

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

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) beim Bundeskanzleramt hat über den Antrag von Frau Mag.a A (in der Folge: Antragstellerin) wegen behaupteter Diskriminierung auf Grund des Alters bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses § 17 Abs. 1 Z 7 GIBG durch 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, erkannt:

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

liegt nicht vor.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Die Antragstellerin brachte in ihrem Antrag im Wesentlichen vor, dass sie seit 1992 bei der Antragsgegnerin als Sportwissenschaftlerin beschäftigt und mit 48 Jahren von dieser - nachdem eine vorher ausgesprochene Kündigung mangels fristgerechter Zustimmung des Betriebsrats rechtsunwirksam gewesen sei - gekündigt worden sei.

Der Antragstellerin sei anlässlich der Kündigung mitgeteilt worden, dass sie als Sportwissenschaftlerin nicht befugt sei, Arbeiten „am Patienten“ durchzuführen, wobei der Antragsgegnerin jedoch immer klar sein hätte müssen, dass die Antragstellerin keine Physiotherapeutin sei.

Im Betrieb der Antragsgegnerin sei seit 2 Jahren eine weitere Sportwissenschaftlerin, die ca. 30 Jahre alt sei, beschäftigt, welche nicht über die Berufserfahrung und umfassende Ausbildung der Antragstellerin verfüge. Da die wesentlich jüngere Kollegin nicht gekündigt worden wäre, liege daher die Vermutung nahe, dass die Antragstellerin auf Grund ihres Alters bei der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses diskriminiert worden sei.

Seitens der Antragsgegnerin wurde in deren schriftlicher Stellungnahme im Wesentlichen vorgebracht, dass das Schwergewicht der Tätigkeit der Antragsgegnerin auf der Betreuung von PatientInnen mit Herz-Kreislauf-Erkrankungen liege und Teil der Behandlung auch gymnastische Übungen – angeboten sowohl einzeln als auch in Gruppen – wären.

Im Jahr 2009 wäre die Antragsgegnerin im Rahmen einer Visitation eines Sozialversicherungsträgers, einem ihrer wichtigsten Vertragspartner, neuerlich und nachdrücklich auf den Umstand hingewiesen worden, dass der Einsatz von SportwissenschaftlerInnen bei der Therapie für PatientInnen rechtlich nicht zulässig sei, da diese Tätigkeit PhysiotherapeutInnen vorbehalten wäre.

Die „medizinische Trainingstherapie“ dürfe daher nur von PhysiotherapeutInnen durchgeführt werden.

Da die Hauptbeschäftigung der Antragstellerin die Betreuung von PatientInnen in Einzel- und Gruppentherapie gewesen sei und die Antragsgegnerin für die Antragstellerin keine andere Einsatzmöglichkeit gehabt habe, wäre die Antragsgegnerin zur Kündigung der Antragstellerin gezwungen gewesen. Dies sei auch dadurch dokumentiert, dass der Betriebsrat – nachdem es für die Antragstellerin keinerlei andere Einsatzmöglichkeit gegeben hätte – der Kündigung zugestimmt habe.

Aus diesem Grund gingen auch alle Hinweise auf die Tätigkeit der zweiten bei der Antragsgegnerin beschäftigten Sportwissenschaftlerin in Leere, da diese von Anfang an einen anderen, wesentlich erweiterten Aufgabenbereich gehabt habe. So sei diese als Projektleiterin für das betriebliche Gesundheitsförderungsprogramm und für die Erstellung von Trainingsplänen im Bereich der Sportmedizin zuständig gewesen.

Die zweite Sportwissenschaftlerin habe keine Aufgaben der Antragstellerin übernommen, auch sei keine Erhöhung ihrer wöchentlichen Normalarbeitszeit vorgenommen worden.

Zusammenfassend sei daher festzuhalten, dass kein verpöntes Kündigungsmotiv vorliege und der Grund für die Kündigung der Antragstellerin einzig und allein auf Grund der gesetzlichen Vorgaben – nämlich dem Verbot der Beschäftigung von SportwissenschaftlerInnen in der medizinischen Trainingstherapie – erfolgt sei. Daher stehe die Kündigung der Antragstellerin auch in keinem Zusammenhang mit deren Alter.

Der Stellungnahme beigeschlossen waren u.a. die cheförztlische Arbeitsanweisung des Sozialversicherungsträgers (gerichtet an die LeiterInnen der Eigenen Einrichtungen) sowie ein Schreiben des Bundesministeriums für Gesundheit, Jugend und Familie betreffend die Tätigkeit von SportwissenschaftlerInnen und SportlehrerInnen im therapeutischen Bereich von Krankenanstalten und Ambulatorien.

Aus diesen Unterlagen geht u.a. hervor, dass der Einsatz von SportwissenschaftlerInnen im therapeutischen Bereich von Krankenanstalten und Kuranstalten den Bestimmungen des Ärztegesetzes widerspreche. Die Tätigkeit von SportwissenschaftlerInnen beschränke sich auf die „Durchführung des Bewegungs- und Leistungstrainings beim Gesunden“.

Zur Abgrenzung des Tätigkeitsprofils zu jenem der PhysiotherapeutInnen wurde ausgeführt, dass „Maßnahmen des medizinischen Leistungs-, Aufbau- oder Bewegungstrainings nach ärztlicher Anordnung von PhysiotherapeutInnen durchgeführt werde, wohingegen ein allgemeines Leistungs-, Aufbau- oder Bewegungstraining von SportwissenschaftlerInnen durchgeführt werden könne.

Da auf Grund dieser Ausführungen die Tätigkeit von SportwissenschaftlerInnen auf die Durchführung von Bewegungs- und Leistungstraining beim Gesunden beschränkt sei, seien Umstiegsmöglichkeiten bzw. Aufschulungsmodelle nicht vorgesehen.

Die Antragstellerin gab bei ihrer Befragung ergänzend an, dass sie bei der Antragsgegnerin seit 1992 im therapeutischen Bereich tätig gewesen sei und sie und ihre Kollegin das Thema der Verwendung von SportwissenschaftlerInnen auch von sich aus thematisiert hätten, da der Verband der SportwissenschaftlerInnen Österreichs an die Herz-Kreislauf-Zentren mit der Bitte um eine Unterstützung bezüglich der Arbeitsberechtigung von SportwissenschaftlerInnen in der Herz-Kreislauf-Rehabilitation herantreten sei.

Bei der Antragsgegnerin handle es sich um eine Sonderkrankenanstalt, nämlich um ein Rehabilitationszentrum.

Als sie mit dem zuständigen Abteilungsleiter die Problematik des Einsatzes von Sportwissenschaftlern in der Rehabilitation thematisiert habe, habe dieser damals gemeint, dass dies im Haus „überhaupt kein Problem“ sei.

Rund zwei Jahre vor ihrer Kündigung sei eine weitere Sportwissenschaftlerin eingestellt worden, die jedoch – abgesehen vom Fall ihrer Urlaubsvertretung - im

Bereich der betrieblichen Gesundheitsförderung eingesetzt gewesen wäre und Konzepte erstellt habe. Daneben habe die Kollegin auch Nordic-Walking-Einschulungen gemacht und wäre „outdoor“ tätig gewesen, sie selbst sei hingegen nur „indoor“ eingesetzt gewesen.

Zum Ablauf der Kündigung befragt gab sie an, dass der Betriebsrat der Kündigung zugestimmt habe und mit ihr seitens der Antragsgegnerin kein klärendes Gespräch gesucht worden sei. Auch sei ihr gegenüber seitens der Antragsgegnerin nicht wirklich klar ausgesprochen worden, dass es ein Problem mit der Beschäftigung von SportwissenschaftlerInnen gebe.

Die Arbeiterkammer, an die sie sich gewandt habe, habe sie auf die Gesetzeslage, die den Einsatz von SportwissenschaftlerInnen verbiete, hingewiesen.

Sie hätte für sich bei der Antragsgegnerin mögliche alternative Aufgabengebiete gesehen, und zwar in jenem Bereich, in dem ihre Kollegin eingesetzt gewesen wäre. Sie wäre zur Übernahme dieser Tätigkeiten - wie etwa im Sportmedizinischen Bereich oder bei Trainingsberatungen - durchaus bereit gewesen.

Der Geschäftsführer der Antragsgegnerin Herr C gab bei seiner Befragung an, dass die Antragsgegnerin eine - hotelähnlich geführte und als 4*-Hotel klassifizierte – Privatkrankenanstalt sei und dass 90 % der Gäste klassische RehabilitationspatientInnen seien. Bei den so genannten „Privatgästen“ handle es sich in der Regel um Begleitpersonen.

Die Antragstellerin sei im Wesentlichen im Bereich der Gruppentherapien für PatientInnen eingesetzt gewesen - es handle sich dabei um ausschließlich medizinisch indizierte und von Ärzten verordnete Gruppentherapien.

Die Verwendung von SportwissenschaftlerInnen in der Rehabilitation wäre lange Zeit auf Grund des Mangels an PhysiotherapeutInnen durchaus branchenüblich gewesen.

Im Jahr 2007 wären dann erstmals so genannte Kriterienkataloge erstellt worden, die von der Antragsgegnerin zu erfüllen seien, da es sonst zu keiner Beschickung durch die Sozialversicherungsträger mit PatientInnen käme.

Vor der Einführung von medizinischen Leistungsprofilen im Jahr 2007 sei dieser Bereich undefiniert gewesen.

Intern habe es nach der Visitation durch den Sozialversicherungsträger im Jahr 2009 intensive Diskussionen dazu gegeben, zumal im Jahr 2009 auch der schriftliche Hinweis, den gesetzwidrigen Zustand zu korrigieren, erfolgt sei.

Es habe intern viele Gespräche mit Therapieleitung, ärztlicher Leitung, dem Betriebsrat und auch der Antragstellerin gegeben.

Die Antragsgegnerin habe durchaus Überlegungen, wo die Antragstellerin alternativ eingesetzt werden könnte, angestellt, nur sei der Bereich der „privaten Gäste“ so gering und bereits durch die zweite Sportwissenschaftlerin abgedeckt, dass sich die Beschäftigung einer weiteren Mitarbeiterin in diesem Bereich betriebswirtschaftlich nicht rechne.

Da die Kollegin in einem Ausmaß von 30 Wochenstunden beschäftigt sei, wäre auch eine Teilung des Arbeitsplatzes zwischen den beiden Sportwissenschaftlerinnen keine realistische Option gewesen.

Die Kollegin sei in dem von ihr wahrgenommen Aufgabenbereich intensiv geschult worden, weshalb man sich auf Grund dieses Umstandes dazu entschlossen habe, die Antragstellerin zu kündigen und sie nicht – nach Kündigung der Kollegin und einer Wiederholung des mit dieser absolvierten umfangreichen Einschulungsprogrammes – anstelle der jüngeren Kollegin in deren Aufgabenbereich einzusetzen.

Man habe sich die Entscheidung zur Kündigung der Antragstellerin nicht leicht gemacht, schließlich habe auch der Betriebsrat – nachdem es keine Beschäftigungsalternative für die Antragstellerin gegeben hätte – der Kündigung zugestimmt.

Zusammenfassend sei festzuhalten, dass der bisherige Einsatzbereich der Antragstellerin durch die von der Antragsgegnerin jedenfalls zu erfüllenden gesetzlichen Auflagen komplett weggefallen sei und deren Alter bei der Entscheidung, welche der beiden Sportwissenschaftlerinnen gekündigt werde, keine Rolle gespielt habe.

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.

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 sah sich der erkennende Senat mit dem Umstand konfrontiert, dass der Tätigkeitsbereich, in dem die Antragstellerin als Sportwissenschaftlerin viele Jahre lang bei der Antragsgegnerin beschäftigt gewesen war, durch die gesetzlichen Vorgaben und die von der Antragsgegnerin für die Beschickung mit PatientInnen der Sozialversicherungsträger einzuhaltenden Kriterien gänzlich entfallen ist.

Seitens der Antragsgegnerin wurde glaubhaft dargelegt, dass diese - die als Sonderkrankenanstalt die gesetzlichen Auflagen zu erfüllen hat – alternative Beschäftigungsmöglichkeiten für die Antragstellerin geprüft und sich auch die Entscheidung zur Kündigung nicht leicht gemacht habe.

Die Erwägungen der Antragsgegnerin, dass auf Grund eines PatientInnenanteils von 90 % und eines Privatgästeanteil von 10 % - nur in letzterem wäre die Verwendung der Antragstellerin als Sportwissenschaftlerin rechtlich möglich gewesen – ein Einsatz der Antragstellerin im Bereich der Privatgäste betriebswirtschaftlich nicht sinnvoll gewesen wäre, erschienen dem Senat nachvollziehbar und sachlich fundiert.

Auch eine mögliche Aufteilung der insgesamt 30 Wochenstunden der zweiten Sportwissenschaftlerin im Ausmaß von je 15 Wochenstunden auf die Antragstellerin und deren Kollegin war für den Senat auf Grund der damit nicht mehr

gewährleisteten Existenzsicherung für beide Sportwissenschaftlerinnen nicht als realistische Option zur Kündigung der Antragstellerin zu qualifizieren.

Sowohl von der Antragstellerin als auch von der Antragsgegnerin wurde übereinstimmend dargelegt, dass die inhaltlichen Tätigkeitsfelder der beiden Sportwissenschaftlerinnen – von der Urlaubsvertretung abgesehen – völlig getrennt gewesen waren und sich daher für die Antragsgegnerin - bezogen auf die Tätigkeitsbereiche – aus betriebswirtschaftlicher Sicht gerade nicht der Umstand eröffnet hat, hinsichtlich der vorzunehmenden Kündigung zwischen zwei gleich verwendeten Sportwissenschaftlerinnen quasi frei wählen zu können.

Die Antragsgegnerin hat dem Senat glaubhaft versichert, dass die zweite Sportwissenschaftlerin für ihren Tätigkeitsbereich umfangreiche Schulungen absolviert habe und man – hätte man die Kollegin gekündigt und die Antragstellerin weiter beschäftigt – diesen Aufwand nochmals wiederholen hätte müssen.

Der Senat hält eine Auslegung des Gleichbehandlungsgebotes auf Grund des Alters dahingehend, dass ein/e Arbeitgeber/in im konkreten Fall des kompletten Wegfalls eines gesamten Tätigkeitsbereiches einer/s Mitarbeiters/in eine/n andere/n, in einem gänzlich unterschiedlichen Bereich eingesetzt/n – wenn auch jüngere/n - Mitarbeiter/in kündigen und anschließend die erstgenannte Person in diesem Bereich wieder neu schulen müsse, für überzogen. Es liegt in diesem Fall gerade keine „vergleichbare Situation“ im Sinne des § 19 Abs. 1 GIBG vor, die der/dem Arbeitgeber/in die freie Auswahl zwischen zwei „gleichwertigen“ Arbeitskräften überlassen würde, von denen eine betriebsbedingt zu kündigen ist.

Im vorliegenden Fall war daher nicht davon auszugehen, dass das Alter der Antragstellerin der für deren Kündigung ausschlaggebende Grund gewesen ist, sondern es ist auf Grund der übereinstimmenden Darstellung der Vorgänge von beiden Seiten davon auszugehen, dass die Kündigung ausschließlich durch den kompletten Wegfall der Verwendungsmöglichkeit der Antragstellerin für die Antragsgegnerin motiviert gewesen ist.

Indizien für weitere, im Sinne der Motivbündeltheorie eventuell vorliegende diskriminierende Motive der Antragsgegnerin sind im Verfahren in keiner Weise zu Tage getreten.

Im Hinblick darauf ist also davon auszugehen, dass die Kündigung der Antragstellerin ausschließlich aus dem Motiv der betriebswirtschaftlich zweckmäßigen Weiterbeschäftigung der bereits eingeschulerten – wenn auch jüngeren – Kollegin und nicht auf Grund des Alters der Antragstellerin erfolgt ist. Daher ist der erkennende Senat zur Auffassung gelangt, dass bei Würdigung aller ausgeführten Umstände keine Diskriminierung der Antragstellerin auf Grund des Alters bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorliegt.

Dessen ungeachtet merkt der Senat dennoch an, dass bei der konkreten Gestaltung des Ablaufs der Kündigung der Antragstellerin eine „sozial verträglichere“ Vorgangsweise - z.B. in Form einer freiwilligen Abfertigung oder der Finanzierung einer beruflichen Fortbildung für diese – wünschenswert gewesen wäre. Auch eine Auseinandersetzung mit dem Problem der Beschäftigung von SportwissenschaftlerInnen bereits im Jahr 2007 wäre dringend anzuraten gewesen.