

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 5. Oktober 2010 über den am 3. August 2009 eingelangten Antrag von **Herrn 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) sowie nach einer **Antragsergänzung** vom 7. September 2010 betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der Festsetzung des Entgelts gemäß § 3 Z 2 GIBG und bei den sonstigen Arbeitsbedingungen gemäß § 3 Z 6 GIBG durch den Arbeitgeber, **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 gelangt zur Auffassung, dass Herr A auf Grund des Geschlechts bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG durch seinen Arbeitgeber, X, diskriminiert worden ist.
2. Des Weiteren kommt der Senat I der GBK zur Ansicht, dass eine Zuständigkeit hinsichtlich der in der Antragsergänzung geltend gemachten Umstände gemäß § 3 GIBG iVm § 1 Abs. 2 Z 1 GBK-/GAW-Gesetz nicht besteht

Entscheidungsgründe:

In dem von Herrn A (Antragsteller) eingebrachten Antrag wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass dieser seit 1. September 2003 bei der Firma X (Antragsgegner), im technischen Dienst, zunächst als Arbeiter, und ab 1. September 2008 als Angestellter beschäftigt gewesen sei. Das Arbeitsverhältnis sei am 27. Februar 2009 durch

frist- und terminwidrige Kündigung durch den Antragsgegner zum 24. April 2009 beendet worden. Im Zusammenhang mit der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses liege eine Diskriminierung im Sinne des GIBG vor. Folgendes habe sich zugetragen: Ab 20. Februar 2009 habe der Antragsteller eine Pflegefreistellung aufgrund der Erkrankung seiner Gattin (Grippe) in Anspruch genommen. Die Pflegefreistellung sei insbesondere auch notwendig gewesen, weil ihr Sohn zu dem Zeitpunkt erst 8 Monate alt gewesen sei. Die Inanspruchnahme habe er ordnungsgemäß dem Antragsgegner gemeldet und habe auch eine diesbezügliche ärztliche Bestätigung vorgelegt. Als er in der Firma die Meldung gemacht habe, sei ihm mitgeteilt worden, er solle statt der Pflegefreistellung Urlaub konsumieren. Am 27. Februar 2009 (abgeschickt am 26. Februar 2009) habe der Antragsteller dann per Post die Kündigung erhalten.

In der auf Ersuchen vom Senat I der GBK übermittelten Stellungnahme des Antragsgegners, X, bestritt dieser die im Verlangen vorgebrachten Vorwürfe und trat diesen wie folgt entgegen:

Der Antragsteller sei beim Antragsgegner mit Dienstort ... in der Zeit vom 1. September 2003 als Arbeiter und ab 1. September 2008 als Angestellter beschäftigt gewesen. Am 27. Februar 2009 sei dem Antragsteller die Kündigung durch den Dienstgeber ausgesprochen worden, wobei dem Dienstgeber bei der Auflösung des Dienstverhältnisses ein bedauerlicher Irrtum hinsichtlich der Kündigungsfristen in Folge der Neueinstufung des Dienstnehmers als Angestellter im Herbst 2008 unterlaufen sei, welche nach bekannt werden unverzüglich richtig gestellt worden sei. Das Dienstverhältnis habe mit 30. Juni 2009 geendet. Der im Antrag vom 3. August 2009 an die GBK vom Antragsteller erhobene Vorwurf der Diskriminierung bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Grund des Geschlechts, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand, bestehe nicht. Die seitens des Antragstellers beantragte Pflegefreistellung ab 20. Februar 2009 bis 25. Februar 2009 sei dem Antragsteller selbstverständlich gewährt worden. Bereits vor dieser sei dem Antragsteller eine von ihm beantragte Pflegefreistellung in der Zeit vom 1. September bis 7. September 2008 gewährt worden. Die mehrfache Gewährung der Pflegefreistellung zeige aber gerade, dass das im Antrag angeführte Motiv für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerade nicht gegeben sei und daher keine Diskriminierung bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Grund des Geschlechts, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand, bestehe. Die vom Antragsteller

mittels Schreiben vom 3. August 2009 aufgestellte Behauptung, es sei ihm vom Dienstgeber bei Beantragung der Pflegefreistellung mitgeteilt worden, er solle anstelle der Pflegefreistellung Urlaub konsumieren, entspreche nicht den Tatsachen und diese Behauptung werde vom Antragsgegner entschieden zurückgewiesen. Seitens des Antragstellers werde auch nicht ausgeführt, wer konkret diese „Mitteilung“ ihm gegenüber erteilt haben soll. Richtig sei vielmehr, dass der Antragsteller durch sein Verhalten mehrfach seine Treuepflicht gegenüber seinem Arbeitgeber verletzt habe. So falle unter die Treuepflicht eines/r Arbeitnehmers/in auch das Gebot des betriebsfördernden Verhaltens, wonach der/die Arbeitnehmer/in u. a. verpflichtet sei, auf die Wahrung des Betriebsfriedens zu achten. Gerade diese Pflicht habe aber der Antragsteller mehrfach in Folge seiner mangelnden Teamfähigkeit sowie seinem mangelnden Integrationswillen verletzt, was den Dienstgeber dazu veranlasst habe, den Antragsteller im Laufe seines Dienstverhältnisses in nahezu allen Dienststellen des Antragsgegners einzusetzen. Weiters hätten dem Antragsteller zahlreiche Verwarnungen wegen Verletzung der Tragepflicht für die vom Dienstgeber beigestellte Dienstkleidung erteilt werden müssen. Eine Verwarnung habe dem Antragsteller auch wegen unerlaubtem Verlassen des Arbeitsplatzes, eigenmächtige Vorverlegung des Dienstschlusses am 19. Dezember 2005, erteilt werden müssen. Aus der Sicht des Antragsgegners stelle daher der im Antrag an die GBK vorgebrachte Vorwurf eine offenbar unberechtigte Geltendmachung eines Anspruches nach dem GIBG dar. Abschließend werde zusammenfassend festgehalten, dass Herrn A im Anlassfall jeweils Pflegefreistellung gewährt worden sei und die Beendigung des Dienstverhältnisses damit keinesfalls in Zusammenhang stehe. Die Beendigung des Dienstverhältnisses begründe sich einzig und allein auf die Pflichtverletzungen des Dienstnehmers gegenüber dem Dienstgeber.

Im Weiteren ergänzte der Antragsteller seinen Antrag um folgenden Sachverhalt:

Es hätten sich im Laufe seiner langjährigen Tätigkeit viele weitere Unklarheiten ergeben, die an Mobbing grenzen würden. In seinem damaligen ...auto, einem alten Toyota Corolla, sei die Rückenlehne gebrochen. In weiterer Folge habe der Antragsteller trotz mehrmaliger Urgenz monatelang mit dem gebrochenen Sitz seinen Dienst verrichten müssen, was zu starken Rückenschmerzen geführt habe. Schlussendlich habe er sich vom Schrottplatz einen gebrauchten Sitz besorgt, habe ihn in seiner Freizeit eingebaut und sei danach sehr bald zur Rede gestellt worden. Es sei dem An-

tragsteller verboten worden, diesen Sitz weiter zu verwenden. Er habe danach im Internet einen gebrauchten Toyota Corolla Sitz gefunden, der in den Budgetrahmen von € 50,- gepasst habe. Ein anderer Kollege, B, habe seinen Sitz um € 400,- reparieren lassen. Einige Monate später sei sein ...auto ausgemustert worden und er habe einen Opel Astra Kombi bekommen. Die Platzverhältnisse darin seien sehr beschränkt gewesen, was dazu geführt habe, das der mitgeführte, massive Wagenheber (über 40 Kilo schwer) nur hinter der rechten Fondtüre unterzubringen gewesen sei. In der Praxis habe das oftmaliges Stehenbleiben in zweiter Spur oder in Schrägparkplätzen und danach den schweren Wagenheber aus sehr beengten Platzverhältnissen aus dem Auto heraus- und dann wieder hineinwuchten bedeutet. Auf die mehrmalige Bitte des Antragstellers, einen leichteren Wagenheber kaufen zu dürfen, sei ihm widerwillig ein Budget von € 10,- (!) zugestanden worden. Andere Mitarbeiter (wie z.B. der Kollege C) hätten für einen leichten Wagenheber aus Alu € 180,- ausgeben dürfen.

Ein weiterer Punkt habe nicht genehmigte Urlaube betroffen. 2006 habe der Antragsteller am ...-Cup ... teilgenommen. Berufsbedingt habe er nicht an allen Läufen teilnehmen können, habe aber trotzdem nach mehreren Podiumsplätzen den dritten Gesamtrang erreicht. Deshalb habe dieser die ganze Saison 2007 starten wollen und habe schon im November Urlaub für die Wochenenden beantragt, an denen die Läufe stattfinden sollten. Monatelang habe der Antragsteller keine verbindlichen Zusagen erhalten, ob der beantragte Urlaub genehmigt werde oder nicht und habe später entnervt sein Vorhaben zu starten verworfen. Weiters sei ihm - mündlich - die Arbeitssuchzeit – zugestanden worden. Schon beim zweiten Arbeitssuchtag habe er vom Herrn Betriebsleiter D einen Anruf bekommen, dass, wenn er nicht sofort zum Dienst erscheine, werde die fristlose Kündigung ausgesprochen werden. Er sei genau zu diesem Zeitpunkt bei der AK gewesen und habe ihm mitgeteilt, dass er danach umgehend erscheinen werde. Im Anschluss daran sei nur mehr per Mail mit gesicherten Kopien kommuniziert worden. Unmittelbar nach dem Erhalt seiner Kündigung habe er sich entschlossen, auch seine ...-Mitgliedschaft zu stornieren. Dies habe er auch mittels eingeschriebenen Briefs, datiert mit 6. August 2009, mitgeteilt. Als der Antragsteller dann mit großem Staunen die Forderung des Mitgliedbeitrags 2010 vernommen habe, habe dieser zuerst an einen Irrtum geglaubt. Jedoch als er vom Inkassobüro Z ein Schreiben erhalten habe, in dem ich bis 25. März 2010 aufgefordert worden sei, den Betrag plus Mahnspesen zu bezahlen, habe der Antragsteller

nur mehr an einen schlechten Scherz denken können. Ich habe den Betrag überwiesen, allerdings wolle er diesen zurück, da er bestimmt nie wieder etwas mit der Antragsgegner zu tun haben möchte. Der nächste Punkt betreffe die Erfolgsprämie des Antragstellers. Mit Dienstbeginn sei bei der Y eine Lebensversicherung, Polizzennummer ..., abgeschlossen worden. Nachdem seine (zuerst terminwidrige) Kündigung mit 30. Juni 2009 wirksam geworden sei, habe ich bis zum heutigen Tag meine Prämien noch immer nicht erhalten. In der Stellungnahme des Antragsgegners werde unter anderem mangelnder Integrationswille mit dem Resultat der mehrfachen Versetzung angeführt. Versetzung sei bei dem Antragsgegner ein weitverbreitetes Instrument. Unzählige Versetzungen ganzer Mannschaften würden das bezeugen. Der Betriebsrat E könne dies auch bestätigen. Das Betriebsklima sei seit 2008 außerordentlich schlecht, viele Kollegen/innen seien von selbst gegangen oder seien gekündigt worden. Alle angeführten Fakten seien vom Herrn Betriebsleiter D verantwortet worden. Abschließend möchte er anführen, dass er einige Belobigungen und Dankschreiben zufriedener Mitglieder erhalten habe. Gegen Ende seiner Dienstzeit seien Dankschreiben nicht mehr bestätigt und einfach "unter den Tisch gekehrt" worden.

Zu dem vom Antragsteller eingebrachten, ergänzenden Antrag, nahm der Antragsgegner, X, auf Ersuchen von Senat I der GBK wie folgt Stellung:

Die vom Antragsteller in seinem Ergänzungsantrag vom 7. September 2010 gegenüber der GBK vorgebrachten, zusätzlichen „schwerwiegenden Fakten“ würden aus Sicht des Antragsgegners in keinsten Weise den Tatbestand einer Diskriminierung bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand erfüllen. Vielmehr stelle die gegenständliche Antragsergänzung nach Auffassung des Antragsgegners eine Antragsänderung im Sinne des § 13 Abs. 8 AVG dar, durch welche die gegenständliche Rechtssache ihrem Wesen nach geändert werde. Der Antragsgegner vertrete daher die Rechtsauffassung, dass die vom Antragsteller eingebrachte Antragsergänzung gemäß § 12 GBK-/GAW-G iVm § 13 Abs. 8 AVG nicht zulässig sei. In Eventu, dass die GBK sich der oben angeführten Rechtsmeinung des Antragsgegners nicht anschließe und die Antragsergänzung vom 7. September 2010 für zulässig erachte, nehme der Antragsgegner zu den vom Antragsteller vorgebrachten angeblichen Verletzungen des Gleichbehandlungsgebotes in Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Grund des Geschlechts, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand wie

folgt Stellung: Zum Vorwurf der Diskriminierung im Zusammenhang mit einer gebrochenen Rückenlehne werde ausgeführt, dass der Antragsteller in seiner Antragsergänzung vom 7. September 2010 unter anderem von einer gebrochenen Rückenlehne in „seinem“ ...fahrzeug spreche, mit welcher er monatelang seinen Dienst verrichten habe müssen.

Der Antragsgegner erlaube sich diesbezüglich fest zu halten, dass dieses ...fahrzeug neben dem Antragsteller auch regelmäßig anderen Arbeitnehmern/innen zur Verrichtung ihres Dienstes zugeteilt gewesen sei. Von keinem/r dieser Arbeitnehmer/innen sei jedoch der vom Antragsteller behauptete Bruch der Rückenlehne festgestellt bzw. in weiterer Folge beanstandet worden. Daher habe grundsätzlich seitens des Antragsgegners kein Bedarf bestanden, den Fahrersitz in diesem ...fahrzeug zu tauschen. Dennoch sei dem Wunsch des Antragstellers insofern Rechnung getragen worden, als ihm der Austausch des Sitzes unter der Auflage erteilt worden sei, dass dies auf eigene Kosten und in seiner Freizeit zu erfolgen habe und der getauschte Sitz für alle Arbeitnehmer, die mit diesem ...fahrzeug ihren Dienst versehen, auch geeignet sein müsse. Der vom Antragsteller in weiterer Folge eingebaute Sitz sei ein „Sportsitz“ gewesen, der auf Grund seiner speziellen Abmessungen nicht für alle Arbeitnehmer/innen, die diesem Fahrzeug zugeteilt gewesen seien, geeignet gewesen sei. Der Antragsteller habe sich daher eigenmächtig und zum Nachteil seiner Kollegen/innen über die klaren Vorgaben des Antragsgegners hinweggesetzt. Das ...fahrzeug habe daher in der Folge neuerlich umgebaut werden müssen. Der vom Antragsteller in seinem Ergänzungsantrag vom 7. September 2010 angeführte Vergleichsfall betreffe einen Arbeitnehmer, der auf Grund seiner Konfektionsgröße 60/62 einen verstärkten Sitz benötigt habe. Nach Ansicht des Antragsgegners sei daher in diesem Punkt eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes insbesondere in Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Grund des Geschlechts, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand auf Grund der obigen Ausführungen sowie auf Grund von der §§ 3 GIBG, 12 GBK-/GAW-Gesetz und 13 AVG ausgeschlossen. Zum Vorwurf der Diskriminierung in Folge eines mitzuführenden, schweren Wagenhebers werde ausgeführt, dass, wie bereits erläutert worden sei, auch dieses ...fahrzeug neben dem Antragsteller auch regelmäßig anderen Arbeitnehmern/innen zur Verrichtung ihres Dienstes zugeteilt gewesen sei. Der Antragsgegner erlaube sich weiters fest zu halten, dass alle

...fahrzeuge grundsätzlich mit dem gleichen Wagenhebermodell ausgestattet werden würden. Lediglich im Fall eines defekten Wagenhebers werde bei der Nachbestellung auf dem Stand der Technik entsprechende Modelle leichter Bauart zurückgegriffen. Dennoch sei vom Antragsgegner dem Wunsch des Antragstellers auf Austausch des mitgeführten, schweren Wagenhebers insofern Rechnung getragen worden, als die Kosten für die Anschaffung eines zusätzlichen kleinen, leichten Wagenhebers übernommen worden seien, welcher für die Hilfestellung von etwa 70% der Fahrzeuge ausreiche. Der vom Antragsteller angeführte Vergleichsfall betreffe einen Arbeitnehmer, bei dem der mitgeführte, schwere Wagenheber defekt gewesen sei und in der Folge gegen einen neuen, leichteren dem Stand der Technik entsprechenden Wagenheber ausgetauscht worden sei. Nach Ansicht des Antragsgegners sei daher auch in diesem Fall eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes insbesondere in Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Grund des Geschlechts, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand auf Grund der obigen Ausführungen sowie auf Grund der § 3 GIBG, 12 GBK-/GAW-Gesetz und 13 AVG ausgeschlossen. Zum Diskriminierungsvorwurf in Folge nicht genehmigter Urlaube im Jahre 2006 erlaube sich der Antragsgegner anzumerken, dass Urlaube grundsätzlich zwischen dem/r Arbeitgeber/in und dem/r Arbeitnehmer/in zu vereinbaren seien und seitens des Antragsgegners selbstverständlich immer versucht werde, den Urlaubswünschen sämtlicher Arbeitnehmer/innen möglichst zu entsprechen. Es dürfe aber auch auf die besondere Charakteristik der Tätigkeit ... hingewiesen werden, sodass bei jeder Urlaubsvereinbarung auf Grund der Notwendigkeit eines durchgehend besetzten ...dienstes auch auf die Bedürfnisse der anderen betroffenen Arbeitnehmer/innen Rücksicht zu nehmen sei¹. Nach Ansicht des Antragsgegners sei daher auch in diesem Punkt eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes insbesondere in Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Grund des Geschlechts, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand auf Grund der obigen Ausführungen sowie auf Grund der § 3 und 15 GIBG, 12 GBK-/GAW-Gesetz und 13 AVG ausgeschlossen. Zum Vorwurf der Diskriminierung in Folge Nichtgewährung von Freizeit während der Kündigungsfrist werde festgehalten, dass der Zeitpunkt der Inanspruchnahme von Freizeit während der Kündigungsfrist zwischen dem/r Arbeitgeber/in und dem/r Arbeitnehmer/in

¹ vgl. Einführung in das österr. Arbeits- und Sozialrecht, Gesetze und Kommentare 137, Verlag des Österr. Gewerkschaftsbundes, 6. Auflage, 77ff

zu vereinbaren sei². Gerade dieser Pflicht sei der Antragsteller bei dem von ihm bezeichneten „zweiten Arbeitssuchtag“ nicht nachgekommen. Nach Ansicht des Antragsgegners sei daher auch in diesem Fall eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes insbesondere in Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Grund des Geschlechts, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand auf Grund der obigen Ausführungen sowie auf Grund der § 3 GIBG, 12 GBK-/GAW-Gesetz und 13 AVG ausgeschlossen. Zum Vorwurf der Diskriminierung im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Folge nicht ordnungsgemäßer Bearbeitung der angeblich fristgerecht eingebrachten Kündigung der Mitgliedschaft werde ausgeführt, dass diese Thematik den Arbeitnehmern/innen in umfassenden Schulungen eingehend vermittelt werde. Einer der in diesen Schulungen nachhaltig vermittelten Grundsätze sei, dass der Antragsgegner jede eingegangene Kündigung zur Mitgliedschaft schriftlich bestätigt. Die Mitgliedschaft vom Antragsteller sei am 1. Oktober 2003 begründet worden. Mit Datum 30. März 2010 sei in der elektronischen Mitgliederevidenz des Antragsgegners die Kündigung der ...-Mitgliedschaft vom Antragsteller erfasst und mit Wirkung zum 31. Dezember 2010 vorgemerkt worden. Der Antragsteller sei bereits in den Jahren 1994 bis 2000 ...-Mitglied gewesen. Für das Jahr 2009 sei dem Antragsteller der ermäßigte Mitgliedsbeitrag für Mitarbeiter/innen der Antragsgegner vorgeschrieben worden. Die vom Antragsteller in seinem Ergänzungsantrag vom 7. September 2010 an die GBK erwähnte Kündigung der Mitgliedschaft per Einschreibebrief vom 6. August 2009 liege beim Antragsgegner nicht auf, es sei daher für 2010 der nicht ermäßigte ...-Mitgliedsbeitrag ordnungsgemäß vorgeschrieben und vom Antragsteller in weiterer Folge auch bezahlt worden. Nach Ansicht des Antragsgegners sei daher auch in diesem Punkt eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes insbesondere in Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Grund des Geschlechts, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand auf Grund der obigen Ausführungen sowie auf Grund der § 3 GIBG, 12 GBK-/GAW-Gesetz und 13 AVG ausgeschlossen. Zum Vorwurf der Diskriminierung im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Folge Nichtgewährung von Erfolgsprämien werde angemerkt, dass Arbeitnehmer/innen des Antragsgegners am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens beteiligt seien. Festgehalten sei dies in einer Betriebsvereinbarung (BV) über eine Erfolgsprämie und Zukunftsvorsorge. Der Inhalt der ge-

² vgl. Arbeitsrecht für Arbeitgeber, Verlag Linde, 8. Auflage, 481

nannten BV sei dem Antragsteller nachweislich am 1. September 2003 zur Kenntnis gebracht worden, wobei sich der Antragsteller für die Variante Erfolgsprämie mit Zukunftsvorsorge entschieden habe. Daher seien während seiner Betriebszugehörigkeit jeweils der abgabenrechtliche begünstigte jährliche Höchstbetrag an die Y als Versicherer überwiesen worden. Für 2009 seien dem Antragsteller gemäß BV ... der Erfolgsprämie zugestanden. Dieser Betrag sei zur Gänze an den Versicherer vom Antragsgegner abgeführt worden. Darüber sei der Antragsteller vom Antragsgegner mit Einschreiben vom 11. August 2009 informiert worden. Diese Art der begünstigten Zukunftsvorsorge laut ESTG sehe vor, dass ausschließlich der/die Arbeitgeber/in die Prämie im Namen des/der Arbeitnehmers/in an die Versicherung abführe. Prämienzahlungen des/der Arbeitnehmers/in seien nicht statthaft. Gemäß oben angesprochener BV habe der Antragsgegner als Arbeitgeber den Versicherer über die Beendigung des Dienstverhältnisses mit dem Antragsteller informiert. Die bei der Y abgeschlossene Versicherung mit der Polizzenummer ... sei defacto eine Rentenversicherung, welche daher auch erst zum Renten-/Pensionsantritt fällig werde. Laut Police habe der/die „Begünstigte“ das Recht der vorzeitigen Auflösung, das bedinge eine schriftliche Information an die Versicherungsnehmer, und zwar der Antragsgegner, welcher diese mit zustimmendem Kommentar an den Versicherer weiterleite, der danach mit dem/r Begünstigten Kontakt aufnehme. Ein Antrag des Antragstellers auf vorzeitige Auflösung sei bei dem Antragsgegner bis heute nicht bekannt. Nach Ansicht des Antragsgegners sei daher auch in diesem Fall eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes insbesondere in Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Grund des Geschlechts, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand auf Grund der obigen Ausführungen sowie auf Grund der §§ 3 GIBG, 12 GBK-/GAW-Gesetz und 13 AVG ausgeschlossen. Wie bereits in der Stellungnahme des Antragsgegners vom 26. August 2009 ausgeführt worden sei, zeigte auch diese Antragsergänzung des Antragstellers, dass dieser durch sein Verhalten seiner Treuepflicht gegenüber seinem Arbeitgeber durch mehrfachen Verstoß gegen das Gebot des betriebsfördernden Verhaltens und Verletzung seiner Pflicht zur Wahrung des Betriebsfriedens nicht nachgekommen sei. Der Antragsteller habe diese Pflicht mehrfach in Folge seiner mangelnden Teamfähigkeit sowie seinem mangelndem Integrationswillen verletzt, was den Antragsgegner als Arbeitgeber dazu veranlasst habe, den Antragsteller im Laufe seines Dienstverhältnisses in nahezu allen Dienststellen des Antragsgegners einzusetzen. Zahlreiche Versetzungen in den

letzten Jahren innerhalb des Antragsgegners durch Standortschließungen und Standortneueröffnungen seien betrieblich bedingt gewesen. Am 1. November 2005 sei der Antragsteller infolge von Umstrukturierungsmaßnahmen vom Prüfzentrum Z ins Prüfzentrum V versetzt worden. Aufgrund der Schließung des ehemaligen Prüfzentrums V (...) sei der Antragsteller am 1. Oktober 2006 in das Prüfzentrum W versetzt worden. Nach Ansicht des Antragsgegners sei daher auch in diesem Punkt eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes insbesondere in Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Grund des Geschlechts, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand auf Grund der obigen Ausführungen sowie auf Grund der §§ 3 GIBG, 12 GBK-/GAW-Gesetz und 13 AVG ausgeschlossen. Zum Vorwurf der in der gegenständlichen Antragsergänzung angesprochenen Diskriminierung im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Folge Nichtgewährung von Belobigungen werde festgehalten, dass dieser Vorwurf aus Sicht des Antragsgegners jeglicher rechtlicher Grundlage entbehrt. Belobigungen würden vom Antragsgegner für außergewöhnliche Leistungen den Arbeitnehmern/Innen gegenüber ausgesprochen werden.

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 den Antragsgegner, 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, wobei insbesondere eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter Bezugnahme auf den Ehe- und Familienstand“ zu unterbleiben hat. In der Novelle 2004 wurde in § 3 GIBG die Wortfolge „insbesondere unter Be-

zugnahme auf den Ehe- und Familienstand“ aufgenommen. Dadurch wurde unter anderem klargestellt, dass der Umstand, ob man Kinder hat, bei Maßnahmen im Anwendungsbereich des GIBG nicht zum Anlass für Benachteiligungen genommen werden darf³.

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.

Im vorliegenden Fall war insbesondere zu überprüfen, ob das Arbeitsverhältnis auf Grund der Inanspruchnahme einer Pflegefreistellung aufgelöst worden ist.

Die Pflegefreistellung stellt eine Dienstverhinderung dar, die speziell gesetzlich geregelt worden ist. Zu einer Entgeltfortzahlungspflicht des/r Arbeitgebers/in kommt es gemäß § 16 Abs. 1 UrlG, wenn der/die Arbeitnehmer/in wegen der notwendigen Pflege eines im gemeinsamen Haushalt lebenden erkrankten nahen Angehörigen (Krankenfrestellung) oder wegen der notwendigen Betreuung des eigenen Kindes (Wahl- oder Pflegekindes), weil jene Person, die das Kind ständig betreut hat, aus schwer wiegenden Gründen (wie z.B. Tod, Aufenthalt in einer Heil- und Pflegeanstalt, Freiheitsstrafe oder sonstiger behördlicher Anhaltung, schwerer Erkrankung) ausgefallen ist (Betreuungsfrestellung), nachweislich an der Arbeitsleistung verhindert ist.

Anders als beim Erholungsurlaub ist für die Inanspruchnahme der Pflegefreistellung keine Vereinbarung mit dem/r Arbeitgeber/in erforderlich⁴. Der/Die Arbeitnehmer/in ist verpflichtet, die Dienstverhinderung dem Grunde nach nachzuweisen, der/die Arbeitgeber/in ist aber nicht berechtigt, dem/r Arbeitnehmer/in die Erbringung eines bestimmten Nachweises – etwa eines ärztlichen Attestes – vorzuschreiben. Befolgt der/die Arbeitnehmer/in dies dennoch, so hat der/die Dienstgeber/in die dem/r Arbeitnehmer/in entstandenen Kosten (z.B. Arzthonorar) zu ersetzen⁵.

Der/Die Arbeitnehmer/in hat sowohl bei der Krankenpflegefreistellung als auch bei der Betreuungsfrestellung Anspruch auf Fortzahlung des Entgelts bis zum Höchst-

³ vgl. die Erläuternden Bemerkungen, 307 BlgNR 22. GP 10

⁴ Vgl. OGH 22.10.1997, ASoK 1998, 149)

⁵ LG Linz 8.2.1978, Arb 9733

ausmaß seiner regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit innerhalb eines Arbeitsjahres. Im Falle der Krankenpflegefreistellung hat der/die Arbeitnehmer/in gemäß § 16 Abs. 2 UrlG einen zusätzlichen Anspruch auf Freistellung bis zum Höchstausmaß einer weiteren Arbeitswoche, wenn das erkrankte Kind das zwölfte Lebensjahr noch nicht überschritten hat, der Anspruch auf die erste Woche Pflegefreistellung bereits verbraucht wurde und es sich um einen nachweislichen Pflegefall handelt und auch kein Anspruch (z.B. auf Grund eines Gesetzes, eines Kollektivvertrages, einer Betriebsvereinbarung oder des Arbeitsvertrages) auf Entgeltfortzahlung für diesen Zeitraum besteht. Die Krankenpflegefreistellung für die zweite Woche kommt gemäß § 16 Abs. 2 UrlG nur dann zum Tragen, wenn der/die Arbeitnehmer/in „an der Arbeitsleistung neuerlich verhindert ist“. Hat ein/e Arbeitnehmer/in jedoch keinerlei Ansprüche auf bezahlte Freistellung gemäß § 16 UrlG mehr, so kann er/sie zur Pflege des erkrankten Kindes, das das zwölfte Lebensjahr nicht überschritten haben darf, den Urlaub einseitig antreten (§ 16 Abs. 3 UrlG)⁶. Diese Bestimmung stellt eine weitere Ausnahme von dem Grundsatz dar, dass der Erholungsurlaub des Einvernehmens zwischen Arbeitnehmer/in und Arbeitgeber/in bedarf. Die Dauer dieses „Pflegeurlaubes“ wurde durch den Gesetzgeber nicht beschränkt. Daher richtet sich dieser allein nach den noch offenen Urlaubsansprüchen des/r Arbeitnehmers/in im Kalenderjahr.

Der Senat I der GBK hält es erforderlich zu betonen, dass sowohl § 3 GIBG als auch Art. 2 Abs. 1 GleichbRL 76/207/EWG in der Ungleichbehandlung „unter Bezugnahme auf den Ehe-oder Familienstand“ einen Fall der Diskriminierung auf Grund des Geschlechts sehen. Das Bestehen oder Nichtbestehen einer Ehe bzw. der Umstand, ob man Kinder hat, dürfen im Bereich der Arbeitswelt nicht zum Anlass für eine Benachteiligung genommen werden⁷. Es ist unzulässig, Arbeitnehmer/innen allein deshalb zu benachteiligen, weil sie Kinder haben. Ebenso unzulässig ist eine mittelbare Diskriminierung auf Grund des Habens von Kindern, wie z. B. Abschaffen der Möglichkeit der zeitlichen Flexibilität, weil sich dies besonders nachteilig auf Arbeitnehmer/innen mit Betreuungspflichten auswirkt. Allerdings ist in diesem Fall eine Rechtfertigung nach § 5 Abs. 2 GIBG zu überprüfen.

⁶ Vgl. OGH 26.1.1995, RdW 1995, 439 mit Bespr. V. Drs, RdW 1995, 428)

⁷ EBzRV, S 9

Der Antragsteller hat in seiner Befragung nochmals bekräftigt, dass er als „wahren“ Beendigungsgrund seines Arbeitsverhältnisses die Inanspruchnahme einer Pflegefreistellung sehe. Da seine Frau Grippe mit hohem Fieber gehabt habe und ein Baby zu Hause gewesen sei, habe er am 20. Februar 2009 eine Pflegefreistellung beantragt. Er habe sich um sein Kind kümmern müssen. Sein damaliger Vorgesetzter, Herr D, habe zu ihm gesagt, dass er sich Urlaub nehmen solle. Er habe erst einmal – und zwar bei der Geburt seines Kindes – eine Pflegefreistellung in Anspruch genommen. Dies sei völlig unproblematisch von statten gegangen. Er selbst sei während seines Arbeitsverhältnisses beim Antragsgegner nur selten krank gewesen. Er sei der Auffassung, dass ihm eine Pflegefreistellung zustehe, wenn die Voraussetzungen gegeben seien. Die notwendige ärztliche Bestätigung habe sich der Antragsteller besorgt. Ein paar Tage später habe er jedoch die Kündigung erhalten. Dies sei auf Grund der Inanspruchnahme des Pflegeurlaubs erfolgt.

Im § 12 Abs. 2 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 oder 4 GIBG zu beweisen, dass es nach Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von der 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 vorliegende Sachlage indizierte durch die zeitliche Nähe zur Kündigung des Antragstellers eine Benachteiligung von diesen durch die Inanspruchnahme einer Pflegefreistellung gemäß § 16 UrlG. Es stellte sich die Frage, ob der Antragsgegner glaubhaft machen konnte, dass ein anderes Motiv für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses vorgelegen ist.

Der Antragsgegner verneinte im Ermittlungsverfahren eine geschlechtsspezifische Diskriminierung. Die Gründe für die Kündigung des Antragstellers seien dessen mangelnde Teamfähigkeit, dessen zahlreiche Versetzungen und zahlreiche Kunden/innenbeschwerden über den Antragsteller. Man habe in der Prüfzentrenleitersitzung vom 18. Februar 2009 beschlossen, den Antragsteller zu kündigen. Die Kündigung sei vom Dienstplan abhängig gewesen. Der getroffene Zeitpunkt sei eben je-

ner, wo man ihn am ehesten aus dem Dienstplan habe herausnehmen können. Das Arbeitsverhältnis sei jedoch keineswegs auf Grund der Inanspruchnahme des Pflegeurlaubs des Antragstellers beendet worden.

Der Senat I der GBK überprüfte die Motive des Antragsgegners für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Antragsteller. Der Antragsteller äußerte massive Bedenken gegen die Motive des Antragsgegners. Es stimme zwar, dass er einmal eine schriftliche Verwarnung erhalten habe. Der Antragsteller sei einmal früher gegangen, was aber im Antragsgegner Gang und Gebe gewesen sei. Die ...fahrer seien ja auch öfters länger geblieben. Diese Verwarnung sei aber schon lange her. In der Befragung bekräftigte der Antragsteller, dass er zahlreiche Belobigungen erhalten habe. Dafür habe es anfangs kleine Aufmerksamkeiten wie Kinokarten gegeben. Gegen Ende seines Arbeitsverhältnisses seien Belobigungen für exzellenten Kunden/innenservice nicht ausgesprochen worden. Zu den vielen Versetzungen des Antragstellers gab dieser an, dass Versetzungen bei dem Antragsgegner ein „beliebtes“ Instrument gewesen sei. Das habe nicht nur ihn betroffen. Die „mangelnde“ Teamfähigkeit seiner Person treffe keineswegs zu. Er habe ja immer noch Kontakt zu seinen ehemaligen Kollegen/innen. Eine Kündigung sei nie im Raum gestanden.

Das Ermittlungsverfahren ergab, dass die vom Antragsgegner vorgebrachten Gründe für die Kündigung des Antragstellers als nicht glaubwürdig angesehen wurden. Vielmehr wird die Pflegefreistellung als Anlass für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses betrachtet. Die Befragungen ergaben, dass die letzte Zuteilung des Antragstellers zu einem Prüfzentrum im Jahr 2006 war. In diesem Prüfzentrum hat er von 2006 bis zur Kündigung gearbeitet. Der Großteil der Versetzungen, die vom Antragsgegner als disziplinarische Maßnahmen, die schlussendlich zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses geführt hätten, passierten auf Grund von Umstrukturierungen.

Es wurden dem erkennenden Senat sieben Beschwerden vorgelegt, von denen drei Beschwerden nicht begründet waren. In zwei Fällen wurde die Reklamation wieder zurückgenommen, in einem Fall hat sich der Antragsteller über einen Kollegen beschwert. Dieser Vorfall hatte nichts mit Kunden zu tun. Es sind somit vier Beschwerden sowie der schriftliche Verweis aus Dezember 2005 übrig geblieben.

Es war für den Senat I der GBK augenscheinlich, dass es zwischen dem Antragsteller und seinen Vorgesetzten immer wieder Auseinandersetzungen gegeben hat. Es

war allerdings nicht nachvollziehbar, wieso man einen Arbeitnehmer fast sechs Jahre beschäftigt hat, der weder für den Antragsgegner noch für die Kollegen/innen noch für die Kunden/innen tragbar gewesen ist, auch wenn er – wie behauptet – dazwischen exzellente Arbeit geleistet habe.

Der Bereichsleiter hat beim Nachfragen des Senates I erklärt, dass die Pflegefreistellung eine günstige und nächstgelegene Gelegenheit gewesen sei, den Antragsteller aus den Dienstplan herauszunehmen. Es besteht nach Ansicht von Senat I der GBK ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Pflegefreistellung und der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

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

Wien, 5. Oktober 2010

Dr.in Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK