

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

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) beim Bundeskanzleramt hat über das Verlangen der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für Herrn A (in der Folge: der Betroffene) wegen behaupteter Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes auf Grund des Alters bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gem. § 17 Abs. 1 Z 7 GIBG durch B (in der Folge: Antragsgegnerin, vertreten durch Herrn C) sowie wegen Belästigung gem. § 21 Abs. 1, BGBl. I Nr. 66/2004 idgF, durch Herrn C nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz, BGBl. I Nr. 66/2004 idgF, iVm § 11 Gleichbehandlungskommissions-GO, BGBl. II Nr. 396/2004, erkannt:

Eine Diskriminierung des Betroffenen bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Grund des Alters durch die Antragsgegnerin

liegt vor.

Eine Diskriminierung des Betroffenen durch Belästigung auf Grund des Alters durch Herrn C

liegt nicht vor.

**ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE**

Im Verlangen der GAW wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Betroffene (geb. 1949) seit 2006 für die Antragsgegnerin tätig gewesen sei. Er verfüge über eine langjährige Erfahrung und habe seine Arbeit stets zur vollsten Zufriedenheit seines Arbeitgebers verrichtet.

Seit Herbst 2008 habe der Geschäftsführer Herr C hin und wieder erklärt, dass es wirtschaftliche Schwierigkeiten gäbe, dabei aber auch betont, dass die Produkte sehr erfolgreich seien und gute Erträge brächten. Am ... habe Herr C den Betroffenen in sein Büro gebeten und ihm erklärt, dass er sich aus wirtschaftlichen Gründen von

ihm trennen müsse. Dabei habe er ihn darauf hingewiesen, er möge sich noch bis ... eine einvernehmliche Lösung überlegen; wenn er diese nicht akzeptiere, würde er per ... Mai die Kündigung aussprechen. Nachdem für den Betroffenen eine einvernehmliche Lösung nicht in Frage gekommen wäre, habe ihm Herr C am ... die schriftliche Kündigung überreicht, welche ausschließlich mit wirtschaftlichen Gründen begründet wurde. Der ursprüngliche Kündigungstermin sei im Rahmen einer „Schlussvereinbarung“ verkürzt und der Betroffene ab ... freigestellt worden.

Am ... habe Herr C im Rahmen einer Veranstaltung erklärt, dass der Betroffene „altersbedingt ..... ausscheide“. Dieser habe darüber über ....., welcher ihm dies berichtet bzw. sich bei ihm über die tatsächlichen Hintergründe seines Ausscheidens erkundigte habe, erfahren.

...

In der Folge sei es zu einigen schriftlichen bzw. telefonischen Kontakten zwischen dem Betroffenen und Herrn C gekommen, in welchen der Betroffene insbesondere auf die Rechtswidrigkeit des Verbreitens falscher Tatsachen über sein Ausscheiden hingewiesen und Herrn C zur Zurücknahme der getätigten Aussagen aufgefordert habe, welche für ihn eine persönliche Kränkung und eine Schädigung seines beruflichen Fortkommens darstellten. Diese Gespräche seien jedoch ohne Konsequenz geblieben und Herr C sei der Aufforderung - auch nach Interventionen durch die Arbeiterkammer - nicht nachgekommen.

Im Zuge seiner Stellensuche habe der Betroffene wiederholt abschlägige Antworten erhalten, die sich in der Begründung auf sein Alter und seine angebliche Pensionierung bezogen hätten.

Die Vermutung einer Diskriminierung aufgrund des Alters ergebe sich aus der Sicht der Gleichbehandlungsanwältin aus folgenden Überlegungen:

§ 17 Abs 1 Z 7 GIBG verbiete eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung u.a. aufgrund des Alters im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis, insbesondere bei der Beendigung eines solchen. Somit seien vom Diskriminierungsverbot sämtliche Handlungen und Aussagen umfasst, die im Zusammenhang mit der Auflösung eines Arbeitsverhältnisses stehen. Damit soll dem Zweck des Gleichbehandlungsgebots nach dem GIBG und den einschlägigen EU-Richtlinien entsprochen werden, jegliche Diskriminierung in der Arbeitswelt zu verhindern und dem Ziel der Erreichung eines hohen Beschäftigungsniveaus, eines hohen Maßes an

sozialem Schutz und der Hebung des Lebensstandards näher zu kommen (vgl. Erwägungsgrund 11 der RL 2000/78/EG).

Der Gleichbehandlungsgrundsatz gelte daher nicht nur in einem aufrechten Arbeitsverhältnis, sondern entfalte auch Wirkungen bei der Anbahnung und nach der Auflösung eines solchen. In letztem Fall seien auch Vorgänge, die unmittelbar nach der Beendigung eines Dienstverhältnisses liegen und in direktem Zusammenhang mit diesem stehen, darunter zu subsumieren. Auch die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, die über das eigentliche Ende des Dienstverhältnisses hinausgehe und jedes schädigende Verhalten auch im Anschluss daran verbiete, spreche für eine derartige weite Auslegung. Das Gleichbehandlungsgebot sei somit auf alle Sachverhalte anwendbar, die in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Dienstverhältnis stehen und nachteilige Auswirkungen auf die Arbeitnehmer/innen haben.

Die Kündigung des Betroffenen sei von seinem Arbeitgeber im Vorfeld und bei dessen Ausspruch primär mit wirtschaftlichen Gründen argumentiert worden. ... Die Agenden des Betroffenen werden nun größtenteils von einer jüngeren Kollegin bzw. teilweise auch von anderen Mitarbeiter/innen ausgeübt.

Die wahren Beweggründe der Kündigung blieben nach wie vor offen und es scheine der Verdacht nahe, dass das Alter des Betroffenen eine wesentliche Rolle dafür gespielt habe. Die Aussagen des Herrn C über das „altersbedingte Ausscheiden“ des Betroffenen seien ein weiterer Hinweis dafür, dass die Beendigung des Dienstverhältnisses mit dessen Alter in Verbindung stehe (oder in Verbindung gebracht werden sollte).

Die Verbreitung dieser Tatsachen habe für den Betroffenen besonders negative Auswirkungen auf seine Person allgemein, sein persönliches Fortkommen und seine weitere Stellensuche im Besonderen gehabt. So sei er mehrmals auf seinen „Ruhestand“ angesprochen und bei Bewerbungen als zu alt ... abgewiesen worden. Insgesamt liege somit der Verdacht nahe, dass der Betroffene aufgrund seines Alters durch seinen Arbeitgeber bei der Beendigung des Dienstverhältnisses diskriminiert worden sei. Überdies sei davon auszugehen, dass die Verbreitung des angeblich altersbedingten Ausscheidens des Betroffenen und damit die (unrichtige) Aussage über seinen Übertritt in den Ruhestand auch eine Belästigung iSd § 21 GIBG darstellten.

Die rechtsfreundliche Vertreterin der Antragsgegnerin führte anlässlich der Befragung von Herrn C aus, dass dieser zunächst eine Kündigung des Betroffenen aus wirtschaftlichen Gründen ausgesprochen habe, da seitens der Antragsgegnerin auf Grund der wirtschaftlichen Situation Einsparungsmaßnahmen beabsichtigt gewesen seien. Während der Kündigungsfrist sei Herr C dann allerdings draufgekommen, dass der Betroffene eine Konkurrenztaetigkeit plane und während seiner Arbeitszeit bei der Antragsgegnerin und mit deren Betriebsmitteln begonnen habe, ein eigenes Produkt zu konstruieren und dafür Mitarbeiter der Antragsgegnerin abzuwerben. In der Folge wäre dann die fristlose Entlassung des Betroffenen ausgesprochen und – nach Unterzeichnung einer sogenannten „Schlussvereinbarung“ – in eine einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses umgewandelt worden. Teil dieser Schlussvereinbarung sei unter anderem folgende Klausel:

„(Der Betroffene) erklärt rechtsverbindlich, dass er für die während seiner Dienstzeit (bei der Antragsgegnerin) von ihm geplanten ..... keine Mitarbeiter (der Antragsgegnerin) anwerben wird, keine Daten der (Antragsgegnerin) verwenden wird und diesbezüglich alles unterlassen wird, was (der Antragsgegnerin) wettbewerbsmäßig auch nur in irgendeiner Form Schaden zufügen könnte“.

Der Geschäftsführer der Antragsgegnerin Herr C brachte bei seiner mündlichen Befragung vor, dass ein weiterer Teil dieser Schlussvereinbarung gewesen sei, nach außen zu kommunizieren, dass der Betroffene aus Altersgründen ausscheide. Nachdem er den Betroffenen mit seiner Entdeckung, dass dieser ein Konkurrenzprodukt plane und seine Firma „abräumen“ wolle, konfrontiert und ihm gegenüber die Entlassung ausgesprochen habe, habe dieser zu weinen begonnen und gemeint, dass er „nie wieder irgendeine Chance habe“. ....

In der Folge wäre dann die Tätigkeit vorzeitig beendet und die Schlussvereinbarung unterzeichnet worden. Der Betroffene habe ihm vorgeschlagen, so zu tun, als ob seine Tätigkeit bei der Antragsgegnerin von vornherein befristet gewesen sei und er mit dem Erreichen des 60ers ausscheide.

Der Job sei im Übrigen bis heute nicht nachbesetzt worden, „aufgerückt“ wäre eine jüngere Kollegin.

Er hätte das Ausscheiden des Betroffenen auch nicht mit dessen „Pensionierung“ in Verbindung gebracht. ...

Mit der Schlussvereinbarung habe der Betroffene quasi ein „Geständnis“ hinsichtlich eines Konkurrenzverstoßes abgelegt, diese Maßnahmen hätten der Antragsgegnerin wettbewerbsmäßig substanzielle Nachteile gebracht, was zweifelsfrei eine „Fristlose“ bedeute, die er ihm letztlich aber erspart habe.

...

Der Betroffene gab bei seiner Befragung ergänzend an, dass er das Konkurrenzprodukt bereits im Jahr 2004 entwickelt und Herrn C 2006 bereits zur Kenntnis gebracht habe, der daran jedoch kein Interesse gezeigt habe. Falls es irgendwann gebraucht werde, habe er es auf seinem PC gespeichert und damit „griffbereit“ gehabt.

Der damals neue Systemadministrator sei offenbar damit beauftragt worden, zu durchleuchten, was er auf seinem Arbeitsplatz habe – dann sei es zur Unterstellung, dass er ein Konkurrenzprodukt entwickelt habe, gekommen.

Die Kündigung wäre für ihn völlig überraschend gekommen, da Herr C immer betont habe, dass es der Firma gut. Herr C habe „aus wirtschaftlichen Gründen“ die Kündigung ausgesprochen, nachdem er selbst nicht auf die von Herrn C gewünschte einvernehmliche Lösung des Arbeitsverhältnisses eingegangen wäre. Er könne sich an die Aussage von Herrn C, sich keine professionellen *Mitarbeiter* mehr leisten zu wollen, da es „ein paar Studenten auch täten“ erinnern, ebenso wie an eine Aussage von Herrn C zu seiner Sekretärin, dass diese aufpassen solle, damit „nicht wieder so ein Fehler wie bei Herrn X“ entstände – bei dem dem Vernehmen nach offenbar „übersehen“ worden sei, dass dieser 60 Jahre alt werde.

Auf Grund des von Herrn C ihm gegenüber ausgeübten starken Druckes mit verschiedenen Bedrohungsszenarien, z.B. im Hinblick auf seine persönlichen Lebensumstände, habe er damals „blöderweise“ die so genannte Schlussvereinbarung unterschrieben.

Da auch während seiner Beschäftigung bei der Antragsgegnerin wiederholt negative Bezugnahmen von Herrn C auf sein Alter (z.B. „Sie gehören zum alten Eisen“) erfolgt wären, gehe er davon aus, dass sein Alter der für seine Kündigung ausschlaggebende Grund gewesen sei.

Mehrere als Auskunftspersonen befragte ehemalige Mitarbeiter/innen schilderten dem erkennenden Senat, dass es sich bei Herrn C um einen sehr temperamentvollen, ausdrucksstarken und teilweise auch gegenüber

Mitarbeiter/innen verbal untergriffigen Menschen handle, der mit Widerspruch nicht umgehen könne und mit dem es im Arbeitsalltag oft Konflikte gegeben habe, wenn nicht alles genauso erledigt worden bzw. gelaufen wäre, wie dieser es sich vorgestellt habe.

Bezogen auf das in Rede stehende „Konkurrenzprodukt“ schilderte eine Auskunftsperson, dass er dieses kenne, seit der Betroffene im Haus sei und es dazu von Herrn C folgenden Ausspruch gebe: „Ich weiß, wie es geht, Sie brauchen es mir nicht zu zeigen“.

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission hat hiezu erwogen:

Die im vorliegenden Fall maßgebliche Bestimmung des Gleichbehandlungsgesetzes, BGBl. I Nr. 66/2004 idgF, lautet:

"§ 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

...

7. bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses

"§ 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.

(3) Eine Diskriminierung liegt auch bei Anweisung einer Person zur Diskriminierung vor.

„§ 21. (1) Eine Diskriminierung nach § 17 liegt auch vor, wenn eine Person

1. vom/von der Arbeitgeber/in selbst belästigt wird,
2. durch den/die Arbeitgeber/in dadurch diskriminiert wird, indem er/sie es schuldhaft unterlässt, im Falle einer Belästigung durch Dritte (Z 3) eine auf Grund gesetzlicher Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages angemessene Abhilfe zu schaffen,
3. durch Dritte in Zusammenhang mit seinem/ihrem Arbeitsverhältnis belästigt wird oder
4. durch Dritte außerhalb eines Arbeitsverhältnisses (§ 18) belästigt wird.

(2) Belästigung liegt vor, wenn eine unerwünschte Verhaltensweise, die mit einem der Gründe nach § 17 im Zusammenhang steht, gesetzt wird,

1. die die Würde der betroffenen Person verletzt oder dies bezweckt,
2. die für die betroffene Person unerwünscht, unangebracht oder anstößig ist und
3. die ein einschüchterndes, feindseliges, entwürdigendes, beleidigendes oder demütigendes Umfeld für die betroffene Person schafft oder dies bezweckt.

(3) Eine Diskriminierung liegt auch bei Anweisung zur Belästigung einer Person vor.

Vor der rechtlichen Auseinandersetzung mit dem im Verfahren vor dem erkennenden Senat erhobenen Sachverhalt bleibt zunächst zu bemerken, dass die Herstellung einer diskriminierungsfreien Arbeitsumwelt als eine der wesentlichsten Zielsetzungen des Gleichbehandlungsgesetzes zu betrachten ist.

Im Hinblick auf dieses Ziel wird es für Arbeitgeber/innen daher generell unerlässlich sein, sich mit allenfalls vorhandenen negativen Stereotypisierungen von Personengruppen auseinanderzusetzen.

Zur Frage der Beweislastverteilung ist anzumerken, dass gemäß § 26 Abs. 12 GIBG eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne der §§ 17, 18 oder 21 beruft, diesen glaubhaft zu machen hat.

Dem/der Beklagten obliegt es bei Berufung auf § 17 oder 18 zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne der §§ 19 Abs. 2 oder 20 vorliegt.

In diesem Zusammenhang kommt der mündlichen Befragung der Beteiligten und dem Eindruck, den der erkennende Senat von ihnen gewinnt, eine Schlüsselrolle bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Vorbringens zu.

Im vorliegenden Fall hat der Senat den Betroffenen und sein Vorbringen als in hohem Maße glaubwürdig eingestuft. Auch dessen Darstellung, dass das vorgebliche „Konkurrenzprodukt“ bereits 2004 entwickelt und Herrn C bereits 2006 bekannt gewesen sei, wurde – untermauert durch die Aussage einer Auskunftsperson - als erwiesen angesehen.

Im Lichte der Ausführung der angehörten Auskunftspersonen ist somit hinsichtlich des Themas „Konkurrenzprodukt“ für den Senat der Eindruck entstanden, dass hiermit ein Druckmittel gegen den Betroffenen „aus dem Hut gezaubert“ wurde, mit dem die Zeit bis zum Ablauf der regulären Kündigungsfrist „verkürzt“ werden sollte.

Der erkennende Senat hat das Vorbringen des Vertreters der Antragsgegnerin im Hinblick auf generell notwendige Einsparungsmaßnahmen wegen der sich im Jahr 2009 verstärkenden Wirtschaftskrise aus unternehmerischer Sicht für glaubwürdig und nachvollziehbar gehalten. Die Antragsgegnerin bringt in diesem Zusammenhang jedoch vor, dass der Betroffene rein aus wirtschaftlichen Gründen gekündigt worden sei.

Dieses Vorbringen erweist sich im gegenständlichen Zusammenhang aber insofern ins Leere gehend, als eine gewählte Handlung durchwegs von **mehreren** für sie maßgeblichen Entscheidungsgründen getragen werden kann.

In einem solchen Fall liegt eine Diskriminierung im Sinne des Gesetzes bereits dann vor, wenn eine der für eine Entscheidung maßgeblichen Determinanten (für sich isoliert betrachtet) im Ergebnis eine Diskriminierung im Sinne des Gesetzes zu bewirken geeignet ist.

Für den erkennenden Senat steht daher im Ergebnis auf Grund des Umstandes, dass es sich beim Betroffenen um einen älteren und daher „teureren“ Mitarbeiter handle verbunden mit der Herrn C zugeschriebenen Aussage betreffend „Herrn X“, den auf Grund der Aussagen mehrerer Auskunftspersonen zu zwei die Antragsgegnerin betreffenden Verfahren, in denen allgemeine Verhaltens- und Vorgangsweisen von Herrn C thematisiert worden sind, sowie dem Umstand, dass eine wesentlich jüngere – und damit für die Antragsgegnerin deutlich billigere



Kollegin - in die Tätigkeit des Betroffenen „nachgerückt“ sei, fest, dass bei der gegenüber dem Betroffenen ausgesprochenen Kündigung vorrangig das Alter des Betroffenen ausschlaggebend war.

Der Senat verkennt nun nicht, dass Überlegungen hinsichtlich möglicher Einsparungspotentiale, die Herr C nach eigener Darstellung damals angestellt hat, ebenfalls Motive für die Kündigung des Betroffenen gewesen sind, geht aber auf Grund des durchgeführten Verfahrens davon aus, dass in diesem konkreten Fall mehrere Motive nebeneinander nebeneinander existiert haben.

Mit dem Hinweis auf das Vorliegen anderer, für die Kündigung mitausschlaggebender Motive – wie die im vorliegenden Fall wirtschaftlichen Erwägungen von Herrn C unter Bedachtnahme auf die Wirtschaftskrise - kann ein/e Arbeitgeber/in aber eine in einem Aspekt diskriminierende Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht exkulpiert, da bei der Auflösung eines Arbeitsverhältnisses eben auch mehrere Motive eine Rolle spielen können.

Den Beweislastregeln des GIBG folgend konnte seitens der Antragsgegnerin daher nicht schlüssig und überzeugend dargelegt werden, dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses des Betroffenen nicht auf Grund von dessen Alter erfolgt war.

Der Senat ist daher zur Auffassung gelangt, dass eine Diskriminierung des Betroffenen bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Grund des Alters vorliegt.

Eine Belästigung des Betroffenen auf Grund des Alters durch Herrn C auf Grund der von diesem getätigten Aussagen über das alterbedingte Ausscheiden des Betroffenen aus dem Unternehmen der Antragsgegnerin konnte hingegen nicht festgestellt werden.

#### Vorschlag:

Es wird vorgeschlagen, einen angemessenen Schadenersatz zu leisten und dem Senat binnen 2 Monaten ab Zustellung des Prüfungsergebnisses über die Umsetzung dieses Vorschlags schriftlich Bericht zu erstatten.