

Senat I der Gleichbehandlungskommission
Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz
(BGBl. Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 7/2011)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 11. Mai 2016 über den am 17. April 2013 eingebrachten Antrag von **Frau A (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund 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 Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) und in eventu bei der **Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 1 GIBG** 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 GZ GBK I/504/13, zu folgendem

Prüfungsergebnis

1. **Frau A ist nicht auf Grund des Geschlechtes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG durch die X GmbH diskriminiert worden.**

2. **Frau A ist nicht auf Grund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 GIBG durch die X GmbH diskriminiert worden.**

Dies ist eine gutachterliche Feststellung. Es handelt sich hierbei im Sinne der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes¹ nicht um einen Bescheid.

¹ Vgl. z.B. VfSlg. 19.321.

Prüfungsgrundlagen

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin, sowie die mündliche Befragung der Auskunftsperson, Herrn B.

Dem Senat I der GBK lagen weiters von der Antragstellerin ausgefüllte Fahrten-scheine vor.

Vorbringen und Aussagen

Im Antrag wurde im Wesentlichen Folgendes vorgebracht:

Die Antragstellerin habe sich am 27. März 2013 telefonisch bei Herrn B, dem Geschäftsführer der Antragsgegnerin, für die ausgeschriebene Stelle eines Fahrers/einer Fahrerin für Fahrtendienst beworben. Das Inserat habe sie nicht mehr. In der Folge habe Herr B mit ihr vereinbart, dass sie am 28. März 2013 zunächst probeweise mit einem Mitarbeiter des Unternehmens im Wagen mitfahren solle, um zu sehen, ob sie sich diese Arbeit vorstellen könne. Die Tätigkeit habe ihr sehr gut gefallen. Im am nächsten Tag stattgefundenen persönlichen Gespräch mit Herrn B habe sie ihm dies mitgeteilt, und auch er habe sofort großes Interesse gezeigt, sie einzustellen. Er habe erwähnt, dass das Unternehmen gerade Leute brauche, weil die Firma umstrukturiere. Die Antragstellerin habe einen Bewerbungsbogen bekommen, in den sie ihre persönlichen Daten eingetragen habe. In diesem Bewerbungsbogen habe sie das Feld „Kinder“ samt Geburtsdatum ihres Kindes wahrheitsgemäß ausgefüllt. Herr B habe auf das Thema zunächst positiv reagiert, zumindest habe er es ihr gegenüber so dargestellt. Er habe sie nach dem Alter ihres Kindes gefragt. Dann habe er sie gefragt, ob sie ledig sei, was sie mit „ja, alleinerziehend“ beantwortet habe. Herr B habe sie daraufhin gefragt, ob das nicht manchmal schwer sei, alles alleine zu bewältigen. Sie habe diese Frage als sehr privat empfunden und daher mit „nein, es geht“ geantwortet. Insgesamt habe Herr B aber nicht sehr abgeneigt gewirkt.

Sie hätten vereinbart, dass die Antragstellerin 25 Stunden pro Woche, immer von 09:00 bis 14:00 Uhr arbeiten solle. Ihr Gehalt sollte etwa 800,- Euro betragen. Der erste Monat solle als Probemonat gelten. Herr B habe zudem sehen wollen, ob sie nach dem Probetag auch wisse, wie die Fahrten-scheine für die Krankenkassa auszufüllen seien und habe sie deshalb probeweise einen ausfüllen lassen. Mit dem Ergebnis sei er zufrieden gewesen und habe gesagt, dass es einwandfrei wäre und

dass es passe. Er freue sich, dass es so gut klappe und sie am 3. April anfangen könne. Am 3. April 2013 solle sie ins Büro kommen um den „Papierkram“ zu erledigen und an diesem Tag auch gleich zu arbeiten beginnen, d.h. eine Route nach der Dienstenteilung fahren.

Am 2. April 2013 habe sie Herr B in der Früh angerufen und gefragt, wie sie es mit dem Kindergarten ausgemacht hätte, weil er eine fixe Route für sie habe und die Arbeitszeiten daher statt der vereinbarten 09:00 bis 14:00 Uhr doch von 08:00 bis 13:00 Uhr seien. Er habe ihr auch noch gesagt, dass sie ein „Navi“ und ein Headset brauche. Sie habe ihm gesagt, dass sie mit dem Kindergarten wegen der geänderten Zeiten reden werde, es aber bestimmt kein Problem sein werde.

Sie habe sich extra um eine Änderung der Kindergartenzeiten bemüht und sich auch ein Headset und ein Navi besorgt. Gleich danach habe sie Herrn B angerufen, um ihm zu sagen, dass sie mit dem Kindergarten alles geregelt hätte. Sie habe ihn noch gefragt, wie es organisatorisch am Mittwoch in der Früh ablaufen solle und er habe sie gebeten, kurz vor acht Uhr ins Büro zu kommen, dann könne sie schnell den Arbeitsvertrag unterschreiben und gleich mit ihrer Fahrtroute starten.

Etwa vier Stunden später habe sie Herr B angerufen. Er habe ihr mitgeteilt, dass sie doch nicht zu kommen brauche. Es werde nichts daraus, denn die (extra vorher geregelten) Zeiten würden ihm nicht passen und wenn das Kind einmal krank werde und sie ausfalle, gebe es nur Chaos und sowas brauche er absolut nicht.

Die Antragstellerin sei der Meinung, dass sie mit Herrn B bzw. der Antragsgegnerin bereits einen gültigen Arbeitsvertrag geschlossen habe, von dem Herr B nicht aus diskriminierenden Gründen einseitig zurücktreten könne.

In der auf Ersuchen des Senats I der GBK übermittelten Stellungnahme der rechtsfreundlichen Vertretung für die Antragsgegnerin bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Richtig sei, dass die Antragsgegnerin ein Mietwagenunternehmen betreibe, mit dem sie als Vertragspartner der Österreichischen Betriebskrankenkassen rund um die Uhr Kranke und Gehbehinderte befördere. Da aufgrund der Größe des Fuhrparks eine Vielzahl von Mietwagenfahrern beschäftigt sei, sei es regelmäßig notwendig, auch neue Mitarbeiter/innen aufzunehmen. Mitarbeiter/innen würden der Antragsgegnerin ausschließlich vom Arbeitsmarktservice (AMS) vermittelt.

Es sei daher unrichtig, dass die Antragsgegnerin ein Inserat geschalten habe. Die Antragstellerin habe sich lediglich bei der Antragsgegnerin mit dem Ersuchen vorgestellt, ob sie mit ihrem Ex-Lebensgefährten, der damals bei der Antragsgegnerin beschäftigt gewesen sei, einmal mitfahren könne, um sich seine Tätigkeit näher anzusehen. Herr B habe weder Zusagen irgendwelcher Art gemacht, noch ein Arbeitsverhältnis mit der Antragstellerin abgeschlossen. Die Antragsgegnerin sei an einer Anstellung der Antragstellerin nicht interessiert gewesen. Die Behauptungen der Antragstellerin, wonach sie aufgrund ihres Geschlechtes von der Antragsgegnerin diskriminiert worden sei, seien für die Antragsgegnerin und deren Geschäftsführer nicht nur nicht nachvollziehbar, sondern geradezu absurd.

Der Senat I der GBK stellte der Antragstellerin eine Ladung für 16. März 2016 an ihre Postanschrift zu. Aufgrund des unentschuldigten Nichterscheinens der Antragstellerin wurde eine zweite Ladung für den 11. Mai 2016 an ihre Postanschrift zugestellt. Da die Antragstellerin auch der zweiten Ladung unentschuldig nicht Folge leistete, setzte der Senat I der GBK die Behandlung des Antrages gemäß § 12 Abs. 2 GBK-GO ohne Befragung der Antragstellerin fort.

In der mündlichen Befragung führte Herr B, ehemaliger Geschäftsführer der Antragsgegnerin, zum Vorwurf, wonach die Antragstellerin zumindest einen Probetag gehabt habe, aus, dass dies so nicht stimme. Die Antragstellerin habe damals ein Verhältnis mit seinem Neffen gehabt. Aus dieser Verbindung sei auch ein Kind hervorgegangen. Sein Neffe habe ihn gefragt, ob er einen Job für seine Lebensgefährtin habe. Er habe dies bejaht und habe an einen Job als Taxilenkerin gedacht. Er habe eine Krankentransportfirma gehabt, die er inzwischen an die Firma Y verkauft habe (Anm.: seit 30. Juli 2014 ist die Y GmbH als Gesellschafterin der Antragsgegnerin gemeldet). Die Krankentransportfirma habe für alle Sozialversicherungsträger bzw. den Fonds Soziales Wien gearbeitet und ausschließlich Menschen mit besonderen Bedürfnissen transportiert. Die Antragstellerin habe sich bei ihm vorgestellt. Das Gespräch habe nur fünf Minuten gedauert. Es habe deswegen nur kurz gedauert, weil es üblich gewesen sei, dass das AMS die Arbeitssuchenden zu ihnen geschickt habe, nachdem dort bereits vorweg Besprechungen stattgefunden hätten, ob diese für diesen Job geeignet wären. Die Antragstellerin sei nicht vom AMS geschickt worden. Er habe das Gespräch mit ihr nur deswegen geführt, weil sie mit seinem Neffen liiert gewesen sei. Denn die körperliche Eignung spiele eine Rolle – sie hätten größtenteils

sehr korpulente, kräftige Männer gehabt. Er habe der Antragstellerin gesagt, wenn bei Pkw-Transporten etwas frei werde, sehe er kein Problem, eine Probezeit mit ihr auszumachen und sie aufzunehmen. Zu dem Zeitpunkt sei nichts frei gewesen. Die Daten seien von einem Mitarbeiter aufgenommen worden.

Zum schriftlichen Vorbringen der Antragstellerin, sie habe ein Headset und ein Navi gekauft, führte Herr B aus, dass die Antragsgegnerin zum damaligen Zeitpunkt bereits mit Smartphones gearbeitet habe. Es habe keine Headsets gegeben. Navis hätten sie selber gehabt, teilweise seien sogar die Fahrzeuge mit Navis ausgestattet gewesen. Er habe ihr weder gesagt, dass sie am 3. April 2013 anfangen könne, noch, dass man sie nicht brauchen würde, wenn das Kind einmal krank werden sollte. Es gebe im gesamten Mietwagengewerbe keine 25 Stunden. Sie hätten sehr viele Menschen zu transportieren gehabt, wie Dialyse-Patienten. Da habe er vorher gar keine fixen Arbeitszeiten sagen können.

Herr B betonte nochmals, dass er der Antragstellerin keine Zusagen gemacht habe. Diese hätte außerdem zunächst eine Einschulung gebraucht, die eine Woche dauern würde. Sie hätte mit einem Kollegen zu mehreren Spitälern fahren müssen. Es habe auch diverse Listen, Kennwörter, Kenncodes, usw. gegeben. Es sei sehr viel Arbeit. Später sei dann noch eine Ausbildung zum Sanitätsgehilfen dazugekommen. Das seien Kriterien, die erfüllt werden müssten und deren Erfüllung auch nicht ad hoc geschehe.

Zu den vorgelegten Fahrtscheinen gab Herr B an, dass diese nicht mit ihm ausgefüllt worden seien. Es sei kein Original, denn auf der Rückseite müsste es eine Co-dierliste geben. Denn jeder Transport habe einen eigenen Zahlencode. Die Fahrtscheine hätten sie von der WGKK bekommen, die sie auch vordruckte.

Zur behaupteten Probefahrt hielt Herr B fest, dass eine solche mit ihm nicht stattgefunden habe, auch nicht mit seinem Wagen. Es habe keine Probefahrt gegeben. Womöglich sei sie mit ihrem damaligen Freund mitgefahren, der ihm wahrscheinlich nicht gesagt habe, dass sie zu zweit im Wagen gesessen seien. Das sei ein absolutes Verbot, denn jeder Lenker müsse angemeldet sein. Auch wenn es nur für eine halbe Stunde sei, sei es zu melden.

Rechtliche Überlegungen

Gemäß § 3 Z 7 GIBG darf auf Grund des Geschlechtes, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand, im Zusammenhang mit einem Arbeitsver-

hältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

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 auch die einseitige Beendigung durch Kündigung, Entlassung oder Auflösung in der Probezeit. 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.

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, dass man Kinder hat, bei Maßnahmen im Anwendungsbereich des GIBG nicht zum Anlass für Benachteiligungen genommen werden darf.

Insoweit sich die betroffene Person auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne der §§ 3, 4, 6 oder 7 GIBG beruft, hat sie diesen gemäß § 12 Abs. 12 GIBG glaubhaft zu machen. Dem/der Beklagten obliegt es bei Berufung auf §§ 3 oder 4 zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes, vom/von der Beklagten 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 vorliegt.

Das schriftliche Vorbringen der Antragstellerin, im Rahmen des Telefonates sei gesagt worden, sie brauche nicht zu kommen, denn die zuvor geregelten Zeiten würden nun doch nicht passen, und wenn das Kind einmal krank werde und sie ausfalle, würde es nur Chaos geben, indizierte eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG.

Wie sich aus den nachstehenden Ausführungen zu § 3 Z 1 GIBG ergibt, ist nach Auffassung des Senates I der GBK kein (Probe-)Arbeitsverhältnis zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin begründet worden. Folglich konnte ein solches auch nicht beendet werden.

Es liegt somit **keine Diskriminierung** bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß § 3 Z 7 GIBG vor.

Gemäß § 3 Z 1 GIBG darf auf Grund des Geschlechtes, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand, im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses.

Die Wendung „bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses“ ist weit zu verstehen. Diese Formulierung beschränkt sich nicht auf die konkrete Entscheidung über die Einstellung, sondern erfasst Benachteiligungen im Rahmen des Auswahlverfahrens. Für die Beurteilung einer Diskriminierung bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses ist somit auf dem Vertragsabschluss „vorgelagerte“ bzw. diesen „vorbereitende“ Verhaltensweisen des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin oder für diese/n handelnder Personen Bedacht zu nehmen.²

Eine Diskriminierung wegen des Geschlechts bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses nach § 3 Z 1 GIBG ist zum Beispiel auch dann zu bejahen, wenn sich nur Frauen um eine Stelle bewerben und jene aus dem Auswahlverfahren ausgegrenzt werden, die Betreuungspflichten gegenüber Kindern haben.³

Das Vorbringen der Antragstellerin, sie sei deswegen nicht eingestellt worden, weil sie ein Kind habe, indizierte eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 GIBG.

In der Sitzung des Senates I der GBK konnte allerdings den glaubwürdigen Aussagen von Herrn B entnommen werden, dass es nie einen fixen Tag gegeben hat, der für den Beginn ins Auge gefasst wurde. Der Senat konnte auch der Angabe im Antrag, es habe einen Probetag gegeben, nicht folgen, weil durch Herrn B glaubwürdig geschildert wurde, dass die Einstellung in der Praxis nicht so abläuft, weil sie eine größere Einschulung erfordert. Es ist nachvollziehbar, dass die Einschulung für eine Tätigkeit, die mit derart viel Verantwortung verbunden ist, wie der Transport von Kranken oder Personen mit besonderen Bedürfnissen, nicht nur einen Tag umfassen kann, und die Erfüllung bestimmter Kriterien erforderlich ist. Herr B führte überzeu-

² Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG § 3 Rz 13.

³ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG § 3 Rz 27.

gend aus, dass die Antragstellerin sich sehr wohl bei ihm vorgestellt und er ihr gesagt habe, wenn bei Pkw-Transporten etwas frei werden sollte, sehe er kein Problem, eine Probezeit mit ihr auszumachen und sie aufzunehmen, jedoch sei zu dem Zeitpunkt nichts frei gewesen. Der Senat schließt daraus, dass keine konkrete Begründung eines Dienstverhältnisses im Gange war (vgl. Aussage von Herrn B vom 16. März 2016).

Zu den ausgefüllten Fahrtscheinen hält der Senat fest, dass es plausibel erscheint, dass diese von der WGKK vorgedruckt werden und zudem einen Zahlencode aufweisen müssen. Auffällig war daher für den Senat, dass die von der Antragstellerin vorgelegten, von ihr selbst ausgefüllten Fahrtscheine keinen derartigen Zahlencode aufwiesen. Es erscheint daher unglaublich, dass die Antragstellerin von Herrn B zum Ausfüllen eines Fahrtscheines aufgefordert wurde.

In diesem Zusammenhang sei nochmals angemerkt, dass die Antragstellerin trotz zweimaliger Ladung nicht an einer Befragung durch den erkennenden Senat teilnahm, weshalb kein persönlicher Eindruck von ihr gewonnen werden konnte.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs. 12 GIBG gelangte der erkennende Senat somit zu der Ansicht, dass der Antragstellerin die Glaubhaftmachung des gegenständlichen Vorbringens nicht gelungen ist.

Es liegt somit **keine Diskriminierung** bei der **Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß § 3 Z 1 GIBG vor.

Wien, 11. Mai 2016

Ass.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Barbara Beclin

Vorsitzende des Senates I der GBK