

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 28. April 2009 über das am 14. August 2007 eingelangte Verlangen der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **Herrn A** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes „**insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- und Familienstand**“ bei den **sonstigen Arbeitsbedingungen** gemäß **§ 3 Z 6 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**, nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK-/GAW-Gesetz i.V.m. § 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 Herr A durch die Arbeitgeberin auf Grund des Geschlechtes „insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- und Familienstand“ bei den sonstigen Arbeitsbedingungen gemäß § 3 Z 6 GIBG diskriminiert worden ist.

Entscheidungsgründe:

Im Antrag der GAW wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Antragsteller von 1. April 2005 bis 31. März 2006 als Physiotherapeut ... bei der Antragsgegnerin beschäftigt gewesen sei. Das Arbeitsverhältnis sei auf ein Jahr befristet gewesen und habe durch Zeitablauf geendet. Bei der Antragsgegnerin würden Arbeitsverhältnisse üblicherweise auf ein Jahr befristet. Bei Vorliegen eines positiven Dienstzeugnisses und Vorhandensein eines Dienstpostens würde der/die Mitarbeiter/in in der Regel in ein unbefristetes Dienstverhältnis übernommen werden. Der Antragsteller habe auf einem Dienstposten gearbeitet, der als fixer Arbeitsplatz in Aussicht gestanden sei.

Am 5. Juli 2005 sei der Antragsteller Vater geworden. Am 25. Oktober 2005 habe er sich beim Betriebsrat dahingehend informiert, ob seine Chancen, ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu erhalten, gefährdet sein würden, wenn er ein Jahr Karenzurlaub in Anspruch nehmen würde. Der Betriebsrat habe diesbezüglich kein Problem gesehen. Zum damaligen Zeitpunkt habe der Antragsteller sein Vorhaben, die Karenz mit seiner Frau zu teilen und das zweite Karenzjahr zu übernehmen, seiner unmittelbaren Vorgesetzten, Frau B, der leitenden Physiotherapeutin, mitgeteilt. Ende Februar 2006 habe der Antragsteller seine Arbeitgeberin schriftlich unter Einhaltung der gesetzlichen Frist davon in Kenntnis gesetzt, in Karenz gehen zu wollen. Ende Februar 2006 sei auch ein Dienstzeugnis von der leitenden Physiotherapeutin erstellt worden, das ein ausgezeichnetes Arbeitsergebnis bescheinigt habe. Dieses Dienstzeugnis sei ebenso vom Leiter ..., Herrn Prim. Dr. C, unterschrieben worden. Das Zeugnis sollte der Vorbereitung für den Erhalt einer fixen Stelle durch den Antragsteller dienen. Zudem habe der ärztliche Leiter ... die Karenz des Antragstellers schriftlich bewilligt. Hierzu habe dieser ein Schreiben verfasst, dass in diesem Zeitraum für die vakante Stelle eine Karenzvertretung auszuschreiben sei und dabei explizit auf die hervorragende Leistung des Antragstellers verwiesen.

Am 13. März 2006 sei dem Antragsteller von der Antragsgegnerin mitgeteilt worden, dass sein Arbeitsverhältnis nicht über den 31. März 2006 hinaus verlängert werde. Der ärztliche Leiter ... habe ihm vorgeschlagen, sich nach dem Ende der Karenz im Jahr 2007 wieder zu melden, möglicherweise würde sich dann unter Berücksichtigung der Personalsituation "etwas für ihn machen lassen". Daneben sei eine weitere Kompromisslösung gesucht worden, in dem man die Befristung des Arbeitsverhältnisses bis zum Antritt des Karenzurlaubes verlängern und danach den Antragsteller wieder aufnehmen würde. Der Antragsteller habe sich von dieser Vorgehensweise enttäuscht gezeigt. Keine dieser Lösungsvorschläge sei ihm offiziell oder schriftlich angeboten worden.

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

Vor dem Auslaufen seines befristeten Arbeitsverhältnisses sei dem Antragsteller von der Antragsgegnerin angeboten worden, dieses jedenfalls bis zum Beginn der Karenzierung zu verlängern und ihn nach dem Ende des Karenzurlaubes wieder zu be-

schäftigen. Der Antragsteller habe dieses Angebot überraschenderweise abgelehnt. In den zahlreichen Gesprächen zwischen dem Antragsteller und der Antragsgegnerin habe der Antragsteller eine Einstellung an den Tag gelegt, die für einen um die Verlängerung seines Arbeitsverhältnisses Werbenden äußerst befremdlich gewesen sei. Anfang Februar 2006 habe der Antragsteller für den Fall der Verlängerung des Arbeitsverhältnisses den Wunsch einer urlaubsbedingten Abwesenheit vom 2. bis 31. Mai 2006 geäußert. Allerdings habe der Antragsteller zu erkennen gegeben, dass er auch im Falle der Verlängerung seines Arbeitsverhältnisses seinen Dienst nicht am 1. Juni 2006 wieder antreten werde, da er bereits einen über dieses Datum hinausgehenden Urlaubsaufenthalt in den USA fix gebucht hätte. Sein Dienstantritt würde daher erst einige Tage später erfolgen, und „daran sei nicht mehr zu rütteln“. Von Seiten der Antragsgegnerin sei festgehalten worden, dass diese eine längere Abwesenheit nicht genehmigen werde. Im Rahmen dieser Gespräche habe der Antragsteller angemerkt, dass er ohnehin nicht wisse, ob er zu dem von ihm im Schreiben vom 28. Februar 2006 genannten Endtermin wieder aus der Karenz zurückkehren werde. Vielmehr habe der Antragsteller die Verlängerung seines Karenzurlaubes offenlassen wollen und den Zeitpunkt seiner Rückkehr erst später festlegen wollen. Diese Vorgehensweise zeige nicht die beste Einstellung des Antragstellers gegenüber der Antragsgegnerin und ihrer gesetzlichen Aufgabenstellung. In jedem Fall sei es im Zuge dieser Gespräche zu einem Verlust des für eine Teamarbeit unerlässlichen Vertrauensverhältnisses zwischen den Vorgesetzten und dem um eine Verlängerung werbenden Antragsteller gekommen. Durch die unklaren Angaben des Antragstellers würden dem Zentrum hinsichtlich der Therapieplanung der Patienten/innen erhebliche Schwierigkeiten entstehen. Da in diesem Bereich nicht alle Posten besetzt gewesen seien, hätte der Ausfall eines Therapeuten die entsprechende Versorgung der Patienten/innen weiter erschwert. Trotz der Kenntnis des Antragstellers hinsichtlich der Notwendigkeit der genauen Planung der Patienten/innenversorgung habe dieser keine genaueren Zeitangaben machen wollen. Dies sei auch dann genauso unverständlich, wenn der Antragsteller der Ansicht gewesen wäre, dass eine weitere Befristung des Arbeitsverhältnisses unzulässig gewesen sei. Er hätte ohnehin die notwendigen rechtlichen Schritte einleiten können. Dem Antragsteller habe allerdings jegliche Bereitschaft gefehlt, seine Arbeitsleistung weiter zu erbringen. Dies könne nur so erklärt werden, dass der gebuchte USA-Aufenthalt tatsächlich über den abgesprochenen Urlaubsendtermin hinaus gedauert hätte und

die Wiederaufnahme seiner Arbeit zum vereinbarten Termin nicht hätte erfolgen können. Von Beginn an habe der Antragsteller offenbar eine eigenmächtige Urlaubsverlängerung geplant, um seine Arbeitgeberin vor vollendete Tatsachen zu stellen und eine eigenmächtige Urlaubsverlängerung zu erzwingen. Die sich daraus ergebenden Schwierigkeiten mit der Antragsgegnerin (allenfalls Entlassung wegen eigenmächtiger Urlaubsverlängerung) habe der Antragsteller sich offenbar einfach ersparen wollen. Hinsichtlich offener Überstunden werde festgehalten, dass der Antragsteller auf Grund der ihm eingeräumten Gleitzeitregelung ein Zeitguthaben von 14 Stunden erworben habe. Zum Abbau dieses Guthabens seien ihm am 30. und 31. März 2006 2 Gleitzeittage gewährt worden. Deshalb seien am Ende seines Arbeitsverhältnisses weder ein Zeitguthaben noch Überstunden offen gewesen.

Fälle des Zusammentreffens eines Vaterkarenzurlaubes und eines befristeten Arbeitsverhältnisses habe es in den letzten Jahren nicht gegeben. Die Antragsgegnerin habe auch in Fällen von befristeten Verträgen mit Schwangeren diese nicht mit dem vereinbarten Termin auslaufen lassen, sondern die Arbeitsverträge jeweils bis zum Beginn der Mutterschutzfrist verlängert. Die neueste Judikatur des OGH gehe davon aus, dass auch im Falle einer Schwangerschaft die Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses dann nicht erfolgen müsse, wenn die Befristung sachlich begründet sei. Eine Karenzvertretung wäre wohl als eine derartige sachliche Begründung anzusehen.

Jeglicher Grundlage entbehre die Behauptung des Antragstellers, dass der ärztliche Leiter ... die Karenz schriftlich bewilligt habe. Weder habe dieser eine derartige Bewilligung erteilt, noch sei er hierzu unter Beachtung der einschlägigen Organisationsvorschriften in der Lage gewesen. Das vom Antragsteller an den Tag gelegte Verhalten habe eine Einstellung gezeigt, die nicht mit den dienstlichen Belangen und Interessen der Antragsgegnerin und den zu versorgenden Patienten/innen im Einklang stehen. Das mangelnde Vertrauensverhältnis sei einer Aufrechterhaltung bzw. Verlängerung des Arbeitsverhältnisses entgegengestanden.

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:

Gemäß § 3 Z 6 GIBG darf niemand auf Grund des Geschlechtes, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- und Familienstand“, im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis bei den sonstigen Arbeitsbedingungen unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden. In der Novelle 2004 wurde in § 3 GIBG die Wortfolge „insbesondere unter Bezugnahme 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 darf (vgl. die Erläuternden Bemerkungen, 307 BlgNR 22. GP 10). Der Begriff der „sonstigen Arbeitsbedingungen“ ist im GIBG selbst nicht weiter definiert. Ziel des Gesetzgebers war es jedoch, alle Diskriminierungen, die im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis vorkommen können, vom Gleichbehandlungsgebot des GIBG zu umfassen. Beim Begriff der sonstigen Arbeitsbedingungen handelt es sich folglich um einen Auffangtatbestand, der weit auszulegen ist. Unter dem Begriff „sonstige Arbeitsbedingungen“ werden u.a. die allgemeine Situation am Arbeitsplatz, die Ausstattung desselben, die entgegengebrachte Wertschätzung sowie alle mit dem Arbeitsverhältnis verbundenen Umstände verstanden.

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 Antragsgegner/in obliegt es dann bei der Berufung auf §§ 3 oder 4 GIBG zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlich 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.

Auf Grund des vorliegenden Verlangens wurden insbesondere die Umstände des Auslaufens der Befristung und die Nichtübernahme in ein fixes Arbeitsverhältnis in

Zusammenhang mit dem Karenzantrag des Antragstellers auf eine mögliche Diskriminierung nach dem GIBG vom erkennenden Senat untersucht.

Nach der EuGH-Judikatur stellt die Nichterneuerung eines befristeten Arbeitsvertrages auf Grund einer vorliegenden Schwangerschaft eine unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes dar (EuGH vom 4.10.2001, Rs C-438/99, „Melgar“). Wird ein Arbeitsverhältnis auf Grund eines Karenzurlaubes nicht verlängert, ist von einer mittelbaren Diskriminierung auszugehen. Nach herrschender Lehre wird von einer Diskriminierung bei den sonstigen Arbeitsbedingungen ausgegangen (Rebhahn, Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz, § 3 Rn 67, 2004). Frauen sind insbesondere mit allfälligen Benachteiligungen, die aus dem Karenzurlaub herühren, konfrontiert. Männer, die eine Väterkarenz in Anspruch nehmen, können mit denselben Schwierigkeiten wie Frauen konfrontiert werden. In der RL 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in der Arbeits- und Beschäftigungsfragen wird der Vaterschaftsurlaub eigens erwähnt, da dieser eine Möglichkeit darstellt, die Gleichstellung zwischen Männern und Frauen voranzutreiben. Das Ziel des GIBG ist die Gleichstellung von Männern und Frauen. Daher sind Männer, die Benachteiligung im Zuge einer Väterkarenz ausgesetzt sind, von der Schutznorm des GIBG umfasst.

Die Antragsgegnerin hat in ihrem Vorbringen eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes zurückgewiesen. Der Grund für die Nichtübernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis seien diszipliniäre Verfehlungen des Antragstellers und der daraus folgende Vertrauensverlust der Antragsgegnerin gewesen. Dies habe nichts mit dem Wunsch des Antragstellers nach einer Väterkarenz zu tun.

Das Ermittlungsverfahren ergab, dass der Antragsteller seinen Urlaubsantrag im Februar 2006, vor seiner Karenzmeldung, gestellt hat. Der Antragsteller ist zum damaligen Zeitpunkt von einem positiven Ausgang der Übernahme in ein fixes Arbeitsverhältnis ausgegangen. Der Urlaubsantrag hat den Zeitraum vom 2. -31. Mai 2006 umfasst. Daneben hat der Antragsteller 2 weitere freie Tage (1. - 2. Juni 2006) benötigt, da ihm ein frühere Rückkehr aus den USA nicht möglich gewesen ist. Die Abwesenheit an beiden Tage wollte er durch sog. Einbringtage ermöglichen. Auf Grund der langen Vorlaufzeit hinsichtlich der Einteilung der Physiotherapeuten/innen hat die

Ankündigung des Urlaubs bereits drei Monate im Voraus zu erfolgen. Die befragten Auskunftspersonen haben gegenüber dem erkennenden Senat bestätigt, dass der Antragsteller rechtzeitig – wie dies auch sonst in der Abteilung üblich ist – drei Monate vor seinem Urlaubsantritt diesen beantragt und die beiden zusätzlichen Tage mit Bleistift in die Urlaubsliste eingetragen hat. Die Urlaubswünsche sind der Leiterin der Physiotherapeuten/innenteams bekannt gewesen. Der Antragsteller hat gegenüber dem Senat I der GBK glaubhaft dargelegt, dass er nicht eigenmächtig vom Dienst fernbleiben wollte. Die zusätzlichen Tage sollten von ihm eingebracht werden. Seine Vorgesetzte wusste von seinen Urlaubsplänen.

Aus den dem Senat vorliegenden Unterlagen geht hervor, dass am 21. Februar 2006 von den Vorgesetzten des Antragstellers eine Dienstbeschreibung über ihn erstellt wurde, die eine sehr gute Arbeitsleistung festgestellt hat. Parallel dazu hat der Antragsteller seiner Arbeitgeberin fristgerecht gemeldet, dass er vom 18. Juni 2006 bis zum 18. Juni 2007 die Väterkarenz für seine Tochter in Anspruch nehmen möchte.

Es stellte sich für den erkennenden Senat die Frage, ob es einen Zusammenhang zwischen der Meldung der Väterkarenz und der Nichtübernahme in ein unbefristetes Dienstverhältnis gegeben habe oder ob derart gravierende disziplinarische Verfehlungen des Antragstellers vorgelegen haben, die einer Weiterbeschäftigung des Antragstellers entgegenstanden seien.

Wie bereits ausgeführt, wurde die sehr gute Dienstbeschreibung am 21. Februar 2006 ausgestellt, allerdings erst am 21. März 2007 von der Antragsgegnerin genehmigt. Im Nachhinein konnte nicht mehr festgestellt werden, wieso die Genehmigung der Dienstbeschreibung so lange gedauert hat. Die Antragsgegnerin hat in ihrer Befragung angegeben, dass es an sich unüblich sei, dass die Genehmigung einer Dienstbeschreibung so lange dauert. Es müsse auf dem langen „Genehmigungsweg“ eine Verzögerung eingetreten sein. Normalerweise folgt aus einer Empfehlung eines Vorgesetzten samt einer positiven Dienstbeschreibung eine Weiterbeschäftigung eines/einer Arbeitnehmer/in.

Im Laufe des Verfahrens hat sich für den erkennenden Senat der Eindruck erhärtet, dass die Meldung der Väterkarenz die „conditio sine qua non“ für die Nichtübernahme des Antragstellers in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis gewesen ist. Nach den Angaben der Antragsgegnerin hat es im Stellenplan einen freien unbefristeten Dienstposten für den Antragsteller gegeben. Da es innerhalb der Antragsgegnerin weniger männliche als weibliche Physiotherapeuten/innen gibt, wäre man über einen

weiteren männlichen Physiotherapeuten froh gewesen. Der Antragsteller hat seine Väterkarenz zu einem Zeitpunkt gemeldet, als sein Arbeitsvertrag noch befristet gewesen ist. Der Antragsteller hat im Verfahren mitgeteilt, dass er vor seinem Karenz-antrag mit der zuständigen Betriebsrätin gesprochen habe, ob das Zusammenfallen des Karenz-antrages und seines Wunsches der Übernahme in ein fixes Arbeitsverhältnis zur Antragsgegnerin ein Problem darstellen könnte. Dies sei von der Betriebsrätin verneint worden.

Es ist jedoch zu Schwierigkeiten gekommen. Es hat im Zuge des Karenz-antrages zwischen dem ärztlichen Leiter und dem Antragsteller mehrere Gespräche hinsichtlich der Urlaubsgewährung und der Dauer des Karenzurlaubes gegeben, wobei der Antragsteller anscheinend den genauen Endzeitpunkt der Karenz nicht bekannt geben wollte. Das Pochen des Antragstellers auf sein Recht, eine Väterkarenz in Anspruch zu nehmen, dürfte bei den beteiligten Vorgesetzten ein emotionales Unbehagen ausgelöst haben. Dies hat letztlich zur Nichtweiterbeschäftigung des Antragstellers geführt. Es ist dem Antragsteller eine Weiterbeschäftigung bis zum Antritt der Karenz sowie die Möglichkeit, sich nach dem Ende der Karenz wieder bei der Antragsgegnerin zu melden, angeboten worden. Als sich nunmehr der Antragsteller an die Betriebsrätin gewandt hat, da es Probleme mit der Verlängerung seines Arbeitsvertrages gegeben hat, habe diese ihm entgegnet, dass es bei der Antragsgegnerin einfach so sei. Der Antragsteller hat sich nicht von der Betriebsrätin vertreten gefühlt. Wenn tatsächlich disziplinarische Verfehlungen des Antragstellers vorgelegen hätten, so hätte die Antragsgegnerin die Dienstbeschreibung entsprechend abändern können. Dies ist nicht erfolgt. Auch wenn die verwendete Vorlage der Dienstbeschreibung nur für das Verwaltungspersonal und nicht für das medizinische Personal geeignet gewesen ist, so ist diese dennoch abgegeben worden. Es ist der Dienstbeschreibung kein Hinweis zu entnehmen, aus dem man schließen könnte, dass das bisherige Verhalten des Antragstellers nicht tadellos gewesen wäre. Es hat für den erkennenden Senat keinen Grund gegeben, dass man das Dienstverhältnis nicht fortführen hätte können. Der einzige Grund ist die beabsichtigte Inanspruchnahme der Väterkarenz durch den Antragsteller. Es besteht ebenso ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen dem Karenz-antrag und der Abgabe der sehr guten Dienstbeschreibung. Auch die ungewöhnlich lange Dauer der Genehmigung der Dienstbeschreibung ist für den Senat I der GBK ein Indiz dafür, dass der parallel vom Antragsteller einge-

brachte Karenzantrag ein „Problem“ für die Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis dargestellt hat.

Die Antragsgegnerin konnte keinen plausibleren Grund angeben, wieso eine Weiterbeschäftigung nicht möglich gewesen ist.

Es liegt daher eine **Diskriminierung** auf Grund des Geschlechts bei den **sonstigen Arbeitsbedingungen** gegenüber dem Antragsteller vor.

Nach Ansicht des Senates I der GBK liegt auf der Ebene der unmittelbaren Vorgesetzten des Antragstellers ein „Nichtwissen“ hinsichtlich arbeitsrechtlicher Belange vor. Im Ermittlungsverfahren hat sich herausgestellt, dass in der betroffenen Abteilung nunmehr Arbeitsverträge auf 2 Jahre befristet werden. Die Idee zu dieser 2-jährigen Befristung ist aus der Abteilung selbst gekommen. Die Befristung auf ein Jahr wäre nicht ausreichend. Es würde sich erst im zweiten Jahr herauskristallisieren, ob den Physiotherapeuten/innen die Arbeit bei der Antragsgegnerin zu anstrengend ist oder nicht. Es wurde beim Betriebsrat nachgefragt, ob eine 2-jährige Befristung möglich wäre. Es ist der Abteilung bestätigt worden, dass sie diese Vorgehensweise wählen können. Es dürften von den unmittelbaren Vorgesetzten arbeitsrechtliche Entscheidungen ohne nähere Kenntnis getroffen worden sein. Auch wenn die beteiligten Vorgesetzten keine Juristen/innen von Beruf sind, ist deren Verhalten der Antragsgegnerin zuzurechnen, da diese Führungskräfte innerhalb der Abteilung gewesen sind.

Allgemein ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass Frauen den Großteil der Karenzurlaubbezieher/innen darstellen. § 10a MSchG (Mutterschutzgesetz, BGBl. I Nr. 221/1979 idF BGBl. I Nr. 53/2007) sieht eine gesetzliche Beschränkung von Befristungen von Arbeitsverträgen werdender Mütter vor. Der Zweck der Einfügung des § 10a MSchG durch das arbeitsrechtliche BegleitG (BGBl. I Nr. 822/1992), war die Verhinderung der Umgehung des MSchG. Die Erläuterungen (RV 735 BlgNR 18. GP 22 f) führen dazu aus, dass es immer häufiger vorkomme, dass mit jungen Frauen befristete Arbeitsverträge abgeschlossen würden, was dazu führe, dass diese Frauen infolge 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 Ablaufhemmung, 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 Angestelltengesetz (AngG, BGBl. I Nr. 292/1921 idF BGBl. I Nr. 35/2006) 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. Die Rechtsfolgen des § 10a MSchG müssen auch auf den Fall ausgedehnt werden, dass der Arbeitnehmerin erst am Ende der Befristung bekannt wird und sie dem/der Arbeitgeber/in mitteilt. Wertungswidersprüche können nur durch die analoge Heranziehung des § 10 Abs. 2 MSchG vermieden werden (OLG Wien 6.9. 1999, ARD 5078/4/99). 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 ver hinderter 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 Juristinnen (OGH 28.2.2001, 9 Ob A 326/00g).

Im vorliegenden Fall sah die Antragsgegnerin eine 1-jährige Befristung für alle Bediensteten vor. Dementsprechend hat der Antragsteller einen auf ein Jahr befristeten Arbeitsvertrag erhalten. Der Antragsteller verfügt über eine abgeschlossene Ausbildung sowie eine 8-jährige Berufserfahrung. Der Antragsteller hat eine verantwortungs- und anspruchsvolle Tätigkeit ausgeübt, die an sich eine einjährige Erprobung sachlich nicht rechtfertigt. Die Beurteilung einer sachlichen Rechtfertigung kann natürlich nur anhand der konkreten Umstände im Einzelfall erfolgen (OGH 28.7.2004, 8

ObA 102/04i). Der Senat I der GBK hat jedoch erhebliche Bedenken, dass eine generell vorgesehene Erprobung von einem Jahr in Hinblick auf die höchstgerichtliche Judikatur sachlich gerechtfertigt ist. Eine 2-jährige Befristung eines Arbeitsvertrages, so wie dies nunmehr in der Abteilung des Antragstellers gehandhabt wird, ist auf keinen Fall sachlich gerechtfertigt.

Das Ermittlungsverfahren hat im Weiteren ergeben, dass die Vorgesetzten des Antragstellers keine ausreichenden Kenntnisse der urlaubsrechtlichen Bestimmungen haben. Dies rührt insbesondere vom Umstand her, dass im 1. Jahr das Arbeitsjahr und im 2. Jahr das Kalenderjahr als Urlaubsjahr gilt. Dies war den unmittelbaren Vorgesetzten nicht bewusst.

Grundsätzlich hat jede/r Arbeitnehmer/in gemäß § 2 Abs. 1 UrlG (Urlaubsgesetz, BGBl. I Nr. 390/1976 idF BGBl. I Nr. 89/2002) einen Urlaubsanspruch von mindestens 30 Werktagen Urlaub pro Arbeitsjahr. Dieser Anspruch entsteht im vollen Umfang ohne jede Wartezeit mit dem Beginn jedes Urlaubsjahres. Nur für das erste Arbeitsjahr gilt eine Einschränkung: In den ersten sechs Monaten entsteht der Urlaub gemäß § 2 Abs. 2 UrlG nur aliquot zu der zurückgelegten Dienstzeit, nach sechs Monaten steht dann der gesamte Jahresurlaub zu.

§ 2 Abs. 4 UrlG sieht vor, dass durch Kollektivvertrag oder eine Betriebsvereinbarung an Stelle des Arbeitsjahres das Kalenderjahr oder ein anderer Jahreszeitraum tritt.

Mit dem Entstehen des Urlaubsanspruches ist dessen zeitliche Lage jedoch keineswegs fixiert. Dies bedarf gemäß § 4 Abs. 1 UrlG einer vertraglichen Vereinbarung zwischen dem/der Arbeitgeber/in und dem/der Arbeitnehmer/in. Weiters sollte möglichst bis zum Ende des Urlaubsjahres, in dem der Anspruch entstanden ist, verbraucht werden. Ferner sind die Erfordernisse des Betriebes und die Erholungsmöglichkeiten des/der Arbeitnehmer/in miteinander abzuwägen. Kommt es zu keiner Urlaubsvereinbarung, hat der/die Arbeitnehmer/in die Möglichkeit, auf Duldung eines bestimmten Urlaubsantritts zu klagen, wobei das Urteil in der Regel erst lange nach dem beabsichtigten Urlaubstermin ergehen wird.

Dem Senat I der GBK erscheint es auf Grund der vorliegenden Umstände für **erforderlich**, auf die gesetzlichen Bestimmungen zur Mütter- und Väterkarenz hinzuweisen.

Im Sinne einer gleichberechtigten und partnerschaftlichen Kinderbetreuung sollen die Eltern des Kindes selbst entscheiden können, ob die Karenz von der Mutter oder

vom Vater in Anspruch genommen wird. Beide Elternteile können eine Karenz in Anspruch nehmen. Mit dem Väterkarenzgesetz (VKG, BGBl. I Nr. 651/1989 idF BGBl. I Nr. 53/2007) wurden die gesetzlichen Voraussetzungen für die Väter geschaffen. Die Vollkarenz (§ 15 MSchG, § 2 VKG) beginnt frühestens im Anschluss an das Beschäftigungsverbot der Mutter nach der Geburt des Kindes (Schutzfrist). Sie endet nach der vereinbarten Dauer, spätestens mit dem vollendeten 24. Lebensmonat des Kindes. Während der Karenz besteht kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung, sondern besteht ein Anspruch auf das Kinderbetreuungsgeld. Die unterschiedlichen Karenzmodelle sollen Familien eine flexiblere Lebensgestaltung ermöglichen. Neben einer Vollkarenz kann die Karenz mit dem anderen Elternteil zweimal geteilt werden (§ 15a MSchG, § 3 VKG). Ein Karenzteil muss dabei mindestens 3 Monaten betragen. Beim erstmaligen Wechsel der Betreuungsperson können die Eltern gleichzeitig 1 Monat Karenz in Anspruch nehmen. Allerdings endet dann die Gesamtdauer der Karenz um 1 Monat früher. Es sind unterschiedliche Meldefristen vorgesehen.

Jener Elternteil, der den 1. Karenzteil beansprucht, hat die Karenz, wenn es sich um die Mutter handelt, innerhalb der Schutzfrist, wenn es sich um den Vater handelt, innerhalb von 8 Wochen nach der Geburt bekannt zu geben (§ 5 MSchG, § 2 Abs. 5 VKG). Für jenen Elternteil, der den 2. bzw. 3. Karenzteil in Anspruch nimmt, gelten andere Meldefristen. Die Meldung muss bis spätestens 3 Monate vor Ablauf des Karenzteiles des zuvor betreuenden Elternteiles erfolgen. Da der Kündigungs- und Entlassungsschutz erst ab dem 4. Monat vor der gewünschten Karenz beginnt, sollte der/die Arbeitgeber/in zwischen dem 4. und 3. Monat vor dem Karenzbeginn schriftlich informiert werden. Wird die Meldefrist versäumt, braucht der/die Arbeitgeber/in den Karenzwunsch grundsätzlich nicht mehr zu berücksichtigen. Bei Fristversäumnis kann mit Zustimmung des/der Arbeitgeber/in eine Karenz vereinbart werden.

Bei der Teilung des Kinderbetreuungsgeldes müssen sich die Eltern schon bei der Antragstellung über das Modell (seit 1.1.2008 gibt es 3 Möglichkeiten der Bezugsdauer) festlegen, da eine nachträgliche Änderung nicht möglich ist. Wie bereits erwähnt, sieht § 10a MSchG für befristete Arbeitsverträge die Hemmung des Ablaufs der Befristung vor, sofern die Befristung nicht aus sachlich gerechtfertigten Gründen erfolgt oder gesetzlich vorgesehen ist.

Bei den Vorgesetzten des Antragstellers besteht offensichtlich die Rechtsauffassung, dass ein Antrag auf Karenzgewährung gegenüber dem/der Arbeitgeber/in gestellt

werden muss. Eine Karenz nach dem MSchG bzw. VKG muss jedoch lediglich dem/der Arbeitgeber/in gemeldet werden und vom/von der Arbeitgeber/in zur Kenntnis genommen werden. Im Ermittlungsverfahren hat der Senat I der GBK Kenntnis dahingehend erlangt, dass die Antragsgegnerin nicht nur dem Antragsteller, sondern schwangeren Arbeitnehmerinnen, die über einen befristeten Arbeitsvertrag verfügen, generell angeboten hätte, das Arbeitsverhältnis bis zum Beginn der Väterkarenz bzw. des Mutterschutzes zu verlängern. Der Senat I der GBK weist in diesem Zusammenhang in aller Deutlichkeit darauf hin, dass die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses bis zum Beginn der Väterkarenz bzw. des Mutterschutzes gesetzlich vorgesehen ist. Es ist kein Entgegenkommen der Antragsgegnerin erforderlich. Dieser Umstand dürfte nicht auf allen Hierarchieebenen der Antragsgegnerin bekannt sein. Dadurch werden bzw. können Arbeitnehmer/innenrechte verletzt werden.

Aus der Sicht des Senates I der GBK wäre es dringend **erforderlich**, dass alle mit dem Personalwesen befassten Mitarbeiter/innen der Antragsgegnerin fortlaufend und umfassend bezüglich den Rechtsgrundlagen des Personalwesens, insbesondere dem GIBG, geschult und aufgeklärt werden.

Wien, 28. April 2009

Mag.^a Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK