

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 27. Jänner 2015 über den am 4. September 2012 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 **X AG (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/457/12, zu folgendem

Prüfungsergebnis

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

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

Prüfungsgrundlagen

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche und mündliche Vorbringen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin. Des Weiteren bezieht sich der Senat I der GBK in seiner Entscheidungsfindung auf die Formulare der Antragsgegnerin zum 2. und 3. Orientierungsgespräch für neue Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen.

Vorbringen und Aussagen

Im Antrag wurde im Wesentlichen folgendes vorgebracht:

Die Antragstellerin sei seit 1. März 2012 bei der Antragsgegnerin als Kundenberaterin im Serviceteam beschäftigt gewesen. Nach 21 Jahren Erfahrung im Bankensektor habe sie bei der Antragsgegnerin zu arbeiten begonnen. Laut Dienstvertrag sei der März als Probemonat und weiters bis 31. August 2012 ein befristetes Arbeitsverhältnis vereinbart gewesen. Die

¹ Vgl. z.B. VfSlg. 19.321.

vorangegangenen Vorstellungsgespräche und auch die während des Arbeitsverhältnisses erfolgten Orientierungsgespräche seien darauf aufgebaut gewesen, dass das Arbeitsverhältnis auf die Umwandlung in ein unbefristetes angelegt gewesen sei. Beim letzten Orientierungsgespräch am 19. Juli 2012 mit ihrem unmittelbaren Vorgesetzten sei sie in den höchsten Tönen gelobt worden und es sei angekreuzt worden, dass das Dienstverhältnis in ein unbefristetes umgewandelt werden solle.

Am 26. Juli 2012 habe sie ihren Vorgesetzten telefonisch informiert, dass sie mit Zwillingen schwanger sei und freigestellt werde. Die Freistellung sei am 30. Juli 2012 erfolgt. Am 31. Juli 2012 sei sie persönlich in der Bank gewesen, um noch die erforderlichen Unterlagen abzugeben. Bei diesem Gespräch habe sie auch gleich ihren Bankschlüssel, die Chipkarte, sowie die Essenskarte abgeben wollen. Dies habe ihr Vorgesetzter jedoch nicht annehmen wollen, da er gemeint habe, er möchte ihr nicht das Gefühl geben, dass sie nicht mehr dazu gehöre.

Am 10. August 2012 habe sie ihr Vorgesetzter angerufen und informiert, dass in den nächsten Tagen ein Brief von der Bank kommen werde, in dem ihr mitgeteilt werde, dass das befristete Dienstverhältnis nicht in ein unbefristetes umgewandelt, sondern ablaufen werde, da sich der Vorstand so entschieden habe. Weiters habe er gemeint, dass sie dann mit den Zwillingen ja ohnehin genug zu tun hätte.

Der Brief sei am 13. August 2012 bei ihr eingelangt. „Ablauf befristetes Dienstverhältnis“ mit Aufforderung zur Zusendung einer unterfertigten Bestätigung dieses Schreibens und der Schlüssel und der Karten. Schlüssel und Karten habe sie am 17. August 2012 an die Antragsgegnerin per Briefsendung retourniert – nicht jedoch das Retourschreiben mitunterfertigt.

Die Antragstellerin brachte weiters vor, dass eine Kollegin, die genau einen Monat vor ihr bei der Bank zu arbeiten begonnen habe, bereits auf unbefristet umgestellt worden sei – die Kollegin sei aber nicht schwanger gewesen.

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

Alle Dienstverhältnisse (für Dienstnehmerinnen und Dienstnehmer) sehen ein Probemonat und eine darüber hinausgehende Befristung bis zum Ende des sechsten Monats (ab Eintrittsdatum) vor. Während dieser Zeit würden Orientierungsgespräche zwischen Mitarbeiter/in und Führungskraft geführt. Erst das letzte von drei Orientierungsgesprächen werde schlussendlich dem Vorstand zur Beschlussfassung darüber vorgelegt, ob ein / eine Mitarbeiter/in ein unbefristetes Dienstverhältnis erhalten solle. Das erste Orientierungsgespräch finde immer im Probemonat, das zweite im Laufe des dritten Monats und das dritte gegen Ende des fünften Monats statt. Die Entscheidung, ob ein befristetes Dienstverhältnis in ein unbefristetes übergehe, werde somit immer erst in einer Vorstandssitzung nach dem Ablauf des fünften Monats der Befristung getroffen – im Fall der Antragstellerin Anfang August. Gemäß Vorstandsbeschluss vom 6. August 2012 sei das Dienstverhältnis nicht verlängert worden und somit mit Ende der Befristung ausgelaufen. Die Meldung der Schwangerschaft der Antragstellerin, die zufällig in der gleichen Zeitspanne erfolgt sei, habe hierfür keine Rolle gespielt.

Direkte Vorgesetzte – im Falle der Antragstellerin Herr B – hätten nur ein Vorschlagsrecht zur Verlängerung eines Dienstverhältnisses, dem Vorstand obliege die Letztentscheidung. Wie von der Antragsgegnerin bereits ausgeführt, sähen all ihre Dienstverhältnisse ein Probemonat und eine darüber hinaus gehende Befristung bis zum Ende des sechsten Monats (ab Eintrittsdatum) vor. Natürlich hoffe die Antragsgegnerin bei jedem Dienstverhältnis, dass es in ein unbefristetes übergehe. Die gesetzliche Möglichkeit der Befristung diene der Feststellung, ob Leistung, Teamverhalten, Entwicklung sowie Arbeitseinsatz gegeben seien. Erst danach übernehme die Antragsgegnerin Dienstnehmer/innen in ein unbefristetes Dienstverhältnis.

Im Fall der Antragstellerin sei die Leistungsbeurteilung nur eingeschränkt möglich gewesen, da sie im Probemonat bereits zwei Wochen auf Grund eines Krankenhausaufenthalts sowie anschließenden Krankenstands ausgefallen sei. Dennoch habe sie von der Antragsgegnerin die Möglichkeit erhalten, sich zu beweisen, obwohl ihr Dienstverhältnis im Probemonat ohne jedwede Begründung täglich aufgelöst hätte werden können. Wie der Senat aus dem ersten Orientierungsgespräch feststellen könne, sei eine Leistungsbeurteilung und somit auch die Beurteilung, ob das Dienstverhältnis in ein unbefristetes übergehen könne, im ersten Monat nicht möglich gewesen.

Es sei richtig, dass sich die Antragstellerin gut in ihr Aufgabengebiet eingearbeitet habe, allerdings habe die Antragsgegnerin wesentliche Aufgabenbereiche nicht überprüfen können, da die Antragstellerin bis zum Antritt ihres Mutterschutzes keine vollen vier Monate für die Antragsgegnerin tätig gewesen sei. Bis zum Ende ihrer Beschäftigung sei sie ausschließlich in die grundlegenden Basistätigkeiten des Serviceteams eingeschult worden, die Tätigkeiten, die sie nach Ende ihrer Einschulungszeit übernehmen hätte sollen, habe sie noch gar nicht ausüben können. Die besagten Aufgabenfelder, deren Überprüfung nicht möglich gewesen sei, seien das Kreditgeschäft und auch der Versicherungsverkauf. Zur Tätigkeitsübernahme wären z.B. Gespräche der Antragstellerin mit Kunden unter Beisein des Vorstandsdirektors C geplant gewesen. Hierbei wäre es um die Überprüfung gegangen, wie Kundengespräche geführt werden. Diese Übergabe habe nie stattgefunden, somit habe die Antragsgegnerin nie feststellen können, ob die Antragstellerin diese Aufgabe bewältigen könne oder welche Einschulung noch nötig gewesen wäre. Da die Antragsgegnerin ohne sachliche Begründung keine weitere Befristung durchführen könne, habe sie nur die Option gehabt, das Dienstverhältnis zu beenden.

Die Personalstruktur der Antragsgegnerin sehe keine Kettendienstverträge oder mehrfache Befristungen vor, da sie der Erfahrung der Antragsgegnerin nach keinerlei Erfolg versprechen. Diesbezüglich könne die Antragsgegnerin nachweisbare Erfahrungswerte sowohl mit weiblichen als auch mit männlichen Angestellten anführen. Befristete Dienstverhältnisse, die nicht klar für eine dauerhafte Beschäftigung sprechen, enden aufgrund der wirtschaftlichen Absicherung des Unternehmens (Vorstandsentscheidung) mit Ablauf der Befristung.

Die Antragsgegnerin sei sehr verwundert gewesen, von der GBK zu hören, da sie nachweislich über eine frauenorientierte Beschäftigungspolitik verfüge, mehr Frauen als Männer beschäftige und selbstverständlich die Strategie verfolge, dass Leistung und nicht das Geschlecht zähle. Man finde im Unternehmen in allen Beschäftigungsbereichen sowohl schwangere, karenzierte oder in Elternteilzeit arbeitende Mitarbeiterinnen. Weiters verfüge

das Unternehmen über eine Vielzahl an qualifizierten Frauen in Führungs-, Stabstellen- und Spezialistenfunktionen; auch seien Mitarbeiterinnen mit der Prokura betraut.

In der mündlichen Befragung brachte die Antragstellerin ergänzend vor, dass sie das Telefonat mit Herrn B als sehr verständnisvoll empfunden habe. Er habe sie auf feinfühlig Art und Weise vorinformiert. Gefragt, welche Gründe es ihrer Meinung nach für die Nicht-Verlängerung gegeben habe, obwohl die Orientierungsgespräche so positiv verlaufen seien, gab die Antragstellerin an, dass sie es auf ihre Schwangerschaft zurückgeführt habe. Herr B habe noch dazu gesagt, dass sie mit den Zwillingen genug zu tun haben werde. Das sei für sie eigentlich schon die Antwort gewesen. In der schriftlichen Ausfertigung seien dann auch keine Gründe außer dem Ablauf genannt worden.

Sie habe davor keine Zweifel gehabt, dass sie übernommen werde. Man habe ihr auch keine möglichen Zweifel an der Dienstverlängerung kommuniziert. Im Gegenteil habe Herr B sie sogar einmal bei einem Gespräch gefragt, ob sie quasi seine rechte Hand werden möchte, und gesagt, dass sie das nicht sofort beantworten müsse, weil es sehr plötzlich komme, aber sie darüber nachdenken solle.

Gefragt, wie sie sich die Situation hinsichtlich Einarbeitungs- bzw. Einschulungsphase nach Beendigung des Mutterschutzes vorgestellt habe, führte die Antragstellerin aus, dass dann das Kundengespräch stattgefunden hätte und sie beweisen hätte können, dass sie das sehr wohl schaffe. Sie habe ja in den letzten Jahren ständig Kundengespräche geführt, bei der Y Bank sei das Kreditgeschäft einer ihrer Schwerpunkte gewesen. Auch bei der Antragsgegnerin habe sie schon teilweise Kundengespräche allein geführt. Die bankinterne Einschulungsphase sei ihr nicht schwer gefallen. Sie habe verschiedene Stationen durchgemacht. Alles was sie erzählt bekommen habe, habe sie gekannt und gekonnt.

Gefragt, ob es für sie vorstellbar gewesen wäre, eine weitere Befristung von drei Monaten, so wie in den unternehmensinternen Formularen aufgelistet, nach ihrer Rückkehr aus der Karenz zu vereinbaren, gab die Antragstellerin an, dass sie damit kein Problem gehabt hätte.

Herr Direktor C hielt zur Frage einer weiteren Befristung fest, dass das nicht möglich sei. Das würde in Richtung Kettenarbeitsvertragssituation tendieren und sei grundsätzlich etwas, was die Antragsgegnerin nicht mache. Zum unternehmensinternen Formular, das für Orientierungsgespräche herangezogen werde, in dem der Vorschlag „Befristung um weitere drei Monate“ angeführt sei, hielt Herr C fest, dass die Antragsgegnerin das grundsätzlich nicht mache, dass sie eine Folgebefristung hinten ansetze. Gefragt, für welche Fälle die weitere Befristung um drei Monate gedacht sei, führte die befragte Auskunftsperson aus, es mögen sehr alte Formulare sein, in seiner Amtsperiode habe es keinen einzigen Fall gegeben. Dass die Möglichkeit der Fortführung der Ausbildung nach Rückkehr aus dem Mutterschutz ein sachlicher Grund sein könnte, seitens des Vorstands einer Verlängerung des Dienstvertrages zuzustimmen, habe man gar nicht überlegt. Man habe grundsätzlich beschlossen, keine Folgeverlängerungen zu machen, die erste Befristung müsse ein ausreichender Zeitraum sein.

Auf Vorhalt, die Antragstellerin hätte auf Grund der äußerst positiven Beurteilungen gute Chancen auf ein weiterhin aufrechtes Dienstverhältnis gehabt, wenn sie nicht schwanger geworden wäre, entgegnete Herr C, dass man davon nicht ausgehen könne. Die Antrags-

gegnerin habe grundsätzlich das Verfahren, dass sie Mitarbeiter/innen erst dann in ein unbefristetes Verhältnis übernehme, wenn sie final zur Ansicht komme, dass das in dieser Funktion passe. Die Antragstellerin sei in einem Team gewesen, das aus unterschiedlichen Funktionsträgern zusammengesetzt sei. In ihrem Fall habe er sich am Einstellungsgespräch beteiligt, weil für die Funktion, für die sich die Antragstellerin beworben habe, neben den Grundfunktionen des Service zusätzlich auch sehr viel Kredit-Know-How für eine Abbaueinheit erforderlich gewesen sei und man in einer Kundenberatungsfunktion mit nicht ganz einfachen Fällen umzugehen habe. Die erste Beurteilungsperiode sei in der Probezeit gewesen. Das sei schwierig gewesen, weil es unglücklicherweise einen Krankheitsfall gegeben habe und im Grunde dieser erste Monat nicht beurteilt werden habe können. In der zweiten Phase seien dann die Grundfunktionen an der Reihe gewesen. Die Antragsgegnerin habe der Antragstellerin eine adäquate Beurteilung rückgemeldet. In der dritten Phase, das sei die entscheidende Beurteilung, komme es darauf an, wie die finale Einschätzung in Bezug auf die Erfüllung der Erwartungshaltungen sei. Da sei es im konkreten Fall leider so, dass ihm zwar eine Beurteilung vorgelegen sei, er diese aber nicht unterschrieben habe. Es laufe generell so, dass er die Beurteilung über den direkten Vorgesetzten im Dienstweg erhalte, er nehme das mit und es werde dann in den Vorstandssitzungen entschieden. Dort werde auch beraten, ob sie ein befristetes in ein unbefristetes Dienstverhältnis umwandeln. In seiner Zuständigkeit seien es 20 bis 30 Prozent der Fälle, in denen nicht dem Vorschlag des Vorgesetzten gefolgt werde.

Im konkreten Fall sei bei der Antragstellerin noch die Führung von gemeinsamen Kundengesprächen vereinbart worden, dazu sei es dann nicht mehr gekommen. Er habe sich auf Grund der Schwierigkeit einzelner Kunden einen persönlichen Eindruck verschaffen wollen, ob das funktioniere. Insofern sei man schon dazu geneigt gewesen, wenn es nicht zu dem Gespräch komme, keine Verlängerung in ein unbefristetes Verhältnis vorzunehmen. Im Kausalzusammenhang stehe die Nichtverlängerung aber nicht mit der Schwangerschaft, sondern mit der vollständigen Qualifikation, insbesondere den Restfunktionen, die sie in der Einarbeitung zu machen hatte. Auf Vorhalt, wonach es insofern einen kausalen Zusammenhang gebe, als offensichtlich die Beurteilungen stattgefunden hätten, sofern die Antragstellerin nicht in Mutterschutz gegangen wäre, entgegnete Herr C, dass es sehr hypothetisch sei daraus zu schließen, dass dann tatsächlich auch die Beurteilung positiv verlaufen wäre. Dass eine Schwangerschaft während der Befristung für die betroffene Person insofern zum Nachteil werden könne, schließe der Gesetzgeber aber nicht aus.

Konkrete Personen, die während der Befristung eine Schwangerschaft gemeldet haben und übernommen worden seien, konnte Herr C nicht nennen.

Rechtliche Überlegungen

Gemäß § 3 Z 7 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 Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

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, ob 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.

Wird das befristete Arbeitsverhältnis einer schwangeren Arbeitnehmerin nicht verlängert und liegen keine sachlichen Gründe für diese Nichtverlängerung vor, ist dies unter den Tatbestand der Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG zu subsumieren.

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung der Vorwürfe der Antragstellerin ein Ermittlungsverfahren iSd GBK/GAW-Gesetzes durch.

Die Antragsgegnerin argumentierte, das Arbeitsverhältnis der Antragstellerin sei nicht verlängert worden, weil ein geplantes Kundengespräch, bei dem sich Herr Direktor C einen Eindruck für die finale Beurteilung machen habe wollen, aufgrund der Freistellung der Antragstellerin nicht mehr zustande gekommen sei (vgl. Aussage von Herrn Direktor C vom 27. Jänner 2015).

Zwar bestritt Herr Direktor C einen kausalen Zusammenhang zwischen der Schwangerschaft der Antragstellerin und der Nichtverlängerung ihres Dienstverhältnisses, doch erscheint dieser gerade vor dem Hintergrund, dass das gegenständliche Beurteilungsgespräch stattgefunden hätte, wenn die Antragstellerin nicht auf Grund der Schwangerschaft freigestellt worden wäre, möglich.

Eine nochmalige Ladung von Herrn B, der zum ersten Befragungstermin entschuldigt nicht erschienen ist, konnte nach Ansicht des Senates unterbleiben, da sowohl die Aussagen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin als auch die vorgelegten Formulare zum 2. und 3. Orientierungsgespräch ergeben haben, dass Herr B eine Übernahme der Antragstellerin in ein unbefristetes Dienstverhältnis befürwortet hat.

Dem Argument des Kettenarbeitsvertrages hält der Senat I der GBK entgegen, dass eine Aneinanderreihung von befristeten Arbeitsverträgen bei Nachweis des Vorliegens von sachlichen Gründen sehr wohl zulässig und wirksam sein kann. Die nochmalige Befristung eines Dienstverhältnisses nach der Rückkehr aus der Karenz zur weiteren Erprobung und Klärung der Qualifikation der Arbeitnehmerin, wenn diese im Verlauf der ersten Befristung schwanger wurde und deshalb keine abschließende Beurteilung vorgenommen werden konnte, ist nach Auffassung des Senates sachlich begründet, zumal dadurch eine mögliche Diskriminierung gegenüber anderen befristeten Arbeitnehmern / Arbeitnehmerinnen hintangehalten werden kann.

Diesem Umstand wird auch im Formular „3. Orientierungsgespräch für neue Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen“ der Antragsgegnerin Rechnung getragen, welches neben dem Vorschlag des Vorgesetzten, das Dienstverhältnis in ein unbefristetes überzuleiten, auch die Möglichkeit vorsieht, die Befristung um drei Monate zu verlängern. Dass von dieser Option nach Angaben von Herrn Direktor C nicht Gebrauch gemacht wird, muss die Antragsgegnerin gegen sich gelten lassen.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs. 12 GIBG gelangte der erkennende Senat sohin zu der Ansicht, dass es der Antragsgegnerin nicht gelungen ist zu beweisen, dass die Schwangerschaft der Antragstellerin für die Nichtverlängerung des befristeten Arbeitsverhältnisses nicht ausschlaggebend war.

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

Vorschlag

Gemäß **§ 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz** hat der Senat, wenn er der Auffassung ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, dem / der für die Diskriminierung Verantwortlichen schriftlich einen Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes zu übermitteln und sie / ihn aufzufordern, die Diskriminierung zu beenden. Für die Umsetzung des Vorschlags ist eine Frist von zwei Monaten zu setzen. Wird einem Auftrag nach Abs. 3 nicht entsprochen, kann gemäß **§ 12 Abs. 4 GBK/GAW-Gesetz** jede 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 erkennenden Senates gemäß § 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz die **Antragsgegnerin, X AG**, aufgefordert, die Diskriminierung zu beenden, und werden folgende **Vorschläge zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes** erteilt:

- 1. Leistung eines angemessenen Schadenersatzes,**
- 2. Unternehmensinterne Auseinandersetzung mit der Thematik „befristete Arbeitsverhältnisse und potenzielle Schwangerschaften“, sodass eine nicht diskriminierende Vorgehensweise erreicht werden kann.**

Wien, 27. Jänner 2015

Ass.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Barbara Beclin
Vorsitzende des Senates I der GBK