

Senat I der Gleichbehandlungskommission**Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz****(BGBl. I Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 98/2008)**

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 19. Jänner 2010 über den am 2. Juli 2008 eingelangten Antrag von der Kammer für Arbeiter und Angestellte für ... (AK ...) für **Frau A** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bei der **Begründung eines Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 1 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) durch die **X GmbH** sowie durch eine **geschlechtsbezogene Belästigung** gemäß **§ 7 Abs. 1 Z 1 GIBG** durch **Herrn B** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK-/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008), zu folgendem

Prüfungsergebnis:

- 1. Der Senat I der GBK gelangt zur Auffassung, dass Frau A auf Grund des Geschlechtes bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses durch die X GmbH gemäß § 3 Z 1 GIBG diskriminiert worden ist.**
- 2. Weiters kommt der Senat I der GBK zur Ansicht, dass Frau A nicht durch Herrn B gemäß § 7 Abs. 1 Z 1 GIBG belästigt worden ist.**

Entscheidungsgründe:

Im Antrag der AK ... wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Antragstellerin durch den Geschäftsführer der Antragsgegnerin, Herrn B, aus einem aufrechten Arbeitsverhältnis abgeworben worden sei. Ab August 2007 habe es intensive Vorverhandlungen gegeben und am 4. Jänner 2008 sei es zur Unterzeichnung des Arbeitsvertrages gekommen. Herr B sei in der 4. Kalenderwoche sogar nach ... gekommen, weil die Antragstellerin einen Dienstwagen aussuchen sollte. Die Antragstellerin habe ihren bisherigen Arbeitsplatz gekündigt, weil sie der Annahme gewesen sei, dass sie ab 1. April 2008 eine fixe Zusage für den Arbeitsantritt bei der Antragsgegnerin ge-

habt habe. Auch ihre Wohnung in ... habe sie aus diesem Grund gekündigt, habe aber die Wohnungskündigung rückgängig machen können, weil der Vermieter noch keinen Nachmieter gefunden habe. Die Antragstellerin habe sich zeitgleich bei Y als Marketingmanagerin beworben. Die Antragstellerin habe für diese Arbeitsstelle eine fixe Zusage gehabt. Da sie jedoch der Antragsgegnerin und Herrn B im Wort gewesen sei und Herr B intensiv um sie geworben habe, habe sie bei Y abgesagt. Dieser Vorgang könne seitens Y bestätigt werden. Im Vorfeld dieses Arbeitsverhältnisses sei die Antragstellerin im Zeitraum vom 30. Jänner 2008 bis zum 1. Februar 2008 zu einem so genannten ...kongress nach ... eingeladen worden. Dieser so genannte ...kongress sei mit einem Betriebsausflug kombiniert worden. Die Antragstellerin hätte anlässlich dieses Termins das Team, mit dem sie zukünftig zusammen arbeiten sollte, kennenlernen sollen. Nach Einschätzung der Antragstellerin sei diese Treffen gut verlaufen. Sie habe zu ihren zukünftigen Kollegen sehr gute Gesprächskontakte herstellen können. Da die Antragstellerin im Bereich Marketing und Vertrieb arbeiten hätte sollen, also im selben Arbeitsbereich wie Herr C (Bruder des Geschäftsführers), habe sie bei diesem Treffen zu ihm einen intensiveren Kontakt als zu den anderen Teammitgliedern gehalten. Am 6. Februar 2008 habe die Antragstellerin von Herrn B, dem Geschäftsführer, einen Anruf erhalten. Er habe ihr mitgeteilt, dass das Team von der Antragstellerin nicht überzeugt wäre und dass er annehme, die Antragstellerin wäre zu jung und zu hübsch, um ein so hochtechnologisches und komplexes Produkt in eine so harte Branche hinaustragen zu können. Es würde befürchtet, dass die Antragstellerin das Unternehmen nicht mit der nötigen Ernsthaftigkeit repräsentieren könne. Am 8. Februar 2008 sei der Antragstellerin von Herrn B mitgeteilt worden, dass sich das Team eine Unterstützung der Antragstellerin doch vorstellen könne, allerdings zu anderen Vertragsbedingungen. Sie sollte von ihrem bereits unterschriebenen Vertrag zurücktreten und den so genannten Junior-Vertrag akzeptieren. Sie hätte damit statt der vereinbarten € 2.500,- netto nur mehr rund € 1.750,- netto verdient und auch keinen Dienstwagen zur Verfügung gestellt bekommen. Die Antragstellerin hätte jedoch ohne Dienstwagen unmöglich von ... nach ... gelangen und daher auch ihre Arbeit nicht so verrichten können, wie dies erforderlich wäre. Auch sollten sich ihre Aufgabengebiete verändern. Die Antragstellerin hätte auch andere Produkte vertreiben und dadurch ein größeres Arbeitsvolumen für eine geringere Bezahlung bewältigen sollen. Herr B habe die Bemerkung gemacht, dass die Antragstellerin das männliche Team von ihrer Tüchtigkeit überzeugen solle. Gleichzeitig habe er

aber durchklingen lassen, dass er nicht glaube, dass ein Arbeitsantritt in der Firma noch Sinn mache, weil er seine „Pappenheimer“ kennen würde. Anlässlich des letzten Telefonats habe Herr B nochmals mitgeteilt, dass es keinen Sinn machen würde für die Antragsgegnerin zu arbeiten, obwohl er nach wie vor von der Antragstellerin überzeugt wäre und er immer noch zu ihr stünde. Er könne sie gerne zu einem anderen Betrieb weiterempfehlen und wolle nicht, dass sie in ein schwarzes Loch falle. Schließlich habe Herr B der Antragstellerin einen Geldbetrag (Ablöse) angeboten, wobei sich die Höhe nach der Leistungsfähigkeit der Firma richten sollte. Er habe sich nach der Höhe des Arbeitslosengeldes der Antragstellerin erkundigt und habe die Lohnunterlagen ihres letzten Arbeitgebers einsehen wollen. Die Antragstellerin habe eine Summe genannt, worauf sich jedoch Herr B nicht mehr bei ihr gemeldet habe. Am 1. April 2008 hätte die Antragstellerin gemäß dem vorliegenden, unterschriebenen Arbeitsvertrags den Dienst antreten sollen. Die Antragstellerin habe immer wieder nachgefragt, ob sie den Dienst antreten solle, Herr B sei für sie jedoch nicht zu sprechen gewesen. Nachdem sie Herrn B nicht erreicht hätte, habe sie einen Freund, Herrn Mag. D, ersucht, Herrn B anzurufen um nachzufragen, ob sie den Dienst antreten müsse. Dies sei jedoch von Herrn B verneint worden. Weil sich Herr B nicht gemeldet und keine Zusage für einen Dienstantritt gemacht hätte, habe die Antragstellerin den Dienstantritt nicht verwirklichen können.

In der auf Ersuchen von Senat I der GBK übermittelten Stellungnahme der Antragsgegnerin, X GmbH, bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe und trat diesen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Richtig sei, dass die Antragsgegnerin eine Planstelle im Bereich Vertrieb besetzen habe wollen und dass die Antragstellerin dazu einen Arbeitsvertrag unterschrieben habe.

Nicht richtig sei, dass die Antragsgegnerin die Antragstellerin massiv aus einem bestehenden Arbeitsverhältnis abgeworben habe. Auf Grund privater Kontakte zu der Antragstellerin hätte die Antragsgegnerin die Information gehabt, dass die Antragstellerin auf der Suche nach einer neuen Arbeitsstelle sei. Mehrere positiv verlaufene Besprechungen im 2. Halbjahr 2007 hätten die Antragsgegnerin veranlasst der Antragstellerin diese Position ab 1. April 2008 anzubieten. Die Antragstellerin habe während dieser Besprechungen mehrmals signalisiert, dass sie auch gerne früher,

z.B. ab Januar oder Februar 2008 das Arbeitsverhältnis mit der Antragsgegnerin begründet hätte.

Betreffend der Behandlung anderer sehr attraktiver Stellenangebote habe Herr B am Beispiel „Marketingleitung für Y“ im September 2007 der Antragstellerin angeraten diese Position anzunehmen, da in Richtung Ihrer Planstelle für die Antragsgegnerin a.) noch gewisse Voraussetzungen zu schaffen gewesen seien und b.) die Antragsgegnerin flexibel in der Besetzung dieser Planstelle gewesen sei. Explizit habe die Antragsgegnerin der Antragstellerin angeboten durchaus auch nach einem Wechsel zu einem anderen Unternehmen in Kontakt zu bleiben und dieses Arbeitsverhältnis auch zu einem späteren Zeitpunkt zu begründen.

Der sogenannte ...kongress in ... sei eine Veranstaltung eines der weltweit anerkanntesten Experten zum Thema ..., Professor E von der Universität ..., gewesen. Die Veranstaltung sei monatelang vom wissenschaftlichen Leiter der Antragsgegnerin, Herrn Dr. F, und Herrn Professor E konkret auf die Anforderungen der Antragsgegnerin hin vorbereitet worden. Die Antragsgegnerin habe entschieden, dass alle Mitarbeiter/innen an diesem Seminar teilnehmen und deshalb auch die neuen Mitarbeiter/innen eingeladen würden an dieser Veranstaltung teilzunehmen. Um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass auch nicht technisches Personal an diesem Seminar teilnehmen würde, habe sich Herr Professor E bemüht Geschichte, Gegenwart und Zukunft der ... auch für Nicht-Techniker/innen verständlich zu vermitteln. Hauptziel der Veranstaltung für die Antragsgegnerin sei es gewesen, fachlich für alle Mitarbeiter/innen die Basis für eine verbesserte Kommunikation und Zusammenarbeit innerhalb des Unternehmens zu legen. Von Anfang an sei klar gewesen, dass für neue Mitarbeiter/innen und Nicht-Techniker/innen diese Veranstaltung anstrengend sein würde. Zweites Ziel der Veranstaltung sei es gewesen, dieses Seminar dazu zu benutzen, dass sich das Team besser kennenlerne. Sie seien am Mittwoch, den 30. Jänner 2008 um 14.00 Uhr von ... mit dem Bus nach ... gefahren und die Rückreise sei am Freitagabend erfolgt.

Der erste Abend in ... sei sehr positiv bis gegen Mitternacht verlaufen, als die Gesellschafterkollegen Herr G und Herr F und Herr B die Kollegen freundlich zur Nachtruhe aufgefordert hätten. Die Mehrheit der Kolleginnen und Kollegen seien dieser Aufforderung gefolgt. Einige, darunter die Antragstellerin seien wesentlich später ins Hotel gekommen. Der erste Tag des Seminars habe die volle Konzentration der Teilnehmer/innen erfordert und sei wie erwartet sehr anstrengend gewesen. Während dieses

Tages habe die Antragstellerin bereits zu erkennen gegeben, dass sie sich lieber der privaten Kommunikation mit den jungen Kollegen als mit der fachlichen Thematik der Veranstaltung widmen würde. An diesem Abend habe es ein Arbeitsessen in einem Restaurant in ... gegeben, an dem auch Herr Professor E teilgenommen habe. Die private Kommunikation zwischen der Antragstellerin und Herrn H (Werkstudent mit Zusage auf Diplomarbeit bei der Antragsgegnerin) habe an diesem Abend eine Lautstärke und ein inhaltliches Niveau erreicht, dass das Arbeitsgespräch mit Herrn Professor E am gleichen Tisch mehrmals empfindlich gestört worden sei. Trotz mehrerer Ermahnungen habe sich das Verhalten nicht gebessert. Herr H habe sogar den Gesellschafter, Herrn G, beleidigt. Nachdem sich Herr Professor E gegen 23.00 Uhr verabschiedet hätte, habe es eine Diskussion mit den Gesellschafterkollegen gegeben, mit dem Ergebnis, dass das Angebot für Herrn H, die Diplomarbeit bei der Antragsgegnerin im Haus zu machen, zurückgezogen werden würde. Um weitere Eskalationen zu vermeiden, habe Herr B das gesamte Team gebeten, nicht zu spät ins Bett zu gehen und habe mit seinen Gesellschafterkollegen und einem kleinen Teil der Mannschaft das Restaurant in Richtung Hotel verlassen. Am nächsten Morgen sei um 8.00 Uhr Treffpunkt zum Frühstück vereinbart gewesen. Die Antragstellerin habe Herrn B eine SMS mit dem Hinweis gesendet, es wäre später geworden und sie würde sich zum Frühstück verspäten. Herr B habe die Information von anderen Kollegen erhalten, dass Herr H, die Antragstellerin und zwei weitere Kollegen erst in den frühen Morgenstunden ins Hotel gekommen wären. Der 2. Tag des Seminars sei entsprechend verlaufen. Während andere, ebenso müde Kollegen, sicherlich auch Schwierigkeiten gehabt hätten der Veranstaltung zu folgen, sich aber bemüht und ruhig verhalten hätten, hätten sich die Antragstellerin und Herr H in die letzte Bank des Seminarraums gesetzt und wiederholt den Vortrag gestört, was mehrere Ermahnungen zur Folge gehabt habe. Zu diesem Zeitpunkt sei für die Mehrheit der Mannschaft bereits klar gewesen, dass dieses Verhalten Konsequenzen haben würde. Die zukünftigen Kollegen/innen hätten sich von der Antragstellerin und Herrn H abgewandt, und damit klar signalisiert, dass sie sich von dem gezeigten Verhalten der beiden distanzieren würden.

Bereits während der Rückfahrt von ... im Bus habe Herr B mit seinen Gesellschafterkollegen und leitenden Mitarbeitern das Resümee aus der Veranstaltung gezogen. Die Beurteilung sei ausgesprochen positiv gewesen, die gesetzten Ziele seien erreicht worden mit dem Wehrmutstropfen, dass von den vier neu hinzukommenden

Mitarbeitern/innen nur zwei die Erwartungshaltung erfüllt hätten. Die Antragstellerin und Herr H hätten durch ihr persönliches Verhalten enttäuscht, was eine weitere Diskussion am folgenden Montag nach sich gezogen habe. Betreffend Herrn H seien sie sich einig gewesen, dass das gezeigte Verhalten als Werkstudent und Diplomand zur Folge gehabt habe, dass sie ihr Angebot an ihn zurückziehen werden. Betreffend die Antragstellerin habe es übereinstimmend Bedenken gegeben, dass die vereinbarte Einstufung als Senior in der höchsten Gehaltsstufe der Antragsgegnerin Vorschußlorbeeren dargestellt hätten, denen sie absolut nicht gerecht geworden sei. Da die Antragstellerin auf persönliche Empfehlung von Herrn B diesen Vertrag angeboten bekommen habe, und durch seine persönliche Beurteilung ihres Potenzials bis zur Veranstaltung in ... die volle Akzeptanz der ganzen Mannschaft gehabt habe, sei er über ihr Verhalten besonders enttäuscht gewesen. Wir haben nach internen Diskussionen wie diese Planstelle zu besetzen wäre, für eine junge gut ausgebildete weibliche Mitarbeiterin entschieden, weil wir überzeugt waren, dass auch in einem technischen Umfeld Frauen mit Unterstützung des Teams das Unternehmen im Verkauf erfolgreich nach außen vertreten können. Der Antragstellerin sei es mit ihrem Verhalten während der Veranstaltung in ... „gelingen“ diese Überzeugung zu zerstören. Im Verkauf komme es im Wesentlichen darauf an, Anforderungen der Kunden und Gesprächspartner zu erkennen und die eigenen Möglichkeiten richtig einzuschätzen diese Anforderungen zu erfüllen. Die Antragstellerin habe in ... darin versagt, die an sie gesetzte Erwartungshaltung der Geschäftsleitung und zukünftiger Kollegen/innen der Antragsgegnerin zu erkennen und im Verhalten darauf richtig zu reagieren. Die zentrale Frage sei gewesen, wie die Antragstellerin die Antragsgegnerin im Verkauf erfolgreich nach außen vertreten solle, wenn sie trotz der positiven Aufnahme bei der Antragsgegnerin anlässlich einer derartigen Veranstaltung so ein negatives Bild über sich erzeuge. Aufgrund der Vorbehalte die nunmehr von allen Seiten innerhalb der Antragsgegnerin geäußert worden seien, habe Herr B entschieden, nicht nur das Vertragsverhältnis mit Herrn H, sondern auch das Vertragsverhältnis mit der Antragstellerin mit sofortiger Wirkung aufzulösen und habe die beiden am 6. Februar 2008 entsprechend informiert. Herr H habe die Auflösung des Vertragsverhältnisses zur Kenntnis genommen, während die Antragstellerin sich überrascht gezeigt und unverstanden gefühlt habe.

Was nicht an den Darstellungen der Antragstellerin stimme: Herr B habe ihr am 6. Februar 2008 mitgeteilt, dass er von ihrem Verhalten während der Veranstaltung ent-

täuscht gewesen sei und dass die Antragsgegnerin entschieden habe den Dienstvertrag aufzulösen. Die Antragstellerin habe sich Bedenkzeit erbeten und in einem 2. Telefonat am 8. Februar 2008 versucht, die Auflösung des Dienstvertrages zu verhindern. Sie habe vorgeschlagen kurzfristig die Antragsgegnerin zu besuchen und das entstandene Missverständnis durch Einzelgespräche mit allen Mitarbeitern auszuräumen. Gegebenenfalls wäre sie auch dazu bereit ohne Bezahlung ein paar Wochen früher zu beginnen um das entstandene negative Bild zu korrigieren. Herr B habe ihr zu verstehen gegeben, dass die mit ihr vereinbarte Planung nach einer Einarbeitungszeit von maximal 1 Jahr selbständig Verkauf im Außendienst durchzuführen, aufgrund ihres Verhaltens in ... nicht mehr aufrecht zu erhalten sei. Auf die wiederholten Versuche der Antragstellerin sie ab 1. April 2008 doch zu beschäftigen, habe er ihr zu verstehen gegeben, dass er das Thema intern nur noch einmal zur Sprache bringen könne, wenn a) eine Planstelle als Sachbearbeiterin Verkauf ohne Reisetätigkeit zur Besetzung komme – was zu dem Zeitpunkt nicht vorgesehen gewesen sei, b) sie sich schriftlich für das gezeigte Verhalten entschuldige und c) ihre finanziellen Vorstellungen in Richtung des möglichen neuen Aufgabengebietes angepasst würden. Zurückweisen müsse die Antragsgegnerin, dass der Grund für die Auflösung des Arbeitsvertrages in Bemerkungen wie: „zu jung, zu hübsch, zu unreif“ zu suchen sei.

Herr B habe anlässlich eines Treffens mit der Antragstellerin, in Anwesenheit ihres Vaters (dies sei Herrn B vorher nicht mitgeteilt worden), noch einmal ausführlich die auch in der Stellungnahme dargelegte Begründung für die Auflösung des Vertragsverhältnisses mitgeteilt. Die Antragstellerin habe ihn informiert, dass sie diese Entscheidung akzeptiere, habe ihn aber um seine finanzielle Unterstützung als Überbrückung gebeten. In Anbetracht der Tatsache, dass es keinen rechtlichen Anspruch auf finanzielle Abgeltung gebe, habe er die Antragstellerin informiert, dass sie ihn im Falle der Arbeitslosigkeit über den tatsächlich anfallenden Einkommensverlust pro Monat informieren solle. Dazu seien folgende Nachweise zu erbringen: monatliches Arbeitslosengeld und Gehaltszettel des letzten Bezugs. Es sei mit der Antragstellerin vereinbart worden, dass sie diese Unterlagen zur Verfügung stelle, damit er mit den Gesellschaftern über die Möglichkeit einer freiwilligen, finanziellen Überbrückung entscheiden könne. Bis heute hätte die Antragsgegnerin keine Unterlagen erhalten, weshalb eine Entscheidung zu diesem Thema nicht möglich gewesen sei. Wichtig anzumerken zu diesem Thema sei, dass auf die Frage nach ihrem aktuellen Bezug in

Rahmen der Gehaltsverhandlungen im 2. Halbjahr 2007 die Antragstellerin Herrn B mitgeteilt habe, dass sie netto € 2500,-- bis € 3000,-- abhängig von anfallenden Erfolgsprovisionen erhalte. Er habe darauf hingewiesen, dass die Antragsgegnerin Gehälter in dieser Größenordnung für Einsteiger nicht zahle, habe aber mit der Gestaltung des Dienstvertrages versucht, eine attraktive Lösung anzubieten. Die mündlichen Informationen über zu erwartende AMS Bezüge und erhaltene Gehaltszahlungen von ihrem bisherigen Arbeitgeber seien aber widersprüchlich gewesen. Anstatt die vereinbarten schriftlichen Nachweise zu liefern, habe die Antragsgegnerin ein E-Mail erhalten, das den Eindruck einer Vereinbarung erwecken solle, die es nicht gebe, worauf die Antragsgegnerin entsprechend geantwortet hätte.

Das Verfahren vor der GBK ist vertraulich und wird nichtöffentlich durchgeführt. Das den Abschluss des Verfahrens bildende Prüfungsergebnis wird auf der Grundlage der im Verfahren vorgelegten Unterlagen und der in der mündlichen Befragung getätigten Aussagen der Auskunftspersonen erstellt. Auf Grund der Vertraulichkeit des Verfahrens werden die einzelnen Auskunftspersonen im Prüfungsergebnis nicht näher bezeichnet.

Der Senat I der GBK hat erwogen:

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses durch die Antragsgegnerin, X GmbH, gemäß **§ 3 Z 1 GIBG** verwirklicht worden ist, ist zunächst folgendes zu bemerken:

Die Bestimmung des § 3 Z 1 GIBG verbietet die unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses.

Hiervon sind alle mit dem Zustandekommen eines Arbeitsvertrages im Zusammenhang stehenden Vorgänge umfasst. Der Begriff „Begründung des Arbeitsverhältnisses“ ist weder auf eine bestimmte Art des Arbeitsverhältnisses noch auf eine andere Art und Weise der Begründung beschränkt, er ist vielmehr extensiv auszulegen. Im Sinne dieses weiten Begriffsverständnisses beginnt die relevante Phase der Begründung des Arbeitsverhältnisses bereits mit der Bewerbung und umfasst alle Vorgänge, die mit dem Zustandekommen eines Arbeitsvertrages im Zusammenhang stehen.

§ 3 Z 1 GIBG bindet daher jede/n, der/die auf Arbeitgeber/innenseite im Vorfeld für den/die Arbeitgeber/in Handlungen tätigt, die unmittelbaren Zusammenhang mit der späteren Begründung des Arbeitsverhältnisses stehen. Insbesondere werden da-

durch vorvertragliche Sorgfaltspflichten im Vorfeld des Arbeitsverhältnisses, welche ein anerkanntes Element des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips darstellen, konkretisiert. Die Diskriminierung kann sowohl in der Nichtzulassung zur Bewerbung, als auch in der diskriminierenden Nichtberücksichtigung im Auswahlverfahren bestehen. Das Diskriminierungsverbot begründet jedoch keinen Anspruch auf die Begründung des Arbeitsverhältnisses, sondern dient der Konkretisierung der Sorgfaltspflichten des/der Arbeitgeber/in. Im Besetzungsverfahren kann nur der/diejenige benachteiligt werden, der/die sich subjektiv ernsthaft beworben hat und objektiv für die zu besetzende Stelle in Frage kommt. Gemäß § 12 GIBG haben Personen, die sich auf diesen Diskriminierungstatbestand berufen, diesen glaubhaft zu machen. Dem/Der Beklagten obliegt es zu beweisen, dass es bei der Abwägung aller Umstände wahrscheinlich ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund iSd § 5 Abs. 2 GIBG vorliegt.

Im vorliegenden Fall sollte im Unternehmen unbestrittenerweise eine Planstelle im Vertrieb besetzt werden. Die Antragstellerin hat den diesbezüglichen Arbeitsvertrag bereits unterzeichnet. Der Dienstantritt hätte am 1. April erfolgen sollen. Dazu ist es allerdings nicht gekommen. Der Arbeitsvertrag wurde vor dem Dienstantritt wieder aufgelöst.

Grundsätzlich soll in einem Verfahren vor dem Senat I der GBK nicht das Auswahlverfahren wiederholt werden, sondern es soll überprüft werden, ob die Entscheidung, die zur Ablehnung eines/einer Bewerber/in geführt hat, transparent und nachvollziehbar war. Der Senat I der GBK sah sich im vorliegenden Fall mit teils widersprüchlichen Angaben der Beteiligten konfrontiert.

Strittig zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin waren die Vorfälle auf dem ...kongress in ..., die letztlich dazu geführt haben, dass das Arbeitsverhältnis der Antragstellerin nicht begründet worden ist.

Die Antragstellerin hat in der mündlichen Befragung bekräftigt, dass Herr B seit der 2. Jahreshälfte 2007 intensiv versucht habe sie anzuwerben. Da die Antragstellerin sich beruflich weiter entwickeln wollte und der Vertrieb von technischen Produkten eine neue Herausforderung dargestellt hätte, sei sie von diesem Jobangebot sehr begeistert gewesen. Deshalb habe sie auch ein sicheres Jobangebot im Marketingbereich vom Y abgelehnt. Am 4. Jänner 2008 habe sie schließlich ihren Arbeitsvertrag

mit der Antragsgegnerin abgeschlossen. Die Antragstellerin bestritt vehement, dass sie sich im Zuge des ...kongresses in ... daneben benommen habe. Ebenso sei sie niemals vom Geschäftsführer oder den anderen Gesellschaftern der Antragsgegnerin aufmerksam gemacht worden, dass sie etwas falsch gemacht habe. Allerdings habe der Geschäftsführer der Antragsgegnerin die Antragstellerin vorgewarnt, dass die Gesellschafter eher konservativ, wenn nicht gar frauenfeindlich eingestellt seien. Nach Ansicht der Antragstellerin sei sie irgendwie in einem Disput zwischen Herrn H, dem angehenden Werkstudenten, und dem Gesellschafter, Herrn G, hineingeraten. Dies sei ihr auch so vom Geschäftsführer mitgeteilt worden.

Die Antragsgegnerin hat in ihrem Vorbringen stets dem von der Antragstellerin vorgebrachten Vorwurf der geschlechtsbezogenen Diskriminierung bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses widersprochen. Auf Grund der Vorfälle in diesem Seminar sei der Antragsgegnerin klar geworden, dass die Antragstellerin an den ihr angebotenen Posten nicht wirklich interessiert sei. Sie habe sich so sehr mit dem jungen Studenten dermaßen exponiert, dass eine Aufnahme in das Unternehmen untragbar gewesen wäre. Sie habe sich die Nächte mit dem jungen Studenten um die Ohren geschlagen, anstatt sich auf das so wichtige Seminar zu konzentrieren. Es seien zwar auch andere Mitarbeiter länger über Nacht weggeblieben, sie hätten aber nicht den Vortrag von Herrn Professor E, wie das die Antragstellerin und Herr H getan hätten, gestört. Es würde im Unternehmen eine Gleichbehandlung gelebt werden, und zwar in einer Weise, die sicherlich nicht so von anderen Unternehmen nachgewiesen werden könne. Bei gleicher Qualifikation entscheide er sich gerne für die weibliche Bewerberin. Der Geschäftsführer habe auch den weiblichen Anteil an Führungskräften erhöhen wollen.

Der Senat I der GBK verweist auf die im § 12 Abs. 12 GIBG vorgesehene Beweislastverteilung. Insoweit sich eine von einer Diskriminierung betroffene Person auf einen der diskriminierenden Tatbestände iSd §§ 3, 4, 6 oder 7 GIBG beruft, hat er/sie diesen glaubhaft zu machen. Dem/Der Antragsgegnerin obliegt es dann bei der Berufung auf § 3 GIBG zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die vom/von der Beklagten glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

Bei Abwägung aller vorliegenden Umstände ist es nach Ansicht vom Senat I der GBK wahrscheinlicher, dass die von der Antragstellerin vorgebrachten Tatsachen der

Wahrheit entsprechen. Das Ermittlungsverfahren ergab einerseits, dass das Verhalten der Antragstellerin bei diesem Seminar den Ausschlag dafür gegeben hat, dass das Arbeitsverhältnis vor ihrem Dienstantritt aufgelöst worden ist. Allerdings war dieses Verhalten nicht darin begründet, dass die Antragstellerin zu viel geschwätzt hat oder abends zu lange weg war, sondern dass sie sich mit Herrn H unterhalten habe. Der vorliegende Sachverhalt hat gegenüber dem erkennenden Senat den Eindruck vermittelt, dass der junge Werkstudent der „Nebenbuhler“ der Führungskräfte und Gesellschafter am Tisch gewesen ist. Es dürfte den Gesellschaftern nicht behagt haben, dass es hier eine junge Frau gibt, die insbesondere die Aufmerksamkeit des jungen Werkstudenten auf sich gezogen hat. Es dürfte hier auch ein wenig Eifersucht mitgespielt haben. Die Aussage des Geschäftsführers, dass seine „Pappenheimer schwer zu überzeugen seien“, da sich die Gesellschafter eher in einem schwierigen und konservativen Umfeld bewegen würden, legt die Vermutung nahe, dass sie sich durch die Antragstellerin gestört gefühlt haben. Die Antragstellerin hat nicht das von ihr erwartete Rollenverhalten erfüllt. Die Antragstellerin hat im Verfahren eine offenere Art vermittelt. Die Angaben der Antragstellerin, dass der Geschäftsführer ihr nie mitgeteilt habe, dass irgendein objektivierbares Verhalten nicht gepasst habe, sondern vielmehr zu ihr gesagt habe, sie sei unfreiwillig in einen Konflikt zwischen zwei Männern – das sind Herr G und Herr H – geraten. Da die Antragstellerin bislang nur den Geschäftsführer der Antragsgegnerin gekannt hat, konnte sie gar nicht wissen, mit wem sie sich gut zu stellen hat und mit wem nicht. Das Geschlecht hat hier eine Rolle gespielt. Wenn die Antragstellerin ein Mann gewesen wäre und sich mit Herrn H unterhalten hätte, hätte dies bei den männlichen Führungskräften nicht so eine Problematik aufgeworfen. Ein Teil des Motivs der Antragsgegnerin die Antragstellerin nicht weiter zu beschäftigen, wurde vom Senat I der GBK als geschlechtsspezifisch gewertet. Nach einem OGH-Urteil¹ ist die Glaubhaftmachung von verpönten Motiven nur dem durch die Herabminderung des Beweismaßes erleichterten Indizienbeweises zugänglich. Nur anhand der konkreten Gesamtumstände kann beurteilt werden, ob Tatsachen zur Glaubhaftmachung des Vorliegens der verpönten Motive geeignet sind oder nicht. Allenfalls mittelbar diskriminierende Angaben, Vorgehensweise und Fragestellungen können nur als Indizien im Rahmen der Glaubhaftmachung unter Abwägung mit den allenfalls gegen eine Diskriminierung sprechenden Umständen

¹ OGH-Urteil vom 9. Juli 2008, 0 ObA 177/07f, (ZAS 2009/29, Klicka)

gewertet zu werden². Demnach kann ein Motiv, das als geschlechtsspezifisch festgestellt worden ist, ausreichen, um eine Diskriminierung iSd GIBG festzustellen, wenn auch andere Motive und Lebensweisen letztlich dazu geführt haben.

Hinzu kommt, dass der Geschäftsführer die Antragstellerin über mehrere Monate hinweg versucht hat, sie abzuwerben. Für den neuen Job in ... hat die Antragstellerin ihre sehr gute Arbeitsstelle in ihrer früheren Firma aufgegeben. Die Antragstellerin hatte bereits ihre Wohnung gekündigt. Sie hat für diesen neuen Posten ihren Freundes- und Bekanntenkreis aufgegeben und ist wieder zurück nach ... gegangen. Ohne diesen Posten hätte die Antragstellerin es nicht in Erwägung gezogen, nach ... zurückzugehen. Für diese Annahme spricht auch, dass die Antragstellerin unbestrittenmaßen eine Jobzusage von Y hatte. Es ist daher unwahrscheinlich, dass die Antragstellerin leichtfertig ihren guten Posten aufgegeben hat, um dann auf diesem ...kongress ein unpassendes Verhalten an den Tag zu legen, wodurch sie ihren neuen Posten gefährdet hat, den sie schließlich auch nicht antreten konnte. Die Antragstellerin musste danach sehr lange suchen, um einen neuen adäquaten Posten zu finden.

Für den Senat I der GBK bestätigte sich der Eindruck, dass die Antragsgegnerin noch dem Denken einer traditionellen Rollenverteilung bzw. in einer tief verwurzelten Differenzierung der Geschlechterrollen verhaftet ist.

Das Ermittlungsverfahren ergab, dass sich die Antragstellerin und der Geschäftsführer der Antragsgegnerin sich nach dem ...kongress noch einmal in einem Café getroffen haben, da die Antragstellerin definitiv wissen wollte, ob sie nun ihren Posten anzutreten hat oder nicht. Die Antragstellerin brachte glaubhaft vor, dass der Geschäftsführer gesagt habe, dass sie zweimal beim Abendessen auf der ...reise neben Herrn H gesessen sei. Dies hätte die Antragstellerin „in dessen Fahrwasser geführt“, wodurch sie einen schlechten Eindruck auf die anderen Gesellschafter der Antragsgegnerin gemacht habe. Im Zuge dieses Gesprächs wurde der Antragstellerin vom Geschäftsführer eine Abschlagszahlung angeboten. Die Abschlagszahlung sollte die Differenz zwischen ihren AMS-Geld und dem Letztgehalt ihres bisherigen Arbeitgebers betragen. Aus dem den erkennenden Senat vorliegenden E-Mail hat sich ergeben, dass die Antragstellerin die notwendigen Zahlen dem Geschäftsführer übermittelt hat. Der Geschäftsführer führte in seiner Einvernahme aus, dass man ihm

² Hopf/Mayr/Eichinger, Kommentar zum GIBG § 12 Rz 138/S. 455

zugetragen habe, dass das von der Antragstellerin angegebene Gehalt fälschlich zu hoch angegeben worden ist. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass der Geschäftsführer selbst in der Befragung angegeben hat, dass er diese Information vom Ex-Freund der Antragstellerin habe. Für den erkennenden Senat waren die Informationen des Geschäftsführers folglich nicht glaubwürdig, da diese nur auf Gerüchten, und nicht auf Tatsachen basieren. Die Antragstellerin hatte viel mehr zu verlieren als Herr H, der bei der Antragsgegnerin nur als Werkstudent angefangen hätte. Herr H war im vorliegenden Fall das Bauernopfer. Für Frauen ist es im Berufsleben schwerer ein Verhalten gegenüber dem/r Arbeitgeber/in an den Tag zu legen, das als passend angesehen wird. Dies ist auch ein Grund dafür, wieso Frauen schwerer in Führungspositionen gelangen. Es besteht – wie auch in diesem Fall – die Gefahr, dass man sehr schnell als offenherzig, oder aber als zu nett gilt.

Der Ablehnungsgrund ist daher nach Ansicht von Senat I der GBK im Geschlecht gelegen. Der Antragsgegnerin ist es nicht gelungen, den Senat I der GBK davon zu überzeugen, dass ein anderer – nicht im Geschlecht liegender – Grund vorgelegen ist, weshalb die Antragsgegnerin vom Arbeitsvertrag zurückgetreten ist.

Es liegt somit eine **Diskriminierung** auf Grund des Geschlechts bei der **Begründung des Arbeitsverhältnisses** gegenüber der Antragstellerin vor.

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts durch eine geschlechtsbezogene Belästigung durch Herrn B gemäß **§ 7 Abs. 1 Z 1 GIBG** verwirklicht worden ist, ist zunächst folgendes zu bemerken:

Da nicht jede geschlechtsbezogene Belästigung sexueller Natur sein muss, war es notwendig, einen weiteren Diskriminierungstatbestand in das GIBG einzuführen. Der Begriff der geschlechtsbezogenen Belästigung entspricht zwar weitgehend der Definition der sexuellen Belästigung, liegt jedoch außerhalb der sexuellen Sphäre. Als Beispiele können folgende genannt werden: wiederholtes Erzählen von Witzen oder Behauptungen, die Frauen als dumm oder besonders ungeschickt abqualifizieren; Schaffung eines für Frauen unangenehmen Betriebsklimas durch frauenfeindliche Handlungen und Äußerungen, die keinen sexuellen Bezug haben.

Eine der möglichen Erscheinungsformen der geschlechtsbezogenen Belästigung ist Mobbing, sofern es auf Grund des Geschlechts geschieht. Bisher gibt es keinen ein-

heitlichen Mobbingbegriff. Wenn man die vorliegende Literatur³ und Judikatur berücksichtigt, so ist Mobbing auf Grund des Geschlechts jedenfalls vom Diskriminierungsverbot der sexuellen oder geschlechtsbezogenen Belästigung erfasst. Auch bei der geschlechtsbezogenen Belästigung ist Haftung verschuldensunabhängig, d.h. es kommt nicht auf eine subjektive Motivation oder Empfindung der Belästiger/in an. Es ist daher weder Vorsatz des Belästiger/der Belästigerin zu belästigendem Verhalten noch dessen/deren Absicht, tatsächlich derartige Handlungen setzen zu wollen, erforderlich. Der Tatbestand der geschlechtsbezogenen Belästigung verlangt ein belästigendes Verhalten, das außerhalb der sexuellen Sphäre steht und für den/die Belästiger/in erkennbar, von der belästigten Person nicht erwünscht ist.

Im § 12 Abs. 12 GIBG ist die Beweislastverteilung geregelt. Insoweit sich eine von einer Diskriminierung betroffene Person auf einen der diskriminierenden Tatbestände iSd §§ 3, 4, 6 oder 7 GIBG beruft, hat er/sie diesen glaubhaft zu machen. Dem/Der Antragsgegner/in obliegt es dann bei der Berufung auf §§ 3 oder 4 GIBG zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes als vom/von Antragsgegner/in glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder das andere Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne des § 5 Abs. 2 GIBG vorliegt.

In ihrer Befragung hat die Antragstellerin bekräftigt, dass der Geschäftsführer im Zusammenhang eines Telefonats vom 6. Februar 2008 zu ihr gemeint habe, dass das Team nicht von ihr überzeugt sei, da sie zu jung/unreif und zu hübsch sei, um so ein technologisches Produkt in so eine harte Branche hinauszutragen. Der Geschäftsführer der Antragsgegnerin hat in der mündlichen Befragung noch einmal bekräftigt, dass er nicht zu ihr gesagt habe, dass die Antragstellerin zu jung und zu hübsch sei, um ein so hoch technologisches Produkt zu vertreiben. Nach seiner Auffassung habe die Antragstellerin bei der Reise nach ... nicht die Reife bewiesen, um in der Position (und zwar als Leiterin des Vertriebs), für die er sie in zwei, drei Jahren gesehen habe, bestehen zu können. Die Antragstellerin hat dies in diesem Zusammenhang so interpretiert. Bei der Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes sah sich der Senat I der GBK mit widersprüchlichen Aussagen der beteiligten Personen konfrontiert. Bei Abwägung aller vorliegenden Umstände ist nach Ansicht von Senat I der GBK wahr-

³ vgl. Smutny/Hopf, Mobbing – auf dem Weg zum Rechtsbegriff? – Eine Bestandsaufnahme, DRdA 2003, S. 110 ff

scheinlicher, dass die vom Geschäftsführer glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entspricht.

Aus dem vorliegenden Sachverhalt und nach der Durchführung des Ermittlungsverfahrens lässt nichts darauf schließen, dass der Geschäftsführer die Antragstellerin durch eine geschlechtsbezogene Verhaltensweise belästigt hat. Eine geschlechtsbezogene Belästigung iSd § 7 Abs. Z 2 GIBG liegt auch dann vor, wenn der Umstand, dass die betroffene Person ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten seitens des/der Arbeitgeber/in oder von Vorgesetzten oder Kollegen/innen zurückweist oder duldet, ausdrücklich oder stillschweigend zur Grundlage einer Entscheidung mit Auswirkungen auf den Zugang dieser Person zur Berufsausbildung, Beschäftigung, Weiterbeschäftigung, Beförderung oder Entlohnung oder zur Grundlage einer anderen Entscheidung in der Arbeitswelt gemacht wird. Die Antragstellerin konnte in ihrer Befragung dem erkennenden Senat nicht ausreichend schlüssig glaubhaft machen, dass der Geschäftsführer die Würde der Antragstellerin in einer derartigen Weise beeinträchtigt hat.

Die beteiligten Personen haben gegenüber dem Senat I der GBK bestätigt, dass bis zur Reise nach ... ein „freundschaftliches“ Verhältnis zwischen der Antragstellerin und dem Geschäftsführer bestanden hat. Auf dem ...kongress in ... hat sich die Antragstellerin nach Ansicht der Eigentümer der Antragsgegnerin nicht so verhalten, wie dies von ihr erwartet worden ist. Aus dieser Enttäuschung heraus ist diese Äußerung gefallen. Der Geschäftsführer hat sich ursprünglich darum bemüht, dass der Antragstellerin aus dem Zurücktreten vom Arbeitsvertrag durch die Antragsgegnerin keinerlei Nachteile entstehen. Dadurch, dass der Geschäftsführer die ihm zugetragenen Gerüchte über die Gehaltshöhe der Antragstellerin ohne jede weitere Überprüfung der Tatsachen geglaubt hat, ist es letztlich nicht zu einer Abschlagszahlung gekommen.

Es fehlen für den erkennenden Senat die für die Erfüllung des Tatbestandes nötigen belästigenden Elemente sowie das Vorliegen des mangelnden Fortkommens.

Es ist allerdings dem Geschäftsführer dringend zu empfehlen, sich seine Wortwahl bei der Begründung einer Absage genauer zu überlegen, damit es beim Visavis nicht zu einer Missinterpretation der Formulierung kommt.

Es liegt somit **keine geschlechtsbezogene Belästigung** gegenüber der Antragstellerin vor.

Wien, 19. Jänner 2010

Dr.in. Sabine Stvan-Jagoda

Stellvertretende Vorsitzende des Senates I der GBK