

Senat I der Gleichbehandlungskommission
Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz
(BGBl. Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 98/2008)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 12. Juli 2011 über das am 20. Jänner 2010 eingelangte Verlangen der Regional-Gleichbehandlungsanwaltschaft für ... (R-GAW) für **Herrn A (Antragsteller)** 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. 98/2008; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) durch die Arbeitgeberin, **X (Antragsgegner)**, nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004), zu folgendem

Prüfungsergebnis:

Der Senat I der GBK kommt zur Ansicht, dass Herr A durch X bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG diskriminiert worden ist.

Entscheidungsgründe:

Im Verlangen der R-GAW wird im Wesentlichen vorgebracht, dass der Antragsteller im Jahr 2000 an der Fachschule für Altenpflege in ... (...) die Ausbildung als Altenpfleger erfolgreich absolviert habe. Mit Bescheid des Amtes der ... Landesregierung vom ... sei dem Antragsteller die Zulassung zur Berufsausübung in der Pflegehilfe erteilt, sowie die von ihm absolvierte Ausbildung in ... als einer Ausbildung zum Diplom-Sozialbetreuer mit Schwerpunkt Altenpflege gleichwertig anerkannt worden.

Der Antragsteller sei ab 3. August 2009 beim Antragsgegner als Pflegehelfer von alten, kranken bzw. pflegebedürftigen Personen beschäftigt gewesen. In den zwei Wochen vor Beginn des Arbeitsverhältnisses habe der Antragsteller seine künftigen Arbeitskolleginnen bei diversen Hausbesuchen begleitet.

Am 17. August 2009 habe ein Feedbackgespräch stattgefunden, an welchem der Obmann des Vereins, Herr B, die Pflegedienstleiterin Frau C, Frau D, Frau E und der Antragsteller anwesend gewesen sei. Dem Antragsteller sei mitgeteilt worden, dass der Antragsgegner sich bis zum Ende des Monats von ihm trennen müsste, da „die Kunden keinen Mann als Pfleger wünschen“. Diesbezüglich sei angeführt worden, dass etwa 15 Beschwerden von pflegebedürftigen, vor allem von weiblichen, aber auch von männlichen Personen eingelangt wären. Weiters sei dem Antragsteller versichert worden, dass er „pflegerisch“ wie „menschlich“ „tadellos“ wäre, und es „nur“ darum gehen würde, dass er ein „Mann“ wäre.

Der Antragsteller sei sehr bestürzt über diese Vorgangsweise gewesen. Er habe vorgebracht, dass er fast 15 Jahre Berufserfahrung, einwandfreie Referenzen und Zeugnisse hätte, die Nostrifizierung seiner Ausbildung mühsam gewesen wäre und für ihn die Pflege und Betreuung von Menschen nicht bloß ein Beruf, sondern eine Berufung wäre. Weiters habe er gesagt, dass er seine Tätigkeit einwandfrei ausgeübt hätte und es daher eine andere Lösung als eine Beendigung des Dienstverhältnisses geben müsste, zumal X bis zu ca. 150 Kunden und Kundinnen hätte.

In der Folge habe sich der Antragsteller auch schriftlich an Herrn B gewandt und es sei ein weiteres Gespräch für den 19. August 2009 vereinbart worden. Bei diesem Gespräch, an welchem dieselben Personen wie am 17. August 2009 anwesend gewesen seien, sei dem Antragsteller mitgeteilt worden, dass das Dienstverhältnis nicht Ende August 2009, sondern mit sofortiger Wirkung aufgelöst werden würde, weil er über diese Angelegenheit mit Kunden und Kundinnen gesprochen hätte. Dem Antragsteller sei ein Schreiben übergeben worden, in welchem angeführt werde, dass „wir innerhalb der Probezeit das Arbeitsverhältnis mit 19.8.2009 beenden“ und „wir zu dieser Entscheidung aus verschiedenen Gründen gezwungen sind“.

Der Antragsteller habe argumentiert, dass er beispielsweise in Teilzeit arbeiten könnte, um durch diese Stundenreduktion einen „Ausgleich“ für den möglichen organisatorischen Mehraufwand betreffend die Kunden-/Kundinnenwünsche zu schaffen. Weiters habe er vorgeschlagen, dass eine Lösung dieser Angelegenheit auch darin bestehen könnte, den Dienstplan flexibler zu gestalten, um den Kunden-/Kundinnenwünschen zu entsprechen. Der Antragsteller habe weiters vorgebracht, dass er seit 3. August 2009 etwa 35 Personen betreut hätte. Er gab zu bedenken, dass es ihm auf Grund des kurzen Zeitraumes nicht möglich gewesen sei, zu manchen Kundinnen eine Vertrauensbasis zu schaffen bzw. sich eventuell manche Kun-

den und Kundinnen in diesem kurzen Zeitraum nicht an einen männlichen Pfleger gewöhnen hätten können. Der Antragsteller habe weiters vorgebracht, dass er sich auf Grund des Geschlechts diskriminiert fühle und er mit der GAW Kontakt aufgenommen habe. Er habe auch ein gemeinsames Gespräch mit R-GAW in Aussicht gestellt.

Die Vorschläge des Antragstellers seien nicht angenommen worden. Es sei ihm mitgeteilt worden, dass es weniger als die zunächst angegebenen 15 Beschwerden gewesen wären. Weiters sei ihm gesagt worden, dass bei ihm zwar „pflegerisch“ alles in Ordnung gewesen wäre, aber befürchtet werden würde, dass Kunden und Kundinnen verloren gehen könnten, da diese keinen männlichen Pfleger wünschen würden.

In der auf Ersuchen vom Senat I der GBK übermittelten Stellungnahme des Antragsgegners bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe und trat diesen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Auch in Anbetracht des neuerlichen Vorbringens bleibe der Antragsgegner vollinhaltlich bei seiner Verantwortung, welcher er in der Stellungnahme vom 11. September 2009 ausführlich dargelegt habe. Es sei ihm jedoch ein Anliegen, deutlicher hervorzuheben, dass die Auflösung des Dienstverhältnisses während einer Probezeit nach geltendem Arbeitsrecht keines eigenen Auflösungsgrundes bedürfe und der Antragsteller im Sinne des § ... des von ihm am 3. August 2009 unterschriebenen Dienstvertrages zur Kenntnis genommen habe.

Trotzdem habe der Antragsgegner versucht, den Antragsteller in der Besprechung des 17. August 2009 darzulegen, weshalb das Arbeitsverhältnis mit ihm als Pflegehelfer des Antragsgegners nicht mehr aufrecht erhalten werden könne.

Die Darstellung des Beschwerdeführers, wonach das Dienstverhältnis aufgelöst worden wäre, „weil er ein Mann sei“, sei einseitig und entspreche nicht in vollem Umfang den Tatsachen. Vielmehr habe der Antragsgegner versucht, ihm zu vermitteln, dass eine Vielzahl weiblicher Patienten die Hausbesuche des Antragstellers abgelehnt hätten, weil sie für die Pflege ihres Intimbereiches eine weibliche Pflegerin bevorzugen würden.

Es würden auch die Bestimmungen des Gleichbehandlungsgesetzes nichts an der Tatsache ändern können, dass es in der Privatautonomie einer Patientin liege, ob sie von einem Mann oder einer Frau gepflegt bzw. gewaschen werden wollen würde.

Anders formuliert: Der Antragsgegner werde nicht gegen den Wunsch von Patientinnen agieren können und in die Intimsphäre soweit eingreifen können, trotzdem einen männlichen Pfleger zu dieser Dienstleistung zuzuteilen.

Zugegebenermaßen seien andere Gründe in dem Feedback-Gespräch vom 17. August 2009 vom Antragsgegner nicht ausreichend hervorgehoben worden, welche gleichermaßen zur Auflösung des Dienstverhältnisses geführt hätten, da sich der Antragsteller schon beim ersten Vorbringen des Obmannes betreffend die Problematik der Ablehnung durch Patientinnen nicht einsichtig gezeigt habe und auch nicht bereit gewesen sei, sich noch andere Gründe anzuhören, die gegen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach der Probezeit gesprochen hätten.

Für die Auflösung des Dienstverhältnisses seien kumulativ mehrere Gründe ausschlaggebend gewesen, wobei der Antragsteller nun den Grund, dass er ein Mann sei, als überwiegendes Motiv hervorhebe und als ausschließlichen Beweggrund des Antragsgegners darstelle.

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 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:

Die Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des **Geschlechtes** bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** durch den Antragsgegner, 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 Geschlechtes 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.

Der Diskriminierungsschutz bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gilt auch für die Beendigung in der Probezeit. Das Recht, ein Probearbeitsverhältnis jederzeit, d.h. fristlos und ohne Angabe von Gründen, aufzulösen, bleibt grundsätzlich unberührt. Die Auflösung darf allerdings nicht aus diskriminierenden Gründen erfolgen.

Im vorliegenden Fall wurde das Arbeitsverhältnis des Antragstellers in der Probezeit durch den Antragsgegner beendet.

Der Antragsteller äußerte seine Bedenken gegen die Motive des Antragsgegners. Die einzige Begründung für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses in der Probezeit sei gewesen, dass die Kunden keinen männlichen Pfleger haben wollen würden. Ein Konzept oder Überlegungen, wie man mit Schwierigkeiten beim Einsatz von männlichen Pflegern am besten umgehen könne, habe es nicht gegeben. Er habe Vorschläge gemacht und darum gebeten, dass man ihm eine gewisse Vertrauenszeit schenke. Es sei widersprüchlich, dass einerseits händeringend männliche Altenpfleger gesucht werden würden und sein Dienstverhältnis gleichzeitig beendet werde. Er sei bei der Nostrifizierung vom Antragsgegner unterstützt worden. Sie hätten einen Mann im Team haben wollen.

Gemäß § 12 Abs. 12 GIBG hat die betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand iSd § 3 GIBG beruft, diesen glaubhaft zu machen. Dem/Der Beklagten obliegt es zu beweisen, dass es bei der Abwägung aller Umstände wahrscheinlich ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund iSd § 5 Abs. 2 GIBG vorliegt.

Auf Nachfrage des Senates I der GBK nach dem tatsächlichen Grund für die Beendigung im Probemonat, gab der Antragsgegner in der mündlichen Befragung an, dass sich einige Situationen ergeben hätten, mit denen sie nicht ganz glücklich gewesen seien und gestand ein, dass dem Antragsteller als Grund für die Auflösung angegeben worden sei, dass manche Patienten einen Mann als Pfleger ablehnen würden.

Zum Vorbringen des Antragsgegners, wonach man auf die Wünsche der weiblichen Patientinnen eingehen müsse, wonach keine männlichen Pfleger gewünscht seien, hält der Senat I der GBK folgendes fest:

Ob ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist, bestimmt sich nach Art der Tätigkeit oder den Bedingungen ihrer Ausübung. Nur solche Voraussetzungen können als unverzichtbar angesehen werden, die ein Tätigwerden von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen des anderen Geschlechtes praktisch oder rechtlich ausschließen. Bei den Anforderungen an den Begriff „unverzichtbar“ ist ein strenger Maßstab anzulegen. Es genügt also nicht die Berufung auf die Wünsche von Kunden und Kundinnen.¹ Ausnahmen können im Interesse der Intimsphäre („Sittlichkeit“) anderer begründet sein. Bei Pflegepersonal wird ein bestimmtes Geschlecht idR keine unabdingbare Voraussetzung sein.²

In diesem Zusammenhang hebt der erkennende Senat das offensichtlich mangelnde Bestreben des Antragsgegners – für alle Beteiligten gleichermaßen – eine zufriedenstellende Lösung zu finden, hervor. Denn auf der einen Seite wurde vom Antragsgegner in der mündlichen Befragung zwar angegeben, dass es auch manchmal bei Krankenschwestern passiere, dass Patienten und Patientinnen eine andere haben wollen würden, da sie diese kennen würden. Um den Wünschen Folge zu leisten, würden wöchentlich die Patient/innenpläne gemacht werden. Hinsichtlich der Situation im gegenständlichen Fall gab der Antragsgegner allerdings an, dass Umstrukturierungen nicht angedacht worden seien, da man den Weg des Antragstellers dahingehend gesehen habe, dass er in einem Altenwohnheim oder in einem Krankenhaus arbeite. Dort frage man nicht, ob er ein Mann oder eine Frau sei. Man habe dem Antragsteller angeboten, beim Finden einer neuen Arbeitsstelle behilflich zu sein.

Dem Senat I der GBK erscheint die Argumentation des Antragsgegners, wonach es (auch) andere Gründe für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben habe, die nicht im Geschlecht des Antragstellers gelegen seien, insbesondere dahingehend widersprüchlich, dass einerseits zwar dessen Arbeits- und Vorgehensweise – teilweise – kritisiert wurde, andererseits jedoch Hilfe bei der Suche nach einem anderen Arbeitsplatz im Pflegebereich angeboten wurde.

¹ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG(2009), § 9 Rz 17

² Vgl. Rebhahn in Rebhahn, GIBG, § 3 Rz 82

Im gesamten Verfahren vor der GBK wurden vom Antragsgegner jedenfalls keine fachlichen Verfehlungen des Antragstellers ausgeführt, sondern lediglich davon gesprochen, dass dieser zu einem der wöchentlichen Besprechungstermine zu spät erschienen sei, da er länger bei einer Patientin gewesen sei. Im Schreiben des Antragsgegners an die GAW vom 11. September 2009 wurde weiters erklärt, dass sich der Antragsteller als unorganisiert und eher chaotisch erwiesen habe und zB seinen Arbeitsplatz trotz entsprechenden Hinweises stets unaufgeräumt verlassen habe. In der Befragung führte der Antragsteller zu diesem Punkt aus, dass er, wenn er nicht gewusst habe, wo etwas hinkomme, er die Angehörigen gefragt oder es hingelegt und für denjenigen, der danach Dienst gehabt habe, eine Notiz geschrieben habe.

Nach eingehender Prüfung der vorliegenden Aussagen der befragten Auskunftspersonen und Unterlagen ist nach Ansicht des erkennenden Senates davon auszugehen, dass es sich bei dem Vorbringen des Antragsgegners um eine Schutzbehauptung handelt.

Abschließend hält der Senat I der GBK außerdem fest, 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.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des GIBG konnte seitens des Antragsgegners daher nicht der Beweis erbracht werden, dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus sachlichen Gründen und somit nicht auf Grund des Geschlechtes des Antragstellers erfolgt ist.

Es liegt **eine Diskriminierung** bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** vor.

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 oder in Fällen in Zusammenhang mit einer sonstigen Diskriminierung in der Arbeitswelt dem/der für die Diskriminierung Verantwortlichen (...) 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.

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** dem Antragsgegner, X, erteilt und aufgefordert, die Diskriminierung zu beenden:

Leistung eines angemessenen Schadenersatzes.

Wien, 12. Juli 2011

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK