

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 13. November 2019 über den am 29. Dezember 2017 eingelangten Antrag der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **Mag.^a (FH) A (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen** gemäß **§ 3 Z 5 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idgF) und **bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** durch die **X GmbH (Antragsgegnerin)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idgF), zu GZ GBK I/802/17, zu folgendem

PRÜFUNGSERGEBNIS:

1. **Mag.^a (FH) A ist nicht aufgrund des Geschlechtes beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen gemäß § 3 Z 5 GIBG durch die X GmbH diskriminiert worden.**
2. **Mag.^a (FH) A ist nicht aufgrund des Geschlechtes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG durch die X GmbH diskriminiert worden.**

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

VORBRINGEN

Im Antrag wurde im Wesentlichen Folgendes vorgebracht:

Die Antragstellerin sei von März 2009 bis 31. Dezember 2017 bei der Antragsgegnerin beschäftigt gewesen. Das Arbeitsverhältnis habe durch Kündigung der Arbeitgeberin geendet.

Die Antragstellerin habe eine HBLA für wirtschaftliche Berufe und ein Studium an der Fachhochschule für Tourismus-Management absolviert. Sie sei zuvor als Assistenz einer Verlagsleitung und in einer Marketingabteilung beschäftigt gewesen.

¹ Vgl. z.B. VfSlg. 19.321.

Sie habe sich Ende 2008 als Stellvertretende Marketingleiterin der Antragsgegnerin beworben. Bereits bei ihrer Bewerbung über das HR-Consulting Unternehmen Y habe ihr Mag. B mitgeteilt, dass die Antragsgegnerin mit dieser Stelle eine Nachfolge für den derzeitigen Marketingleiter aufbauen wolle, der in Pension gehen werde. Aus diesem Grund übernehme er selbst die Einschulung und sei auch keine Einarbeitung durch eine/n allfällige/n Vorgänger/in im Bereich Stellvertretung möglich. Auch der Marketingleiter selbst, C, habe von Beginn an kommuniziert, dass er in Pension gehen wolle. Allerdings habe sich bald herausgestellt, dass dies eher mittel- oder langfristig erfolgen würde.

Die Antragstellerin habe ihre Aufgabe als Stellvertretende Marketingleiterin immer zur vollsten Zufriedenheit ihrer Vorgesetzten ausgeführt, was sich auch in ausgezeichneten Beurteilungen im Rahmen der unternehmensinternen einmal jährlich durchgeführten Jahresgespräche niedergeschlagen habe. C habe immer deutlich gemacht, dass er die Antragstellerin zu seiner Nachfolgerin machen wolle. Er habe dies auch explizit in den Jahresgesprächen angesprochen. Im Mai 2015 sei eine Jobbeschreibung (intern ... genannt – ...) für die Stelle der Marketingleitung Stellvertretung auf Basis der tatsächlich ausgeführten Aufgaben der Antragstellerin erstellt worden. Sie habe weitreichende Aufgaben und Kompetenzen umfasst. Insbesondere die genannten Kompetenzen im Bereich der Planung, Budgetüberwachung, Kampagnengestaltung, Einsatz des Media-Mix und Kommunikation mit Agenturen sowie PR-Agenden machen deutlich, dass die Marketingleitung Stellvertretung mit weitreichender Verantwortung und Kompetenz versehen gewesen sei. Dies werde auch im Dienstzeugnis ersichtlich, welches die Antragstellerin im Zuge der Beendigung erhalten habe.

Im Februar 2017 habe C angekündigt, dass er Ende 2017 in Pension gehen werde. Die Antragstellerin habe daraufhin bekräftigt, dass sie ihm gerne auf die Stelle nachfolgen würde und habe um diesbezügliche Berücksichtigung im Bewerbungsverfahren gebeten. Sie sei jedoch nie von der Geschäftsführung kontaktiert worden. Auch eine Ausschreibung für die Stelle der Marketingleitung oder ein offenes Bewerbungsverfahren haben nicht stattgefunden.

Im Juli 2017 habe der Geschäftsführer D der Marketing-Abteilung mitgeteilt, dass DI (FH) E, MBA der neue Leiter der Marketing-Abteilung werden solle. Dieser sei bis ca. ein Jahr davor Assistent von D gewesen und habe nach einer nicht erfolgten Weiterentwicklungsmöglichkeit im kaufmännischen Bereich das Unternehmen verlassen. DI (FH) E, MBA habe Prozessmanagement an einer FH studiert und laut Kenntnis der Antragstellerin über keine umfangreiche Arbeitserfahrung im Bereich Marketing verfügt. Dies sei durch D bestätigt worden, der bei der Information zur Nachfolge erwähnt habe, dass E keine Marketing-Erfahrung besitze. Er sei überdies dienstjünger und weniger erfahren als die Antragstellerin.

Bei o.a. Information zur Nachfolge durch den Geschäftsführer sei ausdrücklich erwähnt worden, dass C bis Jahresende Abteilungsleiter sei und DI (FH) E, MBA bis Jahresende schrittweise

eingearbeitet werde. C habe sich ab Anfang September 2017 im Krankenstand befunden, sodass die Antragstellerin (wie bei jeder Abwesenheit von C) die Stellvertretung übernommen habe. Es habe keine Information gegeben, dass die Abteilungsleitung durch den Krankheitsfall bereits an E übergehen solle. In dieser Zeit habe die Geschäftsführung jedoch nicht mit ihr kommuniziert, sondern mit DI (FH) E, MBA, was zu problematischen Informationsdefiziten geführt habe. Am 20. September 2017 habe daher die Antragstellerin an C (der während seinem Krankenstand erreichbar gewesen sei) geschrieben und die unklare Situation geschildert. C habe die E-Mail erhalten und beantwortet, sei jedoch nicht auf die Frage der unklaren Verantwortung innerhalb der Abteilung eingegangen. Am 27. September 2017 sei die Antragstellerin gekündigt worden.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerin übermittelten Stellungnahme vom 23. Februar 2018 bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

1. Außerstreitstellungen:

Außer Streit gestellt werde, dass die Antragstellerin in der Zeit von 2. März 2009 bis 31. Dezember 2017 im Unternehmen der Antragsgegnerin beschäftigt gewesen sei.

Zutreffend sei ferner, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund einer am 27. September 2017 ausgesprochenen Arbeitgeberkündigung zum 31. Dezember 2017 geendet habe.

Außer Streit gestellt werde schließlich, dass DI (FH) E, MBA seit 17. Juli 2017 als Nachfolger des mittlerweile in den Ruhestand getretenen Marketingleiters, C, im Unternehmen der Antragsgegnerin beschäftigt sei.

2. Zu den Anforderungen betreffend Marketing und die geänderten Rahmenbedingungen:

2.1. Die Marketingabteilung der Antragsgegnerin habe sich sowohl in organisatorischer als auch personeller Hinsicht – entsprechend den allgemeinen Anforderungen an Marketingstrategien in Österreich – im Allgemeinen und seit dem Eintritt der Antragstellerin in das Unternehmen der Antragsgegnerin massiv verändert.

Im April 2009, somit kurz nach Eintritt der Antragstellerin, sei die Abteilung durch den erfahrenen Marketingleiter, C, geführt worden. Unter C seien zum damaligen Zeitpunkt vier Mitarbeiter beschäftigt gewesen, nämlich die Antragstellerin als Marketingleiterin Stellvertreterin, F (ehemalige ...), G und H im Bereich „regionale Werbung“. Bis Mitte 2017 sei die Marketingabteilung stetig vergrößert und den Anforderungen entsprechend (siehe unten unter Punkt 2.2.) auch neue Positionen wie beispielsweise jene eines „Online-Marketing-Referent“ geschaffen worden. Die Position „Leiter Marketing“ sei bis zum Jahresende 2017 von C, einem

erfahrenen Kreativdirektor und Strategen, der durch seine fachliche Kompetenz und Führungsqualitäten die ihm übertragenen Aufgaben einschließlich der disziplinarischen Verantwortung stets zur vollsten Zufriedenheit der Antragsgegnerin erfüllt habe, ausgeübt worden.

Vor dem Hintergrund der ausstehenden Pension von C sei die Marketingabteilung umstrukturiert und neu aufgebaut worden. Aufgrund der Neuausrichtung haben sich dementsprechend auch die Anforderungen an die Aufgaben und Kompetenzen der Mitarbeiter verändert. Es sei eine Projektleiterstruktur eingezogen worden, wodurch die fachliche Qualifikation nicht mehr zentral beim Marketingleiter angesiedelt gewesen sei, sondern im Speziellen in den jeweiligen Projektleitern verankert sei. Die Bereiche "Interconnected Marketing", "Online Marketing", "Strategische Werbekonzepte" und "Operatives Marketing" seien umgebaut sowie teilweise neu eingeführt worden. Diese werden nunmehr jeweils von einem fachspezifischen Projektleiter betreut. Da die Anforderungen im Onlinebereich in den letzten Jahren vor allem betreffend Marketing massiv gestiegen seien, sei auf Seiten der Antragsgegnerin auf Onlinemarketing sehr großen Wert gelegt worden. Die Position "Online Marketing" sei seit 11. November 2013 mit Mag. (FH) I besetzt. Die Position "Interconnected Marketing", welche unter anderem die Bewertung, Planung und Aussteuerung von kompletten Werbekampagnen beinhalte, sei gänzlich neu geschaffen und von J, MA – welche langjährige Erfahrung im Marketingbereich besitze und zuletzt die Marketing-Leitung von Z, einem Mitbewerber der Antragsgegnerin, innegehabt habe – besetzt worden. Für die Position "Leiter-Marketing" seien nun aufgrund der Verteilung der fachlichen Qualifikationen für die unterschiedlichen Aufgaben (wie beispielsweise TV, Funk, Print, Online, etc.) geänderte Anforderungen maßgebend, insbesondere betriebswirtschaftlicher Background, Führungserfahrung und Führungskompetenz sowie Projektmanagementenerfahrung aus der Praxis samt Marketingwissen. Neben Fachqualifikation seien die Projektleiter auch aufgrund von Führungsqualifikation ausgewählt worden, weil den einzelnen Projektleitern selbst Mitarbeiter unterstellt seien oder in Zukunft unterstellt werden. Die noch aus der Zeit des Eintritts der Antragstellerin stammende Position der "Marketingleiterin Stellvertreterin" – welche zusätzlich im Bereich von Printprodukten angesiedelt gewesen sei – sei aufgrund der zwischenzeitig erfolgreich umgesetzten Umstrukturierung und Neuausrichtung nicht mehr vorhanden.

2.2. Speziell habe die Marketingabteilung der Antragsgegnerin ihren Schwerpunkt durch die Änderung der Marketingstrategien in Österreich stark von Printprodukten auf Onlineprodukte (Internet, Display-Kampagnen, Social-Media, E-Mail-Newsletter, Videostreams) verlagert. Die konzeptionelle Gestaltung, Abstimmung der Inhalte, Produktion der Layouts sowie Koordination und Buchung von Druck und Verteilung sei ein großer Aufgabenbereich in der Abteilung gewesen, welcher sich in den letzten Jahren stark auf die kreative Konzeption medienübergreifender Kampagnen sowie die strategische Ausrichtung in Mediamix und detaillierte Planung innerhalb der einzelnen Mediengattungen verlagert habe.

3. Die Positionen „Leiter-Marketing“ und „Marketingleiterin-Stellvertreterin“:

Bis zur Neuausrichtung der Marketingabteilung Mitte 2017 (siehe Punkt 2.1.) habe die Marketingabteilung aus dem Leiter Marketing, C, einer Stellvertreterin, der Antragstellerin, sowie weiteren Mitarbeitern bestanden. Die Antragstellerin, welche die nötige Fachkompetenz für die von ihr bekleidete Position mitgebracht habe, sei die auf Print-Marketing spezialisierte Ausführungskraft in der Abteilung von C gewesen und habe dessen Vorgaben umgesetzt. Die Arbeiten seien immer in Absprache mit C erfolgt.

Zusätzlich sei von der Antragstellerin die kurzfristige Vertretung des Marketingleiters übernommen worden, wenn C abwesend gewesen sei. Die Vertretung von C sei so aufgebaut gewesen, dass die Antragstellerin Entscheidungen ausführen oder aber an Mitarbeiter der Abteilung delegieren habe können. Sämtliche Kompetenzen der Vertretung seien in enger Abstimmung mit dem Leiter-Marketing selbst erfolgt. Die Vertretung von C habe sich immer auf fachliche Agenden beschränkt, eine disziplinäre Vertretung bzw. ein Tätigwerden als Führungskraft sei niemals gegeben und auch nicht benötigt worden. Da die unterschiedlichen Projekte im Bereich Marketing langfristig geplant werden, haben auch kurzfristige Vertretungen kein umfangreiches (zusätzliches) Arbeitsspektrum für die Antragstellerin mit sich gebracht.

Dass die Antragstellerin aufgrund ihrer Position als Marketingleiterin Stellvertreterin automatisch zur Marketingleiterin aufsteigen werde, sei von der Antragsgegnerin sowie vom Marketingleiter C nie geplant oder kommuniziert worden. Sie sei auch nie mit der disziplinären Vertretung der Marketingleitung betraut gewesen, habe dementsprechend keine disziplinäre Führungserfahrung. Es sei ihr Insbesondere von C nie vermittelt worden, dass er – zum Zeitpunkt ihrer Einstellung 53 Jahre alt – bald in Pension gehen werde. Seine Pensionierung sei zu diesem Zeitpunkt überhaupt kein Thema gewesen.

Gleichzeitig wäre es der Antragstellerin jedoch jederzeit möglich gewesen sich – über die fast acht Jahre ihrer Arbeitstätigkeit in der Antragsgegnerin – für die Stelle als Marketingleiterin zu etablieren. Das sei nicht geschehen!

Die Antragstellerin habe ohne Zweifel eine fachlich einwandfreie, für ihren Aufgabenbereich akzeptable Arbeitsleistung erfüllt, dies stets zur Zufriedenheit der Antragsgegnerin. Trotz ihrer langjährigen Mitarbeit im Unternehmen der Antragsgegnerin sei es ihr aber nicht gelungen, durch besonderes Engagement, Kreativität und Bereitschaft neue Herausforderungen anzunehmen und sich als potenzielle Kandidatin für eine Führungsposition zu etablieren.

4. Zur Beurteilung von Fachkompetenzen sowie Führungskompetenzen von Mitarbeitern der Antragsgegnerin im Allgemeinen:

4.1. Die Antragsgegnerin erstelle für jeden Mitarbeiter idR einmal im Geschäftsjahr eine Mitarbeiterbeurteilung (im Folgenden kurz: MBU). Bei dieser evaluiere die direkte Führungskraft des jeweiligen Mitarbeiters anhand von einheitlich definierten Kriterien die Leistung des Mitarbeiters in diesem Jahr. Der Prozess laufe folgendermaßen ab:

Optionale Selbsteinschätzung – Leistungsbeurteilung & Potenzialeinschätzung – Bewertungskonferenz – Mitarbeitergespräch – MA-Feedback während des Geschäftsjahres

So werden bei der Leistungsbeurteilung die einheitlich definierten Beurteilungskriterien, wie beispielsweise die Arbeitsqualität, Kundenorientierung und Arbeitsorganisation des jeweiligen Mitarbeiters evaluiert. Bei den Beurteilungskriterien werde zwischen „teilweise erfüllt“, „voll erfüllt“ und „übertroffen“ unterschieden, wobei „übertroffen“ die beste Beurteilung darstelle, d.h. die Leistung übertreffe die Anforderungen an die Position. Das Beurteilungskriterium „voll erfüllt“ zeichne somit im Unternehmen der Antragsgegnerin eine Leistung aus, die genau der Position entspreche.

Neben diesen Beurteilungskriterien im Rahmen der MBU gebe es die Möglichkeit betreffend die Potenzialeinschätzung. Bis zum Geschäftsjahr 2015/16 habe Potenzial rein für eine Führungskarriere vergeben werden können. Das Führungspotenzial zeichne sich dadurch aus, dass ein Mitarbeiter der Antragsgegnerin die Führungsrolle und Verantwortung bei neuen Aufgaben und Projekten übernehme, Veränderungen vorantreibe und den Wert von Mitarbeitern und Führungskräften verstehe. Seit dem Jahr 2016/17 könne zusätzlich zur Führungskarriere auch das Potenzial zur Fachkarriere vergeben werden. Die Fachfunktion zeichne sich dadurch aus, dass der Mitarbeiter eine fachliche Vorbildfunktion in seinem Bereich aufweise, komplexe Sachverhalte strukturieren und durchdenken könne sowie Leidenschaft für ein Fachthema besitze. „Keine Veränderung“ im Gesamtergebnis der Potenzialeinschätzung bedeute, dass dem Mitarbeiter kein Potenzial zur Übernahme einer Führungsfunktion oder/und einer Fachfunktion zugesagt werde, wohingegen „Vertikal Veränderung ca. 3 Jahre“ im Gesamtergebnis der Potenzialeinschätzung eine mögliche Führungs- und/oder Fachkarriere voraussetze.

Die MBUs schlagen sich final auch in einem Gesamtergebnis nieder, in dem die einzelnen Mitarbeiter in fünf Leistungskategorien unterteilt werden. Das Gesamtergebnis fasse ähnliche Mitarbeitergruppen zusammen und diene dazu, die Beurteilungen im direkten Vergleich zu betrachten. Diese Beurteilungen werden im Rahmen einer Bewertungskonferenz besprochen und können in diesem Rahmen nochmals geändert werden. Das Beurteilungskriterium „voll erfüllt“ stelle darin wieder eine Leistung dar, die der Position voll entspreche, wohingegen „übertroffen“ und „vielfach übertroffen“ eine überdurchschnittliche Leistung bestätigen. Zusätzlich werde aufgezeigt, welchem Mitarbeiter von den Entscheidungsträgern im Unternehmen der Antragsgegnerin Potenzial für eine Führungsposition in drei Jahren bzw. kurzfristig zugeschrieben werde. Eine Potenzialeinschätzung von „keine Veränderung“ sowie Leistung „voll erfüllt“ stelle somit die Beurteilung für die Leistung eines Mitarbeiters dar, welche für diese Position erwartet werde. Die Übernahme einer zukünftigen Führungs- und/oder Fachfunktion werde damit aber nicht bescheinigt.

In einem anschließenden Mitarbeitergespräch werden die Ergebnisse erörtert sowie künftige

Entwicklungsziele besprochen. Der Mitarbeiter bestätige mit seiner Unterschrift, dass er das Gespräch mit den Ergebnissen der MBU zur Kenntnis genommen habe.

4.2. Zusätzlich erstelle die Geschäftsführung der Antragsgegnerin gemeinsam mit der Leiterin Personal, aktuell Mag.^a K, jährlich eine interne Nachfolgeplanung, welche die Nachfolgekandidaten für Leitungspositionen der jeweiligen Abteilungen definiere. Bei den Nachfolgekategorien werde zwischen „Interimslösung“ – Kandidaten, die im Sinne einer Notbesetzung die Position temporär besetzen können, in der Regel bis der Idealkandidat gefunden werde – und kurzfristigen sowie mittelfristigen Nachfolgekandidaten unterschieden. Nachfolgekandidat „kurzfristig“ bedeute, dass der jeweilige Mitarbeiter der Antragsgegnerin alle notwendigen fachlichen Kompetenzen zur Ausübung der zukünftigen Stelle besitze oder diese schnell erlangen könne. Nachfolgekandidat „mittelfristig“ besage, dass der Mitarbeiter die notwendige Erfahrung und Kompetenz (Führungskompetenz und disziplinierte Verantwortung) für die nächste höhere Stelle innerhalb der nächsten drei Jahre erwerben könne. Mit den potenziellen Kandidaten werden Gespräche über die Bereitschaft bzw. künftigen Weiterbildungsmaßnahmen geführt.

5. Zu den Beurteilungen der verfahrensrelevanten Mitarbeiter der Antragsgegnerin im Besonderen:

5.1. Mag. (FH) I sei seit 11. November 2013 Mitarbeiter der Antragsgegnerin in der Position des Online-Marketing-Referenten, welche im Zuge der allgemeinen Anforderungen an Marketing-Strategien in Österreich im Laufe der Jahre neu geschaffen worden sei. Seine Aufgaben umfassen unter anderem die Planung, Konzeption, Umsetzung, Messung und Optimierung von Online-Marketing-Maßnahmen, wie z.B. Display Kampagnen, Google-Kampagnen, E-Mail-Newsletter, Facebook-/Twitter-Posts; die Verlängerung von Online Image-Kampagnen im Bereich Markenkommunikation sowie die Weiterentwicklung der Online-Maßnahmen. Vor seiner aktuellen Position sei Mag. (FH) I knapp zehn Jahre in leitenden Positionen im Marketing tätig gewesen. Mag. (FH) I sei ab dem Jahr 2014 als potenzieller (mittelfristiger) Leiter Marketing geplant gewesen. Dementsprechend ein Kandidat mit Potential, die notwendige Erfahrung und Kompetenz für die Marketingleitung in den nächsten drei Jahren zu erwerben. Im Gesamtergebnis sei er in den Geschäftsjahren 2015/2016 und 2016/2017 im Rahmen der Bewertungskonferenz mit „Leistung wurde übertroffen“ sowie einer Potenzialeinschätzung für eine mittelfristige Führungsfunktion evaluiert worden.

5.2. DI (FH) E, MBA sei erstmals von Juni 2012 bis September 2016 Mitarbeiter der Antragsgegnerin und in dieser Zeit unter anderem Assistent der Geschäftsführung gewesen. Ab Juli 2017 sei er als Nachfolger von C im Unternehmen der Antragsgegnerin wieder eingestellt worden. Da er über umfassende Kompetenzen verfüge, sei er bereits ab 2013 für verschiedene Abteilungen als (mittelfristiger) Nachfolgekandidat der Leitung und stets für eine leitende Position in der Antragsgegnerin vorgesehen gewesen. Im Gesamtergebnis sei er im Geschäftsjahr

2015/2016 im Rahmen der Bewertungskonferenz mit "Leistung wurde vielfach übertroffen" sowie einer Potenzialeinschätzung für eine mittelfristige Führungsfunktion evaluiert worden.

5.3. Die Antragstellerin habe von 2. März 2009 bis 31. Dezember 2017 die Position der Marketing-Leiterin-Stellvertreterin besetzt. Sie habe die Vorgaben von C umgesetzt. Ein Großteil der vom Leiter-Marketing delegierten Arbeiten habe in der Entwicklung und Koordination von Printprodukten bestanden. Mit Beurteilungskriterium sowie Gesamtergebnis "voll erfüllt" habe die Antragstellerin in den Jahren als Mitarbeiterin der Antragsgegnerin stets gute, der Position entsprechende Arbeit, geliefert. Die Antragstellerin sei in ihren Jahren als Mitarbeiterin der Antragsgegnerin nie als (kurz- oder mittelfristige) Nachfolgerin der Position Leiter-Marketing geplant gewesen. Sie sei in der Nachfolgeplanung stets die Interimslösung gewesen, somit eine Kandidatin, die im Sinne einer Notbesetzung die Position temporär für kurze Zeit besetzen könne.

6. Zum Dienstzeugnis der Antragstellerin:

Das von der Antragstellerin vorgelegte Dienstzeugnis sei am 11. Dezember 2017 ausgestellt worden. Da es nicht im Interesse der Antragsgegnerin gelegen sei, der Antragstellerin berufliche Chancen für die Zukunft zu verbauen, sei es nur nachvollziehbar, dass die Antragsgegnerin das von der Antragstellerin verfasste Dienstzeugnis unterfertigt habe.

7. Keine Pflicht zur Ausschreibung von Positionen:

Die Antragsgegnerin schreibe offene Positionen nur im Rahmen externer Stellenausschreibungen zuvor auch intern aus. Kandidaten für Führungspositionen werden sowohl kurz- als auch mittelfristig geplant. Dementsprechend werden Führungspositionen in der Regel mit von der Antragsgegnerin bekannten Kandidaten ohne vorhergehende Ausschreibung besetzt.

8. Zur beabsichtigten Einsetzung der Antragstellerin in einer anderen Abteilung des Unternehmens:

Bevor die Antragsgegnerin das Arbeitsverhältnis mit der Antragstellerin am 27. September 2017 zum 31. Dezember 2017 gekündigt habe, seien vom Geschäftsführer D sowie dem Vorgesetzten der Antragstellerin, C, mit Führungspersonen von verschiedenen Abteilungen der Antragsgegnerin Gespräche geführt worden, die Antragstellerin in einer anderen Abteilung der Antragsgegnerin einzusetzen. In diese Gespräche sei auch der Marketingvorstand in Bornheim, Karsten Kühn, eingebunden gewesen. Da keine Position verfügbar gewesen sei, welche den Qualifikationen der Antragstellerin entsprochen habe, sei die Möglichkeit, sie in einem anderen Bereich unterzubringen, nicht gegeben gewesen.

9. Zusammenfassende Analyse:

Die Antragstellerin habe ohne Zweifel jahrelang, für ihren Aufgabenbereich akzeptable Arbeit für die Antragsgegnerin geleistet. Es wäre ihr auch innerhalb der fast acht Jahre, welche sie

für die Antragsgegnerin tätig gewesen sei, jederzeit offen gestanden, sich für eine Führungsposition zu etablieren. Dies sei ihr jedoch nicht gelungen. In ihrem persönlichen Verhalten sei die Antragstellerin neuen Entwicklungen immer sehr reserviert gegenübergestanden, Eigeninitiative und Führungsqualifikationen haben von der Antragsgegnerin nicht erkannt werden können.

Wie unter Punkt 5. ausführlich dargelegt, habe es eben andere Mitarbeiter der Antragsgegnerin gegeben, die sehr wohl Potenzial für eine Führungsrolle gezeigt haben. Die Antragsgegnerin plane Kandidaten für Führungspositionen sowohl kurz- als auch mittelfristig. Die Antragstellerin habe sich dabei jedoch nie als kurz- oder mittelfristige Nachfolgekandidatin der Position Leiter Marketing etablieren können und sei lediglich als temporäre Notbesetzung für die Position Leiter Marketing geplant gewesen. Keineswegs sei dabei das Geschlecht der Antragstellerin in irgendeinem Zusammenhang gestanden.

Ungeachtet dessen sei festzuhalten, dass die aufgrund der Neuausrichtung der Marketing-Abteilung geschaffene Position „Interconnected Marketing“ mit der Mitarbeiterin J, MA, somit einer Frau, besetzt worden sei. J, MA bringe sowohl die für die Position notwendige fachliche als auch disziplinierte Erfahrung mit, da sie zuvor bereits in einer Führungsposition tätig gewesen sei (siehe Punkt 2.1.).

Da es der Antragstellerin nicht gelungen sei, sich durch besonderes Engagement, Kreativität und Bereitschaft für eine Führungsposition zu etablieren (siehe Punkt 3. und 5.3.); andere Mitarbeiter der Antragsgegnerin jedoch genau dieses Engagement sehr wohl gezeigt haben und/oder langjährige Erfahrung als Führungskraft besitzen, dementsprechend besser qualifiziert gewesen seien für die Position (vor allem unter Berücksichtigung der Umstrukturierung bzw. Neuausrichtung der Marketingabteilung) als Marketingleiter oder Projektleiter; die Position der Marketingleiterin-Stellvertreterin aufgrund der Umstrukturierung bzw. Neuausrichtung nicht mehr vorhanden sei (siehe Punkt 2.1.) und die Möglichkeit sie in eine andere Abteilung des Unternehmens einzubinden nicht gegeben gewesen sei (siehe Punkt 8.), sei das Arbeitsverhältnis mit der Antragstellerin beendet worden.

Es sei festzustellen, dass die Besetzung der Position des Marketingleiters durch DI (FH) E, MBA sowie die Kündigung der Antragstellerin sachlich gerechtfertigt gewesen seien. Dabei habe die Antragsgegnerin keine wie immer geartete Willkür zu Lasten der Antragstellerin geübt oder diese auch nur aus unsachlichen Überlegungen benachteiligt. Das Geschlecht der Antragstellerin habe bei diesen Entscheidungen nicht die geringste Rolle gespielt und scheide sohin als Motiv für die Besetzung der Position des Marketingleiters durch DI (FH) E, MBA sowie der Kündigung der Antragstellerin jedenfalls aus.

In diesem Zusammenhang falle zudem auf, dass von der Antragstellerin bisher nicht dargelegt worden sei, worin sie in ihrem Vorbringen geschlechtsbezogene Diskriminierung in Bezug auf

ihre Kündigung erblicke. Die Antragstellerin bringe hierzu lediglich vor, dass sie gekündigt worden sei, weil man annehme, dass sie mit DI (FH) E, MBA nicht zusammenarbeiten könne. Selbst wenn – was wie oben dargelegt nicht der Fall sei – eine Konfliktsituation zwischen der Antragstellerin und DI (FH) E, MBA möglich gewesen wäre, sei der Antragsgegnerin nicht klar, worin die Antragstellerin darin eine Diskriminierung aufgrund ihres Geschlechts erkenne.

10. Rechtliche Schlussfolgerungen:

Keineswegs sei die Antragstellerin beim beruflichen Aufstieg aufgrund des Geschlechtes oder bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die Antragsgegnerin diskriminiert worden.

Die Antragsgegnerin habe bereits dargestellt, dass ausschließlich sachliche Überlegungen zur Besetzung der Position des Marketingleiters durch DI (FH) E, MBA sowie die Kündigung der Antragstellerin geführt haben und die Antragstellerin weder willkürlich zu ihrem Nachteil behandelt, noch unsachlich benachteiligt worden sei.

Bei Abwägung aller Umstände sei daher evident, dass für die Besetzung der Position des Marketingleiters durch DI (FH) E, MBA und damit für das Unterbleiben der Besetzung der Position des Marketingleiters durch die Antragstellerin sowie bei der Kündigung der Antragstellerin nicht das Geschlecht der Antragstellerin ausschlaggebend gewesen sei, sondern andere, nämlich sachlich gerechtfertigte und aus Sicht der Antragsgegnerin als Arbeitgeberin zulässige Motive.

Die Antragsgegnerin bedauere, dass sich die Antragstellerin diskriminiert fühle. Das Gefühl sei jedoch unbegründet. Die Antragstellerin sei ausschließlich aufgrund ihrer fehlenden Qualifikation für eine Führungsposition nicht für die Position als Marketingleiterin in Frage gekommen sowie aufgrund wirtschaftlicher, oben dargelegter Gründe, gekündigt worden.

PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin sowie die mündliche Befragung der Antragstellerin und von Mag.^a (FH) K (informierte Vertreterin der Antragsgegnerin) vom 10. Oktober 2019. Als weitere Auskunftspersonen wurden C und H am 10. Oktober 2019 sowie L am 13. November 2019 befragt. Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf den Lebenslauf der Antragstellerin, die Stellenanzeige „Stellvertretender Marketingleiter (m/w)“, die Beschreibung der Position „Marketingleiter Stellvertreter“ (...; Stand: 7. Mai 2015), den Mitarbeitergesprächsbogen der Antragstellerin aus 2012, die Ergebnisse der Mitarbeiterbeurteilung der Antragstellerin der Geschäftsjahre 2012/13, 2013/14, 2014/15, 2015/16 und 2016/17, den Lebenslauf von DI (FH) E, MBA, die Ergebnisse der Mitarbeiterbeurteilung von DI (FH) E, MBA der Geschäftsjahre 2013/14, und 2015/16, die Nachfolgeplanung der Jahre 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 und, 2017, das Gesamtergebnis der Bewertungskonferenz 2017, die Beschreibung

der Nachfolgekategorien, die Broschüre der Mitarbeiterbeurteilung aus dem Jahr 2016/17, das Formular „Potenzialeinschätzung“, das Marketing-Organigramm im Zeitverlauf (Dokument vorlegt von der Antragsgegnerin), die Organigramme der Marketing-Abteilung aus den Jahren 2013, 2016 und 2017 (vorlegt von der Antragstellerin), die Beschreibung der Position „Interconnected Marketing“ (... aus 2017), E-Mail von M vom 17. November 2017, die Stellungnahme von C vom 29. Jänner 2018 sowie die E-Mails von DIⁱⁿ N vom 14. Februar 2018 und Ing. O vom 15. Februar 2018.

BEGRÜNDUNG²

Die im vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des Gleichbehandlungsgesetzes, BGBl. I Nr. 66/2004 idgF, lauten:

„§ 3. Auf Grund des Geschlechtes, insbesondere unter Bezugnahme auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat darf im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht

5. beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen,

(...)

7. bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.“

Generell ist zur Frage des Beweismaßes und der Beweislastverteilung im GBK-Verfahren anzumerken, dass eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne des § 3 GIBG beruft, diesen glaubhaft zu machen hat. Insoweit genügt daher nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (OGH) eine „Bescheinigung“ der behaupteten Tatsachen, wobei jedoch der bei der GBK zu erreichende Überzeugungsgrad gegenüber der beim „Regelbeweis“ geforderten „hohen Wahrscheinlichkeit“ auf eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ herabgesenkt ist.

Vereinfacht gesagt muss mehr für die Darstellung des/der Antragstellers/Antragstellerin sprechen als dagegen.³ Dem/der AntragsgegnerIn obliegt dann zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes von ihm/ihr glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung des Vorwurfes, die Antragstellerin habe trotz besserer Qualifikation als ihr männlicher Kollege die Stelle als Leiterin der Marketingabteilung

² Im weiteren Verlauf werden (akademische) Titel nicht weiter angeführt.

³ Vgl. OGH 9 ObA 144/14p, Arb 13.203 mit weiteren Nachweisen.

nicht erhalten und es liege aufgrund der von der Antragsgegnerin ihr gegenüber ausgesprochenen Kündigung eine diskriminierende Beendigung vor, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem Sachverhalt aus:

Die Antragstellerin war von 2. März 2009 bis 31. Dezember 2017 als Marketingleiter-Stellvertreterin bei der Antragsgegnerin beschäftigt.

Zu den Aufgaben der Antragstellerin zählten ... u.a. die Steuerung eines effizienten sowie ziel-führenden Werbemittleinsatzes und die Koordination der einzelnen Maßnahmen, die Bewertung und permanente Weiterentwicklung des Werbemittleinsatzes, die Beurteilung des vorgeschlagenen Mediamix für Kampagnen seitens der Agentur anhand der Marketingstrategie der Antragsgegnerin, die Unterstützung bei der Budgetplanung und laufende Überwachung der Budgeteinhaltung, die Entwicklung und Koordination der Print-Produkte, die abteilungs-übergreifende Projektleitung bei Projekten mit Schnittstellen zu anderen Abteilungen, kontinuierliche Analysen von Markt- und Konkurrenzbeobachtungen sowie die Abwicklung der Presse und PR Agenden. Sie vertrat C bei internen Abstimmungsmeetings (...).

E war erstmals von Juni 2012 bis September 2016 Mitarbeiter der Antragsgegnerin und in dieser Zeit unter anderem Assistent der Geschäftsführung. Ab 17. Juli 2017 wurde er als Nachfolger von C im Unternehmen der Antragsgegnerin wieder eingestellt.

Ab 2013 wurde E für verschiedene Abteilungen als (mittelfristiger) Nachfolgekandidat der Leitung und stets für eine leitende Position in der Antragsgegnerin vorgesehen. Im Gesamtergebnis wurde er im Geschäftsjahr 2015/16 im Rahmen der Bewertungskonferenz mit "Leistung wurde vielfach übertroffen" sowie einer Potenzialeinschätzung für eine mittelfristige Führungsfunktion evaluiert.

I ist seit 11. November 2013 Mitarbeiter der Antragsgegnerin in der Position des Online-Marketing-Referenten. Er war ab dem Jahr 2014 als potenzieller (mittelfristiger) Leiter Marketing geplant. Im Gesamtergebnis wurde er in den Geschäftsjahren 2015/16 und 2016/17 im Rahmen der Bewertungskonferenz mit "Leistung wurde übertroffen" sowie einer Potenzialeinschätzung für eine mittelfristige Führungsfunktion evaluiert.

Die Antragstellerin wurde während ihrer Tätigkeit für die Antragsgegnerin in der Nachfolgeplanung stets mit „Leistung voll erfüllt“ bewertet und war als Interimslösung vorgesehen. In den Geschäftsjahren 2015/16 und 2016/17 wurde sie im Rahmen der Bewertungskonferenz mit "Leistung wurde voll erfüllt" sowie einer Potenzialeinschätzung „keine Veränderung“ evaluiert.

Das Arbeitsverhältnis der Antragstellerin wurde seitens der Arbeitgeberin am 27. September 2017 durch Kündigung zum 31. Dezember 2017 beendet, da die Abteilung Marketing zu diesem Zeitpunkt umstrukturiert und keine adäquate ersatzweise Position für die Antragstellerin im Unternehmen gefunden wurde.

In **rechtlicher Hinsicht** ist der Sachverhalt wie folgt zu beurteilen:

1. Es liegt **keine Diskriminierung** aufgrund **des Geschlechtes beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen** gemäß **§ 3 Z 5 GIBG** vor.

Die Antragstellerin konnte nach Ansicht des Senates durch ihre Ausführungen glaubhaft den Anschein einer Diskriminierung darlegen. So ließ ihre Schilderung – einem männlichen Kollegen sei bei der Besetzung der Leitung der Marketingabteilung im Jahr 2017 der Vorzug gegeben worden, obwohl sie seit 2009 die Position „Marketingleiter-Stellvertreterin“ ausgeübt habe – darauf schließen, dass die Antragstellerin aufgrund ihres Geschlechtes beim beruflichen Aufstieg von der Antragsgegnerin benachteiligt wurde.

Daher verlagerte sich die Beweislast auf die Antragsgegnerin. L und H konnten glaubhaft darlegen, dass innerhalb der Marketingabteilung die Auffassung bestand, dass die Antragstellerin die Nachfolgerin von C werden würde. Aus dem E-Mail von M vom 17. November 2017 geht zudem hervor, dass KollegInnen aus der Konzernzentrale und Marketing-LeiterInnen aus den Ländern der Antragstellerin die Leitung zugetraut hätten. Es ist daher nachvollziehbar, dass für die Antragstellerin der Anschein einer Benachteiligung im Raum stand. Die Antragsgegnerin legte jedoch zahlreiche Unterlagen, insbesondere zum internen Nachfolgemanagement vor, aus denen klar hervorgeht, dass die Antragstellerin keine offizielle Nachfolgekandidatin für die Leitung der Abteilung Marketing war, sondern lediglich als Interimslösung vorgesehen war. Vielmehr war ihr Kollege I laut Mitarbeiterbeurteilung und Nachfolgeregelung der offizielle Nachfolgekandidat, wobei E in der Bewertungskonferenz 2016 höher bewertet wurde und aufgrund dessen letztlich die Position erhielt.

Die Antragsgegnerin konnte nachvollziehbar darlegen, dass das Geschlecht der Antragstellerin bei der Besetzung der Position keine Rolle gespielt hat, zumal auch I nicht zum Zug gekommen ist.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs. 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es der Antragsgegnerin gelungen ist zu beweisen, dass ausschließlich sachliche Motive für die Besetzung der Position „Leiter-Marketing“ mit E anstelle der Antragstellerin ausschlaggebend waren.

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

Die Antragstellerin brachte vor, dass sie wohl aufgrund der Besetzung der Marketing-Leitung mit E gekündigt worden sei, da man angenommen habe, sie könne mit ihm nicht zusammenarbeiten. Somit wäre die Beendigung des Arbeitsverhältnisses als Folge der vermuteten Diskriminierung beim beruflichen Aufstieg zu werten und damit auch aus diskriminierenden Motiven erfolgt.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs. 12 gelangte der Senat zu der Ansicht, dass es der Antragstellerin nicht gelang, einen plausiblen Grund darzulegen, worin der Zusammenhang zwischen ihrem Geschlecht und der Beendigung des Arbeitsverhältnisses liegt. Es scheiterte hier somit bereits an der Glaubhaftmachung einer Diskriminierung.

Wien, 13. November 2019

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK