

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

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) beim Bundeskanzleramt hat über den Antrag von Frau A (in der Folge: die Antragstellerin) wegen behaupteter Diskriminierung auf Grund des Alters bei der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses gem. § 17 Abs. 1 Z 7 GIBG, BGBl. I Nr. 66/2004 idgF, durch die Firma B (Inhaberin: Frau C, in der Folge: Antragsgegnerin) nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz, BGBl. I Nr. 66/2004 idgF, iVm § 11 Gleichbehandlungskommissions-GO, BGBl. II Nr. 396/2004, erkannt:

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

liegt vor.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Die Antragstellerin brachte im Wesentlichen vor, dass sie seit 3.10.2008 bei der Antragsgegnerin als Solariumswartin beschäftigt gewesen und am 6.10.2008 das Arbeitsverhältnis von der Dienstgeberin mit sofortiger Wirkung beendet worden sei. Sie sei in diesem Nagel- und Sonnenstudio schon seit März 2007 tätig gewesen und der Antragsgegnerin von der vormaligen Inhaberin empfohlen worden. Die Antragsgegnerin habe daher ihr Alter gekannt und sie auch am 4. und 5.10.2008 zum Dienst eingeteilt.

Am 6.10.2008 sei es in Folge zu einem persönlichen Gespräch gekommen, im Zuge dessen die Antragsgegnerin ihr mitgeteilt habe, dass sie nicht mehr zu kommen bräuchte, da sie den Auftrag bekommen habe, „dass am Wochenende junge Leute Dienst machen sollen“.

Sie beantrage daher zu prüfen, ob sie bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Grund des Alters diskriminiert worden sei.

Die Antragsgegnerin brachte in ihrer Stellungnahme im Wesentlichen vor, dass Y GmbH an unterschiedlichen Standorten rund 40 Nagelstudios betreibe. Mit 02.10.2008 habe sie das Nagelstudio in X übernommen. Sie betreibe dieses Nagelstudio neben einem weiteren Nagelstudio. Insgesamt werden an beiden Standorten 10 Mitarbeiterinnen beschäftigt und zwar – von einer Mitarbeiterin abgesehen – auf der Basis jeweils geringfügiger Beschäftigungsverhältnisse.

Die Altersstruktur der Dienstnehmer sei so geartet, dass sieben Dienstnehmer unter 40 Jahre alt seien, während drei Dienstnehmer, darunter auch die Antragstellerin, über 50 Jahre alt seien. Frau D, die vor ihr bis zur Betriebsübernahme vom 02.10.2008 das Nagelstudio in X betrieben habe, habe das Dienstverhältnis zur Antragstellerin mit Kündigungsschreiben vom 04.09.2008 aus Gründen der Betriebsbeendigung durch sie per 30.09.2008 zur Auflösung gebracht. Richtig sei, dass sie am ersten Wochenende nach der Betriebsübernahme, also am 04. und 05.10.2008, die Antragstellerin für einige Stunden zu Arbeitsleistungen herangezogen habe, wobei jedoch ihrerseits der Antragstellerin gegenüber völlig klargestellt gewesen sei, dass eine Wiederaufnahme bzw. Fortsetzung des mit Kündigungsschreiben Ds vom 04.09.2008 beendeten Dienstverhältnisses nicht in Betracht komme.

Bloß aus Gründen rechtlicher Vorsicht habe sie am 06.10.2008 der Antragstellerin gegenüber die Kündigung zum 20.10.2008 ausgesprochen.

Die Kündigung wäre von ihr nicht deshalb ausgesprochen, weil es sich bei der Antragstellerin um eine gegenüber den sonstigen in beiden Nagelstudios beschäftigten Dienstnehmern erheblich ältere Dienstnehmerin gehandelt habe, sondern deshalb, weil die Betriebsstruktur, die betriebsinternen Abläufe und weil die an ihre Mitarbeiter gestellten Anforderungen einer Weiterbeschäftigung der Antragstellerin entgegengestanden seien.

Insbesondere zeige es sich für sie bereits anlässlich der wenigen Stunden, die die Antragstellerin am 04. und 05.10.2008 gearbeitet habe, dass die Antragstellerin keine Bereitschaft zeige, sich in die Betriebsstruktur zu integrieren, dass von ihr vorgegebene und angestrebte Betriebskonzept anzunehmen und auch keine Bereitschaft gezeigt habe, die flexiblen Arbeitszeiten, wie sie im Sinne ihrer Konzeptes vorgesehen seien, zu akzeptieren. Vielmehr habe die Antragstellerin vermeint, weil sie eben bereits unter der Betriebsvorgängerin beschäftigt gewesen und weil sie auch beträchtlich älter sei als die sonstigen Dienstnehmer, eine

privilegierte Sonderstellung einnehmen zu können und es sei insbesondere auch ihre mangelnde Bereitschaft zu einer kollegialen und im Sinne eines gedeihlichen Betriebsklimas unerlässlichen Zusammenarbeit mit den sonstigen Dienstnehmern zum Problem geworden.

Die Antragstellerin sei somit nicht annähernd gleich leistungsfähig und gleich leistungswillig wie die sonstigen Dienstnehmer.

In rechtlicher Hinsicht sei davon auszugehen, dass es beim Verbot der Altersdiskriminierung nicht um die Gleichbehandlung von Personen gehe, die sich in einem bestimmten Alter in einer bestimmten Situation befinden, mit solchen, die sich – damals im gleichen Alter – zu einem früheren Zeitpunkt in der gleichen Situation befunden haben. Vielmehr gehe es ausschließlich um die Gleichbehandlung von Personen verschiedenen Alters, welche sich im gleichen Zeitpunkt in einer vergleichbaren Situation befinden (vgl. VwGH 2007/12/0070). Beim Diskriminierungsmerkmal des Alters gehe es ausschließlich darum, dass der Hinweis auf das Alter – egal in welcher Richtung – nicht als sachfremdes Argument verwendet werden darf, um jemanden abzuweisen, loszuwerden oder zu bevorzugen bzw. im Hinblick auf unterschiedliche Vertragsbedingungen anders zu behandeln als andere (jüngere oder ältere) Personen. Liege von vornherein keine vergleichbare Situation vor, dann könne es auch zu keiner Diskriminierung kommen. Der Eindruck einer in diesem Sinne Verschiedenbehandlung werde dadurch widerlegt, dass die Verschiedenbehandlung sachlich gerechtfertigt werden kann.

Ausgehend vom vorstehend wiedergegebenen Sachverhalt könne es daher keinem Zweifel unterliegen, dass für die Nichtweiterbeschäftigung der Antragstellerin im Nagelstudio nicht ihr Alter maßgeblich gewesen sei, sondern jene sachlich gerechtfertigten Gründe, die vorstehend ins Treffen geführt worden wären.

Es treffe auch nicht zu, dass sie im Zuge eines Gespräches der Antragstellerin gegenüber mitgeteilt hätte, sie bräuchte deshalb nicht mehr zu kommen, weil sie den Auftrag bekommen hätte, dass am Wochenende nur junge Leute den Dienst versehen sollten. Tatsächlich habe sie im Gespräch der Antragstellerin gegenüber jene Argumente ins Treffen geführt, die, wie vorstehend ausgeführt, ihre Nichtweiterbeschäftigung sachlich gerechtfertigt erscheinen lassen.

Die Antragstellerin gab bei ihrer Befragung ergänzend an, dass sie seit dem Jahr 2000 unter der Vorgängerin der Antragsgegnerin im Sonnenstudio immer am Wochenende gearbeitet habe. Die vormalige Inhaberin des Sonnenstudios Frau D

hätte dieses aus gesundheitlichen Gründen aufgeben müssen und ihr schon damals mitgeteilt, dass sie gehört hätte, dass die „neue Chefin“ (= die Antragsgegnerin) nur junge Leute einstellen werde.

Kurze Zeit später sei ihr jedoch von ihrer alten Chefin signalisiert worden, dass diese mit der Antragsgegnerin geredet hätte und die Antragstellerin eine neue Arbeit – die sie zwischenzeitlich in Aussicht gehabt hätte – absagen und weiterhin im Sonnenstudio in X bleiben solle.

Sie wäre dann von ihrer alten Chefin gekündigt worden, die aber gemeint hätte, dass – wenn die Antragsgegnerin sie nähme – sie diese Kündigung einfach zerreißen solle. Am 3. Oktober habe ihr dann die Antragsgegnerin vor Zeugen erklärt, dass sie „weitermachen könne“.

Während ihrer Tätigkeit am Wochenende des 4. und 5. Oktober 2008 habe sie dann festgestellt, dass die Antragsgegnerin einiges anders als ihre vormalige Chefin mache. Sie sei daher freiwillig am darauffolgenden Montag zu ihr gefahren um abzuklären, welche Erwartungen diese an sie hätte. Die Antragsgegnerin habe ihr sodann lächelnd erklärt, dass sie sich ihre Arbeit gar nicht angeschaut habe und sie nicht mehr zu kommen bräuchte, weil „ihr Chef“ von ihr verlange, dass am Wochenende nur junge Leute im Sonnenstudio arbeiten. Begründet wäre dies damit, dass junge Leute junges Publikum anziehen und dadurch der Umsatz steigen würde. In einem nachfolgenden Kontakt in Anwesenheit des Ehegatten der Antragstellerin habe die Antragsgegnerin die Aussage, dass „ihr Chef“ von ihr verlange, am Wochenende nur junge Leute zu beschäftigen, wiederholt. Im anhängigen Gerichtsverfahren habe sie jedoch erklärt, dass sie selbst „Chefin“ sei und daher arbeiten könne, mit wem sie wolle. Auch einer älteren Arbeitskollegin – die allerdings nur während der Woche beschäftigt gewesen sei – habe die Antragsgegnerin erklärt, dass „ihr Chef“ von ihr verlange, am Wochenende nur junge Leute zu beschäftigen.

Der als Auskunftsperson befragte Ehegatte der Antragstellerin bekräftigte deren Darstellung in Bezug auf die in seiner Gegenwart getätigte Aussage der Antragsgegnerin und ergänzte, dass diese offenbar in der Folge offenbar Probleme gehabt habe, den Arbeitsplatz zu besetzen, da es nach Darstellung einer Mitarbeiterin zu einem ständigen Personalwechsel gekommen sei.

Die Antragsgegnerin erläuterte dem Senat bei ihrer Befragung, dass sie nach der Übernahme der Filiale in X noch eine Mitarbeiterin gebraucht und daher die Antragstellerin an einem Wochenende probeweise arbeiten lassen habe.

Über die Arbeitszeiten habe sie mit der Antragstellerin vor der Probearbeitszeit nicht gesprochen, was sicherlich ein Fehler gewesen sei. Dann habe sich herausgestellt, dass diese nur am Wochenende arbeiten wolle – sie habe ihr angeboten, einen Tag am Wochenende und einen Tag während der Woche zu arbeiten, womit die Antragstellerin aber nicht einverstanden gewesen sei.

Ein „Kontrollanruf“ habe überdies ergeben, dass die Antragstellerin das Nagelstudio nicht ordentlich vertreten habe, so habe sie beispielsweise nicht über die Preise Bescheid gewusst.

Schließlich habe sie eine vormalige Kollegin der Antragstellerin, die überdies älter als diese sei, angestellt. Der Antragstellerin habe sie erklärt, dass sie „von der Altersstruktur her am Wochenende verschiedene Leute“ brauche, da sie die Erfahrung gemacht habe, dass man damit ein breiteres Publikum anspreche.

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission hat hiezu erwogen:

Die im vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des Gleichbehandlungsgesetzes, BGBl. I Nr. 66/2004 idGF, lauten:

"§ 17. (1) Auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des **Alters** oder der sexuellen Orientierung darf in Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht

....

7. bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses

"§ 19. (1) Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person auf Grund eines in § 17 genannten Grundes in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

(2) Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einer ethnischen Gruppe angehören, oder Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung,

eines bestimmten Alters oder mit einer bestimmten sexuellen Orientierung gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich.

(3) Eine Diskriminierung liegt auch bei Anweisung einer Person zur Diskriminierung vor.

Vor der rechtlichen Auseinandersetzung mit dem im Verfahren vor dem erkennenden Senat erhobenen Sachverhalt bleibt zunächst zu bemerken, dass die Herstellung einer diskriminierungsfreien Arbeitsumwelt als eine der wesentlichsten Zielsetzungen des Gleichbehandlungsgesetzes zu betrachten ist.

Im Hinblick auf dieses Ziel wird es für Arbeitgeber/innen daher unerlässlich sein, sich mit allenfalls vorhandenen negativen Stereotypisierungen von Personengruppen auseinanderzusetzen.

Zur Frage der Beweislastverteilung ist anzumerken, dass gemäß § 26 Abs. 12 GIBG eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungsstatbestand im Sinne der §§ 17, 18 oder 21 beruft, diesen glaubhaft zu machen hat.

Dem/der Beklagten obliegt es bei Berufung auf § 17 oder 18 zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne der §§ 19 Abs. 2 oder 20 vorliegt.

Zur Frage, ob die Antragstellerin durch die Antragsgegnerin bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Grund des Alters diskriminiert worden ist, ist zunächst anzumerken, dass auch während der Probezeit eine Beendigung des Probearbeitsverhältnisses nicht aus diskriminierenden Gründen erfolgen darf.

Im gegenständlichen Fall ist die vom erkennenden Senat zu beurteilende Schlüsselfrage, ob die von der Antragstellerin behauptete Aussage – nämlich, dass sie gar nicht mehr zu kommen brauche, da „der Chef“ verlange, dass am Wochenende nur junge Leute arbeiten sollen – so gefallen ist oder nicht.

Eine Bejahung dieser Frage ist nämlich als gravierendes Indiz für eine diskriminierende Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Antragstellerin zu werten, die auch nicht durch den Hinweis, dass eine noch ältere Person schließlich eingestellt worden sei, entkräftet werden kann.

Die Beweisaufnahme durch den Senat hat ergeben, dass die im Verfahren relevanten Aussagen, ob am Wochenende NUR junge Leute arbeiten sollen oder ob VON DER ALTERSSTRUKTUR VERSCHIEDENE LEUTE gebraucht würden, auseinander gingen.

Gemäß den Beweislastregeln des GIBG obliegt jener Person, die eine Diskriminierung behauptet, die Glaubhaftmachung derselben, wohingegen die Gegenseite den Beweis zu erbringen, dass ein anderes als das behauptete Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war. In diesem Zusammenhang kommt der mündlichen Befragung der Beteiligten und dem Eindruck, den der erkennende Senat von ihnen gewinnt, eine Schlüsselrolle bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Vorbringens zu.

Im vorliegenden Fall hat der Senat die Antragstellerin und ihr Vorbringen als in sehr hohem Maße glaubwürdig eingestuft.

Auch wenn die Antragsgegnerin bei ihrer Befragung ebenfalls einen guten Eindruck hinterlassen hat, war nach Meinung des erkennenden Senates bei Abwägung aller Umstände eher davon auszugehen, dass die von der Antragstellerin behauptete Äußerung auch tatsächlich so gefallen ist und das Probearbeitsverhältnis von der Antragsgegnerin daher aus diskriminierenden Motiven – weil das Alter der Antragstellerin eben nicht ihren zielgruppenspezifischen Motiven (ein junges Publikum anzusprechen) entsprochen hat – beendet wurde.

Mit dem Hinweis auf das Vorliegen anderer, für die Kündigung mitausschlaggebender Motive kann ein/e ArbeitgeberIn eine diskriminierende Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht exkulpiert werden, da – den Realitäten der Arbeitswelt folgend – der erkennende Senat davon ausgeht, dass bei der Auflösung eines Arbeitsverhältnisses auch mehrere Motive eine Rolle spielen können.

Den Beweislastregeln des GIBG folgend konnte seitens der Antragsgegnerin daher nicht der Beweis erbracht werden, dass die Beendigung des Probearbeitsverhältnisses nicht auf Grund des Alters der Antragstellerin erfolgt war.

Der Senat ist daher zur Auffassung gelangt, dass die Antragstellerin bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Grund des Alters diskriminiert wurde.

Vorschlag:

Im Hinblick auf den Umstand, dass die Antragstellerin eine andere Beschäftigungsmöglichkeit ausgeschlagen hat, wird vorgeschlagen, einen angemessenen Schadenersatz (Vermögensschaden einschließlich einer Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung, siehe § 26 Abs. 7 GIBG) zu leisten und dem Senat binnen 2 Monaten ab Zustellung des Prüfungsergebnisses über die Umsetzung dieses Vorschlags schriftlich Bericht zu erstatten.