

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 7. April 2009 über das am 14. August 2008 eingelangte Verlangen der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **Frau A** betreffend die Überprüfung einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots durch eine Diskriminierung auf Grund des **Geschlechts** bei der **Festsetzung des Entgelts** gemäß **§ 3 Z 2 GIBG** (in eventu bei den **sonstigen Arbeitsbedingungen** gemäß **§ 3 Z 6 GIBG**) (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung), bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 7 GIBG**, sowie durch eine Diskriminierung auf Grund des **Alters** bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 17 Abs. 1 Z 7 GIBG** durch die Arbeitgeberin bzw. eine sonstige Verletzung des GIBG nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK-/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008), zu folgendem

Prüfungsergebnis:

1. Der Senat I der GBK gelangt zur Auffassung, dass Frau A auf Grund des **Geschlechts** bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** durch ihre Arbeitgeberin **diskriminiert** worden ist.
2. Weiters kommt der Senat I der GBK zur Ansicht, dass Frau A auf Grund des **Alters** bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 17 Abs. 1 Z 7 GIBG** durch ihre Arbeitgeberin **diskriminiert** worden ist.
3. Der Antrag auf Überprüfung einer Diskriminierung bei der **Festsetzung des Entgelts** auf Grund des Geschlechtes gemäß **§ 3 Z 2 GIBG** wurde von der GAW **zurückgezogen**.

Entscheidungsgründe:

In ihrem Verlangen bringt die GAW vor, dass die Antragstellerin seit 1.3.1967 bei der Antragsgegnerin beschäftigt ist. Mit Wirkung vom 1.1.1980 sei der Antragstellerin die Unkündbarkeit verliehen worden. Die Antragstellerin sei am 7.1.1948 geboren und im Jahr 2008 60 Jahre alt geworden. Entsprechend dem Dienstrecht der

Antragsgegnerin ende gemäß § 25 Abs. 2 Z a das Arbeitsverhältnis mit der Erreichung der Altersgrenze. Das Arbeitsverhältnis könne von der Arbeitgeberin gegen den Willen des/der Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin gelöst werden, wenn der/die Arbeitnehmer/in im Zeitpunkt der Lösung des Arbeitsverhältnisses einen Anspruch auf eine Pensionsleistung aus eigener Versicherung nach sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften erworben habe (§ 25 Abs. 3 Z c). Die Versetzung eines/einer Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin in den Ruhestand gegen seinen/ihren Willen sei gemäß § 26 Abs. 1 dem Hauptausschuss der Antragsgegnerin vorbehalten. Gemäß § 65 der Dienstordnung (DO) würden männliche Dienstnehmer mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem er das 65., die weiblichen Dienstnehmerinnen mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie das 60. Lebensjahr vollendet hätten, in den dauernden Ruhestand versetzt werden.

Im Juni 2008 habe sich der Leiter der Bezirksstelle bei der Antragstellerin erkundigt, ob diese in Pension gehen werde. Daraufhin habe die Antragstellerin diesem mitgeteilt, dass sie dies grundsätzlich nicht vorhätte und gerne noch länger arbeiten möchte. Sie sei vom Leiter der Bezirksstelle auf die DO verwiesen worden, und er habe ihr mitgeteilt, dass sie wohl mit Ende des Jahres in den Ruhestand versetzt werden würde. Daher habe die Antragstellerin sich mit dem zuständigen Personalreferenten der Antragsgegnerin in Verbindung gesetzt. Diese habe dem Personalreferenten davon informiert, dass sie ihr Arbeitsverhältnis nicht freiwillig auflösen möchte. Er habe ihr daraufhin angeboten, diese Angelegenheit in die Präsidialsitzung der Antragsgegnerin zu bringen. Die Antragstellerin habe sich aber auch telefonisch an den Betriebsratsvorsitzenden und einen Juristen der Antragsgegnerin gewandt, weil sie sich gegenüber den männlichen Arbeitnehmern diskriminiert fühle und sich selbst als durchaus arbeitsfähig und –willig erachte. Beide beriefen sich jeweils auf die geltende DO.

Die Antragstellerin sei vom Personalreferenten telefonisch davon in Kenntnis gesetzt worden, dass ihr Ansuchen in der Präsidialsitzung am 14.7.2008 abgelehnt worden sei. Die Entscheidung der Präsidiale sei damit begründet worden, dass nicht von der Linie, Frauen in dem Kalenderjahr in den Ruhestand zu versetzen, in dem sie das 60. Lebensjahr erreichen würden, abgegangen werde, außer es würde sich um einen Sozialfall handeln. Nach Ansicht der Antragsgegnerin handle es sich bei der Antragstellerin um keinen Sozialfall. Die Antragstellerin habe dem Personalreferenten mitgeteilt, dass sie nicht kündigen werde, und auch keiner einvernehmlichen Lösung

zustimmen werde. Sie erwarte eine Stellungnahme in ihrer Angelegenheit von der Antragsgegnerin. Nach mehrmaligen Nachfragen per E-Mail sei die Antragstellerin schriftlich auf den § 25 der DO verwiesen worden und ihr mitgeteilt worden, dass das Arbeitsverhältnis mit 31.12.2008 als aufgelöst gelte. Dieses Schreiben sei mit 25.7.2008 datiert gewesen und nicht eingeschrieben an die Antragstellerin geschickt worden. Da sich die Antragstellerin vom 29.7.-11.8.2008 im Urlaub befunden habe, sei ihr das Schriftstück erst am 11.8.2008 zugegangen.

Das Entgelt der Antragstellerin habe sich auf € 3.457,91,- Monat/brutto (€ 2.162,62,- Monat/netto) belaufen. Ihr wurde Folgendes mitgeteilt: Mit Stichtag 1.1.2009 werde sie € 2.503,91,- Monat/brutto (€ 1.771,54 Monat/netto) als Pension erhalten, mit Stichtag 1.1.2010 € 2.639,03,- Monat/brutto (€ 1.843,87 Monat/netto), mit 1.1.2011 € 2.899,93 Monat/brutto (€ 1.983,52,- Monat/netto), sowie mit 1.1.2012 € 2.958,9,- Monat/brutto (€ 2.015,08,- Monat/netto).

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK übermittelten Stellungnahme der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerin bestritt diese die im Verlangen vorgebrachten Vorwürfe und trat diesen wie folgt entgegen:

Zu dem von der GAW relevierten Sachverhalt seien bereits zwei Verfahren vor dem Landesgericht (LG) Korneuburg als Arbeits- und Sozialgericht zu .... und zu .... anhängig. Nach Rechtsprechung des OGH (OGH 19.11.2003, 9 ObA 12/03k) könne ein Gericht über die Frage einer Verletzung des GIBG ohne Rücksicht darauf entscheiden, ob die GBK sich mit dieser Frage befasst habe.

Die Antragsgegnerin stelle außer Streit, dass die Antragstellerin am 7.1.1948 geboren sei, seit 1.3.1967 bei der Antragsgegnerin beschäftigt sei und ihr mit Wirksamkeit vom 1.1.1980 die Unkündbarkeit des Arbeitsverhältnisses verliehen worden sei. Seit 1.11.2001 sei diese in der Bezirksstelle tätig. Richtig sei außerdem, dass die Antragstellerin nach dem seit 1.1.2008 geltendem Gehaltsschema 4 in die Stufe 25/25 – zuletzt 3.369 Euro/brutto pro Monat – für Bürodienste verdient habe. Auf das Dienstverhältnis der Antragstellerin sei die DO 1980 anzuwenden. Das auf ihr Arbeitsverhältnis anzuwendende Dienstrecht sei der Antragstellerin seit über 28 Jahren bekannt. Es sei ihr auch eine schriftliche Ausfertigung der DO übergeben, wobei der Erhalt von der Antragstellerin bestätigt worden sei.

Es werde betont, dass die Antragstellerin gar nicht in den Ruhestand versetzt worden sei. Die DO sehe drei Arten von Arbeitnehmern/innen vor: § 1 der DO unterscheide

zwischen Dienstnehmern/innen mit kündbarem Dienstverhältnis ohne Pensionsanspruch, Dienstnehmern/innen mit unkündbaren Dienstverhältnis ohne Pensionsanspruch und Dienstnehmer/innen mit unkündbaren Dienstverhältnis mit Pensionsanspruch. Die Antragstellerin habe am 15.6.1979 die Verleihung der Unkündbarkeit ihres Arbeitsverhältnisses beantragt, die ihr von der Antragsgegnerin gemäß § 9 DO mit Wirksamkeit 1.1.1980 verliehen worden sei. Der Antragstellerin sei niemals nach den in § 9 Abs. 3 DO bestimmten Voraussetzung ein Pensionsanspruch zuerkannt worden. Zudem sei der Geltungsbereich der pensionsrechtlichen Bestimmungen der DO gemäß § 62 DO ausdrücklich auf pensionsberechtigte Dienstnehmern/innen der Antragsgegnerin beschränkt und es könnten auch nur pensionsberechtigte Dienstnehmer/innen gemäß § 26 DO in den Ruhestand versetzt werden. Eine Auflösung des Dienstverhältnisses liege demnach nicht vor. Aus diesem Grund habe die Antragsgegnerin keine auf Versetzung in den Ruhestand der Antragstellerin gerichtete Willenserklärung, deren Inhalt am GIBG überprüft werden könnte, abgegeben. Bei Dienstverhältnissen von unkündbaren Dienstnehmern/innen ohne Pensionsanspruch werde das Dienstverhältnis gemäß § 25 Abs. 2 lit. a DO unter anderem durch Erreichen einer Altersgrenze (Vollendung des 65. Lebensjahres bei Männern, Vollendung des 60. Lebensjahres) automatisch gelöst. Diese Höchstbefristung sei bereits 1980 zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin vereinbart worden und sei somit ein Teil ihres Dienstvertrages gewesen. Eine solche Befristungsvereinbarung sei nach herrschender Meinung zulässig und daher rechtswirksam. Das Dienstverhältnis ende in einem solchen Fall automatisch durch Zeitablauf. Es bedürfe daher keiner Kündigung. Es entspreche nach der Rechtsprechung dem Grundsatz der Privatautonomie, dass die Parteien eines Arbeitsvertrages Regelungen über die Höchstbefristung treffen würden, wodurch das Arbeitsverhältnis mangels vorheriger Kündigung mit Erreichen einer bestimmten Zeitgrenze ende, ohne dass es einer besonderen Kündigung bedürfe. Das Schreiben der Antragsgegnerin vom 25.7.2008 sei – da das Arbeitsverhältnis der Antragstellerin durch Zeitablauf ende – eine Ablaufmitteilung gewesen, da dem Antrag der Antragstellerin auf Verlängerung des Arbeitsverhältnisses über den 31.12.2008 nicht gefolgt werden konnte. Im Sinne der Rechtssicherheit habe die Antragsgegnerin eine solche Ablaufmitteilung der Antragstellerin übermittelt. Da es sich um keine Kündigung gehandelt habe, sei die Verständigung des Betriebsrates nicht notwendig gewesen. Mangels des Vorliegens einer Kündigungserklärung könne eine solche nicht an den Bestimmungen des GIBG gemessen werden.

Die im Dienstrecht der Antragsgegnerin vorgesehene Befristung der Dienstverhältnisse für unkündbare Dienstnehmer/innen ohne Pensionsanspruch orientiere sich am gesetzlichen Regelpensionsalter, welches für Männer 65 Jahre und für Frauen 60 Jahre betrage. Diese Befristung, die seit 1980 auch auf das Arbeitsverhältnis der Antragstellerin anzuwenden sei, sei daher nicht willkürlich gewählt worden. Dienstnehmer/innen hätten bei Erreichen des gesetzlich normierten Regelpensionsalters einen Anspruch auf eine Alterspension, durch die sie versorgt seien und ihre Lebenserhaltungskosten bestreiten könnten, ohne auf das Entgelt aus ihrem Dienstverhältnis angewiesen zu sein. Die Antragstellerin habe bereits einen Anspruch auf eine nicht unbeträchtliche Alterspension. Es sei der Antragstellerin auch bekannt, dass beim Ausscheiden aus dem aktiven Berufsleben und der Inanspruchnahme einer Alterspension mit Einkommenseinbußen zu rechnen sei. Es könne nicht die gesetzliche Verpflichtung der Antragsgegnerin sein, der Antragstellerin einen im Verhältnis zu ihrem Einkommen aus aktiver Berufstätigkeit ungeschmälernten gesetzlichen Pensionsbezug zu verschaffen.

Das Durchschnittsalter aller seit 1998 wegen Pensionsantritt ausgeschiedenen Arbeitnehmer/innen der Antragsgegnerin liege bei 60,29 Jahren. Das Durchschnittsalter der Dienstnehmerinnen liege bei 56,55 Jahren, jenes der Dienstnehmer bei 61,6 Jahren. Die Differenz zwischen dem tatsächlichen Durchschnittsalter der weiblichen und männlichen Arbeitnehmer der Antragsgegnerin betrage daher 5,05 Jahre. Der in der DO vorgesehene Unterschied entspreche beinahe exakt dem realen Unterschied des Durchschnittsalters von Frauen und Männern, zu dem sie als Arbeitnehmer/innen der Antragsgegnerin wegen Pensionierung ausscheiden würden. Die in der DO getroffene altersgemäße Differenzierung sei aber auch deshalb gerechtfertigt, da Männer zwischen dem 60. und 65. Lebensjahr als Folge des unterschiedlichen Regelpensionsalters zumeist einem höheren Arbeitsplatzrisiko ausgesetzt seien als Frauen in diesem Alter. Auch der EuGH erachte im Urteil, Hlozek-Roche, Rs C-19/02 (EuGH, 9.12.2004), eine altersmäßige Differenzierung bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses als zulässig. Die diesem Urteil zugrunde liegenden Arbeitsmarktverhältnisse lägen heute unverändert vor. Ähnlich habe auch der OGH (OGH 18.10.2006, 9 ObA 13105p) festgehalten, dass die Festlegung eines Regelpensionsalters, das auf einer politischen Wertung beruhe, nicht ausschließlich dazu diene, das Arbeitseinkommen im erforderlichen Ausmaß zu ersetzen, wenn das Risiko „Alter“ dazu führe, dass dem/der Dienstnehmer/in die Arbeit in der Regel zugemutet werden könne. So werde

für junge Menschen, deren Existenz noch gesichert sei, ein Zugang zum Arbeitsmarkt verschafft. Daher handle es sich dabei um ein sozialpolitisches Ziel. Der OGH vertrete weiters die Ansicht, dass der Anspruch auf eine Alterspension dem Kündigungsschutz nach § 105 ArbVG nicht generell ausschließe, doch sei wegen der vom Gesetzgeber tolerierten, mit jeder Pensionierung verbundenen Einkommenseinbuße und der Vorhersehbarkeit der Kündigung bei Erreichen des Regelpensionsalters bei Prüfung der Interessensabwägung ein strenger Maßstab anzulegen (OGH 20.10.2004, 8 ObA 53/04h).

Die ausschließlich für unkündbare Mitarbeiter/innen ohne Pensionsanspruch vorgesehene Höchstbefristung sei daher nicht willkürlich, sondern vielmehr ein sachlich begründeter Ausgleich für die Unkündbarstellung, welche die Antragstellerin auf ihrem Antrag hin seit dem 1.1.1980 inne habe. Seit diesem Zeitpunkt habe die Antragstellerin die Gewissheit, dass ihr Arbeitsverhältnis nicht durch eine ordentliche Kündigung beendet werden könne. Mangels der Festlegung einer Höchstbefristung in der DO wäre es für die unkündbaren Mitarbeiter/innen möglich, den Zeitpunkt einer ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zeitlich unbegrenzt einseitig zu bestimmen. Dadurch wäre es der Antragsgegnerin gegenüber den unkündbaren Arbeitnehmern/innen unmöglich, auf ihre Personalstruktur Einfluss zu nehmen. Zum Ausgleich zwischen den Vertragsparteien sei ein bestimmbarer Endzeitpunkt geschaffen worden. So habe der EuGH unter anderem betont, dass vor dem Inkrafttreten der RL 2000/78/EG vereinbarte tarifvertragliche Altersgrenzen selbst unter Geltung des gemeinschaftsrechtlichen Verbots der Diskriminierung weiterhin zulässig sein könnten (EuGH 16.10.2007, Palacios de la Villa, Rs C-411/05). Es müsse nicht nur die Gesamtlage des Arbeitsmarktes, sondern auch auf die speziellen Merkmale des jeweiligen Beschäftigungsverhältnisses gebührend berücksichtigt werden. § 25 Abs. 2 DO solle eine natürliche Nachfolge von jungen Arbeitnehmern/innen gewährleisten und eine Personalplanung erst ermöglichen. Die Antragsgegnerin habe – wie dies EuGH in seiner Rechtsprechung vorsehe – sein Präsidium auf Wunsch der Antragstellerin einberufen. In der Sitzung vom 14.7.2008 sei die wirtschaftliche und soziale Lage der Antragstellerin eingehend überprüft worden. Weiters sei zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin seit 28 Jahren unkündbar gestellt sei und ihre Lebensplanung dahingehend gestalten habe können, dass ihr die Höchstbefristung des Arbeitsverhältnisses bei unkündbaren Mitarbeiterinnen bei Erreichen des 60. Lebensjahres bekannt gewesen sei.

Außerdem werde auf den Vertrauensschutz der Rechtsunterworfenen hingewiesen. So habe der EuGH festgehalten, dass eine nationale Bestimmung, wonach der Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen mit Arbeitnehmern/innen, die das 52. Lebensjahr vollendet hätten, uneingeschränkt erlaubt sei, europarechtliche Regelungen entgegenstehen würden (EuGH 22.11.2005, Mangold, Rs C-144/04). Nach Auffassung des EuGH wäre eine Altersgrenze von 58 Jahren zulässig gewesen. Zukünftige Arbeitsverträge könnten nicht mehr auf diese nationale Bestimmung gestützt werden. Die von der GAW beantragten Diskriminierungstatbestände seien mit 1.7.2004 in Kraft getreten. Die Höchstbefristung sei jedoch 1980 vereinbart worden, und seitdem von der Antragstellerin nicht angezweifelt worden. So sehe auch § 5 ABGB vor, dass nur die nach Inkrafttreten eines Gesetzes verwirklichten Sachverhalte von diesem erfasst werden würden. § 63 GIBG sehe ebenso keine Rückwirkung vor.

Abschließend werde betont, dass die Antragstellerin durch das Ende ihres Arbeitsverhältnisses nicht in den von der Rechtsordnung geschützten sozialen Interessen beeinträchtigt werde. So habe die Antragstellerin im anhängigen arbeitsrechtlichen Verfahren angegeben, dass sie und ihr Ehemann ab 1.1.2009 zumindest eine monatliche Pension von € 3.280,-/netto beziehen würden. Die Antragstellerin trage auch keine Sorgepflichten. Die Einkommenseinbußen im Verhältnis zum bisherigen Arbeitseinkommen würden keine maßgebliche finanzielle Schlechterstellung darstellen. Es liege somit keine Diskriminierung auf Grund des GIBG vor.

Das Verfahren vor der GBK ist vertraulich und wird nichtöffentlich durchgeführt. Das den Abschluss des Verfahrens bildende Prüfungsergebnis wird auf der Grundlage der im Verfahren vorgelegten Unterlagen und der in der mündlichen Befragung getätigten Aussagen der Auskunftspersonen erstellt. Auf Grund der Vertraulichkeit des Verfahrens werden die einzelnen Auskunftspersonen im Prüfungsergebnis nicht näher bezeichnet.

**Der Senat I der GBK hat erwogen:**

Vorab hält der Senat I der GBK fest, dass das „neue“ GIBG gemäß § 63 GIBG mit 1.7.2004 in Kraft getreten ist. Das GIBG ist daher auf Sachverhalte anzuwenden, die sich ab dem 1.7.2004 ereignet haben. Auf Sachverhalte, die bereits am 30.6.2004 abgeschlossen waren, ist das „alte“ GIBG anzuwenden. Es kommt daher immer auf

den Zeitpunkt des Ereignisses an. Erfolgt eine Auflösung eines Arbeitsverhältnisses im zeitlichen Geltungsbereich des GIBG, ist das GIBG anzuwenden. Das Arbeitsverhältnis der Antragstellerin ist nach dem 1.7.2004 aufgelöst worden. Das GIBG ist daher anzuwenden.

Die Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** durch die Antragsgegnerin verwirklicht worden ist, wurde folgender Beurteilung unterzogen:

Das Gleichbehandlungsgebot gemäß § 3 GIBG schließt eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis auf Grund des Geschlechts aus. Mit der Formulierung „im Zusammenhang“ ist auch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses umfasst.

Der Begriff „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ enthält weder eine Beschränkung auf eine bestimmte Art des Arbeitsverhältnisses noch auf eine bestimmte Art der Beendigung. Unter diese Bestimmung fällt daher die einseitige Beendigung, also auch jene durch Kündigung und Entlassung.

Im vorliegenden Fall wurde das Arbeitsverhältnis der Antragstellerin der DO der Antragsgegnerin entsprechend auf Grund ihrer Unkündbarkeit mit dem Erreichen des 60. Lebensjahres beendet.

Die Antragsgegnerin hat in ihrem Vorbringen darauf hingewiesen, dass allein schon deshalb keine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts vorliegt, da es zu keiner Auflösung des Arbeitsverhältnisses gekommen ist. Es würde eine Höchstbefristung vorliegen. Das Arbeitsverhältnis ende bei Erreichen des gesetzlichen Pensionsantrittsalters.

Es hat sich für den Senat I der GBK die Vorfrage gestellt, ob ein Fristablauf vorliegt, oder ob eine Kündigung erforderlich ist. Bisher wurde zu Regelungen über die Versetzung in den Ruhestand bzw. Regelungen über ein „Auslaufen“ eines Arbeitsverhältnisses infolge eines einjährigen Krankenstandes (OGH 25.9.1991, 9 Ob A 158/91) immer die Kündigung des/der Arbeitgebers/in verlangt und keine Befristung angenommen. Daher weicht das Urteil des LG Korneuburg als Arbeits- und Sozialgericht (LG Korneuburg 21.1.2009, 8 Cga 117/08h (verbunden mit 8 Cga 149/08i)) von der ständigen Rechtsprechung des OGH und der Lehre (vgl. Martinek/M. Schwarz/W. Schwarz, AngG, 7. Auflage, 420 ff; Trost in Löschnigg,

AngG, 8. Auflage, § 20 Rz 4 mwN, Rz 133 ff) ab. Im zu beurteilenden Fall wurde die Unkündbarkeit vereinbart, sodass nur eine Kündigung der Arbeitgeberin gemäß § 25 Abs. 3 lit c der DO in Betracht kommt. Aber auch im Falle einer Befristung wäre es eindeutig, dass die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis nicht verlängern wollte. Somit würde nach dem Urteil des EuGH in der Rs Melgar (EuGH vom 4.10.2001, RS C-438/99) zumindest eine mögliche Einstellungsdiskriminierung auf Grund des Geschlechts vorliegen. Der österreichische Gesetzgeber dürfte aber seit der Novelle BGBl.I Nr. 98/2008 in § 12 Abs. 7 GIBG von einer Beendigungsdiskriminierung ausgehen, da der aufrechte Bestand des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht werden kann. Es ist somit zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses gekommen, die nunmehr auf eine allfällige Diskriminierung zu überprüfen ist.

Im vorliegenden Fall ging es insbesondere um die Beurteilung der Rechtsfrage, ob § 65 der DO im Einklang mit dem GIBG steht. Im § 12 Abs. 12 GIBG ist die Beweislastverteilung geregelt. Insoweit sich eine von einer Diskriminierung betroffene Person auf einen der diskriminierenden Tatbestände iSd §§ 3, 4, 6 oder 7 GIBG beruft, hat er/sie diesen glaubhaft zu machen. Dem/Der Antraggeber/in obliegt es dann bei der Berufung auf §§ 3 oder 4 GIBG zu beweisen, dass es nach Abwägung aller Umstände wahrscheinlich ist, dass ein anderes vom/von Antraggeber/-in glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder das andere Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die ausübende Tätigkeit ist oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne des § 5 Abs. 2 GIBG vorliegt.

Die zu beurteilende Dienstordnung sieht als Höchstgrenze für Mitarbeiterinnen, die unkündbar gestellt sind, das vollendete 60. Lebensjahr ist. Im Gegensatz dazu sieht die DO der Antragsgegnerin als Höchstgrenze für die Dauer des Arbeitsverhältnisses bei Mitarbeitern, die unkündbar gestellt sind, das vollendete 65. Lebensjahr vor.

Die Antragsgegnerin hat in der mündlichen Befragung bekräftigt, bei der Festlegung der Altersgrenzen in der DO von dem im ASVG geltenden unterschiedlichen Pensionsanfallsalter von Männern und Frauen ausgegangen zu sein. Nach Auffassung der Antragsgegnerin wurde mit der Festlegung von 60 bzw. 65 Jahren in Anlehnung an das gesetzliche Regelpensionsalter eine Gleichheit hergestellt, die verfassungsrechtlich vorgegeben sei. Die Bestimmungen in der DO würden somit dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz entsprechen. Die Altersgrenzen für den Erwerb einer gesetzlichen Alterspension könne die Antragsgegnerin nicht beeinflussen. Es stellt sich nunmehr die Frage, ob die Antragstellerin durch die

zwischen Männern und Frauen unterschiedlich festgelegten Altersgrenzen auf Grund des Geschlechts diskriminiert worden ist.

Der Verfassungsgerichtshof (VfGH) hat im Jahr 1990 in seinem Erkenntnis, VfSlg 12568/1990, das gesetzlich normierte zwischen Frauen und Männern unterschiedliche Pensionsanfallsalter wegen der Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes aufgehoben. Die Bundesregierung hat allerdings 1992 in seinem Gleichbehandlungspaket beschlossen, bis 2033 eine schrittweise Angleichung der Antrittsalter für Frauen vorzunehmen. Als Gründe wurden Versorgungsdefizite, Verteilungsproblematik, aber auch insbesondere gesellschaftliche, familiäre und finanzielle Belastungen von Frauen genannt.

Die schrittweise Anpassung durch den österreichischen Gesetzgebers ist als eine frauenfördernde Maßnahme anzusehen, bis die tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern erreicht worden ist. Das im Verfassungsrang stehende unterschiedliche Pensionsalter steht daher dem Art. 7 B-VG gleichrangig gegenüber. Der österreichische Gesetzgeber hat darin nur die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme einer gesetzlichen Alterspension geregelt. Es wird dadurch kein Beschäftigungsverbot ausgesprochen.

Nach Ansicht des Senates I der GBK ist diese sozialrechtliche frauenfördernde Maßnahme von der rechtlichen Beurteilung zu trennen, ob auch ein/e Arbeitgeber/in ebenso das Recht hat, seine Mitarbeiterinnen früher als seine Mitarbeiter in Pension zu schicken. Wäre die Antragstellerin ein Mann gewesen, dann hätte sie bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres weiterarbeiten können. § 25 Abs. 2 lit. A DO der Antragsgegnerin sieht eine unterschiedliche Behandlung von Frauen und Männern vor. Es liegt demnach eine unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts vor. Eine unmittelbare Diskriminierung ist unzulässig und kann ausschließlich aus im Gesetz angeführten Gründen gerechtfertigt werden. Eine sachliche Rechtfertigung aus anderen Gründen ist nicht möglich. Die einzige im Gesetz vorgesehene Ausnahme ist der Zugang zur Beschäftigung, wenn das Geschlecht eine unverzichtbare Voraussetzung ist. Das in den pensionsrechtlichen Bestimmungen enthaltene Privileg für Frauen darf sich jedoch gegen Frauen nicht negativ auswirken, indem dem/der Arbeitgeber/in dadurch das Recht eingeräumt wird, Frauen früher als Männer in den Ruhestand zu versetzen, wenn nämlich Frauen Nachteile erleiden, und diese bereit wären, durch den gleich langen Verbleib im

Arbeitsleben wie Männer, diese auszugleichen. Die sozialrechtlichen Bestimmungen sind vom Gleichbehandlungsrecht zu trennen.

Auf Grund der Urteile des EuGH in den Rs Beets-Proper (EuGH vom 26.2.1986, Rs 262/84), Kommission/Belgien (EuGH vom 17.2.1993, Rs C-173/91), Kommission/Frankreich II (EuGH vom 25.10.1988, Rs 312/86) und Marshall II (EuGH vom 2.8.1993, Rs C-271/91) liegt bei einem geschlechtsspezifisch unterschiedlichen Alter für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts auch dann vor, wenn in diesem Mitgliedstaat zulässiger Weise noch ein unterschiedliches gesetzliches Pensionsalter für Männer und Frauen besteht. Auch wenn im Sachverhalt nur auf einen Pensionsanspruch Bezug genommen wird und somit grundsätzlich Männer und Frauen von dieser Regelung betroffen sein können, werden Männer vor bzw. bis zum 60. Lebensjahr nur im Falle einer Berufsunfähigkeitspension von dieser Regelung betroffen sein. In den übrigen Fällen – nämlich der Alterspension – sind jedoch ausschließlich Frauen ab 60 betroffen. Auch wenn diese Regelung der DO - oberflächlich betrachtet - „neutral“ formuliert erscheint, ist diese Regelung auf Grund sachlicher Unterschiede in jene Gruppen der Berufsunfähigkeits- und sowie jene der Alterspension bzw.

Langzeitversichertenpension aufzuteilen, denn nur bei der letzten Gruppe ist in Folge Dienstfähigkeit überhaupt an eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu denken. Senat I der GBK geht daher von einer unmittelbaren Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes aus, die keiner Rechtfertigung zugänglich ist. Eine allfällige Verhältnismäßigkeit, wie sie der OGH (vgl. OGH 19.12.2001, 9 Ob A 244/01z) im Rahmen einer Kündigungsanfechtung gemäß § 105 Abs. 3 Z 2 ArbVG, durch Berücksichtigung des Bezuges der Alterspension vorgenommen hat, entfällt daher hier. Zudem ist auch kein – geschlechtsspezifisch unterschiedlicher – Rechtfertigungsgrund erkennbar.

Zu der ebenfalls in der DO geregelten Betriebspension und deren Anfallsalter ist der Senat I der GBK zu folgendem Ergebnis gelangt: Sowohl aus dem EuGH-Urteil in der Rs Barber (EuGH vom 17.5.1990, Rs 262/88) als auch aus dem OGH-Urteil, 9 ObA 256/02s, ergibt sich, dass unabhängig von einem geschlechtsspezifisch unterschiedlichen Pensionsantrittsalter eine Betriebspension ab einem für Männer und Frauen gleichen Alter zu gewähren ist. Obwohl bei Betriebspensionen der Zusammenhang mit dem gesetzlichen Pensionsantrittsalter noch viel enger wäre,

spielt dies keine Rolle. Daher darf dies auch nicht bei der Frage der Beendigung wegen des Alters berücksichtigt werden.

Die Erwerbsbiografien von Frauen zeigen typischerweise im Gegensatz zu männerspezifischen Erwerbsbiografien immer wieder Einschnitte, insbesondere durch Zeiten der Kindererziehung und durch Teilzeitarbeit, auf. Deshalb weisen Frauen unter anderem ein geringeres Erwerbseinkommen, und damit ein geringe Pension auf. Bei den Sozialleistungen, die an das Erwerbsleben gekoppelt sind, führt die frühere (oder gegenwärtig) unterschiedliche Verankerung von Männern und Frauen im Erwerbsleben zu deutlich unterschiedlichen Sozialleistungen. Die niedrigere durchschnittliche Direkt Pension der Frauen (60% von der der Männer) ergibt ein für Frauen wesentlich geringeres Gesamtvolumen an Direkt Pensionen (€8,44,- Mrd.)<sup>1</sup>. Daraus resultierend ergibt sich eine ungleichmäßige Verteilung der Gefährdungsrisiken für Armut. So sind Frauen häufiger gefährdet als Männer. Eine entscheidende Rolle bei der Armutsgefährdung kommt der Erwerbsfähigkeit von Frauen zu. Durch Betreuungspflichten und mangelnde außerfamiliäre Betreuungsangebote werden Frauen häufig an der Aufnahme einer (Vollzeit-)Erwerbstätigkeit gehindert. Frauen sind nach wie vor häufiger teilzeiterwerbstätig<sup>2</sup>.

In diesem Zusammenhang ist es dem erkennenden Senat wichtig hervor zu heben, dass Frauen durch das Arbeiten über das gesetzliche Alterspensionsalter hinaus die Möglichkeit haben, die Lohnunterschiede auszugleichen, und so zu einer höheren Alterspension zu kommen. Die Antragsgegnerin kann in ihrer DO nicht zwischen ihren Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen unterscheiden, wann sie die gesetzliche Alterspension in Anspruch nehmen. Dies widerspricht dem GIBG.

Es liegt daher eine **Diskriminierung** auf Grund des **Geschlechts** bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gegenüber der Antragstellerin vor.

Der Senat I der GBK regt an, die DO aus dem Jahr 1980, die für sehr viele Mitarbeiter/innen der Antragsgegnerin anwendbar ist, sprachlich dem GIBG anzupassen. So widerspricht § 32 Abs. 4 sowohl dem GIBG als auch dem Väterkarenzgesetz. Demnach gebührt einer kündbaren und unkündbaren

---

<sup>1</sup> Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (Hrsg.), Sozialbericht 2007-2008, S. 170

<sup>2</sup> Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (Hrsg.), Sozialbericht 2007-2008, S. 240ff

Dienstnehmerin eine Abfertigung auch dann, wenn sie innerhalb von zwei Jahren nach ihrer Eheschließung oder nach der Geburt eines eigenen Kindes, das im Zeitpunkt des Ausscheidens noch lebt, das Dienstverhältnis löst und das Ausscheiden im Interesse des Kindes erfolgt. Der gleichen Intention folgt § 77 der DO, der die Witwenversorgung regelt. Für den Senat I der GBK bestätigte sich der Eindruck, dass die Antragsgegnerin noch dem Denken einer traditionellen Rollenverteilung bzw. in einer tief verwurzelten Differenzierung der Geschlechterrollen verhaftet ist, weshalb die Antragsgegnerin ihren Mitarbeitern nicht die Möglichkeit einräumt, nach der Geburt eines Kindes oder nach der Eheschließung unter Erhalt der Abfertigung das Arbeitsverhältnis zu lösen, oder dem Witwer einer Dienstnehmerin einen Versorgungsanspruch einzuräumen..

Die Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des Alters bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß **§ 17 Abs. 1 Z 7 GIBG** durch die Antragsgegnerin verwirklicht worden ist, wurde folgender Beurteilung unterzogen:

Nach § 17 Abs. 1 darf niemand auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden. Nach § 19 GIBG liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person auf Grund eines in § 17 GIBG genannten Grundes in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. 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. Eine Diskriminierung liegt auch bei einer Anweisung zur Diskriminierung vor.

Zum Diskriminierungsgrund Alter ist festzuhalten, dass der Begriff des Alters im § 17 GIBG nicht weiter definiert wird. Grundsätzlich kann das Anknüpfen an jedes Lebensalter diskriminierend sein, wenn nicht besondere Rechtfertigungsgründe vorliegen. Es sind alle Arbeitnehmer/innen unabhängig von einem Mindest- oder Höchstalter geschützt, es sei denn, spezifische Ausbildungsverordnungen erfordern,

die Festsetzung eines Höchstalters für eine Einstellung. Ebenso sind Vorschriften unzulässig, welche insbesondere den Einstieg in eine bestimmte Laufbahn nur bis zu einem bestimmten Alter gestatten, sowie Diskriminierungen auf Grund des jugendlichen Alters (so RV BlgNR 22., GP, 15).

Rechtfertigungsgründe, auf Grund derer eine Anknüpfung an ein Altersmerkmal nicht diskriminierend sein kann, werden vom Gesetzgeber in § 20 GIBG geregelt. Hier finden sich Ausnahmebestimmungen, die eine Ungleichbehandlung nur unter ganz bestimmten Umständen rechtfertigen. Eine Ungleichbehandlung liegt gemäß § 20 Abs 3 GIBG daher nicht vor, wenn die Ungleichbehandlung objektiv und angemessen ist, durch ein legitimes Ziel, insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung, gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.

Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn ein/e Arbeitnehmer/in auf Grund seines/ihrer Alters in einer vergleichbaren Situation gegenüber einer anderen Person benachteiligt wird. Bei einer mittelbaren Diskriminierung werden dem Anschein nach neutrale Kriterien angewendet, die Angehörige einer bestimmten Altersgruppe benachteiligen. Daher setzen sich Regelungen, die unmittelbar an das Lebensalter der Arbeitnehmer/innen anknüpfen, dem Verdacht einer unmittelbaren Diskriminierung aus. Kein legitimer Zweck ist somit ein unternehmerisches Konzept, das auf jugendliche Dynamik setzt. Eine Differenzierung nach dem Alter kann auch nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass der/die ältere Arbeitnehmer/in teurer sei als der/die junge. Reine Kostenargumente iSv rein wirtschaftlichen Gründen können keine Differenzierung rechtfertigen. Gemäß § 26 Abs. 12 GIBG hat eine betroffene Person, die sich auf dem Diskriminierungstatbestand gemäß §§ 17, 18 oder 21 GIBG beruft, diesen glaubhaft zu machen. Dem/Der Beklagten obliegt es zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlich ist, dass es ein anderes als vom/von der Beklagten glaubhaft gemachten Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund gemäß §§ 19 Abs. oder 20 GIBG vorliegt.

Die Antragstellerin hat in ihrer mündlichen Befragung glaubwürdig dargelegt, dass sie nach Erreichung des gesetzlichen Pensionsanfallsalters für Frauen weiterhin gerne für die Antragsgegnerin arbeiten möchte. Dafür spricht auch, dass sie Angebote einer einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses, für die der Antragstellerin zwei zusätzliche Monatsgehälter angeboten worden sind, abgelehnt hat. Die

Antragstellerin hat dieses Angebot abgelehnt, da sie bei der Antragsgegnerin weiterhin arbeiten möchte und in ihrem Alter bei einer anderen Firma keine Arbeit finden werde. Die Antragsgegnerin würde sie auf Grund ihres Alters nicht mehr weiterbeschäftigen wollen.

Dem Senat I der GBK obliegt es nunmehr zu überprüfen, ob die Antragsgegnerin in ihrem Vorbringen darlegen konnte, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlich ist, dass ein anderes als das von der Antragstellerin glaubhaft vorgebrachte Motiv (Diskriminierung auf Grund des Alters) für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund iSd §§ 19 oder 20 GIBG vorliegt.

In Anbetracht des EuGH-Urteils in der Rs Palacios de la Villa (EuGH vom 16.10.2006, Rs C-411/05) und des OGH-Urteils, 9 ObA 131/05p ist davon auszugehen, dass bei Vorliegen eines Anspruches auf eine volle gesetzliche Alterspension zahlreiche Rechtfertigungsgründe gemäß § 20 Abs. 3, 4 GIBG zu beachten sind. Arbeitgeber/innen, die die Aufnahme jüngerer Arbeitnehmer/innen fördern, hätten nach dieser Rechtsprechung einen Rechtfertigungsgrund.

Die Antragsgegnerin hat das Arbeitsverhältnis mit der Antragstellerin beendet, da diese das 60. Lebensjahr erreicht hat. Es liegt somit eine Altersdiskriminierung vor. Es ist nun zu prüfen, ob eine Rechtfertigung der Antragsgegnerin gegeben ist. Eine Diskriminierung auf Grund des Alters liegt nicht vor, wenn die Ungleichbehandlung gemäß § 20 Abs. 3 GIBG objektiv und angemessen ist. Es muss ein legitimes Ziel vorliegen, insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung. Außerdem müssen die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich sein. § 20 Abs. 4 GIBG sieht hier insbesondere die Förderung von Jugendlichen, älteren Arbeitnehmern/innen und Personen mit Fürsorgepflichten als legitime Ziele an.

Im Ermittlungsverfahren hat sich gezeigt, dass die Antragsgegnerin nicht behauptet hat, mit der Kündigung der Antragstellerin die Beschäftigung Jugendlicher zu fördern. Auf Grund der vorliegenden Unterlagen steht fest, dass die Antragsgegnerin in einem internen E-Mail vom 20.10.2008 an alle Dienststellen den Arbeitsplatz der Antragstellerin ausgeschrieben hat. In der mündlichen Befragung hat die Antragsgegnerin klargestellt, dass eine interne Stellenausschreibung mit dem Betriebsrat vereinbart worden ist. Es würde Mitarbeiter/innen geben, die darauf Wert

legen, dass sie näher an ihrem Wohnort den Arbeitsplatz haben, und die die gleiche Arbeit wie die Antragstellerin erledigen. Nach Ansicht der Antragsgegnerin wäre es in diesem Fall deshalb nicht zielführend gewesen diesen Posten extern auszuscheiden. Der Senat I der GBK sieht die Vorgehensweise nicht als beschäftigungspolitische Maßnahme iSd § 20 Abs. 3, 4 GIBG an. Es liegt lediglich eine Umbesetzung, und keine Neueinstellung vor. Hinzu kommt, dass der Arbeitsplatz der Antragstellerin auch nicht mit einem/einer Jugendlichen besetzt wird. Der Posten, der nun zu je 20 Wochenstunden erledigt werden soll, ist an zwei Frauen um die 35 Jahre vergeben worden. Die Antragsgegnerin hat in der mündlichen Befragung angegeben, dass man nicht von der Regelung abgehen wird, über das gesetzliche Pensionsalter hinaus zuarbeiten, um kein Präjudiz zu schaffen. Die Höchstgrenze wurde von der Antragsgegnerin als eine Art Gegengewicht zur Unkündbarkeit eingeführt. Nach Auffassung des erkennenden Senates stellt dies ebenso keinen Rechtfertigungsgrund iSd §§ 20 Abs. 3, 4 GIBG dar.

Es liegt daher eine **Diskriminierung** auf Grund des **Alters** bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gegenüber der Antragstellerin vor.

Wien, 7. April 2009

Mag.<sup>a</sup> Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK