

**SENAT II DER GLEICHBEHANDLUNGSKOMMISSION**

**Anonymisiertes Prüfungsergebnis GBK II/N-185/13**

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) beim Bundesministerium für Bildung und Frauen hat über den Antrag von Frau A (in der Folge: Antragstellerin) wegen Diskriminierung bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 7 GIBG auf Grund des Alters durch die Firma B (in der Folge: Antragsgegnerin) nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz, BGBl. I Nr. 66/2004 idgF, iVm § 11 Gleichbehandlungskommissions-GO, BGBl. II Nr. 396/2004 *idf* BGBl. II Nr. 102/2011, erkannt:

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

liegt vor.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Im Antrag wird im Wesentlichen vorgebracht (*nicht wiedergegeben wird die behauptete Diskriminierung bei der Festsetzung des Entgelts, da dieser Antragspunkt von der Antragstellerin bei ihrer mündlichen Befragung zurückgezogen wurde*), dass die Antragstellerin in der Zeit vom 02.05.2005 bis einschließlich 31.03.2013 bei der Antragsgegnerin als Verkäuferin beschäftigt gewesen und Ende Dezember 2012 aus wirtschaftlichen Gründen gekündigt worden sei.

Beinahe gleichzeitig mit ihrer Kündigung seien Inserate in [Willhaben.at](http://Willhaben.at) geschaltet worden, mit denen die Antragsgegnerin für die Filiale X, in der die Antragstellerin beschäftigt gewesen sei, und diverse andere Filialen in Wien und Österreich Personal gesucht habe.

Es stelle sich somit der Verdacht, dass bei der Antragsgegnerin zu teures Personal

unter dem Vorwand der Wirtschaftlichkeit zugunsten von billigen 20-Stunden-Kräften ausgewechselt worden sei.

Die ersten zwei 20-Stunden-Kräfte hätten bereits mit 4. März 2013 in der Filiale X zu arbeiten begonnen, obwohl ihre Kündigungsfrist erst mit 31.03.2013 geendet habe. Es stelle sich für sie der Verdacht, dass die Antragsgegnerin ältere und teurere Mitarbeiter/innen durch billigere 20-Stunden-Kräfte austausche.

Die Antragsgegnerin gab in der schriftlichen Stellungnahme im Wesentlichen an, dass im Betrieb der Antragsgegnerin sämtliche Arbeitnehmer/innen entsprechend dem anzuwendenden Kollektivvertrag für Handelsangestellte entlohnt werden.

Mit Urteil des OGH vom 28.06.2011 zu 9 Oba 33/11k habe der OGH erstmals festgestellt, dass eine Kassierin in die Beschäftigungsgruppe 3 des Kollektivvertrages für Handelsangestellte einzustufen sei.

Die Antragsgegnerin habe auch nach der Geltendmachung dieses Anspruches die Antragstellerin auf Basis der Beschäftigungsgruppe 3 eingestuft und das Gehalt der Antragstellerin für das gesamte Jahr 2012 rückwirkend auf die Beschäftigungsgruppe 3 aufgerollt und ausbezahlt.

Die Antragstellerin versuche, die behauptete Diskriminierung bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch damit zu begründen, dass die Antragsgegnerin „in Verdacht stehe, ältere und teurere Mitarbeiter/innen durch billigere 20-Stunden-Kräfte auszutauschen“. Diese Behauptung sei unrichtig. Die Antragstellerin befinde sich im 46. Lebensjahr, im Betrieb der Antragsgegnerin seien 40 gleich alte bzw. ältere Mitarbeiter/innen beschäftigt.

Die Kündigung sei in der Umstellung auf Teilzeitbeschäftigte begründet und daher aus wirtschaftlichen Gründen erfolgt. Eine Diskriminierung liege nicht vor.

Die Antragstellerin brachte bei ihrer Befragung zu der von ihr behaupteten Diskriminierung vor, dass die Filialleiterin ihr am 29.12.2012 die Kündigung mit den Worten: *„Du bist zu teuer und zu alt für die Firma, weil du in die Beschäftigungsgruppe III kommen würdest“*, übergeben habe.

In Wien habe es damals mehrere Filialen der Antragsgegnerin gegeben, sie selbst sei vollbeschäftigt gewesen. Es wären dann 20-Stunden-Kräfte gesucht worden, und zwar zwei Personen, die am 4.3. zu arbeiten begonnen hätten.

Die Personalleitung habe damals die Order bekommen, nur Personen mit „maximal 4 Berufsjahren“ anzustellen. Das wisse sie allerdings nur inoffiziell. Sie selbst sei nicht gefragt worden, ob sie möglicherweise 20 Stunden arbeiten wolle. Zeitgleich habe sie von der Kündigung von zwei Frauen - in ihrem Alter und etwas jünger - erfahren. Die neu eingestellten Mitarbeiter/innen würden jetzt in der Gruppe III beginnen, dafür dürften sie nicht mehr als 4 Berufsjahre haben. Es seien zwei Damen im Alter von Anfang 20 eingestellt worden.

Die Filialleiterin Frau C sei später auch gekündigt worden, weil die Filiale in X geschlossen worden sei. Ihre eigene Kündigung sei offiziell mit wirtschaftlichen Gründen begründet worden.

Der Vertreter der Antragsgegnerin Herr D gab bei seiner Befragung an, dass es zum antragsgegenständlichen Zeitpunkt 48 Filialen der Antragsgegnerin in Österreich, davon mehrere in Wien gegeben habe.

Es habe sich im Laufe der Zeit für den Standort X abgezeichnet, dass die Kundenströme versiegen. Daher habe man zunächst im Rahmen der Möglichkeiten Doppeldienste reduziert - als man gesehen habe, dass dies nicht reiche, habe man Personal abbauen müssen. So sei es zur Kündigung der Antragstellerin gekommen. Die Antragsgegnerin habe 2013 - 2014 ein Sanierungsverfahren durchgeführt, im Zuge dessen beschlossen worden sei, die Filiale X komplett zu schließen. Das zeige, dass die zuvor gesetzten Maßnahmen durchaus vernünftig, aber nicht ausreichend gewesen seien.

Zum Einwand, dass nach der Kündigung der Antragstellerin zwei jüngere 20-Stunden-Kräfte eingestellt worden seien, führt er aus, dass die Filiale in X mit der Filiale Y zusammengelegt worden sei und dann immer Wechseldienste notwendig gewesen wären.

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht seien zwei 20-Stunden-Kräfte sinnvoller gewesen als eine 40-Stunden-Kraft, weil diese anders einsetzbar gewesen wären.

Die Frage nach der Entgeltdifferenz zwischen der Antragstellerin und den beiden neu eingestellten Mitarbeiterinnen konnte von Herrn D nicht genau beantwortet werden, die beiden neuen Mitarbeiterinnen wären jedoch kostengünstiger gewesen.

Weitere fünf Filialen im Z Raum seien ebenfalls geschlossen worden. Es wäre daher nicht sinnvoll gewesen, der Antragstellerin einen Ersatzjob anzubieten.

Wegen der Flexibilität und aus wirtschaftlichen Gründen seien zwei Personen aufgenommen worden. Es gebe im Unternehmen nach wie vor 45 Dienstnehmer/innen, die über 45 Jahre alt seien. Diese würden nicht wegen des Alters wegreduziert, die Antragsgegnerin bevorzuge ältere Mitarbeiter/innen.

Von ca. 150 Mitarbeiter/innen seien ca. 130 Personen teilzeitbeschäftigt. Die beiden statt der Antragstellerin eingestellten Damen seien etwa 20 bis 25 Jahren alt. Es hätte in den Filialen damals immer Einzeldienste gegeben.

Im Schnitt verdiene eine 20-Stunden-Kraft in der Verwendungsgruppe 3 890 oder 900 Euro brutto. Das gelte vom 1. bis zum 3. Berufsjahr, vom 3. bis zum 5. Berufsjahr verdiene sie etwas mehr.

Die Filiale X sei mit 31.3.2014 geschlossen worden, wobei bereits seit Herbst 2013 festgestanden sei, dass die Filiale nicht mehr zu retten sei.

Auf Frage, ob es eine interne Vereinbarung gegeben habe, nur Personen mit einer maximalen Anzahl von Vordienstjahren aufzunehmen, wurde ausgeführt, dass man schauen hätte müssen, die Filialen am Leben zu erhalten - da müsse es ja legitim sein, bei einer Nachbesetzung von Stellen Dienstnehmer/innen auszuwählen, die auch finanziell leistbar seien.

Die Dienstpläne wären in den Filialen von den Filialleitern selbständig erstellt worden, in ganz seltenen Fällen sei die Zentrale der Antragsgegnerin involviert worden.

Die als Auskunftsperson befragte ehemalige Filialleiterin, Frau C schilderte dem Senat zur Kündigung der Antragstellerin, dass sie von Herrn D angerufen worden sei und dieser ihr mitgeteilt habe, dass die Antragstellerin gekündigt werde, was für sie sehr unerwartet gewesen sei.

Ihr sei aufgetragen worden, die Antragstellerin erst nach Weihnachten zu informieren und dass Inserate in der Zeitung erst geschaltet würden, nachdem die Antragstellerin informiert worden wäre. Sie könne sich aber schon umschauchen und würde zwei 20-Stunden-Kräfte als Ersatz bekommen.

Auf Frage nach dem damals kommunizierten Kündigungsgrund gab Frau C an, dass die Antragstellerin aufgrund der Arbeitsjahre zu teuer sei.

Sie habe vorgeschlagen, mit der Antragstellerin wegen einer Stundenreduktion zu sprechen, es sei aber nichts angenommen worden.

Sie selbst sollte sich nach Personal mit max. 5 Arbeitsjahren umschaun - möglichst jung und keine Erfahrung. Die zwei 20-Stunden-Kräfte wären von ihr zwischen ihren beiden Filialen aufgeteilt worden, was ihr irgendwann untersagt worden sei, was die Arbeit nicht einfacher gemacht habe.

Prinzipiell habe es Einzeldienste gegeben. Es sei nicht üblich gewesen, eine Halbtagskraft nur 20 Stunden einzusetzen und diese mit einer Ganztagskraft zu kombinieren.

Unabhängig von den Stunden hätten sie ganze Tage gearbeitet, weshalb es für sie nicht mehr Flexibilität gegeben habe.

Eine der beiden Damen sei zwischen 19 und 21 Jahren alt gewesen, sie habe dann erfolglos Personal gesucht, weil sie ja niemanden zum Vorstellungsgespräch einladen habe dürfen, der älter gewesen sei. Als sie zu arbeiten begonnen habe, seien Doppeldienste an der Tagesordnung gewesen. Zum Schluss hätten alle komplett allein Ganztagesdienste gemacht.

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission hat hiezu 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

...

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.

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 daher 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.

Gemäß den Beweislastregeln des GIBG obliegt jener Person, die eine Diskriminierung behauptet, die Glaubhaftmachung derselben, wohingegen die Gegenseite den Beweis zu erbringen hat, dass ein anderes als das behauptete Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war. Eine ausreichende Glaubhaftmachung im Sinne des GIBG erfordert mehr als bloße Behauptungen durch den/die Antragsteller/in.

Der Senat sah sich im vorliegenden Fall mit dem Umstand konfrontiert, dass auf Grund der von der Antragsgegnerin nachgereichten Unterlagen ein deutlich höherer Letztbezug der gekündigten Antragstellerin gegenüber der Summe der Bezüge der beiden halbtägig beschäftigten Personen evident geworden ist.

Dem von der Antragsgegnerin vorgebrachten Argument der höheren Flexibilität der beiden 20-Stunden-Ersatzkräfte hat die nach Meinung des Senates sehr glaubwürdige Aussage von Frau C widersprochen, der zu Folge diese zeitliche Flexibilität eben nicht im behaupteten Umfang - vor allem durch die ganztägigen Einzeldienste der Ersatzkräfte - vorhanden gewesen sei.

Auch spricht gegen die von der Antragsgegnerin behaupteten wirtschaftlichen Gründe für die Kündigung der Antragstellerin die Nachbesetzung mit zwei jungen Halbtagskräften - auch die erst neun Monate später erfolgte Schließung der Filiale indiziert den damaligen Bedarf der Antragsgegnerin nach einer Arbeitskraft in dieser Filiale.

Auf Grund des bei der Antragsgegnerin damals offenkundig bestehenden Personalbedarfs in Verbindung mit der zeitgleichen Neueinstellung von zwei jungen und daher „billigen“ 20-Stunden-Kräften ist nach Meinung des Senates daher der **einzige** Grund der Kündigung der Antragstellerin in deren Lebensalter und den dadurch kollektivvertraglich bedingten höheren Kosten für die Antragsgegnerin zu sehen, zumal die Antragstellerin davor fast 8 Jahre zur Zufriedenheit der Antragsgegnerin beschäftigt gewesen war und auch keine weiteren Gründe als sachliche Rechtfertigung für die Kündigung durch die Antragsgegnerin vorgebracht worden sind. Darüber hinaus wurde der Antragstellerin keine Stundenreduzierung angeboten.

Auch wenn es einem Unternehmen prinzipiell unbenommen bleibt, betriebswirtschaftlich notwendige Entscheidungen zu treffen, dürfen diese nicht - wie im vorliegenden Fall - in einer Altersdiskriminierung einzelner Mitarbeiter/innen enden. Die von der Antragsgegnerin behauptete Flexibilität der beiden 20-Stunden-Kräfte sei aufgrund der Aussage von Frau C für den Senat nicht nachvollziehbar gewesen, weil diese beiden Personen ausschließlich ganztägig eingesetzt worden

wären und sich die Zentrale auch nicht in die Personalplanung vor Ort involviert habe, was gegen eben die Stichhaltigkeit des von der Antragsgegnerin vorgebrachten Arguments spricht.

Im vorliegenden Fall ist der Senat daher zur Auffassung gelangt, dass eine diskriminierende Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Antragstellerin auf Grund des Alters durch die Antragsgegnerin vorliegt.

Vorschlag:

Es wird daher der Antragsgegnerin die Zahlung eines angemessenen Schadenersatzes an die Antragstellerin vorgeschlagen.

Binnen 2 Monaten ab Zustellung des Prüfungsergebnisses ist dem Senat über die Umsetzung des Vorschlags schriftlich zu berichten.