

Senat I der Gleichbehandlungskommission
Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz
(BGBl. Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 107/2013)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 24. September 2013 über den am 13. Jänner 2012 eingelangten Antrag von **Frau A (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des **Geschlechtes** bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 7/2011; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) durch die **X GmbH (Antragsgegnerin)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. II Nr. 102/2011), zu folgendem

Prüfungsergebnis

Der Senat I der GBK kommt zur Ansicht, dass Frau A auf Grund des Geschlechtes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG durch die X GmbH diskriminiert worden ist.

Es handelt sich hierbei im Sinne der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (VfGH)¹ nicht um einen (Feststellungs-)Bescheid, sondern um eine unverbindliche gutachterliche Feststellung.

Prüfungsgrundlagen

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf die schriftlichen Vorbringen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin, auf die Stundennachweise der Antragstellerin, auf die Bestätigungen für die Pflegefreistellungen, auf die Zeitbestätigungen durch die MA ... (Amt für ...), durch die KMS ..., durch das Krankenhaus Y und das Krankenhaus Z, sowie auf die mündlichen Einvernahmen der Antragstellerin, des informierten Arbeitgebervertreters der Antragsgegnerin,

¹ Vgl. z.B. VfSlg. 19.321

Herrn B, Herrn C, Mitarbeiter bei U KG (Beschäftigterbetrieb) und Frau D (Mitarbeiterin der MA ...).

Vorbringen und Aussagen

Die Antragstellerin brachte in ihrem Antrag im Wesentlichen vor, dass sie seit 1. Juli 2011 bei der Antragsgegnerin (Überlasser) beschäftigt gewesen sei. Sie sei an die Firma U KG (Beschäftiger) überlassen worden. Das Arbeitsverhältnis habe am 16. September 2011 zur Antragsgegnerin geendet. Im Zusammenhang mit der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses liege eine Diskriminierung im Sinne des GIBG vor. Folgendes habe sich zugetragen: Im Herbst 2010 sei ihre 13-jährige Tochter von ihrem Vater sexuell missbraucht worden. Im Zusammenhang damit habe sich die Antragstellerin gemeinsam mit ihrer Tochter und ihrem damals 16 Monate alten Sohn in die Betreuung des Jugendamtes ... bzw. des Frauenhauses ... begeben. Es sei der Antragstellerin angesichts dieser Situation und der von ihr wahrzunehmenden behördlichen Termine nicht möglich gewesen, die vom Beschäftiger geforderten Stunden regelmäßig zu leisten. Ursprünglich sei ihr auch eine ihren privaten Bedürfnissen entsprechend Arbeitszeit sowohl von der Antragsgegnerin als auch vom Beschäftiger in Aussicht gestellt worden. Ende August/Anfang September 2011 habe ihr Sohn schweren Durchfall gehabt, weshalb sie die Pflegefreistellung in Anspruch nehmen habe müssen. Am 9. September 2011 sei ihr von ihrem Vorgesetzten bei der Antragsgegnerin, Herrn B, telefonisch die Kündigung angedeutet und ihr die Zustimmung zur einvernehmlichen Auflösung angeboten worden. Es sei nochmals mit dem Beschäftigterbetrieb Rücksprache gehalten worden. Herr C, der verantwortliche Mitarbeiter bei der Firma U KG, habe daraufhin mitgeteilt, dass man jemanden mit solchen Problemen nicht brauche. Letztlich sei die Antragstellerin am 16. September 2011 von der Antragsgegnerin fristwidrig gekündigt worden.

In der auf Ersuchen des Senat I der GBK übermittelten Stellungnahme der Antragsgegnerin, X GmbH, bestritt diese die im Verlangen vorgebrachten Vorwürfe und trat diesen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Die Antragstellerin sei bei der Antragsgegnerin vom 1. Juli bis zum 23. September 2011 als ungelernte Arbeitnehmerin bei der Firma U KG beschäftigt gewesen. Am 9. September 2011 habe die Antragsgegnerin auf Grund ihrer unzureichenden

Arbeitsleistung telefonisch die Kündigung ausgesprochen. Die Kündigungsfrist von zwei Wochen sei von der Antragsgegnerin eingehalten worden. Herr C, Betriebsleiter von U KG, habe die Antragsgegnerin davon informiert, dass die Arbeitsleistung der Antragstellerin zu langsam sei. Da die Auftragslage des Beschäftigterbetriebs rückläufig gewesen sei, sei die Antragstellerin vom Beschäftigterbetrieb wieder zurückgestellt und auf Grund der unzureichenden Arbeitsergebnisse bei der Firma U KG von der Antragsgegnerin gekündigt worden. Das Gespräch anlässlich der Kündigung könne auch eine anwesende Mitarbeiterin bestätigen. Die Kündigung sei keinesfalls auf Grund der sozialen Situation, des Geschlechtes oder des Familienstandes der Antragstellerin ausgesprochen worden. Die Familiensituation der Antragstellerin sei der Antragsgegnerin nicht bekannt gewesen. Diese Aussage der Antragstellerin entspreche nicht der Wahrheit und werde daher vehement bestritten. Die Antragstellerin sei mit 30 Stunden/Wochen eingestellt worden. Es seien alle der Antragstellerin zustehenden Geldleistungen ausbezahlt worden. Ebenso sei der Antragstellerin das Dienstzeugnis bereits am 17. Oktober 2011 zugeschickt worden.

In der mündlichen Befragung durch den Senat I der GBK führte die Antragstellerin ergänzend aus, dass sie ihre damalige familiäre Situation der Antragsgegnerin und der Beschäftigterfirma bekannt gegeben habe. Damals habe sie im Frauenhaus gelebt. Ihre Tochter sei vom Vater sexuell missbraucht worden und sei auf Grund ihrer psychischen Probleme ... in einer betreuten Wohngemeinschaft ... untergebracht worden. Auf Grund dessen habe sie sehr viele Behördentermine zu erledigen gehabt, insbesondere Amtstermine beim Jugendamt. Sie habe für ihre Fehlstunden immer Zeitbestätigungen vorgelegt. Sie habe Herrn B auch darüber informiert, dass sie ca. 3 Monate lang viele Behördentermine haben und dadurch fehlen werde. Für die Antragstellerin sei diese Arbeit, und diese auch zu behalten, äußerst wichtig gewesen. Die Antragstellerin habe so schnell wie möglich mit ihrer Familie aus dem Frauenhaus in eine eigene Wohnung ziehen wollen. Auch ihre Tochter sollte, sobald es ihr besser gehe, wieder zu ihr zurückkommen. Sie habe sehr darum gekämpft, dass sie die Arbeitsstelle behalten habe können. Für ihre Fehlzeiten habe sie stets Zeitbestätigungen vorlegen können. Nach der telefonischen Kündigung durch Herrn B sei sie noch einmal zu Herrn C gegangen. Er habe kein Verständnis für ihre Situation gezeigt. Man könne Leute mit solchen Problemen nicht bei ihnen brauchen. Vor der Kündigung habe sie einmal ein Lagerarbeiter namens E

gewarnt, dass sie aufpassen solle, weil sie so oft fehle. Anfangs seien auch alle freundlich und verständnisvoll gewesen. Einmal hat ihr kleiner Sohn Durchfall und habe deshalb Pflegeurlaub nehmen müssen. Da habe die Antragstellerin ihren Sohn in ihre Abteilung gebracht und ihren Vorgesetzten auch ihren guten Willen zu arbeiten zeigen wollen, sei aber durch die Erkrankung ihres Sohnes daran gehindert gewesen. Auf Frage des erkennenden Senates nach ihrer Arbeitsleistung teilte die Antragstellerin mit, dass sie gelernte Schneiderin und Näherin sei. In ... (*Anm.: Geburtsland der Antragstellerin*) habe sie ebenfalls Akkordarbeit gemacht. Ihre Arbeitsleistung sei von ihrem Vorgesetzten nie kritisiert worden. Die Antragstellerin sei immer schnell gewesen und habe immer mehr Stückanzahl produziert als viele andere.

Der informierte Vertreter der Antragsgegnerin, Herr B, gab in der mündlichen Befragung an, dass sie die Kündigung gegenüber der Antragstellerin auf Grund ihrer ungenügenden Arbeitsleistung ausgesprochen hätten. Die von der Antragstellerin abgelieferte Stückzahl habe nicht gepasst. Er habe nichts über die familiäre Situation der Antragstellerin gewusst. Auf Grund der vielen Mitarbeiter/innen, die für die Antragsgegnerin arbeiten würden, könne er nicht von den einzelnen Mitarbeitern/innen wissen, wann, wie und wo diese eingesetzt werden. Änderungen bei der Arbeitszeit würden ihre Mitarbeiter/innen direkt mit den Vorgesetzten in den Beschäftigerunternehmen ausgemacht werden. Die Abteilungsleitung der Beschäftigerfirmen würde dies dann der Antragsgegnerin zur Kenntnis bringen. Er habe der Antragstellerin telefonisch die Kündigung ausgesprochen. Im Weiteren habe es ein persönliches Gespräch gegeben, um alles Schriftliche zu erledigen, sich eventuell auf eine einvernehmliche Lösung zu verständigen sowie über ihre Arbeitsleistung zu sprechen. Bei diesem Gespräch sei auch Frau F anwesend gewesen. Sein Eindruck sei gewesen, dass die Pflegefreistellungen der Antragstellerin für U keine Rolle gespielt habe. Es habe bei der Beschäftigerfirma einen Umsatzrückgang gegeben. Es sei dadurch zu einer Umgestaltung des Einsatzteams gekommen. Manche der Mitarbeiter/innen seien von U KG übernommen worden, da bei guter Arbeitsleistung diese Mitarbeiter/innen von den Beschäftigern übernommen werden würden. Allerdings habe man sich von den meisten Mitarbeitern/innen getrennt. Auch der Antragstellerin habe er angeboten, sich bei neuen Einsatzmöglichkeiten wieder zu melden.

Auf Nachfrage des Senates I der GBK gab dieser an, dass er nicht feststellen könne, ob die Beschäftigerfirma den/die Mitarbeiter/in aus diskriminierenden Gründen zurückstelle, und nicht wegen schlechter Arbeitsleistung. Im Weiteren teilte dieser allerdings mit, dass mit den Beschäftiger spreche, warum dieser den/die Mitarbeiter/in zurückgeschickt habe. Wenn möglich fahre er zu dem/der Mitarbeiter/in, und frage bei diesem/r direkt nach. Er könne nach so langer Zeit nicht mehr sagen, ob er diese Vorgangsweise bei der Antragstellerin gewählt habe.

Der Vorgesetzte der Antragstellerin in der Beschäftigerfirma, Herr C, gab in der mündlichen Befragung an, dass mit den zusätzlichen Leiharbeitskräften Auftragsspitzen abgedeckt werden würden. Bei rückläufiger Auftragslage würden die besten Arbeitskräfte behalten werden, die schlechten Mitarbeiter/innen würden wieder an die Antragsgegnerin zurückgestellt werden. Bei der Antragstellerin habe ausschließlich die mangelnden Stückzahlen eine Rolle gespielt. Er selber wisse nichts über die familiäre Situation der Antragstellerin. Der Kontakt laufe hier ausschließlich über den Überlasser. Herr C konnte dem Senat auf Anfrage keine Aufzeichnungen über die Erfüllung von Stückzahlen vorlegen.

Die Auskunftsperson, Frau F, die Mitarbeiterin in der Personalabteilung der Antragsgegnerin sei, gab an, dass sie nicht unmittelbar beim Kündigungsgespräch dabei gewesen sei. Sie sei drei Tische dahinter gesessen und habe, da sie gleichzeitig gearbeitet habe, nicht dem ganzen Gespräch inhaltlich gefolgt. Daher könne sie sich nicht mehr an den Kündigungsgrund für die Antragstellerin erinnern.

Frau D, Mitarbeiterin der MA ... bestätigte in ihrer Befragung, dass die Antragstellerin auf Grund der zahlreichen Termine beim Jugendamt Sorge um ihren Arbeitsplatz gehabt habe. Man sei vom Jugendamt natürlich bemüht, die Termine so zu legen, dass die Eltern nicht so oft in der Arbeit fehlen. Man könne aber nicht nur ausschließlich Abendtermine vergeben. Der/Die Arbeitgeber/in hat Termine vor Behörden zu akzeptieren. Es seien der Antragstellerin für die Dauer der Termine Zeitbestätigungen ausgestellt worden. Die Tochter der Antragstellerin werde demnächst wieder auf Dauer bei dieser wohnen können, da sich die gesamte Familie wieder stabilisiert habe.

Der Senat I geht von folgendem Sachverhalt aus:

Die Antragstellerin war vom 1. Juli 2011 bis zum 23. September 2011 bei der

Antragsgegnerin beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis wurde am 9. September 2011 arbeitgeberseitig gekündigt.

Dass das Arbeitsverhältnis am 16. September 2011 gekündigt worden wäre, hat sich aus den vorgelegten Unterlagen und den Aussagen der Auskunftspersonen nicht ergeben. Es hat nach der telefonischen bzw. mündlichen Kündigung ein Gespräch zwischen der Antragstellerin und Herrn B gegeben.

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Antragstellerin wurde aus diskriminierenden Gründen vorgenommen und steht daher in Zusammenhang mit dem Familienstand der Antragstellerin.

Es steht außer Streit, dass die Antragstellerin sehr oft auf Grund von Pflegeurlaube, Arztterminen sowie Terminen bei verschiedenen Behörden in ihrer Arbeitsstelle nicht anwesend gewesen ist. Die Antragstellerin war an 60 Tagen nicht anwesend. Der Antragsgegnerin ist es im Ermittlungsverfahren nicht gelungen zu beweisen, dass nicht diskriminierende Erwägungen (schlechte Arbeitsleistung der Antragstellerin oder Umsatzrückgang bei der Beschäftigerfirma) zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses geführt haben. Der Senat I der GBK führt die Beendigung des Arbeitsverhältnisses vielmehr auf die familiäre Situation und die damit in Zusammenhang stehenden Fehlzeiten – und damit auf das Geschlecht der Antragstellerin zurück. Die Antragstellerin konnte dem Senat I der GBK sehr glaubhaft darlegen, dass sie von Beginn an die Antragsgegnerin darüber aufgeklärt hat, dass sie auf Grund ihrer damaligen schwierigen familiären Situation in den 3 Monaten einiges an Fehlstunden aufweisen wird. Die Antragsgegnerin hat im Verfahren hingegen vorgebracht, nichts von der familiären Situation gewusst zu haben. Urlaube und sonstige Änderungen bei den Arbeitszeiten würden von ihren Mitarbeitern/innen direkt beim Überlasser erledigt werden. Herr C, der Vorgesetzten der Antragstellerin im Beschäftigerbetrieb, widersprach der Aussage von Herrn B insofern, als dass er behauptete, keinen direkt Kontakt zur Antragstellerin gehabt zu haben. Es sei alles zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin abgewickelt worden. Dem Senat I der GBK wurden von der Antragstellerin sämtliche Zeitbestätigungen und Pflegschaftsurlaube sowie ihre Zeitaufzeichnungen vorgelegt. Daraus ergibt sich, dass sowohl der Überlasserfirma als auch der Beschäftigerfirma die familiäre Situation bzw. die Gründe für ihre Absenzen bekannt sein mussten. Es wäre realitätsfremd anzunehmen, dass die Antragstellerin wiederholt unentschuldigt – sanktionslos - nicht zur Arbeit erschienen ist und weder die Überlasserin noch die

Beschäftigterfirma Interesse am Grund des Fehlens der Antragstellerin gehabt hätten. Die vorliegende Sachlage indizierte durch die zeitliche Nähe der Kündigung der Antragstellerin mit der letzten in Anspruch genommenen Pflegefreistellung eine Kündigung aus diskriminierenden Gründen.

Für den von der Antragsgegnerin vorgetragene Vorwurf der schlechten Arbeitsleistung der Antragstellerin gibt es keine Anhaltspunkte. Die Antragstellerin verfügt über eine fundierte Ausbildung als Facharbeiterin. Sie ist gelernte Schneiderin und Näherin. Sie hat bereits in ihrem Heimatland ... Akkord gearbeitet. Die Antragstellerin konnte dem erkennenden Senat glaubhaft machen, dass ihre Arbeit von ihren Vorgesetzten nie kritisiert worden ist. Die Antragsgegnerin konnte nicht nachweisen, dass es Beschwerden über die Arbeitsleistungen der Antragstellerin gegeben hat. So hat man sich von der Antragstellerin auch nicht im Probemonat wegen schlechter Stückzahlen getrennt. Dass die Arbeitsleistung nachgelassen habe, wurde im Verfahren nicht vorgebracht. Laut Aussage von Herrn B sollte Frau F, die beim Beendigungsgespräch dabei gewesen sei, die von der Antragsgegnerin vorgebrachten Beendigungsgründe bestätigen können. In der mündlichen Einvernahme konnte sich Frau F einerseits an nichts erinnern, andererseits wäre sie nicht unmittelbar in das Beendigungsgespräch eingebunden gewesen. Sie sei nur im selben Raum gewesen und habe auch nicht die ganze Zeit dem Gespräch zugehört.

Nach Auffassung des erkennenden Senates ist es der Antragsgegnerin nicht gelungen, glaubhaft zu machen, dass nicht diskriminierende Gründe für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorgelegen sind.

Rechtliche Überlegungen

Steht die Kündigung einer Arbeitnehmerin in einem Zusammenhang mit deren Pflegschaftsurlaub, ist dies grundsätzlich unter den Tatbestand der Diskriminierung bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses „unter Bezugnahme auf den Ehe-oder Familienstand“ gemäß § 3 Z 7 GIBG zu subsumieren.²

Die Pflegefreistellung stellt eine Dienstverhinderung dar, die speziell gesetzlich geregelt worden ist. Zu einer Entgeltfortzahlungspflicht des/r Arbeitgebers/in kommt

² Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG § 3 Rz 140.

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 Pflegefrestellung keine Vereinbarung mit dem/r Arbeitgeber/in erforderlich³.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs. 12 GIBG ist es nach Durchführung des Ermittlungsverfahrens der Antragsgegnerin nicht gelungen zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass sachliche Motive für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Antragstellerin ausschlaggebend waren. Es liegt daher **eine Diskriminierung** auf Grund des Geschlechtes bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß § 3 Z 7 GIBG vor.

Vorschlag

Gemäß **§ 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz** hat der Senat, wenn er der Auffassung ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, dem/der Arbeitgeber/in schriftlich einen Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes zu übermitteln und ihn/sie aufzufordern, die Diskriminierung zu beenden. Für die Umsetzung des Vorschlags ist eine Frist von zwei Monaten zu setzen. Wird einem Auftrag nach **§ 12 Abs. 4 GBK/GAW-Gesetz** nicht entsprochen, kann jede der im jeweiligen Senat vertretenen Interessensvertretungen beim zuständigen Arbeitsgericht oder Zivilgericht auf Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes klagen.

Da der Senat I der GBK zur Auffassung gelangt ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, wird seitens des erkennenden Senates gemäß § 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz folgender **Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes** der Antragsgegnerin, **X GmbH**, erteilt und diese aufgefordert, die Diskriminierung zu beenden:

³ Vgl. OGH 22.10.1997, ASoK 1998, 149)

Leistung eines angemessenen Schadenersatzes.

Darüber hinaus verlangt der Senat der GBK von der Antragsgegnerin, X GmbH die **Erstattung eines Berichtes gemäß § 13 Abs. 1 Z. 1 GBK/GAWGesetz**, welcher die Beantwortung von folgende Fragen beinhaltet:

1. Wie geht X GmbH mit der Möglichkeit um, dass Beschäftigerfirmen die ihnen überlassenen Mitarbeiter/innen aus diskriminierenden Gründen zurückgestellt haben?
2. Welche Vorschläge existieren bzw. welche strukturellen Maßnahmen sind geplant, um Diskriminierungen nach dem GIBG zu verhindern?

Wien, 24. September 2013

Dr.ⁱⁿ Nicole Hofmann

Stellvertretende Vorsitzende des Senates I der GBK