



Senat I der Gleichbehandlungskommission

Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz

(BGBl. Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 82/2005)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) beim Bundesministerium für Gesundheit und Frauen gelangte auf Grund seiner Zuständigkeit in Fällen, die sowohl die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt als auch die Gleichbehandlung ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung in der Arbeitswelt betreffen, gemäß § 1 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz am 15. März 2006 über das am 13. Mai 2005 eingelangte Verlangen der Gleichbehandlungsanwaltschaften (GAW) für **Frau B** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bei der **Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Zif 1 Gleichbehandlungsgesetz (GIBG)** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 82/2005; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) und **einer Diskriminierung auf Grund des Alters bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Zif 1 GIBG** durch die **X GmbH** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK /GAW-G i.V.m. § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO, BGBl. II Nr. 396/2004, zu folgendem Ergebnis:

Im Verlangen der GAW wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass sich Frau B über Vermittlung des Arbeitsmarktservice bei der X GmbH um die Stelle einer Speditionskauffrau beworben habe. Laut der, der Bewerbung zugrunde liegenden Stellenausschreibung seien eine abgeschlossene Berufsausbildung oder eine abgeschlossene sonstige höhere Schule mit zwei- bis dreijähriger Berufserfahrung sowie gute geographische Kenntnisse, sehr gute EDV-Kenntnisse in Word und Excel, eventuell SAP Kenntnisse, Kommunikationsfreudigkeit und Erfahrung im persönlichen und telefonischen Umgang mit Kunden vorausgesetzt worden.

Frau B habe nach Abschluss der HBLA für wirtschaftliche Frauenberufe zahlreiche weiterführende Ausbildungen im Sekretariatsbereich, EDV Kurse und die Buchhalterprüfung absolviert, sowie schließlich die Konzessionsprüfung für das Fernverkehrsgewerbe abgelegt. Sie sei über lange Zeit im Bereich der Exportsachbearbeitung als Angestellte tätig gewesen und habe danach selbstständig Unternehmen, wie die ... Bäckerei und die von ihr gegründete Firma ..., ein Speditionsunternehmen, geleitet.

Aufgrund ihrer Ausbildung und der langjährigen Berufserfahrung habe sie jedenfalls die Anforderungen, die in der Stellenausschreibung an die Bewerber/innen gestellt worden seien, erfüllt.

Am 10.11.2004 sei ein Bewerbungsgespräch mit dem Leiter der Logistikabteilung, Herrn A, erfolgt. Dieser habe ihr die Teilnahme an einem zweiten Gespräch mit einem Personalverantwortlichen in Aussicht gestellt und habe sich von ihren Qualifikationen beeindruckt gezeigt. Das Gespräch sei für Frau B durchaus positiv verlaufen. Sie sei laut Rückmeldung der X GmbH an das AMS nach diesem Gespräch auch für die offene Stelle vorgemerkt worden.

Am 19.11.2004 habe Frau B dennoch eine schriftliche Absage erhalten, in der ihr mitgeteilt worden sei, dass im Hinblick auf das vom Unternehmen angestrebte Positionsprofil keine Möglichkeit gesehen werde, ihrer Bewerbung näher zu treten. Auf ihre telefonische Nachfrage am 19.11.2004 hin sei ihr von Herrn A mitgeteilt worden, dass sie nicht die „Traumbesetzung“ sei. Diese sei aber auch noch nicht gefunden worden. Weder der schriftlichen Absage noch der mündlichen Auskunft von Herrn A sei eine sachliche Begründung zu entnehmen gewesen. Frau B habe schließlich nur in Erfahrung bringen können, dass die Stelle mit einem jüngeren Mann besetzt worden sei.

Da sich Frau B in diesem Bewerbungsverfahren diskriminiert gefühlt habe, habe sie sich im Februar an die Regionalanwältin ... für die Gleichbehandlung für Männer und Frauen in der Arbeitswelt gewandt. Nachdem die X GmbH von der Regionalanwältin um eine Stellungnahme ersucht worden sei, habe die X GmbH in ihrem Antwortschreiben vom 14.3.2005 bestritten, die entsprechenden Bestimmungen des GIBG verletzt zu haben und habe dies damit begründet, dass die getroffene Auswahl sachlich gerechtfertigt sei. Sie habe lediglich auf die große Erfahrung des eingestellten Mitarbeiters im telefonischen Umgang mit Kunden, dessen mehrjährige Erfahrung im Verkauf und in der Kundenbetreuung verwiesen. Im Weiteren habe sie auf die Aufgabe der aktiven, telefonischen

Bestelleinholung bei Direktkunden verwiesen. Weitere Angaben über die Person des ausgewählten, männlichen Stellenwerbers seien nicht gemacht worden.

Die von der X GmbH behauptete Sachlichkeit der getroffenen Personalauswahl bei der Besetzung einer Stelle in der Logistikabteilung sei aufgrund der fehlenden Transparenz des Einstellungsverfahrens und der vorgenommenen Bewertung der Stellenbewerber/innen nicht nachvollziehbar. Die schriftliche Absage, bei der es sich offensichtlich um einen Serienbrief gehandelt habe (falsche Anrede) und lediglich angeführt werde, dass im Hinblick auf das angestrebte „Positionsprofil“ keine Möglichkeit gesehen werde, der Bewerbung näher zu treten, erfülle nicht die Anforderung einer sachlich nachvollziehbaren Entscheidungsbegründung. Die Aussage von Herrn A im Telefonat nach der schriftlichen Absage, dass Frau B nicht die „Traumbesetzung“ sei, diese aber noch nicht gefunden worden sei, weise darauf hin, dass Frau B trotz bereits bestätigter Eignung und Vormerkung aus anderen, diskriminierenden Gründen vorzeitig aus dem Verfahren ausgeschlossen und nicht mehr berücksichtigt worden sei, obwohl keine besser geeignete Person gefunden worden sei.

Auch die in der Stellungnahme gegenüber der Regionalanwaltschaft angeführten Gründe für die Auswahl des eingestellten Mitarbeiters (Erfahrung im Verkauf und in der telefonischen Kundenbetreuung) seien nicht geeignet, die Objektivität der getroffenen Auswahl zu bestätigen, da Frau B aufgrund ihrer vielseitigen beruflichen Tätigkeit über sehr viel Erfahrung in diesem Bereich verfügt habe und damit jedenfalls die Anforderungen der Stellenausschreibung erfülle. Vielmehr werde unter Zugrundelegung von traditionellen Rollenstereotypen die aktive, offensive Kundenbetreuung als herausragende Fähigkeit des jüngeren, männlichen Bewerbers beschrieben, während der älteren, weiblichen Bewerberin diese kommunikative Eigenschaften vermutlich weniger zugetraut werden würden.

Ein weiteres Indiz für die Bereitschaft der Arbeitgeberin, ältere Bewerber/innen bei der Begründung des ausgeschriebenen Beschäftigungsverhältnisses zu benachteiligen, ergebe sich bereits aus der Stellenausschreibung, in dieser werde neben einer abgeschlossenen Schul- und Berufsausbildung eine zwei- bis dreijährige Berufserfahrung erwartet. Diese Einschränkung hinsichtlich der Dauer der Berufserfahrung auf zwei bis drei Jahre ermögliche einen Rückschluss auf das erwünschte Alter und stelle damit eine Diskriminierung von älteren Stellenbewerberinnen dar.

In der schriftlichen Stellungnahme der Antragsgegnerin wurden die angeführten Vorwürfe weitgehend bestritten:

Frau B habe sich bei der X GmbH am 10.11.2004 um die über das Arbeitsmarktservice ausgeschriebene Stelle einer Speditionskauffrau beworben. Am selben Tag sei das erste Bewerbungsgespräch erfolgt, das vom Leiter der Logistikabteilung, Herrn A, geführt worden sei. Das Gespräch habe im Wesentlichen lediglich dem Kennenlernen bzw. der Darstellung der offenen Stelle gedient. Es sei unrichtig, dass Herr A von den Qualifikationen der Bewerberin „beeindruckt gewesen“ sei. Im Zuge der Bewerbungsgespräche sei man dann zu der Erkenntnis gekommen, dass Frau B aufgrund ihres bisherigen beruflichen Fortgangs nicht geeignet sei, die Stelle zu besetzen.

Im Absageschreiben an Frau B vom 17.11.2004 sei darauf hingewiesen worden, dass sie das angestrebte Positionsprofil nicht erfüllen könne. Es sei ferner unrichtig, dass Herr A in einem Telefonat am 19.11.2004 ausgeführt hätte, Frau B stelle in Bezug auf Alter oder Geschlecht „nicht die Traumbesetzung“ dar.

Die von der X GmbH getroffene Auswahl sei sachlich gerechtfertigt. Mit der gesuchten Stelle im Betrieb seien entsprechende Hauptaufgaben verbunden, etwa die Erstellung und Bearbeitung der Lieferpapiere an Direktkunden, die Erfassung von Lieferscheinen von Verlegern und vieles mehr. Ferner sei auch die aktive telefonische Bestelleinholung bei den Direktkunden erforderlich. Der eingestellte neue Mitarbeiter habe in seinen Vorstellungsgesprächen eindrucksvoll darlegen können, dass er neben den von der X GmbH geforderten Basisqualifikationen, insbesondere im Umgang mit Kunden, vor allem im telefonischen Umgang mit Kunden, sehr viel Erfahrung aufweisen habe können. Ausschlaggebend sei daher gewesen, dass dieser Mitarbeiter zusätzlich mehrjährige Erfahrung im Verkauf und in der Kundenbetreuung aufweisen hätte können, teilweise sogar in ähnlichen Betrieben wie der Firma X GmbH.

Die X GmbH sei davon überzeugt gewesen, dass dieser Mitarbeiter (Herr C) die Anforderungsprofile am besten erfüllen könne. Aus den Bewerbungsunterlagen von Frau B gehe dagegen hervor, dass sie im Direktverkauf mit Kunden keine entsprechende Erfahrung ausweisen könne. Im Telefongespräch vom 19.11.2004 habe Herr A tatsächlich auf die nicht vorhandene Qualifikation „Kundenverkauf“ hingewiesen.

Im Verlangen der GAW werde lediglich die Behauptung von Frau B aufgenommen, Herr A hätte gesagt, sie sei nicht die „Traumbesetzung“ und verwende dies als Hauptargument für eine mögliche Ungleichbehandlung.

Im Übrigen habe man ob der Tatsache, dass Frau B mit einem Hund erschienen sei, den Eindruck gehabt, dass sie nicht wirklich „am Job“ interessiert sei, da sie mehr damit bemüht gewesen sei, den Hund zu beruhigen, als das Bewerbungsgespräch zu führen.

Die Behauptung der GAW, die X GmbH arbeite in ihrer Stellungnahme an die GAW „mit traditionellen Rollenstereotypen“, stimme nicht, da die Geschäftsführung der X GmbH bestrebt sei, ihre Geschäfte bestmöglich zu führen. Diese könnten nur von Mitarbeitern geführt werden, die den Anforderungsprofilen am besten entsprechen würden. Hier käme es nicht auf das Geschlecht oder Alter an.

Die Firma X GmbH sei eine Tochtergesellschaft der Fa. Y, in welcher ein hoher Altersdurchschnitt sämtlicher Mitarbeiter gegeben sei. Beispielsweise läge im Z AG Konzern der Durchschnitt bei ca. 47 Jahren, in der X GmbH bei ca. 39 Jahren. Diese habe kürzlich auch einen 57-jährigen Mitarbeiter eingestellt.

Mit dem Bewerbungsgespräch habe man Frau B die gleiche Chance wie allen anderen Bewerbern gegeben, ungeachtet des Geschlechts oder des Alters. Wäre man von Anfang an dem Geschlecht bzw. dem Alter von Frau B ablehnend gegenüber gestanden, wäre es wohl nicht zu einem Bewerbungsgespräch gekommen.

Die Entscheidung, sie nicht einzustellen bzw. sie für ein weiteres Bewerbungsgespräch einzuladen, liege daher ausschließlich in den Anforderungen des Stellenprofils sowie im persönlichen Eindruck des Bewerbungsgesprächs. Es sei ein Credo des Z Konzerns, ältere Mitarbeiter zu halten, um deren entsprechende Erfahrung zu nutzen. Die Anzahl der weiblichen Mitarbeiterinnen der X GmbH weise eine steigende Tendenz auf. In letzter Zeit sei z.B. die Marketingleitung neu ausgeschrieben und mit einer Frau besetzt worden.

Eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts und/oder des Alters für die im Jahre 2004 zu besetzende Position genauso wie für die Besetzung jeglicher Positionen bei der X GmbH werde daher zurückgewiesen.

In der mündlichen Befragung durch den Senat I der GBK gab die Antragstellerin ergänzend an, dass sie deshalb der Meinung gewesen sei, dass sie die Voraussetzungen für die ausgeschriebene Stelle erfüllen würde, da sie nach ihrer Selbstständigkeit bei einer zum größten Teil exportierenden Firma tätig gewesen sei, wobei es in ihrem Administrationsbereich gelegen sei, Fakturierungen, Frachtpapiere und die ganze Logistik zu organisieren und abzuwickeln. Vor ihrer Selbstständigkeit habe sie für einige Jahre die Betriebsleitung in der ... Bäckerei über gehabt, wobei sie selbstverständlich auch die Kunden betreut habe, was auch Verkaufstätigkeiten beinhaltet habe. Befragt ob sie eine Qualifikation zum telefonischen Umgang mit Kunden habe, gab sie an, dass sie bei einem ihrer Arbeitgeber Außenstände eingetrieben habe. Hierbei habe sie per Telefon mit den Kunden Kontakt aufgenommen und konnte die Außenstände und Zahlungsziele beträchtlich senken. Während ihrer Selbstständigkeit habe sie Berufserfahrung im Bereich der Spedition sammeln können.

Sie habe Herrn A ihre Berufserfahrung im Bewerbungsgespräch dargestellt. Bezüglich ihres Tätigkeitsbereiches habe ihr Herr A in diesem Gespräch gesagt, dass sie mit ihm zusammenarbeiten werde. Sie sollte die Kunden kontaktieren, um in Erfahrung zu bringen, was diese bräuchten. Im Weiteren habe sie die Aufgabe, bei der Lagerhaltung zu unterstützen und dem nachzugehen, wenn jemand schon längere Zeit nicht bestellt hätte. Sie habe sich um die Belegung der LKW's zu kümmern. Dies seien alles ihr vertraute Arbeiten gewesen. Den Punkt des telefonischen Verkaufs habe Herr A in diesem Gespräch überhaupt nicht angeführt. Sie habe Herrn A auch versichert, dass es für sie kein Problem wäre, mit ihm als Chef zu arbeiten, nachdem sie von ihm diesbezüglich gefragt worden sei. Er habe sie im Glauben gelassen, dass es sehr gut aussehe und dass es ein zweites Gespräch geben werde.

Zur Anwesenheit ihres Hundes beim Bewerbungsgespräch befragt, gab sie an, dass sie Herrn A vor dem Bewerbungsgespräch erklärt habe, warum dieser mit sei. Es sei für Herrn A kein Problem gewesen, dass sie ihren Hund ins Besprechungszimmer mitnehme, der sich dann auch ganz ruhig verhalten habe. Sie habe vermutet, dass es im konkreten Fall nicht an ihrer Qualifikation gelegen habe. Daher sei sie zur Ansicht gekommen, dass es am Alter gelegen habe. Andeutungen seitens Herrn A im Gespräch selbst, dass sie eventuelle Mängel von der Qualifikation her aufweise, habe es nicht gegeben.

Eine durch den Senat I der GBK befragte Auskunftsperson gab ... an, dass sie die Stellenausschreibung gemeinsam mit der Personalabteilung erstellt habe, welche diese dann an das AMS weitergeleitet habe. Das Anforderungsprofil sei von der Auskunftsperson erstellt worden.

Das Erstgespräch werde von der Auskunftsperson selbst geführt, das Zweitgespräch gemeinsam mit einem der Geschäftsführer, wobei in diesem Fall zwei der Bewerber zu einem Zweitgespräch eingeladen worden seien. Die Entscheidung erfolge schlussendlich gemeinsam mit dem Geschäftsführer.

Frau B sei ihre erste Bewerberin gewesen. Den Eindruck, den die Auskunftsperson von ihr gehabt habe, bezeichnete sie in ihrer mündlichen Befragung als „normal“. Als die Auskunftsperson die ganzen Bewerbungen gehabt habe, sei ihr bei nochmaliger Durchsicht der Unterlagen von Frau B aufgefallen, dass bei ihr die wichtige Anforderungsprofil-Komponente, nämlich der Verkauf gefehlt hätte. Der Absagegrund sei die mangelnde Qualifikation von Frau B im Vertrieb gewesen. Warum die Verkaufs- und Vertriebstätigkeit nicht dezidiert im Stellenprofil angeführt gewesen sei, wisse die Auskunftsperson nicht. Dieser Punkt sei im Bewerbungsverfahren aber ein mitentscheidendes Kriterium gewesen.

Hiezu befragt bestätigte die Auskunftsperson auch die Aussage getätigt zu haben, dass Frau B einfach nicht ihre „Traumbesetzung“ gewesen sei. Auch habe die Auskunftsperson ihr nicht den Grund dafür genannt, da ihr zu diesem Zeitpunkt nicht einmal der ganze Hintergrund von der Absage bekannt gewesen sei. Sie habe die Auskunftsperson am Vormittag angerufen, eine Zeit, wo die Auskunftsperson sehr viel zu erledigen und gewissermaßen unter Druck gewesen sei. Das Telefonat habe schon relativ lange gedauert, weshalb von ihr diese Aussage getätigt worden sei. Sie habe den Eindruck gehabt, dass Frau B auf die Aussage gedrängt habe, dass die Auskunftsperson sie wegen des Alters oder des Geschlechtes nicht genommen habe.

Weiters gab die Auskunftsperson an, dass dies überhaupt ihr allererstes Bewerbungsgespräch gewesen sei, welches sie je geführt habe. Vom Unternehmen sei man mehr oder weniger davon ausgegangen, dass sie die Vorauswahlgespräche selbst führen könne, vorbereitet sei sie darauf nicht worden. Es habe seitens des Unternehmens keinerlei diesbezügliche Unterlagen gegeben. Befragt nach schriftlichen Aufzeichnungen betreffend die

Bewerbungsgespräche gab die Auskunftsperson an, dass es solche nicht gebe und sie ihrem Arbeitgeber nicht schriftlich, sondern nur mündlich referiert habe. Es gebe auch kein vorgegebenes Bewertungsschema für ein Auswahlverfahren. Nachdem die Auskunftsperson mit allen Bewerbern/innen Gespräche geführt hätte, seien von ihr die Unterlagen an die Personalabteilung weiter gegeben worden und habe sie dieser die Gründe für die Absageschreiben mündlich durchgegeben. Dort sei letztendlich der Fehler im Absageschreiben passiert, indem das Schreiben zwar an die Antragstellerin adressiert, im Briefkopf jedoch an eine Frau D gerichtet gewesen sei und einen falschen Absagegrund angeführt habe.

Die Auskunftsperson gab weiters an, dass von ihr Personen, die älter als sie sind, gefragt würden, ob sie Probleme mit einem jüngeren Vorgesetzten hätte, denn die Auskunftsperson habe vorher einen älteren Kollegen gehabt, der damit ein Problem gehabt habe.

Eine weitere von Senat I der GBK mündlich befragte Auskunftsperson gab ... an, dass sie in ihrer Eigenschaft als handels- und gewerberechtlicher Geschäftsführer auch personalverantwortlich sei. Der Vorschlag für den Annonceninhalt käme vom jeweiligen Abteilungsleiter, der jemanden suche, wobei die Auskunftsperson sich selbst diesen Vorschlag ansehe, welcher dann entweder in Form eines Inserates in einer Zeitung geschaltet werde oder über das AMS liefere. Die Bewerbungen kämen in erster Linie zur Auskunftsperson bzw. zu ihrer Assistentin, welche diese dann an die jeweiligen Abteilungsleiter/innen weiterleite.

Die Auskunftsperson bestätigte, dass ihren Anweisungen zufolge sich der/die jeweilige Abteilungsleiter/in die Bewerbungsschreiben ansehe und dann eine erste Runde mit diesen Bewerbern/innen durchführe und auch die Qualifikation dieser Bewerber/innen hinterfrage. Über den Ablauf der ersten Runde werde ihr dann von den Abteilungsleitern/innen berichtet, welche Personen aus deren Sicht in die engere Auswahl genommen worden seien. In weiterer Folge hinterfrage die Auskunftsperson die für sie wesentlichen Qualifikationen aufgrund des Anforderungsprofils der Stelle. In der zweiten Runde sei sie dann selbst dabei.

Hinsichtlich des Inserates gab die Auskunftsperson an, dass die Qualifikation „Verkauf“ sehr wesentlich gewesen sei, eine taxative Auflistung der Tätigkeiten im Inserat selbst könne es nicht geben. Es gebe ja noch ein ausführliches

Bewerbungsgespräch. Es seien der Auskunftsperson alle Bewerbungen bekannt gewesen, auch jene von Frau B. Auf die Frage, warum die erforderliche Verkaufsorientierung nicht im Inserat angeführt gewesen sei, gab die Auskunftsperson an, dass dies unter dem angeführten Punkt „persönlicher und telefonischer Umgang mit Kunden“ im Inserat mitberücksichtigt wäre. Die im Inserat weiters geforderte zwei- bis dreijährige Berufserfahrung hätte mit dem Alter nichts zu tun.

Die Auskunftsperson bestätigte in ihrer Aussage, dass es keine schriftlichen Aufzeichnungen über die Bewerbungsgespräche gebe. Es gebe keine konkreten Vorgaben für die Führung von Bewerbungsgesprächen. Der Auskunftsperson sei bekannt gewesen, dass das Bewerbungsgespräch mit Frau B auf jeden Fall das erste für den Leiter der Logistikabteilung bei der X GmbH gewesen sei. Zu dem vom Anwalt der X an Senat I übermittelten Stellenprofil die ausgeschriebene Stelle betreffend, in welchem eine 3-jährige Berufserfahrung sogar unter „Alter:“ angeführt ist, gab die Auskunftsperson an, dass dies von Herrn A so formuliert worden sei.

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des **Geschlechts** bei der **Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Zif 1 GIBG** erfüllt worden ist, ist zunächst Folgendes zu bemerken:

Die Bestimmung des § 3 Zif 1 GIBG verbietet die unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses. Hievon sind alle mit dem Zustandekommen eines Arbeitsvertrages im Zusammenhang stehenden Vorgänge umfasst. Der Begriff „Begründung des Arbeitsverhältnisses“ ist weder auf eine bestimmte Art des Arbeitsverhältnisses noch auf eine bestimmte Art und Weise der Begründung beschränkt. Im Sinne dieses weiten Begriffsverständnisses beginnt die relevante Phase der Begründung des Arbeitsverhältnisses bereits mit der Bewerbung und umfasst alle Vorgänge, die mit dem Zustandekommen eines Arbeitsvertrages im Zusammenhang stehen.

§ 3 Zif 1 GIBG bindet daher jeden, der auf Arbeitgeber- oder Arbeitgeberinnenseite im Vorfeld für den/die Arbeitgeber/in Handlungen tätigt, die im unmittelbaren Zusammenhang mit der späteren Begründung des Arbeitsverhältnisses stehen. Insbesondere werden die vorvertraglichen Sorgfaltspflichten im Vorfeld des Arbeitsverhältnisses, welche ein anerkanntes Element des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips darstellen, konkretisiert. Die

Diskriminierung kann also sowohl in der Nichtzulassung zur Bewerbung als auch in der diskriminierenden Nichtberücksichtigung im Auswahlverfahren bestehen. Das Diskriminierungsverbot begründet jedoch keinen Anspruch auf die Begründung des Arbeitsverhältnisses, sondern dient der Konkretisierung der Sorgfaltspflichten des Arbeitgebers. Auch kann im Besetzungsverfahren nur der/diejenige benachteiligt werden, der/die sich subjektiv ernsthaft beworben hat und objektiv für die zu besetzende Stelle in Betracht kommt. Gemäß § 12 Abs. 12 GIBG haben Person, die sich auf diesen Diskriminierungstatbestand berufen, diesen glaubhaft zu machen. Dem/der Beklagten obliegt es zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlich ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne des § 5 Abs. 2 GIBG vorliegt.

Auf Grund der im Verfahren durchgeführten Befragungen gewann Senat I den Eindruck, dass hier seitens des Arbeitgebers ein Mitarbeiter mit der Durchführung von Bewerbungsgesprächen beauftragt worden ist, ohne hierfür geschult worden zu sein. Für das durchzuführende Bewerbungsverfahren gab es weder Vorlagen noch interne Richtlinien. Die Tatsache, dass der Abteilungsleiter die Bewerbungsunterlage erst nach dem Gespräch genauer durchgesehen hatte, und erst im Nachhinein auf das angebliche Fehlen einer, wie er selbst bestätigte, wesentlichen Voraussetzung für die zu besetzende Position, nämlich der Verkaufserfahrung, aufmerksam geworden ist, verstärkte den Eindruck des äußerst unprofessionellen Vorgehens im Bewerbungsverfahren.

Es wurde glaubhaft dargelegt, dass die Antragstellerin im Zuge des Bewerbungsgespräches nicht auf diese Verkaufserfahrung angesprochen worden ist. Ebenso wird durch das Fehlen jeglicher Aufzeichnungen von den einzelnen Bewerbungsgesprächen, anhand deren man das Auswahlverfahren nachvollziehen hätte können, die Intransparenz der gesamten Vorgehensweise deutlich.

Im Verfahren vor Senat I soll keinesfalls das Auswahlverfahren wiederholt werden, sondern es wird anhand vom/von der Arbeitgeber/in vorgegebener Kriterien beurteilt, ob eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes stattgefunden hat. Als Anhaltspunkt hierfür wird zum Beispiel die Stellenausschreibung herangezogen. Wie sich im Laufe des Verfahrens

herausgestellt hat, wurde ein wesentliches Qualifikationsmerkmal, nämlich die Verkaufserfahrung, nicht in concreto in der Stellenbeschreibung angeführt. Ein weiterer Anhaltspunkt wäre die Entscheidungsbegründung des Arbeitgebers. Sowohl der Abteilungsleiter als auch der Personalverantwortliche haben in ihrer Befragung angeführt, dass bei der Antragstellerin keine Verkaufserfahrung vorhanden gewesen sei und sie deshalb nicht in die engere Auswahl gekommen wäre. Dies steht jedoch völlig im Widerspruch dazu, dass im Bewerbungsgespräch, wie für Senat I glaubhaft dargelegt werden konnte, diese Anforderung mit keinem Wort vom Abteilungsleiter erwähnt worden ist. Die im Zuge des Auswahlverfahrens vorgenommene Bewertung des/der Arbeitgebers/in, konnte aus Sicht des Senates I, ob dieser angeführten Anhaltspunkte keinesfalls durch objektive Fakten untermauert werden und ist auch nicht sachlich nachvollziehbar.

Daher gelangte der Senat I der GBK zur Auffassung, dass Frau B aufgrund des Geschlechts gemäß § 3 Zif 1 GIBG bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses von der X GmbH diskriminiert worden ist.

Hinsichtlich der beantragten Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund des **Alters** bei der **Begründung eines Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 17 Abs. 1 Zif 1 GIBG** ist Nachstehendes anzumerken:

Gemäß § 17 Abs. 1 GIBG darf niemand auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis unmittelbar oder mittelbar bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses diskriminiert werden. Zum Kriterium Alter ist festzuhalten, dass alle Arbeitnehmer/innen unabhängig von einem Mindest- oder Höchstalter geschützt sind, es sei denn, spezifische Ausbildungsverordnungen erfordern die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung. Ebenso sind Vorschriften unzulässig, welche insbesondere den Einstieg in eine bestimmte Laufbahn nur bis zu einem bestimmten Lebensalter gestatten, sowie Diskriminierungen auf Grund des jugendlichen Alters (so RV 307 BlgNR 22. GP,15).

Rechtfertigungsgründe, auf Grund dessen die Anknüpfung an ein Altersmerkmal nicht diskriminierend sein kann, wurden vom Gesetzgeber in § 20 GIBG geregelt. Hier finden sich Ausnahmebestimmungen, die eine Ungleichbehandlung nur unter

ganz bestimmten außergewöhnlichen Umständen rechtfertigen. Es soll zum Beispiel keine Ungleichbehandlung vorliegen, wenn sie objektiv und angemessen und die Mittel zur Erreichung bestimmter demonstrativ aufgezählter Ziele, angemessen sind. Die RL 2000/78/EG nennt als wesentliches Diskriminierungsverbot auf Grund des Alters die Erhöhung des Anteils älterer Arbeitnehmer/innen an der Erwerbsbevölkerung. Insbesondere im Bereich der Beschäftigungspolitik, des Arbeitsmarktes und der beruflichen Bildung.

Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor wenn ein Arbeitnehmer auf Grund seines Alters in einer vergleichbaren Situation gegenüber einer anderen Person benachteiligt wird. Bei einer mittelbaren Diskriminierung werden dem Anschein nach neutrale Kriterien angewendet, die Angehörige einer bestimmten Altersgruppe benachteiligen.

Gemäß § 26 Abs. 12 GIBG hat eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand gemäß § 17,18 oder 21 GIBG beruft, diesen glaubhaft zu machen. Dem/der Beklagten obliegt es zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlich ist, dass ein anderes als vom/von Beklagten glaubhaft gemachten Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund gemäß § 19 Abs. 2 oder 20 GIBG vorliegt.

Der Senat I der GBK kam im Laufe des Verfahrens zur Überzeugung, dass Frau B eine qualifizierte Bewerberin, mit langjähriger Berufserfahrung für die zu besetzende Stelle gewesen ist. Sie hatte im Vergleich zu dem letztendlich mit der Position betrauten Herrn C, eine weitaus längere Berufserfahrung aufzuweisen. Auf Grund der dem Senat vorgelegten Unterlagen und der Aussagen der befragten Personen konnte glaubhaft dargelegt werden, dass bei der Bewerbung von Frau B an das Alter angeknüpft worden ist.

Hiefür war das dem Senat übermittelte Stellenprofil, welches vom Abteilungsleiter, der im Auftrag des Arbeitgebers das Bewerbungsverfahren durchführte, erstellt worden ist sehr aufschlussreich. In diesem Profil wurde bereits die gewünschte dreijährige Berufserfahrung unter „Alter“ angeführt, was darauf schließen lässt, dass auch die Formulierung der auf diesem Profil basierenden Stellenausschreibung, mit dem Inhalt, dass von den Bewerber/innen entweder eine abgeschlossene Berufsausbildung oder eine abgeschlossene

sonstige höhere Schule mit 2 bis 3-jähriger Berufserfahrung erwartet wurde, den Rückschluss auf das gewünschte Alter für die zu besetzende Stelle zulässt.

Dieser Eindruck verstärkte sich auch durch die vom Abteilungsleiter im Bewerbungsgespräch an die Antragstellerin gestellte Frage, ob sie ein Problem hätte, unter einem jüngeren Vorgesetzten zu arbeiten. In der Befragung wurde dies vom Abteilungsleiter damit begründet, dass er selbst in der Vergangenheit einen älteren Kollegen hatte, der mit ihm als jüngeren Vorgesetzten ein Problem hatte. Auch darf eine längerjährige Berufserfahrung eines/einer älteren Arbeitnehmers/in nicht zu einer Benachteiligung aus diesem Grund führen.

Bei Würdigung der Gesamtumstände hat der Senat I den Eindruck gewonnen, dass hier eine Altersobergrenze vom Arbeitgeber für die zu besetzende Stelle vorgegeben worden ist. Seitens des Arbeitgebers konnten im durchgeführten Verfahren weder eine sachliche Rechtfertigung noch Gründe dargelegt werden, die eine Differenzierung nach dem Alter bei der zur Besetzung ausgeschriebenen Stelle rechtfertigen könnten. Zum gesamten Auswahlverfahren und dessen Intransparenz wird auf das in den Ausführungen zu § 3 Abs. 1 GIBG Angeführte verwiesen.

Daher gelangte der Senat I der GBK zur Auffassung, dass Frau B auch aufgrund ihres Alters bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Zif 1 GIBG von der X GmbH diskriminiert worden.

Der Senat I der GBK schlägt daher **eine intensive Befassung** mit den Fragen des Gleichbehandlungsgesetzes vor. Zur näheren Information werden der Gesetzestext sowie die Empfehlung der Europäischen Kommission zum Schutz der Würde von Frauen und Männer am Arbeitsplatz beigelegt.

15. März 2006