

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 22. November 2011 über das am 3. Februar 2010 von der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) eingebrachte Verlangen für **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 Firma **X** 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 **A** nicht auf Grund des **Geschlechts** bei der **Begründung eines Arbeitsverhältnisses** gemäß § 3 Z 1 GIBG durch die Firma **X** diskriminiert worden ist.
2. Im Weiteren gelangt der Senat I der GBK zur Ansicht, Frau **A** nicht auf Grund des **Alters** bei der **Begründung eines Arbeitsverhältnisses** gemäß § 17 Abs.1 Z 1 GIBG durch die Firma **X** diskriminiert worden ist.

Entscheidungsgründe:

Im Verlangen der GAW wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass Frau A (Antragstellerin) am 28. Juli 2009 eine Stellenausschreibung der Fa. X (Antragsgegnerin) entdeckt habe. Gesucht werde ein/e kaufmännische/r Büroangestellte/r, der/die im Rahmen eines Teilzeitarbeitsverhältnisses das Team verstärken sollte. Als Voraussetzungen für die Stelle seien Vorkenntnisse in der Baubranche, abgeschlossene

kaufmännische Ausbildung, EDV-Kenntnisse, ausgezeichnete Deutschkenntnisse in Wort und Schrift, Führerschein B und eigener PKW (von Vorteil) genannt worden. Da die Antragstellerin sich durch dieses Inserat angesprochen gefühlt habe, habe sie sich mit Lebenslauf und Motivationsschreiben beworben. Am 3. August 2009 habe sie eine Antwort vom Unternehmen durch Frau B via E-Mail erhalten. Diese habe ihr mitgeteilt, dass es sehr viele Bewerber/innen gegeben habe und man ihr aus diesem Grund noch ein paar Fragen zur Beantwortung mitschicke. Die sechste und letzte Frage, die gestellt worden sei, habe gelautet: „Beabsichtigen Sie in den nächsten Jahren Kinder?“ Nach der Beantwortung der Fragen werde man sie in den nächsten zwei Wochen wissen lassen, wie man sich entschieden habe. Die Antragstellerin habe umgehend alle Fragen beantwortet und habe bei der sechsten Frage zunächst auf deren Unzulässigkeit und sodann auf ihr Alter von 47 Jahren verwiesen. Bereits weniger als eineinhalb Stunden später habe sie von Frau B die Antwort erhalten, dass man sich anders entschieden habe. Die Antragstellerin sei über diese doch sehr rasche Absage erstaunt und gekränkt gewesen, da sie ihres Erachtens alle Voraussetzungen für die Tätigkeit in diesem Unternehmen erfüllt habe. Sie habe sich daraufhin an die GAW gewandt.

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

Frau B habe alle Bewerbungen und Bewerbungsunterlagen entgegengenommen. Für die Antragsgegnerin seien zwei Kriterien sehr wichtig für die Einstellung gewesen. Einerseits Erfahrungen in der Baubranche (...) und weiters Gehaltsvorstellungen, die dem Kollektivvertrag entsprechen sollten. Die Einstellungsgespräche seien gemeinsam von Herrn C mit Frau B geführt worden. Da Frau B auch mit der zukünftigen Bewerberin zusammen arbeiten habe müssen, habe Herr C ihr die Entscheidung überlassen. Aufgrund der ca. 15 - 20 schriftlichen Bewerbungen habe man sich für 3 Bewerberinnen entschieden, die auch zu einem persönlichen Gespräch eingeladen worden seien. Dabei habe es sich zum Einen um Frau D (48 Jahre) gehandelt. Sie habe bereits Erfahrungen in einer Pflasterfirma gemacht. Leider hätten ihre Gehaltsvorstellungen das Budget der Antragsgegnerin gesprengt. Als zweite Dame sei Frau E (40 Jahre) eingeladen worden, welche bereits Erfahrungen in einer Elektrofirma gemacht habe. Leider seien auch Ihre Gehaltsvorstellungen für die Antrags-

gegnerin nicht leistbar gewesen. Als dritte Dame habe die Antragsgegnerin Frau F (34 Jahre) eingeladen. Ihre Erfahrungen bei zwei Baufirmen sowie bei der Bauabteilung des Y sowie ihre geringe Gehaltsvorstellung (Zuverdienstgrenze, da sie sich noch in Karenz befindet habe) und ihr freundliches Auftreten hätten es der Antragsgegnerin die Entscheidung einfach gemacht. Frau F sei am 1. September 2009 eingestellt worden. Die Personalentscheidung der Antragsgegnerin habe somit weder mit dem Alter noch den Kinderwünschen der Bewerber/innen zu tun gehabt. Die Antragsgegnerin habe keinesfalls beabsichtigt, die Antragstellerin in irgendeiner Weise zu diskriminieren.

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, Firma X, 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.

§ 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.

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.

Im vorliegenden Fall der GAW wurde insbesondere vorgebracht, dass im Fragebogen der Antragsgegnerin nach dem Kinderwunsch der Antragstellerin gefragt worden sei. Dies sei ein Indiz für eine Diskriminierung. Es lasse darauf schließen, dass die Antragsgegnerin ein Aufnahmekriterium heranziehe, das mit der dabei implizit vorausgesetzten Frage nach einer Schwangerschaft ausschließlich weibliche Bewerberinnen betreffe und ihnen damit den Bewerbungsvorgang und die Erlangung der Stelle erschwere. Da mit einer derartigen Frage in den höchstpersönlichen Lebensbereich der Antragstellerin eingegriffen worden sei, würde das Verhalten der Antragsgegnerin eine unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts darstellen.

Die Antragstellerin wurde vom Senat I zu einer mündlichen Befragung geladen. Die Antragstellerin hat am 14. November 2011 telefonisch der Geschäftsführung mitgeteilt, dass sie sich weigert zu einer nach einer mündlichen Befragung zu erscheinen. Auch bei einer zweiten Ladung würde sie nicht zu einer mündlichen Befragung erscheinen. Daraufhin wurde die Antragstellerin von der Geschäftsführung des Senates I GBK ausführlich über die möglichen Rechtsfolgen des Fernbleibens von einer mündlichen Befragung belehrt.

Daher setzte der Senat I der GBK die Behandlung des Antrages der GAW gemäß § 12 Abs. 2 GBK-GO fort.

Der im Ermittlungsverfahren befragte Geschäftsführer der Antragsgegnerin hat die Vorwürfe, eine geschlechtsspezifische Bewerber/innenauswahl vorgenommen zu haben, in der mündlichen Befragung nochmals dezidiert als unrichtig zurückgewiesen. Es seien drei Bewerberinnen mit Erfahrungen in der Baubranche zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden. Man habe sich schließlich für eine Bewerberin

entschieden, die ein kleines Kind gehabt habe. Er selbst habe nie Kontakt mit der Antragstellerin gehabt, in Kontakt mit der Antragstellerin sei ausschließlich seine Tochter getreten.

Eine befragte Auskunftsperson gab gegenüber dem erkennenden Senat an, dass der vorliegende Fragenkatalog nicht der übliche Fragenkatalog der Antragsgegnerin sei. Die Auskunftsperson habe zum ersten und einzigen Mal einen solchen Fragenkatalog in einem Bewerbungsverfahren eingesetzt. Es sei dieser Auskunftsperson nicht bewusst gewesen, dass man gewisse Fragen nicht stellen dürfe. Die Antragstellerin habe in ihrem Antwortschreiben ihren eigenen Hausbau als einzige Bau erfahrung angegeben. Aus diesem Grund habe die Antragsgegnerin sie nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen. Man habe jemanden gesucht, der zumindest ein wenig Erfahrung in der Baubranche gehabt habe. Mittlerweile würde das Unternehmen überhaupt keine Fragen mehr ausschicken. Derzeit suche man wieder Personal. Im geschalteten Inserat stehe nur mehr, dass man qualifiziertes Fachpersonal aus der ...- und Fliesenlegerbranche suche.

Unstrittig ist, dass im vorliegenden Fragenkatalog eine geschlechtsspezifische bzw. unzulässige Frage gestellt worden ist. Dies wurde von einer Auskunftsperson in der mündlichen Befragung nochmals bestätigt. Es sei bedauerlicherweise zu dieser Fragestellung gekommen. Es stellte sich daher dem erkennenden Senat die Frage, ob die geschlechtsspezifische Fragestellung kausal für die Nichteinladung bzw. die Nichteinstellung der Antragstellerin gewesen ist.

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

Der erkennende Senat hebt bei seiner Entscheidung hervor, dass die Angaben der Antragstellerin und jene der Antragsgegnerin widersprüchlich waren. Da die Antragstellerin jedoch – wie bereits ausgeführt – nicht zu der mündlichen Befragung erschienen ist, um ihren Standpunkt nochmals darzulegen bzw. um Widersprüche auszuräumen, folgt der Senat I der GBK den Angaben der befragten Auskunftspersonen.

¹ vgl. EuGH-Urteil vom 22.4.1997, "Draehmpachl"

Senat I der GBK stützt sich in seiner Entscheidung insbesondere auf den Aussagen der einvernommenen Auskunftspersonen sowie der vorliegenden Unterlagen.

Bei Abwägung aller vorliegenden Umstände ist es nach Ansicht von 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 selbst bei einem geschlechtsneutralen – und damit in einer dem GIBG entsprechenden Weise gestalteten – Fragenkatalog es zu keiner anderen Entscheidung gekommen wäre. So wurden trotz des geschlechtsspezifischen Fragenkatalogs drei Bewerberinnen zu einem Bewerbungsgespräch eingeladen, von denen zumindest zwei einen Kinderwunsch haben könnten. Nach genauer Prüfung der vorliegenden Bewerbungsgrundlagen kann der erkennende Senat die Entscheidung nachvollziehen, dass die Bewerbung der Antragstellerin bereits im Vorfeld ausgeschieden worden ist, und im Weiteren keine Beachtung mehr gefunden hat.

Aus der Bewerbung und dem Lebenslauf der Antragstellerin ist zu sehen, dass die Antragstellerin nicht die im Inserat geforderte Erfahrung in der Baubranche hat. Im Bewerbungsschreiben gibt die Antragstellerin als Referenz für ihre Erfahrungen in der Baubranche an, dass sie selber ein Einfamilienhaus gebaut und sich mit diversen Produkten auseinandergesetzt hat. Das ist nachvollziehbarerweise zu wenig, um dies als die geforderte Erfahrung bzw. Kenntnisse in der Baubranche zu bezeichnen. Aus den Unterlagen geht weiters hervor, dass die Antragstellerin insbesondere im Logistikbereich gearbeitet hat.

Nach genauer Prüfung des vorliegenden Sachverhaltes kommt der Senat I der GBK daher zur Ansicht, dass die Antragstellerin aus sachlichen Gründen vom weiteren Bewerbungsverfahren ausgeschlossen, und nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden 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 eine **keine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts** bei der **Be-gründung des Arbeitsverhältnisses** gegenüber der Antragstellerin 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. 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 vorliegen. Es sind alle Arbeitnehmer/innen unabhängig von einem Mindest- oder Höchstalter geschützt, 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 Alters². 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, wurden vom Gesetzgeber in § 20 GIBG geregelt. Hier finden sich Ausnahmebestimmungen, die eine Ungleichbehandlung nur unter ganz bestimmten 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.

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.

² so RV BlgNR 22., GP, 15

Der Senat I der GBK kam im Laufe des Verfahrens zur Überzeugung, dass die Antragstellerin 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 glaubhaft dargelegt werden, dass bei der Bewerbung der Antragstellerin nicht an das Alter angeknüpft worden ist. Der Geschäftsführer der Antragsgegnerin entgegnet diesem Vorwurf sehr glaubwürdig dahingehend, dass eine der Bewerberinnen, die zum Bewerbungsgespräch eingeladen worden sei, 48 Jahre alt, und damit älter als die Antragstellerin gewesen sei. Man hätte auch diese Kandidatin genommen, wenn die Einstellung nicht an den Gehaltsvorstellungen gescheitert wäre. Bei Würdigung der Gesamtumstände hat der Senat I den Eindruck gewonnen, dass das Alter kein Ausschlusskriterium im Bewerbungsverfahren war.

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

Wien, 22. November 2011

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK