

**Senat II der Gleichbehandlungskommission**  
**Anonymisiertes Prüfungsergebnis GBK II/406/19 gem. § 12 GBK/GAW-Gesetz**

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) hat über den Antrag von Herrn A (in Folge: Antragsteller), wegen behaupteter Diskriminierung auf Grund *des Alters, der ethnischen Zugehörigkeit und der Religion* bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG und bei der Festsetzung des Entgelts gemäß § 17 Abs. 1 Z 2 GIBG durch die Firma B (in Folge: Antragsgegnerin) nach Durchführung eines Aktenverfahrens erkannt:

Eine Diskriminierung des Antragstellers auf Grund des Alters, der ethnischen Zugehörigkeit bzw. der Religion bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses durch die Antragsgegnerin

liegt nicht vor.

VORBRINGEN

Im **Antrag** wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Antragsteller sich bei der Antragsgegnerin auf die die ausgeschriebene Stelle auf ... als „*Technische Bereichsleitung – Schwerpunkt Hochbauprojekte*“ beworben und eine schriftliche Absage erhalten habe, die vorgelegt wird. Darin wird insbesondere ausgeführt: „*Schade, dass wir Sie im aktuellen Recruiting-Verfahren nicht in den engeren Kreis miteinbeziehen können: Andere Kandidaten/innen erfüllen das enge Anforderungsprofil unsere Auftraggebers noch genauer. Bei passenden Stellenangeboten würden wir sie zukünftig gerne kontaktieren.*“

Der Antragsteller habe „*sehr stark die Vermutung, dass durch den Zusatz Religion: Islam und/oder durch die Muttersprache Bosnisch, wo eindeutig die Gleichbehandlungsgebote erkenntlich sind, trotz einer solchen Bekanntgabe, dass die Unterlagen des Antragstellers die Antragsgegnerin regelrecht beeindruckt haben, dass es plausibel und nachvollziehbar warum es zu keiner Einstellung gekommen ist. Hier besteht mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit die Vermutung für solch eine Position, dass Gleichbehandlungsgebot Alter gescheitert ist. Das Alter dürfte eigentlich kein Problem darstellen, denn aus Erfahrung durch einen Fitnessstudio*

Kollegen ist dem Antragsteller bekannt, dass dieser in ähnlichen Ämtern die Position als Geschäftsführer erhalten, ohne dass zuerst der Hochschulabschluss, wie vom Antragsteller, nur im Bereich Wirtschaftsingenieurwesen, erhalten hat, wichtig ist dazu, dass dieser gebürtiger Österreicher ist und das Bekenntnis Christentum hat. Somit sieht man hier, dass einheimischen es sehr einfach gemacht wird und dem Antragsteller mit solch einem Werdegang nicht.

Absage erfolgte nur aufgrund dessen, dass andere Kandidaten für den Kunden die „engen Anforderungsprofile“ erfüllten, die der Kl. nicht erfüllt. Diese „enge Anforderungsprofile“ sind nirgends, besonders in dem Stellenprofil, schriftlich oder mündlich übermittelt worden bzw. dargestellt.

Darunter versteht man logisch, dass man als Südländer und der Religionsbekenntnis Islam nicht in das „enge Anforderungsprofil“ fällt, besonders in leitenden und führenden Stellen.

Es ist nicht nachvollziehbar und plausibel, dass jemand in diesem Alter, durch solch einen Werdegang (Lebenslauf) für die Stelle herangezogen wird, denn die Wahrscheinlichkeit ist so groß, dass der Antragsteller länger als jeglicher andere Bewerber bei den Statistischen Jahresgehalt bei der Antragsgegnerin beschäftigt bleiben würde.

Als auch das Potential als Nachkommende Führungskraft und Profit für die Antragsgegnerin ist unerlässlich nicht weg zu denken (logischer Biologischer Rhythmus), einstellen von sehr zielstrebigen und überdurchschnittliche Arbeitnehmer, wie der Antragsteller.

Jeglicher Bewerber kann bis zu dem Alter, vom Antragsteller, nicht annähernd solch eine Qualifikation aufweisen (Lebensnaher Beweis, dass niemand solch einen Lebenslauf vorlegen kann).

Unerlässlich festzuhalten ist, dass der Antragsteller das Stellenprofil mit seinem Werdegang gänzlich deckt, wo auch die Gebiete Gebäudetechnik und Wirtschaftlichen Aspekte in ausreichendem Umfang gedeckt werden. Unterstrichen wird dies dadurch, dass andere Stellenausschreibung unter Bautechnik Hochbau Aspekte aus der Elektrotechnik voraussetzen, was hier die Antragsgegnerin nicht tut, damit die es sich leichter bei der Begründung machen kann.“

In der Stellungnahme der **Antragsgegnerin** wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Vorwurf der Diskriminierung iSd. GlBG entschieden zurückgewiesen werde, da KandidatInnen völlig unabhängig ihrer Herkunft oder ihres Religionsbekenntnisses, sondern ausschließlich

nach fachlichen und personalen Kriterien vermittelt würden. Insbesondere der Vorwurf, gebürtige Bosnier zu diskriminieren, sei aufgrund der Tatsache, dass die Antragsgegnerin selbst mehrmals in Bosnien geborene Kolleginnen und Kollegen in den eigenen Unternehmen angestellt habe, völlig absurd.

In der Beilage wurde die damalige Stellenausschreibung für einem **Projektleiter/in für Immobilien**, der/die folgende Qualifikationen mitbringen sollte, übermittelt:

1. Erfahrung als Bauprojektleiter/in
2. Kenntnis Neubau, Sanierung, Ausschreibungen, Leitung von GUs und Fachkonsulenten
3. Profi aus Baumanagement, Architektur, Projektentwicklung mit mind. 3 Jahren Erfahrung
4. Ausbildung soll bautechnischer Natur sein (HTL, FH, Uni)

Wie aus dem interessanten Lebenslauf des Antragstellers hervorgehe, seien alle Projekte im Bereich IT, Automatisierungstechnik, Maschinenbau mit Spezialgebiet Förder- und Lagertechnik angesiedelt gewesen. Es lasse sich auch mit sehr wohlwollender Suche kein Zusammenhang mit den oben genannten Schlüsselpositionen finden.

Beigefügt wurde weiters der anonymisierte Lebenslauf des erfolgreichen Kandidaten für die besagte Stelle:

- Projektleiter bei einem Bauträger
- Projektmanagement bei Bauunternehmen mit örtlicher Bauaufsicht
- Bauleiter im internationalen Umfeld
- Und damit insgesamt 7 Jahre einschlägige Praxiserfahrung
- Studium der Architektur an TU Wien

Es sei mit dem Antragsteller kein persönliches Gespräch geführt worden, da die erfahrene Beraterin schon aufgrund der klaren Faktenlage eine Vorauswahl im Sinne des Suchprofils treffen habe können.

Eine nachfolgende schriftliche Abklärung der Gleichbehandlungskommission mit der Antragsgegnerin betreffend Unklarheiten zur obigen Stellungnahme, die auf eine andere Stellenbezeichnung Bezug nahm, ergab die Antwort, dass *„es sich um das gleiche Recruiting-Projekt handelte. Es seien mehrere Inserate geschaltet worden, die inhaltlich ident und lediglich unterschiedlich titulierte waren.“*

## PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) stützt sein Prüfungsergebnis auf die schriftlichen Vorbringen des Antragstellers und der Antragsgegnerin, das Absageschreiben sowie die von der Antragsgegnerin übermittelten Stellenausschreibungen "Technische/r Bereichsleiter/in – Schwerpunkt Hochbauprojekte" und „Projektleiter/in – Immobilien“.

Von einer Befragung von Auskunftspersonen wurde abgesehen, da die vorliegenden Unterlagen zu einer Beurteilung des **maßgeblichen** Sachverhaltes ausgereicht haben (§ 11 Abs. 4 Gleichbehandlungskommissions-Geschäftsordnung).

Eingangs ist darauf hinzuweisen, dass das GIBG die GBK nicht zur Prüfung von jeglichen Vorwürfen auf Grund einer subjektiv empfundenen Ungerechtigkeit oder von Mobbing im Allgemeinen ermächtigt, sondern dass sich die Kognitionsbefugnis der GBK ausschließlich auf die Prüfung von Diskriminierungsvorwürfen im Zusammenhang mit den in § 17 genannten Gründen beschränkt, wobei dieser Zusammenhang bei Antragseinbringung vom/von der AntragstellerIn glaubhaft zu machen ist.

Für eine solche Glaubhaftmachung genügt nach der Rsp zwar eine „Bescheinigung“ der behaupteten Tatsachen, wobei der zu erreichende Überzeugungsgrad gegenüber der beim „Regelbeweis“ geforderten „hohen Wahrscheinlichkeit“ auf eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ herabgesenkt ist. Vereinfacht gesagt muss mehr für die Darstellung des Antragstellers sprechen als dagegen (OGH 9 ObA 144/14p, ARD 6455/14/2015 = Arb 13.203; 9 ObA 177/07f, ZAS 2009/29, 186 [*Klicka*] = DRdA 2010/11, 137 [*Eichinger*]; vgl auch *Windisch-Graetz*, in ZellKomm<sup>3</sup> [2018] § 12 GIBG Rz 16). Wird zB eine Bewerbung mit dem Hinweis abgelehnt, man verfüge über keine Sanitäreinrichtungen für männliche Mitarbeiter, liegt ein starkes Indiz für eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts vor (OGH 9 ObA 46/04m, eolex 2004, 420 = ASoK 2005, 26).

Wesentlich ist dabei, dass das GIBG von einem gestuften Beweislastmodell ausgeht (dazu eingehend *Weberndorfer*, Glaubhaftmachung von Diskriminierung am Arbeitsplatz, in *Ulrich/Rippatha*, Glaubhaftmachung von Diskriminierung – Hilfe oder Hemmnis beim Rechtszugang [2018] 35 [72]). Der/die AntragstellerIn ist aufgefordert, das verpönte Merkmal sowie die darauf basierende Benachteiligung zu benennen und mittels ausführlicher Darstellung

des Geschehens zu konkretisieren. Der Senat der GBK ist dabei von der Richtigkeit und vom Vorliegen der entscheidungsrelevanten Tatsachen zu überzeugen mit dem Ziel, die Kausalität einer besonderen Eigenschaft (*hier Alter, Religion und/oder ethnische Zugehörigkeit*) mit einer Benachteiligung so zu verknüpfen, dass der damit befasste Senat der GBK vom Vorliegen einer Diskriminierung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit überzeugt ist. Erst wenn dies gelungen ist, obliegt es dem/der AntragsgegnerIn in einem weiteren Schritt zu beweisen, dass ein anderer als der glaubhaft gemachte Grund für die Ungleichbehandlung maßgeblich war (so überzeugend *Weberndorfer*, in *Ulrich/Rippatha*, Glaubhaftmachung von Diskriminierung 72).

Für das Verfahren vor der GBK müssen dabei für eine gesetzeskonforme Glaubhaftmachung einer von einer Person behaupteten Diskriminierung bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses bereits ein oder mehrere Anhaltspunkte zum Zeitpunkt der Antragstellung vorliegen, die über eine bloße und nicht weiter belegte Vermutung, dass z.B. das Alter, die ethnische Zugehörigkeit, die Religion oder die Weltanschauung im Auswahlverfahren eine Rolle spielen **könnten**, hinausgehen. So beispielsweise durch eine auf einen Diskriminierungsgrund des § 17 GlBG gerichtete **konkrete** Bezugnahme im Bewerbungsgespräch oder im Absageschreiben.

Als keine ausreichende Glaubhaftmachung ist es hingegen anzusehen, wenn ein/e AntragstellerIn versucht, erst aus der Stellungnahme des/der Antragsgegners/in überhaupt das Substrat für das von ihm/ihr behauptete Vorliegen einer Diskriminierung zu gewinnen.

Da auf Grund der Verfahrensregeln der GBK eine sofortige Abweisung von Anträgen mangels ausreichender Glaubhaftmachung im Antrag nicht möglich ist, war daher das Verfahren mit Zustellung des Antrags an den/die AntragsgegnerIn einzuleiten.

### BEGRÜNDUNG

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission hat erwogen:

1. 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*
- 2. bei der Festsetzung des Entgelts*

...

*"§ 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."*

Generell ist zur Frage des **Beweismaßes und der Beweislastverteilung** im GBK-Verfahren ist anzumerken, dass gemäß § 26 Abs.12 GIBG eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne der §§ 17, 18 oder 21 GIBG beruft, diesen **glaubhaft** zu machen hat. Insoweit genügt daher nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (OGH) eine „Bescheinigung“ des behaupteten nach dem GIBG verbotenen Motivs, wobei jedoch der bei der GBK zu erreichende Überzeugungsgrad gegenüber der beim „Regelbeweis“ geforderten „hohen Wahrscheinlichkeit“ auf eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ herabgesenkt ist. Vereinfacht gesagt muss mehr für die Darstellung des/r AntragstellerIn sprechen als dagegen (vgl. OGH 9 ObA 144/14p, Arb 13.203 mit weiteren Nachweisen).

Wenn dem/der AntragstellerIn die Glaubhaftmachung von Umständen, die einen nachvollziehbaren Zusammenhang zwischen der Nichtbegründung des Arbeitsverhältnisses und dessen/deren Alter bzw. der ethnischen Zugehörigkeit oder der Religion herstellen, gelungen ist, obliegt es dem/der AntragsgegnerIn zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von der AntragsgegnerIn glaubhaft gemachtes Motiv

für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne der §§ 19 Abs. 2 oder 20 GIBG vorliegt.

2. Der Senat geht bei seiner rechtlichen Prüfung von folgendem **Sachverhalt** aus, der auf Basis der schriftlichen Stellungnahmen, des Absageschreibens, der Stellenausschreibung sowie des Lebenslaufes des Antragstellers auf Grund der darzulegenden Erwägungen festgestellt wurde:

Der Antragsteller hat sich unstrittig auf ein Stellenangebot bei der Antragsgegnerin betreffend **„Technische/r Bereichsleiter/in – Schwerpunkt Hochbauprojekte“** beworben und von dieser eine Absage erhalten in der ausgeführt wurde: *„Schade, dass wir Sie im aktuellen Recruiting-Verfahren nicht in den engeren Kreis miteinbeziehen können: Andere Kandidaten/innen erfüllen das enge Anforderungsprofil unseres Auftraggebers noch genauer. Bei passenden Stellenangeboten würden wir sie zukünftig gerne kontaktieren.“*

Sowohl durch den Antragsteller als auch den Antragsgegner wurde die **Stellenausschreibung** **„Technische/r Bereichsleiter/in – Schwerpunkt Hochbauprojekte“** vorgelegt in der als Anforderung eine „abgeschlossene technische universitäre Ausbildung im Bereich **Bauwirtschaft**“ festgelegt wird. Nach dem Vorbringen des Antragstellers handelt es sich dabei um jene Ausschreibung, auf die er sich beworben hat. Auch wenn in Details anders formulierte Ausschreibungen für dieselbe Stelle existieren, ist diese Ausschreibung relevant, da sie der Bewerbung des Antragstellers zu Grunde liegt.

Der Antragsteller weist eine „abgeschlossene technische universitäre Ausbildung im Bereich **Bauwirtschaft**“, wie sich aus dem von ihm vorgelegten Lebenslauf ergibt, nicht auf. Insofern war die bereits anhand des Lebenslaufs des Antragstellers erfolgte Absage der Antragsgegnerin **mangels Erfüllung der Ausschreibungsvoraussetzungen** für den Senat nachvollziehbar und auch den der GBK bekannten Gepflogenheiten in der Personalrekrutierung völlig entsprechend. Keinem/r PersonalvermittlerIn ist es nämlich zumutbar – wenn diese/r gemäß den Jobanforderungen **entsprechend qualifizierte Bewerbungen** übermittelt bekommt – auch jenen Bewerbungen, die bereits die Ausschreibungsvoraussetzungen (hier eben universitäre Ausbildung im Bereich Bauwirtschaft) **nicht** erfüllen – näherzutreten, da eine solche Vorgangsweise jeglichem betriebswirtschaftlichen Vorgehen im Bereich Arbeitskräftevermittlung widersprechen würde.

In einer derartigen – nach Meinung des Senates völlig gerechtfertigten – Vorgangsweise kann daher auch keine den Antragsteller diskriminierende Vorgangsweise der Antragstellerin erblickt werden.

3. In **rechtlicher Hinsicht** ist dieser Sachverhalt folgendermaßen zu beurteilen:

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 dabei 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, wenn der/der BewerberIn eine Glaubhaftmachung der Diskriminierung iSd § 26 Abs 12 GIBG gelungen ist.

Nach dieser Bestimmung obliegt es nämlich nur bei einer Glaubhaftmachung durch den/die AntragstellerIn dem/der AntragsgegnerIn zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes, von ihm/ihr glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war (vgl *Windisch-Graetz*, in ZellKomm<sup>3</sup> § 15 GIBG Rz 1 ff).

Nach dem gestuften Beweislastmodell des GIBG obliegt es nämlich dem/der AntragstellerIn, den Senat der GBK von der Richtigkeit und vom Vorliegen der entscheidungsrelevanten Tatsachen zu überzeugen mit dem Ziel, die **Kausalität** einer besonderen Eigenschaft (*hier: Alter, Religion und/oder ethnische Zugehörigkeit*) mit einer Benachteiligung (*hier: die mangelnde Anstellung*) so zu verknüpfen, dass der damit befasste Senat der GBK vom Vorliegen einer Diskriminierung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit überzeugt ist.

Erst wenn dies gelungen ist, obliegt es dem/der AntragsgegnerIn in einem weiteren Schritt zu beweisen, dass ein anderer als der glaubhaft gemachte Grund für die Ungleichbehandlung



maßgeblich war (so überzeugend *Weberndorfer*, in *Ulrich/Rippatha*, Glaubhaftmachung von Diskriminierung 72).

Der Antragsteller hat selbst angegeben lediglich zu vermuten, dass die von ihm im Antrag an die GBK genannten Kriterien Alter, Religion und ethnische Zugehörigkeit bei der Ablehnung seiner Bewerbung gespielt haben könnten, konnte dem Senat jedoch außer dieser Vermutung nicht nachvollziehbar darlegen, wie die Absage in irgendeinem Zusammenhang mit seinem Alter, seiner ethnischen Zugehörigkeit bzw. seiner Religion oder seiner Weltanschauung stehen würde.

Dem Senat wurde kein Bezug zwischen dem Bewerbungsverlauf samt der – mangels Erfüllung der Ausschreibungsvoraussetzung „abgeschlossenen technische universitäre Ausbildung im Bereich Bauwirtschaft“ - zu Recht erfolgten Absage dargelegt, sondern der Antragsteller hat lediglich unsubstantiiert behauptet, dass die Absage „nicht nachvollziehbar und plausibel sei“. Diesem Argument konnte der Senat jedoch nicht folgen, da in Österreich bekanntermaßen MitarbeiterInnen in technischen Bereichen geradezu händeringend gesucht werden und sich aus einer Absage mangels Erfüllung der Ausschreibungserfordernisse auch keinerlei Hinweise auf allfällig diskriminierende Motive der Antragsgegnerin ergeben.

Das Vorbringen der Antragsgegnerin, einen Recruitingvorgang nur mit jenen KandidatInnen, die die Ausschreibungserfordernisse erfüllen, fortzusetzen und Bewerbungen, die bereits bei der ersten Sichtung das Fehlen der Erfüllung dieser Voraussetzungen erkennen lassen, aus dem weiteren Rekrutingsprozess auszusondern, war für den Senat glaubwürdig, weil eine solche Vorgangsweise lebensnah und betriebswirtschaftlich sinnvoll ist.

Deshalb ist der Senat unter diesem Gesichtspunkt zum Ergebnis gekommen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass dieses von der Antragsgegnerin glaubhaft gemachte Motiv der **Nichterfüllung der Ausschreibungsvoraussetzungen** – und nicht das Alter, die ethnische Zugehörigkeit oder die Religion des Antragstellers – für die Nichtbegründung des Arbeitsverhältnisses ausschlaggebend gewesen war.

Damit war das Vorliegen einer Diskriminierung des Antragstellers auf Grund des Alters, der ethnischen Zugehörigkeit bzw. der Religion bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses durch die Antragsgegnerin zu verneinen.

Die Frage einer möglichen Diskriminierung beim Entgelt war vom Senat nicht zu prüfen, da es zu keiner Anstellung des Antragstellers durch die Antragsgegnerin gekommen ist.