

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 31. Jänner 2023 über den am 2. November 2021 eingelangten Antrag der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **A (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** (BGBl I Nr 66/2004 idgF) durch **Z GmbH (Antragsgegnerin)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl II Nr 396/2004 idgF), zu GZ GBK I/1043/21, zu folgendem

PRÜFUNGSERGEBNIS:

A ist nicht aufgrund des Geschlechtes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG durch Z GmbH diskriminiert worden.

VORBRINGEN

Im **Antrag** wurde zusammenfassend Folgendes vorgebracht:

Die Antragstellerin sei von 1. September 2021 bis zum 30. September 2021 bei der Antragsgegnerin primär als persönliche Assistentin der Geschäftsführung tätig gewesen. Am 30. September 2021 sei das Arbeitsverhältnis von der Antragsgegnerin am letzten Tag der für einen Monat vereinbarten Probezeit beendet worden. Aufgrund des Verlaufs sei bei der Antragstellerin die dringende Vermutung entstanden, dass die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses mit der von ihr am 23. September 2021 bekannt gegebenen Schwangerschaft in Verbindung stehe.

Die Antragstellerin sei für diesen Arbeitsplatz in hohem Maß qualifiziert gewesen und habe ihre Aufgaben von Beginn an zur vollen Zufriedenheit der Antragsgegnerin ausgeführt. So sei in einem Gespräch am 23. September 2021 auch vereinbart worden, dass eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses nach Ablauf des Probemonates für beide Seiten willkommen sei.

Es seien auch für die Zeit nach Ablauf des Probemonats bereits einige Aktivitäten geplant gewesen, an denen auch Antragstellerin hätte teilnehmen sollen, wie etwa der Betriebsausflug am 5. Oktober 2021 und eine Immobilienmesse am 22-23. Oktober 2021. Am 5. Oktober 2021

sei ein Fototermin für Webseite-Fotos geplant gewesen.

Die Antragstellerin sei während der Dauer des Arbeitsverhältnisses von ihren Vorgesetzten nie darüber informiert worden, dass die von ihr erwartete Arbeitsleistung nicht gut erfüllt worden wäre. Das Gespräch am 23. September 2021 mit dem Geschäftsführer Y, BSc MBA, wäre eine gute Gelegenheit gewesen, allfällige Verbesserungswünsche zu äußern. In diesem Gespräch sei der Antragstellerin jedoch vermittelt worden, dass eine große Zufriedenheit bestehen würde. Auch die Gattin des Geschäftsführers Y, BSc MBA, die ebenfalls im Unternehmen beschäftigt sei, habe ihr u.a. ein Lob für die schöne Verpackung eines Hochzeitsgeschenks ausgesprochen. Zudem sei sie von der Gattin des Geschäftsführers während der Einweisung für die Telefonvermittlung der Hausverwaltung als „Profi“ bezeichnet worden.

Diese Anerkennungen und die bereits geplanten Aktivitäten für den Monat Oktober 2021 würden bestätigen, dass die Antragstellerin sich in äußerst kurzer Zeit sehr gut eingearbeitet habe und die an sie gestellten Aufgaben und Anforderungen sehr gut erfüllt habe.

Umso verwirrender und sehr enttäuschend sei für die Antragstellerin gewesen die für sie völlig unerwartet kommende Auflösung ihres Arbeitsverhältnisses am 30. September 2021 durch den zweiten Geschäftsführer der Antragsgegnerin, X, MBA.

Die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses während der Probezeit sei grundsätzlich jederzeit von beiden Seiten und ohne Angabe eines Grundes rechtlich zulässig. Die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses, auch eines Probearbeitsverhältnisses, aufgrund einer Schwangerschaft stelle aber eine unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts dar.

Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Antragstellerin stehe in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Bekanntgabe ihrer Schwangerschaft. Es sei davon auszugehen, dass die Beendigung auch in einem sachlichen Zusammenhang damit stehe. Eine Erklärung für die abrupte Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses habe die Antragstellerin trotz mehrmaliger Nachfrage beim Geschäftsführer Y, MBA nicht erhalten. Die erhaltene Antwort „*Es ist nicht ganz rund gelaufen*“ sei für die Antragstellerin nicht besonders aufschlussreich.

Selbst wenn es Verbesserungsbedarf auf Seiten der Antragstellerin gegeben hätte, sei eine Probezeit dafür vorgesehen, einen gemeinsamen Arbeitsmodus zu finden und hätte sich die Antragstellerin gewünscht, dass in diesem Fall auf sie zugekommen wird. Sie hätte jede Anregung gerne aufgenommen und ihren Teil dazu beigetragen, zu einer guten Zusammenarbeit zu finden.

Die Antragstellerin habe noch am 30. September nach Überwindung des ersten Schockmoments versucht, ihren unmittelbaren Vorgesetzten, Geschäftsführer Y, BSc MBA zu erreichen, um die Gründe für die Beendigung zu erfahren. Sie habe jedoch keine Möglichkeit dazu erhalten. Sie habe auch keine Gelegenheit gehabt, sich in einer für sie angemessenen Art von dem

Geschäftsführer Y, BSc MBA und den anderen Arbeitskollegen/Arbeitskolleginnen zu verabschieden.

Zu dem Vorfall am 29. September 2021 sei eine eingehendere Beschreibung desselben notwendig, um einige Behauptungen der Antragsgegnerin richtig zu stellen.

Die Antragstellerin habe am 12. Juli 2021 im Rahmen des Vorstellungsgesprächs mit den beiden Geschäftsführern darum gebeten, ihren Hund an ihren Arbeitsplatz mitnehmen zu dürfen.

Dies sei ihr zugesagt worden und ab der zweiten Woche des Arbeitsverhältnisses bis zum 14. September 2021 auch so durchgeführt worden. Da sich jedoch herausgestellt habe, dass dies für den Geschäftsführer Y, BSc MBA und seine Gattin keine zufriedenstellende Lösung sei, sei am 14. September 2021 telefonisch vereinbart worden, dass die Antragstellerin in ihrer täglichen Mittagspause nach Hause fahren und ihren Hund für den Verlauf der restlichen Arbeitsstunden am Nachmittag mit an den Arbeitsplatz bringen könne.

Am 29. September 2021 habe sich die Antragstellerin zwischen 12:45 und 13:00 Uhr vereinbarungsgemäß in ihre Mittagspause verabschiedet. Sie sei nach Hause gefahren, um mit ihrem Hund einen kurzen Spaziergang zu machen, eine Kleinigkeit zu essen und dann mit ihrem Hund für die restlichen, in der Kernzeit noch verbleibenden eineinhalb Stunden an ihren Arbeitsplatz zurückzukehren.

Während dieses Spaziergangs habe es überraschend begonnen zu regnen und die Antragstellerin sei betreffend Kleidung und Haare vollständig durchnässt worden. Aufgrund des feuchten Wetters an diesem Tag habe sie zunehmend auch starke Schmerzen aufgrund ihrer Fibromyalgie verspürt.

Die Antragstellerin habe versucht, ihrem schlechten Gesundheitszustand zu begegnen, indem sie zu Hause kurz ausgeruht habe, um etwas später wieder an ihren Arbeitsplatz zurückzukehren. Kurz vor 16 Uhr sei es ihr dann körperlich endlich etwas besser gegangen. Eine Rückkehr an ihren Arbeitsplatz zu diesem Zeitpunkt sei nicht mehr sinnvoll gewesen, da sie über keinen Schlüssel für die Büroräumlichkeiten verfüge habe. Das Büro sei außerdem ab 12 Uhr Mittag nur mehr mittels Anrufbeantworter erreichbar gewesen.

Nachdem es an den Nachmittagen ohnedies meistens ruhig gewesen sei und an diesem Tag ganz besonders, habe die Antragstellerin beschlossen, diese für sie sehr unangenehme und nicht vorhersehbare Entwicklung am nächsten Tag persönlich in Ruhe zu erklären und sich dafür zu entschuldigen. Sie sei am 29. September 2021 für ihre Vorgesetzten zu jeder Zeit auf ihrem Diensthandy telefonisch erreichbar gewesen.

Am nächsten Tag sei die Antragstellerin vom Geschäftsführer X, MBA vor allen anwesenden Kollegen und Kolleginnen zu ihrer Abwesenheit am Vortag befragt worden. Die Antragstellerin habe sich sofort entschuldigt, es wäre ihr jedoch zutiefst unangenehm gewesen, in dieser Situation vor allen über ihren angeschlagenen Gesundheitszustand am Vortag zu sprechen.

Der Geschäftsführer X, MBA habe auf ihre Entschuldigung hin betont, dass sie das nächste Mal anrufen solle und damit schien für ihn die Angelegenheit zunächst erledigt. Die Antragstellerin habe sich nochmals entschuldigt und habe bekräftigt, dass dies nicht mehr vorkommen werde.

Wenige Minuten später sei sie jedoch vom Geschäftsführer, MBA in sein Büro gerufen worden und es sei ihr das Beendigungsschreiben vorgelegt worden. Auf Nachfrage der Antragstellerin habe der Geschäftsführer, MBA eindeutig verneint, dass der Vorfall am Vortag für diese Entscheidung ausschlaggebend gewesen sei. Die Antragstellerin habe nur die lapidare Antwort erhalten, dass *„es nicht ganz rund gelaufen sei“*. Auf die von ihr erbetene Konkretisierung dieser Aussage habe der Geschäftsführer, MBA nur gemeint *„Tut mir leid“* und *„Sie können jetzt nach Hause gehen, wenn Sie möchten“*.

Die bei der Antragstellerin attestierte Fibromyalgie wie auch ihre sich im frühen Stadium befindliche Schwangerschaft sei der Antragsgegnerin bekannt gewesen. Die Wahrnehmung einer Fürsorgepflicht treffe den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin auch im Probearbeitsverhältnis und die Annahme, dass die Antragstellerin einen triftigen Grund für ihre nicht geplante Abwesenheit gehabt habe, sie aufgrund der genannten Umstände naheliegend gewesen. Es sei jedoch nicht einmal der Versuch gemacht worden, der Antragstellerin in einem passenden vertraulichen Rahmen die Gelegenheit zu geben, sich zu erklären.

Die Antragstellerin hätte einen berechtigten Dienstverhinderungsgrund für ihre nicht beabsichtigte Abwesenheit vom Arbeitsplatz nennen können, wenn sie noch die Gelegenheit dazu bekommen hätte.

Die Antragstellerin stehe im 37. Lebensjahr, habe bereits eine mehrjährige Berufspraxis aufzuweisen und wisse, welche Dienstpflichten in einem Arbeitsverhältnis und umso mehr in der Phase einer Probezeit bestehen. Die Antragstellerin habe großes Interesse an der Fortführung dieses Arbeitsverhältnisses gehabt und hätte dieses niemals mutwillig und fahrlässig aufs Spiel gesetzt.

Unter Pkt. 8 des Angestelltenvertrages sei festgehalten, dass erst eine mehrfache Verletzung der Meldepflicht bezüglich einer Dienstverhinderung einen Entlassungsgrund darstelle. Auch wenn im Rahmen eines Probearbeitsverhältnisses möglicherweise ein strengerer Maßstab anzulegen sei, könne ein einmaliger Vorfall unter den gegebenen Umständen jedoch nicht zur berechtigten Annahme der Unzuverlässigkeit der Antragstellerin führen.

Der Oberste Gerichtshof habe bereits festgestellt, dass oft mehrere Motive, somit ein „Motivbündel“ eine Rolle spielen können. Es sei ausreichend, wenn ein mit dem Merkmal Geschlecht in Zusammenhang stehender Aspekt, im konkreten Fall die Schwangerschaft der Antragstellerin, mitursächlich für die Beendigungsentscheidung gewesen sei. Dies sei aufgrund des zeitlichen und sachlichen Zusammenhanges anzunehmen.

Der Vorfall vom 29. September 2021 hätte einerseits bei Wahrnehmung der gebotenen Fürsorgepflicht und andererseits bei Einräumung einer Möglichkeit für die Antragstellerin, die genaueren Hintergründe für ihr Fernbleiben vom Arbeitsplatz zu erklären, leicht aufgeklärt werden können.

Selbst wenn jedoch dieser Vorfall, trotz bestmöglicher Arbeitserfüllung durch die Antragstellerin über beinahe vier Wochen hindurch, einen Grund für die Annahme einer Unzuverlässigkeit der Antragstellerin darstellen würde, stehe die Vermutung einer Beendigungsdiskriminierung nach wie vor im Raum. Rückwirkend betrachtet dürfte dieser Vorfall für die Antragsgegnerin wie gerufen gekommen sein. Es habe den starken Anschein, als habe dieser Vorfall einen willkommenen Anlass und glücklichen Zufall geboten, das Arbeitsverhältnis mit der Antragstellerin aufgrund der nicht erwarteten Schwangerschaft nicht weiter fortführen zu müssen und dieses auf den ersten Blick rechtlich relativ problemlos einer Beendigung zuführen zu können.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerin übermittelten **Stellungnahme** vom 16. Dezember 2021 bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Die am 23. September 2021 bekanntgegebene Schwangerschaft werde als Motiv für die Auflösung des Dienstverhältnisses ausdrücklich bestritten. Vielmehr sei die Antragsgegnerin mit der Leistung und dem Verhalten der Antragstellerin nicht zufrieden gewesen.

Das Probendienstverhältnis habe den Zweck des wechselseitigen Kennenlernens und gebe dem Arbeitgeber die Möglichkeit, sich davon zu überzeugen, ob der Arbeitnehmer sich für die ihm zuge dachte Stelle eignet. Das Probendienstverhältnis könne von jedem Vertragsteil ohne Angabe von Gründen jederzeit aufgelöst werden.

Die Antragstellerin sei als Assistenz der Geschäftsführung angestellt worden. Der Aufgabenbereich umfasse die Unterstützung der Geschäftsführung im operativen Bereich, das Terminmanagement, die Erstellung und Aufarbeitung von Unterlagen/Exposés, die Gewährleistung einer reibungslosen und effizienten Büroorganisation, Marketing/PR; und stelle eine Schnittstelle zwischen den einzelnen Bereichen des Unternehmens dar.

Die Antragsgegnerin müsse darauf vertrauen können, dass die Aufgaben ordnungsgemäß und zeitgerecht erledigt werden. Aus Sicht der Antragsgegnerin sei die Arbeitsleistung der Antragstellerin jedoch nicht zufriedenstellend gewesen und habe nicht den Anforderungen entsprochen.

So sei in Zusammenhang mit der Immobilienmesse ... in München die Aufgabe der Antragstellerin gewesen, zwei der vier ursprünglich gebuchten Hotelzimmer zu stornieren, da zwei der

reisenden Personen kurzfristig abgesagt hätten.

Die Antragstellerin habe aber die Hotelzimmer der reisenden Personen storniert, was zu einer Verwirrung und langen Diskussion an der Rezeption geführt habe, da sich die tatsächlich Reisenden nicht auf der Anreiseliste des Hotels befunden hätten. Außerdem habe die Antragstellerin die Hotelzimmer eigenmächtig über ihre private Kreditkarte gebucht, was zu einem buchhalterischen Auffand geführt habe, da die Anzahlung von dieser Kreditkarte abgebucht worden sei.

Hinzu komme das unentschuldigte Fernbleiben der Antragstellerin am 29. September 2021. Der von der Antragstellerin vorgebrachte berechtigte Dienstverhinderungsgrund sein als reine Schutzbehauptung zu werten.

Gemäß der Gleitzeitvereinbarung sei die Kernzeit von Montag bis Donnerstag von 8:30 Uhr bis 15:00 Uhr festgelegt worden, in der die Antragstellerin – mit Ausnahme der 30-minütigen Mittagspause – jedenfalls anwesend sein müsse. Außerdem wäre die Antragstellerin verpflichtet gewesen, auch unvorhersehbare Dienstverhinderungen oder eine Verhinderung wegen der Krankheit unverzüglich der Antragsgegnerin zu melden.

Die Antragstellerin bringe selbst vor, dass sie am 29. September 2021 zwischen 12:45 Uhr und 13 Uhr das Büro verlassen habe und danach nicht mehr zurückgekehrt sei. Eine Krankmeldung sei jedenfalls nicht erfolgt. Die Antragstellerin sei für die Antragsgegnerin auch nicht erreichbar gewesen.

Eine telefonische Krankmeldung, zumindest eine kurze SMS, wäre der Antragstellerin zumutbar gewesen.

Am 30. September habe die Antragstellerin eine völlig andere Geschichte für ihr Fernbleiben präsentiert. Sie habe angegeben, sie sei vom Regen überrascht worden und da das Trocknen der Haare lange Zeit in Anspruch genommen habe, sei sie nicht mehr zum Dienst erschienen. Sie habe ihr Verhalten außerdem damit gerechtfertigt, dass es am Nachmittag im Büro ohnehin ruhig sei.

Das Vorliegen des Dienstverhinderungsgrundes sei von der Antragstellerin am nächsten Tag (30. September 2021) auch nicht bekanntgegeben worden. Tatsache sei, dass die Antragstellerin unentschuldigt vom Dienst ferngeblieben sei, was das sprichwörtliche Fass zum Überlaufen gebracht habe. Die Antragsgegnerin habe jedes Vertrauen in die Antragstellerin verloren.

Insbesondere als Assistenz der Geschäftsführung seien Zuverlässigkeit und eine genaue Arbeitsweise unerlässlich. Solch ein Verhalten sei im Regelfall von Arbeitnehmern, die sich im Probendienstverhältnis befinden, nicht zu erwarten.

Das Motiv für die Beendigung sei jedenfalls nicht die Schwangerschaft gewesen. Die Antragstellerin habe der Antragsgegnerin die Schwangerschaft am 23. September 2021 bekannt gegeben, die Auflösung sei eine Woche später erfolgt. Außerdem habe die Antragsgegnerin am

27. September 2021 eine Mutterschutzmeldung an das Arbeitsinspektorat Graz erstattet.

Wäre das Motiv für die Auflösung des Probedienstverhältnisses die Schwangerschaft gewesen, hätte die Antragsgegnerin das Dienstverhältnis nicht am letzten Tag der Probezeit aufgelöst und hätte auch keine Meldung an das Arbeitsinspektorat vorgenommen.

Der Geschäftsführer der Antragsgegnerin habe selbst Kinder und betrachte eine Schwangerschaft als ein freudiges Ereignis.

Unrichtig sei, dass die Antragstellerin keine Erklärung über die Gründe der Beendigung erhalten habe. Die Gründe seien der Antragstellerin im Rahmen des Beendigungsgesprächs dargelegt worden, dies obwohl die Antragsgegnerin dazu rechtlich nicht verpflichtet sei.

PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin sowie die mündliche Befragung der Antragstellerin und von Y, BSc MBA (informierter Vertreter der Antragsgegnerin) vom 13. Dezember 2022.

Als weitere Auskunftspersonen wurden X, MBA sowie Mag.^a (FH) W am 31. Jänner 2023 befragt.

Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf den Anstellungsvertrag samt der Gleitzeitvereinbarung vom 1. September 2021 und das Beendigungsschreiben vom 30. September 2021.

BEGRÜNDUNG¹

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

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

[...]

7. bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses“

Generell ist zur Frage des Beweismaßes und der Beweislastverteilung im GBK-Verfahren anzumerken, dass eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne des § 3 GIBG beruft, diesen glaubhaft zu machen hat. Insoweit genügt daher nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (OGH) eine „Bescheinigung“ der behaupteten

¹ Im weiteren Verlauf werden (akademische) Titel nicht weiter angeführt.

Tatsachen, wobei jedoch der bei der GBK zu erreichende Überzeugungsgrad gegenüber der beim „Regelbeweis“ geforderten „hohen Wahrscheinlichkeit“ auf eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ herabgesenkt ist.

Vereinfacht gesagt muss mehr für die Darstellung des Antragstellers/der Antragstellerin sprechen als dagegen.² Dem Antragsgegner/der Antragsgegnerin obliegt dann zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes von ihm/ihr glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung des Vorwurfes, das Dienstverhältnis der Antragstellerin sei aufgrund ihrer Schwangerschaft in der Probezeit aufgelöst worden, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem **Sachverhalt** aus:

Die Antragstellerin war von 1. September 2021 bis zum 30. September 2021 bei der Antragsgegnerin als persönliche Assistentin der Geschäftsführung tätig. Für den ersten Monat des Dienstverhältnisses wurde eine Probezeit vereinbart.

Zu den Aufgaben der Antragstellerin gehörte die Unterstützung der Geschäftsführung im operativen Bereich, das Terminmanagement, die Erstellung und Aufarbeitung von Unterlagen/Exposés, die Gewährleistung einer reibungslosen und effizienten Büroorganisation, Marketing/PR.

Gemäß Pkt. 3 der zwischen den Verfahrensteilen abgeschlossenen Vereinbarung über die gleitende Arbeitszeit wurde die Kernzeit von Montag bis Donnerstag von 8:30 Uhr bis 15:00 Uhr festgelegt. Sowohl in Pkt. 3 der Gleitzeitvereinbarung, als auch in Pkt. 8 des Arbeitsvertrages wird festgehalten, dass eine Abwesenheit von Arbeitnehmer bzw. Arbeitnehmerinnen während dieser Zeit nur nach vorheriger schriftlicher Zustimmung durch die vorgesetzte Person oder bei Vorliegen eines berechtigten Dienstverhinderungsgrundes zulässig ist.

Im Rahmen des mit den beiden Geschäftsführern, Y und X, geführten Bewerbungsgesprächs äußerte die Antragstellerin den Wunsch, ihren Hund an ihren Arbeitsplatz mitnehmen zu dürfen. Die Geschäftsführer stimmten zu.

Da sich jedoch im weiteren Verlauf herausstellte, dass der Hund der Antragstellerin während der Telefonzeiten am Vormittag einen Störfaktor im Sekretariat darstellt, wurde am 14. September 2021 telefonisch vereinbart, dass die Antragstellerin in ihrer täglichen Mittagspause nach Hause fahren und ihren Hund für den Verlauf der restlichen Arbeitsstunden am Nachmittag mit an den Arbeitsplatz bringen kann.

² Vgl. OGH 9 ObA 144/14p, Arb 13.203 mit weiteren Nachweisen.

Obwohl dies der Antragstellerin nicht ausdrücklich kommuniziert wurde, entsprach ihr Arbeitsstil nicht hundertprozentig den Vorstellungen ihrer Vorgesetzten. Mit der Zeit gelangten sie zur Überzeugung, dass die Antragstellerin nicht die richtige Person ist für die Position als Assistentin der Geschäftsführung in ihrem Unternehmen. Überdies führte auch das Thema des Hundes der Antragstellerin zu Spannungen zwischen dem Geschäftsführer X bzw. W (Ehegattin des zweiten Geschäftsführers) und der Antragstellerin.

Am 23. September 2021 meldete die Antragstellerin ihre Schwangerschaft im Zuge eines Gesprächs mit dem Geschäftsführer Y. Nach der Mitteilung der Schwangerschaft wurde das Dienstverhältnis weiter fortgesetzt.

Am 27. September erstattete die Antragsgegnerin eine Schwangerschaftsmeldung an das Arbeitsinspektorat. Am 30. September 2021 wurde das Arbeitsverhältnis von der Antragsgegnerin am letzten Tag der für einen Monat vereinbarten Probezeit beendet.

Am 29. September 2021 (Mittwoch) verließ die Antragstellerin zwischen 12:45 und 13:00 Uhr das Büro und fuhr nach Hause, um mit ihrem Hund einen kurzen Spaziergang zu machen und dann mit ihrem Hund an ihren Arbeitsplatz zurückzukehren.

Während dieses Spaziergangs begann es zu regnen und die Antragstellerin wurde an Kleidung und Haaren vollständig durchnässt. Sie ging nach Hause, trocknete die Haare und versuchte, sich kurz auszuruhen, da es ihr nicht gut ging.

Nach der Mittagspause erschien die Antragstellerin nicht mehr zum Dienst, obwohl es ein Mittwoch war und an diesem Tag die Kernzeit bis 15 Uhr festgelegt wurde. Eine Krankmeldung bzw. Meldung eines sonstigen Dienstverhinderungsgrundes seitens der Antragstellerein erfolgte nicht, obwohl sie ein Diensthandy mithatte und über private Telefonnummer der beiden Geschäftsführer verfügte.

Am nächsten Tag wurde die Antragstellerin vom Geschäftsführer X im Sekretariat nach dem Grund für ihre Abwesenheit am Vortag gefragt. Die Antragstellerin entschuldigte sich und erzählte, dass sie vom Regen überrascht und völlig durchnässt wurde, weshalb sie nach Hause zurückkehrte. Ihren schlechten Gesundheitszustand als Grund für ihre Dienstverhinderung erwähnte sie jedoch nicht. Der Geschäftsführer betonte auf ihre Entschuldigung hin, dass sie das nächste Mal anrufen solle.

X telefonierte im weiteren Verlauf mit dem zweiten Geschäftsführer, Y, welcher sich erkundigte, ob die Antragstellerin am Arbeitsplatz erschienen ist und ob sie ihre Abwesenheit am Vortag erklärt hat. Die beiden Geschäftsführer kamen in weiterer Folge überein, dass das Dienstverhältnis der Antragstellerin noch am selben Tag, und somit mit dem letzten Tag des Probendienstverhältnisses aufgelöst wird.

Wenige Minuten später wurde die Antragstellerin vom Geschäftsführer X in sein Büro gerufen und es wurde ihr das Beendigungsschreiben vorgelegt.

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

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

§ 3 Z 7 GIBG verbietet die unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts, insbesondere unter Bezugnahme auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat, bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.³

Der Begriff der „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ im § 3 Z 7 GIBG ist nicht auf eine bestimmte Art des Arbeitsverhältnisses oder eine bestimmte Art der Beendigung beschränkt und daher weit zu verstehen. Vom Geltungsbereich des GIBG sind somit auch Probearbeitsverhältnisse und befristete Arbeitsverhältnisse erfasst.⁴

Das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes basiert zwar grundsätzlich auf dem Geschlecht im biologischen Sinn, beinhaltet aber auch alle anderen Fallkonstellationen, in denen das Geschlecht im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis als Unterscheidungskriterium verwendet wird, obwohl es grundsätzlich kein entscheidendes Kriterium sein dürfte. Zu den Fallkonstellationen zählen neben Benachteiligungen wegen allfälliger Betreuungspflichten oder das Anknüpfen an den Familienstand auch Benachteiligungen von Frauen wegen (der Möglichkeit) einer Schwangerschaft.⁵

Praktisch bedeutend ist der Fall der diskriminierenden Auflösung des Arbeitsverhältnisses in der Probezeit bzw. der diskriminierenden Nichtverlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberin vor allem bei Bekanntwerden der Schwangerschaft einer Arbeitnehmerin.⁶

Ein Probearbeitsverhältnis kann jederzeit, fristlos und unbegründet, gekündigt werden, sofern die Beendigung rechtskonform ist. Diskriminierend ist die Auflösung in der Probezeit, wenn sie bei Bekanntwerden der Schwangerschaft erfolgt.⁷ Die diskriminierende Berücksichtigung einer Schwangerschaft wird vom Europäischen Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung als unmittelbare Geschlechtsdiskriminierung qualifiziert.⁸

Der Schutz vor Diskriminierung beginnt grundsätzlich mit Beginn der Schwangerschaft. Ausschlaggebend für eine Diskriminierung ist eine Kündigung oder Entlassung gerade *wegen* der Schwangerschaft, wobei die weite Auslegung des EuGHs zu berücksichtigen ist. Daher war der Zeitpunkt, zu dem die Entscheidung der Antragsgegnerin getroffen wurde, maßgeblich. Es ge-

³ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 136.

⁴ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 137, § 12 Rz 76.

⁵ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 2.

⁶ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 137.

⁷ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 137.

⁸ Vgl. OGH 27.8.2015, 9 Ob A 87/15g; *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 5 Rz 14, FN 42.

nügt dabei, wenn die Schwangerschaft oder bestimmte Eigenschaften, Handlungen, Verhaltensweisen oder Zustände, die damit in Verbindung gebracht werden können, für die Diskriminierung mitursächlich sind.⁹

Im vorliegenden Fall ist es unstrittig, dass die Antragstellerin ihre Schwangerschaft am 23. September 2021 dem Geschäftsführer Y bekanntgab. Zum Zeitpunkt, als die Entscheidung für die Kündigung fiel, war die Schwangerschaft der Antragstellerin sohin bekannt. Der Senat geht davon aus, dass auch der Geschäftsführer X, welcher das Beendigungsgespräch mit der Antragstellerin führte, Kenntnis von der Schwangerschaft hatte.

Die Antragstellerin hat in ihrem schriftlichen Antrag und in der mündlichen Befragung glaubhaft den Anschein eines Sachverhaltes, in welchem eine Diskriminierung erblickt werden könnte, dargelegt.

Der vom Gesetz geforderte „Zusammenhang“ mit dem Geschlecht darf nämlich nicht eng gesehen werden. Das Diskriminierungsverbot würde entwertet, wenn jedes dazu tretende Motiv den geforderten Zusammenhang wieder beseitigen würde.¹⁰

Insbesondere aufgrund des zeitlichen Zusammenhangs zwischen der Mitteilung über die Schwangerschaft und der Beendigung des Probedienstverhältnisses, und andererseits angesichts der Schilderung der Antragstellerin, wonach der Geschäftsführer X im Zuge des Beendigungsgesprächs auf ihre Nachfrage ausdrücklich mitgeteilt habe, dass ihr Nichterscheinen zum Dienst am Vortag nicht der Grund für die Beendigung gewesen sei, konnte nicht ausgeschlossen werden, dass die Schwangerschaft der Antragstellerin zumindest mitursächlich für die Beendigungsentscheidung war.

Die Antragstellerin war überdies der Ansicht, während der Probezeit sehr gute Arbeitsleistung erbracht zu haben und gab überzeugend an, die Vertragsauflösung keineswegs erwartet zu haben.

Das Ermittlungsverfahren zeigte jedoch eindeutig, dass der Arbeitsstil der Antragstellerin und die Qualität ihrer Arbeitsleistung nicht ganz den Vorstellungen der Geschäftsführung entsprachen. Der Arbeitgebervertreter und die befragten Auskunftspersonen, W und der ehemalige Geschäftsführer X sagten übereinstimmend aus, dass es sich bei der Position der Assistentin der Geschäftsführung um einen sehr vertrauenswürdigen Job handle und sie den Eindruck gehabt hätten, dass die Antragstellerin nicht die richtige Person für diese Position gewesen sei. Als Beispiele für die nicht zufriedenstellende Arbeitsleistung der Antragstellerin nannte der Arbeitgebervertreter etwa die Stornierung von falschen Hotelzimmern in Zusammenhang mit einer Immobilienmesse in München und die Vornahme der Hotelbuchung mit der privaten Kreditkarte der Antragstellerin, was zu einem buchhalterischen Aufwand geführt habe. Der

⁹ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 17 Rz 8.

¹⁰ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 17 Rz 8.

Senat geht zwar davon aus, dass die Antragstellerin nicht ausdrücklich darüber informiert wurde, dass die Vorgesetzten nicht zufrieden waren, dass ihr jedoch Feedback zu einzelnen Aufgaben gegeben wurde und Korrekturen aufgetragen wurden. Es erscheint grundsätzlich auch nicht lebensfremd, dass man während eines Probendienstverhältnisses zunächst versucht, sich ein Bild von der Arbeitsleistung und der Persönlichkeit der neuen Mitarbeiterin zu machen.

Die von der Antragsgegnerin geschilderten Versehen der Antragstellerin können in einem Probendienstverhältnis durchaus passieren. In der Befragung vor dem Senat I der GBK ging allerdings stark hervor, dass das Verhältnis der Antragstellerin zu den Vorgesetzten nicht sehr gut war. Dazu trug u.a. auch der Umstand bei, dass die Vorgesetzten und Arbeitskollegen bzw. Arbeitskolleginnen den Hund der Antragstellerin, welchen sie anfangs ins Büro mitgenommen hat, als sehr störend empfanden. Der damalige Geschäftsführer X, welcher mit der Antragstellerin täglich Kontakt hatte, sagte sehr authentisch aus, dass es zwischen ihm und der Antragstellerin nicht gepasst habe.

Unbestritten ist zudem, dass die Antragstellerin am 29. September 2021, und somit am Tag vor der Auflösung des Dienstverhältnisses, zwischen 12:45 Uhr und 13:00 Uhr ihren Arbeitsplatz verließ und nach der Mittagspause nicht mehr zum Dienst erschien. Da es sich aber um einen Mittwoch handelte, war die Kernzeit an diesem Tag bis 15:00 Uhr vereinbart.

Die Antragstellerin gestand im Zuge ihrer Einvernahme zu, dass sie es unterlassen hat, ihren Dienstgeber zu kontaktieren und diesem den Dienstverhinderungsgrund mitzuteilen. Die Argumentation, dass sie ohnehin alle Arbeitsaufträge für den besagten Tag erledigte und dass nachmittags im Büro ohnehin nichts los gewesen sei, überzeugte den Senat nicht.

Nicht gefolgt werden kann auch der Argumentation, wonach die Arbeitgeberin aufgrund ihrer Fürsorgepflicht und angesichts der bekanntgegebenen Erkrankung und der Schwangerschaft der Antragstellerin verpflichtet gewesen wäre, die Antragstellerin zu kontaktieren und nach einem Dienstverhinderungsgrund zu fragen. Die Fürsorgepflicht des Dienstgebers kann nach Ansicht des Senats nicht so weit interpretiert werden. Insofern ist es für die gleichbehandlungsrechtliche Beurteilung des gegenständlichen Sachverhaltes irrelevant, ob die Arbeitgeberin am besagten Tag versucht hat, die Antragstellerin zu kontaktieren oder nicht. Für die Antragstellerin war es zumutbar, der Arbeitgeberin noch am selben Tag einen allfälligen Dienstverhinderungsgrund zu melden.

Auch am nächsten Tag hat die Antragstellerin dem Vorgesetzten nicht mitgeteilt, dass es ihr am Vortrag gesundheitlich nicht gut gegangen sei. Die Antragstellerin führte in diesem Zusammenhang aus, dass sie vom Geschäftsführer X vor allen anwesenden Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen nach dem Grund für ihr Fernbleiben gefragt worden sei und diese Vorgangsweise von ihr als entwürdigend und schikanös wahrgenommen worden sei, weil sie in diesem Rahmen ihre körperliche Schwäche nicht thematisieren habe wollen. Die Antragstellerin hätte

aber am nächsten Tag selbst auf den Geschäftsführer zukommen können und ihre Abwesenheit erklären oder – nachdem sie im Sekretariat nach dem Grund für ihr Fernbleiben gefragt wurde – um ein Gespräch unter vier Augen ersuchen. Dies geschah jedoch nicht.

Durch den Vorfall am 29. September 2021 hatte die Antragstellerin einen berechtigten Grund für eine Beendigung gegeben. Gerade während einer Probezeit erscheint es nach Ansicht des Senats lebensnah, dass eine Arbeitgeberin ein derartiges Verhalten nicht dulden möchte und darin einen Grund für die Annahme einer Unzuverlässigkeit sieht. Im Zuge der Befragung der Auskunftspersonen Y, X und W kam stark zum Ausdruck, dass sie durch das Verhalten der Antragstellerin sehr empört waren.

Insbesondere fällt hier auch auf, dass der geschilderte Vorfall in einem weitaus engeren zeitlichen Zusammenhang mit der Auflösung des Probedienstverhältnisses steht als die Bekanntgabe der Schwangerschaft. Wäre die Schwangerschaft ausschlaggebend gewesen, hätte die Antragsgegnerin wahrscheinlich nicht bis zum letzten Tag der Probefrist abgewartet in der „Hoffnung“, dass die Antragstellerin einen Beendigungsgrund setzt, sondern zeitiger eine Auflösung ausgesprochen. Nach der Mitteilung der Schwangerschaft wurde das Dienstverhältnis aber weiter fortgesetzt und es wurde – wie die Antragstellerin selbst ausführt – auch eine Reihe an Aktivitäten geplant, an welchen sie teilnehmen hätte sollen.

Anzumerken ist jedoch, dass die seitens der Arbeitgeberin am 27. September 2021 vorgenommene Mutterschutzmeldung an das Arbeitsinspektorat bei der Beurteilung nicht berücksichtigt wurde, zumal die Meldung nicht auf freiwilliger Basis erfolgte. Vielmehr war die Arbeitgeberin rechtlich verpflichtet, die Meldung unverzüglich nach der Bekanntgabe der Schwangerschaft vorzunehmen.

Es mag zutreffen, dass der Geschäftsführer X im Zuge des Beendigungsgesprächs der Antragstellerin gegenüber nicht ausdrücklich erklärte, dass der Vorfall am 29. September ein Grund für die Beendigungsentscheidung gewesen sei. Der Geschäftsführer X stritt dies in seiner Aussage nicht ab und erklärte, dass die Beendigungsentscheidung ein Zusammenhang mehrerer Faktoren gewesen sei. Der Vorfall sei dann von allen Teilen das Letzte gewesen, es sei aber nicht der alleinige Grund gewesen. Vor dem Hintergrund des angespannten Verhältnisses erscheint diese Erklärung plausibel. Auch der Geschäftsführer Y und seine Ehegattin, welche ebenfalls im Unternehmen der Antragsgegnerin tätig ist, gaben an, dass das Nichterscheinen zum Dienst *„der Tropfen, der das Fass zum Überlaufen gebracht hat“* gewesen sei.

Der Senat kam unter Würdigung aller Umstände daher zu dem Ergebnis, dass die Antragsgegnerin das Probedienstverhältnis auch dann gekündigt hätte, wenn die Antragstellerin ihre Schwangerschaft nicht gemeldet hätte.

Es erscheint dem Senat somit wahrscheinlicher, dass der Kontext zum generell angespannten Verhältnis und dem Vorfall vom 29. September 2021, und nicht zur Schwangerschaft der Antragstellerin bestand.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es der Antragsgegnerin gelungen ist, ausreichend glaubhaft zu machen, dass ein von der Schwangerschaft unabhängiges Motiv für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses entscheidend war.

Wien, 31. Jänner 2023
Mag.^a Stefanie Mandl, MA
Stv. Vorsitzende des Senates I der GBK