

**Senat II der Gleichbehandlungskommission**  
**Anonymisiertes Prüfungsergebnis GBK II/405/19 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 durch die Firmen B (in Folge: Erstantragsgegnerin) und C (in Folge: Zweitantragsgegnerin) 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 beiden Antragsgegnerinnen

liegt nicht vor.

VORBRINGEN

Im **Antrag** wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass *„zusammengefasst eine schriftliche Bewerbung per Mail erfolgt sei, nachdem die Stellenausschreibung durch das Antreten der Erstantragsgegnerin in der übermittelten Mail erfolgte eine umfassende Beilage mit allen Bewerbungsunterlagen. Damit die Frage der Erstantragsgegnerin bezüglich Gehaltswunsch gerecht werde, habe sich der Antragsteller ausreichend informiert und sei zu dem Entschluss gekommen, dass € 5.000,- Brutto pro Monat exkl. Sonderzahlung, wie Überstunden oder gleichen gerechtfertigt seien.*

*Dieser Entschluss sei durch den anzuwendenden Kollektivvertrag, anhand der GISA-Zahl eruiert und anschließend durch den Gehaltsrechner, unter [gehaltsrechner.gv.at](http://gehaltsrechner.gv.at), von der Republik Österreich, festgelegt.*

*Aus rechtlicher Sicht dürften keine Einwände für diesen Marktkonformen, als auch dem Kollektivvertrag entsprechend Gehaltswunsch erfolgen.*

*Aus Erfahrung welche Tätigkeiten weiters, als nur die angegebenen im Stellenprofil auszuüben sind bzw. diese nur pauschal angegeben wurden, sei dem Kl. durch die Berufserfahrung weit darüber hinaus bekannt.*

*Konkrete Erläuterung Gehaltswunsch:*

*a) Feststellung des anzuwendenden Kollektivvertrages und die Richtige Zuordnung in die Beschäftigungs- bzw. Verwendungsgruppe, samt weitere Bedingungen für die Stellenausschreibung.*

*Damit eindeutig der Kollektivvertrag für die Stellenanzeige festgestellt werden kann, ist zuerst die GISA-Zahl der Zweitantragsgegnerin erforderlich, die man anhand der WKO erhält.*

*Mit dieser Zahl können weitere Informationen, als auch die Informationen auf der WKO Homepage entnommen werden, dass der Kollektivvertrag für Telekommunikations- und Rundfunkunternehmungen zur Anwendung komme. Weiters werde dieser Kollektivvertrag bestätigt dadurch, dass das angegebene Mindestgehalt auf der Stellenanzeige der Verwendungsgruppe 5 in der Grundstufe entspreche.*

*Nach oberflächiger Durchsicht ergebe sich, dass das angegebene Mindestgrundgehalt in der Stellenanzeige richtig sei, wo aber bei genauer Prüfung sich die Verwendungsgruppe 6 ergebe.*

*Hier seien schon mal eine Diskriminierung und Lohndumping erkenntlich. Die Verwendungsgruppe 6 lasse sich aus den Überschriften „Ihre Rolle“ und „Ihr Profil“ aus der Stellenanzeige entnehmen, wo besonders auf die ankommenden Kriterien, wie*

- Kalkulation,*
  - Planung,*
  - Koordination und Leitung (Führung von mindestens 4 Mitarbeiter), Projektansprechpartner für Behörden und Endkunden,*
  - Engineering,*
  - kostenbewusste Arbeitsweise,*
  - hohe Belastbarkeit,*
  - Professionelle Service- und Kundenorientierung*
- usw.*

*zu beachten seien. Der Begriff Expertise werde ausreichend für diese Tätigkeit samt den ersichtlichen Voraussetzenden Umfang an teilnehmenden Disziplinen bestätigt, dass dieser für diese Tätigkeit zur Anwendung kommt.*

*Für den Begriff „überdurchschnittlich“ sei für diese Tätigkeit kein Eingehen von notwenden, da dies ausreichend gedeckt werde.*

*Die Budgetverantwortung sei auf den Tätigkeitsbereich Bauleitung zu beschränken, wo der Bauleiter immer als letztverantwortlicher sich vor dem Geschäftsführer im Unternehmen rechtfertigen muss, unterstrichen aus Erfahrung und gang und gebe.*

*Einfach gesagt es werden alle Tätigkeitsmerkmale durch diese Stellenausschreibung und deren Anforderung für Telekommunikation — Glasfaserinfrastruktur und HFC eindeutig abgedeckt.*

*Damit noch der genau Entgeltbetrag für die Verwendungsgruppe 6 festgelegt werden konnte, sei*

eine ausführliche Prüfung der erfüllenden Kriterien für die Abstufungen in der Verwendungsgruppe 6 erfolgt.

Hier werden durch diese Tätigkeit alle Kriterien erfüllt, wo dadurch die Expertenstufe erreicht wird und das Mindestgrundgehalt von € 4.592,93 Brutto pro Monat exkl. Sonderzahlungen, wie Überstunden, usw. sich ergibt.

Aus unerlässlicher Lebenserfahrung ergibt sich, dass niemand das Mindestgrundgehalt im Dienstvertrag stehen hat, wo mindestens ein Aufschlag von 5 - 10% erfolgt, was zu einem Grundgehalt von € 4.945,-, bei 7,5% Aufschlag sich ergibt.

Somit ergibt sich hier rechtmäßig eine Deckung des Mindestgrundgehaltes und dem Wunschgehalt, vom Antragsteller!

b) Feststellung Marktkonformes Gehalt für die Stellenausschreibung, mit Vergleich durch den anzuwendenden Kollektivvertrag.

Durch ausreichender Datensammlung der Republik Österreich, auf der Homepage „[gehaltstrechner.gv.at](http://gehaltstrechner.gv.at)“ ergebe sich ein Durchschnittliches Gehalt von € 4.200,-. Wo hier die Wahrscheinlichkeit bei 95% liegt und die letzten rechtlichen 5% sind die nach dem Kollektivvertrag und Verwendungsgruppe 6 als Experte.

Nach Übermittlung der Unterlagen durch die Erstantragsgegnerin die Zweitantragsgegnerin erfolgte innerhalb von zwei Monaten eine Absage. Begründet wurde die Absage durch zwei Punkte, wie

- Länger zurückliegende Erfahrung in der Telekommunikation sowie
- die Gehaltsvorstellung.

Konkrete Erläuterung bezüglich nicht rechtmäßiger Absage:

c) Feststellung der Kriterien für die ausgeschriebene Stellenausschreibung anhand des Angetretenen Mails der Erstantragsgegnerin.

Im herangetretenen Mail ergebe sich eindeutig, dass das erste Kriterium „Länger zurückliegende Erfahrung in der Telekommunikation“ nichtzutreffend sein kann, weil folgendes eingebracht wird „Auch wenn Sie bis jetzt oder kaum Erfahrung in diesem Bereich haben — um diese Aufgabe gut bewältigen zu können, sind vor allem technisches Know-How ...“ und auch dies mit 100%-Wahrscheinlichkeit mit Zweitantragsgegnerin auch als Rücksprache definiert wurde.

Anhand all diesen sehr Überzeugenden und mit der Lebenserfahrung für diese Stellenausschreibung, wo auch der Antragsteller tätig war, ergebe sich die rechtmäßige Einstufung in die Verwendungsgruppe 6 als Experte.

d) Feststellung der Kriterien für die ausgeschriebene Stellenausschreibung anhand der

*Zweittragsgegnerin ausgestellt Stellenanzeige.*

*Aus der Stellenanzeige wird, dass das erste Kriterium „Länger zurückliegende Erfahrung in der Telekommunikation“ durch die Festlegung unter „Ihr Profil“ Punkt 2 „Mehrjährige Erfahrung als Techniker/in in HFC Netzen wünschenswert“ auch das Vorbringen der Erstantragsgegnerin in Ihrer herangetretenen Mail bestätigt.*

*Durch nicht richtige Angaben des Mindestgrundgehaltes ergebe sich auch eine „sehr überhöhte Gehaltswunschforderung“. Mit der zusätzlichen Angabe für Überzahlung je nach Qualifikation wird der Aufschlag von 5-10% bestätigt.*

*Aus dem gesamten Sachverhalt als auch den Konkreten Erläuterung ergebe sich, dass alle Gründe zur Absage willkürlich und sachfremd seien, konkret als Vorhang für eine Verdeckung der Diskriminierung, was zu einer unentbehrlichen stattgefundenen Diskriminierung führe.*

*Es sei nicht lebensnah, als auch nicht vorstellbar, dass ein Unternehmen nicht einen Bestqualifiziertesten, als auch solch einen Unglaublichen Lebenslauf, in dem Alter, von 27 Jahre, beharrt und sich für solch einen Arbeitnehmer ringt.*

*Somit sei eindeutig der Diskriminierungsgrund bezüglich Alter und besonders durch Religion (Islam) und Herkunft (Südländisch/Bosnien) erkenntlich. Konkret bestehen gar keine Anhaltspunkte für eine nicht Diskriminierung!“.*

In der Stellungnahme der beiden **Antragsgegnerinnen** wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass das vom Antragsteller erstattete Vorbringen zur Gänze bestritten werde. Richtig sei, dass die Zweittragsgegnerin eine Stelle für die Position „Bauleitung Tiefbau Telekommunikation“ folgender Rollenbeschreibung ausgeschrieben habe:

- Planung,
- Kalkulation,
- Leitung und Inbetriebnahme von Ausbau- und Instandhaltungsprojekten für HFC- und Glasfasernetze,
- Koordination der Bau- und Montagefirmen von der Auftragsvergabe bis hin zur Kontrolle,
- Projekt-Ansprechpartner für offizielle Behörden und Endkunden vor Ort, Mitwirkung bei Netz-Dokumentation und Engineering für HFC und Glasfaserinfrastruktur.

Das Bewerberprofil sollte sich nach der Stellenausschreibung wie folgt gestalten:

- Elektrotechnische Ausbildung, idealerweise mit Schwerpunkt Nachrichtentechnik
- mehrjährige Erfahrung als Techniker/in in HFC-Netzen wünschenswert
- Planungs- und Organisationsfähigkeit und hohe Belastbarkeit
- professionelle Service- und Kundenorientierung
- selbstständige, genaue und kostenbewusste Arbeitsweise
- teamfähige und kommunikative Persönlichkeit

Als Monatsbruttogehalt sei für diese Stelle ein Betrag in Höhe von EUR 2.851,15 angegeben worden, wobei je nach Qualifikation eine Überzahlung in Betracht komme. Dieses Stelleninserat sei sowohl direkt durch die Zweitantragsgegnerin, insbesondere auf ... sowie auch seitens der Erstantragsgegnerin geschaltet worden.

Der Antragsteller sei seitens der Erstantragsgegnerin im Wege des Active Sourcings kontaktiert worden, ob er Interesse an der gegenständlichen Position habe. Aus dem dieser zugänglichen karriere.at-Profil des Antragstellers habe sich das Alter des Antragstellers und dessen Gehaltsvorstellungen in Höhe von EUR 3.700,00 ergeben.

Mit E-Mail sei der Antragsteller von der Erstantragsgegnerin kontaktiert worden, ob er grundsätzlich Interesse an der ausgeschriebenen Position "Bauleitung Tiefbau Telekommunikation" habe. Auf diese Anfrage hin habe er Interesse an der gegenständlichen Position bekundet.

In der Folge habe Frau D, Mitarbeiterin der Erstantragsgegnerin, den Antragsteller telefonisch kontaktiert, ihm die Zweitantragsgegnerin als Auftraggeberin genannt, nähere Informationen zur ausgeschriebenen Position gegeben und nachgefragt, ob seine im ...-Profil genannten Gehaltsvorstellungen noch aktuell seien.

Der Antragsteller habe spontan keinen konkreten Gehaltswunsch nennen wollen und sei verblieben, diesbezüglich noch zu korrespondieren und in weiterer Folge die Bewerbungsunterlagen an die Zweitantragsgegnerin weiterzuleiten. Im Zuge der weiteren Korrespondenz habe er per Mail seine Gehaltsvorstellungen mit mindestens EUR 5.000,00 brutto angegeben.

Im Hinblick auf diese Gehaltsangabe des Antragstellers wurde seitens der Erstantragsgegnerin nochmals rückgefragt, ob hier seinerseits noch Gesprächsbereitschaft bestehe, zumal diese Gehaltsvorstellungen den von der Zweitantragsgegnerin vorgesehenen Gehaltsrahmen für die gegenständliche Position erheblich übersteigen. Diese Rückfrage sei seitens des Antragstellers lapidar mit der Anmerkung beantwortet worden, dass das Mindestgehalt nicht gleich zu Beginn korrekt angegeben werden müsse, sondern im persönlichen Gespräch variieren könne.

Die Erstantragsgegnerin habe die Bewerbungsunterlagen des Antragstellers samt dessen Gehaltsvorstellungen weitergeleitet, die Zweitantragsgegnerin habe diese daraufhin informiert, dass der Gehaltswunsch des Antragstellers im bestehenden Gehaltssystem der Zweitantragsgegnerin, insbesondere in Zusammenschau mit der bereits länger zurückliegenden und nur bedingt einschlägigen Praxis des Antragstellers nicht realisierbar sei.

Daraufhin sei die Absage gegenüber dem Antragsteller durch die Erstantragsgegnerin erfolgt. Wie festgehalten sei als Monatsbruttogehalt für die gegenständliche Stelle entsprechend den im Zuge der ausgeschriebenen Position zu erbringenden Tätigkeiten ein Mindestgehalt in Höhe von EUR 2.851,15 — samt Möglichkeit zur Überzahlung je nach Qualifikation — angegeben gewesen. Im Hinblick darauf sei festzuhalten, dass ausgehend vom Lebenslauf des Antragstellers für die gegenständliche Position samt Überzahlung maximal ein Einstiegsgehalt in Höhe von EUR 3.600,00 brutto in Betracht gekommen wäre. Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers sei nach der in der Ausschreibung enthaltenen Rollenbeschreibung keinesfalls Verwendungsgruppe 6 des Kollektivvertrages für Telekom-Unternehmen einschlägig. Diese Verwendungsgruppe umfasse in der

- Fachlaufbahn: ArbeitnehmerInnen, die aufgrund ihrer umfangreichen und überdurchschnittlichen fachlichen Expertise strategisch wichtige Tätigkeiten selbstständig und eigenverantwortlich ausführen. Diese ArbeitnehmerInnen sind im Rahmen dieser Tätigkeiten letztverantwortlich im Unternehmen und tragen dafür Budgetverantwortung bzw.
- Führungslaufbahn: ArbeitnehmerInnen, die regelmäßig und dauernd mit Personalverantwortung (Führung, Förderung und Entwicklung von Arbeitnehmerinnengruppen) für 2 Führungskräfte oder 3 ArbeitnehmerInnen der Verwendungsgruppe 5 beauftragt sind.

Schon aus der Stellenausschreibung sei ersichtlich, dass das Tätigkeitsprofil der Position "Bauleitung Tiefbau Telekommunikation" keinesfalls Tätigkeiten im Sinne der Verwendungsgruppe 6 des Kollektivvertrages für Telekom-Unternehmen umfasse.

Die ausgeschriebene Position beinhalte weder große Baustellenprojekte noch MitarbeiterInnenführung. Im Gegenteil sei die Betreuung und Abwicklung kleinerer Baustellenprojekte im Zuge des Ausbaus des Leitungsnetzes der Zweitantragsgegnerin Inhalt der Tätigkeit. Ein Baustellenleiter habe diese entsprechend zu koordinieren und sei Schnittstelle bzw. Ansprechpartner für Behörden. Budgetverantwortung bestehe nicht.

Die vom Antragsteller kommunizierte Gehaltsvorstellung finde weder Deckung im anwendbaren Kollektivvertrag noch sei diese marktkonform. Das für die ausgeschriebene Position angegebene Mindestgehalt sei jedenfalls angemessen. Das Vorbringen des Antragstellers es liege Lohndumping und Diskriminierung vor, werde entschieden zurückgewiesen.

Der Bewerbungsprozess sei ordnungsgemäß abgeführt worden, es habe keine wie immer geartete Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion, der Weltanschauung oder des Alters stattgefunden. Die Absage gegenüber dem Antragsteller sei somit weder willkürlich noch sachfremd erfolgt, sondern nachvollziehbar in Zusammenschau der

länger zurückliegenden und nur bedingt einschlägigen Praxis des Antragstellers und dessen Gehaltsvorstellungen, die die Gehaltssymmetrie im Unternehmen der Zweitantragsgegnerin völlig überworfene hätte. Diese Gründe seien dem Antragsteller auch offengelegt worden.

Festzuhalten sei, dass sich nicht einmal aus den Ausführungen des Antragstellers konkrete Anhaltspunkte zu der von ihm behaupteten Diskriminierung ergeben. Vielmehr führe der Antragsteller lediglich aus, dass keine Anhaltspunkte für eine „*nicht Diskriminierung*“ bestehen würden und beschränke sich auf pauschale Anschuldigungen, die mit dem gegenständlichen Sachverhalt in keinem wie immer gearteten Konnex stehen.

Das Vorbringen des Antragstellers, er wäre aus Gründen der Religion, der ethnischen Zugehörigkeit bzw. des Alters diskriminiert worden, entbehre auch deshalb jeglicher Grundlage, da er sogar im Wege des **Active Sourcing**s kontaktiert worden sei.

Zusammenfassend sei im Sinne der obigen Ausführungen nicht ersichtlich, inwiefern eine Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion bzw. des Alters vorliegen soll.

#### PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) stützt sein Prüfungsergebnis auf die schriftlichen Vorbringen des Antragstellers und der beiden Antragsgegnerinnen.

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 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 Antragsbringung 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, *ecolex* 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 GIBG gerichtete **konkrete** Bezugnahme im Bewerbungsgespräch.

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.*

...

*"§ 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 auf Grund der darzulegenden Erwägungen festgestellt wurde: Der Antragsteller hat sich – dies ist unstrittig – im Mai 2019 auf ein Stellenangebot bei der Antragsgegnerin „Bauleitung Tiefbau Telekommunikation“ beworben, wobei als Monatsbruttogehalt für diese Stelle ein Betrag in Höhe von **EUR 2.851,15** angegeben worden, wobei je nach Qualifikation eine Überzahlung in Betracht komme.

Der Antragsteller ist seitens der Erstantragsgegnerin im Wege des **Active Sourcings** kontaktiert worden, ob er Interesse an der gegenständlichen Position habe. Aus dem dieser zugänglichen ...-Profil des Antragstellers hat sich das Alter des Antragstellers und dessen Gehaltsvorstellungen in Höhe von EUR 3.700,-- ergeben. Dies ist soweit nachvollziehbar und wurde auch von Antragsteller nicht bestritten.

In weiterer Folge ist es, dies ist unstrittig, zu einer Gehaltsforderung des Antragstellers in der Höhe „**mindestens 5.000,-- Euro**“ gekommen. Die nachfolgende interne Abklärung zwischen der Erst- und der Zweitantragsgegnerin hat ergeben, dass ein derartiger Gehaltswunsch im bestehenden Gehaltssystem der Zweitantragsgegnerin nicht realisierbar ist, woraufhin die Absage an den Antragsteller erfolgt ist. Dies ist nachvollziehbar im Hinblick auf das in der Stellenausschreibung angegebene Mindestgehalt.

Es wurde dem Senat weiters glaubwürdig dargelegt, dass die ausgeschriebene Position weder große Baustellenprojekte noch Mitarbeiterführung beinhalte und auch keine Budgetverantwortung bestehe. Weiters wurde seitens der beiden Antragsgegnerinnen glaubwürdig und auch der Erfahrung des Senates betreffend die Usancen im Personal Recruiting

entsprechend dargelegt, dass ausschließlich die überzogene Gehaltsvorstellung des Antragstellers der Grund für die Absage durch die Erstantragsgegnerin gewesen ist.

Gestützt wird diese Einschätzung durch den Umstand, dass der Antragsteller von der Erstantragsgegnerin **aktiv** angesprochen worden ist, ob Interesse an einer von dieser zu besetzenden Position bestünde, was der Antragsteller durch seine weitere Bewerbung ex- und implizit bejaht hatte.

Ein **aktives Zugehen** auf eine/n BewerberIn indiziert in keiner Weise diskriminierende Motive seitens der rekrutierenden Personen, zumal das Alter des Antragstellers bekannt gewesen ist und dessen Name einen Migrationshintergrund bzw. u.U. auch eine andere als eine christliche Religion zumindest vermuten lässt.

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

3.1. 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 auf seine – im Gegensatz zu dem in der Stellenausschreibung genannten Betrag von 2.851,15 Euro – signifikant höhere Gehaltsforderung im Ausmaß von mindestens 5.000,- Euro Bezug genommen. Diese wurde auch von der Antragsgegnerin nicht bestritten, die konzidierte, dass die von ihr als überzogen angesehenen Gehaltsvorstellungen des Antragstellers die maßgebliche Rolle bei der Ablehnung seiner Bewerbung gespielt hatte.

Der Antragsteller konnte dem Senat jedoch nicht nachvollziehbar darlegen, wie die auf dieser überzogenen Gehaltsvorstellung beruhende Absage in irgendeinem Zusammenhang mit seinem Alter, seiner ethnischen Zugehörigkeit bzw. seiner Religion oder seiner Weltanschauung steht. Dem Senat wurde somit kein Bezug zwischen dem Bewerbungsverlauf samt der erfolgten Absage und den von ihm behaupteten Diskriminierungsgründen dargelegt, sondern der Antragsteller hat unsubstantiiert behauptet, dass die Absage „willkürlich und sachfremd“ erfolgt sei.

Diesem Argument konnte der Senat nicht folgen, da in der Praxis der Arbeitswelt gerade eine massive Diskrepanz der Gehaltswünsche von BewerberInnen mit dem von potenziellen ArbeitgeberInnen angebotenen Gehalt geradezu den klassischen Fall der Ablehnung einer Bewerbung darstellen.

Eine solche Differenz ist in einem auf grundsätzlich freier Vereinbarung im überkollektivvertraglichen Entgelt beruhenden Arbeitsmarkt systemimmanent und mangelnder Konsens darüber ist eine nachvollziehbare sachliche Rechtfertigung für ein Ausbleiben eines Vertragsabschlusses. Ansatzpunkte dafür, dass diese unterschiedlichen Gehaltsvorstellungen selbst auf diskriminierenden Gründen beruhen wurden weder vorgebracht noch glaubhaft gemacht.

Zudem waren im gesamten Bewerbungsverlauf zumindest schlüssig sowohl Alter als auch Religion des Antragstellers sowie auf Grund seines Namens dessen möglicher Migrationshintergrund den AntragsgegnerInnen von Anfang an bekannt und dennoch wurde der Antragsteller im Wege des Active Sourcing zur Bewerbung aufgefordert.

Dies dürfte auch auf den Umstand zurückzuführen sein, dass notorisch gerade MitarbeiterInnen in technischen Bereichen in Österreich geradezu händeringend gesucht werden. Damit ergeben sich auch aus diesen Umständen für den Senat keinerlei Hinweise auf allfällig diskriminierende Motive der beiden Antragsgegnerinnen ergeben.

Gemäß den gestuften Beweislastregeln des GIBG ist es dem Antragsteller daher nicht gelungen, dem Senat glaubhaft zu machen, dass die von ihm behaupteten Gründe des Alters, der ethnischen Zugehörigkeit bzw. der Religion allein oder in Summe das/die für die Ablehnung seiner Bewerbung durch die Antragsgegnerin (mit)ausschlaggebenden Kriterium/en gewesen war/en.

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

3.2. Obwohl angesichts dieser **mangelnden Glaubhaftmachung** einer Diskriminierung nach § 17 GIBG durch den Antragsteller auf das Vorbringen der Antragsgegnerin aus rechtlichen Gründen gar nicht mehr eingegangen werden müsste, da die Beweislast erst **nach** erfolgter Glaubhaftmachung durch eine/n AntragstellerIn auf den/die AntragsgegnerIn übergeht, ist zum Vorbringen der Antragsgegnerinnen Folgendes festzuhalten:

Das Vorbringen der Antragsgegnerinnen, einen Recruitingvorgang an jenem Punkt abgebrochen zu haben, an dem aus Sicht der prospektiven Arbeitgeberin unüberwindbare Differenzen bezüglich des zu vereinbarenden Entgelts zu Tage treten, ist für den Senat als glaubwürdig, lebensnah und auch den der GBK aus ihrer langjährigen Tätigkeit bekannten Gepflogenheiten von Recruitingprozessen in der Arbeitswelt entsprechend gewürdigt worden.

Deshalb ist der Senat auch unter diesem Gesichtspunkt zum Ergebnis gekommen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass das von den Antragsgegnerinnen glaubhaft

gemachte Motiv der Differenzen hinsichtlich des angebotenen bzw. gewünschten Entgelts für die Nichtbegründung des Arbeitsverhältnisses ausschlaggebend gewesen war.

3.3 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 Antragsgegnerinnen mangels Glaubhaftmachung durch den Antragsteller zu verneinen.