

**Anonymisiertes Prüfungsergebnis GBK II/341/17 gem. § 12 GBK/GAW-Gesetz**

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) hat über den Antrag von Herrn **Mag. A** (in Folge: Antragsteller) vom 27.10.2017 wegen behaupteter Diskriminierung auf Grund des Alters bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG durch B (in Folge: Antragsgegnerin) nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz, BGBl. I Nr. 66/2004 idGF, iVm § 11 Gleichbehandlungskommissions-GO, BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. II Nr. 275/2013, erkannt:

Eine Diskriminierung des Antragstellers auf Grund des Alters bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses durch die Antragsgegnerin

liegt nicht vor.

VORBRINGEN

Im **Antrag** wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Antragsteller sich auf eine Ausschreibung der Antragsgegnerin als „Leiter Vermarktung von Telekom/ IT-Dienstleistungen“ beworben und mit E-Mail vom 17.05.2017 die Mitteilung erhalten habe, dass der Bewerbungszeitrahmen noch offen sei und er innerhalb von vier Wochen neuerlich kontaktiert werde.

Am 22.05.2017 habe der Antragsteller die Mitteilung erhalten, dass die Priorität bei den MitbewerberInnen liege. Dies sei mit der Notwendigkeit, dem Anforderungsprofil bestmöglich gerecht zu werden, begründet worden.

Auf Grund seiner mehr als 25-jährigen Erfahrung als Geschäftsführer und Personalverantwortlicher von .... sowie seiner eigenen Telekommunikations- und IT-Firmen sei es völlig unglaubwürdig und praktisch kaum durchführbar, dass im Zeitraum vom 17.05 bis 22.05. mit sämtlichen auf Basis der Unterlagen in Frage

kommenden MitbewerberInnen Termine vereinbart und Gespräche geführt worden seien, sodass deren "Priorität" von den Entscheidungsträgern der Antragsgegnerin hätten festgestellt werden können.

Es sei vielmehr offensichtlich, dass in den zwei Tagen eine Sondierung und Aussonderung der BewerberInnen stattgefunden habe. Da die Qualifikation als Begründung in der E-Mail vom 22.05.2017 ausgeschlossen worden und das öffentlich bekannte Anforderungsprofil von ihm erfüllt worden sei, bleibe als einzige plausible Begründung nur noch das Alter übrig.

In Bezug auf seine Qualifikation für die ausgeschriebene Position, die mit mindestens Euro 7.000,- pro Monat plus Sonderzahlungen vergütet werden sollte, sehe er keinen einzigen Punkt des veröffentlichten Anforderungsprofils, der von ihm nicht erfüllt worden wäre.

Die Entscheidungsfindung der Antragsgegnerin stelle sich für den Antragsteller derart dar, dass zum Termin 22.05.2017 die für eine Qualifikationsbeurteilung erforderlichen Vorstellungstermine mit MitbewerberInnen vermutlich nicht einmal terminisiert gewesen und zu diesem Zeitpunkt vermutlich auch nicht abgeschlossen gewesen wären.

Die Aussage der Antragsgegnerin, dass "Mitbewerber aufgrund des Anforderungsprofils priorisiert werden", gründe sich vermutlich nicht auf Qualifikationsmerkmale, sondern offenbar auf die Tatsache, dass er zum Bewerbungszeitpunkt sein 60. Lebensjahr um ein paar Tage überschritten habe.

Nach Ansicht des Antragstellers liege daher eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots im Zusammenhang mit der Begründung eines Arbeitsverhältnisses wegen Altersdiskriminierung vor. Er habe aufgrund unterschiedlicher Ansichten mit der Gleichbehandlungsanwältin am 28.08.2017 nochmals Kontakt mit der Antragsgegnerin aufgenommen und um eine Stellungnahme bzw. nachvollziehbare Erklärung und Definition der "Priorisierung" ersucht.

Am 11.09.2017 habe er eine Antwortmail erhalten, die Expertin Strategisches Personalmanagement der Antragsgegnerin habe mitgeteilt, dass man gerne über die Beweggründe im Kontext der Absage sprechen könne. Er habe den Eindruck gewonnen, dass man seitens der Antragsgegnerin einer schriftlichen Beantwortung seiner Frage ausweiche.

In der Stellungnahme der **Antragsgegnerin** wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass diese ein mehrstufiges Auswahlverfahren im Recruiting eingesetzt habe. Je nach Komplexität der Funktion reiche die Bandbreite von ein bis zwei strukturierten Bewerbungsgesprächen bis hin zur Durchführung eines mehrstündigen Assessments. Als Basis der Gespräche/Assessments diene das antragsgegnerinneneigene Kompetenzmodell, welches im Konzern auch in der Führungskräfteentwicklung eingesetzt werde.

Die Antragsgegnerin pflege im Allgemeinen einen guten Umgang mit den BewerberInnen. Sobald ein/e BewerberIn konkret nach den Absagegründen frage, setze man sich mit dem/der BewerberIn in Verbindung. Da die Antragsgegnerin aber nicht mehr auf Standardphrasen zurückgreifen möchte, sondern als Zeichen der Wertschätzung wirklich auf die Person im Einzelnen im Kontext der Stellenausschreibung eingehe, passiere dies in einem persönlichen Gespräch.

Auch dem Antragsteller sei ein diesbezügliches Gesprächsangebot unterbreitet und sogar mehrfach versucht worden, ihn telefonisch zu kontaktieren. Doch sei dieser nicht erreichbar gewesen.

Zum Prozessablauf im Rahmen wurde folgendes ausgeführt:

1. Veröffentlichung der Stellenausschreibung ab 29. März 2017
2. Durchführung laufender Statusinformationen an die BewerberInnen per Email - Geduldschreiben, Absagen, Einladungen zum Gespräch, Einladung zum Assessment-Center

Die Abstimmung zu sämtlichen Entscheidungen im Rahmen der Bewerbervorselektion erfolge zwischen dem Prokuristen und der Expertin Strategisches Personalmanagement in Besprechungen zu den BewerberInnen.

3. Durchführung von Bewerbungsgesprächen mit den Top 10-BewerberInnen
4. Durchführung des Assessment-Centers am 1. Juni 2017 mit den Top 6-BewerberInnen
5. Treffen der Einstellungsentscheidung im Juni

Zum Prozessablauf und der Begründung der Absage an den Antragsteller wurde ausgeführt:

1. Geduldschreiben an den Antragsteller am 17.05.2017.
2. Information des Fachbereiches über den Bewerbungseingang am

17.5.2017 erfolgt.

3. Besprechung der Bewerbung des Antragstellers am 22.5.2017
4. Absage per Email am 22.05. verschickt.
5. Anfrage des Antragstellers per Email am 28.8.2017 zu den Absagegründen erhalten.
6. Antwort-Email an diesen am 11.9.2017 verschickt.
7. Mehrmaliger Versuch der telefonischen Kontaktaufnahme ab 12.9.2017, kein Kontakt herstellbar trotz korrekter Telefonnummer.

Zur Absagebegründung bzw. dem Ausscheiden des Antragstellers im Rahmen der Bewerbervorselektion wurde ausgeführt:

Es sei durch den Lebenslauf (CV) des Antragstellers nicht schlüssig gewesen, welche Tätigkeit dieser zum Bewerbungszeitpunkt ausgeübt habe. Durch das Anführen der Internet-Adresse konnte nachvollzogen werden, dass er selbstständig mit ... sei. ... . Es habe inhaltlich nichts mit der Telekommunikationsbranche bzw. dem Stellenprofil zu tun.

Laut CV sei der Antragsteller in den Jahren 1999 bis 2008 in unterschiedlichen Funktionen (Prokurist, Gründer, etc.) bei diversen Unternehmen gewesen. Es sei nicht ersichtlich gewesen, ob eine dieser Funktionen zum Bewerbungszeitpunkt noch aufrecht gewesen sei. Es habe also Grund zur Annahme bestanden, dass seine letzte Tätigkeit im Bereich der Telekommunikationsbranche neun Jahre zurück liege. Erhärtet sei diese Annahme dadurch geworden,

- dass die Zeitangaben im CV in Form von „von - bis“ und nicht in Form von „ab/seit/lfd.“ angeführt waren.
- dass die vom Antragsteller beigefügten Anhänge der ... GmbH scheinbar aus den Jahren 2005 bzw. 2007 stammen.
- dass der Antragsteller dem Produkt VOIP besondere Bedeutung zugeschrieben hat, welche dem Produkt vor rd. zehn Jahren als „Trend/Neuerung“ auch zugeschrieben werden konnte. Um als moderner Telekomanbieter heute am Markt wirtschaftlich erfolgreich und innovativ agieren zu können, genügt die alleinige Schwerpunktsetzung auf VOIP allerdings nicht.

Laut CV lag der Tätigkeitsschwerpunkt von 2011 bis 2017 im Studium unterschiedlicher IT-Betriebssysteme bzw. Webserver-Systeme. Dies habe inhaltlich nichts mit der Telekommunikationsbranche bzw. dem Stellenprofil, welches auf

Vertriebserfahrung und Vertriebsaktivitäten in der Telekommunikationsbranche ausgelegt gewesen sei, zu tun.

Die Vertriebserfahrung, die in Unterpunkt zwei der Stellenausschreibung („Mehrjährige Erfahrung im Bereich des Verkaufs von Telekommunikationsprodukten sowie im Aufbau von neuen Verkaufskanälen für Telekom-Produkte“) gefordert wurde, sei nicht schlüssig aus dem CV hervorgegangen.

Im direkten Vergleich mit den MitbewerberInnen sei anzumerken, dass der Antragsteller scheinbar jahrelang nicht mehr einschlägig gearbeitet habe, lediglich über neun Jahre einschlägige Praxis verfüge (1999-2008) und seine MitbewerberInnen teilweise mehr und aktuellere Praxis in dem geforderten Vertriebssegment nachweisen können.

### PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat II der GBK stützt sein Prüfungsergebnis auf die schriftlichen Vorbringen sowie die von den beiden Parteien zur Verfügung gestellten Unterlagen des Bewerbungsverfahrens. Von einer Befragung von Auskunftspersonen wurde abgesehen, da die vorliegenden Unterlagen zu einer Beurteilung des Sachverhaltes ausgereicht haben (§ 11 Abs. 4 Gleichbehandlungskommissions-Geschäftsordnung).

### BEGRÜNDUNG

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission hat 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."*

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 beruft, diesen **glaubhaft** zu machen hat. Insoweit genügt daher nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes 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 Zusammenhang zwischen der Nichtbegründung des Arbeitsverhältnisses und dessen/deren Alter indizieren, 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.

In einem Verfahren vor einem Senat der Gleichbehandlungskommission soll grundsätzlich nicht das jeweilige Auswahlverfahren bei der Einstellung 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 oder auf ein verpönte Motiv iS des GIBG zurückzuführen war.

Das Diskriminierungsverbot des § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG begründet außerdem 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.

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 mit E-Mail vom 13.5.2017 bei der Antragsgegnerin auf eine ausgeschriebene Stelle als „*LeiterIn Vermarktung von Telekom / IT-Dienstleistungen*“ beworben. Die am 22.5.2017 ergangene Absage wurde mit „Priorität bei den Mitbewerbern“ begründet und enthält keine Rückschlüsse auf das Alter des Antragstellers. Dies ergibt sich aus den übereinstimmenden Vorbringen der Verfahrensparteien sowie den schriftlichen Unterlagen.

Die Antragsgegnerin konnte dem Senat glaubwürdig - weil durch Vorlage der anonymisierten Lebensläufe jener sechs Personen dokumentiert, die zum Assessment-Center am 1.6.2017 eingeladen worden waren - und sachlich nachvollziehbar darlegen, dass die CVs dieser sechs Personen für sie im Hinblick auf die zu besetzende Stelle interessanter gewesen waren als jener des Antragstellers, dessen letzte Tätigkeit in der Telekombranche neun Jahre zurücklag.

Der zum Zug gekommene Bewerber wies eine Tätigkeit als „Head of Direct Sales“ im Zeitraum von 03/13 – 09/16 auf, von den weiteren zum Hearing geladenen Kandidaten wies einer eine 4-jährige Managementenerfahrung als Vertriebsleiter im Telekommunikationsumfeld auf, ein weiterer eine seit 09 bestehende Tätigkeit als „Head of Marketing and Sales“, ein dritter eine zehnjährige Tätigkeit als „Abteilungsleiter für das IT Firmenkundengeschäft“, ein vierter vor seiner aktuellen Position als Mitglied der Geschäftsleitung eine Tätigkeit als „Vice President Sales and Marketing und ein weiterer eine mehr als zehnjährige Erfahrung in IT-Dienstleistungen sowie Erfahrung im Projektmanagement auf.

Im Hinblick darauf war für den Senat die dem Antragsteller kommunizierte Begründung, dass die „Priorität bei den Mitbewerbern“ liege, sachlich und vom unternehmerischen Gesichtspunkt her nachvollziehbar, zumal die einschlägige Erfahrung des Antragstellers, der zwar ebenfalls Führungsverantwortung gehabt habe, bereits länger zurück gelegen war.

Es ist für den Senat nachvollziehbar, dass ein/e ArbeitgeberIn im Sinne eines effizienten Personalauswahlverfahrens danach trachten wird, nur die tatsächlich für ihn/sie interessanten KandidatInnen einzuladen, da eine derartige Vorgangsweise dem tatsächlichen Ablauf von Rekrutierungsprozessen und auch einer vernünftigen betriebswirtschaftlichen Praxis entspricht. Es kann von einem/r ArbeitgeberIn im Zuge eines Auswahlverfahrens nämlich nicht verlangt werden, sämtliche BewerberInnen zu einem persönlichen Gespräch zu laden.

Im Hinblick auf das damals bereits länger laufende Bewerbungsverfahren und die damit einhergegangene dokumentierte zeitnahe Sichtung der einlangenden Bewerbungsunterlagen durch die Antragsgegnerin kann daher die relativ rasch an den Antragsteller ergangene Absage nicht als Indiz für dessen Ablehnung auf Grund des Alters gewertet werden. Dieser verfügte eben nicht über die *zeitnäheren Praxiserfahrungen* der MitbewerberInnen verfügt und es war auch nicht davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin die Sichtung und Auswahl der insgesamt bis dahin eingelangten Bewerbungen ausschließlich im Zeitraum zwischen dem



Einlangen der Bewerbung des Antragstellers und der an diesen ergangenen Absage getätigt hat.

In **rechtlicher Hinsicht** ergibt sich daraus folgendes:

Da die MitbewerberInnen aktuellere Praxiserfahrungen aufweisen und die Vertriebserfahrung des Antragstellers nicht eindeutig aus dem Lebenslauf hervorgeht, ist die Entscheidung, den Antragsteller nicht zum Assessment einzuladen, für den Senat sachlich nachvollziehbar.

Es widerspricht nach Meinung des Senates nicht der allgemeinen Erfahrung im Personalrecruiting, den Kreis der zu einem Vorstellungsgespräch oder Assessment-Center ausgewählten BewerberInnen zunächst einzuschränken und dabei nach bestimmten Kriterien – die für sich genommen nicht im Sinne des GIBG diskriminierend sein dürfen - eine Auswahl der einzuladenden Personen zu treffen.

Eine Auswahl der eingeladenen BewerberInnen nach *zeitnahen bzw. aktuellen Praxiserfahrungen* ist ein neutrales Kriterium, welches keinen Anhaltspunkt für das Vorliegen auch einer mittelbaren Diskriminierung bietet, weil dadurch keine der vom GIBG geschützten Gruppen in besonderer Weise benachteiligt wird.

Wenngleich es der Lebenserfahrung entspricht, dass ältere BewerberInnen in einem Bewerbungsprozess oft eine schwierige Ausgangsposition haben, so ist es den Beweismaßregeln des GIBG entsprechend der Antragsgegnerin aber jedenfalls gelungen, den Senat davon zu überzeugen, dass nicht das Alter des Antragstellers das für die Ablehnung der Bewerbung des Antragstellers ausschlaggebende Kriterium war, sondern die für die ausgeschriebene Stelle zeitnäheren und aktuelleren Praxiserfahrungen der anderen BewerberInnen.

Der Antragsteller konnte hingegen nicht in ausreichendem Maße glaubhaft machen, dass sein Alter das für die Nichtbegründung des Arbeitsverhältnisses durch die Antragsgegnerin maßgebliche Motiv war. Der Senat ist vielmehr zum Ergebnis gekommen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass das von der Antragsgegnerin glaubhaft gemachte Motiv der *zeitnäheren*

*Praxiserfahrungen anderer Bewerber* für die Nichtbegründung des Arbeitsverhältnisses ausschlaggebend gewesen war.

Dem Senat erscheint auch die Entscheidung der Antragsgegnerin, dem Antragsteller allein auf Grund der schriftlichen Unterlagen bereits eine Absage zu erteilen und *keine weiteren „Erhebungen“* über diesen mehr einzuholen, lebensnah, einer vernünftigen betriebswirtschaftlichen Praxis entsprechend und auch sachlich nachvollziehbar.

Deshalb war das Vorliegen einer Diskriminierung des Antragstellers auf Grund des Alters bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses durch die Antragsgegnerin zu verneinen.