

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 23. Februar 2010 über das am 14. August 2008 eingelangte Verlangen der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **Frau A** betreffend die Überprüfung einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots durch eine Diskriminierung auf Grund des **Geschlechts** bei der **Festsetzung des Entgelts** gemäß **§ 3 Z 2 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung), bei den **sonstigen Arbeitsbedingungen** gemäß **§ 3 Z 6 GIBG**, bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 7 GIBG**, bei der **Verletzung des Benachteiligungsverbots** gemäß **§ 13 GIBG** sowie durch eine Diskriminierung auf Grund des **Alters und der ethnischen Herkunft** bei der **Festsetzung des Entgelts** gemäß **§ 17 Abs. 1 Z 2 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung), bei den **sonstigen Arbeitsbedingungen** gemäß **§ 17 Abs. 1 Z 6 GIBG**, bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 17 Abs. 1 Z 7 GIBG**, bei der **Verletzung des Benachteiligungsverbots** gemäß **§ 27 GIBG** durch die Arbeitgeberin, **X GmbH ...**, sowie durch eine **geschlechtsbezogene Belästigung** gemäß **§ 7 Abs. 1 Z 1 GIBG**, durch eine **Belästigung** auf Grund des **Alters** und der **ethnischen Herkunft** gemäß **§ 21 Abs. 1 Z 1 GIBG** durch **Herrn B** 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:

1. Der Senat I der GBK gelangt zur Auffassung, dass Frau A auf Grund des Geschlechts bei der Festsetzung des Entgelts gemäß **§ 3 Z 2 GIBG** durch die X GmbH diskriminiert worden ist.
2. Weiters kommt der Senat I der GBK zur Ansicht, dass Frau A nicht auf Grund des Geschlechts bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses

nisses gemäß § 3 Z 7 GIBG durch die X GmbH diskriminiert worden ist.

3. Der Senat I der GBK gelangt zur Auffassung, dass Frau A nicht auf Grund des Alters bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 7 GIBG durch die X GmbH diskriminiert worden ist.
4. Der Senat I der GBK gelangt zur Auffassung, dass Frau A nicht auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 7 GIBG durch die X GmbH diskriminiert worden ist.
5. Der Senat I der GBK kommt im Weiteren zur Auffassung, dass Frau A nicht durch eine geschlechtsbezogene Belästigung gemäß § 7 Abs. 1 Z 1 GIBG durch Herrn B diskriminiert worden ist.
6. Der Senat I der GBK gelangt zur Auffassung, dass Frau A nicht auf Grund des Alters gemäß § 21 Abs. 1 Z 1 GIBG durch Herrn B belästigt worden ist.
7. Der Senat I der GBK kommt im Weiteren zur Auffassung, dass Frau A nicht auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit gemäß § 21 Abs. 1 Z 1 GIBG durch Herrn B belästigt worden ist.
8. Der Antrag auf Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes sowie der ethnischen Zugehörigkeit und des Alters bei den sonstigen Arbeitsbedingungen sowie durch die Verletzung des Benachteiligungsverbotes gemäß § 3 Z 6 GIBG, § 13 GIBG bzw. § 17 Abs. 1 Z 6 GIBG, § 27 GIBG wurde von der GAW zurückgezogen.

Entscheidungsgründe:

In ihrem Antrag wurde von Frau A (Antragstellerin) vorgebracht, dass sie seit 2. November 2004 bei der Firma X GmbH (1. Antragsgegnerin) als Arbeiterin beschäftigt sei. Das Arbeitsverhältnis sei am 8. August 2008 durch eine schriftliche Arbeitgeberkündigung zum 22. August beendet worden. Im Zusammenhang mit der Beendigung

ihres Arbeitsverhältnisses liege eine Diskriminierung iSd GIBG vor. Folgendes habe sich zugetragen: Ihr Chef, Herr B (2. Antragsgegner), habe ihr am 8. August 2008 die Kündigung übergeben. Er habe dazu gemeint, dass die Kündigung aus Einsparungsgründen erfolge. Tatsächlich habe er bereits mehrmals gesagt, dass er die alte Frau (gemeint sei sie gewesen) bald kündigen werde. Es seien jedoch zwei jüngere Kollegen im zeitlichen Zusammenhang mit der Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses aufgenommen worden.

In der zunächst auf Ersuchen von Senat II der GBK übermittelten Stellungnahme der Antragsgegnerin bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe und trat diesen wie folgt entgegen:

Die Arbeitgeberin der Antragstellerin sei die Y KEG gewesen. Diese sei im August 2008 in die X GmbH (Antragsgegnerin), ..., umgewandelt worden. Die Antragsgegnerin sei sohin die Rechtsnachfolgerin der Arbeitgeberin der Antragstellerin gewesen. Die Antragstellerin behaupte eine Diskriminierung aufgrund des Alters und stütze sich sohin auf § 26 GIBG und nicht auf § 12 leg. cit. gt -c. Die GBK sei für den gegenständlichen Antrag gemäß § 26 Abs 7 GIBG unzuständig. Die Tatsachenbehauptungen der Antragstellerin seien unzutreffend. Tatsächlich habe die Kündigung der Antragstellerin aufgrund von betrieblichen Einsparungsmaßnahmen auf Seiten der Antragsgegnerin und aufgrund persönlicher Gründe auf Seiten der Antragstellerin ausgesprochen werden müssen.

Im Weiteren ergänzte die GAW nach einem ausführlichen Beratungsgespräch den Antrag von Frau A um folgenden Sachverhalt:

Im Beratungsgespräch mit der Antragstellerin habe sich für die Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) die Vermutung bestätigt, dass wie auch bereits in dem von der Antragstellerin selbst eingebrachten Antrag vom 11. August 2008 angedeutet - eine Mehrfachdiskriminierung aufgrund des Geschlechts, des Alters und der ethnischen Zugehörigkeit vorliege. Dies gründe sich auf folgenden, glaubhaft geschilderten Sachverhalt: Die Antragstellerin stamme aus Bosnien und sei 1992 nach Österreich geflüchtet, wo sie zunächst von 1996 bis 2004 in der Firma des Vaters von Herrn B gearbeitet habe, der bereits damals ihr Chef gewesen sei. Von 2. November 2004 bis 8. August 2008 sei die Antragstellerin bei der Antragsgegnerin als Buchbinder-Helferin beschäftigt gewesen. Als ausgebildete Buchbinderin (allerdings ohne Nostri-

fikation in Österreich) habe sie dabei stets eine Vielzahl von Aufgaben erledigt, die auch über einfache Tischarbeiten (wie verpacken und kuvertieren) hinausgegangen seien. So habe sie als einzige Frau neben ihren männlichen Kollegen diverse Maschinen bedient, die zum Teil schwere körperliche Arbeit erfordert hätten. Dennoch sei ihr Gehalt als Helferin geringer als jenes ihrer männlichen Kollegen gewesen. Im Zuge Ihrer Arbeit sei es immer wieder zu Auseinandersetzungen mit Herrn B gekommen, der ihr unter anderem vorgeworfen habe, kein Deutsch zu verstehen und sie vor anderen Kollegen/innen herablassend behandelt habe. Ihren Anfragen über mögliche Lohnerhöhungen sei nicht oder nur sehr zögerlich und in sehr geringem Ausmaß nachgekommen worden. Da sich die Antragstellerin als alleinerziehende Mutter zweier Töchter auf diese Arbeitsstelle angewiesen gefühlt habe, sei sie trotz schwieriger Umstände in dieser Position verblieben. Bereits um Weihnachten 2007 habe Herr B Anmerkungen, wie etwa „die alte Frau“ oder „die kranke Frau“ bald zu kündigen, gemacht. Die Antragstellerin habe nach Arbeiten an den Maschinen an Schulterabnützung gelitten. Am 8. August 2008 sei die Antragstellerin schließlich im Alter von 49 Jahren gekündigt worden. Begründet sei dies mit angeblich notwendigen Einsparungsmaßnahmen worden. Kurze Zeit davor seien jedoch zwei männliche Kollegen neu eingestellt worden. Es liege aus Sicht der GAW daher die Vermutung nahe, dass die Antragstellerin aufgrund ihres Geschlechts, ihres Alters und ihrer ethnischen Zugehörigkeit bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (§ 3 Z 7 GIBG, § 17 Abs 1 Z 7 GIBG), in eventu bei der Festsetzung des Entgelts und bei den sonstigen Arbeitsbedingungen (§ 3 Z 2 und 6 GIBG, § 17 Abs. 1 Z 2 und 6 GIBG), in eventu durch Belästigung (§ 7 GIBG und § 21 GIBG) diskriminiert worden sei. Es werde somit um Abtretung der Angelegenheit an den dafür zuständigen Senat I der GBK ersucht.

Auf Grund des Beschlusses vom Senat II der GBK wurde diese Angelegenheit an dem Senat I der GBK zur weiteren Behandlung angetreten.

Zur Antragserweiterung durch die GAW für die Antragstellerin, Frau A, nahm die rechtsfreundliche Vertretung der Antragsgegnerin, X GmbH, gegenüber Senat I der GBK nach Abtretung des Antrages wie folgt Stellung:

Die Antragstellerin sei von 1996 bis 2002 im Unternehmen des Herrn J beschäftigt gewesen. Die Antragstellerin sei sodann zwei Jahre hindurch nicht beschäftigt gewe-

sen und habe ihre Tätigkeit am 2. November 2004 bei der Y KEG, der Rechtsvorgängerin der Antragsgegnerin, aufgenommen. Die Tätigkeit der Antragstellerin habe das Einrichten einer bestimmten Falzmaschine umfasst. So wie sämtliche anderen Mitarbeiter/innen der Antragsgegnerin, habe die Antragstellerin weiters diverse Tätigkeiten bzw. Bedienungen von bereits eingerichteten anderen Maschinen durchgeführt, wobei für diese Tätigkeiten keine spezielle Ausbildung erforderlich gewesen sei. Die Höhe der Entlohnung der Antragstellerin sei genau gleich gewesen, wie die ihrer männlichen Kollegen mit vergleichbarer Tätigkeit. Eine ethnische Diskriminierung der Antragsgegnerin habe nicht stattgefunden. Neben der Antragstellerin seien bei der Antragsgegnerin noch weitere Mitarbeiter/innen anderer Nationalität beschäftigt. Die Nationalität sei zu keinem Zeitpunkt ein Kriterium für die Beschäftigung oder für die Entlohnung bei der Antragsgegnerin gewesen. Die Antragstellerin sei insofern keine „alleinerziehende Mutter“ gewesen, als deren Töchter bereits zum Zeitpunkt des Arbeitsbeginnes bei der Antragsgegnerin verheiratet bzw. geschieden gewesen seien. Zum Zeitpunkt des Beginnes der Arbeitstätigkeit der Antragstellerin bei der Antragsgegnerin hätten sohin die Töchter der Antragstellerin bereits Unterhaltsansprüche gegenüber deren Ehemännern (bzw. geschiedenen Ehemännern) und nicht mehr gegenüber der Mutter gehabt. Das Argument der „Alleinerziehung“ werde von der Antragstellerin sohin zum Schein vorgebracht. Auch die anderen Behauptungen der Antragstellerin würden nicht den Tatsachen entsprechen. Zu keinem Zeitpunkt sei sie als „alte Frau“ oder „kranke Frau“ bezeichnet worden. Wie bereits zuvor angeführt, sei sie auch vollkommen gleich wie ihre männlichen, auch anderen Nationalitäten zugehörigen Kollegen, aber auch ihrer österreichischen, männlichen und weiblichen Kollegen/innen, behandelt worden. Die Antragstellerin habe zunächst einen Bruttolohn von € 1.470,50,-/brutto - 14 mal jährlich erhalten und habe bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses einen Monatsbruttolohn von € 1.719,73,-/brutto 14mal jährlich, ins Verdienen gebracht. Wenn die Antragstellerin Lohnerhöhungen verlangt habe (zuletzt etwa im Oktober 2007), sei darüber wie üblich mit dem Geschäftsführer der Antragsgegnerin verhandelt worden, und es sei auch immer ein Kompromiss gefunden worden. Allein der Vorgang, dass Lohnerhöhungen verhandelt worden seien, stelle ausgewiesener Maßen keine Diskriminierung dar.

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 getä-

tigten 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:

Hinsichtlich der Überprüfung der Verwirklichung des Tatbestandes einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bei der Festsetzung des Entgelts gemäß **§ 3 Z 2 GIBG** durch die 1. Antragsgegnerin, X GmbH ..., ist Folgendes festzuhalten:

Niemand darf auf Grund des Geschlechtes bei der Festsetzung des Entgelts unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden. Es ist jede benachteiligende Differenzierung als Diskriminierung zu sehen, die ohne sachliche Rechtfertigung erfolgt. Art. 141 EG-Vertrag verbietet nicht nur eine direkte, sondern auch eine indirekte Diskriminierung, wobei das Geschlecht als offizielles Unterscheidungsmerkmal verwendet wird. Unter der indirekten, mittelbaren, Diskriminierung versteht der Europäische Gerichtshof (EuGH) eine Unterscheidung, die zwar an einem vom Geschlecht verschiedenen Kriterium ansetzt, in ihrem Ergebnis aber wesentlich mehr Angehörige des einen als des anderen Geschlechts betrifft. Es kommt dabei nicht auf die Diskriminierungsabsicht an¹. Gemäß Art. 141 Abs. 2 EG-Vertrag fallen unter den Begriff „Entgelt“ neben dem üblichen Grund- und Mindestlohn auch alle sonstigen Vergütungen, die der/die Arbeitgeber/in auf Grund eines Arbeitsverhältnisses dem/der Arbeitnehmer/in unmittelbar oder mittelbar in bar oder in Sachleistungen zahlt. Nach dem EuGH fallen unter dem Entgeltbegriff unter anderem Löhne, Zulagen oder auch Prämien. Der Entgeltbegriff ist daher weit zu fassen, sodass man darunter alle Leistungen versteht, die ein/e Arbeitnehmer/in als Gegenleistung für das Zurverfügungstellung seiner/ihrer Arbeitskraft an den/die Arbeitgeber/in erhält.

Die Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand iSd §§ 3, 4, 6 oder 7 GIBG beruft, hat er/sie diesen gemäß § 12 Abs. 12 GIBG glaubhaft zu machen. Dem/Der Beklagten obliegt es bei Berufung auf §§ 3 oder 4 GIBG zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlich 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 vorliegt.

¹ Tomandl „Arbeitsrecht I“, 5. Aufl., S. 238

Voraussetzung, um zu überprüfen, ob der Grundsatz des gleichen Entgelts beachtet wird, ist die Nachvollziehbarkeit des Entlohnungssystems und seiner einzelnen Entgeltbestandteile.

Hiezu ist festzuhalten, dass es dem/der Arbeitgeber/in obliegt, das Gleichbehandlungsgebot in seinem/ihrer Unternehmen umzusetzen. Eine echte Transparenz, die wirksame Kontrolle erlaubt, ist nur dann gewährleistet, wenn dieser Grundsatz für jeden einzelnen Bestandteil des den Arbeitnehmer/innen gezahlten Entgelts gilt, und nicht nur im Wege einer Gesamtbetrachtung der diesen gewährten Vergütungen angewandt wird². Es sind deshalb geschlechtsneutrale Systeme der Arbeitsbewertung heranzuziehen. In diesen Systemen stehen die Anforderungen an Wissen und Können, an die Verantwortung, an sozialer Kompetenzen sowie Belastungen im Mittelpunkt. Die vorgenommene Bewertung hat umfassend, einheitlich abgefasst, sachlich, eindeutig und verständlich zu sein. Ein solches geschlechtsneutrales Arbeitsbewertungssystem muss den Arbeitnehmern/innen bekannt gemacht werden. Objektive Rechtfertigungsgründe für eine systematische Benachteiligung von Frauen durch ein völlig undurchschaubares Entlohnungssystem hat der/die Arbeitgeber/in zu beweisen³.

Der Senat I der GBK sah sich bei der Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes insbesondere mit der Frage konfrontiert, ob das Gehalt der Antragstellerin dem GIBG entsprechend festgesetzt worden ist. Die Antragstellerin hat sich auf das Gleichbehandlungsgebot iSd § 3 GIBG berufen und hat vorgebracht, dass ihre schlechtere Bezahlung bei gleicher Qualifikation jedenfalls eine verbotene Diskriminierung auf Grund des Geschlechts darstellt.

In der Antragsergänzung der GAW wurde vorgebracht, dass die Antragstellerin stets Tätigkeiten zu erledigen gehabt habe, die über die einfachen Tischarbeiten von Helfern/innen hinausgegangen sei. Sie habe sowohl an der Schneide- als auch an der Falzmaschine gearbeitet. Sie habe erst kurz vor der Kündigung durch die 1. Antragsgegnerin eine Gehaltserhöhung bekommen, und habe dann immer noch weniger als die männlichen Kollegen, die an den Maschinen gearbeitet hätten, verdient.

Die 1. Antragsgegnerin bestritt in der mündlichen Befragung erneut die Vorwürfe der Antragstellerin. Die Antragstellerin sei korrekt als Helferin eingestuft worden und ha-

² EuGH-Urteil vom 27.5.2004, Rs. C-285/02 – „Elsner-Lakenberg“

³ Tomandl „Arbeitsrecht I“ 5. Aufl., S. 241; EuGH-Urteil vom 17.10.1989 –Rs. 109/88 – „Danfoss“

be im Oktober eine Gehaltserhöhung um € 170,- bekommen. Die Antragstellerin habe ursprünglich eine Gehaltserhöhung um € 300,- gewollt. Dies sei ihm aus wirtschaftlichen Gründen zu viel gewesen. Man habe sich schließlich auf € 170,- geeinigt. Sie sei dadurch auf ein Gehalt von € 1.719,73,- brutto/Monat gekommen. Der 1. Antragsgegner bestätigte in seiner Befragung, dass die Antragstellerin an der Falzmaschine gearbeitet habe und diverse Tischarbeiten gemacht habe. Die 1. Antragsgegnerin besitze drei Falzmaschinen, die größer als die der Antragstellerin gewesen seien, und an dieser Maschine hätten nur die männlichen Mitarbeiter gearbeitet. Für die Tischarbeiten habe er zwei Damen beschäftigt, denen er ca. € 1.400,- brutto/Monat bezahle.

Demgegenüber beziehe Herr C, der eine Meisterprüfung absolviert habe und sein Stellvertreter sei, und habe deshalb € 2.150,-. Er arbeite an diversen Maschinen und falze auch. Herr D bediene eine Falzmaschine und arbeite an den großen schweren Maschinen in der Buchbinderei, der € 1.750,- verdient habe. Herr E sei zwar vom Kollektivvertrag her „nur“ als Helfer einzustufen, arbeite aber auf einem Sammelhefter, der sechs Stationen und drei Schneider hätte. Herr E bediene diese spezielle Maschine alleine und sei ein „Spitzenmann“ auf diesem Gerät. Er verlange ein dementsprechendes Entgelt.

Hierzu ist festzuhalten, dass es dem/der Arbeitgeber/in obliegt, dass Gleichbehandlungsgebot in seinem/ihrem Unternehmen umzusetzen. Er/Sie soll auf Grund der Wertigkeit der Tätigkeiten ein ausgewogenes Gehaltsschema im Unternehmen schaffen. Es ist daher bei der Festsetzung des Entgelts eines/r Arbeitnehmers/in stets vom tatsächlichen Inhalt der Tätigkeit auszugehen.

Nach Durchführung des Ermittlungsverfahrens steht es für den erkennenden Senat außer Frage, dass die Antragstellerin von der Antragsgegnerin in die richtige Verwendungsgruppe eingereiht worden ist. Die Antragstellerin ist ausgebildete Buchbinderin. Sie hat ihre Ausbildung zur Buchbinderin in Bosnien-Herzegowina absolviert und hat dort bis zum Ausbruch des Bosnienkrieges als Buchbinderin gearbeitet. Ihre abgeschlossene Ausbildung ist jedoch nicht in Österreich nostrifiziert. Der auf dieses Arbeitsverhältnis anzuwendende Kollektivvertrag (KV) ... sieht ... verschiedene Lohngruppen vor. Die Antragstellerin ist richtigerweise ... in die Lohngruppe ... eingestuft worden. Die Lohngruppe ... umfasst folgende Tätigkeiten vor: Bedienen von Maschinen sowie Behebung von kleineren Störungen (z.B. Anleim- und Klebmaschinen, Schüttelmaschinen unter Papierformat 5400 cm², Heftautomaten, Register-

maschinen, sonstigen Falz- und Heftmaschinen), Bedienen von Maschinen der Lohngruppen ..., manuelles Zusammentragen, Transport- und Lagerarbeiter/innen, Tagportiere/innen und Bediener/innen. Da keine nostrifizierten Zeugnisse der Antragstellerin vorliegen, war auf Grund ihrer Tätigkeiten bei der 1. Antragsgegnerin keine andere Einstufung möglich. Die Antragstellerin war eine tüchtige und fleißige Arbeiterin, die über viele Fachkenntnisse verfügt hat. Das hat auch der 2. Antragsgegner bestätigt. Sie war im Betrieb universell einsetzbar. Wie viele andere ausländische Facharbeiter/innen, deren Fachausbildung nicht nostrifiziert worden ist, ist die Antragstellerin dadurch unterqualifiziert eingesetzt bzw. bezahlt worden.

Für den Senat I der GBK war im vorliegenden Fall allerdings fraglich, ob die Antragstellerin ein ihren Tätigkeiten entsprechendes Gehalt innerhalb der Lohngruppe ... erhalten hat. Es ist die Aufgabe des Senates I der GBK zu überprüfen, ob die von der 1. Antragsgegnerin vorgenommene Entlohnung der Antragstellerin transparent, durch objektive Fakten untermauert und sachlich nachvollziehbar ist.

Nach den glaubhaften und objektiv nachvollziehbaren Angaben der Antragstellerin, die durch die Aussagen der Auskunftspersonen bestätigt worden sind, ergab sich, dass die Antragstellerin mit der Gehaltserhöhung im Oktober 2007 auf € 1.719,73,- brutto/Monat ein ihren Tätigkeiten angemessenes Gehalt in der Lohngruppe ... des KV erhalten hat. Aus den dem erkennenden Senat vorliegenden Gehaltszetteln der Antragstellerin aus den Jahren 2005 und 2006 ergibt sich eine geschlechtsspezifische Gehaltsdiskriminierung. Diese Gehaltsdiskriminierung hat auch noch bis zur Gehaltserhöhung im Oktober 2007 angedauert. Die Gehaltsdiskriminierung in den vorgehenden Jahren wird durch die später erfolgte korrekte Bezahlung nicht aufgehoben.

Die Antragstellerin hat jahrelang ein Gehalt in der Höhe der beiden Helferinnen erhalten, die nur Tischarbeiten gemacht haben, und nicht wie die Antragstellerin Maschinen bedient habe. Es haben alle Auskunftspersonen übereinstimmend angegeben, dass die Antragstellerin höherwertige Tätigkeiten als reine Tischarbeiten erledigt hat. Die Arbeitsleistungen der Antragstellerin waren im Wesentlichen gleichartig und „annähernd gleichwertig“ mit denen von Herrn F und Herrn D.

Das Ermittlungsverfahren ergab, dass die Antragstellerin genauso wie die beiden Vergleichspersonen eine Falzmaschine alleine bedienen konnte. Herr D verdiente korrekterweise ein wenig mehr, da er vertretungsweise am großen Sammelhefter gemeinsam mit Herrn C für Herrn E arbeitete.

Der OGH hat in seiner Rechtsprechung festgehalten, dass der/die Arbeitgeber/in von sich aus verpflichtet ist, dass gleiche Entgelt bei gleicher bzw. gleichwertiger Arbeit zu bezahlen⁴. Nach Ansicht des OGH ist bei der Beurteilung der Frage, inwieweit diese Diskriminierung überdies auch als geschlechtsspezifisch für bescheinigt zu gelten hat, ist das gesellschaftliche Umfeld nicht außer Acht zu lassen. Es ist offenkundig, dass Frauen in Österreich im Allgemeinen statistisch gesehen niedriger entlohnt werden als männliche Arbeitnehmer⁵.

Frauen sind auch häufiger als Männer bereit, weniger gut bezahlte Tätigkeiten anzunehmen, zumal ihre Arbeit oft bereits im Rahmen der Arbeitsbewertung als weniger schwierig und damit geringwertig eingestuft wird⁶. Die Vermutung der Diskriminierung ist dadurch widerlegt, dass die Unterscheidung bei Abwägung aller Umstände sachlich gerechtfertigt war und folglich es wahrscheinlich ist, dass ein anderes Motiv für die unterschiedliche Entlohnung ausschlaggebend war. Die vom erkennenden Senat durchgeführten Befragungen ergaben, dass sich die Antragstellerin wiederholt über ihr niedriges Gehalt beschwert hat. Im Verfahren konnte eindeutig festgestellt werden, dass die Antragstellerin weitaus schwierigere Tätigkeiten als Frau H und Frau I zu erledigen hatte.

Im Sinne der im GIBG vorgesehenen Beweislastverteilung hätte die 1. Antragsgegnerin darlegen müssen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlich ist, dass ein anderes von ihr glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder das andere Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist oder ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.

Es ist der 1. Antragsgegnerin mit ihrem Vorbringen nicht gelungen, den Senat I der GBK zu überzeugen, dass sie nach objektiven und transparenten Kriterien das Entgelt für die Antragstellerin festgesetzt hat. Nach der Rechtsprechung des EuGH muss die betroffene Person nicht mehr beweisen, dass eine Diskriminierung vorliegt, wenn sich der/die Arbeitgeber/in nicht „frei beweisen“ kann. Wenn der/die Arbeitge-

⁴ OGH vom 20.1998, 9 ObA 350/97d

⁵ Statistische Nachrichten 10/1997, 835; Wolf/Wolf, Wieviel weniger.....Einkommensunterschiede zwischen Frauen und Männern in Österreich, 15 ff – BM f. Arbeit und Soziales; Frauenbericht 1995, 269, 348 f – BM f. Frauenangelegenheiten; Bericht über die soziale Lage 1995, 89/90 – BM f. Arbeit und Soziales

⁶ OGH 9 ObA 46/04m, DRdA 2005/34 Eichinger sowie Rebhahn in Rebhahn GIBG § 5 Rz 68

ber/in keine transparente, objektive und nachvollziehbare Kriterien für die Gehaltsfestsetzung anbieten kann, um so erklären, wieso es zu einer Ungleichbehandlung zwischen einer Mitarbeiterin und einem Mitarbeiter gekommen ist. Das Gemeinschaftsrecht⁷ verlangt keine Umkehr der Beweislastverlagerung⁸. Die RL 97/80/EG kodifizierte die Rechtsprechung des EuGH⁹, nach der sich die Beweislast, die grundsätzlich der/die Arbeitnehmer/in trägt, „umkehren“ kann, wenn sich das als notwendig erweist, um Arbeitnehmern/innen, die anscheinend Opfer einer Diskriminierung sind, nicht jedes wirksame Mittel zu nehmen, um die Einhaltung des Grundsatzes des gleichen Entgelts durchzusetzen. Sowohl nach nationalem Recht als auch nach Gemeinschaftsrecht hat die klagende Partei diejenigen Tatsachen, die eine Diskriminierung vermuten lassen, glaubhaft zu machen. Erst wenn der klagenden Partei die Glaubhaftmachung von Umständen, die einen Zusammenhang zwischen dem Geschlecht und der Festsetzung des Entgelts indizieren, gelungen ist, geht die Beweislast auf den/die Arbeitgeber/in über¹⁰.

Auffallend war für den Senat I der GBK in Hinblick auf eine geschlechtsspezifische Diskriminierung durch die 1. Antragsgegnerin auch, dass der 2. Antragsgegner in der mündlichen Befragung ergänzend angegeben hat, dass er die Löhne seiner Mitarbeiter/innen, die schon bei seinem Vater gearbeitet hätten und von ihm übernommen worden seien, weiterhin in der bisherigen Höhe ausbezahlt habe. Die Löhne innerhalb einer Lohngruppe würden von den Maschinenkenntnissen und vom Arbeitsaufwand abhängen. Die 1. Antragsgegnerin bezahle allen Mitarbeitern/innen ein über kollektivvertragliches Entgelt. Die 1. Antragsgegnerin hat sich offenbar gerade bei der Antragstellerin aufgestellten Kriterien für Entgeltfindung orientiert. Die Fachkenntnisse der Antragstellerin bezüglich Falz- und Schneidemaschinen sowie ihre schwere Arbeit sind bis zur Gehaltserhöhung im Oktober 2007 nicht in die Entgeltfindung eingeflossen. Die 1. Antragsgegnerin hätte auch nicht ohne Überprüfung die früheren Löhne, ob diese für die jeweiligen Arbeitsleistungen angemessen sind, übernehmen dürfen. Wenn die Antragstellerin nicht wiederholt auf eine Gehaltserhöhung gedrängt hätte, wäre ihr Gehalt wahrscheinlich nicht angepasst worden. Es dürfte auch bei der

⁷ Art. 4 Abs. 1 BeweislastRL 97/80/EG, AntidiskriminierungsRL 2000/43/EG (Art. 8) bzw. 2000/78/EG (Art. 10)

⁸ Gahleitner zu 9 ObA 801/94 in ZAS 1996/11

⁹ vgl. EuGH vom 10.3.2005, C-196/02, Nikoloudi

¹⁰ vgl. OGH ObA 177/07f

Antragsgegnerin so gewesen sein, dass man mehr auf die Mitarbeiter als auf die Mitarbeiterinnen „schaut“.

Es liegt folglich **Diskriminierung** auf Grund des Geschlechts bei der **Festsetzung des Entgelts** gegenüber der Antragstellerin vor.

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 1. Antragsgegnerin, X GmbH, 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 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 wurde das Arbeitsverhältnis der Antragstellerin durch Kündigung der 1. Antragsgegnerin beendet.

Die 1. Antragsgegnerin hat in ihrem Vorbringen darauf hingewiesen, dass keine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts vorliegt, die Kündigung sei ausschließlich aus wirtschaftlichen Gründen erfolgt. Die 1. Antragsgegnerin habe auf der Maschine, die von der Antragstellerin bedient worden sei, den erforderlichen mengenmäßigen Auftrag nicht mehr bekommen. Es habe sich im Unternehmen keine Arbeit für die Antragstellerin gefunden. Der 2. Antragsgegner sei mit der Arbeit der Antragstellerin immer sehr zufrieden gewesen. Er habe sie ja extra eingestellt. Allerdings sei sie die Mitarbeiterin im Betrieb, die am kürzesten eingestellt gewesen sei. In dieser Branche müsse man eng kalkulieren. Die 1. Antragsgegnerin hat in der mündlichen Befragung bekräftigt, dass, falls es wirtschaftlich wieder tragbar sei, die Antragstellerin wieder einstellen würde, da sie eine tüchtige Mitarbeiterin sei.

Es stellte sich nunmehr für den Senat I der GBK die Frage, ob die Antragstellerin bei der Kündigung durch die 1. Antragsgegnerin diskriminiert worden ist, in dem man ihr Arbeitsverhältnis aus wirtschaftlichen Gründen beendet hat, währenddessen man gleichzeitig zwei Männer neu eingestellt hat.

Im Ermittlungsverfahren konnte festgestellt werden, dass Herr F und Herr G 2007 und 2008 von der 1. Antragsgegnerin eingestellt worden sind. Herr G hat die Meisterprüfung abgelegt und hat am Drehschneider, an der Schneidemaschine und am Klebebinder gearbeitet. Herr F ist taubstumm und hat an der Zusammentragmaschine gearbeitet. Herr F hat im Frühjahr 2008 zu arbeiten begonnen. Nach Ansicht des Senates I der GBK ist die Kündigung nicht aus diskriminierenden Gründen erfolgt. Die 1. Antragsgegnerin konnte glaubhaft vorbringen, dass der ausgebliebene Großauftrag für die Maschine, die nur von der Antragstellerin bedient worden ist, der Grund für die Kündigung gewesen ist. Es wurde nachdrücklich versichert, dass, wenn sich die wirtschaftliche Lage bessert, die Antragstellerin wieder einstellen würde. Man hätte sie anderweitig nicht einsetzen können, die für die Arbeit am Drehschneider das Wissen eines/r Meisters/in von Nöten ist. Der Drehschneider ist ein sehr schweres Gerät, und dadurch ist dies eine sehr schwere körperliche Arbeit, für die Herr G eigens eingestellt worden ist. Herr F, der an der Zusammentragmaschine gearbeitet hat und ebenso eigens für diese Arbeit eingestellt worden ist. Da Herr F taubstumm ist, hätte dies eine viel größere soziale Härte bedeutet, da dieser viel schwerer eine neue Arbeit als die Antragstellerin findet. Zu bemerken ist, dass erst nach Ablauf von sechs Monaten Herr F kündigungsgeschützt gewesen ist, und eine Kündigung nur mit Zustimmung des Bundessozialamtes möglich gewesen wäre. Zum Zeitpunkt der Kündigung der Antragstellerin wäre an sich die Kündigung von Herrn F leichter möglich gewesen. Dies bekräftigte den Eindruck des erkennenden Senates, dass die 1. Antragsgegnerin genau abgewogen hat, bei welchem/r Mitarbeiter/in die Beendigung des Arbeitsverhältnisses unausweichlich gewesen ist. Daneben war ein Mitgrund, dass es in der Firma immer Streitigkeiten in Zusammenhang mit der Antragstellerin gegeben hat. Auf Grund ihres Traumas aus dem Bosnienkrieg war der Umgang mit der Antragstellerin sicherlich nicht ganz einfach.

Aus diesem – auch für den Senat I – nachvollziehbaren Beweggrund wurde das Arbeitsverhältnis mit der Antragstellerin beendet. Die 1. Antragsgegnerin ist als GmbH ein wirtschaftliches Unternehmen auf Erzielung eines Gewinnes ausgerichtet, und konnte es sich nicht leisten eine Mitarbeiterin weiterhin zu beschäftigen, für die es keine Arbeit gegeben hat. Es ergaben sich für den Senat I der GBK im Verfahren keinerlei Anhaltspunkte, dass dem nicht so sein könnte.

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

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des Alters bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß **§ 17 Abs. 1 Z 7 GIBG** durch die 1. Antragsgegnerin, X GmbH, verwirklicht worden ist, wurde folgender Beurteilung unterzogen:

Der Geltungsbereich der beiden AntidiskriminierungsRL 2000/43/EG und 2000/78/EG erstreckt sich auch auf die „Entlassungsbedingungen“¹¹.

§ 17 Abs. 1 Z 7 GIBG verbietet in Umsetzung der RL-Vorgaben die unmittelbare und mittelbare Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Nach § 19 GIBG liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person auf Grund eines in § 17 GIBG genannten Grundes in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einer ethnischen Gruppe angehören, oder Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung, eines bestimmten Alters oder mit einer bestimmten sexuellen Orientierung gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich. Eine Diskriminierung liegt auch bei einer Anweisung zur Diskriminierung vor.

Da § 17 Abs. 1 Z 7 GIBG dem § 3 Z 7 GIBG nachgebildet wurde, ist von einem gemeinsamen Begriffsverständnis auszugehen. Es wird daher auf die Ausführungen zu § 3 Z 7 GIBG verwiesen.

Während bezüglich des Verbotes der Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung sowie der sexuellen Orientierung keine wesentliche Unterschiede gegenüber der Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes vorliegen, kommt hinsichtlich der Diskriminierung auf Grund des Alters den Ausnahmebestimmungen gemäß § 20 Abs. 3-5 GIBG besondere Bedeutung zu.

¹¹ vgl. jeweils Art. 3 Abs. 1 lit. c

§ 20 Abs. 3 und 4 GIBG folgt nahezu wörtlich dem Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG. § 20 Abs. 5 GIBG folgt wiederum nahezu wörtlich Art. 6 Abs. 2 RL 2000/78/EG¹².

Grundsätzlich kann das Anknüpfen an jedes Lebensalter diskriminierend sein, wenn nicht besondere Rechtfertigungsgründe vorliegen. Es sind alle Arbeitnehmer/innen unabhängig von einem Mindest- oder Höchstalter geschützt, es sei denn, spezifische Ausbildungsverordnungen erfordern, die Festsetzung eines Höchstalters für eine Einstellung. Ebenso sind Vorschriften unzulässig, welche insbesondere den Einstieg in eine bestimmte Laufbahn nur bis zu einem bestimmten Alter gestatten, sowie Diskriminierungen auf Grund des jugendlichen Alters¹³.

Rechtfertigungsgründe, auf Grund dessen eine Anknüpfung an ein Altersmerkmal nicht diskriminierend sein kann, wurden vom Gesetzgeber in § 20 GIBG geregelt. Hier finden sich Ausnahmebestimmungen, die eine Ungleichbehandlung nur unter ganz bestimmten außergewöhnlichen Umständen rechtfertigen. Es soll zum Beispiel keine Ungleichbehandlung vorliegen, wenn sie objektiv und angemessen sowie die Mittel zur Erreichung bestimmter demonstrativ aufgezählter Ziele, angemessen sind. Die RL 2000/78/EG nennt als wesentliches Diskriminierungsverbot auf Grund des Alters die Erhöhung des Anteils älterer Arbeitnehmer/innen an der Erwerbsbevölkerung, ins besondere im Bereich der Beschäftigungspolitik, des Arbeitsmarktes und der beruflichen Bildung.

Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn ein/e Arbeitnehmer/in auf Grund seines/ihrer Alters in einer vergleichbaren Situation gegenüber einer anderen Person benachteiligt wird. Bei einer mittelbaren Diskriminierung werden dem Anschein nach neutrale Kriterien angewendet, die Angehörige einer bestimmten Altersgruppe benachteiligen. Daher setzen sich Regelungen, die unmittelbar an das Lebensalter der Arbeitnehmer/innen anknüpfen, dem Verdacht einer unmittelbaren Diskriminierung aus. Kein legitimer Zweck ist somit ein unternehmerisches Konzept, das auf jugendliche Dynamik setzt. Eine Differenzierung nach dem Alter kann auch nicht gerechtfertigt werden, dass der/die ältere Arbeitnehmer/in teurer sei als der/die junge. Reine Kostenargumente iSv rein wirtschaftlichen Gründen können keine Differenzierung rechtfertigen. Gemäß § 26 Abs. 12 GIBG hat eine betroffene Person, die sich auf dem Diskriminierungstatbestand gemäß §§ 17, 18 oder 21 GIBG beruft, diesen

¹² Mayr/Hopf/Eichinger, Kommentar zum GIBG, Rz 125, 126

¹³ so RV BlgNR 22., GP, 15

glaubhaft zu machen. Dem/Der Beklagten obliegt es zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlich ist, dass es ein anderes als vom/von der Beklagten glaubhaft gemachten Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund gemäß §§ 19 Abs. oder 20 GIBG vorliegt.

Das Erreichen eines bestimmten Alters, die Antragstellerin ist Geburtsjahrgang 1959, ist nicht nur für Arbeitgeber/innen und Arbeitnehmer/innen ein häufiges Motiv für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern findet sich im österreichischen Recht auch in diversen Gesetzen (z.B. 32 Abs. 2 Z 7 GIBG und 8 VBG) und Arbeitsverträgen als normierter oder vereinbarter Kündigungsgrund. Es wurde durch die jüngere Rechtsprechung des OGH klargestellt, dass ein bestimmtes Alter allein noch keinen sachlichen Grund zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses bildet.

Dem Senat I der GBK obliegt nunmehr zu überprüfen, ob die 1. Antragsgegnerin in ihrem Vorbringen darlegen konnte, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes als das von der Antragstellerin glaubhaft Motiv (Diskriminierung auf Grunds des Alters) für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund iSd §§ 19 oder 20 GIBG vorliegt.

Die Antragstellerin bekräftigte im Verfahren ihre Auffassung, dass sie unter anderem deshalb gekündigt worden ist, weil sie der 1. Antragsgegnerin zu alt gewesen sei. Demgegenüber habe die 1. Antragsgegnerin zwei jüngere Mitarbeiter eingestellt und sie gekündigt.

Die 1. Antragsgegnerin hat das Arbeitsverhältnis mit der Antragstellerin beendet, da – wie bereits festgestellt – ein Großauftrag auf der Maschine, die von der Antragstellerin bedient worden ist, ausgeblieben und momentan auch nicht mehr benützt wird. Im Zuge des Verfahrens stellte sich heraus, dass die Antragstellerin nicht auf Grund ihres Alters bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses diskriminiert worden ist. Auf Grund der dem Senat vorgelegten Unterlagen und der Aussagen der befragten Personen konnte von der 1. Antragsgegnerin glaubhaft dargelegt werden, dass bei der Kündigung der Antragstellerin nicht an das Alter angeknüpft worden ist. Der 2. Antragsgegner hat 2004 extra bei der Antragstellerin angefragt, ob sie für seine Firma wieder arbeiten könne. Nach dem Konkurs des Vorgängerbetriebes, den der Vater des 2. Antragsgegners geführt hat, hat die Antragstellerin zwischenzeitlich bei einer anderen Druckerei zu arbeiten begonnen. 2004 war die Antragstellerin 45 Jahre alt, ein Alter, das am österreichischen Arbeitsmarkt Schwierigkeiten bei der Ar-

beitssuche mit sich bringen kann. Es war für den Senat I der GBK nicht nachvollziehbar, wieso der 2. Antragsgegner die Antragstellerin 2004 extra in der Druckerei anstellen hätte sollen, um sie einige Jahre später auf Grund ihres Alters zu kündigen. Für den Geschäftsführer war das Alter der Antragstellerin offensichtlich kein Problem. Das Mitarbeiter/innenteam ist von der Altersstruktur gemischt, wobei die Anzahl von Mitarbeiter/innen über 40 Jahre einen erheblichen Anteil ausmacht. Bei Würdigung der Gesamtumstände hat der Senat I den Eindruck gewonnen, dass das Alter kein Kriterium für die Kündigung war.

Eine **Diskriminierung** auf Grund des **Alters** bei **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gegenüber der Antragstellerin liegt daher **nicht** vor.

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund der **ethnischen Herkunft** bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß **§ 17 Abs. 1 Z 7 GIBG** durch die 1. Antragsgegnerin, X GmbH, verwirklicht worden ist, wurde folgender Beurteilung unterzogen:

Nach § 17 Abs. 1 GIBG darf niemand auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden. Nach § 19 GIBG liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person auf Grund eines in § 17 GIBG genannten Grundes in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einer ethnischen Gruppe angehören, oder Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung, eines bestimmten Alters oder mit einer bestimmten sexuellen Orientierung gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich. Eine Diskriminierung liegt auch bei einer Anweisung zur Diskriminierung vor.

Hinsichtlich des vom Gesetzgeber verwendeten unbestimmten Gesetzesbegriffes „ethnische Zugehörigkeit“ ist anzumerken, dass dieser iSd RL 2000/43/EG vom 29. Juli 2000 nicht so verstanden werden darf, dass es auf biologische Verwandt-

schaftsverhältnisse ankommt, die zu einer bestimmten Volksgruppe bestehen. Die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage des GIBG betonen daher entsprechend weit auszulegen ist, und es sich bei dem verwendeten Terminus um eine kulturell orientierte Definition ethnischer Diskriminierung handelt. Demzufolge ist vor allem auf die Wahrnehmung einer Person als „fremdartig“ durch eine (regionale) Mehrheit abzustellen und jeweils ein Vergleich im Einzelfall anzustellen. Auch bei Ethnien handelt es sich um imaginierte Gemeinschaften, die durch Bekenntnis oder Fremdzuschreibung entstehen können und sich nicht allein auf biologische oder sonstige tatsächliche Unterscheidungen stützen können. Sie bezieht sich auf Gemeinsamkeiten von Menschen, die sich auf Grund ihrer Hautfarbe, Herkunft, Religion, Sprache, Kultur oder Sitten ergibt (RV 307 BlgNR. 22. GP, 14). Eine häufige Erscheinungsform sind Diskriminierungen wegen eines äußerlichen Merkmals, wie zum Beispiel einer als fremd angesehenen Muttersprache oder die Hautfarbe. Es handelt sich hierbei um Merkmale, die die Betroffenen nicht ändern können.

Da das Gleichbehandlungsgebot auf Grund der ethnischen Herkunft gemäß § 17 Abs. 1 Z 7 GIBG jenem dem auf Grund des Geschlechts und des Alters bestehenden Gleichbehandlungsgebot weitgehend entspricht, wird daher auf die bereits dargelegten Ausführungen zu § 3 Z 7 GIBG und § 17 Abs. 1 Z 7 GIBG verwiesen. Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn ein/e Arbeitnehmer/in auf Grund seiner/ihrer ethnischen Herkunft in einer vergleichbaren Situation gegenüber einer anderen Person benachteiligt wird. Bei einer mittelbaren Diskriminierung werden dem Anschein nach neutrale Kriterien angewendet, die Angehörige einer bestimmten Altersgruppe benachteiligen. Gemäß § 26 Abs. 12 GIBG hat eine betroffene Person, die sich auf dem Diskriminierungstatbestand gemäß §§ 17, 18 oder 21 GIBG beruft, diesen glaubhaft zu machen. Dem/Der Beklagten obliegt es zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlich ist, dass es ein anderes als vom/von der Beklagten glaubhaft gemachten Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund gemäß §§ 19 Abs. oder 20 GIBG vorliegt. Gemäß § 20 Abs. 1 GIBG liegt demnach keine Diskriminierung vor, wenn bei Ungleichbehandlung auf Grund der ethnischen Herkunft auf Grund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt und sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.

Ergänzend ist zu betonen, dass die in § 17 Abs. 1 GIBG genannten Merkmale – d.h. im folgenden Fall, die ethnische Zugehörigkeit - im Allgemeinen keine relevanten Kriterien für Entscheidungen über die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses sind. Bei der Auflösung eines Arbeitsverhältnisses muss deshalb außer Betracht bleiben, dass ein/e Mitarbeiter/in eines dieser geschützten Merkmale aufweist¹⁴. Es kann allerdings ein Ausnahmetatbestand des § 20 GIBG vorliegen oder eine positive Maßnahme zur Förderung der Gleichstellung in Bezug auf ein geschütztes Merkmal ergriffen werden. Im vorliegenden Fall war insbesondere strittig, ob die 1. Antragsgegnerin - neben den bereits erwähnten Gründen – das Arbeitsverhältnis mit der Antragstellerin durch eine Kündigung unter anderem deshalb beendet hat, weil sie einen Migrationshintergrund hat und gleichzeitig zwei Österreicher eingestellt worden sind. Dies wurde von der Antragsgegnerin in der mündlichen Befragung nochmals bestritten.

Vorweg wird festgehalten, dass die Antragstellerin österreichische Staatsbürgerin ist. Die Möglichkeit, dass sich die Antragstellerin auf den Diskriminierungstatbestand der ethnischen Diskriminierung iSd § 17 Abs. 1 GIBG berufen kann, liegt daran, dass die Antragstellerin einen Migrationshintergrund hat. Die Antragstellerin ist auf Grund des Bosnienkrieges nach Österreich gekommen und bekam in weiterer Folge die österreichische Staatsbürgerschaft. Dadurch ist die Antragstellerin durch den § 17 Abs. 1 GIBG geschützt.

In den Befragungen und aus den vorliegenden Unterlagen hat sich der Vorwurf der ethnischen Diskriminierung nicht bestätigen lassen. Im Unternehmen sind zahlreiche Personen ausländischer Herkunft bzw. mit Migrationshintergrund beschäftigt. Es wird auch auf das im Bezug auf die Überprüfung des Vorliegens einer Altersdiskriminierung Gesagte verwiesen. Der Geschäftsführer wusste bereits bei ihrer Einstellung, dass sie einen Migrationshintergrund hat. Das war für die 1. Antragsgegnerin kein Hindernis, die Antragstellerin einzustellen, im Gegenteil, der Geschäftsführer ist eigens auf die Antragstellerin zugegangen und hat sie schließlich eingestellt. Die Antragstellerin war davor schon im Vorgängerbetrieb der 1. Antragsgegnerin tätig. Da die Antragstellerin, wie auch vom 2. Antragsgegner hervorgehoben, eine sehr gute und tüchtige Mitarbeiterin war, wurde sie von der 1. Antragsgegnerin eingestellt. Es waren wirtschaftliche Gründe – der Wegfall eines Auftrages und Stilllegung der Maschine, die von der Antragstellerin bedient worden ist, die letztlich zur Kündigung der Antragstellerin geführt haben. Es konnte vom erkennenden Senat auf Grund der Ver-

¹⁴ vgl. Windischgrätz in Rebhahn, Kommentar zum GIBG, § 17 GIBG, Rz 1

fahrenergebnissen ausgeschlossen werden, dass der Grund für die Kündigung darin gelegen ist, die Antragstellerin durch zwei Österreicher zu ersetzen. Abschließend hält der Senat I der GBK fest, dass die bestverdienende Person im Mitarbeiter/innenteam der 1. Antragsgegnerin einen Migrationshintergrund hat.

Es liegt daher keine Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber der Antragstellerin vor.

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts durch eine geschlechtsbezogene Belästigung durch Herrn B gemäß **§ 7 Abs. 1 Z 1 GIBG** verwirklicht worden ist, ist zunächst folgendes zu bemerken:

Da nicht jede geschlechtsbezogene Belästigung sexueller Natur sein muss, war es notwendig, einen weiteren Diskriminierungstatbestand in das GIBG einzuführen. Der Begriff der geschlechtsbezogenen Belästigung entspricht zwar weitgehend der Definition der sexuellen Belästigung, liegt jedoch außerhalb der sexuellen Sphäre. Als Beispiele können folgende genannt werden: wiederholtes Erzählen von Witzen oder Behauptungen, die Frauen als dumm oder besonders ungeschickt abqualifizieren; Schaffung eines für Frauen unangenehmen Betriebsklimas durch frauenfeindliche Handlungen und Äußerungen, die keinen sexuellen Bezug haben.

Eine der möglichen Erscheinungsformen der geschlechtsbezogenen Belästigung ist Mobbing, sofern es auf Grund des Geschlechts geschieht. Bisher gibt es keinen einheitlichen Mobbingbegriff. Wenn man die vorliegende Literatur¹⁵ und Judikatur berücksichtigt, so ist Mobbing auf Grund des Geschlechts jedenfalls vom Diskriminierungsverbot der sexuellen oder geschlechtsbezogenen Belästigung erfasst. Auch bei der geschlechtsbezogenen Belästigung ist Haftung verschuldensunabhängig, d.h. es kommt nicht auf eine subjektive Motivation oder Empfindung der Belästiger/in an. Es ist daher weder Vorsatz des Belästigers/der Belästigerin zu belästigendem Verhalten noch dessen/deren Absicht, tatsächlich derartige Handlungen setzen zu wollen, erforderlich. Der Tatbestand der geschlechtsbezogenen Belästigung verlangt ein belästigendes Verhalten, das außerhalb der sexuellen Sphäre steht und für den/die Belästiger/in erkennbar, von der belästigten Person nicht erwünscht ist.

¹⁵ vgl. Smutny/Hopf, Mobbing – auf dem Weg zum Rechtsbegriff? – Eine Bestandsaufnahme, DRdA 2003, S. 110 ff

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 §§ 6 oder 7 GIBG zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlich ist, dass die vom/von der Antragsgegner/in glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

Aus dem vorliegenden Sachverhalt und nach der Durchführung des Ermittlungsverfahrens lässt nichts darauf schließen, dass der Geschäftsführer die Antragstellerin durch eine geschlechtsbezogene Verhaltensweise belästigt hat. Eine geschlechtsbezogene Belästigung iSd § 7 Abs. Z 2 GIBG liegt auch dann vor, wenn der Umstand, dass die betroffene Person ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten seitens des/der Arbeitgeber/in oder von Vorgesetzten oder Kollegen/innen zurückweist oder duldet, ausdrücklich oder stillschweigend zur Grundlage einer Entscheidung mit Auswirkungen auf den Zugang dieser Person zur Berufsausbildung, Beschäftigung, Weiterbeschäftigung, Beförderung oder Entlohnung oder zur Grundlage einer anderen Entscheidung in der Arbeitswelt gemacht wird. Die Antragstellerin konnte in ihrer Befragung dem erkennenden Senat nicht ausreichend schlüssig glaubhaft machen, dass der Geschäftsführer die Würde der Antragstellerin in einer derartigen Weise beeinträchtigt hat. Der Vorwurf wurde vom 2. Antragsgegner stets vehement bestritten.

Keine der befragten Auskunftspersonen Personen haben jemals gehört, dass der Geschäftsführer die Antragstellerin als alte, kranke Frau bezeichnet hat. Auch sonst verneinten die Auskunftspersonen den Umstand, dass der 2. Antragsgegner die Antragstellerin durch andere Bemerkungen belästigt hat. Die Befragungen ergaben im Weiteren, dass die Antragstellerin immer wieder mit ihrem Chef gestritten hat.

Es ist anscheinend auch zu einer lautstarken Auseinandersetzung gekommen ist. Dies wurde auch vom 2. Antragsgegner bestätigt. Er habe mit der Antragstellerin anlässlich ihrer Kündigung kein klärendes Gespräch führen können, da sie sich lautstark ihrem Ärger Luft gemacht habe. Es ist für den erkennenden Senat auch verständlich, dass bei einer Kündigung die Nerven der Antragstellerin blank gelegen sind, da es um ihre Existenz gegangen ist. Hinzu kommt, dass die Antragstellerin durch ihre Traumatisierung sicherlich sehr sensibel ist und daher entsprechend reagiert hat. Es konnte auch bei diesem Vorfall keine geschlechtsbezogene Belästigung festgestellt werden. Das Vorbringen der Antragstellerin war nicht in sich schlüssig

und glaubhaft genug, um den Senat I der GBK davon zu überzeugen, dass es zu einer geschlechtsbezogenen Belästigung durch den 2. Antragsgegner gekommen ist. Der 2. Antragsgegner hat im Verfahren keinen sehr aufbrausenden Eindruck gemacht. Der 2. Antragsgegner hat einen Mitarbeiter eingestellt, über überkollektivvertragliche Löhne bezahlt und die Antragstellerin eigens für sein Unternehmen angeworben und eingestellt. Der Senat I der GBK kam zur Auffassung, dass der 2. Antragsgegner sich um seine Mitarbeiter/innen und ihre Belange gekümmert hat. Das Ermittlungsverfahren ergab nichts Greifbares, das auf eine geschlechtsspezifische Belästigung hingewiesen hat.

Es liegt somit **keine geschlechtsbezogene Belästigung** gegenüber der Antragstellerin vor.

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des **Alters** durch eine Belästigung nach **§ 21 Abs. 1 Z 1 GIBG** durch den Arbeitgeber, Herrn B (2. Antragsgegner), verwirklicht worden ist, ist zunächst Nachstehendes zu bemerken:

Eine Belästigung liegt vor, wenn eine unerwünschte Verhaltensweise, die mit einem der Gründe in § 17 GIBG im Zusammenhang steht, gesetzt wird und die Würde einer Person verletzt, die für die betroffene Person unerwünscht, unangebracht und anstößig ist, und ein einschüchterndes, feindseliges, entwürdigendes, beleidigendes oder demütigendes Umfeld für die betroffene Person schafft. Verhalten ist hier weit zu interpretieren. Es umfasst sowohl körperliche Handlungsweisen als auch verbale oder nonverbale Verhaltensweisen. Darunter versteht man sowohl sprachliche Äußerungen wie Witze, Bezeichnungen als auch Gesten sowie das Verteilen von Bildern oder sonstigen Material.

Gemäß § 26 Abs. 12 GIBG hat eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand iSd §§ 17, 18 oder 21 GIBG beruft, diesen glaubhaft zu machen. Dem/Der Beklagten obliegt es bei der Berufung auf § 21 GIBG, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlich ist, dass die vom/von der Beklagten glaubhaft gemachter Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

Bei Würdigung der Gesamtumstände hat der Senat I den Eindruck gewonnen, dass der Geschäftsführer die Berufserfahrung, die Arbeitsleistungen und die Tüchtigkeit der Antragstellerin sehr geschätzt hat bzw. immer noch schätzt. Der 2. Antragsgegner konnte im Verfahren glaubhaft darlegen, dass er die Antragstellerin nicht auf

Grund ihres Alters belästigt hat. Keine der befragten Auskunftspersonen konnte bestätigen, dass der 2. Antragsgegner abfällige Äußerungen über das Alter der Antragstellerin gemacht hat. Die Befragungen ergaben lediglich, dass die Antragstellerin sich sehr oft gestritten hat, sei es mit ihren Kollegen oder sei es mit dem 2. Antragsgegner. Dem erkennenden Senat erschien das Vorbringen nicht glaubhaft genug, als dass man annehmen könnte, dass der 2. Antragsgegner ein Problem mit dem Alter der Antragstellerin hätte. Die Mitarbeiter/innen in dieser Firma weisen ein höheres Durchschnittsalter auf. Viele der Mitarbeiter/innen sind im Alter der Antragstellerin, von denen niemand jemals eine abfällige – das Alter der Mitarbeiter/innen abwertende – Äußerung durch den 2. Antragsgegner wahrgenommen haben. Es ergaben sich für den Senat I der GBK im Verfahren keinerlei Anhaltspunkte, dass dem nicht so sein könnte.

Es ist daher zu **keiner Belästigung** der Antragstellerin auf Grund der **ethnischen Herkunft** durch den 2. Antragsgegner gekommen.

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund der **ethnischen Zugehörigkeit** durch eine Belästigung nach **§ 21 Abs. 1 Z 1 GIBG** durch den Arbeitgeber, verwirklicht worden ist, ist zunächst Nachstehendes zu bemerken:

Eine Belästigung gemäß § 21 GIBG liegt vor, wenn eine unerwünschte Verhaltensweise, die mit einem der Gründe in § 17 GIBG – im vorliegenden Fall die ethnische Zugehörigkeit - im Zusammenhang steht, gesetzt wird und die Würde einer Person verletzt, die für die betroffene Person unerwünscht, unangebracht und anstößig ist, und ein einschüchterndes, feindseliges, entwürdigendes, beleidigendes oder demütigendes Umfeld für die betroffene Person schafft. Verhalten ist hier weit zu interpretieren. Es umfasst sowohl körperliche Handlungsweisen als auch verbale oder nonverbale Verhaltensweisen. Darunter versteht man sowohl sprachliche Äußerungen wie Witze, Bezeichnungen als auch Gesten sowie das Verteilen von Bildern oder sonstigen Material.

Gemäß § 26 Abs. 12 GIBG hat eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand iSd §§ 17, 18 oder 21 GIBG beruft, diesen glaubhaft zu machen.

Dem/Der Beklagten obliegt es bei der Berufung auf § 21 GIBG, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlich ist, dass die vom/von der Beklagten glaubhaft gemachter Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

Der Senat I der GBK sah sich im Laufe des durchgeführten Verfahrens mit unterschiedlichen Darstellungen der Beteiligten zu den im Antrag genannten Vorwürfen konfrontiert. Allerdings ist zu bemerken, dass der 2. Antragsgegner den erkennenden Senat davon überzeugen konnte, derartige Bemerkungen – dass die Antragstellerin nicht Deutsch könne bzw. die Antragstellerin als „Tschusch“ bezeichnet zu haben - nicht getätigt zu haben. Da die Vorfälle vom 2. Antragsgegner bestritten wurde, musste der erkennende Senat eine Abwägung der Aussagen vornehmen, wobei er die Schilderungen des 2. Antragsgegners für glaubwürdiger angesehen hat. Zahlreiche Mitarbeiter/innen im Unternehmen haben einen Migrationshintergrund. Das Ermittlungsverfahren ergab eindeutig, dass der 2. Antragsgegner keine Vorbehalte hinsichtlich der ethnischen Herkunft der Antragstellerin bzw. der anderen Mitarbeiter/innen in der Firma hatte. Bestätigt wird die Auffassung des erkennenden Senates unter anderem dadurch, dass der 2. Antragsgegner von sich die Antragstellerin in das Unternehmen geholt hat, und dass der bestverdienenste Mitarbeiter – Herr E - einen Migrationshintergrund hat. Hätte der 2. Antragsgegner tatsächlich Vorbehalte gegen Ausländer/innen bzw. Migranten/innen, würde er Herrn E sicherlich das höchste Gehalt zahlen und sehr gute Arbeit für die Firma hervor zu streichen. Ebenso wurde von ihm stets die sehr gute Arbeitsleistung der Antragstellerin betont und sie als Mitarbeiterin geschätzt. Das Verfahren ergab keinerlei Hinweise, dass der 2. Antragsgegner herablassende bzw. abwertende Äußerungen auf Grund ihrer bosnischen Herkunft gegen die Antragstellerin gerichtet hat.

Es ist daher nach Ansicht des Senates I der GBK zu **keiner Belästigung** der Antragstellerin auf Grund der **ethnischen Zugehörigkeit** durch den 2. Antragsgegner gekommen.

Abschließend wird allerdings angemerkt, dass die Antragstellerin im Zuge des Verfahrens vorgebracht hat, dass einige ihrer Arbeitskollegen sich über sie lustig gemacht und sie sekkirt hätten. Der Senat I der GBK konnte diese Vorwürfe nicht näher überprüfen, da die Antragstellerin keinen Antrag gegen ihre ehemaligen Kollegen einbringen wollte. Falls die Kollegen tatsächlich so mit der Antragstellerin umgegangen seien, wie sie dies vorgebracht hat, wird dies vom Senat I der GBK aufs Schärfste zu verurteilen. Ein derartiger Umgang unter Kollegen/innen würde jedenfalls dem GIBG widersprechen.

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 entsprochen, kann 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 Senates I der GBK gemäß § 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz folgender **Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes** der 1. Antragsgegnerin, X GmbH, erteilt und diese aufgefordert, die Diskriminierung zu beenden:

Die Bezahlung der Differenz zwischen dem geringeren Entgelt und dem tatsächlich zu bezahlenden Entgelt sowie die Leistung einer Entschädigung gemäß § 12 Abs. 2 GIBG zum Ausgleich der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung an die Antragstellerin auf Grund der vorliegenden Diskriminierung bei der Festsetzung des Entgelts iSd § 3 Z 2 GIBG.

Wien, 23. Februar 2010

Dr.in Sabine Stvan-Jagoda

Stellvertretende Vorsitzende des Senates I der GBK