

Senat I der Gleichbehandlungskommission

Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz

(BGBl. Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 7/2011)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 11. November 2015 über das am 27. Februar 2013 eingelangte Verlangen der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **Frau Mag.^a A (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des **Geschlechtes** bei der **Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 1 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 7/2011; alle weiteren Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) durch die **X GmbH (Antragsgegnerin)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-VO (BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. II Nr. 102/2011), zu GZ GBK I/488/13, zu folgendem

Prüfungsergebnis

Frau Mag.^a A ist auf Grund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 GIBG durch die X GmbH diskriminiert worden.

Dies ist eine gutachterliche Feststellung. Es handelt sich hierbei im Sinne der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes¹ nicht um einen Bescheid.

Prüfungsgrundlagen

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche und mündliche Vorbringen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin sowie die mündliche Befragung der Auskunftsperson Herrn Mag. B. Des Weiteren bezieht sich der Senat I der GBK in seiner Entscheidungsfindung auf den E-Mail-Verkehr zwischen der Antragstellerin und Herrn Mag. B vom 30. August bis 7. September 2012 sowie das Stellenangebot für eine Sekretärin im Bezirksblatt.

Dem Senat lagen außerdem u.a. die Bewerbungsunterlagen der Antragstellerin vom 22. August 2012, der Lebenslauf der Bewerberin, die die ausgeschriebene Stelle erhalten hat, E-Mails der Antragstellerin an die Kammer für Arbeiter und Angestellte für ... (AK ...) vom 12. September und 13. Dezember 2012 sowie der Schriftverkehr zwischen der AK Burgenland und der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerin zwischen 5. Dezember 2012 und 22. Februar 2013 vor.

¹ Vgl. z.B. VfSlg. 19.321.

Vorbringen und Aussagen

Im Verlangen der GAW wurde im Wesentlichen folgendes vorgebracht:

Die Antragstellerin habe sich per E-Mail am 22. August 2012 für eine von der Antragsgegnerin ausgeschriebene Stelle als Sekretärin für 20 Stunden beworben. Am 27. August 2012 habe ein Bewerbungsgespräch mit Herrn B, Mitarbeiter der Antragsgegnerin und Sohn der Geschäftsführerin, stattgefunden. Aus der Sicht der Antragstellerin sei bei diesem Gespräch von Seiten Herrn Bs bereits über konkrete Inhalte des Arbeitsvertrages diskutiert worden. Es sei eine Vereinbarung über das Ausmaß und die Lage der Normalarbeitszeit sowie über das Monatsnettoeinkommen getroffen worden. Konkret sei auf die Ausschreibung Bezug genommen worden, die eine Mindestentgeltangabe von 800,-- Euro enthalten habe. Herr B habe auf Nachfrage festgehalten, dass dies als Bruttobetrag zu verstehen sei. Die Antragstellerin habe versucht, 1.000,-- Euro zu verhandeln, man habe sich allerdings zunächst auf 800,-- Euro netto geeinigt und offen gelassen, ob es bei besonders guter Leistung zukünftig ein höheres Gehalt geben könne. Es seien außerdem Arbeitsaufgaben besprochen worden, und Herr B habe mitgeteilt, dass es eine Einschulungsphase geben werde, bei der im Zuge einer „Kundenbereinigung“ gleich die Möglichkeit gegeben werden solle, dass die Antragstellerin alle Kundinnen / Kunden kennenlerne. Bezüglich der Arbeitszeit sei besprochen worden, dass die Antragstellerin zwar vier Tage vorziehen würde, Herr B jedoch fünf Tage von 8 – 12 Uhr bevorzugen würde. Herr B habe mitgeteilt, dass die Antragstellerin die Stelle antreten könne. Die Antragstellerin habe jedoch um kurze Bedenkzeit gebeten, da sie noch die Kinderbetreuung mit den Arbeitszeiten ihres Mannes vereinbaren müsste. Nach einem Gespräch mit dem Arbeitgeber ihres Mannes und der daraus resultierenden Änderung bei dessen Dienstzeit, habe die Antragstellerin Herrn B am 3. September 2012 per E-Mail mitgeteilt, dass sie die angebotene Stelle annehmen möchte und am 10. September 2012 den Dienst antreten könne. Daraufhin sei sie von Herrn B per E-Mail gebeten worden, erneut ins Büro zu kommen, um „Details zu klären (z. B. Arbeitsvertrag)“. Die Antragstellerin sei am 5. September 2012 wie vereinbart im Büro erschienen, in der Annahme, nun den Arbeitsvertrag zu unterfertigen. Tatsächlich habe Herr B aber ein weiteres Bewerbungsgespräch mit ihr durchgeführt, was sie einigermaßen verwundert habe. Er sei mit ihr ihren Lebenslauf durchgegangen und habe ihr dieselben Fragen wie beim ersten Gespräch gestellt. Die Antragstellerin habe das Gefühl gehabt, er wolle sie einschüchtern, indem er ihr verdeutlicht habe, wie flexibel die Arbeitszeiten wären und dass mitunter auch an Nachmittagen einige Überstunden zu leisten wären, wohlwissend, dass dies auf Grund der Kinderbetreuungspflichten ein Problem für die Antragstellerin darstellen könnte. Im Erstgespräch am 27. August 2012 sei dies nicht thematisiert worden. Herr B habe sie außerdem gefragt, wann und ob sie vorhabe, wieder schwanger zu werden, und erklärt, dass eine Karenzzeit von zwei Jahren bei ihnen nicht möglich wäre, weil dies den finanziellen Ruin des Unternehmens bedeuten würde.

Die Antragstellerin habe darauf hingewiesen, dass sie angenommen hätte, das Treffen diene der Unterzeichnung des Arbeitsvertrages, worauf Herr B entgegnet habe, er müsse diesen erst aufsetzen und sie würde ihn per E-Mail erhalten.

Noch am selben Tag habe Herr B ihr telefonisch mitgeteilt, dass die Wahl doch auf eine andere Bewerberin gefallen sei.

In der auf Ersuchen des Senats I der GBK von der Antragsgegnerin übermittelten Stellungnahme bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Die Antragstellerin sei nicht deshalb nicht angestellt worden, weil die Antragsgegnerin diskriminierend vorgegangen wäre, sondern weil eine andere Bewerberin für die ausgeschriebene Stelle wesentlich besser geeignet gewesen sei. Die Antragsgegnerin weise darauf hin, dass anstelle der Antragstellerin eine Bewerberin aufgenommen worden sei, die jünger (Jahrgang 1981) und ebenfalls Mutter sei. Von einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts könne daher keinesfalls die Rede sein.

Weiters weise die Antragsgegnerin den Vorwurf entschieden von sich, dass Herr B, Sohn der Geschäftsführerin, die Antragstellerin gefragt hätte, wann und ob sie vorhabe, wieder schwanger zu werden. Die Geschäftsführerin der Antragsgegnerin, Frau C, würde eine solche Fragestellung niemals erlauben oder dulden. Der Familienstand bzw. das Geschlecht oder die Familienplanung der Antragstellerin habe keinerlei Einfluss auf die Entscheidung der Geschäftsführung gehabt, sondern ausschließlich fachliche Eignung und Berufserfahrung. Die Antragstellerin selbst habe fast ein halbes Jahr lang nicht behauptet, dass solche oder ähnliche Fragen gestellt worden wären oder sie diskriminierend behandelt worden wäre. Erst nach fünf Monaten, im Februar 2013, sei diese Behauptung der Diskriminierung mit der entsprechenden Geldforderung plötzlich aufgestellt worden.

Weiters weise die Antragsgegnerin darauf hin, dass sich für die ausgeschriebene Stelle als Sekretärin insgesamt ca. 60 Bewerber/innen (Frauen und Männer) gemeldet hätten und naturgemäß Bewerbungsgespräche zeitgleich mit der von der Antragstellerin abgegebenen Bewerbung abgewickelt worden seien. Die Frau, die angestellt worden sei, sei als besser geeignet befunden worden als alle anderen Frauen und Männer, die sich beworben haben.

Sollte durch den E-Mail-Verkehr allenfalls der Eindruck einer fixen Aufnahme erweckt worden sein, sei dies unbeabsichtigt gewesen und tue der Antragsgegnerin leid, sie weise jedoch darauf hin, dass die Antragstellerin definitiv darüber informiert gewesen sei, dass sie nicht die einzige Bewerberin gewesen sei.

Die Antragstellerin gab in der mündlichen Befragung an, dass sie das erste Gespräch am 27. August 2012 als sehr positiv empfunden habe. Auch Herr B sei sehr positiv angetan gewesen. Er habe zu ihr gesagt, dass sie von seiner Seite aus beginnen könnte. Da sei noch keine Rede von einer Rücksprache mit seiner Mutter gewesen. Sie habe um Bedenkzeit bis Ende der Woche gebeten. Er habe sie zwischenzeitlich per Mail gefragt, ob sie sich schon entschieden hätte. Sie habe sich dann am Montag entschieden, die Stelle anzunehmen. Die Reaktion von Herrn B sei in die Richtung gegangen, dass es ihn freue, diese Entscheidung zu hören. Beim zweiten Gespräch habe er ihr die gleichen Fragen wie beim ersten Bewerbungsgespräch gestellt. Sie habe versucht, höflich zu vermitteln, dass die Fragen von ihm bereits gestellt worden seien. Er habe mehrere Male nachgefragt, ob sie rauchen würde. Dann habe er damit angefangen – es sei ihr wie eine Einschüchterungsmaßnahme vorgekommen –, dass die Arbeitszeit auch am Nachmittag ausgeweitet werden könnte, und wie sie dazu stehe. Sie habe das Gefühl gehabt, dass er ihr das Ganze irgendwie ausreden habe wollen. Er habe ihr scheinbar irgendwie Angst machen wollen, dass diese Arbeit nicht

dafür spreche, dass sie sie annehme. Zu seiner Frage, ob sie wieder schwanger werden würde, habe er noch gesagt, dass das überhaupt nicht gehen würde. Man könne nicht zwei Jahre in Karenz bleiben. Das würde für seine Firma den Ruin bedeuten. Die Mitarbeiterinnen, die schwanger geworden seien, seien in der Karenz arbeiten gekommen. Sie habe ihm darauf gesagt, dass ihre Familienplanung abgeschlossen sei. Es könne auch sein, dass sie gesagt habe, dass er diese Frage gar nicht stellen dürfe.

Bei diesen Gesprächen sei Frau C nicht anwesend gewesen. Ob Frau C hätte mithören können, könne die Antragstellerin nicht sagen. Herr B habe sein Büro neben dem Büro von Frau C gehabt. Sie wisse nicht, ob die Tür offen oder geschlossen gewesen sei, jedenfalls habe es einen Durchgang gegeben. Er habe gemeint, dass er das Ganze mit den Bewerbungen machen würde, seine Mutter wäre eigentlich nie da. Er habe dann aber gemeint, dass am Vortag eine andere Bewerberin gekommen wäre. Er selbst wäre zwar für die Antragstellerin, müsste dies jedoch noch mit seiner Mutter besprechen und würde sich danach melden. Das Gespräch sei sehr abschreckend bzw. einschüchternd gewesen. Mit Frau C habe sie kein Gespräch gehabt.

Die Absage sei durch Herrn B gekommen. Er habe gemeint, er wisse nicht, wie es dazu gekommen sei, allerdings müsste er ihr absagen. Er habe sich mehr oder weniger auf seine Mutter ausgedet. Gefragt, ob möglicherweise ihre „Überqualifikation“ ein Problem bezüglich dieser Bewerbung dargestellt haben könnte, gab die Antragstellerin an, dass sie Magistra der Betriebswirtschaft sei. Im ersten Moment habe sie an eine gewisse Überqualifikation gedacht, da es sich um eine Sekretärinnenstelle gehandelt habe. Die Position habe aber in ihre damalige Lebenssituation gepasst. Sie habe ein Kind, das nicht einmal drei Jahre alt gewesen sei. Sie seien zudem mitten im Hausbau gesteckt. Es wäre ein Job gewesen, für den sie nicht weit hätte fahren müssen und der sie nicht überfordert hätte. Sie hätte alles mit „Kind und Kegel“ in Einklang bringen können. Vom Themengebiet sei es zudem gar nicht so uninteressant gewesen, da es sich um die Tourismusbranche gehandelt habe. Sie habe bei ihrer Ausbildung Schwerpunkte im Bereich Tourismus gesetzt. Mit dem Programm BMD könne sie nichts anfangen. Dieses Buchhaltungs- und Bilanzprogramm sei auch nicht bei ihr nachgefragt worden. In der Ausschreibung seien allgemeine EDV-Kenntnisse gestanden.

Frau C, Geschäftsführerin der Antragsgegnerin, brachte vor, dass es für den Posten viele Bewerber/innen gegeben habe. Letztlich komme es darauf an, was für eine Firma ausschlaggebend sei. Dem Lebenslauf der Bewerberin, die schließlich genommen worden sei, seien viel mehr Fähigkeiten und Skills zu entnehmen. Diese habe länger bei den Firmen gearbeitet, habe dort mehr Sachen erledigt, so etwa über einen Zeitraum von 2003 bis 2011 beinahe Managertätigkeiten durchgeführt, und sei zudem bei einem Unternehmen, das ebenfalls mit Booten handle, tätig gewesen. Das bedeute für die Antragsgegnerin, dass die Bewerberin es gewohnt sei, mit Leuten und Lieferanten zu arbeiten.

Frau C gab an, sie sei bei den Bewerbungsgesprächen dabei gewesen. Wie es auch in anderen Firmen üblich sei, führten sie mehrere Gespräche mit Bewerbern. Zuerst erklärten sie, was die Antragsgegnerin tue, dann fragten sie nach den Vorstellungen der Bewerber/innen. Man schaue, wer übrig bleibe, dann gehe man in die nächste Phase. Gefragt nach der Atmosphäre bei dem Gespräch mit der Antragstellerin gab Frau C an, dass es keine schlechte Atmosphäre zwischen ihnen gewesen sei. Es sei ein ganz normales Gespräch gewesen. Sie

hätten zuerst gesagt, was sie machten und erklärt, wie sie arbeiteten. Die Antragstellerin habe ihnen dann erzählt, dass sie auf ihren Mann sehr Rücksicht nehmen müsse. Sie habe quasi indirekt gefragt, ob auch sie darauf Rücksicht nehmen würden. Von Seiten der Antragsgegnerin sei das kein Problem gewesen. Sie hätten auch nach diesem Gespräch überhaupt kein ungutes Gefühl gehabt, jedoch die andere Bewerberin genommen, weil sie für das Unternehmen besser sei.

Zum E-Mail-Verkehr zwischen Herrn B und der Antragstellerin bezüglich allfälliger Abklärung von Details und Dienstantritt führte Frau C aus, dass ihr Sohn Wirtschaft und Mathematik studiert habe. Sie selbst habe Physik studiert. Sie würden sich wahrscheinlich nicht sehr geschliffen ausdrücken. Sie habe aber die Antragstellerin sicherlich nicht in irgendeiner Weise diskriminieren wollen. Die Rückantwort vom 4. September 2012 habe sich auf den Eintritt in eine weitere Gesprächsphase bezogen. Die Nachfrage von ihrem Sohn sei dahingehend gewesen, ob die Antragstellerin alles mit ihrem Mann geklärt habe, ob sie diesen Posten annehmen könnte. Dies habe sie bejaht. In der weiteren Phase würden dann weitere Details besprochen. Bei der Antragsgegnerin gebe es nur schriftliche Arbeitsverträge.

Gefragt, wieso man sich in dieser Phase nicht bereits für die andere Bewerberin entschieden habe, wenn sie besser gepasst habe, entgegnete Frau C, dass es bei ihnen am Land so üblich sei, dass man mehrere Gespräche führe. Die andere Bewerberin habe besser gepasst. Das habe sich aus den weiteren Gesprächen ergeben.

Zum Vorwurf, Herr B habe gegenüber der Antragstellerin mündlich festgehalten, dass eine Karenzzeit von zwei Jahren schwierig sei, und zudem gefragt, ob sie noch ein weiteres Kind plane, führte die befragte Auskunftsperson aus, dass sie sich nicht vorstellen könne, dass so etwas gefallen sei. Er habe sicherlich keine Äußerung in die Richtung gemacht, dass eine Karenz von zwei Jahren in der Firma unmöglich sei. Er hat selbst mittlerweile ein kleines Kind. Sie sei bei beiden Gesprächen im Nebenraum gewesen. Die Tür sei offen gestanden. Sie schließe vollkommen aus, dass er die Antragstellerin irgendetwas über Schwangerschaft und Karenz gefragt habe. Die Entscheidung bezüglich der Personalaufnahme hätten ihr Sohn und sie gemeinsam getroffen. Gefragt, ob es für ihr Unternehmen problematisch wäre, wenn jemand zwei Jahre durchgehend in Karenz wäre, hielt Frau C fest, dass die andere Bewerberin in den letzten zwei Jahren Pech gehabt und in einen langen Krankenstand gehen habe müssen. Dann sei noch dazu ihr Kind krank geworden, weshalb sie die letzten vier, fünf Monate sehr viel weg gewesen sei.

Herr Mag. B, Gesellschafter der Antragsgegnerin, bejahte die Frage, ob es bei der Antragsgegnerin üblich sei, dass man mehrmals mit den Bewerberinnen und Bewerbern spreche. Dem Vorhalt, dass auf Grund des E-Mail-Verkehrs zwischen ihm und der Antragstellerin davon ausgegangen werden konnte, dass die Jobentscheidung für die Antragstellerin durchaus schon konkret gewesen sei, hielt er entgegen, dass es für ihn nichts Relatives gebe, entweder sie sei angestellt oder nicht. Er habe sie ganz sicher nicht angestellt. Er habe ihr auch nicht gesagt, dass sie angestellt sei. Seine Frage, wie denn nun ihre Entscheidung ausgefallen sei, sei wahrscheinlich darauf gerichtet gewesen, ob sie es jetzt wirklich machen möchte. Er wisse nur mehr, dass es zeitlich für sie etwas problematisch gewesen sei.

Zum E-Mail vom 4. September 2012 gab die befragte Auskunftsperson an, dass es von Seiten der Antragstellerin sehr konkret geklungen habe, als hätte sie den Job haben wollen. Es sei sicherlich von seiner Seite noch keine endgültige Entscheidung gewesen. Zu seiner Formulierung, dass man sich wegen Details („zB Arbeitsvertrag“) treffen habe wollen, hielt Herr Mag. B fest, dass er diese nicht eigenartig finde. Vielleicht hätte er das Ganze anders formulieren sollen, er habe sich dabei aber nichts Böses gedacht. Er habe mit ihr über den Arbeitsvertrag geredet, so wie er das mit jeder mache. Er müsse diesen ja vorher herzeigen. Man einige sich über gewisse Dinge und dann unterschreibe man den Vertrag. So werde bei jedem vorgegangen. Der Arbeitsvertrag werde erst aufgesetzt, nachdem er besprochen worden sei. Für ihn sei es noch kein Arbeitsvertrag, bevor nicht alles abgeklärt sei. Es sei ja noch nichts unterschrieben gewesen. Das sei bis jetzt für alle Mitarbeiter klar gewesen.

Gefragt, ob er im zweiten Gespräch die Antragstellerin darauf angesprochen habe, ob sie noch ein zweites Kind plane, führte Herr Mag. B aus, dass er sich das niemals trauen würde. Das gehe ihn nichts an. Seine Mitarbeiterin habe zwei Kinder, worüber er sich freue. Über Karenz habe er sicher nicht gesprochen. Das interessiere ihn nicht.

Wieso man sich letztlich nicht für die Antragstellerin entschieden habe, war Herrn Mag. B nicht erinnerlich. Er wisse aber, wieso er sich für die andere Bewerberin entschieden habe. Sie sei ihm besser qualifiziert vorgekommen. Er sei über diese Entscheidung sehr froh, weil sie sehr gut arbeite. Die Entscheidung habe er auch nicht allein getroffen. Das mache er nie. Die ersten paar Gespräche führe immer er. Manchmal gebe es ein, zwei oder drei Probetage. Dann setze man sich zusammen und der Arbeitsvertrag werde besprochen. Dann treffe man die Entscheidung. Wer mit allem einverstanden sei, was sie vorschlagen, werde angestellt. Die Gespräche mit der anderen Bewerberin seien sicherlich überlappend passiert. Er könne nicht mehr genau sagen, wann sich die andere Stellenwerberin beworben habe. Er habe über mehrere Monate mit zig Damen geredet. Mit der Person, für die sie sich entschieden haben, habe man sich dann zusammengesetzt und einen Arbeitsvertrag gemacht.

Gefragt nach dem wichtigsten Aufgabenbereich der ausgeschriebenen Stelle gab Herr Mag. B an, dass es ihm ganz wichtig sei, dass die Person ordentliche Formulierungen und Antworten schreiben könne, mit den Leuten alles ordentlich abklären könne, organisiert sei, ordentlich arbeite. Mit dem Computer müsse man natürlich arbeiten können. Die Frage, ob Kenntnisse über das BMD Programm Voraussetzung für den Posten gewesen seien, beantwortete Herr Mag. B dahingehend, dass er sich natürlich freue, wenn eine Bewerberin entsprechende Kenntnisse habe. In Wirklichkeit gehe es darum, was sich diese Person zutraue. Aus diesem Grund rede er auch öfters mit allen. Er wisse jetzt nicht, ob die andere Bewerberin bereits dieses Programm gekannt und beherrscht habe. Sie hätte das sicherlich auch bei der Antragsgegnerin gelernt. Das BMD-Programm sei speziell auf die Antragsgegnerin zugeschnitten. Bei der Einstellung sei es so, dass jemand von BMD vorbeikomme und eine Einschulung mache.

Rechtliche Überlegungen

Gemäß § 3 Z 1 GIBG darf auf Grund des Geschlechtes, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand, im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses.

Die Formulierung „bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses“ beschränkt sich nicht auf die konkrete Entscheidung über die Einstellung, sondern erfasst auch Benachteiligungen im Rahmen des idR vorausgehenden Auswahlverfahrens. Für die Beurteilung einer Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses ist somit auf verschiedene, dem Vertragsabschluss „vorgelagerte“ bzw. diesen „vorbereitende“ Verhaltensweisen des Arbeitgebers / der Arbeitgeberin oder für diese / diesen handelnder Personen Bedacht zu nehmen (Vertragsanbahnung).²

In der Novelle 2004 wurde in § 3 GIBG die Wortfolge „insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- und Familienstand“ aufgenommen. Dadurch wurde unter anderem klargestellt, dass der Umstand, ob man Kinder hat, bei Maßnahmen im Anwendungsbereich des GIBG nicht zum Anlass für Benachteiligungen genommen werden darf.³

Insoweit sich die betroffene Person auf einen Diskriminierungstatbestand iSd §§ 3, 4, 6 oder 7 GIBG beruft, hat sie diesen gemäß § 12 Abs. 12 GIBG glaubhaft zu machen. Dem / Der Beklagten obliegt es bei Berufung auf §§ 3 oder 4 zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes, vom / von der Beklagten glaubhaft gemachtes, Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder das andere Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist oder ein Rechtfertigungsgrund iSd § 5 Abs. 2 vorliegt.

Eine Bezugnahme auf eine mögliche zukünftige Schwangerschaft einer Stellenwerberin im Zuge des Bewerbungsverfahrens, wodurch bei dieser der Eindruck erweckt wird, der Familienstand habe zumindest mit eine Rolle gespielt bei der Nichtberücksichtigung ihrer Bewerbung, ist unter den Tatbestand der Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes, insbesondere des Familienstandes, bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 GIBG zu subsumieren.

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung der Vorwürfe der Antragstellerin ein Ermittlungsverfahren iSd GBK/GAW-Gesetzes durch.

Dem erkennenden Senat erschien die Aussage der Antragstellerin glaubhaft, Herr Mag. B habe sie im Zuge des zweiten Gespräches am 5. September 2012 gefragt, ob sie wieder schwanger werden wolle, und den Umstand thematisiert, dass eine zweijährige Karenz für das Unternehmen nicht möglich sei. Diese Äußerung hat bei der Antragstellerin den Anschein erweckt, dass ihr Familienstand – zumindest im Sinne eines Motivbündels⁴ – jedenfalls mit eine Rolle bei der Nichtberücksichtigung ihrer Bewerbung gespielt hat. Schon diese

² Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 3 Rz 13.

³ Vgl. RV 307 BlgNR 22. GP 10.

⁴ OGH 2.4.2009, 8 ObA 8/09y.

Äußerung im Zuge des Bewerbungsgesprächs an sich stellt daher eine Diskriminierung der Antragstellerin bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses iSd § 3 Z 1 GIBG dar.

Sobald bei Ablehnung einer Bewerbung glaubhaft der Anschein entstanden ist, dass sie wegen eines im GIBG geschützten Merkmals – wie des Geschlechts des Stellenwerbers / der Stellenwerberin – erfolgt ist, muss im Sinne der Beweislastverteilung gemäß dem GIBG der / die Arbeitgeber/in einen nachvollziehbaren Eindruck vermitteln, aus welchen sachlichen Gründen der / die Bewerber/in für eine Stelle nicht in Frage gekommen ist.

Die Tatsache, dass auch die erfolgreiche Bewerberin Kinder hat, ist nach Ansicht des erkennenden Senates insofern noch nicht Beweis dafür, dass die Antragsgegnerin diskriminierungsfrei agiert hat, als – den Realitäten der Arbeitswelt folgend – davon ausgegangen werden kann, dass ein / eine Arbeitgeber/in bei einer Bewerberin mit zwei Kindern eher eine abgeschlossene Familienplanung annimmt als bei einer Bewerberin mit einem Kind.

Die Frage nach einer geplanten weiteren Schwangerschaft der Antragstellerin im Zuge des Aufnahmeverfahrens lässt vermuten, dass die Antragsgegnerin ihre Entscheidung – zumindest unter anderem – von diesem Umstand abhängig machen wollte. Die gegenteilige Argumentation der Antragsgegnerin, dass ausschließlich die Qualifikation der anderen Bewerberin, die bereits Kenntnisse des BMD-Programms vorweisen konnte, ausschlaggebend dafür war, dass diese die Stelle erhielt, erscheint auf Grund der widersprüchlichen Angaben der befragten Auskunftspersonen hinsichtlich der Wichtigkeit bereits bestehender Kenntnisse dieses Programms (vgl. Aussage von Frau C vom 14. Oktober 2015 einerseits und Aussage von Herrn Mag. B vom 11. November 2015 andererseits; vgl. auch das Stellenangebot) unglaubwürdig und als Schutzbehauptung. In diesem Zusammenhang sei auch auf den E-Mail-Verkehr zwischen der Antragstellerin und Herrn Mag. B im Zeitraum 30. August bis 4. September 2012 verwiesen, zu welchem die letztlich abschlägige Entscheidung am 5. September 2012 einen nicht nachvollziehbaren Bruch darstellt (vgl. Beilage ./3 zum Verlangen der GAW vom 27. Februar 2013 und Beilage ./4 zum Schreiben der GAW vom 5. November 2015).

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs. 12 GIBG gelangte der erkennende Senat daher zu der Ansicht, dass es der Antragsgegnerin nicht gelungen ist, zu beweisen, dass für die Nichtberücksichtigung der Bewerbung der Antragstellerin ausschließlich sachliche Gründe, die nicht geeignet waren, die Antragstellerin zu diskriminieren, ausschlaggebend waren.

Es liegt somit eine **Diskriminierung** bei der **Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 1 GIBG** vor.

Vorschlag

Gemäß **§ 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz** hat der Senat, wenn er der Auffassung ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, dem / der Arbeitgeber/in schriftlich einen Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes zu übermitteln und ihn / sie aufzufordern, die Diskriminierung zu beenden. Für die Umsetzung des Vorschlags ist eine Frist von zwei Monaten zu setzen. Wird einem Auftrag nach Abs. 3 nicht entsprochen, kann

gemäß **§ 12 Abs. 4 GBK/GAW-Gesetz** jede der im jeweiligen Senat vertretenen Interessensvertretungen beim zuständigen Arbeitsgericht oder Zivilgericht auf Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes klagen.

Da der Senat I der GBK zur Auffassung gelangt ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, wird seitens des erkennenden Senates gemäß § 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz die **Antragsgegnerin, X GmbH**, aufgefordert, die Diskriminierung zu beenden, und wird folgender **Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes** erteilt:

Leistung eines angemessenen Schadenersatzes.

Wien, 11. November 2015

Ass.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Barbara Beclin
Vorsitzende des Senates I der GBK