

SENAT II DER GLEICHBEHANDLUNGSKOMMISSION

Anonymisiertes Prüfungsergebnis GBK II/325/17 gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) hat über den Antrag von Herrn A (in Folge: Antragsteller) wegen behaupteter Belästigung auf Grund des Alters gemäß § 21 Abs. 1 Z 3 GIBG durch Herrn B (Zweittragsgegner) und Diskriminierung des Antragstellers bei der Festsetzung des Entgelts auf Grund des Alters gemäß § 17 Abs. 1 Z 2 GIBG, wegen Diskriminierung des Antragstellers bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Grund des Alters gemäß § 17 Abs. 1 Z 7 GIBG sowie wegen Verletzung des Viktimisierungsverbots gemäß § 27 GIBG durch die Firma C (Erstantragsgegnerin) 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. 275/2013, erkannt:

Eine Belästigung des Antragstellers auf Grund des Alters durch den Zweittragsgegner

liegt nicht vor.

Eine Diskriminierung des Antragstellers bei der Festsetzung des Entgelts auf Grund des Alters durch die Erstantragsgegnerin

liegt nicht vor.

Eine Diskriminierung des Antragstellers bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Grund des Alters durch die Erstantragsgegnerin

liegt nicht vor.

Eine Verletzung des Viktimisierungsverbots im Zuge der der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die Erstantragsgegnerin

liegt nicht vor.

VORBRINGEN

Im **Antrag** wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Antragsteller bei der Erstantragsgegnerin als Kundenberater zunächst in Teilzeit für 16 Stunden/Woche angemeldet, er sei jedoch immer vollzeitbeschäftigt gewesen und habe sogar Überstunden geleistet.

Er habe auf Grund seines Alters einen Euro weniger als seine KollegInnen pro Stunde bekommen. Auf Nachfrage nach dem dafür maßgeblichen Grund habe er als Antwort bekommen, dass *„er älter sei, dass dies bei seinem Alter genug sei und dass man normal weniger kriege“*. Seine KollegInnen seien sind circa 26 und 36 Jahre, er sei 49 Jahre alt.

Er habe in der Zeit von Juni 2016 bis November 2016 weniger als seine KollegInnen D und E verdient, obwohl er mehr gearbeitet habe.

Die Differenz im Entgelt sei vom Zweitantragsgegner damit begründet worden, dass der Kollege und die Kollegin „jünger und aktiver“ seien. Diese Aussage sei in sehr aggressiver Weise im Zuge einer Auseinandersetzung über sein Gehalt gefallen und habe ihn sehr verletzt.

Nachdem der Zweitantragsgegner drei Monate nicht im Unternehmen anwesend gewesen sei, sei es nach dessen Rückkehr zu einem Streit und am 29.3. 2017 zu dessen Mitteilung gekommen, dass er den Antragsteller abgemeldet habe. Er führe die Beendigung seines Dienstverhältnisses daher auf den Umstand zurück, dass er sich beim Zweitantragsgegner beschwert habe.

In den Stellungnahmen der **Erstantragsgegnerin** wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die vom Antragsteller behauptete Äußerung des **Zweitantragsgegners** nicht gefallen, sondern eine Erfindung des Antragstellers sei.

Da der Antragsteller tatsächlich nicht weniger wegen seines Alters verdient habe – belegt durch den Lohnzettel des Antragstellers und den einer etwa gleichaltrigen Mitarbeiterin – werde ersichtlich, dass die inkriminierende Behauptung vom Antragsteller erfunden sei.

Zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses sei auszuführen, dass der Antragsteller einfach kundgetan habe nicht mehr arbeiten zu wollen und unberechtigt aus dem Arbeitsverhältnis ausgetreten sei. Er habe im Krankenstand sofort woanders zu arbeiten begonnen.

Der Antragsteller sei am 02.06.2016 zu einem vereinbarten Monatsbezug von brutto € 435,14 mit der vereinbarten Arbeitszeit von 11,00 Std/Wo zu einer Drei-Tage-Woche, angestellt worden. Dieser Dienstvertrag sei mit Dienstvertrag vom 20.12.2016 auf einen vereinbarten Monatsbezug auf brutto € 1.186,75 wegen der nunmehr vereinbarten Arbeitszeit auf 30 Std/Wo und somit auf eine Fünf-Tage-Woche erhöht worden.

Das Dienstverhältnis sei durch unberechtigten vorzeitigen Austritt am 29.03.2017 beendet worden, als der Antragsteller mitgeteilt habe, dass er nicht mehr für die Erstantragsgegnerin arbeiten wolle. Er habe am 30.03.2017 eine Krankenstandmeldung geschickt, mit Verpflichtung des Wiedereintritts in zehn Tagen. Am neunten Tag habe sich herausgestellt, dass der Antragsteller im Krankenstand bereits bei einem anderen Geschäft beschäftigt gewesen war. Dieser Vorfall wurde vom Zweitantragsgegner erforscht und fotografiert.

Zum Thema Mehrarbeitsentgelt wurde ausgeführt, dass diese Behauptung völlig unberechtigt sei, da laut den Arbeitszeitaufzeichnungen der Erstantragsgegnerin allfällig geleistete Überstunden mit Freizeit ausgeglichen und dies auch so vereinbart worden sei.

Als der Antragsteller noch bis November 2016 in Salzburg gewohnt habe, sei er nur drei Tage pro Woche nach Wien gekommen, daher sei auch der erste Dienstvertrag mit 11,00 Std/Wo bei einer Drei-Tage-Woche, vereinbart worden. Er habe gar keine zeitliche Möglichkeit gehabt Überstunden zu machen. Nach Umstellung auf 30 Std/Wo mit fünf Arbeitstagen habe er keine Mehrstunden geleistet.

Im Verlauf des Verfahrens erfolgte eine Einschränkung des Prüfbegehrens durch den Antragsteller. Es waren daher nur die vom Antragsteller behaupteten Überstundenzahlungen im Zeitraum Juni 2016 bis Oktober 2016 in der Höhe von € 6/h an ihn bzw € 7/h an die Auskunftsperson E, die von ihm behauptete Belästigung wegen des Alters durch den Zweitantragsgegner sowie die Frage der Verletzung des Benachteiligungsverbots nach Geltendmachung der Entgelt Differenz samt Beurteilung der nachfolgenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu prüfen.

BEFRAGUNG DER PARTEIEN UND VON AUSKUNFTSPERSONEN

Der **Antragsteller** schilderte dem Senat bei seiner Befragung im Wesentlichen, dass der Zweitantragsgegner „Geschäftsführer“ der Erstantragsgegnerin sei und Frau F zwar die Eigentümerin der Firma sei, der Zweitantragsgegner jedoch „das Sagen habe“.

Auf Frage, woher er wisse, dass die KollegInnen einen höheren Stundenlohn als er erhalten hätten, gab er an, dass er im Juli 2016 von Kollegin E angesprochen worden sei, was er denn verdiene. Der Geschäftsführer sei auf Urlaub gewesen, er habe die Frage mit „6 €/h netto“ beantwortet. Sie habe damals gemeint, dass sie 7 € verdiene.

Der Antragsteller hielt fest, dass der von ihm behauptete geringere Stundenlohn nur von Juni bis Oktober 2016 ausbezahlt worden sei. Er führte aus, dass er sich die von ihm geleisteten Stunden aufgezeichnet habe, es habe „Tagesberichte“ gegeben, da seien auch die geleisteten Stunden eingetragen worden. Die Mehrstunden habe der Zweitantragsgegner mit sechs multipliziert und ihm ausbezahlt. Kopien von diesen Tagesberichten habe er nicht.

Der Zweitantragsgegner habe ihm auf den Hinweis, dass seine KollegInnen mehr als er verdienen würden mitgeteilt, dass die es brauchen würden - er hingegen sei *„schon ein älterer Herr, der sein Leben schon aufgebaut habe, die anderen seien auch aktiver als er und könnten mehr leisten“*. Der Zweitantragsgegner habe ihm zu Frau E, die nur drei Jahre jünger als er selbst sei, erwidert, dass sie eine *„geschiedene Alleinerzieherin sei, die schauen müsse, wie sie alles hinbekäme“*.

Es habe dann einen Streit gegeben, danach sei der Zweitantragsgegner von November bis ca. Anfang März 2017 abwesend gewesen. Es habe dann noch ein Gespräch gegeben, in dem er den Zweitantragsgegner darauf hingewiesen habe, dass dieser ihm zu wenig bezahle, was der jedoch geleugnet habe, da er dem Antragsteller im November ja mehr bezahlt habe, dieser habe zu viel überwiesen bekommen.

Der Antragsteller führte aus, dass es nach Rückkehr des Zweitantragsgegners Streit gegeben habe und dieser das seiner Meinung nach zu viel bezahlte Geld von ihm retour habe wollen, weswegen er zunächst den Lohn für März 2017 nicht bezahlt habe.

Auf Frage, warum er glaube – da Frau E nur drei Jahre jünger sei -, dass er auf Grund seines Alters weniger bekommen habe, meinte der Antragsteller, dass dies das sei, was ihm der Zweitantragsgegner gesagt habe. Er selbst habe Frau E nicht nach deren Alter gefragt.

Es habe dann Streit gegeben, der Zweitantragsgegner sei aggressiv gewesen - als das Gespräch eskaliert sei, habe dieser gemeint, dass Frau E in einer besonderen Situation sei, weil sie geschieden sei und Kinder habe und Herr D aktiver sei - er sei noch sehr jung und dabei, sein Leben aufzubauen.

Auf Frage nach der von ihm behaupteten Belästigung auf Grund des Alters gab der Antragsteller an, dass ihn dies sehr getroffen habe. Der Zweitantragsgegner sei in seiner Gestik sehr aggressiv gewesen, er habe ihn angeschrien und zu ihm gemeint, dass er *„schon ein alter Mann sei, der sein Leben schon gelebt hätte, er hätte sein Leben schon aufgebaut und nicht notwendig, soviel zu verdienen wie die Jungen, die ihr Leben erst aufbauen müssten“*.

Er gab an, sich mit seinem Wunsch nach besserer Bezahlung der Überstunden an Frau F gewendet zu haben, diese habe ihn mit einer Wochenarbeitszeit von 30 Stunden eingetragen und ihm aber nach wie vor 6€/Überstunde bezahlt.

Von Frau E wisse er, dass diese 7€/Überstunde erhalten habe, da er mit ihr gemeinsam die Aufzeichnungen gemacht und diese die Überstunden mit dem Faktor sieben multipliziert habe. Zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses gab er an, dass er im März 2017 erfahren habe, dass seine KollegInnen bereits ihr Gehalt bekommen hätten, er aber noch nicht, womit er den Zweitantragsgegner konfrontiert habe. Daraufhin habe dieser erwidert, dass der Antragsteller kein Recht habe, etwas zu bekommen, da er im November 2016 750 € zu viel überwiesen bekommen hätte. Er hätte überhaupt kein Recht, noch etwas zu bekommen. Dann sei der Zweitantragsgegner laut geworden und habe den Antragsteller mit den Worten „*Du arbeitest hier nicht mehr*“ hinausgeworfen.

Die Frage, ob der Zweitantragsgegner ihn als älter wahrgenommen habe, bejahte der Antragsteller - er habe ihn behandelt, als ob er ein alter Mensch wäre, er habe sein Geburtsdatum gekannt.

Die Vertreterin der **Erstantragsgegnerin**, Frau F, gab im Wesentlichen an, dass der Antragsteller vom Zweitantragsgegner eingestellt worden sei. Sie habe den Antragsteller erst getroffen, als der Zweitantragsgegner ab November 2016 für vier Monate abwesend gewesen sei. In dieser Zeit habe sie im Geschäft gearbeitet, davor habe sie die nicht getan. Sie selbst sei nur in diesem Zeitraum für das Geschäft zuständig gewesen, ansonsten habe sie drei Kinder zu betreuen und sei nie im Geschäft gewesen. Zwischen November 2016 und Anfang März 2017 habe der Antragsteller keine Überstunden geleistet, er sei mit 30 Stunden beschäftigt gewesen.

Auf Frage nach der damaligen Nichtauszahlung des Märzentgelts – laut Vorbringen des Antragstellers damit begründet, dass dieser davor zu viel verdient habe - gab sie an, dass der Antragsteller sie am 29. März 2017 sehr nervös gefragt habe, warum er noch kein Gehalt überwiesen bekommen habe. Sie habe diesem erwidert, dass sie mit dem Zweitantragsgegner reden wolle, weil sie nicht gewusst habe, was passiert sei.

Auf Frage führte sie aus, dass der Zweitantragsgegner die Gehälter üblicherweise vor den anderen Verpflichtungen bezahle. Die Gehälter habe sie selbst am Monatsende/teilweise Monatsanfang überwiesen. Ende März 2017 habe wieder der Zweitantragsgegner die Gehälter bezahlt. Der Antragsteller sei damals sehr wütend gewesen und habe gemeint, dass er „*gehe*“. Sie habe mit ihm diskutiert und ihn aufgefordert zu bleiben und zu warten. Sie habe nicht verstanden, warum der Antragsteller so aufgebracht gewesen sei.

Auf Frage gab sie an, dass der Antragsteller ihr am 29. März 2017 „*deutlich*“ gesagt habe, dass er nicht mehr bei ihr arbeiten wolle. Er habe sie aufgefordert, ihm jemanden wegen des Schlüssels

zu schicken, ansonsten würde er das Geschäft unversperrt lassen. Sie habe ihn telefonisch höflich aufgefordert zu warten, bis der Zweitantragsgegner zum Geschäft käme.

Eine halbe Stunde später habe sie nochmals mit dem Antragsteller telefoniert, der zwischenzeitlich den Zweitantragsgegner getroffen hatte – da habe ihr der Antragsteller gesagt: „*Ich bin gegangen.*“ Auf ihre Nachfrage habe er dann klargestellt, dass er nicht mehr bei ihr arbeite. Danach habe sie nie wieder von ihm gehört, er habe ihr eine Krankenstandsbestätigung per Mail geschickt.

Auf Frage, warum sie das Stundenausmaß des Antragstellers erhöht habe, meinte sie, dass sie selbst nachmittags nicht arbeiten habe können. In den ersten beiden November-Wochen 2016, als der Antragsteller in Ägypten gewesen sei, habe sie von 15 – 19 Uhr im Geschäft gearbeitet, dann habe sie ihn nach dessen Rückkehr ersucht, mehr zu arbeiten.

Die Frage, ob ihr bekannt gewesen sei, ob der Antragsteller bereits im September immer nachmittags gearbeitet habe, verneinte sie mit dem Hinweis, damals in Ägypten gewesen zu sein. Sie habe vier Angestellte gehabt - wer von diesen Personen wann gearbeitet habe, habe sie nicht gewusst. Sie habe den Zweitantragsgegner gefragt, ob der Antragsteller gut genug sei, um 30 Stunden allein zu arbeiten, was dieser bejaht habe. Sie wisse aber nicht, ob der Antragsteller im Sommer 2016 nachmittags im Geschäft gewesen sei.

Der **Zweitantragsgegner** gab bei seiner Befragung an, dass er den Antragsteller durch Vermittlung eines gemeinsamen Bekannten eingestellt und dieser von Juni – Oktober 2016 16 h/Woche gearbeitet habe, keine Mehrstunden geleistet und auch nicht 6€/Überstunde bezahlt bekommen habe.

Auf Frage nach den dem Senat handschriftlich übergebenen Arbeitszeitaufzeichnungen des Antragstellers gab er an, dass dieser die originalen Aufzeichnungen aus dem Geschäft mitgenommen habe, weswegen er selbst keinen Beweis dazu habe. Die handschriftlichen Aufzeichnungen des Antragstellers seien nicht korrekt.

Wann dieser im genannten Zeitraum genau gearbeitet habe, wisse er nicht mehr genau. Der Antragsteller habe damals in Salzburg gewohnt und habe nur drei Tage/Woche in Wien sein können. Während seiner Abwesenheit habe der Antragsteller seine eigenen 14 Stunden übernommen, deswegen sei dessen Arbeitszeit auf 30 h erhöht worden. Auch die KollegInnen hätten nie Überstunden geleistet, weswegen er für 46 Stunden Öffnungszeit/Woche vier Angestellte habe.

Zur Auszahlung des Entgelts für März 2017 gab er an, dass sich der Antragsteller geärgert habe, dass er am 29. März sein Gehalt noch nicht überwiesen bekommen habe. Er selbst sei von einem Bekannten angerufen worden und sollte schnell ins Geschäft kommen, weil der Antragsteller das Geschäft geschlossen habe, er sollte den Schlüssel abholen. Auf Frage an diesen, worum es gehe, habe ihm dieser mitgeteilt, dass er bis dato sein Gehalt nicht bekommen habe und daher nicht mehr arbeiten wolle und dies „beim Gericht melden werde“. Er habe den Antragsteller gebeten, nur noch für diesen Tag zu bleiben, was dieser abgelehnt habe.

Das Gespräch wegen 6 bzw 7 € habe gar nicht stattgefunden. Der Antragsteller habe nie vorgebracht, dass KollegInnen besser bezahlt würden, er habe auch nie die vom Antragsteller behauptete Aussage betreffend Frau E getroffen. Leistung sei Leistung, beide hätten genau denselben Stundenlohn gehabt. Auf Frage gab er an, dass er damals zwei Geschäfte gehabt hätte, im x. Bezirk seien Herr D und er selbst mit 10 h tätig gewesen. Frau E habe 30 h gearbeitet. Auf Frage, wie er sich erkläre, dass der Antragsteller überhaupt auf das Thema Überstunden gekommen sei, gab er an, dass dieser viel behauptet habe, was er auch mit Gerichtsprotokollen, Schreiben der Wiener GKK sowie einem Schreiben der AK Wien belegen könne, in dem behauptet worden sei, dass der Antragsteller Außendienstmitarbeiter gewesen sei.

Auf Frage, warum Frau E im März 2017 bereits am 21.3. ihr Gehalt überwiesen bekommen habe, führte er aus, dass – wenn Geld am Konto sei, er die Gehälter schon früher überweise – ansonsten warte er, was hereinkäme. Warum das damals erfolgt sei, könne er sich nicht erinnern, es sei aber möglich, dass jemand das Gehalt dringend benötigt hätte. Möglicherweise habe sie das damals gemeldet - die MitarbeiterInnen hätten erst am Monatsende Anspruch auf das Entgelt.

Auf Frage, ob er den Antragsteller jemals darauf angesprochen habe, dass dieser nicht so aktiv bzw. leistungsfähig sei als Frau E oder Herr D, meinte der Zweitantragsgegner, dass er – wenn er höre, dass ein Kunde schlecht beraten worden sei – es als seine Aufgabe sehe, MitarbeiterInnen darauf hinzuweisen, die Leistung zu verbessern bzw. keine falschen Informationen an die Kunden zu übermitteln. Der Antragsteller sei nicht schlecht gewesen, er habe diesen nie darauf hingewiesen, dass er schlecht gearbeitet habe.

Die als **Auskunftsperson** befragte ehemalige Kollegin des Antragstellers und ehemalige Mitarbeiterin der Erstantragsgegnerin, Frau E, schilderte dem Senat, dass sie sich nicht erinnern könne, ob der Antragsteller zwischen Juni – Oktober 2016 Überstunden geleistet habe. Mehrarbeit habe sie selbst in Form von Zeitausgleich abgegolten bekommen, Geld habe sie für

Überstunden keines erhalten. Ob der Antragsteller Geldleistungen für Überstunden erhalten habe, wisse sie nicht, über Geld habe sie mit ihm nie geredet.

Der Antragsteller habe zu ihr gesagt, dass es Probleme wegen dem Lohn mit dem Zweitantragsgegner gebe und er die Arbeit verlassen wolle. Da sie Alleinerzieherin sei, habe sie mit dem Zweitantragsgegner vereinbart, ihren Lohn am 21. des Monats ausbezahlt zu bekommen. Der Antragsteller habe sie gefragt, ob sie ihren Lohn schon erhalten habe, was sie bejaht habe – das habe diesen „genervt“, weil er noch nichts bekommen habe.

Zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses des Antragstellers befragt gab sie an gehört zu haben, dass dieser gemeint habe, nicht arbeiten zu wollen. Er habe die Arbeit verlassen und sei am nächsten Tag gekommen um sich zu entschuldigen.

PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat II der GBK stützt sein Prüfungsergebnis auf die schriftlichen Vorbringen und die mündlichen Befragungen des Antragstellers, der Vertreterin der Erstantragsgegnerin, des Zweitantragsgegners sowie der Auskunftsperson E.

Verfahrensgegenständlich sind im Hinblick auf eine im Verlauf des Verfahrens erfolgte Einschränkung des Prüfbegehrens des Antragstellers nur die vom Antragsteller behaupteten Überstundenzahlungen im Zeitraum Juni 2016 – Oktober 2016 in der Höhe von € 6/h an ihn bzw. € 7/h an die Auskunftsperson E, die von ihm behauptete Belästigung durch den Zweitantragsgegner (Er sei *„schon ein alter Mann, der sein Leben schon gelebt hätte, er hätte sein Leben schon aufgebaut und (es) nicht notwendig soviel zu verdienen wie die Jungen, die ihr Leben erst aufbauen müssten“*) sowie die Frage der Verletzung des Benachteiligungsverbots nach Geltendmachung der Entgelt Differenz samt Beurteilung der nachfolgenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

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

...

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."

„§ 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 ...*

(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*
die ein einschüchterndes, feindseliges, entwürdigendes, beleidigendes oder demütigendes
- 3. Umfeld für die betroffene Person schafft oder dies bezweckt."*

„§ 27. Als Reaktion auf eine Beschwerde darf ein/e Arbeitnehmer/in durch den/die Arbeitgeber/in innerhalb des betreffenden Unternehmens (Betriebes) oder auf die Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebotes nicht entlassen, gekündigt oder anders benachteiligt werden. Auch ein/e andere/r Arbeitnehmer/in, der/die als Zeuge/Zeugin oder Auskunftsperson in einem Verfahren auftritt oder eine Beschwerde eines/einer anderen Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin unterstützt, darf als Reaktion auf eine solche Beschwerde oder auf die Einleitung eines solchen

Verfahrens zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebotes nicht entlassen, gekündigt oder anders benachteiligt werden. § 26 gilt sinngemäß."

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 eine „Bescheinigung“ der behaupteten Tatsachen, 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 mehr für die Darstellung des/r AntragstellerIn sprechen als dagegen (vgl. OGH 9 ObA 144/14p, Arb 13.203 mit weiteren Nachweisen). Dem/der AntragsgegnerIn obliegt dann zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes von ihm/ihr glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.

Bei einer Belästigung gilt davon abweichend, dass es dem/der AntragsgegnerIn zu beweisen obliegt, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die von ihm/ihr glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

Der Senat geht bei seiner rechtlichen Prüfung von folgendem **Sachverhalt aus**, wobei, wie dargestellt, erwogen wurde:

Der Antragsteller war, das ist unbestritten, vom 2.6.2016 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit 29.3.2017 bei der Erstantragsgegnerin als Kundenberater beschäftigt. Am 29.3.2017 ist es zu einem unberechtigten vorzeitigen Austritt des Antragstellers gekommen. Nach glaubwürdiger Darstellung der Vertreterin der Erstantragsgegnerin hat der Antragsteller ihr an diesem Tag 29. März „deutlich“ gesagt, dass er nicht mehr bei ihr arbeiten wolle und sie aufgefordert habe, ihm jemanden wegen des Schlüssels zu schicken, ansonsten würde er das Geschäft unversperrt lassen. Später hat ihr der Antragsteller telefonisch mitgeteilt „*Ich bin gegangen*“. Auf ihre Nachfrage hin hat er klargestellt, dass er nicht mehr bei ihr arbeite. Dem vorangegangen war eine Verärgerung des Antragstellers in Folge eines Gesprächs mit Frau E

betreffend die an diese bereits erfolgte Gehaltszahlung für März 2017, wohingegen er selbst am 29.3. noch keine Überweisung erhalten hatte.

Die Darstellung des Antragstellers, dass der Zweitantragsgegner von sich aus mit den Worten, „Du arbeitest hier nicht mehr“ dessen Arbeitsverhältnis aufgekündigt haben soll, erschien dem Senat – legt man eine logische Abfolge der oben geschilderten Ereignisse zugrunde – nicht nachvollziehbar und daher nicht glaubwürdig.

Vorausgegangen war diesem Austritt eine Verärgerung des Antragstellers betreffend die nicht erfolgte Ausbezahlung des Märzentgelts, was von der Auskunftsperson E so bestätigt worden ist und die auch die der Erstantragsgegnerin zurechenbare Darstellung betreffend eine Vereinbarung, ihren Lohn am 21. des Monats ausbezahlt zu bekommen, da sie Alleinverdienerin sei, bestätigte. Frau E schilderte dem Senat glaubwürdig, dass der Antragsteller „genervt“ gewesen sei, weil er noch nichts bekommen habe.

Hinsichtlich der vom Antragsteller behaupteten, von der Auskunftsperson E allerdings nicht bestätigten Barauszahlung von geleisteten Überstunden in der Höhe von 6 € an ihn bzw. 7 € an sie ist der Senat davon ausgegangen, dass für von MitarbeiterInnen der Erstantragsgegnerin geleistete Überstunden tatsächlich Geldleistungen erfolgt sind und für diese Überstunden nicht nur, wie von Frau E bzw. dem Zweitantragsgegner behauptet, Freizeitausgleich gewährt worden war. Gestützt wird diese Schlussfolgerung des Senates durch die vom Zweitantragsgegner selbst geschilderte Zeiteinteilung seines Personals in den damals bestehenden beiden Geschäftslokalen. Ob bzw. in welcher Höhe Überstundenzahlungen tatsächlich an den Antragsteller im Zeitraum Juni – Oktober 2016 erfolgt waren, konnte vom Senat im Nachhinein nicht mehr ermittelt werden.

Allerdings konnte der Antragsteller, der zur Untermauerung seiner vermuteten Entgeltdiskriminierung nichts weiter als seine diesbezügliche Behauptung vorgebracht hatte, dem Senat nicht glaubhaft machen, dass die Auskunftsperson Frau E *auf Grund seines Alters* tatsächlich einen höheren Stundensatz für abgegoltene Mehrdienstleistungen als er erhalten haben soll. Die Darstellung des Antragstellers, dass er mit Frau E gemeinsam die Überstundenaufzeichnungen gemacht und diese ihre Überstunden mit dem Faktor sieben multipliziert haben soll, erschien dem Senat als schlicht konstruiert.

Der Senat geht daher davon aus, dass das vom Antragsteller behauptete Gespräch mit Frau E betreffend die Überstundenentlohnung von Juli 2016 zur Untermauerung seiner Forderungen gegen die Erstantragsgegnerin erfunden wurde, da die Aussage von Frau E, mit ihm nicht über Geld gesprochen zu haben, dem Senat glaubhafter als die Behauptungen des Antragstellers erschienen ist, zumal es dem Senat aus betriebswirtschaftlicher Sicht auch nicht nachvollziehbar erschienen ist, warum die Erstantragsgegnerin die von Frau E erbrachten Überstunden mit einem höheren Stundensatz hätte entlohnen sollen. Der vom Zweitantragsgegner diesbezüglich bemühte Ausspruch „Leistung ist Leistung“ erschien dem Senat im Hinblick auf seine langjährigen Erfahrungen betreffend die in der Arbeitswelt tatsächlichen herrschenden Modalitäten in punkto Entlohnung von MitarbeiterInnen im Niedriglohnbereich eher der Realität entsprechend als die Behauptungen des Antragstellers.

Der Senat konnte im Nachhinein zwar nicht mehr feststellen, in welcher Höhe tatsächlich Zahlungen für geleistete Überstunden an Frau E erfolgt sind, geht aber davon aus, dass Frau E für von ihr geleistete Überstunden kein höheres Entgelt erhalten hat als der Antragsteller. Außer der Vermutung des Antragstellers haben sich dafür keine Indizien für den Senat ergeben und dem „sozialen Aspekt“ im Hinblick auf den Alleinverdienerinnenstatus von Frau E war durch die frühere Gehaltsauszahlung an diese mit 21. des Monats seitens des Zweitantragsgegners Rechnung getragen worden.

Auch wenn dem Senat der zwischen Antragsteller und Zweitantragsgegner geschilderte Konflikt betreffend die am 29.3.2017 noch nicht erfolgte Gehaltszahlung an den Antragsteller insgesamt nachvollziehbar erschien, ist nach Meinung des Senates auf Grund des von den beteiligten Personen gewonnenen persönlichen Eindrucks eher davon auszugehen, dass dabei der vom Antragsteller dem Senat gegenüber behauptete Zusatz („er sei schon ein alter Mann“ ...) mit diesem Wortlaut nicht gefallen ist, sondern zur Untermauerung der Forderung vom Antragsteller erfunden worden ist.

Daher ist festzuhalten, dass es dem Antragsteller nicht gelungen ist dem Senat glaubhaft zu machen, dass die von ihm behauptete Belästigung durch den Zweitantragsgegner tatsächlich so wie von ihm in seinem Antrag vorgebracht, stattgefunden hat.

In **rechtlicher Hinsicht** ist zu den gegenständlichen Themen daraus abzuleiten:

Da vom Antragsteller nicht glaubhaft gemacht werden konnte, dass die von ihm als Vergleichsperson genannte Frau E für von ihr erbrachten Überstunden einen höheren Stundenlohn als er selbst erhalten hat, war das Vorliegen einer **Diskriminierung** des Antragstellers auf Grund des Alters bei der Festsetzung des **Entgelts** betreffend die Überstundenhonorierung zu **verneinen**.

Der Antragsteller konnte dem Senat auch nicht glaubhaft machen, dass die von ihm behauptete Äußerung („*er sei schon ein alter Mann*“ ...) durch den Zweitantragsgegner tatsächlich so gefallen ist, weshalb das Vorliegen einer **Belästigung** des Antragstellers auf Grund des Alters durch den Zweitantragsgegner zu **verneinen** war.

Der Antragsteller war - wie von der Vertreterin der Erstantragsgegnerin und der Auskunftsperson E glaubwürdig geschildert worden ist - von der Tatsache der noch nicht erfolgten Überweisung des Märzentgelts „genervt“ und hatte in der Folge der Vertreterin der Erstantragsgegnerin erklärt, „nicht mehr bei ihr zu arbeiten“. Somit hat der Antragsteller selbst die maßgebliche Beendigungshandlung in Bezug auf sein Arbeitsverhältnis gesetzt, was nach Meinung des Senates als ungerechtfertigter vorzeitiger Austritt zu qualifizieren ist.

Im Hinblick darauf liegt daher auch **keine Verletzung des Viktimisierungsverbots** im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Zweitantragsgegner als Vertreter der Erstantragsgegnerin vor, da die Beendigungshandlung vom Antragsteller selbst ausgegangen ist und nicht als Reaktion auf eine Geltendmachung von Ansprüchen nach dem GIBG gesetzt wurde.

Da der Antragsteller somit unberechtigt aus dem Arbeitsverhältnis vorzeitig ausgetreten ist, war auch das Vorliegen einer Diskriminierung des Antragstellers auf Grund des Alters bei der **Beendigung** des Arbeitsverhältnisses durch die Erstantragsgegnerin zu **verneinen**.