

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

(BGBl. Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 98/2008)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 28. September 2010 über den am 13. Mai 2009 von der rechtsfreundlichen Vertretung eingebrachten Antrag für **Herrn A** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des **Geschlechts** bei der **Begründung eines Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 1 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) sowie auf Grund des **Alters** bei der **Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 17 Abs. 1 Z 1 GIBG** durch die **X GmbH** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008), zu folgendem

Prüfungsergebnis:

1. Der Senat I der GBK gelangt zur Auffassung, dass Herr A nicht auf Grund des Geschlechts bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 GIBG durch die X GmbH diskriminiert worden ist.
2. Im Weiteren gelangt der Senat I der GBK zur Ansicht, Herr A nicht auf Grund des Alters bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs.1 Z 1 GIBG durch die X GmbH diskriminiert worden ist.

Entscheidungsgründe:

Im Antrag der rechtsfreundlichen Vertretung für den Antragsteller wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Antragsgegnerin folgende Stellenbeschreibung geschaltet habe:

„Stellenbeschreibung Gewünschter Beruf: Einzelhandelskaufmann/frau Vom Unternehmen gesucht: Verkaufsberater/in. Zur Verstärkung unseres Teams In unserem medizinischen Fachgeschäft suchen wir eine/n Verkaufsberater/in bzw. Allroundkraft

jung und lernbereit. Sehr gute Deutsch- und gute PC-Kenntnisse (zur Bedienung des Computers und der Computerkasse) und kundenorientiertes Auftreten setzen wir voraus, die nötigen Fachkenntnisse bringen wir Ihnen gerne bei. Der Aufgabenbereich umfasst Verkaufstätigkeit, Lager/Versandbereich, wie Einlagerung/Einordnen der Ware bzw. Bestückung des Verkaufsraumes mit Ware, Verpackung/Pakete zum Versand oder Auslieferung. Der Verkaufsbereich umfasst die Beratung unserer Kunden/innen (das sind z. B. ...), telefonische Bestellannahme bzw. Auskünfte, sowie das Schreiben von Lieferscheinen bzw. Rechnungen. Zudem geben wir auch Heilbehilfe ... aus. - Wir bieten Ihnen eine Vollzeitbeschäftigung, die sich folgendermaßen gestaltet: Montag bis Donnerstag von 8:30 bis 17:30 Uhr, Freitag bis 13:00 Uhr. Wir freuen uns auf Ihre aussagekräftige schriftliche Bewerbung mit Foto z. H. Frau B an: X GmbH, ... oder per E-Mail an: ...“

Der Antragsteller habe sich vorerst telefonisch beworben. Er habe bei der Antragsgegnerin angerufen und habe nach Frau B verlangt. Im Beschreibungsprofil werde auffällig nach einer „Allroundkraft jung und lernbereit“ gefragt. Der Antragsteller habe Frau B mit der Frage, „In welcher Altersgruppe würden Sie sich denn Ihren Bewerber vorstellen?“, darauf angesprochen. Frau B habe geantwortet: „Unsere Mitarbeiterinnen seien alle zwischen 18 und 24 Jahren.“ Darauf habe der Antragsteller geantwortet, dass er in zwei Tagen 46 Jahre alt werde. Frau B habe darauf wiederum sehr höflich geantwortet: „Ich möchte Sie nicht beleidigen, aber ich glaube nicht, dass Sie mit diesem Alter in unser junges reines Frauenteam passen würden.“ Am 13. November 2008 habe er sich durch persönliche Vorsprache bei der Antragsgegnerin beworben. Frau B habe ihn freundlich im Verkaufsraum empfangen, weiter sei er nicht gekommen. In Folge habe sie höflich nach dem AMS Formular gefragt, und wo sie unterschreiben dürfe. Als Begründung für die Nichteinstellung habe sie angegeben, die Stelle sei seit 1. November 2008 vergeben. Dann habe sie eine weitere sich im Verkaufsraum befindliche Dame nach dem Nachnamen der Neuen gefragt, und habe diesen dann auch angegeben. Folglich nehme der Antragsteller an, dass er bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses aufgrund seines Geschlechts gemäß § 3 Abs. 1 GIBG und seines Alters gemäß § 17 Abs. 1 Z. 1 diskriminiert worden sei. Es liege so hin eine zweifache Diskriminierung, für die der Senat I der angerufenen Gleichbehandlungskommission zuständig sei, vor. Dass die Stelle vor meiner persönlichen Vorsprache bereits - angeblich zum 1. November - anderweitig vergeben worden sei, sei eine reine Schutzbehauptung der Antragsgegnerin, da wie aus dem Stel-

lenangebot hervorgehe, dass die Altersdiskriminierung beinhaltet („Allroundkraft jung und lernbereit“), noch am 21. November 2008 geschaltet gewesen sei. Weiters verweise der Antragsteller auf das Inserat, auf das er sich beworben habe (, das kein Datum des Ausdrucks beinhalte, weswegen er am 21. November 2008 noch einen Ausdruck mit Datum machte), sei ein später geschaltetes Inserat der Antragsgegnerin, dass die Formulierung „jung“ nicht mehr beinhaltet habe, nachdem die Antragsgegnerin offenbar gelernt habe, dass eine Diskriminierung wegen des Alters vorliege, offenbar weil der Antragsteller im Zuge des Verwaltungsverfahrens vor dem AMS, das über ihn eine Sperre verhängt habe, geltend gemacht habe, dass eine Altersdiskriminierung vorliege. Die Antragsgegnerin habe versucht, ihr Fehlverhalten noch durch weitere unwahre Angaben gegenüber dem AMS herabzusetzen, um den Antragsteller sogar um die Notstandshilfe zu bringen, indem sie behauptet habe, er sei nicht nur unpassend gekleidet für die ausgeschriebene Stelle, sondern sogar unpassend für den Faschingsumzug erschienen (großer Cowboyhut, der das ganze Gesicht verdeckte, lange Prairiestiefel etc.). Sollte die für die Einstellung verantwortliche Mitarbeiterin der Antragsgegnerin (die Stellungnahme an das AMS sei ohne namentliche Kennzeichnung und ohne Unterschrift verfasst worden), die offenbar die Urheberin dieser unwahren Behauptungen sei, dies in einer zeugenschaftlichen Einvernahme neuerlich behaupten, werde dies leicht anhand der Kleidung, die er getragen habe, zu widerlegen sein. Überdies habe sie behauptet, er werde weder an einer Stelle bei der Antragsgegnerin noch an irgendeiner anderen Dienststelle interessiert gewesen. Die Vorgangsweise der Antragsgegnerin bei der Diskriminierung einer Person sei besonders verwerflich und für den Antragsteller entwürdigend, da sie nicht davor zurückgeschreckt sei, diesen sogar als arbeitsscheu hinzustellen.

In der auf Ersuchen von Senat I der GBK übermittelten Stellungnahme der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerin, X GmbH, bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe und trat diesen wie folgt entgegen:

Die Sachverhaltsschilderung im Antrag sei unrichtig. Die Antragsgegnerin habe bereits am 5. November 2008 Frau C als Verkäuferin angemeldet. Daher sei bereits seit 5. November 2008 eine Verkäuferin eingestellt gewesen. Das geschaltete Inserat sei vom AMS gestaltet worden und wie lang im AMS dieses Inserat erschienen sei, darauf habe die Antragsgegnerin keinen Einfluss. Wann das Inserat erscheine und in welcher Form bzw. welche Änderungen durchgeführt werden würden, liege nicht im

Einflussbereich der Antragsgegnerin, sondern nur beim AMS. Es sei auch nur das AMS für das Inserat verantwortlich. Die Antragsgegnerin habe sofort das AMS informiert, wenn jemand bei der Antragsgegnerin angestellt sei. Oft würde die Antragsgegnerin dann noch wochenlang Bewerbungen bekommen. Eine Mitarbeiterin der Antragsgegnerin, Frau D, habe die Bewerbung des Antragstellers auch dem AMS gemeldet. Der Antragsteller habe bei seiner persönlichen Bewerbung „Cowboysachen“ angehabt, keinerlei Bewerbungsunterlagen mitgebracht und habe nur das Schreiben vom AMS abgestempelt erhalten wollen. Der Antrag des Antragstellers gern. § 12 GIBG sei daher vollkommen unbegründet.

Das Verfahren vor der GBK ist vertraulich und wird nichtöffentlich durchgeführt. Das den Abschluss des Verfahrens bildende Prüfungsergebnis wird auf der Grundlage der im Verfahren vorgelegten Unterlagen und der in der mündlichen Befragung getätigten Aussagen der Auskunftspersonen erstellt. Auf Grund der Vertraulichkeit des Verfahrens werden die einzelnen Auskunftspersonen im Prüfungsergebnis nicht näher bezeichnet.

Der Senat I der GBK hat erwogen:

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses durch die Antragsgegnerin, X GmbH, gemäß **§ 3 Z 1 GIBG** verwirklicht worden ist, ist zunächst folgendes zu bemerken:

Die Bestimmung des § 3 Z 1 GIBG verbietet die unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses. Hiervon sind alle mit dem Zustandekommen eines Arbeitsvertrages im Zusammenhang stehenden Vorgänge umfasst. Der Begriff „Begründung des Arbeitsverhältnisses“ ist weder auf eine bestimmte Art des Arbeitsverhältnisses noch auf eine andere Art und Weise der Begründung beschränkt, und ist daher extensiv auszulegen. Im Sinne dieses weiten Begriffsverständnisses beginnt die relevante Phase der Begründung des Arbeitsverhältnisses bereits mit der Bewerbung und umfasst alle Vorgänge, die mit dem Zustandekommen eines Arbeitsvertrages im Zusammenhang stehen.

Die telefonische Bewerbung des Antragstellers ist somit vom Gleichbehandlungsgebot des § 3 Z 1 GIBG erfasst.

§ 3 Z 1 GIBG bindet daher jede/n, der/die auf Arbeitgeber/innenseite im Vorfeld für den/die Arbeitgeber/in Handlungen tätigt, die unmittelbaren Zusammenhang mit der späteren Begründung des Arbeitsverhältnisses stehen. Insbesondere werden dadurch vorvertragliche Sorgfaltspflichten im Vorfeld des Arbeitsverhältnisses, welche ein anerkanntes Element des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips darstellen, konkretisiert. Die Diskriminierung kann also sowohl in der Nichtzulassung zur Bewerbung als auch in der diskriminierenden Nichtberücksichtigung im Auswahlverfahren bestehen. Das Diskriminierungsverbot begründet jedoch keinen Anspruch auf die Begründung des Arbeitsverhältnisses, sondern dient der Konkretisierung der Sorgfaltspflichten des/der Arbeitgeber/in. Im Besetzungsverfahren kann nur der/diejenige benachteiligt werden, der/die sich subjektiv ernsthaft beworben hat und objektiv für die zu besetzende Stelle in Frage kommt.

Der Senat I der GBK verweist auf die im § 12 Abs. 12 GIBG vorgesehene Beweislastverteilung. Insoweit sich eine von einer Diskriminierung betroffene Person auf einen der diskriminierenden Tatbestände iSd §§ 3, 4, 6 oder 7 GIBG beruft, hat er/sie diesen glaubhaft zu machen. Dem/Der Antragsgegner/in obliegt es dann bei der Berufung auf § 3 GIBG zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die vom/von der Beklagten glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen. Grundsätzlich soll in einem Verfahren vor dem Senat I der GBK nicht das Auswahlverfahren wiederholt werden, sondern es soll überprüft werden, ob die Entscheidung, die zur Ablehnung eines/einer Bewerber/in geführt hat, transparent und nachvollziehbar war.

Im vorliegenden Fall wurde insbesondere vom Antragsteller vorgebracht, dass er bei seiner telefonischen Bewerbung – nach der Angabe seines Alters, und zwar 46 Jahre - von der Mitarbeiterin der Antragsgegnerin festgestellt worden sei, dass sie es sich nicht vorstellen könne, dass der Antragsteller in einem so jungen und reinen Frauenteam zu arbeiten. Er habe trotzdem die Firma aufgesucht, um seine Bewerbungstätigkeit gegenüber dem AMS ... nachweisen zu können, da die Firma ihn bereits abgelehnt habe, habe er auch keinen Zeitdruck gehabt dort zu erscheinen. Deshalb habe der Antragsteller erst am 13. November 2008 bei der Antragsgegnerin persönlich vorgesprochen, obwohl das Telefonat am 7. November 2008 stattgefunden habe. Er habe selbstverständlich eine schriftliche Bewerbung dabei gehabt. Diese Unterlage habe sich die Antragsgegnerin nicht ansehen wollen. In der mündlichen Befra-

gung bestritt der Antragsteller nochmals, bei dem Bewerbungsgespräch „Cowboysachen“ angehabt zu haben. Er sei seriös gekleidet gewesen. Am 14. November 2008 habe er das Konglomerat an Bewerbungen beim AMS ... abgegeben, am 21. November 2008 sei eine § 10 AIVG (Arbeitslosenversicherungsgesetz) erstellt worden, wodurch es zu einer Sperre seiner Notstandshilfe gekommen sei.

Im Ermittlungsverfahren wurden die Vorwürfe des Antragstellers, eine geschlechtsspezifische Bewerber/innenauswahl vorgenommen zu haben, durch die Antragsgegnerin nochmals dezidiert als unrichtig zurückgewiesen. Seine Mitarbeiterin, Frau D, habe mit dem Antragsteller ein Telefonat geführt. Da sei ihm mitgeteilt worden, dass die Stelle bereits mit einer Verkäuferin in Probe besetzt sei. Aber der Antragsteller könne seine Bewerbungsunterlagen vorbeibringen. Der Antragsteller sei in einem sehr merkwürdigen Aufzug ohne Bewerbungsunterlagen erschienen. Sein Interesse sei einzig darin gelegen, einen Stempel auf das AMS Schreiben zu bekommen. Daraufhin habe die Mitarbeiterin beim AMS ... wegen dem Antragsteller nachgefragt. Da sei dieser mitgeteilt worden, dass der Antragsteller beim AMS schon bekannt sei, viele Probleme bereite und angeblich schwer vermittelbar sei. Des Weiteren wurde der Senat I der GBK von der Antragsgegnerin darauf aufmerksam gemacht, dass die Mutter des Antragstellers sich bei deren Geschäftsführer gemeldet habe. Diese habe sich für ihren Sohn entschuldigt. Sie habe aber keinen Einfluss auf ihn. Laut der Mutter des Antragstellers habe er dies schon mit anderen Firmen gemacht.

Unstrittig ist, dass die Stellenausschreibung geschlechtsneutral ausgeschrieben worden ist. Es stellte sich daher dem erkennenden Senat die Frage, ob eine Mitarbeiterin der Antragsgegnerin gegenüber dem Antragsteller die Äußerung getätigt habe, dass sie sich nicht vorstellen könne, dass er in ein reines und junges Frauenteam hinein passe, bzw. ob sich der Antragsteller ernsthaft für den ausgeschriebenen Posten beworben habe.

Der OGH hat in seiner Rechtsprechung festgehalten, dass der Nachweis, der/die Bewerber/in hätte die zu besetzende Position auch ohne Diskriminierung nicht erhalten, dem/der Arbeitgeber/in obliegt¹. Dieser Grundsatz beruht auf der Überlegung,

¹ vgl. EuGH-Urteil vom 22.4.1997, Draehmpachl

dass nur der/die Arbeitgeber/in Überblick über die individuellen Voraussetzungen sämtlicher Bewerber/innen haben kann.

Der Antragsteller hat in der Befragung angegeben, dass er zum Zeitpunkt der Bewerbung geringfügig beschäftigt an der Veterinärmedizinischen Universität ... gearbeitet habe und derzeit dort als Studienassistent am Institut für Geflügel arbeite. Dementsprechend habe er Erfahrung im medizinisch technischen Bereich gehabt, wobei er keinerlei Erfahrung im Verkauf gehabt habe.

Auf Grund der anderen Auskunftspersonen ergaben sich im Verfahren doch erhebliche Zweifel bezüglich der Ernsthaftigkeit der Bewerbung.

Bei Abwägung aller vorliegenden Umstände ist es nach Ansicht vom Senat I der GBK wahrscheinlicher, dass die von der Antragsgegnerin vorgebrachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen. Die Angaben der Antragsgegnerin waren glaubwürdig und in sich schlüssig, dass der Antragsteller kein ernsthaftes Interesse daran hatte, sich für die ausgeschriebene Position zu bewerben. Die Angaben der Antragsgegnerin wurde durch die Aussagen einer Auskunftsperson sowie durch vorliegende Unterlagen des AMS ... zu dieser Angelegenheit vollinhaltlich bestätigt. Ein dem Senat I der GBK vorliegender Aktenvermerk der Mitarbeiterin, die das Bewerbungsgespräch mit dem Antragsteller geführt hat, wurde bereits am Tag nach der persönlichen Bewerbung des Antragstellers, 14. November 2008, erstellt. Nicht nur dem AMS ..., sondern umso mehr auch dem erkennenden Senat erschienen diese Angaben glaubhaft, zumal zu diesem Zeitpunkt noch kein Verfahren vor der GBK anhängig war. Die Antragsgegnerin hat von sich aus, die Art und Weise, wie sich der Antragsteller bei der Antragsgegnerin beworben hat, dem AMS ... gemeldet. Es ist deshalb zu einer Sperre der Notstandshilfe gekommen.

Aus den Unterlagen ergibt sich, dass bereits mit 1. November 2008 eine Dame für diesen Posten eingestellt worden ist. Da mit dieser neuen Mitarbeiterin ein Probemonat vereinbart worden ist, blieb das Inserat weiterhin geschaltet, um sich weitere Bewerber/innen ansehen zu können. Auf Grund des unangemessenen Verhaltens des Antragstellers beim Vorstellungsgespräch und dessen mangelndes Interesse an dem ausgeschriebenen Postens sah sich die Antragsgegnerin – verständlicherweise - nicht in der Lage, den Antragsteller einzustellen. Ebenso wurde von Seiten des AMS ... bestätigt, dass trotz intensiver Bemühungen und Unterstützungen (wie z.B. Kurs-

maßnahmen) durch das AMS ... über mehrere Jahre hinweg kein Arbeitsverhältnis begründet worden ist. Das Interesse des Antragstellers lag bekundet und vorrangig in der Beendigung des Veterinärmedizinischen Studiums.

Nach genauer Prüfung des vorliegenden Sachverhaltes kommt der Senat I der GBK daher zur Ansicht, dass der Antragsteller aus sachlichen Gründen vom weiteren Bewerbungsverfahren ausgeschlossen wurde, und es somit zu keiner Begründung eines Arbeitsverhältnisses gekommen ist. Es ergaben sich für den Senat I der GBK im Verfahren keinerlei Anhaltspunkte, dass das Vorbringen der Antragsgegnerin nicht den Tatsachen entsprechen würde.

Es liegt somit **keine Diskriminierung** auf Grund des Geschlechts bei der **Begründung des Arbeitsverhältnisses** gegenüber dem Antragsteller vor.

Hinsichtlich der beantragten Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund des **Alters** bei der **Begründung eines Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 17 Abs. 1 Z 1 GIBG** ist Nachstehendes anzumerken:

Gemäß § 17 Abs. 1 GIBG darf niemand auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis unmittelbar oder mittelbar bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses diskriminiert werden. Nach § 19 GIBG liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person auf Grund eines in § 17 GIBG genannten Grundes in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. 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. Eine Diskriminierung liegt auch bei einer Anweisung zur Diskriminierung vor.

Zum Diskriminierungsgrund Alter ist festzuhalten, dass der Begriff des Alters im § 17 GIBG nicht weiter definiert wird. Grundsätzlich kann das Anknüpfen an jedes Lebensalter diskriminierend sein, wenn nicht besondere Rechtfertigungsgründe vorlie-

gen. Es sind alle Arbeitnehmer/innen unabhängig von einem Mindest- oder Höchstalter geschützt sind, es sei denn, spezifische Ausbildungsverordnungen erfordern, die Festsetzung eines Höchstalters für eine Einstellung. Ebenso sind Vorschriften unzulässig, welche insbesondere den Einstieg in eine bestimmte Laufbahn nur bis zu einem bestimmten Alter gestatten, sowie Diskriminierungen auf Grund des jugendlichen Alters (so RV BlgNR 22., GP, 15). Auch darf eine langjährige Berufserfahrung eines/einer älteren Arbeitnehmers/in nicht zu einer Benachteiligung aus diesem Grund führen. Rechtfertigungsgründe, auf Grund dessen eine Anknüpfung an ein Altersmerkmal nicht diskriminierend sein kann, würden vom Gesetzgeber in § 20 GIBG geregelt. Hier finden sich Ausnahmebestimmungen, die eine Ungleichbehandlung nur unter ganz bestimmten außergewöhnlichen Umständen rechtfertigen. Es liegt z.B. keine Ungleichbehandlung vor, wenn sie objektiv und angemessen sowie die Mittel zur Erreichung bestimmter demonstrativ aufgezählter Ziele, angemessen sind. Die RL 2000/78/EG nennt als wesentliches Diskriminierungsverbot auf Grund des Alters die Erhöhung des Anteils älterer Arbeitnehmer/innen an der Erwerbsbevölkerung, ins besondere im Bereich der Beschäftigungspolitik, des Arbeitsmarktes und der beruflichen Bildung.

Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn ein/e Arbeitnehmer/in auf Grund seines/ihrer Alters in einer vergleichbaren Situation gegenüber einer anderen Person benachteiligt wird. Bei einer mittelbaren Diskriminierung werden dem Anschein nach neutrale Kriterien angewendet, die Angehörige einer bestimmten Altersgruppe benachteiligen. Daher setzen sich Regelungen, die unmittelbar an das Lebensalter der Arbeitnehmer/innen anknüpfen, dem Verdacht einer unmittelbaren Diskriminierung aus. Kein legitimer Zweck ist somit ein unternehmerisches Konzept, das auf jugendliche Dynamik setzt. Eine Differenzierung nach dem Alter kann auch nicht gerechtfertigt werden, dass der/die ältere Arbeitnehmer/in teurer sei als der/die junge Arbeitnehmer/in. Reine Kostenargumente iSv rein wirtschaftlichen Gründen können keine Differenzierung rechtfertigen. Gemäß § 26 Abs. 12 GIBG hat eine betroffene Person, die sich auf dem Diskriminierungstatbestand gemäß §§ 17, 18 oder 21 GIBG beruft, diesen glaubhaft zu machen. Dem/Der Beklagten obliegt es zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass es ein anderes als vom/von der Beklagten glaubhaft gemachten Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund gemäß §§ 19 Abs. oder 20 GIBG vorliegt.

In der Stellenausschreibung der Antragsgegnerin wurde „jung“ als eine der Aufnahmekriterien genannt. Dies sei laut Antrag ein Indiz für eine Diskriminierung. Des Weiteren sei dem Antragsteller telefonisch mitgeteilt worden, nachdem er sein Alter genannt habe, dass man es sich nicht vorstellen könne, dass er in einem reinen und so jungen Damenteam arbeiten könne. Im Ermittlungsverfahren wurde festgestellt, dass das bei der Antragsgegnerin arbeitende Team überwiegend aus Mitarbeitern/innen bestanden hat, die nicht älter als 35 Jahre alt gewesen sind. Im zweiten Stelleninserat der Antragsgegnerin war der Zusatz „jung“ dann nicht mehr enthalten.

Der Senat I der GBK kam dennoch zur Überzeugung, dass der Antragsteller im Bewerbungsverfahren nicht auf Grund des Alters diskriminiert worden ist. Auf Grund der dem Senat vorgelegten Unterlagen und der Aussagen der befragten Personen konnte von der Antragsgegnerin – wie bereits bei der Überprüfung einer allfälligen geschlechtsbezogenen Diskriminierung ausführlich dargestellt - glaubhaft dargelegt werden, dass sich der Antragsteller gar nicht ernsthaft für die ausgeschriebene Stelle beworben hat. Daher liegt auch in diesem Fall kein kausaler Zusammenhang zwischen der Stellenausschreibung, die möglicherweise bedenklich war, und der Entscheidung, den Antragsteller nicht einzustellen, vor. Aus diesem Grund ist es unerheblich, dass die tatsächlich aufgenommene Person im Zeitpunkt der Einstellung 21 Jahre alt war, und damit weit jünger als der Antragsteller war.

Eine **Diskriminierung** auf Grund des **Alters** bei **Begründung des Arbeitsverhältnisses** gegenüber dem Antragsteller liegt daher **nicht** vor.

Abschließend empfiehlt der Senat I der GBK der Antragsgegnerin in Hinkunft auf die Formulierung ihrer Stelleninserate ein größeres Augenmerk auf die Bestimmungen des GIBG zu haben. Das Kriterium „jung“ erscheint dem erkennenden Senat bedenklich. Es wird daher empfohlen, auf dieses Kriterium zukünftig zu verzichten, es sei denn, Rechtfertigungsgründe würden vorliegen.

Wien, 28. September 2010

Dr.in Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK