jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE UVS Wien 2008/07/01 06/59/1101/2008

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 01.07.2008

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch sein Mitglied Dr. Schattauer über die Berufung des Herrn Dipl. Ing. Herwig W., gegen die Ermahnung des Magistrats der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 15. Bezirk, vom 21.1.2008, Zahl MBA 15 - S 1478/07, wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 23 iVm § 24 Abs 2 Gleichbehandlungsgesetz, BGBl. I Nr. 66/2004 idgF, entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG wird der Berufung insofern Folge gegeben, als anstelle der von der Erstbehörde ausgesprochenen Ermahnung gemäß § 21 VStG eine Verwarnung gemäß § 24 Abs 2 GlBG erteilt wird. Anstelle der im Spruch des angefochtenen Bescheides als Rechtsgrundlage zitierten Bestimmung des § 21 VStG ist als Sanktionsnorm § 24 Abs 2 GlBG erster Fall anzuführen.

Text

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde gegen den Berufungswerber wegen Übertretung des § 23 iVm § 24 Abs 2 Gleichbehandlungsgesetz BGBl. I Nr. 66/2004 gemäß § 21 VStG von der Verhängung einer Strafe abgesehen und eine Ermahnung ausgesprochen.

Begründend wurde dazu ausgeführt, § 24 Abs 2 GlBG sehe als Sanktion beim erstmaligen Verstoß gegen die Bestimmungen des in § 23 GlBG statuierten Gebotes der diskriminierungsfreien Stellenausschreibung den Ausspruch einer Verwarnung vor. Dies treffe im gegenständlichen Fall zu, da der Berufungswerber das erste Mal gegen diese Bestimmung verstoßen habe. Ein Ausnahmetatbestand iS des § 20 Abs 3 GlBG liege diesfalls, gestützt auf die Ausführungen der Anwältin für Gleichbehandlung im erstinstanzlichen Verfahren, nicht vor. Dagegen richtet sich die form- und fristgerecht eingebrachte Berufung, worin der Berufungswerber im Wesentlichen ausführt, er habe schon im erstinstanzlichen Verfahren darauf hingewiesen, dass die Lehre bei diesbezüglich durchaus vergleichbaren Berufsgruppen die Festsetzung einer Altershöchstgrenze als zulässig erachte, dass ferner auf Grund der Ergebnisse eines vom Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie in Auftrag gegebenen und vom Arbeits- und sozialmedizinischen Zentrum Mödling GesmbH erstellten arbeitsmedizinischen Gutachtens zur gesundheitlichen Auswirkung der Arbeitszeitgestaltung und Ruhezeiten von Triebwagenführern die Ö-GmbH bei Aufnahme ?älterer? Bewerber im Sinne der genannten Studie vor unlösbaren Problemen stünde, diese entweder konträr dem Studienergebnis dennoch zu Wechsel- und Nachtschichten einteilen und damit vermehrt Erkrankungen in Kauf nehmen oder aber sie gegenüber den anderen neu ausgebildeten Triebfahrzeugführern bevorzugen und sie nur zu den (naturgemäß) beliebteren Frühschichten einteilen müsse.

Weiters liege auf Grund der Höhe der Ausbildungskosten zum Triebwagenführer, die mit insgesamt rund ? 67.000,- zu beziffern seien, bei einer Ausbildungsdauer von 46 Wochen auch der in § 20 Abs 4 Z 3 GlBG geregelte Ausnahmetatbestand vor. Daneben gäbe es genügend andere vergleichbare Stellenausschreibungen mit offensichtlich

zulässigen Altershöchstgrenzen.

Schließlich seien laut Literatur zur Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, in deren Umsetzung der nahezu gleichlautende § 20 Abs 1 GlBG ergangen sei, von jener Bestimmung Fälle erfasst, in denen altersbedingt die für die Berufsausübung erforderlichen physischen oder psychischen Fähigkeiten nicht mehr gegeben seien und ?? derartige Fälle zB. bei Flugzeugpiloten, bei der Luftraumüberwachung, bei Lokführern, LKW-Fahrern und beim Einsatzpersonal der Polizei oder Feuerwehr auftreten könnten.??

Die erstinstanzliche Behörde sei auf diese Einwände bzw. Rechtfertigung mit keinem Wort eingegangen.

Beantragt werde daher, den angefochtenen Bescheid ersatzlos zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren mangels Vorliegen eines rechtswidrigen Verhaltens einzustellen.

Die seitens der erstinstanzlichen Behörde ausgesprochene Ermahnung des Berufungswerbers beruht auf einem ?Antrag auf Verwarnung? der Anwältin für die Gleichbehandlung ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder der Weltanschauung, des Alters oder sexuellen Orientierung in der Arbeitswelt (Gleichbehandlungsanwältin) beim Bundeskanzleramt

Österreich vom 14.8.2007. Dazu wird inhaltlich ausgeführt, die Ö-GmbH habe auf der Website der Ö. am 6.8.2007 ein Inserat veröffentlicht, in dem TriebfahrzeugführerInnen für das gesamte Bundesgebiet gesucht werden. Die BewerberInnen dürften laut Ausschreibung nicht älter als 35 Jahre sein. Da aus Sicht der Gleichbehandlungsanwaltschaft die gesetzlich vorgesehenen Ausnahmebestimmungen als nicht erfüllt zu betrachten seien, habe die genannte Gesellschaft entgegen § 23 GlBG in diskriminierender Weise eine Stellenausschreibung veröffentlicht, wobei durch das Festlegen eines Höchstalters eine verbotene Diskriminierung auf Grund des Alters stattgefunden habe.

Dem ?Antrag auf Verwarnung? liegt eine Abschrift des gegenständlichen Inserates bei. Die betreffende Jobausschreibung sieht neben mehreren weiteren Voraussetzungen wie etwa erstklassiger Sehfähigkeit, Fehlen von Farbenblindheit, erstklassiger Hörfähigkeit, Bereitschaft zu Nacht-, Wochenend- und Feiertagsdiensten sowie zu Überstunden auch ein Höchstalter der BewerberInnen von 35 Jahren vor.

Mit Strafverfügung vom 29.8.2007 wurde über den nunmehrigen Berufungswerber wegen der zur Anzeige gebrachten Verwaltungsübertretung eine Geldstrafe von ? 150,-- verhängt. Dagegen hat dieser fristgerecht ohne Angabe von Gründen einen Einspruch erhoben.

Über die darauf hin ergangene Aufforderung zur Rechtfertigung vom 26.9.2007 führte der Beschuldigte ? neben dem Hinweis auf die sich aus § 24 GLBG ergebende Unzulässigkeit der Verhängung einer Geldstrafe - in der Sache selbst wie im späteren Berufungsvorbringen aus, wegen Vorliegens eines Ausnahmetatbestandes sei eine Verletzung des § 23 GLBG nicht gegeben. Bei den in § 23 GLBG genannten Einschränkungen handle es sich um eine weitreichende Ausnahmeregelung, welche gleichlautend mit § 20 Abs 1 GLBG sei und somit für die Auslegung der erstgenannten Bestimmung auch die Lehre bzw. Rechtsprechung zu letztgenannter Bestimmung heranzuziehen sei. Praktische Bedeutung der Regelung des § 20 Abs 1 GLBG (und damit auch der in § 23 leg. cit. enthaltenen Ausnahmeregelung) werde Altersbegrenzungen zukommen, wie sie etwa für Piloten, Fluglotsen, Bus- und LKW-Fahrer, Feuerwehrleute u.ä. Berufe geregelt seien. Der rechtmäßige Zweck der Altersbeschränkung liege bei solchen Berufen in einem öffentlichen Schutzbedürfnis von Passagieren, Passanten und den betreffenden Arbeitnehmern selbst. Das für die genannten Berufsgruppen Erwähnte müsse zweifelsfrei auch für den Berufsstand der Triebfahrzeugführer gelten, zumal diese in der Regel die Verantwortung für wesentlich mehr Personen als z.B. Busfahrer tragen und in Vergleich zu diesen auch vermehrt mit höheren Geschwindigkeiten, welche entsprechend hohe Anforderungen an die Reaktionsfähigkeit und das Sehvermögen stellen, umgehen müssten. Dem Argument, dass bei konsequenter Beachtung dieses Aspektes keine Personen über 35 Jahre mehr als Triebfahrzeugführer eingesetzt werden dürften, sei entgegenzuhalten, dass bekanntermaßen auch über 35-Jährige als Piloten, Busfahrer etc. eingesetzt würden und die Lehre für diese Berufsgruppen dennoch die Festlegung von Altersgrenzen bei der Aufnahme als offenbar zulässig erachte. Die Verwendung ?älterer? Mitarbeiter in solchen Funktionen erkläre sich aus ihrer in der langjährigen Praxis in einer bestimmten Tätigkeit erworbenen Erfahrung, durch die bestimmte altersbedingte Gegebenheiten, wie beispielsweise eine etwas verlangsamte Reaktionsfähigkeit, zumindest ausgeglichen, teilweise sogar überkompensiert werde. Aus diesem Grund könne auch kein Widerspruch darin erblickt werden, dass einerseits über 35-jährige

Triebfahrzeugführer beschäftigt würden, andererseits aber bei der Neuaufnahme von Mitarbeitern darauf geachtet werde, dass ein bestimmtes Lebensalter noch nicht erreicht wurde.

Der Beruf des Triebfahrzeugführers sei als Schichtdienst mit äußerst unregelmäßigen Arbeitszeiten und zahlreichen Nachtschichten insbesondere am Beginn der Berufslaufbahn verbunden. Verwiesen werde auf ein vom Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie in Auftrag gegebenes Gutachten der Arbeits- und Sozialmedizinisches Zentrum Mödling GmbH zur gesundheitlichen Auswirkung der Arbeitszeitgestaltung und Ruhezeiten von Triebfahrzeugführern. Darin werde ausgeführt, dass insbesondere durch das Älterwerden der Triebfahrzeugführer es wahrscheinlich sei, dass Kompensationsmechanismen wegfallen und so die Fehlbeanspruchungen stärker zu Krankheiten führen können, sowie dass ältere Menschen (etwa ab dem 40. Lebensjahr) eher für Frühschichten als für Wechsel- und Nachtschichten geeignet seien (eine Ablichtung der betreffenden Seite dieses Gutachtens wurde der Stellungnahme beigelegt). Bei Aufnahme ?älterer? Bewerber stünde die Ö?GmbH daher vor dem unlösbaren Problem, solche Personen konträr dem Studienergebnis dennoch zu Wechsel- und Nachtschichten einzuteilen und damit vermehrt Erkrankungen in Kauf zu nehmen oder sie aber gegenüber anderen neu ausgebildeten Triebfahrzeugführern zu bevorzugen, indem sie zu den (beliebteren) Frühschichten eingeteilt würden.

Auch auf Grund der hohen Ausbildungskosten und der langen Ausbildungsdauer, die insgesamt mit rund ? 67.000,- und 46 Wochen zu bemessen sei, ergäbe sich unter Bedachtnahme auf eine maximal bis zum 55. Lebensjahr mögliche Beschäftigung eines Triebfahrzeugfahrers und der auf diesen Zeitraum anteilig umzulegenden Ausbildungskosten eine Rechtfertigung im Grunde des § 20 Abs 3 Z 3 GLBG. Im Übrigen würden für Bewerber in vergleichbaren Berufssparten, etwa bei der Firma A. oder beim B. sogar noch niedrigere Altersgrenzen vorgesehen. Selbst für den Eintritt eines Beamten in den Bundesdienst sei ein Höchstalter von 40 Jahren vorgesehen. Die Festlegung eines Höchstalters stehe im Übrigen auch im Einklang mit der Richtlinie 2000/78/EG (Art. 4 Abs 1), deren Umsetzung in nahezu gleichlautender Formulierung der § 20 Abs 1 GLGB gedient habe.

Zu dieser Rechtfertigung erstattete die Gleichbehandlungsanwaltschaft ebenfalls eine Stellungnahme. Darin wird unter Zitierung von Judikatur des Obersten Gerichtshofes (OGH vom 21.10.1998, 9 Ob A 264/98h) zur Frage einer geschlechtsspezifischen Stellenausschreibung ausgeführt, die Eignung für die Besetzung eines bestimmten Arbeitsplatzes beispielsweise unter dem Aspekt der Schwere der Arbeit, hänge von entsprechenden Voraussetzungen ab, die durchaus auch bei Frauen gegeben und auch bei Männern nicht in jedem Fall gegeben sein müssen, so dass eine entsprechende Beurteilung der Eignung für einen bestimmten Aspekt der Arbeit von den jeweiligen individuellen Voraussetzungen abhänge. Dies führe zur Schlussfolgerung, dass allgemeine Annahmen und Vorurteile jedenfalls nicht zur Rechtfertigung eines diskriminierenden Stelleninserates herangezogen werden dürfen, sondern die Bewerber/innen jeweils auf ihre individuellen Fähigkeiten und Eignungen hin zu prüfen seien.

Zudem sei auf die Präambel der Richtlinie 2000/78/EG zu verweisen, die eine unterschiedliche Behandlung nur unter sehr begrenzten Bedingungen als gerechtfertigt erachte. In diesem Sinne werde auch in den Materialien zum Gleichbehandlungsgesetz festgehalten, dass eine Ungleichbehandlung nur unter ganz besonderen außergewöhnlichen Umständen gerechtfertigt sein könne, da die Gleichbehandlung ein grundlegendes Prinzip darstelle. Ausnahmen seien daher eng auszulegen.

Der vom Beschuldigten behaupteten Korrespondenz zwischen § 20 Abs 1 GLBG und § 23 GLBG sei in Bezug auf Altersgrenzen entgegen zu halten, dass sich § 20 Abs 1 GLBG anders als § 23 GLBG nicht nur auf Stelleninserate beziehe, sondern auf sämtliche Phasen eines Arbeitsverhältnisses anzuwenden sei. So diene § 20 GLBG etwa dazu, Fälle von Versetzungen zu rechtfertigen, in denen de facto in nachweisbarer Weise ein/e Arbeitnehmer/in die von ihm/ihr geschuldete Arbeitsleistung nicht mehr erbringen könne. Bei der vom Beschuldigten ins Treffen geführten Lehre handle es sich um eine Abhandlung von Windisch-Graetz in Rebhandl, Gleichbehandlungsgesetz, welche den Fall von Fluglotsen analysiere und in welcher die Auffassung vertreten werde, dass das Schutzbedürfnis von Passagieren ein legitimes Interesse im Sinne der durchzuführenden Verhältnismäßigkeitsprüfung darstelle. Auch diese Autorin halte aber im Hinblick auf die Zulässigkeit genereller Altersgrenzen als angemessenes Mittel zur Erreichung dieses Zieles Zweifel fest. Sie verweise ferner auf Marhold, der ebenfalls die Meinung vertrete, dass außerhalb von Polizei- und Militärdienst nicht eine feste Altersgrenze, sondern die individuelle körperliche Eignung ausschlaggebend sein müsse. Der Schluss, ?dass die Lehre die Festsetzung von Altersgrenzen bei der Aufnahme offenbar als für zulässig erachte?, sei somit verfehlt.

Verwiesen werde auf die Verordnung des Bundesministers für Wissenschaft und Verkehr über die Befugnis zur selbständigen Führung und Bedienung von Triebfahrzeugen (Triebfahrzeugführer-Verordnung - TFVO), BGBl. II Nr. 64/1999, welche ebenfalls keine Altershöchstgrenzen kenne.Was das Argument der übermäßigen Belastung von älteren Mitarbeiter/innen in den Schichtdiensten bei den Ö. unter Bezugnahme auf das zitierte arbeitsmedizinische Gutachten betreffe, erweise sich eine Gesamtbetrachtung dieses Gutachtens als erforderlich.

Dieses sei vor dem Hintergrund allgemein geübter Kritik an dem bei den Ö. im Jahr 2004 neu eingeführten Schichtsystem zu lesen, wobei sich dieses Gutachten auf eine Befragung von nur neun Triebfahrzeugführern stütze, sodass die Aussagekraft in quantitativer Hinsicht zu bezweifeln sei. Bis auf eine Ausnahme habe sich jede dieser getesteten Personen in medizinischer Hinsicht und im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit im gesundheitlichen ?grünen Bereich? befunden.

Überdies werde in diesem Gutachten auch eine finnische Studie zitiert, in der kein Zusammenhang zwischen Lebensalter und Schlafbedürfnis der Triebfahrzeugführer/innen habe beobachtet werden können.

Zu beachten sei, dass aus Sicht der Gleichbehandlungsanwaltschaft Ungleichbehandlungen aufgrund des Alters nicht unter Verweis auf den Schutz älterer Arbeitnehmer/innen vor die eigene Gesundheit gefährdenden Tätigkeiten gerechtfertigt werden könnten. Dem entspreche auch die Judikatur des Bundesarbeitsgerichtes sowie der Rechtsansicht, die der EuGH in Bezug auf das Spannungsverhältnis zwischen dem Gebot der Gleichbehandlung aufgrund des Geschlechts und dem Mutterschutz eingenommen habe; diesbezüglich werde auf die einschlägige Judikatur verwiesen.

Zuletzt wird darauf hingewiesen, dass der von der beschuldigten Partei ins Treffen geführte § 20 Abs 3 Z 1 GLBG nicht zur Rechtfertigung diskriminierender Stelleninserate herangezogen werden könne, andernfalls die enge Rechtfertigungsregelung des § 23 GLBG de facto ausgehebelt werden würde. Ausdrücklich werde dazu in den Erläuternden Bemerkungen zum Ministerialentwurf festgehalten, dass ?Gründe, wie eine lange Ausbildungsdauer oder das Durchlaufen einer vorgesehenen gesamten Laufbahn nicht als Ausnahme vom Grundsatz der Nichtdiskriminierung und somit als Rechtfertigung für die Festsetzung eines Maximalalters bei Begründung eines Dienst- oder Ausbildungsverhältnisses angesehen werden können.?

Windisch-Graetz argumentiere bezüglich Altershöchstgrenzen im Hinblick auf Ausbildungs- und Weiterbildungsmaßnahmen, dass der/die Arbeitgeber/in diese derart vorsehen dürfe, dass er von der anschließenden Tätigkeit noch wirtschaftlich profitieren könne. Dabei werde man dem Arbeitgeber jenen Zeitraum zugestehen müssen, für den er zulässigerweise noch Ausbildungsrückersatz verlangen dürfe, wofür von Lehre und Judikatur zwischen drei und fünf Jahre angenommen würden.

Die Höhe der vom Beschuldigten ins Treffen geführten Ausbildungskosten sei, nach den der Rechtfertigung beigelegten Kostenstellen, aber nicht nachvollziehbar.

Zuletzt werde darauf hingewiesen, dass jedes Stelleninserat einer individuellen Prüfung zu unterziehen sei, das allenfalls rechtswidrige Verhalten anderer Inserenten könne jedoch nicht zur eigenen Rechtfertigung herangezogen werden.

Dieser Stellungnahme beiliegend wurde das vollständige arbeitsmedizinische Gutachten des Arbeits- und Sozialmedizinischen Zentrums Mödling übermittelt.

In dieser Angelegenheit wurde am 26.6.2008 vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung abgehalten, zu der der Berufungswerber mit einem Rechtsbeistand sowie eine Vertreterin der Gleichbehandlungsanwaltschaft ladungsgemäß erschienen sind.

Verlesen und den Parteien in der Verhandlung vorgehalten wurden eine Stellenausschreibung der Ö. auf der Internetseite www.Ö.at zur Nr. 813, ebenso eine Ausschreibung der D unter der Adresse www.k.de, Ausschreibungsnummer 041352, die am 25.6.2008 abgerufen wurden. Diese Stellenausschreibungen über Ausbildungen zum/zur Lokführer bzw. Triebfahrzeugführer/in sehen kein Alterslimit vor.

Der Berufungswerber gab in der Verhandlung an:

?Ich führe seit 1994 den Geschäftsbereich Traktion der Ö.. Dieser Geschäftsbereich bewirtschaftet die Lokomotiven der Ö. und das Personal. Ich trage auch die Verantwortung für Personal, d.h. Ausbildung, Einteilung und Verwendung des

gesamten Lokfahrpersonal[s] der Ö. in Österreich. Eine Stellenausschreibung betreffend Lokpersonal fällt daher in meinen Verantwortungsbereich. Bei den Ö. sind zur Zeit ca. 4300 Lokführer tätig. Jährlich kommt es daher mindestens zu 150 Neuaufnahmen. Zur gegenständlichen Stellenausschreibung möchte ich bemerken, dass diese im Sommer 2007 in der Urlaubszeit erfolgte. Die Ausschreibung wurde daher durch einen Mitarbeiter ins Internet gestellt, der dafür nicht regelmäßig eingesetzt ist. Ob das kontrolliert wurde, kann ich nicht sagen. Es ist jedenfalls so, dass es weder in früheren Stellenausschreibungen, noch in nachfolgenden Stellenausschreibungen ein Alterslimit gegeben hat, außer de[m] Gesetzlichen. (?)

Bei den über 55jährigen Lokführern haben wir lediglich eine Quote von 1,7 %. Der älteste davon ist 58. Im Regelfall gehen diese mit 55 Jahren in Pension. Ich lege vor eine Tabelle, aus der sich die Altersstruktur der aktiven Lokführer ergibt.?

Über Vorhalt des Umstandes, dass er somit selbst einräume, dass hinkünftige Stellenausschreibungen ebenso wie jene vor dem Anlassfall, ohne Alterslimit erfolgten und erfolgen und daher fraglich erscheine, wieso ein derartiges Alterslimit im gegenständlichen Fall unabdingbar gewesen sein solle, gab der Berufungswerber an:

?Ich bin nach wie vor der Meinung, dass ein Alterslimit gerechtfertigt wäre, dieses wird jedoch nur deswegen nicht praktiziert um weiteren verwaltungsstrafrechtlichen Verfahren vorzubeugen. Für mich würde eine Bestätigung des erstinstanzlichen Bescheides jedoch bedeuten, dass in Hinkunft bei den Ö. auch bestimmte Maßnahmen der positiven Diskriminierung nicht mehr in Betracht kommen können. D.h. es müssten dann auch vermehrt ältere Lokführer/innen Nachtschichten fahren. Ich möchte daher die Berufung aufrecht erhalten.?

Befragt, ob es möglich wäre, in einem individuellen Prüfverfahren festzustellen, ob ältere Dienstnehmer/innen noch in der Lage seien, belastende Schichten zu fahren, gab er an:

?Dies wird sowieso laufen[d] praktiziert. Aufgrund der besonderen Verantwortung bei den Lokführer/innen und dem mit dieser Tätigkeit verbundenen Gefahrenpotential ist eine laufende Überprüfung der individuellen Befähigung vorgeschrieben und erforderlich. Das übermittelte Gutachten wurde nicht von der Ö. in Auftrag gegeb[en], sondern vom Verkehrsarbeitsinspektorat. Dies deshalb, da im Jahr 2004 eine massive Umstellung im Arbeitsrecht erfolgte. Bis damals gab es [eine] Ausnahmeregelung. Das Gutachten wurde veranlasst, damit sich die Dienstnehmer im Vorfeld entsprechend positionieren. Ich habe natürlich nicht bei der Behörde nachgefragt, oder nachfragen lassen, ob für derartige Stellenausschreibungen eine Altersgrenze von 35 Jahren zulässig wäre.

Wenn dies[e] bislang praktizierte positive Diskriminierung auch unter dem neuen Arbeitszeitregime fortgeführt würde und dabei vermehr[t] auch ältere Die[n]stnehmer/innen aufgenommen würden, hätte das zweifelsohne Mehrkosten zur Folge, da diesbezüglich mehr Personal aufgenommen werden müsste, da ältere Dienst[]nehmer/innen häufiger im Krankenstand sind.

Es kommt durchaus vor, dass von den Ö. ausgebildetes Personal zu[] anderen Unternehmen abwandert. Der zu leistende Ausbildungskostenrückersatz erstreckt sich in diesen Fällen auf 3 oder 5 Jahre, genau ist mir das nicht geläufig, aber sicher nicht länger. Im Jahr treten solche Fälle vielleicht 20-30 Mal auf. Über Befragen der Vertreterin der Gleichbehandlungsanwältin zur vorgelegten Tabelle für den Ausbildungsaufwand, wieso die Lohnkosten zum Ausbildungsaufwand rechnen, gab der Berufungswerber an:

?Dies deshalb, da eine solche Ausbildung natürlich auf privat durchgeführt werden könnte, als ohne Anstellung bei der Ö..?

Die Vertreterin der Gleichbehandlungsanwältin führte aus:

?Im vorliegenden Fall geht es ausschließlich um die Stellenanzeige und nicht um das nachfolgende Bewerbungsverfahren. Dieses ist derzeit noch bei der Gleichbehandlungskommission anhängig. Es ist zwar zutreffend, dass es im Gleichbehandlungsrecht unter den Diskriminierungstatbeständen gerade beim Alter vermehrt Ausnahmen gibt. Umso wichtiger ist es, auf die Rechtmäßigkeit der Aufnahmetatbestände abzustellen. Auch die Lehre verlangt[,] das[s] gerade bei der Einstellung von Dienstnehmern eine besondere Vorsicht gegeben ist, da es schließlich um die Begründung einer Berufslaufbahn geht. Im Übrigen verweise ich auf meine Stellungnahme. Wirtschaftliche Gründe sind im Regelfall zur Rechtfertigung nicht heranzuziehen und nur in besonders engen Ausnahmen. Ich verweise diesbezüglich auf die gesetzlichen Bestimmungen des Ausbildungs[rücker]satzes.?

In Ihren Schlussausführen verwiesen die Parteien auf das bisherige

Vorbringen.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

§ 23 GLBG (?Gebot der diskriminierungsfreien Stellenausschreibung?)

lautet:

Der/die Arbeitgeber/in oder private/r Arbeitsvermittler/in gemäß den §§ 4 ff des Arbeitsmarktförderungsgesetzes, BGBl. Nr. 31/1969, oder eine mit der Arbeitsvermittlung betraute juristische Person öffentlichen Rechts darf einen Arbeitsplatz weder öffentlich noch innerhalb des Betriebes (Unternehmens) in diskriminierender Weise ausschreiben oder durch Dritte ausschreiben lassen, es sei denn, das betreffende Merkmal stellt auf Grund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung dar, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.

Über den Begriff Diskriminierung bestimmt § 19 GLBG:

(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.

(...)

Zum Gleichbehandlungsgebot im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis normiert § 17 GLBG:

(1) Auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung darf im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, (...)

§ 20 GLBG über die Ausnahmebestimmungen lautet auszugsweise:

(1) Bei Ungleichbehandlung wegen eines Merkmals, das im Zusammenhang mit einem der in § 17 genannten Diskriminierungsgründe steht, liegt keine Diskriminierung vor, wenn das betreffende Merkmal auf Grund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt und sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt. (...)

(3) Eine Diskriminierung auf Grund des Alters liegt nicht vor, wenn die Ungleichbehandlung

1.

objektiv und angemessen ist,

2.

durch ein legitimes Ziel, insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung, gerechtfertigt ist und

3. die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich sind.

(4) Ungleichbehandlungen nach Abs 3 können insbesondere einschließen

1. die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung und zur beruflichen Bildung sowie besonderer Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Bedingungen für Entlassung und Entlohnung, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Arbeitnehmer/inne/n und Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen,

2. die Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung oder des Dienstalters für den Zugang zur Beschäftigung oder für bestimmte mit der Beschäftigung verbundenen Vorteile,

3. die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung auf Grund der spezifischen Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder auf Grund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand. Die Strafbestimmung des § 24 GLBG lautet: (...)

(2) Wer als Arbeitgeber/in entgegen den Bestimmungen des § 23 einen Arbeitsplatz in diskriminierender Weise ausschreibt, ist auf Antrag eines/einer Stellenwerbers/Stellenwerberin, des/der Anwalts/Anwältin für die Gleichbehandlung ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder der Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung in der Arbeitswelt oder eines/einer Regionalvertreters/Regionalvertreterin beim ersten Verstoß von der Bezirksverwaltungsbehörde zu verwarnen und bei weiteren Verstößen mit Geldstrafe bis 360 Euro zu bestrafen.

Im gegebenen Fall liegt ein Antrag der Anwältin für die Gleichbehandlung ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder der Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung in der Arbeitswelt auf Ausspruch einer Verwarnung gegenüber dem Berufungswerber vor. Dieser ist handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit das zur Vertretung nach außen berufene Organ der Ö-GesmbH. Dass diese das gegenständliche Stelleninserat in der Internet Jobbörse der Ö. als Arbeitgeberin mit der im Spruch des bekämpften Bescheides umschriebenen Höchstaltersgrenze im Zeitraum 6.8.2007 bis 27.8.2007 öffentlich ausgeschrieben hat, wird vom Berufungswerber selbst nicht bestritten und somit nach der dahin gehend auch sonst unbedenklichen Aktenlage als feststehend erachtet. Der Berufungswerber erachtet sein Vorgehen aus mehreren Erwägungen als gerechtfertigt.

Dazu ist im Einzelnen zu bemerken:§ 24 GLBG sanktioniert die diskriminierende Stellenausschreibung. Soweit der Berufungswerber sich dabei darauf beruft, dass auch in Ausschreibungen anderer Firmen bzw. Arbeitgeber derartige Altersgrenzen vorgesehen werden, vermag der Umstand, dass dies von der zuständigen Behörde ? auch mangels Vorliegen eines darauf hinzielenden Antrages eines bzw. einer dazu Legitimierten ? nicht im Sinne der einschlägigen rechtlichen Bestimmungen des GLBG sanktioniert wird bzw. wurde, kein entsprechendes Recht des Berufungswerbers auf Nichtbestrafung zu begründen.

Auch aus dem vom Berufungswerber zitierten (und lediglich in verkürzter Weise vorgelegten) arbeitsmedizinischen Gutachten ist diesbezüglich nichts zu gewinnen. Die spezifische Fragestellung dieses Gutachtens zielt auf die Erhebung aktuell feststellbarer Beanspruchungszeichen durch die bei den Ö. neu eingeführten Dienstschichten und die dementsprechende Ausgestaltung der Arbeits- und Ruhezeiten im Hinblick auf seitens der Dienstnehmer der Ö. ausgesprochene Befürchtungen, dass die vorgesehenen Ruhezeiten zur Herstellung der für die Tätigkeit erforderlichen Konzentration nicht ausreichen könnten sowie den Ausspruch allfälliger Empfehlungen aus arbeitsmedizinischer Sicht ab, wobei sich dieses Gutachten empirisch auf die Erhebung von (bloß) neun Untersuchungsbefunden bei Triebfahrzeugführern stützte. Soweit im gegebenen Zusammenhang allenfalls maßgebend, wird im Gutachten bezüglich der Auswirkungen der Dienstplangestaltung auf die Leistungsfähigkeit zusammenfassend festgehalten, eine verminderte Aufmerksamkeit, welche bis zum ?Sekundenschlaf? führen könne, habe nach den Angaben der Interviewten mit der Dienstplangestaltung, d.h. mit den nicht ausreichenden Erholungszeiten durch die häufigeren Dienste sowie mit den kürzeren Pausen während des Dienstes zu tun. Durch die Erfahrung könne zwar noch einiges an Konzentrationseinbussen ausbalanciert werden, aber dennoch bleibe ein Restrisiko (Seite 12 des Gutachtens). Ausdrücklich wird dazu festgehalten, dass diese Sicherheitslücke mit der (neuen) elektronischen Dienstplangestaltung geöffnet werde. Eine Korrelation zu einem bestimmten Berufsalter nennt die Studie diesbezüglich nicht. Vielmehr wird in diesem Zusammenhang ausdrücklich die von der Gleichbehandlungsanwältin zitierte finnische Studie genannt, wonach kein Zusammenhang mit dem Lebensalter und dem Schlafbedürfnis bei Triebfahrzeugführern zu beobachten sei. Dementsprechend zielen die Empfehlungen der Studie auch auf eine entsprechend modifizierte Schichtdienstplangestaltung. Der Berufungswerber räumt selbst ein, dass die Ö-GmbH Triebfahrzeugführer bis zum 55. Lebensjahr und sogar darüber hinaus einsetzt. Aus der in der Verhandlung vorgelegten Tabelle über die Altersstruktur dieser Beschäftigten ist ersichtlich, dass das beschäftigte Lokfahrpersonal bis 24 Jahre 3,07 %, zwischen 25 und 29 Jahren 8,88 %, zwischen 30-34 Jahren 9,26 %, zwischen 35-39 Jahren 21,23 %, zwischen 40-44 Jahren 22,47 %, zwischen 45-49 Jahren 18,37 %, zwischen 50-54 Jahren 15 % und über 55 Jahren 1,71 % dieser Gesamtbeschäftigtenzahl ausmacht. Somit fallen auf die über 35-Jährigen in dieser Sparte rund 79 % aller Beschäftigten. Wie der Berufungswerber weiters ausgeführt hat, ist es rücksichtlich des mit der Tätigkeit des

Lokfahrpersonals verbundenen Gefahrenpotentials jedenfalls geboten, eine laufende individuelle Überprüfung der Befähigung zum Fahrdienst sicherzustellen. Damit räumt aber auch er ein, dass die Vorsehung einer pauschalen Altersgrenze für Bewerbungen durch Sicherheitsinteressen nicht gerechtfertigt werden kann, da diese unabhängig vom konkreten Alter des Personals in einem individuellen Verfahren der laufenden Eignungsüberprüfung festzustellen ist.

Wenn er ausführt, die Ö. könnten sich in Hinkunft gezwungen sehen, auch ältere Dienstnehmer/innen vermehrt in Nachtschichten einzusetzen (und somit von einer bislang praktizierten positiven Diskriminierung abgehen), so ergibt sich schon daraus, möchte man dem Berufungswerber nicht eine eklatante Sorglosigkeit rücksichtlich der zur Rechtfertigung genannten Sicherheitsinteressen unterstellen, dass eine Korrelation zwischen dem Lebensalter und einer allfälligen altersbedingten verminderten beruflichen Eignung zur Ausübung dieser Tätigkeit im Grunde nicht bestehen kann. Der Berufungswerber konzediert auch selbst, dass ? bezogen auf Schlussfolgerungen der zitierten Studie - ältere Menschen, wobei als Grenze etwa das 40. Lebensjahr genannt wird, eher für Frühschichten als für Wechsel- und Nachtschichten geeignet seien ? Änderungen in der Schichtdienstplanung geboten wären und dies bei Beibehaltung der bisherigen positiven Diskriminierung zu Mehrkosten führen würde. Damit macht der Berufungswerber aber im Grunde bloß betriebswirtschaftliche Motive für die behauptete Notwendigkeit der in Rede stehenden Höchstaltersgrenze geltend.

Für eine sich aus derartigen Erwägungen speisende Motivlage lässt das Gleichbehandlungsrecht allerdings nur in besonders engen Grenzen Raum, etwa bei dem in § 20 Abs 4 Z 3 GLBG formulierten Ausnahmetatbestand.

Soweit sich der Berufungswerber auf die Kommentierung des zweiten Teils des Gleichbehandlungsgesetzes durch Windisch-Graetz in Rebhahn, Gleichbehandlungsgesetz, bezieht, teilt der erkennende Senat dessen Interpretation nicht.

Die Erlassung des Gleichbehandlungsgesetzes diente der Anpassung des (alten) Gleichbehandlungsgesetzes BGBl. Nr. 108/1979 an die ?Rahmen-Gleichbehandlungs-Richtlinie? 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000. In der 23. Begründungserwägung zur Richtlinie wird festgehalten, dass eine unterschiedliche Behandlung unter sehr engen Bedingungen gerechtfertigt sein kann, wenn ein Merkmal, das mit der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, dem Alter oder der sexuellen Ausrichtung zusammenhängt, eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt. Mit der im § 20 GLBG gewählten Formulierung wurden die Artikel 4 (?Berufliche Anforderungen?) und Artikel 6 (?Gerechtfertigte Ungleichbehandlung wegen des Alters?) der Richtlinie im Wesentlichen wortgleich umgesetzt. Diesbezüglich halten auch die Materialien zum GlBG (307 dBl. XXII. GP, Besonderer Teil, Anm. zu § 14 der RV; entspricht dem nunmehrigen § 20 GlBG) fest, dass Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgebot nur in engen Grenzen als zulässig zu erachten sind: ?Da die Gleichbehandlung ein grundlegendes Prinzip darstellt, ist davon auszugehen, dass eine solche Ungleichbehandlung nur unter ganz besonderen, außergewöhnlichen Umständen gerechtfertigt ist. (...) Die ? spezifischen beruflichen Anforderungen? sollen im engen Sinne verstanden werden, sodass sie nur solche berufliche Anforderungen abdecken, die unbedingt notwendig sind zur Ausführung der betreffenden Tätigkeit.? Hinsichtlich der in Art. 6 der Rahmen-Gleichbehandlungsrichtlinie statuierten Rechtfertigungsgründe einer Altersdiskriminierung halten die Materialien ausdrücklich fest, dass ?Gründe wie eine lange Ausbildungsdauer oder das Durchlaufen einer vorgesehenen gesamten Laufbahn nicht als Ausnahme vom Grundsatz der Nichtdiskriminierung und somit als Rechtfertigung für die Festsetzung eines Maximalalters bei Begründung eines Arbeitsverhältnisses angesehen werden (können).?

Unter Heranziehung der Begründungserwägungen zur Gleichbehandlungs-Richtlinie und der Materialien zum GLBG ist daher zunächst davon auszugehen, dass die Bezugnahme auf ein diskriminierendes Kriterium und eine Ungleichbehandlung überhaupt nur unter sehr engen Bedingungen und nur unter ganz besonderen, außergewöhnlichen Umständen objektiv gerechtfertigt sein kann (vgl. ebenso Windisch-Graetz in Rebhahn, GlBG, Anm 1 und 2 zu § 20).

Nach Auffassung des erkennenden Senates stellt nun aber die Vorsehung einer Höchstaltersgrenze für die Aufnahme von Triebfahrzeugführern keine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung und somit schon keine ? angemessene Anforderung? im Sinne des § 20 Abs 1 GlBG für diese Tätigkeit dar, räumt doch der Berufungswerber selbst ein, Triebfahrzeugführer bis zum 55. Lebensjahr und darüber hinaus beschäftigen zu können. Soweit § 20 Abs 3

ausdrücklich eine Altersdiskriminierung unter den dort näher umschriebenen Bedingungen für zulässig erachtet, zieht auch Windisch-Graetz, auf deren Ausführungen sich der Berufungswerber bezieht, die Vorsehung generell anwendbarer Altersgrenzen in Zweifel. Diesbezüglich erachtet der erkennende Senat die Rechtsauffassung der Gleichbehandlungsanwältin und die Bezugnahme auf die zitierte die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 21.10.1998, 9 Ob A 264/98h, als zutreffend.

Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass die vom Berufungswerber zu vertretende und von der Ö-GmbH im gegenständlichen Fall getroffene Stellenausschreibung mit einer Höchstaltersgrenze von 35 Jahren zur Wahrung der legitimen Sicherheitsinteressen des Personals, der Bahnkunden und der sonstigen Verkehrsteilnehmer geboten wäre (was, wie sich herausgestellt hat, gar nicht zutrifft, da der Berufungswerber selbst eingeräumt hat, dass sich diese Ausschreibung auf ein bloßes Versehen eines Mitarbeiters in der Urlaubszeit rückführen lässt) ginge eine pauschale und undifferenzierte Regelung, wie sie eine Altersgrenze darstellt, unzweifelhaft und fraglos über das hinaus, was erforderlich wäre, um die angeführten Interessen zu schützen, da eine individuelle und einzelfallorientierte Prüfung der beruflichen Eignung von Triebfahrzeugführern/innen zur Wahrung der beschriebenen Sicherheitsinteressen ohnehin im laufenden Dienstbetrieb der Ö. gewährleistet werden muss.

In dem von der Europäischen Kommission im April 2005 herausgegebenen Bericht ?Diskriminierung aus Gründen des Alters und Europäische Rechtsvorschriften. Grundrechte und Bekämpfung von Diskriminierungen? heißt es hinsichtlich der Rechtfertigung von Diskriminierungen aus Altersgründen zutreffend: ?Das Alter einer Person ist häufig kein besonders genauer Indikator ihrer Fähigkeiten und Kompetenzen und die Verwendung von Ungleichbehandlungen stützt sich häufig auf Stereotypen und Vermutungen, die dazu neigen, die Vielfältigkeit von Personen in bestimmten Altersklassen außer Acht zu lassen.? Bei allen in der Gleichbehandlungs-Richtlinie zitierten Rechtfertigungsgründen müsse belegt werden, ?dass bei allen Ungleichbehandlungen wegen des Alters drei Anforderungen erfüllt sind: Sie müssen a) objektiv erforderlich sein, um b) ein legitimes Ziel zu erreichen und c) in einer angemessenen Art angewendet worden sein.?

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur Auslegung des Art. 6 der Rahmen-Gleichbehandlungsrichtlinie widerspricht die Festlegung einer pauschalen Altersgrenze als alleiniges Kriterium einer zulässigen Diskriminierung selbst bei Billigung eines rechtmäßigen Grundes dem Gebot der Verhältnismäßigkeit. So hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 22.11.2005 in der Rechtssache C- 144/04, Mangold gegen Helm ausgesprochen, dass Rechtsvorschriften, die ?das Alter des betroffenen Arbeitnehmers als einziges Kriterium für die Befristung eines Arbeitsvertrages festlegen, ohne dass nachgewiesen wäre, dass die Festlegung einer Altersgrenze als solche unabhängig von anderen Erwägungen im Zusammenhang mit der Struktur des jeweiligen Arbeitsmarktes und der persönlichen Situation des Betroffenen zur Erreichung des Zieles der beruflichen Eingliederung arbeitsloser älterer Arbeitnehmer objektiv erforderlich ist? über das hinausgehen, was zur Erreichung des verfolgten Zieles angemessen und erforderlich ist.? (Rz 65 des Urteils). Wenngleich diesem Urteil ein anders gelagerter Sachverhalt zu Grunde gelegen hat ? klagsgegenständlich war in diesem Fall eine arbeitsvertragliche Befristungsabrede auf Grund einer gesetzlichen Bestimmung, die bei der Beschäftigung älterer Arbeitnehmer erleichterte Bedingungen einer zeitlichen Befristung des Arbeitsverhältnisses normierte -, kommt in dieser Judikatur dennoch ein verallgemeinerungsfähiges Prinzip zum Ausdruck: die Zulässigkeit einer pauschalen Altersgrenze als alleiniger Rechtfertigungsgrund einer Altersdiskriminierung ist nur dann gegeben, wenn der Nachweis dafür erbracht ist, dass eine derartige Altersgrenze objektiv erforderlich ist.

Ein derartiges objektives Erfordernis kann aus der vom Berufungswerber dargelegten Praxis der Personalverwendung und der Sicherstellung der Personaleignung zum Lokfahrbetrieb auch im Hinblick auf das von ihm genannte legitime Ziel der Wahrung der Verkehrssicherheit nicht abgeleitet werden.

In diesem Zusammenhang ist weiters darauf hinzuweisen, dass auch die Verordnung des Bundesministers für Wissenschaft und Verkehr über die Befugnis zur selbständigen Führung und Bedienung von Triebfahrzeugen (Triebfahrzeugführer-Verordnung - TFVO), StF: BGBl. II Nr. 64/1999, eine Höchstaltersgrenze als Eignungserfordernis gerade nicht vorsieht. Vielmehr normiert auch § 4 leg. cit. diesbezüglich lediglich im Sinne einer einzelfallbezogenen Bewertung (und keineswegs im Sinne eines öffentliches Schutzinteresse nach einer pauschalen Unterscheidung nach dem Alter; vgl. dazu auch Heidinerger/Frank-Thomasser/Schmid, Antidiskriminierung, Wien 2004, S. 167):

Das Eisenbahnunternehmen darf zur selbständigen Führung und Bedienung von Triebfahrzeugen nur Personen einsetzen (§ 19 des Eisenbahngesetzes 1957, § 62 des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes 1994), die

1. beim Einsatz im Streckendienst mindestens 21 Jahre alt, ansonsten mindestens 18 Jahre alt sind,

2.

geistig und körperlich geeignet sind,

3.

vertrauenswürdig sind,

4.

über eine für die Ausübung der Befugnis ausreichende Kenntnis der deutschen Sprache in Wort und Schrift verfügen und

5. die für die selbständige Führung und Bedienung von Triebfahrzeugen erforderlichen theoretischen und praktischen Kenntnisse und Fähigkeiten durch die erfolgreiche Ablegung einer Triebfahrzeugführerprüfung (Abschnitt III) nachgewiesen haben. Auch kann sich der Berufungswerber nicht mit Erfolg auf den Ausnahmetatbestand des § 20 Abs 4 Z 3 GlBG stützen. Im Lichte der bereits getätigten Ausführungen ist der erkennende Senat ebenso der Auffassung, dass die von ihm ins Treffen geführten bzw. festgestellten spezifischen Ausbildungserfordernisse die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung nicht rechtfertigen. Hier ist ebenso den Ausführungen der Amtspartei im Verfahren beizupflichten, wonach Sinn dieser Regelung, umgelegt auf den konkreten Fall, nur die Ausschöpfung einer gewissen wirtschaftlichen Rentabilität der Beschäftigung von Bediensteten ist, die zu der beabsichtigten spezifischen dienstlichen Verwendung erst nach einem länger währenden Ausbildungszyklus in vollem Umfang zur Verfügung stehen. Zwar billigt die genannte Bestimmung das wirtschaftliche Kalkül eines Unternehmens als Rechtfertigungsgrund, doch ist unter Bedachtnahme auf jene gesetzlichen Regelungen, welche einen Ausbildungskostenrückersatz vorsehen bzw. nach einem Beschäftigungszeitraum von fünf bzw. acht Jahren (vgl. diesbezüglich etwa § 2d AVRAG, § 20 Abs 4 BDG, § 30 Abs 5 VBG) nicht mehr vorsehen, davon auszugehen, dass diese Ausnahmebestimmung jedenfalls nicht solche Höchstaltersgrenzen für die Einstellung von Beschäftigten abdeckt, welche die in den genannten gesetzlichen Bestimmungen genannte Dauer, wie im vorliegenden Fall unter der Annahme einer grundsätzlich bis zum 55. Lebensjahr möglichen Beschäftigung von Triebfahrzeugführern, eklatant überschreitet. Als alleiniger Rechtfertigungsgrund für eine Altersdiskriminierung ist

Artikel 6 Abs 1 lit c der Rahmen-Gleichbehandlungsrichtlinie nachgebildete § 20 Abs 4 Z 3 GlBG im Übrigen, wie es auch die Materialien zur Regierungsvorlage (siehe diesbezüglich auch Heidinger/Frank-Thomasser/Schmid, Antidiskriminierung, Wien 2004, S.

157) festhalten, nicht geeignet.

Das Kriterium der Höchstaltersgrenze von 35 Jahren als Voraussetzung für eine Bewerbung als Triebfahrzeugführer bei den Ö. begründet somit eine unmittelbar auf dem Alter beruhende Ungleichbehandlung und Diskriminierung im Sinne des § 19 GlBG, die nicht gerechtfertigt werden kann.

Es wurde daher das Tatbild zu der im Spruch zitierten gesetzlichen Bestimmung verwirklicht.

Die angelastete Verwaltungsübertretung ist als Ungehorsamkeitsdelikt zu qualifizieren.

Bei solchen Delikten obliegt es sohin gemäß § 5 Abs 1 VStG dem Beschuldigten, glaubhaft zu machen, dass im konkreten Fall die Einhaltung der Verwaltungsvorschrift ohne vorwerfbares Verschulden unmöglich war. Das bedeutet, dass der Beschuldigte initiativ alles darzulegen hat, was für seine Entlastung spricht, z.B. durch die Beibringung geeigneter Beweismittel bzw. die Stellung entsprechender konkreter Beweisanträge (vgl. VwGH 30.6.1998, 96/11/0175). Soweit sich der Berufungswerber auf die Kommentierung des II. Teiles des GlBG durch Windisch-Graetz im Kommentar von Rebhahn und die dort vertretene Lehrmeinung beruft, ist ihm zu entgegnen, dass diese Kommentierung keineswegs eine gesicherte Lehrmeinung oder Rechtsprechung wiedergibt, sondern sogar selbst die Zulässigkeit der Vorsehung einer pauschalen Altersgrenze als fraglich erachtet. Vor diesem Hintergrund durfte der Berufungswerber keineswegs auf die Rechtmäßigkeit gegenständlicher Stellenausschreibung mit einer Höchstaltersgrenze von 35 Jahren vertrauen sondern wäre es an ihm gelegen, sich an geeigneter zur Vollziehung des Gesetzes zuständigen Stelle zu

erkundigen. Dies unternommen zu haben, wurde vom Berufungswerber nicht behauptet. Auch wurde vom Berufungswerber sonst nichts vorgebracht, woraus erschlossen werden könnte, dass im konkreten Fall die Einhaltung der übertretenen Verwaltungsnorm nicht möglich gewesen wäre. Der Berufungswerber hat dazu vielmehr selbst eingeräumt, sich nicht an geeigneter Stelle über die Zulässigkeit einer derartigen Altersgrenze in Stellenausschreibungen erkundigt zu haben; vielmehr führt er dies auf ein Versehen eines Mitarbeiters in der Urlaubszeit zurück, wobei er nicht angeben und darlegen konnte, ob dieser Mitarbeiter in entsprechender Weise kontrolliert worden ist. Folglich konnte der Berufungswerber nicht im Sinne der Bestimmungen des § 5 Abs 1 VStG glaubhaft machen, dass hinsichtlich der tatbildlichen Verletzungen der Verwaltungsvorschrift den Berufungswerber kein Verschulden trifft.

Somit ist die Verwaltungsübertretung auch in subjektiver Hinsicht als erwiesen anzusehen.

Die der Bestrafung zugrundeliegende Unterlassung schädigte das als sehr bedeutend einzustufende öffentliche Interesse an der Nichtdiskriminierung von Personen, weshalb der objektive Unrechtsgehalt der Tat an sich, selbst bei Fehlen sonstiger nachteiliger Folgen, nicht als geringfügig zu bewerten war. Als mildernd wurde die verwaltungsrechtliche Unbescholtenheit berücksichtigt.

Das Ausmaß des Verschuldens kann im vorliegenden Fall in Anbetracht der offensichtlichen Außerachtlassung der im gegenständlichen Fall objektiv gebotenen und dem Berufungswerber zuzumutenden Sorgfalt nicht als geringfügig bezeichnet werden, da weder hervorgekommen, noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen ist, dass die Einhaltung der verletzten Rechtsvorschrift durch den Berufungswerber im konkreten Fall eine besondere Aufmerksamkeit erfordert hätte oder dass die Verwirklichung des Tatbildes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können.

Dem Berufungswerber wurde mit dem angefochtenen Bescheid eine Ermahnung auf Grundlage des§ 21 VStG erteilt.

Gemäß § 21 Abs 1 VStG kann die Behörde von der Verhängung einer Strafe absehen, wenn das Verschulden des Beschuldigten geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind. Sie kann den Beschuldigten jedoch gleichzeitig unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid ermahnen, sofern dies erforderlich ist, um den Beschuldigten von weiteren strafbaren Handlungen gleicher Art abzuhalten. Eine Anwendung des § 21 Abs 1 VStG kommt aber nur in Frage, wenn das Verschulden des Beschuldigten geringfügig ist. Von einem geringfügigen Verschulden kann nur dann die Rede sein, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt.

Wie die obigen Ausführungen zeigen, kann jedoch von einem geringfügigen Verschulden des Berufungswerbers nicht gesprochen werden, sodass auch ein Vorgehen gemäß § 21 Abs 1 VStG nicht in Betracht.

Wie sich aus § 24 Abs 2 GlBG ergibt, besteht bei erstmaliger Übertretung des Gebotes der diskriminierungsfreien Stellenausschreibung ein Rechtsanspruch auf Ausspruch einer Verwarnung. Der Berufung war insofern Folge zu geben, weil dieser Rechtsanspruch von der Erstbehörde nicht berücksichtigt wurde, und die Voraussetzungen für die Anwendung des § 21 Abs 1 VStG mangels Geringfügigkeit des Verschuldens nicht vorgelegen haben. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zuletzt aktualisiert am
04.02.2009

Quelle: Unabhängige Verwaltungssenate UVS, http://www.wien.gv.at/uvs/index.html

© 2026 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at