## Senat II der Gleichbehandlungskommission

## Anonymisiertes Prüfungsergebnis GBK II/35/07

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) beim Bundeskanzleramt ist über das in Vertretung von Herrn A (in der Folge: der Betroffene) gestellte Verlangen der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) wegen behaupteter Diskriminierung auf Grund des Alters bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG, BGBI. I Nr. 66/2004 idgF, durch die Firma X (in der Folge: Antragsgegnerin) nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 Gleichbehandlungskommissions-GO, BGBI. II Nr. 396/2004, zu folgendem Ergebnis gelangt:

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

## **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE**

Absageschreiben per Email erhalten und sei davon ausgegangen, dass die Stelle mit einer anderen Person besetzt worden sei.

Kurz darauf habe er jedoch dieselbe Stellenanzeige wieder ausgehängt gesehen, diese wäre wortident mit der früheren Stellenanzeige gewesen, diesmal allerdings mit dem größer und fett gedruckten Zusatz "Ideal für Berufseinsteiger!!!" versehen, wohingegen unter den bevorzugten Anforderungen die "Flexibilität" gestrichen gewesen wäre.

Der Betroffene habe daher angenommen, dass er die Stelle als Mitarbeiter der Haustechnik allein aufgrund seines Alters nicht erhalten hätte. Er habe sich an die Gleichbehandlungsanwaltschaft gewendet, die ein Interventionsschreiben an die Antragsgegnerin geschickt habe.

Im Antwortschreiben habe der Geschäftsführer betont, dass eine Diskriminierung keinesfalls beabsichtigt wäre, dass man jedoch den Betroffenen deshalb nicht eingestellt hatte, weil er aufgrund seiner Führungserfahrung sicherlich nicht zufrieden gewesen wäre, in der untergeordneten Position eines Team-Mitarbeiters zu arbeiten. Aus diesem Grund sei auch der Zusatz "Ideal für Berufseinsteiger!!!" in die neuerliche Stellenanzeige aufgenommen worden, wobei hierdurch jedoch nicht ältere Bewerber/innen ausgeschlossen, sondern im Gegenteil Quereinsteiger/innen zur Bewerbung ermutigt hätten werden sollen.

In einer zweiten Stellungnahme, diesmal seitens der anwaltlichen Vertretung der Antragsgegnerin, habe man die Zahlung von Schadenersatz abgelehnt und angeboten, EUR 500 "als Unterstützung während der schwierigen Situation als Arbeitsloser" an den Betroffenen zu zahlen.

Die Anwältin für Gleichbehandlung ungeachtet der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung in der Arbeitswelt vermute eine Diskriminierung aufgrund des Alters aus folgenden Gründen:

Die Bewerbung des Betroffenen wäre ohne die Angabe von konkreten Gründen und ohne dass sich die Antragsgegnerin im Bewerbungsgespräch ein Bild von ihm hätte machen können oder wollen, abgelehnt worden. Etwas später habe sich herausgestellt, dass die Stelle offensichtlich noch nicht besetzt worden sei, und – um

die Anzeige "zieltreffender" zu formulieren – der Zusatz "Flexibilität" gestrichen und stattdessen "Ideal für Berufseinsteiger!!!" eingefügt worden sei.

Es sei daher anzunehmen, dass der Betroffene allein aufgrund seines Alters nicht in das gewünschte Bewerberprofil gepasst habe und deshalb seine Bewerbung abgelehnt worden wäre. Die pauschale Ablehnung des Betroffenen und die später erfolgte Begründung, dass der Betroffene mit dem Arbeitsplatz "nicht zufrieden sein wird", sei somit als Schutzbehauptung zu sehen, die nicht geeignet sei, den Verdacht einer Diskriminierung zu entkräften. Diskriminierungen entstehen oft auch durch das Zuschreiben von stereotypen Eigenschaften an eine bestimmte Gruppe. Gemäß weit verbreiteten Vorurteilen gelten ältere Personen als stur, unflexibel, undynamisch und besserwisserisch. Durch Zuschreibung derartiger Eigenschaften verwundere es dann nicht, wenn die Antragsgegnerin schon aufgrund der im Lebenslauf des Betroffenen angeführten Tätigkeiten zu wissen vermeine, dass er mit der Stelle nicht zufrieden wäre und sich nicht im Team unterordnen könne. Ob der Betroffene wirklich nicht willens oder nicht fähig gewesen wäre, sich in einem Team einem Teamleiter unterzuordnen, hätte das Unternehmen höchstens in einem persönlichen Gespräch herausfinden können. Der Betroffene wäre aufgrund seiner nunmehr länger andauernden Arbeitslosigkeit sehr interessiert an dem Arbeitsplatz gewesen, weshalb er sich beworben habe. Dass diese konkrete Stelle in einer niedrigeren Position gewesen wäre, sei ihm bewusst gewesen, ebenso, dass er wahrscheinlich auch weniger verdient hätte als an seinem letzten Arbeitsplatz. Die behauptete fehlende Teamfähigkeit stehe auch im Widerspruch zu der Stellenbeschreibung, in der angeführt sei: "Als Mitarbeiter/in nimmst du bei uns deine Aufgaben mit einem hohen Grad an Selbständigkeit wahr." und "Je nach Aufgabe arbeitest du auch eng mit deinen Kollegen/innen anderer Fachbereiche zusammen." Der Zusatz "Ideal für Berufseinsteiger!!!" deute ebenfalls darauf hin, dass man eine/n jüngere/n Bewerber/in für diese Stelle gesucht habe. Unter "Berufseinsteiger" vermute man eine Person, die - meist aufgrund ihres noch geringen Alters - wenig oder keine Berufserfahrung habe. Wenn die Antragsgegnerin wirklich "Quereinsteiger" jeden Alters zu einer Bewerbung ermutigen hätte wollen, wäre wohl "Ideal für Quereinsteiger!!!" angeführt oder darauf verwiesen worden, dass einschlägige Berufserfahrung nicht unbedingt erforderlich sei. Ebenso würde man – genau von Quereinsteigern – wohl größere Flexibilität verlangen müssen als von Personen mit bereits einschlägiger Berufserfahrung, die sich nicht so sehr umstellen müssen. In der zweiten Stellungnahme habe die Antragsgegnerin ausgeführt, dass nach nochmaliger Prüfung festgestellt worden sei, dass sich die Absagen über alle Altersgruppen ziehen. Hieraus könne jedoch nicht geschlossen werden, dass somit keine Diskriminierung aufgrund des Alters des Betroffenen vorliege, da Absagen auch aufgrund mangelnder fachlicher Eignung oder aus anderen Gründen getätigt werden. Ob aus der behaupteten Tatsache, dass der nunmehr eingestellte Mitarbeiter älter als 52 Jahre sei, der Beweis, dass der Betroffene nicht aufgrund seines Alters diskriminiert worden sei, abgeleitet werden könne, werde seitens der Gleichbehandlungsanwältin bezweifelt. Die Gleichbehandlungsanwältin gehe daher davon aus, dass der Betroffene bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses aufgrund seines Alters diskriminiert worden sei.

Die Antragsgegnerin legte in ihrer schriftlichen Stellungnahme im Wesentlichen dar, dass die GAW in ihrem Verlangen davon ausgehe, dass die Bewerbung des Betroffenen für die ausgeschriebene Stelle allein auf Grund seines Alters ausgeschieden worden sei. Das wäre natürlich nicht der Fall, die Antragsgegnerin lege als weltweit tätiger Konzern den größten Wert auf nichtdiskriminierende Auswahlverfahren. Das bewiesen etwa die internen Richtlinien und Vorgaben, die die uneingeschränkte Gleichbehandlung von Mitarbeitern in den Vordergrund stellen und Teil der von der Konzernspitze vorgegebenen und international gepflegten Betriebskultur seien.

Im konkreten Fall sei ein Haustechniker gesucht worden, nicht aber jemand, der von seiner Ausbildung und/oder Berufserfahrung in leitender Funktion her prädestiniert für die Rolle des Vorgesetzten sei – dieses eingeschränkte Anforderungsprofil sei bereits in der ersten Stellenanzeige zum Ausdruck gebracht worden.

Das von der GAW thematisierte Kriterium der "Selbstständigkeit" sei eine allgemeine Anforderung an Mitarbeiter der Antragsgegnerin – egal in welcher Funktion. In das beschriebene Bewerberprofil passten daher von vornherein Kandidaten jeden Alters.

Um das im konkreten Fall gewünschte Profil noch deutlicher zu machen und auch Bewerber ohne fundierte einschlägige Ausbildung bzw. Berufserfahrung zur Bewerbung zu ermuntern, sei der Zusatz "Ideal für Berufseinsteiger" gewählt worden, womit allerdings keine Einschränkung auf Interessenten jüngeren Alters bewirkt, sondern die Hemmschwelle für Bewerber aller Altersgruppen herabgesetzt werden

sollte. Der Zusatz habe sich also nicht nur an Einsteiger ins Berufsleben, sondern genauso an Quereinsteiger aus anderen Berufen gerichtet.

Die geänderte Stellenanzeige habe keine Änderung der Altersstreuung der Bewerber bewirkt. Zuvor habe rund ein Drittel der Bewerbungen (32 %) von Interessenten unter 30 Jahren gestammt, nach Änderung der Anzeige seien es 31 % gewesen.

Auch die Mutmaßung der GAW, dass der Zusatz "Flexibilität" in der zweiten Anzeige gestrichen worden sei, um die Chancen älterer Bewerber zu mindern, sei insofern nicht nachvollziehbar, als dass man – wollte man ältere Bewerber tatsächlich diskriminieren – im Gegenteil das Erfordernis der Flexibilität nach Meinung der Antragsgegnerin geradezu hervorheben hätte müssen.

Im Übrigen sei das Ausscheiden von deutlich überqualifizierten Bewerbern ein sachlich gerechtfertigtes und zulässiges Auswahlkriterium.

Aus Sicht der Antragsgegnerin sei es kaum vernünftig, eine Hilfsarbeiterfunktion mit einer ehemaligen Führungskraft zu besetzen, da erfahrungsgemäß die Einordnung eines hochqualifizierten Mitarbeiters in eine untergeordnete Position Konfliktpotential mit sich bringe.

Für die in Rede stehende Stelle hätten sich ein Kandidat aus der Altersgruppe bis 20 Jahre beworben, neun Kandidaten aus der Altergruppe 20 bis 29 Jahre, sieben Kandidaten aus der Altersgruppe 30 bis 39 Jahre, neun Kandidaten aus der Altersgruppe 40 bis 49 Jahre, vier Kandidaten aus der Altersgruppe 50 bis 59 Jahre und zwei Bewerber hätten keine Altersangabe gemacht.

Die Stelle sei letztlich mit dem zweitältesten, 1955 geborenen Bewerber besetzt worden.

Die Absagen an die anderen Bewerber seien aus unterschiedlichen Gründen erfolgt, einem 40jährigen und damit im Vergleich zum Betroffenen wesentlich jüngeren Bewerber, der wie der Betroffene jahrelange Leitungserfahrung im Bereich der Haustechnik aufgewiesen habe, sei jedoch ebenfalls wegen dessen Überqualifikation abgesagt worden.

Zur Absage an den Betroffenen sei ferner festzuhalten, dass diese auch aus dem Grund erfolgt sei, dass dieser einerseits in der Bewerbung in "geradezu marktschreierischer Weise" seine Vorzüge herausgestrichen und weiters zur Berücksichtigung seiner Bewerbung wegen seines Alters – unter Anführung der

Vorteile, die seine Einstellung der Antragsgegnerin bringen würde – aufgefordert habe, was ein sehr unprofessionelles Bild bei der Antragsgegnerin erweckt habe.

Generell sei anzumerken, dass die Antragsgegnerin auf Grund der hohen Anzahl an Bewerbern nicht alle Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einladen könne, sondern dass eine gewisse Vorauswahl Standard sei.

Der Vollständigkeit halber müsse ergänzt werden, dass der Betroffene - selbst wenn man dessen Überqualifikation als Ausscheidungskriterium nicht in Betracht zöge – nicht der bestqualifizierte Kandidat gewesen wäre.

Für den ausgewählten Bewerber habe man sich entschieden, weil dieser bereits im Bereich Haustechnik – allerdings nicht in leitender Funktion – und davon 11 Jahre für die Firma X und 14 Jahre für eine mit X eng zusammenarbeitende Firma tätig gewesen sei und daher die geforderten Standards bestens kenne.

Ferner habe seine bisherige Arbeitgeberin ihre Tätigkeit eingestellt und er in der Folge seinen Arbeitsplatz verloren und er zähle zum Kreis der begünstigten Behinderten, weshalb die Antragsgegnerin diesbezüglich ihre soziale Verantwortung ihm gegenüber wahr genommen habe und auch der Aspekt der "Betriebstreue" hier zu berücksichtigen gewesen sei, zumal er auch nicht im selben Maße eingeschult werden hätte müssen wie ein betriebsfremder Bewerber.

Abschließend wird in der Stellungnahme der Antragsgegnerin darauf verwiesen, dass in der Firmenphilosophie der Antragsgegnerin die Vielfalt besonders groß geschrieben werde und man größten Wert auf eine möglichst vielfältige Zusammensetzung der Mitarbeiterschaft lege.

Der Betroffene ergänzte anlässlich seiner Befragung, dass er sich – nachdem er nach Erhalt der Absage auf seine Bewerbung den offerierten Job mit dem Zusatz "für Berufseinsteiger" nochmals auf der Anschlagtafel gesehen habe - an die Gleichbehandlungskommission gewendet habe.

Er gab an, außer dem auf die Bewerbung an ihn ergangenen Absageschreiben keinen Kontakt mit der Antragsgegnerin gehabt, sich aber von dieser zumindest eine Einladung zu einem Vorstellungsgespräch erwartet zu haben.

Die erste Vertreterin der Antragsgegnerin führte gelegentlich ihrer Befragung aus, dass dem Betroffenen wegen dessen Überqualifikation abgesagt worden sei. Der Betroffene habe in seiner Bewerbung sehr auf seine Erfahrung in leitenden Tätigkeiten verwiesen, es sei für den in Rede stehenden Job jedoch ganz bewusst keine Führungskraft gesucht worden.

Nachdem man im ersten Bewerbungsdurchgang zwar nach einer Vorauswahl der eingelangten Bewerbungen 5 Bewerber telefonisch interviewt und drei davon eingeladen habe, habe sich herausgestellt, dass keiner der Bewerber passe, weshalb der Job nochmals mit dem Zusatz "für Berufseinsteiger" ausgeschrieben worden sei.

Während dieser zweiten Bewerbungsphase habe sich dann auch der eingestellte interne Bewerber gemeldet.

Am antragsgegenständlichen Standort der Antragsgegnerin gäbe es pro Jahr ca. 3.000 bis 4.000 Bewerbungen, weshalb es unmöglich sei, alle Bewerber/innen zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen.

Die zweite Vertreterin der Antragsgegnerin schilderte dem Senat, dass die Antragsgegnerin den Vorwurf, eine Diskriminierung begangen zu haben, sehr ernst nehme, da das weltweit tätige Unternehmen strenge Vorgaben hätte, jegliche Diskriminierung – egal aus welchen Gründen – zu vermeiden.

Es werde weltweit ein Recruiting-Tool verwendet, aus dessen Datenbank das Alter einer Person für den Recruiter gar nicht abrufbar sei.

Das Alter spiele bei Bewerbungen generell keine Rolle. Klar wäre jedoch, dass eine rekrutierte Person ins jeweilige Team passen müsse und daher auch der jeweilige direkte Vorgesetzte – je nach Job zu unterschiedlichen Zeitpunkten – in den Bewerbungsprozess einbezogen werde.

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 begutachtenden 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 bestimmten 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 vorauszuschicken, 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 aber beispielsweise kein legitimer Zweck in einem unternehmerischen Konzept gesehen werden.

Der Senat sah sich auf Grund der durchgeführten Befragungen mit dem Umstand konfrontiert, dass es bis auf die dem Senat im mündlichen Teil des Verfahrens vorgelegte Bewerbung und dem Absageschreiben, in dem kein Grund für die Absage genannt wurde, keinerlei Kontakt zwischen dem Betroffenen und der Antragsgegnerin gegeben hat.

Wenn auch die Enttäuschung des Betroffenen über die nicht erfolgte Einladung zu einem Vorstellungsgespräch dem begutachtenden Senat menschlich verständlich und nachvollziehbar erschien, ist dennoch festzuhalten, dass die von der Antragsgegnerin vorgebrachte Argumentation, nicht alle Bewerber/innen zu einem Vorstellungsgespräch einladen zu können, sondern auf Grund der großen Anzahl der jährlich einlangenden Bewerbungen eine Vorauswahl treffen zu müssen, glaubwürdig und auch generell den Gepflogenheiten der Personalrekrutierung im Wirtschaftsleben entsprechend ist.

Es kann daher im vorliegenden Fall aus dem Absageschreiben allein noch kein Indiz für eine bei der Stellenbesetzung erfolgte Diskriminierung des Betroffenen durch die Antragsgegnerin gewonnen werden, da keine Begründungspflicht für die Absage von Bewerbungen besteht.

Die von der Antragsgegnerin vorgebrachte Argumentation, einen Hausarbeiter und keine Führungskraft gesucht zu haben und aus diesem Grund der Bewerbung des Betroffenen nicht näher getreten zu sein, erschien dem Senat glaubwürdig und im Hinblick auf den der Bewerbung angeschlossenen Lebenslauf des Betroffenen durchwegs nachvollziehbar, weshalb in der Absage auf die Bewerbung des Betroffenen aus dem Grund von der Antragsgegnerin vorgebrachten Grund seiner Überqualifikation auch kein diskriminierendes Handeln seitens der Antragsgegnerin erkannt werden konnte.

Im Sinne der Beweislastregeln des GIBG ist es daher nicht gelungen, die im Verlangen der GAW behauptete Diskriminierung des Betroffenen auf Grund des Alters durch die Antragsgegnerin glaubhaft zu machen.

Der begutachtende Senat ist daher zur Auffassung gelangt, dass keine Diskriminierung des Betroffenen auf Grund des Alters bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses durch die Antragsgegnerin vorliegt.

Allgemein ist abschließend zu bemerken, dass in Bezug auf die Gestaltung von Inseraten die Verwendung von Ausdrücken wie "Berufseinsteiger" und "Flexibilität" nach Meinung des begutachtenden Senates durchaus geeignet erscheint den Eindruck zu erwecken, dass eigentlich jüngere Bewerber/innen angesprochen und erwünscht sind. Es wird daher angeregt, die Gestaltung von Inseraten im Hinblick darauf nochmals zu überdenken!