

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

(BGBl. Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 82/2005)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) im Bundeskanzleramt (vormals Bundesministerium für Gesundheit und Frauen) gelangte am 20. Juni 2007 über den am 5. April 2006 eingebrachten Antrag von **Frau A** betreffend die Überprüfung einer **Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes** bei der **Begründung** des Arbeitsverhältnisses **gemäß § 3 Z 1 Gleichbehandlungsgesetz (GIBG)** (BGBl. I Nr.. 66/2004 idF BGBl. 82/2005; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) und einer Diskriminierung auf Grund des **Alters** bei der **Begründung des Dienstverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 GIBG** durch die **X Ges.m.b.H.** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß **§ 12 GBK/GAW-Gesetz i.V.m. § 11 der Gleichbehandlungskommission-GO**, BGBl. II Nr. 396/2004, zu folgendem Ergebnis:

Im Antrag von Frau A wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass sie am 5.10.2005 vom AMS ein Stellenangebot der Firma X Ges.m.b.H. erhalten habe. Noch am selben Tag habe sie am Telefon mit dem im Stellenangebot angeführten Herrn B gesprochen und sei das Telefonat folgendermaßen abgelaufen:

Zuerst habe sie ihm ihre bisherigen Tätigkeiten dargelegt. Danach habe er nach ihrem Alter gefragt. Als die Antragstellerin ihm erklärte, dass sie 54 Jahre alt sei, habe er dazu gemeint, dass er sich jemanden jüngeren vorgestellt habe.

Darauf habe die Antragstellerin erwidert, dass sie zwar kein jugendliches Alter, aber Fähigkeiten und Erfahrung zu bieten habe.

Herr B habe jedoch gemeint, dass er ein großes Büro habe und etwas Hübsches zum Anschauen wolle. Auf ihre Frage ob ihm nicht Leistung wichtiger sei habe er entgegnet: „... da gehen sie sowieso in einem Jahr in Pension“. Die Antragstellerin habe ihn dahingehend aufgeklärt, dass sie auf jeden Fall bis zu ihrem 60. Lebensjahr arbeiten werde. Herr B habe darauf bloß „Na!“ gesagt und den Hörer aufgelegt.

Die Antragstellerin führte weiters an, dass sie über umfassende berufliche Qualifikationen im Bürobereich verfüge und daher auch die von der Antragsgegnerin verlangten Anforderungen erfülle.

In der schriftlichen Stellungnahme des rechtsfreundlichen Vertreters der Antragsgegnerin wurde mitgeteilt, dass weder der Geschäftsführer Herr B noch irgendein Mitarbeiter der Antragsgegnerin, die behaupteten Äußerungen Frau A gegenüber gemacht hätte. Die Antragstellerin habe vielmehr nicht die geforderte Qualifikation für den konkreten Arbeitsplatz im Sekretariat der Antragsgegnerin erfüllt. Dies sei der alleinige Grund warum das Dienstverhältnis nicht zustande gekommen sei. Herr B wisse nichts von diskriminierenden Äußerungen und sei auch sprachlich nicht in der Lage derart differenzierte Bemerkungen auf Deutsch zu formulieren.

In der mündlichen Befragung durch Senat I der GBK gab die Antragstellerin ergänzend an, dass der Geschäftsführer der Antragsgegnerin ziemlich genau gefragt habe, was sie bisher gemacht habe. Sie habe ihm geschildert, dass sie früher den Einkauf für eine große Firma, die Abrechnungen für das Personal, die Kassaführung gemacht habe und auch über einen Computerführerschein verfüge. Nach der Frage nach ihren Fähigkeiten sei die Frage nach ihrem Alter gekommen.

Das Telefonat habe sicher nicht länger als 10 Minuten gedauert. Herr B habe mit einem Akzent tadellos deutsch gesprochen. Nach dem Einlegen ihres Antrages an die GBK bei ihm, habe Herr B bei ihr angerufen und sie bitterböse gefragt, was dieser Antrag solle und was sie von ihm wolle.

In der mündlichen Befragung durch Senat I der GBK gab der Geschäftsführer im Wesentlichen an, dass er nur Frauen für die offene Stelle eines/-r Sekretärs/-in gesucht habe. Das AMS habe ihm mehrere geschickt, doch hätten diese, ebenso wie die Antragstellerin, keine Erfahrung in der ...branche gehabt. Die Antragstellerin sei persönlich bei ihm vorbeigekommen und habe auch einen Stempel für das AMS bekommen. Er habe sie nicht nach ihrem Alter gefragt. Ebenso sei die Äußerung, dass er sich jemanden jüngeren vorstelle, von ihm nicht getätigt worden und habe er auch keine Aufzeichnungen über die geführten Bewerbungsgespräche.

Hinsichtlich der beantragten Überprüfung bezüglich des Vorliegens einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß **§ 3 Z 1 GIBG** ist zunächst folgendes zu bemerken:

Die Bestimmung des § 3 Z 1 GIBG verbietet die unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses.

Hievon 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 bestimmte Art und Weise der Begründung beschränkt. 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- oder Arbeitgeberinnenseite im Vorfeld für den/die Arbeitgeber/in Handlungen tätigt, die im 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 Arbeitgebers/Arbeitgeberin. Im Besetzungsverfahren kann nur der/diejenige benachteiligt werden, der/die sich ernsthaft beworben hat und für die zu besetzende Stelle in Betracht kommt. Gemäß § 12 GIBG haben Personen, die sich auf diesen Diskriminierungstatbestand berufen, diesen glaubhaft zu machen. Dem/Der Beklagten obliegt es zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlich ist, dass ein anderes vom/von der/dem Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne des § 5 Abs. 2 GIBG vorliegt.

Das Telefonat von Frau A mit dem Antragsgegner, in welchem sich die Antragstellerin für eine Stelle als Bürokräftin beworben hat, sowie die dezidierte

Nachfrage des Antragsgegners nach ihrer bisherigen beruflichen Erfahrung ist somit ebenfalls vom Gleichbehandlungsgebot gemäß § 3 Z 1 GIBG erfasst.

Der Senat I sah sich im gegenständlichen Verfahren mit sehr widersprüchlichen Aussagen der beteiligten Personen konfrontiert. Auf Grund der durchgeführten Befragung konnte jedoch glaubhaft dargelegt werden, dass die Antragstellerin sich beim Geschäftsführer der Antragsgegnerin telefonisch als Bürokraft beworben hat und das Gespräch, wie geschildert tatsächlich stattgefunden hat.

Der Geschäftsführer bestätigte im Zuge der mündlichen Befragung, dass er für den Posten als Bürokraft nur Frauen gesucht hat. Weiters gab er an, dass er keine schriftlichen Aufzeichnungen über die von ihm geführten Bewerbungsgespräche hat.

Hierzu ist festzuhalten, dass in einem Verfahren vor Senat I der GBK nicht das Auswahlverfahren wiederholt werden soll, sondern es soll überprüft werden, ob die Entscheidung, die zur Ablehnung eines/einer Bewerbers/-in geführt hat, transparent und nachvollziehbar war. Das im Zuge der Befragung angeführte Auswahlverfahren war für Senat I jedoch nicht nachvollziehbar. Es konnten von Seiten der Antragsgegnerin dem Senat I der GBK keinerlei Aufzeichnungen oder Begründungen, die den Ablauf des Bewerbungsverfahrens nachvollziehbar machen, dargelegt werden.

Für Senat I der GBK, ist es nicht vorstellbar, dass der Geschäftsführer die verfahrensgegenständliche Äußerung auch einem männlichen Bewerber gegenüber getätigt hätte. Der Ablehnungsgrund gegenüber der Antragstellerin, erfolgte somit unter anderem auf Grund ihres Geschlechtes. Bei der Aussage des Geschäftsführers: „etwas Hübsches zum Anschauen für das Büro“ handelt es sich um eine geschlechtsstereotype Äußerung, die in einem Bewerbungsverfahren nach dem Gleichbehandlungsgesetz zu unterbleiben hat.

Die Angaben der Antragstellerin waren für Senat I der GBK glaubwürdig und lebensnah. Demgegenüber ist festzuhalten, dass der Senat I der GBK aufgrund seiner eigenen Wahrnehmung in der mündlichen Befragung feststellen konnte, dass der Geschäftsführer - entgegen den Angaben in seiner Stellungnahme - in einem flüssigen Deutsch auf die Fragen des Senates I antworten konnte. Er war somit sehr wohl auf Grund seiner sprachlichen Kenntnisse in der Lage, einen solchen Vorwurf zu äußern.

Der Senat I der GBK gelangte daher aufgrund des durchgeführten Verfahrens zur Auffassung, dass Frau A aufgrund des Geschlechts bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 GIBG von der X Gesm.b.H. diskriminiert worden ist.

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 Kriterium Alter ist festzuhalten, dass alle Arbeitnehmer/innen unabhängig von einem Mindest- oder Höchstalter geschützt sind, es sei denn, spezifische Ausbildungsverordnungen erfordern die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung. Ebenso sind Vorschriften unzulässig, welche insbesondere den Einstieg in eine bestimmte Laufbahn nur bis zu einem bestimmten Lebensalter gestatten, sowie Diskriminierungen auf Grund des jugendlichen Alters (so RV 307 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 deren die 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 außergewöhnlichen Umständen rechtfertigen. So liegt zum Beispiel keine Ungleichbehandlung vor, wenn sie objektiv und angemessen ist, durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung bestimmter demonstrativ aufgezählter Ziele angemessen und erforderlich sind. Die RL 2000/78/EG nennt als wesentliches Diskriminierungsverbot auf Grund des Alters die Erhöhung des Anteils älterer Arbeitnehmer/innen an der Erwerbsbevölkerung. Insbesondere im Bereich der Beschäftigungspolitik, des Arbeitsmarktes und der beruflichen Bildung.

Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn ein Arbeitnehmer auf Grund seines 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.

Gemäß § 26 Abs. 12 GIBG hat eine betroffene Person, die sich auf einen 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 wahrscheinlich ist, dass ein anderes als vom/von der Beklagten glaubhaft gemachten Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund gemäß §§ 19 Abs. 2 oder 20 GIBG vorliegt.

Der Senat I der GBK kam im Laufe des Verfahrens zur Überzeugung, dass Frau A eine qualifizierte Bewerberin, mit langjähriger Berufserfahrung für die zu besetzende Stelle gewesen ist. Auf Grund der dem Senat vorgelegten Unterlagen und der Aussagen der befragten Personen konnte glaubhaft dargelegt werden, dass bei der Bewerbung von Frau A an das Alter angeknüpft worden ist.

Dieser Eindruck verstärkte sich für Senat I der GBK auch durch die vom Geschäftsführer im Bewerbungsgespräch an die Antragstellerin gestellte Frage, wie alt sie ist, sowie der nachfolgenden Äußerungen desselben, dass er sich jemand jüngeren vorstelle.

Bei Würdigung der Gesamtumstände hat der Senat I den Eindruck gewonnen, dass der Geschäftsführer für die Position als Bürokräft eine jüngere Frau gesucht hat. Seitens der Antragsgegnerin konnte im durchgeführten Verfahren weder eine sachliche Rechtfertigung, noch Gründe dargelegt werden, die eine Differenzierung nach dem Alter bei der zur Besetzung ausgeschriebenen Stelle rechtfertigen könnten. Zum gesamten Auswahlverfahren und dessen Intransparenz wird auf das in den Ausführungen zu § 3 Abs. 1 GIBG Angeführte verwiesen.

Daher gelangte der Senat I der GBK zur Auffassung, dass Frau A auch aufgrund ihres Alters bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG von der X Ges.m.b.H. diskriminiert wurde .

Der Senat I der GBK schlägt daher eine **intensive** Befassung mit den Fragen des Gleichbehandlungsgesetzes vor. Zur näheren Information werden der Gesetzestext

sowie die Empfehlung der Europäischen Kommission zum Schutz der Würde von Frauen und Männer am Arbeitsplatz beigelegt.

Juni 2007