

## **Senat II der Gleichbehandlungskommission**

### **Anonymisiertes Prüfungsergebnis GBK II/34**

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) beim Bundeskanzleramt hat über das in Vertretung der Frau A (in der Folge: die Betroffene) gestellte Verlangen der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) wegen behaupteter Diskriminierung auf Grund des Alters und/oder der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG durch die Firma X (in der Folge: Antragsgegnerin) nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 Gleichbehandlungskommissions-GO, BGBl. II Nr. 396/2004, erkannt:

**Eine Diskriminierung der Betroffenen auf Grund des Alters bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 durch die Antragsgegnerin liegt nicht vor.**

**Eine Diskriminierung der Betroffenen auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 durch die Antragsgegnerin liegt nicht vor.**

### ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Die GAW brachte in ihrem Verlangen im Wesentlichen vor, dass die Betroffene 49 Jahre alt sei und ursprünglich aus Russland stamme, aber die deutsche Staatsbürgerschaft habe. Sie habe sich aufgrund ihrer einschlägigen Berufserfahrung auf eine auf der Website der Antragsgegnerin veröffentlichte Stellenanzeige als Sachbearbeiterin elektronisch beworben. Am ..... habe sie ein Absageschreiben erhalten, da sich die Antragsgegnerin „für einen anderen Bewerber entschieden“ hätte.

Sie habe ihren Lebensgefährten Herrn B. ersucht, sich nach den genauen Gründen für die Absage zu erkundigen. Dieser habe der Antragsgegnerin in einem Email mitgeteilt, dass er den Verdacht hätte, dass die Betroffene aufgrund ihres Alters oder ihrer ethnischen Herkunft diskriminiert worden sei.

Am ..... sei eine Stellungnahme durch Mag.<sup>a</sup> C. erfolgt, dass sie bei der Ablehnung der Betroffenen keine Diskriminierung erkennen könne, da schließlich nur davon die Rede gewesen sei, dass man sich für einen anderen Bewerber entschieden hätte.

Als die Stellenanzeige am ....., somit beinahe 2 Wochen nach der Mitteilung an die Betroffene, dass sich die Antragsgegnerin für einen anderen Bewerber entschieden hätte, noch immer auf der Website veröffentlicht gewesen wäre, sei die Betroffene sehr misstrauisch geworden.

Herr B. habe daher unter falschem Namen in der ... Filiale der Antragsgegnerin angerufen und gefragt, ob die Stelle denn noch frei sei. Er bekam zur Antwort, dass die Stelle noch frei sei und die Antragsgegnerin Bewerbungen für diese Stelle entgegen nehme.

Die GAW vermute eine Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit und des Alters aus folgenden Gründen:

Die Betroffene sei in Russland geboren und habe neben der deutschen Staatsbürgerschaft auch die russische Staatsbürgerschaft. Darüber hinaus sei die Betroffene 49 Jahre alt. Im konkreten Fall sei der Betroffenen mitgeteilt worden, dass sich die Antragsgegnerin für einen anderen Bewerber entschieden habe, sie habe später die Information erhalten, dass die Stelle noch frei wäre. Dies lege den Verdacht nahe, dass die Betroffene bereits im Vorfeld aufgrund ihrer Herkunft und ihres Alters im Vorfeld „aussortiert“ worden sei und das allgemein gehaltene Absageschreiben dies lediglich verschleiern sollte.

Darüber hinaus wäre dieselbe Stellenanzeige wieder auf der Website veröffentlicht – diesmal jedoch mit dem Eingangsdatum nach der Absage der Bewerbung aufgrund einer „Entscheidung für einen anderen Bewerber“. Spätestens dies schließe ein administratives Versehen aus.

Die Antragsgegnerin nahm in ihrem Schriftsatz im Wesentlichen wie folgt Stellung:

Bei der Stellenbesetzung werde ausschließlich auf die Qualifikation eines/r Bewerbers/in abgestellt und aus dem Umstand, dass im Absageschreiben an die Betroffene nicht die genauen Gründe, aus denen man sich für einen „anderen Bewerber“ entschieden habe, dargelegt worden seien, beinhalte kein Indiz für eine Diskriminierung.

Zum Ablauf des Bewerbungsverfahrens bezogen auf das gegenständliche Vorbringen wurde dargelegt, dass bereits drei Tage vor Einlangen der Bewerbung der Betroffenen die Bewerbung der letztlich eingestellte Kandidatin, Frau D., eingelangt sei und man festgestellt hätte, dass Frau D. – die sich ursprünglich für eine andere Position beworben hätte – für die in Rede stehende Stelle sehr gut geeignet und daher zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden sei.

Am ..... – eine Woche vor der Absage an die Betroffene – habe bereits das Vorstellungsgespräch mit Frau D. stattgefunden. Sofort nach diesen Termin sei von der zuständigen Personalreferentin ein Profil erstellt und dem Kunden zugeleitet worden, bei dem es urlaubsbedingt erst am ..... zu einem Vorstellungsgespräch mit Frau D. gekommen sei.

Frau D. sei seitens der Antragsgegnerin jedoch bereits am ..... als „Idealkandidatin“ für den Kunden identifiziert worden.

Zur Bewerbung der Betroffenen wurde dargelegt, dass diese auf Grund ihrer Ausbildung und Berufserfahrung - sie sei ausgebildete Technikerin und habe eine Umschulung zur Werbekauffrau gemacht – nicht zum Kreis der geeigneten Kandidaten gezählt habe, da der Kunde ein großes Unternehmen aus dem Bereich Finanzdienstleistungen gewesen sei und daher Vorkenntnisse in diesem Bereich für die Ausübung der Tätigkeit notwendig gewesen seien.

Es sei die Aufgabe der Antragsgegnerin als Unternehmen aus dem Bereich der Personaldienstleistungen, die qualitative Vorauswahl der Bewerber/innen für den/die Kunden/in zu treffen und diesem lediglich die geeignetsten Kandidat/innen vorzustellen.

Frau D. sei auf Grund ihrer Ausbildung und ihrer Vorkenntnisse mit Abstand die am besten geeignete Kandidatin gewesen.

Die Betroffene sei wegen ihrer fehlenden Ausbildung und Berufserfahrung im Bereich Finanzdienstleistungen oder artverwandten Bereichen einzig und allein aus Gründen

der mangelhaften Qualifikation nicht für die zu besetzende Position in Frage gekommen.

Die Behauptung, dass die Sekretärin dem Lebensgefährten der Betroffenen die telefonische Auskunft erteilt habe, dass die in Rede stehende Stelle noch frei sei, sei für die Antragsgegnerin zum Zeitpunkt der Stellungnahme nicht mehr nachprüfbar.

Grundsätzlich erteile die Sekretärin jedoch keine Sachauskünfte zu Stellenausschreibungen, sondern verbinde Anrufer/innen zum/r zuständigen Sachbearbeiter/in. Die Auskunft – so sie erteilt worden wäre – sei daher nicht mit der Sachauskunft der zuständigen Personalreferentin gleichzusetzen. Der Lebensgefährte der Betroffenen habe daher jedenfalls nicht mit der unternehmensintern zuständigen Ansprechperson kommuniziert.

Zusammenfassend sei festzuhalten, dass die Stelle formal zum Zeitpunkt des Telefonates zwischen der Sekretärin und dem Lebensgefährten der Betroffenen noch frei gewesen, jedoch bereits am Folgetag erwartungsgemäß mit der Idealkandidatin D. besetzt worden sei.

Die zweite Annoncierung der in Rede stehenden Stelle sei als „Fall-Back-Option“ für einen möglichen Absprung der - hausintern bereits am ..... ausgewählten – Idealkandidatin gedacht gewesen.

Die Betroffene sei – wie bereits dargelegt – wegen mangelnder Qualifikation nicht zur Vorstellung beim Kunden geeignet gewesen. Trotz nochmaliger gründlicher Überprüfung des Sachverhaltes habe man keine Diskriminierung der Betroffenen durch die Antragsgegnerin feststellen können.

Die Betroffene ergänzte anlässlich ihrer Befragung, dass sie über die rasche Absage irritiert gewesen sei und vermutet habe, dass nur die erste Seite ihres Lebenslaufes gelesen worden sei. Sie sei zuvor als Technikerin und im Verkauf tätig gewesen, ferner habe sie im Direktvertriebsbereich kosmetischer Produkte eine selbstständige Tätigkeit ausgeübt. Auf die Frage nach ihrer Qualifikation im Finanzdienstleistungsbereich gab sie an, zwar keine einschlägige Ausbildung absolviert zu haben, aber früher in Osteuropa für eine staatliche Versicherung tätig gewesen zu sein, überdies gut mit Zahlen umgehen zu können sowie „offen und kontaktfreundlich“ zu sein.

Der ebenfalls befragte Lebensgefährte der Betroffenen bestätigte sein im Verlangen der GAW dargestelltes Telefonat mit der Sekretärin der Antragsgegnerin.

Der Vertreter der Antragsgegnerin führte gelegentlich seiner Befragung aus, dass man bei der internen Prüfung nach dem Diskriminierungsvorwurf keine Diskriminierung habe feststellen können, da es für die Antragsgegnerin ausschließlich auf die Qualifikation von Bewerber/innen ankäme.

Zum Zeitpunkt des Einlangens der Bewerbung der Betroffenen habe sich das Unternehmen eigentlich nicht mehr in der Suchphase befunden, da bereits eine „Idealkandidatin“ gefunden worden sei. Sicherheitshalber würden jedoch offene Stellen bis zur Vertragsunterzeichnung inseriert bleiben, um bei einem Ausfall den Recruitingprozess nicht gänzlich neu starten zu müssen.

Seitens des Kunden sei eine 5-jährige Berufserfahrung im kaufmännischen Bereich, davon 2-3 Jahre im Finanz- und Versicherungsbereich erwünscht gewesen, allerdings würde die Antragsgegnerin ihre Suchprozesse meist breiter gestalten, um auch eine entsprechende Anzahl an Bewerber/innen anzusprechen.

Eine Altersbeschränkung gebe es bei der Antragsgegnerin nicht, ebenso wären alle Nationalitäten beschäftigt. Die in der Telefonvermittlung der Antragsgegnerin tätige Mitarbeiterin erhalte täglich über 100 Anrufe und leite Gespräche bei Fragen zu Stellenanzeigen grundsätzlich an den/die zuständige Bearbeiter/in weiter. Im Falle der Nichterreichbarkeit dieser Person erteile sie jedoch generell die Auskunft, dass eine Stelle noch frei sei und man noch Bewerbungsunterlagen einreichen könne, da kein/e Bewerber/in abgewimmelt werden solle.

Die Betroffene stehe bei der Antragsgegnerin in einem ständigen Bewerbungsverfahren. Anlässlich einer späteren Bewerbung habe die Betroffene einen Test bei der Antragsgegnerin absolviert, bei dem sich herausgestellt habe, dass die Deutschkenntnisse der Betroffenen – vorgelegt wurde dem erkennenden Senat ein von der Betroffenen verfasstes kurzes Schreiben mit insgesamt 13 Fehlern – nicht ausreichend seien.

Hinsichtlich der antragsgegenständlichen Bewerbung habe sie ferner das Erfordernis des Abschlusses einer kaufmännischen Ausbildung nicht erfüllt, weshalb sie aus Sicht der Antragsgegnerin mit Sicherheit nicht für die damalige Stelle geeignet gewesen wäre.

Die Personalsachbearbeiterin bestätigte, dass für sie die Betroffene auf Grund des Fehlens einer abgeschlossenen kaufmännischen Ausbildung nicht für die Vorstellung beim Kunden geeignet gewesen sei. Die von der Betroffenen angeführte Tätigkeit in Russland in der staatlichen Versicherungsbranche vor etlichen Jahren sei ihrer Einschätzung nach auch nicht mit dem Versicherungsbereich in Österreich vergleichbar.

Die Empfangssekretärin schilderte dem erkennenden Senat, sich auf Grund der großen Anzahl der täglich bei ihr einlangenden Telefonate nicht an jenes mit dem Lebensgefährten der Betroffenen erinnern zu können.

Allerdings verweise sie bei Anfragen zu offenen Stellen einerseits auf die zuständigen Bearbeiter/innen, andererseits verfüge sie gar nicht über die konkrete Information, ab wann eine annoncierte Stelle besetzt sei.

Der Senat II der GBK hat hierzu 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

...

1. bei der Begründung eines 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 Qualifikation des im Verfahren erhobenen Sachverhaltes durch den erkennenden Senat ist zum Gleichbehandlungsgesetz zunächst allgemein zu erläutern, dass eine seiner wesentlichen Zielsetzungen in der Herstellung einer diskriminierungsfreien Arbeitsumwelt liegt!

Im Hinblick auf das Ziel der Herstellung einer diskriminierungsfreien Arbeitswelt für alle Arbeitnehmer/innen ist es daher für jede/n Arbeitgeber/in erforderlich, sich eine allenfalls vorhandene negative Stereotypisierung von Personengruppen bewusst zu machen.

Das Diskriminierungsverbot des § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG begründet keinen Anspruch auf die Begründung eines bestimmten Arbeitsverhältnisses, sondern konkretisiert vorvertragliche Sorgfaltspflichten, die ein anerkanntes Element des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips darstellen und bei deren Verletzung als Rechtsfolge Schadenersatzansprüche zugunsten der diskriminierten Person vorgesehen sind. Dieses Diskriminierungsverbot ist extensiv zu interpretieren, alle mit dem Zustandekommen eines Arbeitsvertrages in Zusammenhang stehenden Vorgänge sind hiervon umfasst.

In einem Verfahren vor einem Senat der Gleichbehandlungskommission soll grundsätzlich nicht das jeweilige Auswahlverfahren wiederholt werden, sondern es soll überprüft werden, ob die Entscheidung, die zur Ablehnung eines Bewerbers oder einer Bewerberin geführt hat, transparent, objektiv und sachlich nachvollziehbar war.

Zur Frage der Beweislastverteilung ist auszuführen, 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.

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.

Der Begriff „Alter“ wurde vom Gesetzgeber nicht näher definiert, es ist aber im Hinblick auf den Schutzzweck der Norm davon auszugehen, dass das Anknüpfen an *jedes* Lebensalter grundsätzlich diskriminierend sein kann, wenn nicht besondere Rechtfertigungsgründe dafür vorliegen (*vgl. auch Rebhan, Kommentar zum GIBG, Seite 442*), was jedoch im antragsgegenständlichen Verfahren nicht relevant war.

Gemäß § 20 Abs. 1 GIBG kann das Alter nur dann ein zulässiges Differenzierungsmerkmal sein, wenn es 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.

Grundsätzlich kann in einem unternehmerischen Konzept kein legitimer Zweck gesehen werden.

Der Senat sah sich auf Grund der durchgeführten Befragungen und ihm vorgelegten Unterlagen mit dem Umstand konfrontiert, dass seitens der Betroffenen nur das Absageschreiben – das jedoch keine Hinweise auf das Vorliegen eines der Diskriminierungsgründe des § 17 GIBG enthielt - und das Telefonat ihres Lebensgefährten mit der Empfangssekretärin für die Glaubhaftmachung der von ihr behaupteten Diskriminierung auf Grund des Alters bzw. der ethnischen Zugehörigkeit ins Treffen geführt werden konnten.

Die Antragsgegnerin hingegen hat dem Senat in glaubwürdiger, nachvollziehbarer und auch den im Allgemeinen bekannten Gepflogenheiten der Personalrekrutierung im Wirtschaftsleben entsprechender Weise dargelegt, dass die „Idealkandidatin“ bereits vor Einlangen der Bewerbung der Betroffenen gefunden worden und daher die später einlangenden Bewerbungen – somit auch jene der Betroffenen – nicht



mehr in der gleichen Intensität geprüft worden seien, da man eben „intern“ bereits mehrere interessante Kandidat/innen zur Auswahl und davon eine - die „Idealkandidatin“ - als zur Vorstellung beim Kunden in ganz besonderem Maße geeignet identifiziert habe.

Auch hat die Antragsgegnerin für den Umstand, dass sie der Bewerbung der Betroffenen nicht näher getreten sei, deren fehlende abgeschlossene kaufmännische Ausbildung ins Treffen geführt, was bezogen auf den in Rede stehenden Recruitingprozess als ein sachlich gerechtfertigtes Aussonderungskriterium anzusehen ist.

Dass auch die von der Antragsgegnerin ebenfalls relevierte „Inkonsistenz“ der von der Betroffenen ausgeübten beruflichen Tätigkeiten von einer mit der Personalvorauswahl beauftragten Person nicht als „Pluspunkt“ für den/die jeweilige Bewerber/in bewertet wird, erscheint dem erkennenden Senat - bezogen auf die Sichtweise eines Personalrecruiters - nachvollziehbar.

Insgesamt ergab daher die Prüfung des Sachverhaltes, dass keine Anhaltspunkte für das Vorliegen der von der Betroffenen behaupteten Diskriminierungen auf Grund des Alters bzw. der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gewonnen werden konnten.

Es ist davon auszugehen, dass die Nichtberücksichtigung der Bewerbung der Betroffenen im antragsgegenständlichen Auswahlverfahren ausschließlich auf deren für die ausgeschriebene Stelle nicht ausreichende Qualifikation zurückzuführen ist und durch diese Vorgangsweise daher seitens der Antragsgegnerin keine die Betroffene im Sinne des § 17 GIBG diskriminierende Personalauswahl getroffen worden ist.

Der erkennende Senat ist daher zur Auffassung gelangt, dass keine Diskriminierung der Betroffenen auf Grund des Alters und keine Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG durch die Antragsgegnerin vorliegen.