

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 19. Juli 2011 über das am 25. Februar 2010 eingelangte Verlangen der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **Herrn A (Antragsteller)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bei den **sonstigen Arbeitsbedingungen** gemäß **§ 3 Z 6 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 7/2011; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) und bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** sowie auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei den **sonstigen Arbeitsbedingungen** gemäß **§ 17 Abs. 1 Z 6 GIBG** und bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 17 Abs. 1 Z 7 GIBG** durch die Arbeitgeberin, **X GmbH (Antragsgegnerin)**, nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II 364/2004 idF BGBl. II Nr. 102/2011), zu folgendem

Prüfungsergebnis:

1. Der Senat I der GBK kommt zur Ansicht, dass Herr A auf Grund des Geschlechtes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG durch die X GmbH diskriminiert worden ist.
2. Der Antrag auf Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes und der ethnischen Zugehörigkeit bei den sonstigen Arbeitsbedingungen gemäß §§ 3 Z 6 und 17 Abs. 1 Z 6 GIBG sowie auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 7 GIBG wurde von der GAW zurückgezogen.

Entscheidungsgründe:

Im Verlangen der GAW wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Antragsteller von 15. Juni bis 31. August 2009 als Facharbeiter zur Überlassung für Malerarbeiten bei der Antragsgegnerin beschäftigt gewesen sei. Er sei türkischer Herkunft und verfüge mittlerweile über die österreichische Staatsbürgerschaft.

Für seinen Bereich und zur Vermittlung an potenzielle Beschäftiger sei er mit Frau B, eine Beschäftigte der Antragsgegnerin, in telefonischem Kontakt gewesen.

Der Antragsteller habe Frau B am 21. August 2009 mitgeteilt, dass er am 27. August 2009 einen Gerichtstermin wegen seiner Scheidung wahrzunehmen haben würde und einen Urlaubstag dafür bräuchte. Es sei ihm von ihr mitgeteilt worden, dass er dies mit der Beschäftigerfirma (Firma Y) ausmachen solle. Der Antragsteller habe Herrn C darüber informiert und ihm die Bestätigung bezüglich des Gerichtstermins vorgelegt.

Am 25. August 2009 sei ihm seitens der Beschäftigerfirma mitgeteilt worden, dass heute sein letzter Arbeitstag sei, womit der Urlaubstag am 27. August 2009 hinfällig gewesen sei.

Der Antragsteller habe von Frau B am 26. August 2009 einen weiteren sehr knappen Anruf erhalten, indem sie nachgefragt habe, ob der Gerichtstermin aufrecht wäre. Nachdem er dies bejaht gehabt habe, habe sie wortlos aufgehängt. Sie habe in diesem Telefonat keine schriftliche Bestätigung des Gerichtstermins verlangt.

In weiterer Folge habe sich Frau B wieder am 31. August 2009 gemeldet und habe den Antragsteller am 1. September 2009 für eine Tätigkeit einteilen wollen. Der Antragsteller habe Frau B mitgeteilt, dass er seinen kranken Sohn betreuen müsse und daher Pflegeurlaub benötigen würde. Dieser habe sich am 18. August 2009 den Arm gebrochen und habe daher in weiterer Folge vom Kindergarten nicht betreut werden können. Seine nunmehrige Ex-Frau, die üblicherweise die Betreuung inne gehabt habe, habe zu dieser Zeit an einem AMS-Kurs teilnehmen müssen. Der Antragsteller habe im Zuge des Telefonates mitzuteilen versucht, dass er bei seiner Mutter wegen einer allfälligen Betreuung nachfragen könnte. Dazu sei es nicht gekommen, da Frau B ihm das Wort abgeschnitten und mitgeteilt habe, dass sie keine Zeit dafür hätte. Sie habe dem Antragsteller vielmehr mitgeteilt, dass er sich entscheiden müsste, ob ihm „seine Familie oder seine Arbeit wichtiger“ wäre. Weiters habe sie festgehalten, dass er „grundlos zweimal die Arbeit verweigert hätte“ und habe eine fristlose Entlas-

sung ausgesprochen. Der Antragsteller sei weder aufgefordert worden die Krankenbestätigung, noch eine schriftliche Meldung des Pflegeurlaubes zukommen zu lassen.

Trotz zweimaliger Urgenz des Senats I der GBK langte keine Stellungnahme der Antragsgegnerin ein.

In der mündlichen Befragung verwies die rechtsfreundliche Vertretung der Antragsgegnerin auf die dem erkennenden Senat vorliegenden Stellungnahmen ihrer Mandantin an die GAW sowie die Kammer für Arbeiter und Angestellte für ... (AK ...) vom 13. Oktober 2009 und brachte vor, dass diesen nichts hinzuzufügen gewesen sei.

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 die Antragsgegnerin, X GmbH, 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 Geschlechtes¹, 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.²

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

¹ 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

² Vgl. RV 307 BlgNR 22. GP 10

bestimmte Art der Beendigung. Unter diese Bestimmung fällt daher die einseitige Beendigung, also auch jene durch Kündigung und Entlassung.

Im vorliegenden Fall war insbesondere zu überprüfen, ob das Arbeitsverhältnis auf Grund der Inanspruchnahme von Pflegefreistellungen³ aufgelöst worden ist. Im Mittelpunkt der Prüfung durch den Senat I der GBK stand das Telefonat des Antragstellers mit Frau B vom 31. August 2009 im Zuge dessen die fristlose Entlassung ausgesprochen worden ist.

Der Antragsteller führte in der mündlichen Befragung zu diesem Telefonat aus, dass er Frau B gesagt habe, dass er seine Mutter fünf Minuten anrufen müsse. Er habe seinen Sohn da und müsse auf ihn aufpassen. Er rufe sie wieder zurück und sage ihr Bescheid, ob er kommen könne oder nicht. Frau B habe gesagt, dass sie keine Zeit habe und ob ihm die Familie oder das Arbeiten wichtiger sei. Frau B habe dann die fristlose Entlassung ausgesprochen.

Zu diesem Zeitpunkt habe der Antragsteller mit seinem Sohn noch in einem gemeinsamen Haushalt gelebt.

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-

³ 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).

aussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne des § 5 Abs. 2 GIBG vorliegt.

Die vorliegende Sachlage indizierte eine Benachteiligung des Antragstellers durch die Inanspruchnahme einer Pflegefreistellung gemäß § 16 UrIG. Es stellte sich für den erkennenden Senat daher die Frage, ob die Antragsgegnerin glaubhaft machen konnte, dass ein anderes Motiv für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses vorgelegen ist.

In der schriftlichen Stellungnahme an die AK ... führte die Antragsgegnerin zur fristlosen Entlassung an, dass am 18. August 2009 – gemeint wohl der 19. August 2009 – der Antragsteller ohne Absprache die Baustelle der Firma Y verlassen habe. Grund sei ein Anruf aus dem Kindergarten gewesen. Trotz Verständnisses der Antragsgegnerin, benötige man jedoch eine Bestätigung, die sie auch nach mehrmaliger Aufforderung nicht erhalten habe.

In der Stellungnahme an die GAW gab die Antragsgegnerin an, dass laut ihren Unterlagen der Antragsteller am 19. August 2009 die Arbeit unterbrochen habe, um seinen Sohn vom Kindergarten abzuholen. Er habe laut seiner telefonischen Information ca. nach 14:00 Uhr am selben Tag wieder seine Arbeit aufgenommen (durch den Antragsteller telefonisch am 19. August 2009 zur Kenntnis gebracht).

Im Schreiben an die AK ... wurde weiters erklärt, dass am 26. August 2009 Frau B, Disponentin der Antragsgegnerin, den Antragsteller telefonisch bezüglich eines neuen Arbeitseinsatzes für den 27. August 2009 bei der Malerei Z kontaktiert habe. Diesen habe der Antragsteller jedoch abgelehnt, da er nach eigener Aussage einen Gerichtstermin wegen der anstehenden Scheidung wahrnehmen habe müssen. Eine Bestätigung dieses Termins sei ebenfalls trotz Aufforderung ausgeblieben.

Gegenüber der GAW gab die Antragsgegnerin dazu an, dass Frau B den Antragsteller am 26. August 2009 lediglich höflich telefonisch gefragt habe, ob der Gerichtstermin aufrecht sei bzw. ob eine Möglichkeit bestehe, vor/nach dem Termin arbeiten zu gehen. Der Antragsteller habe diese Möglichkeit verneint bzw. versichert, dass er ab 28. August 2009 wieder arbeiten könne.

In der Stellungnahme an die AK ... brachte die Antragsgegnerin zudem vor, dass am 31. August 2009 Frau B den Antragsteller nochmals telefonisch kontaktiert habe, um

ihm einen neuen Arbeitseinsatz bei der Firma V anzubieten. Der Antragsteller habe die Arbeit jedoch wieder abgelehnt mit der Begründung, er müsse auf die Kinder aufpassen, da seine Frau gerade über das AMS einen Deutschkurs besuchen würde. Frau B habe den Antragsteller darauf aufmerksam gemacht, dass ein Pflegeurlaub beantragt werden müsse sowie eine Bestätigung notwendig wäre. Der Antragsteller habe das mit der Aussage „Ich brauche das nicht...“ verneint, worauf Frau B die fristlose Kündigung ausgesprochen habe.

In der mündlichen Befragung vor dem Senat I der GBK ergänzte Herr D, Geschäftsführer der Antragsgegnerin zum damaligen Zeitpunkt, hierzu, dass Frau B zu ihm gesagt habe, dass sie nicht mehr wisse, was sie mit dem Antragsteller machen solle. Dieser gebe ihr keine Bestätigungen für irgendetwas, nehme aber auch keine Arbeit an. Daraufhin habe Herr D sie gebeten, dem Antragsteller noch einmal zu sagen, er solle ihnen das schicken, faxen oder mailen, wenn nicht, solle sie die fristlose Entlassung aussprechen.

Im Schreiben an die GAW äußerte sich die Antragsgegnerin zum Telefonat am 31. August 2009 dahingehend, dass Frau B den Antragsteller am späten Nachmittag angerufen habe, um ihm seinen Arbeitseinsatz für den darauffolgenden Tag mitzuteilen. Der dafür erforderliche Zeitaufwand sei nicht gering gewesen und wäre auch nicht aufgewendet worden, wenn die Antragsgegnerin gewusst hätte, dass der Antragsteller nicht arbeiten könne. Der Antragsteller habe für die Antragsgegnerin völlig überraschend den Arbeitseinsatz abgelehnt, weil er keine Aufsichtsperson (im Telefonat am 2. September 2009 nochmals von ihm zugegeben) für seinen Sohn gehabt habe. Der Antragsgegnerin sei bis zu diesem Telefonat nicht zur Kenntnis gebracht worden, dass der Antragsteller Pflegeurlaub für seinen Sohn benötige.

Abschließend hielt die Antragsgegnerin in der Stellungnahme an die GAW fest, dass jeder Mitarbeiter, der Pflegeurlaub beanspruche, verpflichtet sei, diesen bei ihr vorher anzumelden. Weiters sei eine ärztliche Bestätigung der Notwendigkeit des Pflegeurlaubes erforderlich. Der Antragsteller habe den erforderlichen Pflegeurlaub nicht bei der Antragsgegnerin angemeldet und er habe ihr auch keine ärztliche Bestätigung zukommen lassen.

In der mündlichen Befragung erklärte Frau B, dass der Antragsteller die Arbeit abgelehnt habe. Er habe nicht gesagt, dass sie kurz warten solle, damit er schnell eine

Betreuung aufstellen könne. Frau B bejahte jedoch die Frage, ob er als Begründung, dass er nicht arbeiten könne, angegeben habe, dass er sein Kind pflegen müsse.

Herr D fasste in der mündlichen Befragung die Problematik in gegenständlichem Fall nochmals dahingehend zusammen, dass der Antragsteller Arbeit abgelehnt habe und gleichzeitig nicht bereit gewesen sei, der Antragsgegnerin eine Bestätigung zu bringen.

In dem vom Antragsteller unterschriebenen Dienstvertrag wurde unter Punkt 6 vereinbart, dass jede Dienstverhinderung sowohl der Antragsgegnerin als auch dem Beschäftigter unverzüglich mitzuteilen sei.

Dass die Antragsgegnerin über die Verhinderungen Kenntnis erlangt hat, wurde – wie den schriftlichen Stellungnahmen und den mündlichen Aussagen der befragten Auskunftspersonen D und B entnommen werden konnte – von dieser nicht bestritten, fraglich war nur, ob die Verständigung rechtzeitig erfolgt ist. Ob die Verständigung rechtzeitig erfolgt ist und ob der Antragsteller durch das Nichtvorlegen der Bestätigungen seiner Dienstverhinderungen einen Entlassungstatbestand gesetzt hat, sind allerdings rein arbeitsrechtliche Fragestellungen und daher nicht Inhalt des Verfahrens vor der GBK. Der erkennende Senat hatte – wie bereits oben erwähnt – vielmehr zu prüfen, ob die fristlose Entlassung ausschließlich aus sachlichen Gründen oder auch auf Grund des Ehe- und/oder Familienstandes des Antragstellers erfolgt ist.

Der Senat I der GBK hebt in diesem Zusammenhang hervor, dass mit dem Hinweis auf das Vorliegen anderer, für die Kündigung mitausschlaggebender Motive ein/e Arbeitgeber/in den Vorwurf einer diskriminierenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht entlasten kann, da – den Realitäten der Arbeitswelt folgend – der erkennende Senat davon ausgeht, dass bei der Auflösung eines Arbeitsverhältnisses auch mehrere Motive eine Rolle spielen können.

Hinsichtlich der Frage, ob der Antragsteller zu Frau B gesagt habe, er müsse nur kurz seine Mutter fragen, ob sie die Pflege des Kindes übernehmen könne, wurden von den beiden Auskunftspersonen widersprüchliche Angaben gemacht. Unabhängig davon ist für den Senat I der GBK jedoch evident, dass die vorgebrachten Dienstver-

hinderungen ausschließlich im Zusammenhang mit dem Ehe- und Familienstand des Antragstellers standen.

An dieser Stelle sei auch die Aussage von Herrn D in der mündlichen Befragung erwähnt, hätte der Antragsteller gefragt, ob die Antragsgegnerin nicht bereit wäre, eine einvernehmliche Lösung zu haben, dass er familiäre Probleme habe, es auch kein Problem gewesen wäre. Diese Aussage bestärkt den Senat I der GBK in seiner Ansicht, dass der Ehe- und Familienstand des Antragstellers jedenfalls dahingehend eine Rolle bei der Entscheidung der Antragsgegnerin gespielt hat, dass lediglich eine andere Form der Beendigung des Arbeitsverhältnis jedoch keine nähere bzw. weitere Auseinandersetzung mit dem Antragsteller als Arbeitnehmer in Betracht gezogen worden wäre.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des GIBG war nach Auffassung des erkennenden Senates dem glaubwürdigeren Vorbringen des Antragstellers zu folgen und konnte seitens der Antragsgegnerin daher insbesondere nicht der Beweis erbracht werden, dass kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Pflegefreistellung – und damit dem Familienstand des Antragstellers – und der Beendigung des Arbeitsverhältnisses besteht.

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

Wien, 19. Juli 2011

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK