

**Entscheidende Kommission**

Gleichbehandlungskommission

**Senat**

II

**Entscheidungsart**

Einzelfallprüfungsergebnis

**Geschäftszahl**

GBK II/294/16

**Entscheidungsdatum**

30.05.2018

**Diskriminierungsgrund**

Alter

**Diskriminierungstatbestand**

Diskriminierung auf Grund des Alters bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Text

## SENAT II DER GLEICHBEHANDLUNGSKOMMISSION

## Anonymisiertes Prüfungsergebnis GBK II/294/16 gem. § 12 GBK/GAW-Gesetz

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) hat über den Antrag von Herrn A (Folge: Antragsteller) wegen behaupteter Diskriminierung auf Grund des Alters bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 7 GIBG durch Firma B GmbH (in 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 idF BGBl. II Nr. 275/2013, erkannt:

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

liegt nicht vor.

## VORBRINGEN

Im **Antrag** wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Antragsteller seit 01.01.2012 bei der Antragsgegnerin als Angestellter und gewerberechtl. Geschäftsführer beschäftigt gewesen und mit Schreiben vom 01.04.2016 gekündigt worden sei.

Er sei 59 Jahre alt und erziele ein monatliches Grundgehalt von € 5.459,44 brutto zuzüglich variabler Boni. Zugleich mit seiner Kündigung sei er bis 15.06.2016 vom Dienst freigestellt worden. Zeitgleich sei ein wesentlicher jüngerer Arbeitnehmer als sein Nachfolger aufgenommen und vorgestellt worden. Für ihn bestehe kein Zweifel, dass der Grund der Kündigung in seinem fortgeschrittenen Alter liege.

In der Stellungnahme der **Antragsgegnerin** wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Antragsteller als "Area Sales Manager" für das Gebiet Österreich für folgende Bereiche

verantwortlich gewesen sei:

- Vorbereitung und Ausführung der Verkaufspolitik;
- Planung, Erhalt und Ausbau der Geschäftskontakte;
- Unterstützung der Geschäftskontakte auf dem Gebiet Produktionsinformation und –sammlung;
- Anfertigung von Vermerken, Bearbeitung besonderer Anfragen, Angebote und Nachfragen;
- Teilnahme an sowie Vorbereitung, Ausführung und Nachbearbeitung von Kongressen;
- (Nach-)Betreuung von Kunden in Zusammenarbeit mit dem Service/Kundendienst der B International B.V. durch Beantwortung von Anfragen und Lösung von Problemen;
- Initiierung, Entwicklung und Unterstützung von Verkaufsaktionen in Zusammenarbeit mit dem International Area Sales Manager; sowie
- Ausführung sämtlicher Verkaufsaktivitäten.

Das Jahresgrundgehalt habe brutto EUR 76.432,16 (dh 14x monatlich EUR 5.459, 44) betragen, zuzüglich variabler Vergütung im Jahr 2015 circa EUR 78.082,16. Das Dienstverhältnis sei mit Schreiben vom 1.4.2016 mit Wirkung zum 15.6.2016 gekündigt worden.

Die Ausführungen des Antragstellers zu einer angeblichen Altersdiskriminierung bei der Beendigung seines Dienstverhältnisses entbehren jeglicher sachlichen Grundlage. Der Antragsteller versuche - im Wissen um das Nichtbestehen der Möglichkeit einer Kündigungsanfechtung nach § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG – hier lediglich eine weitere Anspruchsgrundlage zu konstruieren. Das Alter des Antragstellers habe bei der Entscheidung über die Kündigung des Dienstverhältnisses nicht die geringste Rolle gespielt, für die Kündigung des Antragstellers sei vielmehr ausschließlich dessen mangelhafte Arbeitsleistung ausschlaggebend gewesen.

Insbesondere seien die Verkaufszahlen des Antragstellers deutlich unter dem von der Antragsgegnerin vorgegebenen Budgetzielen gelegen. So habe beispielsweise das Verkaufsbudget des Antragstellers für das Jahr 2015 EUR 1.454.713 betragen. Die von ihm abgeschlossenen Geschäfte hätten aber lediglich einen Gesamtwert von EUR 984.850 gehabt und sich sohin um EUR 469.863 oder 32 % unter dem vorgegebenen Budget bewegt.

Die Ergebnisse des Antragstellers wären auch weit unter den Ergebnissen anderer Gesellschaften der B Gruppe gelegen gewesen. So führte die Antragsgegnerin das von ihr entwickelte X-System zur gleichen Zeit auf den Märkten in Deutschland und in Österreich ein. Während der deutsche Rechtsträger der B Gruppe bis 31.12.2015 insgesamt 52 X-Einheiten in Deutschland verkauft habe, habe der Antragsteller bis zum heutigen Tage keine einzige X-Einheit in Österreich verkaufen können. Geht man von einem Verhältnis des deutschen Marktes zum österreichischen Markt von ca. 1:10 aus, so hätte der Antragsteller in derselben Zeitspanne also mindestens fünf X-Einheiten verkaufen sollen.

Bezeichnend sei in diesem Zusammenhang auch die mit dem Antragsteller abgeschlossene Bonusvereinbarung für das Jahr 2015. Demnach hätte der Antragsteller bei vollständiger Erreichung der von der Antragstellerin vorgegebenen Ziele Anspruch auf einen Bonus in Höhe von EUR 11.000 gehabt. Nach Auswertung der vom Antragsteller erzielten Ergebnisse wären jedoch nur EUR 1.650 zur Auszahlung gelangt. Somit habe der Antragsteller sein Bonuspotential nur zu 15% ausgeschöpft.

Dieses schlechte Ergebnis sei kein Ausnahmefall in der Laufbahn des Antragstellers, sondern stelle ein anhaltendes Problem der vergangenen Jahre dar. Im November 2015 habe der Antragsteller seinem Vorgesetzten C den Vorschlag unterbreitet, das Landeskrankenhaus ... mit einer Spende in Höhe von EUR 5.000 zu unterstützen. Der mit diesem Kunden der Antragsgegnerin erzielte Umsatz habe im Jahr 2013 EUR 13.360, im Jahr 2014 EUR 63.152 und von Jänner bis November 2015 EUR 22.494,99 betragen. Eine Spende von EUR 5.000 hätte sohin 22,23% des Umsatzes für das Jahr 2015 entsprochen. Im Gegenzug habe das Krankenhaus dem Antragsteller keinen konkreten Geschäftsabschluss in Aussicht gestellt, sondern lediglich die Vorführung einer X-Einheit. Die vom Antragsteller beabsichtigte Spende wäre sohin nicht nur besonders unüblich, sondern auch deutlich von Nachteil für den Betrieb der Antragsgegnerin gewesen, sodass sie vom Vorgesetzten des Antragstellers zu Recht abgelehnt worden sei.

Im Frühjahr/Sommer 2015 habe der Antragsteller einen Geschäftsabschluss mit dem Krankenhaus ... angebahnt. Auch dieser Vertrag wäre für die Antragsgegnerin von wirtschaftlichem Nachteil gewesen. Zum einen sind die Gewährung einer Rückkaufgarantie und die kostenfreie Gewährung einer vollen Garantie, insbesondere im Hinblick auf Handstücke, für den Betrieb der Antragsgegnerin völlig unüblich gewesen. Zum anderen hätte die reale Gewinnmarge 44 % betragen. Die Antragsgegnerin habe jedoch keine

Geschäfte mit einer realen Gewinnmarge von weniger als 50 % abgeschlossen, was dem Antragsteller auch bewusst gewesen sei bzw. nach mehr als dreijähriger Beschäftigung im Betrieb der Antragsgegnerin jedenfalls bewusst sein hätte müssen.

Aus diesen – lediglich beispielhaft genannten - fehlgeleiteten Bestrebungen des Antragstellers sei bereits deutlich ersichtlich, dass dieser regelmäßig falsche Ansätze für den Vertrieb der Produkte und Leistungen der Antragsgegnerin verfolgt habe, das Kundenpotential vollkommen falsch eingeschätzt und sich somit für die Wahrnehmung der mit seiner Funktion verbundenen Aufgaben als fachlich ungeeignet erwiesen habe. Nicht zuletzt sei angemerkt, dass der Antragsteller im Rahmen des von der Antragstellerin angebotenen X-Trainings als schlechtester Teilnehmer abgeschlossen und den Abschlusstest nur knapp bestanden habe.

Zudem habe sich der Antragsteller als äußerst unkooperativ erwiesen, wenn es um die Befolgung betrieblicher Vorgaben gegangen sei, so zB im Zusammenhang mit den gebotenen Besuchsberichten, monatlichen Berichten und Kongressberichten. Diese Berichterstattung sei vor einem Jahr in einem Direktorentreffen der B Gruppe beschlossen worden und in deren deutschen Betrieben reibungslos zur Anwendung gelangt. Sinn und Zweck der Berichterstattung sollte die innerbetriebliche Transparenz im Umgang mit den KundenInnen sein. Auch sei diese innerbetriebliche Kommunikationsform üblich für die moderne Arbeitswelt und stelle keinesfalls eine Form von Mobbing dar. Auch aus diesem Grunde sei der Antragsteller ungeeignet für die Wahrnehmung seiner dienstlichen Aufgaben. Dieser Umstand sei bei der Entscheidung der Antragsgegnerin, den Antragsteller zu kündigen, daher ebenso von Bedeutung gewesen.

Der Antragsteller sei zu keinem Zeitpunkt von der Antragsgegnerin aufgrund seines Alters diskriminiert worden. Für die Kündigung seines Dienstvertrages seien ausschließlich dessen mangelhafte Arbeitsleistung, dessen unzureichende Verkaufszahlen, dessen unzureichende Fertigkeiten für die Ausübung seiner Funktion sowie dessen Nichtbeachtung betrieblicher Vorgaben ausschlaggebend gewesen.

Zudem sei angemerkt, dass der Antragsteller im Zeitpunkt der Anstellung bei der Antragsgegnerin 54 Jahre alt gewesen sei. Bereits aus diesem Umstand sei ersichtlich, dass es der Antragsgegnerin keinesfalls darum gehe, ein möglichst junges Team zu haben.

Der Vollständigkeit und der Transparenz halber lege die Antragsgegnerin offen, dass die

Stelle des Antragstellers von D, einem 43-jährigen Dienstnehmer eingenommen worden sei. Diese Änderung habe jedoch nichts mit dem Alter des neuen Dienstnehmers zu tun, sondern sei ausschließlich aufgrund der einschlägigen Ausbildung und umfassenden Berufserfahrung von D erfolgt. Im Rahmen eines strengen Auswahlverfahrens habe sich dieser durch seine akademische Spezialisierung auf den Bereich des Gesundheitswesens, seine zahlreichen Weiterbildungen auf dem Gebiet des Verkaufs und seine mehr als 20-jährige Berufserfahrung im Bereich Medizintechnik ausgezeichnet. Insbesondere besitze Herr D eine langjährige Erfahrung im Vertrieb ... Instrumente, was dem Gegenstand des Unternehmens der Antragsgegnerin entspreche. Die Antragsgegnerin erhoffe sich, durch die Anstellung des neuen Dienstnehmers ihre Verkaufszahlen in Österreich deutlich zu verbessern.

Zur Person des Nachfolgers des Antragstellers, Herrn D, wurde auf Ersuchen des Senates ausgeführt, dass dessen Dienstvertrag am 15.12.2015 abgeschlossen worden sei, dessen Einstiegsgehalt € 6.429 betragen habe und somit höher als das vom Antragsteller zuletzt bezogene Gehalt (brutto EUR 6.369) gewesen sei. Von "Einsparungen" auf Seiten der Antragsgegnerin könne sohin keine Rede sein.

Zur Leistung von Herrn D wurde ergänzend ausgeführt, dass dieser bereits in den ersten neun Monaten seines Dienstverhältnisses erfolgreicher war als der Antragsteller in seinen vier Jahren im Dienst der Antragsgegnerin. Herrn D sei es bereits in diesen ersten neun Monaten seines Dienstverhältnisses gelungen zwei X-Einheiten zu verkaufen. Es sei zwar der Antragsteller gewesen, der die erste dieser Einheiten ursprünglich dem Kunden präsentiert habe. Die Verkaufsverhandlungen sowie den Vertragsabschluss habe jedoch ausschließlich Herr D getätigt, sodass der Verkauf in wesentlichen Teilen Herrn D zuzurechnen sei. Im Jahr 2017 sei es Herrn D gelungen, zwei weitere X-Einheiten zu verkaufen. Im Jahr 2018 habe er bis dato eine X-Einheit verkauft und finalisiere gerade den Verkauf einer weiteren Einheit.

Von der Markteinführung bis zum heutigen Tag sei dem B-Konzern gelungen, insgesamt 110 X-Geräte in Deutschland, 11 solche Geräte in der Schweiz und 5 Geräte in Österreich abzusetzen. Entgegen den Angaben des Antragstellers habe die Antragsgegnerin die X-Einheiten im September 2013 auf dem "globalen Markt" (sohin einschließlich Österreich) eingeführt. Ende 2013/Anfang 2014 wären die Geräte sodann zum Verkauf verfügbar gewesen. Von einer zeitlichen Diskrepanz von zwei Jahren zwischen der Markteinführung in

Deutschland und jener in Österreich könne also nicht die Rede sein. Gehe man davon aus, dass der Schweizer Markt in etwa gleich groß sei wie der Österreichische, so sei ein deutlicher Vorsprung am Schweizer Markt zu erkennen, der sich gerade durch die unzureichende Leistung des Antragstellers erkläre.

Das stetige Wachstum, das die Antragsgegnerin am österreichischen Markt seit 2016, also jenem Jahr, in dem Herr D die Position des Antragstellers übernommen habe, erfahren habe, basiere gerade auf den erfolgreichen Verkauf von X-Geräten, der in weiterer Folge einen konstanten Verkauf von dazugehörendem Verbrauchsmaterial und somit nachhaltige Umsätze der Antragsgegnerin sichere.

Im Vergleich dazu sei es dem Antragsteller nicht gelungen, auch nur eine einzige X-Einheit zu verkaufen. Der Vollständigkeit halber werde angemerkt, dass es dem Antragsteller vor der Markteinführung der X-Einheiten im September 2013 ebenso wenig gelungen sei deren Vorgängermaschine zu verkaufen. Die vom Antragsteller erzielten Umsätze basierten vielmehr auf dem Verkauf von Zusatzgeräten, die aber deutlich geringere Folgeumsätze generiert hätten.

Der Zielerreichungsgrad der Antragsgegnerin am österreichischen Markt habe nach dem Abgang des Antragstellers ein deutliches Wachstum erfahren. Im Dezember 2016 habe sich die Antragsgegnerin lediglich 9 % unter dem angesetzten Budget befunden und im Dezember 2017 lag sie bei 15 % unter Ziel. Im Vergleich dazu habe der Antragsteller im Dezember 2015 das vorgegebene Budget um 32 % unterschritten. Aufgrund des unterjährigen Ausscheidens des Antragstellers sowie des unterjährigen Eintritts von D in das Unternehmen der Antragsgegnerin im Jahr 2016 eignen sich wohl insbesondere die Monate Dezember 2015 und Dezember 2017 für einen Vergleich zwischen der Leistung des Antragstellers einerseits und jener von Herrn D andererseits. So sei Herrn D im Dezember 2017 bei einem höher angesetzten Zielbudget als im Dezember 2015 ein höherer Zielerreichungsgrad als dem Antragsteller gelungen.

Zusammengefasst sei – so die Antragsgegnerin – ersichtlich, dass die Kündigung des Antragstellers zu keiner Reduktion der Personalkosten für die Antragsgegnerin geführt habe und es der Antragsgegnerin bei der Kündigung des Antragstellers keinesfalls um eine "Verjüngung" ihres aus nur einer Person bestehenden "Teams" gegangen sei, sondern lediglich um eine Steigerung der Umsätze am österreichischen Markt, die durch die Neubesetzung der Stelle auch nachweislich erreicht worden seien.

## BEFRAGUNG VON AUSKUNFTSPERSONEN

Der **Antragsteller** gab bei seiner **Befragung** ergänzend an, dass er vor seiner Beschäftigung bei der Antragsgegnerin bei der Firma Y chirurgische Instrumente und Ähnliches verkauft habe. Über diese habe er die Antragsgegnerin in Österreich „groß“ gemacht. Er sei ursprünglich als ... -Techniker tätig gewesen, letztlich habe er die Antragsgegnerin so gut vertreten, dass die Verkaufssumme von 20.000 € auf 1,2 Millionen € gestiegen sei.

Danach sei es zur Kündigung des Handelsvertrages zwischen der Antragsgegnerin und Y gekommen, er selbst sei dann von der Antragsgegnerin als Geschäftsführer angeworben worden. Nach anfänglichen Rückgängen 2012 habe er die Antragsgegnerin wieder innerhalb von vier Jahren auf über 1 Million € Umsatz gebracht.

Auf Vorhalt des Vorbringens der Antragsgegnerin betreffend seine unzureichenden Verkaufszahlen gab er an, dass die Maschine X in Deutschland zur Markttestung zuerst verkauft worden sei, in Österreich sei ca. zwei Jahre später – mutmaßlich 2014 – der Verkauf gestartet worden, allerdings sei eine gewisse Vorlaufzeit mit Ärzten etc. erforderlich.

2015 wären erste Verkaufserfolge da gewesen, die Herr E, der Geschäftsführer der Antragsgegnerin, verpatzt habe. Zeitgleich sei es zur Verkaufsanbahnung mit ... gekommen, auch nach ... sei die Maschine geliefert worden – nach seinem Ausscheiden. Es gebe die Meinung, dass – wenn Provisionen schlagend würden – ein günstiger Zeitpunkt sei, um Mitarbeiter loszuwerden. In seinem Fall sei der maßgebliche Grund für die Kündigung aber sicher das Alter und nicht der Anfall von Provisionen gewesen.

Für ihn habe es nie auch nur ansatzweise den Verdacht gegeben, dass er wegen nicht passender Umsätze gekündigt werden könnte. Im Gegenteil gebe es ein Belobigungsschreiben der Antragsgegnerin.

Zum Vorwurf der unzureichenden Verkaufszahlen hielt der Antragsteller fest, dass diese aus seiner Sicht nicht unzureichend gewesen seien.

Zur Frage nach dem „X“-Training, bei dem er der schlechteste Teilnehmer gewesen sein soll, meinte er, dass dieses so gut wie nie stattgefunden habe. Im Übrigen habe er selbst Dinge im Büro aufgebaut und eine Operation simuliert. Die diesbezügliche Behauptung der Antragsgegnerin sehe er als bloße Argumentation der Antragstellerin ohne Substanz.



Zur Frage nach der angeblich mangelnden Befolgung betrieblicher Vorgaben hielt er fest, dass das auch eine bloße unsubstantiierte Argumentation der Antragsgegnerin sei. Dokumentationen habe er immer gemacht, da dies ja eine Voraussetzung für die Bonuszahlungen gewesen sei.

Auf Frage, wie er auf den Verdacht käme, dass seine Kündigung altersdiskriminierend sein könnte – zumal er erst mit 55 Jahren eingestellt worden und sein Alter der Antragsgegnerin ja bekannt sei – gab er an, dass es 2012 niemanden gegeben hätte, der die Produkte der Antragsgegnerin übernehmen hätte können. Diese habe ihn bereits viele Jahre über die Firma Y gekannt. Alter sei immer mit höherem Gehalt verbunden und offenbar seien neue Ideen dagewesen.

Die Frage, ob im Hinblick auf sein überkollektivvertragliches Gehalt ein innerbetriebliches Gehaltssystem existiere, aus dem sich dies ableiten ließe, konnte er nicht beantworten. Für ihn sei klar, dass – wenn es keinerlei Gründe gebe, weder die Leistung noch andere Gründe – es also nur sein Alter sein könne, das zur Kündigung geführt habe. Er gehe davon aus, dass ein junger Mitarbeiter einfach weniger koste.

Die **Vertreterin der Antragsgegnerin**, Frau Mag.<sup>a</sup> E, gab bei ihrer Befragung ergänzend an, dass der Antragsteller im Jahr 2015 einen Umsatz von knapp 1 Million € erreicht habe.

Das Verkaufsbudget seien Zahlen, die der Antragsteller bzw. sein Nachfolger erreichen müssten und an dem deren Leistungen gemessen worden seien. Diese Zahlen seien vom Antragsteller regelmäßig nicht erreicht worden. Auf Vorhalt, dass der Antragsteller sein Budget noch nie erreicht habe und die Antragsgegnerin den Betrag jedes Jahr erhöht habe, verweist sie auf die diesbezügliche unternehmerische Entscheidungsfreiheit der Antragsgegnerin. Hinsichtlich X habe es Erwartungen gegeben, die der Antragsteller unterschritten habe, da in Deutschland wesentlich mehr Geräte als in Österreich verkauft worden seien. Der Antragsteller hätte ein Gerät verkauft, das angebahnte Geschäft sei von der Antragsgegnerin wegen unannehmbarer Konditionen aber nicht angenommen hätte, weil es die interne Vorgabe geben, dass der dabei erzielte Gewinn zumindest 50% betragen müsse.

Der Antragsteller habe nicht die Leistungen und nicht die Zahlen erbracht, die sich die Antragsgegnerin gewünscht habe. Ferner habe er im Unterschied zu seinem Nachfolger kein Hochschulstudium absolviert, was ebenfalls eine interne Vorgabe gewesen sei.

Auf Frage des Vorsitzenden nach der Spende von € 5000 führte sie aus, dass der Antragsteller an das ... € 5000 „spenden“ habe wollen, dass dieser Betrag aber in keinem Verhältnis zu den Umsätzen mit diesem Kunden gestanden sei. Das seien 22% des erreichten Jahresumsatzes gewesen, was unvertretbar gewesen wäre. Es gebe ein Spendenbudget, welches aber für jene Kunden ausgeschöpft würde, mit denen gewisse Zahlen erreicht würden. Die Aussicht auf lediglich eine Demonstration der X sei für die Mandantin zu wenig gewesen für eine Spende von € 5000.

Zur Frage nach dem Vorbringen betreffend den „schlechtesten Teilnehmer“ und dem Abschlusstest gab sie an, dazu über keine Unterlagen zu verfügen.

Hinsichtlich der behaupteten mangelnden Kooperation betreffend betriebliche Vorgaben führte sie aus, dass es interne Vorgaben betreffend Protokollierung von Konferenzen gebe, der Antragsteller habe sich gesträubt, daran teilzunehmen. Auf Nachfrage, woraus dies erkennbar sei, verwies sie auf das E-Mail vom 24.11., woraus sich ergebe, dass er nicht bereit gewesen sei, an den Calls teilzunehmen. Der Antragsteller habe aus ihrer Sicht regelmäßig Widerstand geleistet.

## PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat II der GBK stützt sein Prüfungsergebnis auf die schriftlichen Vorbringen und die mündlichen Befragungen des Antragstellers und der Vertreterin der Antragsgegnerin sowie auf die von der Antragsgegnerin vorgelegten umfangreichen Unterlagen zu Verkaufszahlen und Verkaufshistorien.

## BEGRÜNDUNG

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission hat erwogen:

1. 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."

Generell ist zur Frage des **Beweismaßes und der Beweislastverteilung** im GBK-Verfahren ist anzumerken, dass gemäß § 26 Abs. 12 GIBG eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne der §§ 17, 18 oder 21 beruft, diesen **glaubhaft** zu machen hat. Insoweit genügt daher nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes eine „Bescheinigung“ des behaupteten nach dem GIBG verbotenen Motivs, wobei jedoch der bei der GBK zu erreichende Überzeugungsgrad gegenüber der beim „Regelbeweis“ geforderten „hohen Wahrscheinlichkeit“ auf eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ herabgesenkt ist. Vereinfacht gesagt muss mehr für die Darstellung des/r AntragstellerIn sprechen als dagegen (vgl. OGH 9 ObA 144/14p, Arb 13.203 mit weiteren Nachweisen).

Wenn dem/der AntragstellerIn die Glaubhaftmachung von Umständen, die einen Zusammenhang zwischen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und dessen/deren Alter indizieren, gelungen ist, obliegt es dem/der AntragsgegnerIn, zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von der AntragsgegnerIn glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung

ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne der §§ 19 Abs 2 oder 20 GIBG vorliegt.

2. Der Senat geht bei seiner rechtlichen Prüfung von folgendem **Sachverhalt** aus, der auf Basis der schriftlichen Stellungnahmen und der Befragung der oben genannten Auskunftspersonen auf Grund der darzulegenden Erwägungen festgestellt wurde:

Der Antragsteller, Jahrgang 1957, war von 2012 bis zu seiner Kündigung zum 15.6.2016 im Alter von 59 Jahren als Geschäftsführer und einziger Mitarbeiter bei der Antragsgegnerin in Österreich beschäftigt, dessen Letztgehalt betrug € 6.369, im Arbeitsvertrag wurde „*Area Sales Manager*“ als Verwendungsbezeichnung definiert. Dies ergibt sich aus dem insoweit übereinstimmenden bzw. unwidersprochenen Vorbringen der beiden Parteien.

Im Dezember 2015 wurde von der Antragsgegnerin ein Dienstvertrag mit Herrn D, Jahrgang 1973, mit Arbeitsbeginn zum 1.4.2016 als „*Technical Application Specialist*“ und einem Grundgehalt von € 6.429 geschlossen. Dies ergibt sich aus dem von der Antragsgegnerin vorgelegten Dienstvertrag vom 15.12.2015.

Herr D hat nach dem Ausscheiden des Antragstellers dessen Aufgaben übernommen. Seit seinem Arbeitsbeginn bei der Antragsgegnerin im April 2016 hat Herr D zumindest fünf X-Einheiten verkauft, der Antragsteller hingegen bis zu seinem Ausscheiden keine einzige.

Der Zielerreichungsgrad der Antragsgegnerin am österreichischen Markt hat nach dem Ausscheiden des Antragstellers ein deutliches Wachstum erfahren. Diese Feststellungen ergeben sich aus den im Verfahren vorgelegten insoweit auch unbestrittenen Unterlagen der Antragsgegnerin und den Befragungen der angehörten Auskunftspersonen. Von Seiten des Antragstellers wurden die Zahlen auch nicht bestritten, sondern lediglich anders interpretiert.

Die Darstellung des Antragstellers zu dem von der Antragsgegnerin gegen ihn erhobenen Vorwurf unzureichender Verkaufszahlen über mehrere Jahre hinweg, dass aus seiner Sicht seine Verkaufszahlen nicht unzureichend gewesen wären, hat den Senat auf Grund der in der Realität des Wirtschaftslebens ausschließlich von einem/r ArbeitgeberIn definierten „betrieblichen Vorgaben“ nicht überzeugt. Es ist vielmehr der Eindruck entstanden, dass der Antragsteller seine Performance zur Unterstützung seines Vorbringens – entgegen den

wirtschaftlichen Vorgaben seiner Arbeitgeberin – dem Senat gegenüber zu positiv dargestellt hat. Wenn der Senat auch nicht in Zweifel zieht, dass der Antragsteller bei KundInnen beliebt und geschätzt gewesen sein mag, konnte die Antragsgegnerin durch Vorlage der von ihr durch Aufzeichnungen belegten Differenzen zwischen dem von ihr erwarteten und dem tatsächlichem Verkaufserfolg des Antragstellers darlegen, dass sie die diesbezügliche Arbeitsleistung des Antragstellers aus betriebswirtschaftlicher Sicht keineswegs so positiv bewertet hat, wie dieser sie vor dem Senat darzustellen versucht hat („Jeder im OP kannte und mochte ihn - alle seien topzufrieden mit ihm gewesen“).

Der Antragsteller selbst konnte dem Senat auf die Frage, wieso er den Grund für seine Kündigung in seinem Alter von 59 Jahren sehe, obwohl er vier Jahre zuvor im Alter von 55 Jahren eingestellt worden sei, nur seine - allerdings durch keine gehaltsrelevanten, konkret seinen Nachfolger betreffende Zahlen gestützte – **Vermutung** darlegen, dass **ein junger Mitarbeiter einfach weniger koste**. Weitere Indizien für eine altersdiskriminierend erfolgte Kündigung wurden vom Antragsteller selbst nicht vorgebracht.

Die Antragsgegnerin konnte dem Senat hingegen anhand der im Verfahren vorgelegten Unterlagen glaubwürdig und nachvollziehbar darlegen, dass der Antragsteller über mehrere Jahre hinweg unter den von ihr in ihn gesetzten Erwartungen hinsichtlich seiner Verkaufserfolge – gemessen an den in Deutschland erzielten Verkaufszahlen - geblieben ist.

Ob diese Erwartungen von der Antragsgegnerin eventuell unrealistisch hoch angesetzt worden sind, war vom Senat inhaltlich nicht zu beurteilen, da es sich einerseits hierbei um eine unternehmerische Entscheidung der Antragsgegnerin handelt und andererseits keine Ansatzpunkte bestanden sowie auch nicht vorgebracht wurde, dass diese Zahlen in einer (alters)diskriminierenden Weise festgesetzt wurden. Es haben sich für den Senat nämlich aus dem Vorbringen des Antragstellers und auch sonst aus dem dargelegten Sachverhalt keine Indizien dahingehend ergeben, dass diese Umsatzerwartungen in irgendeiner Form mit dem Alter des Antragstellers korrelierten.

Die Darstellung der Antragsgegnerin hinsichtlich der angeblich unzureichenden Kompetenz des Antragstellers für die Ausübung seiner Funktion sowie die von ihr ins Treffen geführte

„Nichtbeachtung betrieblicher Vorgaben“ vermochten den Senat hingegen mangels entsprechend detaillierter inhaltlicher Ausführung durch die Vertreterin der Antragsgegnerin bei der mündlichen Befragung nicht zu überzeugen. Vor allem war es nicht nachvollziehbar, warum erst nach mehreren Jahren der Tätigkeit plötzlich ein akademischer Abschluss für die Ausübung derselben relevant sein sollte. Auch konnte die Antragsgegnerin keine Unterlagen für die schlechte Performance des Antragstellers bei Schulungen vorlegen.

In **rechtlicher Hinsicht** ist somit folgendes abzuleiten:

Hinsichtlich der geltend gemachten Diskriminierung bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** wegen seines Alters ergibt sich aus dem Vorbringen des Antragstellers außer dessen Vermutung, dass dies der Grund für seine Kündigung gewesen sein müsse, weil seine Leistungen ausreichend gewesen seien und ein wesentlich jüngerer Nachfolger für ihn eingestellt worden sei, der für die Antragsgegnerin billiger sein müsse, kein weiterer Bezug zum genannten Grund. Ein solcher wurde auch in seiner Aussage nicht erhärtet.

Damit ist dem Antragsteller die Glaubhaftmachung seines durch seine bloße Vermutung gestützten Vorbringens, dass seine Kündigung nur auf Grund seines Alters erfolgt sein müsse, da sein Nachfolger jünger sei und daher auch billiger sein müsse, nicht in ausreichendem Maße gelungen. Dies wird schon dadurch entkräftet, dass der Nachfolger von Anfang an ein höheres Gehalt bezog als der Antragsteller am Ende seines Dienstverhältnisses ins Verdienen gebracht hatte.

Die Antragsgegnerin konnte hingegen im Sinne von § 26 Abs. 12 GIBG durch Vorlage des Dienstvertrages des Nachfolgers des Antragstellers, Herrn D, den Beweis erbringen, dass dieser mit einem höheren Einstiegsgehalt – gemessen am Letztgehalt des Antragstellers - seine Beschäftigung bei der Antragsgegnerin begonnen hat. Dadurch hat der Senat es als erwiesen angesehen, dass der Antragsteller nicht deshalb gekündigt worden ist, weil er dem Unternehmen als älterer Mitarbeiter zu teuer geworden und an seiner Stelle eine billigere –

weil jüngere – Person eingestellt worden ist. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass Motiv des mangelnden Verkaufserfolges ausschlaggebend war.

Der Senat II der GBK ist somit zur Auffassung gelangt, dass keine Diskriminierung des Antragstellers bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Grund seines Alters durch die Antragsgegnerin vorliegt.