

## Senat II der Gleichbehandlungskommission

### Anonymisiertes Prüfungsergebnis GBK II/8

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) beim Bundesministerium für Gesundheit und Frauen ist über das von der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für Herrn X. eingebrachte Verlangen wegen behaupteter Diskriminierung auf Grund des Alters und der ethnischen Zugehörigkeit bei Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z. 1 Gleichbehandlungsgesetz (in der Folge: GlbG; BGBl. I Nr. 66/2004) durch die Antragsgegnerinnen, die Firma A. und die Firma B. nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 Gleichbehandlungskommissions-GO, BGBl. II Nr. 396/2004, zu folgendem Ergebnis gelangt:

**Die von der GAW vermutete Diskriminierung von Herrn X. aufgrund des Alters bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z. 1 GlbG durch die Firma A. sowie die Anweisung zur Diskriminierung gemäß § 19 Abs. 3 GlbG auf Grund des Alters durch die Firma B. liegen vor.**

**Die von der GAW vermutete Diskriminierung von Herrn X. aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z. 1 GlbG durch die Firma A. sowie die Anweisung zur Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit gemäß § 19 Abs. 3 GlbG durch die Firma B. liegen nicht vor.**

In ihrem schriftlichen Vorbringen legte die GAW dar, dass Hr. X. sich am ... April 2005 per E-Mail bei der Firma A. um die Stelle eines Server- und Systemadministrators, die im „...“ ausgeschrieben gewesen wäre, beworben habe.

In der zugrunde liegenden Ausschreibung wären z.B. allgemeine Networking Kenntnisse (Hard- und Software), MCSE-Niveau, Windows Administration Kenntnisse (Networking, Windows NT/2000/XP/2003, Server configuration,

Systems operation etc.), sowie Konfigurationskenntnisse (Exchange server, SQL Server, Oracle Server etc.) erwartet worden.

Hr. X. habe nach Abschluss eines Architekturstudiums in Kairo und Wien zahlreiche weiterführende Ausbildungen im EDV-Bereich in Österreich und Deutschland absolviert, wäre als Architekt in Wien und Kairo, sowie als System Ingenieur bei den Firmen Braincon Technologies und TRW Integrated Supply in Wien beschäftigt gewesen und sei seit 1993 als selbständiger IT-Security Datenbank und Netzwerk Consultant in Wien tätig.

Aufgrund seiner umfassenden Aus- und Weiterbildung sowie langjährigen einschlägigen Berufserfahrung erfülle Herr X. daher jedenfalls die in der Stellenausschreibung verlangten Anforderungen.

Am ... April 2005 habe er von einem Mitarbeiter der Firma A. per E-Mail mit folgender Begründung eine Absage auf seine Bewerbung erhalten:

*„Leider muss ich Ihnen mitteilen, dass Sie bezüglich der ausgeschriebenen Position nicht in die engere Auswahl aufgenommen wurden, da wir uns auf Wunsch des Kunden nur an Bewerber aus der Region wenden und Sie auch nicht in die bestehende Altersstruktur des Unternehmens passen“.*

Hr. X. fühle sich im Bewerbungsverfahren aufgrund des Alters und der ethnischen Zugehörigkeit diskriminiert, da er aufgrund seines Alters von damals 44 Jahren und seiner ägyptischen Herkunft von vornherein nicht im Bewerbungsprozess berücksichtigt worden wäre.

Zwei von der GAW an die Firma A. verfasste Schreiben mit der Aufforderung zur Stellungnahme wären zunächst unbeantwortet geblieben.

Die Vermutung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes durch eine Diskriminierung aufgrund des Alters und der ethnischen Zugehörigkeit ergebe sich aus folgenden Überlegungen:

In der schriftlichen Begründung für die Absage wäre angeführt, dass Hr. X. abgelehnt werde, da „*Bewerber aus der Region*“ gesucht würden. Hr. X. sei gebürtiger Ägypter, seit 1987 in Wien wohnhaft und seit 1992 österreichischer Staatsbürger. Er lebe im ... Wiener Gemeindebezirk und sei somit jedenfalls ein „*Bewerber aus der Region*“. Dies wäre aufgrund des Lebenslaufes von Hr. X. eindeutig bekannt.

Da die Firma jedoch diesen Punkt als Ablehnungsgrund angeführt habe, sei davon auszugehen, dass damit keinesfalls ein geografisches Kriterium gemeint sein konnte, sondern auf ein ethnisch motiviertes Kriterium abgestellt werde, das alleine auf die ägyptische Herkunft von Hr. X. abziele. Daher werde eine Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit vermutet.

Im E-Mail wäre überdies angeführt worden, dass der Stellenwerber „*nicht in die bestehende Altersstruktur des Unternehmens*“ passe. Aus diesem Grund werde auch eine Diskriminierung aufgrund des Alters vermutet.

Nach dem GlbG stelle es eine unzulässige Ungleichbehandlung dar, wenn der/die Arbeitgeber/in ohne besondere Rechtfertigung ausschließlich jüngere Arbeitnehmer/innen einstelle.

Hr. X. wäre zum Zeitpunkt der Bewerbung 44 Jahre alt gewesen und schon alleine wegen seines Alters nicht für die Stelle in Erwägung gezogen worden, ohne auf seine fachlichen Qualifikationen einzugehen.

Aus der angeführten Begründung ergebe sich, dass das Alter des Bewerbers – ohne Rechtfertigung im Sinne des GlbG – als ein maßgebliches Kriterium für die Absage herangezogen worden wäre. Der Hinweis auf die bestehende Altersstruktur des Unternehmens könne nicht als Rechtfertigung oder legitimer Zweck für eine Differenzierung bzw. Benachteiligung älterer Arbeitnehmer/innen betrachtet werden, da es sich hier lediglich um ein unternehmerisches Konzept handle. Es sei nicht zu rechtfertigen, warum ausschließlich jüngere Arbeitnehmer/innen als Server- und Systemadministrator/innen eingestellt werden sollen, da es sich hierbei um Tätigkeiten handle, die ebenso gut von älteren Arbeitnehmer/innen erbracht werden können. Hr. X. sei beispielsweise seit mehr als 10 Jahren selbständig im IT-Bereich tätig und verfüge über langjährige Berufserfahrung und umfangreiche Kenntnisse auf diesem Gebiet.

Auch der im E-Mail angeführte Hinweis auf den „*Wunsch des Kunden*“ sei ein weiteres Indiz dafür, dass Herr X. trotz bester Qualifikation und Erfüllung sämtlicher Anforderungen von vornherein für die Stelle eines Server- und Systemadministrators nicht in Frage gekommen und aus diskriminierenden Gründen vorzeitig aus dem Bewerbungsverfahren ausgeschlossen worden wäre.

Dabei werde das Vorliegen einer vorgefassten ablehnenden Meinung vermutet, die zu Benachteiligungen aufgrund bestimmter Merkmale, wie z.B. aufgrund des

Alters und der ethnischen Zugehörigkeit, führe und auf Vorurteilen beruhe. Das GlbG solle aber gerade verhindern, dass ganze Gruppen von Personen mit Vorwänden aus einem Arbeitsbereich oder von ganzen Berufen ferngehalten werden, die mit Vorurteilen begründet werden, deren Grundlage wiederum Diskriminierungen sind.

Es werde daher einerseits eine Diskriminierung aufgrund des Alters und der ethnischen Zugehörigkeit durch die Firma A. selbst und andererseits eine Anweisung zur Diskriminierung aufgrund des Alters und der ethnischen Zugehörigkeit durch den unbekanntes Kunden bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses vermutet.

In der schriftlichen Stellungnahme der Firma A. wurde dargelegt, dass die beiden Schreiben der GAW durch ein Kanzleiversehen der Anwaltskanzlei der Firma zunächst unbeantwortet geblieben wären. Inhaltlich wurde zum Antragsvorbringen darauf verwiesen, dass sich Herr X. gemeinsam mit etwa 40 weiteren Kandidaten für eine freie Stelle eines Kunden der Firma beworben habe und es Aufgabe der Firma gewesen wäre, die drei geeignetsten Kandidaten vorauszuwählen und dem Kunden zu vermitteln.

Herr X. wäre vorwiegend deshalb ausgeschieden worden, weil einige Mitbewerber über stärkere und einschlägigere Qualifikationen verfügt hätten. Es wäre kein EDV-Allrounder, sondern ein Bewerber mit sehr spezialisiertem Anforderungsprofil gesucht worden. Herr X. habe zwar eine sehr breit gefächerte EDV-Ausbildung angegeben, hätte aber keine vertieften Kenntnisse in den gewünschten Spezialisierungen vorzuweisen. Konkret verfüge er in den Bereichen UNIX und VMS sowie im Bereich Datenbank-Kenntnisse (Sybase) teils über keine Qualifikationen, teils lediglich über Ausbildungen auf Grund von WIFI-Kursen. Diese Ausbildung wäre qualitativ nicht mit der Ausbildung einer EDV-HTL vergleichbar, die eine Reihe von Bewerbern, insbesondere die letztlich Ausgewählten, vorweisen hätten können. Zudem hätten entsprechende Qualifikationen in der Betriebsführung in einem Rechenzentrum gefehlt.

Mehrere Bewerber hätten Qualifikationen aufweisen können, die einerseits auf Grund der Ausbildung, andererseits auf Grund der konkreten geforderten Spezialisierung das Anforderungsprofil besser getroffen hätten.

Zweites Hauptargument für die Vorausscheidung wäre der Wunsch des Kunden gewesen, dass die Bewerber regional aus dem Raum Wels kommen sollten.

Damit wäre keine ethnische Diskriminierung gemeint, sondern der Wunsch des Kunden nach Bewerbern mit einem festen Wohnsitz in der näheren Umgebung von Wels zum Ausdruck gebracht worden, um außerordentliche Belastungen des Bewerbers durch langes Pendeln zu vermeiden und damit eine Erhöhung der Chancen für eine längerfristige Anstellung bei Nähe des Wohnsitzes zum Arbeitsplatz zu erreichen.

Es gebe zwar einen Hinweis auf die bestehende Altersstruktur im Unternehmen, das Alter von Herrn X. wäre jedoch keinesfalls ausschlaggebend für die Absage gewesen.

Es wäre Praxis der Firma A., bei Absagen nicht auf fehlende Qualifikationen hinzuweisen, um Bewerber nicht zu entmutigen. Dennoch wäre man bemüht, einen nachvollziehbaren Absagebrief zu formulieren, weshalb in diesem Fall auf die Altersstruktur hingewiesen worden wäre.

Ein weiterer Grund für die Absage wäre die von Herrn X. der Bewerbung beigefügte „Erklärung“ gewesen, bei der eine detaillierte Absage verlangt und alle möglichen Ansatzpunkte einer Diskriminierung abgefragt worden wären. In dieser Erklärung wäre gleichzeitig angedroht worden, bei einer nicht entsprechenden Formulierung der Absage die Daten der Antragsgegnerin an diverse Stellen, die gegen Rassismus und Intoleranz auftreten, weiterzuleiten und überdies wären negative Folgen und Konsequenzen in Aussicht gestellt worden. Mit der Übermittlung dieses Fragebogens und der daran geknüpften Drohung hätte Herr X. den Eindruck vermittelt, dass es ihm weniger um das Finden einer Arbeitsstelle gehe, sondern vielmehr darum, Schadenersatzansprüche wegen allfälliger Diskriminierungen geltend zu machen.

Im Zuge der mündlichen Befragung des Geschäftsführers der Firma A. wurde als Auftraggeber von diesem die Firma B. namhaft gemacht. Der Geschäftsführer dieser Firma brachte in seiner schriftlichen Stellungnahme vor, dass die Firma seit etwa zweieinhalb Jahren erfolgreich im Bereich Personal-Recruiting mit der Firma A. zusammenarbeite. Während dieser Zeit wären mehr als 20 Bewerber vorselektiert worden. Bei der Beauftragung der Firma A. wären folgende Punkte als Kriterien für eine Bewerber-Vorselektion festgelegt worden:

- *„Die fachliche Qualifikation muss mit dem Anforderungsprofil übereinstimmen*
- *Gute IT-Grundausbildung (HTL, FH, Uni) ist Voraussetzung*

- *Bewerber sollen ins Team passen*
- *Bewerber sollen keine langen Anfahrtswege in die Firma haben, d.h. vorzugsweise aus der Region kommen (Rufbereitschaftsdienst ist erforderlich)*
- *Bewerber sollen in das für die jeweilige Position vorgegebene Gehaltsniveau passen“*

Diese Kriterien - in der Vorselektion angewandt - würden dem Unternehmen mit hoher Wahrscheinlichkeit fachlich und sozial hoch qualifizierte Mitarbeiter bringen, die in das Unternehmen passen.

Er verwies darauf, dass es ihm fern läge, Personen wegen irgendwelcher persönlichen Merkmale zu diskriminieren. Als Geschäftsführer des Unternehmens richte er seine Personalpolitik nach den Erfordernissen des Geschäftes aus und die Firma A. habe sich dabei als wertvoller Partner erwiesen.

Gelegentlich seiner Befragung durch den begutachtenden Senat führte Herr X. ergänzend aus, dass er eine rund 13-jährige Erfahrung im IT-Bereich – teilweise auch auf selbständiger Basis – vorweisen könne und dass eine WIFI-Ausbildung zwar nicht mit einer HTL-Ausbildung vergleichbar wäre, er aber auch ein Jahr an einer HTL absolviert hätte. Ferner hätte er auch 2 Jahre mit MS-Betriebssystem-Servern zu tun gehabt, Sybase beherrsche er zwar nicht, dies könne aber in einer Woche gelernt werden. Zur von ihm der Bewerbung angeschlossenen „Erklärung“ ergänzte er, diese „Erklärung“ nach einem Kontakt mit seiner AMS-Betreuerin in dieser Form nicht mehr zu versenden.

Der Geschäftsführer der Firma A. gab gelegentlich seiner Befragung durch den begutachtenden Senat an, dass die bevorzugte Behandlung von Bewerbern „aus der Region“ Kundenwunsch gewesen wäre und dass rund  $\frac{3}{4}$  der für die antragsgegenständliche Position eingelangten Bewerbungen von Personen aus der Region gekommen wären. Da auch sehr qualifizierte Bewerbungen unter diesen gewesen wären, hätte bereits dieser Umstand gegen den in Wien wohnhaften Herrn X. gesprochen.

Zur seitens des Kunden gewünschten fachlichen Qualifikation für die damals zu besetzende Position gab er an, dass der in Oberösterreich angebotenen HTL-Ausbildung „EDV und Organisation“ ganz besonderer Stellenwert zukäme. Die Absolvierung dieser HTL wäre deutlich besser bewertet worden als etwa der

Abschluss einer Elektronik- oder Informatikausbildung. Der eingestellte Bewerber hätte über genau diese Ausbildung verfügt. Herrn X. – der sicherlich über eine qualifizierte Ausbildung und fundierte Berufserfahrung verfüge – wäre sicher nicht für die in Rede stehende Position fachlich ungeeignet gewesen.

Ein weiterer Punkt für die Herrn X. erteilte Absage wäre die beigefügte „Erklärung“ gewesen, die nicht den Schluss zugelassen hätte, dass mit diesem Bewerber in weiterer Folge wenige Probleme zu erwarten gewesen wären.

Zu der im Absageschreiben zitierten „Altersstruktur“ des Unternehmens erläuterte der Geschäftsführer, dass diese Formulierung des Absageschreibens aus seiner Sicht nicht in Ordnung und unglücklich formuliert, aber nicht der entscheidende Grund für die Absage gewesen wäre. Aus seiner Sicht wären fachliche Gründe für die Absage von entscheidender Relevanz gewesen. Daneben gebe es noch „regionale Gründe“, die nichts mit einer Diskriminierung zu tun hätten. Zwar wäre in der Stellenausschreibung das Kriterium „Region“ nicht aufgelistet, aber dennoch ein wesentliches Kriterium gewesen. Dieser Kundenwunsch hätte sich auf einen Umkreis von ca. 30 km rund um den Dienstort Wels bezogen. Damit wäre nicht der Wunsch nach einem inländischen Bewerber umschrieben gewesen. Der Bewerber, mit dem die ausgeschriebene Stelle besetzt worden wäre, hätte eine 9-jährige Erfahrung in der Funktion eines Netzwerkadministrators aufgewiesen. Zu den fachlichen Anforderungen im IT-Bereich ergänzte er, dass es diesbezüglich vielfach „fließende Übergänge“ gebe, außerdem wäre auch das spezifische Produkt-Know-how von Vorteil. Bezogen auf Herrn X. hätte dieser – im Gegensatz zu dem Bewerber, mit dem die Stelle besetzt worden wäre - keine Erfahrung im Bereich Sybase-Datenbanken aufzuweisen gehabt.

Zu Altersvorgaben seitens des Kunden befragt, argumentierte der Geschäftsführer damit, dass es sicher keine dezidierten Altersvorgaben hinsichtlich der Anstellung von Personen im Alterssegment zwischen 20 und 30 Jahren gegeben hätte, dass ihm aber bekannt wäre, dass die Firma erst seit einigen Jahre bestehe und der Großteil der Belegschaft zwischen 20 und 25 Jahre alt wäre.

Zu den nicht in der Stellenausschreibung relevanten Anforderungen an Bewerber/innen schilderte er, dass dem zuständigen Kundenbetreuer auch „Meta-Informationen“ bekannt wären, beispielsweise Präferenzen für HTL-

Absolventen oder Anforderungen an die Persönlichkeit eines Bewerbers im Hinblick auf dessen Kompatibilität mit dem bereits in der Firma tätigen Team.

Der Kundenbetreuer der Fa. A., der auch das antragsgegenständliche Absageschreiben verfasst hatte, verwies gelegentlich seiner Befragung darauf, dass die Bezugnahme auf die Altersstruktur im Absageschreiben in dieser Form nicht korrekt gewesen wäre und die Bewerbung von Herrn X. wegen der beigefügten „Erklärung“ keinesfalls an den beauftragenden Kunden weitergeleitet worden wäre.

Hätte er nochmals die Chance zur Formulierung des Absageschreibens würde er eine Formulierung dahingehend wählen, dass sich die Fa. A. von dieser Bewerbung wegen der in der „Erklärung“ enthaltenen Drohung distanzieren. Damals hätte er auf die Altersstruktur deshalb Bezug genommen, weil das „Alter“ als erster Grund in der von Herrn X. beigeschlossenen Erklärung thematisiert worden wäre.

Zum Kundenwunsch nach Bewerbern „aus der Region“ befragt, gab er an, dass er nicht genau mehr wisse, ob dieser Wunsch in der konkreten Ausschreibung genannt gewesen wäre. Aus seiner langjährigen Zusammenarbeit mit der Fa. B. wäre ihm bekannt, dass diese Bewerber „aus der Region“ bevorzuge, weil eine Nähe zum Wohnort eine dauerhafte Bindung eines Arbeitnehmers an das Unternehmen begünstige.

Eine fachliche Prüfung der Bewerbung von Herrn X. wäre vorgenommen worden. Auf Grund seiner fachlichen Qualifikation wäre Herr X. – wäre er „aus der Region“ gewesen und hätte er nicht seiner Bewerbung die „Erklärung“ angeschlossen – höchstwahrscheinlich zu einem Gespräch mit der Fa. A. eingeladen worden, weil – unabhängig von der Besetzung einer spezifischen Position – Bewerber/innen nach Möglichkeit in die Interessentendatenbank der Fa. A. aufgenommen und langfristige Kontakte zu Bewerber/innen angestrebt würden.

Ob Herr X. auch dem im antragsgegenständlichen Fall maßgeblichen Arbeitgeber vorgestellt worden wäre, könne er nicht sagen, prinzipiell hätte Herr X. für die Fa. A. jedoch einen interessanten Kandidaten dargestellt.

Bei der Formulierung des Absageschreibens wäre ihm bewusst gewesen, dass die gewählte Formulierung nicht den Anforderungen des Gleichbehandlungsgesetzes entspräche.

Altersvorgaben seitens der Firma B. verneinte er, meinte aber, dass Herr X. – auf Grund der sehr jungen Altersstruktur dieser Firma – in dieser Form sicherlich nicht in die Altersstruktur gepasst hätte, was allerdings kein Grund für dessen Nichtaufnahme gewesen wäre. Auch jemand im Alter von Herrn X. könne „von der Mentalität her jung sein“ und dann trotzdem in ein junges Team passen.

Da für die zu besetzende Position seitens der Fa. B. eine klare Gehaltsstruktur vorgegeben gewesen wäre, wäre er davon ausgegangen, dass Personen im Alter von Herr X. mehr verdienen hätten wollen, ohne dies jedoch mit dem Bewerber zu thematisieren.

Die seitens der Firma B. erteilten Aufträge wären entweder schriftlich oder mündlich ergangen, im Anlassfall könne er sich jedoch nicht mehr erinnern, in welcher Form die Beauftragung genau erfolgt wäre.

Zu dem in der Stellenausschreibung nicht genannten Kriterium der „Region“ befragt, schilderte er, dass die Stellenausschreibungen zum Großteil von den Kunden übernommen würden. Im antragsgegenständlichen Besetzungsvorgang wäre nicht auszuschließen, dass die seitens des Kunden geäußerten Anforderungen gar nicht mehr hinterfragt worden wären, da ihm auf Grund von persönlichen Erfahrungswerten die Anforderungen der Firma B. genau bekannt gewesen wären.

Der vom begutachtenden Senat geladene Geschäftsführer der Firma B. hat seiner Ladung wiederholt nicht Folge geleistet, weshalb die von ihm erstattete schriftliche Stellungnahme den weiteren Erwägungen zu Grunde gelegt wurde.

Die im vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des Gleichbehandlungsgesetzes, BGBl. I Nr. 66/2004, 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**
2. ...

"§ 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.

(3) **Eine Diskriminierung liegt auch bei Anweisung einer Person zur Diskriminierung vor.**

Vor der rechtlichen Qualifikation des erhobenen Sachverhaltes durch den begutachtenden Senat ist zum Gleichbehandlungsgesetz zunächst allgemein zu erläutern, dass eine seiner wesentlichen Zielsetzungen in der Herstellung einer **diskriminierungsfreien** Arbeitsumwelt liegt und daher Ausnahmebestimmungen – wie etwa die im vorliegenden Fall irrelevante Regelung des § 20 Abs. 3 GlbG - generell restriktiv zu interpretieren sind, um den Schutzzweck des Gesetzes nicht zu konterkarieren!

Das Gleichbehandlungsgesetz soll verhindern, dass bestimmte Personengruppen mit Vorwänden - bedingt durch Stereotypen im Zusammenhang bestimmten Altersgruppen (z. B.: „Ältere sind weniger belastbar, unflexibler und teurer“) oder ethnischen Zugehörigkeiten - aus einem Arbeitsbereich ferngehalten werden.

Im Hinblick auf das Ziel der Herstellung einer diskriminierungsfreien Arbeitswelt für alle Arbeitnehmer/innen ist es daher für jede/n Arbeitgeber/in bzw. mit der Personalvorauswahl beauftragte Personalvermittler/innen erforderlich, sich allenfalls **vorhandene negative Stereotypisierung von Personengruppen**

**bewusst zu machen**, um künftig für alle Arbeitnehmer/innen Chancengleichheit in Bewerbungsverfahren zu gewährleisten!

Das Diskriminierungsverbot des § 17 Abs. 1 Z. 1 GlbG 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.

Der Arbeitgeber/innenbegriff des GlbG umfasst - dem teleos des Gesetzes folgend – auch **alle** Erfüllungsgehilf/innen, derer sich der/die Arbeitgeber/in bei Durchführung seiner/ihrer Aufgaben bedient.

Ein durch **Kundenwunsch** formulierter genereller Ausschluss von bestimmten Personengruppen in einem von Personalberater/innen bzw. -vermittler/innen abgewickelten Bewerbungsverfahren ist vom Gesetzgeber gesondert als verbotene und daher schadenersatzbegründende **Anweisung** zur Diskriminierung (vgl. § 19 Abs. 3 GlbG) geregelt. Der Hinweis eines/r Personalvermittlers/in auf eine bei Nichtbefolgung dieser Wünsche gefährdete Kundenbeziehung kann die Befolgung der Anweisung zur Diskriminierung nicht rechtfertigen, sondern begründet sowohl eine Schadenersatzpflicht des diskriminierenden Personalvermittlers/in gemäß § 17 Abs. 1 Z. 1 GlbG als auch des „Anweisenden“ gemäß § 19 Abs. 3 GlbG!

In einem Verfahren vor 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.

Der rechtlichen Würdigung des vorliegenden Sachverhaltes durch den begutachtenden Senat ist vorzuschicken, dass gemäß § 26 Abs. 12 GIBG eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne der §§ 17, 18 oder 21 beruft, diesen *glaubhaft* zu machen hat.

Dem/der Beklagten obliegt es bei Berufung auf § 17 oder 18 zu *beweisen*, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne der §§ 19 Abs. 2 oder 20 vorliegt.

Von den Vertretern der Firma A. wurden anlässlich ihrer Befragung durch den begutachtenden Senat verschiedene Gründe für die Ablehnung der Bewerbung von Herrn X. genannt, wobei der Senat davon ausgeht, dass auch mehrere relevante Gründe nebeneinander existieren können.

Auch wenn bereits auf Grund der allgemeinen Lebenserfahrung davon ausgegangen werden kann, dass die von Herrn X. der Bewerbung beigefügte „Erklärung“ dessen Chancen auf das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses nicht zu verbessern geeignet und ein daraus resultierender „abschreckender“ Effekt für eine/n Arbeitgeber/in oder Personalvermittler/in dem Senat auch nachvollziehbar erscheint, ist dennoch evident, dass in dem an Herrn X. ergangenen Absageschreiben durch den Hinweis, dieser passe nicht „in die bestehende Altersstruktur“ auf dessen Alter Bezug genommen wurde.

Der begutachtende Senat hatte daher diesen **tatsächlich genannten** absagerelevanten Grund seinen weiteren Erwägungen zu Grunde zu legen:

Im Hinblick auf dessen damaliges Alter von 44 Jahren hat Herrn X. im Hinblick auf die Behandlung seiner Bewerbung durch die Firma A. im Vergleich zu jüngeren Bewerber/innen eine weniger günstige Behandlung um die ausgeschriebene Stelle erfahren, weil auf Grund der Verfahrensergebnisse davon auszugehen war, dass seine Bewerbung – trotz der seitens der Fa. A. eingestandenen fachlichen Qualifikation von Herrn X. – noch am selben Tag ausgesondert wurde.

Der im Verfahren behauptete Umstand, dass eigentlich die der Bewerbung beigefügte „Erklärung“ tatsächlich für die Ablehnung maßgeblich gewesen wäre,

ist auf Grund der altersbezogenen Formulierung des Absageschreibens irrelevant. „Vorgeschobene“ Absagegründe sind zu Lasten der Firma A. auszulegen.

Der Begriff „Alter“ wurde vom Gesetzgeber nicht näher definiert, es ist aber im Hinblick auf den Schutzzweck der Norm davon auszugehen, dass das Anknüpfen an *jedes* Lebensalter grundsätzlich diskriminierend sein kann, wenn nicht besondere Rechtfertigungsgründe dafür vorliegen (*vgl. auch Rebhan, Kommentar zum GlbG, Seite 442*), was jedoch im antragsgegenständlichen Verfahren nicht relevant war.

Gemäß § 20 Abs. 1 GlbG kann das Alter nur dann ein zulässiges Differenzierungsmerkmal sein, wenn es auf Grund einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende Voraussetzung darstellt und sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.

Grundsätzlich kann jedoch kein legitimer Zweck in einem unternehmerischen Konzept gesehen werden. Die Ablehnung einer Bewerbung eines/r – gemessen an dem spezifisch vorhandenen Altersschnitt der Mitarbeiter/innen in einem Unternehmen – „älteren“ Arbeitnehmers/in mit dem Hinweis auf die „nicht passende Altersstruktur“ ist daher als eine rein am Unternehmenskonzept orientierte, gleichbehandlungsgesetzwidrige Schlechterstellung von bestimmten Altersgruppen zu qualifizieren!

Auch wenn die im Absageschreiben gewählte Formulierung und auch die Darstellung eines Vertreters der Firma A. gelegentlich seiner Befragung nicht gelautet hat, dass Herr X. „zu alt“ gewesen wäre, wurde durch die Bezugnahme auf die – im IT-Bereich häufig - relative niedrige Altersstruktur der Belegschaft ein die Chancen von Herrn X. in gleichbehandlungsgesetzwidriger Weise einschränkender Parameter ohne sachliche Rechtfertigung im Sinne von § 20 GlbG thematisiert und nach Meinung des Senates auch für die erfolgte Absage kausal.

Diese Einschätzung des Senates wird durch die Darstellung einer Auskunftsperson, dass jüngere Personen „formbarer“ und billiger wären und ältere Arbeitskräfte normalerweise mehr verdienen wollten, gestützt.

Der begutachtende Senat hat daher die Bezugnahme auf das „nicht passende“ Alter von Herrn X. als eine gegen das Gleichbehandlungsgebot verstoßende Formulierung qualifiziert.

Irrelevant ist in diesem Kontext, ob – wie behauptet - faktisch andere Gründe für die Absage ausschlaggebend gewesen waren, weil auch durch eine Darlegung der angeblich tatsächlich relevanten Gründe ein – wie oben ausgeführt – offenkundiger Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot des § 17 Abs. 1 Z. 1 nicht „saniert“ werden kann, sondern sich eine – warum auch immer – gewählte „Verschleierung“ zu Lasten dessen auswirkt, der seine angeblich „wahren“ Gründe nicht offen legen will!

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass für Verstöße gegen das Gleichbehandlungsgebot das Vorliegen einer Schädigungsabsicht seitens des Diskriminierers nicht erforderlich ist und dass daher auch Fälle, in denen jemand – um eine andere Person vermeintlich zu „schonen“ – seine maßgeblichen Gründe verschleiert und anstelle derer scheinbar weniger „kränkende“ Gründe ohne Schädigungsabsicht vorschiebt, dann einen Verstoß gegen das GlbG darstellen, wenn auf ein vom Diskriminierungsschutz des GlbG umfasstes Rechtsgut in gesetzwidriger Weise Bezug genommen wird.

Der Senat ist zur Auffassung gelangt, dass eine Diskriminierung von Herrn X. gemäß § 17 Abs. 1 Z. 1 GlbG aufgrund des Alters bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses durch die Firma A. vorliegt.

Zu der in § 19 Abs. 3 gesondert geregelten **Anweisung** zu einer Diskriminierung ist grundsätzlich anzumerken, dass diese Regelung darauf abzielt, nicht nur eine/n unmittelbare/n Diskriminierer/in schadenersatzpflichtig zu machen, sondern auch jene Person(en), die eine andere Person dazu „anstiften“, jemanden zu diskriminieren.

Im Sinne der Gewährleistung eines umfassenden Diskriminierungsschutzes in der Arbeitswelt sollen von dieser Regelung jene Fälle umfasst werden, in den ein/e Arbeitgeber/in ein/e Personalberater/in mit der Vorauswahl für eine zu besetzende Position beauftragt und dabei „Wünsche“ oder „Anregungen“ dahingehend äußert, bestimmte Personengruppen (z.B. Frauen, ältere Arbeitnehmer/innen, Nichtösterreicher/innen, Personen mit dunkler Hautfarbe

etc.) *von vornherein und ohne Prüfung der individuellen Qualifikationen* der Bewerber/innen im Bewerbungsverfahren auszuschließen.

Ein derartiger „Wunsch“ eines/r Kunden/in kann für eine/n Personalvermittler/in daher auch **niemals** einen Rechtfertigungsgrund für eine diskriminierende Handlung im Zuge der Vorauswahl von Bewerber/innen darstellen.

**Der begutachtende Senat regt daher an, Kund/innen – die solche „Wünsche“ gegenüber einem/r Personalvermittler/in äußern – über die entstehenden Rechtsfolgen des GlbG in Kenntnis zu setzen.**

Der als Auskunftsperson geladene Geschäftsführer der Firma B., die die Firma A. mit der Personalvorauswahl beauftragt hat, hat seiner Ladung nicht Folge geleistet, weshalb nur dessen schriftliche Stellungnahme den Erwägungen des Senates zugrunde gelegt werden konnte. Allerdings ist anzumerken, dass die mündliche Befragung durch den Senat im Hinblick auf die Glaubwürdigkeit von Aussagen einen wichtigen Verfahrensabschnitt darstellt und daher eine schriftliche Stellungnahme die mündliche Befragung nicht ersetzen kann.

Seitens der im Verfahren gehörten Vertreter der Firma A. wurde in Abrede gestellt, dass es einen sich auf das Alter der Bewerber/innen beziehenden „Kundenwunsch“ oder dezidiert formulierte Vorgaben durch die Firma B. im antragsgegenständlichen Stellenbesetzungsverfahren gegeben hätte. Der begutachtende Senat hat jedoch die Darstellung, dass der den Fall abwickelnde Mitarbeiter der Firma A. **gänzlich eigenmächtig** auf den Absagegrund „Altersstruktur“ gekommen ist, ohne dass es dazu **jemals** Gespräche oder seitens der Auftraggeberin geäußerte Wünsche gegeben habe, als unglaubwürdig und nicht der allgemeinen Lebenserfahrung entsprechend gewertet und daher diese Darstellung der Vertreter der Firma A. als Schutzbehauptung zum Wohle der bestehenden Kundenbeziehung qualifiziert.

Der Senat ist daher zur Auffassung gelangt, dass eine Anweisung zur Diskriminierung gemäß § 19 Abs. 3 GlbG durch die Firma B. erteilt wurde und somit eine Diskriminierung von Herrn X. durch die Firma B. auf Grund des Alters bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses vorliegt.

Für das Vorliegen einer Diskriminierung von Herrn X. auf Grund der **ethnischen Zugehörigkeit** bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z. 1 GlbG konnten auf Grund der diesbezüglich glaubwürdigen Darstellung der angehörten Auskunftspersonen, dass die Bezugnahme auf die „Region“ als Auswahlkriterium rein geographisch motiviert gewesen war und keine darüber hinaus gehenden Kriterien – wie etwa eine „verdeckte“ Suche nach Bewerber/innen inländischer Herkunft – zum Inhalt hatte, keine Hinweise für eine Diskriminierung durch die Firma A. bzw. eine Anweisung zur Diskriminierung durch die Firma B. gefunden werden.

Der Senat kam daher zur Auffassung, dass keine Diskriminierung von Herrn X. aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z. 1 GlbG durch die Firma A. sowie keine Anweisung zur Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit durch die Firma B. gemäß § 19 Abs. 3 GlbG vorliegt.

Abschließend verweist der begutachtende Senat im Hinblick auf die Vorgaben des GlbG und auch bedingt durch demographische Entwicklungen auf die Notwendigkeit für Arbeitgeber/innen, sich mit den in vielen Branchen existenten negativen Stereotypisierungen älterer Arbeitnehmer/innen kritisch auseinanderzusetzen, um in der Folge eine gleichbehandlungsgesetzkonforme Personalaufnahme sicherstellen zu können.

Ältere Arbeitnehmer/innen zeichnen sich häufig durch Betriebstreue, größeres Fachwissen und umfangreichere persönliche Erfahrung aus und sind auch in vielen Bereichen nicht weniger, sondern anders leistungsfähig als jüngere Personen. Auch deren Vorbildwirkung für jüngere Kolleg/innen durch fachliche und persönliche Erfahrung – speziell auch im Umgang mit Kund/innen - stellt für ein Unternehmen ein wertvolles Potential dar, das es nach Meinung des begutachtenden Senates individuell zu erkennen und zu nutzen gilt.

Der Umstand, dass 2020 bereits 4 von 10 Arbeitnehmer/innen älter als 45 Jahre sein werden, erfordert bereits heute ein Umdenken von Arbeitgeber/innen gegenüber älteren Arbeitnehmer/innen!

Weitergehende Informationen zu diesem Themenbereich finden Sie z.B. auf <http://www.arbeitundalter.at/> .

**Vorschlag gemäß § 12 Abs. 3 GlbG:**

Der Senat II schlägt zur Vermeidung von künftigen Diskriminierungen älterer Arbeitnehmer/innen vor, nicht die „Formbarkeit“ und ein niedrigeres Lohnniveau von jüngeren Bewerber/innen zu Determinanten eines Auswahlverfahrens zu machen, sondern im Hinblick auf eine für eine/n Arbeitgeber/in wertvolle „breite“ Altersverteilung der Belegschaft durch transparente, objektive und an sachlichen Kriterien orientierte Personalauswahlverfahren für allen Bewerber/innen Chancengleichheit bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses sicherzustellen.