

Senat II der Gleichbehandlungskommission
Anonymisiertes Prüfungsergebnis GBK II/540/24 gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) hat über den Antrag von Frau A (in Folge: Antragstellerin) wegen behaupteter Diskriminierung auf Grund des Alters bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG durch Herrn B (in Folge: Antragsgegner) nach Durchführung eines Aktenverfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz, BGBl. I Nr. 66/2004 idGF, iVm § 11 Gleichbehandlungskommissions-GO, BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. II Nr. 275/2013, erkannt:

Eine Diskriminierung der Antragstellerin auf Grund des Alters bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses durch den Antragsgegner

liegt vor.

VORBRINGEN

Im **Antrag** wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass sich die 57-jährige Antragstellerin beim Antragsgegner nach Aufforderung des AMS für den Job einer Mitarbeiterin im Innendienst beworben habe und aufgrund ihres Alters schriftlich abgelehnt worden sei.

Die Absage habe gelautet: *„Ich danke Ihnen für die sehr interessante Bewerbung. Ich bin mir auch sicher, dass Sie den Herausforderungen mehr als gewachsen sind. Aber ich suche eher eine junge Mutter, die ich vlt unterstützen kann mit diesem Job, auch weil ich mir anfangs keine so gut ausgebildete Fachkraft leisten kann. Die Ausbildung dauert auch 1-2 Jahre und kostet ca. 5000 €, das spricht leider zusätzlich gegen eine Entscheidung für Sie. Es tut mir wirklich leid, aber ich wünsche Ihnen alles Liebe und Gute für Ihre weitere Suche!“*

In der Stellungnahme des **Antragsgegners** wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass er eine/n Mitarbeiter/in gesucht habe, der/die eine fundierte Ausbildung zur Innendienst-Kraft machen dürfe. Diese dauere ca. 1-2 Jahre und koste ca. 5.000 €.

Darum müsse er - wirtschaftlich betrachtet - darauf achten die Risiken der wiederholten Kosten zu minimieren. Schwangerschaft, Krankheit, Unfall oder einfach eine Kündigung seien Risiken die man nicht einplanen oder abschätzen könne. Aber ein baldiger Pensionsantritt sei leider nun mal planbares Risiko - dass man das nicht freundlich ansprechen dürfe, sei ihm leider nicht bewusst gewesen. Weil ja sonst auch nichts seinen Erwartungen entsprochen habe, sei das Alter „nur“ der Zusatz gewesen. Er habe versucht der Antragstellerin zu erklären, dass diese auf Grund ihrer Ausbildungen für den Job überqualifiziert sei, im Gesamtpaket habe es einfach nicht gepasst.

PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

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

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*³ [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 der Antragstellerin, 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.

Die an die **57-jährige Antragstellerin** ergangene schriftliche Absage wurde unter anderem mit dem Hinweis, dass der Antragsgegner einer „**jungen Mutter**“ eine Chance geben wolle, argumentiert. Damit wurde die Absage an die 57-jährige Antragstellerin **kausal** mit deren **Lebensalter** und deren – *mutmaßlich* – baldigem Pensionsantritt verknüpft.

Ob die Ablehnung der Antragstellerin durch den Antragsgegner auch noch aus weiteren Gründen – wie deren thematisierte **Überqualifizierung** – erfolgt ist, ist im Hinblick auf die **Motivbündeltheorie** – wonach es reicht, dass das Alter ein mitausschlaggebender Grund für

die erfolgte Absage ist – irrelevant.

Auf Grund der kausalen Verknüpfung zwischen Lebensalter der Antragstellerin und Absage ihrer Bewerbung durch den Antragsgegner war somit das Vorliegen einer Diskriminierung der Antragstellerin auf Grund des Alters bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses durch den Antragsgegner zu bejahen.

Auf eine allfällige Diskriminierungsabsicht durch den Antragsgegner kommt es dabei nicht an.

Abschließend verweist der Senat auf die schrittweise **Erhöhung des Pensionsantrittsalters für Frauen** in den nächsten Jahren. Eine Frau des Jahrgangs 1967 kann demnach erst mit ca. 64 Jahren – und nicht wie vom Antragsgegner gemutmaßt – schon mit 60 Jahren in Pension gehen.

Die Herstellung einer diskriminierungsfreien Arbeitswelt gebietet daher, dass Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen sich bei der Personalauswahl diesen Umstand der in den nächsten Jahren erfolgenden raschen **Anhebung des Pensionsantrittsalters für Frauen in Halbjahresschritten** explizit vergegenwärtigen müssen, um – *auch unabsichtliche* – Diskriminierungen auf Grund des Alters zu vermeiden.

Vorschlag:

Dem Antragsgegner wird die Zahlung eines angemessenen Schadenersatzes an die Antragstellerin vorgeschlagen.

Binnen zwei Monaten ab Zustellung des Prüfungsergebnisses ist dem Senat darüber zu berichten.