinausgehen könne. Man werde sich weiterhin bemühen, dem Antragsteller zu ermöglichen, dass er in ... bleiben könne. Daher könne man diese Vorgehensweise nicht verstehen.

Der Senat I der GBK gelangt auf Grund der glaubwürdigen Aussagen des Antragstellers und der befragten Auskunftspersonen, Frau D und Herrn I, zu der Ansicht, dass das Auslaufen der befristeten Versetzung im Krankenhaus Z in einem Zusammenhang mit dem Wunsch des Antragstellers, in Väterkarenz zu gehen, stand.

Der Antragsteller erweckte nicht den Anschein, dass er mutwillig falsche Anschuldigungen gegen seine Vorgesetzten erhebt. Er zeigte sich in der Befragung auf Grund der Vorfälle unter anderem auch enttäuscht, da er ganz offensichtlich sehr gerne bei der Antragsgegnerin arbeitet und eine große Wertschätzung gegenüber seiner Arbeitgeberin zeigt. Frau D, die ehemalige stellvertretende Abteilungsleiterin des Antragstellers, und sein ehemaliger Arbeitskollege, Herrn I, haben den Antragsteller als einen sehr qualifizierten, teamorientierten und mit Patienten/innen sehr gut umgehenden Mitarbeiter beschrieben. In der ...abteilung sei man sehr froh darüber gewesen, dass der Antragsteller in diese Abteilung versetzt worden sei. Auch Herr ... Dr. B konnte trotz mehrfacher Nachfrage durch die Mitglieder des Senates I der GBK nicht den Grund für das Auslaufen der befristeten Versetzung nennen. Er teilte lediglich mit, dass es immer wieder der Fall sei, dass befristete Mitarbeiter/innen gehen müssten.

Auch auf Grund der ausgezeichneten Dienstbeschreibung, die von Herrn ... Dr. B unterfertigt worden ist, ist das Vorgehen, die Befristung des Antragstellers, der von den Auskunftspersonen als höchst qualifiziert für den Posten im Krankenhaus Z beschrieben worden ist, auslaufen zu lassen und für die relativ kurze Dauer des Sonderurlaubes von Frau C eine externe Person aufzunehmen, für Senat I der GBK zu hinterfragen gewesen.

Auf Grund der zeitlichen Nähe zwischen der Väterkarenz des Antragstellers und dem Auslaufen der befristeten Versetzung ins Krankenhaus Z, ohne dass vorher eine Verfehlung durch ihn erfolgt ist, geht der Senat I der GBK davon aus, dass die Inanspruchnahme der Väterkarenz durch den Antragsteller der Grund für das Auslaufen der Befristung gewesen ist. Vom erkennenden Senat wird nicht bestritten, dass Mit-

arbeiter der Antragsgegnerin auf Grund des vorhandenen Dienstrechts eher die Möglichkeit haben und nutzen, in Väterkarenz zu gehen. Die Inanspruchnahme der Väterkarenz durch einen befristet versetzten Mitarbeiter dürfte aber dem ... Leiter des Krankenhaus Z zum Missfallen gereicht haben.

Im Ermittlungsverfahren konnte festgestellt werden, dass sich Herr ... Dr. B beim zuständigen Personalreferenten der Antragsgegnerin, Herrn ... F, erkundigt hat, wie mit Befristungen umzugehen ist. Dies erscheint dem erkennenden Senat in seiner Würdigung der Umstände wichtig, da Herr ... Dr. B doch seit einigen Jahren ... Leiter des Krankenhauses Z, und damit Vorgesetzter der dort beschäftigten Mitarbeiter/innen ist, und es in dieser Zeit mit Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit befristete Dienstverträge und befristete Versetzungen gegeben hat. Es dürfte daher erst aus Anlass der Väterkarenz des Antragstellers für ihn ein Grund bestanden haben, betreffend den Umgang mit befristeten Mitarbeitern/innen und dem Auslaufen von Befristungen in der zuständigen Personalabteilung nachzufragen.

Frau D und Herr I bestätigten die Annahme des Senates I der GBK, dass zwischen der Inanspruchnahme der Väterkarenz und dem Auslaufen der befristeten Versetzung des Antragstellers in das Krankenhaus Z ein Zusammenhang bestanden hat. Frau D habe ein Gespräch mit Herrn ... Dr. B geführt, in dem er gegenüber Frau D erklärt habe, dass der Antragsteller gehen müsse. Normalerweise wäre die Versetzung auch für die Zeit des Sonderurlaubes von Frau C verlängert worden. Im Fall des Antragstellers sei dies vom ... Leiter des Krankenhauses Z abgelehnt worden, obwohl dies zum Nachteil der Abteilung gewesen sei. Man habe für eine kurze Zeit eine neue Kraft einschulen müssen, die aber nach der Einarbeitungsphase wieder gehen müssen. Sowohl Frau D als auch Herr I sagten in ihrer Befragung aus, dass dem Auslaufen der befristeten Versetzung keine Unregelmäßigkeit oder gar Verfehlung des Antragstellers vorausgegangen sei. Der Antragsteller sei der erste Mann in ihrer Abteilung gewesen, der eine Väterkarenz in Anspruch genommen habe.

Unter Mithilfe des Betriebsrates, Herrn E, wurde dem Antragsteller in weiterer Folge durch die Antragsgegnerin ermöglicht, in das Krankenhaus W zu wechseln, so dass er weiterhin in ... für die Antragsgegnerin tätig sein kann. Im Verlangen der GAW wird die Frage aufgeworfen, dass der Antragsteller mit dem Auslaufen der befristeten Versetzung im Krankenhaus Z und der nunmehrigen befristeten Versetzung in das

Krankenhaus W weitaus schwieriger eine unbefristete Versetzung erreichen wird können, als im Krankenhaus Z.

Vorab ist als positiv festzuhalten, dass die Antragsgegnerin sich weiterhin bemüht hat, es dem Antragsteller zu ermöglichen, in ... zu bleiben.

Der Senat I der GBK ist auch der Frage nachgegangen, ob sich Mitarbeiter/innen der Antragsgegnerin, die auf einem befristeten Dienstposten sitzen, eigens für einen unbefristeten Dienstposten bewerben müssen. Laut Dienstordnung ist dies so vorgeschrieben. Es dürfte aber de facto so sein, dass befristet beschäftigte Mitarbeiter/innen natürlich bei Freiwerden eines Dienstpostens, wenn sie eine entsprechende Dienstbeschreibung haben, zunächst bei der Besetzung dieses Planpostens berücksichtigt werden. Es wäre ja lebensfremd anzunehmen, dass man Befristungen von bereits eingearbeiteten Mitarbeitern/innen auslaufen lässt und im Gegenzug externe Personen auf unbefristete Dienststellen setzt. Daher ist in diesem Punkt der erkennende Senat den glaubhaften Ausführungen des Antragstellers gefolgt, dessen Aussagen auch durch Auskunftspersonen bestätigt worden sind. Herr I hat angegeben, dass er zunächst als Karenzvertretung beschäftigt gewesen sei und habe, ohne sich eigens auf einen unbefristeten Posten bewerben zu müssen, eine unbefristete Stelle erhalten. Auch die ehemalige Abteilungsleiterin vom Antragsteller, Frau C, zeigte sich in ihrer Befragung auf das Nachfragen des Senates I der GBK verwundert, ob man sich neu bewerben müsse, wenn ein/e Mitarbeiter/in befristet eingestellt worden ist. Auf weiteres Nachfragen des erkennenden Senates verneinte diese die Notwendigkeit sich nochmals bewerben zu müssen. Diese Aussagen wurden als glaubhafter und lebensnaher als der Seite der Antragsgegnerin angesehen.

Eine **Diskriminierung** auf Grund des **Geschlechtes** bei den **sonstigen Arbeitsbedingungen** gegenüber dem Antragsteller liegt daher vor.

Gemäß § 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz hat der Senat, wenn er der Auffassung ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, dem/der Arbeitgeber/in oder in Fällen in Zusammenhang mit einer sonstigen Diskriminierung in der Arbeitswelt dem/der für die Diskriminierung Verantwortlichen (...) schriftlich einen Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes zu übermitteln und ihn/sie aufzufordern, die Diskriminierung zu beenden. Für die Umsetzung des Vorschlags ist eine Frist von zwei Monaten zu setzen. Wird einem Auftrag nach § 12 Abs. 4 GBK/GAW-Gesetz nicht nachgekommen, kann jeder der im jeweiligen

Senat vertretenen Interessensvertretungen beim zuständigen Arbeitsgericht oder Zivilgericht auf Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes klagen.

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

1. Die Personalstelle der Antragsgegnerin hat den Antragsteller explizit auf freie Stellen als ... innerhalb der Antragsgegnerin hinzuweisen.
2. Der Antragsteller hat bei einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 3 Z 6 GIBG gemäß § 12 Abs. 6 GIBG Anspruch auf Gewährung der gleichen Arbeitsbedingungen wie ein/e Arbeitnehmer/in des anderen Geschlechtes oder auf Ersatz des Vermögensschadens und auf Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

Wien, 31. Jänner 2012

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK