

Senat I der Gleichbehandlungskommission
Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz
(BGBl. Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 107/2013)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 29. November 2017 über den am 19. September 2014 eingelangten Antrag von **Herrn MMag. A, MBA (Antragsteller)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund des **Geschlechts** und des **Alters** bei der **Begründung eines Arbeitsverhältnisses** gemäß **§§ 3 Z 1 und 17 Abs. 1 Z 1 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 107/2013; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) durch die **X KG (Antragsgegnerin)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. II Nr. 275/2013), zu GZ GBK I/572/14-M, zu folgendem

Prüfungsergebnis

- 1. Herr MMag. A, MBA ist nicht aufgrund des Geschlechts bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 GIBG durch die X KG diskriminiert worden.**
- 2. Herr MMag. A, MBA ist nicht aufgrund des Alters bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG durch die X KG diskriminiert worden.**

Dies ist eine gutachterliche Feststellung. Es handelt sich hierbei im Sinne der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes¹ nicht um einen Bescheid.

Prüfungsgrundlagen

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen des Antragstellers sowie der Antragsgegnerin und die mündliche Befragung von Mag.^a B (in-

¹ Vgl. z.B. VfSlg. 19.321.

formierte Arbeitgebervertreterin) vom 18. Oktober 2017. Als weitere Auskunftsperson wurde Herr C in der Sitzung am 18. Oktober 2017 befragt. Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf das Stellenangebot der Antragsgegnerin, die Bewerbungsunterlagen des Antragstellers, und die Ergebnisse eines Ermittlungsauftrages an die Gleichbehandlungsanwaltschaft zur Beschäftigungsstruktur der Antragsgegnerin nach Geschlecht und Alter vom 28. Jänner 2015 inkl. einer Tabelle aller bei der Antragsgegnerin 2014 beförderten/neueingestellten FilialleiterInnen in Österreich samt deren Alter, Geschlecht und Qualifikation.

Vorbringen

Im Antrag und den nachfolgenden Konkretisierungen wurde im Wesentlichen Folgendes vorgebracht:

Der Antragsteller habe sich am 8. September 2014 bei der Firma X KG als Filialleiter beworben. Die Diskriminierung liege darin begründet, dass er aufgrund seines Alters, trotz exzellenter universitärer Ausbildung, zum einen die Stelle nicht erhalten habe und zum anderen, nicht zu einem persönlichen Gespräch geladen worden sei. Seine Bewerbung sei schriftlich, mit dem Vermerk: „...dass wir nach eingehender Prüfung leider absagen müssen...“ abgelehnt worden. Zusätzlich sei er aufgrund des Geschlechts diskriminiert worden, da ihm persönlich keine männlichen Filialmitarbeiter bekannt seien und er daher annehmen müsse, dass Männer im Filialbetrieb nicht gewünscht seien.

Es gebe zwar keinen schriftlichen Beweis und keine Zeugenaussage für die Diskriminierung auf Basis des Geschlechts und des Alters, er könne jedoch einige Indizien ins Treffen führen. Trotz exzellenter Ausbildung sei seine Bewerbung innerhalb Tagesfrist nur mit einem kurzen Vermerk abgewiesen worden. Er vermute daher, dass die Bewerbung zum einen wegen des falschen Geschlechts – in den im persönlich bekannten Filialen der Firma X, seien ausschließlich Frauen beschäftigt – und zum anderen wegen des Alters – ihm sei noch nie ein älterer, neu eingetretener Mitarbeiter im Filialbereich aufgefallen – abgelehnt worden sei. Ob und mit welchen Personen die konkrete Stellenausschreibung besetzt worden sei, entziehe sich seiner Kenntnis. Auf der Homepage der Firma seien zum Datum 17. September 2014 18 Stellen als Filialleiter in ... ausgeschrieben gewesen. Bei 18 ausgeschriebenen Stellen als Filialleiter in ..., könne es nicht sein, dass qualifizierte Bewerber nicht einmal zu einem Gesprächstermin geladen würden.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der Antragsgegnerin übermittelten Stellungnahme vom 20. November 2014 bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Richtig sei, dass der Antragsteller sich im September 2014 in der Zweigniederlassung Y als Filialleiter beworben und am 15. September 2014 eine Absage erhalten habe.

Bestritten werde jedoch ausdrücklich, dass die Absage aufgrund des Alters und/oder Geschlechts erfolgt sei. Das Durchschnittsalter der Filialleiter in der Zweigniederlassung Y liege bei über 40 Jahren, 12% seien über 50 Jahre alt (Stand 2013). Im Jahr 2014 seien in der Zweigniederlassung Y bisher drei Männer und vier Frauen als Filialleiter eingestellt worden, insgesamt seien 25% der Filialleiter männlich.

Die Position des Filialleiters biete keine weiteren Karrieremöglichkeiten, weshalb in der Zweigniederlassung Y kein Filialleiter über einen universitären Abschluss verfüge. Wie in der Stellenausschreibung angegeben, sei eine abgeschlossene Berufsausbildung (z.B. Lehre) von Vorteil, keinesfalls jedoch erforderlich. Der Antragsteller sei daher aufgrund seiner exzellenten universitären Ausbildung, der ständigen nebenberuflichen Weiterbildung, der langjährigen Berufspraxis und Führungserfahrung sowie der Englischkenntnisse für die Position des Filialleiters weit überqualifiziert.

Rechtliche Überlegungen

Gemäß § 3 Z 1 GIBG darf auf Grund des Geschlechts im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses.

Die Formulierung „bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses“ beschränkt sich nicht auf die konkrete Entscheidung über die Einstellung, sondern erfasst auch Benachteiligungen im Rahmen des idR vorausgehenden Auswahlverfahrens. Für die Beurteilung einer Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses ist somit auf verschiedene, dem Vertragsabschluss „vorgelagerte“ bzw. diesen „vorbereitende“ Verhaltensweisen des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin oder für diese/n handelnder Personen Bedacht zu nehmen.²

Insoweit sich die betroffene Person auf einen Diskriminierungstatbestand iSd §§ 3, 4, 6 oder 7 GIBG beruft, hat er/sie diesen gemäß § 12 Abs. 12 GIBG glaubhaft zu machen. Dem/Der Beklagten obliegt es bei Berufung auf §§ 3 oder 4 GIBG 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 das andere Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist oder ein Rechtfertigungsgrund iSd § 5 Abs. 2 GIBG vorliegt.

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung der Vorwürfe des Antragstellers, die Antragsgegnerin habe seine Bewerbung ohne Einladung zu einem persönlichen Ge-

² Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 3 Rz 13.

sprach aufgrund des Alters und des Geschlechts abgelehnt, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch.

Das Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass sich der Antragsteller am 8. September 2014 bei der Antragsgegnerin um eine Stelle als Filialleiter beworben hatte. Mit Schreiben vom 15. September 2014 wurde ihm schriftlich abgesagt.

Im Stelleninserat auf das sich der Antragsteller bewarb, wird das gesuchte Profil einer Filialleiterin/eines Filialleiters wie folgt beschrieben: *abgeschlossene Ausbildung und Berufserfahrung von Vorteil; Begeisterung für den Handel; Bereitschaft ein Team und eine Filiale zu führen; belastbare, starke Persönlichkeit mit Freude am Kundenkontakt; lösungsorientierte Arbeitsweise; Einsatzbereitschaft und Flexibilität.*

Der Antragsteller stütze sein Vorbringen aufgrund des Alters und des Geschlechts diskriminiert worden zu sein darauf, dass er trotz ausgezeichneter Qualifikation nicht zu einem persönlichen Gespräch eingeladen worden war, zwischen seiner Bewerbung und Absage lediglich wenige Tage lägen und in den ihn bekannten Filialen keine Männer oder ältere MitarbeiterInnen tätig seien. Der Antragsteller wurde zu den Sitzungen am 18. Oktober 2017 und am 29. November 2017 geladen und teilte anlässlich seiner zweiten Ladung mit, aus gesundheitlichen Gründen nicht an einer persönlichen Befragung teilnehmen zu können. Er gab an, alle für das Verfahren maßgeblichen Angaben gemacht zu haben.

Dem Vorwurf des Antragstellers, männliche Mitarbeiter seien im Filialbetrieb nicht erwünscht, stehen die Ermittlungsergebnisse der GAW sowie die Aussagen der Antragsgegnerin entgegen. Aus den von der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen zur Beschäftigungsstruktur ergibt sich, dass im Jahr 2014 geringfügig mehr Männer in die Position eines Filialleiters/einer Filialleiterin neu eingestellt bzw. befördert wurden (30 Männer, 24 Frauen). Insgesamt wurde von der Antragsgegnerin aber ein Überwiegen der weiblichen Filialleiterinnen (63%) bestätigt. Es wurde dargelegt, dass es der Einstellungspolitik der Antragsgegnerin entspreche, dass häufig interne Personen zu FilialleiterInnen befördert werden. Aus diesem Rückgriff auf den vorhandenen Mitarbeiterpool erkläre sich das Verhältnis zugunsten der Frauen unter den FilialleiterInnen. Diese Argumentation war für den Senat glaubwürdig und nachvollziehbar. Es bestätigte sich daher für den Senat im Laufe des Verfahrens nicht, dass Männer im Filialbetrieb der Antragsgegnerin unerwünscht seien.

Der Antragsteller stützte sein Vorbringen weiters darauf, dass seine Bewerbung trotz exzellenter Qualifikation nicht berücksichtigt worden war und er daher ein diskriminierendes Motiv für ausschlaggebend halte. Aus dem Lebenslauf sowie dem Bewerbungsschreiben des Antragstellers ergibt sich, dass dieser zwei Diplomstudien – Sozi-

alwirtschaft und Wirtschaftswissenschaften –, ein Masterstudium im Bereich „Business Administration in General Management“, einen Betriebswirtschaftlichen Intensivlehrgang, zwei Lehren – Bürokaufmann und Lagerlogistiker – sowie einen Lehrgang zur Logistikfachkraft absolviert habe. Zudem führte er langjährige Berufspraxis in verschiedensten leitenden Funktionen (Lager-, Versand-, Filial-, Regional- und Verkaufsleiter) sowie Sprachkenntnisse in Englisch und Grundkenntnisse in Spanisch an.

Auch wenn eine „Überqualifizierung“ etwa in Form eines abgeschlossenen Hochschulstudiums nicht automatisch einen Nachteil für den/die BewerberIn bedeuten kann, ist es einem Arbeitgeber doch zuzubilligen, sorgfältig abzuwägen, inwieweit BewerberInnen mit weit über das geforderte Maß hinausgehenden Qualifikationen noch in das vom Unternehmen für eine bestimmte Position gesuchte Profil passen. Mag.^a B gab etwa an, die Einstiegsposition für AkademikerInnen sei auf Ebene des Regionalverkaufsleiters/der Regionalverkaufsleiterin. Unter FilialleiterInnen habe man einen verschwindend geringen Anteil an Personen mit Universitätsabschluss, da es in dieser Position keine Aufstiegsmöglichkeiten gebe. Ein Grund in dieser Position keine Akademiker einzustellen sei, dass diese den Anspruch hätten „weiterzukommen“.

Nach welchen Kriterien jemand eingestellt wird, ist Unternehmensentscheidung, solange die angewandten Kriterien nicht diskriminierend sind. Das Gleichbehandlungsgesetz wird nicht herangezogen, um die Einstellungspolitik der Unternehmen zu beeinflussen. Die Antragsgegnerin legte für die ausgeschriebene Stelle als FilialleiterIn das oben genannte Anforderungsprofil fest. Eine abgeschlossene Berufsausbildung war von Vorteil, aber nicht zwingend. Mit mehreren abgeschlossenen Hochschulstudien, langjähriger Berufspraxis in leitenden Funktionen und sowie den diversen Weiterbildungen lag der Antragsteller daher weit über den angegebenen Anforderungen. Die Antragsgegnerin legte glaubhaft dar, dass in dieser Überqualifizierung und nicht im Alter oder Geschlecht des Antragstellers ein Grund für die Ablehnung seiner Bewerbung gesehen wurde.

Als weitere Argumente für die Ablehnung der Bewerbung des Antragstellers wurde in der Sitzung vorgebracht, dieser habe zudem auch die Formalerfordernisse nicht erfüllt. Aus den Bewerbungsunterlagen des Antragstellers ist ersichtlich, dass er der Aufforderung in der Ausschreibung, sich mit Foto zu bewerben, nicht nachgekommen war.

Zusätzlich wurde von der Antragsgegnerin ins Treffen geführt, aus strategischen Gründen schalte man die Stelleninserate möglichst breit. Die ausgeschriebene Anzahl der Stellen als FilialleiterIn, entsprechen daher nicht der den aktuell freien, zu beset-

zenden Stellen. Vor dem tatsächlichen Einsatz als FilialleiterIn sei zudem eine einjährige Ausbildung zu durchlaufen. Durch die gewählte Vorgehensweise, könne man laufend aus den eingehenden Bewerbungen rekrutieren und so in Vorlage gehen. Auch diese Ausführungen hinsichtlich ihrer Einstellungsstrategie sind für den Senat nachvollziehbar. Es ist für den Senat daher glaubhaft, dass nicht – wie vom Antragsteller angenommen – 18 Stellen als FilialleiterInnen zu besetzen waren, sondern man durch das Ausschreiben vieler Stellen vorrausschauend rekrutieren und mehr potentielle Bewerber/innen erreichen wollte. Gerade mit Blick auf diese strategische Einstellungspolitik ist es plausibel, dass unter den einlangenden Bewerbungen eine strengere Vorauswahl getroffen wird und BewerberInnen, die anhand ihrer schriftlichen Bewerbung für die ausgeschriebene Stelle nicht als ins Profil passend erscheinen, ohne persönliches Gespräch ablehnt. Auch hier lässt sich für den Senat kein diskriminierendes Motiv erkennen.

Für den Senat ergab sich im Ergebnis daher kein Hinweis auf eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts des Antragstellers. Vielmehr waren die von der Antragsgegnerin dargelegten Motive für den Senat glaubhaft.

Es liegt somit **keine Diskriminierung** aufgrund des Geschlechts bei der **Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 1 GIBG** vor.

Gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG darf aufgrund des Alters im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses.

Der Antragsteller brachte weiters vor, die Antragsgegnerin habe ihn auch aufgrund seines Alters diskriminiert. Dies stützte er drauf, in den ihm bekannten Filialen seien keine älteren MitarbeiterInnen tätig.

In Hinblick auf diese vorgeworfene Diskriminierung aufgrund des Alters legte die Antragsgegnerin dar, der Altersdurchschnitt unter den FilialleiterInnen liege bei 40 Jahren. Ein Anteil von 12 % sei über 50 Jahre. Der junge Altersdurchschnitt stehe in Zusammenhang damit, dass im Rahmen der bereits oben erwähnten verstärkten Rekrutierung aus dem Mitarbeiter/innenpool, Personen die eine Lehre bei der Antragsgegnerin abgeschlossen hätten, die Möglichkeit gegeben werde, zum/zur FilialleiterIn aufzusteigen. Aufgrund dieser glaubwürdigen Aussagen und der Ermittlungsergebnisse der GAW, bestätigte sich für den Senat daher das Vorbringen des Antragstellers bezüglich der Beschäftigung älterer Mitarbeiter nicht. Vielmehr erscheint es – wie oben erörtert – naheliegender, dass für die Personalentscheidung andere, nicht diskriminierende Gründe entscheidend waren. In Hinblick auf die Nachvollziehbarkeit und Glaubwürdigkeit der dargelegten Motive für die Personalentscheidung, darf auf

die obigen Ausführungen bei der Prüfung einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts verwiesen werden.

Es ergab sich daher für den Senat auch kein Hinweis darauf, dass das Alter als Motiv für die Entscheidung der Antragsgegnerin, die Bewerbung des Antragstellers abzulehnen, ausschlaggebend gewesen wäre.

Es liegt somit **keine Diskriminierung** auf Grund des Alters bei der **Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 17 Abs. 1 Z 1 GIBG** vor.

Wien, 29. November 2017

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK