

Senat II der Gleichbehandlungskommission**Anonymisiertes Prüfungsergebnis GBK II/40/07**

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) beim Bundeskanzleramt hat über das in Vertretung des Herrn X (in der Folge: der Betroffene) gestellte Verlangen der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) wegen behaupteter Diskriminierung auf Grund des Alters bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG, BGBl. I Nr. 66/2004 idgF, durch die Y GmbH (in der Folge: Erstantragsgegnerin) und durch die Z GmbH (in der Folge: Zweitantragsgegnerin) nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz, BGBl. I Nr. 66/2004 idgF, iVm § 11 Gleichbehandlungskommissions-GO, BGBl. II Nr. 396/2004, erkannt:

Eine Diskriminierung des Betroffenen gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG auf Grund des Alters bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses durch die Erstantragsgegnerin und durch die Zweitantragsgegnerin

liegt vor.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Die GAW brachte in ihrem Verlangen im Wesentlichen vor, dass der Betroffene, Jahrgang 1962, sich mit Schreiben vom 2007 bei der Erstantragsgegnerin für eine der von der Zweitantragsgegnerin ausgeschriebenen Stellen für FahrzeugführerInnen beworben habe. Nachdem er über zwei Wochen keine Antwort auf seine Bewerbung erhalten habe, habe er telefonisch die Erstantragsgegnerin kontaktiert und von der Mitarbeiterin Frau A die Mitteilung erhalten, dass sie leider seine Bewerbung nicht an die Zweitantragsgegnerin weiterleiten könne, da er zu alt für die in Frage stehende Stelle sei. Weiters habe Frau A dem Betroffenen mitgeteilt,

dass die Zweitantragsgegnerin nur in junge Menschen investieren wolle. Der Betroffene sei mit seinen fast 45 Jahren zu alt. Einige Tage später habe der Betroffene eine schriftliche Absage erhalten.

Er habe sich mit dieser Antwort nicht zufrieden geben wollen und einen Vertreter der Gewerkschaft kontaktiert. Ein Vertreter habe den Kontakt zum Geschäftsführer der Zweitantragsgegnerin und deren Personalchef gesucht. In einem gemeinsamen Gespräch hätten die beiden Herren die Bewerbung des Betroffenen unter ausdrücklicher Bezugnahme auf sein Alter abgelehnt.

Dieser habe sich in weiterer Folge an die GAW gewendet, welche ein Interventionsschreiben an die Erst- und die Zweitantragsgegnerin verfasst hätte, welches erst nach einer Urgenz für beide Antragsgegnerinnen gemeinsam beantwortet worden sei.

Im Antwortschreiben werde der Stadtpunkt vertreten, dass gegenständlicher Fall unter die Ausnahmebestimmung des § 20 Abs. 1 GIBG (wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung) sowie jene des § 20 Abs. 4 Z 3 GIBG (angemessene Beschäftigungszeit vor dem Ruhestand) zu subsumieren sei.

In diesem Sinne werde argumentiert, dass die Ausbildung zum/zur Fahrzeugführer/in Kosten von rund Euro xx.000,- verursache. An die Bewerber/innen würden strengste Anforderungen an deren geistige und körperliche Konstitution gestellt und es werde festgehalten, dass „viele für die Ausübung dieses Berufes unerlässliche Eigenschaften wie eine absolute Reaktionsfähigkeit und optimales Sehvermögen nach allgemeiner Lebenserfahrung mit dem Alter abnehmen.“

Zudem werde auf ein Gutachten zu den gesundheitlichen Auswirkungen der Arbeitszeitgestaltung und Ruhezeiten verwiesen und daraus zitiert: „Mittelfristig, insbesondere auch durch das Älterwerden der Fahrzeugführer, sei es wahrscheinlich, dass Kompensationsmechanismen wegfallen und so die Fehlbeanspruchung stärker zur Krankheiten führen können.“

In weiterer Folge wird zudem zitiert: „Ältere Menschen, als Grenze gilt hier etwa das 40. Lebensjahr, sind eher für Frühschichten als für Wechsel- und Nachtschichten heranzuziehen.“

Neu eingestellte Fahrzeugführer würden öfter zu Nachtschichten eingeteilt werden. Dies bedeute, dass man gezwungen wäre, diese (neu eingestellten) älteren

Bewerber/innen - konträr zu der Empfehlung aus der Studie - auch öfters zu Nachtschichten einzuteilen oder sie gesetzwidrig gegenüber den an Jahren jüngeren Kollegen zu bevorzugen, indem sie weniger oft in Nachtschichten arbeiten müssten.

Die Vermutung einer Diskriminierung aufgrund des Alters ergebe sich aus der Sicht der Gleichbehandlungsanwältin aus folgenden Überlegungen:

Die Bewerbung des Betroffenen sei aufgrund seines Alters abgelehnt worden. Ein zum Zeitpunkt des Verfassens des gegenständlichen Verlangens auf der Jobbörse geschaltetes Inserat sehe als Voraussetzung für die Bewerber/innen als Fahrzeugführer/innen ein Höchstalter von 35 Jahren vor.

Auch würden die Antragsgegnerinnen nicht abstreiten, dass dies der Grund für die Ablehnung gewesen wäre, sondern beriefen sich darauf, dass die unterschiedliche Behandlung aufgrund des Alters des Betroffenen von den Ausnahmebestimmungen bezüglich Altersdiskriminierung abgedeckt sei.

Was das Argument der Antragsgegnerinnen im Hinblick auf das Vorliegen einer Ausnahme gemäß § 20 Abs. 4 Z 3 GIBG – gerechtfertigte Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung aufgrund spezifischer Ausbildungsanforderungen oder auf Grund der Notwendigkeit einer angemessener Beschäftigungszeit vor dem Ruhestand - anbelange, würden die im zitierten Schreiben ins Treffen geführten Ausbildungskosten in der Höhe von Euro xx.000 von der Gleichbehandlungsanwaltschaft angezweifelt.

Die Ausbildungszeit für Fahrzeugführer/innen belaufe sich auf 18 bis 35 Wochen. Der Betroffene würde unter die ASVG–Pensionsregelungen fallen, was bedeutet, dass er noch 20 Jahre zu arbeiten habe. Maximale Ausbildungszeit und maximale Beschäftigungszeit würden somit in einem Verhältnis von 35:1040 (=1:30) stehen, wenn man annehme, dass 20 Jahre 1040 Wochen entsprächen, während minimale Ausbildungszeit und maximale Beschäftigungszeit in einem Verhältnis von 18:1040 (=1:58) stehen. Darüber hinaus stelle sich das Argument von frustrierten Ausbildungskosten wohl auch bei „jüngeren“ MitarbeiterInnen. Anders als ältere MitarbeiterInnen, die aufgrund ihrer prekären Arbeitsmarktsituation wohl eine engere Unternehmensbindung haben, sei zu vermuten, dass jüngere FahrzeugführerInnen nicht immer bis zum Ende ihrer beruflichen Karriere im Betrieb der Antragsgegnerin verbleiben, sondern noch in jüngeren Jahren einen Jobwechsel vornehmen. Auch in

diesen Fällen würden sich die Ausbildungskosten wirtschaftlich „nicht rechnen“. *Windisch – Graetz* argumentiere bezüglich Altershöchstgrenzen im Hinblick auf Ausbildungs- und Weiterbildungsmaßnahmen, dass der/die Arbeitgeber/in diese vorsehen dürfe, sofern er von der anschließenden Tätigkeit noch wirtschaftlich profitieren könne. „Dabei wird man dem Arbeitgeber jenen Zeitraum zugestehen müssen, für den er zulässigerweise noch Ausbildungsrückersatz verlangen darf, wofür von Lehre und Judikatur zwischen drei und fünf Jahre angenommen werden (*Schrammel*, Arbeitsrecht 2, 92)“.

Wie oben ausgeführt, habe der Betroffene jedoch noch 20 Jahre bis zu seiner Pensionierung zu arbeiten. Aber selbst, wenn er z.B. aus gesundheitlichen Gründen nur mehr 3 bis 5 Jahre arbeiten könne, wäre das Risiko vergleichbar mit jenem bei „jüngeren“ FahrzeugführerInnen, von denen Ausbildungskostenrückersatz nur für 3-5 Jahre gefordert werden könne.

In weiterer Folge werde von den Antragsgegner/innen festgehalten, dass „an die Bewerber strengste Anforderungen an die geistige und körperliche Konstitution gestellt werden“ und lapidar in weiterer Folge proklamiert, dass absolute Reaktionsfähigkeit und optimales Sehvermögen nach allgemeiner Lebenserfahrung mit zunehmendem Alter abnehmen. Dies spiegle genau jene Haltung wieder, der aus Sicht der Gleichbehandlungsanwaltschaft das Gleichbehandlungsgesetz entgentreten will: Man stütze sich bei ihrem Personalauswahlverfahren in Wahrheit auf ein Vorurteil, das sie keiner weiteren wissenschaftlichen Überprüfung mehr unterziehe. Würde den Sicherheitsbedenken zudem konsequent gefolgt und entspräche ihre „allgemeine Lebenserfahrung“ den Tatsachen, dürften keine Personen über 35 Jahre als Fahrzeugfahrer/in arbeiten.

Laut *Marhold* dürften außerhalb von Polizei und Militärdienst keine festen Altersgrenzen bestehen, sondern es müsse die individuelle körperliche Eignung ausschlaggebend sein.

Beim Betroffenen sei es nie zu einer individuellen Leistungsüberprüfung gekommen, sondern seine Bewerbung sei bereits aufgrund der oben ausgeführten Annahmen in der Erstsichtung aussortiert worden.

Im Sinne der Verhältnismäßigkeitsprüfung sei aus Sicht der Gleichbehandlungsanwaltschaft zu folgern, dass die Sicherheit von Menschenleben

durchaus ein legitimes Ziel sei, dass aber das angewendete Mittel der Festsetzung einer fixen Altershöchstgrenze nicht geeignet sei, dieses Ziel zu erreichen.

Was das Argument der übermäßigen Belastung von älteren Mitarbeiter/innen in den Schichtdiensten anbelange, müsse besagtes Gutachten wohl in seiner Gesamtheit betrachtet werden. Vorab werde aber festgehalten, dass aus Sicht der Gleichbehandlungsanwaltschaft Ungleichbehandlungen aufgrund des Alters nicht unter Verweis auf den Schutz älterer ArbeitnehmerInnen vor die eigene Gesundheit gefährdenden Tätigkeiten gerechtfertigt werden können.

Was das angeführte Sicherheitsargument anbelange, sei auf das Gutachten verwiesen, in der eine der befragten Personen vielmehr in der derzeitigen Gestaltung des Schichtdienstes und der damit verbundenen Überbelastung der Fahrzeugführer/innen ein erhöhtes Sicherheitsrisiko orte, also demnach die Überbelastung der Fahrzeugführer auf die Dienstplangestaltung und nicht auf das Alter zurückzuführen sei.

Die Erstantragsgegnerin brachte in der für beide Antragsgegnerinnen erstatteten schriftlichen Stellungnahme im Wesentlichen folgendes vor:

Ergänzend werde zu der bereits an die GAW gerichteten - oben zitierte - Stellungnahme vorgebracht, dass es den beiden Antragsgegnerinnen fern läge, Bewerber sachlich ungerechtfertigt von einem Auswahlverfahren auszuschließen.

Ergänzt werde zu den dort thematisierten Ausbildungskosten, dass sich diese auf insgesamt ca. € yy.000,-- belaufen, da nach der 1. Stufe mit einer Ausbildungsdauer von 36 Wochen eine 2. Stufe mit einer Ausbildungsdauer von 10 Wochen absolviert werden müsse, um die Berechtigung zu erwerben. Die gesamte Ausbildungsdauer betrage daher 46 Wochen.

Wenn ein mit 45 Jahren aufgenommener Fahrzeugführer bis zum Alter von 55 Jahren als solcher eingesetzt würde, würden für den Arbeitgeber pro Jahr anteilig ca. € y,-- an Ausbildungskosten anfallen. Daher werde entgegen der Meinung der GAW bezweifelt, ob in einer solchen Konstellation noch die Rede davon sein könne, dass der Arbeitgeber von der gewährten Ausbildungsmaßnahme ausreichend profitiere.

Auch der Vermutung der GAW, dass jüngere Fahrzeugführer nicht bis zum Ende ihrer beruflichen Karriere bei den Antragsgegnerinnen verbleibe, sei entgegen zu halten, dass die Zweitantragsgegnerin mit Abstand die größte Arbeitgeberin für

Angehörige dieses Berufsstandes sei, ein Jobwechsel sohin rein praktisch kaum in Frage komme und sich daher die Frage nach frustrierten Ausbildungskosten bei jüngeren Mitarbeitern de facto nicht stelle.

Nach Meinung der beiden Antragsgegnerinnen liege daher ein Ausnahmetatbestand im Sinne von § 20 GIBG vor.

Vorgebracht wurde, dass das bestimmte Alter auf Grund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingung ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstelle und es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handle.

Der rechtmäßige Zweck von Altersbegrenzungen, die nach Meinung der Antragsgegnerinnen auch in vergleichbaren Berufen wie Piloten, Fluglotsen, LKW-Fahrern oder Feuerwehrleuten zu finden seien, liege im öffentlichen Schutzbedürfnis von Passagieren, Passanten und den Arbeitnehmern selbst.

Wie auch von der GAW richtig dargestellt, sei die Sicherheit von Menschenleben ein legitimes Ziel im Sinne des § 20 Abs. 3 leg. cit., wobei aus Sicht der beiden Antragsgegnerinnen die Festlegung einer bestimmten Altershöchstgrenze sehr wohl ein angemessenes und erforderliches Mittel sei.

Der Behauptung der GAW, dass bei konsequenter Beachtung dieses Aspekts keine Person über 35 Jahren mehr als Fahrzeugführer eingesetzt werden dürfte, sei entgegenzuhalten, dass „ältere“ (über diese Altersgrenze hinausgehende) Mitarbeiter durch die in langjähriger Praxis in einer bestimmten Tätigkeit erworbene Erfahrung bestimmte altersbedingte Gegebenheiten – wie beispielsweise eine verlangsamte Reaktionsfähigkeit – ausgleichen bzw. sogar überkompensieren könnten.

Aus diesem Grund werde kein Widerspruch darin erblickt, dass einerseits über 35-jährige Fahrzeugführer beschäftigt werden, andererseits aber bei Neuaufnahmen von Mitarbeitern im Interesse der Sicherheit von Passagieren, Passanten und den betreffenden Arbeitnehmern darauf geachtet werde, dass ein bestimmtes Lebensalter noch nicht erreicht sei.

Ferner wären Altershöchstgrenzen auch in Inseraten anderer, aber vergleichbarer Berufssparten zu finden.

Zu dem im Verlangen der GAW zitierten Gutachten sei zu ergänzen, dass dort angeführt werde, dass „ältere Menschen - als Grenze gilt hier etwa das 40. Lebensjahr – eher für Frühschichten als für Wechsel- und Nachtschichten geeignet

sind“. Abschließend wurde dargelegt, dass neu aufgenommene Fahrzeugführer im Vergleich zu dienstälteren sehr oft zu Nachtschichten eingeteilt würden.

Zusammenfassend werde daher die Ansicht vertreten, dass der Betroffene bei der Begründung des Dienstverhältnisses nicht auf Grund des Alters diskriminiert worden sei.

Der Betroffene gab bei seiner Befragung an, dass die Mitarbeiterin A der Erstantragsgegnerin ihm telefonisch auf Nachfrage mitgeteilt habe, dass sie seine Bewerbungsunterlagen – nachdem sie seinen Geburtsjahrgang angesprochen hätte – nicht an die Zweitantragsgegnerin weiterleiten dürfe.

Der erste informierte Vertreter der beiden Antragsgegnerinnen, Herr B schilderte dem Senat, dass im August 2007 durch ein Versehen eine Altersgrenze von 35 Jahren in eine Stellenanzeige aufgenommen worden sei, die weder vorher noch nachher bestanden hätte.

Der zweite informierte Vertreter der Antragsgegnerinnen, Herr C, Personalleiter der Zweitantragsgegnerin, erläuterte gelegentlich seiner Befragung, dass die Erstantragsgegnerin die Erstsichtung von einlangenden Bewerbungen eigenverantwortlich übernehme und jene Bewerbungen, die nicht auf Grund von K.o.-Kriterien ausgesondert würden, dann zur Fortsetzung des Recruitingprozesses an die Zweitantragsgegnerin weiterleite.

Die Wirtschaftlichkeit stehe nicht an erster Stelle bei der Beurteilung von Bewerbungen, sondern sei nur ein Aspekt des gesamten Auswahlprozederes.

Das Vorliegen eines Alterlimits von 35 Jahren für konzernexterne und –interne Bewerber werde im Übrigen nicht bestritten und relativ strikt gehandhabt.

Ein Betriebsrat der Erstantragsgegnerin gab bei seiner Befragung an, dass - soweit ihm bekannt sei – körperliche Voruntersuchungen und ein psychologischer Eignungstest die Hauptkriterien wären und die Altergrenze bei „ca. 30 Jahren“ liege. Befragt, ob sich die Betriebsratskörperschaft jemals mit der Frage der Zulässigkeit von Altersgrenzen im Hinblick auf das GIBG befasst hätte, erwiderte er, dass dies Sache des Betriebsrates der Zweitantragsgegnerin wäre.

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission hat hierzu 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 eines 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.

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

„§ 20. (1) Bei Ungleichbehandlung wegen eines Merkmals, das im Zusammenhang mit einem der in § 17 genannten Diskriminierungsgründe steht, liegt keine Diskriminierung vor, wenn das betreffende Merkmal auf Grund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt und sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.

...

(3) Eine Diskriminierung auf Grund des Alters liegt nicht vor, wenn die Ungleichbehandlung

1. objektiv und angemessen ist
2. durch ein legitimes Ziel, insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung, gerechtfertigt ist und
3. die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich sind.“

Vor der rechtlichen Auseinandersetzung mit dem im Verfahren vor dem erkennenden Senat erhobenen Sachverhalt bleibt zunächst zu bemerken, dass die Herstellung einer diskriminierungsfreien Arbeitsumwelt als eine der wesentlichsten Zielsetzungen des Gleichbehandlungsgesetzes zu betrachten ist.

Im Hinblick auf dieses Ziel wird es für Arbeitgeber/innen daher unerlässlich sein, sich mit allenfalls vorhandenen negativen Stereotypisierungen von Personengruppen auseinanderzusetzen.

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. Dieses Diskriminierungsverbot ist extensiv zu interpretieren - alle mit dem Zustandekommen eines Arbeitsvertrages in Zusammenhang stehenden Vorgänge sind hiervon umfasst.

In einem Verfahren vor einem Senat 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.

Zur Frage der Beweislastverteilung ist anzumerken, 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.

Im Hinblick auf den Schutzzweck des GIBG sind Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgebot (siehe § 20 GIBG) nur in engen Grenzen zulässig.

Gemäß den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage des GIBG, BGBl. I Nr. 66/2004, (307dBl. XX. GP, Anmerkungen zu § 11, 12 und 14) sind Vorschriften unzulässig, welche den Einstieg in eine bestimmte Laufbahn nur bis zu einem bestimmten Lebensalter gestatten.

Gründe, wie eine lange Ausbildungsdauer oder das Durchlaufen einer vorgesehenen gesamten Laufbahn, können nicht als Ausnahme vom Grundsatz der Nichtdiskriminierung und somit als Rechtfertigung für die Festsetzung eines Maximalalters bei der Begründung von Arbeitsverhältnissen angesehen werden.

Der Prüfung der behaupteten Diskriminierung ist vorzuschicken, dass sowohl an die „Auftraggeberin“ – also die Zweitantragsgegnerin als auch an die „Erfüllungsgehilfin“ – die Erstantragsgegnerin - derselbe Maßstab in Bezug auf eine durch den geschilderten Recruitingprozess allfällig erfolgte Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes anzulegen ist.

Der Senat sah sich auf Grund der durchgeführten Befragungen mit dem Umstand konfrontiert, dass seitens des Vertreters der Zweitantragsgegnerin bei seiner Befragung als Auskunftsperson das Bestehen der antragsgegenständlichen Altersgrenze von 35 Jahren im Recruitingprozess der Erst- und Zweitantragsgegnerin nicht bestritten worden ist. Ferner wurde von ihm dargelegt, dass die Erstantragsgegnerin als Erfüllungsgehilfin der Zweitantragsgegnerin die Erstsichtung und teilweise Aussonderung von Bewerbungen – so auch jener des Betroffenen - vornimmt.

Hinsichtlich der im Verlangen der GAW behaupteten Diskriminierung des Betroffenen bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses war zu prüfen, ob die Bewerbung des Betroffenen nach sachlichen Kriterien von der Erstantragsgegnerin geprüft oder in diskriminierender Art und Weise aus dem Bewerbungsverfahren vorzeitig „ausgeschieden“ wurde.

Sicherheitserwägungen kann - wie von den Antragsgegnerinnen behauptet - nach Meinung des erkennenden Senates durch die Bezugnahme auf ein auf die Begründung des Arbeitsverhältnisses abgestelltes Höchsteintrittsalter von BewerberInnen nicht Rechnung getragen werden, da davon ausgehen ist, dass für die geistige und körperliche Eignung einer Person als FahrzeugführerIn weitaus mehr Kriterien - wie etwa psychische Belastbarkeit, Stressresistenz, Reaktionsvermögen etc. - maßgeblich sein werden als das Eintrittsalter für den Beginn einer Tätigkeit als FahrzeugführerIn.

Seitens der Antragsgegnerinnen wurde unter Verweis auf das oben zitierte Gutachten argumentiert, dass - folgt man deren Rechtsmeinung - das Festsetzen einer fixen Altersgrenze von 35 Jahren für Neueinsteiger ein Rechtfertigungsgrund im Sinne von § 20 GIBG sei, dem Sicherheitserwägungen zu Grunde liegen und der auch die Erfordernisse des § 20 GIBG in punkto Angemessenheit und Zweckmäßigkeit erfülle.

Dieser Auffassung ist - unbeschadet der Legitimität des damit angestrebten Zieles der Sicherheit von Personen und Gütern - entgegenzuhalten, dass eine starre Altersgrenze wie jene in Rede stehende von 35 Jahren nach Rechtsmeinung des erkennenden Senates allein niemals ein Kriterium darstellen kann, um den damit angestrebten Sicherheitserwägungen gleichbehandlungsgesetzkonform Rechnung zu tragen, da ansonsten überhaupt keine über 35-jährigen FahrzeugführerInnen mehr beschäftigt werden dürften.

Auf den Vorhalt seitens der Antragsgegnerinnen, dass jene diese Altersgrenze überschreitenden, bereits länger beschäftigten Fahrzeugführer durch Praxis und Erfahrung die im Gutachten zitierte Abnahme der Leistungsfähigkeit mit

fortschreitendem Alter quasi „kompensieren“ könnten, ist zu erwidern, dass das ins Treffen geführte Argument der „Kompensation“ durch Erfahrung seitens des erkennenden Senates als nicht überzeugend eingestuft wurde.

Ein wie im gegenständlichen Fall pauschal festgesetztes Höchsteintrittsalter allein – als undifferenziertes Kriterium - kann daher kein zulässiges Kriterium zur inhaltlich ungeprüften „Aussonderung“ von Bewerbungen in einem Recruitingprozess darstellen, weil eben derzeit auch ältere als 35-jährige Personen als FahrzeugführerInnen eingesetzt sind und somit das Lebensalter einer Person allein kein Maßstab für deren Leistungs-, Reaktions- und Belastungsfähigkeit sein kann.

Das Höchsteintrittsalter von BewerberInnen stellt daher keine im Sinne von § 20 Abs. 1 GIBG „wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung vor“.

Eine generelle negative Fokussierung auf ein Höchsteintrittsalter von 35 Jahren für Bewerber im Auswahlprozess, die diese Altersgrenze überschreitende BewerberInnen ohne weitere sachliche und fachliche inhaltliche Prüfung der individuellen Bewerbung „aussondert“, verwirklicht den Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des Alters bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG, weil durch diese Vorgangsweise „ältere“ BewerberInnen gegenüber Personen unter 35 Jahren bei der Bewerbung schlechter gestellt sind.

Die von den Antragsgegnerinnen vorgebrachte Berufung auf eine von anderen Unternehmen praktizierte gleichbehandlungsgesetzwidrige Einstellungspolitik vermag eine der Diskriminierung bezichtigte natürliche oder juristische Person niemals zu exkulpierten!

Der erkennende Senat hat vielmehr den Eindruck gewonnen, dass tatsächlich die seitens der Antragsgegnerinnen relevierten Ausbildungskosten und die sich für das Unternehmen ergebende Nutzungsdauer von ausgebildeten ArbeitnehmerInnen im Hinblick auf die damit verbundenen betriebswirtschaftlichen Überlegungen die de facto maßgeblichen Aspekte für die Nichteinstellung von Personen über 35 Jahren

sind und die im Verfahren behaupteten Sicherheitserwägungen hinsichtlich des Eintrittsalters nach Meinung des erkennenden Senates lediglich ein „vorgeschobenes“ Argument darstellen.

Da eine von betriebswirtschaftlichen Überlegungen motivierte und im GBK-Verfahren auch nicht bestrittene Altersgrenze von 35 Jahren der für die Erstantragsgegnerin relevante Grund dafür gewesen war, dass sie der Bewerbung des Betroffenen inhaltlich nicht näher getreten ist, sondern diese sofort „ausgesondert“ hat, wurde somit von der Erstantragsgegnerin keine sachliche, transparente und objektive Erstprüfung der Bewerbung des Betroffenen durchgeführt.

Eine derartige Vorgangsweise steht im Widerspruch zu den Anforderungen an ein objektives und transparentes Auswahlverfahren im Sinne des GIBG, dessen sich jede/r Arbeitgeber/in im eigenen Interesse bedienen sollte, um in einem Beschwerdefall eine gleichbehandlungsgesetzkonforme, nichtdiskriminierende Personalauswahl nachweisen zu können.

Diesen Beweis ist die Erstantragsgegnerin im gegenständlichen Verfahren schuldig geblieben, weshalb die gewählte Vorgangsweise der Mitteilung, dass eine Weiterleitung der Bewerbung an die Zweitantragsgegnerin auf Grund des „Geburtsjahrgang 1962“ nicht möglich sei, als diskriminierend zu qualifizieren war.

Der erkennende Senat ist daher zur Auffassung gelangt, dass der Betroffene durch die Erstantragsgegnerin auf Grund des Alters bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. Z 1 GIBG diskriminiert worden ist.

Da der Personalleiter der Zweitantragsgegnerin bei seiner Befragung die in Rede stehende Altersgrenze von 35 Jahren für Neuaufnahmen nicht bestritten hat und sich die Zweitantragsgegnerin im Firmenkonstrukt der Erstantragsgegnerin als Erfüllungsgehilfin in punkto Vorauswahl im Recruitingprocedere der Zweitantragsgegnerin bedient und auch die diskriminierende Altersgrenze festgelegt hat, ist im Hinblick auf die vom GIBG verpönte Anweisung zur Diskriminierung gemäß

§ 19 Abs. 3 der erkennende Senat zur Auffassung gelangt, dass eine Diskriminierung des Betroffenen bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG durch die Zweitantragsgegnerin vorliegt.

Vorschlag:

Es wird beiden Antragsgegnerinnen daher sowohl eine intensive Befassung mit dem GIBG als auch eine künftig diskriminierungsfrei zu gestaltende Personalauswahl - durch ein objektives, sachliches und transparentes Vorgehen sowie das Abschaffen der derzeit bestehenden Altershöchstgrenze für neu eintretende BewerberInnen - vorgeschlagen.