

Senat II der Gleichbehandlungskommission
Anonymisiertes Prüfungsergebnis GBK II/510/23 gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) hat über den Antrag von Herrn A (in Folge: Antragsteller) wegen behaupteter Diskriminierung auf Grund des Alters bei der Festsetzung des Entgelts gemäß § 17 Abs. 1 Z 2 sowie bei der Gewährung freiwilliger Sozialleistungen gemäß GIBG § 17 Abs. 1 Z 3 durch B GmbH (in Folge: Antragsgegnerin) nach Durchführung eines Aktenverfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz, BGBl. I Nr. 66/2004 idGF, iVm § 11 Gleichbehandlungskommissions-GO, BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. II Nr. 275/2013, erkannt:

Eine Diskriminierung des Antragstellers auf Grund des Alters bei der Festsetzung des Entgelts sowie bei der Gewährung freiwilliger Sozialleistungen durch die Antragsgegnerin

liegt nicht vor.

VORBRINGEN

Im **Antrag** wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Antragsteller seit 2015 bei der Antragsgegnerin als ...techniker beschäftigt sei.

Durch eine Tarifänderung, welche mit 2015 wirksam geworden sei, seien neu eingestiegenen Mitarbeitern viele Sozialleistungen gestrichen worden. Doppelte Schichtzulagen an Sonn- und Feiertagen sowie eine nach Betriebszugehörigkeit gestaffelte Stamarbeiterzulage und ein Heizkostendeputat in den Wintermonaten seien gestrichen worden. Hierdurch ergebe sich eine beträchtliche Differenz am Lohnzettel im Vergleich zu anderen Kollegen. Eine Diskriminierung auf Grund des Alters sehe er, weil es ihm aufgrund seines Alters - er sei 2000 geboren - der damalig gültigen Gesetzeslage und der Schulpflicht nicht möglich gewesen sei vor dem 2015 in den Dienst einzusteigen.

In der Stellungnahme der **Antragsgegnerin** wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Angaben des Antragstellers zur Dauer seines Dienstverhältnisses zutreffend seien. Es sei auch richtig, dass die Antragsgegnerin in der Vergangenheit ihren Dienstnehmern verschiedene freiwillige Leistungen gewährt habe, auf welche weder ein gesetzlicher, noch ein kollektivvertraglicher, noch ein sonstiger Anspruch bestanden habe. Dazu hätten unter anderem die vom Antragsteller erwähnten doppelten Schichtzulagen an Sonn- und Feiertagen, eine Stamarbeiterzulage sowie ein Heizdeputat für Arbeiter gehört.

Im Jahr 2014 sei unternehmensintern die Entscheidung getroffen worden, eine Reihe von freiwilligen Leistungen in der Zukunft nicht mehr zu gewähren. Um diese bis dahin freiwillig gewährten Benefits „*einzuschleifen*“, sei eine Stichtagsregelung dahingehend eingeführt worden, dass eine Reihe von Leistungen (darunter die vom Antragsteller genannten) für ab 2015 neu eintretende MitarbeiterInnen (sowohl Arbeiter als auch Angestellte) nicht mehr gewährt worden wären.

Auch diese Angaben des Antragstellers seien daher grundsätzlich richtig. Entgegen der Ansicht des Antragstellers liege darin aber keineswegs eine Diskriminierung aufgrund des Alters begründet.

Nach § 17 GIBG dürfe aufgrund des Alters niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, und zwar unter anderem nicht bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, der Festsetzung des Entgelts und der Gewährung freiwilliger Sozialleistungen. Die vom Antragsteller kritisierte Regelung knüpfe aber gerade nicht an das Alter der ArbeitnehmerInnen an, sondern an einen objektiven Zeitpunkt und der entweder davor oder danach liegenden Begründung des Dienstverhältnisses.

Das Dienstverhältnis des Antragstellers sei nach dem 1.1.2015 begründet worden, weshalb die mit diesem Stichtag eingestellten Leistungen ihm nicht zustehe. Dabei sei das Alter des Antragstellers in diesem Zeitpunkt jedoch völlig irrelevant. Jeder Arbeitnehmer, der zu diesem Zeitpunkt in ein Dienstverhältnis eingetreten sei, sei gleich behandelt worden und hätte ebenso wenig wie der Antragsteller einen Anspruch auf die angesprochenen Leistungen gehabt. Das Alter spiele dabei keine Rolle. Ein 18-jähriger Arbeitnehmer wäre in dieser Situation exakt gleich behandelt worden wie ein 60jähriger Arbeitnehmer.

Es sei langjährige und ständige Rechtsprechung, dass die Anwendung allgemeiner zeitlicher Differenzierungskriterien – also insbesondere Stichtagsregelungen – sowohl im Hinblick auf den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz als auch die Bestimmungen

des GIBG zulässig seien (vgl exemplarisch: OGH 9 ObA 37/87, 9 ObA 77/95, 8 ObA 170/02m). Das sei auch allein deshalb unvermeidbar, weil andernfalls Arbeitgeber niemals die Möglichkeit hätten, freiwillig gewährte Zusatzleistungen wieder einzustellen.

Auch der EuGH habe bereits mehrfach bestätigt, dass ein Stichtagsprinzip, wonach die Arbeitsbedingungen von vor und nach dem Stichtag eingestellten ArbeitnehmerInnen unterschiedlich sein können, als notwendige Ziele der Sozialpolitik eines Unternehmens zulässig seien und keine Diskriminierung darstellen.

Exemplarisch habe der EuGH ausgesprochen, dass eine Maßnahme, die vorsehe, dass bei der Einstellung neuer Lehrkräfte ab einem bestimmten Zeitpunkt eine ungünstigere Entgeltskala und Einstufung zur Anwendung kommen soll als die, die gemäß den vor dieser Maßnahme geltenden Vorschriften bei vor diesem Zeitpunkt (Stichtag) eingestellten Lehrkräften zur Anwendung gekommen seien, keine (mittelbare) Diskriminierung wegen des Alters darstelle (EuGH 14.2.2019, C-154/18, *Horgan und Keegan*).

Eine Stichtagsregelung wie die Gegenständliche sei daher der Paradefall einer nichtdiskriminierenden Regelung.

Die ohnehin zulässige Stichtagsregelung wäre auch durch § 20 Abs 3 GIBG gerechtfertigt, da die Regelung objektiv und angemessen sei, um ein legitimes Ziel im Bereich der Beschäftigungspolitik zu erreichen.

PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) stützt sein Prüfungsergebnis auf die schriftlichen Vorbringen des Antragstellers und der Antragsgegnerin.

Von einer Befragung von Auskunftspersonen wurde abgesehen, da die vorliegenden Unterlagen zu einer Beurteilung des **maßgeblichen** Sachverhaltes ausreichend waren (§ 11 Abs. 4 Gleichbehandlungskommissions-Geschäftsordnung).

Eingangs ist darauf hinzuweisen, dass das GIBG die GBK nicht zur Prüfung von jeglichen Vorwürfen auf Grund einer subjektiv empfundenen Ungerechtigkeit oder von Mobbing im Allgemeinen ermächtigt, sondern dass sich die Kognitionsbefugnis der GBK ausschließlich auf die Prüfung von Diskriminierungsvorwürfen im Zusammenhang mit den in § 17 genannten

Gründen beschränkt, wobei dieser Zusammenhang bei Antragseinbringung vom Antragsteller bzw. der Antragstellerin **glaubhaft** zu machen ist.

Für eine solche Glaubhaftmachung genügt nach der Rsp zwar eine „Bescheinigung“ der behaupteten Tatsachen, wobei der zu erreichende Überzeugungsgrad gegenüber der beim „Regelbeweis“ geforderten „hohen Wahrscheinlichkeit“ auf eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ herabgesenkt ist. Vereinfacht gesagt muss mehr für die Darstellung des Antragstellers sprechen als dagegen (OGH 9 ObA 144/14p, ARD 6455/14/2015 = Arb 13.203; 9 ObA 177/07f, ZAS 2009/29, 186 [*Klicka*] = DRdA 2010/11, 137 [*Eichinger*]; vgl. auch *Windisch-Graetz*, in *ZellKomm*³ [2018] § 12 GIBG Rz 16). Wird zB eine Bewerbung mit dem Hinweis abgelehnt, man verfüge über keine Sanitäreinrichtungen für männliche Mitarbeiter, liegt ein starkes Indiz für eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts vor (OGH 9 ObA 46/04m, *ecolex* 2004, 420 = *ASoK* 2005, 26).

Wesentlich ist dabei, dass das GIBG von einem gestuften Beweislastmodell ausgeht (dazu eingehend *Weberndorfer*, Glaubhaftmachung von Diskriminierung am Arbeitsplatz, in *Ulrich/Rippatha*, Glaubhaftmachung von Diskriminierung – Hilfe oder Hemmnis beim Rechtszugang [2018] 35 [72]). Der Antragsteller bzw. die Antragstellerin ist aufgefordert, das verpönte Merkmal sowie die darauf basierende Benachteiligung zu benennen und mittels ausführlicher Darstellung des Geschehens zu konkretisieren. Der Senat der GBK ist dabei von der Richtigkeit und vom Vorliegen der entscheidungsrelevanten Tatsachen zu überzeugen mit dem Ziel, die **Kausalität** einer besonderen Eigenschaft (*hier Alter*) mit einer Benachteiligung so zu verknüpfen, dass der damit befasste Senat der GBK vom Vorliegen einer Diskriminierung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit überzeugt ist.

Erst wenn dies gelungen ist, obliegt es dem Antragsgegner bzw. der Antragsgegnerin in einem weiteren Schritt zu beweisen, dass ein anderer als der glaubhaft gemachte Grund für die Ungleichbehandlung maßgeblich war (so überzeugend *Weberndorfer*, in *Ulrich/Rippatha*, Glaubhaftmachung von Diskriminierung 72).

BEGRÜNDUNG

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission hat erwogen:

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

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

[...]

2. bei der Festsetzung des Entgelts,

3. bei der Gewährung freiwilliger Sozialleistungen,

[...]“

„§ 19. (1) Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person auf Grund eines in § 17 genannten Grundes in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

(2) 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.“

Generell ist zur Frage des **Beweismaßes und der Beweislastverteilung** im GBK-Verfahren anzumerken, dass gemäß § 26 Abs. 12 GIBG eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne der §§ 17, 18 oder 21 GIBG beruft, diesen **glaubhaft** zu machen hat. Insoweit genügt daher nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (OGH) eine „Bescheinigung“ des behaupteten nach dem GIBG verbotenen Motivs, 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 – wie bereits oben ausgeführt – mehr für die Darstellung des Antragstellers oder der Antragstellerin sprechen als dagegen (vgl. OGH 9 ObA 144/14p, Arb 13.203 mit weiteren Nachweisen).

Der Senat geht bei seiner Prüfung von folgenden Erwägungen aus:

Das Vorbringen des Antragstellers, auf Grund seines **Lebensalters** im Vergleich zu älteren – und daher *nach seinem Vorbringen* früher ins Unternehmen eingetretenen – ArbeitnehmerInnen im Hinblick auf die diesen gewährten, ihm aber nicht gewährten Zulagen *in einer vergleichbaren Situation* schlechter als diese behandelt worden zu sein, ist im Hinblick auf das Vorliegen der Frage einer damit allenfalls verwirklichten Diskriminierung des Antragstellers auf Grund des Alters unter folgenden Aspekten zu prüfen:

Wäre der **relevante** Aspekt für die Gewährung einer bestimmten Zulage das **Lebensalter** eines/r ArbeitnehmerIn, läge darin eine weniger günstige Behandlung jüngerer Personen, weshalb diesfalls das Vorliegen einer Altersdiskriminierung zu bejahen wäre.

Im konkreten Fall wurde nach glaubhaftem Vorbringen der Antragsgegnerin die Einstellung bestimmter bis dahin gewährten Zulagen für Neueintretende ab einem bestimmten Stichtag gerade nicht an das Lebensalter, sondern an ein **neutrales Kriterium** (Datum des Eintritts einer Person ins Unternehmen) geknüpft.

Daraus folgt, dass **alle** ab einem gewissen Zeitpunkt – **dem relevanten Stichtag** – neueintretenden Personen *gänzlich unabhängig von deren jeweiligem Lebensalter* nicht mehr in den Genuss genannter finanzieller Zuwendungen kommen, weshalb gerade **keine** weniger günstige Behandlung des Antragstellers gegenüber diesen Kollegen vorliegt.

Ein ausschließliches Abstellen arbeitsrechtlicher Regelungen auf das Kriterium des Lebensalters von Personen würde – *bezogen auf eine damit entstehende Vergleichbarkeit gleichaltriger Personen unabhängig ihrer jeweiligen Betriebszugehörigkeit* – dazu führen, dass

ein Unternehmen nur sehr eingeschränkte Möglichkeiten hätte, auf die betriebswirtschaftlich relevanten Umstände des Wirtschaftsgeschehens adäquat zu reagieren, weshalb **Stichtagsregelungen** auch gängige und rechtlich unumstrittene Instrumente zur Gestaltung des Arbeits- und Wirtschaftslebens sind.

Zentrales Element dieser Regelungen ist – wie im vorliegenden Fall – eben gerade nicht das Abstellen auf das Lebensalter, sondern auf das Kriterium der **Betriebszugehörigkeit**, also des „Dienstalters“.

Nach Meinung des Senates besteht kein Zweifel an der **rechtlichen Zulässigkeit** derartiger Stichtagsregelungen im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem Diskriminierungsverbot von § 17 GIBG in Bezug auf den Grund „Alter“, da der **Schutzzweck dieser Norm** – bezogen auf den konkreten Anlassfall – nicht in einer generellen **Verhinderung** jeglicher Änderungen in einem Unternehmen hinsichtlich finanzieller Gratifikation von MitarbeiterInnen liegen kann, sondern – bezogen auf den Telos des Gesetzes – in der Vermeidung der benachteiligenden Änderung allein in Bezug auf das Lebensalter von davon betroffenen Personen besteht.

Daher war das Vorliegen einer Diskriminierung des Antragstellers **auf Grund des Alters** durch die in Bezug auf die von der Antragsgegnerin in Anknüpfung *nach dem im GBK-Verfahren relevierten Stichtagsprinzip unterschiedlich gewährten Zulagen* zu verneinen.