

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

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) beim Bundeskanzleramt hat über das Verlangen der GAW für Frau A (in der Folge: die Betroffene) wegen behaupteter Diskriminierung auf Grund des Alters bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gem. § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG, BGBl. I Nr. 66/2004 idgF, durch B (Inhaber: Herr C, in der Folge: Antragsgegner) 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 Betroffenen auf Grund des Alters durch den Antragsgegner bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses

l i e g t v o r.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Im Verlangen der GAW wird im Wesentlichen vorgebracht, dass die Betroffene gelernte Bürokauffrau sei und sich telefonisch auf folgendes Stelleninserat beworben habe:

„€ 1.300,- durchschnittl. Nettoeinkommen für interessante Bürotätigkeit! Sie sollten ab 22 J., sehr kundenfreundlich. eventuell gut aussehend u. akzentfrei sein. Arbeitszeit 3-mal je 10 Std. pro Woche, fallweise Wochenende.“

In ihrem Telefonat mit der im Inserat als Ansprechperson genannten Frau D habe die Betroffene ihr Interesse an der ausgeschriebenen Stelle bekundet und zunächst gefragt, ob diese noch frei sei. Frau D habe darauf geantwortet: „Ja, die Stelle ist noch frei. Darf ich fragen wie alt Sie sind?“ Als die Betroffene daraufhin ihr Alter (49 Jahre) bekannt gegeben habe, habe Frau D gemeint, dass ihr Chef eine jüngere Mitarbeiterin und zwar bis 30 Jahre suche, und noch ergänzt, dass dies ja auch aus dem Inserat hervorgehe. Die Betroffene habe dazu bemerkt, dass laut Inserat

lediglich eine Person ab 22 Jahren gesucht werde, habe jedoch keine weitere Möglichkeit erhalten das Gespräch fortzusetzen, da Frau D das Telefonat damit beendet habe.

Kurz darauf habe sich die Betroffene an die Gleichbehandlungsanwaltschaft gewendet, die in der Folge ein Schreiben an den Antragsgegner gerichtet habe.

Im darauf ergangenen Antwortschreiben seien die Vorkommnisse als nicht den Tatsachen entsprechend bestritten worden. Laut Auskunft seiner Mitarbeiterinnen seien im Zuge der telefonischen Kontakte keine Details erfragt worden. Im Übrigen stehe er generell allen Menschen und Altersgruppen unvoreingenommen gegenüber, was sich u.a. auch darin zeige, dass das gesamte Personal unterschiedliche Nationalitäten aufweise und vier der insgesamt 14 weiblichen Angestellten über 46 Jahre seien.

Aus Sicht der Gleichbehandlungsanwältin liegt im vorliegenden Fall die Vermutung einer Diskriminierung aufgrund des Alters aus folgenden Gründen vor:

§ 17 Abs 1 Z 1 GIBG verbiete eine Diskriminierung aufgrund des Alters bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses, womit der gesamte Bewerbungsprozess um eine Stelle umfasst sei. Die Betroffene habe sich - da das Stelleninserat einzig eine telefonische Bewerbungsmöglichkeit vorgesehen habe - auf diesem Weg beim Antragsgegner um die ausgeschriebene Bürotätigkeit beworben. Als gelernte Bürokauffrau sei sie überzeugt gewesen, die nötigen Voraussetzungen für diese Stelle zu besitzen. In dem Telefonat mit der zuständigen Frau D sei die Betroffene jedoch nach Bekanntgabe ihres Alters ohne weiteres Eingehen auf ihre fachliche Qualifikation unverzüglich aus dem weiteren Bewerbungsprozess ausgeschieden. Dies sei damit begründet worden, dass für die Stelle eine jüngere Mitarbeiterin gesucht werde.

Die glaubhafte Schilderung des Bewerbungsgesprächs durch die Betroffene an die Gleichbehandlungsanwaltschaft in unmittelbarer zeitlicher Nähe sowie die näheren Angaben im Stelleninserat („ab 22 Jahre“ und „eventuell gut aussehend“) legen den Verdacht nahe, dass für die Stelle tatsächlich jüngere Bewerber/innen gesucht worden seien und die Betroffene daher bei ihrer Bewerbung aufgrund ihres fortgeschrittenen Alters unmittelbar diskriminiert worden sei. Der allgemeine Hinweis auf den (alters- und herkunftsmäßig unterschiedlichen) Personalstand der Firma

könne an diesem Eindruck auch nichts Maßgebliches ändern. Im Übrigen erscheine es unwahrscheinlich, dass vor dem Hintergrund von reinen Telefonbewerbungen bei diesen Erstgesprächen keinerlei Details von den Bewerber/innen erfragt worden sein sollen.

Es liege somit der Verdacht nahe, dass die Betroffene im Zuge ihrer Bewerbung für eine Bürotätigkeit durch den Ausschluss vom weiteren Bewerbungsverfahren mit dem Hinweis, dass eine jüngere Mitarbeiterin gesucht werde, aufgrund ihres Alters diskriminiert worden sei.

Der Antragsgegner brachte in seiner Stellungnahme im Wesentlichen vor, dass sich nach dem Zeitungsinserat innerhalb kürzester Zeit ca. 40 Bewerber/innen gemeldet hätten und - auch um den Auswahlprozess möglichst unkompliziert zu halten – die ersten 15 Bewerber/innen ohne genauere Details hinsichtlich deren Bewerbungsmotive, Alter, Ausbildung etc. zu einem persönlichen Gespräch eingeladen worden seien. Den restlichen Interessent/innen sei angeboten worden, sich nach einigen Tagen telefonisch zu erkundigen, ob die Stelle noch frei sei.

Die seitens der Betroffenen erhobenen Diskriminierungsvorwürfe würden jeglicher Grundlage entbehren, da beim Antragsgegner insgesamt 14 Mitarbeiter/innen verschiedenster Nationalitäten und unterschiedlichen Alters beschäftigt seien und die „ältesten“ Mitarbeiterinnen 68, 54, 51 und 46 Jahre alt seien. Allein dies spreche dafür, dass zu keinem Zeitpunkt eine Diskriminierung auf Grund des Alters vorgelegen haben könne. Auch die Formulierung im Inserat, wonach eine Person „ab 22 Jahren“ gesucht werde, lasse alleine nicht den Verdacht einer Diskriminierung aufkommen, weil ja keine Begrenzung nach oben gesetzt worden sei. Die älteste Mitarbeiterin des Antragsgegners sei mit 68 Jahren in Pension gegangen.

Wenn die GAW vermeine, dass es unwahrscheinlich sei, dass bei reinen Telefonbewerbungen keine Details von Bewerber/innen erfragt würden, so sei dem zu entgegnen, dass es im Gegenteil der allgemeinen Lebenserfahrung entspreche, Bewerber/innen bei enormen Andrang nach dem Zeitpunkt des Eintreffens ihrer Bewerbungen zu einem Bewerbungsgespräch einzuladen.

Die Tatsache, dass die Betroffene zu keinem Bewerbungsgespräch eingeladen worden sei, sei darin begründet gewesen, dass allein auf Grund des zeitlichen Faktors ein persönliches Kennenlernen jedes/r einzelnen Bewerbers/in nicht möglich

gewesen sei. Eine Diskriminierung auf Grund des Alters könne darin jedoch nicht erblickt werden und werde ausdrücklich bestritten.

Die Betroffene gab bei ihrer Befragung ergänzend an, dass sie bei dem antragsgegenständlichen Telefonat nicht nach ihren Qualifikationen, sondern nur nach ihrem Alter gefragt worden sei. Als ihr erklärt worden sei, dass „der Chef eine jüngere Dame suche“, habe sie dies empfunden, als ob ihr „links und rechts eine Ohrfeige“ verpasst worden wäre. Die Darstellung, dass in dem Telefonat keine Details besprochen, sondern ihr nur mitgeteilt worden wäre, dass man sich melden solle, entspreche im Übrigen nicht den Tatsachen.

Der Antragsgegner verzichtete trotz zweimaliger Ladung auf seine Befragung als Auskunftsperson, seine rechtsfreundliche Vertreterin brachte dem Senat zur Kenntnis, dass der Antragsgegner zum antragsgegenständlichen Zeitpunkt nicht in ... gewesen sei.

Die als Auskunftsperson befragte Mitarbeiterin des Antragsgegners, Frau D, der das von der Betroffenen behauptete Telefonat zuzuschreiben sei, schilderte dem Senat, dass das im Verlangen der GAW behauptete Telefonat so nicht stattgefunden habe. Sie selbst sei angewiesen gewesen, für den Antragsgegner kurze Notizen - wie die Telefonnummer – aufzunehmen und Termine für vom Antragsgegner selbst durchzuführende Vorstellungsgespräche zu vereinbaren. Gelegentlich habe sie dabei auch das Alter einer Person notiert, was ja nicht verboten wäre.

Da es sich bei der ausgeschriebenen Stelle um eine beratende Tätigkeit gehandelt habe, sei dem Antragsgegner auf Grund der „Lebenserfahrung und Menschenkenntnis“ eine etwas ältere Dame lieber gewesen. Die in Rede stehende Stelle sei letztlich mit einer 24-jährigen Frau besetzt worden.

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

1. bei der Begründung 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 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.

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.

Allerdings hat die Gleichbehandlungskommission bereits wiederholt beobachtet, dass sich intransparente Rekrutierungsprozesse faktisch sehr oft zum Nachteil von durch das Gleichbehandlungsgesetz geschützten Personengruppen, wie beispielsweise älteren Arbeitnehmer/innen oder Migrant/innen, auswirken.

Auf Grund der Beweislastregelung des GIBG ist daher jedem/r Arbeitgeber/in in seinem/ihrer eigenen Interesse nahezulegen, Rekrutierungsprozesse transparent, an objektiv messbaren und sachlichen Kriterien orientiert sowie nachvollziehbar zu gestalten, um im Einzelfall die Nichteinstellung einer bestimmten Person sachlich dokumentieren und begründen zu können.

Im vorliegenden Fall hat der Senat den Eindruck gewonnen, dass vom Antragsgegner ein in hohem Maße intransparentes und unprofessionelles Auswahlverfahren durchgeführt wurde. Die Darstellung der Auskunftsperson Frau D, angeblich keinerlei persönliche Eigenschaften bei den von ihr geführten Telefonaten abgefragt zu haben, ist nach Meinung des Senates weder als praxisnahe noch sonderlich effiziente Vorgangsweise zu qualifizieren, sondern erweckt den Verdacht, dass es sich dabei um eine reine Schutzbehauptung handelt.

Auch der Umstand, dass trotz der von Frau D bei ihrer Befragung relevierten, von Herrn C angeblich „gewünschten Menschenkenntnis und Lebenserfahrung“ eine 24-jährige Bewerberin eingestellt wurde, verstärkt diesen Eindruck, dass für die ausgeschriebene Stelle einer Beraterin damals tatsächlich eine „junge“ Frau gesucht wurde. Bei 24-jährigen Personen wird im Allgemeinen bei einer an Lebensphasen und der damit üblicherweise verbundenen Persönlichkeitsentwicklung angelegten Durchschnittsbetrachtung eben gerade noch nicht von einem gesteigerten Maß an „Lebenserfahrung und dadurch gewonnene Menschenkenntnis“ auszugehen sein.

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 gegenständlichen Fall ist die vom erkennenden Senat zu beurteilende Schlüsselfrage, ob die von der Betroffenen behauptete, Frau D zugeschriebene Aussage so gefallen ist oder nicht. Eine Bejahung dieser Frage ist als gravierendes Indiz für ein diskriminierendes, weil unsachliches, vorzeitiges Aussondern der Betroffenen aus dem Auswahlprozess zu werten.

Die Beweisaufnahme durch den Senat hat ergeben, dass die Darstellung der Betroffenen, dass das von ihr behauptete Gespräch tatsächlich so stattgefunden habe, in hohem Maße glaubwürdig war – zumal für den Senat auch kein Grund ersichtlich war, warum die Betroffene den von ihr behaupteten Inhalt dieses Telefonates frei erfinden hätte sollen.

Auch wenn die Mitarbeiterin des Antragsgegners Frau D bei ihrer Befragung einen soliden Eindruck hinterlassen hat und der Senat es ihr auch zubilligt, sich nicht mehr an jedes im Zusammenhang mit dem damaligen Auswahlprozess geführte Gespräch zu erinnern, war nach Meinung des erkennenden Senates bei Abwägung aller Umstände doch davon auszugehen, dass die von der Betroffenen behauptete Äußerung von Frau D auch tatsächlich so gefallen ist und das Arbeitsverhältnis vom

Antragsgegner daher auf Grund des unsachlichen vorzeitigen Aussonderns der Bewerbung der Betroffenen aus diskriminierenden Motiven nicht begründet wurde.

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

Vorschlag:

Es wird vorgeschlagen, einen angemessenen Schadenersatz zu leisten und dem Senat binnen 2 Monaten ab Zustellung des Prüfungsergebnisses über die Umsetzung dieses Vorschlags schriftlich Bericht zu erstatten.