

Senat II der Gleichbehandlungskommission
Anonymisiertes Prüfungsergebnis GBK II/468/21 gem. § 12 GBK/GAW-Gesetz

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) hat über den Antrag von Herrn Mag. A (in Folge: Antragsteller) wegen behaupteter Diskriminierung auf Grund der Weltanschauung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG durch die B GmbH (in Folge: Antragsgegnerin) nach Durchführung eines Aktenverfahrens erkannt:

Eine Diskriminierung des Antragstellers auf Grund der Weltanschauung 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 für die Position "Spezialist X " beworben habe. Er vermute, dass er den Job nicht bekommen habe bzw trotz bester Qualifikation und Berufserfahrung nicht einmal zum Bewerbungsgespräch eingeladen worden sei, weil er nicht Mitglied der Y-PARTEI sei. Für den Abschluss eines Arbeitsvertrages dürfe es keine Rolle spielen, welche Parteimitgliedschaft er habe, vielmehr sei nach sachlichen Kriterien (Qualifikation) für den konkreten Job zu entscheiden. Der VwGH habe in einer Entscheidung sinngemäß festgehalten, dass politische Überzeugungen - soweit sie sich nicht auf Einzelfragen beschränken - als „Weltanschauung“ zu verstehen seien, sodass Diskriminierung wegen der Zugehörigkeit zu einer politischen Partei bzw dem Fehlen einer solchen verboten sei.

Ergänzend brachte er vor, dass er bei der Formulierung seines Antrags an die Gleichbehandlungskommission den Punkt „Weltanschauung“ habe nehmen müssen, da der Punkt „Postenschacherei“ nicht vorhanden sei. Sogar in der Personalabteilung säßen Y-

PARTEI-Mitglieder. Zumeist seien die Ausschreibungen ja auch nur eine Farce, da sie schon vorher auf den gewünschten Bewerber abgestimmt seien. Es gebe zwar ein Objektivierungsverfahren, da habe man aber keine Einsicht. Konkret verdächtige er die Verantwortlichen der Antragsgegnerin, dass diese nicht nach qualitativen Kriterien geurteilt hätten, so wie sie es tun hätten müssen.

Seine Qualifikationen sollten jenen des genommenen Bewerbers gegenübergestellt werden, dann würde man sehen, wer geeigneter für diese Position sei. Er habe ausführlich ausgeführt, dass seine Qualifikationen mehr als ausreichen würden - dass er nicht mal zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden sei, sei aber trotzdem vorhersehbar gewesen. Er könne nur wiederholen, dass er den ganzen Tag fast nichts Anderes mache als sich mit dieser Materie auseinanderzusetzen, X und generell ... seien seine große Leidenschaft. Dies habe er auch mehrfach deponiert. Die Bewerbung sei online auf der Homepage der Antragsgegnerin erfolgt, in der Anlage übermittle er dem Senat seinen Lebenslauf, den er dieser angefügt habe.

In der Stellungnahme des **Antragsgegners** wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass das Vorbringen des Antragstellers vollinhaltlich bestritten werde. Richtig sei, dass die von ihm genannte Stelle sowohl konzernintern als auch öffentlich kundgemacht ausgeschrieben gewesen sei.

Insgesamt hätten sich auf diese Stelle drei Bewerber aus dem Konzern der Antragsgegnerin sowie 16 Bewerber ohne Dienstverhältnis zum Konzern beworben. Grundsätzlich würden in solch einem Fall zuerst Gespräche mit den Bewerbern aus dem Konzern geführt, insbesondere auch deshalb, weil die Antragsgegnerin ihren Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen im Konzern berufliche Entwicklungsmöglichkeiten eröffnen wolle.

Da sich im Zuge dieser Gespräche herausgestellt habe, dass einer der konzerninternen Bewerber die Jobvoraussetzungen bestens erfülle, habe dieser am ... eine Jobzusage erhalten. Aus diesem Grund seien keine weiteren Gespräche mit externen Bewerbern mehr geführt und diese schriftlich per E-Mail über die Absage per ... informiert worden.

Ergänzend wurde von der Antragsgegnerin die von einem Wirtschaftspsychologen erstellte Eignungsbeschreibung des zum Zuge gekommenen Bewerbers sowie dessen Maturazeugnis (*Absolvierung der „Höheren Lehranstalt für Berufstätige für...“ mit „ausgezeichnetem Erfolg“*) vorgelegt.

Die Eignungsbeschreibung habe gelautet:

*„Für Herrn ... sind hinsichtlich seiner weiteren persönlichen und seiner sozialen Kompetenzen charakteristisch: konzentrierter, belastbarer, selbstständiger, aktiver, einsatz- und handlungsbereiter, gewissenhafter, umsichtiger, ziel- und ergebnisorientierter, persistenter Arbeitsstil; freundlich, reagibel, aktiv, ernsthaft, natürlich, durchschnittlich selbstsicher, eher rasch, eher klar sowie konkret kommunizierender, verlässlicher, glaubwürdiger, verträglicher sowie durchschnittlich extravertiert wirkender Interaktionsstil; deutlich überdurchschnittliche Bedürfnisse nach a) Leistung (stärker erfolgsmaximierende als misserfolgsmeidende Ausrichtung) sowie b) Kontakt; knapp durchschnittliche Bedürfnisse nach Macht und Einfluss; hohe Offenheit für neue Erfahrungen; starkes affektives sowie starkes normatives Commitment; hohe Selbstorganisationsfähigkeit.
Insgesamt ist Herr ... für den Einsatz als „Spezialist X“ als gut geeignet einzustufen.“*

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 ausgereicht haben (§ 11 Abs 4 Gleichbehandlungskommissions-Geschäftsordnung – GBK-GO).

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 oder 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 oder der Antragstellerin 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 ZellKomm³ [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 die Weltanschauung*) 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 oder 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).

Für das Verfahren vor der GBK müssen dabei für eine gesetzeskonforme Glaubhaftmachung einer von einer Person behaupteten Diskriminierung 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 z.B. das Alter, die ethnische Zugehörigkeit, die Religion oder die Weltanschauung im Auswahlverfahren eine Rolle spielen **könnten**, hinausgehen, wie beispielsweise durch eine auf einen Diskriminierungsgrund des § 17 GIBG gerichtete **konkrete** Bezugnahme im Bewerbungsgespräch oder im Absageschreiben.

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

Wenn dem Antragsteller oder der Antragstellerin die Glaubhaftmachung von Umständen, die einen **nachvollziehbaren Zusammenhang** zwischen der *Nichtbegründung des Arbeitsverhältnisses* und dessen Weltanschauung herstellen, gelungen ist, obliegt es dem Antragsgegner oder der Antragsgegnerin zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes von dem Antragsteller oder der Antragstellerin 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 von folgenden Erwägungen aus:

Der Antragsteller hat sich auf ein Stellenangebot der Antragsgegnerin beworben und von dieser eine Absage erhalten. In der antragsgegenständlichen Stellenausschreibung war u.a. angeführt, dass eine *„abgeschlossene Ausbildung..., HTL oder FH von Vorteil“* sei. Der Antragsteller, der ein BWL-Studium absolviert hat, war in diesem Punkt gegenüber dem zum Zug gekommenen Bewerber, der bei der Antragsgegnerin eine Lehre als ...techniker mit dem Hauptmodul ... absolviert hat und seit fast 10 Jahren bei der Antragsgegnerin beschäftigt ist sowie die Abend-HTL für Berufstätige für ... absolviert hat, in einem geringeren Ausmaß einschlägig qualifiziert.

Wenn auch der Antragsteller vermeint, für den von ihm angestrebten Job bestqualifiziert zu sein, ist hierbei ins Treffen zu führen, dass sowohl die konkrete Formulierung des Anforderungsprofils bzw. der konkreten Gewichtung einzelner Punkte für einen zu vergebenden Job bzw. als auch die nachfolgende Beurteilung der Qualifikationshierarchie der eingelangten Bewerbungen – im Rahmen des Diskriminierungsverbots des GIBG – ausschließlich der künftigen Arbeitgeberin obliegt, da nur diese wissen kann, was genau für die zu besetzende Position in der Praxis von Relevanz ist.

Die Argumentation der Antragsgegnerin, dass der Antragsteller - wie alle anderen 15 externen

Bewerberinnen und Bewerbern - auf Grund der *hervorragenden Qualifikation des internen Bewerbers* nachfolgend nicht mehr in der weiteren Auswahl für die zu besetzende Stelle berücksichtigt worden ist und daher ohne vorherige Einladung zu einem Bewerbungsgespräch eine Absage erhalten hat, erschien dem Senat lebensnah und aus Sicht einer künftigen Arbeitsgeberin sachlich gerechtfertigt.

Die Vorgangsweise, sich bei entsprechend **qualifizierten internen Personen** bei der Personalauswahl auf diese zu konzentrieren, entspricht nach der Erfahrung des Senates den üblichen Gepflogenheiten in Recruiting-Prozessen und stellt – für sich allein genommen – noch keinen Verstoß des Diskriminierungsverbotes des § 17 GIBG dar, da der Aspekt der Personalentwicklung bzw. der Möglichkeit des beruflichen Aufstiegs in einem Unternehmen für den Senat eine **sachliche Rechtfertigung für eine derartige Einschränkung** des Bewerber- und Bewerberinnenkreises darstellt.

Die Darstellung der Antragsgegnerin erschien dem Senat glaubhafter als die Behauptung des Antragstellers, dass er auf Grund seiner Weltanschauung abgelehnt worden sei. Wenn sich bereits anhand des Lebenslaufs des Antragstellers die **Nichterfüllung von einigen Ausschreibungsvoraussetzungen** ergibt, ist ein Abbruch des konkreten Bewerbungsverfahrens an diesem Punkt für den Senat jedenfalls nachvollziehbar und auch den der GBK bekannten Gepflogenheiten in der Personalrekrutierung völlig entsprechend.

Keiner Arbeitgeberin ist es zumutbar – wenn diese gemäß den Anforderungen an eine Position sehr exakt zum Suchprofil passende Bewerbungen übermittelt bekommt – auch jenen Bewerbungen von weniger qualifizierten Personen näherzutreten, da eine solche Vorgangsweise jeglichem betriebswirtschaftlichen Vorgehen bei der Arbeitskräftesuche widersprechen würde.

In einer derartigen – nach Meinung des Senates gerechtfertigten – Vorgangsweise kann daher auch keine den Antragsteller diskriminierende Vorgangsweise der Antragsgegnerin erblickt werden.

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. Das Diskriminierungsverbot ist dabei extensiv zu interpretieren – alle mit dem Zustandekommen eines Arbeitsvertrages in Zusammenhang stehenden Vorgänge – sind hiervon umfasst.

In einem Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission soll grundsätzlich nicht das jeweilige Auswahlverfahren wiederholt werden, sondern 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 oder der Bewerberin eine Glaubhaftmachung der Diskriminierung iSd § 26 Abs 12 GIBG gelungen ist.

Nach dem gestuften Beweislastmodell des GIBG obliegt es dem Antragsteller oder 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: die Weltanschauung) 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. Erst wenn dies gelungen ist, obliegt es dem/der AntragsgegnerIn in einem weiteren Schritt zu beweisen, dass ein anderer als der glaubhaft gemachte Grund für die Ungleichbehandlung maßgeblich war.

Der Antragsteller konnte dem Senat nicht nachvollziehbar darlegen, dass die Absage seiner Bewerbung im Zusammenhang mit seiner Weltanschauung gestanden sein soll. Der Antragsteller äußerte unsubstantiiert eine Vermutung hierzu, führte diese jedoch nicht näher aus und bezog sich lediglich darauf, nicht Y-PARTEI-Mitglied zu sein. Dem gegenüber steht eine gut passende interne Bewerbung des zum Zug gekommenen Bewerbers, sodass die Absage der Bewerbung des Antragstellers zu Recht erfolgte.

Der Vermutung des Antragstellers konnte der Senat nicht folgen, da sich aus einer Absage im Hinblick auf die sehr gut passende interne Bewerbung keine Hinweise auf allfällig diskriminierende Motive des Antragsgegners in Bezug auf die Weltanschauung des

Antragstellers ergeben haben, zumal für den Senat auch gar nicht ersichtlich war, inwiefern eine allfällige Parteizugehörigkeit oder weltanschauliche Nähe zur Y-PARTEI für den Job „Spezialist/in X“ relevant sein soll, da – in Kenntnis der realpolitischen Situation in Österreich – Parteinähe von Bewerbern und Bewerberinnen üblicherweise in **politiknahen Tätigkeitsfeldern** eher faktisch relevant sein können, nicht jedoch *per se* im – von der GBK als technisch eingestuften – Bereich von X.

Deshalb ist der Senat unter diesem Gesichtspunkt zum Ergebnis gekommen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass dieses von der Antragsgegnerin glaubhaft gemachte Motiv der **besseren Erfüllung der Ausschreibungsvoraussetzungen durch den zum Zug gekommenen internen Bewerber in Verbindung mit der Förderung von Karrierechancen für bereits bei der Antragsgegnerin beschäftigte Personen** – und nicht die im Verfahren vom Antragsteller im Verfahren dem Senat gegenüber gar nicht näher ausgeführte Weltanschauung – für die Nichtbegründung eines Arbeitsverhältnisses ausschlaggebend gewesen war.

Damit war das Vorliegen einer Diskriminierung des Antragstellers auf Grund der Weltanschauung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses durch die Antragsgegnerin zu verneinen.