

**Senat II der Gleichbehandlungskommission**  
**Anonymisiertes Prüfungsergebnis GBK II/534/23 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 B GmbH (in Folge: Antragsgegnerin) nach Durchführung eines Aktenverfahrens 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 sich der Antragsteller bei der Antragsgegnerin als ... Officer beworben habe und – obwohl er alle Voraussetzungen für diese Stelle erfülle – ihm nicht einmal Gelegenheit zu einem Bewerbungsgespräch gegeben worden sei. Da er das 63. Lebensjahr erreicht habe, sei er für die ausgeschriebene Stelle nicht berücksichtigt worden.

In der Stellungnahme der **Antragsgegnerin** wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass eine Diskriminierung des Antragstellers aufgrund des Alters ganz entschieden zurückgewiesen werde. Zutreffend sei, dass sich der Antragsteller am 25.10.2023 für die Position des „... Officers“ per Mail beworben habe und mittels Mail am 29.11.2023, nach sorgfältiger Prüfung sämtlicher Bewerber und Bewerberinnen, eine schriftliche Absage erhalten habe. In Folge habe der Antragsteller umgehend am 29.11.2023 die Gründe für die Absage hinterfragt,

welche ihm wiederum am 19.12.2023 per Mail schriftlich mitgeteilt worden seien. Es sei festgehalten worden, dass sich für diese Position insgesamt 34 Personen beworben haben, der Pool an Bewerbungen somit sehr groß gewesen sei. Nach einer ersten Vorselektion durch die HR-Abteilung hätten die Führungskräfte der entsprechenden Fachabteilung eine weitere Einschränkung vorgenommen, sodass in der Folge in Summe acht Personen zu einem Hearing eingeladen worden seien, aus dem ein Kandidat als Bestgereihter hervorgegangen sei. Für die ausgeschriebene Position seien nicht nur die objektiv uneingeschränkt verwertbaren Kriterien, sondern insbesondere – wie bei vielen anderen Ausschreibungen auch – die menschlichen und sozialen Kompetenzen relevant, dies gerade deshalb, weil die ausgeschriebene Position sich mit nach ... sehr sensibel zu behandelnden Daten auseinandersetze und Teamarbeit und gegenseitiges Vertrauen im Zuge der Behördentätigkeit besonders gefordert sei. Der Antragsteller sei der einzige Bewerber gewesen, der im Zuge der Bewerbung weder ein persönliches Motivationsschreiben noch einen ausführlichen Lebenslauf übermittelt habe. Dies alleine sei schon sehr ungewöhnlich. Die einzigen übermittelten Unterlagen seien ein „...“ Lebenslauf (wo einzig seine ... Tätigkeiten abgebildet seien) und die ... gewesen. Eine Erklärung, warum er sich für diese Position interessiere und warum er geeignet für diese Position sein könne oder welche Qualifikationen (mit Ausnahme seiner ...qualifikationen) er mitbringe, suche man in den Unterlagen vergebens. Insbesondere für die in der Ausschreibung geforderten Kenntnisse im ... Verfahrenswesen seien aus den übermittelten Unterlagen keinerlei objektivierbaren Fähigkeiten feststellbar gewesen. Zudem seien aufgrund der Vielzahl an Bewerbungen für die Besetzung der Position allfällige Erfahrungen im Bereich von ...organisationen förderlich; wie oben beschrieben habe aus den Bewerbungsunterlagen des Antragstellers auch dazu keinerlei Erfahrung dargelegt oder nachgewiesen werden können. Der Antragsteller fungiere unter anderem seit über 30 Jahren als selbständig vertretungsbefugter Geschäftsführer und aktuell als verantwortlicher Betriebsleiter der ... GmbH und eine Zurücknahme dieser Funktionen erscheine für die Aufnahme der beworbenen Stelle nicht realistisch (und sei auch gar nicht angeboten worden), wäre aber zwingend notwendig. Daher sei aus dieser Tatsache bereits die fehlende Motivation des Antragstellers erkennbar (wie aus den spärlich übermittelten Unterlagen an sich) und dieser sei nicht in die engere Auswahl genommen worden. Keinesfalls sei das mit seinem Alter begründet, eine vom Antragsteller behauptete offensichtliche Altersdiskriminierung sei ausgeschlossen und könne auch nicht dem Anschein nach vorliegen.

Abgesehen davon scheine in seinem „...“ Lebenslauf nicht einmal ein Geburtsdatum auf und daher sei aus dieser Unterlage das genaue Alter des Antragstellers gar nicht ersichtlich. Zudem sei erwähnt, dass der Antragsteller in den letzten Jahren in mehreren Verfahren Beschwerden gegen die ... Antragsgegnerin erhoben habe und langwierige und aufwändige Verfahren geführt worden seien bzw. weiterhin geführt werden würden (einige Verfahren seien noch ... anhängig). Ebenso habe er einen (erfolglosen) Zivilprozess gegen einen Mitarbeiter der Antragsgegnerin geführt, Exekutionsverfahren betreffend offene ...forderungen der Antragsgegnerin beeinsprucht und .... behauptet (die allesamt von der Finanzprokuratur abgelehnt worden seien). Es sei daher nicht plausibel, dass der Antragsteller, der offenbar (wie oben nur ansatzweise beschrieben) jede mögliche juristische Auseinandersetzung mit der Antragsgegnerin suche und sogar einzelne Mitarbeiter persönlich klage, sich allen Ernstes als Mitarbeiter genau in diesem Unternehmen (und in dieser Abteilung) bewerbe und mit Kollegen und Kolleginnen zusammenarbeiten möchte, mit denen (teils sogar persönliche) Gerichtsverfahren ausgetragen werden. Ganz abgesehen davon, dass eine Anstellung bei der Antragsgegnerin für einen Geschäftsführer eines Unternehmens, bei welchem der Antragsteller auch weitere ... Funktionen bekleidet und das der Aufsichtstätigkeit der Antragsgegnerin unterliegt, schon aus rechtlichen und Compliance Gründen jedenfalls ausgeschlossen sei.

### PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) stützt sein Prüfungsergebnis auf die schriftlichen Vorbringen des Antragstellers und der Antragsgegnerin.

Von einer Befragung von Auskunftspersonen wurde abgesehen, da die vorliegenden Unterlagen zu einer Beurteilung des **maßgeblichen** Sachverhaltes ausreichend waren (§ 11 Abs. 4 Gleichbehandlungskommissions-Geschäftsordnung).

Eingangs ist darauf hinzuweisen, dass das GIBG die GBK nicht zur Prüfung von jeglichen Vorwürfen auf Grund einer subjektiv empfundenen Ungerechtigkeit oder von Mobbing im Allgemeinen ermächtigt, sondern dass sich die Kognitionsbefugnis der GBK ausschließlich auf die Prüfung von Diskriminierungsvorwürfen im Zusammenhang mit den in § 17 genannten

Gründen beschränkt, wobei dieser Zusammenhang bei Antragseinbringung vom Antragsteller bzw. der Antragstellerin glaubhaft zu machen ist.

Für eine solche Glaubhaftmachung genügt nach der Rsp zwar eine „Bescheinigung“ der behaupteten Tatsachen, wobei der zu erreichende Überzeugungsgrad gegenüber der beim „Regelbeweis“ geforderten „hohen Wahrscheinlichkeit“ auf eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ herabgesenkt ist. Vereinfacht gesagt muss mehr für die Darstellung des Antragstellers sprechen als dagegen (OGH 9 ObA 144/14p, ARD 6455/14/2015 = Arb 13.203; 9 ObA 177/07f, ZAS 2009/29, 186 [*Klicka*] = DRdA 2010/11, 137 [*Eichinger*]; vgl. auch *Windisch-Graetz*, in *ZellKomm*<sup>3</sup> [2018] § 12 GIBG Rz 16). Wird zB eine Bewerbung mit dem Hinweis abgelehnt, man verfüge über keine Sanitäreinrichtungen für männliche Mitarbeiter, liegt ein starkes Indiz für eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts vor (OGH 9 ObA 46/04m, *ecolex* 2004, 420 = *ASoK* 2005, 26).

Wesentlich ist dabei, dass das GIBG von einem gestuften Beweislastmodell ausgeht (dazu eingehend *Weberndorfer*, Glaubhaftmachung von Diskriminierung am Arbeitsplatz, in *Ulrich/Rippatha*, Glaubhaftmachung von Diskriminierung – Hilfe oder Hemmnis beim Rechtszugang [2018] 35 [72]). Der Antragsteller bzw. die Antragstellerin ist aufgefordert, das verpönte Merkmal sowie die darauf basierende Benachteiligung zu benennen und mittels ausführlicher Darstellung des Geschehens zu konkretisieren. Der Senat der GBK ist dabei von der Richtigkeit und vom Vorliegen der entscheidungsrelevanten Tatsachen zu überzeugen mit dem Ziel, die **Kausalität** einer besonderen Eigenschaft (*hier Alter*) mit einer Benachteiligung so zu verknüpfen, dass der damit befasste Senat der GBK vom Vorliegen einer Diskriminierung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit überzeugt ist.

Erst wenn dies gelungen ist, obliegt es dem Antragsgegner bzw. der Antragsgegnerin in einem weiteren Schritt zu beweisen, dass ein anderer als der glaubhaft gemachte Grund für die Ungleichbehandlung maßgeblich war (so überzeugend *Weberndorfer*, in *Ulrich/Rippatha*, Glaubhaftmachung von Diskriminierung 72).

## 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.“*

Generell ist zur Frage des **Beweismaßes und der Beweislastverteilung** im GBK-Verfahren 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 (OGH) 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 – wie bereits oben ausgeführt – mehr für die

Darstellung des Antragstellers oder der Antragstellerin sprechen als dagegen (vgl. OGH 9 ObA 144/14p, Arb 13.203 mit weiteren Nachweisen).

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 dabei 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, wenn dem Bewerber bzw. der Bewerberin eine Glaubhaftmachung der Diskriminierung iSd § 26 Abs 12 GIBG gelungen ist.

Wenn dem Antragsteller oder der Antragstellerin die Glaubhaftmachung von Umständen, die einen **nachvollziehbaren Zusammenhang** zwischen der Nichtbegründung des Arbeitsverhältnisses und dessen/deren Alter herstellen, gelungen ist, obliegt es dem Antragsgegner oder der Antragsgegnerin zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom Antragsgegner oder der Antragsgegnerin glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne der §§ 19 Abs. 2 oder 20 GIBG vorliegt.

Der Senat geht bei seiner Prüfung des konkreten Sachverhaltes daher von folgenden Erwägungen aus:

Nach dem gestuften Beweislastmodell des GIBG obliegt es dem Antragsteller, den Senat der GBK von der Richtigkeit und vom Vorliegen der entscheidungsrelevanten Tatsachen zu überzeugen mit dem Ziel, die **Kausalität** einer besonderen Eigenschaft (hier: das Lebensalter) mit einer Benachteiligung (hier: die mangelnde Anstellung) so zu verknüpfen, dass der damit

befasste Senat der GBK vom Vorliegen einer Diskriminierung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit überzeugt ist.

Der Antragsteller hat auf seine Bewerbung eine Absage der Antragsgegnerin erhalten und seine Vermutung einer Diskriminierung sein Lebensalter von 63 Jahren gestützt.

Entgegen dieser Vermutung des Antragstellers konnte die Antragsgegnerin im GBK-Verfahren jedoch für den Senat glaubhaft darlegen, dass einerseits sich 34 Personen beworben hätten und andererseits der Antragsteller als einziger weder ein persönliches Motivationsschreiben noch einen ausführlichen Lebenslauf übermittelt habe.

Aus der der GBK langjährig bekannten Praxis von Recruitingprozessen durch Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen ist eine Selektion bei einer Vielzahl von Bewerbungen des zu einem Vorstellungsgespräch eingeladenen Personenkreises für eine betriebswirtschaftlich sinnvolle und effiziente Personalauswahl erforderlich und daher *per se* nicht diskriminierend, da von Arbeitgebern und Arbeitgeberinnen aus Gründen der erwähnten betriebswirtschaftlich sinnvollen Gestaltung des Recruitingprozesses grundsätzlich nicht erwartet werden kann, mit sämtlichen Bewerbern bzw. Bewerberinnen Gespräche zu führen.

Wenn als **Selektionskriterium**, wie im vorliegenden Fall, das **Fehlen eines persönlichen Motivationsschreibens bzw. eines ausführlichen Lebenslaufes** angegeben wird, erscheint dem Senat die hier getroffene Selektion im Hinblick auf die damit **implizit zum Ausdruck gebrachte mangelnde Ernsthaftigkeit** der konkreten Bewerbung lebensnah und sachlich nachvollziehbar, da von einer interessierten Person zu Recht erwartet werden kann, dass sie darlegt, **warum** sie sich für eine bestimmte Funktion bewirbt. Ein Zusammenhang mit dem Alter des Antragstellers kann dabei nicht erkannt werden, da auch bei einer jüngeren Person davon ausgegangen werden kann, dass deren so formulierte Bewerbung im Hinblick auf den zu Vorstellungsgesprächen geladenen Personenkreis aussortiert worden wäre.

Ferner wurde von der Antragsgegnerin für die Ablehnung der Bewerbung des Antragstellers ins Treffen geführt, dass ihr der Antragsteller aus etlichen gegen die Antragsgegnerin und

Mitarbeiter geführte Gerichts- bzw. Verwaltungsverfahren als **vielfacher Verfahrensgegner** bekannt sei.

Eine Personalauswahl im Zuge eines Anstellungsverfahrens stellt nach Ansicht der GBK immer eine Entscheidung für oder gegen eine sich bewerbende **Person** dar, in die mehrere Aspekte – *sowohl fachlicher als auch persönlicher Natur* – miteinfließen und die **in Summe** die Grundlage einer objektiven und transparenten Personalauswahl begründen.

Wenn bei einer Person **objektiv nachvollziehbare Gründe** wie die oben dargelegte vielfache Prozessgegnerschaft ins Treffen geführt werden, ist bereits unter diesem Aspekt einem Arbeitgeber bzw. einer Arbeitgeberin nicht mehr zumutbar, einer derartigen Bewerbung näherzutreten, weil die **Gefährdung des Betriebsfriedens** bereits vorab vorherzusehen ist.

Ein Zusammenhang mit dem Lebensalter einer Person bei dieser oben genannten Konstellation ist *per se* nicht erkennbar, weil auch eine jüngere Person unter diesen Umständen nicht eingestellt worden wäre.

Die Antragsgegnerin konnte somit nachvollziehbar darlegen, dass andere Gründe als das Alter des Antragstellers für die Ablehnung von dessen Bewerbung **alleinig** maßgeblich gewesen sind.

**Somit war das Vorliegen einer Diskriminierung des Antragstellers auf Grund des Alters bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses durch die Antragsgegnerin zu verneinen.**