

**Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz  
(BGBl. I Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 98/2008)**

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 8. September 2009 über den am 9. März 2009 eingelangten Antrag von **Frau A** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bei der **Beendigung eines 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 **X GmbH** und **Frau B** 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 kommt zur Ansicht, dass Frau A auf Grund des Geschlechtes bei der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG durch die X GmbH und Frau B diskriminiert worden ist.**

Entscheidungsgründe:

Im Antrag der Antragstellerin wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass sie von 23.2.2009 bis 6.3.2009 bei der Firma X GmbH als Verkäuferin beschäftigt gewesen sei. Das Arbeitsverhältnis sei am 6.3. 2009 durch eine Arbeitgeberkündigung in der Probezeit beendet worden. Die Antragstellerin habe am 3.3.2009 erfahren, dass sie schwanger sei. Sie habe ihre Schwangerschaft der Filialleiterin mitgeteilt, da ihre Chefin, Frau B, im Urlaub gewesen sei. Die Filialleiterin habe der Chefin telefonisch die Schwangerschaft der Antragstellerin mitgeteilt. Am 6.3.2009 sei die Geschäftsführerin aus dem Urlaub zurückkehrt. Die Antragstellerin sei am Vormittag zu ihrer Chefin gegangen und habe ihr von der Schwangerschaft erzählt. Außerdem habe sie von ihr wissen wollen, wie es nun weitergehe. Daraufhin habe Frau B zu ihr gesagt, dass das Ganze nicht funktioniere und am Samstag ihr letzter Arbeitstag sei. Erst später habe ihre Chefin ihr gegenüber gemeint, dass sie die Antragstellerin habe kündigen wolle, da sie sowieso nicht in das Geschäft passe. Auf Anraten ihrer Mutter

sei sie am darauffolgenden Tag zur Arbeiterkammer gegangen. Nach der erfolgten Beratung habe sie einen Antrag an den Senat I der GBK gestellt, der in der Folge um Frau B als 2. Antragsgegnerin erweitert worden sei.

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

Die Antragstellerin sei vom 26.1.2009 bis 22.2.2009 für die Firma X GmbH tätig gewesen. Das Arbeitsverhältnis sei in der Probezeit in beiderseitigem Einvernehmen aufgelöst worden. Auf Grund von Personalmangel in einem weiteren Geschäft, das unter dem Namen Frau B geführt werde, ..., habe die Geschäftsführerin, Frau B, der Antragstellerin dort ein Arbeitsverhältnis angeboten. Die Antragstellerin habe dieses Angebot angenommen und am 23.2.2009 in dieser Filiale zu arbeiten begonnen. Es sei ein Arbeitsvertrag ab diesem Zeitpunkt erstellt worden.

Nach ungefähr einer Woche sei die Antragsgegnerin nach Rücksprache mit ihrer langjährigen Mitarbeiterin, Frau C, in ihrer Meinung bestätigt worden, dass sich die Antragstellerin nicht für ihren Betrieb in der Filiale Z eigne. Da sie sich vom 27.2.2009 bis 5.3.2009 auf Urlaub befunden habe, habe sie der Antragstellerin noch eine Chance geben wollen. Während dieser Woche habe sie mehrmals mit Frau C telefoniert, die ihr bestätigt habe, dass sich allerdings nichts verändert habe. Zu diesem Zeitpunkt habe sie gar nicht gewusst, dass die Antragstellerin schwanger sei. Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses und die Mitteilung der Antragstellerin, dass diese schwanger sei, seien praktisch gleichzeitig am 6.3.2009 erfolgt. Das Arbeitsverhältnis sei keinesfalls auf Grund der Schwangerschaft der Antragstellerin aufgelöst worden.

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:**

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß **§ 3 Z 7 GIBG**

durch die Antragsgegner, X GmbH und Frau B, verwirklicht worden ist, folgender Beurteilung unterzogen:

Das Gleichbehandlungsgebot gemäß § 3 GIBG schließt eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis auf Grund des Geschlechts, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- und Familienstand, 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, also auch jene durch Kündigung und Entlassung.

Im vorliegenden Fall war es zunächst unklar, ob das Arbeitsverhältnis im Probemonat oder im unbefristeten Arbeitsverhältnis aufgelöst worden ist.

Nach Auffassung des Senates I der GBK liegt eine Art „Kettenarbeitsvertrag“ vor. Zunächst wurde am 26. Jänner 2009 ein Vertrag zwischen der Antragstellerin und der X GmbH abgeschlossen. Als gewöhnlicher Arbeitsort war die Filiale Y vorgesehen. Die Arbeitgeberin hat sich im Arbeitsvertrag die Versetzung an einem anderen Arbeitsplatz vorbehalten. Das erste Arbeitsverhältnis sei nach den Angaben von Frau B im beiderseitigen Einverständnis aufgelöst worden. Die Antragstellerin hat in der mündlichen Befragung angegeben, dass ihr die Geschäftsführerin mitgeteilt habe, dass man sie auf Grund der schlechten Auftragslage nicht mehr in der Filiale Y benötige, man bräuchte sie in der Filiale Z. Ihr sei von Frau B ein Vertrag vorgelegt worden, den die Antragstellerin zu unterschreiben hatte. Man habe sie keineswegs über das neu entstandene Arbeitsverhältnis aufgeklärt. Dem erkennenden Senat liegt auch der zweite Arbeitsvertrag vom 23.2.2009 zwischen der Antragstellerin und Frau B vor, die gegenüber der Antragstellerin auch als Geschäftsführerin der X GmbH aufgetreten ist, vor. In beiden Arbeitsverträgen ist ein Probemonat vorgesehen gewesen. Frau B ist nicht nur Geschäftsführerin der 1. Antragsgegnerin, sondern ist auch Inhaberin der Filiale Z. Es besteht zwar eine handelsrechtlich verschiedene Firmenkonstruktion mit derselben Geschäftsführerin bzw. Inhaberin. Es ist so zu einem Kettenarbeitsvertrag gekommen. Durch die vorliegende Vertragskonstruktion wurde unter anderem wieder ein neuer Probemonat begründet.

Aus einer derartigen Vertragssituation können sich für den/die Arbeitnehmer/in Nachteile bei jenen Ansprüchen ergeben, die sich an der Dauer des Arbeitsverhält-

nisses orientieren und bei denen eine Anrechnung von Vordienstzeiten nicht vorgesehen ist (z.B. Dauer der Entgeltfortzahlung im Krankenstand, Dauer desurlaubes). Es besteht dadurch die Gefahr, dass mehrere nacheinander folgende Verträge nur zum Zweck der Umgehung von zwingenden arbeitsrechtlichen Bestimmungen abgeschlossen werden. Nach der herrschenden Rechtsprechung sind mehrere nacheinander abgeschlossene befristete Arbeitsverträge als Kettenarbeitsverträge zu qualifizieren, die ohne sachliche Rechtfertigung teilweise nichtig und daher als ein zusammenhängendes unbefristetes Arbeitsverhältnis anzusehen ist. Wirtschaftliche Gründe stellen an sich eine sachliche Rechtfertigung dar, die Überwälzung des typischen Unternehmer/innenrisikos durch die Aneinanderreihung befristeter Arbeitsverträge ist jedoch unzulässig<sup>1</sup>. Die Beweislast, dass für die Aneinanderreihung mehrerer kurzfristiger Arbeitsverträge sachliche Gründe maßgebend waren, trifft den/die Arbeitgeber/in (vgl. OGH 6.10.1964, Arb 8003). Wie oft befristete Arbeitsverträge aneinander gereiht werden dürfen, kann allgemein nicht gesagt werden. Im Allgemeinen stellt sich bereits bei einer einmaligen Verlängerung die Frage nach einer sachlichen Rechtfertigung (vgl. OGH 3.4.1973, ARD 2564/13/73). Der vorliegende Sachverhalt ist ähnlich gelagert. Frau B war nach eigenen Angaben sowohl für die Begründung und Beendigung der Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter/innen sowohl bei der 1. Antragsgegnerin als auch bei ihrer Einzelfirma zuständig. Folglich ist sie gegenüber der Antragstellerin als „einzige“ Arbeitgeberin aufgetreten. Weiters war der enge zeitliche Zusammenhang zwischen der Beendigung des 1. Arbeitsverhältnisses - nur drei Tage vor Ablauf des Probemonats - und dem Abschluss eines 2. Arbeitsvertrages besonders auffällig. Eine sachliche Rechtfertigung für das Vorgehen der Antragsgegner ist nach Auffassung des Senates I der GBK nicht gegeben. Der von Frau B vorgebrachte Personalmangel in der Filiale Z hätte sich anders beseitigen lassen können, z.B. durch Arbeitskräfteüberlassung. Die neuerliche Begründung des Arbeitsverhältnisses und der damit verbundene neue Probemonat waren somit unzulässig. Nach der ständigen Judikatur des OGH ist ein verdecktes Rechtsgeschäft nach seiner wahren wirtschaftlichen Beschaffenheit zu beurteilen<sup>2</sup>. Die vorliegende Vertragskonstruktion war auf Grund ihrer Beschaffenheit geeignet, arbeitsrechtliche Bestimmun-

---

<sup>1</sup> OGH 30.10.1996, ASoK 1997; Melzer-Azodanloo, Aneinanderreihung von Arbeitsverhältnissen, ASoK 1998, 297; Grießler, Arbeitszeitvereinbarungen im Teilzeitarbeitsverhältnis, DRdA 2001, 16;

<sup>2</sup> Vgl. Koziol/Welser, Bürgerliche Recht I, 130

gen zu Gunsten der Antragstellerin zu umgehen. Es lag daher ein seit dem 26. Jänner 2009 bestehendes Arbeitsverhältnis vor.

Der Senat I der GBK hält es erforderlich zu betonen, dass die Schlechterstellung von Frauen im Zusammenhang mit einer Schwangerschaft eine unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes darstellt<sup>3</sup>. Dies wurde in zahlreichen Urteilen durch den EuGH festgestellt. Der EuGH hält in seiner ständigen Judikatur fest, dass die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses wegen einer Schwangerschaft einer Arbeitnehmerin eine verbotene Diskriminierung iSd GleichbehandlungsRL 76/207/EWG ist. Dies gilt auch für die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses einer Arbeitnehmerin aus Gründen, die mit der Geburt ihres Kindes zusammenhängen<sup>4</sup>. Wird beispielsweise eine Arbeitnehmerin während ihrer Schwangerschaft auf Grund von Fehlzeiten „entlassen“, die sich aus ihrer durch die Schwangerschaft bedingten Arbeitsunfähigkeit ergeben, so hängt diese „Entlassung“ mit den Risiken zusammen, die mit einer Schwangerschaft verbunden sind, so dass die Schwangerschaft als der hauptsächliche Grund für die „Entlassung“ anzusehen ist. Eine solche „Entlassung“ kann nur Frauen treffen und ist daher als eine unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes anzusehen<sup>5</sup>.

Der Senat I der GBK sah sich bei der Beurteilung des Sachverhaltes mit teils widersprüchlichen Aussagen der beteiligten Personen konfrontiert. Die Antragstellerin hat während ihrer Befragung nochmals darauf verwiesen, dass sie als „wahren“ Beendigungsgrund ihre Schwangerschaft sehe. Zunächst sei sie in der Filiale Y beschäftigt gewesen. Dort habe es allerdings zu wenig Umsatz gegeben. Frau B habe zu ihr gesagt, dass sie in die Filiale Z kommen solle. Es würde dort ein/e Mitarbeiter/in fehlen. Frau B habe ihr einen Arbeitsvertrag gegeben, den sie unterschrieben habe. Weiters hat die Antragstellerin betont, dass sie sich nur bei Frau B vorgestellt bzw. diese ihr drei Wochen später einen neuen Vertrag unterschreiben habe lassen. Es habe ihr niemand erklärt, dass es sich hierbei um unterschiedliche Arbeitsverhältnisse handeln würde. In der mündlichen Befragung gab die Antragstellerin ergänzend an, dass

---

<sup>3</sup> Vgl. EuGH 8.10.1990, 179/88, Hertz; 5.5.1994, C- 421/92, Habermann-Beltemann; 8.9.2005, C – 191/03, Mc Kenna; 11.10.2007, C – 460/06, Paquay;

<sup>4</sup> EuGH 11.10.2007, C – 460/06, Paquay

<sup>5</sup> EuGH 30.6.1998, C – 394/96, Brown; 8.9.2005, C – 191/03, McKenna

sie nie von der Filialleiterin der Filiale Z auf Mängel bei ihrer Arbeit aufmerksam gemacht worden sei.

Im § 12 Abs. 12 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 Antraggegner/in obliegt es dann bei der Berufung auf §§ 3 oder 4 GIBG zu beweisen, dass es nach Abwägung aller Umstände wahrscheinlich ist, dass ein anderes vom/von Antraggegner/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 eine Benachteiligung der Antragstellerin durch ihre Schwangerschaft. Es ist für den Senat I der GBK durchaus denkbar, dass eine Diskriminierung im Raum gestanden ist. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Antragsgegnerin glaubhaft machen konnte, dass ein anderes Motiv für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses vorgelegen ist.

Frau B nannte in ihrer Stellungnahme die mangelhafte Arbeitsleistung der Antragstellerin als Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Die Antragstellerin sei unhöflich zu den Kunden/innen und habe keine Umgangsformen. Die Kleidung der Antragstellerin und deren sonstiges Äußeres hätten nicht zu der Filiale Z gepasst. Das Arbeitsverhältnis wurde keineswegs auf Grund der Schwangerschaft der Antragstellerin beendet. Frau B gab gegenüber dem Senat I der GBK ergänzend an, dass die Antragstellerin nur von einer Zyste gesprochen habe. Die Antragstellerin sei wegen dieser Zyste ein- oder zweimal beim Arzt gewesen. Von einer möglichen Schwangerschaft sei nie die Rede gewesen.

Der Senat I der GBK überprüfte daher die Motive von Frau B für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Antragstellerin. Die Antragstellerin äußerte ihre Bedenken gegen die Motive der Antraggegnerin. Es sei vielmehr so gewesen, dass die Filialleiterin von der Schwangerschaft gewusst und dies Frau B telefonisch mitgeteilt habe. Bei der Rückkehr aus ihrem Urlaub habe Frau B das Arbeitsverhältnis beendet.

Auf Grund der widersprüchlichen Angaben durch die beteiligten Personen wurde die Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) gemäß § 4 Abs. 4 GBK/GAW-Gesetz mit der

Durchführung von Ermittlungstätigkeiten beauftragt. Der Ermittlungsauftrag ergab folgendes:

Aus der dem erkennenden Senat vorliegenden Kopie des Mutter-Kind-Passes und den vorgelegten Bestätigungen der Arztbesuche ergibt sich, dass die Antragstellerin am 27. Februar 2009 um 17:34 Uhr sowie laut der Kopie des Mutter-Kind-Passes am 3. März 2009 vormittags zwei Arztbesuche hatte. Weiters gab die Antragstellerin gegenüber der GAW an, dass sie nie über Zysten mit ihrer Arbeitgeber oder der Filialleiter gesprochen habe. Nach dem zweiten Arztbesuch sei die Antragstellerin in die Filiale Z gefahren und habe der Filialleiterin, Frau C, die Schwangerschaft mündlich bekannt gegeben.

Aus dem von der Arbeitgeberin vorgelegten Dienstplan ergibt sich, dass die Antragstellerin dienstags ihren freien Tag hatte. Der Senat I der GBK hielt die Angaben der Antragstellerin glaubwürdiger, dass die Antragstellerin nach dem Arzttermin in die Filiale gefahren ist, um die Schwangerschaft bekannt zu geben. Beim vorgelegten Dienstplan war für den Senat I der GBK auffällig, dass mehrere Personen in diesem Kalender hineinschreiben. Es sind darin mehrere Schriftarten enthalten. Es ist letztlich nicht die Aufgabe dies zu beurteilen, wann etwas in den Dienstplan eingetragen worden ist. Im Ermittlungsverfahren wurden widersprüchliche Angaben der befragten Auskunftspersonen, ob der 3. März 2009 der freie Tag der Antragstellerin oder ihr Urlaubstag gewesen ist. Selbst die rechtsfreundliche Vertretung von Frau B machte sehr unterschiedliche Angaben in seiner ergänzenden Stellungnahme. Einerseits wurde darin festgehalten, dass die Antragstellerin am 3. März 2009 frei gehabt habe. Ein paar Sätze weiter führte die rechtsfreundliche Vertretung andererseits aus, dass sie an diesem Tag Urlaub gehabt habe und deswegen nicht im Geschäft gewesen sei. Der 3. März 2009 war sicherlich der freie Tag der Antragstellerin. Frau B erweckte nicht den Eindruck, dass eine erst seit kurzer Zeit beschäftigte Mitarbeiterin bereits einen Urlaubstag konsumieren konnte. Die Widersprüchlichkeiten der Aussagen der befragten Auskunftspersonen zeigten sich unter anderem darin, dass eine Auskunftsperson hervorbrachte, die Antragstellerin vier- oder fünfmal untermittags einen Arzt aufgesucht haben solle, andererseits wurde durch eine andere Auskunftsperson vorgebracht wurde, dass die Antragstellerin zweimal wegen einer Zyste beim Arzt gewesen sei. Im Weiteren waren die Angaben der befragten Auskunftspersonen hinsichtlich der angeblich mangelhaften Arbeitsleistung der Antragstellerin unglaubwürdig. Der Senat I der GBK konnte die Argumentation von Frau B nicht nachvollziehen,

zumal die Antragstellerin hat vor der Beschäftigung in der Filiale Z fast ein Monat in der Filiale der 1. Antragsgegnerin gearbeitet hat. Dort war man anscheinend mit ihrer Arbeitsleistung zufrieden. Frau B hatte somit Zeit genug sich ihre Meinung über die Arbeitsleistung der Antragstellerin zu bilden. Frau B brachte in ihrer Befragung vor, dass sie selbst die Antragstellerin nicht genug beobachten konnte. Deshalb habe sie sich auf das Urteil der dortigen Filialleiterin verlassen. Für die Klientel der Filiale Z sei die Antragstellerin zu unhöflich gewesen und habe zu schlechte Umgangsformen gehabt. Im Verfahren wurde von den befragten Auskunftspersonen vorgebracht, dass die Antragstellerin sich weder für die Kleidergrößen noch für das richtige Schichten der Bekleidung interessiert bzw. um deren Beherrschung bemüht habe. Das Geschäft der Filiale Z habe im Gegensatz zum Geschäft der Filiale Y nur Kinder- bzw. ein kleineres Sortiment an Umstandsmode, und dadurch auch die anspruchsvollere Kundschaft, da sich die Mütter sich nicht mit den Größen auskennen würden. Frau B hätte als erfahrene Geschäftsfrau schon vor der Beschäftigung der Antragstellerin wissen müssen, dass die Antragstellerin nicht als Mitarbeiterin für die Filiale Z geeignet ist. Die Darstellungen der befragten Auskunftspersonen sind als Schutzbehauptungen zu werten. Die Behauptung hinsichtlich der Kleidergrößen ist nach Auffassung als sehr unglaubwürdig einschätzen. Die Mitglieder des Senates I der GBK kennen aus ihrer eigenen Erfahrung heraus die Geschäfte ... und deren Kundschaft. Die ... Größen können in einem Satz den Kunden/innen erklärt werden. Es ist für den erkennenden Senat nicht ersichtlich, welche Schwierigkeiten die Kundschaft haben könnte. Das Argument mit der besonderen Kundschaft ... hätte vielleicht noch zu den 60er Jahre des 20. Jahrhunderts gepasst, ist aber heute völlig überholt und überzogen. Aus den Befragungen ergab sich, dass in der Filiale Z eine Mitarbeiterin in Karenz gegangen ist. Aus diesem Grund wurde die Antragstellerin in dieser Filiale als Mitarbeiterin gebraucht. Die Präsenz der Verkäufer/innen im Geschäft war für die befragten Auskunftspersonen sehr wichtig. Die Arztbesuche der Antragstellerin wurde als störend empfunden. Die Antragstellerin hat ihre Schwangerschaft kurz nach ihrem Arbeitsantritt im Geschäft Z bekannt gegeben. Sie wird in Mutterschutz und wahrscheinlich in Karenz gehen. Frau B hätte sich somit binnen kurzer Zeit wieder nach einem/r neuen Mitarbeiter/in umsehen müssen. Es besteht ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Schwangerschaft und die Beendung des Arbeitsverhältnisses.

Der Senat I der GBK möchte in diesem Zusammenhang betonen, dass der sehr „saloppe“ Umgang mit den Bestimmungen des Arbeitsrechts durch Frau B bei diesem großes Befremden ausgelöst hat.

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

Wien, 13. Oktober 2009

Dr.<sup>in</sup> Sabine Stvan-Jagoda

Stellvertretende Vorsitzende des Senates I der GBK