

THEMA – ARBEITSRECHT

Dr.ⁱⁿ Sabine Wagner-Steinrigl

Vereinbarkeit von Beruf und Familie: Diskriminierung am Arbeitsplatz wegen Kindern

» ARD 6673/5/2019

Benachteiligungen am Arbeitsplatz wegen Schwangerschaft bzw Kind/ern sind eine zahlenmäßig große Fallgruppe in der Beratungspraxis der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW).¹ Innerhalb dieser gibt es unterschiedliche Konstellationen: Von unsachlichen Fragen in Bewerbungsgesprächen, Benachteiligungen nach Schwangerschaftsmeldung, Wiedereinstieg oder Elternzeitmeldung bis zu Kündigungen wegen der Inanspruchnahme von Elternpflichten und weiteren Sachverhalten reicht hier die Bandbreite.

Im folgenden Beitrag wird zunächst ausgeführt, inwiefern es sich dabei um Diskriminierungen aufgrund des Geschlechtes handelt. Weiters werden Fallbeispiele präsentiert und gezeigt, welche Verletzungen des Gleichbehandlungsgesetzes (GIBG) dabei vorliegen (können). So soll die genannte Bandbreite an Sachverhalten anschaulich gemacht werden. Überlegungen, wie ArbeitgeberInnen solche Diskriminierungen, am besten prophylaktisch, vermeiden können, schließen den Beitrag ab.

1. Diskriminierung wegen Kind/ern als Geschlechterdiskriminierung

Bereits in frühen EuGH-Entscheidungen zur Geschlechterdiskriminierung ging es mehrfach um Benachteiligungen aufgrund von **Schwangerschaft**;² der Gerichtshof beurteilte in der Folge diese Form der Diskriminierung als die quasi „klassischste“ Form der Frauen- und damit der (unmittelbaren) Geschlechterdiskriminierung. Während Benachteiligungen im Zusammenhang mit Schwangerschaft aus biologischen Gründen ausschließlich Frauen betreffen können, wurden andere Benachteiligungen im Zusammenhang mit Kind/ern als Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes aus der **traditionellen Rollenverteilung zwischen den Geschlechtern** abgeleitet: Nachdem etwa lange Zeit aus-

schließlich Frauen Elternkarenz beanspruchten,³ wurden Benachteiligungen im Zusammenhang damit – nicht aufgrund des biologischen, sondern des sogenannten sozialen Geschlechtes (Gender), dh der gesellschaftlich Frauen zugeordneten Aufgabe der Kindererziehung –, ebenfalls als Frauen- und damit Geschlechterdiskriminierung beurteilt.

Mit der Schaffung von Elternrechten auch für Väter, der Übernahme von Elternpflichten durch diese und darauf folgenden Benachteiligungen am Arbeitsplatz stellte sich die Frage der Geltung des Diskriminierungsschutzes auch für diese. Hier hat sich unstrittig die Rechtsansicht durchgesetzt, dass auch **Männer, die Elternrechte beanspruchen**, von den einschlägigen Regelungen **geschützt** sind. Argumentiert wird dies damit, dass Männer, die Elternpflichten wahrnehmen, sich quasi in die soziale Frauenrolle begeben und in dieser auch vor Diskriminierung geschützt sein müssen.⁴ Dies wurde im Jahr 2013 auch im GIBG klargestellt: Seit der Novelle 2013 ergänzt die Formulierung „insbesondere unter Bezugnahme auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat“ explizit die Definition der Geschlechterdiskriminierung im GIBG.

2. Fallkonstellationen und mögliche GIBG-Tatbestände

Benachteiligungen am Arbeitsplatz, die mit der Vereinbarkeit von Beruf und Familie zusammenhängen, können rechtlich den GIBG-Tatbeständen Begründungsdiskriminierung (§ 3 Z 1 GIBG), Aufstiegsdiskriminierung (§ 3 Z 5 GIBG), Diskriminierung bei den sonstigen Arbeitsbedingungen (§ 3 Z 6 GIBG) oder Beendigungsdiskriminierung (§ 3 Z 7 GIBG) zugeordnet werden. Vereinzelt kommt es auch zu Belästigungshandlungen, die als geschlechtsbezogene Belästigungen nach § 7 GIBG einzustufen sind.

¹ Sie machen geschätzt etwa 20 % der Fälle von Geschlechterdiskriminierung in der Arbeitswelt, die an die GAW herangetragen werden, aus.

² ZB EuGH 8. 11. 1990, C-177/88, *Dekker*, ARD 4265/17/91 = Slg 1990, I-3941; EuGH 5. 5. 1994, C-421/92, *Habermann-Beltermann*, ARD 4568/45/94 = Slg 1994, I-1657.

³ Zunächst, weil es einen Karenzanspruch für Väter gesetzlich nicht gab: In Österreich wurde 1990 ein Karenzanspruch für Väter, abgeleitet von jenem der Mutter, geschaffen; erst seit 1. 1. 2000 haben Väter in Österreich einen eigenständigen Karenzanspruch.

⁴ Schon in OGH 24. 10. 2001, 9 Oba 175/01b, ARD 5310/12/2002 – es ging darin um eine Benachteiligung für teilzeitangestellte Personen bei der Verdiensteitanrechnung – sprach dieser aus, dass eine festgestellte mittelbare Diskriminierung eines Geschlechtes für beide Geschlechter beiseitigt werden müsse. Siehe dazu auch OGH 25. 10. 2011, 9 Oba 78/11b, *ecolex* 2012/69 S 162 sowie die Unterinstanzen; *Windisch-Graetz* in Zeller Kommentar³ § 3 GIBG Rz 6.

Benachteiligungen bei der Arbeitsplatzsuche oder beim beruflichen Aufstieg finden meist entweder in Form **diskriminierender Fragen in Bewerbungsgesprächen** statt und/oder durch die **Nichtanstellung/den Nichtaufstieg in eine höhere Position** wegen Schwangerschaft oder Kind/ern. Im aufrechten Dienstverhältnis kommt es beim Wiedereinstieg nach der Karenz oder nach der Meldung von Karenz oder Elternteilzeit oft zu **Verschlechterungen der Arbeitsbedingungen**, hier ist der Tatbestand der „sonstigen Arbeitsbedingungen“ angesprochen. Und schließlich wird von ArbeitgeberInnen nicht selten versucht, **Dienstverhältnisse** mit Schwangeren, wenn rechtlich möglich – also wenn diese etwa befristet sind, von WiedereinsteigerInnen, MitarbeiterInnen in oder nach Elternteilzeit oder wegen der Inanspruchnahme sonstiger familiärer Pflichten zu **beenden**.

2.1. Diskriminierung bei Bewerbung und beruflichem Aufstieg

Fallbeispiel 1: Eine erfahrene Ärztin bewirbt sich um eine Leitungsfunktion bei einem Sozialversicherungsträger. Sie kommt – mit zwei männlichen Bewerbern – in die engere Auswahl und wird zu einem Hearing geladen. Die JurorInnen im Hearing sind sechs Männer und eine Frau. Es ist bekannt, dass die Bewerberin drei kleinere Kinder hat und derzeit Teilzeit arbeitet. Im Hearing fällt ihr auf, dass ein Juror ihre Teilzeittätigkeit mehrfach betont und signalisiert, dass er ihr nicht zutraut, die ausgeschriebene Tätigkeit in Vollzeit auszuüben. Sie führt dieses Verhalten auf die ihm bekannte Tatsache zurück, dass sie drei Kinder hat.

In diesem Fall entschied die Gleichbehandlungskommission (GBK),⁵ auch aufgrund des Vorliegens weiterer Indizien wie der Nichtanwendung der Frauenförderbestimmung und der Nichtvorlage von Beurteilungsbögen über die BewerberInnen, dass „**stereotype Vorstellungen über Geschlechterrollen** und eine **unbewusste Bevorzugung männlicher Bewerber** den Entscheidungsprozess maßgeblich mitbestimmt hätten“ und daher eine Diskriminierung bei der Begründung des Dienstverhältnisses vorliege. Allerdings gewährt das GIBG gem § 12 Abs 1 in solchen Fällen nur **Schadenersatz** in der Höhe von **maximal zwei Monatsgehältern** der betreffenden Stelle. Es gibt keinen Anspruch auf Erhalt der Position bei Diskriminierung.

Manchmal sind die Fragen in **Bewerbungsgesprächen** noch viel direkter als hier; es wird etwa nach der Familienplanung gefragt oder, wenn bekannt ist, dass eine Frau Kinder hat, nach der Betreuungssituation. Auf Ebene des GIBG sind solche Fragen dann direkt bekämpfbar, wenn sie die Schwelle der **Belästigung** überschreiten; sonst ist ein Zusammenhang mit dem Entscheidungsprozess und damit eine **Begründungsdiskriminierung** glaubhaft zu machen.

Ähnliche Konstellationen treten bei **innerbetrieblichen Bewerbungen um Leitungspositionen** auf, dann ist der Tatbe-

stand des beruflichen Aufstiegs (§ 3 Z 5) angesprochen. Es zeigt sich hier das Phänomen der „gläsernen Decke“, dh von Barrieren beim Aufstieg von Frauen in Führungspositionen wegen männerdominierter Strukturen und stereotyper Geschlechterbilder.⁶

2.2. Versetzung nach dem Wiedereinstieg

Fallbeispiel 2: Eine Hotelmanagerin in der Position „Director of Sales“ kehrt nach einer Elternkarenz in Elternteilzeit zurück. Bei ihrem Wiedereinstieg argumentiert ihr Arbeitgeber, ihre Tätigkeit habe sich durch die Zusammenlegung von drei Hotels verändert; außerdem habe ihre Karenzvertreterin die neue Position unbefristet übernommen und meistere sie hervorragend. Es wird ihr eine neu geschaffene Stelle „Director of Training“ angeboten, die laut Arbeitgeber gleichwertig mit ihrer vorigen Position ist.

Als geradezu „klassisch“ ist diese Sachverhaltskonstellation zu bezeichnen, in der WiedereinsteigerInnen nach einer elternbedingten Karenz eine **vorherige (oft Leitungs-)Position nicht mehr zurückerhalten**; insb dann, wenn der Wiedereinstieg in **Teilzeit** erfolgt, steht dies immer wieder infrage. Der geschilderte Fall wurde zunächst an die GBK und in der Folge an die Gerichte bis zum OGH herangetragen. Beide stellten fest, dass die neue Tätigkeit nicht gleichwertig mit der alten sei und daher eine Diskriminierung bei den sonstigen Arbeitsbedingungen vorliegt.⁷

Der OGH betonte hier, dass **WiedereinsteigerInnen** – auch in Teilzeit – nach einer Elternkarenz **Vorrang gegenüber der Karenzvertretung** haben: „Warum (...) eine nur interimistische Besetzung der Stelle nicht zumutbar gewesen sei, ist nicht ersichtlich, (...). Die Problematik, dass sich die Ersatzkraft uU über einen Zeitraum von mehreren Jahren (...) ‚hervorragend bewährt‘ hat, jene Arbeitnehmerin, die karenzbedingt abwesend war, aber ihr Recht auf Teilzeitbeschäftigung in Anspruch nehmen will, hat der Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen und ohne Einschränkung für Positionen wie jene der Beklagten generell zu Gunsten von Teilzeitbeschäftigten entschieden.“

Damit erfolgte hier eine sehr grundsätzliche Klarstellung des Vorrangs von WiedereinsteigerInnen gegenüber Karenzvertretungen durch den OGH.⁸

Fallbeispiel 3: Eine Wiedereinsteigerin meldet Elternteilzeit. Sie war vor der Karenz als Schichtarbeiterin im

⁵ GBK I/184/09.

⁶ Siehe dazu etwa *Littmann-Wernli/Schubert*: Frauen in Führungspositionen – ist die „gläserne Decke“ diskriminierend? Zeitschrift Arbeit (Schweiz) 2001, 135–148.

⁷ GBK I/265/10; OGH 25. 6. 2015, 9 ObA 50/14i, ARD 6412/6/2014.

⁸ Diese Haltung hat der OGH in einer E vom 27. 2. 2018, 9 ObA 6/18z, insofern relativiert, als er es – bezogen auf das MSchG – für zulässig erklärte, dass eine Verkäuferin, die zuletzt im Büro zur Abwicklung des Onlinegeschäftes gearbeitet hat, nach der Elternkarenz wieder als Verkäuferin eingesetzt wurde, wenn dies, wie hier, vom Arbeitsvertrag gedeckt ist. Die Lehre kommentierte diese E teils als mangelnde Umsetzung der Elternurlaubsrichtlinie, siehe etwa ZAS 2019/31: OGH 27. 2. 2018, 9 Ob A 6/18z (*Verena Vinzenz*). Die Frage einer Diskriminierung wurde hier nicht geprüft.

Wiener Werk eines Produktionsunternehmens beschäftigt; dieses betreibt ein zweites Werk im Burgenland. Im Rahmen eines Elternteilzeitverfahrens einigt man sich darauf, dass sie nach dem Wiedereinstieg nur mehr am Vormittag eingesetzt wird. Beim Wiedereinstieg versetzt der Arbeitgeber sie – ohne Vorabsprache – in das burgenländische Werk, was eine deutlich längere Anfahrt mit öffentlichen Verkehrsmitteln für sie bedeutet.

Neben dem häufigeren Fall der verschlechternden Arbeitstätigkeit kommt es als eine Form der Benachteiligung beim Wiedereinstieg nach der Karenz vereinzelt auch zu **örtlichen Versetzungen mit benachteiligender Wirkung**.

In diesem Fall bekämpfte die Betroffene ihre Versetzung gerichtlich und machte erfolgreich⁹ auch eine Diskriminierung bei den sonstigen Arbeitsbedingungen geltend. Der OGH führte in Zitierung der Vorinstanzen aus: „Die Betreuung von Kindern bis zur Schulpflicht werde überwiegend von Frauen wahrgenommen, die daher überwiegend auch den Anspruch auf Änderung der Arbeitszeit geltend machen. Sei die Geltendmachung dieses Anspruchs die Ursache einer nachfolgenden verschlechternden Versetzung, so treffe diese Reaktion überwiegend Frauen, sodass eine **mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts** iSd § 5 Abs 2 GIBG vorliege.“

Auch eine Rechtfertigung dieser mittelbaren Diskriminierung sahen die Gerichte nicht, ua deshalb, weil der Arbeitgeber weder die Möglichkeit auf Klage des Betriebsrates auf Zustimmung zur Versetzung noch auf Klage nach § 15k Abs 3 MSchG auf Beibehaltung der bisherigen Arbeitszeit genutzt hatte, in denen er das Nichtvorliegen einer Verschlechterung oder betriebliche Interessen vorbringen hätte können.

Die Fallbeispiele zeigen, dass sich **Benachteiligungen** nach dem Wiedereinstieg auf unterschiedliche Arbeitsbedingungen beziehen können; dies kann auch Rahmenbedingungen wie die **Ressourcenausstattung**, die **Arbeitsorganisation** oder die **hierarchische Einordnung** betreffen. Sofern deren Ursache in der Tatsache des Wiedereinstiegs nach einer elternbedingten Abwesenheit zu finden ist, ist eine Diskriminierung bei den sonstigen Arbeitsbedingungen zu bejahen.

2.3. Benachteiligung unmittelbar nach Schwangerschafts- oder Elternteilzeitmeldung



Fallbeispiel 4: Ein Vertriebsmitarbeiter in einem Produktionskonzern meldet Elternteilzeit mit 30 Stunden. Er hat schon länger ein schlechtes Verhältnis zu seinem Vorgesetzten, außerdem sind in seiner Abteilung alle wegen Personalreduktionen seit Längerem überlastet. Der Arbeitgeber reagiert auf die Meldung mit sofortiger Vorlage einer einvernehmlichen Lösung des Dienstverhältnisses, was der Mitarbeiter nicht annimmt. Sein Vorge-

setzer ist daraufhin wütend und tätigt aggressive Äußerungen, wie dass es „der Firma wurscht ist, ob du Kinder hast“. Er beginnt ein extremes Mobbing mit Schikanen, Anschreien, Fallen stellen etc.



Fallbeispiel 5: Eine Sozialpädagogin wird für ein Projekt mit Jugendlichen in einem technischen Unternehmen angestellt. Der Arbeitsvertrag wird im Juli abgeschlossen, Arbeitsbeginn soll im September sein. Im August stellt die Frau fest, dass sie schwanger ist. Aus Loyalitätsgründen teilt sie dies dem Arbeitgeber mit; daraufhin meint die Personalabteilung, dass sie dann ja „gar nicht anfangen müsse“ und schickt ihr eine Auflösungsvereinbarung zu.

In beiden Fällen reagierten die ArbeitgeberInnen, indem sie das **Dienstverhältnis so rasch wie möglich auflösen** wollten – dies ist leider keine seltene Reaktion von ArbeitgeberInnen auf Meldungen im Zusammenhang mit familienbedingten Situationen. Es wurde jeweils versucht, **Druck für eine einvernehmliche Lösung** zu erzeugen, **obwohl** die MitarbeiterInnen gerade aufgrund ihrer Meldung **erhöhten Kündigungsschutz** genossen; dies musste den ArbeitgeberInnen auch bekannt sein. In beiden Fällen war offensichtlich, dass die jeweilige Meldung der Grund für dieses Verhalten war.

Tatbestandsmäßig sind in **Fallbeispiel 4** jedenfalls die **sonstigen Arbeitsbedingungen** angesprochen. Es kommt hinzu, dass der unmittelbare Vorgesetzte auch Handlungen gesetzt hat, die den **Belästigungstatbestand** des § 7 GIBG erfüllen könnten, indem er herabwürdigende und feindselige Aussagen betreffend die familiäre Situation des Mitarbeiters tätigte.

In **Fallbeispiel 5** ist eine **diskriminierende Beendigung** des Dienstverhältnisses angesprochen, da der Arbeitsvertrag bereits abgeschlossen wurde und die Schwangerschaft der offensichtliche Grund für die vom Arbeitgeber gewünschte Beendigung war. Es handelt sich in diesem Fall um die eher seltene Konstellation, dass eine längere Zeitspanne zwischen Vertragsabschluss und Arbeitsantritt liegt und die Schwangerschaftsmeldung in diesem Zeitraum erfolgt.

In beiden Fällen konnte nach Einschaltung der GAW bzw der Gewerkschaft ohne Verfahren eine **Schadenersatzzahlung** bzw **Abschlagszahlung** **verhandelt** werden. Dass Dienstverhältnisse in solchen Situationen aufrechtbleiben, ist aufgrund des beschädigten Vertrauens der Betroffenen bzw des negativen Arbeitsklimas meist nicht mehr möglich – obwohl die arbeitsrechtlichen Schutznormen eigentlich genau dies bezwecken.

2.4. Beendigungen von Dienstverhältnissen



Fallbeispiel 6: Ein Physiotherapeut ist in einer Gesundheitseinrichtung für ein Jahr befristet beschäftigt. Es ist dort üblich, nach einem Jahr bei guter Leistungsbeurteilung in ein unbefristetes Dienstverhältnis übernommen zu werden. Er meldet noch innerhalb der Befristung eine Väterkarenz an. Trotz einer sehr guten Beurteilung wird er nicht in ein unbefristetes Dienstverhältnis übernommen.

⁹ OGH 25. 6. 2014, 9 ObA 2/14f, ARD 6410/12/2014.

In dieser Sachverhaltskonstellation geht es darum, dass ein zunächst **befristetes Dienstverhältnis aus diskriminierenden Gründen** im Zusammenhang mit Elternschaft im weiteren Sinne (Schwangerschaft, potenzielle Schwangerschaft, Elternteilzeit etc) **nicht verlängert** bzw in ein unbefristetes Dienstverhältnis umgewandelt wird. Solche Fälle sind im Laufe der letzten Jahrzehnte va durch das generelle Ansteigen von befristeten Dienstverhältnissen häufiger geworden. Darauf reagierte der Gesetzgeber mit der GIBG-Novelle 2008. Es wurden damals in § 12 Abs 7 folgende Sätze neu eingefügt: „Ist ein befristetes, auf die Umwandlung in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis angelegtes Arbeitsverhältnis wegen des Geschlechtes des/der Arbeitnehmers/in (...) durch Zeitablauf beendet worden, so kann auf Feststellung des unbefristeten Bestehens des Arbeitsverhältnisses geklagt werden. Lässt der/die Arbeitnehmer/ in die Beendigung gegen sich gelten, so hat er/sie Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens und auf eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.“ Damit war klaggestellt, dass es sich dabei um **Diskriminierungen bei der Beendigung** des Dienstverhältnisses handelt und folglich die **Verjährungsfrist von sechs Monaten** für diesen Tatbestand anzuwenden ist.¹⁰

In diesem wie in ähnlich gelagerten Fällen, die überwiegend schwangere Frauen betreffen, bringen ArbeitgeberInnen oft vor, dass die/der jeweilige ArbeitnehmerIn schlechte Leistungen erbracht oder das Vertrauen des Arbeitgebers verspielt hätte. In den Verfahren vor der GBK stellt sich jedoch sehr oft heraus, dass dies Schutzbehauptungen sind.



Fallbeispiel 7: Eine medizinische Fachkraft in einer Gesundheitseinrichtung meldet ihrem Arbeitgeber ihre Schwangerschaft; etwa einen Monat später erleidet sie eine Fehlgeburt und meldet dies wiederum ihrem Arbeitgeber. Obwohl dieser mit ihren bisherigen Leistungen hochzufrieden war, wird ihr etwa eine Woche später die Kündigung übergeben.

Auch diese Fallkonstellation hat in den letzten Jahren zugenommen, dabei ist ebenfalls der Tatbestand der **Beendigungsdiskriminierung** angesprochen. Hier versuchen ArbeitgeberInnen, Mitarbeiterinnen, bei denen sie eine **baldige Schwangerschaft vermuten**, in einer Phase, in der diese keinen erhöhten Kündigungsschutz genießen, **loszuwerden** – sei es wie hier nach dem ungeplanten Ende einer Schwangerschaft oder wie in anderen Fällen, wenn der/die ArbeitgeberIn aus anderen Gründen die Vermutung hat, dass eine Mitarbeiterin in näherer Zukunft schwanger werden wird.¹¹ In diesem Fall deutet der enge zeitliche Zusammenhang zwischen der Meldung der Fehlgeburt und der Kündigung stark auf eine Diskriminierung hin,¹² von der sich der/die ArbeitgeberIn freibeweisen muss.

¹⁰ Davor wurden diese Fälle häufig als Diskriminierung bei den sonstigen Arbeitsbedingungen geltend gemacht; für diesen Tatbestand gilt eine dreijährige Verjährungsfrist.

¹¹ Manchmal vermuten ArbeitgeberInnen bereits bei der Heirat einer Mitarbeiterin eine baldige Schwangerschaft.

¹² Dies ist in diesem Fall auch deshalb besonders zu verurteilen, weil Frauen nach einer Fehlgeburt sehr häufig ohnehin in einer stark belasteten Situation sind.

3. Schlussbemerkungen – Tipps für ArbeitgeberInnen

Die Fälle zeigen zunächst, dass ArbeitgeberInnen nach wie vor häufig versuchen, MitarbeiterInnen, die Elternpflichten wahrnehmen (wollen), loszuwerden – manchmal auch sehr aggressiv; die entsprechenden Schutzgesetze sind daher absolut notwendig. Auch das GIBG leistet hier einen Beitrag, indem zwar **selten der Arbeitsplatz erhalten** werden kann, jedoch **Schadenersprüche** geltend gemacht werden können. ArbeitgeberInnen wird so zumindest klagemacht, dass benachteiligende Reaktionen Gesetzesverletzungen darstellen.

Eine einfach umzusetzende **Empfehlung** ist jene des OGH, für MitarbeiterInnen, die elternbedingt karenziert sind, **befristete Karenzvertretungen anzustellen**. Damit stellt der/die ArbeitgeberIn klar, dass der/die karenzierte MitarbeiterIn an erster Stelle für die Position verbleibt. Auch für die befristet angestellte Person bedeutet dies Klarheit über die Dauer des Dienstverhältnisses und ihre Position an diesem Arbeitsplatz, nämlich die nachrangige, was auch gruppendynamisch wichtig ist.

Aus der Beratungserfahrung der GAW kann weiters gesagt werden, dass die **Haltung von Führungskräften in Unternehmen gegenüber dem Vereinbarkeitsthema** der zentrale Faktor im Umgang damit ist. Die Fälle zeigen, dass oft eine negative Einstellung von Führungskräften Konflikte und diskriminierendes Verhalten im Zusammenhang mit Vereinbarkeitsthemen erst auslöst. **Familiengründung** und die **Wahrnehmung von Elternaufgaben** sind im Leben der meisten Menschen – egal, ob dies letztlich verwirklicht wird oder nicht – **wichtige Themen**. Dies sollte **ArbeitgeberInnen bewusst** sein, dann wird das Thema selbstverständlich und eine professionelle innerbetriebliche Abwicklung möglich.

Es soll dabei nicht bestritten werden, dass Schwangerschaft, Karenz und Elternteilzeit von MitarbeiterInnen mit einem etwas **erhöhten Aufwand** für ArbeitgeberInnen verbunden sind (Suche und Einarbeitung von Vertretungspersonal, Änderung der Arbeitsorganisation oder ein anderer Arbeitseinsatz von Betroffenen bei Arbeitsverboten nach dem MSchG). Andererseits wird der Großteil der entstehenden Kosten von der Sozialversicherung und der **öffentlichen Hand getragen**.¹³

Es überwiegen meines Erachtens die **Benefits** für ArbeitgeberInnen den erhöhten Aufwand deutlich: loyale und leistungsstarke MitarbeiterInnen, die sich gesehen fühlen; der Ruf, ein/e familienfreundliche/r ArbeitgeberIn zu sein; durch Änderungen der Arbeitsorganisation können sich auch Möglichkeiten eröffnen, diese effizienter zu gestalten oder neue Sichtweisen darauf zu gewinnen. Ein/eine ArbeitgeberIn, der/die positiv reagiert, bleibt flexibel und zeigt, dass er/sie MitarbeiterInnenbedürfnisse **wertschätzt**.

¹³ Etwa das Wochengeld, das Kinderbetreuungsgeld, die Krankenversicherung bis zu den Kosten eines absoluten Beschäftigungsverbot in der Schwangerschaft.

Als **Fazit** bleibt zu sagen: Diskriminierung in diesem Bereich zahlt sich nicht aus – sie verursacht nicht nur persönliches Leid, sondern auch Kosten durch langwierige Verfahren sowie Schadenersatzzahlungen und hinterlässt ArbeitgeberInnen mit einem schlechten Ruf. Daher: Eine positive Haltung zum Thema der Vereinbarkeit bringt für alle Seiten Gewinn und sollte unbedingt entwickelt werden.



Die Autorin:

Dr.ⁱⁿ **Sabine Wagner-Steinrigl** arbeitet als Juristin in der Gleichbehandlungsanwaltschaft im Bundeskanzleramt. Darüber hinaus ist sie externe Lehrbeauftragte an der Universität Wien sowie Mitglied der Schiedskommission an der WU Wien.

✉ sabine.wagner-steinrigl@bka.gv.at
 🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Wagner-Steinrigl/Sabine

Foto: Ulrike Wieser

RECHTSPRECHUNG

bearbeitet von *Manfred Lindmayr* und *Birgit Bleyer*

ARBEITSRECHT

Im Betrieb beschäftigte Lebensgefährtin des Geschäftsführers – echtes Dienstverhältnis

» ARD 6673/6/2019

§ ABGB: § 1151

OLG Wien 29. 4. 2019, 7 Ra 117/18d

War die mit 25 % an der Gesellschaft beteiligte **Lebensgefährtin des Geschäftsführers** bei ihrer grundsätzlich eigenverantwortlich und als leitende Angestellte verrichteten Arbeit für die Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer **weisungsgebunden**, seiner Kontrolle unterworfen und **in den Betrieb eingebunden**, überwiegen die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit und es liegt ein **Dienstverhältnis** iSd § 1151 ABGB zur Gesellschaft vor.

Sachverhalt

Im vorliegenden Fall ist strittig, ob die Klägerin in einem Dienstverhältnis zur beklagten GmbH stand. Diese wurde 2008 gegründet, P**** wurde als Geschäftsführer eingesetzt und die Klägerin als Prokuristin. Zwischen den beiden bestand seit 1996 eine **Lebensgemeinschaft**. Die Klägerin hielt auch 25 % der Geschäftsanteile.

Das Aufgabengebiet der Klägerin umfasste Personal, Controlling, Buchhaltung, Werbung und die Administration im Büro. Es war vereinbart, dass die Klägerin in einem **Angestelltenverhältnis** zur GmbH stehen sollte und ein monatliches Gehalt bezieht. P**** war als Geschäftsführer für die GmbH allein entscheidungs- und vertretungsbefugt, die Klägerin sollte ihn lediglich vertreten, wenn er nicht anwesend ist oder wenn ihm etwas passieren sollte. Die Klägerin hat als leitende Angestellte in ihrem Tätigkeitsbereich **selbstständig gearbeitet** und Entscheidungen getroffen, war jedoch der Kontrolle des Geschäftsführers und seinen **Weisungen unterworfen**. Sie verrichtete ihre Arbeit im Büro der GmbH, mit

deren Hilfsmitteln und war in den Betrieb eingebunden. Aufgrund der privaten Beziehung äußerte die Klägerin gegenüber P**** durchaus auch gegenteilige Ansichten betreffend die Art der Geschäftsführung, die letzte Entscheidung hatte aber jeweils P****.

Nach der privaten Trennung im Mai 2015 legte der Geschäftsführer der Klägerin nahe, die GmbH zu verlassen und sich aus der Firma zurückzuziehen. Im Jahr 2016 nahm die Klägerin mit Zustimmung des Geschäftsführers Bildungskarenz in Anspruch und verbrauchte den noch offenen Urlaub aus dem Jahr 2015. Als in weiterer Folge die Gehaltszahlungen ausblieben, trat die Klägerin nach Setzung einer Nachfrist mit 31. 3. 2017 aus dem Dienstverhältnis vorzeitig aus.

Das Erstgericht gab den von der Klägerin auf Basis eines echten Dienstverhältnisses eingeklagten Ansprüchen statt. Das OLG Wien bestätigte nun diese Entscheidung:

Kriterien für echtes Dienstverhältnis

Der Dienstvertrag iSd § 1151 ABGB ist vor allem durch die **persönliche Abhängigkeit** des Dienstnehmers, also durch seine Unterworfenheit unter die funktionelle Autorität des Dienstgebers gekennzeichnet, die sich in organisatorischer Gebundenheit, insbesondere an Arbeitszeit, Arbeitsort und Kontrolle – nicht notwendig auch an Weisungen über die Art der Tätigkeit – äußert.

Merkmale für das Vorliegen eines Dienstvertrages iSd § 1151 ABGB sind vor allem Weisungsgebundenheit, die persönliche, auf Zeit abgestellte Arbeitspflicht des Arbeitnehmers, die Fremdbestimmtheit der Arbeit, deren wirtschaftlicher Erfolg dem Arbeitgeber zukommt, die funktionelle Einbindung der Dienstleistung in ein betriebliches Weisungsgefüge und die Beistellung des Arbeitsgerätes durch den Dienstgeber. Die weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Arbeitnehmers äußert sich darin, dass er über seine Leistung nicht frei bestimmen kann, sondern in Unterordnung in den Organismus des Betriebes prinzipiell Weisungen unter Kontrolle des Arbeitgebers unterworfen ist.

Die Bestimmungsmerkmale der persönlichen Abhängigkeit müssen nicht alle allgemein vorliegen und können in unterschiedlich starker Ausprägung bestehen. Entscheidend ist, ob die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit ihrem Gewicht und ihrer Bedeutung nach und nach der tatsächlichen Ausgestaltung der gegenseitigen Rechtsbeziehung überwiegen.