

**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 10. Dezember 2012 über den am 5. Juli 2011 eingelangten Antrag von **Frau A (vormals ...)** (**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 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

**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 Rspr des VfGH (vgl. zB VfSlg. 19.321) nicht um einen (Feststellungs-)Bescheid, sondern um eine unverbindliche gutachterliche Feststellung im Rahmen des Vorschlagsrechts der GBK iSd §12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz.

Prüfungsgrundlagen

Der Senat I stützt sein Prüfungsergebnis auf die schriftlichen Vorbringen und mündlichen Aussagen von Antragstellerin und Antragsgegnervertreter Mag. B sowie auf die

Aussagen der Auskunftspersonen Herr C (Filialleiter) und Herr D vor dem Senat I.

### Vorbringen und Aussagen

Im Antrag der Antragstellerin wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass sie seit 14. Juni 2011 bei der Antragsgegnerin beschäftigt gewesen sei. Das Arbeitsverhältnis sei am 30. Juni 2011 innerhalb der Probezeit aufgelöst worden. Sie sei von einer Kollegin, Frau E, eingeschult worden. Innerhalb von drei Tagen sei die Einschulung zu Ende gewesen, bereits ab 17. Juni 2011 habe sie ihre Kollegin, die dann auf Urlaub gewesen sei, vertreten müssen. Bis zum 24. Juni 2011 habe die Antragstellerin folgende Tätigkeiten ausgeübt:

Alle Büroarbeiten, Lieferscheinein- und -abgabe, die gesamte Kassabrechnung inklusive Fehlersuche von der Samstagkassakraft, Ablage und sämtliche Lagerbuchungen. Sie habe die Tätigkeiten gewissenhaft und fehlerlos erledigt. Es sei nie eine Beschwerde gekommen, vielmehr sei die Antragstellerin von allen Seiten gelobt worden und jede/r sei sehr zufrieden mit ihrer erbrachten Leistung gewesen. Leider sei es ihr dann über das Wochenende sehr schlecht gegangen, und sie habe nach diversen Untersuchungen erfahren, dass ihre Übelkeit in einer - ungeplanten - Schwangerschaft begründet gewesen sei. Am Montag den 27. Juni 2011 habe die Antragstellerin frei gehabt. Sie sei mit ihrem Lebenspartner in die Firma gefahren und habe dem Filialleiter; Herrn C, und dem Geschäftsführer, Herrn Mag. B, mitgeteilt, dass sie schwanger sei und ab Dienstag aufgrund ihrer schlechten, gesundheitlichen Verfassung ins Spital müsse und dort aufgenommen werde. Herr Mag. B habe daraufhin gemeint, er habe jetzt keine Zeit um sich darüber zu unterhalten, aber man werde schon eine Lösung finden. Er habe sie auch gefragt, ob sie nicht mehr arbeiten wolle, was sie sofort verneint habe. Danach habe er die Antragstellerin zum Filialleiter geschickt. Sie solle alles Weitere mit ihm ausmachen. Dann sei die Antragstellerin zu Herrn C gegangen, welcher gemeint habe, dass die Gesundheit vorgehe und sie sich nach ihrem Spitalsaufenthalt wieder melden sollte. Ihr Lebensgefährte, Herr D, sei bei all diesen Gesprächen dabei gewesen und könne dies auch bezeugen. Am 30. Juni 2011 habe sie einen Brief der Antragsgegnerin nach Hause per Einschreiben bekommen. Die Firma habe darin bekannt gegeben, dass das bestehende Arbeitsverhältnis während der Probezeit mit 30. Juni 2011 aufgelöst werde. Da sich die

Antragstellerin absolut nichts zu Schulden kommen lassen habe und immer sehr gewissenhaft und sorgfältig alle ihr aufgetragenen Arbeiten erledigt habe, könne ihrer Meinung nach nur die Schwangerschaft der Grund für die Beendigung des Dienstverhältnisses gewesen sein. Daher fühle sie sich auf Grund des Geschlechts diskriminiert.

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

Die Antragstellerin wurde zwar als Kassiererin eingestellt, allerdings sei es die Intention der Antragsgegnerin gewesen, die Antragstellerin nicht nur als Kassiererin zu beschäftigen, sondern sie in näherer Zukunft auch am Empfang einzusetzen. Da diese Position einen direkten Kunden/innenkontakt impliziere, und als für das Unternehmen äußerst wichtige Schlüsselposition zu werten sei, bedürfe das dafür eingesetzte Personal besonderer persönlicher Qualitäten. Diese würden insbesondere den ruhigen und freundlichen Umgang mit Kunden/innen betreffen. Aus diesem Grund sei die Antragstellerin, wahrscheinlich ohne dass es ihr bewusst gewesen sei, einer besonderen persönlichen Beobachtung und Kontrolle von Seiten der Geschäftsführung unterzogen worden. Die Geschäftsleitung sei letztlich zum Ergebnis gekommen, dass die Antragstellerin diesen Anforderungen nicht entsprochen habe, habe aber dennoch an Hand der finanziellen und bilanziellen Entwicklung der letzten Wochen ihre Möglichkeit überprüft, die Antragstellerin entgegen den ursprünglichen Plänen weiterhin als Kassiererin zu beschäftigen. Auf Grund der sich aus dieser Überprüfung ergebenden Umsatzeinbußen sei die Geschäftsleitung letztlich und zwar lange vor der Ankündigung der Schwangerschaft zum Ergebnis gekommen, sich von der Antragstellerin, die für 38,5 Stunden angestellt worden sei, zu trennen und eine neue Angestellte im Ausmaß von 20 Wochenstunden zu beschäftigen.

Es sollte in diesem Zusammenhang nicht unerwähnt bleiben, dass die Geschäftsleitung tatsächlich die Leistungen der Antragstellerin sehr zu schätzen gewusst habe, doch sei sie schlichtweg nicht für geeignet empfunden worden, am Empfang tätig zu werden bzw. sei eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus finanziellen Erwägungen und organisatorischen Gründen unerlässlich gewesen.

In der Befragung vor dem Senat I führte die Antragstellerin aus, dass sie sich auf eine Stellenausschreibung als KassiererIn gemeldet habe und dass von einer Tätigkeit am Empfang keine Rede gewesen sei. Auch gebe es im Geschäft keinen Empfangsbereich so dass sie sich diese Tätigkeit auch nicht vorstellen könne. Jedenfalls sei sie nie unfreundlich gewesen, auch habe sie niemand genauer beobachtet oder kontrolliert. Jedenfalls sei sie nie kritisiert worden, Herr C habe sich vielmehr sehr mit ihrer Arbeit zufrieden gezeigt. Der Geschäftsführer der Antragsgegnerin Herr Mag. B gibt in seiner Befragung vor dem Senat an, dass diese Tätigkeit am Empfang im Begrüßen der Kunden/innen im Eingangsbereich und Hinführen zum/zur Kundenbetreuer/in bestehe. Er räumt auf Nachfrage aber ein, dass dies in seiner Stellenausschreibung, in welcher er eine/n KassiererIn gesucht hat, nicht erwähnt wurde. Er legt einen Arbeitsvertrag vor, der die Tätigkeit beschreiben soll, dieser Arbeitsvertrag ist allerdings nicht unterschrieben worden, was Herr Mag. B mit Zeitmangel begründet. Die Antragstellerin bestreitet, diesen Vertrag je gesehen zu haben. Herr Mag. B gibt an, er selbst habe die Antragstellerin nur ein oder zwei Mal in der Filiale gesehen, hätte aber von seinem Filialleiter, Herrn C, erfahren, dass die Antragstellerin sich als ungeeignet herausgestellt hätte. Die Lösung des Arbeitsverhältnisses sei intern bei einem Gespräch zwischen Herrn C und Herrn Mag. B in der Zeit zwischen dem 20. und dem 22. 6. beschlossen worden, dieser Beschluss sei aber nicht an Frau A kommuniziert worden. Nach der erfolgten Lösung des Arbeitsverhältnisses mit der Antragstellerin sei eine 30-Stundenkraft mittels Anzeige gesucht und aufgenommen worden. Diese sei nur an der Kassa eingesetzt worden, da auf die Tätigkeit am Empfang in weiterer Folge verzichtet worden sei. Der Filialleiter Herr C gibt bei seiner Befragung an, dass er das Bewerbungsgespräch mit der Antragstellerin geführt habe. Ihm sei aufgefallen, dass die Antragstellerin manchmal unfreundlich zu den Kunden gewesen sei. Ein Stammkunde der Antragsgegnerin habe sich sogar einmal beschwert. Den Namen dieses Stammkunden wollte Herr C aber dem Senat I auf Nachfrage nicht nennen. Die Kassatätigkeit habe die Antragstellerin allerdings zufriedenstellend erledigt, auch Teamfähigkeit sei gegeben gewesen. Empfangstätigkeiten seien von Seiten des Geschäftsführers erwünscht gewesen, ob dies allerdings beim Bewerbungsgespräch Thema gewesen sei, könne er nicht mehr sagen. Auf Nachfrage gibt Herr C an, dass das Dienstverhältnis der nach der Antragstellerin eingestellten 30-Stunden KassiererIn nicht in der Probezeit gelöst wurde, obwohl die

Kassa nicht gestimmt hätte.

Der Senat I geht bei seiner Prüfung von folgendem Sachverhalt aus:

Frau A wurde am 14. Juni 2011 bei der Antragsgegnerin angestellt. Ihre Schwangerschaft hat sie am 27. Juni 2011 bei der Antragsgegnerin bekanntgegeben. Das Arbeitsverhältnis wurde innerhalb der Probezeit am 30. Juni 2011 von der Antragsgegnerin aufgelöst. Das vereinbarte Tätigkeitsgebiet war das einer Kassiererin.

Der Dienstbeginn, die Umstände der Schwangerschaftsmeldung und die dienstgeberseitige Lösung in der Probezeit wurden von der Antragsgegnerin nicht bestritten. Dass die vereinbarte Tätigkeit jene einer Kassiererin war ergibt sich für den Senat I aus der Aussage der Antragstellerin, aus dem unbestrittenen Text der Stellenanzeige und daraus, dass nunmehr ebenfalls eine Kassiererin als Ersatz angestellt ist. Der vorgelegte Arbeitsvertrag steht dieser Aussage nicht entgegen, da er niemals unterfertigt wurde und somit auch nachträglich für dieses Verfahren hergestellt worden sein könnte. Die Aussage des Antragsgegnervertreter und der Auskunftsperson Herr C waren insofern für den Senat I wenig glaubwürdig.

Herr C und der Antragsgegnervertreter waren mit der Arbeitsleistung der Antragstellerin zufrieden.

Dieser Umstand wird vom Senat I einerseits auf das Vorbringen der Antragsgegnerseite selbst in der Stellungnahme zurückgeführt in dem es ausdrücklich heißt, dass man die Leistungen der Antragstellerin sehr zu schätzen wüsste. Auch Herr C gab in seiner Einvernahme an, die Leistungen wären sehr gut gewesen, nur eben das Auftreten nicht. Diesbezüglich behauptet die Antragsgegnerseite aber im Verfahren nicht, dass es ein mahnendes Gespräch gegeben habe. In der Stellungnahme wird ausgeführt, dass sogar überprüft worden sei, die Antragstellerin nur als Kassiererin weiter zu beschäftigen – was aber für 40 Stunden nicht wirtschaftlich gewesen sei. Daraus folgt, dass ihr Auftreten offenbar nicht als zu schlecht für die Tätigkeit als Kassiererin empfunden wurde. Insofern war das Vorbringen, dass der Entschluss, das Dienstverhältnis zu lösen bereits vor Bekanntgabe der Schwangerschaft gefallen

sei, für den Senat I nicht glaubhaft, zumal diese beabsichtigte Lösung unbestrittener Maßen der Antragstellerin nicht kommuniziert wurde.

Die Lösung des Arbeitsverhältnisses erfolgte aufgrund der bekannt gegebenen Schwangerschaft.

Die Lösung des Dienstverhältnisses erfolgte unmittelbar nach Bekanntgabe der Schwangerschaft. In einer solchen Konstellation liegt das Motiv der Schwangerschaft für die Lösung des Arbeitsverhältnisses nahe, da der/die Dienstgeber/in mit einer eingeschränkten Einsetzbarkeit, häufigeren Fehlzeiten, Kündigungsschutz und Karenzzeiten rechnen muss. Es liegt daher an ihm, andere – wahrscheinlichere – Motive darzulegen. Das vorgebrachte Motiv der mangelnden Arbeitsleistung liegt nach Ansicht des Senat I nicht vor. Auch wirtschaftliche Umstände konnten nicht glaubhaft gemacht werden, da unmittelbar nach der Auflösung eine 30-Stundenkraft eingestellt worden ist, der Antragstellerin allerdings nie die Reduzierung ihrer Arbeitszeit angeboten wurde. Zuletzt wertete es der Senat I als starkes Indiz, dass das Arbeitsverhältnis der nachfolgenden Arbeitnehmerin nicht in der Probezeit gelöst wurde, obwohl bei ihr – im Gegensatz zur Antragstellerin – die Kassa nicht gestimmt hätte.

### Rechtliche Überlegungen

Ein Probearbeitsverhältnis kann von beiden Seiten jederzeit ohne Angabe von Gründen gelöst werden. Grundsätzlich kann daher auch ein/e Arbeitgeber/in ein Probearbeitsverhältnis mit einer schwangeren Arbeitnehmerin lösen. Er darf dies aber nicht aufgrund ihrer Schwangerschaft, weil es sich dabei um ein diskriminierendes Motiv handelt. Die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses aufgrund einer Schwangerschaft stellt eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar und ist daher unzulässig (EuGH C-421/92-Habermann-Beltermann, C- 32/93- Webb, C-109/00-Tele Danmark; Arbeitsschutz-RL 92/35 EWG; Rebhahn in Rebhahn GlbG § 3 Rz 157 ua.).

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, war im vorliegenden

Fall daher zu überprüfen, ob das Arbeitsverhältnis aufgrund der Schwangerschaft der Antragstellerin während der Probezeit beendet worden ist.

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.

Da der Senat zu der Auffassung gelangt ist, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund der Schwangerschaft gelöst worden ist liegt darin **eine Diskriminierung** auf Grund des **Geschlechtes** bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses**.

#### 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 nachgekommen, kann jeder 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 Senates I der GBK gemäß § 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz folgender **Vorschlag** zur **Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes** der Antragsgegnerin, X GmbH, erteilt und aufgefordert, die Diskriminierung zu beenden:

**Der X GmbH wird vorgeschlagen, einen angemessenen Schadenersatz an Frau A zu leisten.**

Wien, 10. Dezember 2012

Dr.<sup>in</sup> Nicole Hofmann

Stellvertretende Vorsitzende des Senates I der GBK