

Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz

(BGBl. Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 98/2008)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 26. Mai 2009 über das am 11. Februar 2009 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 **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung), sowie durch eine Diskriminierung auf Grund des **Alters** bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 17 Abs. 1 Z 7 GIBG** durch den Arbeitgeber, **Fa. 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 Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG durch ihren Arbeitgeber, Fa. X, diskriminiert worden ist.
2. 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 ihren Arbeitgeber, Fa. X, diskriminiert worden ist.

Entscheidungsgründe:

In ihrem Verlangen brachte die GAW im Wesentlichen vor, die Antragstellerin sei am ... geboren worden und seit 1978 beim Antragsgegner tätig. Mit 23.6.2008 sei die Antragstellerin unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen ... mit Wirkung zum 30.6.2009 wegen Erreichung des gesetzlichen Pensionsalters (60 Jahre) gekündigt worden. Als Grund für die Kündigung werden das Erreichen des Regelpensionsalters der Antragstellerin sowie eine notwendige Personalreduktion angeführt. ...

§ 17 Abs 1 Z 7 iVm § 19 GIBG verbiete eine Diskriminierung bei der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses. Nach den Begründungserwägungen zur RL 2000/43/EG und der stRsp des EuGH, ebenso wie nach den Materialien zum GIBG seien die Ausnahmebestimmungen des § 20 GIBG sehr eng auszulegen und nur unter ganz bestimmten Bedingungen zulässig.

In Rs C-411/05, Felix Palacios de la Villa/Cortefiel Servicios SA präzisiere der Europäische Gerichtshof die Voraussetzungen der Ausnahmen bei Altersdiskriminierungen. Dabei werde eine nationale Regelung beurteilt, die in Tarifverträgen enthaltene Klauseln über die Zwangsversetzung in den Ruhestand ab einer Altersgrenze von 65 Jahren für gültig erkläre. Als Voraussetzung werde bei dieser nationalen Regelung verlangt, dass der/die Arbeitnehmer/in die auf 65 Jahre festgesetzte Altersgrenze für den Eintritt in den Ruhestand erreicht habe und die übrigen sozialversicherungsrechtlichen Voraussetzungen in Bezug auf eine beitragsbezogene Altersrente erfüllt seien. Es sei vom Gerichtshof überprüft worden, ob diese Regelung im Einklang mit dem Diskriminierungsverbot auf Grund des Alters stehe.

Der EuGH hebe in Randziffer 51 hervor, dass durch die Regelung, wonach das Erreichen des für den Eintritt in den Ruhestand festgesetzten Alters automatisch zur Auflösung des Arbeitsvertrages führe, die Arbeitnehmer/innen, die das Ruhestandsalter erreicht haben, unmittelbar eine weniger günstige Behandlung erfahren, als alle anderen Erwerbstätigen. Unter Bezugnahme auf die Ausnahmeregelungen der Altersdiskriminierung erachte der EuGH diese ungünstigere Behandlung jedoch als gerechtfertigt, wenn die zugrunde liegende Regelung darauf abziele, den nationalen Arbeitsmarkt in Hinblick auf bessere Beschäftigungspolitik zwischen den Generationen und den damit verbundenen Beschäftigungszugang zu fördern.

Im vorliegenden Fall sei die Antragstellerin mit Wirkung zum 30.6.2009 (dann im 60. Lebensjahr) wegen der Erreichung des gesetzlichen Pensionsalters gekündigt worden. Diese Vorgangsweise erfolge ohne Einbettung in eine vorgegebene nationale beschäftigungspolitische Strategie. Im Gegensatz dazu ergebe sich in der Rs C-411/05 das legitime Ziel der Maßnahme aus einer nationalen Regelung. Nach den vorliegenden Informationen herrsche beim Antragsgegner die (gängige) Praxis, Frauen mit 60 und Männer frühestens mit 62 Jahren „in Pension zu schicken“, wobei das allgemeine gesetzliche Mindestpensionsalter als Richtlinie dienen dürfte. Bei rein innerbetrieblich festgesetzten Altersgrenzen müsse ein strengerer Maßstab in Hinblick auf eine Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung gegeben sein.

Es sei darauf hinzuweisen, dass nach den neuen sozialversicherungsrechtlichen Regelungen bestimmte Aufschläge vorgesehen seien, wenn über den gesetzlich vorgesehenen Pensionsantritt hinaus gearbeitet werde. Der Stichtag für den Pensionsantritt sei daher kein alleiniger ausreichender Grund für eine sachliche Rechtfertigung.

Im Lichte der EuGH Judikatur sei die Altersgrenze von 60 Jahren nicht generell rechtfertigbar, sondern nur dann, wenn es sich beispielsweise um eine beschäftigungs- oder arbeitsmarktpolitische Maßnahme handle. Da Männer erst ab 62 Jahren in den Ruhestand versetzt werden, sei die Rechtfertigung der Kündigung von Frauen mit 60 Jahren nicht eindeutig auf derartige Ziele zurückzuführen.

Darüber hinaus werde im Kündigungsschreiben eindeutig eine „Personalreduktion“ angeführt. In einer solchen Maßnahme könne keineswegs eine Förderung der Beschäftigung oder anderer arbeitsmarktpolitischer Ziele erblickt werden. Es sei nicht anzunehmen, dass jüngere Personen eingestellt werden, sondern vielmehr, dass rein wirtschaftliche Überlegungen zu den Kündigungen von älteren ArbeitnehmerInnen führen, die allerdings eine Diskriminierung nicht rechtfertigen können.

Nach den vorliegenden Informationen werden Frauen vom Antragsgegner mit 60, Männer demgegenüber frühestens mit 62 Jahren gekündigt. Wäre die Antragstellerin daher in der identen Situation ein Mann, würde sie zumindest bis zu einem Alter von 62 Jahren arbeiten können. Diese bestehende Betriebsübung sei offensichtlich an den gesetzlich unterschiedlichen Pensionsanfallsaltern orientiert.

Der Verfassungsgerichtshof (VfGH) habe das unterschiedliche Pensionsanfallsalter von Frauen und Männern 1990 wegen Verfassungswidrigkeit aufgehoben (VfSlg 12568/1990). Der Gesetzgeber habe daraufhin das Gleichbehandlungspaket 1992 beschlossen, worin als Begleitmaßnahme eine schrittweise Anhebung der unterschiedlichen Altersgrenzen vorzunehmen sei, um bestehende Versorgungsdefizite und Verteilungsproblematiken, vor allem aber auch gesellschaftliche, familiäre und ökonomische Belastungen von Frauen auszugleichen. Auch aus der Beratungserfahrung der GAW zeige sich die Notwendigkeit einer solchen Maßnahme durch das höhere Diskriminierungspotenzial der Kombination Frau/Alter als Mann/Alter. Frauen haben oft schon ab 50 ein höheres Arbeitslosenrisiko, womit der frühere Pensionsantritt in diesen Fällen gerechtfertigt sei. Dies sei daher als frauenfördernde - sozialrechtliche - Maßnahme bis zur Erreichung einer tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern zu werten.

Die sozialrechtliche frauenfördernde Maßnahme müsse aber von der Beurteilung, ob der/die Arbeitgeber/in das Recht habe, Frauen daher auch schon früher als Männer in Pension zu schicken - wie im vorliegenden Fall -, getrennt beurteilt werden. Durch längere Durchrechnungszeiträume, die sich aus der Pensionsreform ergeben, sowie auch durch typisch weibliche Erwerbsbiografien könne es im Einzelfall dazu kommen, dass eine vom Arbeitgeber/von der Arbeitgeberin ausgesprochene Kündigung, die sich am unterschiedlichen Pensionsanfallsalter orientiert, zu einer Benachteiligung von Frauen gegenüber Männern führt.

Die Kündigungen auf Grund der „Pensionsreife“, die an das frühere Pensionsantrittsalter anknüpfen, können daher Frauen im Einzelfall die Möglichkeit nehmen, durch einen freiwilligen Verbleib im Arbeitsprozess Ausfälle gerade auch von frauenspezifischen Erwerbsbiografien auszugleichen. Frauenspezifische Erwerbsbiografien zeichnen sich nicht nur durch ihre gesellschaftliche Rolle in der Familie (Rolle der Zuverdienerin, Ausfall durch Kinderbetreuung und dergleichen) aus. Ein wesentlicher Teil der Einkommensunterschiede werde durch unterschiedliche Startchancen und langsamere Aufstiegsgeschwindigkeiten verursacht. Es könne vor allem im Hinblick auf die Möglichkeit des Erwerbs von Aufschlägen bei einem Verbleib über den Pensionsantritt hinaus im Einzelfall für Frauen beachtlich sein, diese Unterschiede auszugleichen.

Das Privileg für Frauen dürfe sich aber nicht gegen Frauen auswirken. Es dürfe insbesondere nicht ein Recht des/der Arbeitgebers/in sein, Frauen früher als Männer in den Ruhestand zu versetzen, wenn Frauen dadurch Nachteile erleiden, und diese bereit wären, durch den gleich langen Verbleib im Arbeitsprozess wie Männer, diese auszugleichen. Das Sozialrecht sei hier strikt von Gleichbehandlungsrecht zu trennen.

Die Antragstellerin habe typisch weibliche erwerbsbiografische Ausfälle. So sei sie auf Grund ihrer Verhehlung und einem damit verbunden Umzug wegen der Tätigkeit ihres Gatten im Ausland erst später in den Beruf eingestiegen und habe außerdem Karenzausfallszeiten. Auch unterschiedliche Startchancen und langsamere Aufstiegsgeschwindigkeiten könnten in ihrem Fall zum Tragen gekommen sein. ...

Im Fall einer Prüfung der wesentlichen Interessenbeeinträchtigung, wie sie der OGH in 8 ObA 53/04h (soziale Beeinträchtigung bei Bestehen eines Anspruchs auf Regelalterspension) vorgenommen habe, sei festgehalten worden, dass die Gesamtsituation des/der Arbeitnehmers/in im Einzelfall beachtlich sei und Umstände zu einer Be-

einträchtigung des Kündigungsrechts des/der Arbeitgeber/in führen können, für die er/sie nicht verantwortlich oder auch nur ursächlich sei. Im vorliegenden Fall waren die Einkommenseinbußen der betroffenen Arbeitnehmerin vorwiegend im Zusammenhang mit einer weiblichen Erwerbsbiografie (späterer Berufseintritt durch die Pflege und Erziehung des Sohnes) verortet. Dies müsse daher im Hinblick auf die Beurteilung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts umso mehr beachtlich sein.

Die Bedeutung von Arbeit könne außerdem nicht bloß auf eine Gegenleistung für Arbeitsentgelt reduziert werden. Eine erfüllende Tätigkeit biete einen Beitrag zur Selbstverwirklichung und damit auch ein Sinnangebot zur Lebensgestaltung. Inhalt des Gleichbehandlungsrechts sei nach Ansicht des Generalanwaltes Maduro (Schlussanträge des Generalanwaltes M. Poiares Maduro vom 31.1.2009 in der Rs C-3030/06) auch der Wert der Selbstbestimmung, sodass Menschen in der Lage sein müssen, ihre Lebenswege zu gestalten und unter verschiedenen Optionen eine Wahl treffen zu können. Gerade bei der Erwerbstätigkeit von Frauen werde dieser Aspekt zu wenig berücksichtigt, da Frauen immer noch als auf die Privatsphäre konzentriert und in der Rolle der Zuarbeiterin wahrgenommen werden. Daher herrsche offenbar auch die Meinung vor, alle Frauen würden gerne früher in Pension gehen, um sich in den häuslichen Bereich zurückziehen zu können, ohne ihnen diese Wahl zu lassen. Gerade im höherqualifizierten Bereich sei das aber oft nicht der Fall. Frauen möchten ihre Fähigkeiten ausschöpfen und fühlen sich mit 60 Jahren keineswegs zu alt, um sich beruflich weiterhin zu behaupten und auszudrücken.

Nachweislich seien beim Antragsgegner Männer auch über das 62. Lebensjahr hinaus tätig. Diesen werde offenbar eher zugestanden auch über das Pensionsantrittsalter hinaus weiter zu arbeiten und sich zu verwirklichen und eine Wahl treffen zu können.

Frauen werde offenbar nicht zugestanden, sich auch über ein etwaiges Pensionsantrittsalter hinaus ihrer beruflichen Tätigkeit zu widmen. Obwohl die Antragstellerin auf langjährige in unterschiedlichsten Bereichen gesammelte Erfahrung zurückgreifen könne, und an ihrer Tätigkeit weiterhin interessiert sei, habe sie als Frau keine Möglichkeit eine Wahl zu treffen, ob sie über die durch den Pensionsantritt festgesetzte Grenze hinaus arbeiten möchte oder nicht.

Nach der Judikatur des EuGH stelle eine allgemeine Entlassungspolitik, wonach eine Frau nur aus dem Grund entlassen werde, weil sie das Alter erreicht oder überschrit-

ten habe, in dem sie Anspruch auf eine staatliche Rente erwerbe und das nach den nationalen Regelungen für Männer und Frauen unterschiedlich sei, eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts dar. Auch diese Judikatur, die im Spannungsfeld zwischen dem unterschiedlichen gesetzlichen Pensionsantrittsalter und dem Gleichbehandlungsgrundsatz steht, führe zum Schluss, dass eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorliege.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK übermittelten Stellungnahme des Antragsgegners bestritt dieser die im Verlangen vorgebrachten Vorwürfe und trat diesen wie folgt entgegen:

Eine Diskriminierung aufgrund des Alters oder Geschlechts im Zusammenhang mit der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses liege nicht vor. Richtig sei, dass das Dienstverhältnis der Antragstellerin mit Erreichen des Regelpensionsalters vom Unternehmen gekündigt worden sei. Jedoch durchdringe die Anwaltschaft für Gleichbehandlung in ihrem Verlangen vom 11.2.2009 die anzuwendenden gesetzlichen Bestimmungen nicht zur Gänze. Unter Einbeziehung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen solle im Folgenden der Sachverhalt verdeutlicht werden:

... Es sei klar, dass in einer derartig angespannten Situation drastische Maßnahmen ergriffen werden müssen, und zwar auf der Kostenseite. Auf der Ertragsseite sei eine positive Entwicklung in der nächsten Zeit nicht zu erwarten. Maßnahmen auf der Kostenseite müssen sich auf den Personalaufwand konzentrieren Hinzu komme, dass der Antragsgegner ... ein sehr personalintensives Unternehmen ... sei. Gerade die Personalkosten - insbesondere jene aufgrund von Altverträgen - stellen einen wesentlichen Kostenfaktor im Unternehmen dar, der aus betriebswirtschaftlichen Gründen gesenkt werden müsse. Für ... neu eintretende Arbeitnehmer habe der Antragsgegner mit dem Kollektivvertrag ... einen wesentlichen Schritt gesetzt, um die Personalkosten zu senken.

Aufgrund der wirtschaftlich notwendigen Sparmaßnahmen ... wurden im Unternehmen Überlegungen zu einer möglichst sozialen Vorgehensweise bei der Personalkostenreduktion angestrengt, mit der Prämisse, nach Möglichkeit niemanden in unsozialer Weise aus dem Unternehmen zu drängen. Aus diesen Gründen und aus kaufmännischer Vorsicht sei ... ein Gutachten beauftragt worden; auch um die Rechtmäßigkeit der Kündigung bei Erreichen des Korridoralters zu untersuchen.

Als Resultat sei festgestellt worden, dass die Personalkostenreduktion im Antragsgegner über Pensionierungen die weitaus sozialste Form des Personalabbaues darstelle. Die wirtschaftlich notwendigen Personalkosteneinsparungen lassen sich viel eher über den Weg sozialverträglicher Pensionierungen - wie sie auch im konkreten Fall vorliege - realisieren als mit Kündigungen jüngerer (kostengünstigerer) Mitarbeiter.

Für das Dienstverhältnis der Klägerin gelte der Kollektivvertrag ... allfällige Kündigungsschutzbestimmungen seien nicht anzuwenden, „wenn der Kündigungstermin nach Vollendung des 60. Lebensjahres des Dienstnehmers [Anm. geschlechtsneutral] lege und dieser unmittelbar anschließend einen Anspruch auf Alterspension bzw. vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer geltend machen könne. Dies sei nach der Judikatur des OGH (9 ObA 198/01z, 8 ObA 76/03i) 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 vorliege, wenn der Gesetzgeber ohnehin zur Regelung der betreffenden Sachmaterie für die vom Kollektivvertrag erfassten Personen zuständig ist. Werde in einem Kollektivvertrag, der nur für Arbeitnehmer gelten könne, auf das gesetzliche Pensionsalter für Arbeitnehmer Bezug genommen, dann handle es sich um eine legitime Rückdelegation der vom Gesetzgeber verliehenen kollektiven Rechtssetzungsbefugnis auf den zuständigen Gesetzgeber.

Tatsache sei aber, dass der VfGH dem Gesetzgeber unter den Prämissen des Gleichheitssatzes und des Vertrauensschutzes die zu ziehende Konsequenz, nämlich den „allmählichen Abbau der bloß geschlechtsspezifischen Unterscheidung“ (VfSlg. 16.923, Pkt. 2.1.3.2) [Anm. bis 2033] deutlich kommuniziert habe.

Die Bestimmung des § ... Kollektivvertrag ... 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 § ... Kollektivvertrag ... realiter Veränderungen erfahren, die auf Gesetzesänderungen zurückzuführen waren. So habe sich bspw. das Pensionsantrittsalter aufgrund der ASVG Novellen der letzten Jahre stetig erhöht. Ein Um-

stand, der dem Gesetzgeber, aber nicht den Sozialpartnern, die für den Kollektivvertrag 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 werden.

Im Ergebnis heiÙe dies, dass im Antragsgegner bei Frauen und Männern eine Lösung des Dienstverhältnisses bei Entstehen des Anspruchs auf eine Pensionsleistung das Dienstverhältnis zu diesem Zeitpunkt einvernehmlich gelöst werden solle, 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 werde im Verfahren ... gezeigt werden, dass keine sozial ungerechtfertigte 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 mit Ausnahme der wenigen Fälle des Erreichens der Hacklerregelung, erst das Regelpensionsalter mit Erreichung des 60. Lebensjahres für eine frühestmögliche Lösung des Dienstverhältnisses in Betracht. Dass ... einzelne Persönlichkeiten des Hauses über ein mögliches, erstes Pensionsantrittsalter hinaus beschäftigt werden, sei zum Teil gesetzlich bedingt bzw. eine unternehmerische Entscheidung, die den Fall Frau A nicht betreffe.

Die gesetzlichen Rahmenbedingungen führen zu einer „Ungleichbehandlung“ von Männern und Frauen im Pensions(antritts)recht. ...

Tatsache sei, dass die gesetzlichen Rahmenbedingungen des Pensionsrechts (sowohl bei Antritt als auch in Leistungsfragen) derzeit eine völlig geschlechtsneutrale Regelung nicht zulassen. Die Antragstellerin fühle sich diskriminiert, weil ihr Arbeitgeber von seinem Recht zur Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses mit Erreichung des Regelpensionsalters Gebrauch mache, i.e. 60, während Männer bis 62 arbeiten können. Ein männlicher Dienstnehmer fühle sich diskriminiert, weil sein Dienstverhältnis bei Erreichen einer vorzeitigen Alterspension, also mit 62 gelöst

werde, während Frauen (noch) bis zum Regelpensionsalter arbeiten können. Das Leistungsrecht bleibe an dieser Stelle ausgeklammert; führe aber unweigerlich zu weiteren Ungleichbehandlungen.

Arbeitsverhältnisse haben keinen „Charakter der Lebenslänglichkeit“, sondern finden ihr Ende regelmäßig dort, wo Pensionierungen zumutbar seien. Die GAW führe auch nicht an, wie lange die Antragstellerin über das Regelpensionsalter hinaus noch arbeiten habe wollen: 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. Genauso wenig gebe es ein „allgemeines gesetzliches Mindestpensionsalter“, von dem die Anwaltschaft für Gleichbehandlung in ihren Überlegungen ausgehe.

Die Antragstellerin verlasse das Unternehmen mit Erreichen des Regelpensionsalters von 60 Jahren. Dieses Pensionsalter sei im ASVG festgelegt und decke sich mit dem anzuwendenden Kollektivvertrag. Die Festlegung eines Pensionsalters, das auf einer politischen Bewertung beruhe, diene nicht nur dazu das Arbeitseinkommen im erforderlichen 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.

Soweit die Anwaltschaft für Gleichbehandlung Argumente heranziehe, die sich auf § 105 ArbVG beziehen, so werde dazu im Verfahren ... Stellung genommen werden. Der Kündigungstermin könne außer Streit gestellt werden, der Verlauf der Karriere scheine für die behauptete Diskriminierung bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses unwesentlich.

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:

Die Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** durch den Antragsgegner 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 beendet, diese Beendigung ist auf eine allfällige Diskriminierung zu überprüfen.

Mehrere Auskunftspersonen bestätigten, dass der Antragsgegner bei der Beendigung des Dienstverhältnisses zur Antragstellerin auf das gesetzliche Pensionsanfallsalter, nämlich die Erreichung des 60. Lebensjahres der Antragstellerin, abstellte. Es stellt sich nun die Frage, ob die Antragstellerin durch die zwischen Männern und Frauen unterschiedlich festgelegten Altersgrenzen auf Grund des Geschlechts diskriminiert worden ist.

Der VfGH hat im Jahr 1990 in seinem Erkenntnis, VfSlg 12568/1990, das gesetzlich normierte unterschiedliche Pensionsanfallsalter von Frauen und Männern wegen der Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes aufgehoben. Die Bundesregierung hat allerdings 1992 in seinem Gleichbehandlungspaket beschlossen, bis 2033 eine schrittweise Angleichung der Antrittsalter für Frauen vorzunehmen. Als Gründe wurden Versorgungsdefizite, Verteilungsproblematik, aber auch insbesondere gesellschaftliche, familiäre und finanzielle Belastungen von Frauen genannt. Die schrittweise Anpassung durch den österreichischen Gesetzgebers ist als eine frauenfördernde Maßnahme anzusehen, bis die tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern erreicht worden ist. Das im Verfassungsrang stehende unterschiedliche Pensionsalter steht daher dem Art. 7 B-VG gleichrangig gegenüber. Der österreichische Gesetzge-

ber 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 das Recht hat, seine Mitarbeiterinnen früher als seine Mitarbeiter in Pension zu schicken. Wäre die Antragstellerin ein Mann gewesen, hätte sie über das 60. Lebensjahr hinaus weiterarbeiten können. Die Praxis des Antragsgegners sieht eine unterschiedliche Behandlung von Männern und Frauen vor. Eine Auskunftsperson sagte aus, der Antragsgegner würde die entsprechenden Kollektivverträge und die im ASVG vorgesehene Alterspensionen berücksichtigen. Mehrere Auskunftspersonen gaben an, dass der Antragsgegner Männer teilweise sogar über das gesetzliche Pensionsanfallsalter hinaus beschäftige.

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 bereit wären, diese - durch den gleich langen Verbleib im Arbeitsleben wie Männer - auszugleichen.

Die sozialrechtlichen Bestimmungen sind vom Gleichbehandlungsrecht zu trennen.

Auf Grund der Urteile des EuGH in den Rs Beets-Proper (EuGH vom 26.2.1986, Rs 262/84), Kommission/Belgien (EuGH vom 17.2.1993, Rs C-173/91), Kommission/Frankreich II (EuGH vom 25.10.1988, Rs 312/86) und Marshall II (EuGH vom 2.8.1993, Rs C-271/91) liegt bei einem geschlechtsspezifisch unterschiedlichen Alter für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts auch dann vor, wenn in diesem Mitgliedstaat zulässiger Weise noch ein unterschiedliches gesetzliches Pensionsalter für Männer und Frauen besteht. Auch wenn im Sachverhalt nur auf einen Pensionsanspruch Bezug genommen wird und

somit grundsätzlich Männer und Frauen von dieser Regelung betroffen sein können, werden Männer vor bzw. bis zum 60. Lebensjahr nur im Falle einer Berufsunfähigkeitspension von dieser Regelung betroffen sein. In den übrigen Fällen – nämlich der Alterspension – sind ausschließlich Frauen ab 60 betroffen.

Senat I der GBK geht daher von einer unmittelbaren Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes aus, die keiner Rechtfertigung zugänglich ist. Eine allfällige Verhältnismäßigkeit, wie sie der OGH (vgl. OGH 19.12.2001, 9 Ob A 244/01z) im Rahmen einer Kündigungsanfechtung gemäß § 105 Abs. 3 Z 2 ArbVG, durch Berücksichtigung des Bezuges der Alterspension vorgenommen hat, entfällt daher hier. Zudem ist auch kein – geschlechtsspezifisch unterschiedlicher – Rechtfertigungsgrund erkennbar.

Die Erwerbsbiografien von Frauen zeigen typischerweise im Gegensatz zu männer-spezifischen Erwerbsbiografien immer wieder Einschnitte, insbesondere durch Zeiten der Kindererziehung und durch Teilzeitarbeit, auf. Deshalb weisen Frauen unter anderem ein geringeres Erwerbseinkommen, und damit ein geringere 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 Direktpension der Frauen (60% von der der Männer) ergibt ein für Frauen wesentlich geringeres Gesamtvolumen an Direktpensionen (€ 8,44,- Mrd.)¹. Daraus resultierend ergibt sich eine ungleichmäßige Verteilung der Gefährdungsrisiken für Armut. So sind Frauen häufiger gefährdet als Männer. Eine entscheidende Rolle bei der Armutsgefährdung kommt der Erwerbsfähigkeit von Frauen zu. Durch Betreuungspflichten und mangelnde außerfamiliäre Betreuungsangebote werden Frauen häufig an der Aufnahme einer (Vollzeit-)Erwerbstätigkeit gehindert. Frauen sind nach wie vor häufiger teilzeiterwerbstätig².

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

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

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

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

Nach § 17 Abs. 1 darf niemand auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden. Nach § 19 GIBG liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person auf Grund eines in § 17 GIBG genannten Grundes in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einer ethnischen Gruppe angehören, oder Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung, eines bestimmten Alters oder mit einer bestimmten sexuellen Orientierung gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich. Eine Diskriminierung liegt auch bei einer Anweisung zur Diskriminierung vor.

Zum Diskriminierungsgrund Alter ist festzuhalten, dass der Begriff des Alters im § 17 GIBG nicht weiter definiert wird. Grundsätzlich kann das Anknüpfen an jedes Lebensalter diskriminierend sein, wenn nicht besondere Rechtfertigungsgründe vorliegen. Es sind alle Arbeitnehmer/innen unabhängig von einem Mindest- oder Höchstalter geschützt, es sei denn, spezifische Ausbildungsverordnungen erfordern die Festsetzung eines Höchstalters für eine Einstellung. Ebenso sind Vorschriften unzulässig, welche insbesondere den Einstieg in eine bestimmte Laufbahn nur bis zu einem bestimmten Alter gestatten, sowie Diskriminierungen auf Grund des jugendlichen Alters (so RV B1gNR 22., GP, 15).

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

Rechtfertigungsgründe, auf Grund derer eine Anknüpfung an ein Altersmerkmal nicht diskriminierend sein kann, werden vom Gesetzgeber in § 20 GIBG geregelt. Hier finden sich Ausnahmebestimmungen, die eine Ungleichbehandlung nur unter ganz bestimmten Umständen rechtfertigen. Es liegt keine Ungleichbehandlung vor, wenn die diskriminierenden Maßnahmen objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt sind. Weiters müssen die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich sein. Die RL 2000/78/EG nennt als wesentliches Ziel des Diskriminierungsverbots 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 damit gerechtfertigt werden, dass der/die ältere Arbeitnehmer/in teurer sei als der/die junge. Reine Kostenargumente iSv rein wirtschaftlichen Gründen können keine Differenzierung rechtfertigen. In diesem Zusammenhang ist auch auf den Europäischen Rat zu Beschäftigung und Innovation in Lissabon vom März 2000 hinzuweisen, bei dem unter anderem beschlossen wurde, die durchschnittliche Beschäftigungsquote für ältere ArbeitnehmerInnen zwischen 55 und 64 Jahren bis 2010 auf 50 % (Beschäftigungsrate bis 2010 auf 70 %; Beschäftigungsquote von Frauen bis 2010 auf 60 %) anzuheben.

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 ein anderes als vom/von der Beklagten glaubhaft gemach-

tes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund gemäß §§ 19 Abs. oder 20 GIBG vorliegt.

Die Antragstellerin hat in ihrer mündlichen Befragung glaubwürdig dargelegt, dass sie nach Erreichung des gesetzlichen Pensionsanfallsalters für Frauen weiterhin gerne für den Antragsgegner arbeiten möchte. Dafür spricht auch, dass sie ... Informationen über die Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung über das 60. Lebensjahr hinaus eingeholt hat. Zudem hat die Antragstellerin eine Kündigungsanfechtung ... eingebracht.

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

In Anbetracht des EuGH-Urteils in der Rs Palacios de la Villa (EuGH vom 16.10.2006, Rs C-411/05) und des OGH-Urteils, 9 ObA 131/05p ist davon auszugehen, dass bei Vorliegen eines Anspruches auf eine volle gesetzliche Alterspension zahlreiche Rechtfertigungsgründe gemäß § 20 Abs. 3, 4 GIBG zu beachten sind. Arbeitgeber/innen, die die Aufnahme jüngerer Arbeitnehmer/innen fördern, hätten nach dieser Rechtsprechung einen Rechtfertigungsgrund. In der Rs Age Concern England (EuGH vom 5.3.2009, Rs C-388/07) erkannte der Gerichtshof, dass nationale Gesetze Ungleichbehandlungen wegen des Alters zulassen können. Diese müssen aber ein geeignetes Mittel darstellen, um rechtmäßige, sozialpolitische Ziele in den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu erreichen.

Der Antragsgegner hat das Arbeitsverhältnis mit der Antragstellerin beendet, da diese das 60. Lebensjahr erreicht hat. Es liegt somit eine Altersdiskriminierung vor. Es ist nun zu prüfen, ob eine Rechtfertigung des Antragsgegners 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 arbeitsmarktpolitisches Ziel vorliegen, wozu insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zählen. Außerdem

müssen die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich sein. § 20 Abs. 4 GIBG sieht hier insbesondere die Förderung von Jugendlichen, älteren Arbeitnehmern/innen und Personen mit Fürsorgepflichten als legitime Ziele an. Sollte die Verfolgung eines dieser legitimen Ziele behauptet werden, muss dies im Verfahren konkret dargelegt und glaubhaft gemacht werden.

Im Ermittlungsverfahren hat sich gezeigt, dass der Antragsgegner mit der Kündigung der Antragstellerin nicht die Beschäftigung von Jugendlichen fördert. Zu dieser Auffassung gelangte der Senat I der GBK, da nach Aussage einer Auskunftsperson einen Monat vor Ende der Kündigungsfrist noch keine Entscheidung hinsichtlich einer Nachbesetzung getroffen worden ist. Eine weitere Auskunftsperson gab an, dass es ihrem Erachten nach zu keiner Neueinstellung kommen werde, sondern die Kündigung eine reine Einsparungsmaßnahme sei. Argumentiert wird mit der finanziellen Lage des Antragsgegners. Die schlechte finanzielle Lage des Antragsgegners stellt für sich gesehen jedoch - wie bereits dargelegt - keinen Rechtfertigungsgrund für die Kündigung einer Arbeitnehmerin mit Pensionsanspruch dar. Die Verfolgung eines anderen arbeitsmarktpolitischen Zieles wurde nicht behauptet.

Der Senat I der GBK sieht daher die Vorgehensweise nicht als beschäftigungspolitische Maßnahme iSd § 20 Abs. 3, 4 GIBG an.

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

Wien, 26. Mai 2009

Mag.^a Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK