

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

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) beim Bundeskanzleramt hat über das Verlangen der GAW für Herrn A (in der Folge: der Betroffene) vom wegen behaupteter Diskriminierung auf Grund des Alters bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gem. § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG, durch Herrn B, damaliger Eigentümer und Vertreter der Firma C Personalmanagement (in der Folge: Antragsgegner) gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz, BGBl. I Nr. 66/2004 idgF, iVm § 11 Gleichbehandlungskommissions-GO, BGBl. II Nr. 396/2004 *idF BGBl. II Nr. 102/2011*, erkannt:

Eine Diskriminierung des Betroffenen auf Grund des Alters bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses durch den Antragsgegner

liegt vor.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Im Verlangen der GAW wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Betroffene Elektrotechniker und am 23.05.2011 durch einen Vermittlungsvorschlag des AMS Graz auf die offene Stelle als ElektroenergietechnikerIn beim Antragsgegner aufmerksam geworden sei. Das AMS Graz habe Kontakt aufgenommen und den Betroffenen empfohlen, der zu einem Vorstellungsgespräch am 25.05.2011 um 11:30 Uhr eingeladen worden sei. Das persönliche Vorstellungsgespräch am 25.05.2011 sei vom Antragsgegner geführt worden, der ein Blatt Papier vor sich liegen gehabt habe, auf welchem die erforderlichen Qualifikationen für die ausgeschriebene Stelle aufgelistet gewesen seien.

Zu Beginn des Gespräches habe der Antragsgegner erklärt, dass seine Firma als Personalbereitsteller fungiere und die Kundin, die Firma X, auf der Suche nach einem/einer ElektrotechnikerIn mit Photovoltaikkenntnissen sei.

Der Antragsgegner habe sich erkundigt, ob der Betroffene über entsprechende Photovoltaikkenntnisse verfüge, was dieser bejaht habe.

Die nächsten beiden Fragen zur Qualifikation hätten seine EDV-Kenntnisse bzw. das Vorliegen von Erfahrungen in der Projektplanung betroffen. Der Betroffene habe darüber Auskunft gegeben, dass er sowohl über sehr gute EDV-Kenntnisse verfüge als auch Erfahrungen in der Projektplanung mitbringe.

Daran anschließend habe sich der Antragsgegner nach dem Alter des Betroffenen erkundigt und noch vor dessen Antwort hinzugefügt: *„Denn es kommen nur Personen zwischen 25 und 40 Jahre in Frage.“*

Der Betroffene habe geantwortet, dass er 45 Jahre alt sei und davon ausgehe, dass diese Information für die konkrete Stelle nicht relevant und die Frage an sich rechtswidrig sei.

Der Antragsgegner habe sich darauf berufen, dass diese Anforderungen nicht von ihm formuliert worden seien, sondern er diese von der Firma X übermittelt bekommen habe. Mit dieser Antwort habe sich der Betroffene unzufrieden gezeigt und entgegnet, dass der Antragsgegner in diesem Fall eine Rechtswidrigkeit übermitteln würde.

Für den Betroffenen sei es glaubwürdig gewesen, dass die Liste mit den Anforderungen an die BewerberInnen von der Firma X stamme. Aufgrund des kleinen Tisches sei ihm aufgefallen, dass die Wortfolge *„Alter zwischen 25 und 40 Jahre“* im Unterschied zu allen anderen Anforderungen durch rote Schriftfarbe hervorgehoben gewesen sei.

Der Antragsgegner habe mit dem Betroffenen nicht weiter über das Alterskriterium sprechen wollen, sondern sei umgeschwenkt und habe dem Betroffenen plötzlich vorgehalten ein *„Arbeitsverweigerer“* zu sein.

Er habe ihm weiters gedroht, den AMS-Vermittlungsvorschlag nicht mit dem notwendigen Stempel zu versehen, was dieser zur Kenntnis genommen habe. Das Interesse des Betroffenen habe der ausgeschriebenen Stelle und nicht einem Stempel gegolten, was er dem Antragsgegner auch mitgeteilt habe.

Auch wenn es zu keiner ausdrücklichen Absage gekommen sei, habe der Betroffene aufgrund des Gesprächsverlaufes konkludent davon ausgehen müssen, dass seine Bewerbung keine weitere Berücksichtigung mehr finde.

Das Gespräch habe unmittelbar nach der Beschimpfung und Drohung durch den Antragsgegner geendet. Wenige Minuten später habe der Betroffene seine AMS-Betreuerin Frau D kontaktiert, um ihr von diesem Vorfall zu berichten. Frau D habe sich schockiert über die diskriminierende Vorgehensweise gezeigt und seine Beschwerde intern weiter ans „Service für Unternehmen“ geleitet.

Nach einer Intervention der GAW habe der Antragsgegner behauptet, dass im konkreten Fall eine Diskriminierung aufgrund des Alters bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses nicht vorliegen würde. Richtig sei, dass sich auf dem Anforderungsprofil des Kunden die Altersangabe 25 - 40 Jahre gefunden hätte, allerdings handle es sich hierbei um einen Richtwert bzw. ein Wunschalter des Kunden. Weiters sei vorgebracht worden, dass der Antragsgegner vom Betroffenen beschimpft worden sei. Abschließend habe der Antragsgegner mitgeteilt, dass letztlich dem Kunden unter anderem ein 59-jähriger Bewerber vorgeschlagen worden sei.

In der Stellungnahme habe sich der Antragsgegner ausdrücklich auf das Anforderungsprofil seines Kunden bezogen und angedeutet, dass dieses dem Schreiben beigelegt sei. Tatsächlich wurde dieses jedoch trotz zweimaliger Aufforderung nicht mit der Stellungnahme übermittelt.

Aus Sicht der Gleichbehandlungsanwältin liege im vorliegenden Fall die Vermutung einer Diskriminierung aufgrund des Alters aus folgenden Gründen vor:

§ 17 Abs. 1 Z 1 GIBG verbiete eine Diskriminierung aufgrund des Alters bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses, womit der gesamte Bewerbungsprozess um eine Stelle umfasst sei.

Dem Antragsgegner seien im Vorfeld des Vorstellungsgespräches keine Bewerbungsunterlagen des Betroffenen übermittelt worden. Dieser habe die Unterlagen zum Termin am 25.05.2011 mitgebracht, jedoch aufgrund des unerwarteten Gesprächsablaufs bzw. -ergebnisses keine Gelegenheit gehabt, diese dem Antragsgegner zu übergeben. Das Alter des Betroffenen sei dem Antragsgegner daher bis zum Vorstellungsgespräch nicht bekannt gewesen.

In dessen Stellungnahme werde bestätigt, dass sein Kunde Personen zwischen 25 und 40 Jahre gesucht habe. Es habe sich dabei allerdings um ein Wunschalter gehandelt.

Die gegenüber dem Betroffenen getätigte Aussage „*Denn es kommen nur Personen zwischen 25 und 40 Jahre in Frage.*“ lasse jedoch keinen Interpretationsspielraum zu. Der Betroffene bestreite auch die Richtigkeit der in der Stellungnahme vorgebrachten Behauptung, dass der Antragsgegner diese Altersangabe im weiteren Gesprächsverlauf relativiert hätte.

Er habe durch die Bestimmtheit der Aussage auch davon ausgehen müssen, dass er im Fall einer Überschreitung der Altersgrenze von 40 Jahren automatisch aus dem Bewerbungsverfahren ausscheide.

Der im Gespräch vorgebrachte Einwand von KundInnenwünschen sei kein zulässiger Rechtfertigungsgrund, wie der Senat II auch im Fall GBK II/31/07 entschieden habe. Die Aussage, dass nur Personen zwischen 25 und 40 Jahre in Frage kommen, sei für den Betroffenen einer Absage gleichgekommen, nachdem dieses als unabdingbares Kriterium genannt wurde.

Das Gleichbehandlungsgesetz verlange auch keine formelle Absage, um eine Diskriminierung bei der Begründung eines Dienstverhältnisses geltend zu machen.

§ 26 Abs. 1 GIBG verlange lediglich, dass das Arbeitsverhältnis wegen einer Verletzung des § 17 GIBG nicht begründet worden sei.

Die in der Stellungnahme enthaltene Information, wonach der Antragsgegner letztlich auch eine 59-jährige Person vorgeschlagen habe, ändere nichts am Vorliegen einer Diskriminierung.

Es liege somit der Verdacht nahe, dass der Betroffene allein deshalb aus dem Bewerbungsverfahren ausgeschieden sei, weil er die vom Kunden geforderte Altersgrenze von 40 Jahren überschritten habe und dem Antragsgegner erst im Zuge des Bewerbungsgespräches das Alter des Betroffenen bekannt geworden sei.

Der Antragsgegner brachte in seiner schriftlichen Stellungnahme im Wesentlichen vor, dass es richtig sei, dass sich in dem Anforderungsprofil des Kunden die Altersangabe 25 - 40 Jahre gefunden hätte, allerdings handle es sich um einen

„Richtwert“ bzw. ein „Wunschalter“ des Kunden, jedoch um keine Grundvoraussetzung für die Besetzung der Stelle.

Weiters sei der Antragsgegner vom Betroffenen beschimpft worden, dieser habe ferner angekündigt, sich beim Bürgermeister über ihn zu beschweren.

Ausdrücklich sei festzuhalten, dass die Stellenbesetzung nicht von Alter, Nationalität oder sonstigem abhängig gewesen sei, sondern sich auf die Qualifikation stütze, die der Betroffenen jedoch nie bekundet habe. Letztlich sei dem Kunden ein 59-jähriger Bewerber vorgeschlagen worden.

Der Betroffene gab bei seiner Befragung ergänzend an, dass am Anfang des ca. 4 Minuten dauernden Bewerbungsgesprächs seine fachliche Eignung Thema gewesen sei. Auf Grund seiner elektrotechnischen Ausbildung und seiner als Autodidakt erworbenen Kenntnisse der Photovoltaik habe das Anforderungsprofil der ausgeschriebenen Stelle auf ihn gepasst.

Nachdem er dem Antragsgegner gegenüber geäußert habe, dass dieser mit dem Kundenwunsch nach Personen im Alter zwischen 25 und 40 Jahren eine Rechtswidrigkeit übermittle, sei dieser im Gesicht rot geworden und habe für ihn Unverständliches von sich gegeben.

Schließlich habe der Antragsgegner ihn gefragt „Sie wollen einen Stempel, Sie wollen arbeiten?“, worauf er erwidert habe, dass er sich schon bewerben wolle und den Antragsgegner gefragt habe, warum sein Alter Thema sei. Als der Antragsgegner ihm dann erklärt habe, dass er von ihm keinen Stempel bekäme, habe er diesem erwidert, dass er einen Job und keinen Stempel suche.

Nachdem er die Räumlichkeiten des Antragsgegners verlassen habe, habe er mit seiner damaligen AMS-Betreuerin, Frau D, telefonisch Kontakt aufgenommen und sie über den Gesprächsverlauf informiert.

Der Antragsgegner hat seiner ersten Ladung als Auskunftsperson nicht Folge geleistet. Auf Grund der schriftlichen Stellungnahme des Antragsgegners und der Aussage der Auskunftsperson Frau D hat der Senat von einer weiteren Ladung des Antragsgegners vor der Beschlussfassung über den gegenständlichen Antrag Abstand genommen.

Die als Auskunftsperson geladene AMS-Mitarbeiterin Frau D schilderte dem Senat, dass sie zunächst von der AMS-Service-Line die Verständigung erhalten habe, dass sich der Antragsgegner dort gemeldet und kundgetan habe, dass der Betroffene keinerlei Interesse an einer Bewerbung gezeigt habe und ihm nicht die Möglichkeit gegeben habe, das AMS-Bestätigungsformular auszufüllen. Überdies empfehle er dem AMS, beim Betroffenen eine „Verhaltensschulung“ vor einem weiteren Vermittlungsgespräch durchzuführen.

Nachdem auch der Betroffene mit der AMS-Service-Line Kontakt aufgenommen habe, sei es schließlich zu einem Telefonat zwischen ihr und dem Betroffenen gekommen, in dem dieser angegeben habe, dass das Bewerbungsgespräch bis zu dem Zeitpunkt, als das Gespräch auf das Alter gekommen sei, zunächst ganz normal verlaufen sei. Er sei vom Antragsgegner für die offene Stelle abgelehnt worden, da nur Personen zwischen 25 und 40 Jahren für die offene Stelle gewünscht gewesen seien.

Ihrer Erinnerung nach sei laut damaligen Angaben des Betroffenen auf dem Block des Antragsgegners noch in großer Schrift „25 bis 40“ vermerkt gewesen.

Der Antragsgegner sei zum damaligen Zeitpunkt mit seiner Firma im „Überlasser-Team“ des AMS geführt gewesen.

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission hat hiezu 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 des 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.

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 daher unerlässlich sein, sich mit allenfalls vorhandenen negativen Stereotypisierungen von Personengruppen auseinanderzusetzen.

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.

Gemäß den Beweislastregeln des GIBG obliegt jener Person, die eine Diskriminierung behauptet, die Glaubhaftmachung derselben, wohingegen die Gegenseite den Beweis zu erbringen hat, dass ein anderes als das behauptete Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war.

In diesem Zusammenhang kommt der mündlichen Befragung der Beteiligten und dem Eindruck, den der erkennende Senat von ihnen gewinnt, eine Schlüsselrolle bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Vorbringens zu.

Im vorliegenden Fall sah sich der Senat einerseits mit dem schriftlichen Eingeständnis des antragsgegenständlichen Kundenwunsches (*„Wunschalter zwischen 25 und 40 Jahre“*) durch den Antragsgegner und andererseits mit den für den Senat glaubwürdigen persönlichen Schilderungen des Betroffenen und der sehr ausführlich durch Aufzeichnungen dokumentierten Darstellung der beim AMS einlangenden Telefonate durch die Auskunftsperson Frau D konfrontiert.

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.

Ein durch Kundenwunsch formulierter genereller Ausschluss von bestimmten Personengruppen ist vom Gesetzgeber gesondert als verbotene und daher schadenersatzbegründende Anweisung zur Diskriminierung (vgl. § 19 Abs. 3 GIBG) geregelt. Der Hinweis auf eine bei Nichtbefolgung dieser Wünsche gefährdete Kundenbeziehung kann die Befolgung der Anweisung zur Diskriminierung nicht rechtfertigen, sondern begründet eine Schadenersatzverpflichtung auch des „Anweisenden“ gemäß § 19 Abs. 3 GIBG!

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 oder –bereitsteller/in mit der (Vor)Auswahl 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“ kann keinen Rechtfertigungsgrund für eine diskriminierende Handlung darstellen.

Zur effektiven Umsetzung des Gleichbehandlungsgebotes ist es daher für Unternehmen, die Personal für Kunden auswählen oder für andere Unternehmen bereitstellen, unabdingbar erforderlich, ihre Kund/innen bei von diesen geäußerten „Wünschen“, deren Befolgung eine Diskriminierung von Personen oder Personengruppen zur Folge hätte, sowohl auf die Vorgaben des Gleichbehandlungsgesetzes hinzuweisen als auch die Befolgung derartiger Kund/innenwünsche abzulehnen!

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 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, was jedoch im antragsgegenständlichen Verfahren nicht relevant war.

Gemäß § 20 Abs. 1 GIBG 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.

Ferner verweist der Senat im Hinblick auf die Vorgaben des GIBG 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 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 ein Umdenken von Arbeitgeber/innen gegenüber älteren Arbeitnehmer/innen!

Der Senat ist auf Grund des durchgeführten Verfahrens und vor allem durch die ausführliche Dokumentation der Auskunftsperson Frau D zur Auffassung gelangt, dass das Alter des Betroffenen von damals 45 Jahren im Hinblick auf dessen berufliche Qualifikation der einzig ausschlaggebende Grund für den negativen Verlauf des Bewerbungsgespräches gewesen war und damit auch der einzig ausschlaggebende Grund für den vorzeitigen Abbruch des Bewerbungsprozesses.

Die Darstellung des Antragsgegners, dass sich der Betroffene gar nicht wirklich bewerben habe wollen, ist nach den mittlerweile langjährigen Erfahrungen des

Senates II – speziell mit „älteren“ ArbeitnehmerInnen – schlicht lebensfremd und daher für den Senat nicht glaubwürdig.

Die Frage der wechselseitig durch den jeweils anderen behaupteten Beschimpfung durch beide Beteiligte war vom Senat – weil nicht verfahrensrelevant für die konkrete Prüfung der Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses – nicht zu klären.

Der Senat ist daher zur Auffassung gelangt, dass eine Diskriminierung des Betroffenen auf Grund des Alters bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses durch den Antragsgegner vorliegt.

Vorschlag:

Dem Antragsgegner wird eine angemessene Schadenersatzzahlung an den Betroffenen sowie eine eingehende Befassung mit dem Gleichbehandlungsgesetz, insbesondere soweit es das Gebot der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung betrifft, sowie eine diesem Gebot entsprechende Gestaltung der Annoncen auf der Homepage des Antragsgegners vorgeschlagen.