

**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 16. März 2010 über den am 31. März 2009 eingelangten Antrag von Herrn RA Dr. I für **Herrn Mag. A** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts beim **beruflichen Aufstieg** gemäß **§ 3 Z 5 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung), bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** sowie durch die **Verletzung des Benachteiligungsverbotes** gemäß **§ 13 GIBG** durch die Antragsgegnerin, **X**, nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK-/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008), zu folgendem

Prüfungsergebnis:

1. Der Senat I der GBK kommt zur Auffassung, dass Herr Mag. A nicht auf Grund des Geschlechts beim beruflichen Aufstieg gemäß § 3 Z 5 GIBG durch die X diskriminiert worden ist.
2. Der Senat I der GBK gelangt zur Ansicht, dass Herr Mag. A nicht auf Grund des Geschlechts bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG durch die X diskriminiert worden ist.
3. Im Weiteren gelangt der Senat I der GBK zur Auffassung, dass Herr Mag. A nicht auf Grund des Geschlechts durch eine Verletzung des Benachteiligungsverbotes gemäß § 13 GIBG durch die X diskriminiert worden ist.

Entscheidungsgründe:

Im Verlangen der rechtsfreundlichen Vertretung wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Antragsteller seit 1. Oktober 1994 in der ...abteilung der X (Antragsgegnerin) beschäftigt und seit Dezember 1995 in der ...gruppe ... als Sachbearbeiter eingesetzt sei. Auf sein Dienstverhältnis sei die Dienstordnung ... (DO...) anwendbar,

und der Antragsteller sei in der Gehaltsgruppe ..., Dienstklasse ..., eingestuft. Des Weiteren habe er im Jahr 1996 die ...prüfung gemäß § ... DO... und 1999 die ...prüfung gemäß § ... DO... erfolgreich abgelegt. Darüber hinaus habe er berufsbegeleitend Soziologie ... studiert und sich im Rahmen seines Studiums mit Blickrichtung auf seine Tätigkeit bei der Antragsgegnerin den Schwerpunkten Gesundheit, Politik und Sozialrecht gewidmet. Im Zuge seines Studiums, das der Antragsteller im Jahr 2004 mit Auszeichnung abgeschlossen habe, habe er nach Möglichkeit für die Antragsgegnerin relevante Themen in wissenschaftlichen Arbeiten behandelt, und unter anderem umfangreiche Arbeiten über ... und ... verfasst. Darüber hinaus habe der Antragsteller wiederholt Beiträge in einschlägigen Fachzeitschriften publiziert und in seiner Freizeit regelmäßig für seine Tätigkeit einschlägige Vorträge besucht. Trotz seiner langjährigen Tätigkeit bei der Antragsgegnerin und seiner überdurchschnittlichen fachlichen Qualifikation sei bereits im Sommer 2007 ein ihm in Aussicht gestellte Posten eines/r zweiten Abteilungsleiter-Stellvertreters/in mit einer schlechter qualifizierten Kollegin besetzt worden. Am 28. November 2007 sei die Stelle eines/r Stellvertreters/in der Gruppenleiterin der ...gruppe ... mit einer vorgesehenen Einstufung in die Gehaltsgruppe ..., Dienstklasse ..., zur Ausschreibung gelangt. Die sei ihm mit dem Schreiben vom 22. Jänner 2008 mitgeteilt worden. Damals habe der Antragsteller bereits einen Antrag auf Einzelfallprüfung beim Senat I der GBK eingebracht (GBK 1/141/08), den er jedoch am 24. Juni 2008 wieder zurückgenommen habe, nachdem dem Antragsteller von der Antragsgegnerin ein anderer adäquater Posten — gegen Rücknahme seines Antrages — zugesichert worden sei. Das Versprechen sei jedoch nicht eingelöst worden. Am 10. Oktober 2008 sei schließlich die Stelle des/r Abteilungsleiters/in der ...abteilung der Antragsgegnerin mit einer vorgesehenen Einstufung in Gehaltsgruppe ... Dienstklasse ... DO..., zur Ausschreibung gelangt. Das Anforderungsprofil sei dabei wie folgt definiert worden:

- Maturaniveau, vorzugsweise abgeschlossene Hochschulausbildung,
- Nachweis der kollektivvertraglich erforderlichen Dienstprüfung bzw. Bereitschaft diese abzulegen,
- sehr gute Fachkenntnisse im ...recht ... sowie Kenntnisse der Arbeitsabläufe,
- Führungskompetenz, Innovationsfähigkeit,
- analytische und organisatorische Fähigkeiten, Belastbarkeit, Entscheidungsfreude,
- Fähigkeit zur Kommunikation und Konfliktlösung, soziale Kompetenz,

- Bereitschaft zur eigenen ständigen Aus- und Weiterbildung

Der Antragsteller habe seine Bewerbung um diese Stelle am 31. Oktober 2008 abgegeben. Mit dem Schreiben vom 25. November 2008 habe die Antragsgegnerin dem Antragsteller mitgeteilt, dass der Verwaltungsausschuss des Vorstandes der Antragsgegnerin in der Sitzung vom 25. November 2008 beschlossen habe, Frau B mit Wirksamkeit ab 1. Dezember 2008 zur Abteilungsleiterin der ...abteilung der Antragsgegnerin zu bestellen. Aus § ... DO... gehe hervor, dass bei der Besetzung von Stellen der Gehaltsgruppen ... bis ... den Angestellten ... Gelegenheit zur Bewerbung zu geben sei und hierbei die höhere Befähigung, die bessere Verwendbarkeit und erforderlichenfalls auch die Leitungseignung in Betracht kommen würden, während nur bei sonst gleichen Diensteigenschaften das Dienstalter maßgebend sei. Diese zwingenden sachlichen Kriterien seien von der Antragsgegnerin bei dieser Stellenbesetzung nicht eingehalten worden. Laut Anforderungsprofil würden Bewerber mit abgeschlossener Hochschulausbildung vorgezogen werden. Frau B habe jedenfalls keine abgeschlossene Hochschulausbildung und sei auch in keinem anderen Punkt des Anforderungsprofils der Stellenausschreibung besser qualifiziert als der Antragsteller. Die sehr guten Fachkenntnisse im ...recht ... sowie die Kenntnisse der Arbeitsabläufe habe er sich durch seine langjährige Tätigkeit bei der Antragsgegnerin aneignen und unter Beweis stellen können. Seine Fähigkeiten im Zusammenhang mit der Fortentwicklung von Arbeitsabläufen (Innovationsfähigkeit) habe der Antragsteller unter anderem schon in seiner jetzigen Funktion dadurch unter Beweis stellen können, da er zur Erleichterung der Arbeit neuer Kollegen/innen aus eigenem Antrieb standardisierte Arbeitsanleitungen für wichtige Arbeiten erstellt habe. Führungskompetenz habe der Antragsteller im Rahmen seiner universitären Ausbildung und bei von ihm veranstalteten Vorträgen und Seminaren beweisen können. Seine analytischen Fähigkeiten habe der Antragsteller insbesondere in seinem Beruf beweisen können, wo insbesondere auch seine Vorgesetzten oft mit schwierigen Problemen (vor allem bei der Fallbearbeitung) seinen Rat geschätzt hätten. Im Rahmen von Praktika habe der Antragsteller Erfahrungen in der Organisation und Koordination sammeln können. Belastbarkeit und Entscheidungsfreude habe er allein dadurch unter Beweis stellen können, dass er neben seiner mit Freude und vollem Engagement ausgeübten Berufstätigkeit auch noch das Universitätsstudium der Sozial- und Wirtschaftswissenschaften mit Auszeichnung abschließen habe können. Seine Bereitschaft zur eigenen ständigen Aus- und Weiterbildung sei der Antragsgegnerin

seit langem bekannt, habe sie doch sein berufsbegleitend absolviertes Studium finanziell unterstützt. Auch seien der Antragsgegnerin die zahlreichen Publikationen in Fachzeitschriften, die Teilnahme an Seminaren und Vorträgen sowie der positive Abschluss des ersten Studienabschnittes der Rechtswissenschaften des Antragstellers bekannt gewesen. Da er somit objektiv über die bessere Qualifikation für die ausgeschriebene Stelle verfüge, habe der Antragsteller bei der Antragsgegnerin nach Ablehnung seiner Bewerbung versucht, die Gründe für seine Nichtberücksichtigung zu erfahren. Da ihm von der Antragsgegnerin allerdings keine Gründe für die Ablehnung seiner Bewerbung genannt worden seien, gehe er davon aus, dass die Entscheidung über die Stellenbesetzung nicht von sachlichen Erwägungen geleitet gewesen sei. Da Frau B trotz objektiver schlechterer Befähigung zur Abteilungsleiterin der ...abteilung der Antragsgegnerin bestellt worden sei und bereits in der Vergangenheit Stellenbewerbungen des Antragstellers zu Gunsten schlechter qualifizierter Kolleginnen übergegangen worden sei, erachte der Antragsteller sich von der Antragsgegnerin bei seinem beruflichen Aufstieg auf Grund seines Geschlechts diskriminiert.

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 wie folgt entgegen:

Der Antragsteller, auf dessen Dienstverhältnis zur Antragsgegnerin die Bestimmungen der Dienstordnung ... (DO...) Anwendung finden würden, sei seit dem 1. Oktober 1994 in ... der Antragsgegnerin beschäftigt. Seit seinem Eintritt in das Dienstverhältnis zur Antragsgegnerin werde er im Bereich der ...abteilung als Sachbearbeiter verwendet, ab dem 1. Dezember 1995 in der ...gruppe für .... Er sei seit dem 1. Oktober 1997 in die Gehaltsgruppe ..., Dienstklasse ..., DO..., eingereiht worden. Es sei im Jahr 2008 die Stelle „Abteilungsleiter/in der ...abteilung“ mit dem Anforderungsprofil laut Stellenausschreibung vom 10. Oktober 2008 zur Besetzung gelangt. Laut § ... DO... sei den Mitarbeitern/innen Gelegenheit gegeben worden, Bewerbungen ... einzubringen. Der Antragsteller habe sich mit Schreiben vom 29. Oktober 2008 um diese Stelle beworben und sei in weiterer Folge mit Schreiben des Direktors ... vom 25. November 2008 davon verständigt worden, dass der ...ausschuss des Vorstandes der Antragsgegnerin in der Sitzung vom 25. Oktober 2008 beschlossen habe, die Angestellte B mit Wirksamkeit ab 1. Dezember 2008 zur Abteilungsleiterin

der ...abteilung zu bestellen. Der ...ausschuss des Vorstandes der Antragsgegnerin habe in der Sitzung vom 25. November 2008 beschlossen, die Angestellte B mit Wirksamkeit ab 1. Dezember 2008 zu bestellen. Dies sei im Sinne eines konstitutiven Aktes erfolgt, der dem ...ausschuss des Vorstandes zukomme. Diese Bestellung sei unter Beachtung der Kriterien der höheren Befähigung, der besseren Verwendbarkeit und der Leitungseignung bezogen auf die Anforderungen der zu besetzenden Stelle anhand einer sachbezogenen Konkretisierung erfolgt. Bereits zuvor, und zwar in der Sitzung vom 7. November 2008 habe der ...ausschuss der ... die gegenständliche Personalangelegenheit im Sinne des § ... behandelt und dem ...ausschuss des Vorstandes zur Kenntnis gebracht und zur Beschlussfassung vorgeschlagen, nämlich die Bestellung der Angestellten B. Beide Beschlüsse, nämlich sowohl jener des ...ausschusses als auch jener des ...ausschusses des Vorstandes, seien einstimmig gefasst worden. Die Kriterien der höheren Befähigung, der besseren Verwendbarkeit und der Leitungseignung bezogen auf die Anforderungen der zu besetzenden Stelle anhand einer sachbezogenen Konkretisierung seien geprüft worden. Als Ergebnis dieser Prüfung sei nach den Kriterien der fachlichen Eignung und der Leitungseignung der Bewerber/innen die Bestqualifizierte berücksichtigt worden. Die zur Bestellung der Angestellten B geführten Qualifikationen seien neben ihrer langjährigen Bewährung auch ihre bisherige Arbeitsleistung und die für die Antragsgegnerin maßgeblichen weiteren Kriterien der Verwendbarkeit und der Leitungseignung gewesen. Eine maßgebliche Rolle für die Verwendbarkeit und die Eignung von Frau B bezogen auf den in Frage stehenden Dienstposten habe insbesondere auch die Einschätzung der X als Dienstgeberin gespielt: Frau B sei bereits am 14. Oktober 1974 in den Dienst der X getreten. Bereits seit dem 1. März 1998 sei sie in die Gehaltsgruppe ..., Dienstklasse ..., eingereiht worden. Sie habe eine auf „sehr gut“ lautende Dienstbeschreibung aufgewiesen. Ab dem 1. Juli 2007 sei sie zur Stellvertreterin des Leiters der ...abteilung, ..., bestellt worden und habe ihre hervorragende Leitungseignung unter Beweis gestellt. Vor ihrer Bestellung zur Stellvertreterin des Leiters der ...abteilung sei Frau B bereits Leiterin des ...referates tätig gewesen und habe auch auf diesem Dienstposten bereits ihre Leitungseignung unter Beweis stellen können. Frau B habe sich in ihrer dienstlichen Laufbahn stets außerordentlich kooperativ gezeigt und sei jederzeit bereit gewesen, ohne jegliche „Zuständigkeitsdiskussionen“ auftretende zusätzliche Arbeiten zu übernehmen und habe ferner stets dazu beigetragen, dass das Arbeitsklima innerhalb der Abteilungsleitung als sehr gut einge-

schätzt werden habe können. Frau B habe großes Interesse an der Lösung auftretender fachlicher Probleme sowie eine hohe Bereitschaft zur Kommunikation mit allen Mitarbeitern/innen und eine überaus hohe soziale Kompetenz gezeigt. Dies sei gerade im Bereich einer Abteilung mit 70 Dienstnehmern/innen von besonderer Bedeutung. Solcherart habe die für sie zuletzt für die Zeit vom 1. Juli 2007 bis zum 20. Juni 2008 erstellte Dienstbeschreibung (wie auch die Dienstbeschreibung zuvor) auf die Gesamtbeurteilung „sehr gut“ gelaute. Frau B sei bereits im Jahr 1990 zur Prüferin im ...referat der ...abteilung ... bestellt worden; die ...prüfung habe sie bereits im April 1981 abgelegt. Aufgrund ihrer Ausbildung, ihrer langjährigen Tätigkeit in den Bereichen der ...abteilung und infolge der mehrfach und in mehreren Bereichen und Ebenen nachgewiesenen Leitungseignung sei die Antragsgegnerin zu eben jenem Beurteilungsergebnis gelangt, welches letztlich zur Bestellung der Angestellten B geführt habe. All dies unter besonderer Beachtung des Anforderungsprofils und des Aufgabenbereiches laut Stellenausschreibung vom 10. Oktober 2008 bezogen auf die zu besetzende Stelle. Die Antragsgegnerin habe sich bei der Bestellung von Frau B im Sinne der oben dargestellten Kriterien leiten lassen. Nach Ablauf der Bewerbungsfrist laut Stellenausschreibung seien die Bewerber/innen zu einem umfassenden Gespräch gebeten worden. Zur Führung dieser Gespräche mit den Bewerbern/innen seien seitens der Antragsgegnerin Herr Dr. C, Vorsitzender des ...ausschusses der ..., Herr D und Herr Direktor- Stellvertreter E beauftragt worden. Im Rahmen dieser Gespräche sei die Einstellungsbewertung bezogen auf einen weitreichenden Beurteilungsbereich erfolgt. Beurteilt seien das Auftreten, die Erscheinung, die Sprache, die Auffassung, die Zielstrebigkeit, die soziale Haltung worden, somit gesamt die Sozialkompetenz der Bewerber/innen, sowie ferner deren fachliche Qualifikation und deren Führungskompetenz, gesamt somit der Fachkompetenz der Bewerber/innen. Das Gesamtergebnis sei mittels einer Bewertung erfasst worden, in welche die Vorzüge, aber auch allfällige Schwächen der Bewerber/innen, bezogen auf das Anforderungsprofil, eingeflossen seien. Bezogen auf den Antragsteller sei festzustellen gewesen, dass dieser nicht jenes Gesamtergebnis erreichen habe können, wie die letztlich zum Zug gekommene Angestellte B.

Die Ursachen für dieses Beurteilungsergebnis bezogen auf den Antragsteller seien letztlich in mehreren Umständen begründet gewesen:

Vorweg sei festzustellen, dass der Antragsteller zuletzt eine Dienstbeschreibung bezogen auf den Zeitraum 1. Jänner bis 31. Dezember 1998 aufgewiesen habe, welche lediglich auf die Gesamtbeurteilung „gut“ gelaute habe. Er sei seit dem 1. Oktober 1994 in ... beschäftigt und dort als Sachbearbeiter tätig gewesen. Angemerkt sei, dass Frau B zur Zeit des Eintrittes des Antragstellers in den Dienst der Antragsgegnerin bereits seit rund 20 Jahren bei der Antragsgegnerin beschäftigt und bereits zur Prüferin im ...referat der ...abteilung bestellt worden sei. Aufgrund einer Stellenausschreibung vom 28. November 2007 sei die Stelle eines/r Stellvertreters/in der Gruppenleiterin der ...gruppe ... zur Besetzung gelangt. Der Antragsteller, der sich um diese Stelle beworben habe, sei nicht auf diese Stelle besetzt worden. Dies sei bereits Anlass für einen Antrag auf Einzelfallprüfung gem. § 12 GBK/GAW-Gesetz an die GBK, dort anhängig zu GBK I/141/08. Der Antragsteller habe diesen Antrag auf Einzelfallprüfung in weiterer Folge zurückgezogen. Auch der Antrag selbst habe sich aber als auffallend unberechtigt erwiesen, da von einer behaupteten Diskriminierung des Antragstellers zugunsten der auf diesen Dienstposten bestellten Angestellten F keine Rede sein habe können. Ohne diesen damaligen (nicht unmittelbar verfahrensgegenständlichen, aber dessen ungeachtet von Seiten des Antragstellers sehr wohl genannten) Fall in seiner Gesamtheit zur Darstellung bringen zu wollen, sei festgestellt, dass ausschließlich sachliche Überlegungen dazu geführt haben, dass der damals ausgeschriebene Dienstposten nicht mit dem Antragsteller besetzt worden sei. Zu berücksichtigen sei bereits damals gewesen, dass vor allem das persönliche Verhalten des Antragstellers, nämlich seine mangelnde Teamfähigkeit sowie seine fehlende Bereitschaft, Aufgaben auch außerhalb der standardmäßigen Arbeitszuteilung als Sachbearbeiter zu übernehmen, zu berücksichtigen gewesen seien. Als Beispiel sei aus dieser Zeit festzustellen gewesen, dass der Antragsteller etwa im Zusammenhang mit der Entwicklung des ...-EDV-Projektes ... keinerlei Bereitschaft erkennen habe lassen, sich für die Programmtestung sowie für die Betreuung der Mitarbeiter/innen in der Gruppe zur Verfügung zu stellen, obwohl er über durchaus ausreichende EDV-Grundkenntnisse verfügt habe. Überhaupt hatte der Antragsteller bereits zu dieser Zeit erhebliche Probleme damit, die an ihn erteilten Weisungen von Vorgesetzten zu akzeptieren. Ganz offensichtlich habe er bereits damals seinen eigenen Kompetenzbereich in einer Bearbeitungsgruppe verkannt und jegliche Kritikfähigkeit zur eigenen Person vermissen lassen. Auch habe der Antragsteller bereits zuvor nachhaltig jegliche Bereitschaft vermissen lassen, die zuständige

Gruppenleiterin als seine Vorgesetzte zu akzeptieren. So habe er sich über die für ihn zuständige Gruppenleiterin mehrfach abfällig geäußert und habe ohne jede Rechtfertigung deren fachliche Qualifikation in Abrede gestellt. Auch habe er sich geweigert, an der Einschulung einer neuen Mitarbeiterin behilflich zu sein und als Begründung dafür angeführt, dies sei schließlich die Aufgabe der Gruppenleitung, welche dafür auch bezahlt werde. Bezeichnend sei auch etwa der Umstand, dass er sich mit erheblichen Arbeitsrückständen krank gemeldet und sich sodann anlässlich seiner Rückkehr lautstark darüber beschwert habe, dass seine Arbeitsrückstände während seines Krankenstandes nicht von der Kollegenschaft zur Gänze aufgearbeitet worden seien. Im krassen Gegensatz dazu sei die gesamte dienstliche Erscheinung der Angestellten F gestanden, welche sodann aus ausschließlich sachlichen Überlegungen zum Zug gekommen sei und nicht etwa, wie der Antragsteller glauben machen wolle, nur deshalb, weil sie eine Frau sei. Nach der oben genannten, auf die Gesamtbeurteilung „gut“ lautenden Dienstbeschreibung sei für den Antragsteller zuletzt eine weitere Dienstbeschreibung erstellt worden, welche lediglich auf die Gesamtbeurteilung „entsprechend“ laute, und zwar für den Zeitraum 1. April 2008 bis 31. März 2009. Vor dieser Dienstbeschreibung habe der Antragsteller selbst um eine Dienstbeschreibung angesucht, und zwar mit dem Ziel einer Verbesserung von „gut“ auf „sehr gut“. Diesem Ansuchen des Antragstellers auf Verbesserung seines Gesamtergebnisses habe freilich nicht nachgekommen werden können. Zur Begründung des Antragstellers für sein Ansuchen sei festzustellen, dass dieser zwar eine Reihe von „besonderen Tätigkeiten“ aufgelistet habe, dass aber diese Auflistung nicht dazu angetan gewesen sei, tatsächlich das begehrte verbesserte Gesamtergebnis zu erreichen. Dem Antragsteller seien zwar durchaus gute dienstliche Sachkenntnisse und Fähigkeiten zuzugestehen, diese würden aber nicht der Arbeitsgruppe zugute kommen, sondern es hätten Mitarbeiter/innen des Antragstellers zusätzlich Arbeitsrückstände des Antragstellers bewältigen müssen und das Verhalten des Antragstellers gegenüber seinen Kollegen/innen sowie gegenüber seinen Vorgesetzten habe im Laufe der Zeit durchaus das Gruppenklima erheblich belastet. Alle Bemühungen der Abteilungsleitung, den Antragsteller zu einer angemessenen Verhaltensweise zu bewegen, seien ohne Erfolg geblieben. Als Ergebnis sei die Gesamtbeurteilung auf „entsprechend“ herabgesetzt worden. Gemäß § ... DO... würden bei der Besetzung von Stellen die höhere Befähigung, die bessere Verwendbarkeit und erforderlichenfalls auch die Leitungseignung in Betracht kommen. Das Dienstalter sei



bei sonst gleichen Diensteigenschaften maßgebend. Nach ständiger Rechtsprechung komme der genannten Bestimmung keine normative Wirkung zu und diese Bestimmung gebe den einzelnen Bediensteten auch keinen subjektiven Rechtsanspruch. Auch jenen Personen, die bereits Angestellte des Versicherungsträgers seien, erwachse aus dieser Bestimmung kein subjektives, das Direktionsrecht des Dienstgebers einschränkendes Recht. Dem ebenso wie die Bestimmungen über die Einhaltung eines bestimmten Verfahrens beim Abschluss von Dienstverträgen zum sogenannten schuldrechtlichen Teil des Kollektivvertrages gehören würden, müssten auch die hier vorliegenden Bestimmungen, die ein besonderes Verfahren bei der Besetzung von Dienstposten vorsehen und Grundsätze über die Auswahl unter mehreren Bewerbern/innen enthalten würden, als bloße Weisung an den Versicherungsträger angesehen werden, aus welcher dem/r einzelnen Bediensteten keine Rechte erwachsen würden.

Ungeachtet dessen sei festzustellen, dass die Besetzung des zur Ausschreibung gelangten Dienstpostens sachlich gerechtfertigt gewesen sei. Auf Grundlage der dargestellten Überlegungen und unter Beachtung der dargestellten Kriterien habe die Antragsgegnerin die Bestellung von Frau B beschlossen, und nicht die Bestellung des Antragstellers. Dabei habe die Antragsgegnerin keine wie immer geartete Willkür zu Lasten des Antragstellers geübt oder diesen auch nur aus unsachlichen Überlegungen benachteiligt. Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass der Antragsteller und die letztlich zum Zug gekommene Angestellte die gleiche Befähigung, Verwendbarkeit und Leitungseignung aufgewiesen hätten, wäre für den Antragsteller nichts gewonnen, da in diesem Falle das höhere Dienstalter maßgebend gewesen wäre und solcherart im Ergebnis wiederum die Angestellte B zu bevorzugen gewesen wäre. Zur behaupteten Diskriminierung sei darauf hinzuweisen, dass der Antragstellervertreter ausführe, der Antragsteller sei im Sinne des § 4 Z 5 B-GIBG diskriminiert worden. Diesbezüglich sei auszuführen, dass § 1 Abs. 1 GIBG normiert, dass die Bestimmungen des ersten Teiles dieses Gesetzes für den Bereich der Arbeitswelt gelte, wozu Arbeitsverhältnisse aller Art zählen würden, die auf privatrechtlichem Vertrag beruhen würden. Die Ausnahmen seien in Absatz 2 dieser Bestimmung normiert worden. Es würden Arbeitsverhältnisse der land- und forstwirtschaftlichen Arbeiter/innen im Sinne des Landarbeitsgesetzes, Arbeitsverhältnisse zu einem Land, einem Gemeindeverband oder einer Gemeinde sowie solche zum Bund aus dem Anwendungsbereich dazu zählen. Ausgenommen seien daher insbesondere

Arbeitsverhältnisse zum Bund und es gelte für diese Dienstverhältnisse das B-GIBG. Im gegenständlichen Fall liege jedoch kein Arbeitsverhältnis zum Bund vor, sondern dieses beruhe im gegenständlichen Fall auf einem privatrechtlichen Vertrag und sei mit der Antragsgegnerin als privatrechtlichem Arbeitgeber abgeschlossen worden. Insofern sei daher auch das GIBG, und nicht wie vom Antragstellervertreter dargestellt, das B-GIBG anzuwenden. Jedoch liege auch nach Maßgabe der Vorschriften des GIBG keine Diskriminierung im Sinne dieses Gesetzes vor. Der geltend gemachte Tatbestand einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes gemäß § 3 Z 5 GIBG liege nicht vor. Keineswegs sei der Antragsteller beim beruflichen Aufstieg auf Grund des Geschlechtes diskriminiert worden. § 3 GIBG normiert in Ziffer 5, dass niemand im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis aufgrund des Geschlechtes nicht beim beruflichen Ausstieg unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden dürfe, insbesondere bei Beförderungen. Verboten seien daher Diskriminierungen aufgrund des Geschlechtes und es müsse somit der Grund für die Benachteiligung im Geschlecht der betroffenen Person zu finden sein. Liege das Motiv für eine Differenzierung hingegen in anderen Merkmalen, sei der erste Teil des GIBG nicht anzuwenden. Das GIBG unterscheide grundsätzlich zwischen der unmittelbaren und der mittelbaren Diskriminierung. Nach § 5 Abs. 1 GIBG liege eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person aufgrund ihres Geschlechtes in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfahre, als eine andere Person erfahre, erfahren habe oder erfahren würde. Nach Absatz 2 dieser Bestimmung liege eine mittelbare Diskriminierung hingegen vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die dem Geschlecht angehören würden, in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechtes benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren seien durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zu Erreichung dieses Zieles sind angemessen und erforderlich. Es bestehe daher auch im Falle einer tatsächlichen Andersbehandlung eines Geschlechtes die Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung. Dies sei dann möglich, wenn ein anderes Motiv gegen die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend gewesen sei. Soweit sich die betroffene Person auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne des § 3 GIBG berufe, habe sie diesen glaubhaft zu machen. Dem/r Arbeitgeber/in obliege es, bei der Berufung auf § 3 GIBG zu beweisen, dass bei Abwägen aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes von ihm glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung

ausschlaggebend gewesen sei. Daraus folge, dass, wenn bei Abwägung aller Umstände eine höhere Wahrscheinlichkeit dafür spreche, dass ein anderes vom/von der Arbeitgeber/in glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend gewesen sei, die Klage abzuweisen sei. Die Antragsgegnerin habe bereits dargestellt, dass ausschließlich sachliche Überlegungen zur Bestellung der Angestellten B geführt hätten und der Antragsteller weder willkürlich zu seinem Nachteil behandelt, noch auch unsachlich benachteiligt worden sei. Bei Abwägung aller Umstände sei es daher weitaus wahrscheinlicher, dass für die Bestellung der Angestellten B, und damit für das Unterbleiben der Bestellung des Antragstellers nicht die vom Antragsteller behaupteten Motive ausschlaggebend gewesen seien, sondern andere, nämlich sachlich gerechtfertigte und aus Sicht der Antragsgegnerin als einer Arbeitgeberin zulässige Motive.

Die rechtsfreundliche Vertretung des Antragstellers hat den Antrag auf Einzelfallprüfung gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz am 6. August 2009 um eine Überprüfung einer allfälligen Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG sowie durch die Benachteiligung des Benachteiligungsverbotes gemäß § 13 GIBG ergänzt.

Zu der Antragsweiterung durch die rechtsfreundliche Vertretung für den Antragsteller, Herrn Mag. A, nahm die rechtsfreundliche Vertretung der Antragsgegnerin, X, wie folgt Stellung:

Der Antragsteller habe in seiner Antragsergänzung dargetan, dass er seitens der Antragsgegnerin entlassen worden sei und er diese Entlassung mittels Klage beim Arbeits- und Sozialgericht ... angefochten habe. Zur Vorlage bringe er das Entlassungsschreiben der Antragsgegnerin vom 17. Juli 2009 sowie die seinerseits eingebrachte Klage an das Landesgericht ... als Arbeits- und Sozialgericht. Die Antragsgegnerin habe das geltend gemachte Klagebegehren bestritten, das Verfahren vor dem Landesgericht ... als Arbeits- und Sozialgericht zu ... sei anhängig. Die Antragsgegnerin sei genötigt gewesen, das zum Antragsteller bestandene Dienstverhältnis im Sinne einer Entlassung fristlos aufzulösen, da der Antragsteller den Entlassungstatbestand der Vertrauensunwürdigkeit verwirklicht habe. Er habe sich als Angestellter der Antragsgegnerin einer Handlung schuldig gemacht, die ihn des Vertrauens des Dienstgebers unwürdig erscheinen lasse, in dem er trotz vorheriger Er-

mahnung während eines bereits seit geraumer Zeit andauernden Krankenstandes mehrfach als Mitglied einer Musikband an Konzerten mitgewirkt habe. Noch wenige Monate zuvor habe der Antragsteller überhaupt gänzlich in Abrede gestellt, dass er eine auf Erwerb gerichtete Nebenbeschäftigung ausübe. Trotz einer vorangegangenen ausdrücklichen Ermahnung nach einem einschlägigen Vorfall habe der Antragsteller somit seine arbeitsvertragliche Verpflichtung grob verletzt, und zwar seine Verpflichtung, sich während seiner Erkrankung und der dadurch ausgelösten Arbeitsunfähigkeit so zu verhalten, dass seine Arbeitsfähigkeit möglichst bald wieder hergestellt werden könne. Das Verhalten des Antragstellers, und zwar unter Berücksichtigung seines gesamten bisherigen dienstlichen Verhaltens sowie auch unter Berücksichtigung des einschlägigen Vorfalles aus der Vergangenheit, habe auf eine auffallend negative Einstellung des Antragstellers gegenüber den dienstlichen Interessen der Antragsgegnerin schließen lassen und habe als so schwerwiegend angesehen werden müssen, dass das Vertrauen der Antragsgegnerin derart heftig erschüttert worden sei, dass der Antragsgegnerin eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zum Antragsteller nicht zugemutet werden habe können, weshalb der Fall der Vertrauensunwürdigkeit vorgelegen sei und die erklärte Entlassung gerechtfertigt erfolgt sei. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, werde auf diesen vorbereitenden Schriftsatz verwiesen und dessen Inhalt zum integrierenden Bestandteil der gegenständlichen ergänzenden Stellungnahme an den Senat I der GBK erklärt: Der Antragsteller sei vom 27. Oktober 2003 bis zum 2. November 2003 im Krankenstand gewesen und habe sich am 3. November 2003 wieder zum Dienst gemeldet, und zwar mit dem Hinweis, die Krankenstandsbestätigung werde von ihm nachgereicht werden. Der Vorgesetzte des Antragstellers, und zwar der Leiter der ...abteilung, habe sodann aus dem Bereich der Belegschaft einen Hinweis darauf erhalten, dass der Antragsteller während seines Krankenstandes, und zwar am 31. Oktober 2003, einen Freitag, als Mitglied einer Band („...“) im Rahmen eines Konzertes ... mitgewirkt habe. Nachdem der Abteilungsleiter den Antragsteller auf diesen Sachverhalt angesprochen habe, habe der Antragsteller zwar seine aktive Teilnahme am genannten Konzert vom 31. Oktober 2003 nicht in Abrede gestellt, habe aber erklärt, er habe sich zwar noch krank gefühlt, dessen ungeachtet habe er sich aber seiner Verpflichtung an der Teilnahme am Konzert nicht entziehen können. Dem Antragsteller sei vorgehalten worden, dass es sich beim genannten Freitag, 31. Oktober 2003, um einen „normalen“ Arbeitstag gehandelt habe und wohl eine teilweise „Arbeitsfähig-

keit“ für die Teilnahme an einem solchen Konzert bei gleichzeitiger gänzlicher Arbeitsunfähigkeit für die vom Antragsteller zu verrichtende Bürotätigkeit nicht miteinander vereinbar seien. Dem Antragsteller sei vorgehalten worden, dass er Gelegenheit gehabt hätte, sich für den 31. Oktober 2003 gesund zu melden, und zwar verbunden mit einem Ersuchen um Gewährung eines Urlaubstages für den 31. Oktober 2003, er aber habe offenbar den Weg gewählt, seinen Krankenstand auch für den 31. Oktober 2003 aufrecht zu erhalten, um sodann am Abend dieses Tages als Mitglied einer Band an einem Konzert teilzunehmen. Der Antragsteller habe diese ihm gegenüber gemachten Vorhalte als berechtigt erkannt und darum gebeten, ihm rückwirkend für den 31. Oktober 2003 die Konsumation eines Urlaubstages zu ermöglichen. Der Vorgesetzte des Antragstellers habe sich mit dieser Vorgangsweise einverstanden erklärt, und der zuständigen Gebietskrankenkasse sei die Arbeitsfähigkeit bereits ab dem 31. Oktober 2003 bekannt gegeben worden, sodass der Krankenstand letztlich vom 27. Oktober 2003 bis zum 30. Oktober 2003 angedauert habe. Der Antragsteller sei aus diesem Anlass eindringlich darauf aufmerksam gemacht worden, dass ein derartiges Vorgehen seinerseits keinesfalls als „Kavaliersdelikt“ betrachtet werden könne und der Antragsteller im Wiederholungsfall unweigerlich mit ernsthaften arbeitsrechtlichen Konsequenzen zu rechnen habe. Mit Schreiben der Direktion ... vom 11. März 2009 sei der Antragsteller auf eine allfällige nebenberufliche Erwerbstätigkeit als Musiker angesprochen worden. Der Antragsteller sei auf die Bestimmung des § ... DO... und auf die Erforderlichkeit hingewiesen worden, eine allfällige derartige, auf Erwerb gerichtete Nebenbeschäftigung bekannt zu geben und zur Genehmigung zu beantragen. Der Antragsteller sei aufgefordert worden, bekannt zu geben, ob er tatsächlich eine derartige entsprechende entgeltliche Tätigkeit ausübe, und er sei darauf hingewiesen worden, dass die Verletzung der genannten Bestimmung der DO... eine Verletzung seiner Dienstpflicht darstellen würde. Der Antragsteller habe hierzu mit Schreiben vom 26. März 2009 an die Antragsgegnerin erklärt, dass er keine auf Erwerb gerichtete Nebenbeschäftigung ausübe. Ab dem 19. Mai 2009 sei der Antragsteller im Krankenstand gewesen. Während dieses Krankenstandes sei der Antragsteller mehrfach, und zwar zumindest am 24. Juni 2009 und am 10. Juli 2009, als Mitglied einer Band im Rahmen von Konzerten aufgetreten. Das Konzert vom 24. Juni 2009 habe im ... und das Konzert vom 10. Juli 2009 habe in ..., stattgefunden. Die Band, in welcher der Antragsteller mitgewirkt habe, sei selbstverständlich zu entlohnen gewesen. Es habe sich daher auch seitens des An-

tragstellers um eine Beschäftigung als Mitglied dieser Band gehandelt, welche auf Erwerb gerichtet sei. Nachdem die Antragsgegnerin hiervon Kenntnis erlangt habe, sei die Entlassung des Klägers beschlossen und das Dienstverhältnis mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 17. Juli 2009 an den Antragsteller fristlos, sohin mit sofortiger Wirkung im Sinne einer Entlassung beendet worden. Der zuständige Betriebsrat sei hiervon verständigt. Das Entlassungsschreiben sei dem Antragsteller, wie von ihm richtig vorgebracht, am 20. Juli 2009 zugegangen. Der Antragsteller bringe vor, die ihm gegenüber erklärte Entlassung sei nicht gerechtfertigt gewesen, da keine Entlassungsgründe vorliegen würden und die Entlassung sei im Übrigen auch sozialwidrig. Tatsächlich habe der Antragsteller den Entlassungstatbestand der Vertrauensunwürdigkeit verwirklicht. Er habe sich als Angestellter der Antragsgegnerin einer Handlung schuldig gemacht, die ihn des Vertrauens der Arbeitgeberin unwürdig erscheinen habe lassen:

Der OGH judiziere in ständiger Rechtsprechung, dass ein/e im Krankenstand befindliche/r Arbeitnehmer/in verpflichtet sei, den auf Wiederherstellung seiner Gesundheit abzielenden Anordnungen des Arztes nachzukommen und ihnen jedenfalls nicht so zuwider zu handeln, dass der Krankheitsverlauf negativ beeinflusst und/oder der Heilungsverlauf verzögert werden könnte<sup>1</sup>. Auch dann, wenn ausdrückliche Anordnungen eines Arztes über das Verhalten im Krankenstand fehlen, dürfe ein/e Arbeitnehmer/in die nach der allgemeinen Lebenserfahrung üblichen Verhaltensweisen nicht verletzen<sup>2</sup>. Ob das Zuwiderhandeln tatsächlich zu einer Verlängerung des Krankenstandes führe, sei in diesem Zusammenhang belanglos<sup>3</sup>. Es genüge bereits die Eignung, den Genesungsprozess zu verzögern<sup>4</sup>. Ein/e Arbeitnehmer/in, der/die entweder die Anordnungen des Arztes oder aber, weil solche infolge der allgemeinen Lebenserfahrung entbehrlich seien, die Gebote der allgemein üblichen Verhaltensweisen verletzen würden, würden daher einen Entlassungstatbestand erfüllen. Der Antragsteller habe, wie oben dargestellt, während seines bereits über Monate andauernden Krankenstandes mehrfach als Mitglied einer Band an Konzerten mitge-

---

<sup>1</sup> Arb.1 0614

<sup>2</sup> RdW 1987, 268; WBI 1991, 26; WBI 1993, 224

<sup>3</sup> Arb.8449

<sup>4</sup> ZAS1989/5 = WBI 1987, 250

wirkt. Dies sei im Rahmen einer ohne Zweifel auf Erwerb gerichteten Nebenbeschäftigung gewesen, die noch wenige Monate zuvor von Seiten des Antragstellers überhaupt gänzlich in Abrede gestellt worden sei (und zwar, nachdem der Antragsteller darauf ausdrücklich angesprochen und auf seine Verpflichtung laut § ... DO... hingewiesen worden sei). Abgesehen davon, dass es auf der Hand liege, dass derartige Konzerte einer entsprechenden intensiven Vorbereitung, nämlich einer umfassenden Probenarbeit, bedürfen, handle es sich bereits bei derartigen Konzerten selbst um überaus körperlich anstrengende Tätigkeiten, die den gesamten auch körperlichen Einsatz während der Abend- und Nachtstunden erfordern und die jedenfalls geeignet waren, den Genesungsprozess des Antragstellers zu verzögern und solcherart den Krankenstand zu verlängern. Der Antragsteller habe solcherart trotz vorangegangener ausdrücklicher Ermahnung nach einem einschlägigen Vorfall seine arbeitsvertragliche Verpflichtung grob verletzt, und zwar seine Verpflichtung, sich während seiner Erkrankung und der dadurch ausgelösten Arbeitsunfähigkeit so zu verhalten, dass seine Arbeitsfähigkeit möglichst bald wieder hergestellt werden könne. Dieses Verhalten des Antragstellers, und zwar unter Berücksichtigung seines gesamten bisherigen dienstlichen Verhaltens sowie vor allem unter Berücksichtigung des einschlägigen Vorfalles aus der Vergangenheit, würden auf eine auffallend negative Einstellung des Antragstellers gegenüber den dienstlichen Interessen schließen lassen und müsse als so schwerwiegend angesehen werden, dass das Vertrauen der Antragsgegnerin derart heftig erschüttert worden sei, dass der Antragsgegnerin eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zum Antragsteller nicht zugemutet werden könne, weshalb der Fall der Vertrauensunwürdigkeit vorliege und die erklärte Entlassung gerechtfertigt sei.

Verwiesen werde in diesem Zusammenhang auf die Bestimmung des § ... DO... in Verbindung mit der Übergangsbestimmung des § ... DO... zu § ... DO..., wonach der Antragsteller als unkündbarer Angestellter entlassen werden könne, da (Ziffer ...) er sich einer besonders schweren Pflichtverletzung sowie Handlung bzw. Unterlassung schuldig gemacht habe, die ihn des Vertrauens der Antragsgegnerin unwürdig erscheinen habe lasse und überdies (Ziffer ...) seine Dienstpflichten in wesentlichen Belangen erheblich vernachlässigt und ohne einen wichtigen Hinderungsgrund während einer den Umständen nach erheblichen Zeit die Dienstleistung unterlassen habe. Verwiesen sei überdies auf die Bestimmung des § 27 des Angestelltengesetzes (AngG), wonach als ein wichtiger Grund, der den/die Dienstgeber/in zur vorzeitigen

Entlassung berechtigt, insbesondere anzusehen sei, wenn der/die Angestellte sich einer Handlung schuldig mache, die ihn des Vertrauens des/der Dienstgebers/in unwürdig erscheinen lasse. Ergänzend sei anzumerken, dass nach ständiger Rechtsprechung selbst dann, wenn ausdrückliche Anordnungen des/der Arztes/Ärztin über das Verhalten eines/r Dienstnehmers/in im Krankenstand fehlen sollten, der/die Dienstnehmer/in doch die nach der allgemeinen Lebenserfahrung üblichen Verhaltensweisen nicht offenkundig verletzen dürfe<sup>5</sup> und es letztlich belanglos sei, ob das Zuwiderhandeln tatsächlich zu einer Verlängerung des Krankenstandes geführt habe<sup>6</sup>. Es genüge bereits die Eignung, den Genesungsprozess zu verzögern<sup>7</sup>. Dem auf die Bestimmungen des § 106 Abs.2 iVm § 105 Abs.3 des Arbeitsverfassungsgesetzes (ArbVG) gestützten Klagebegehren lautend auf Unwirksamklärung einer Entlassung komme demnach keine Berechtigung zu.

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

**Der Senat I der GBK hat erwogen:**

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts beim beruflichen Aufstieg durch die Antragsgegnerin, X, gemäß **§ 3 Z 5 GIBG** verwirklicht worden ist, ist zunächst folgendes zu bemerken:

Es ist nicht die Aufgabe zu überprüfen, welche/r Bewerber/in für einen Posten besser qualifiziert ist. Es soll lediglich überprüft werden, ob die vom/von der Arbeitgeber/in vorgenommene Bewertung für die Besetzung transparent, durch objektive Fakten untermauert und sachlich nachvollziehbar ist. Der Zweck eines Objektivierungsverfahrens bei der Besetzung einer Position ist, eine sachlich nachvollziehbare Bewerber/innenauswahl zu ermöglichen. In weiterer Folge soll dadurch ein diskriminie-

---

<sup>5</sup> RdW 1987, 268; WBI.1991, 26; WBI.1993, 224

<sup>6</sup> Arb.8449

<sup>7</sup> ZAS 1989/5



rungsfreier Aufstieg für die Arbeitnehmer/innen verwirklicht werden. Zur Erfüllung des Tatbestandes ist allerdings eine wie immer geartete, jedoch für den/die Arbeitgeber/in erkennbare Bewerbung oder Interessensbekundung an einer höherwertigen Position erforderlich, um eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes beim beruflichen Aufstieg durch eine unsachliche Entscheidung überhaupt erst beurteilen zu können.

Unter Beförderung versteht man die Anhebung der Verwendung des/der Arbeitnehmers/in. Der Inhalt des neuen Tätigkeitsbereiches bzw. Pflichtenkreises ist nach Verkehrsauffassung gegenüber den früher ausgeführten Tätigkeiten, als sozial höherwertig zu beurteilen.

Im vorliegenden Fall hat sich der Antragsteller für die offene Position „Leiter/in der ...abteilung“ der Antragsgegnerin beworben. Bei einer erfolgreichen Bewerbung wäre es zu einer Erweiterung der Aufgaben der vom Antragsteller auszuführenden Tätigkeiten gekommen. Demgegenüber fällt bloß die Erhöhung des Gehaltes – jedoch ohne Anhebung der Verwendung – nicht unter den Begriff „Beförderung“. Der Antragsteller wäre durch die Bekleidung dieser Position nicht nur in eine höhere Gehaltsstufe eingestuft worden, sondern hätte auch gestalterische, budgetäre, personelle und organisatorische Verantwortung für ungefähr 70 Mitarbeiter/innen in der ...abteilung bedeutet.

Im Mittelpunkt des Ermittlungsverfahrens stand das am 25. November 2008 abgehaltene Hearing, an dem der Antragsteller und Frau B teilgenommen haben. Der Antragsteller hat sich auf das Gleichbehandlungsgebot iSd § 3 GIBG berufen und hat vorgebracht, dass die Vorgehensweise der Antragsgegnerin beim Hearing vom 25. November 2008 jedenfalls eine verbotene Diskriminierung auf Grund des Geschlechts darstellt. Auf Grund der höheren Qualifikation des Antragstellers hätte die Antragsgegnerin ihn vorziehen müssen. In der mündlichen Befragung bekräftigte der Antragsteller, dass im Anforderungsprofil der Stellenausschreibung angegeben worden sei, dass ein Hochschulstudium – abgesehen vom Maturaniveau - bevorzugt werde. Es sei seit Jahrzehnten so, dass in früheren Stellenausschreibungen bzgl. der Leitung der ...abteilung ein Studium der Sozialwissenschaften verlangt worden sei. Die Antragsgegnerin hat in ihrem Vorbringen stets dem vom Antragsteller vorgebrachten Vorwurf der Diskriminierung auf Grund des Geschlechts beim beruflichen Aufstieg durch den Antragsteller widersprochen. Frau B sei schon auf Grund ihres

beruflichen Werdegangs besser qualifiziert. Sie sei seit 1974 bei der Antragsgegnerin, und seit 1990 in der ...gruppe der ...abteilung tätig. Die ...gruppe sei jene Gruppe, in der Anträge, Rechnungen und ... auf ihre Richtigkeit geprüft werden. Mit 1. Oktober 1996 sei sie Stellvertreterin der ...gruppe – zum damaligen Zeitpunkt ein Referat – und mit 1. März 1998 sei sie schließlich Leiterin der ...gruppe geworden. Am 1. Februar sei Frau B zu einer der Stellvertreter/innen der ...abteilung geworden. Die ...abteilung habe zwei Stellvertreter/innen, und im Anschluss daran sei sie mit 1. Dezember 2008 die Leiterin der ...abteilung geworden. Eine geschlechtsspezifische Diskriminierung habe nicht stattgefunden. Diese Bestellung sei ausschließlich nur unter Beachtung der Kriterien der höheren Befähigung, der besseren Verwendbarkeit und der Leitungseignung bezogen auf die Anforderungen der zu besetzenden Stelle anhand einer sachbezogenen Konkretisierung erfolgt.

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 GIBG zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die vom/von der Beklagten glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

Der erkennende Senat verweist auf die im § 12 Abs. 12 GIBG vorgesehene Beweislastverteilung. 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 GIBG zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die vom/von der Beklagten glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen. Das Gemeinschaftsrecht<sup>8</sup> verlangt keine Umkehr der Beweislastverlagerung<sup>9</sup>. Die RL 97/80/EG kodifizierte die Rechtsprechung des EuGH, nach der sich die Beweislast, die grundsätzlich der/die Arbeitnehmer/in trägt, „umkehren“ kann, wenn sich das als notwendig erweist, um Arbeitnehmer/innen, die anscheinend Opfer einer Diskriminierung sind, nicht jedes wirksame Mittel zu nehmen, um die

---

<sup>8</sup> Art. 4 Abs. 1 BeweislastRL 97/80/EG, die AntidiskriminierungsRL 2000/43/EG (Art. 8) bzw. 2000/78/EG (Art. 10)

<sup>9</sup> OGH 9 ObA 46/04m, DRdA 2005/34 Eichinger,Rebhahn in Rebhahn GIBG § 5 Rz 68

Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung durchzusetzen<sup>10</sup>. Sowohl nach nationalem Recht als auch nach Gemeinschaftsrecht hat die klagende Partei diejenigen Tatsachen, die eine Diskriminierung vermuten lassen, glaubhaft zu machen. Insofern genügt eine „Bescheinigung“ der behaupteten Tatsachen, wobei jedoch der beim Gericht zu erreichende Überzeugungsgrad gegenüber der beim „Regelbeweis“ geforderten „hohen Wahrscheinlichkeit“ auf eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ herabgesenkt ist<sup>11</sup>. Erst wenn der klagenden Partei die Glaubhaftmachung von Umständen, die einen Zusammenhang zwischen der Ablehnung der Bewerbung und dem Geschlecht indizieren, gelungen ist, geht die Beweislast auf den/die Arbeitgeber/in über<sup>12</sup>.

Nach genauer Prüfung des vorliegenden Sachverhaltes kommt der Senat I der GBK zur Ansicht, dass ein objektiver, transparenter und nachvollziehbarer Vergleich der Qualifikation zwischen dem Antragsteller und Frau B vorgenommen wurde. Unbestritten ist, dass im Hearing sowohl fachliche Kenntnisse als auch soziale Kompetenzen abgefragt worden sind. Unter Herrn Dr. C, der seit 2006 Obmann des ...ausschusses der Antragsgegnerin ist, wurden Hearings eingeführt, um eine transparente Bestellung von Spitzenpositionen zu ermöglichen. Dies ist durch einen gemeinsamen Vorstoß der Arbeitgeber/innen und Arbeitnehmer/innenkurie erfolgt. Das Hearing im vorliegenden Fall ist somit entscheidungsrelevant gewesen. An diesem Hearing hat sowohl die Selbstverwaltung als auch die Direktion teilgenommen. Die Letztentscheidung hat jedoch alleine die Selbstverwaltung getroffen. Alle befragten Auskunftspersonen haben in der mündlichen Befragung betont, dass sehr viel Wert daraufgelegt werde, dass der/die Beste in einem Hearing gefunden werden würde. Eine der befragten Auskunftspersonen betonte, dass Hearings innerhalb der Antragsgegnerin keinesfalls Expostlegitimationen von vorher gefassten Beschlüssen sein sollen.

Der Antragsteller konnte seine Vorwürfe nicht glaubhaft darlegen, dass die Entscheidung zugunsten von Frau B auf einer geschlechtsspezifischen Diskriminierung erfolgt ist. Alle befragten Auskunftspersonen bestätigten, dass das bei der Antragsgegnerin

---

<sup>10</sup> vgl. EuGH vom 10.3.2005, C-196/02, Nikoloudi

<sup>11</sup> Rechberger in Rechberger, ZPO vor § 266 Rz 5, § 274 Rz ff; Rebhahn in Rebhahn § 5 GIBG Rz 70; Klicka, ZAS 2009/29, 191; OGH vom 24. September 1998, 2Ob 185/98i; 17. November 2004, 7 Ob 280/04t, JBl 2005, 464;

<sup>12</sup> OGH vom 9. Juli 2008, ObA 177/07f

geltende Frauenfördergebot keine Rolle gespielt habe. Das Frauenfördergebot wurde auch nicht in der Stellenausschreibung angeführt, und hat schließlich keine Rolle im Hearing gespielt. Dies wurde ebenso vom Antragsteller bestätigt. Auf Grund dessen hat der erkennende Senat mehrmals nachgefragt, worin er sich auf Grund des Geschlechts diskriminiert fühle. Der Antragsteller brachte diesbezüglich in der mündlichen Befragung vor, dass Herr E, der frühere Leiter der ...abteilung und nunmehr der derzeitige Direktor der Antragsgegnerin, könne mit ihm nicht umgehen. Er habe immer Frau B und Frau F bevorzugt, obwohl die beiden Mitarbeiterinnen nicht die geforderten Qualitäten von Führungskräften aufweisen würden. Herr E habe immer leichter mit den Frauen und Sekretärinnen in der Antragsgegnerin umgehen können. Es sei immer ein Problem gewesen, wenn jemand etwas gewusst habe, und dabei auch noch Recht behalten habe. Dies habe er täglich gemerkt. Die ...abteilung sei nicht geführt, sondern beherrscht worden. Seine Arbeitsleistung sei demgegenüber nie gut genug für die Antragsgegnerin gewesen. Der Antragsteller habe nur marginal wahrgenommen, wie Herr E mit anderen männlichen Mitarbeitern umgehe. Diese Problematik habe vorwiegend seine Person betroffen. Der Antragsteller konnte dem erkennenden Senate nur die Konfliktsituationen zwischen ihm und seinem damaligen Abteilungsleiter darstellen. Es ist ihm iSd Beweislastverteilung gemäß § 12 Abs. 12 GBG nicht gelungen, darzulegen, dass er auf Grund seines Geschlechts den ausgeschriebenen Posten nicht erhalten hat.

Daher kam der Senat I der GBK nach Durchführung des Ermittlungsverfahrens zur Überzeugung, dass auf Grund eines korrekt durchgeführten Hearings eine sachliche Entscheidung zugunsten von Frau B gefällt worden ist. Es sind dem Senat I der GBK sowohl die von der Antragsgegnerin geforderten Kriterien für die ausgeschriebene Leitungsfunktion als auch die Gewichtung der Kriterien im Verfahren vorgelegt worden. Aus den Befragungen und den vorgelegten Unterlagen lässt sich eindeutig der Schluss ziehen, dass bei dieser Stellenbesetzung das Geschlecht keine Rolle gespielt hat. Die ...abteilung mit rund 70 Mitarbeitern/innen hat die Größe eines mittelständischen Unternehmens und trägt daneben eine große budgetäre Verantwortung. Daher wurde von der Antragsgegnerin eine sachliche Entscheidung bei dieser Personalentscheidung angestrebt.

Frau B ist eine langjährige und bewährte Mitarbeiterin der Antragsgegnerin. Die Auskunftspersonen attestierten ihr eine jahrelange Erfahrung in allen relevanten Bereichen der ...abteilung und eine dadurch natürlich aufgebaute Kompetenz. Einerseits

war Frau B von den fachlichen Kenntnissen und ihrer beruflichen Laufbahn her besser qualifiziert als der Antragsteller. Der höhere akademische Grad des Antragstellers fällt im vorliegenden Fall jedoch nicht ins Gewicht. In der konkreten Stellenbesetzung hatte dies kein Gewicht. In der ...abteilung geht es insbesondere um das ... recht .... Das sozialwissenschaftliche Studium hat mit dem ...recht ... relativ wenig zu tun. ... Dass sich der Antragsteller im Berufsleben durch diverse Zusatzausbildungen, wie ein abgeschlossenes sozialwissenschaftliches Studium, ein begonnenes Studium der Rechtswissenschaften, fortgebildet hat und Sprachkenntnisse in Chinesisch und Ungarisch aufweisen kann, ist an sich als sehr positiv zu bewerten, allerdings waren diese Zusatzqualifikation für den ausgeschriebenen Posten ohne Relevanz.

Der Antragsteller war seit 1. Dezember 1995 ausschließlich Sachbearbeiter in der Gruppe für ..., und war in die anderen Bereiche der ...abteilung nicht weiter eingebunden. Die fachlichen Kenntnisse des Antragstellers hinsichtlich der Gruppe ... wurden von der Antragsgegnerin im Verfahren auch noch einmal positiv hervorgehoben. Ein abgeschlossenes Hochschulstudium bedeutet aber nicht, dass man dadurch automatisch die Leitung der ...abteilung erhält. In der Stellenausschreibung ist die Formulierung „Hochschulstudium bevorzugt“ enthalten. Das Nichtvorhandensein eines Hochschulstudiums ist keinesfalls ein Ausschlusskriterium. Frau B hat gegenüber dem Antragsteller eine langjährige Erfahrung in allen Gebieten der ...abteilung. Der Antragsteller entgegnete diesen Vorwurf damit, dass seine Vorgesetzten zum Teil fehlerhaft gearbeitet hätten. ... Der Senat I der GBK betont in diesem Zusammenhang, dass auch dies eine/n Mitarbeiter/in nicht automatisch für den nächsthöheren Posten qualifiziert. Im Rahmen seiner Treuepflicht zur Antragsgegnerin besteht für den Antragsteller eine Bestands- und Anzeigepflicht. Der/Die Arbeitnehmer/in ist verpflichtet, drohende Gefahren und Schäden dem/der Arbeitgeber/in anzuzeigen und diese nach Möglichkeit abzuwenden. Unterlässt der/die Arbeitnehmer/in es bei dringenden Verdacht, strafbare Handlungen oder andere schwerwiegende Pflichtverletzungen der Arbeitskollegen/innen gegen den/die Arbeitgeber/innen begangen zu haben, den/der Arbeitgeber/in davon zu unterrichten, kann diese/r wegen Vertrauensunwürdigkeit entlassen werden<sup>13</sup>. Der Antragsteller war schon auf Grund seiner Treuepflicht verpflichtet, bei Kenntnis von fehlerhaften Bescheiden den/die Vorgesetzte/n zu informieren bzw. selbst einzugreifen. Andererseits waren die sozialen

---

<sup>13</sup> Vgl. OGH vom 25.9.1984, ZAS 1986, 49 Bespr. V. Grillberger

Kompetenzen von Frau B weitaus höher als die des Antragstellers. Frau B hatte im Gegensatz zum Antragsteller langjährige Erfahrung als Führungskraft, der bislang „nur“ als Sachbearbeiter bei der Antragsgegnerin tätig gewesen ist. Auch der Senat I der GBK hatte im gesamten Verfahren nie den Eindruck, dass, um Frau B als Leiterin der ...abteilung einzusetzen, eine Art „Ränkespiel“ vonstatten gegangen ist. Im Verfahren stellte sich heraus, dass die ...abteilung mit rund 70 Mitarbeiter/innen nicht nur eine sehr große Abteilung gewesen ist, sondern auch nicht immer einfach zu leiten gewesen ist. Das Auswahlgremium hat gerade bei Frau B die sozialen Fähigkeiten wie Teamfähigkeit, ausgleichende und schlichtende Fähigkeiten und Lösungsorientiertheit am Besten verkörpert gesehen. Soziale Kompetenzen, gerade für Leitungspositionen, sind von wesentlicher Bedeutung. Der Senat I der GBK konnte nachvollziehen, dass die Antragsgegnerin Schwächen bei den sozialen Fähigkeiten des Antragstellers festgestellt hat. Der Antragsteller dürfte eine schwierige Persönlichkeit sein. Um sich einen besseren Eindruck vom Antragsteller zu verschaffen, hat der erkennende Senat bei mehreren Auskunftspersonen nachgefragt, welche Person der Antragsteller ist. Auffällig war, dass alle befragten Auskunftspersonen versucht haben, die Beantwortung dieser Frage zu umgehen. Man hatte sogar den Eindruck, dass die Auskunftspersonen kurz die Luft angehalten haben. Weder die Antragsgegnerin noch die befragten Auskunftspersonen haben Entschuldigungen oder sonstige Erklärungen abgegeben, wieso die Antragsgegnerin richtigerweise diese Personalentscheidung getroffen hat, sondern man hat vielmehr vermieden eine Beschreibung der Person des Antragstellers abzugeben. Es ist allerdings nicht nur daran gelegen, dass man nicht schlecht über den Antragsteller reden wollte, sondern an der Persönlichkeit des Antragstellers, über die man nicht sprechen wollte. Die Auffassung des Senates I der GBK wird auch durch die Dienstbeschreibung vom 8. April 2009 gestützt, gegen die der Antragsteller keinen Einspruch gemäß § ... DO... erhoben hat. Hinzu kommt, dass der Antragsteller in seiner Befragung Äußerungen getätigt hat, die iSd des GIBG doch bedenklich erscheinen. So hat er sich unter anderem darüber beschwert, dass er auf Grund der Väterkarenz eines Kollegen das Dreifache an Arbeit gehabt habe und dessen Arbeit auch mitmachen habe müssen. Daneben hat sich der Antragsteller sehr abwertend über seine weiblichen Vorgesetzten geäußert, die seiner Meinung nach fachlich für eine Leitungsfunktion ungeeignet sind. Es wurde vom Senat I der GBK als sehr unpassend empfunden, dass sich der Antragsteller unter Abqualifizierung anderer, insbesondere von Kolleginnen, hervorgetan hat. Er

hätte, um seine höhere Qualifikation darzulegen, andere nicht dermaßen abwerten müssen.

Auf Grund des durchgeführten Verfahrens konnte dem Senat I glaubhaft und transparent die vorgenommene Bewertung für die zu besetzende Stelle seitens der Antragsgegnerin dargelegt werden. Die Entscheidung der Antragsgegnerin für Frau B als bestqualifizierteste Bewerberin für die ausgeschriebene Stelle ist nach objektiven Kriterien nachvollziehbar. Die Nichtberücksichtigung des Antragstellers für den Leitungsposten lag einzig in seiner Person, und nicht im Geschlecht.

Es liegt daher keine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts beim beruflichen Aufstieg gegenüber dem Antragsteller vor.

Die Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** durch die Antragsgegnerin, X, verwirklicht worden ist, wurde folgender Beurteilung unterzogen:

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.

Das Arbeitsverhältnis des Antragstellers zur Antragsgegnerin wurde mittels Entlassung wegen Vertrauensunwürdigkeit des Antragstellers durch die Arbeitgeberin beendet. Vertrauensunwürdigkeit liegt gemäß § 27 Z 1 3. Tatbestand AngG vor, wenn sich der Angestellte einer Handlung schuldig gemacht hat, die ihn des Vertrauens des/der Dienstgebers/in unwürdig erscheinen lassen. Nach ständiger Rechtsprechung liegt diese vor, wenn infolge des Verhaltens des/der Arbeitnehmers/in vom Standpunkt vernünftigen kaufmännischen Ermessens für den/die Arbeitgeber/in die objektiv gerechtfertigte Gefahr besteht, dass seine/ihre Interessen und Belange durch den/die Arbeitnehmer/in gefährdet seien. Mit diesem Entlassungstatbestand wird die Verletzung von Nebenpflichten des/der Arbeitnehmers/in aus seinem/ihrer Arbeitsverhältnis, und zwar die Verletzung der Treuepflicht sanktioniert. Dieses Ver-

halten muss pflichtwidrig und schuldhaft gesetzt worden sein, wobei bloße Fahrlässigkeit genügt.

Auf Grund des im § 12 Abs. 12 GIBG festgelegten Beurteilungsmaßstabes hat der Antragsteller gegenüber dem Senat I der GBK ihr Vorbringen glaubhaft zu machen und der Antragsgegnerin obliegt es, darzulegen, dass keine Diskriminierung erfolgt ist.

Der Antragsteller bekräftigte in seiner Befragung, dass er sich keinerlei Dienstverfehlungen zu Schulden habe kommen lassen und von sich aus keinen Grund gegeben habe, das Vertrauensverhältnis zur Antragsgegnerin zu belasten.

Die Antragsgegnerin nannte in ihrer Stellungnahme und in der Befragung zwei Gründe für die Entlassung des Antragstellers, zum einem, dass dieser zum wiederholten Mal im Krankenstand mit einer Band aufgetreten sei, zum anderen, das die Antragsgegnerin nachträglich erfahren habe, dass der Antragsteller doch aus seinen Musikauftritten einen Nebenerwerb erziele, obwohl er dieses bislang stets verneint habe. Der Senat I der GBK unterzog folglich die Gründe der Antragsgegnerin für die vorzeitige Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit dem Antragsteller einer näheren Überprüfung:

Nach § ... DO... ist die Ausübung einer auf Erwerb gerichteten Nebenbeschäftigung grundsätzlich untersagt. In begründeten Ausnahmefällen kann sie vom Leitenden Angestellten der Antragsgegnerin gestattet werden. Die Nichtbeachtung dieser Bestimmung stellt gemäß § ... DO... eine Dienstverletzung dar. Die Genehmigung kann widerrufen werden, wenn durch die Ausübung einer nebenberuflichen Erwerbstätigkeit die dienstlichen Obliegenheiten oder das Ansehen des Versicherungsträgers darunter leidet.

In der mündlichen Befragung brachte der Antragsteller ergänzend vor, dass der Antragsgegnerin bereits bei seinem Eintritt als Mitarbeiter von seinen Musikauftritten Kenntnis erhalten habe. Herr Prof. G ... hat ihm mitgeteilt, dass er bis zu einem Betrag von € 730,- dazu verdienen könne, ohne dass dies ein Erwerbseinkommen darstelle. Weiters gab der Antragsteller an, dass er schon das ganze letzte Jahr (2009) in weiser Voraussicht nichts an Gage genommen habe. Er habe kein Geld für seine Auftritte erhalten. Die Antragsgegnerin bezweifelte dies im Verfahren. Nach Informationen der Antragsgegnerin habe die Band des Antragstellers pro Auftritt zwischen € 1.000,- und € 1.500,- verlangt. Der Antragsteller habe gegenüber der Antragsgegnerin behauptet, dass er kein Geld für die Auftritte erhalte. Die Gage würde sich seine



beiden Bandkollegen teilen. Dies habe die Antragsgegnerin für unrealistisch gehalten. Auch der erkennende Senat hat angesichts der Befragungen starke Zweifel an den Angaben des Antragstellers hinsichtlich einer Nebenbeschäftigung iSd § ... DO.... Aus den Angaben des Antragstellers lässt sich sehr wohl schließen, dass er früher einen Teil der Gage erhalten hat. Wie hoch seine Gage gewesen ist, hat sich im Verfahren ermitteln lassen. Es entstand der Eindruck, dass der Antragsteller auch keine große Lust hatte, der Antragsgegnerin oder dem Senat I der GBK hier nähere Informationen zukommen zulassen, um abschließend aufklären zu können, ob eine auf Erwerb gerichtete Nebenbeschäftigung vorliegt. Gerade zu diesem Punkt hat der Antragsteller dem erkennenden Senat keine Unterlagen vorgelegt, die zur Aufklärung der Sachlage hätten beitragen können.

Als weiteren Grund für die Entlassung auf Grund von Vertrauensunwürdigkeit des Antragstellers war laut der Antragsgegnerin, dass der Antragsteller im Krankenstand zumindest zweimal mit seiner Band aufgetreten sei.

Im Ermittlungsverfahren wurde vom Antragsteller nicht bestritten, dass er im Krankenstand aufgetreten ist. Er habe dies auch der Antragsgegnerin nicht gemeldet, da er ja die grundsätzliche Erlaubnis der zuständigen Chefärztin der ... Gebietskrankenkasse (...GKK) gehabt habe. Der Antragsteller habe immer bezüglich der Ausgehzeiten um Erlaubnis angesucht. Für den Musikauftritt am 10. Juli 2009 habe er erst im Nachhinein um Erlaubnis angesucht, da niemand von der ...GKK erreichbar gewesen sei. Alle seine Musikauftritte seien bewilligt worden. Seine Ärzte/innen hätten ihm angeraten, da er an einem Burnout-Syndrom und Depressionen leide, lebensbejahenden Hobbies wie Musizieren zu pflegen, um so insbesondere soziale Kontakte aufrechtzuhalten und eine Verbesserung seines Gesundheitszustandes herbeizuführen. Auf Grund der ... Krankenordnung habe er sich auch daran zu halten gehabt, sonst wäre er auch nicht aufgetreten.

Die Antragsgegnerin wandte hinsichtlich des Vorwurfs der Diskriminierung ein, dass es sich hierbei um Wiederholungsfälle gehandelt habe. Der Antragsteller sei bereits einmal wegen desselben Vorfalls (Musikauftritt im Krankenstand) verwarnet worden. Der Antragsteller habe für diesen Tag nachträglich einen Urlaubstag nehmen müssen. Bereits 2003 habe die Generaldirektion ernsthaft daran gedacht, den Antragsteller wegen dieser Dienstverfehlung zu entlassen. Man habe es aber schließlich bei einer Verwarnung belassen und habe ihn eindringlich auf die arbeitsrechtlichen Folgen in einem Wiederholungsfall aufmerksam gemacht.

Im Verfahren konnte festgestellt werden, dass der Antragsteller trotz Kenntnis von möglichen arbeitsrechtlichen Konsequenzen im Krankenstand aufgetreten ist, und dieser es wissentlich unterlassen hat, seine Arbeitgeberin davon zu informieren, dass grundsätzlich von Seiten der ...GKK die Erlaubnis vorgelegen ist, solche Musikauftritte zur Förderung seiner Genesung zu absolvieren.

Gemäß § ... iVm § ... DO... ist eine Entlassung sowohl auf unkündbare Angestellte als auch auf Angestellte, für die ein erweiterter Kündigungsschutz gemäß § ... DO... besteht, möglich.

Grundsätzlich ist der/die Arbeitnehmer/in verpflichtet, sich so zu verhalten, dass die Arbeitsfähigkeit möglichst bald wieder hergestellt wird. Es/Sie muss den auf die Wiederherstellung seiner/ihrer Gesundheit abzielenden Anordnungen seines/r Arztes/Ärztin möglichst nachkommen, wobei auf die allgemeine Lebenserfahrung und die üblichen Verhaltensweisen im Krankheitsfalle Bedacht zu nehmen ist. Es ist jedoch nicht entscheidend, ob das Zuwiderhandeln tatsächlich zu einer Verlängerung des Krankenstandes geführt hat. Es genügt schon die Eignung, den Genesungsprozess zu verlängern<sup>14</sup>. Es liegen dem Senat I der GBK zwei ärztliche Befunde vor, die beide neben der psychotherapeutischen begleitenden Therapie eine weitere Beschäftigung mit Musik – alleine und im Kreis von Freunden und auch damit verbundene öffentliche Auftritte – unbedingt empfehlen. Im ärztlichen Befund vom Psychotherapeut, Herrn H, wurde ebenso darauf aufmerksam gemacht, dass aus psychotherapeutischer Sicht das Musizieren zu unterstützen sei, unter der Voraussetzung, dass im Krankenstand der Krankenversicherungsträger informiert und dessen Bewilligung eingeholt werden müsse. Weiters gab Herr H in seinem ärztlichen Befund an, dass laut dem Antragsteller diese Vorgangsweise auch praktiziert worden sei. Dem erkennenden Senat liegt jedoch eine nachträgliche Bestätigung der ...GKK hinsichtlich der Ausgehzeiten des Antragstellers vom 12. Oktober 2009 vor, in der eine Ausgehzeit für die Zeit vom 20.— 21. Juni 2009 bis 2:00 Uhr früh, am 10. Juli 2009 bis 23:00 Uhr, am 24. Juli 2009 bis Mitternacht zuzüglich der Zeit für die Heimreise ... und am 31. Juli 2009 bis 23:00 Uhr bewilligt worden ist. Entgegen der Angaben ist die Bewilligung im Zeitpunkt seiner Musikauftritte gar nicht vorgelegen, sondern wurde erst Monate später nachträglich von der ...GKK bewilligt. Vor dem Senat I der GBK gab der Antragsteller an, dass er nur einmal, und zwar für den Auftritt am 10.

---

<sup>14</sup> Grundlegend OGH vom 7.4.1987, 14 ObA 38/87; Heinz-Ofner, Die Entlassungsjudikatur zum genesungsvereitelnden Verhalten während des Krankenstandes, RdA 2007, 11, FN 18 und 19

Juli 2009 keine Bewilligung eingeholt habe, da er niemand bei der ...GKK habe erreichen können.

Entgegen der Angaben des Antragstellers lag für mehrere Musikauftritte im Zeitpunkt des Auftritts keine Bewilligung der ...GKK vor. Die Bewilligung wurde vom Antragsteller offensichtlich erst im Entlassungsverfahren Monate nach den eigentlichen Auftritten eingeholt. Dies stellt ein pflichtwidriges Verhalten von Seiten des Antragstellers dar<sup>15</sup>. Der Antragsteller wäre sowohl von der ... Krankenordnung als auch auf Grund seines Arbeitsvertrages verpflichtet gewesen, vorab eine Bewilligung einzuholen und anschließend die Antragsgegnerin davon zu informieren<sup>16</sup>. Unter Heranziehung eines objektiven Maßstabes („Anschauungen der beteiligten Kreise“, dh der in der Branche des/der Arbeitgebers/in tätigen Unternehmer/in) und Berücksichtigung des gesamten bisherigen Verhaltens des Antragstellers wurde die Entlassung des Antragstellers wegen Vertrauensunwürdigkeit vom Senat I der GBK als gerechtfertigt angesehen.

Die Antragsgegnerin konnte dem Senat I der GBK gegenüber glaubhaft machen, dass ein anderes Motiv für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses vorgelegen ist, und es zu keiner unterschiedlichen Behandlung seines Mitarbeiters gekommen ist. Das Arbeitsverhältnis mit dem Antragsteller ist somit nicht aus dem GIBG widersprechenden Gründen beendet worden.

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

Zur Beurteilung des beantragten Tatbestandes der Verletzung des Benachteiligungsverbotes gemäß **§ 13 GIBG** ist Nachstehendes festzuhalten:

Das Benachteiligungsverbot gemäß § 13 GIBG bezieht sich auf jegliche Reaktion des/der Arbeitgebers/in auf eine Beschwerde wegen einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts oder die Einleitung des Verfahrens. Es geht dabei nicht nur um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern auch um andere Formen der Benachteiligung, wie das Übergehen von Beförderung, Versetzung, Nichterhalten von Ge-

---

<sup>15</sup> vgl. § 143 Abs. 6 Z 3 ASVG iVm §§ ... der Krankenordnung ...: Folge des pflichtwidrigen Verhaltens ist unter anderem das Ruhen des Krankengeldes

<sup>16</sup> Vgl. ähnlichen Sachverhalt in OGH vom 31.8.2005, 9 ObA 108/05f und OGH vom 27.5.2004, 8 ObA 52/04m: Nach der Rechtsprechung des OGH trifft dem/der Arbeitnehmer/in die Obliegenheit, einen ihm/ihr bekannten Rechtfertigungsgrund bekannt zu geben, wenn sein/ihr Verhalten beim/bei der Arbeitgeber/in – objektiv betrachtet – den Anschein pflichtwidrigen Verhaltens erwecken kann. Das Verhalten des/der Arbeitnehmers/in war daher Auslöser für die Entlassung

haltserhöhungen und anderes mehr. Die benachteiligende Reaktion des/der Arbeitgebers/in muss in einem plausiblen Zusammenhang mit dem Auftreten des/der Arbeitnehmers/in stehen, wobei auch ein gewisser zeitlicher Konnex gegeben sein muss.

Auf Grund des vorliegenden Sachverhaltes und der Schilderungen der mündlich befragten Auskunftspersonen wurde nach Ansicht des Senates I der GBK keine Verletzung des Benachteiligungsverbotes verwirklicht. Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses der Antragstellerin ist aus rein wirtschaftlichen Gründen erfolgt. Der Antragsteller hat den Entlassungsgrund der Vertrauensunwürdigkeit verwirklicht. Bei der vorzeitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses ist es zu keiner Verletzung des GIBG gekommen. Es ist der Auflösung des Arbeitsverhältnisses kein besonderer Vorfall vorausgegangen, der eine Verletzung des § 13 GIBG indizieren würde. Die Kündigung des Antragstellers ist – wie bereits dargelegt – aus rein wirtschaftlichen Gründen erfolgt, und nicht als eine Reaktion auf die Stellung eines Antrages vom 31.3.2009 an den Senat I der GBK durch den Antragsteller. Zur vorzeitigen Auflösung des Arbeitsverhältnis mit dem Schreiben der Antragsgegnerin vom 17. Juli 2009, zugegangen an den Antragsteller am 20. Juli 2009, ist durch die wiederholten Musikauftritte des Antragstellers im Krankenstand sowie seine nichtordnungsgemäße Meldung einer Nebenbeschäftigung gekommen. Ein zeitlicher Konnex zwischen der Entlassung und der Antragseinbringung ist ebenfalls nicht vorgelegen.

Im Weiteren ging der erkennende Senat der Frage nach, ob es durch Verschlechterung der Dienstbeschreibung von „gut“ auf „entsprechend“ zu einer Verletzung des Benachteiligungsverbotes gekommen ist. Unstrittig steht fest, dass die erste Dienstbeschreibung durch die Antragsgegnerin am 27. Jänner 1999 erfolgte. Der Antragsteller stellte am 3. März 2009 gemäß § 24 Abs. Z 4 einen Antrag auf Neubewertung seiner Person und seiner Arbeit durch die Antragsgegnerin von „gut“ auf „sehr gut“, da die letzte Dienstbeschreibung schon Jahre her sei und nicht sein Engagement für die Antragsgegnerin widerspiegle. Die Antragsgegnerin setzte die Gesamtbeurteilung des Antragstellers von „gut“ auf „entsprechend“ herab. Die Antragsgegnerin begründete dies unter anderem damit, dass man dem Antragsteller gute dienstliche Sachkenntnisse und Fähigkeiten nicht absprechen könne, aber seine Fähigkeiten und Kenntnisse nicht seiner Gruppe zu Gute kommen lässt. Der Antragsteller hat versucht durch das Herabwürdigen von Mitarbeitern/innen, sich selbst hervor zu streichen, um so für seinen Einsatz für die Antragsgegnerin gelobt zu werden. Au-

ßerdem hat der Antragsteller Aufgaben erledigt, die gar nicht in seinem Aufgabenbereich fallen, wie z.B. Fehlerforschung und Korrektur falscher buchhalterischer Eingaben. Der Antragsteller hat sich nur in Einzelfällen an den Dienstweg gehalten.

Gegen die neu verfasste Dienstbeschreibung vom 8. April 2009, in die der Antragsteller zweimal Einsicht genommen hat, hat der Antragsteller - trotz der Möglichkeit in § ... DO... - keine Beschwerde erhoben. Wäre der Antragsteller nicht mit der Dienstbeschreibung einverstanden gewesen, hätte der Antragsteller binnen vier Wochen nach Einsicht in die Dienstbeschreibung Beschwerde erheben müssen. Dem Senat I der GBK liegt zwar ein vom Antragsteller umfangreich verfasster Einspruch vor, der jedoch von diesem nie eingebracht worden ist. Eine vor Senat I der GBK befragte Auskunftsperson konnte bestätigen, dass der Antragsteller Probleme mit dem Anerkennen von Vorgesetzten und von Autorität gehabt habe. Im Verfahren selbst konnte sich der Senat I der GBK einen unmittelbaren Eindruck vom Antragsteller verschaffen. Das Auftreten und die Angaben des Antragstellers in der mündlichen Befragung sowie die Einvernahmen der übrigen Auskunftspersonen bestätigten die Gesamtbeurteilung der Antragsgegnerin in der Dienstbeschreibung vom 8. April 2009. Besonders negativ ist der Umstand aufgefallen, dass der Antragsteller immer wieder die Arbeitsleistungen seiner Kollegen/innen, insbesondere seiner Kolleginnen, und seiner Vorgesetzten herab gewürdigt und sich gleichzeitig in den Vordergrund gestellt hat.

Es gab im gesamten Ermittlungsverfahren keine Hinweise dafür, dass der Antragsteller iSd § 13 GIBG in seinem Arbeitsverhältnis benachteiligt worden ist. Im Ermittlungsverfahren konnte festgestellt werden, dass sich der Antragsteller weder an den Betriebsrat noch an die Gleichbehandlungsbeauftragte der Antragsgegnerin Beschwerden wegen benachteiligendes Verhalten durch die Antragsgegnerin herangebracht hat. Die Antragsgegnerin hat auf Grundlage von § ... DO...<sup>17</sup>, der vorsieht, dass die Chancengleichheit von weiblichen und männlichen Angestellten durch geeignete Maßnahmen sichergestellt werden müssen, im Oktober 2008 eine Gleichbehandlungsbeauftragte installiert. Die Einsetzung einer Gleichbehandlungsbeauftragten hätte gerade dem Antragsteller die Möglichkeit eingeräumt, sich bezüglich des GIBG beraten und unterstützen zu lassen. Da der Antragsteller in der Befragung selbst bestätigt hat, ausgezeichnete Kenntnisse über die DO... und Dienstanweisungen der Antragsgegnerin zu haben, und noch dazu ein Studium der Rechtswissen-

---

<sup>17</sup> ...

schaften absolviert, geht der Senat I der GBK davon aus, dass sich der Antragsteller bewusst gegen die Inanspruchnahme des Betriebsrates und der Gleichstellungsbefragten entschieden hat.

Zusammenfassend wird festgehalten, dass die Antragsgegnerin somit als Arbeitgeberin keinerlei Pflichten verletzt hat.

Aus Sicht des Senat I der GBK ist es daher zu **keiner Verletzung des Benachteiligungsverbot** gegenüber dem Antragsteller gekommen.

Wien, 16. März 2010

Dr.in Mag.a Sabine Stvan-Jagoda

Stellvertretende Vorsitzende des Senates I der GBK