

Senat I der Gleichbehandlungskommission**Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz****(BGBl. I Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 98/2008)**

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 15. Dezember 2009 über das am 14. August 2008 eingelangte Verlangen der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **Frau Dr.in 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** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung), **beim beruflichen Aufstieg** gemäß **§ 3 Z 5 GIBG**, bei den **sonstigen Arbeitsbedingungen** gemäß **§ 3 Z 6 GIBG**, bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 7 GIBG**, bei der **Verletzung des Benachteiligungsverbots** gemäß **§ 13 GIBG** sowie durch eine Diskriminierung auf Grund des **Alters** bei der **Festsetzung des Entgelts** gemäß **§ 17 Abs. 1 Z 2 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung), **beim beruflichen Aufstieg** gemäß **§ 17 Abs. 1 Z 5 GIBG**, bei den **sonstigen Arbeitsbedingungen** gemäß **§ 17 Abs. 1 Z 6 GIBG**, bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 17 Abs. 1 Z 7 GIBG**, bei der **Verletzung des Benachteiligungsverbots** gemäß **§ 27 GIBG** durch die Arbeitgeberin, **X**, 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 Dr.in A auf Grund des Geschlechts bei der Festsetzung des Entgelts gemäß § 3 Z 2 GIBG durch ihre Arbeitgeberin, X, diskriminiert worden ist.
2. Der Senat I der GBK kommt zur Auffassung, dass Frau Dr.in A auf Grund des Geschlechts beim beruflichen Aufstieg gemäß § 3 Z 5 GIBG durch ihre Arbeitgeberin, X, diskriminiert worden ist.

- 3. Weiters kommt der Senat I der GBK zur Ansicht, dass Frau Dr.in A auf Grund des Geschlechts bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG durch ihre Arbeitgeberin, X, diskriminiert worden ist.**
- 4. Der Senat I der GBK gelangt zur Auffassung, dass Frau Dr.in A auf Grund des Alters bei der Festsetzung des Entgelts gemäß § 17 Abs. 1 Z 2 GIBG durch ihre Arbeitgeberin, X, diskriminiert worden ist.**
- 5. Der Senat I der GBK kommt im Weiteren zur Auffassung, dass Frau Dr.in A auf Grund des Alters beim beruflichen Aufstieg gemäß § 17 Abs. 1 Z 5 GIBG durch ihre Arbeitgeberin, X, diskriminiert worden ist.**
- 6. Weiters kommt der Senat I der GBK zur Ansicht, dass Frau Dr.in A auf Grund des Alters bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 7 GIBG durch ihre Arbeitgeberin, X, diskriminiert worden ist.**
- 7. Der Antrag auf Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes und des Alters bei den sonstigen Arbeitsbedingungen sowie durch die Verletzung des Benachteiligungsverbotes gemäß § 3 Z 6 GIBG, § 13 GIBG bzw. § 17 Abs. 1 Z 6 GIBG, § 27 GIBG wurde von der GAW zurückgezogen.**

Entscheidungsgründe:

In ihrem Verlangen bringt die GAW vor, dass Frau Dr.in A (Antragstellerin) seit 1976 Mitarbeiterin des X (Antragsgegnerin) und seit 1980 angestellt sei. Seit September 2001 sei die Antragstellerin in Verwendungsgruppe (VG) ... mit einer „Aufzählung“ in eine um eine Stufe höhere VG, sowie einer sog. „... Mehrdienstpauschale“ eingestuft. Die Arbeitsinhalte der Antragstellerin würden sich wie folgt darstellen: Leitung der zwei aktuellen X-Y-Redaktionen für „...“ sowie „...“ in Kooperation mit den zwei — inhaltlich und organisatorisch getrennten — aktuellen ...-Sendungen „...“ und „...“.

Das bedeute eine tägliche Gesamtsendezeit von 70 Minuten (...). - Regelmäßige Leitung dieser beiden Sendungen in der ...-Zentrale ... - ...-Repräsentanz mit Stimm-

recht bei den entsprechenden ...-Partner-Planungssitzungen, Budgetverantwortung, in- und externe Produktionsverantwortung (also auch Auftragsvergabe an Produktionsfirmen), Planungsverantwortung, Sendevolumensverantwortung, redaktionelle Betreuung aktueller Dokumentationen, Leitung von 39 Mitarbeitern/innen. Y sei eine gemeinsame Plattform ... (...) und der Generaldirektion zugeordnet. Herr Dr. B sei als Y-Koordinator fachlich als Vorgesetzter zu sehen. Die Antragstellerin komme selbst aus der ...direktion der ...direktion des X, direkte Linienvorgesetzte sei Frau Dr.in C, Leiterin der Hauptabteilung ..., und sei bis dato nicht der Generaldirektion zugeteilt worden. Eine Höherreihung sei der Antragstellerin seitens der Personalabteilung, namens Herrn Dr. D, abgelehnt worden, weil sie auf Grund ihres Alters zu teuer sei. Männliche Kollegen seien in entsprechenden Aufgabengebieten höher eingestuft: So seien zum Beispiel die Ressortleiter der ... (Herr E) und ... (Herr Mag. F), deren Aufgabengebiete und Mitarbeiter/innenanzahl mit denen der Antragstellerin vergleichbar seien, in eine um zwei Stufen höhere VG eingestuft. Der stellvertretende ...-Chefredakteur (Mag. G) sei „ad personam“ in eine um drei Stufen höhere VG eingestuft. Zur Wahrung ihrer Ansprüche werde ebenfalls ein Verlangen an den Senat I der GBK gestellt.

In der auf Ersuchen von Senat I der GBK übermittelten Stellungnahme der Antragsgegnerin bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe und trat diesen wie folgt entgegen:

Einleitend sei es geboten, das Vorbringen der GAW in einigen entscheidenden Punkten richtig zu stellen bzw. zu ergänzen. Es gebe keine den Verwendungsgruppen angepasste Mehrdienstpauschalen. Mehrdienstpauschalen sollen anfallende Überstunden pauschal abgeltet und seien in ihrer Höhe vom Ausmaß der regelmäßig notwendigen Überstunden abhängig. Die Antragstellerin beziehe neben der Entlohnung in VG ..., eine Aufzahlung auf die um eine Stufe höhere VG und auch eine Mehrdienstpauschale. Das von der Antragstellerin erwähnte Verwendungsgruppenschema, ..., grenze die Aufgaben eines/r Redakteurs/in in VG ..., VG ... und VG ... folgendermaßen ab:

...

Das Aufgabengebiet der Antragstellerin umfasse tatsächlich folgende Agenden: Auswahl allfällige Veranlassungen einer Bearbeitung oder eigene Bearbeitung von

...beiträgen, die der X für „...“ zuliefere; Teilnahme an der täglichen Schaltkonferenz mit ...-Partnern; Sendungszusammenstellung während zweier Sendungswochen in ... pro Jahr; Auswahl allfällige Veranlassungen einer Bearbeitung oder eigene Bearbeitung von Beiträgen, die der X für „...“ zuliefere; Teilnahme an der täglichen Schaltkonferenz mit ...-Partnern. Sendungszusammenstellung von fünf Sendungswochen in ... pro Jahr; Fallweise Redaktion bei ...-Dokumentationen aus den Bereichen

Zu beachten sei weiters: Der Antragstellerin seien formal keine Mitarbeiter/innen unterstellt, sie leite damit auch keine Redaktion des X und hat keine personelle Verantwortung. Die Antragstellerin sei selbst nicht budgetverantwortlich. Sie administrierte das Budget der Sendereihen „...“ (etwa € ...) und „...“ (etwa € ...). Sohin werde deutlich, dass die Tätigkeiten der Antragstellerin allesamt unter die Stellenbeschreibung des Redakteurs in VG ... zu subsumieren seien. Die Antragstellerin ziehe zum Vergleich willkürlich die männlichen Mitarbeiter, Herrn E, Herrn Mag. F und Herrn Mag. G heran. Es gebe rund 150 vergleichbare Personen im X mit ähnlichen Aufgaben wie jene der Antragstellerin. Dazu bringe sie dazu unrichtig vor, dass Herr E in eine um zwei Stufen höhere VG eingestuft wäre. Richtig sei vielmehr, dass dieser in eine um eine Stufe höhere VG (ad personam) eingestuft sei. Ebenso unrichtig sei die Behauptung, Herr Mag. G wäre in eine um drei Stufen höhere VG eingestuft. Tatsächlich sei dieser in eine um zwei Stufen höhere VG eingestuft. Die Gründe für die andere Eingruppierung der Genannten würden ausschließlich in deren Tätigkeiten liegen und sei in der Bedeutung der Abteilungen bzw. der zu verantwortenden Sendungen begründet, welche entscheidungsrelevante Unterschiede im Tatsächlichen darstellen.

In gebotener Kurze sollen die Aufgabengebiete der Genannten dargestellt werden:

Herr Mag. G (VG ...):Chefredakteur-Stellvertreter (in der ... Hauptabteilung des X) und ...chef für die ...sendungen Die Einstufung in eine um zwei Stufen höhere VG stamme aus der Zeit, als Mag. G als ...chef drei Ressorts in Personalunion geleitet habe Aktuell habe Herr Mag. G Personalverantwortung für ca. 45 Mitarbeiter/innen.

Herr Mag. F (VG ...): Leiter der ... Redaktion innerhalb der Er habe personelle Verantwortung für derzeit 20 Mitarbeiter/innen.

Herr E (VG ...): Leiter des ...ressorts innerhalb der ... und habe personelle Verantwortung für neun Mitarbeiter/innen.

Die Behauptung der Antragstellerin, eine Höhergruppierung sei ihr mit der Begründung abgelehnt worden, dass sie auf Grund ihres Alters zu teuer sei, sei unrichtig. Tatsächlich ausschlaggebend seien ihre Tätigkeiten, die dem Inhalt und Volumen nach unter die VG ... zu subsumieren seien. Der Antragstellerin sei mitgeteilt worden, dass sie auf die von ihr begehrte Umgruppierung keinen Anspruch habe und eine Umgruppierung für ein „Geschenk“ schlicht zu teuer sei. Eine der vielen zu vergleichenden Mitarbeiter/innen, die die Antragstellerin außer Acht lasse, sei beispielsweise Mag.a V. Diese Leiterin (Sendeverantwortung) des ...magazins Sie sei in VG ... eingruppiert, ohne Aufzählung auf eine andere VG und habe eine personelle Verantwortung für neun Mitarbeiter/innen und eine budgetäre Verantwortung für ca. € Eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts und des Alters sei folglich auszuschließen.

Im Weiteren ergänzte die GAW ihr Verlangen um folgenden Sachverhalt:

Nach Erhalt der Stellungnahme des X vom 19. August 2008 habe die Antragstellerin versucht, auf innerbetrieblichen Weg, weitere Informationen im Hinblick auf die Eingruppierung in eine um ein bzw. zwei Stufen höhere VG zu erhalten.

Männer in einer um eine Stufe höheren VG: Herr H sei in der ...direktion/Hauptabteilung/... Ressortleiter für Er erhalte „ad personam“ eine um eine Stufe höhere VG. Diese Stelle sei mit der VG, in der die Antragstellerin eingestuft ist, ausgeschrieben worden. Die Tätigkeiten seien nach den uns vorliegenden Informationen wesentlich geringer als die der Antragstellerin. Herr H liefere auf Bestellung der ...-Redaktionen Beiträge ohne programmverantwortliche Planung. Er leite, im Gegensatz zur Antragstellerin, keine Sendungen als Chef vom Dienst. Herr I sei in der ...direktion/Hauptabteilung/... nicht leitender ...-Redakteur und befinde sich ebenfalls „ab personam“ in einer um eine Stufe höheren VG. Demgegenüber sei die Antragstellerin Leiterin ... und verantwortliche Redakteurin

Männer in einer um zwei Stufen höheren VG: Herr J sei leitender Redakteur in der ...direktion und der Redaktion Herr J sei außerdem Chef vom Dienst der Nach den der GAW vorliegenden Informationen handle es sich dabei um die um eine Stufe

höhere VG. Er erhalte „ad personam“ eine um zwei Stufen höhere VG. Herr K befinde sich in der ...-Direktion. In dieser Direktion würden sich nach den der GAW vorliegenden Informationen unter dem Direktor Herrn L zwei kleine administrative Posten, ... und ... befinden. Herrn Ks Funktion sei die Diese trage keine redaktionelle Verantwortung und habe keine ihm allein unterstellten redaktionellen Mitarbeiter/innen. Herr K könne auf die nur wenigen Mitarbeiter/innen der ...-Direktion zurückgreifen und verfüge über kein eigenes Budget. Auch diese Position befinde sich in einer um zwei Stufen höheren VG. Im Vergleich dazu leite die Antragstellerin, wie schon im Verlangen vom 30. April 2008 ausgeführt, zwei der aktuellen ...-Redaktionen für „...“ sowie „...“ in Kooperation mit den zwei — inhaltlich und organisatorisch getrennten — aktuellen ...-Sendungen: „...“ und „...“.

Herr Dr. M habe kurz vor seiner Pensionierung „ad personam“ eine Aufstufung auf eine um zwei Stufen höhere VG erhalten. Herr Dr. M, früher Leiter dersendung „...“ in der ...direktion/Hauptabteilung/..., sei Leiter der Sendung „...“ gewesen und als solcher in der um eine Stufe höheren VG. Nach Ansicht der GAW sei die Tätigkeit der Antragstellerin jedenfalls höherwertiger als die von Herrn H und Herrn I, beide in der nächsthöheren VG. Warum die Antragstellerin im Gegensatz zu Herrn J und Herrn K nicht ebenso in eine „ad personam“ Regelung für eine um zwei Stufen höheren VG falle, sei unklar, da es keine Beschreibung dieser VG gebe, sondern lediglich eine taxative Aufzählung von Tätigkeiten. Weder Herr J noch Herr K würden diese genannten Tätigkeiten ausführen. Im Gegensatz zu Herrn M, der noch kurz vor seiner Pension eine Aufzahlung erhalten habe, sei dies für die Antragstellerin nach den der GAW vorliegenden Informationen nicht möglich gewesen, weil sie „zu alt“ sei. Die GAW sei der Ansicht, dass die „ad personam“ Bezahlung in keiner Weise einem transparenten, nachvollziehbaren Schema unterliege. Das unterstreiche die Vermutung einer Diskriminierung bei der Festsetzung des Entgelts. In den Ausführungen des vom 12. August 2008 fehle eine Darlegung der Kriterien für eine um zwei Stufen höhere VG.

Zu dem von der GAW für die Antragstellerin eingebrachten, ergänzenden Verlangen, nahm die Antragsgegnerin, X, auf Ersuchen von Senat I der GBK wie folgt Stellung:

Richtig sei, dass im X innerhalb des kollektivvertraglichen Schemas auch „ad personam“ Eingruppierungen existieren würden. Diese würden aufgrund von besonderen Leistungen, besonderen Kenntnisse oder besonderer Bewährung erfolgen.

Die GAW erweiterte im Laufe des Verfahrens das Verlangen vom 30. April 2008. auf Überprüfung, ob eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots durch eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts und des Alters im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei einer Beförderung, bei den sonstigen Arbeitsbedingungen, bei der Beendigung iSd § 3 Z 5, Z 6 und Z 7, 17 Abs. 1 Z 5, Z 6 und Z 7 GIBG, sowie auf Überprüfung, ob eine Verletzung des Benachteiligungsverbotes iSd §13 bzw. 27 GIBG, oder eine andere Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliege.

Die Antragstellerin habe sich am 23. April 2008 auf Grund einer internen Stellenausschreibung vom 11. April 2008 für den Posten Redaktionsleitung (Sendeverantwortung), Dokumentationen für ... und ..., ... beworben. Schwerpunkt dieser Abteilung sei die ... Sendereihe „...“. Kurz darauf sei die Ausschreibung um einen Zusatz ergänzt worden, dass bei der Besetzung Gesichtspunkte der Hebung des Frauenanteils besonders berücksichtigt werden sollen. Die Antragstellerin könne auf Grund ihres Lebenslaufes erstklassige Qualifikationen vorweisen. In ihrer Bewerbung habe sie sowohl ihre inhaltlich-fachliche Qualifikation hervorgehoben als auch ihre Leitungserfahrung, die sich im Hinblick auf die Konstruktion von ... Produktionen als besonders herausfordernd gestalte. Am 13. Mai 2008 sei sie vom Redakteurssprecher der Abteilung, Herrn N, zu einem Hearing in der Redakteursversammlung eingeladen worden. Dieses Hearing habe der Präsentation der einzelnen Kandidatinnen gedient. Die Antragstellerin habe festgehalten, dass ihre Mitbewerberin, Frau Dr.in O, in ihrem Beisein gefragt worden sei, wie das mit der Pension sei und ob sie nicht zu alt wäre, sich für den Posten zu bewerben. Frau Dr.in O habe dies verneint und habe weiters festgehalten, dass auf Grund der Betriebsvereinbarung (BV) betreffend die betrieblichen Frauenförderung ihrer Meinung nach gleich-qualifizierten Frauen in diesem Fall der Vorzug zu geben sei. Bei ihrer Präsentation habe die Antragstellerin daher ihre Haarfarbe angesprochen (Anm.: grau) und habe scherzhaft fallen gelassen, dass sie keine Anfängerin mehr sei. Sie habe festgehalten, dass von ihrem Standpunkt aus gesehen genügend Zeit sei, die Abteilung auf Schiene zu stellen und sie sich gerne dieser Herausforderung stellen würde. Bei der internen Abstimmung

der Redaktion habe die Antragstellerin als Frau die meisten Stimmen erhalten. Am 14. Juli 2008 sei in der Redakteursversammlung verkündet worden, dass Herr Dr. P mit der Funktion betraut werde. Herr Dr. P sei ca. 50 Jahre alt und sei zuvor Leiter des ... gewesen. Er habe bei der internen Abstimmung keine Stimmen erhalten. Obwohl die Antragstellerin sich neu bewerben und neuen Aufgaben stellen wollte, habe sie nun vielmehr feststellen müssen, dass sich ihre Arbeitsbedingungen und Verantwortungen seit Herbst 2008 verschlechterten. Seit ca. September 2004 leite die Antragstellerin die ...-Redaktion „...“ und sei seitdem im „...“-Impressum als verantwortliche Redakteurin des X genannt. Derzeit sei sie leitende Redakteurin bei Zuvor sei sie Chefin vom Dienst des wöchentlichen ...magazins „...“ gewesen. Zu dieser Zeit sei ihr vom damaligen ...-Koordinator Q zusätzlich die Leitung der ...-Redaktion „...“ angeboten worden, die sie im November 2004 übernommen habe. Es sei Usus, dass die für ... zuständige Hauptabteilung ... aus ihrem Personalstand für ... eine leitende Redakteurin zur Verfügung stelle, deren Personalkosten allerdings von ... an die ... refundiert werden würden. Daraus ergebe sich eine dienstrechtlich schwierige Situation für die Antragstellerin: Sie sei in dieser Funktion „X-internes Leasingpersonal“. Sie sei dem X Y- Koordinator weisungsgebunden, organisatorisch jedoch der Hauptabteilung ... unterstellt. Ihr Betriebsrat finde sich in der Direktion ... der Antragsgegnerin, dieser habe jedoch keinen Einblick bzw. Einspruchsrecht in den X Y-Bereich. Angesichts der Doppelbelastung durch „...“ und „...“ sei der Antragstellerin Anfang 2006 von der ..., Herrn R, als Stellvertreter für „...“ beigestellt worden. Somit seien die Redaktionsdienste in der „...“-Redaktion in ... (5 Wochen im Jahr) sowie redaktionelle Aufgaben unter Anleitung der Antragstellerin, so z.B. Teilnahme an den morgendlichen Schaltgesprächen in ..., aufgeteilt worden. Im November 2007 sei Herr R in die neu gegründete Hauptabteilung ... gewechselt. Seitdem sei die Antragstellerin ohne Stellvertreter verblieben. Der Posten sei nicht mehr nachbesetzt worden. Deshalb habe die Antragstellerin im Jänner 2008 das Gespräch mit dem derzeitigen ...-Koordinator der Antragsgegnerin, Herrn Dr. B, gesucht, um die Notwendigkeit der Nachbesetzung dieses Postens zur Bewältigung der Aufgaben für Nano darzulegen. Bis heute sei der Posten unbesetzt. Die Antragstellerin habe daher per E-Mail an Herrn Dr. B im Herbst 2006 eine realistische Reduktion der ...-Beteiligung der Antragsgegnerin an „...“ um 50 Prozent vorgeschlagen (betreffend Programm-Angebot + ...-Präsenz für die Leitung der Sendung „...“). Seine Entscheidung sei allerdings folgendermaßen ausgefallen: 2009 solle es kein Budget mehr für Exklusiv-

Beiträge geben. Lediglich Übernahmen von „...“-Stories seien möglich. Es gebe ab 2009 im ... keine Redaktionsdienste mehr - ab 2009 sei keine Teilnahme mehr an den morgendlichen redaktionellen Schaltgesprächen vorgesehen - ab 2009 sei keine Teilnahme mehr an den Planungssitzungen (4 x im Jahr) vorgesehen. Es sei nur noch die Teilnahme an den mittwochs stattfindenden Planungsschaltgesprächen vorgesehen. Ohne ihr Wissen seien außerdem die für „...“ entsprechende Produktionsnummer für das Jahr 2009 gestrichen worden (und somit das gesamte Budget). Nachdem die Antragstellerin dies erfahren habe, habe sie die komplette Streichung verhindern können. „...“ habe nun zumindest eine vierteljährliche Produktionsnummer. Der Antragstellerin sei mitgeteilt worden, dass der ursprünglich geplante Verzicht auf eine „...“-Produktionsnummer „rein buchhalterisch“ bedingt sei. Das durch die vorgenommenen Maßnahmen eingesparte „...“-Budget (rund € ...) sei inzwischen auf andere ...-Produktionen der Antragsgegnerin umgewidmet worden, die sich wegen ungenauer Kalkulationen unerwartet verteuert hätten (z.B.: ...-Dokumentation). Durch die „...“-Einsparung könne man Kostenbewusstsein dokumentieren. Außerdem sei ihr mitgeteilt worden, dass der Antragstellerin bisher für die Bearbeitung der „...“-Beiträge zur Verfügung stehende freie Mitarbeiterin, Frau S ihr 2009 nur noch 10 Stunden statt bisher 30 bis 40 Stunden zur Verfügung stehen werde. Mit Schreiben vom 16. Oktober 2008, aufgegeben am 29. Oktober 2008 und postalisch hinterlegt am 30. Oktober 2008, sei die Antragstellerin per eingeschriebenen Brief gekündigt worden. Die Kündigung sei auch ausdrücklich unter dem Hinweis der Pensionsreife erfolgt. Die Antragstellerin sei am 10. März 1950 geboren worden und werde bis zum 31. Oktober 2010 gekündigt werden. Auf Grund beruflicher Verpflichtungen sowie Urlaubsabwesenheiten, die dem X bekannt gewesen seien, habe die Antragstellerin das Schreiben erst am 14. November 2008 begeben und am 24. November 2008 Kontakt zur GAW und somit rechtsfreundlichen Rat aufnehmen können. Nach Auskunft über Fristen zur Anfechtung habe sie unverzüglich einen Rechtsanwalt aufgesucht und habe die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Es werde ebenfalls die Anfechtung wegen Sozialwidrigkeit und verpönten Motiv sowohl nach dem ArbVG als auch nach dem GIBG begehrt.

Zur Antragsweiterung durch die GAW für die Antragstellerin, Frau Dr.in A, nahm die Antragsgegnerin, X, unter Beibehaltung der Chronologie des Schriftsatzes der GAW vom 14. Jänner 2009 wie folgt Stellung:

1. Funktionsausschreibung Redaktionsleitung (Sendungsverantwortung) Dokumentationen für ... und ...

Richtig sei, dass sich die Antragstellerin für diese Stelle beworben habe. Ausgeschlossen werden könne, dass die Antragstellerin wegen ihres Alters oder Geschlechts nicht mit der Funktion betraut worden sei. Wenn die Antragstellerin bei der internen Meinungsbildung der Redakteursversammlung von den weiblichen Bewerberinnen die meisten Stimmen erhalten habe, so müsse festgehalten werden, dass daraus keinerlei Bindungswirkung für die Besetzung folge. Die absolut meisten Stimmen habe sie im Übrigen jedenfalls nicht erhalten.

Der zuständige ...direktor ..., Herr T, habe beantragt, Herrn Dr. P mit der Funktion zu betrauen; wozu es in weiterer Folge im Einvernehmen mit dem Generaldirektor Herrn Dr. U auch gekommen sei. Der Grund, weshalb Herr Dr. P mit der Funktion betraut worden sei, sei einzig in seiner besten Qualifikation gelegen. Herr Dr. P habe zuvor die überaus wichtige Redaktion ... („...“) geleitet. Die Antragstellerin hingegen habe bislang keine Redaktion geleitet (siehe Stellungnahme vom 1. August 2008), weder eine kleine noch eine so bedeutende Redaktion, wie sie Herr Dr. P geleitet habe. Die unternehmerische Entscheidung, den erfahrenen Redaktionsleiter mit einer anderen Redaktionsleitung zu betrauen, habe nichts mit Alter oder Geschlecht zu tun. Auch wenn die Bewerber „Dr.in P“ und „Dr. A“ gewesen wären, hätte — auch bei umgekehrtem Lebensalter — aufgrund der eindeutig besseren Qualifikation die Entscheidung pro „P“ gelautet.

2. Entwicklungen bei der Sendung „...“

Bemerkenswert sei, dass die GAW in den wirtschaftlich indizierten Maßnahmen ein „Aushungern“ und „benachteiligendes Verhalten“ zu erkennen vermeint. Dies vor allem deshalb, weil die Antragstellerin selbst nachweislich seit Oktober 2007 auf die Notwendigkeit einer Reduzierung der ... Beteiligung an „...“ hingewiesen habe. Zur Verdeutlichung würden Aktennotizen und E-Mails im Konvolut vorgelegt werden, aus denen ersichtlich sei, dass die Antragstellerin nicht nur vorgeschlagen habe, die personelle und finanzielle Präsenz der Antragsgegnerin bei „...“ zu reduzieren, sondern auch explizit auf ihre „Kapazitätsgrenzen“ und eine „Überbeanspruchung ihrer professionellen Effizienz“ hingewiesen habe. Die von Herrn Dr. B vorgenommenen strukturellen Maßnahmen seien in erster Linie wirtschaftlich bedingt — die wirtschaft-

lich angespannte Situation der Antragsgegnerin werde als bekannt vorausgesetzt, könne aber über Verlangen durch Zahlenmaterial kurzfristig belegt werden — jedoch hätten sie auch zu einer Entlastung der Antragstellerin geführt, auf deren Notwendigkeit diese selbst mehrfach hingewiesen habe. Diese von der Antragstellerin selbst geforderte Entlastung bei einer anhängigen Untersuchung eines Diskriminierungsvorwurfes nunmehr als „Aushungern“ zu bezeichnen, scheine ein beliebiges Etikett zu sein. Tatsache sei vielmehr, dass im gesamten Konzern Maßnahmen zur Kosteneffizienz Platz greifen müssten. Eine Diskriminierung der Antragstellerin liege deshalb aber nicht vor.

3. Beendigung des Dienstverhältnisses

Zum Ablauf der Kündigung sei darauf verwiesen, dass die Antragstellerin die Frist zur gerichtlichen Anfechtung nach § 105 ArbVG versäumt habe. Ihr Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sei vom Gericht abgewiesen worden. Die Begründung könne durch Vorlage des Beschlusses vom 5. Februar 2009 des ASG Wien zu ... dokumentiert werden. Für das Dienstverhältnis der Klägerin gelte der Kollektivvertrag (KV) Verkürzt dargestellt, sagt § ... des KV, dass allfällige Kündigungsschutzbestimmungen nicht anzuwenden seien, „wenn der Kündigungstermin nach Vollendung des 60. Lebensjahres des Dienstnehmers [Anm. geschlechtsneutral] liegt und dieser unmittelbar anschließend einen Anspruch auf Alterspension bzw. vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer geltend machen kann“. Dies sei nach der Judikatur des OGH (9 ObA 198/Olz, 8 ObA 76103i) keine dynamische Verweisung, sondern das Anknüpfen an ein Tatbestandselement. *Holzer* (Möglichkeiten und Grenzen dynamischer Verweisungen auf gesetzliche Pensionsregelungen in Betriebsvereinbarungen und Kollektivverträgen, ASOK 2005, 34) habe zu Recht darauf hingewiesen, dass eine unzulässige Delegation der Rechtssetzungsbefugnis auf den Gesetzgeber dann nicht vorliegt, wenn der Gesetzgeber ohnehin zur Regelung der betreffenden Sachmaterie für die vom Kollektivvertrag erfassten Personen zuständig sei. Werde in einem KV, der nur für Arbeitnehmer/innen gelten könne, auf das gesetzliche Pensionsalter für Arbeitnehmer/innen Bezug genommen, dann handle es sich um eine legitime Rückdelegation der vom Gesetzgeber verliehenen kollektiven Rechtssetzungsbefugnis auf den zuständigen Gesetzgeber. Das gesetzliche Pensionsantrittsalter in Österreich sei für Männer und Frauen bekanntlich noch immer ungleich. Tatsache sei, dass der VfGH dem Gesetzgeber unter den Prämissen des

Gleichheitssatzes und des Vertrauensschutzes die zu ziehende Konsequenz, nämlich den „*allmählichen Abbau [Anm. bis 2033] der bloß geschlechtsspezifischen Unterscheidung*“ (VfSlg. 16.923, Pkt. 2.1.3.2) deutlich kommuniziert habe. Die Bestimmung des § ... KV ... sehe die Vollendung des 60. Lebensjahres ohne Unterscheidung nach dem Geschlecht vor. Was als diskriminierend moniert werde, passiere tatsächlich auf einer anderen, nämlich der gesetzlichen Ebene bzw. der Ebene höchstgerichtlicher Judikatur. Durch die Anknüpfung an den Anspruch auf Alterspension bzw. vorzeitige Alterspension habe die Regelung des § ... KV ... realiter Veränderungen erfahren, die auf Gesetzesänderungen zurückzuführen wären. So habe sich bspw. das Pensionsantrittsalter aufgrund der ASVG Novellen der letzten Jahre stetig erhöht. Ein Umstand, der dem Gesetzgeber, aber nicht den Sozialpartnern, die für den KV verantwortlich seien, anzulasten sei. Ebenso verhalte es sich mit der geschlechtsneutral formulierten Korridor-pension nach § 4 APG. Dass diese (vorläufig) nur Männer betreffe, könne unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes kontrovers diskutiert werden, falle aber in den rechtspolitischen Gestaltungsfreiraum des Gesetzgebers. Bis spätestens 2033 werde die Gleichheitswidrigkeit des nach dem Geschlecht unterschiedlich geregelten Pensionsantrittsalters samt deren Folgen allmählich abgebaut worden sein. Im Ergebnis heiße dies, dass im Unternehmen bei Frauen und Männern eine Lösung des Dienstverhältnisses bei Entstehen des Anspruchs auf eine Pensionsleistung das Dienstverhältnis zu diesem Zeitpunkt einvernehmlich gelöst werden soll, in Ermangelung einer Einigung aber durch das Unternehmen gekündigt werde, es sei denn, es läge ein Fall sozialer Härte im Sinne der Judikatur des OGH vor. Dies sei nicht Thema dieser Stellungnahmen, sondern es werde im Verfahren zu ... des ASG Wien zu beweisen sein, dass keine sozial un gerechtfertigte Kündigung vorliege. Das bedeute aufgrund der derzeitigen ASVG-Bestimmungen, dass vorläufig bei Männern ein Pensionsanspruch aus der Korridor-pension, also mit 62 bzw. schon vorher bei Erreichen der Hacklerregelung mit 60 gegeben sein könne und das Dienstverhältnis vor Erreichen des Regelpensionsalters gelöst werde. Bei Frauen komme hingegen grundsätzlich erst das Regelpensionsalter mit Erreichung des 60. Lebensjahres für eine frühestmögliche Lösung des Dienstverhältnisses in Betracht (die Hacklerregelung nehme in praxi eine unbedeutende Rolle ein). Dass Direktoren und Direktorinnen sowie einzelne Persönlichkeiten des Hauses über ein mögliches, erstes Pensionsantrittsalter hinaus beschäftigt werden würden, sei zum Teil gesetzlich bedingt bzw. eine unternehmerische Entscheidung;

beides betreffe den Fall der Antragstellerin nicht. Wie dargestellt, würden die gesetzlichen Rahmenbedingungen zu einer „Ungleichbehandlung“ von Männern und Frauen im Pensions(antritts)recht führen. In einem anhängigen Verfahren über die Kündigung eines im X beschäftigten Mannes mit Vollendung des 62. Lebensjahres (Korridorpension), schreibe dessen Anwalt (der Schriftsatz kann über Verlangen jederzeit vorgelegt werden): *„Darüber hinaus ist das Vorgehen des X ohne Zweifel als diskriminierend zu werten, zumal er ausdrücklich ausführt, dass bei allen männlichen Dienstnehmern die Dienstverhältnisse mit Vollendung des 62. Lebensjahres beendet werden sollen, es sei denn es käme zu sozialen Härtefällen. Hierin ist ein klarer Verstoß gegen das B-GIBG gelegen. Gegenständlich ist sogar von einer unmittelbaren Diskriminierung der männlichen Bediensteten des X auszugehen, die im Gegensatz zu den weiblichen Bediensteten vorzeitig bei Erreichung des 62 Lebensjahres gekündigt werden sollen.“* Auch dieses Vorbringen werde als unrichtig angesehen. Tatsache sei nämlich, dass die gesetzlichen Rahmenbedingungen des Pensionsrechts (sowohl bei Antritt als auch in Leistungsfragen) derzeit eine völlig geschlechtsneutrale Regelung nicht zulassen würden. Die Antragstellerin fühle sich dadurch diskriminiert, weil ihre Arbeitgeberin von ihrem Recht zur Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses mit Erreichung des Regelpensionsalters Gebrauch gemacht habe, i.e. 60, während Männer bis 62 arbeiten könnten. Ein männlicher Dienstnehmer fühle sich hingegen diskriminiert, weil sein Dienstverhältnis bei Erreichen einer vorzeitigen Alterspension, also mit 62 gelöst werde, während Frauen (noch) bis zum Regelpensionsalter arbeiten könnten. Das Pensions-Leistungsrecht bleibe an dieser Stelle ausgeklammert; führe aber unweigerlich zu weiteren Ungleichbehandlungen. Arbeitsverhältnisse hätten keinen „Charakter der Lebenslänglichkeit“, sondern würden ihr Ende regelmäßig dort finden, wo Pensionierungen zumutbar seien. Die GAW führe auch nicht aus, wie lange die Antragstellerin über das Regelpensionsalter hinaus noch arbeiten möchte. Man gewinne aber bei Lektüre des Verlangens den Eindruck, die Lösungsmöglichkeit des Dienstverhältnisses läge einzig bei der Dienstnehmerin. Dies sei unzutreffend und würde gerade bei Kündigungen zum Regelpensionsalter zu einer Erweiterung des Kündigungsschutzes führen, die der Rechtsordnung fremd sei. Die Antragstellerin verlasse das Unternehmen mit Erreichen des Regelpensionsalters von 60 Jahren. Dieses Pensionsalter sei im ASVG festgelegt und decke sich mit dem anzuwendenden KV. Die Festlegung eines Pensionsalters, das auf einer politischen Bewertung beruhe, diene nicht nur dazu das Arbeitseinkommen im erforderli-

chen Ausmaß zu ersetzen, sondern verfolge zweifelsohne auch den Zweck, jungen Menschen, deren Existenz anderweitig noch nicht gesichert sei, den Zugang zum Arbeitsmarkt zu verschaffen (vgl. 9 ObA 131/05p). Dieses sozialpolitische Ziel sei freilich eine Rechtfertigung (auch) für die Lösung des Dienstverhältnisses der Antragstellerin. Hinsichtlich der Beendigung des Dienstverhältnisses der Antragstellerin gehe es um die Lösung einer Rechtsfrage, die einer derzeit beim OGH anhängigen Rechtsfrage (Tiroler Ärztin gegen PVA, Aktenzahl ist nicht bekannt) nicht ganz unähnlich ist. Ob die Behörde eine Aussetzung gemäß § 38 AVG wegen Entscheidung einer Vorfrage in Betracht ziehe, könne nicht beurteilt werden.

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:

Hinsichtlich der Überprüfung der Verwirklichung des Tatbestandes einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bei der Festsetzung des Entgelts gemäß **§ 3 Z 2 GIBG** durch die Antragsgegnerin, X, ist Folgendes festzuhalten:

Niemand darf auf Grund des Geschlechtes bei der Festsetzung des Entgelts unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden. Es ist jede benachteiligende Differenzierung als Diskriminierung zu sehen, die ohne sachliche Rechtfertigung erfolgt. Art. 141 EG-Vertrag verbietet nicht nur eine direkte, sondern auch eine indirekte Diskriminierung, wobei das Geschlecht als offizielles Unterscheidungsmerkmal verwendet wird. Unter der indirekten, mittelbaren, Diskriminierung versteht der EuGH eine Unterscheidung, die zwar an einem vom Geschlecht verschiedenen Kriterium ansetzt, in ihrem Ergebnis aber wesentlich mehr Angehörige des einen als des anderen Geschlechts betrifft. Es kommt dabei nicht auf die Diskriminierungsabsicht an¹. Gemäß Art. 141 Abs. 2 EG-Vertrag fallen unter den Begriff „Entgelt“ neben dem üblichen Grund- und Mindestlohn auch alle sonstigen Vergütungen, die der/die Arbeitgeber/in auf Grund eines Arbeitsverhältnisses dem/der Arbeitnehmer/in unmittelbar oder mit-

¹ Tomandl „Arbeitsrecht I“, 5. Aufl., S. 238

telbar in bar oder in Sachleistungen zahlt. Nach dem EuGH fallen unter dem Entgeltbegriff unter anderem Löhne, Zulagen oder auch Prämien. Der Entgeltbegriff ist daher weit zu fassen, sodass man darunter alle Leistungen versteht, die ein/e Arbeitnehmer/in als Gegenleistung für die Zurverfügungstellung seiner/ihrer Arbeitskraft an den/die Arbeitgeber/in erhält.

Die Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand iSd §§ 3, 4, 6 oder 7 GIBG beruft, hat er/sie diesen gemäß § 12 Abs. 12 GIBG glaubhaft zu machen. Dem/Der Beklagten obliegt es bei Berufung auf §§ 3 oder 4 GIBG 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 das andere Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die ausübende Tätigkeit ist oder ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.

Voraussetzung, um zu überprüfen, ob der Grundsatz des gleichen Entgelts beachtet wird, ist die Nachvollziehbarkeit des Entlohnungssystems und seiner einzelnen Entgeltbestandteile.

Hiezu ist festzuhalten, dass es dem/der Arbeitgeber/in obliegt, das Gleichbehandlungsgebot in seinem/ihrer Unternehmen umzusetzen. Eine echte Transparenz, die wirksame Kontrolle erlaubt, ist nur dann gewährleistet, wenn dieser Grundsatz für jeden einzelnen Bestandteil des den Arbeitnehmer/innen gezahlten Entgelts gilt, und nicht nur im Wege einer Gesamtbetrachtung der diesen gewährten Vergütungen angewandt wird². Es sind deshalb geschlechtsneutrale Systeme der Arbeitsbewertung heranzuziehen. In diesen Systemen stehen die Anforderungen an Wissen und Können, an die Verantwortung, an sozialer Kompetenzen sowie Belastungen im Mittelpunkt. Die vorgenommene Bewertung hat umfassend, einheitlich abgefasst, sachlich, eindeutig und verständlich zu sein. Ein solches geschlechtsneutrales Arbeitsbewertungssystem muss den Arbeitnehmer/innen bekannt gemacht werden. Objektive Rechtfertigungsgründe für eine systematische Benachteiligung von Frauen durch ein völlig undurchschaubares Entlohnungssystem hat der/die Arbeitgeber/in zu beweisen³.

Der Senat I der GBK sah sich bei der Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes insbesondere mit der Frage konfrontiert, ob die Antragstellerin im Vergleich zu den

² EuGH-Urteil vom 27.5.2004, Rs. C-285/02 – „Elsner-Lakenberg“

³ Tomandl „Arbeitsrecht I“ 5. Aufl., S. 241; EuGH-Urteil vom 17.10.1989 –Rs. 109/88 – „Danfoss“

im Verlangen der GAW genannten männlichen Vergleichspersonen dem GIBG entsprechend in die „richtige“ VG eingestuft worden ist. Die Antragstellerin hat sich auf das Gleichbehandlungsgebot iSd § 3 GIBG berufen und hat vorgebracht, dass ihre schlechtere Bezahlung bei gleicher Qualifikation jedenfalls eine verbotene Diskriminierung auf Grund des Geschlechts darstellt.

Im Verlangen der GAW wird vorgebracht, dass die Antragstellerin gleiche bzw. gleichartige, wenn nicht sogar höherwertige Tätigkeiten als die von der GAW genannten männlichen Vergleichspersonen (Herr H, Herr I, Herr J, Herr K, Herr Dr. M) geleistet habe. Sie leite die ...-Sendungen „...“ und „...“ in Ihr würden bei der Sendung „...“ ca. 25 Mitarbeiter/innen und bei „...“ ca. 50-55 Mitarbeiter/innen unterstehen. Sie mache Chef vom Dienst-Tätigkeiten. Auf Grund der Fülle der anfallenden Arbeit habe sie einen Stellvertreter für die Sendung „...“, den sie nicht mehr hat, und für die Sendung „...“ gehabt. Die Antragstellerin verwies auf das sehr willkürliche Entgeltsystem der Antragstellerin. ... Des Weiteren gab die Antragstellerin in der mündlichen Befragung bzgl. der Kriterien zur Erlangung einer „ad personam“-Bezahlung an, dass sie neben ihrer Tätigkeit bei der Antragsgegnerin ehrenamtliche Präsidentin von „...“ ... sei. Sie habe daneben etliche Auszeichnungen erhalten, und sei nun von der österreichischen Bundesregierung für den Posten als ...-Beauftragte ... nominiert. Die Antragsgegnerin bestritt in der mündlichen Befragung erneut die Vorwürfe der Antragstellerin.

Es stellt sich nun die Frage, ob diese von der Antragsgegnerin vorgenommene Einstufung eine Entgeltdiskriminierung darstellt. Vorab ist festzuhalten, dass nach den vorliegenden Unterlagen auf die Antragstellerin das VG-Schema des KV ... anzuwenden ist. Hierzu ist festzuhalten, dass es dem/der Arbeitgeber/in obliegt, dass Gleichbehandlungsgebot in seinem/ihrem Unternehmen umzusetzen. Er/Sie soll auf Grund der Wertigkeit der Tätigkeiten ein ausgewogenes Gehaltsschema im Unternehmen schaffen. Es ist daher bei der Festsetzung des Entgelts eines/einer Arbeitnehmers/in stets vom tatsächlichen Inhalt der Tätigkeit auszugehen. Die Antragstellerin leite keine Redaktion, sondern sie betreue derzeit die ...-Sendung „...“. Die Antragsgegnerin sei mittlerweile aus der ...-Sendung „...“ ausgestiegen, für die die Antragstellerin Chefin vom Dienst gewesen sei und Beiträge zusammengeschnitten habe. Die Einstufung der Antragstellerin in VG 15 sei mehr als angemessen. Die Aufzählung in VG 16 sei historisch gewachsen und stelle an sich eine „ad personam“-Bezahlung dar. Die Nachfolgerin der Antragstellerin werde keine Aufzah-

lung erhalten. Für die Antragsgegnerin sei daher fraglich, ob die derzeitige Einstufung nicht zu hoch sei.

Der OGH hat in seiner Rechtsprechung festgehalten, dass der/die Arbeitgeber/in von sich aus verpflichtet ist, dass gleiche Entgelt bei gleicher bzw. gleichwertige Arbeit zu bezahlen⁴. Nach Ansicht des OGH ist bei der Beurteilung der Frage, inwieweit diese Diskriminierung überdies auch als geschlechtsspezifisch für bescheinigt zu gelten hat, ist das gesellschaftliche Umfeld nicht außer Acht zu lassen. Es ist offenkundig, dass Frauen in Österreich im Allgemeinen statistisch gesehen niedriger als männliche Arbeitnehmer entlohnt werden⁵.

Frauen sind auch häufiger als Männer bereit, weniger gut bezahlte Tätigkeiten anzunehmen, zumal ihre Arbeit oft bereits im Rahmen der Arbeitsbewertung als weniger schwierig und damit geringwertig eingestuft wird⁶.

Es ist nicht die Aufgabe des Senates I der GBK zu überprüfen, in welche konkrete Verwendungsgruppe die Antragstellerin einzuordnen ist. Es wird lediglich überprüft werden, ob die von der Antragsgegnerin vorgenommene Bewertung des Arbeitsplatzes transparent, durch objektive Fakten untermauert und sachlich nachvollziehbar ist. Die Vermutung der Diskriminierung ist dadurch zu widerlegen, dass die Unterscheidung - bei Abwägung aller Umstände - sachlich gerechtfertigt war und folglich es wahrscheinlicher ist, dass ein anderes Motiv für die unterschiedliche Entlohnung ausschlaggebend war.

Nach den glaubhaften und objektiv nachvollziehbaren Angaben der Antragstellerin, die durch Aussagen von mehreren Auskunftspersonen bestätigt worden sind, hat die Antragstellerin die gleichen und gleichartigen Tätigkeiten der im ergänzenden Verlangen der GAW genannten männlichen Vergleichspersonen ausgeübt. Sie ist Redaktionsleiterin Im Laufe des Verfahrens ergab sich, dass zwar nicht formell die Leitung der Y-Sendungen „...“ und „...“ inne hat. allerdings hat die Antragstellerin tatsächlich dieselben Tätigkeiten wie ein/e Redaktionsleiter/in ausgeübt.

⁴ OGH vom 20.1998, 9 ObA 350/97d

⁵ Statistische Nachrichten 10/1997, 835; Wolf/Wolf, Wieviel weniger.....Einkommensunterschiede zwischen Frauen und Männern in Österreich, 15 ff – BM f. Arbeit und Soziales; Frauenbericht 1995, 269, 348 f – BM f. Frauenangelegenheiten; Bericht über die soziale Lage 1995, 89/90 – BM f. Arbeit und Soziales

⁶ Gahleitner zu 9 ObA 801/94 in ZAS 1996/11

Die Antragsgegnerin hat sich, wie in bereits früheren gegen die Antragsgegnerin ergangenen Prüfungsergebnissen⁷, bei der Beurteilung der Einstufung auf formelle Kriterien zurückgezogen, und sich nicht – wie im GIBG und vom EuGH⁸ gefordert – auf den tatsächlichen Inhalt der Tätigkeit bezogen. So wurde von der Antragsgegnerin vorgebracht, dass die Antragstellerin die Y-Sendungen nur koordiniert hat. Sie sei auch nicht budgetverantwortlich. Sie administrierte lediglich das Budget der beiden Y-Sendereihen „...“ und „...“. Es gebe auch keine X Redaktion für die genannten Y-Sendungen.

Aus den dem erkennenden Senat vorliegenden Arbeitsplatzbeschreibungen der männlichen Vergleichspersonen ließ sich erkennen, dass die Einstufung in eine VG des KV ... willkürlich erfolgt. So gibt es Redakteure ohne Personal- und Budgetverantwortung (wie z.B. Herr K), die trotzdem in eine höhere VG als die Antragstellerin eingereiht sind. So erhält z.B. Herr I als nichtleitender Redakteur eine „adpersonam“-Aufzählung auf die nächsthöhere VG. Nach Ansicht des Senates I der GBK ist die Antragstellerin programmverantwortlich für die genannten Sendungen. Da diese ...-Sendungen in ... produziert werden, ist die Antragstellerin für die Sendung „...“ und für die Sendung „...“ eine Woche vorort in

Aus wirtschaftlichen Gründen wurde die X Y-Redaktion zunächst eingespart, allerdings 2007 wieder eingerichtet. Da die Antragsgegnerin ... an Y beteiligt ist, ist es aus wirtschaftlichen Gründen verständlich, dass keine der Antragsgegnerin entsprechende Hierarchiestruktur eingerichtet worden ist. Trotzdem hat ein/e Arbeitgeber/in ein dem tatsächlichen Inhalt der Tätigkeit entsprechendes Gehalt zu zahlen. Die Tätigkeit der Antragstellerin innerhalb der Y-Redaktion der Antragsgegnerin lässt sich hierarchisch mit der Tätigkeit als Referatsleiterin bewerten. Dafür spricht die Tatsache, dass man der Antragstellerin eine Zeitlang einen Stellvertreter zur Seite gestellt hat. Einem/r „einfachen“ Redakteur/in hätte die Antragsgegnerin sicherlich nicht eine/m Stellvertreter/in zur Seite gestellt. Zu derselben Ansicht ist auch die firmeninterne Gleichbehandlungsstelle der Antragsgegnerin gelangt. Die firmeninterne Gleichbehandlungsstelle der Antragsgegnerin hat nach Abschluss ihres Verfahrens der Antragstellerin eine Einstufung in die nächsthöhere VG vorgeschlagen, die allerdings

⁷ vgl. GBK I/75/06, GBK I/76/06, GBK I(126/08-M

⁸ vgl. EuGH-Urteil vom 26.6.2001, Rs. C – 381/99, „Brunnhöfer/Bank der öst. Postsparkasse AG“

nicht pensionswirksam gewesen wäre. Dieser Vorschlag wurde von der Antragstellerin auf Grund der mangelnden Pensionswirksamkeit abgelehnt.

Es ist der Antragsgegnerin mit ihrem Vorbringen folglich nicht gelungen, den Senat I der GBK zu überzeugen, dass sie nach objektiven und transparenten Kriterien das Entgelt für die Antragstellerin festgesetzt hat. Nach der Rechtsprechung des EuGH, dass, wenn sich der/die Arbeitgeber/in nicht „frei beweisen“ kann, da er keine transparente, objektive und nachvollziehbare Kriterien für die Gehaltsfestsetzung anbieten kann, die belegen können, wieso es zu einer Ungleichbehandlung zwischen einer Mitarbeiterin und einem Mitarbeiter gekommen ist, die von der mutmaßlich von einer Diskriminierung betroffene Person nicht mehr beweisen muss, dass eine Diskriminierung vorliegt. Das Gemeinschaftsrecht⁹ verlangt keine Umkehr der Beweislastverlagerung¹⁰. Die RL 97/80/EG kodifizierte die Rechtsprechung des EuGH¹¹, nach der sich die Beweislast, die grundsätzlich der/die Arbeitnehmer/in trägt, „umkehren“ kann, wenn sich das als notwendig erweist, um Arbeitnehmer/innen, die anscheinend Opfer einer Diskriminierung sind, nicht jedes wirksame Mittel zu nehmen, um die Einhaltung des Grundsatzes des gleichen Entgelts durchzusetzen. Sowohl nach nationalem Recht als auch nach Gemeinschaftsrecht hat die klagende Partei diejenigen Tatsachen, die eine Diskriminierung vermuten lassen, glaubhaft zu machen. Erst wenn der klagenden Partei die Glaubhaftmachung von Umständen, die einen Zusammenhang zwischen dem Geschlecht und der Festsetzung des Entgelts indizieren, gelungen ist, geht die Beweislast auf den/die Arbeitgeber/in über¹².

Dem Vorwurf einer geschlechtsspezifischen Diskriminierung auf Grund des Entgelts versuchte die Antragsgegnerin unter anderem dadurch zu widerlegen, indem sie als Kriterien - für Erlangung einer „ad-personam“-Bezahlung – besondere Leistungen, besondere Kenntnisse oder besondere Bewährung nannte. Nach der Rechtsprechung des EuGH „darf die Gleichheit des Entgelts nicht nur nach Maßgabe einer Ge-

⁹ Art. 4 Abs. 1 BeweislastRL 97/80/EG, die AntidiskriminierungsRL 2000/43/EG (Art. 8) bzw. 2000/78/EG (Art. 10)

¹⁰ OGH 9 ObA 46/04m, DRdA 2005/34 Eichinger, Rebhahn in Rebhahn GIBG § 5 Rz 68

¹¹ vgl. EuGH vom 10.3.2005, C-196/02, Nikoloudi

¹² vgl. OGH vom 9. Juli 2008, ObA 177/07f;

sambewertung der den Arbeitnehmern/innen gewährten Vergütungen, sondern sie muss für jeden einzelnen Entgeltbestandteil gewährleistet werden¹³.

Die vom erkennenden Senat durchgeführten Befragungen in Hinblick auf die „ad-personam“-Bezahlungen bestätigten, die im Verlangen der GAW geäußerte Rechtsauffassung, dass die genannten Kriterien nicht geeignet sind, um eine objektive, transparente und nachvollziehbare Bewertung zu ermöglichen. Die befragten Auskunftspersonen äußerten übereinstimmend, dass die einzige Regel zur Erlangung einer „ad-personam“-Einstufung diejenige ist, dass es keine Regel gibt. So gibt es auch keinen geregelten Ablauf wie man zu einer „ad personam“-Bezahlung kommt. Um eine etwaige „ad-personam“-Bezahlung müssen sich die Mitarbeiter/innen selbst kümmern. Es gibt ebenfalls keinen bestimmten Stichtag im Jahr, bis zu dem eine „ad-personam“-Bezahlung beantragt und genehmigt werden muss. Die „ad-personam“-Einstufungen bedingen dadurch ein völlig undurchsichtiges Entgeltsystem. Durch dieses Entgeltsystem laufen sowohl die Arbeitgeberinseite als auch die Arbeitnehmer/innenseite Gefahr, dass es zwangsläufig zu Ungerechtigkeiten bei der Festsetzung des Entgelts kommt, und dadurch auf beide Seiten ein entsprechender Druck ausgeübt wird.

Aus den vorliegenden Unterlagen war für den Senat I der GBK ersichtlich, dass vor allem die männlichen Mitarbeiter von dieser zusätzlichen Gehaltskomponente profitieren. Auch die Antragstellerin hätte auf Grund der sehr weit gefassten Kriterien eine „ad personam“-Bezahlung erlangen können. Die Antragstellerin ist eine langjährige Mitarbeiterin und profilierte Journalistin, Nach den von der Antragsgegnerin genannten Kriterien wäre somit kein Grund vorhanden, warum man der Antragstellerin nicht die „ad personam“-Bezahlung hätte gewähren können. Bei einem anderen profilierten Mitarbeiter, Herrn Dr. M, war eine rückwirkende Höherreihung kein Problem. Für den Senat I der GBK – wie bereits in dem vorangegangenen Prüfungsergebnis GBK I/76/06 – steht sowohl die Existenz als auch die Handhabung des Systems von „ad personam“-Bezahlung nicht im Einklang mit dem GIBG, und stellt für sich ein sehr fragwürdiges Entgeltsystem dar.

Es liegt folglich **Diskriminierung** auf Grund des Geschlechts bei der **Festsetzung des Entgelts** gegenüber der Antragstellerin vor.

¹³ vgl. EuGH vom 26. Juni 2001, Rs. C – 381/99, „Brunnhofers/Bank der öst. Postsparkasse AG“

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts beim beruflichen Aufstieg durch die Arbeitgeberin, X, gemäß **§ 3 Z 5 GIBG** verwirklicht worden ist, ist zunächst folgendes zu bemerken:

Es ist nicht die Aufgabe zu überprüfen, welche/r Bewerber/in für einen Posten besser qualifiziert ist. Es soll lediglich überprüft werden, ob die vom/von der Arbeitgeber/in vorgenommene Bewertung für die Besetzung transparent, durch objektive Fakten untermauert und sachlich nachvollziehbar ist. Der Zweck eines Objektivierungsverfahrens bei der Besetzung einer Position ist, eine sachlich nachvollziehbare Bewerber/innenauswahl zu ermöglichen. In weiterer Folge soll dadurch ein diskriminierungsfreier Aufstieg für die Arbeitnehmer/innen verwirklicht werden. Zur Erfüllung des Tatbestandes ist allerdings eine wie immer geartete, jedoch für den/die Arbeitgeber/in erkennbare Bewerbung oder Interessensbekundung an einer höherwertigen Position erforderlich, um eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes beim beruflichen Aufstieg durch eine unsachliche Entscheidung überhaupt erst beurteilen zu können.

Unter Beförderung versteht man die Anhebung der Verwendung des/der Arbeitnehmer/in. Der Inhalt des neuen Tätigkeitsbereiches bzw. Pflichtenkreises ist nach Verkehrsauffassung gegenüber den früher ausgeführten Tätigkeiten, als sozial höherwertig zu beurteilen.

Dies trifft im gegenständlichen Fall zu, da sich die Antragstellerin auf die Position der Leitung Abteilung „...“ beworben hat. Bei einer erfolgreichen Bewerbung wäre es zu einer Erweiterung der Aufgaben der von der Antragstellerin auszuführenden Tätigkeiten gekommen. Demgegenüber fällt bloß die Erhöhung des Gehaltes – jedoch ohne Anhebung der Verwendung – nicht unter den Begriff „Beförderung“.

Die Schilderungen der Antragstellerin waren für den erkennenden Senat glaubwürdig, in sich schlüssig und ohne widersprüchliche Angaben, die durch die Aussagen der Auskunftspersonen und durch die dem Senat I der GBK vorliegenden Unterlagen bestätigt worden ist.

Die Antragsgegnerin hat in ihrem Vorbringen stets den von der Antragstellerin vorgebrachte Vorwurf der Diskriminierung auf Grund des Geschlechts beim beruflichen Aufstieg widersprochen. Die Entscheidung der Antragsgegnerin für Herrn Dr. P als Leiter der Abteilung „...“ habe einzig auf dessen höheren Qualifikation basiert. Herr Dr. P habe im Gegensatz zur Antragstellerin bereits eine Redaktion, und zwar die wichtige Redaktion „...“ („...“), geleitet. Der erkennende Senat verweist auf die im §

12 Abs. 12 GIBG vorgesehene Beweislastverteilung. 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 Antragsgegner/in obliegt es dann bei der Berufung auf § 3 GIBG zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die vom/von der Beklagten glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

Nach genauer Prüfung des vorliegenden Sachverhaltes kommt der Senat I der GBK zur Ansicht, dass ein objektiver, transparenter und nachvollziehbarer Vergleich der Qualifikation zwischen der Antragstellerin und dem männlichen Bewerber nicht vorgenommen wurde. Der von der Antragsgegnerin behauptete höhere Qualifikation und die daraus folgende Besetzung dieses Postens mit Herrn Dr. P waren für den Senat I der GBK nicht nachvollziehbar. Unbestritten war, dass zunächst ein Hearing innerhalb der Redakteurs/innenversammlung abgehalten worden ist, und dass die endgültige Personalentscheidung durch den ...direktor, Herrn T, und mit dem Generaldirektor, Herrn Dr. U, erfolgt ist.

Weiters war unstrittig, dass erst im zweiten Ausschreibungstext ein expliziter Hinweis auf das Frauenförderungsgebot im Unternehmen enthalten war. Der Gleichstellungs-Förderplan der Antragsgegnerin, der als Dienstanweisung von Frau Generaldirektorin Dr.ⁱⁿ W am 29. April 2005 herausgegeben wurde, soll dazu beitragen, einer Unterrepräsentanz von Frauen in Berufsgruppen und vor allem in leitenden Positionen entgegenzuwirken und sie im Rahmen des Durchführbaren zu beseitigen. Anknüpfungspunkt für mehrere Maßnahmen ist Unterrepräsentanz von Frauen. Sie liegt vor, wenn in einem Bereich (Belegschaft mit gleicher oder verwandter Verwendung in einem Betrieb im Sinne des § 34 ArbVG) weniger als 50 v.H. sind. Bei Vorliegen einer Unterrepräsentanz von Frauen sind Maßnahmen zu ihrer Beseitigung zu ergreifen. Als Ziel ist eine Anhebung des Frauenanteils von 5 v.H. gesetzt.

Der Gleichstellungs-Förderplan sieht unter anderem vor, dass in Stellenausschreibungen von Stellen in leitenden Funktionsbereichen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, Frauen gezielt angesprochen werden sollen. Dies ist in diesem Fall erst bei der Ausschreibung erfolgt. Dies steht im Widerspruch zur Dienstanweisung der Generaldirektion, die vorsieht, dass Stellenausschreibungen für Bereiche mit Unterrepräsentanz von Frauen folgenden Zusatz zu enthalten haben: *„Bei der Besetzung werden Gesichtspunkte der Hebung des Frauenanteils besonders berücksichtigt“*. Auf Grund der langjährigen Erfahrung des Senat I der GBK ist festzuhalten, dass das in

den Stellenausschreibungen vorgesehene explizite Ansprechen von Frauen, damit diese sich für höhere Dienstposten bewerben, dazu führen soll, Frauen die Hemmschwelle zu nehmen, sich für Führungspositionen zu bewerben. Daher hat die Antragsgegnerin dafür Sorge zu tragen, dass der erwähnte Zusatz bei Stellenausschreibungen in Bereichen von Unterrepräsentanz von Frauen von Beginn im Ausschreibungstext enthalten ist.

Im Ermittlungsverfahren gab eine der befragten Auskunftspersonen gegenüber dem erkennenden Senat an, dass der Ablauf des Besetzungsverfahrens der Redaktionsleitung „...“ sehr inhomogen erfolgt sei. Die Antragstellerin habe als Frau die stärkste Zustimmung innerhalb der Redakteurs/innenversammlung erhalten. Die Redaktionsversammlung habe sich insgesamt für Herrn Dr. Z entschieden.

Aus den vorliegenden Unterlagen ergab sich unstrittig, dass die Antragsgegnerin sich allerdings für Herrn Dr. P entschieden hat. Die Antragsgegnerin hat in ihrem Vorbringen wiederholt auf die höhere Qualifikation von Herrn Dr. P hingewiesen. Die Antragsgegnerin hat im Verfahren nicht ausreichen können, wieso man sich gerade für Herrn Dr. P entschieden hat. Im Ausschreibungstext fehlte nicht nur der Hinweis auf das Frauenfördergebot, sondern jegliche Bewerbungskriterien (z.B. Fachkenntnisse, Berufserfahrung, soziale Kompetenzen, etc.) als auch deren Gewichtung (mit den jeweiligen Prozentsatz), durch die eine Besetzungsentscheidung in sich transparent, durch objektive Fakten untermauert und sachlich nachvollziehbar ist. Es hat an sich ein Hearing unter den Bewerbern/innen stattgefunden, um festzustellen, wer der/die Beste für die ausgeschriebene Position ist. Die Entscheidungsträger im Unternehmen haben sich allerdings weder an das Auswahlresultat des Hearings noch an das Frauenfördergebot gehalten. Die Ansicht des erkennenden Senates wurde durch die Aussagen von mehreren Auskunftspersonen bestätigt. Demnach müsse man immer wieder darauf aufmerksam machen, dass der Hinweis auf das Frauenfördergebot in die Ausschreibungen aufgenommen werde. Nach Erfahrung der Auskunftspersonen werde das Frauenfördergebot eher übergangen. Es stehe zwar oft formell in der Ausschreibung drinnen, es werde aber nicht tatsächlich angewandt. Im Unternehmen sei das Davor und das Danach einer Bewerbung oft eine sehr schwierige Angelegenheit. Manche Posten kämen erst zur Ausschreibung, wenn schon klar sei, wer diesen Posten erhalten soll.

Anscheinend bestehen die an sich vorgesehenen Strukturen zur Personalplanung bzw. –entwicklung nur pro forma. Eine derartige Vorgehensweise ermöglicht es, dass

sachfremde Erwägungen im Auswahlverfahren eine Rolle spielen. Die Antragsgegnerin konnte nicht ausreichend ihre Überlegung darlegen, wieso man das Frauenfördergebot nicht beachtet hat, und in wie weit Herr Dr. P höher qualifiziert ist, so dass man ihn mit dem Posten des Abteilungsleiters betraut hat. Nach Durchsicht der Bewerbungsunterlagen der Antragstellerin wäre die Antragstellerin ebenso in der Lage gewesen, die Abteilung „...“ zu leiten. Das mangelhafte Auswahlverfahren war ein Indiz dafür, dass der berufliche Aufstieg bei der Antragsgegnerin nicht nach objektiven und transparenten Kriterien erfolgt ist. Bedenklich erschien dem erkennenden Senat die Art und Weise, wie Postenbesetzungen erfolgen. Durch die Art und Weise der Postenbesetzungen durch die Antragsgegnerin kann ein den Grundsätzen des GIBG entsprechendes Auswahlverfahren nicht gewährleistet werden.

Abschließend ist es dem Senat I der GBK wichtig zu betonen, dass gerade die Transparenz eines objektiv und fair durchgeführten Auswahlverfahrens - insbesondere bei Frauen - die Chance auf einen diskriminierungsfreien beruflichen Aufstieg wesentlich erhöht. Daher sind Objektivierung und Standardisierung von Bewertungen bei Stellenbesetzungsverfahren bei der Antragsgegnern zu empfehlen.

Es liegt daher eine **Diskriminierung** auf Grund des Geschlechts beim **beruflichen Aufstieg** gegenüber der Antragstellerin vor.

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** durch die Antragsgegnerin, X, 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 mit dem Erreichen des 60. Lebensjahres durch Kündigung der Antragsgegnerin beendet.

Die Antragsgegnerin hat in ihrem Vorbringen darauf hingewiesen, dass keine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts vorliegt, da gemäß § ... Freie Betriebsvereinbarung (FBV) – der bei der Antragstellerin zur Anwendung gelangt - eine Kündigung dann möglich sei, wenn *„der Kündigungstermin nach Vollendung des 60. Lebensjahr des Dienstnehmers/in liege und dieser unmittelbar anschließend einen gesetzlichen Anspruch auf eine Alterspension bzw. vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer geltend machen könne“*.

Im vorliegenden Fall ging insbesondere um die Beurteilung der Rechtsfrage, ob § ... FBV 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 Antragsgegner/in obliegt es dann bei der Berufung auf §§ 3 oder 4 GIBG zu beweisen, dass es Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von Antragsgegner/in glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder das andere Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne des § 5 Abs. 2 GIBG vorliegt.

Die zu beurteilende Bestimmung im KV ... sieht vor, dass allfällige Kündigungsschutzbestimmungen nicht anzuwenden sind, wenn der *Kündigungstermin nach Vollendung des 60. Lebensjahrs des Dienstnehmers liegt. und dieser unmittelbar anschließend einen gesetzlichen Anspruch auf eine Alterspension bzw. vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer geltend machen kann*. Die Bestimmung im § ... FBV ist geschlechtsneutral formuliert worden, knüpft jedoch im 2. Halbsatz an das gesetzliche Pensionsrecht an, das beim gesetzlichen Pensionsantrittsalter zwischen Frauen und Männern unterscheidet. Daraus ergibt sich, dass bei der Antragsgegnerin Männer bereits mit 62 Jahren ein Pensionsanspruch aus der Korridor pension bzw. schon vorher bei Erreichen der Hacklerregelung vorliegen kann und das Arbeitsverhältnis vor Erreichung des Regelpensionsalters beendet werden kann. Demgegenüber kommt bei Frauen erst das Regelpensionsalter mit Erreichen des 60. Lebensjahres als frühestmögliche Möglichkeit zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses in Betracht.

Die Antragsgegnerin hat in der mündlichen Befragung bekräftigt, dass mit 30. Juni 2010 alle Männer im Unternehmer – mit Ausnahme der Betriebsräte -, die das 62. Lebensjahr vollendet hätten, pensioniert werden würden. Es hätten lediglich zehn

Mitarbeiter/innen mit denselben Voraussetzungen nicht gekündigt werden können. Nach Auffassung der Antragsgegnerin wurde mit der Festlegung von 60 bzw. 62 Jahren in Anlehnung an die gesetzlichen Pensionsbestimmungen eine Gleichheit hergestellt, die verfassungsrechtlich vorgegeben sei. Die Bestimmungen in der FBV würden somit dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz entsprechen. Die Altersgrenzen für den Erwerb einer gesetzlichen Alterspension könne die Antragsgegnerin nicht beeinflussen.

Es stellte sich nunmehr für den Senat I der GBK 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 insbesondere gesellschaftliche, familiäre und finanzielle Belastungen von Frauen genannt. Auch dem Senat I der GBK ist auf Grund seiner langjährigen Tätigkeit die Tatsache bewusst, dass Frauen ab 50 ein höheres Arbeitslosenrisiko haben als Männer in demselben Alter. 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 über das 60. Lebensjahr hinaus weiterarbeiten können. So gab der Personalverantwortliche in der mündlichen Befragung an, dass Mitarbeiter mit Leitungsfunktion länger beschäftigt worden seien. Ebenso hätten Personen, die tatsächlich im Rang eines Hauptabteilungsleiters gearbeitet hätten, weiter arbeiten können. Dafür hätte es besondere

Gründe gegeben. Dies sei allerdings die Ausnahme. Man sei von dieser Praxis wieder abgegangen.

Durch die Verweisung in § ... FBV auf die gesetzliche Bestimmungen im Pensionsrecht wird eine unterschiedliche Behandlung von Frauen und Männern festgeschrieben. 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 Marschall 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 FBV - 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.

Der 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 OGH¹⁴ 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. 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,- Mrd¹⁵) 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 deshalb nach wie vor häufiger teilzeiterwerbstätig¹⁶.

In diesem Zusammenhang ist es dem erkennenden Senat wichtig hervor zu streichen, dass Frauen durch das Arbeiten über das gesetzliche Alterspensionsalter hinaus die Möglichkeit haben, diese Lohnunterschiede auszugleichen, und so zu einer höheren Alterspension zu kommen. Die Antragsgegnerin kann nicht zwischen ihren Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen unterscheiden, wann sie die gesetzliche Alterspension nehmen. Dies widerspricht dem GIBG und wurde bereits in einem vorangehenden Prüfungsergebnis¹⁷ festgestellt. Hinzu kommt die diskriminierende Praxis der

¹⁴ vgl. OGH vom 19.12.2001, 9 Ob A 244/01z

¹⁵ Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (Hrsg.), Sozialbericht 2007-2008, S. 170

¹⁶ Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (Hrsg.), Sozialbericht 2007-2008, S. 240ff

¹⁷ GBK I/175/09-M

Antragsgegnerin, einigen männlichen Mitarbeitern einen „Golden Handshake“ anzubieten, währenddessen man die pensionsberechtigten Mitarbeiterinnen kündigt. Auch die Antragstellerin wollte im Guten aus dem Unternehmen ausscheiden. Auf einen von ihr vorgeschlagenen Vergleich wurde von Seiten des Unternehmens nicht weiter eingegangen. Diese Umstände sprechen für eine unzulässige Unterscheidung zwischen den Mitarbeitern/innen.

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

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des Alters bei der Festsetzung des Entgelts gemäß **§ 17 Abs. 1 Z 2 GIBG** durch die Antragsgegnerin, X, 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 be-

stimmten Alter gestatten, sowie Diskriminierungen auf Grund des jugendlichen Alters¹⁸.

Rechtfertigungsgründe, auf Grund dessen eine Anknüpfung an ein Altersmerkmal nicht diskriminierend sein kann, würden vom Gesetzgeber im § 20 GIBG geregelt. Hier finden sich Ausnahmebestimmungen, die eine Ungleichbehandlung nur unter ganz bestimmten außergewöhnlichen Umständen rechtfertigen. Es liegt z.B. keine Ungleichbehandlung vor, wenn sie objektiv und angemessen sowie als Mittel zur Erreichung bestimmter demonstrativ aufgezählter Ziele notwendig ist. Die RL 2000/78/EG nennt als wesentliches Diskriminierungsverbot auf Grund des Alters die Erhöhung des Anteils älterer Arbeitnehmer/innen an der Erwerbsbevölkerung, insbesondere im Bereich der Beschäftigungspolitik, des Arbeitsmarktes und der beruflichen Bildung.

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 gerechtfertigt werden, dass der/die ältere Arbeitnehmer/in teurer sei als der/die junge Arbeitnehmer/in. 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 wahrscheinlicher 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.

Im vorliegenden Fall war insbesondere strittig, ob von Seiten der Personalabteilung die Umgruppierung der Antragstellerin in eine höhere VG mit dem Argument, dass sie auf Grund ihres Alters zu alt sei, abgelehnt wurde. Dies wurde von der Antragsgegnerin in der mündlichen Befragung nochmals bestritten.

¹⁸ so RV BlgNR 22., GP, 15

In den Befragungen wurde der Vorwurf der Altersdiskriminierung bei der Überstellung in eine höhere VG durch die befragten Auskunftspersonen bestätigt, dass Mitarbeiter/innen in unmittelbarer Nähe zur Pensionierung nicht mehr umgruppiert werden. Vor 2001 sei es noch zu derartigen Umgruppierungen gekommen. Heute würde die Antragsgegnerin Umstufungen in höhere VG in Pensionsnähe des/der betroffenen Mitarbeiter/in nicht mehr vornehmen.

Der Senat I der GBK hält unmissverständlich fest, dass eine derartige Praxis – mag sie auch ein von betriebswirtschaftlichen Überlegungen getragen sein – in Hinblick auf die Judikatur des EuGH und des OGH eine Diskriminierung auf Grund des Alters darstellt¹⁹, für die keine sachliche Rechtfertigung iSd § 20 GIBG vorliegt. Gemäß § 20 Abs. 1 GIBG liegt eine Diskriminierung auf Grund des Alters nicht vor, wenn die Ungleichbehandlung objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel, insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung, gerechtfertigt ist sowie die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich sind. Eine Ungleichbehandlung auf Grund des Alters ist dann auch zulässig, wenn das geforderte Altersmerkmal auf Grund einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende Voraussetzung darstellt und sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt. Auf Grund dieses unternehmensinternen Praxis werden pensionsnahe (ältere) Mitarbeiter/innen, gegenüber anderen (nicht pensionsnahen) Personen eine in einer vergleichbaren Situation weniger günstiger behandelt, da ihnen im Ergebnis eine ansonsten gerechtfertigte Erhöhung verwehrt bleibt. Eine derartige Unternehmensstrategie kann für sich allein keinen legitimen Zweck im Sinne der zitierten Gesetzesbestimmungen darstellen²⁰. Nach der Durchführung des Ermittlungsverfahren steht daher für den erkennenden Senat zweifellos fest, dass diese unternehmensinterne Praxis auch im konkreten Fall der Betroffenen, die das 59. Lebensjahr vollendet hatte, für die Versagung der Überstellung in eine höhere VG zur Anwendung gelangte.

¹⁹ vgl. OLG Wien 13.4.2007, 9 Ra 67/06y, ARD 5852/5/2008

²⁰ vgl. LArbG Berlin-Brandenburg 20. Kammer vom 11.9.2008, 20 Sa 2244/07: Demnach stellt die Staffelung der Grundvergütung nach Lebensaltersstufen durch eintarifliches Vergütungssystem eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters iSd §§ 1 3 AGG dar. Diese unmittelbare Benachteiligung ist auch nicht nach den §§ 10, 5, 8 AGG gerechtfertigt. Die tarifvertragliche Staffelung der Grundvergütung ist gemäß § 7 Abs. 2 AGG insoweit unwirksam, als sie lediglich wegen des Lebensalters eine geringere Vergütung bei vergleichbarer Tätigkeit ausweist als die höchste Lebensaltersstufe.

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

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des Alters beim beruflichen Aufstieg gemäß **§ 17 Abs. 1 Z 5 GIBG** durch die Antragsgegnerin, X, verwirklicht worden ist, ist Nachstehendes anzumerken:

Nach § 17 Abs. 1 Z 5 GIBG darf niemand auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis beim beruflichen Aufstieg unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden. Die vorliegende Bestimmung ist § 3 Z 5 GIBG, der geschlechtsspezifische Diskriminierungen beim beruflichen Aufstieg untersagt, nachgebildet und erstreckt somit das Verbot auf die im Teil II geschützten Merkmale²¹.

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 Alters²².

Rechtfertigungsgründe, auf Grund dessen eine Anknüpfung an ein Altersmerkmal nicht diskriminierend sein kann, wurden vom Gesetzgeber in § 20 GIBG geregelt. Hier finden sich Ausnahmebestimmungen, die eine Ungleichbehandlung nur unter ganz bestimmten außergewöhnlichen Umständen rechtfertigen. Es liegt z.B. keine Ungleichbehandlung vor, wenn sie objektiv und angemessen sowie die Mittel zur Erreichung bestimmter demonstrativ aufgezählter Ziele angemessen sind. Die RL 2000/78/EG nennt als wesentliches Diskriminierungsverbot auf Grund des Alters die Erhöhung des Anteils älterer Arbeitnehmer/innen an der Erwerbsbevölkerung, insbesondere im Bereich der Beschäftigungspolitik, des Arbeitsmarktes und der berufli-

²¹ Mayr/Hopf/Eichinger: Kommentar zum GIBG, S 578, Rz 117

²² so RV BlgNR 22., GP, 15

chen Bildung. Kein legitimer Zweck ist somit ein unternehmerisches Konzept, dass der/die ältere Arbeitnehmer/in teurer sei als der/die junge Arbeitnehmer/in. 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 wahrscheinlicher 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. 1 oder 20 GIBG vorliegt.

Da das Gleichbehandlungsgebot gemäß § 17 Abs. 1 Z 5 GIBG jenem nach § 3 Z 5 GIBG sehr ähnlich ist, wird daher weitgehend auf die bereits dargelegten Ausführungen zu § 3 Z 5 GIBG verwiesen. Ergänzend ist zu betonen, dass die in § 17 Abs. 1 GIBG genannten Merkmale – d.h. im folgenden Fall, das Alter - im Allgemeinen keine relevanten Kriterien für Entscheidungen über den beruflichen Aufstieg, insbesondere für Beförderungen, sind. Bei der Festlegung der Auswahlkriterien, bei der Durchführung des Auswahlverfahrens und bei der endgültigen Entscheidung über den beruflichen Aufstieg muss deshalb außer Betracht bleiben, ob ein/e Bewerber/in für eine höhere Position eines dieser geschützten Merkmale erfüllt²³. Es kann allerdings ein Ausnahmetatbestand des § 20 GIBG vorliegen oder eine positive Maßnahme zur Förderung der Gleichstellung in Bezug auf ein geschütztes Merkmal ergriffen werden.

Neben der im Verlangen genannten allfälligen Diskriminierung auf Grund des Alters bei der Bewerbung der Antragstellerin als Redaktionsleiterin von „...“ im Jahr 2008 wurde in der Befragung von der Antragstellerin ihre von der Antragsgegnerin abgelehnte Bewerbung als Redaktionsleiterin Y im Jahr 2009 vorgebracht. Dieser zusätzlich vorgebrachte Sachverhalt wurde vom Senat I der GBK von Amts wegen hinsichtlich einer möglichen Diskriminierung auf Grund des Alters überprüft.

Das Auswahlverfahren hinsichtlich der Redaktionsleitung von „...“ aus dem Jahr 2008 entspricht nicht den Vorgaben aus dem GIBG in Bezug auf Objektivität, Transparenz und Nachvollziehbarkeit. Wie bereits bei der geschlechtsspezifischen Diskriminierung beim beruflichen Aufstieg enthält der Ausschreibungstext weder ein Anfor-

²³ vgl. Windischgrätz in Rebhahn, Kommentar zum GIBG, § 17 GIBG, Rz 1

derungsprofil für die Bewerber/innen noch eine Gewichtung der Auswahlverfahren. Aus den Befragungen ergab sich die gleichwertige Qualifikationen der Antragstellerin und von Herrn Dr. P. Die Antragstellerin hat gegenüber dem erkennenden Senat glaubhaft gemacht, dass im Hearing eine andere Mitbewerberin explizit auf ihr Alter angesprochen wurde, so dass sich auch die Antragstellerin bemüßigt gefühlt hat, ihr Alter anzusprechen. Dies wurde von der Antragsgegnerin nicht bestritten.

Bei der Auswahlentscheidung darf insbesondere das Lebensalter nicht diskriminierend herangezogen werden. Auf Grund der Nichtvollziehbarkeit der Auswahlentscheidung und der Umstände des Auswahlverfahrens ist eine altersspezifische Diskriminierung indiziert. Von einem Rechtfertigungsgrund iSd § 20 Abs. 3 und Abs. 4 GIBG kann nicht ausgegangen werden. Eine beschäftigungspolitische oder arbeitsmarktpolitische Maßnahme der Antragsgegnerin ist auszuschließen, da Herr Dr. P bereits Mitarbeiter der Antragsgegnerin war.

Bei der zweiten Bewerbung der Antragstellerin als Leiterin der Redaktion Y im Jahr 2009, hat für die Personaladministration verantwortliche Führungskraft hat in der mündlichen Befragung bestätigt, dass die Antragstellerin nicht mehr zum Hearing für die Redaktionsleitung Y eingeladen worden sei, da die Antragstellerin am 31. März 2010 in Pension gehe. Dies habe die Führungskraft der Antragstellerin persönlich mitgeteilt, was von dieser bestätigt worden sei.

Nach Ansicht des Senates I der GBK wurde bei der Auswahl der Hearingteilnehmer/innen das Kriterium „Alter“ diskriminierend herangezogen. Für die Ausscheidung der Antragstellerin als Teilnehmerin am Auswahlverfahren nur auf Grund ihres Alters liegt ebenfalls kein Rechtfertigungsgrund iSd § 20 Abs. 3 und 4 GIBG vor. Es wurden auch in diesem Fall nur wirtschaftliche Erwägungen herangezogen. Der Senat I der GBK verkennt allerdings nicht, dass bei der Antragsgegnerin ein Generationenwechsel im Personal stattfindet und sich in einer angespannten wirtschaftlichen Lage befindet, nichts desto trotz hat die Antragsgegnerin die Bestimmungen des GIBG zu beachten.

Es liegt somit eine **altersbedingte Diskriminierung** beim **beruflichen Aufstieg** gegenüber der Antragstellerin vor.

Zur Beurteilung der 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, X, verwirklicht worden ist, wurde folgender Beurteilung unterzogen:

Der Geltungsbereich der beiden AntidiskriminierungsRL 2000/43/EG und 2000/78/EG erstreckt sich auch auf die „Entlassungsbedingungen“²⁴ .

§ 17 Abs. 1 Z 7 GIBG verbietet in Umsetzung der RL-Vorgaben die unmittelbare und mittelbare Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. 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.

Da § 17 Abs. 1 Z 7 GIBG dem § 3 Z 7 GIBG nachgebildet wurde, ist von einem gemeinsamen Begriffsverständnis auszugehen. Es wird daher auf die Ausführungen zu § 3 Z 7 GIBG verwiesen.

Während bezüglich des Verbotes der Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung sowie der sexuellen Orientierung keine wesentliche Unterschiede gegenüber der Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes vorliegen, kommt hinsichtlich der Diskriminierung auf Grund des Alters den Ausnahmebestimmungen gemäß § 20 Abs. 3-5 GIBG besondere Bedeutung zu. § 20 Abs. 3 und 4 GIBG folgt nahezu wörtlich dem Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG. § 20 Abs. 5 GIBG folgt wiederum nahezu wörtlich Art. 6 Abs. 2 RL 2000/78/EG²⁵ .

Grundsätzlich kann das Anknüpfen an jedes Lebensalter diskriminierend sein, wenn nicht besondere Rechtfertigungsgründe vorliegen. Es sind alle Arbeitnehmer/innen

²⁴ vgl. jeweils Art. 3 Abs. 1 lit. c

²⁵ Mayr/Hopf/Eichinger, Kommentar zum GIBG, Rz 125, 126

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 Alters²⁶.

Rechtfertigungsgründe, auf Grund dessen eine Anknüpfung an ein Altersmerkmal nicht diskriminierend sein kann, wurden vom Gesetzgeber in § 20 GIBG geregelt. Hier finden sich Ausnahmebestimmungen, die eine Ungleichbehandlung nur unter ganz bestimmten außergewöhnlichen Umständen rechtfertigen. Es soll zum Beispiel keine Ungleichbehandlung vorliegen, wenn sie objektiv und angemessen sowie die Mittel zur Erreichung bestimmter demonstrativ aufgezählter Ziele, angemessen sind. Die RL 2000/78/EG nennt als wesentliches Diskriminierungsverbot auf Grund des Alters die Erhöhung des Anteils älterer Arbeitnehmer/innen an der Erwerbsbevölkerung, ins besondere im Bereich der Beschäftigungspolitik, des Arbeitsmarktes und der beruflichen Bildung.

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 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 wahrscheinlicher 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.

²⁶ so RV BlgNR 22., GP, 15

Das Erreichen eines bestimmten Alters, meistens das Pensionsantrittsalters, ist nur für Arbeitgeber/innen und Arbeitnehmer/innen ein häufiges Motiv für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern findet sich im österreichischen Recht auch in diversen Gesetzen (z.B. 32 Abs. 2 Z 7 GIBG und 8 VBG) und Arbeitsverträgen als normierter oder vereinbarter Kündigungsgrund. In jüngerer Zeit hat der OGH klargestellt, dass trotz Inanspruchnahme einer Pensionsleistung eine Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit nach § 105 Abs. 3 Z 2 ArbVG möglich ist, nicht jedoch bei Bezug der sozialversicherungsrechtlich vorgesehenen Höchstpension²⁷. Es wurde durch die jüngere Rechtsprechung klargestellt, dass ein bestimmtes Alter allein noch keinen sachlichen Grund zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses bildet.

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. Deshalb hat die Antragsgegnerin die Kündigung beim ASG Wien wegen einer altersbedingten Diskriminierung bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses angefochten. Die Möglichkeit einer Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit gemäß § 105 ArbVG war auf Grund eines Fristversäumnisses durch die Antragstellerin ausgeschlossen. Der Senat I der GBK hält die Umstände, wie die Kündigung der Antragstellerin erfolgt ist, doch für befremdlich. In Hinblick darauf, dass es sich bei der Antragstellerin um eine langjährige verdiente Mitarbeiterin gehandelt hat, hätte die Antragsgegnerin hier anders vorgehen müssen.

Dem Senat I der GBK obliegt nunmehr zu überprüfen, ob die Antragsgegnerin in ihrem Vorbringen darlegen konnte, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes als das von der Antragstellerin glaubhaft 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 Villa²⁸ 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 Arbeit-

²⁷ siehe OGH 20.10.2004, 8 ObA 53/04v, DRdA 2005/30, Mayr = ZAS 2006/05 (Tomandl), 30.9.2005, 9 ObA 8/05z, Arb 12.564

²⁸ EuGH vom 16.10.2006, Rs C-411/05

nehmer/innen fördern, hätten nach dieser Rechtsprechung einen Rechtfertigungsgrund.

Die Antragsgegnerin hat das Arbeitsverhältnis mit der Antragstellerin beendet, da sie am 10. März 2010 das 60. Lebensjahr erreichen wird. 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 insbesondere die Förderung von Jugendlichen, älteren Arbeitnehmern/innen und Personen mit Fürsorgepflichten als legitime Ziele an.

Im Laufe des Verfahrens hat sich gezeigt, dass die Antragsgegnerin nicht einmal behauptet hat, mit der Kündigung der Antragstellerin die Beschäftigung Jugendlicher zu fördern. Es wurden von der Antragsgegnerin auch keine anderen arbeitsmarktpolitische Maßnahmen als Rechtfertigung für die Kündigung der Antragstellerin vorgebracht. In den Befragungen wurde übereinstimmend angegeben, dass der Posten nicht ausgeschrieben worden sei. Man habe den Posten intern mit einer Frau, die bereits eine Mitarbeiterin im Unternehmen sei, um die 40 nachbesetzt.

Der Senat I der GBK sieht diese Vorgangsweise nicht als eine 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. Die schwierige wirtschaftliche Lage des Unternehmens stellt – wie bereits dargelegt – nach Auffassung des erkennenden Senates 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.

Gemäß **§ 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz** hat der Senat, wenn er der Auffassung ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, dem/der Arbeitgeber/in oder in Fällen in Zusammenhang mit einer sonstigen Diskriminierung in der Arbeitswelt dem/der für die Diskriminierung Verantwortlichen (...) schriftlich einen Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes zu übermitteln und ihn/sie aufzufordern, die Diskriminierung zu beenden. Für die Umsetzung des Vor-

schlags ist eine Frist von zwei Monaten zu setzen. Wird einem Auftrag nach **§ 12 Abs. 4 GBK/GAW-Gesetz** nicht entsprochen, kann jede der im jeweiligen Senat vertretenen Interessensvertretungen beim zuständigen Arbeitsgericht oder Zivilgericht auf Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes klagen.

Da der Senat I der GBK zur Auffassung gelangt ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, wird seitens des Senates I der GBK gemäß § 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz folgender **Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes** der Antragsgegnerin, X, erteilt und diese aufgefordert, die Diskriminierung zu beenden:

1. Die Leistung eines angemessenen Schadenersatzes an die Antragstellerin zum Ersatz des erlittenen Vermögensschadens und zu einer Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung durch die Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes.
2. Da eine Mehrfachdiskriminierung vorliegt, ist gemäß § 12 Abs. 13 GIBG darauf bei der Bemessung der Höhe der Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung Bedacht zu nehmen.
3. Installierung einer eigenen internen Arbeitsgruppe zum Thema Gleichbehandlung angesichts der Fallhäufung vor Senat I der GBK zwecks Behebung der Probleme ... mit der Umsetzung des GIBG.
4. Erstattung eines jährlichen Berichtes gemäß § 13 Abs.1, 2 GBK/GAW-Gesetz für die kommenden drei Jahre (= ein Bericht pro Jahr, beginnend mit dem Jahr 2010) über die Entwicklung der „ad personam“-Bezahlungen ... anhand einer geschlechtsspezifischen Auflistung, über Männer/Frauen,
 - die sich grundsätzlich in VG ... befinden und „ad personam“ in VG ...
 - die sich grundsätzlich in VG ... befinden und „ad personam“ in VG ...
 - die sich grundsätzlich in VG ... befinden und „ad personam“ in VG ... eingereicht sind.

Wien, 15. Dezember 2009

Dr.in Sabine Stvan-Jagoda

Stellvertretende Vorsitzende des Senates I der GBK