

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 22. April 2013 über den am 19. September 2011 eingelangten Antrag von **Frau A (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bei der **Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 1 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 7/2011; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) durch den Arbeitgeber, **Firma X (Antragsgegner)**, 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 Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 GIBG durch die Firma X diskriminiert worden ist.

Es handelt sich hierbei im Sinne der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (VfGH)¹ nicht um einen (Feststellungs-)Bescheid, sondern um eine unverbindliche gutachterliche Feststellung.

Prüfungsgrundlagen

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf die Vorbringen der Antragstellerin sowie des Antragsgegners, auf die mündliche Einvernahmen der Antragstellerin, des Antragsgegners, der Ehegattin des Antragsgegners, Frau B, einer ehemaligen Arbeitskollegin, Frau C, sowie eines Kunden der Kantine in Y, Herrn D.

¹ vgl. z.B. VfSlg. 19.321

Außerdem wurden die Abmeldungen von der Sozialversicherung der Antragstellerin sowohl von dieser als auch vom Antragsgegner als Urkunden vorgelegt. Dem Senat I der GBK wurden vom Antragsgegner Wiedereinstellungszusagen (nur Computerausdruck ohne Unterschrift) aus 2012 vorgelegt. Die Wiedereinstellungszusagen aus 2011 wurden dem erkennenden Senat trotz Aufforderung an die rechtsfreundliche Vertretung des Antragsgegners nicht vorgelegt.

Vorbringen und Aussagen

Im Antrag der Antragstellerin wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass sie vom 1. September 2010 bis zum 30. Juni 2011 bei der Firma X als Kellnerin beschäftigt gewesen sei. Das Arbeitsverhältnis sei zwar zunächst durch (rechtsunwirksame) Dienstgeberkündigung beendet, letztendlich sei die Beendigungsart auf Ablauf der Befristung geändert worden. Im Zusammenhang mit der Nichtbegründung ihres Arbeitsverhältnisses liege eine Diskriminierung im Sinne des GIBG vor. Folgendes habe sich zugetragen.

Der Antragsgegner betreibe das Buffet in Y. Aufgrund der Sommerpause von Y (von ... bis ...) sei es in ihren Vordienstverhältnissen bisher immer so gewesen, dass die Antragstellerin jeweils ein befristetes Dienstverhältnis von 1. September bis 30. Juni des Folgejahres gehabt habe. Vor der Sommerpause habe sie - wie auch ihre Kollegen/innen - jeweils eine schriftliche Wiedereinstellungsbestätigung für den 1.9. des jeweiligen Jahres bekommen. Am 3. Juni 2011 habe die Antragstellerin dem Antragsgegner mündlich mitgeteilt, dass sie schwanger sei. Er habe ihr in der Folge am 18. Juni 2011 die Arbeitspapiere mit dem Abmeldegrund „Kündigung durch den Arbeitgeber“ mit 16. Juni 2011 zukommen lassen, woraufhin sie ihm nochmalig schriftlich ihre Schwangerschaft gemeldet und auf die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung hingewiesen habe. Letztendlich habe der Arbeitgeber die Beendigung auf Zeitablauf (so wie auch in den Vordienstverhältnissen und wie vereinbart) mit 30.6.2011 geändert. In diesem Jahr habe die Antragstellerin nach ihrer Schwangerschaftsmeldung keine Wiedereinstellungsbestätigung vom Antragsgegner erhalten, obwohl der Antragsgegner ihr vor Meldung ihrer Schwangerschaft mündlich zugesagt habe, dass die Antragstellerin ab 1. September 2011 wiedereingestellt werde. Nach ihren Informationen hätten ihre Kollegen/innen eine solche Wiedereinstellungsbestätigung erhalten und seien seit 1. September 2011 wieder im Betrieb beschäftigt gewesen. Der

Antragstellerin habe der Antragsgegner bis 1. September 2011 keine Wiedereinstellungsbestätigung zukommen lassen, und er habe sie auch nicht mehr wiedereingestellt. Da diese Nichtwiedereinstellung erst nach Meldung meiner Schwangerschaft Thema geworden sei, gehe die Antragstellerin davon aus, dass der Antragsgegner sie aufgrund ihrer Schwangerschaft nicht wiedereinstellen wollte.

In der auf Ersuchen von Senat I der GBK übermittelten Stellungnahme der rechtsfreundlichen Vertretung des Antragsgegners, Firma X, bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe und trat diesen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Eine Diskriminierung bzw. Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes liege gegenständlich nicht vor, weil die nicht neuerliche Einstellung der Antragstellerin nicht darin begründet gewesen sei, dass sie schwanger geworden sei, sondern vielmehr darin begründet sei, dass sie eine mindere Arbeitsleistung über die gesamte Vorperiode erbracht habe. Beim gegenständlichen Unternehmen handle es sich um einen Saisonbetrieb, wobei das Betreiben der Y-Kantine in einem eingespielten Team erfolge. Die Antragstellerin habe aber zum Unmut der übrigen Dienstnehmer/innen ihre Arbeit nur ungenügend erbracht, sodass diesbezüglich ein Handeln geboten gewesen sei. Es sei bereits seit längerem abgesprochen und auch mit weiteren Mitarbeitern vereinbart worden, dass das Anstellungsverhältnis nach Ende der Sommerpause mit der Antragstellerin nicht mehr neu begründet werde. Erst Wochen bzw. Monate, nachdem diese Entscheidung intern getroffen worden sei, habe die Antragstellerin, die offenbar schon gewusst habe, dass eine Verlängerung ihres Anstellungsverhältnisses nicht erfolgen werde, mitgeteilt, dass sie schwanger sei. Es sei auch darauf hinzuweisen, dass sämtliche Dienstnehmer/innen, denen zugesagt worden sei, sie nach der Sommerpause wieder zu beschäftigen, bereits ein derartiges Schreiben erhalten hätten, um dies dem Arbeitsmarktservice (AMS) vorweisen zu können. Die Antragstellerin habe dieses Schreiben nicht erhalten, sodass sie wissen habe müssen, dass eine Wiedereinstellung ausgeschlossen sei. Auch sei dies vor dem Bekanntwerden erfolgt, dass sie schwanger sei. Letztlich sei noch darauf hinzuweisen, dass sämtliche Forderungen unberechtigt seien. Dass der Antragstellerin nicht bereits im März bzw. April gesagt worden sei, dass das Anstellungsverhältnis nach der Sommerpause nicht neu begründet bzw. verlängert werde, habe ausschließlich jenen Grund gehabt, dass man dadurch wenigstens sicherstellen habe

wollen, dass eine halbwegs genügende Arbeitsleistung bis zur Sommerpause erbracht werde.

In ihrer mündlichen Befragung bekräftigte die Antragstellerin ihr schriftliches Vorbringen und gab an, dass der Antragsgegner ihr im Mai versichert habe, dass sie sich alle – mit Ausnahme von E, ein anderer Mitarbeiter – im Herbst wiedersehen werden. Dies habe sie auch ihrer Kollegin, Frau F, mitgeteilt. Am 3. Juni 2011 habe sie ihren Arbeitgeber von der Schwangerschaft benachrichtigt. Auf seine Nachfrage, in welchem Monat die Antragstellerin im Herbst sei, habe sie ihm mitgeteilt, dass sie zu diesem Zeitpunkt im 5. Monat sei. Die Antragstellerin habe dem Antragsgegner versichert, dass sie ihren Job problemlos bis zum Mutterschutz ausüben wird können. Am 16. Juni 2011 sei ihr Arbeitsverhältnis vorzeitig – ohne Angabe von Gründen – beendet worden. Nach Intervention der AK ... sei das Arbeitsverhältnis korrekt mit Fristablauf beendet und abgerechnet worden. Auf den Vorwurf in der Stellungnahme des Antragsgegners, sie habe eine mindere Arbeitsleistung über die gesamte Vorperiode erbracht, sodass diesbezüglich ein Handeln erforderlich gewesen sei, gab die Antragstellerin an, dass es durchaus zu Auseinandersetzungen mit Kollegen/innen gekommen sei. Das gebe es ja in jedem Betrieb. Es habe aber niemals Beschwerden von Gästen hinsichtlich ihrer Arbeitsleistung gegeben. Es hätten sich immer alle um die Zufriedenheit der Gäste bemüht.

Der Antragsgegner gab bei seiner mündlichen Einvernahme an, dass er im Juni von Schwangerschaft der Antragstellerin erfahren habe, aber man habe sich schon davor entschieden, dass man die Antragstellerin im September nicht wieder aufnehmen werde. Sie habe nicht ins Team gepasst. Die Arbeitsleistung habe nicht gepasst. Außerdem sei sie unbeliebt bei den Kollegen/innen gewesen. Die Gäste seien auch vernachlässigt worden. Auf Nachfrage des erkennenden Senates, ob es zu besagtem Gespräch im Mai hinsichtlich der Wiedereinstellungszusage gekommen sei, gab der Antragsgegner an, dass dies möglich sei. Es könne sein, dass er der Antragstellerin wahrheitswidrig gesagt habe, dass sie wieder beschäftigt werde. Dass man sich gegen die Wiederanstellung der Antragstellerin entschieden habe, habe man ihr jedenfalls nicht gesagt. Er sei ja nicht verpflichtet gewesen, die Antragstellerin wieder einzustellen. Grundsätzlich sei es so, dass, wenn nichts vorgefallene, er den/die Mitarbeiter/in im Herbst wieder anstelle. Die Wiedereinstellungszusagen werden in der letz-

ten Arbeitswoche ausgegeben. Auf Nachfrage der Mitglieder des Senats gab der Antragsgegner an, dass die anderen Mitarbeiter diese Zusagen zum Zeitpunkt der Bekanntgabe der Schwangerschaft – entgegen der Darstellung in seiner Stellungnahme – noch nicht erhalten haben. Es habe jedoch ständig Diskussionen mit den anderen Mitarbeiterinnen gegeben. Man habe diese Konflikte immer irgendwie gelöst. Er habe mehrmals versucht, dies mit der Antragstellerin zu besprechen. Die Situation habe sich trotzdem nicht gebessert. Auf Nachfrage gab der Antragsgegner wiederum an, dass er mit der Antragstellerin nicht über ihre mangelnde Arbeitsleistung und Teamfähigkeit gesprochen habe.

Die Ehegattin des Antragsgegners, die Betriebsleiterin beim Antragsgegner sei, teilte als Auskunftsperson dem Senat I der GBK in der mündlichen Befragung mit, dass man im Februar beschlossen habe, die Antragstellerin nicht wieder im September zu beschäftigen. Die Antragstellerin sei nur im „Raucherzimmer“ in der Kantine gesessen und habe sich nicht um die Gäste gekümmert. Sie habe die Antragstellerin nur deshalb nicht über ihre schlechte Arbeitsleistung informiert, weil sie ja nicht verpflichtet sei, die Antragstellerin wieder anzustellen. Sie habe ihre Mitarbeiter/innen aber nicht als Auskunftspersonen benennen wollen, da sie nicht wolle, dass es hier zu Bösartigkeiten komme, da diese gewusst haben, dass die Antragstellerin nicht mehr für die nächste Saison genommen werde. Von ihrer Seite habe sie die Streitigkeiten mitbekommen. Es sei allerdings nie eskaliert. Da habe man sich nicht eingemischt. Auf mehrfache Nachfrage der Mitglieder des Senates I der GBK, wieso man das Arbeitsverhältnis mit der Antragstellerin vorzeitig gelöst habe, gab diese an, dass die Antragstellerin am 16.6.2011 ihre Abrechnung erhalten habe. Sie habe nicht arbeiten müssen, da die Kantine sowieso nur zehn Tage offen gehabt habe. Bis zum Fristende am 30. Juni 2011 habe sie ihren Urlaub zu konsumieren gehabt. Man habe sie abgemeldet, weil die Saison schon fertig gewesen sei.

Die Auskunftsperson, Frau C, beschrieb die Antragstellerin als nette Kollegin, mit der eine gute Zusammenarbeit möglich gewesen sei. Es habe lediglich Probleme mit den neuen Kollegen/innen gegeben, die nach der Betriebsübernahme neu dazugekommen seien. Abschließend sagte Herr D, ein Mitarbeiter in Y und Gast in der Betriebskantine, vor dem Senat I der GBK aus, dass er nicht bestätigen könne, dass die Antragstellerin zu den Gästen extrem schlampig oder unfreundlich gewesen sei. Von Beschwerden anderer Gäste könne er nichts berichten. Er sei sich aber sicher, dass er über allfällige Beschwerden von anderen Gästen gehört hatte.

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

Die Antragstellerin war am 1. September 2010 bis zum 30. Juni 2011 beim Antragsgegner beschäftigt. Der Antragsgegner hat einen Saisonbetrieb. Sie war bereits davor einige Saisonen für den Antragsgegner tätig. Die Schwangerschaft wurde von der Antragstellerin dem Antragsgegner am 3. Juni 2011 telefonisch mitgeteilt.

Der Dienstbeginn bzw. das Dienstenende sowie die Umstände der Schwangerschaftsmeldung wurden vom Antragsgegner nicht bestritten. Die Befragung der Antragstellerin ergab, dass sich der Antragsgegner bei der Antragstellerin erkundigt hat, ob und wie sie sich ihren weiteren Arbeitseinsatz beim Antragsgegner vorstellt. Die Antragstellerin wollte in der kommenden Saison beim Antragsgegner weiterarbeiten. Einer Weiterbeschäftigung wäre nach den Bestimmungen des Arbeitnehmer/innenschutzes möglich gewesen.

Es kam im Mai zu einem Gespräch zwischen der Antragstellerin und dem Antragsgegner, in dem es um die Wiedereinstellung der Antragstellerin im kommenden Herbst gegangen ist. Es ist dabei zu einer Zusage einer Wiedereinstellung durch den Antragsgegner gekommen.

Sowohl die Antragstellerin als auch der Antragsgegner bestätigten in der mündlichen Einvernahme gegenüber dem Senat I der GBK, dass sie über eine allfällige Wiedereinstellung der Antragstellerin gesprochen haben. Der Antragsgegner hat es für möglich gehalten, dass er der Antragstellerin ihre Wiedereinstellung ab September angekündigt habe. Auffällig war für den Senat I der GBK, dass der Antragsgegner sich in der mündlichen Befragung kaum mehr an etwas erinnern konnte, hat aber den von der Antragstellerin behaupteten Verlauf des Gespräches für möglich gehalten. Selbst wenn der Antragsgegner der Antragstellerin nur mitgeteilt hat, dass er sich das Ganze noch überlegen muss, bestärkte er die Antragstellerin in ihrem Glauben, dass sie wieder ab Herbst beim Antragsgegner angestellt wird, zumal man ihr gegenüber nie Beschwerden über ihre Arbeit mitgeteilt hat. Des Weiteren haben die widersprüchlichen mündlichen Angaben des Antragsgegners und von dessen Gattin vor dem erkennenden Senat bzw. in der Stellungnahme der rechtsfreundlichen Vertretung hinsichtlich der Bekanntgabe der Wiedereinstellungszusagen an die übrigen Mitarbeitern/innen aus Sicht des Senates I der GBK die Glaubwürdigkeit des Antragsgegners erschüttert. In der Stellungnahme der rechtsfreundlichen Vertretung des Antragsgeg-

ners an den Senat I der GBK wurde ausgeführt, dass der Entschluss, die Antragstellerin im Herbst nicht wieder anzustellen, schon seit Längerem abgesprochen und auch den anderen Mitarbeitern/innen mitgeteilt worden sei. Es sei sämtlichen Mitarbeitern/innen, denen eine Wiedereinstellung zugesagt worden sei, ein entsprechendes Schreiben für das AMS übermittelt worden. Die Antragstellerin habe dazu im Gegensatz zu ihren Kollegen/innen keines erhalten. Dies sei alles vor der Bekanntgabe der Schwangerschaft passiert. Der Antragsgegner teilte in seiner Einvernahme mit, dass manchen Mitarbeitern/innen die Wiederanstellung bereits vor dem Auslaufen der Befristung angekündigt werde, anderen aber erst im Sommer. Grundsätzlich sei es aber so, dass er und seine Frau erst am 30. Juni oder dann im Juli entscheiden, ob sie mit einem/r bisherigen Mitarbeiter/in wieder ein Beschäftigungsverhältnis begründen. Die Ehegattin des Antragsgegners teilte im Ermittlungsverfahren mit, dass man bereits im Februar beschlossen habe, die Antragstellerin in der nächsten Saison nicht wieder zu beschäftigen. Sie wolle aber ihre Mitarbeiter/innen nicht als Auskunftspersonen benennen, da diese aussagen müssten, dass sie gewusst hätten, dass man die Antragstellerin nicht im Herbst 2011 wieder anstellen möchte. Diese Widersprüchlichkeiten konnten weder vom Antragsgegner noch von der Ehegattin des Antragsgegners im Laufe des Verfahrens trotz mehrfachen Nachfragens durch den Senat I der GBK aufgeklärt werden.

Es kam unmittelbar nach der Schwangerschaftsmitteilung der Antragstellerin zu einem vertragswidrigen Verhalten des Antragsgegners. Die Antragstellerin wurde am 16.6.2011 rechtswidrig – vor Auslaufen der Befristung – von der Sozialversicherung abgemeldet, und damit das Arbeitsverhältnis vorzeitig beendet.

Dem erkennenden Senat I der GBK wurden die Abmeldungen der Antragstellerin von der Sozialversicherung vorgelegt. Es wurde auch nicht bestritten, dass man die Antragstellerin nach einer Intervention der AK ... doch wieder bis zum vereinbarten Fristende angemeldet hat. Die Ehefrau des Antragsgegners konnte in ihrer Befragung weder glaubhaft noch schlüssig erklären, dass man das Arbeitsverhältnis mit der Antragstellerin nicht auf Grund ihrer Schwangerschaft vorzeitig auflösen wollte.

Man argumentierte damit, dass die Antragstellerin im Betrieb mit der Arbeit so kurz vor Befristungsende nichts mehr zu tun gehabt und noch Urlaub offen gehabt hätte, da hätte man sie abgemeldet. Die Erklärungsversuche der Ehefrau des Antragsgegners, aber auch ihrer rechtsfreundlichen Vertretung, erhärtete den Eindruck beim Se-

nat I der GBK, dass die vorzeitige, fristwidrige und rechtswidrige Auflösung des Arbeitsverhältnisses nur auf Grund der Schwangerschaft erfolgt ist. Da der Antragsgegner diese Kantine einige Zeit betreibt und somit schon über längere Zeit Arbeitgeberfunktion ausübt, geht der erkennende Senat davon aus, dass dem Antragsgegner bekannt war bzw. bekannt sein musste, dass man das Dienstverhältnis mit Mitarbeiter/innen mit einem befristeten Arbeitsverhältnis, nur weil – angeblich – nichts zu tun war und Urlaub noch offen war, nicht grundlos vorzeitig auflöst.

Es kam des Öfteren zu Streitigkeiten unter den Mitarbeitern/innen, an denen auch die Antragstellerin beteiligt war.

Die Antragstellerin hat in ihrer Befragung nie bestritten, dass es unter den Mitarbeitern/innen zu Meinungsverschiedenheiten bzw. Streitigkeiten gekommen ist. Ihre ehemalige Arbeitskollegin, Frau C, hat die Antragstellerin sehr geschätzt. Ebenso konnte Herr D nichts Negatives über die Antragstellerin berichten. Allfällige Streitereien, die in der Küche passiert sein könnten, hätten ihm als Kunden nicht auffallen können. Im Ermittlungsverfahren konnte aber festgestellt werden, dass es zu Reibereien zwischen den alteingesessenen Mitarbeitern/innen und den neu dazugekommenen Mitarbeitern/innen gekommen ist. Der Antragsgegner hat die Kantine mit den dortigen Mitarbeitern/innen, darunter die Antragstellerin und Frau C, übernommen. Beide bestätigten gegenüber dem Senat I der GBK, dass das Klima zwischen diesen beiden Gruppen nicht sehr gut war. Dieser Eindruck wurde auch durch die Angaben von Frau B und dem Antragsgegner bestätigt. In Streitigkeiten hätten sich beide nie eingemischt. Der Antragsgegner hat offensichtlich nie irgendetwas unternommen, um das Arbeitsklima zwischen den beiden Teams, die nun zusammengearbeitet haben, zu verbessern.

Der Antragstellerin wurde vom Antragsgegner niemals mitgeteilt, dass man mit ihrer Arbeitsleistung nicht zufrieden ist.

Der Antragsgegner hat gegenüber dem Senat I der GBK bestätigt, dass er der Antragstellerin niemals mitgeteilt hat, dass sie schlecht arbeitet und nicht ins Team passt. Laut dem Antragsgegner und dessen Ehegattin hätte man schon im Februar 2011 beschlossen, sich von der Antragstellerin wegen schlechter Arbeitsleistung und mangelnder Teamfähigkeit zu trennen. Ein solcher Entschluss wurde der Antragstellerin nicht mitgeteilt, behauptet um ihre Arbeitsleistung nicht noch weiter zu ver-

schlechtern. Der Senat hielt es nicht für glaubwürdig, dass ein Arbeitgeber sich nicht traut, eine langjährige Mitarbeiterin gegebenenfalls zu besseren Arbeitsleistungen aufzufordern. Die Antragstellerin ist eine langjährige Mitarbeiterin. Im gesamten Verfahren wurde auch nie behauptet, dass ihre Leistungen plötzlich eingebrochen wären. Der Antragsgegner und dessen Ehegattin haben die Antragstellerin in ihren Aussagen so dargestellt, dass sie immer schon eine streitlustige Mitarbeiterin war, die noch dazu schlecht gearbeitet habe. Dennoch würde diese Mitarbeiterin über Jahre beschäftigt.

Die Nichtwiederanstellung der Antragstellerin durch den Antragsgegner wurde auf Grund der Schwangerschaft der Antragstellerin vorgenommen.

Es mag sein, dass auch die Streitereien der Antragstellerin ein Grund für deren nicht erfolgte Wiederanstellung war. Laut EuGH-Judikatur muss ein diskriminierendes Motiv nicht der Hauptgrund sein, damit eine Diskriminierung vorliegt. Es gab nachweislich keine Beschwerde über die Arbeitsleistung der Antragstellerin. Vor der Bekanntgabe der Schwangerschaft wurde gegenüber der Antragstellerin die Wiedereinstellung in der kommenden Saison in Aussicht gestellt, kurz nach der Bekanntgabe der Schwangerschaft wurde das befristete Arbeitsverhältnis rechtswidriger Weise vorzeitig aufgelöst, der Antragsgegner konnte keine sachlichen Gründe vorbringen, die dies hätten widerlegen können.

Rechtliche Überlegungen

Zu der von der Antragstellerin verlangten Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts durch die Antragsgegnerin, **Firma X**, bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß **§ 3 Z 1 GIBG** ist folgendes festzuhalten:

Die Bestimmung des § 3 Z 1 GIBG verbietet die unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses.

Wegen der auf die tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt ausgerichteten Zielsetzung des GIBG und des umfassend konzipierten Gleichbehandlungsgebots im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis nach § 3 GIBG ist die Wendung „bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses“ im Tatbestand der Z 1 weit zu verstehen. Diese Formulierung beschränkt sich nicht auf die konkrete

Entscheidung über die Einstellung (z.B. „Nichteinstellung“ einer geeigneten Bewerberin nur wegen des Bekanntwerdens ihrer Schwangerschaft), sondern erfasst auch Benachteiligungen im Rahmen des idR vorausgehenden Auswahlverfahrens (z.B. gezielte Ausklammerung der Bewerbungen von Frauen vom Auswahlvorgang für die Besetzung einer Führungsposition). Für die Beurteilung einer Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses ist somit auf verschiedene, dem Vertragsabschluss „vorgelagerte“ bzw. diesen „vorbereitende“ Verhaltensweisen des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin oder für diese/n handelnder Personen Bedacht zu nehmen (Vertragsanbahnung).

§ 3 GIBG hebt besonders hervor, dass Diskriminierungen auf Grund des Geschlechtes² auch solche unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand sind.

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.

Wird einer Mitarbeiterin auf Grund der Schwangerschaft keine Wiedereinstellungszusage gewährt, und somit das Arbeitsverhältnis nicht wieder von Neuem begründet, stellt dies unsachliche Vorgehensweise dar, die als **Diskriminierung** auf Grund des Geschlechtes bei der **Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß § 3 Z 1 GIBG zu werten ist. Im Hinblick auf die Beweislastregeln des GIBG konnte seitens des Antragsgegners nicht der Beweis erbracht werden, dass die Ablehnung der Begründung eines Angestelltenverhältnisses mit der Antragstellerin nicht auf Grund des Geschlechtes im Konkreten auf Grund ihrer Schwangerschaft erfolgt ist. Nach Durchführung des Ermittlungsverfahrens ist vielmehr davon auszugehen, dass nicht mangelhafte Arbeitsleistung, mangelnde Teamfähigkeit oder Unfreundlichkeit ursächlich für

² 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.

die Nichtwiederanstellung der Antragstellerin gewesen ist, sondern die Annahme des Antragsgegners, dass sie wegen der Schwangerschaft nicht für alle ihre Tätigkeit umfassenden Aufgaben einsetzbar sei, unter Umständen vermehrte Fehlzeiten haben würde bzw. schließlich über einen längeren Zeitraum (Karenz) ausfallen werde. So sind für den erkennenden Senat auch die Angaben der Antragstellerin, wonach das Arbeitsverhältnis nur auf Grund der Schwangerschaft nicht begründet wurde, glaubwürdiger, als die widersprüchlichen Sachverhaltsdarstellungen des Antragsgegners. Hinzu kommt, dass dessen Gattin, die beim Antragsgegner als Betriebsleiterin agiert, keine weiteren Auskunftspersonen nennen wollte und dies aus Sicht des Senates sehr unglaubwürdig begründet hat. Das Verhalten der Betriebsleiterin im Verfahren muss dem Antragsgegner zugerechnet, zumal sie anstelle des Antragsgegners zu dessen ersten Ladungstermin erschienen ist, obwohl der Antragsgegner persönlich geladen war. Der Antragsgegner hat trotz der geltenden Beweislastverteilung im GIBG bewusst die Möglichkeit, den Sachverhalt weiter aufzuklären, ausgeschlagen.

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. 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** dem Antragsgegner, Firma X, erteilt und aufgefördert, die Diskriminierung zu beenden:

Leistung eines angemessenen Schadenersatzes

Wien, 22. April 2013

Dr.ⁱⁿ Nicole Hofmann

Stellvertretende Vorsitzende des Senates I der GBK