

SENAT II DER GLEICHBEHANDLUNGSKOMMISSION

Anonymisiertes Prüfungsergebnis GBK II/229/14 gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) hat über den Antrag von Herrn A (in Folge: Antragsteller) wegen behaupteter Diskriminierung auf Grund des **Alters** bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG durch die Firma B (in Folge: Antragsgegnerin) nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz, BGBl. I Nr. 66/2004 idF, 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 Begründung des Arbeitsverhältnisses durch die Antragsgegnerin

liegt nicht vor.

VORBRINGEN

Im **Antrag** wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Antragsteller sich bei der Antragsgegnerin beworben und trotz „exzellenter universitärer Ausbildung“ zum einen die ausgeschriebene Stelle nicht erhalten habe und zum anderen nicht zu einem persönlichen Gespräch eingeladen worden sei.

Im Ablehnungsschreiben sei ihm kommuniziert worden, dass es „*leider Abweichungen zu den Vorstellungen*“ der Antragsgegnerin gebe, weshalb er sich auf Grund seines Alters als diskriminiert betrachte, da er „top“ ausgebildet sei und über vier Master Abschlüsse, zwei abgeschlossene Lehrausbildungen und jede Menge Praxis verfüge.

Das Problem liege - und da brauche man nur die Boulevard Medien aufzuschlagen - in seinem Alter von 50 Jahren begründet. Wie sonst sei es zu erklären, dass zwar die gestellten Anforderungen der jeweiligen Unternehmen erfüllt werden, es ihm aber unmöglich sei, auch nur einen einzigen Gesprächstermin zu erhalten.

In der erst sehr kurzfristig vor der mündlichen Befragung eingebrachten ergänzenden Stellungnahme der **Antragsgegnerin** wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Firmenname der Antragsgegnerin zwischenzeitig geändert worden sei.

Im ersten Halbjahr des betreffenden Jahres habe die Antragsgegnerin die Position „Teamleiter/in Customer Service“ zu besetzen gehabt. Es seien entsprechende Anzeigen auf einer Online-Plattform samt Stellenbeschreibung und Anforderungsprofil geschaltet worden.

Die Antragsgegnerin habe mit der Durchführung des Auswahlverfahrens eine externe Personalberaterin beauftragt. Mit dieser arbeite die Antragsgegnerin seit vielen Jahren erfolgreich zusammen und es seien schon dutzende Bewerbungsprozesse anstandslos gemeinsam abgewickelt worden.

Durch diese Zusammenarbeit sollte auch - ganz im Sinne der Unternehmenskultur — ein Höchstmaß an Transparenz, Objektivität und sachlicher Nachvollziehbarkeit des Auswahlverfahrens garantiert werden.

Das Gebot der diskriminierungsfreien Personalauswahl nach dem GIBG sei sowohl von der Antragsgegnerin als auch der beauftragten Personalberaterin zu jedem Zeitpunkt beachtet worden.

Nach Abschluss des Auswahlverfahrens mit 53 Bewerber/innen sei die Position mit der bestgeeignetsten Bewerberin besetzt worden. Da dieses Arbeitsverhältnis jedoch in der Probezeit beendet worden sei, wäre eine neuerliche Ausschreibung der Position erforderlich gewesen.

Auf diese neuerliche Ausschreibung hin hätten sich neben dem Antragsteller auch 15 weitere Personen beworben. Der Antragsteller habe sich online unter Anschluss seines Lebenslaufes über die Online-Plattform beworben. Diese Bewerbung sei von

der Antragsgegnerin entsprechend dem üblichen Prozess kommentarlos an die Personalberaterin zur weiteren Bearbeitung weitergeleitet worden. Zeitnah habe der Antragsteller sodann direkt von der Personalberaterin eine standardisierte „Willkommens-Mail“, mit der Bestätigung seiner Bewerbung und dem Hinweis auf deren Bearbeitung, erhalten.

Unter den eingegangenen Bewerbungen hätten sich mehrere befunden, die aufgrund ihrer bisherigen Berufserfahrung bei objektiver Betrachtung eine deutlich bessere Qualifikation für die ausgeschriebene Stelle aufgewiesen hätten als der Antragsteller. Im Hinblick auf das Anforderungsprofil der zu besetzende Position seien der Antragsgegnerin Berufserfahrungen im Bereich Auftragsabwicklung samt damit in Zusammenhang stehender zollrechtlicher Abwicklung besonders wichtig gewesen.

Nach ernsthafter Prüfung sämtlicher eingelangter Bewerbungen durch die Personalberaterin und in Abstimmung mit der Antragsgegnerin seien sodann die zwei geeignetsten Personen zu Gesprächen eingeladen worden.

Letztendlich sei die Stelle mit der bestgeeigneten Person besetzt worden, die über mehr als 12 Jahre einschlägiger Berufserfahrung im Customer Service verfügt habe.

Ausdrücklich anzumerken sei, dass eine der beiden Personen, die in der engeren Auswahl gestanden seien, Jahrgang 1967 und kroatischer Herkunft gewesen sei, was jedenfalls verdeutliche, dass das Alter oder auch die ethnische Zugehörigkeit für die Antragsgegnerin sicherlich keine Auswahlkriterien für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses seien.

Beide Personen wären jedenfalls für das Anforderungsprofil der Antragsgegnerin besser qualifiziert gewesen als der Antragsteller. Dieser verfüge fast ausschließlich über Berufserfahrungen als Lagerleiter oder Verkaufsleiter, was jedoch objektiv für die zu besetzende Position ohne Bedeutung gewesen wäre. Auch die behauptete Qualifikation durch die umfangreiche universitäre Ausbildung sei für die zu besetzende Position nicht maßgeblich und war daher auch nicht gefordert gewesen.

Da der Antragsteller aufgrund seiner bisherigen Berufserfahrung kein geeigneter Bewerber, geschweige denn der bestgeeignete Bewerber für die zu besetzende Position gewesen sei, habe er als Ergebnis eines ernsthaften und sachlichen

Auswahlverfahrens von der Personalberaterin in Abstimmung mit der Antragsgegnerin per E-Mail eine Absage erhalten. Der Antragsteller sei also nicht aus diskriminierenden Gründen, sondern aus sachlich nachvollziehbaren Gründen nicht als Besetzung für die ausgeschriebene Position in Frage gekommen.

Weder die Stellenausschreibung noch das Auswahlverfahren oder die Absage an den Antragsteller bieten Anhaltspunkte für eine direkte oder indirekte Bezugnahme auf das Merkmal des Alters als Entscheidungskriterium.

Die Antragsgegnerin habe ausschließlich die einschlägige Qualifikation und erworbene Berufserfahrung als Auswahlkriterien herangezogen und das Alter sei für die Begründung des Arbeitsverhältnisses völlig bedeutungslos gewesen.

Das Merkmal des Alters eines Arbeitnehmers sei für die Antragsgegnerin bzw. den gesamten Konzernverbund ohne Bedeutung. Zur bestmöglichen Entfaltung ihrer Geschäftstätigkeit solle eine ausgewogene Altersstruktur im Unternehmen erreicht werden, um günstige Entwicklungen im Hinblick auf Innovationen, Weitergabe von innerbetrieblichem Know-How, Kundenbindung und ein positives Unternehmensimage sicherzustellen.

Dieses Unternehmensziel werde auch durch die Tatsache unterstrichen, dass die Antragsgegnerin in den letzten 2,5 Jahren insgesamt mit 11 Arbeitnehmer/innen Arbeitsverhältnisse begründet habe, die älter als 45 Jahre seien. Darunter auch mit Personen des Jahrganges 1960 und 1962, also älter als der Antragsteller.

Zusammenfassend sei daher festzuhalten, dass die Antragsgegnerin gemäß ihres Vorbringens während des gesamten Auswahlverfahrens und auch gegenüber dem Antragsteller die maßgeblichen Bestimmungen des Gleichbehandlungsgesetzes genauestens beachtet habe und die behauptete Diskriminierung durch die Antragsgegnerin nicht erfolgt sei.

PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat II der GBK stützt sein Prüfergebnis auf die schriftlichen Vorbringen des

Antragstellers und der Antragsgegnerin sowie auf deren Befragungen.

In der **mündlichen Befragung** durch den Senat gab der **Antragsteller** ergänzend an, dass er auch in England im Kundensupport tätig gewesen sei und gedacht habe, dass das Inserat „sehr schön passe“. Ähnlich wie bei anderen bei der Gleichbehandlungskommission anhängigen Verfahren sei relativ früh eine Absage gekommen. Er denke, dass dies mit seinem Alter zusammenhänge.

Die **Vertreterin der Antragsgegnerin**, Frau B, gab bei ihrer **Befragung** ergänzend an, dass der Bewerbungsprozess grundsätzlich so ablaufe, dass eine Führungskraft an die Personalabteilung mit dem Wunsch nach Personal herantrete. Im konkreten Fall seien die einlangenden Bewerbungen an die Personalberaterin weitergeleitet worden, die Personalberaterin habe in Abstimmung mit der involvierten Führungskraft entschieden, wer aufgrund des Lebenslaufes für die Position interessant sei.

Der Lebenslauf des Antragstellers sei im Vergleich zu anderen in Bezug auf die berufliche Erfahrung nicht so vielversprechend gewesen, was nichts mit dessen Alter, sondern mit seiner Qualifikation zu tun gehabt habe.

Es habe Kandidaten mit mehreren Jahren Erfahrung im Customer-Service in der Auftragsabwicklung gegeben. Der Antragsteller habe vorwiegend Verkaufstätigkeiten oder Lagerführung gemacht - für die Antragsgegnerin sei wichtig gewesen, dass es die „Auftragsabwicklung“ sei.

Ein Versandleiter versende die Ware an Kunden, im Customer-Service werde genau das Gegenteil gemacht - nämlich die Bearbeitung von Kundenbestellungen am Telefon, das sei vom Prozess her etwas ganz anderes.

Es habe Kandidaten gegeben, die jahrelange Erfahrung in genau diesem Bereich gehabt hätten. Diese Personen hätten auch Leitungserfahrung gehabt, die Antragsgegnerin hätte nicht gewusst, warum diese Personen nicht vorrangig zu behandeln gewesen sein sollten. Letztlich seien zwei Personen zu einem persönlichen Gespräch eingeladen worden, eine von diesen Personen sei passend gewesen.

BEGRÜNDUNG

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission hat 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."

Vor der rechtlichen Auseinandersetzung mit dem im Verfahren vor dem erkennenden Senat erhobenen Sachverhalt ist 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 daher unerlässlich sein, sich mit allenfalls vorhandenen negativen Stereotypisierungen von Personengruppen auseinanderzusetzen.

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 GIBG beruft, diesen **glaubhaft** zu machen hat. Insoweit genügt daher nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes eine „Bescheinigung“ der behaupteten Tatsachen, 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 Nichtbegründung 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.

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.

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.

Zum vorliegenden **Sachverhalt** – der Nicht-Begründung des Arbeitsverhältnisses des Antragstellers durch die Antragsgegnerin – ist festzuhalten, dass sich auf Grund der Befragung der beiden oben genannten Auskunftspersonen für den Senat folgendes Bild ergeben hat:

Generell müssen für eine gesetzeskonforme Glaubhaftmachung einer von einer Person behaupteten Altersdiskriminierung bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses bereits ein oder mehrere Anhaltspunkte **zum Zeitpunkt der Antragstellung** vorliegen, die über eine bloße und nicht weiter belegte Vermutung, dass das Alter im Auswahlverfahren eine Rolle spielen könnte, hinausgehen. Als keine ausreichende Glaubhaftmachung ist es nach Meinung des Senates anzusehen, wenn ein/e Antragsteller/in versucht, erst aus der Stellungnahme des/der Antragsgegners/in überhaupt das Substrat für das von ihm/ihr behauptete Vorliegen einer Altersdiskriminierung zu gewinnen.

Der Antragsteller konnte dem Senat bei seiner mündlichen Befragung nicht darlegen, dass seine Vermutung, dass die Antragsgegnerin seiner Bewerbung auf Grund seines Alters nicht näher getreten ist, auf ein anderes Element als die „Berichterstattung von Boulevardmedien“ gestützt ist.

Der Hinweis, auch in anderen Bewerbungsprozessen von anderen ArbeitgeberInnen nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden zu sein, kann nicht als Hinweis auf ein im antragsgegenständlichen Bewerbungsprozess diskriminierendes Motiv der konkreten Antragsgegnerin gewertet werden.

Es widerspricht nach Meinung des Senates nicht der allgemeinen Erfahrung im Personalrecruiting, den Kreis der zu einem Vorstellungsgespräch ausgewählten Bewerber/innen zunächst einzuschränken und dabei nach bestimmten Kriterien – die für sich genommen nicht im Sinne des GIBG diskriminierend sein dürfen - eine Auswahl der zu einem Bewerbungsgespräch einzuladenden Personen zu treffen.

Die Vertreterin der Antragsgegnerin konnte glaubwürdig und sachlich nachvollziehbar darlegen, dass der Antragsteller auf Grund seiner fehlenden Erfahrung im Customer-Service und der Existenz von für die Antragsgegnerin für die zu besetzende Stelle wesentlich geeigneter erscheinenden KandidatInnen nicht in die nähere Auswahl gekommen ist und daher ein Absageschreiben der Personalberaterin erhalten hat.

Gemäß den Beweismaßregeln des GIBG ist es der Antragsgegnerin somit gelungen, den Senat davon zu überzeugen, dass nicht das Alter des Antragstellers das für die Ablehnung der Bewerbung des Antragstellers ausschlaggebende Kriterium gewesen war, sondern die für die ausgeschriebene Stelle wesentlich passenderen Qualifikationen anderer BewerberInnen.

Der Antragsteller konnte nämlich nicht in ausreichendem Maße glaubhaft machen, dass sein Alter das für die Nichtbegründung des Arbeitsverhältnisses durch die Antragsgegnerin maßgebliche Motiv war. Der Senat ist vielmehr zum Ergebnis gekommen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass das von der Antragsgegnerin glaubhaft gemachte Motiv der besseren Qualifikation für die Nichtbegründung des Arbeitsverhältnisses ausschlaggebend war.

Deshalb war das Vorliegen einer Diskriminierung des Antragstellers aufgrund des Alters bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses durch die Antragsgegnerin zu verneinen.