

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 31. August 2010 über das am 12. Juni 2009 eingelangte Verlangen der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **Frau A** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bei der **Beendigung eines 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 die **X** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK-/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008), zu folgendem

Prüfungsergebnis:

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

Entscheidungsgründe:

Im Verlangen der GAW wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass Frau A (Antragstellerin) fast zehn Jahre (seit 2. August 1999) als Ladnerin in der Firma X (Antragsgegnerin) beschäftigt gewesen sei. Am 12. März 2009 habe die Antragstellerin während ihres Pflegeurlaubes die mit 11. März 2009 datierte Kündigung zum 14. März 2009 erhalten. Dem vorangegangen sei ein Gespräch zwischen der Antragstellerin und Frau B, der Frau des Inhabers. Diese habe ebenfalls Arbeitgeberfunktionen wahrgenommen. Das Gespräch habe Mitte der 10. Kalenderwoche (4. oder 5. März 2009) stattgefunden. Es sei darum gegangen, dass die Antragstellerin angegeben habe, von 9. bis 14. März 2009 Pflegefreistellung in Anspruch nehmen zu wollen, da ihre minderjährige Tochter eine größere Operation gehabt habe. Es habe sich dabei um eine aufwändige Kieferoperation gehandelt. Die Antragstellerin sei zudem Alleinerzieherin. Sie habe dies so rechtzeitig bekanntgeben wollen, dass Frau B, die die Dienstpläne eingeteilt habe, noch genügend Spielraum hätte. Während ihrer langjäh-

rigen Tätigkeit bei der X habe sie dieses Recht nur zwei Mal in Anspruch genommen. Als Antwort darauf habe Frau B zu ihr gesagt, dass sie es lächerlich finde, dass Frau A für so etwas Pflegefreistellung in Anspruch nehme. Frau A habe sich über die Aussage gekränkt, da in dem kleinen Betrieb bekannt gewesen sei, dass ihre Tochter Asthmatikerin sei und es bereits zu Problemen in Zusammenhang mit Narkosen gekommen sei. Die Dienstpläne seien in der Folge von Frau B so erstellt worden, dass die Antragstellerin in der 11. Kalenderwoche nicht eingeteilt gewesen sei. Sie habe den Pflegeurlaub wie angekündigt angetreten und habe auch von ihrem Arzt eine Bestätigung darüber erhalten, dass Pflegeurlaub notwendig sei. Diese Bestätigung vom 9. März 2009 habe die Antragstellerin auch eingeschrieben an die Antragsgegnerin geschickt. Am 12. März 2009 habe sie das Kündigungsschreiben erhalten. In den darauf folgenden Wochen sei die Antragstellerin zwei Mal bei der Filiale ... vorbeigekommen. Dort habe sie einen Aushang entdeckt, mit dem ein/e Verkäufer/in gesucht worden sei. In Folge habe die Antragstellerin sich an die GAW gewandt, welche die Antragsgegnerin zu einer Stellungnahme aufgefordert habe. In dieser Stellungnahme habe die Antragsgegnerin angeführt, dass die Antragstellerin aus wirtschaftlichen Gründen gekündigt worden sei.

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

Das Dienstverhältnis sei nicht deshalb aufgelöst worden, da die Antragstellerin einen bereits seit langem angekündigten Pflegeurlaub wegen einer aufwändigen Kieferoperation ihrer Tochter in Anspruch nehmen habe wollen. Vielmehr habe die Antragstellerin Frau B am Montag, den 9. März .2009, unmittelbar vor Verlassen des Arbeitsplatzes mitgeteilt, einen einwöchigen Pflegeurlaub in Anspruch zu nehmen. Eine Neueinteilung der Dienstpläne sei nur schwer möglich gewesen. Außerdem habe keine Notwendigkeit für eine Pflegefreistellung bestanden. Bei der Tochter der Antragstellerin habe es sich um eine 17-jährige junge Frau gehandelt, welche durch die Operation am Kiefer in ihrer Bewegungsfreiheit zur Eigenversorgung während der Rehabilitation nicht eingeschränkt gewesen sei. Von Asthmaproblemen, welche eine Pflegefreistellung der alleinerziehenden Antragstellerin von einer Woche erfordern würden, habe die Antragsgegnerin auch keine Kenntnis gehabt. Dies sei aber nicht der Grund für die Beendigung des Dienstverhältnisses gewesen. Ausschlaggebend

für die Kündigung der Antragstellerin seien wirtschaftliche Umstände gewesen. In dem - von Ihnen als klein bezeichneten - Unternehmen der Antragsgegnerin (eine Bäckerei und Konditorei mit 28 Mitarbeitern/innen) sei auch die derzeitige wirtschaftliche Krise spürbar und habe dies die Antragsgegnerin zur Auflösung des Dienstverhältnisses bewegt. Auch wenn man von Ihrem Sachverhalt ausgehe, seien die rechtlichen Schlussfolgerungen unrichtig. Es liege keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes, insbesondere des Ehe- und Familienstandes der Antragstellerin, vor.

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 Geschlechts bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** durch die Antragsgegnerin, 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 Geschlechts, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- und Familienstand, aus. 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.

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

Die Pflegefreistellung stellt eine Dienstverhinderung dar, die speziell gesetzlich geregelt worden ist. Zu einer Entgeltfortzahlungspflicht des/r Arbeitgebers/in kommt es gemäß § 16 Abs. 1 UrlG, wenn der/die Arbeitnehmer/in wegen der notwendigen

Pflege eines im gemeinsamen Haushalt lebenden erkrankten nahen Angehörigen (Krankenfreistellung) 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 (Betreuungsfreistellung), nachweislich an der Arbeitsleistung verhindert ist. Anders als beim Erholungsurlaub ist für die Inanspruchnahme der Pflegefreistellung keine Vereinbarung mit dem/r Arbeitgeber/in erforderlich¹. Der/Die Arbeitnehmer/in ist verpflichtet, die Dienstverhinderung dem Grunde nach nachzuweisen, der/die Arbeitgeber/in ist aber nicht berechtigt, dem/r Arbeitnehmer/in die Erbringung eines bestimmten Nachweises – etwa eines ärztlichen Attestes – vorzuschreiben. Befolgt der/die Arbeitnehmer/in dies dennoch, so hat der/die Dienstgeber/in die dem/r Arbeitnehmer/in entstandenen Kosten (z.B. Arzthonorar) zu ersetzen².

Der Senat I der GBK hält es erforderlich zu betonen, dass sowohl § 3 GIBG als auch Art. 2 Abs. 1 GleichbRL 76/207/EWG sehen in der Ungleichbehandlung „unter Bezugnahme auf den Ehe-oder Familienstand“ einen Fall der Diskriminierung auf Grund des Geschlechts. Das Bestehen oder Nichtbestehen einer Ehe bzw. der Umstand, ob man Kinder hat, dürfen im Bereich der Arbeitswelt nicht zum Anlass für eine Benachteiligung genommen werden. Es ist unzulässig, Arbeitnehmer/innen allein deshalb zu benachteiligen, weil sie Kinder haben. Ebenso unzulässig ist eine mittelbare Diskriminierung auf Grund des Habens von Kindern, wie z. B. Abschaffen der Möglichkeit der zeitlichen Flexibilität, weil sich dies besonders nachteilig auf Arbeitnehmer/innen mit Betreuungspflichten auswirkt. Allerdings ist in diesem Fall eine Rechtfertigung nach § 5 Abs. 2 GIBG zu überprüfen.

Der Senat I der GBK sah sich bei der Beurteilung des Sachverhaltes mit teils widersprüchlichen Aussagen der beteiligten Personen konfrontiert. Die Antragstellerin hat während ihrer Befragung nochmals darauf verwiesen, dass sie als „wahren“ Beendigungsgrund ihres Arbeitsverhältnisses die Inanspruchnahme einer Pflegefreistellung sehe. Sie sei fast zehn Jahre bei der Antragsgegnerin als Ladnerin beschäftigt gewesen. Ihre Chefin sei wegen des Pflegeurlaubs nicht sehr erfreut gewesen, der ihr von der Antragstellerin rechtzeitig mitgeteilt worden sei. Im Pflegeurlaub habe sie

¹ Vgl. OGH 22.10.1997, ASoK 1998, 149)

² LG Linz 8.2.1978, Arb 9733

schließlich die Kündigung nach fast zehnjähriger Beschäftigung ohne Angabe von Gründen erhalten. In der mündlichen Befragung gab die Antragstellerin ergänzend an, dass sie in der anderen Filiale in ... einen Aushang entdeckt habe, in dem ein/neue/r Mitarbeiter/in gesucht worden sei. Diese neue Stelle wäre wiederum eine Springerstelle gewesen. Es sei bei der Antragsgegnerin allerdings so gewesen, dass alle Mitarbeiter/innen bei Bedarf (z.B. Krankheit, Urlaub, etc.) zwischen den Filialen springen müssten. Sie sei zwar in der Filiale in ... gewesen, aber sei schon in jeder Filiale eingesprungen. Deshalb hätte die Antragstellerin natürlich auch in der anderen Filiale arbeiten können.

Im § 12 Abs. 2 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 nach 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 Voraussetzung 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 auf Grund der Kieferoperation ihrer Tochter. Es stellte sich jedoch die Frage, ob die Antragsgegnerin glaubhaft machen konnte, dass ein anderes Motiv für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses vorgelegen ist.

Die Antragsgegnerin nannte in der von ihrer rechtsfreundlichen Vertretung verfassten Stellungnahme die derzeitige wirtschaftliche schwierige Lage der Antragsgegnerin als Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Ergänzend gab Frau B gegenüber dem Senat I der GBK an, dass neben wirtschaftlichen Gründen das schlechte Verhalten der Antragstellerin ein Mitgrund für ihre Kündigung gewesen sei. Die „Launen“ der Antragstellerin seien im Laufe der Jahre immer schlimmer geworden. Eine Bäckerei sei ein Dienstleistungsbetrieb, da könne man nicht die schlechte Laune an den Kunden/innen auslassen. Ihre schlechte Laune habe sie aber auch an den anderen Kollegen/innen ausgelassen. Frau B habe sie wiederholt daraufhin gewie-

sen, dass sie ein derartiges Verhalten nicht wünsche. Wenn es der Antragstellerin in dieser Bäckerei nicht gefalle, dann solle sie in einer anderen Firma zu arbeiten beginnen. Das Arbeitsverhältnis sei keineswegs auf Grund der Inanspruchnahme des Pflegeurlaubs der Antragstellerin beendet worden.

Der Senat I der GBK überprüfte daher die Motive der Antragsgegnerin für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Antragstellerin. Die Antragstellerin äußerte ihre Bedenken gegen die Motive der Antragsgegnerin. Es sei vielmehr so gewesen, dass Frau B den Pflegeurlaub für ihre 17-jährige Tochter lächerlich empfunden habe. Sie habe es nicht für erforderlich gehalten, dass die Antragstellerin für die Kieferoperation ihrer Tochter zu Hause bleibe. Noch im Pflegeurlaub habe sie die Kündigung durch die Antragsgegnerin erhalten. Dies sei ohne Angabe von Gründen erfolgt. Erst mit Hilfe der Arbeiterkammer ... habe sie ein ordentliches Dienstzeugnis erhalten.

Das Ermittlungsverfahren ergab, dass zwischen der Antragstellerin und Frau B kein gutes Verhältnis bestanden und zwischen beiden es so manche Diskrepanzen gegeben haben dürfte. Die Angaben von Frau B hinsichtlich der Art und Weise der Mitteilung des Pflegeurlaubs durch die Antragstellerin waren sehr glaubwürdig. So soll diese den Pflegeurlaub am Donnerstagabend nach Dienstschluss mitgeteilt haben, dass sie kommenden Montag Pflegeurlaub in Anspruch nehmen werde. Erst am Freitagvormittag seien Frau B auf Nachfrage von der Antragstellerin die Gründe für die Pflegefreistellung genannt worden. Die Behauptung der Antragstellerin, dass Frau B eine Pflegefreistellung auf Grund einer Kieferoperation der 17-jährigen Tochter der Antragstellerin für lächerlich und nicht erforderlich gehalten habe, konnte durch die Angaben von Frau B in der Befragung bestätigt werden, die noch in der Befragung die Pflegefreistellung für nicht notwendig gehalten hat. Die rechtsfreundliche Vertretung hat in der mündlichen Befragung auf Nachfrage des Senates I der GBK bedauert, dass es deren Fehler gewesen sei, dass in der Stellungnahme an den Senat I der GBK behauptet worden sei, dass die Antragstellerin erst am Montag, d.h. am ersten Tag der Pflegefreistellung, Frau B von der Pflegefreistellung erzählt habe. Diese Erklärung erschien dem erkennenden Senat insofern unglaubwürdig, da dieselbe Behauptung bereits im zuvor ergangenen Schreiben an die GAW enthalten gewesen sei. Ein derartiger Fehler wäre nicht zweimal passiert, ohne dass es der Antragsgegnerin aufgefallen wäre. Die Schreiben sind an sich im Einvernehmen mit der Antragsgegnerin verfasst worden, die in der ergänzenden Befragung andere – vor allem

gläubwürdigere - Angaben gemacht hat. Es wurde von Seiten der Antragsgegnerin m Weiteren vorgebracht, dass die Mitteilung der Pflegefreistellung nicht rechtzeitig erfolgt sei. Frau B habe nur mehr zwei Arbeitstage für die Erstellung des neuen Dienstplanes gehabt.

In Hinblick auf die Rechtsprechung des OGH sieht der Senat I der GBK die Mitteilung der Antragstellerin am Donnerstagabend, 5. März 2009, gegenüber Frau B, dass sie am kommenden Montag, 9. März 2009, Pflegeurlaub nehmen zu müssen, als rechtzeitig an. Die Antragsgegnerin hatte zwei volle Arbeitstage sowie den Donnerstagabend zur Verfügung, um die Dienstpläne zu ändern. Der erkennende Senat geht davon aus, dass Inhaber/innen eines Unternehmens eine längere Arbeitszeit als „bloße“ Mitarbeiter/innen haben, d.h. die Arbeitszeit von Unternehmer/innen wird höchstwahrscheinlich um 17 Uhr oder 18 Uhr enden. Die Antragsgegnerin hatte somit ausreichend Zeit, die Dienstpläne zu ändern. Der Grund für die Pflegefreistellung ist die Kieferoperation der 17-jährigen Tochter gewesen. Die Pflegefreistellung iSd § 16 UrlG macht keinen Unterschied zwischen der Art der Erkrankung. Es liegt dem erkennende Senat eine ärztliche Bestätigung vom 9. März 2009 vor, dass die Pflege der Tochter notwendig gewesen ist. Auf das Alter der zu pflegenden Personen wird im Gesetz nur insofern Rücksicht genommen, dass bei unter 12-jährigen Personen eine weitere Woche Pflegefreistellung dem/r Arbeitnehmer/in zusteht. Einer Pflegefreistellung zum Zweck der Betreuung der 17-jährigen Tochter der Antragstellerin stand somit nichts entgegen.

Als Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Antragstellerin brachte Frau B in der mündlichen Befragung die permanenten schlechten Launen der Antragstellerin vor, die im Laufe der Zeit immer schlimmer geworden seien. Es war auch für den Senat I der GBK augenscheinlich, dass es zwischen der Antragstellerin und Frau B immer wieder Auseinandersetzungen gegeben hat. Es war allerdings nicht nachvollziehbar, wieso man eine Arbeitnehmerin fast zehn Jahre beschäftigt hat, die weder für die Antragsgegnerin noch für die Kollegen/innen noch für die Kunden/innen tragbar gewesen ist, auch wenn – wie behauptet – deren Launen immer schlimmer geworden sind. Die Antragsgegnerin hätte viel früher einschreiten müssen. Somit stellt dieses Argument der Antragsgegnerin für den erkennenden Senat eine Schutzbehauptung dar. In keinem der beiden Schriftsätze der rechtsfreundlichen Vertretung wurde die angebliche Teamunfähigkeit und Kunden/innenunfreundlichkeit erwähnt,

obwohl, wenn diese vorgelegen wäre, ein berechtigter Grund für eine Beendigung gewesen wäre. Frau B erweckte nicht den Eindruck, dass sie fast zehn Jahre lang eine derartige Ladnerin beschäftigt hätte.

Des Weiteren überprüfte der erkennende Senat, ob es seitens der Antragsgegnerin auf Grund der wirtschaftlichen Lage zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gekommen ist. Das Verfahren ergab, dass im Sommer 2009 28 Mitarbeiter/innen, davon neun Mitarbeiter/innen im Verkauf, tätig waren. In der mündlichen Befragung teilte Frau B mit, dass nunmehr 23 Mitarbeiter/innen beschäftigt sind. Mit der Antragstellerin seien noch drei weitere Mitarbeiterinnen gekündigt worden, die drei, vier bzw. sechs Jahre bei der Antragsgegnerin tätig gewesen seien. Die Antragstellerin selbst war fast zehn Jahre im Unternehmen tätig. Kurze Zeit später wurde allerdings für die Filiale in ... ein/e neue/r Mitarbeiter/in im Verkauf gesucht. Dies wurde von der Antragsgegnerin bestätigt. Der Grund für die Suche nach einem/r neuen Mitarbeiter/in sei der Bandscheibenvorfall einer Verkäuferin gewesen. Es sei nicht absehbar gewesen, wie lange diese Mitarbeiterin ausfallen würde. Für den Senat I der GBK war die schlechte wirtschaftliche Lage nicht ausschlaggebend für die Kündigung der Antragstellerin. Die wirtschaftliche Lage für ein kleines Bäckereiunternehmen ist sicherlich nicht immer einfach, allerdings wird gerade bei Beendigungen von Dienstverhältnissen sehr oft die weltweite Wirtschaftskrise als Vorwand für eine berechtigte Auflösung herangezogen. Aus der Anzahl der Mitarbeiter/innen ist ersichtlich, dass die Antragsgegnerin Mitarbeiter/innen abgebaut hat. Auf Grund der vorliegenden Stellungnahmen und der Angaben von Frau B liegt der Verdacht nahe, dass dieser Personalabbau erst später im Laufe des letzten Jahres erfolgt ist. Die Antragsgegnerin hatte zum Zeitpunkt der Stellungnahme 28 Mitarbeiter/innen, und im Zeitpunkt der mündlichen Befragung nur 23 Mitarbeiter/innen. Besonders auffällig war, dass ansonsten nur Mitarbeiter/innen, die bedeutend kürzer im Unternehmen beschäftigt waren, gekündigt wurden. Zum Zeitpunkt der Kündigung der Antragstellerin dürfte die wirtschaftliche Lage der Antragsgegnerin nicht so schlecht gewesen sein, da die Antragsgegnerin auf Grund der Erkrankung einer Mitarbeiterin eine/n neue/n Mitarbeiter/in gesucht hat, ohne zu versuchen, diese Arbeit während der Erkrankung der Mitarbeiterin auf die übrigen Kollegen/innen aufzuteilen, um so Personalkosten einzusparen. Das wäre in finanziell schwierigen Zeiten das Naheliegendste gewesen. Es ist daher anzunehmen, dass sich die wirtschaftliche Situation der Antragsgegnerin erst

zu einem späteren Zeitpunkt bedeutend verschlechtert hat, so dass Mitarbeiter/innen angebaut werden mussten. Die Inanspruchnahme des Pflegeurlaubs war in Hinblick auf das Verhältnis der Antragstellerin und Frau B ein recht „günstiger“ Grund, sich von der Antragstellerin zu trennen, da der Antragstellerin in naher Zukunft eine höhere Abfertigung in der Höhe von vier Monatsgehältern nach dem „alten“ Abfertigungsschema zugestanden wäre. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es der Antragsgegnerin nicht gelungen ist, darzulegen, dass andere nicht im Geschlecht liegende Gründe für die Beendigung ausschlaggebend waren.

Es besteht daher ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Pflegefreistellung und der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Es liegt daher eine **Diskriminierung** auf Grund des Geschlechts bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** vor.

Wien, 31. August 2010

Dr.in Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK