

**Senat I der Gleichbehandlungskommission**  
**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 18. Oktober 2011 über den am 19. Februar 2010 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. 98/2008; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) durch den Arbeitgeber, **X (Antragsgegner)**, nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II 364/2004), zu folgendem

Prüfungsergebnis:

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

Entscheidungsgründe:

Im Antrag wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Antragstellerin seit 11. Juli 2009 beim Antragsgegner als Angestellte beschäftigt gewesen sei. Das Arbeitsverhältnis sei durch ihren Arbeitgeber zum 15. März 2010 beendet worden.

Im Zusammenhang mit der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses liege eine Diskriminierung im Sinne des GIBG vor.

Folgendes habe sich zugetragen: Die Antragstellerin sei alleinerziehende Mutter eines vierjährigen Sohnes und habe für ihn von 25. bis 29. Jänner 2010 Pflegefreistellung in Anspruch nehmen müssen. Als sie dies ihrem Arbeitgeber mitgeteilt habe, habe er ihr angeordnet für den 28. und 29. Jänner einen Babysitter zu nehmen, da

sie wegen einer Veranstaltung zur Arbeit kommen sollte. Dies sei von der Antragstellerin abgelehnt worden.

Am Freitag, den 29. Jänner 2010, habe sie ihr Arbeitgeber, Herr DSA B, persönlich bei ihr zu Hause aufgesucht und ihr das Kündigungsschreiben übergeben, in welchem sie zum frühestmöglichen Termin gekündigt worden sei. Dies sei der 15. März 2010.

Aufgrund des Vorfalles sei es naheliegend, dass sie auf Grund der Inanspruchnahme der Pflegefreistellung gekündigt worden sei und daher eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes unter Bezugnahme des Ehe- oder Familienstandes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorliege.

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

Die Antragstellerin, von 16. November 2009 bis 15. März 2010 als Teamassistentin in der Schulungseinrichtung Y beschäftigt, sei vom Antragsgegner ausschließlich deshalb gekündigt worden, weil sich gezeigt habe, dass sie die an sie gestellten Arbeitsaufträge nicht im Ausmaß des im Dienstvertrag vom 16. November 2009 gestellten Anforderungsprofils erfüllen habe können.

Keineswegs – und das wolle der Antragsgegner mit allem Nachdruck festhalten – sei die Antragstellerin auf Grund ihres Geschlechtes unter Bezugnahme auf den Familienstand diskriminiert worden. Herr DSA Projektleiter B habe die Antragstellerin während ihrer Pflegefreistellung lediglich ersucht, ob es ihr möglich wäre, am Vortag und am Tag der Eröffnung der Einrichtung für ein paar Stunden eine Betreuung für ihren kranken Sohn zu organisieren, worauf er nicht einmal eine Antwort erhalten habe.

Der Antragsgegner, der stets gegen jegliche Diskriminierungen, welcher Art auch immer, eintrete, wäre der Antragstellerin in diesem Fall selbstverständlich unterstützend zur Seite gestanden, um gemeinsam mit ihr, falls das auch in ihrem Sinne gewesen wäre, eine Lösung für die Finanzierung einer adäquaten Betreuung ihres vierjährigen Sohnes zu finden. Schon während ihrer Tätigkeit im ...shop von 11. Juli bis 15. November 2009 habe der Antragsgegner immer Verständnis für ihre familiäre Situation als alleinerziehende Mutter gehabt und sei ihr und auch allen anderen beim Antragsgegner beschäftigten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern stets in allen sozialen und familiären Belangen gerne entgegen gekommen.

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 Geschlechtes 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 Geschlechtes<sup>1</sup>, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- und Familienstand, aus. Das Bestehen oder Nichtbestehen einer Ehe, der Umstand, ob man Kinder hat, etc. dürfen bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zum Anlass für eine Benachteiligung genommen werden.<sup>2</sup>

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.

---

<sup>1</sup> Das Verbot der Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes basiert zwar grundsätzlich auf dem Geschlecht im biologischen Sinne, beinhaltet aber sehr wohl auch alle anderen Fallkonstellationen, in denen das Geschlecht im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis als Unterscheidungskriterium verwendet wird, obwohl es – abgesehen von den wenigen Fällen der Unverzichtbarkeit eines bestimmten Geschlechtes für die Ausübung der Tätigkeit – im Arbeitsleben kein entscheidendes Kriterium sein darf bzw. sein dürfte. Als derartige Fallkonstellationen kommen vor allem in Betracht: Benachteiligungen von Frauen wegen (der Möglichkeit einer Schwangerschaft), Benachteiligungen wegen allfälliger Betreuungspflichten sowie benachteiligendes Anknüpfen an den Familienstand nur bei einem Geschlecht.

<sup>2</sup> Vgl. RV 307 BlgNR 22. GP 10

Im vorliegenden Fall war insbesondere zu überprüfen, ob das Arbeitsverhältnis auf Grund der Inanspruchnahme einer Pflegefreistellung<sup>3</sup> aufgelöst worden ist.

Die Antragstellerin gab in der mündlichen Befragung im Wesentlichen an, dass sie fast acht Monate beim Antragsgegner gearbeitet habe. Es sei in dieser Firma ihre erste Pflegefreistellung und überhaupt die erste Abwesenheit gewesen, die durch eine Erkrankung zustande gekommen sei.

Zum Telefonat mit Herrn DSA B bezüglich der Inanspruchnahme der Pflegefreistellung führte die Antragstellerin aus, dass sie ihren Chef angerufen habe. Dieser habe während des Gespräches gemeint, dass sie versuchen sollte, an diesen zwei Tagen der Veranstaltung einen Babysitter zu organisieren. Dass in dem Telefonat gesagt worden sei, dass ihr der Arbeitsgeber den Babysitter bezahlen würde, wurde von der Antragstellerin in der mündlichen Befragung bestritten.

Sie habe Herrn DSA B geantwortet, dass sie es versuchen werde. Ihr Kind sei aber sehr schwer krank gewesen und habe 40 Grad Fieber gehabt. Da könne sie keinen Babysitter organisieren.

Die Antragstellerin legte dem Senat I der GBK dar, dass ihr Chef durch das Telefonat, als sie ihn informiert habe, dass sie die Pflegefreistellung in Anspruch nehmen werde, gewusst habe, dass das mit diesen zwei Tagen nicht klappen würde. Wenn sie sage, dass sie es versuchen würde, sie aber nicht glaube, dass das klappen würde, sei an sich die Antwort schon gegeben.

Zum weiteren Verlauf gab die Antragstellerin an, dass es danach kein Gespräch mehr gegeben habe. Der einzige Kontakt sei das Telefongespräch gewesen, in dem sie ihn über ihre Pflegefreistellung informiert habe.

---

<sup>3</sup> Ist der/die Arbeitnehmer/in nach Antritt des Arbeitsverhältnisses an der Arbeitsleistung wegen der notwendigen Pflege eines im gemeinsamen Haushalt lebenden, erkrankten, nahen Angehörigen oder wegen der notwendigen Betreuung des eigenen Kindes (Wahl- oder Pflegekindes), wenn eine Person, die das Kind ständig betreut hat, aus schwerwiegenden Gründen – wie z.B. Tod, Aufenthalt in einer Heil- und Pflegeanstalt, Freiheitsstrafe oder sonstiger behördlicher Anhaltung, schwerer Erkrankung – ausgefallen ist, nachweislich verhindert, so hat er/sie Anspruch auf Fortzahlung des Entgelts bis zum Höchstmaß seiner/Ihrer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit innerhalb eines Arbeitsjahres (siehe dazu § 16 Abs. 1 Urlaubsgesetz, UrlG). Anders als beim Urlaubsverbrauch ist für die Inanspruchnahme der Pflegefreistellung keine Vereinbarung mit dem Arbeitgeber erforderlich (OGH 22.10.1997, 9 ObA 259/97x). Der Arbeitnehmer ist lediglich gehalten, den Arbeitgeber von der Arbeitsverhinderung rechtzeitig zu verständigen und erforderlichenfalls für das Vorliegen der Voraussetzungen der Pflegefreistellung den Nachweis zu erbringen. Dieser Nachweis muss nicht schon bei der Verständigung der Inanspruchnahme der Freistellung erbracht werden; es reicht aus, wenn er bei der Geltendmachung des Anspruchs auf Auszahlung des für die versäumte Zeit zustehenden Entgelts sowie - im hier interessierenden Fall der Entlassung wegen des Dienstversäumnisses - zum Nachweis eines rechtmäßigen Hinderungsgrundes erbracht wird (OGH 16.2.2000, 9 ObA 335/99a).

Mit der Kündigung durch den Antragsgegner habe sie gerechnet und begründete dies damit, dass sie – seit eine neue Angestellte ihre Tätigkeit aufgenommen habe – nur mehr „zusammengekracht“ seien. Die ersten zwei oder drei Wochen sei es gut gegangen, aber dann habe es nur noch „gekracht“. Die Antragstellerin habe nichts mehr fragen dürfen. Herr DSA B habe ihr z.B. Aufgaben gegeben, obwohl sie ihm gesagt habe, dass sie das noch nicht gemacht habe. Er habe ihr ein Mail geschickt, obwohl er im Nachbarbüro gesessen sei, dass sie das machen solle und gar nicht erst fragen solle, weil er sich auch nicht auskennen würde. Die Antragstellerin habe ihm zudem öfters gesagt, dass es mit ihrer Arbeitskollegin einfach nicht gehen würde. Er habe gemeint, dass das so nicht stimmen würde. Es sei allerdings so gewesen, dass zwei weitere Mitarbeiter auch unter dieser neuen Mitarbeiterin gelitten hätten. Da sei es mit der Harmonie vorbei gewesen. Zwei Wochen vorher sei es bereits so schlimm in der Arbeit gewesen, dass sie Herrn DSA B privat mitgeteilt habe, dass sie sich in dieser Arbeit nicht mehr wohl fühlen würde, weil es immer wieder zu Diskussionen gekommen sei. Die Kündigung sei zustande gekommen, als sie ihn wegen der Pflegefreistellung angerufen habe. Sie hätten sich eigentlich ganz gut am Telefon verabschiedet. Da sei ihr allerdings anhand seiner Stimme und Tonlage klar gewesen, dass sie die Kündigung bekomme. Herr DSA B habe sich per E-Mail vorher angekündigt, weil es der Antragstellerin nicht möglich gewesen sei, ihm den Schlüssel zu retournieren. Sie sei zu dem Zeitpunkt selbst krank gewesen. Da habe er ihr am Freitag noch das Mail geschrieben. Sie habe ihm geschrieben, dass er am Abend nach der Arbeit vorbeikommen könne. Die Antragstellerin habe ihm den Schlüssel zurückgegeben und er habe ihr die Kündigung in die Hand gedrückt. Sie habe ihm darauf gesagt, dass sie darauf gewartet habe. Das sei der letzte Tag ihrer Pflegefreistellung gewesen.

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 wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von der Antragsgegner/in glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder das andere Geschlecht unverzichtbare Vor-

aussetzung 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 die Inanspruchnahme einer Pflegefreistellung gemäß § 16 UrlG. Es stellte sich für den erkennenden Senat daher die Frage, ob der Antragsgegner glaubhaft machen konnte, dass ein anderes Motiv für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses vorgelegen ist.

In der mündlichen Befragung erklärte der Antragsgegner, dass die Antragstellerin für den ...shop aufgenommen worden sei. Der ...shop sei dann ausgelagert worden. Da der Vertrag mit Jahresende ausgelaufen wäre, habe man versucht, im Haus einen Job für die Antragstellerin zu finden. Das Projekt Y sei im Aufbau gewesen sei und die Antragstellerin sei gefragt worden, ob sie sich das zutrauen würde. Die Antragstellerin habe gesagt, sie wolle es versuchen.

Herr DSA B, der Projektleiter, habe erzählt, dass es im Weiteren immer wieder Schlampereien mit Schlüsseln und Handkassen gegeben habe. Sie habe zudem jeder seiner Anweisungen und Arbeitsaufträge hinterfragt. Y sei ein gefördertes Projekt des Z aus Mitteln der öffentlichen Hand. Wenn diese Stelle nicht funktioniere, dann müsse man sich etwas mit der Antragstellerin überlegen. Das sei dann die Frage gewesen – wie man es verantworten könne, dass Gelder nicht ordnungsgemäß verwendet werden würden, dass die Leute nicht die Arbeiten verrichten oder nicht so ordnungsgemäß verrichten würden, wie sie verrichtet gehören würden.

Zur Kündigung führte der Antragsgegner an, dass es sich so zugetragen habe, dass die Antragstellerin gerade in Pflegefreistellung gewesen sei. Wenn sie abgewartet hätten, dass sie wieder zurückkomme, hätten sie wieder Zeiten verloren, weshalb sie die Antragstellerin am 29. Jänner gekündigt hätten. Eine weitere befragte Auskunftsperson ergänzte dazu, dass personelle Angelegenheiten immer mit Z abgeklärt werden müssten. Es müssten hierbei Fristen eingehalten werden.

Als Grund für die persönliche Übergabe des Kündigungsschreibens durch Herrn DSA B wurde angeführt, dass sie den Kassaschlüssel, den die Antragstellerin bei sich zu Hause gehabt habe, abholen hätten müssen. Zur Beendigungssituation habe Herr DSA B berichtet, dass die Antragstellerin „das habe ich eh erwartet“ gesagt habe.

Eine weitere vom erkennenden Senat befragte Auskunftsperson gab an, dass die Antragstellerin ihren Arbeitsplatz auf jeden Fall verloren hätte, weil sie dieser Tätigkeit nicht gewachsen gewesen sei. Im Sinne einer guten Kooperation und einer direkten Zusammenarbeit sei jeder Punkt angesprochen worden mit der Bitte es anders zu machen.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des GIBG war nach Auffassung des Senates I der GBK dem Vorbringen des Antragsgegners zu folgen, wonach die Arbeitsleistung der Antragstellerin ausschlaggebend für die Kündigung gewesen sei, und konnte daher insbesondere der Beweis erbracht werden, dass kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Pflegefreistellung – und damit dem Familienstand der Antragstellerin – und der Beendigung des Arbeitsverhältnisses besteht.

Der erkennende Senat stützt seine Ansicht insbesondere auf die vorgelegten Unterlagen, aus denen hervorgeht, dass es bereits vor der Inanspruchnahme der Pflegefreistellung zu Gesprächen zwischen dem Projektleiter, Herrn DSA B, und der Antragstellerin über ihre Arbeitsweise gekommen ist. Die zu diesem Zeitpunkt bereits konfliktgeladene Arbeitsatmosphäre wurde zudem von der Antragstellerin explizit in der mündlichen Befragung angesprochen.

Des Weiteren konnte eine der befragten Auskunftspersonen glaubwürdig darlegen, dass die für das Projekt Y zuständige Betreuerin des Z bereits einige Zeit vor der Pflegefreistellung per E-Mail von der anstehenden Kündigung der Antragstellerin informiert worden ist.

Zudem ging aus den Aussagen des Antragsgegners hervor, dass dieser einige Mitarbeiterinnen – unter anderem die Nachfolgerin der Antragstellerin – aber auch Mitarbeiter beschäftigt, welche Kleinkinder haben, und sich dessen bewusst ist, dass ein gesetzlicher Anspruch auf Pflegefreistellung besteht.

Es liegt somit **keine Diskriminierung** auf Grund des Geschlechtes bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** vor.

Wien, 18. Oktober 2011

Dr.<sup>in</sup> Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK