

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 13. November 2019 über den am 12. September 2017 eingelangten Antrag der Gleichbehandlungsanwaltschaft Regionalbüro ... (R-GAW) für **Mag.^a A (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes des Alters bei der Festsetzung des Entgelts gemäß §§ 3 Z 2 und 17 Abs. 1 Z 2 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idgF), **bei den sonstigen Arbeitsbedingungen gemäß §§ 3 Z 6 und 17 Abs. 1 Z 6 GIBG** und **bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß §§ 3 Z 7 und 17 Abs. 1 Z 7 GIBG** durch die **X GmbH (Antragsgegnerin)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idgF), zu GZ GBK I/787/17-M, zu folgendem

PRÜFUNGSERGEBNIS:

1. **Mag.^a A ist aufgrund des Geschlechtes und des Alters bei der Festsetzung des Entgelts gemäß §§ 3 Z 2 iVm 17 Abs. 1 Z 2 GIBG durch die X GmbH diskriminiert worden.**
2. **Mag.^a A ist nicht aufgrund des Geschlechtes und des Alters bei den sonstigen Arbeitsbedingungen gemäß §§ 3 Z 6 iVm 17 Abs. 1 Z 6 GIBG durch die X GmbH diskriminiert worden.**
3. **Mag.^a A ist nicht aufgrund des Geschlechtes und des Alters bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß §§ 3 Z 7 iVm 17 Abs. 1 Z 7 GIBG durch die X GmbH diskriminiert worden.**

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

VORBRINGEN

Im Antrag wurde im Wesentlichen Folgendes vorgebracht:

¹ Vgl. z.B. VfSlg. 19.321.

Die Antragstellerin, geboren am ... 1956, sei vom 1. Februar 2001 bis 31. Juli 2017 bei der Antragsgegnerin beschäftigt gewesen, wo sie seit September 2001 die Einrichtung Y geleitet habe.

Am 9. April 2015 habe die Antragstellerin erstmals davon gehört, dass bei der Antragsgegnerin MitarbeiterInnen mit Erreichen des Pensionsantrittsalters in Pension gehen sollen. Dies habe Mag. B, Geschäftsführer der Antragsgegnerin, im Rahmen einer Teamsitzung der Region 1 als „unpopuläre Einsparungsmaßnahme“ angekündigt.

Im November 2015 habe die Antragstellerin mit Dr. C, Bereichsleitung Personal & Support, über ihren zu dieser Zeit (noch) bestehenden Wunsch gesprochen, ab ihrem 60. Lebensjahr Altersteilzeit in Anspruch nehmen zu wollen. Dr. C habe die Antragstellerin informiert, dass dies von Seiten des AMS aus rechtlichen Gründen nicht möglich und die Antragsgegnerin für diese Ungleichstellung der Frauen nicht verantwortlich wäre. Zudem habe er gemeint, man müsse schauen, ob D, MSc, Regionalleitung Region 1 und unmittelbarer Vorgesetzter der Antragstellerin, nach ihrem 60. Geburtstag noch mit ihr zusammenarbeiten möchte. Die Antragstellerin habe entgegnet, dass ihres Wissens in Österreich schon eine Frau gegen ihre mit 60 Jahren erfolgte Zwangspensionierung erfolgreich gerichtlich vorgegangen wäre.

Seit dem Jahr 2015 sei ein Arbeitsverbund, d.h. eine Zusammenarbeit von Y und anderer Arbeitseinrichtungen der Antragsgegnerin in der Region 1, angestrebt worden. Bei diesem Arbeitsverbund sollte das von der Antragstellerin in Y entwickelte und angewandte Bildungskonzept für andere Einrichtungen der Region adaptiert werden und den KlientInnen der Region zu Gute kommen. Erste Schritte der Zusammenführung haben bereits 2015 erfolgreich ausgeführt werden können, d.h. KlientInnen des Arbeitsverbundes haben bereits 2015 am Bildungsangebot von Y teilgenommen.

Anlässlich regelmäßig zwischen D, MSc und der Antragstellerin stattfindenden Jour Fixe Gespräche habe D, MSc am 22. Februar 2016 erstmals die Pensionierung der Antragstellerin angesprochen. In diesem Gespräch habe die Antragstellerin klargemacht, dass sie die Absicht habe, bis zum 65. Lebensjahr arbeiten zu wollen.

Am 3. März 2016 habe der Jahresdialog zwischen der Antragstellerin und ihrem unmittelbaren Vorgesetzten stattgefunden. Dabei habe D, MSc gemeint, dass der gewünschte Arbeitsverbund bis dato „nicht in die Gänge gekommen“ sei und aus seiner Sicht weder von der Antragstellerin, noch von Dr. E (Leiter der Einrichtung Werkstätte ...) Signale gekommen wären, den gemeinsam zu entwickelnden Arbeitsverbund ins Laufen zu bringen. Weiters habe er gesagt, dass er sich überhaupt mit ihr darüber unterhalten müsse, wie ihre berufliche Zukunft ausschauen solle. Die Antragstellerin habe betreffend den Arbeitsverbund erwidert, dass sie ihm doch bereits eine von ihm angeforderte Zusammenstellung über ihre möglichen zukünftigen Zuständigkeiten bzw. Aufgaben im Arbeitsverbund mitgeteilt sowie per Mail bekannt gegeben habe. Daraufhin habe D, MSc gemeint, dass sie es sich verdient hätte, die letzte Zeit ihrer

Berufstätigkeit in Ruhe, ohne von Veränderungsprozessen ausgelöstem Stress zu verbringen. Die Antragstellerin habe erklärt, dass sie voller Tatendrang sei, Veränderungen gerne mittrage, ihr die Arbeit viel Freude bereite, diese überdies als sinnstiftend erachte, zumal sie auch viele Erfolge verbuchen könne.

Beim Jour Fixe zwischen der Antragstellerin und D, MSc am 13. April 2016 habe unter anderem über die Zukunft von Y gesprochen werden sollen. Die Antragstellerin habe festgehalten, dass sie nach wie vor zum Arbeitsverbund stünde, und die von ihr angedachte Funktion, wie sie ihm bereits im Februar 2016 gemailt gehabt hätte, trotz einiger Bedenken ihrerseits übernehmen möchte. Trotz ihrer klaren Bereitschaft am Arbeitsverbund festhalten zu wollen, habe D, MSc klargestellt, dass die MitarbeiterInnen der Antragsgegnerin mit dem gesetzlichen Pensionsantrittsalter in Pension gehen sollen, da sich die Antragsgegnerin in einem großen Veränderungsprozess befinden und der Geschäftsführer meinen würde, dass ältere MitarbeiterInnen diesen Veränderungsprozess nicht mittragen können. Bezüglich der Antragstellerin habe D, MSc gesagt, dass man daher schauen müsse, wie sie sich aus dem Berufsleben verabschieden könne und er dabei an einen Zeitpunkt in eineinhalb bis zwei Jahren denken würde. Die Antragstellerin habe protestiert und argumentiert, dass dies darauf hinauslaufen würde, dass Frauen im Gegensatz zu Männern weniger lange Veränderungsprozesse mittragen könnten. D, MSc habe erwidert, dass die ungleiche Pensionsregelung keine Regelung der Antragsgegnerin wäre. Die Antragstellerin habe klargestellt, dass eine frühzeitige Pensionierung weder ihr Wunsch wäre, noch ihrer Lebensplanung entsprechen würde, da sie „voll im Saft“ stehen würde. Sie habe weiters mitgeteilt, dass sie die Gleichstellungsabteilung im Frauenministerium kontaktiert hätte, die ihr mitgeteilt hätten, dass Frauen gleich lang wie Männer, also bis zum 65. Lebensjahr, arbeiten können, da der Pensionsantritt mit 60 Jahren eine Kann-Bestimmung wäre.

Als sie sich verabschiedet haben, habe D, MSc gesagt, dass es ihm „beschissen“ gehe und er „das so nicht erwartet habe“.

In der Teamsitzung am nächsten Tag, an der das Team von Y (die Antragstellerin, F, G und H) und D, MSc anwesend gewesen seien, sei die Pensionierung der Antragstellerin erneut thematisiert worden. D, MSc habe gesagt: *„Die X möchte, dass MitarbeiterInnen mit Pensionsantrittsalter in Pension gehen, da sich die X in einem großen Veränderungsprozess befindet und ältere MitarbeiterInnen Routine wollen und Veränderungen nicht mehr mittragen können. Künftig wird die X daher fünf Jahre vor dem gesetzlichen Pensionsantrittsalter mit den MitarbeiterInnen auf die Pensionierung hinarbeiten.“*

Die Antragstellerin habe diese Äußerungen wieder als äußerst unangebracht empfunden und wie am Vortag entgegnet, dass demnach Männer Veränderungsprozesse bis zum Alter von 65 Jahren, Frauen hingegen nur bis zu einem Alter von 60 Jahren mittragen könnten. D, MSc habe weiters erklärt, dass er sich ihren Pensionsantritt in einem bis eineinhalb Jahren vorstellen

würde.

Auch beim Jour Fixe am 18. Mai 2016 habe D, MSc das gesetzliche Pensionsantrittsalter angesprochen und auf den von ihm für die Antragstellerin angedachten Pensionsantrittszeitraum verwiesen. Auch in diesem Gespräch habe die Antragstellerin klargestellt, dass sie bis zum 65. Lebensjahr arbeiten möchte, da sie einerseits noch viel Tatendrang, Energie und Freude am Arbeiten verspüren würde, andererseits für sie eine Pensionierung vor ihrem 65. Lebensjahr mit großen finanziellen Einbußen verbunden wäre. D, MSc habe dazu erklärt, dass er keine moralische Verpflichtung für ihre berufliche Zukunft verspüren würde, er vielmehr für das Nachrücken junger Menschen ins Berufsleben sorgen wollen würde.

Am 18. Juli 2016 habe D, MSc ein Gespräch für den 20. Juli 2016 mit dem Betreff „A Pensionierungsgespräch“ angekündigt. Im Zuge dieses Gespräches habe D, MSc gemeint: *„Die X möchte die Pensionierung der MitarbeiterInnen mit gesetzlichem Pensionsantrittsalter, es sei denn, es handelt sich um besondere Fälle.“* Weiters habe er gesagt, dass er im Fall der Antragstellerin den Austritt aus ihrem Berufsleben innerhalb eines Jahres möchte. Er habe angekündigt, dass Y im nächsten Sommer geschlossen werden solle. Das sei das erste Mal gewesen, dass die Antragstellerin von der Schließung der Einrichtung, die sie geleitet habe, gehört habe. Diese Mitteilung habe sie sehr getroffen. Da die Schließung von Y vorher nie thematisiert und vielmehr ein Arbeitsverbund angestrebt worden sei, habe sie sofort den Eindruck gewonnen, dass die Schließung von Y im Zusammenhang mit ihrem Pensionsantrittsalter stehe. Diese Vermutung habe sie D, MSc mitgeteilt. Er habe entgegnet, dass die Schließung von Y und seine Entscheidung über den Pensionsantritt von der Antragstellerin zwei voneinander unabhängige Entscheidungen wären.

Über die Schließung von Y sei in der Folge auch in der Teamsitzung am 27. Juli 2016 gesprochen worden, an der D, MSc, die Antragstellerin sowie ihre MitarbeiterInnen, F, G und H teilgenommen haben. In dieser Sitzung habe D, MSc gesagt, dass sich die Antragsgegnerin zu wenig Klientenauslastung grundsätzlich leisten könne, es aber grundlegende Veränderungen brauchen würde und er daher entschieden hätte, Y zu schließen und die Antragstellerin innerhalb eines Jahres zu pensionieren.

Im Weiteren habe er den MitarbeiterInnen der Antragstellerin, F und G (zum damaligen Zeitpunkt beide 50 Jahre alt) sowie H (zum damaligen Zeitpunkt 59 Jahre alt) Perspektivengespräche angeboten, um zu eruieren, welche Aufgaben für sie in der Antragsgegnerin gefunden werden können. Für die Antragstellerin sei hingegen die Pensionierung vorgesehen gewesen, weshalb er sie aufgefordert habe, ihren Pensionsstichtag bekannt zu geben. Sie habe entgegnet, dass sie das laut AK ... nicht machen müsse.

Am 11. August 2016 habe eine Sitzung des LeiterInnenteams der Region 1 stattgefunden, an welcher die Antragstellerin urlaubsbedingt nicht teilgenommen habe. Auch in dieser Sitzung habe es laut Protokoll dieser Sitzung Informationen zur Schließung der Y, der Pensionierung

der Antragstellerin und generell zum Thema Pensionierungen gegeben, wonach *„laut dem Geschäftsführer alle MA, die in Pension gehen können, ihren Pensionstermin auch bestmöglich wahrnehmen sollen. Aus diesem Grund sollen die MA frühzeitig (ca. 2-3 Jahre vor der Pension) angesprochen werden, wie und wann die Pensionierung dann ablaufen soll. – Abklärung des Pensionsdatums und falls jemand länger bleiben will – muss Grund vorhanden sein.“*

Am 23. November 2016 habe Dr. C per Mail alle Regionalleitungen und Einrichtungsleitungen betreffend PVA und Pensionsstichtag informiert.

Die Z AG habe in einem Schreiben an die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass die Lebensversicherung betreffend der Antragstellerin fällig werde.

In der Folge sei dieses Schreiben der Antragstellerin weitergeleitet worden. Sie habe Dr. C per Mail um Verlängerung ihrer betrieblichen Zukunftsvorsorge ersucht. Dr. C habe per Mail geantwortet: *„soweit ich informiert bin, werden wir dein dienstverhältnis nicht weiterführen, insoweit du alsdann schon pensionsberechtigt [b]ist. ich möchte dies bitte noch vor einer Veranstaltung betreffend die zukunftsversorgung abklären (...).“*

Die Antragstellerin habe daraufhin erneut per Mail ersucht, die Zukunftsvorsorge weiterzuführen. Dr. C habe geantwortet, dass er das vorab klären müsse.

Am 23. Jänner 2017 habe Dr. C der Antragstellerin per Mail mitgeteilt, dass es bezüglich ihrer betrieblichen Zukunftsvorsorge ein „Gesamtpaket“ gäbe, über das D, MSc noch mit ihr sprechen würde.

D, MSc habe mit der Antragstellerin einen Jour Fixe für den 25. Jänner 2017 mit dem Betreff „A Pensionsbescheid“ vereinbart.

Auch am 6. Februar 2017 habe ein Gespräch zwischen D, MSc und der Antragstellerin stattgefunden, bei dem die Pensionierung der Antragstellerin Thema gewesen sei. D, MSc habe gemeint, dass er seit einem Jahr versuchen würde, mit ihr eine Lösung zu finden. Die Antragstellerin habe erwidert, dass die einzige Lösung, die ihr bislang angeboten worden wäre, ihre Pensionierung gewesen wäre und sie aus ihrer Sicht, sehr wohl Platz im angedachten Arbeitsverbund gehabt hätte. Sie habe gesagt, dass sie sich nicht vorstellen könne, dass es für sie mit ihrer Ausbildung, Kompetenz und beruflicher Erfahrung bei der Antragsgegnerin, einer Organisation mit 1500 MitarbeiterInnen, kein Arbeitsangebot geben würde. D, MSc habe ihr vorgehalten, dass sie sich nicht für ausgeschriebene Stellen in der Antragsgegnerin beworben hätte. Die Antragstellerin habe diese Äußerung nicht nachvollziehen können, zumal sie mehrfach aufgefordert worden sei, ihren Pensionsstichtag bekannt zu geben und Gespräche bezüglich ihre Pensionierung führen habe müssen bzw. seitens der Antragsgegnerin mit den MitarbeiterInnen der Antragstellerin Perspektivengespräche geführt worden seien, mit ihr hingegen ausschließlich Pensionsgespräche.

D, MSc habe erklärt, dass sie sich sehr wohl bewerben könne, er allerdings in der Antragsgegnerin keinen adäquaten Job für sie sehen würde, wobei er die Bemerkung fallen habe lassen, dass sie an einem Wohnhaus nicht interessiert wäre. Für die Antragstellerin sei nicht klar gewesen, was er damit gemeint habe. Da er dies aber beiläufig erwähnt habe, habe sie nicht näher nachgefragt.

Im Weiteren sei es in diesem Gespräch um den von der Krankenkassa für die Antragstellerin bereits genehmigten Kuraufenthalt gegangen. D, MSc habe diese Situation mit einer Fortbildung für einen Mitarbeiter verglichen, von dem man sich trennen möchte; er habe die Genehmigung seitens der Antragsgegnerin von der Art und Weise einer Einigung über die Beendigung ihres Dienstverhältnisses abhängig gemacht.

Am 6. Februar 2017 habe die Antragstellerin ein Terminavis für den 14. Februar 2017 betreffend „A Pensionsbescheid“ erhalten. In diesem Gespräch, das auf den 13. Februar 2017 vorgezogen worden sei, habe D, MSc der Antragstellerin zwei Alternativen betreffend die Beendigung ihres Dienstverhältnisses: entweder Kündigung seitens des Dienstgebers mit Ende Juli 2017 oder Einvernehmliche Auflösung des Dienstverhältnisses mit Ende Oktober 2017 bei Konsumation aller Urlaubsansprüche bis Ende Juli 2017, anschließender Dienstfreistellung bei vollen Bezügen und inklusive Dienstgeberbeiträge zur betrieblichen Zukunftsvorsorge für 2017. Die Antragstellerin sollte ihm dazu bis 22. Februar 2017 eine Rückmeldung geben.

Nachdem die Antragstellerin beide Alternativen auf Grund der ihr daraus entstehenden künftigen finanziellen Einbußen für nicht adäquat gehalten habe, habe sie um ein Angebot im Sinne einer Nachbesserung der zweiten Variante von drei auf sechs Monaten ersucht.

Die vorgeschlagene Nachbesserung sei seitens der Antragsgegnerin nicht angenommen worden. Dieser Korrespondenz sei unter anderem zu entnehmen, dass die Antragsgegnerin grundsätzlich davon ausgehe, dass Dienstnehmer mit Erreichung des Regelpensionsalters in Ruhestand gehen – eine laut Mailverkehr geübte Praxis.

Im Zeitraum zwischen 4. März und 11. März 2017 sei I, Betriebsratsvorsitzender, drei Mal zur Antragstellerin gekommen. Er habe ihr mitgeteilt, dass andere MitarbeiterInnen in ähnlicher Situation sehr wohl Angebote zur einvernehmlichen Auflösung angenommen hätten und das Angebot der Antragsgegnerin seines Erachtens großzügig wäre.

Am 9. März 2017 sei die Antragstellerin von Dr. J, Betriebsratsmitglied, darüber informiert worden, dass Dr. C dem Betriebsrat eine Mail betreffend die Zustimmung zu ihrer geplanten Kündigung geschrieben habe. Darin habe dieser angeführt, dass die Antragstellerin die ihr angebotenen Stellen nicht angenommen hätte und sie nicht mit Menschen mit Behinderung arbeiten wollen würde. Für die Antragstellerin sei diese Begründung völlig überraschend gewesen, weshalb sie sogleich klargestellt habe, dass sie keine Angebote für zukünftige Arbeiten in der Antragsgegnerin erhalten hätte. Zudem habe sie in ihrer Mail vom 9. März 2017 an Dr. J

festgehalten, dass sie seit über 16 Jahren mit Freude und Erfolg mit Menschen mit Behinderung arbeiten würde und sie gerne weiterhin ihre Arbeit hier fortgesetzt hätte.

Am selben Tag habe Dr. J die anderen Betriebsratskollegen über die Stellungnahme der Antragstellerin mit der Bitte informiert, im Lichte dieser doch anderen Erkenntnisse, die Entscheidung zu treffen. In der Folge habe die Antragstellerin in einem Telefonat mit einem Betriebsratsmitglied erfahren, dass der geplanten Kündigung mehrheitlich nicht zugestimmt worden sei.

Nachdem die Antragstellerin darüber in Kenntnis gesetzt worden sei, dass ihr seitens der Antragsgegnerin Stellenangebote gemacht worden wären, habe die Antragstellerin D, MSc per Mail um ein konkretes Stellenangebot ersucht. Die Antragstellerin habe kein Stellenangebot erhalten, sondern ein Mail von Dr. C, der ihr im Auftrag der Geschäftsführung unter anderem mitgeteilt habe, dass es über ein Jahr alle möglichen Versuche gegeben hätte, ihr konkrete Alternativen zu bieten, die Einrichtung nun aber nicht weitergeführt werden würde und ihr ein Angebot zur einvernehmlichen Lösung unterbreitet worden wäre, das sie bis 17 Uhr annehmen könne, ansonsten das Kündigungsverfahren gemäß § 105 Abs. 2 ArbVG eingeleitet werden würde. Die Antragstellerin habe geantwortet, dass die Bedingungen der einvernehmlichen Auflösung für sie nicht akzeptabel wären und habe festgehalten, dass ihr keine konkreten Alternativen zu ihrer derzeitigen Dienststelle angeboten worden wären.

In weiterer Folge sei die Antragstellerin mit Schreiben vom 22. März 2017 dienstgeberseitig gekündigt worden.

Die Antragsgegnerin habe eine Zukunftssicherung gemäß § 3/1/15a EStG 1988 angeboten. Regelungen dazu finden sich in Punkt XVIII. der Betriebsvereinbarung der Antragsgegnerin. Auf Nachfrage sei die Antragstellerin von der Z darüber in Kenntnis gesetzt worden, dass die Antragsgegnerin den Vertrag betreffend die betriebliche Zukunftsvorsorge für die MitarbeiterInnen jeweils bis zum gesetzlichen Pensionsantrittsalter abgeschlossen habe und seit Beginn des Jahres 2017 nicht mehr für die Antragstellerin einbezahlt worden sei.

In der Folge habe die Antragstellerin Dr. C per Mail am 20. April 2017 mitgeteilt, dass sie ihre Ansprüche betreffend die betriebliche Zukunftsvorsorge für 2017 geltend machen möchte, um einen Verfall abzuwehren. Daraufhin habe sie ein Schreiben vom 12. Mai 2017 erhalten, mit dem sie über eine Prämienanweisung in der Höhe von brutto € 632,- informiert worden sei. Diese Prämienanweisung habe sie auf Anraten der AK ... nicht angenommen, da diese eine Abgeltung etwaiger Ansprüche abdecken solle.

Die R-GAW habe ein Interventionsschreiben an die Antragsgegnerin gerichtet, um auf die vermutete Diskriminierung aufmerksam zu machen und um eine Stellungnahme einzufordern.

In der Stellungnahme der Antragsgegnerin, welche sich ausschließlich auf den Diskriminierungsgrund Alter beziehe, sei eine Diskriminierung der Antragstellerin verneint worden.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der Antragsgegnerin übermittelten Stellungnahme vom 10. November 2017 bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Teil I.

1. Die Kündigung der Antragstellerin sei nicht aus gleichheitswidrigen Gründen erfolgt, sondern allein aufgrund der Auflösung der von der Antragstellerin geleiteten Einrichtung nach Ablehnung aller Angebote zur Weiterbeschäftigung.

Die Antragstellerin habe diese Angebote zur Weiterbeschäftigung ebenso erhalten, wie die Aufforderung, sich mit Dritten zur Besprechung der weiteren Beschäftigungsmöglichkeiten in Verbindung zu setzen. Dies habe sie entweder gar nicht getan oder aber seien ihre diesbezüglichen Bemühungen mangelhaft gewesen.

Nachdem – für die Antragsgegnerin überraschend – bei Durcharbeitung des übermittelten Konvolutes der Eindruck entstanden sei, es sei der Wille der Antragstellerin, sich jedenfalls in der Antragsgegnerin weiterhin zu beschäftigen, sohin auch in der Assistenz, habe die Antragstellerin unverzüglich über die R-GAW zwei konkrete, aktuell zu besetzende Stellen an die Antragstellerin übermittelt. Diese Angebote wären unmittelbar verfügbar gewesen und jenem Bereich der „beruflichen Integration“ zuzuordnen, welchen die Antragstellerin als ihre Kernkompetenz anführe. Dieses Angebot sei auch zur Kenntnis der GBK ergangen. Tatsächlich habe die Antragsgegnerin weder von der Antragstellerin noch von der R-GAW überhaupt eine Antwort auf dieses Angebot bekommen. Den Erhalt des Angebotes habe die R-GAW nur über neuerliche Nachfrage der Antragsgegnerin bestätigt.

Dass also eine Weiterbeschäftigung über das Erreichen des Pensionsalters hinaus das Ziel der Antragstellerin gewesen sei, sei hierdurch neuerlich in Zweifel gezogen worden.

2. Die von der Antragstellerin geführte Einrichtung, Y, sei sowohl aufgrund inhaltlicher wie auch aufgrund schwerer wirtschaftlicher Probleme zu schließen gewesen.

3. Es gebe in der Antragsgegnerin kein System welcher Art auch immer, welches die automatische Kündigung von DienstnehmerInnen bei Erreichen des gesetzlichen Pensionsalters vorsehe.

Zu keinem Zeitpunkt haben DienstnehmerInnen der Antragsgegnerin zum Stichtag ihres gesetzlichen Pensionsalters ihre Kündigung erhalten. Auch die Kündigung der Antragstellerin sei zeitlich in keinem Zusammenhang mit dem Erreichen des Pensionsalters gestanden (weder ursächlich noch „mitursächlich“). Dass nun behauptet werde, es gäbe einen solchen Kündigungsautomatismus, welcher in der privaten Zukunftsvorsorge der Antragsgegnerin begründet sei, sei geradezu denkunmöglich. Augenscheinlich werde hier ein Zukunftsvorsorgesystem nach den Bestimmungen des EStG, also die Organisation einer Versicherungsleistung über den

Dienstgeber zu einem Dritten (private Versicherungsgesellschaft) mit einem betrieblichen Pensionskassensystem verwechselt.

Dieses Argument der R-GAW gehe völlig ins Leere, was sich auch leicht durch die faktischen, aktuellen Verhältnisse in der Antragsgegnerin nachweisen lasse. Denn aktuell seien einige DienstnehmerInnen – Männer wie Frauen – in der Antragsgegnerin beschäftigt, die das gesetzliche Pensionsalter bereits überschritten haben. Tatsächlich seien sogar vorwiegend Frauen über das Pensionsalter hinaus in der Antragsgegnerin beschäftigt, wie aus der nachstehenden Tabelle ersichtlich.

Name	Vorname	Eintritt	Einsatzort	Geb.dat.	Geschl.
...	...	01.02.20141948	M
...	...	01.07.20171949	M
...	...	01.04.20041951	W
...	...	02.01.20161953	W
...	...	01.10.20161954	W
...	...	01.04.20101954	W
...	...	11.01.19881954	W
...	...	01.10.20171954	W
...	...	01.06.20111955	W
...	...	15.01.20171956	W
...	...	01.10.20111956	W
...	...	15.08.20151956	W
...	...	15.01.20141957	W
...	...	01.03.19981957	W
...	...	01.08.20121957	W
...	...	01.10.20031957	W
...	...	01.04.20111957	W
...	...	01.06.19921957	W
...	...	01.05.20161957	W
...	...	01.02.20101957	W

Dies sei aus Sicht der Antragsgegnerin Beweis, dass die These eines Kündigungsautomatismus betreffend Frauen bei Erreichen des Pensionsalters nicht der Wahrheit entspreche, sohin reine Fiktion verbleibe.

4. Die Antragsgegnerin halte diesbezügliche Vorschriften zur Gleichbehandlung systemisch ein, sowohl, was die Beschäftigung von Frauen, die Beschäftigung älterer DienstnehmerInnen, wie auch die Beschäftigung von Menschen mit Behinderung betreffe. Hier sei auf die Aussagen von K, L, insbesondere auf die Ausführungen von Mag.^a M zu verweisen: Die Antragsgegnerin lege größten Wert darauf, dass alle Menschen (seien sie Frauen, Männer, Menschen mit Behinderungen, Kinder, Menschen verschiedener Ethnie etc.) in all ihren Rechten gleichbehandelt werden. Die Antragsgegnerin bilanziere Gemeinwohl, erfülle die Quoten nach dem Behinderteneinstellungsgesetz und habe eine Fülle von internen Prozessen etabliert, welche diese Bemühungen nachweisen. Wie oben tabellarisch angeführt, werde aktuell eine nicht unerhebliche Zahl von Frauen, welche das gesetzliche Pensionsalter bereits überschritten haben, beschäftigt. Die Anschuldigungen der Antragstellerin seien nachweislich falsch und fußen auf Einzelaussagen, welche – aus dem Zusammenhang gerissen – augenscheinlich ein negatives Bild auf die Antragsgegnerin werfen sollen. Das sei sehr bedauerlich und die Antragsgegnerin trete diesen Vorwürfen mit aller Entschiedenheit entgegen, zumal es sich hier um Anwürfe handle, welche die Antragsgegnerin im Kern ihres Auftrages zu desavouieren versuchen. Verwiesen sei hier nämlich unter anderem auf die Zielbestimmung des ... Rehabilitationsgesetzes ..., welches als eine von mehreren grundlegende Rechtsvorschriften den Auftrag der Antragsgegnerin vorgebe:

„... Aufgaben

Rehabilitation im Sinne dieses Gesetzes bedeutet die Anwendung zusammenwirkender Maßnahmen, durch die die physischen, psychischen, sozialen, beruflichen und wirtschaftlichen Fähigkeiten eines Behinderten entfaltet und erhalten werden mit dem Ziel, den Behinderten in die Gesellschaft einzugliedern oder wieder einzugliedern.“

Die Antragsgegnerin habe sich diesem Ziel verpflichtet und halte wie selbstverständlich fest, dass die Teleologie des ... Rehabilitationsgesetzes nicht allein die zu assistierenden Menschen mit Behinderungen umschließe, sondern auch die Gleichberechtigung und Wertschätzung aller Menschen ins Auge fasse, seien sie nun KlientInnen, DienstnehmerInnen, SachwalterInnen, ElternvertreterInnen, SystempartnerInnen, etc.

Teil II. Rechtliche Würdigung

1. Grundlagen

1.1. Rechtsprechung

Nachdem die Antragsgegnerin bereits mit der R-GAW außer Streit stellen habe können, dass die arbeitsrechtlichen Ansprüche der Antragstellerin durch Verstreichen der bezüglichen Anfechtungsfristen geklärt seien, erhebe die Antragstellerin Ansprüche auf Schadenersatz. Es

läge eine Diskriminierung aufgrund Alters und des Geschlechts vor, insoweit die Antragsgegnerin sich bei der Auflösung des bezüglichen Dienstverhältnisses auf die gesetzlichen, unterschiedlichen Pensionsalter von Männern und Frauen berufen habe.

1.2. Entscheidungen des OGH zu 90bA 13/16 vom 26.01.2017 sowie 90bA 106/15a vom 18.08.2016

Zumal Diskriminierungstatbestände regelmäßig im Zusammenhang mit arbeitsvertraglichen Auflösungsverfahren (Anfechtung von Dienstgeberkündigungen) gem. § 105 Abs. 3 ArbVG geltend gemacht werden, der Oberste Gerichtshof im Zuge solcher Verfahren auch regelmäßig auf Ansprüche nach dem GIBG, der Gleichbehandlungsrichtlinie RL 2000/78/EG sowie auf die bezügliche Rechtsprechung des EuGH Bezug nimmt, erlauben wir uns auf die obgenannten Entscheidungen des OGH beispielhaft zu verweisen.

1.3. Rechtsansicht des OGH

Aus den Entscheidungen lasse sich gemäß der Lesung der Antragsgegnerin ableiten, dass der OGH gerade unter Berufung auf die Rechtsprechung des EuGH nicht aus jeder Kündigung eines Dienstnehmers mit Pensionsanspruch eine Diskriminierung aufgrund Alters ableiten will, sondern nur dann, wenn

- a) das Erreichen des gesetzlichen Pensionsalters das eigentliche Motiv der Kündigung war und
- b) kein legitimes sozialpolitisches Ziel iSd § 20 Abs. 3 GIBG den Dienstgeber rechtfertigt.

2. Betreffend Antragstellerin – Kündigung

Gerade diese beiden Merkmale liegen aber im gegenständlichen Falle nicht vor.

Denn, zum ersten war das Erreichen des gesetzlichen Pensionsalters nicht das Motiv zur Kündigung der Antragstellerin, auch nicht „mitursächlich“.

Dies lässt sich allein daraus ableiten, dass ein Zusammenhang zwischen Erreichen des gesetzlichen Pensionsalters und Kündigung schon datumsmäßig nicht herzustellen sei. Auch habe in der Antragsgegnerin bis dato keine DienstnehmerInnen bei Erreichung ihres/seines Regelpensionsalters automatisch ihre/seine Kündigung erhalten, noch werde dies je der Fall sein. Aktuell seien zahlreiche DienstnehmerInnen über das erreichte Regelpensionsalter hinaus in der Antragsgegnerin beschäftigt (siehe oben unter Teil I. Punkt 2.).

Zum zweiten liege im Gesamtpersonalkonzept der Antragsgegnerin in Hinblick auf den Unternehmenszweck (bestmögliche Assistenz von Menschen mit geistiger Behinderung) ein legitimes sozialpolitisches Ziel iSd § 20 Abs. 3 GIBG wie weiter unten dargetan werde.

2.1. Gründe für die Kündigung

Der Grund für die Kündigung sei nachweislich darin gelegen, dass

- a) die von der Antragstellerin geleitete Einrichtung „Y“ geschlossen worden sei (siehe dazu oben unter Teil I.)
- b) eine Einigung über eine sinnvolle Weiterbeschäftigung der Antragstellerin trotz Angeboten von Seite der Antragsgegnerin im Gesamtpersonalkonzept nicht erzielt werden habe können (siehe dazu oben unter Teil I.). Die Antragstellerin habe sich an einer Neugestaltung ihres Arbeitsauftrages weder konstruktiv noch zielorientiert beteiligt. Bezügliche Aufträge habe sie teilweise schlichtweg ignoriert (siehe Aussage N).

2.1.1. Schließung der Einrichtung

Die Einrichtung „Y“ sei zwischenzeitlich von der Antragsgegnerin geschlossen worden. Dieser Umstand sei seit vielen Monaten bekannt gewesen und es seien daher mit der Antragstellerin eine Vielzahl von Besprechungen abgehalten worden, welche das Ziel einer geordneten Abwicklung gehabt haben. Dass also die Antragstellerin zur einer einvernehmlichen Lösung „ge-drängt“ worden sei, entspreche nachweislich – wie oben in Teil I. dargetan – nicht den Fakten, vielmehr habe sie selbst eine solche angestrebt, wie der Betriebsratsvorsitzende, I, dartue. Auch seien betreffend den übrigen DienstnehmerInnen der Einrichtung im gleichen Zeitraum sehr wohl Lösungen im Einvernehmen gefunden worden (siehe dazu zB Aussage Dr. E).

Einzelne Einrichtungen der Antragsgegnerin werden auch geschlossen und es gebe hierzu ein regelmäßig angewandtes Prozedere, welches auch im gegenständlichen Falle zur Anwendung gekommen sei. Die zuständige Regionalleitung, D, MSc habe wie üblich den Auftrag erhalten, sich um eine geordnete Abwicklung zu bemühen. Dies sei allein deshalb ebenso wichtig wie nachvollziehbar, als die Antragstellerin ausschließlich Menschen mit geistiger Behinderung assistiere, gerade diese aber im Regelfall weniger flexibel betreffend Änderungen ihrer Assis-tenz- und/oder Arbeitssituation seien wie Menschen ohne kognitive Beeinträchtigung.

Dass also eine „Bedrängnis“ entstanden sein solle, möge die subjektive Wahrnehmung der Antragstellerin sein, welche sich aber durch die bezüglichen objektivierbaren Wahrnehmungen der Regionalleitung, der Geschäftsführung, des Betriebsrates wie auch von Dr. C widerlegen lasse. Dr. C selbst sei in seiner Funktion mehrfach im Zuge des monatlichen Betriebsrats-Jour-Fixes von der Sache in Kenntnis gesetzt worden und es seien in diesen Besprechungen immer mit der Geschäftsführung und dem Betriebsrat der jeweilige Stand der Verhandlungen (auch betreffend die Antragstellerin) sehr sachlich besprochen worden (siehe dazu Stellungnahme des Betriebsratsvorsitzenden I).

Verwiesen sei hier etwa auch auf eine zeitlich parallel verlaufende Schließung der Einrichtung „...werkstatt“ in ..., derer bezüglich ein gleichartiges Abwicklungsverfahren durchgeführt worden sei und welches betreffend die Leitung zu einer einvernehmlichen Lösung geführt habe (Stellungnahme von K).

Von „Bedrängung“ könne hier also nicht die Rede sein und die Antragsgegnerin möchten diesen Vorwurf auch auf das entschiedenste zurückweisen.

Es möchte auch der Antragstellerin einleuchten, dass es im Interesse aller Beteiligten (DienstnehmerInnen, Dienstgeber, allen voran aber KlientInnen) sei, zu versuchen, die notwendigen Schritte und Verhandlungen bis zur endgültigen Schließung der jeweiligen Einrichtung zu einem Abschluss zu bringen.

2.1.2. Nichteinigung über Angebote

Gerade dieser Abschluss sei im vorliegenden etwas schwierig gewesen, zumal die Antragstellerin stets ausschließlich eigene Vorstellungen gehabt und Zielsetzungen verfolgt habe, welche nicht im Gesamtinteresse gelegen seien. Verträge (wie zB auch Dienstvertragsänderungen) werden gemäß § 861 ABGB ausnahmslos durch Willenseinigung geschlossen und so sei die Kündigung durch den Dienstgeber als einseitiger Akt letzter Ausweg, insoweit eine Einigung mit der Antragstellerin für entsprechende Vertragsänderungen eben nicht zu erzielen gewesen sei, die Schließung der Einrichtung aber immer näher gerückt sei.

Wesentlich in diesem Zusammenhang sei die Stellungnahme der Regionalleitung, D, MSc, welcher zu einem Zeitpunkt, an dem die Dienstgeber-Kündigung nun ernstlich in Erwägung gezogen werden habe müssen Dr. C wie nachfolgend mitgeteilt habe (E-Mailverkehr vom 8. März 2017):

„... Hy C,

in aller Kürze:

- *Ein Jahr lang wurde gemeinsam mit A intensiv an einem Job gearbeitet/konstruiert, für den sie nur mäßig Interesse zeigte*
- *Im Gespräch vor einigen Wochen erwähnt, dass sie auch die ... Leitung V übernehmen könne (Zitat: Mit Menschen mit Behinderungen, dem Klientel von X könne und wolle sie eigentlich nicht arbeiten...)*
- *Nach Rücksprache mit dir vor zehn Tagen, wurde ihr dieses Angebot nicht mehr explizit gemacht...“*

Die Antragsgegnerin überlasse es der freien Beweiswürdigung der GBK, inwieweit diese Aussagen der Regionalleitung nicht der Wahrheit entsprechen sollten und welche Motive D, MSc haben könnte, solcherlei vor dem Hintergrund eines zu erwartenden Kündigungsverfahrens frei zu erfinden.

Wie aus den Stellungnahmen eindeutig hervorgehe, sei über Monate ernsthaft versucht worden, die Abwicklung ordnungsgemäß voran zu bringen, was auch in allen Punkten gelungen sei, bis auf jenen, entweder eine geeignete Weiterbeschäftigung für die Antragstellerin zu fin-

den, oder aber eine einvernehmliche Lösung des Dienstvertrages mit der Antragstellerin herbei zu führen. Dass dieser Eindruck nicht ganz falsch sein könne, möge auch beweisen, dass der Betriebsrat die Antragstellerin zuletzt nicht mehr weiter unterstützen habe wollen. Letzteres also geradewegs im Widerspruch zu den Ausführungen der Antragstellerin im übermittelten Konvolut unter Verweis auf die Aussagen des Betriebsratsvorsitzenden, I.

Wesentlich sei dabei festzuhalten, dass auch die Antragstellerin in ihren Ausführungen nun selbst zugebe, dass es ein Angebot zur Übernahme einer Einrichtungsleitung für das Wohnhaus V gegeben habe, sie dieses allerdings nur in einem „Nebensatz“ erhalten habe. Dazu müsse außer Streit sein, dass für derlei Angebote zum ersten keine Formvorschriften bestehen, zum zweiten es völlig unerheblich sei, ob der Angebotsnehmer dieses Angebot als „in einem Nebensatz gesprochen“ wahrnehme. Das Angebot sei von der Regionalleitung gestellt worden und mithin Fakt.

Nicht zuletzt sei neuerlich darauf verwiesen, dass es im Zusammenhang mit dem erhaltenen Konvolut und der darin für die Antragsgegnerin zum Ausdruck gebrachten Wunsches der Antragstellerin auch im Assistenzbereich tätig zu werden, zwei konkret und aktuell zu besetzende Stellenangebote an die Antragstellerin übermittelt worden seien. Diese Angebote wären unmittelbar verfügbar gewesen und jenem Bereich der „beruflichen Integration“ zuzuordnen, welche die Antragstellerin als ihre Kernkompetenz anführe. Dieses Angebot sei auch zur Kenntnis der GBK ergangen. Tatsächlich habe die Antragsgegnerin weder von der Antragstellerin noch von der R-GAW überhaupt eine Antwort auf dieses Angebot bekommen, den Erhalt des Angebotes habe die R-GAW nur über neuerliche Nachfrage der Antragsgegnerin bestätigt.

Dass also eine Weiterbeschäftigung über das Erreichen des Pensionsalters hinaus das Ziel der Antragstellerin selbst gewesen sei, sei hierdurch neuerlich erheblich in Zweifel gezogen. Vielmehr erhelle erneut das Bild, der Antragstellerin liege es nur daran, noch etwas Geld „auszuverhandeln“ und hierfür das Gleichbehandlungsrecht zum Vorwand bzw. „Druckmittel“ zu nehmen.

Besonders ärgerlich aus Sicht eines gemeinnützigen Rechtsträgers, welcher augenscheinlich und nachweislich alles Mögliche versuche, um die Gleichstellung von Männern und Frauen im Betrieb sicher zu stellen, sei, dass die gesamte Argumentation der Antragstellerin auf der Herausarbeitung von aus dem Zusammenhang herausgeschälten Kommunikationsfragmenten beruhe, welche von verschiedenen Stellen und Funktionen zu unterschiedlichen Zeitpunkten und Aufgabenstellungen gegeben worden seien. Denn es sei ebenso leicht wie unfair, solcherlei heranzuziehen, um ein „negatives Bild zu zeichnen“, welches den handelnden Personen eine schlechte Absicht geradezu wider die faktischen Gegebenheiten unterstelle. So werde zB im übermittelten Konvolut aus der schriftlichen Aussage von Dr. C, welche allein die Abwicklung der privaten Zukunftsvorsorge betroffen und seinen damaligen hierbezüglichen Wissensstand dargelegt habe, auf ein rechtswidriges Gesamtsystem der Organisation geschlossen.

Dies sollte in einer fairen Argumentation eigentlich unerwünscht sein, gerade weil sich all dies wie oben dargetan rein faktisch leicht widerlegen lasse, was die Antragstellerin stets gewusst habe.

3. Legitimes sozialpolitisches Ziel iSd § 20 Abs. 3 GIBG für die Auflösung des Dienstverhältnisses

3.1. Generelle Richtlinien der Antragsgegnerin

Dass ein System automatischer Freisetzung von DienstnehmerInnen bei Erreichen des gesetzlichen Pensionsalters nicht bestehe, habe oben unter Teil I. Punkt 2. gezeigt werden können. De facto seien aktuell zahlreiche DienstnehmerInnen in der Antragsgegnerin beschäftigt, welche das Regelpensionsalter teilweise erheblich überschritten haben.

Richtig sei, dass die Antragsgegnerin generell davon ausgehe, dass DienstnehmerInnen mit Erreichen des Regelpensionsalters ihren verdienten Ruhestand antreten. Dies sei eine Erwartung, keine verbindliche Richtlinie. Eine Unterscheidung, die die Antragstellerin augenscheinlich wie selbstverständlich übersehe, obgleich diese in Ausführungen der Antragstellerin selbst immer bestätigt werde. In aller Deutlichkeit: Eine Erwartung sei keine rechtsverbindliche Handlung, weder einseitig noch zweiseitig. Sie binde niemanden, sich in einer Richtung zu verhalten.

Dazu sei nachstehendes zu bemerken:

Die Antragsgegnerin assistiere ausschließlich Menschen mit geistiger Behinderung im Auftrag des Landes

Aus dem Ziel dieser Assistenz nach § ... Rehabilitationsgesetz sei abzuleiten, dass auch das für diesen Zweck einzusetzende Personal in sog. „Teams“ klein-strukturiert und organisiert, den KlientInnen bestmöglich soziale Fähigkeiten vermitteln solle.

Dies werde durch eine entsprechende Bandbreite und Durchmischung von Ausbildungen, Lebenserfahrungen etc. ebenso wie eine möglichst ausgleichende Zuordnung der Geschlechter wie eben auch der Lebensalter der Dienstnehmer in den Teams erreicht. Teams von ausschließlich 20-jährigen Schulabgängerinnen können ebenso wenig erstrebenswert sein, wie solche ausschließlich pensionsfähiger Männer.

Gerade bei der internen Aufteilung bestehender Teams auf andere bereits bestehende – wie etwa im vorliegenden Falle – durch die Schließung einer Einrichtung, sei mit Behutsamkeit vorzugehen. Zu berücksichtigen seien hier also nicht nur die rein technischen Möglichkeiten der Zuordnung eines neuen Arbeitsplatzes als vielmehr die Erfordernisse der jeweiligen KlientInnen, welche in den in Frage stehenden Teams assistiert werden. Die schlichte Zuweisung von bisher „unbekannten Gesichtern“ in ein Team könne erfahrungsgemäß zu großen Irritationen bei den Menschen mit geistiger Behinderung führen, welche der bislang bekannten

DienstnehmerInnen und deren Zugänge zu Abläufen etc. als beziehungsstiftend bedürfen. Anders gesprochen: Es sei schlichtweg unmöglich, einer/einem DienstnehmerIn einfach irgendeinen neuen Arbeitsplatz nach persönlichem Wunsch zuzuweisen. Die Regionalleitung müsse unter Berücksichtigung aller Erfordernisse (allen voran jenen der Menschen mit geistiger Behinderung) ein Angebot stellen.

Nachweislich – wie oben in Teil I. dargetan – unternehme die Antragsgegnerin alles Zumutbare, um den notwendigen Generationenwechsel reibungslos und unter Wahrung aller Interessen zu befördern.

3.2. Betreffend die Antragstellerin

Ein solches Angebot sei vorgelegen, hätte sowohl bezüglich Teamzusammensetzung wie auch der KlientInnenstruktur gepasst. Zudem wäre es auf diese Weise möglich gewesen, (Leitungs-)Funktion und ein Entgelt in gleicher Höhe bzw. (aufgrund der Einstufungssystematik der Betriebsvereinbarung) ein höheres Gehalt der Antragstellerin zu sichern. Dieses Angebot habe die Antragstellerin aber offenkundig abgelehnt (siehe schriftliche Ausführungen Dr. E, O, MSc)

Die heikle Aufgabe der Abwicklung der Einrichtung sei im konkreten Falle D, MSc zugekommen, welcher aus Sicht der Antragsgegnerin mit großer Umsicht gehandelt habe. Dass die so erarbeiteten Vorschläge zwischenzeitlich allesamt in allseitiger Zufriedenheit umgesetzt worden seien, allein jene betreffend die Antragstellerin nicht im Einvernehmen von statten gehen haben können, spreche hierbei für sich selbst.

Wesentlich verbleibe, dass weder das erreichte Pensionsalter noch das Geschlecht respektive das daraus folgende (von Männern unterschiedene) gesetzliche Pensionsalter der Antragstellerin zur Kündigung geführt habe als vielmehr die Unmöglichkeit einer Einigung über die weitere Beschäftigung vor dem Hintergrund einer sachlichen Notwendigkeit, hier die Schließung der von der Antragstellerin geführten Einrichtung. Das Erreichen des Regelpensionsalters sei nicht für die Auflösung des Dienstverhältnisses ausschlaggebend oder mitursächlich gewesen.

Insoweit sehe die Antragsgegnerin also das Tatbestandsmerkmal des § 20 Abs. 3 GIBG geradezu paradigmatisch erfüllt, insoweit eine Diskriminierung auf Grund des Alters gem. leg.cit. nicht vorliege

„... wenn die Ungleichbehandlung

- 1. objektiv und angemessen ist,*
- 2. durch ein legitimes Ziel, insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung, gerechtfertigt ist und*
- 3. die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich sind...“*

3.3. Zukunftsvorsorge

Hierzu sei festzuhalten, dass die R-GAW verkenne, dass es sich hier nicht um ein Pensionskassensystem handle. Die sog. „Zukunftsvorsorge“ beruhe auf einer Vereinbarung gemäß § 3/1/15a EStG 1988 zwischen dem Betriebsrat der Antragsgegnerin und der Geschäftsführung der Antragsgegnerin. Nach Rechtsauffassung der Antragsgegnerin komme die Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebotes bei Betriebsvereinbarungen ebenso wenig in Betracht wie bei Kollektivverträgen oder Gesetzen (vgl. OGH 4 Ob 71-87/76, Arb 9523 vom 05.10.1976).

Die Anspruchsvorraussetzungen seien in dieser Betriebsvereinbarung festgelegt, werden im Wesentlichen von der bezüglichen Versicherungsgesellschaft vorgegeben, laufend an die Gegebenheiten des Versicherungsmarktes adaptiert und es sei aus Sicht der Antragsgegnerin die Dienstgeberzuzahlung zum Zeitpunkt Ende März 2017 nicht zu leisten gewesen, insoweit der Fortbestand des Dienstverhältnisses zu diesem Zeitpunkt bereits nicht mehr gesichert gewesen sei. Die Aussage von Dr. C habe sich auf allein und einzig auf diesen Umstand bezogen, also die Abwicklung der Versicherungsleistungen aufgrund eines Vertrages zu einer privaten Versicherungsgesellschaft, welche Gesellschaft aufgrund der Rechtslage im Versicherungsrecht die Vertragsbedingungen weitgehend selbstständig gestalten könne, zumal es Versicherungsgesellschaften freistehe, bestehende Verträge durch Kündigung, einseitig und ohne Angabe von Gründen zu beenden. Ein Thema, welches mit den Betriebsräten mehrfach besprochen sei.

Nichts desto trotz habe die Antragsgegnerin der Antragstellerin hier vollen Ersatz angeboten, also jenen Betrag, den die Zuzahlung unter Berücksichtigung aller Abgaben bis zum Ende des Kalenderjahres 2017 in ihrem Vermögen ausmachen würde.

Dieses Angebot sei nach Beratung durch die Arbeiterkammer ... von der Antragstellerin zurückgewiesen worden. Für die Antragsgegnerin nicht nachvollziehbar, insoweit die Antragstellerin als langjährige Leiterin einer Einrichtung die diesbezüglichen Gepflogenheiten kennen sollte, sodass die Annahme, man würde hier einen generellen Verzicht auf alle Ansprüche aus dem Dienstverhältnis fertigen, etwas eigenartig anmute, zumal solcherlei im österreichischen Arbeitsrecht geradezu denkunmöglich wäre.

Wie auch immer, habe sich Dr. C in Folge beeilt, dieses Missverständnis schriftlich auszuräumen. Die Antragsgegnerin stehe nach wie vor zu diesem Anbot und verweise im Übrigen auf die aktuelle Betriebsvereinbarung der Antragsgegnerin.

4. Ergebnis in rechtlicher Hinsicht

Im Ergebnis bedauere die Antragsgegnerin vor allem anderen, dass die Abwicklung eines Dienstverhältnisses zu einer langjährigen Dienstnehmerin nunmehr in juristischen Schriftsätzen, Klagsdrohungen etc. ende. Im Regelfall unterhalte die Antragsgegnerin beste Beziehungen zu ihren (auch bereits ausgeschiedenen) DienstnehmerInnen und lege großen Wert darauf.

Leider sei es der Antragsgegnerin nicht möglich gewesen, die Antragstellerin davon zu überzeugen, dass sie alles andere im Sinne gehabt habe, als die Antragstellerin zu „hintergehen“, zu „bedrängen“ oder ähnliches. Die Auflösung des Dienstverhältnisses sei aber aus den oben dargetanen Umständen ultima ratio gewesen, nachdem eine Entscheidung angestanden sei, eine andere Lösung von der Antragstellerin aber nicht akzeptiert worden sei.

Nachdem das Motiv dieser einseitigen Vertragsauflösung aber eben nicht das Alter (bzw. Geschlecht) der Antragstellerin gewesen sei, was aus dem Gesamtzusammenhang ersichtlich werde, dass die Antragsgegnerin versucht habe, eine für alle Seiten – nicht zuletzt für ihre KlientInnen – akzeptable Lösung zu finden, sei die Antragsgegnerin der Meinung, dass sie der Antragstellerin hier mangels Rechtswidrigkeit und Schuld keinen Schadenersatz anbieten könne und wolle.

Das Erreichen des Regelpensionsalters sei nicht für die Auflösung des Dienstverhältnisses ausschlaggebend oder mitursächlich gewesen, sondern die Weigerung der Antragstellerin sich an einem Veränderungsprozess aktiv und konstruktiv zu beteiligen.

Dies allein deshalb, weil die Antragsgegnerin bezüglich aller ihrer Zahlungen sowohl ihrem Eigentümer wie auch ihrem Fördergeber verantwortlich sei. Sei im Verhalten der Antragsgegnerin ein Regelverstoß gegen das GIBG zu erblicken, so mögen die Gerichte diesen Verstoß und den gebührenden Schadenersatz feststellen, die Antragsgegnerin selbst werde hierzu keinerlei „Vergleichszahlungen“ oder ähnliches leisten.

Zum Anbot der Antragsgegnerin auf Ablöse der entsprechenden Zukunftsvorsorge – wie vorgeschlagen – stehe die Antragsgegnerin selbstredend.

PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin sowie die mündliche Befragung der Antragstellerin und von Dr. C (informierter Vertreter der Antragsgegnerin) vom 13. November 2019. Als weitere Auskunftspersonen wurden D, MSc und F am 13. November 2019 befragt. Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf den Dienstvertrag der Antragstellerin vom 31. Jänner 2007, die Änderung/Ergänzung des Dienstvertrages vom 17. Dezember 2013, das Gedächtnisprotokoll vom 13. April 2016, die Protokolle der Teamsitzungen vom 14. April und 25. Juli 2016, das Terminavis „A Pensionierungsgespräch“ von D, MSc an die Antragstellerin für 20. Juli 2016, den Mailverkehr vom 21./25. Juli 2016, das Protokoll der LeiterInnenteam-Besprechung vom 11. August 2016, das Schreiben der Z AG vom 19. November 2016, das E-Mail „PVA _ bitte um pensionsstichtag“ von Dr. C vom 23. November 2016, den E-Mailverkehr „Lebensversicherung“ vom 23. Dezember 2016, 13., 23. und 24. Jänner 2017, das Terminavis

„Jourfix – A Pensionsbescheid“ von D, MSc an die Antragstellerin für 25. Jänner und 14. Februar 2017, den E-Mailverkehr „Entscheidung A“ vom 22. und 23. Februar 2017, das E-Mail „A“ von Dr. C vom 8. März 2017, das E-Mail „Klarstellung“ der Antragstellerin an Dr. J vom 9. März 2017, das E-Mail „Klarstellung“ von Dr. J an die Mitglieder des Betriebsrates vom 9. März 2017, den E-Mailverkehr „Ersuche um Angebot für Dienststelle“ vom 13. März 2017, das Kündigungsschreiben vom 22. März 2017, den E-Mailverkehr „Prämienanweisung“ vom 20. April und 9. Juni 2017, das Schreiben betreffend Prämienanweisung vom 12. Mai 2017, den Auszug aus der Betriebsvereinbarung der Antragsgegnerin (Punkt „XVIII. Zukunftsvorsorge gem. § 3/1/15a EStG 1988“ – alte Version; Punkt „XX. Zukunftsvorsorge gem. § 3/1/15a EStG 1988“ Version: Stand 2016), eine Aufstellung der Neueintritte bzw. Funktionswechsel, etc. ab 31. Juli 2017, die schriftliche Stellungnahme der Auskunftsperson Dr. J vom 22. Oktober 2019.

BEGRÜNDUNG²

Die im vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des Gleichbehandlungsgesetzes, BGBl. I Nr. 66/2004 idGF, lauten:

„§ 3. Auf Grund des Geschlechtes, insbesondere unter Bezugnahme auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat darf im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht
[...]

2. bei der Festsetzung des Entgelts.“

[...]

6. bei den sonstigen Arbeitsbedingungen,

7. bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.“

„§ 17. (1) Auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung darf im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht
[...]

2. bei der Festsetzung des Entgelts,

[...]

6. bei den sonstigen Arbeitsbedingungen,

7. bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.“

Generell ist zur Frage des Beweismaßes und der Beweislastverteilung im GBK-Verfahren anzumerken, dass eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne des § 3 oder § 17 GIBG beruft, diesen glaubhaft zu machen hat. Insoweit genügt daher

² Im weiteren Verlauf werden (akademische) Titel nicht weiter angeführt.

nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (OGH) eine „Bescheinigung“ der behaupteten Tatsachen, wobei jedoch der bei der GBK zu erreichende Überzeugungsgrad gegenüber der beim „Regelbeweis“ geforderten „hohen Wahrscheinlichkeit“ auf eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ herabgesenkt ist.

Vereinfacht gesagt muss mehr für die Darstellung des/der Antragstellers/Antragstellerin sprechen als dagegen.³ Dem/der AntragsgegnerIn obliegt dann zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes von ihm/ihr glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung des Vorwurfes, die Antragstellerin sei aufgrund ihres Geschlechtes und Alters diskriminiert worden, da die Versicherungsdauer der betrieblichen Zukunftsvorsorge laut Betriebsvereinbarung an das gesetzliche Regelpensionsalter der ArbeitnehmerInnen geknüpft sei, weiters über einen langen Zeitraum versucht worden sei, sie zu einer freiwilligen Beendigung des Dienstverhältnisses zu bewegen, obwohl sie ihrem Vorgesetzten gegenüber klargemacht habe, bis zum 65. Lebensjahr arbeiten zu wollen, und die von der Antragsgegnerin ihr gegenüber ausgesprochene Kündigung in zeitlicher Nähe zum Erreichen des Pensionsantrittsalters liege, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem Sachverhalt aus:

Die Antragstellerin, geboren am ... 1956, war vom 1. Februar 2001 bis 31. Juli 2017 bei der Antragsgegnerin beschäftigt. Seit September 2001 leitete sie die Einrichtung Y.

Am 9. April 2015 wurde vom Geschäftsführer der Antragsgegnerin, Mag. B, im Rahmen einer Teamsitzung der Region 1 als „unpopuläre Einsparungsmaßnahme“ angekündigt, dass bei der Antragsgegnerin MitarbeiterInnen mit Erreichen des Pensionsantrittsalters in Pension gehen sollen.

Im November 2015 sprach die Antragstellerin mit dem Bereichsleiter Personal & Support, Dr. C, über ihren zu dieser Zeit (noch) bestehenden Wunsch, ab ihrem 60. Lebensjahr Alterszeit in Anspruch nehmen zu wollen. Dabei wurde auch der Umstand einer Weiterbeschäftigung über den 60. Geburtstag der Antragstellerin hinaus angesprochen.

Seit dem Jahr 2015 wurde ein Arbeitsverbund – eine Zusammenarbeit von Y und anderer Arbeitseinrichtungen der Antragsgegnerin in der Region 1 – angestrebt. Erste Schritte der Zusammenführung wurden bereits 2015 ausgeführt.

Anlässlich regelmäßig zwischen und der Antragstellerin und ihrem Vorgesetzten, D, MSc, stattfindenden Jour Fixe sprach dieser am 22. Februar 2016 erstmals die Pensionierung der Antrag-

³ Vgl. OGH 9 ObA 144/14p, Arb 13.203 mit weiteren Nachweisen.

stellerin an. In diesem Gespräch machte die Antragstellerin klar, dass sie bis zum 65. Lebensjahr arbeiten will.

Am 3. März 2016 fand der Jahresdialog zwischen der Antragstellerin und D, MSc statt. Dabei wurde auch der Arbeitsverbund thematisiert.

Am 13. April 2016 wurde beim Jour Fixe der Antragstellerin mit D, MSc u.a. über die Zukunft von Y und die Dauer des Verbleibs der Antragstellerin im Unternehmen gesprochen.

Am 14. April 2016 fand eine Sitzung des Teams von Y, bei dem die Antragstellerin, F, G, H und D, MSc anwesend waren, statt. In dieser Besprechung wurde die Pensionierung der Antragstellerin thematisiert.

Bei einem Jour Fixe am 18. Mai 2016 sprach D, MSc erneut den angedachten Pensionsantrittszeitraum der Antragstellerin an.

Am 20. Juli 2016 fand ein weiteres Gespräch zwischen der Antragstellerin und D, MSc statt. Dieses Gespräch kündigte er am 18. Juli 2016 mit dem Betreff „A Pensionierungsgespräch“ an.

Am 27. Juli 2016 fand eine Teamsitzung statt, an der D, MSc, die Antragstellerin sowie ihre MitarbeiterInnen, F, G und H, teilnahmen. Thema war die Schließung von Y und der weitere Verbleib der MitarbeiterInnen im Unternehmen.

Am 11. August 2016 fand eine Sitzung des LeiterInnenteams der Region 1 statt, an welcher die Antragstellerin urlaubsbedingt nicht teilnahm. Laut Protokoll gab es in dieser Sitzung Informationen zur Schließung von Y, zur Pensionierung der Antragstellerin und generell zum Thema Pensionierungen.

Am 23. November 2016 informierte Dr. C per Mail alle Regionalleitungen und Einrichtungsleitungen betreffend PVA und Pensionsstichtag.

Mit Schreiben vom 19. November 2016 teilte die Z AG der Antragsgegnerin mit, dass die Lebensversicherung der Antragstellerin am 1. Jänner 2017 fällig werde, sofern aus steuerlichen Gründen nicht ein späterer Auszahlungstermin vermerkt worden sei. In der Folge wurde dieses Schreiben der Antragstellerin weitergeleitet. Sie ersuchte Dr. C mit Mail vom 23. Dezember 2016 um Verlängerung der Lebensversicherung. Dr. C antwortete ebenfalls am 23. Dezember 2016 per Mail: *„werte A, soweit ich informiert bin, werden wir dein dienstverhältnis nicht weiterführen, insoweit du alsdann schon pensionsberechtigt [b]ist. ich möchte dies bitte noch vor einer Veranlassung betreffend die zukunftsversorgung abklären. [...]“*

Am 23. Jänner 2017 teilte Dr. C der Antragstellerin per Mail mit, dass es bezüglich ihrer betrieblichen Zukunftsvorsorge ein „Gesamtpaket“ gebe, über das D, MSc noch mit ihr sprechen werde.

D, MSc vereinbarte mit der Antragstellerin ein Jour Fixe für den 25. Jänner 2017 mit dem Betreff „A Pensionsbescheid“.

Ein weiteres Gespräch zwischen D, MSc und der Antragstellerin, bei dem die Pensionierung der Antragstellerin Thema war, fand am 6. Februar 2017 statt.

Am 6. Februar 2017 erhielt die Antragstellerin ein Terminavisos für den 14. Februar 2017 betreffend „A Pensionsbescheid“. In diesem Gespräch, das auf den 13. Februar 2017 vorgezogen wurde, unterbreitete D, MSc der Antragstellerin zwei Alternativen betreffend die Beendigung ihres Dienstverhältnisses: entweder Kündigung seitens des Dienstgebers mit Ende Juli 2017 oder eine einvernehmliche Auflösung des Dienstverhältnisses mit Ende Oktober 2017 bei Konsumation aller Urlaubsansprüche bis Ende Juli 2017, anschließender Dienstfreistellung bei vollen Bezügen und inklusive Dienstgeberbeiträge zur betrieblichen Zukunftsvorsorge für 2017. Die Antragstellerin ersuchte um ein Angebot im Sinne einer Nachbesserung der zweiten Variante von drei auf sechs Monaten.

Die vorgeschlagene Nachbesserung wurde seitens der Antragsgegnerin nicht angenommen. In der diesbezüglichen E-Mailkorrespondenz vom 23. Februar 2017 hielt die Antragsgegnerin u.a. fest, dass sie grundsätzlich davon ausgehe, dass Dienstnehmer mit Erreichung des Regelpensionsalters in Ruhestand gehen – dies sei bei der Antragsgegnerin geübte Praxis.

Am 9. März 2017 wurde die Antragstellerin von einem der Betriebsratsmitglieder, Dr. J, darüber informiert, dass Dr. C dem Betriebsrat eine Mail betreffend die Zustimmung zu ihrer geplanten Kündigung geschrieben habe. Darin habe dieser angeführt, dass die Antragstellerin die ihr angebotenen Stellen nicht angenommen habe und sie nicht mit Menschen mit Behinderung arbeiten wolle. Die Antragstellerin stellte mit E-Mail vom 9. März 2017 an Dr. J klar, dass sie keine Angebote für zukünftige Arbeiten in der Antragsgegnerin erhalten habe, sie seit *„über 16 Jahren mit Menschen mit Behinderung [arbeite] und dies mit Freude und Erfolg [...]“* und sie gerne weiterhin ihre Arbeit hier fortgesetzt hätte. In diesem E-Mail führte die Antragstellerin weiters aus: *„Für eine Arbeit mit Menschen mit einem sehr hohen Unterstützungsbedarf (pflegerische Tätigkeiten) bin ich allerdings weder ausgebildet noch hab ich darin die geringste Erfahrung. Daher sehe ich mich für eine Arbeit in dieser Richtung für nicht qualifiziert.“*

Am selben Tag informierte Dr. J die anderen Betriebsratskollegen über die Stellungnahme der Antragstellerin mit der Bitte, im Lichte dieser doch anderen Erkenntnisse, die Entscheidung zu treffen.

Mit E-Mail vom 13. März 2017 ersuchte die Antragstellerin D, MSc um ein konkretes Stellenangebot.

Am selben Tag erhielt die Antragstellerin ein Mail von Dr. C, der ihr im Auftrag der Geschäftsführung u.a. mitteilte, dass es über ein Jahr alle möglichen Versuche gegeben habe, ihr konkrete Alternativen zu bieten, die Einrichtung nun aber nicht weitergeführt werde und ihr ein Angebot zur einvernehmlichen Lösung unterbreitet worden sei, das sie bis 17 Uhr annehmen könne, ansonsten das Kündigungsverfahren gemäß § 105 Abs. 2 ArbVG eingeleitet werde.

Die Antragstellerin hielt mit E-Mail vom selben Tag fest, dass ihr keine konkreten Alternativen zu ihrer derzeitigen Dienststelle angeboten worden seien. Die angebotenen Bedingungen einer einvernehmlichen Lösung seien für sie nicht akzeptabel, daher müsse Dr. C entscheiden, wie er weiter vorgehen möchte.

Mit Schreiben vom 22. März 2017 wurde die Antragstellerin zum 31. Juli 2017 dienstgeberseitig gekündigt.

Mit E-Mail vom 20. April 2017 teilte die Antragstellerin Dr. C mit, dass sie ihre Ansprüche betreffend die betriebliche Zukunftsvorsorge für 2017 geltend machen möchte, um einen Verfall abzuwehren. Daraufhin erhielt sie ein Schreiben vom 12. Mai 2017, mit dem sie über eine Prämienanweisung in der Höhe von brutto € 632,- informiert wurde, welche sie auf Anraten der AK ... jedoch nicht annahm.

In **rechtlicher Hinsicht** ist der Sachverhalt wie folgt zu beurteilen:

Nach Auffassung des Senates war der vorliegende Fall unter dem Aspekt der intersektionellen Diskriminierung zu überprüfen. Diese bezieht sich auf eine Situation, in der mehrere Diskriminierungsgründe greifen und gleichzeitig miteinander so interagieren, dass sie nicht voneinander zu trennen sind.⁴

1. Es liegt **eine Diskriminierung** aufgrund **des Geschlechtes** und **des Alters bei der Festsetzung des Entgelts** gemäß **§§ 3 Z 2 iVm 17 Abs. 1 Z 2 GIBG** vor.

Nach der Judikatur des EuGH ist der Begriff des Entgelts weit zu verstehen. Demnach fallen darunter alle Leistungen, die ein/e ArbeitnehmerIn als Gegenleistung für die Zurverfügungstellung seiner/ihrer Arbeitskraft an den/die ArbeitgeberIn erhält.⁵

Die Antragstellerin konnte nach Ansicht des Senates durch ihre Ausführungen glaubhaft den Anschein einer Diskriminierung darlegen, weshalb sich die Beweislast auf die Antragsgegnerin verlagerte.

In der vorliegenden Betriebsvereinbarung der Antragsgegnerin ist in Kapitel XVIII. die Zukunftsvorsorge gemäß § 3/1/15a EStG 1988 geregelt. Punkt 3. sieht hinsichtlich der Art und Höhe der Zukunftssicherung vor: „[...] *Die Versicherungsdauer ergibt sich aus der Differenz des Beitrittsalters und dem zum Vertragsabschluss gültigen, gesetzlichen Regelpensionsalter der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers. [...]*“

Punkt 3. wurde zwar in einer aktuelleren Betriebsvereinbarung, glaublich aus dem Jahr 2016, nunmehr unter Kapitel XX. um den Wortlaut „[...] *(allenfalls einem späteren Pensionsantritt)*“

⁴ Vgl. Europäische Kommission (2007): Bekämpfung von Mehrfachdiskriminierung – Praktiken, Politikstrategien und Rechtsvorschriften, S. 17.

⁵ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 3 Rz 77 f.

[...]“ ergänzt, aus dem Schreiben der Z AG vom 19. November 2016 geht jedoch eindeutig hervor, dass die Lebensversicherung für die Antragstellerin am 1. Jänner 2017 fällig wurde. Somit war die Fälligkeit an das gesetzliche Regelpensionsalter für Frauen – die Antragstellerin wurde am 5. August 2016 60 Jahre alt – geknüpft.

Zum Argument der Antragsgegnerin, die Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebotes komme bei Betriebsvereinbarungen ebenso wenig in Betracht wie bei Kollektivverträgen oder Gesetzen, wird auf § 11 GIBG verwiesen.

In Bezug auf das Lohnleichheitsgebot sieht § 11 GIBG ergänzende Bestimmungen vor, die die Heranziehung wegen des Geschlechts und des Alters diskriminierender Entlohnungskriterien u.a. in Normen der kollektiven Rechtsgestaltung ausdrücklich untersagen. Dadurch soll die Beachtung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für gleiche und gleichwertige Arbeit vor allem in den einschlägigen Betriebsvereinbarungs- und Kollektivvertragsbestimmungen sichergestellt werden.⁶

Im Hinblick auf die Beweislastregeln der §§ 12 Abs. 12 und 26 Abs. 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es der Antragsgegnerin nicht gelungen ist, zu beweisen, dass durch die Regelung unter Kapitel XVIII. Punkt 3. der Betriebsvereinbarung keine Schlechterbehandlung der Antragstellerin aufgrund ihres Geschlechtes und Alters erfolgt ist.

2. Es liegt **keine Diskriminierung** aufgrund **des Geschlechtes und des Alters bei den sonstigen Arbeitsbedingungen** gemäß **§§ 3 Z 6 iVm 17 Abs. 1 Z 6 GIBG** vor.

Neben der Generalklausel nach § 3 Satz 1 GIBG („Auf Grund des Geschlechtes ... darf ... niemand ... diskriminiert werden“) wird mit § 3 Z 6 GIBG praktisch eine zweite Generalklausel geschaffen, von der alle weiteren („sonstigen“) Arbeitsbedingungen erfasst sind, denen nicht schon ein bestimmter (anderer) Diskriminierungstatbestand aus dem Katalog des § 3 zugeordnet ist. § 3 Z 6 ist somit ein weit auszulegender Auffangtatbestand, der sowohl die rechtlichen als auch die faktischen Rahmenbedingungen für die Leistungserbringung der ArbeitnehmerInnen im laufenden Arbeitsverhältnis umfasst.⁷ Da § 17 GIBG dem § 3 im I. Teil des GIBG nachgebildet wurde, ist von einem gemeinsamen Begriffsverständnis der „sonstigen Arbeitsbedingungen“ auszugehen.⁸

Das regelmäßige Thematisieren seitens des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin, wann ein/e ArbeitnehmerIn in Pension gehen werde, ist aufgrund dieser Ausführungen vom Begriff der sonstigen Arbeitsbedingungen erfasst, da kein anderer Diskriminierungstatbestand aus dem Katalog des § 3 anwendbar ist.

⁶ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) Überblick Rz 8.

⁷ Vgl. ebenda § 3 Rz 132.

⁸ Vgl. ebenda § 17 Rz 121.

Die Antragstellerin konnte nach Ansicht des Senates durch ihre Ausführungen glaubhaft den Anschein einer Diskriminierung darlegen. So ließ ihre Schilderung – es sei seitens ihrer Arbeitgeberin über einen langen Zeitraum immer wieder versucht worden, sie zu einer freiwilligen Beendigung des Arbeitsverhältnisses im zeitlichen Zusammenhang mit dem Erreichen des Regelpensionsantrittsalters zu bewegen, obwohl sie klargemacht habe, dass sie bis zum 65. Lebensjahr arbeiten wolle – darauf schließen, dass die Antragstellerin aufgrund ihres Geschlechtes und Alters bei den sonstigen Arbeitsbedingungen von der Antragsgegnerin benachteiligt wurde.

Daher verlagerte sich die Beweislast auf die Antragsgegnerin. Diese konnte nachvollziehbar darlegen, dass der Anlass für die Gespräche über den weiteren Verbleib der Antragstellerin im Unternehmen die bevorstehende Schließung von Y und nicht das Geschlecht und/oder das Alter der Antragstellerin waren. Auch brachte insbesondere die Auskunftsperson D, MSc glaubhaft vor, dass es in den Gesprächen nicht ausschließlich um eine Pensionierung der Antragstellerin, sondern auch um andere Beschäftigungsmöglichkeiten innerhalb der Antragsgegnerin gegangen sei.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln der §§ 12 Abs. 12 und 26 Abs. 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es der Antragsgegnerin gelungen ist, zu beweisen, dass keine Schlechterbehandlung der Antragstellerin aufgrund ihres Geschlechtes und Alters erfolgt ist.

3. Es liegt **keine Diskriminierung** aufgrund **des Geschlechtes und des Alters bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§§ 3 Z 7 iVm 17 Abs. 1 Z 7 GIBG** vor.

Auch in diesem Fall gelang es der Antragstellerin eine Diskriminierung glaubhaft zu machen, weshalb sich wiederum die Beweislast auf die Antragsgegnerin verlagerte.

Ein Zusammenhang zwischen der Kündigung und dem Erreichen des Regelpensionsalters – somit dem Geschlecht und Alter der Antragstellerin – wurde seitens der Antragsgegnerin ausgeschlossen. Die Antragsgegnerin legte zum Beweis eine Statistik zur Alters- und Geschlechtsstruktur der MitarbeiterInnen vor. Die Tabelle lässt keinen Schluss darauf zu, dass es in der Antragsgegnerin einen Automatismus gibt, dass MitarbeiterInnen mit Erreichen des Regelpensionsalters gekündigt werden.

Für den Senat erscheint das Vorbringen der Antragsgegnerin, das durch zahlreiche in der Stellungnahme angeführte Aussagen gestützt ist, plausibel und nachvollziehbar, dass die Kündigung aufgrund des Wegfalls des Arbeitsplatzes der Antragstellerin und des Nichtzustandekommens einer alternativen Beschäftigungsmöglichkeit erfolgt ist, und nicht, wie von der Antragstellerin vorgebracht, mit ihrem Geschlecht oder Alter in Zusammenhang steht. Gerade die Aussagen der Antragstellerin und von D, MSc zeigten, dass es in der Kommunikation zwischen den beiden offensichtlich zu Missverständnissen gekommen ist. Ein diskriminierendes Motiv seitens der Antragsgegnerin war hingegen nicht erkennbar. Es ist vielmehr nachvollziehbar,

dass die Antragsgegnerin generell rechtzeitig wissen möchte, wann MitarbeiterInnen aus dem Unternehmen pensionsbedingt ausscheiden werden, um rechtzeitig die Nachfolge planen zu können.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs. 12 und § 26 Abs. 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es der Antragsgegnerin gelungen ist zu beweisen, dass sachliche Motive für die Kündigung ausschlaggebend waren.

VORSCHLAG

Gemäß **§ 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz** hat der Senat, wenn er der Auffassung ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, dem/der ArbeitgeberIn 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 Abs. 3 nicht entsprochen, kann gemäß **§ 12 Abs. 4 GBK/GAW-Gesetz** jede der im jeweiligen Senat vertretenen Interessensvertretungen beim zuständigen Arbeitsgericht oder Zivilgericht auf Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes klagen.

Da der Senat I der GBK zur Auffassung gelangt ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, wird die **Antragsgegnerin, X GmbH**, gemäß § 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz aufgefordert, die Diskriminierung zu beenden, und wird folgender **Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes** erteilt:

Leistung eines angemessenen Schadenersatzes.

Wien, 13. November 2019

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK