

Senat I der Gleichbehandlungskommission
Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz
(BGBl Nr 108/1979 idgF)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 22. November 2022 über den am 25. Juni 2021 eingelangten Antrag der Gleichbehandlungsanwaltschaft Regionalbüro Steiermark (R-GAW) für **A, BSc (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 1 GIBG** (BGBl I Nr 66/2004 idgF) und **durch eine geschlechtsbezogene Belästigung durch den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin** gemäß **§ 7 Abs 1 Z 1 GIBG** durch die **Z Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Erstantragsgegnerin)** sowie **durch eine geschlechtsbezogene Belästigung durch Dritte** gemäß **§ 7 Abs 1 Z 3 GIBG** durch **Y (Zweitantragsgegner)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl II Nr 396/2004 idgF), zu GZ GBK I/1016/21, zu folgendem

PRÜFUNGSERGEBNIS:

1. **A, BSc ist aufgrund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 GIBG durch die Z Gesellschaft mit beschränkter Haftung diskriminiert worden.**
2. **A, BSc ist aufgrund des Geschlechtes durch eine geschlechtsbezogene Belästigung durch den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin gemäß § 7 Abs 1 Z 1 GIBG durch die Z Gesellschaft mit beschränkter Haftung diskriminiert worden.**
3. **A, BSc ist aufgrund des Geschlechtes durch eine geschlechtsbezogene Belästigung durch Dritte gemäß § 7 Abs 1 Z 3 GIBG durch Y diskriminiert worden.**

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

¹ Vgl. zB VfSlg. 19.321.

VORBRINGEN

Im **Antrag**, der zur Vermeidung von Wiederholungen hinsichtlich des konkreten Ausgangsverhaltes auf die Interventionsschreiben der GAW an die Erstantragsgegnerin und den Zweitantragsgegner vom 12. März 2021 verwies, wurde im Wesentlichen Folgendes vorgebracht:

Die Antragstellerin habe sich am 25. Jänner 2021 über das Online Portal der X Personalmanagement GmbH auf das Stelleninserat Pharmareferent (m/w/d) beworben. Nach einem am 28. Jänner 2021 von der X Personalmanagement GmbH durchgeführten Online-Vorstellungsgespräch sei der Antragstellerin am 1. Februar 2021 mitgeteilt worden, dass die Erstantragsgegnerin sie gerne kennenlernen möchte und sie eine Einladung zu einem Bewerbungsgespräch erhalten werde.

Mag.^a W habe mit der Antragstellerin in weiterer Folge am 15. Februar 2021 ein Bewerbungsgespräch geführt. Darin sei unter anderem auch thematisiert worden, dass an dem zu besetzenden Arbeitsplatz ein Großteil der Arbeitszeit eigenständiges Arbeiten erforderlich sei und klassische Teamarbeit in einer Gruppe eher selten vorkomme.

Die Antragstellerin sei danach in die Endrunde gekommen. Das abschließende Bewerbungsgespräch sei am 18. Februar 2021 via Google Meet mit dem Zweitantragsgegner, V, U, MA und Mag.^a W erfolgt.

Die erste halbe Stunde dieses ungefähr eine Stunde dauernden Bewerbungsgespräches sei sehr konstruktiv verlaufen. In weiterer Folge habe das Gespräch für die Antragstellerin jedoch einen sehr unangenehmen und verstörenden Verlauf genommen. Als Folge einer für die Beurteilung der Qualifikation der Antragstellerin nicht besonders bedeutenden Frage, was sie an ihrem beruflichen Werdegang ändern würde, wenn sie die Möglichkeit dazu hätte, sei eine nötigende und für die Antragstellerin sehr entwürdigende Befragung hinsichtlich ihrer Einstellung zu Familie und Familienplanung entstanden, die gut zwanzig Minuten in Anspruch genommen habe.

Maßgeblich durchgeführt worden sei diese inquisitorische Befragung, die einen immensen Eingriff in die Privat- und Intimsphäre der Antragstellerin dargestellt habe, durch den Prokuristen, den Zweitantragsgegner. Die Antragstellerin habe zunächst auf die oben bereits geschilderte Frage kurz geantwortet, dass sie erst nach einer im Wesentlichen von ihrer Mutter intendierten Lehre zur Bürokauffrau ihren jetzigen Beruf erlernt habe, weil ihre Mutter eine höherqualifizierte Ausbildung der Tochter nicht für notwendig erachtet habe. Ihre Mutter sei noch einem sehr traditionellen Bild der Frau als primär für Haushalt und Kindererziehung zuständig verhaftet gewesen. Bereits zu diesem Gesprächsstadium habe die Antragstellerin das beharrliche Nachfragen hinsichtlich der Beschaffenheit ihrer heutigen Beziehung zu ihrer Mutter durch den Zweitantragsgegner als sehr bedrängend und unangenehm empfunden.

Die sich daraus ergebende allgemeine Frage, ob die Mutter bezüglich des Kinderwunsches Recht behalten hätte, sei durch den Gesprächsverlauf für die Antragstellerin noch erklärlich gewesen. Ihre Antwort auf diese Frage, dass die Familienplanung mit zwei Katzen abgeschlossen wäre, habe den Zweitantragsgegner jedoch in weiterer Folge dazu veranlasst, nachzufragen, ob das denn tatsächlich der Ernst der Antragstellerin wäre. Daraufhin habe diese erklärt, dass sie nicht so der Mama-Typ wäre und nie einen Kinderwunsch verspürt hätte. Der Zweitantragsgegner habe daraufhin gemeint, ob nicht auch die Antragstellerin meinen würde, dass dies ein ungewöhnlicher Lebensentwurf wäre.

Damit jedoch noch nicht genug, habe der Zweitantragsgegner daraufhin einen längeren Monolog darüber gehalten, dass die Erstantragsgegnerin traditionelle und familiäre Werte sehr hoch halten und er nicht glauben würde, dass die Antragstellerin, wenn sie so denken würde, zur Unternehmenskultur passen könne. Er habe nicht lockergelassen und noch mehrmals mit unterschiedlichen Formulierungen nachgefragt, welche Werte der Antragstellerin wichtig seien. Die Antragstellerin, die zu diesem Zeitpunkt bereits ziemlich verunsichert gewesen sei und sich in einer zunehmenden Drucksituation befunden habe, habe in weiterer Folge versucht, diese Fragen so gut es gegangen sei zu beantworten.

Sie habe private Informationen, wie die lange Dauer ihrer Partnerschaft, preisgegeben, um den Fragen in der gewünschten Form gerecht zu werden. Dennoch habe sie den Eindruck gehabt, dass bei dem Zweitantragsgegner ein Interesse an ihrer Person während des restlichen Gesprächsverlaufes nicht mehr bestanden habe.

Es seien noch weitere, für die Antragstellerin in sehr unangenehmer, weil wiederum sehr beharrlicher Weise erfolgende Fragen, unter anderem zu ihrer Teamfähigkeit, erfolgt, die von dem Zweitantragsgegner als für den zu besetzenden Arbeitsplatz und die damit verbundene Tätigkeit im Außendienst essentiell dargestellt worden seien. Zu guter Letzt sei dann durch den Zweitantragsgegner noch die Frage erfolgt, ob die Antragstellerin glauben würde, dass sie sich manchmal auch irren würde und die Anderen im Recht wären und was sie dann tun würde. Auch hier sei die Antragstellerin wieder unter Rechtfertigungsdruck gekommen, sich erklären zu müssen. Insgesamt sei bei der Antragstellerin die Wahrnehmung entstanden, dass der Zweitantragsgegner bei gänzlich jedem noch zur Sprache kommenden Thema eine gegensätzliche Position zu der der Antragstellerin eingenommen habe. Sie könne sich des Eindrucks nicht erwehren, dass es nur mehr darum gegangen sei, Argumente zu sammeln, weshalb sie für den zu besetzenden Arbeitsplatz nicht in Frage komme.

Trotz Zusicherung, bis 23. Februar 2021 Bescheid über die Entscheidung zu erhalten, habe die Antragstellerin erst am 5. März 2021 telefonisch von U, MA mitgeteilt bekommen, dass sich die Erstantragsgegnerin für eine andere Bewerberin entschieden habe. Die Antragstellerin bringe die Absage ihrer Bewerbung in unmittelbaren Zusammenhang mit dem Verlauf ihres

Bewerbungsgespräches und der darin zum Ausdruck gebrachten Haltung durch den Zweitantragsgegner.

Am 26. März 2021 seien der GAW zwei von der rechtsfreundlichen Vertretung der Erstantragsgegnerin und des Zweitantragsgegners verfasste Stellungnahmen zu den erhobenen Vorwürfen übermittelt worden. In den Stellungnahmen seien die behauptete Diskriminierung und daran anknüpfende Schadenersatzansprüche dem Grunde und der Höhe nach bestritten worden. Vorgebracht worden sei, dass der Ablauf des Gesprächs einem typischen Bewerbungsgespräch entsprochen hätte, die Fragen hätten die fachliche Qualifikation und die Persönlichkeit der Bewerberin betroffen. Die Frage nach der Familienplanung müsse nicht wahrheitsgemäß beantwortet werden, jedoch würde eine solche Frage nicht den Tatbestand der geschlechtsbezogenen Belästigung erfüllen. Es sei hervorgehoben worden, dass die Erstantragsgegnerin ein traditionelles Familienunternehmen mit hoher Wertekultur sei. Die Unternehmenskultur würde sich insbesondere durch Werte wie Loyalität, Zusammenhalt, Vertrauen, Verständnis füreinander, Hilfsbereitschaft und Ehrlichkeit auszeichnen. Aus diesem Grund würden Bewerber/Bewerberinnen ausnahmslos nach den persönlichen Werten gefragt werden. Die Frage würde aber keineswegs auf familiäre Werte oder die Lebensplanung der Bewerber/Bewerberinnen abzielen. Der Tatbestand der Belästigung gemäß § 7 Abs 1 Z 1 GIBG wäre nicht erfüllt, da der Zweitantragsgegner als Prokurist kein vertretungsbefugtes Organ wäre und die Erstantragsgegnerin aus diesem Grund nicht für ein Verhalten des Zweitantragsgegners haften würde. Zum Vorwurf der Diskriminierung bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses sei ausgeführt worden, dass der Zweitantragsgegner keinen maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidung gehabt hätte und die Entscheidung zugunsten der anderen Bewerberin einstimmig erfolgt wäre. Die Antragstellerin hätte die Stelle nicht erhalten, weil sie keine Berufserfahrung als Pharmareferentin hätte und sie zudem den Eindruck erweckt hätte, dass ihr Interessenschwerpunkt nicht im ausgeschriebenen Bereich ... und ... gelegen wäre, sondern im ebenso besprochenen Bereich Unpräjudiziell habe die Erstantragsgegnerin auf eine Vergleichsbereitschaft hingewiesen, um weitere Kosten und Aufwand zu vermeiden.

Die im Anschluss seit Ende März 2021 erfolgten Versuche, zu einer außergerichtlichen Einigung zu kommen, seien gescheitert.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der rechtsfreundlichen Vertretung der Erstantragsgegnerin und des Zweitantragsgegners übermittelten **Stellungnahme** vom 28. Juli 2021 bestritten diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und traten ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Im Unternehmen der Erstantragsgegnerin laufen Bewerbungsgespräche typischerweise wie folgt ab: Nach Vorstellung der einzelnen am Bewerbungsgespräch teilnehmenden Personen

und der ausgeschriebenen Stelle werde der Bewerber/die Bewerberin ersucht, seine/ihre eigene Person und seinen/ihren Lebenslauf zu präsentieren. Danach bestehe sowohl für den Bewerber/die Bewerberin als auch für die auf Unternehmensseite teilnehmenden Personen die Möglichkeit, weitergehende Fragen zu stellen, um für beide Seiten das Potenzial einer zukünftigen Zusammenarbeit umfassend ausloten zu können. Typischerweise zielen Bewerbungsgespräche auch darauf ab, Kompetenzen, Fähigkeiten und Kenntnisse des Bewerbers/der Bewerberin festzustellen, um beurteilen zu können, inwieweit diese mit dem Anforderungsprofil der ausgeschriebenen Stelle übereinstimmen.

Insbesondere bei Positionen für Außendienstmitarbeiter/Außendienstmitarbeiter sei es essenziell, nicht nur fachliche Qualifikationen, wie Ausbildung und Berufserfahrung mit den Bewerbern/Bewerberinnen zu erörtern, sondern zu eruieren, ob die Bewerber/Bewerberinnen die für eine Außendienststelle wesentlichen Eigenschaften, wie zB Flexibilität, Motivation, Reflexionsfähigkeit, Durchhaltevermögen, etc., mitbringen.

Der Ablauf des Bewerbungsgesprächs mit der Antragstellerin am 18. Februar 2021 habe dem oben dargestellten, typischen Bewerbungsgespräch entsprochen. Anzumerken sei, dass es sich dabei bereits um das zweite Gespräch der Antragstellerin mit Vertretern/Vertreterinnen der Erstantragsgegnerin gehandelt habe. Die erste Gesprächsrunde habe am 15. Februar 2021 zwischen Mag.^a W und der Antragstellerin stattgefunden. In diesem Erstgespräch sei der Antragstellerin die ausgeschriebene Position umfassend vorgestellt worden.

Das Bewerbungsgespräch am 18. Februar 2021 sei online via Google Meet erfolgt. Beim Bewerbungsgespräch seien neben dem Zweitantragsgegner, V, U, MA und Mag.^a W anwesend gewesen.

Nach einer kurzen Vorstellung ihrer Person durch die Antragstellerin selbst, seien klassische Bewerbungsgespräch-Fragen durch U, MA, HR-Leiterin bei der Erstantragsgegnerin, gefolgt. Diese haben insbesondere auf den Menschen hinter dem Lebenslauf abgezielt. U, MA, habe die Antragstellerin etwa unter anderem gefragt, welche Position in ihrem Lebenslauf sie löschen und neu schreiben würde, wenn sie könnte.

Die Antragstellerin habe daraufhin selbst ihre eigene Mutter ins Gespräch gebracht. Sie habe ausgeführt, dass sie ihre absolvierte Lehre streichen würde, da diese durch ihre Mutter bestimmt worden sei. Daraufhin habe sie Details über ihre Mutter erwähnt, die zu keinem Zeitpunkt von Teilnehmern/Teilnehmerinnen des Bewerbungsgesprächs erfragt worden seien. So habe sie etwa ohne jegliche Veranlassung dazu geschildert, dass ihre Mutter ein anderes Rollenbild über Frauen verfolgen würde und das Verhältnis zu ihrer Mutter schlecht wäre. Die Gesprächsteilnehmer/Gesprächsteilnehmerinnen haben diese Schilderungen der Antragstellerin zu ihrer Mutter zudem auch detaillierter empfunden, als dies in einem Vorstellungsgespräch angebracht sei. Erst aufgrund dieser umfassenden Schilderungen sei es dann auch zu weiteren Nachfragen betreffend Familienstand und Kinderwunsch gekommen.

Mit der Antwort der Antragstellerin, wonach ihre Familienplanung mit zwei Katzen abgeschlossen wäre, sei das Thema Familienplanung und Kinderwunsch aber gleich wieder abgeschlossen worden. Die Antwort der Antragstellerin sei von allen anwesenden Personen ohne weitere Nachfrage zu Kenntnis genommen worden. Die Teilnehmer/Teilnehmerinnen der Erstantragsgegnerin fragten insbesondere nicht nach, „ob das denn tatsächlich ihr Ernst sei“. Es sei auch von keinem/keiner der Teilnehmer/Teilnehmerinnen kommentiert worden, dass dies ein „ungewöhnlicher Lebensentwurf“ sei.

In einem völlig neuen Kontext sei dann die Frage nach den Wertvorstellungen der Antragstellerin gestellt worden. Die Erstantragsgegnerin sei ein traditionelles Familienunternehmen mit hoher Wertekultur. Die Unternehmenskultur zeichne sich daher insbesondere durch Werte wie Loyalität, Zusammenhalt, Vertrauen, Verständnis füreinander, Hilfsbereitschaft und Ehrlichkeit aus. Für die Erstantragsgegnerin sei es essenziell, Mitarbeiter/Mitarbeiterinnen zu finden, die sowohl ins Team als auch zur Unternehmenskultur passen.

Aus diesem Grund werde bei Bewerbungsgesprächen ausnahmslos immer nach den persönlichen Werten der Bewerber gefragt. Diese Frage ziele aber keineswegs auf die familiären Werte oder die Lebensplanung der Bewerber/Bewerberinnen ab, sondern solle einen Eindruck über die grundsätzliche Einstellung des Bewerbers vermitteln, um das Funktionieren einer Zusammenarbeit abschätzen zu können.

Die Antragstellerin habe die Frage inhaltlich aber offenbar nicht verstanden. Sie habe trotz mehrmaligen Nachfragens keine Antwort geben können, die eine persönliche Wertvorstellung wiedergegeben habe. Die Antragstellerin habe vielmehr angefangen, etwas von Partnerschaften zu erzählen. Danach sei jedoch zu keinem Zeitpunkt gefragt worden. Die Frage habe auch nicht auf derartige Informationen abgezielt. Die Antragstellerin habe dadurch klar den Eindruck vermittelt, nicht zu wissen, was mit „persönlichen Wertvorstellungen“ überhaupt gemeint sei.

Durch wiederholtes Nachfragen durch die Teilnehmer/Teilnehmerinnen am Bewerbungsgespräch sei daher versucht worden, der Antragstellerin die Frage inhaltlich näher darzulegen, um ihr so die Gelegenheit zu geben, die tatsächlich gestellte Frage beantworten zu können. Die Antragstellerin habe aber trotz der zusätzlichen Fragen offenbar nicht erfassen können, worauf die Frage abgezielt habe.

Nach der Wahrnehmung aller seitens der Erstantragsgegnerin anwesenden Personen sei es im Zuge des Bewerbungsgesprächs zu keiner wie auch immer gearteten Diskriminierung oder Belästigung aufgrund des Geschlechtes gekommen. Der Ablauf des Gesprächs habe einem typischen Bewerbungsgespräch entsprochen. Eine „inquisitorische Befragung“ sei zu keinem Zeitpunkt erfolgt.

Das Gespräch habe vielmehr für sämtliche, für die Erstantragsgegnerin anwesenden Teilnehmer/Teilnehmerinnen eine überdurchschnittlich angenehme Atmosphäre gehabt. Auch die

Gesprächsführung sei im Vergleich zu anderen Bewerbungsgesprächen eher in einem „Plauderton“ erfolgt.

Geschlechtsbezogene Belästigung liegt gemäß § 7 Abs 2 Z 1 GIBG vor, wenn ein geschlechtsbezogenes Verhalten gesetzt wird, das die Würde beeinträchtigt oder dies bezweckt, für die betroffene Person unerwünscht ist und eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betroffene Person schafft oder dies bezweckt.

Die Verletzung der Würde setze ein gewisses Mindestmaß an Intensität einer belästigenden Verhaltensweise voraus. Die einmalige Frage nach dem Kinderwunsch erreiche dieses Mindestmaß an Intensität jedenfalls nicht. Die Antragstellerin wäre auch nicht verpflichtet gewesen, die Frage wahrheitsgemäß bzw. überhaupt zu beantworten.

Zudem sei auch kein einschüchterndes, feindseliges, entwürdigendes, beleidigendes oder demütigendes Umfeld für die Antragstellerin geschaffen worden. Dies würde voraussetzen, dass durch die Verhaltensweise ein gewisser Dauerzustand geschaffen worden sei. Ein Arbeitsverhältnis mit der Antragstellerin habe zu keinem Zeitpunkt bestanden. Ein einmaliger Kontakt im Rahmen eines Bewerbungsgesprächs schaffe noch kein Umfeld iSd § 7 Abs 2 Z 1 GIBG (OGH 9 ObA 21/12x).

Der Tatbestand sei daher im Rahmen des Bewerbungsgesprächs nicht erfüllt worden. Der Antragstellerin stehen keine Ansprüche zu.

Es sei auch bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses keine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes erfolgt. Die Entscheidung zugunsten der anderen Bewerberin sei diskriminierungsfrei und einstimmig aus objektiv sachlichen Gründen durch sämtliche beim Bewerbungsgespräch anwesenden Personen erfolgt. Sämtliche beim Bewerbungsgespräch anwesenden Personen haben ein gleichberechtigtes Stimmrecht gehabt.

Die Stelle sei zusätzlich zu den bereits in der Stellungnahme vom 26. März 2021 angeführten objektiv sachlichen Gründen, auch an eine andere Bewerberin vergeben worden, da diese besser qualifiziert gewesen sei.

Die Antragstellerin könne keinerlei Berufserfahrung in der Pharmabranche aufweisen. Die nunmehrige Stelleninhaberin habe demgegenüber bereits als Veterinärmedizinerin praktiziert. In dieser Tätigkeit habe sie vielfach Gespräche mit Pharmareferenten/Pharmareferentinnen geführt und dadurch klare Vorstellungen an die Anforderungen dieser Tätigkeit und den zu erwartenden Aufgaben gehabt. Die nunmehrige Stelleninhaberin habe im Bewerbungsgespräch vor allem mit ihrer Antwort auf die Frage nach den ersten Schritten in ihrer Tätigkeit als Pharmareferentin überzeugt. Sie habe dabei insbesondere mit ihren Ausführungen überzeugen können, wie sie an die Aufgabe als Pharmareferentin herangehen würde. Ihre Ausführungen haben vollinhaltlich den Vorstellungen der Erstantragsgegnerin entsprochen. Dies sei der Antragstellerin in ihrem Bewerbungsgespräch nicht gelungen.

Zum Zeitpunkt des Bewerbungsgesprächs habe es massive coronabedingte Einschränkungen gegeben. Ein Thema des Bewerbungsgesprächs mit der nunmehrigen Stelleninhaberin sei daher unter anderem gewesen, wie man coronabedingte Hürden im Arbeitsalltag begegnen könne. Die nunmehrige Stelleninhaberin habe dabei aufgrund ihrer bisherigen Berufserfahrung verständlich darlegen können, welche Maßnahmen in einer Praxis ergriffen werden und welchen Einschränkungen man in einer Arztpraxis begegne. Die Stelleninhaberin habe darauf aufbauend zahlreiche Methoden nennen können, wie man Einschränkungen effektiv begegnen könne. Es sei daher davon auszugehen, dass es der nunmehrigen Stelleninhaberin unter anderem auch aufgrund ihrer bisherigen Erfahrungen zu den Hürden in den herausfordernden Zeiten der Corona-Pandemie und aufgrund ihrer überzeugenden Lösungsansätze gelingen werde, rasch einen guten Draht zu verschiedenen Ärzten/Ärztinnen zu entwickeln und auch eine entsprechende Vertrauensbasis aufzubauen.

Die bisherige Berufserfahrung der nunmehrigen Stelleninhaberin verschaffe der Erstantragsgegnerin einen entscheidenden Wettbewerbsvorteil. Die nunmehrige Stelleninhaberin wisse darüber Bescheid, wie man sich schnell Zugang zu Arztpraxen verschaffen und Kontakte mit Ärzten/Ärztinnen knüpfen könne. Aufgrund ihrer bisherigen Tätigkeit als Ärztin weiß sie auch über überzeugende Verkaufsargumente Bescheid.

Bei der ausgeschriebenen Stelle habe es sich um eine befristete Stelle gehandelt. Maßgebliches Kriterium für die Entscheidung für die andere Stellenbewerberin sei daher auch die Erwartung gewesen, dass aufgrund der bisherigen Berufserfahrung der Einschulungsaufwand erheblich geringer ausfallen und sie rascher als Pharmareferentin aktiv tätig werde.

Insgesamt sei daher die nunmehrige Stelleninhaberin aus objektiv sachlichen Gründen die am besten geeignete Kandidatin für die ausgeschriebene Position gewesen. Dies bestätige sich auch durch die einstimmige Entscheidung, die für diese Kandidatin getroffen worden sei.

Der Zweitantragsgegner sei Prokurist bei der Erstantragsgegnerin. Als Arbeitgeber/Arbeitgeberinnen iSd § 7 GIBG gelten bei juristischen Personen die vertretungsbefugten Organe. Prokuristen/Prokuristinnen seien keine vertretungsbefugten Organe einer juristischen Person.

Darüber hinaus sei auch anzumerken, dass der Zweitantragsgegner trotz seiner Stellung als Prokurist nicht zur selbstständigen Ausübung von Unternehmer- und insbesondere Arbeitgeberfunktionen berechtigt gewesen sei. Dem Zweitantragsgegner sei insbesondere die alleinige Entscheidung über die Besetzung der Stelle nicht möglich gewesen.

Die Erstantragsgegnerin hafte daher auch nicht für das Verhalten des Zweitantragsgegners.

Nach der Wahrnehmung aller seitens der Erstantragsgegnerin anwesenden Personen, sei es im Zuge des Bewerbungsgesprächs zu keiner wie auch immer gearteten Diskriminierung oder Belästigung aufgrund des Geschlechtes gekommen. Der Ablauf des Gesprächs habe einem ty-

pischen Bewerbungsgespräch entsprochen. Die Entscheidung für die nunmehrige Stelleninhaberin sei aus rein objektiv sachlichen Gründen erfolgt.

Die nachfolgenden Verhandlungen erfolgten unpräjudiziell und haben keinerlei Auswirkungen darauf, wie das Bewerbungsgespräch rechtlich zu beurteilen sei.

Die Erstantragsgegnerin und der Zweitantragsgegner haben bereits wiederholt – und auch nunmehr nochmals mit dieser Stellungnahme – ihren Rechtsstandpunkt dargelegt. Eine über diese Stellungnahme hinausgehende, weitere Beteiligung am Verfahren erfolge seitens der Erstantragsgegnerin und des Zweitantragsgegners daher nicht.

Mit **Schreiben** vom 7. Oktober 2021 machte die **GAW** im Wesentlichen folgende Ausführungen:

Die in der Stellungnahme enthaltene Aufzählung der für Außendienstmitarbeiter/Außendienstmitarbeiterinnen wesentlichen Eigenschaften im Hinblick der darin unter anderem enthaltenen Eigenschaft „Flexibilität“ im gegenständlichen Fall geradezu paradox wirke. Gerade diese Eigenschaft werde gesellschaftlich generalisierend und in stereotyper Weise Frauen mit Kindern sehr häufig abgesprochen bzw. müssen diese erst beweisen, dass sie die verlangte Flexibilität aufweisen.

Es sei nicht bekannt, ob und in welchem Ausmaß davon ausgegangen worden sei, dass diese Eigenschaft von der Antragstellerin ausreichend erfüllt werde. Jedenfalls könne aber einer Bewerberin, die keine Kinder habe und auch nicht vorhabe, zukünftig Kinder zu bekommen, das Erfordernis dieser Eigenschaft wohl nicht zum Nachteil gereichen.

Ebenso werde die Eigenschaft Ehrlichkeit als Wert im Unternehmen besonders hervorgehoben. Gerade diese, von der Antragstellerin durch ihr Verhalten in sehr authentischer Weise bezeugte Ehrlichkeit bewirke in ihrem Fall jedoch einen Nachteil. Es werde sogar ausgeführt, dass sie ja überhaupt nicht verpflichtet gewesen wäre, wahrheitsgemäß bzw. überhaupt zu antworten. Diese Argumentation sei widersprüchlich und zeige bereits, dass es für die Antragstellerin ab einem gewissen Zeitpunkt des Bewerbungsverfahrens kein rechtmäßiges Alternativverhalten mehr geben habe können, für die ausgeschriebene Stelle noch zu überzeugen.

Der Behauptung, dass die Antragstellerin völlig von sich aus und ohne Notwendigkeit in einer angeblich unpassenden Ausführlichkeit das Thema ihre Mutter betreffend ins Gespräch gebracht habe, sei unrichtig. Einerseits werde in der Stellungnahme die Aufforderung ausgeführt, dass die Antragstellerin schildern solle, was sie in ihrem Leben gerne löschen würde. Abgesehen davon, dass auch dies eine höchstpersönliche Frage dargestellt habe, deren Rechtmäßigkeit einer Hinterfragung wert erscheine, habe sie entsprechend den eigenen Angaben darauf abgezielt, „den Menschen hinter dem Lebenslauf“ kennenzulernen. Genau dieser Aufforderung sei die Antragstellerin ehrlich nachgekommen. Dass es danach zu einer nicht enden wollenden weiteren Befragung diesbezüglich durch den Zweitantragsgegner kommen würde,

habe die Antragstellerin nicht vorhersehen können und sie hätte dieses sehr persönliche und auch nicht friktionsfreie Thema ihres Privatlebens sonst auch sicher nicht preisgegeben. Letztlich sei dann jedoch in einem völlig ungeschützten Raum eine ausschließlich von dem Zweittragsgegner erzwungene und von der Antragstellerin als „Nabelschau“ und deshalb sehr entwürdigend empfundene Preisgabe ihrer Privatsphäre erfolgt.

Die anderen beiden Teilnehmer und Teilnehmerinnen dieses Gesprächs, V und U, MA, seien entsprechend der Wahrnehmung der Antragstellerin mit zunehmender Dauer dieser Befragung auch zunehmend unangenehm berührt gewesen. Herr V habe diese einmal sogar, jedoch vergeblich, zu stoppen versucht, indem er sinngemäß gemeint habe „das können wir ja jetzt so stehen lassen“. U, MA habe auf die Antragstellerin den Eindruck gemacht, als wisse sie gar nicht mehr, wo sie hinschauen solle.

Fraglich sei auch, welche Erwartungshaltung es gegeben habe und welche konkreten persönlichen Werte die Antragstellerin hätte äußern sollen. Wenn nunmehr in diesem Zusammenhang auch die Fähigkeit zur Sinnerfassung der Antragstellerin bezweifelt werde, könne nur betont werden, dass die Ausweitung des antragsgegenständlichen Themas durch den Zweittragsgegner eine Möglichkeit für weitere Gesprächsinhalte gar nicht eröffnet habe. Letztlich sei darauf hinzuweisen, dass die Darstellung in der Stellungnahme geeignet sei, den Eindruck zu erwecken, dass die Auffassungsgabe der Antragstellerin beeinträchtigt sein könnte. Die Antragstellerin sei Akademikerin und seit langen Jahren journalistisch tätig und intelligenzmäßig sehr wohl zu einem sinnerfassenden Verstehen fähig.

Der als ungewöhnlich positiv beschriebene Plauderton des Bewerbungsgesprächs möge auch das Einfallstor für dessen spätere ungehemmte Entwicklung gewesen sein. Der wesentliche Punkt bezüglich des Belästigungsvorwurfes sei nicht die Tatsache der geäußerten Frage nach dem Kinderwunsch. Eine solche könne naturgemäß lediglich ein allfälliges Indiz für eine Diskriminierung darstellen. Der Belästigungsvorwurf nähere sich aus dem Gesprächsverlauf nach dem Stellen dieser Frage.

Die herangezogene Entscheidung des Obersten Gerichtshofes betreffe eine Belästigung nach erfolgter Beendigung des Arbeitsverhältnisses und sei auf den gegenständlichen Sachverhalt nicht übertragbar. Wenn belästigende Äußerungen im Sinn des GIBG im Bewerbungsverfahren zulässig sein würden, würde dies dazu führen, dass Bewerber/Bewerberinnen belästigenden Verhaltensweisen gänzlich ausgeliefert wären. Sie wären quasi ohne Rechtsschutz „Freiwild“ für diskriminierende Behauptungen. Auch im Vorfeld bestehe jedoch bereits eine vorvertragliche Schutzpflicht durch potentielle Arbeitgeber/Arbeitgeberinnen. Belästigungen „im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis“ seien verboten.

Zum Vergleich der Berufserfahrungen sei in aller Kürze auszuführen, dass die ausgewählte Person von ihrer Ausbildung Tierärztin sei. Es sei somit nicht ersichtlich, weshalb sie an der Tätigkeit der ausgeschriebenen Stelle näher „dran“ sein hätte sollen als die Antragstellerin mit

einer jedenfalls einschlägigeren Ausbildung als Pharmareferentin. Auch bei der anderen Person habe noch keine einschlägige Berufserfahrung bestanden. Die Antragstellerin habe zudem nicht nur die Zulassung als Pharmareferentin, sondern auch den zertifizierten und auf den Beruf zugeschnittenen Universitätslehrgang „Pharmareferent“ an der Universität ... mit insgesamt 28 ECTS mit Auszeichnung absolviert. Die Tatsache, dass die andere Bewerberin selbst eine Ordination gehabt habe, befähige sie noch nicht zur besseren Ausübung einer Außendienstvertretung. Es dürfe an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass die Antragstellerin seit 1. Mai 2021 eine inhaltsgleiche Außendienststelle in einem anderen Unternehmen bekleide. Sie habe sich hier über die vier Runden des Bewerbungsverfahrens als am besten qualifizierte Person behaupten können und übe diese Tätigkeit äußerst erfolgreich aus.

Die Darstellung einer effektiven Begegnung von Einschränkungen durch die COVID-19 Pandemie vermöge als Argument einer besseren Qualifikation deshalb nicht zu überzeugen, weil dies im Bewerbungsgespräch der Antragstellerin überhaupt kein Thema gewesen sei. Sehr wohl habe die Antragstellerin jedoch im Vorgespräch mit Mag.^a W diese offenbar von ihrer Eignung überzeugen können und in diesem Gespräch sei auch die Pandemie thematisiert worden. Die Antragstellerin habe Vorschläge gemacht und es sei auch darüber gesprochen worden, dass sich das gesamte Leben in Zukunft digitaler gestalten werde. Die Antragstellerin habe in diesem Zusammenhang auf ihre Matura im Fach Informatik hingewiesen. Sie habe auch ihre sechsjährige Erfahrung im Kundenservice/Kundinnenservice der Telekommunikationsbranche betont.

Woher die Annahme herrühre, dass die zum Zug gekommene Bewerberin schneller und mit weniger Einschulungsaufwand die Tätigkeit ausüben könne, weil es sich ohnedies nur um eine befristete Stelle handle, sei nicht nachvollziehbar. Auch diese habe noch nie eine Außendiensttätigkeit im Pharmabereich ausgeübt.

Mit **Schreiben** vom 16. November 2021 trat die rechtsfreundliche Vertretung der **Erstantragsgegnerin** und des **Zweitantragsgegners** den Ausführungen der GAW im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Die Erstantragsgegnerin und der Zweitantragsgegner haben in ihrer Stellungnahme vom 28. Juli 2021 vorgebracht, dass für eine Außendienststelle bestimmte, als essenziell empfundene Eigenschaften wie zB Flexibilität mitzubringen seien.

Die Antragstellerin gebe in der Antragsergänzung selbst zu, dass ihr nicht bekannt sei, ob und in welchem Ausmaß von der Erstantragsgegnerin und dem Zweitantragsgegner davon ausgegangen worden sei, dass diese Eigenschaft von der Antragstellerin ausreichend erfüllt sei. Es könne aber einer Bewerberin, die keine Kinder habe und auch nicht vorhabe, zukünftig Kinder zu bekommen, das Erfordernis dieser Eigenschaft wohl nicht zum Nachteil gereichen.

Die Antragstellerin unterlasse es darzulegen, welche Schlüsse sich aus diesem Vorbringen für

das anhängige Verfahren ziehen lassen. Die Erstantragsgegnerin und der Zweitantragsgegner haben zu keinem Zeitpunkt behauptet, dass die Antragstellerin über keine ausreichende Flexibilität verfüge bzw. dass mangelnde Flexibilität einer der Gründe dafür gewesen sei, dass die Antragstellerin die ausgeschriebene Stelle nicht erhalten habe.

Die Erstantragsgegnerin und der Zweitantragsgegner haben zudem die für die Position erforderlichen Eigenschaften ausschließlich im Zusammenhang mit der Notwendigkeit erwähnt, im Rahmen des Bewerbungsgesprächs nicht nur fachliche Qualifikationen, sondern auch die für eine Außendienststelle wesentlichen Eigenschaften zu eruieren. Bewerbungsgespräche zielen typischerweise darauf ab, feststellen zu können, ob die für die ausgeschriebene Stelle erforderlichen Kompetenzen, Fähigkeiten und Eigenschaften vorliegen.

Ob diese Eigenschaften bei der Antragstellerin als vorhanden empfunden worden seien oder nicht, haben die Erstantragsgegnerin und der Zweitantragsgegner zu keinem Zeitpunkt ausgeführt. Das Aufgreifen einer einzigen Eigenschaft, Flexibilität, die von der Erstantragsgegnerin und dem Zweitantragsgegner nur beispielhaft in einem völlig anderen Zusammenhang als mit der Stellenvergabe angeführt worden sei, sei reine Stimmungsmache gegen die Erstantragsgegnerin und den Zweitantragsgegner.

Die Erstantragsgegnerin und der Zweitantragsgegner haben bereits umfassend dargelegt, aus welchen zahlreichen objektiv sachlichen Gründen die Stelle an eine andere Bewerberin vergeben worden sei. Eine mangelnde Flexibilität sei dabei nicht als Grund genannt worden. Für die Erstantragsgegnerin und den Zweitantragsgegner sei daher das Vorbringen der Antragstellerin in diesem Punkt nicht nachvollziehbar.

Die Antragstellerin greife in ihrer Antragsergänzung auf, dass seitens der Erstantragsgegnerin und des Zweitantragsgegners unter anderem „Ehrlichkeit“ als Wert im Unternehmen besonders hervorgehoben werde.

Die Antragstellerin behaupte in ihrem Antrag, dass sie durch ihr Verhalten in sehr authentischer Weise Ehrlichkeit bezeugt und dies für sie einen Nachteil bewirkt hätte. Die Behauptungen der Antragstellerin seien schlicht unrichtig.

Zutreffend sei, dass sich aus dem Gesprächsverlauf eine Frage nach dem Kinderwunsch ergeben habe. Dieser Gesprächsverlauf sei aber ausschließlich von der Antragstellerin initiiert worden, da die Antragstellerin von sich aus ihre Mutter und deren Rollenbild von Frauen angesprochen habe.

Die Antragstellerin habe auf die Frage nach dem Kinderwunsch zur Antwort gegeben, dass ihre Familienplanung mit zwei Katzen abgeschlossen wäre. Keiner/keine der Teilnehmer/Teilnehmerinnen habe – wie von der Antragstellerin behauptet – auf diese Antwort nachfragend reagiert.

Die Antragstellerin unterstelle der Erstantragsgegnerin und dem Zweitantragsgegner nunmehr, dass sich ihre Ehrlichkeit zum Thema Familienplanung nachteilig für sie ausgewirkt hätte. Die Antwort der Antragstellerin zur Frage nach einem Kinderwunsch habe bei der Entscheidung über die Stellenvergabe aber keine Rolle gespielt. Die Behauptungen der Antragstellerin seien daher unzutreffend. Die Antragstellerin habe auch in keiner Weise ausgeführt und dargelegt, inwiefern ihrer Ansicht nach, der nicht vorhandene Kinderwunsch dazu geführt habe, dass sie die Stelle nicht erhalten habe.

Es liegen zahlreiche, objektiv sachliche Gründe vor, die dazu geführt haben, dass die Stelle an eine andere Bewerberin vergeben worden sei. Diese seien von der Erstantragsgegnerin und dem Zweitantragsgegner bereits umfassend ausgeführt worden. Diese Gründe seien alleine ausschlaggebend für die Stellenvergabe an eine andere Bewerberin gewesen.

Die Argumentation der Erstantragsgegnerin und des Zweitantragsgegners sei in diesem Punkt auch nicht widersprüchlich. Die Erstantragsgegnerin und der Zweitantragsgegner haben lediglich darauf hingewiesen, dass der Antragstellerin im Bewerbungsgespräch ein Recht auf Lüge zugestanden wäre, wenn sie diese Frage als unzumutbar empfunden hätte. Die Antragstellerin habe aber, wie sie nun selbst angebe, bereitwillig und ehrlich eine Antwort auf diese Frage gegeben.

Darüber hinaus sei seitens der Erstantragsgegnerin und des Zweitantragsgegners auch lediglich darauf hingewiesen worden, dass allein durch das Stellen der Frage nach einem Kinderwunsch der Tatbestand einer geschlechtsbezogenen Belästigung oder Diskriminierung nicht erfüllt werde. Bei einer einmaligen Frage werde die für das Vorliegen einer geschlechtsbezogenen Belästigung erforderliche Intensität nicht erreicht.

Die Antragstellerin habe bis dato auch nicht darlegen können, weshalb durch das Stellen der Frage, der Tatbestand der geschlechtsbezogenen Belästigung oder Diskriminierung bereits erfüllt worden sei. Das von der Antragstellerin behauptete beharrliche Nachfragen oder die unterstellte „inquisitorische Befragung“ habe nicht stattgefunden. Die Antragstellerin habe bis dato auch nicht substantiiert vorbringen können, um welche konkreten Befragungen es sich gehandelt habe, welche konkrete Fragen gestellt worden seien, wodurch sich die von ihr behauptete „inquisitorische Befragung“ geäußert habe, welche konkrete Fragen als unangenehm empfunden worden seien und worin in etwaigen Fragen ein geschlechtsbezogenes Merkmal zu erkennen sei. Für die Erstantragsgegnerin und den Zweitantragsgegner sei dadurch insbesondere unklar, was ihnen überhaupt vorgeworfen werde.

Die Antragstellerin behaupte in ihrer Antragsergänzung, dass die Antragstellerin dazu aufgefordert worden wäre, zu schildern, was sie in ihrem Leben gerne löschen würde. Diese Behauptung sei unrichtig.

Die Antragstellerin sei lediglich gefragt worden, was sie gerne aus ihrem Lebenslauf löschen möchte. Dies sei von der Antragstellerin bisher auch korrekt so vorgebracht worden.

Die Antragstellerin habe daher schon im Bewerbungsgespräch erkannt, dass mit dieser Frage ausschließlich professionelle und akademische Hintergründe erörtert werden sollten. Mit der Frage sei darauf abgezielt worden, was in der bisherigen schulischen und beruflichen Laufbahn geändert werden würde. Eine solche Frage stelle gerade keine höchstpersönliche Frage dar, wie von der Antragstellerin behauptet.

Die Frage beschäftige sich ausschließlich mit den Informationen, die die Antragstellerin in ihrem Lebenslauf selbst von sich preisgegeben habe. Die Antragstellerin suggeriere damit in ihrem nunmehrigen Vorbringen, dass jede Erörterung der von Bewerbern/Bewerberinnen selbst übermittelten Lebensläufe unrechtmäßig wäre. Dies sei nicht nachvollziehbar und hätte zur Folge, dass ein Lebenslauf in einem Bewerbungsgespräch nicht mehr thematisiert werden dürfte. Gerade dazu diene aber typischerweise ein Bewerbungsgespräch.

Die Antragstellerin habe die Frage zunächst auch richtig erfasst und ausgeführt, dass sie ihre Lehre aus dem Lebenslauf löschen würde. Danach habe sie aber selbst, ohne dazu aufgefordert worden zu sein, das schwierige Verhältnis zu ihrer Mutter und das von der Mutter verfolgte Rollenbild der Frau angesprochen. Diese Informationen seien von der Erstantragsgegnerin und dem Zweitantragsgegner nicht eingefordert worden.

Die Antragstellerin habe freiwillig und ohne dazu aufgefordert worden zu sein, auf eine Frage, die ausschließlich auf berufliche und schulische Hintergründe abgezielt habe, Teile ihres Privatlebens preisgegeben.

Dass die Antragstellerin dies im Nachhinein als unangenehm empfunden habe, möge so sein, könne aber von der Erstantragsgegnerin und dem Zweitantragsgegner nicht beurteilt werden. Die freiwillige Preisgabe privater Details aus dem Leben der Antragstellerin sei von der Erstantragsgegnerin und dem Zweitantragsgegner jedenfalls nicht kausal verursacht worden. Die Antragstellerin habe das Gespräch selbst auf persönliche Ebene gezogen. Von der Erstantragsgegnerin und dem Zweitantragsgegner sei dies zu keinem Zeitpunkt intendiert gewesen.

Die Antragstellerin behaupte, dass sämtliche Teilnehmer/Teilnehmerinnen des Gesprächs mit zunehmender Dauer des Gesprächs unangenehm berührt gewesen wären. Diese Behauptung sei nicht richtig.

Sämtliche Teilnehmer/Teilnehmerinnen haben empfunden, dass das Gespräch gut verlaufen und in einem angenehmen Ton geführt worden sei. Keiner der Teilnehmer/Teilnehmerinnen sei im Rahmen des Gesprächs unangenehm berührt gewesen.

Die Antragstellerin unterstelle der Erstantragsgegnerin und dem Zweitantragsgegner, dass diese an der Intelligenz und Auffassungsgabe der Antragstellerin gezweifelt hätten. Diese Behauptung sei absolut unzutreffend und werde von der Erstantragsgegnerin und dem Zweitantragsgegner entschieden zurückgewiesen.

Tatsache sei allerdings, dass die Antragstellerin die Frage nach persönlichen Wertvorstellungen nicht beantworten habe können. Dies sei auch von sämtlichen Teilnehmern/Teilnehmerinnen des Gespräches entsprechend bestätigt worden.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin gehen die Teilnehmer/Teilnehmerinnen am Bewerbungsgespräch nicht mit einer bestimmten Erwartungshaltung in ein Bewerbungsgespräch. Es gebe auch beispielsweise auf die Frage nach den persönlichen Wertvorstellungen keine „richtige“ und keine „falsche“ Antwort. Es gebe keine Liste an Werten, die Bewerber/Bewerberinnen zu nennen haben, damit ihre Bewerbung erfolgreich sei. Die Frage ziele lediglich darauf ab, einen Eindruck über die grundsätzliche Einstellung des Bewerbers/der Bewerberin zu gewinnen, um das Funktionieren einer möglichen Zusammenarbeit abschätzen zu können.

Sämtliche im Bewerbungsgespräch gestellte Fragen dienen dazu, ein Gesamtbild von dem/der jeweiligen Bewerber/Bewerberin zu erhalten, auf dessen Basis dann eine konkrete Entscheidung getroffen werde.

Dass die Antragstellerin einzelne Fragen aus Sicht der Erstantragsgegnerin und des Zweitantragsgegners inhaltlich nicht richtig erfassen habe können, sie dadurch während des Bewerbungsgesprächs einen erhöhten Druck verspürt habe, wodurch sie im Endeffekt das gesamte Bewerbungsgespräch als unangenehm empfunden habe, möge so sein, sei der Erstantragsgegnerin und dem Zweitantragsgegner aber nicht zuzurechnen. Daraus könne keine wie auch immer geartete Belästigung oder Diskriminierung abgeleitet werden.

Die Erstantragsgegnerin und der Zweitantragsgegner haben bereits umfassend ausgeführt, aus welchen zahlreichen objektiv sachlichen Gründen die Stelle an eine andere Bewerberin vergeben wurde. Die Ausführungen der Antragstellerin, weshalb diese Gründe nicht ausreichend seien, seien weder nachvollziehbar noch schlüssig.

Zu dem von der Antragstellerin angestrebten Vergleich der akademischen Ausbildung sei auszuführen, dass in der Stellenanzeige als erforderliche Qualifikation das Studium der Human- oder Veterinärmedizin oder eine abgeschlossene Pharmareferentenprüfung/Pharmareferentinnenprüfung verlangt worden sei.

Die nunmehrige Stelleninhaberin verfüge über ein abgeschlossenes Veterinärmedizinstudium und habe in diesem Beruf bereits über mehrere Jahre praktiziert. Die Antragstellerin habe zwar den Universitätslehrgang „Pharmareferent“ absolviert und die Pharmareferentenprüfung/Pharmareferentinnenprüfung abgelegt. Sie habe aber noch keinerlei Berufserfahrung in dieser Sparte sammeln können. Bereits daraus ergebe sich die bessere Qualifizierung der nunmehrigen Stelleninhaberin.

Eine Pharmaaußendienst Erfahrung werde in der Stellenanzeige lediglich als zusätzliche Qualifikation angeführt.

Die nunmehrige Stelleninhaberin habe jahrelang eine eigene Ordination geführt. Dies qualifiziere die Stelleninhaberin insofern besser als die Antragstellerin, als sie dadurch zwar nicht selbst im Pharmaaußendienst tätig gewesen sei, aber ihrerseits bereits mit Pharmareferenten/Pharmareferentinnen zu tun und klare Vorstellungen vom Aufgabengebiet gehabt habe. Auf die Antragstellerin treffe dies nicht zu.

Für der Erstantragsgegnerin und den Zweitantragsgegner sei nicht nachvollziehbar, weshalb die bessere Darstellung der Bewältigung von coronabedingten Einschränkungen durch die nunmehrige Stelleninhaberin nicht als ein maßgebliches Kriterium für die Bewerberauswahl überzeugend sei. Die Antragstellerin gebe selbst an, ebenfalls zu diesem Thema Ausführungen gemacht zu haben. Die Antragstellerin übersehe offensichtlich, dass das Gespräch in der Vorrunde ebenso in die finale Beurteilung der Stellenvergabe eingeflossen sei.

Anzumerken sei in diesem Zusammenhang noch, dass es für das gegenständliche Verfahren irrelevant sei, dass die Antragstellerin seit 1. Mai 2021 eine inhaltsgleiche Außendienststelle in einem anderen Unternehmen bekleide.

PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen der Antragstellerin, der Erstantragsgegnerin und des Zweitantragsgegners sowie die mündliche Befragung der Antragstellerin vom 22. November 2022. Weiters geladen waren ein informierter Vertreter bzw. eine informierte Vertreterin der Erstantragsgegnerin, der Zweitantragsgegner, Mag.^a W, U, MA und V. Die genannten Personen teilten mit, dass sie den Termin nicht wahrnehmen werden, weshalb der Senat auf eine weitere Ladung verzichtete. Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf die Stellenausschreibung Pharmareferent (m/w/d) vom 22. Jänner 2021, die Bewerbungsunterlagen der Antragstellerin vom 25. Jänner 2021, das Prüfungszeugnis über die Lehrabschlussprüfung im Lehrberuf Bürokauffrau vom 24. Oktober 2002, das Bachelorzeugnis der Universität ... vom 6. Oktober 2015, das Zertifikat Medizinprodukteberaterin der Universität ... vom 1. April 2017 sowie das Pharmareferentinnenprüfungszeugnis vom 21. Februar 2018.

BEGRÜNDUNG²

Die im vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des Gleichbehandlungsgesetzes, BGBl I Nr 66/2004 idgF, lauten:

² Im weiteren Verlauf werden (akademische) Titel nicht weiter angeführt.

„§ 3. Auf Grund des Geschlechtes, insbesondere unter Bezugnahme auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat darf im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht

- 1. bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses,
[...]*

„§ 7. (1) Eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes liegt auch vor, wenn eine Person durch geschlechtsbezogene Verhaltensweisen

- 1. vom/von der Arbeitgeber/in selbst belästigt wird,
[...]*

*2. durch Dritte in Zusammenhang mit seinem/ihrem Arbeitsverhältnis belästigt wird oder
(2) Geschlechtsbezogene Belästigung liegt vor, wenn ein geschlechtsbezogenes Verhalten gesetzt wird, das die Würde einer Person beeinträchtigt oder dies bezweckt, für die betroffene Person unerwünscht ist und*

- 1. eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betroffene Person schafft oder dies bezweckt oder*
- 2. der Umstand, dass die betroffene Person eine geschlechtsbezogene Verhaltensweise seitens des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin oder Vorgesetzten oder Kolleg/inn/en zurückweist oder duldet, ausdrücklich oder stillschweigend zur Grundlage einer Entscheidung mit Auswirkungen auf den Zugang dieser Person zur Berufsausbildung, Beschäftigung, Weiterbeschäftigung, Beförderung und Entlohnung oder zur Grundlage einer anderen Entscheidung in der Arbeitswelt gemacht wird.
[...]*

Generell ist zur Frage des Beweismaßes und der Beweislastverteilung im GBK-Verfahren anzumerken, dass eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne des GIBG beruft, diesen glaubhaft zu machen hat. Insoweit genügt daher nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (OGH) eine „Bescheinigung“ der behaupteten Tatsachen, wobei jedoch der bei der GBK zu erreichende Überzeugungsgrad gegenüber der beim „Regelbeweis“ geforderten „hohen Wahrscheinlichkeit“ auf eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ herabgesenkt ist.

Vereinfacht gesagt muss mehr für die Darstellung des Antragstellers/der Antragstellerin sprechen als dagegen.³

Dem Antragsgegner/der Antragsgegnerin obliegt dann zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes von ihm/ihr glaubhaft gemachtes Motiv

³ Vgl. OGH 9 ObA 144/14p, Arb 13.203 mit weiteren Nachweisen.

für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.

Bei einer (sexuellen) Belästigung gilt davon abweichend, dass es dem Antragsgegner/der Antragsgegnerin zu beweisen obliegt, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die von ihm/ihr glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung des Vorwurfes, dass die Antragstellerin im Rahmen des Bewerbungsgesprächs für die Tätigkeit eines Pharmareferenten/einer Pharmareferentin bei der Erstantragsgegnerin u.a. durch den anwesenden Prokuristen einer Belästigung aufgrund ihres Geschlechtes ausgesetzt gewesen sei und sie zudem die Vermutung habe, dass der Grund für die Ablehnung ihrer Bewerbung im Verlauf des Bewerbungsgesprächs und ihrer darin geäußerten Lebensorientierung liege, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem **Sachverhalt** aus:

Die Antragstellerin bewarb sich am 25. Jänner 2021 über das Online Portal der X Personalmanagement GmbH auf das Stelleninserat „Pharmareferent (m/w/d)“. Bei der Stelle handelte es sich um eine Karenzvertretung in Vollzeit.

Die im Stelleninserat geforderten Qualifikationen umfassten:

- Studium der Human- oder Veterinärmedizin oder Pharmazie oder abgeschlossene Pharmareferentenprüfung/Pharmareferentinnenprüfung,
- Pharmaaußendienst Erfahrung, motivierte Neu- & Wiedereinsteiger/Wiedereinsteigerinnen sind ebenfalls herzlich willkommen,
- strukturierter Arbeitsstil, Organisationstalent & Dynamik,
- professionelles & überzeugendes Auftreten,
- hohe Eigenmotivation sowie Eigenverantwortung,
- Freude am Umgang mit Menschen.

Die Antragstellerin verfügt neben der Zulassung als Pharmareferentin über ein abgeschlossenes Bachelorstudium der Molekularbiologie, eine Zertifizierung als Medizinprodukteberaterin, eine abgeschlossene kaufmännische Lehre und langjährige Erfahrung im Kunden- und Kundinenservice mit Vertriebserfahrung.

Am 28. Jänner 2021 fand ein Online-Vorstellungsgespräch mit der X Personalmanagement GmbH statt. Am 2. Februar 2021 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass die Erstantragsgegnerin sie kennenlernen wolle.

Am 15. Februar 2021 führte die Antragstellerin ein persönliches Gespräch mit der Teamleiterin W, in dem die ausgeschriebene Stelle vorgestellt wurde. Danach kam die Antragstellerin in die Endrunde.

Das abschließende Bewerbungsgespräch fand am 18. Februar 2021 aufgrund der Corona Situation und des Umstandes, dass die am Gespräch beteiligten Personen in unterschiedlichen

Bundesländern waren, via Google Meet statt. An dem Gespräch nahmen die HR-Managerin U, W, V und der Zweitantragsgegner teil.

Die erste halbe Stunde des Gespräches verlief gut. Dann fragte U, was die Antragstellerin in ihrem Lebenslauf mit dem heutigen Wissen, oder wenn sie die Macht dazu hätte, ändern würde. Die Antragstellerin antwortete, dass die Bürolehre vielleicht nicht notwendig gewesen sei. Auf die Frage des Zweitantragsgegners, warum sie das dann gemacht habe, gab die Antragstellerin an, dass das der Wunsch ihrer Mutter gewesen sei. Der Zweitantragsgegner fragte nochmals, warum sie das dann gemacht habe. Die Antragstellerin gab zur Antwort, weil sie 15 und wirtschaftlich abhängig gewesen sei. Der Zweitantragsgegner fragte daraufhin, wie das Verhältnis zu ihrer Mutter heute sei, woraufhin die Antragstellerin angab: „Naja, geht so.“ Der Zweitantragsgegner hakte weiter nach. Es kam dann heraus, dass die Mutter der Antragstellerin sehr konservative Vorstellungen für die Zukunft der Antragstellerin hatte, wonach diese nach der Lehre heiratet und Kinder bekommt. V fragte, ob ihre Mutter recht behalten habe. Die Antragstellerin antwortete, dass ihre Familienplanung mit zwei Katzen abgeschlossen sei. Daraufhin meinte der Zweitantragsgegner, dass das schon ein ungewöhnlicher Lebensentwurf sei. Die Antragstellerin bejahte. Der Zweitantragsgegner erläuterte, wie wichtig familiäre Werte bei der Erstantragsgegnerin seien und wenn sich die Antragstellerin nicht dem traditionellen Rollenbild verpflichtet fühle, wie sie dann denke, dass sie in die Firma passen könnte. Die Antragstellerin wusste nicht, was sie darauf antworten soll. Der Zweitantragsgegner griff das Thema Werte weiter auf. Die Antragstellerin versuchte, etwas zu familiären Werte zu sagen. Der Zweitantragsgegner hakte weiter nach. Das Gespräch dauerte insgesamt ungefähr eine Stunde, nach dem Thema Werte wurden noch andere Themen kurz angesprochen.

Am 5. März 2021 wurde der Antragstellerin von U telefonisch mitgeteilt, dass sich die Erstantragsgegnerin für eine andere Bewerberin entschieden habe.

In **rechtlicher Hinsicht** ist der Sachverhalt wie folgt zu beurteilen:

1. Es liegt **eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes durch eine geschlechtsbezogene Belästigung durch den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin** gemäß **§ 7 Abs 1 Z 1 GIBG** durch die **Erstantragsgegnerin** sowie gemäß **§ 7 Abs 1 Z 3 GIBG** durch den **Zweitantragsgegner** vor.

Der Begriff „Arbeitgeber/Arbeitgeberin“ ist im Arbeitsrecht kaum determiniert, so auch nicht im GIBG. Nach dem hier durch die Bezugnahme auf das Arbeitsverhältnis zu Grunde zu legenden arbeitsvertraglichen Arbeitgeber-/Arbeitgeberinnen-Begriff ist als Arbeitgeber bzw. Arbeitgeberin jede Person anzusehen, die im Rahmen des Arbeitsvertrags über die Arbeitskraft

einer anderen Person verfügt. Ist der Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberin eine juristische Person, ist dieser das Verhalten ihrer vertretungsbefugten Organe (Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer/Geschäftsführerin, etc.) unmittelbar zuzurechnen.⁴

Aus dem Begriff „Arbeitgeber/Arbeitgeberin“ folgt nicht, dass Belästigungshandlungen während der Bewerbungsphase, die also noch vor dem Beginn des Arbeitsverhältnisses liegen, nicht von § 7 GIBG erfasst sind. Ziel dieser Bestimmung ist es, die Belästigung im Rahmen des Geltungsbereichs nach den §§ 1, 3 und 4 GIBG zu verbieten und zu sanktionieren. Dass der Schutz vor Diskriminierung nicht erst mit dem Beginn des Arbeitsverhältnisses einsetzt, macht auch schon § 3 Z 1 GIBG deutlich, wonach niemand „bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses“ diskriminiert werden darf. Bei der Einstellungsdiskriminierung ist das Nichtvorliegen eines Arbeitsverhältnisses somit sogar eine Tatbestandsvoraussetzung.⁵

Im vorliegenden Fall handelt es sich bei der Erstantragsgegnerin um eine juristische Person. Der Zweitantragsgegner ist Prokurist der Erstantragsgegnerin. Gemäß § 49 Abs 1 UGB ermächtigt die Prokura zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Unternehmens mit sich bringt. Gemäß § 50 Abs 1 UGB ist eine Beschränkung des Umfanges der Prokura Dritten gegenüber unwirksam. Dies gilt insbesondere von der Beschränkung, dass die Prokura nur für gewisse Geschäfte oder gewisse Arten von Geschäften oder nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten ausgeübt werden soll (§ 50 Abs 2 UGB). Die Prokura ermächtigt somit zu allen Rechtshandlungen, die der Betrieb irgendeines Unternehmens mit sich bringt. Zum Betrieb eines Unternehmens gehört u.a. der Abschluss von Dienstverhältnissen. Die Antragstellerin befand sich im verfahrensrelevanten Zeitpunkt in einem Bewerbungsprozess mit der Erstantragsgegnerin. Der Zweitantragsgegner nahm am Bewerbungsgespräch am 18. Februar 2021 teil. Der Erstantragsgegnerin ist das Verhalten des Zweitantragsgegners somit unmittelbar zuzurechnen.

Nach Auffassung des Senates liegt darüber hinaus eine solidarische Haftung des Zweitantragsgegners mit der juristischen Person vor, wenn er in eigener Person die Voraussetzungen einer deliktischen Haftung erfüllt. Das bedeutet, dass auch der Zweitantragsgegner als Dritter gegenüber der Antragstellerin haftet.

Als Dritte iSd § 7 GIBG kommen vom Arbeitgeber/von der Arbeitgeberin und der belästigten Person verschiedene Personen in Betracht. Im Fall des § 7 Abs 1 Z 3 GIBG sind das zB Arbeitskollegen/Arbeitskolleginnen der belästigten Person, Vorgesetzte, Geschäftspartner/Geschäftspartnerinnen oder Kunden/Kundinnen des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin.⁶

⁴ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 7.

⁵ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 8.

⁶ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 9.

Im vorliegenden Fall ist der Zweitantragsgegner Dritter iSd § 7 Abs 1 Z 3 GIBG, da er eine Vorgesetztenfunktion im Unternehmen der Erstantragsgegnerin innehat und am Bewerbungsgespräch mit der Antragstellerin teilnahm.

Die geschlechtsbezogene Belästigung bezieht sich sowohl auf das biologische Geschlecht an sich, d.h. auf die Unterscheidung zwischen Mann und Frau, als auch auf daran anknüpfende Rollenzuweisungen. Unter geschlechtsbezogenem Verhalten sind jene Verhaltensweisen zu subsumieren, die die Betroffenen aufgrund ihres Geschlechtes belästigen, die aber nichts mit sexuellem Verhalten zu tun haben. Kern der Belästigung im Sinne des § 7 GIBG ist das Abzielen auf das bloße Geschlecht. Damit sollen „Mobbingformen“ vermieden werden, denen eine verpönte Geschlechtsherabwürdigung innewohnt.⁷ Dabei ist es irrelevant, ob eine Person des eigenen oder eines anderen Geschlechtes belästigt wird bzw. belästigt.⁸

Die Machtausübung und die daraus resultierende potenzielle Änderung des Verhaltens der belästigten Person sind zentrales Beurteilungskriterium. Unter geschlechtsbezogene Handlungsweisen fallen alle Handlungen, die geeignet sind, die soziale Wertschätzung von Betroffenen durch Verletzung ihrer Würde als geschlechtliche Person im Betrieb herabzusetzen und im Ehrgefühl grob zu verletzen. So ist beispielweise die Festlegung von Angehörigen eines Geschlechtes auf bestimmte Rollen darunter zu subsumieren.⁹ Letztlich hängt es von den Umständen des Einzelfalles ab, ob ein bestimmtes Verhalten geschlechtsbezogen ist.¹⁰

Eine geschlechtsbezogene Verhaltensweise liegt vor. Die Nachfragen des Zweitantragsgegners betreffend Familienplanung knüpften am Geschlecht der Antragstellerin an. Nach der aktuellen Judikaturentwicklung sind schon Fragen nach einer Schwangerschaft während der Bewerbungsphase (zB in Vorstellungsgesprächen oder in Fragebögen) als unzulässig anzusehen, weil die Arbeitgeber/Arbeitgeberinnen dadurch unrechtmäßig in die Privatsphäre der Frauen eingreifen.¹¹

Zu beachten ist, dass die Haftung des/der unmittelbaren Belästigers/Belästigerin (§ 7 Abs 1 Z 1, 3 und 4 GIBG) verschuldensunabhängig ist.¹² Subjektive Elemente auf Seite des Belästigers/der Belästigerin bleiben außer Betracht. Es ist unerheblich, ob er/sie die Absicht hatte, zu belästigen.¹³ Das Vorliegen einer geschlechtsbezogenen Belästigung ist demnach nicht von etwa persönlicher Bosheit abhängig.¹⁴

Damit von einer Belästigung iSd § 7 Abs 2 GIBG gesprochen werden kann, muss durch ein bestimmtes geschlechtsbezogenes Verhalten die Würde einer Person beeinträchtigt oder dies

⁷ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 7 Rz 3.

⁸ Vgl. *Mazal* in *Windisch-Graetz*, Gleichbehandlungsgesetz § 7 Rz 21.

⁹ Vgl. *Mazal* in *Windisch-Graetz*, Gleichbehandlungsgesetz § 7 Rz 39, 41.

¹⁰ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 7 Rz. 15; OGH 2.9.2008, 8 ObA 59/08x.

¹¹ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 40.

¹² Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 7 Rz 7.

¹³ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 12.

¹⁴ Vgl. *Mazal* in *Windisch-Graetz*, Gleichbehandlungsgesetz § 7 Rz 39.

zumindest bezweckt werden. Dies setzt ein gewisses Mindestmaß an Intensität voraus. Wenn zwar einzelne Belästigungshandlungen für sich betrachtet noch nicht das gebotene Mindestmaß an Intensität erreichen (zB ein vereinzelter Witz), aber fortgesetzt erfolgen, können auch kleinere, aber wiederholt erfolgende Übergriffe (zB fortwährende Sticheleien) letztlich die Würde der betroffenen Person beeinträchtigen.¹⁵

Objektiv betrachtet war das Verhalten des Zweitantragsgegners jedenfalls geeignet, die Würde der Antragstellerin zu beeinträchtigen, da er nicht davon ausgehen kann, dass es in Ordnung ist, im Rahmen eines Bewerbungsgespräches die Familienplanung und familiären Werte einer Bewerberin zu thematisieren. Dieses Verhalten war entwürdigend für die Antragstellerin. Die Nachfragen verstärkten dies. Unter Gesamtbetrachtung der Umstände sind derartige Fragen dazu geeignet, die Würde einer Person im Allgemeinen zu verletzen. Die geforderte Intensität ist gegeben, da durch das mehrmalige Nachfragen ein wiederkehrendes belästigendes Verhalten seitens der Zweitantragsgegners gesetzt wurde.

Das belästigende Verhalten muss für die betroffene Person weiters unerwünscht sein (§ 7 Abs 2 GIBG). Unerwünscht ist ein Verhalten dann, wenn es gegen den Willen oder ohne Einverständnis der betroffenen Person erfolgt. Dies soll für den Belästiger/die Belästigerin erkennbar sein. An das ablehnende Verhalten der betroffenen Person dürfen jedoch keine hohen Ansprüche gestellt werden, da eine Ablehnungsobliegenheit nicht Tatbestandselement ist.¹⁶

Die Fragen waren für die Antragstellerin unerwünscht. Sie fühlte sich durch die mehrmalige Bezugnahme auf das Thema Familienplanung und familiäre Werte in ihrem Lebensentwurf herabgewürdigt. Vor dem Hintergrund, dass sie sich in einem Bewerbungsprozess mit der Erstantragsgegnerin befand, sprach sie diesen Umstand jedoch nicht an. Die Unerwünschtheit, als Bewerberin von einem Vertreter der potenziellen Arbeitgeberin im Zuge eines Bewerbungsgespräches wiederholt mit dem Thema Familienplanung konfrontiert zu werden, ist jedoch allgemein nachvollziehbar und objektiv erkennbar.

Zusätzlich muss der Umstand, dass die betroffene Person eine geschlechtsbezogene Verhaltensweise seitens des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin oder Vorgesetzten oder Kollegen/Kolleginnen zurückweist oder duldet, ausdrücklich oder stillschweigend zur Grundlage einer Entscheidung mit Auswirkungen auf den Zugang dieser Person zur Beschäftigung gemacht werden.

Die Antragstellerin duldete die Fragen zu Familienplanung und familiären Werten um ihre Chancen im Bewerbungsverfahren nicht zu schmälern. Die wiederholte Bezugnahme auf diese

¹⁵ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 7 Rz 16.

¹⁶ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 7 Rz 17.

Themen führte jedoch zu einer Irritation bei der Antragstellerin und verschlechterte den weiteren Gesprächsverlauf.

Der Antragstellerin gelang es, den glaubhaften Anschein einer geschlechtsbezogenen Belästigung darzulegen, denn ihre Schilderung, dass sie an sich auf eine Frage zu ihrem Familienstand vorbereitet gewesen sei und sich eine Antwort für diesen Fall zurechtgelegt habe, das Thema Familienplanung und familiäre Werte jedoch vom Zweitantragsgegner unerwarteter Weise vertieft worden sei, weshalb sie sich in ihrem Lebensentwurf und auch als Person missbilligt gefühlt und das weitere Gespräch einen unangenehmen Verlauf genommen habe, wodurch es letztlich zu einer negativen Auswirkung auf ihre Beschäftigung gekommen sei, konnte sie glaubwürdig sowie nachvollziehbar ausführen.

Daher verlagerte sich die Beweislast auf die Erstantragsgegnerin und den Zweitantragsgegner.

Die Erstantragsgegnerin und der Zweitantragsgegner stritten die Nachfragen betreffend Familienstand und Kinderwunsch nicht ab, führten jedoch in ihrem schriftlichen Vorbringen aus, dass diese keine Belästigung im Sinne des § 7 GIBG darstellen. Eine „inquisitorische Befragung“ sei zu keinem Zeitpunkt erfolgt. Das Gespräch habe vielmehr für sämtliche, für die Erstantragsgegnerin anwesenden Teilnehmer und Teilnehmerinnen eine überdurchschnittlich angenehme Atmosphäre gehabt. Auch die Gesprächsführung sei im Vergleich zu anderen Bewerbungsgesprächen eher in einem „Plauderton“ erfolgt.

Alle Personen, die seitens der Erstantragsgegnerin am Bewerbungsgespräch am 18. Februar 2021 teilgenommen haben, entschlugen sich einer mündlichen Befragung. Daher konnte der Senat keinen persönlichen Eindruck des Zweitantragsgegners und der weiteren Auskunftspersonen gewinnen. Gerade in Zusammenhang mit Belästigungsvorwürfen kommt dem unmittelbaren Eindruck jedoch eine entscheidende Rolle zu.

Aufgrund der verschuldensunabhängigen Haftung spielt es keine Rolle, ob der Zweitantragsgegner eine Diskriminierung erreichen wollte oder keine bösen Absichten hatte.

Der Senat gelangte daher zur Schlussfolgerung, dass eine geschlechtsbezogene Belästigung durch den Zweitantragsgegner erfolgte, da es insbesondere auf ein Verschulden im Rechtssystem des GIBG, soweit nicht Gegenteiliges normiert ist, grundsätzlich nicht ankommt¹⁷ und die Fragen zu Familienstand und Kinderwunsch vom Zweitantragsgegner an sich nicht bestritten sowie das wiederholte Nachfragen zu Familienplanung und familiären Werten von der Antragstellerin glaubwürdig bescheinigt wurden. Das Verhalten des Zweitantragsgegners ist darüber hinaus der Erstantragsgegnerin zuzurechnen.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es der Erstantragsgegnerin und dem Zweitantragsgegner nicht gelungen ist zu

¹⁷ Vgl. RIS-Justiz RS0131201.

beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die von ihnen vorgebrachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

2. Es liegt **eine Diskriminierung** aufgrund **des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 1 GIBG** durch die **Erstantragsgegnerin** vor.

§ 3 GIBG hebt besonders hervor, dass Diskriminierungen auf Grund des Geschlechtes auch solche unter Bezugnahme auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat, sind.¹⁸

Die Formulierung „bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses“ beschränkt sich nicht auf die konkrete Entscheidung über die Einstellung, sondern erfasst auch Benachteiligungen im Rahmen des in der Regel vorausgehenden Auswahlverfahrens. Für die Beurteilung einer Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses ist somit auf verschiedene, dem Vertragsabschluss „vorgelagerte“ bzw. diesen „vorbereitende“ Verhaltensweisen von Arbeitgebern/Arbeitgeberinnen oder für diese handelnde Personen Bedacht zu nehmen (Vertragsanbahnung).¹⁹

Belästigungen kommen nicht nur auf allen Ebenen des bereits zustande gekommenen Arbeitsverhältnisses, sondern auch schon bei dessen Begründung vor, insbesondere während der Bewerbungs- und Auswahlphase. Die vorvertragliche Situation ist erfahrungsgemäß besonders anfällig für Belästigungen, weil Belästiger/Belästigerinnen gerade in dieser Phase davon ausgehen, leichtes Spiel zu haben, wenn sie das Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses von einem „gewissen Entgegenkommen“ der Bewerber/Bewerberinnen abhängig machen (vgl § 7 Abs 2 Z 2 GIBG). Arbeitgeber/Arbeitgeberinnen haben bereits im vorvertraglichen Verhältnis neben Leben und Gesundheit der Arbeitnehmer/Arbeitnehmerinnen auch andere immaterielle und materielle Interessen der Arbeitnehmer/Arbeitnehmerinnen im besonderen Maß zu wahren.²⁰

Die Fragen betreffend die Familienplanung und das Hinterfragen des Lebensentwurfes der Antragstellerin wurden vom Senat als Belästigung iSd § 7 GIBG qualifiziert.

Der Fokus der Überprüfung einer Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses durch den Senat lag auf dem Aspekt der Fragestellungen im Rahmen des Bewerbungsgesprächs am 18. Februar 2021, weshalb eine weitere Auseinandersetzung mit den Qualifikationen der Antragstellerin und der nunmehrigen Stelleninhaberin unterblieb.

Wird die Duldung einer geschlechtsbezogenen Verhaltensweise ausdrücklich oder stillschweigend zur Grundlage einer nachteiligen Entscheidung mit Auswirkungen auf den Zugang dieser

¹⁸ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 3 Rz 27.

¹⁹ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 3 Rz 13.

²⁰ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 6 Rz 8.

Person zur Beschäftigung gemacht, so kann neben der Belästigung auch eine Diskriminierung nach § 3 Z 1 GIBG vorliegen, dessen Rechtsfolgen nach § 12 Abs 1 GIBG zu beurteilen sind.²¹

Im Abwägung des schriftlichen und mündlichen Vorbringens der Antragstellerin und des schriftlichen Vorbringens der Erstantragsgegnerin ist der Senat zu folgender Ansicht gelangt:

Die Antragstellerin schilderte in ihrer mündlichen Befragung schlüssig den Ablauf des Bewerbungsgesprächs. Ihre nachvollziehbare Darstellung, wonach sie die Fragen, welche ihr im Rahmen des Bewerbungsgesprächs am 18. Februar 2021 in Bezug auf das Thema Familienplanung gestellt worden seien, beantwortet habe, um den Erfolg ihrer Bewerbung nicht zu gefährden und ihr die Bewerbung aufgrund des weiteren Gesprächsverlaufs chancenlos erschienen sei, ließ für den Senat keinen Zweifel daran, dass das Gespräch in der von der Antragstellerin geschilderten Form stattgefunden hat. Es gelang der Antragstellerin dadurch, den Verlauf des Bewerbungsgesprächs und die damit im Zusammenhang stehende Absage glaubhaft zu machen.

Die Erstantragsgegnerin argumentierte in ihrem schriftlichen Vorbringen, dass die Entscheidung zugunsten der anderen Bewerberin diskriminierungsfrei und einstimmig aus objektiv sachlichen Gründen erfolgt sei, da diese besser qualifiziert gewesen sei. Der Ablauf des Gesprächs habe einem typischen Bewerbungsgespräch entsprochen.

Wie oben ausgeführt, entschlugen sich alle Personen, die seitens der Erstantragsgegnerin am Bewerbungsgespräch am 18. Februar 2021 teilgenommen haben, einer mündlichen Befragung, weshalb der Senat keinen persönlichen Eindruck der Auskunftspersonen gewinnen konnte. Die schriftlichen Ausführungen der Erstantragsgegnerin reichten nicht aus, den Senat zu überzeugen, dass der Verlauf des Bewerbungsgesprächs in der von der Erstantragsgegnerin dargestellten Form stattgefunden hat und folglich ausschließlich sachliche Motive für die Nichtberücksichtigung der Bewerbung der Antragstellerin ausschlaggebend waren.

Abschließend hält der Senat fest, dass das Vorliegen anderer, mitausschlaggebender Motive einen Arbeitgeber/eine Arbeitgeberin nicht vom Vorwurf einer diskriminierenden Behandlung entlasten kann, da den Realitäten der Arbeitswelt folgend davon auszugehen ist, dass unter Umständen auch mehrere Motive („Motivbündel“) – darunter auch sachliche – eine Rolle spielen können.²²

VORSCHLAG

Gemäß **§ 12 Abs 3 GBK/GAW-Gesetz** hat der Senat, wenn er der Auffassung ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, dem Arbeitgeber/der Arbeitgeberin oder in Fällen in Zusammenhang mit einer sonstigen Diskriminierung in der Arbeitswelt dem/der für

²¹ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 30 und § 7 Rz 19.

²² Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 17 Rz 8.

die Diskriminierung Verantwortlichen 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, werden die **Erstantragsgegnerin, Z Gesellschaft mit beschränkter Haftung**, und der **Zweittragsgegner, Y**, gemäß § 12 Abs 3 GBK/GAW-Gesetz aufgefordert, die Diskriminierung zu beenden, und werden folgende **Vorschläge zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes** erteilt:

- 1. Leistung eines angemessenen Schadenersatzes,**
- 2. Befassung mit dem Gleichbehandlungsgesetz.**

Wien, 22. November 2022

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK