

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 29. März 2011 über den am 5. August 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 AG**, 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 auf Grund des Geschlechts bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG durch den X AG diskriminiert worden ist.

Entscheidungsgründe:

In dem von Frau A (Antragstellerin) eingebrachten Antrag wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass sie ab 6. Juli 2009 bei der Firma X AG (Antragsgegnerin) als Kassiererin beschäftigt gewesen sei. Das Arbeitsverhältnis sei am 29. Juli 2009 durch Auflösung in der Probezeit zum 19. Juli 2009 beendet worden. Im Zusammenhang mit der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses liege eine Diskriminierung im Sinne des GIBG vor. Sie habe ihren Vorgesetzten, Herrn B, am 20. Juli 2009 über ihre Schwangerschaft informiert. Wenige Tage später habe die Antragstellerin das Beendigungsschreiben der Arbeitgeberin erhalten.

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

Die Antragstellerin sei mit 6. Juli 2009 als Kassierin eingestellt worden. Wie im Unternehmen üblich, sei ein Probemonat und daran anschließend eine zweimonatige Befristung zur Erprobung vereinbart worden. Die Antragstellerin sei für ihre künftige Kassier-Tätigkeit eingeschult worden und habe auch die dazugehörigen Dienstabweisungen über die Abläufe und Richtlinien unterschrieben. Trotzdem sei die Antragstellerin im Umgang mit dem ihr anvertrauten Geld nicht sorgsam gewesen und habe am 17. Juli 2009 ihre Kassenlade entgegen der Dienstabweisung ohne diese abzurechnen einfach ins Büro in der Filiale gestellt und das Büro verlassen. Auf diesen Vorfall durch Herrn B angesprochen habe die Antragstellerin gemeint, dass sie eben früher hätte gehen müssen. Herr B habe sie darauf aufmerksam gemacht, dass sie damit gegen die Dienstabweisung verstoßen habe, und dass dieses Verhalten für eine Kassakraft nicht akzeptabel sei. Ein ähnlicher Vorfall habe sich jedoch am 20. Juli 2009 gleich wieder ereignet. Die Antragstellerin habe Herrn B die Kassalade übergeben und das Büro verlassen, weil sie pünktlich die Filiale verlassen habe müssen. Herr B habe die Kassalade alleine abrechnen und ordnungsgemäß im Tresor verstauen müssen. Am Abend desselben Tages sei sie nochmals in die Filiale zurückgekommen und habe Herrn B eine Schwangerschaftsbestätigung zusammen mit einem ärztlichen Zeugnis über die vorzeitige Wochenhilfe gemäß § 3 Abs 3 MSchG übergeben, welche vom 20. Juli 2009 befristet auf 4 Wochen ausgestellt gewesen sei. Ihm sei in weiterer Folge aufgefallen, dass das Datum der Schwangerschaftsbestätigung offensichtlich vom 9. Juli 2009 auf 17. Juli 2009 umgeschrieben worden sei - dies sei ihm im Zusammenhang mit den Vorkommnissen der vergangenen Tage komisch vorgekommen. Nach Rücksprache mit der Rayonsleiterin Frau C sei festgestellt worden, dass das für diese Position geforderte Vertrauensverhältnis nicht mehr gegeben und für eine weitere Zusammenarbeit keine Basis mehr vorhanden sei. Das Dienstverhältnis der Antragstellerin sei daher gemäß § 10a MSchG aufgelöst worden. Die Antragsgegnerin habe die Auflösung des Dienstverhältnisses aufgrund der mangelhaften Eignung der Antragstellerin für die Tätigkeit einer Kassierin vorgenommen. Es habe sich daher um keinen Diskriminierungstatbestand im Sinne des GIBG gehandelt. Die Antragstellerin habe in der Probezeit nicht den Erwartungen entsprochen. Dies lasse sich auch dadurch bestärken, dass das Plakat mit dem Stel-

leninserat in der Filiale nie abgenommen worden sei und die Antragsgegnerin zwei neue Mitarbeiterinnen als Kassierinnen zur Probe aufgenommen hätte.

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

Der Senat I der GBK hat erwogen:

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

Der Begriff „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ iSd § 3 Z 7 GIBG 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 auch die vom/von der Arbeitgeber/in vorgenommene Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit einer schwangeren Arbeitnehmerin im Probemonat einen Verstoß gegen das GIBG dar. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses einer Frau wegen ihrer Schwangerschaft durch den/die Arbeitgeber/in ist eine unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes. In Hinblick auf diese Rechtsprechung wurde auch im Gesetz klargelegt, dass der Diskriminierungsschutz bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch für die Beendigung in der Probezeit gilt.

§ 12 Abs. 7 letzter Satz GIBG räumt den Arbeitnehmern/innen ein Wahlrecht ein, das für den Fall einer diskriminierenden Beendigung eines Arbeitsverhältnisses zur Anwendung gelangt. Eine diskriminierende Beendigung eines Arbeitsverhältnisses kann entweder angefochten werden, oder der/die Arbeitnehmer/in kann die Beendigung

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

gegen sich gelten lassen, aber dafür den Schaden – Vermögens-, 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.

Die Antragstellerin äußerte ihre Bedenken gegen die Motive der Antragsgegnerin. Der Filialleiter habe die Antragstellerin für ihre Arbeit gelobt, auch ihre Kolleginnen hätten ihr dies zurückgemeldet. Sie habe den Eindruck gehabt, dass er mit ihrer Arbeit zufrieden sei. Die Antragstellerin bestätigte in ihrer Aussage die zwei in der Stellungnahme der Antragsgegnerin genannten Vorfälle. Beim Vorfall vom 17.7.2009 habe sie nach der Schicht die Kassa genommen und sei damit in das Büro des Filialleiters gegangen. Die Antragstellerin habe die Stornobelege, die auf der Kassa gelegen seien, unterwegs verloren. Deshalb habe sie die Kassa in das Büro gestellt und die Belege eingesammelt. Der Filialleiter, der dies bemerkt habe, habe sie darauf angesprochen. Sie könne die Kassa nicht alleine lassen, was die Antragstellerin nicht gewusst habe. Am 20. Juli 2009 habe sie einen Arzttermin gehabt, den sie rechtzeitig eine Woche vorher bekannt gegeben habe. Das sei für ihren Vorgesetzten kein Problem gewesen. Sie sei nach der Schicht, die mittags geendet habe, zu ihm gegangen und habe ihm die Kassalade übergeben. Er habe noch zu ihr gesagt, dass sie gehen könne, damit sie nicht zu spät zu ihrem Termin komme. Er würde die Abrechnung mit einer Kollegin machen.

Die Antragsgegnerin nannte in ihrer Stellungnahme die mangelnde Sorgfalt im Umgang mit Geld und das unerlaubte frühere Heimgehen ohne die Kassaabrechnung gemacht zu haben als Grund für die Beendigung des Probearbeitsverhältnisses.

Weiters vermute die Antragsgegnerin, dass die Antragstellerin den Termin auf der Schwangerschaftsbestätigung selbst abgeändert habe. Laut MSchG² sei die Antragstellerin an sich verpflichtet, die Arbeitgeber/in umgehend von ihrer Schwangerschaft zu informieren. Das MSchG sehe zwar keine Sanktion für die Nichteinhaltung der Mitteilungspflicht vor, es sei aber davon auszugehen, dass eine Mitarbeiterin, die sich im Probemonat befinden würde und bei der es bereits zu dienstlichen Vorfällen gekommen sei, befürchte, dass das Arbeitsverhältnis nicht fortgeführt werde.

² Mutterschutzgesetz, BGBl. I Nr. 221/1979 idF BGBl. I Nr. 58/2010.

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

§ 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 ausübende Tätigkeit ist oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne des § 5 Abs. 2 GIBG vorliegt.

Die Antragsgegnerin konnte dem erkennenden Senat nicht davon überzeugen, dass andere Gründe als die Schwangerschaft der Antragstellerin für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorgelegen sind. Im Ermittlungsverfahren kam hervor, dass von Seiten der Filialleitung keine ordnungsgemäße Einschulung einer Mitarbeiterin, die zum ersten Mal als Kassiererin arbeitet, erfolgt ist. Ein Hauptproblem dürfte insbesondere die mangelnde Kommunikation zwischen der Filialleitung und der Antragstellerin gewesen sein. Der Antragstellerin ist bei ihrer Befragung immer noch nicht klar gewesen, ob das 4-Augen-Prinzip nur für die Probezeit gelten würde oder während des gesamten Arbeitsverhältnisses. Es war der Antragstellerin ganz offensichtlich nicht bewusst, dass sie beim Vorfall vom 20. Juli 2009 noch länger hätte bleiben müssen, bis die Abrechnung erledigt ist. Es wäre die Aufgabe des Vorgesetzten gewesen, die Antragstellerin anzuhalten, so lange zu bleiben, bis die Abrechnung der Kassa erledigt ist. Die Filialleitung hat dies allerdings unterlassen. Das erklärt auch, dass die Antragstellerin, die diese beiden Vorfälle bestätigt hat, dies keineswegs als bedrohliche Verwarnungssituation geschildert hat. In den Befragungen bestätigten die Auskunftspersonen, dass die Antragstellerin beim Verlassen der Filiale ohne Erledigung der Kassaabrechnung von ihrem Vorgesetzten diesbezüglich nicht angesprochen wurde. Es wurden ihr, obwohl es bereits einen Vorfall mit der Kassalade gegeben hat, keinerlei arbeitsrechtliche Konsequenzen angedroht.

Unstrittig ist, dass die Kassabeträge bei der Antragstellerin immer gestimmt haben. Ein diesbezügliches Fehlverhalten kann der Antragstellerin jedenfalls nicht vorgeworfen werden.

Für die Entscheidung des erkennenden Senates, dass eine geschlechtsspezifische Diskriminierung bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorliegt, war der Umstand, dass das Datum auf der Schwangerschaftsbestätigung verändert war, nicht von Relevanz. Nach Einsichtnahme in die Schwangerschaftsbestätigung konnte festgestellt werden, dass auch die Sozialversicherungsnummer der Antragstellerin mit derselben Handschrift korrigiert wurde. Die Antragstellerin gab in ihrer Befragung glaubwürdig an, die Bestätigung im Original abgegeben zu haben, ohne diese überhaupt gelesen zu haben.

Nach Ansicht von Senat I ist die Schwangerschaft der Antragstellerin ausschlaggebend für die Beendigung des Probearbeitsverhältnisses gewesen. Der Antragsgegnerin ist es nicht gelungen, andere sachlich gerechtfertigte Gründe für die Beendigung im Probemonat vorzulegen.

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

Dem Senat I der GBK ist es abschließend wichtig, folgendes festzuhalten:

§ 10a MSchG sieht eine gesetzliche Beschränkung von Befristungen von Arbeitsverträgen werdender Mütter vor. Der Zweck der Einfügung des § 10a MSchG durch das arbeitsrechtliche BegleitG³, war die Verhinderung der Umgehung des MSchG.

Die Erläuterungen⁴ führen dazu aus, dass es immer häufiger vorkomme, dass mit jungen Frauen befristete Arbeitsverträge abgeschlossen würden, was dazu führe, dass diese Frauen infolge des Zeitablaufs des Arbeitsverhältnisses und Nichterlangens eines neuen Arbeitsplatzes bei Schwangerschaft eine Reihe von Ansprüchen verlieren würden. Um zu verhindern, dass werdende Mütter durch den Abschluss befristeter Arbeitsverträge in ihren arbeitsrechtlichen Ansprüchen benachteiligt werden, sieht das MSchG zwar kein Verbot von Befristungen vor, wohl aber eine Ablaufhem-

³ BGBl. I Nr. 822/1992.

⁴ RV 735 BlgNR 18. GP 22 f.

mung, wenn eine Befristung sachlich nicht gerechtfertigt ist. Die Regelung ist den Bestimmungen hinsichtlich der Hemmung des Ablaufes der Beschäftigungsbewilligung für Ausländer/innen angelehnt worden.

Grundsätzlich sieht § 19 Abs. 2 Angestelltengesetz⁵ die Möglichkeit eines sog. Probemonats vor. Während eines Probemonats kann das Arbeitsverhältnis von beiden Vertragsparteien ohne Angabe von Gründen beendet werden. Daneben werden Arbeitsverhältnisse des Öfteren zur Erprobung abgeschlossen.

Gemäß § 10a MSchG wird der Ablauf eines auf bestimmte Zeit abgeschlossenes Arbeitsverhältnis von der Meldung der Schwangerschaft bis zum Beginn des absoluten Beschäftigungsverbots (§ 3 Abs. 1 MSchG) oder eines auf Dauer ausgesprochenen individuellen Beschäftigungsverbots (§ 3 Abs. 3 MSchG) gehemmt. Eine Hemmung tritt allerdings nicht ein, wenn die Befristung gesetzlich vorgesehen oder aus sachlich gerechtfertigten Gründen erfolgt ist, so etwa, wenn sie im Interesse der Arbeitnehmerin liegt oder das Arbeitsverhältnis für die Dauer der Vertretung an der Arbeitsleistung veränderter Arbeitnehmer/innen, zu Ausbildungszwecken, für die Zeit der Saison oder zur Erprobung abgeschlossen wurde. Ein befristeter Arbeitsvertrag ist sachlich gerechtfertigt, wenn die Zeit zur Erprobung in einem ausgewogenen Verhältnis zur Ausbildung und der angestrebten Verwendung steht, und deshalb eine längere Erprobung als die gesetzliche und kollektivvertragliche Probezeit notwendig ist. Je höher die Qualifikation einer Arbeitnehmerin ist, desto länger kann eine Befristung vereinbart sein, so z.B. 6 Monate für Ärztinnen und Juristinnen⁶. Die Beurteilung einer sachlichen Rechtfertigung kann nur anhand der konkreten Umstände im Einzelfall erfolgen⁷.

Wien, 29 März 2011

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK

⁵ AngG, BGBl. I Nr. 292/1921 idF BGBl. I Nr. 58/2010.

⁶ OGH 28.2.2001, 9 Ob A 326/00g.

⁷ OGH 28.7.2004, 8 ObA 102/04i.