

Senat I der Gleichbehandlungskommission**Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz**

(BGBl. Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 98/2008)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 31. August 2010 über den am 5. Mai 2009 eingelangten Antrag von **Frau A** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung), durch die Arbeitgeberin, **X GmbH**, 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:

Der Senat I der GBK gelangt zur Auffassung, dass Frau A nicht auf Grund des Geschlechts bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG durch die X GmbH diskriminiert worden ist.

Entscheidungsgründe:

In dem von Frau A (Antragstellerin) eingebrachten Antrag wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass sie seit 1. April 2009 bei der Firma X GmbH (Antragsgegnerin) als Lehrling beschäftigt gewesen sei. Das Arbeitsverhältnis sei am 30. April 2009 durch die Arbeitgeberin in der Probezeit zum 30. April 2009 beendet worden. Im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses liege ihrer Ansicht nach eine Diskriminierung im Sinne des GIBG vor. Folgendes habe sich zugetragen. Die Antragstellerin habe den Firmenchef angerufen und ihm mitgeteilt, dass sie schwanger sei. Ihr sei daraufhin am 30. April 2009 schriftlich mitgeteilt worden, dass ihr Dienstverhältnis zum 30. April 2009 in der Probezeit beendet werde.

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

Die Antragstellerin sei in der Zeit vom 1. April 2009 bis 30. April 2009 in der Betriebsstätte in ... als Malerlehrling beschäftigt gewesen. Das Lehrverhältnis sei in der Probezeit aufgelöst worden. Im Zusammenhang mit der Beendigung des Lehrverhältnisses während der Probezeit liege keine Diskriminierung im Sinn des Gleichbehandlungsgesetzes vor, weil a) die Beendigung wegen des arbeitsbezogenen negativen Gesamtverhaltens der Antragstellerin erfolgt sei und b) der Geschäftsführer im Zeitpunkt der Entscheidung das Lehrverhältnis zu lösen über die bestehende Schwangerschaft gar nicht informiert gewesen sei. Zu a) Die Antragstellerin habe im Zeitraum vom 12. Februar 2008 bis zum 31. März 2009 eine Lehrausbildung bei Y gemacht. Im Zuge dieser Ausbildung habe sie vom 17. Februar 2009 bis 13. März 2009 ein Praktikum bei der Antragsgegnerin in der Betriebsstätte in ... absolviert. Da die Antragstellerin einen guten Eindruck hinterlassen habe, sei sie ab 1. April 2009 in ein ordentliches Lehrverhältnis übernommen worden. Leider habe sich das Verhalten der Antragstellerin schon bald nach Begründung des Lehrverhältnisses schlagartig verändert: Sie sei zwei bis drei Mal pro Woche um 10 bis 15 Minuten zu spät zur Arbeit erschienen, obwohl sie wiederholt darauf hingewiesen worden sei, dass Arbeitsbeginn 7.00 Uhr sei. Trotz Rauchverbotes auf den Baustellen habe die Antragstellerin ca. 15 Zigaretten täglich während der Arbeitszeit geraucht, wozu sie ihre Arbeit jedes Mal unterbrach. Sie habe 3 - 4 Mal täglich längere Zeit mit ihrem Handy telefoniert. Sie habe Arbeitsanweisungen nicht befolgt: Wenn sie aufgefordert worden sei, Material zu bringen, habe sie sich mit dem Hinweis geweigert, das sei ihr zu schwer, obwohl darauf geachtet worden sei, dass sie entsprechend den Bestimmungen des Arbeitnehmerschutzes keine schweren Gegenstände trage. Die Anweisung, einen halben Kübel Wasser zu bringen, habe sie mit der Begründung, verweigert, sie könne ihn mit der Hand nicht tragen. Sie habe Arbeitsanweisungen nur schlampig befolgt, indem sie z.B. den Auftrag, Abdeckpapier wegzuräumen nur teilweise nachgekommen sei. Auf der Baustelle ... sei ihr der Auftrag erteilt worden, Beschneidearbeiten (Kleinflächen mit Pinsel bearbeiten) durchzuführen. Sie habe sich weigert und gemeint, sie wolle jetzt nicht, sie möchte eine Zigarette rauchen. Tatsächlich habe sie sich einfach hingeworfen und habe sich eine Zigarette angezündet. Einmal sei sie dem Gesellen B für die Baustelle ... zugeteilt worden. Der Geselle habe sich darüber be-

schwert, dass er mit ihr nicht arbeiten könne, weil sie seine Arbeitsanweisungen nicht befolge und habe sich geweigert, künftig mit ihr zu arbeiten. Wenn sie - je nach Lage der Baustelle, die sich alle in ... befunden hätten,- aufgefordert worden sei, in der Früh direkt von zu Hause mit öffentlichen Verkehrsmitteln auf die Baustelle zu fahren, habe die Antragstellerin sich manchmal geweigert und habe erklärt, sie wolle mit dem Firmenauto hingeführt werden. Wegen all dieser Verhaltensweisen und der generell negativen Arbeitseinstellung sei die Antragstellerin mehrmals von ihrem unmittelbaren Vorgesetzten, dem Vorarbeiter C, zur Rede gestellt, verwart und auf ihre Pflichten hingewiesen worden. Im Betrieb der Antragsgegnerin gelte die allgemeine Anweisung, dass Verhinderungsgründe dem Chef persönlich telefonisch bekannt zu geben seien. Der Grund dafür liege darin, dass der Geschäftsführer den Hauptbetrieb in Oberwart leite und nur zweimal pro Woche (Dienstag und Donnerstag) in die ... Betriebsstätte fahre. Daher sei es erforderlich, dass er über alle Vorkommnisse in der Betriebsstätte informiert sei. Arbeitsbezogene Angelegenheiten würden täglich kurz nach Arbeitsbeginn telefonisch zwischen Vorarbeiter und dem Geschäftsführer besprochen werden. Die Anweisung, dass der Chef von den Dienstnehmern/innen persönlich über allfällige Arbeitsverhinderungen informiert werden möchte, sei Frau A bekannt gewesen. Am 7. April 2009 habe die Antragstellerin dem Vorarbeiter mitgeteilt, dass sie am nächsten Tag erst später zur Arbeit kommen könne, weil der Gerichtsvollzieher käme. Der Vorarbeiter habe sie angewiesen, dies dem Chef bekannt zu geben. Dieser Aufforderung sei die Antragstellerin nicht nachgekommen. Als der Geschäftsführer anlässlich eines Telefonates mit dem Vorarbeiter am 8. April 2009 in der Früh erfahren habe, dass das Lehmädchen nicht an ihrem Arbeitsplatz sei, habe er sie unverzüglich angerufen und habe sie verwart. An diesem Tag sei die Antragstellerin erst um 10.00 Uhr zur Arbeit erschienen. Am 17. April 2009 sei die Antragstellerin unentschuldigt nicht zur Arbeit erschienen. Als sie der Vorarbeiter angerufen habe, habe die Antragstellerin erklärt, dass sie krank sei. Sie sei deshalb aufgefordert worden, Krankenstände vor Arbeitsbeginn dem Geschäftsführer bekannt zu geben. Am 23. April 2009 habe die Antragstellerin in der Früh beim Vorarbeiter angerufen und habe erklärt, dass sie nicht zur Arbeit komme, weil sie zum Arzt müsse. Der Aufforderung, dies direkt dem Chef mitzuteilen, sei sie wiederum nicht nachgekommen. Tatsächlich sei sie den ganzen Tag nicht zur Arbeit erschienen und habe weder eine Arzt- noch eine Krankenstandsbestätigung vorgelegt. Am Montag, den 27. April 2009, habe die Antragstellerin dem Vorarbeiter mitgeteilt, dass sie vermutlich

schwanger sei. Herr C habe die Antragstellerin angewiesen, dies umgehend dem Geschäftsführer bekannt zu geben. Die Antragstellerin habe jedoch in diesem Gespräch mit dem Vorarbeiter gemeint, sie werde es dem Chef erst sagen, wenn sie weiß, ob er sie deswegen kündigen kann. Am Dienstag, den 28. April 2009, habe sich die Antragstellerin beim Vorarbeiter krank gemeldet. Seiner Aufforderung, die Krankmeldung beim Chef vorzunehmen, sei sie wiederum nicht nachgekommen. Eine Krankenstandsbestätigung sei bis heute nicht vorgelegt worden. Der Geschäftsführer habe an diesem Tag anlässlich des täglich geführten Telefonates vom Vorarbeiter erfahren, dass die Antragstellerin sich krank gemeldet habe. Zu diesem Zeitpunkt habe er sich gerade auf der Fahrt von ... nach ... befunden. Aufgrund der vielen verschiedenen Probleme mit der Antragstellerin in den vorangegangenen vier Wochen habe dieser beschlossen, das Lehrverhältnis in der Probezeit zu lösen. Vom Auto aus habe er der Büroangestellten, Frau D, telefonisch die Anweisung gegeben, die Formalitäten für die Auflösung zu veranlassen und die Abmeldung bei der ... Gebietskrankenkasse durch die Steuerberatungskanzlei vornehmen zu lassen. Frau D habe daraufhin um 8.22 Uhr ein E-Mail mit der entsprechenden Aufforderung an die Steuerberatungskanzlei geschickt. Die Abmeldung sei noch am 28. April 2009, mit Auflösungsdatum 30. April 2009, vorgenommen worden. Dies deshalb, da die schriftliche Auflösung vom Geschäftsführer erst am 29. April 2009 unterfertigt werden habe können und daher erst danach per EMS an Frau A übermittelt worden sei. Die Antragstellerin habe am 30. April 2009 die Auflösung erhalten. Zu b) Dem Geschäftsführer sei die Schwangerschaft des Lehrmädchens nicht bekannt gewesen. Es sei unrichtig, wenn nunmehr behauptet werde, die Antragstellerin habe ihn zunächst mündlich, dann mit ärztlicher Bestätigung, über die Schwangerschaft informiert. Sie habe lediglich am 27. April 2009 dem Vorarbeiter von einer vermuteten Schwangerschaft erzählt, weshalb dieser - wie bereits ausgeführt - sie angewiesen habe, den Chef zu informieren. Er selbst habe den Geschäftsführer darüber nicht in Kenntnis gesetzt. Eine Schwangerschaftsbestätigung liege bis heute nicht vor. Der Geschäftsführer habe von der Schwangerschaft erst am 30. April 2009 anlässlich eines Telefonates mit der Mutter der Antragstellerin erfahren, als sich diese nach Erhalt des Auflösungsschreibens gemeldet habe. Bei diesem Gespräch habe die Mutter behauptet, dabei gewesen zu sein, als ihre Tochter den Chef telefonisch informiert habe. Gegen diese unrichtige Behauptung habe sich der Geschäftsführer vehement gewehrt. Nach Beendigung des Telefonates habe er seine Überraschung über die Schwangerschaft

der Antragstellerin gegenüber den im Büro anwesenden Mitarbeitern/innen, D und E, geäußert.

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 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:

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 GmbH, 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 eines Arbeitsverhältnisses, also auch jene durch Kündigung und Entlassung.

Nach der Rechtsprechung des OGH¹ stellt die vom/von der Arbeitgeber/in vorgenommene Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit einer schwangeren Arbeitnehmerin im Probemonat einen Verstoß gegen das GIBG dar. In seiner Entscheidung hat sich der OGH auf die zu der gegenständlichen RL 76/207/EWG ergangene Rechtsprechung des EuGH bezogen. Demnach bedeutet die unterlassene Einstellung oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses einer Frau wegen ihrer Schwangerschaft durch den/die Arbeitgeber/in eine unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes. Die gemeinschaftskonforme Auslegung des GIBG versteht „unter Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ nicht nur Kündigung oder Entlassung, sondern auch die Beendigung während der Probezeit.

¹ OGH 31.8.2005 9 Ob A 4/05; OGH 4.5.2006, 9 Ob A 81/05

In der jüngsten Novelle des GIBG wurde in Hinblick auf diese Rechtsprechung auch im Gesetz klargestellt, dass der Diskriminierungsschutz bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch für die Beendigung in der Probezeit gilt. Ebenso wurden nun bei der diskriminierenden Nichtverlängerung von befristeten Arbeitsverhältnissen die Sanktionen des GIBG an jene bei diskriminierender Beendigung angepasst, da der Schutzzweck der Norm ansonsten unterlaufen werden könnte, wenn der Schutz vor geschlechtlicher Diskriminierung nicht bereits in der Anfangsphase eines Arbeitsverhältnisses eingreifen würde².

§ 12 Abs. 7 letzter Satz GIBG räumt den Arbeitnehmern/innen nunmehr ein Wahlrecht ein, das für den Fall einer diskriminierenden Kündigung oder Entlassung, sowie für die diskriminierende Auflösung im Probearbeitsverhältnis bzw. für die Nichterneuerung eines befristeten, auf die Umwandlung in ein unbefristetes angelegtes Arbeitsverhältnis zur Anwendung gelangt. Bei einer diskriminierenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann diese entweder - wie bisher - angefochten werden, oder der/die Arbeitnehmer/in kann die Beendigung gegen sich gelten lassen, aber dafür den Schaden – sowohl Vermögensschaden als auch immateriellen Schaden – aus der diskriminierenden Beendigung geltend machen.

Das Recht, ein Probearbeitsverhältnis jederzeit, d.h. fristlos und ohne Angabe von Gründen, aufzulösen, bleibt davon grundsätzlich unberührt. Die Auflösung darf allerdings nicht aus diskriminierenden Gründen erfolgen.

Im vorliegenden Fall wurde das Arbeitsverhältnis in der Probezeit durch die Antragsgegnerin beendet.

Die Antragstellerin äußerte ihre Bedenken gegen die Motive der Antragsgegnerin. Sowohl Herr F als auch der Vorarbeiter, Herr C, hätten von ihrer Schwangerschaft gewusst. Herrn C habe sie davon am 27. April 2009, und Herrn F am 29. April 2009 erzählt. Die Auflösung ihres Arbeitsverhältnisses zum 30. April 2009 sei daher auf Grund ihrer Schwangerschaft erfolgt.

Die Antragsgegnerin nannte in ihrer Stellungnahme die mangelhafte Arbeitsleistung und mangelhafte Einstellung zum Lehrberuf des/r Malers/in als Gründe für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Antragstellerin in der Probezeit. Die Antragstellerin sei wiederholt zu spät in die Arbeit gekommen, sie habe trotz Rauchverbots

² Eichinger in DRdA 2006/30, 387

in der Arbeit geraucht, sie habe immer wieder über einen längeren Zeitraum bei der Arbeit telefoniert oder SMS geschrieben, sie habe Arbeitsanweisungen nicht befolgt bzw. bestimmte Arbeiten gänzlich verweigert. Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses während der Probezeit sei sachlich gerechtfertigt gewesen.

Der Senat I der GBK überprüfte im Verfahren die Angaben der Antragstellerin sowie die Motive der Antragsgegnerin für die Beendigung des Lehrverhältnisses.

§ 12 Abs. 12 GIBG regelt die 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 bei der Berufung auf §§ 3 oder 4 GIBG zu beweisen, dass es Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von Antragsgegner/in glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder das andere Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne des § 5 Abs. 2 GIBG vorliegt.

Die Antragsgegnerin konnte dem erkennenden Senat sehr glaubhaft darlegen, dass ausschließlich die mangelhafte Arbeitsleistung und mangelnde Bereitschaft der Antragstellerin zur Erlernung des Lehrberufes eines/r Malers/in der Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Probezeit gewesen ist.

Im Ermittlungsverfahren bestätigten mehrere Auskunftspersonen, dass die Antragstellerin ein durchschnittlicher Lehrling gewesen ist. Obwohl man ihr leichtere Arbeiten als den übrigen männlichen Lehrlingen zugeteilt hat, hat sie diese nicht oder nur mangelhaft ausgeübt. Es hat bereits bei der Lehrstätte, Y, dahingehend Schwierigkeiten gegeben, als die Antragstellerin viele Fehltage durch Krankenstände aufgewiesen hat und auf Grund von Krankheiten sehr oft ihre Ausbildung verlassen hat. Es wurden deshalb mit der Antragstellerin Gespräche geführt, um ihre Anwesenheit bei Y zu erhöhen.

In der mündlichen Befragung hat die Antragstellerin auch nicht abgestritten, bei Beschneidungsarbeiten mit einer Hand telefoniert oder SMS geschrieben zu haben. Weiters gab sie selbst an, während der Arbeit geraucht zu haben. Sie sei deshalb nie von einem Vorgesetzten ermahnt worden bzw. darauf hingewiesen worden, dies zu unterlassen. Die anderen Lehrlinge hätten auch während ihrer Arbeitszeit geraucht

und telefoniert. Es wurde hingegen von ihr bestritten, zu spät zur Arbeit gekommen zu sein oder Krankenstände nicht Herrn F mitgeteilt zu haben. Auch habe sie Herrn F ihre Schwangerschaftsbestätigung zukommen lassen. Auf eine diesbezügliche Nachfrage des Senates I der GBK gab die Antragstellerin an, dass sie die Schwangerschaftsbestätigung nicht der Antragsgegnerin per Post geschickt habe, sondern diese in den Briefkasten der Betriebsstätte ... eingeworfen habe. Es ließ sich im Verfahren nicht mehr ermitteln, ob die Antragstellerin die Schwangerschaftsbestätigung tatsächlich übermittelt hat bzw. diese möglicherweise Herrn F nie erreicht hat, da die Schwangerschaftsbestätigung nie in die Zentrale geschickt worden ist. Dieser Umstand war jedoch für die Entscheidung des erkennenden Senates nicht von besonderer Relevanz, da laut den Angaben der Antragstellerin, die Schwangerschaftsbestätigung erst nach der Auflösung des Lehrverhältnisses der Antragsgegnerin übermittelt wurde.

Für die Entscheidung waren vielmehr die übereinstimmenden Aussagen von Herrn F und den übrigen Auskunftspersonen von Bedeutung. Der Vorwurf, dass Herr F in Kenntnis der Schwangerschaft der Antragstellerin ihr Lehrverhältnis in der Probezeit aufgelöst habe, ließ sich nicht aufrechterhalten.

Am 27. April 2009 hat die Antragstellerin dem Vorarbeiter mitgeteilt, dass sie vermutlich schwanger ist. Diese Vermutung wurde Herrn F nicht mitgeteilt. Die Erklärung der befragten Auskunftsperson erschien sehr glaubwürdig. Die Auskunftsperson teilte dazu mit, dass sich diese nur um den beruflichen Bereich kümmern würde, alles Private ginge sie nichts an. Angelegenheiten wie Urlaub, Krankenstand, aber auch Schwangerschaft müsse persönlich Herrn F gemeldet werden. Das Ermittlungsverfahren ergab, dass es ein Gespräch zwischen dem Vorarbeiter und Herrn F am der Beendigung des Probendienstverhältnisses vorhergehenden Samstag gegeben hat, in dem der Vorarbeiter Herrn F erklärt hat, dass er die Antragstellerin als Lehrling nicht geeignet hält. Sie würde einem Lehrling/mädchen, der/die auch diesen Beruf erlernen möchte, eine Lehrstelle wegnehmen. Es war ebenso nachvollziehbar, dass der Vorarbeiter Herrn F nichts von der Schwangerschaft erzählt hat, da sich die Antragstellerin noch nicht sicher war und sich dieser vor seinem Chef mit einer derartigen Behauptung nicht lächerlich machen wollte.

Es ergaben sich für den Senat I der GBK im Verfahren keinerlei Anhaltspunkte, dass das Vorbringen der Antragsgegnerin nicht den Tatsachen entsprechen würde.

Nach Ansicht von Senat I ist die Schwangerschaft der Antragstellerin nicht ausschlaggebend für die Beendigung des Lehrverhältnisses gewesen.

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

Wien, 31. August 2010

Dr.in Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK