

Senat I der Gleichbehandlungskommission
Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz
(BGBl. I Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 7/2011)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 30. April 2013 über das am 25. Oktober 2011 eingelangte Verlangen der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **Frau Mag.^a A (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des **Geschlechtes, des Alters und der sexuellen Orientierung** bei der **Begründung eines Arbeitsverhältnisses** gemäß **§§ 3 Z 1 sowie 17 Abs. 1 Z 1 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 7/2011; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) durch die **X GmbH (1. Antragsgegnerin)**, weiters betreffend eine **Belästigung** auf Grund des **Geschlechtes, des Alters und der sexuellen Orientierung** gemäß **§§ 7 Abs. 1 Z 1 sowie 21 Abs. 1 Z 1 GIBG** durch **Herrn B (2. Antragsgegner)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO ((BGBl. II 364/2004 idF BGBl. II Nr. 102/2011), zu folgendem

Prüfungsergebnis

1. Der Senat I der GBK gelangt zur Auffassung, dass Frau Mag.^a A gemäß § 7 Abs. 1 Z 3 GIBG durch Herrn B geschlechtsbezogen belästigt worden ist.
2. Der Senat I der GBK kommt zur Ansicht, dass Frau Mag.^a A auf Grund des Alters gemäß § 21 Abs. 1 Z 3 GIBG durch Herrn B belästigt worden ist.
3. Der Senat I der GBK gelangt ebenso zur Auffassung, dass Frau Mag.^a A auf Grund der sexuellen Orientierung gemäß § 21 Abs. 1 Z 3 GIBG durch Herrn B belästigt worden ist.

4. Weiters kommt der Senat I der GBK zur Ansicht, dass Frau Mag.^a A auf Grund des Geschlechtes bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 GIBG durch die Firma X GmbH diskriminiert worden ist.
5. Der Senat I der GBK gelangt zur Auffassung, dass Frau Mag.^a A auf Grund des Alters bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG durch die Firma X GmbH diskriminiert worden ist.
6. Weiters kommt der Senat I der GBK zur Ansicht, dass Frau Mag.^a A auf Grund der sexuellen Orientierung bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. Z 1 GIBG durch die Firma X GmbH diskriminiert worden ist.

Es handelt sich hierbei im Sinne der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (VfGH)¹ nicht um einen (Feststellungs-)Bescheid, sondern um eine unverbindliche gutachterliche Feststellung

Prüfungsgrundlagen

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf die Vorbringen der Antragstellerin, der 1. Antragsgegnerin und des 2. Antragsgegners, auf die Aussagen der befragten Auskunftspersonen, Frau Mag.^a A, Herrn Geschäftsführer Mag. C, Herrn B und Frau D.

Vorbringen

Im Verlangen der **GAW** wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass **Frau Mag.^a A (Antragstellerin)** eine diplomierte Ökonomin sei und Ende Mai 2011 auf die ausgeschriebene Stelle als „Stellvertretende Leiterin - Produktentwicklung für Bildungsprojekte“ bei der 1. Antragsgegnerin aufmerksam geworden sei. Mit E-Mail vom 22 Mai 2011 habe sich die Antragstellerin um diese Position beworben, für die sie sich auf Grund der Übereinstimmung der geforderten Qualifikationen mit ihrem bisherigen beruflichen Werdegang viel versprochen habe. Durch die Angabe des Geburtsdatums sei dem Unternehmen das Alter der Antragstellerin (48 Jahre) bekannt gewesen. Hingegen hätten sich aus den Bewerbungsunterlagen keine Rückschlüsse auf die sexuelle Orientierung bzw. den Familienstand der Antragstellerin ergeben. Eine

Reaktion auf die Bewerbung sei bereits einen Tag später durch einen Anruf von Frau D, Personalentwicklerin bei der 1. Antragsgegnerin, zum Zwecke der Terminvereinbarung für ein Vorstellungsgespräch erfolgt. Wiederum einen Tag später, am 24. Mai 2011, habe das Bewerbungsgespräch stattgefunden. Dabei seien einerseits die Jobdescription und die Rahmenbedingungen dieser Stelle besprochen worden, andererseits habe die Personalentwicklerin eingehend die fachlichen und persönlichen Qualifikationen der Antragstellerin erfragt. Dabei habe Frau D unmissverständlich klargestellt, dass sie die Antragstellerin für die Position als absolut geeignet betrachte und sich gut vorstellen könnte, dass diese die Stelle erhalte. Frau D habe auch die weiteren Karriereentwicklungsmöglichkeiten dieser Position aufgezeigt. So würde die Antragstellerin eingangs als Stellvertreterin von Frau E fungieren und nach entsprechender Einarbeitungszeit die Bereichsleitung von dieser übernehmen, da Frau E sich auf andere Führungsfunktionen konzentrieren wolle. Die Besprechung habe mit der Ankündigung der Personalentwicklerin geendet, dass ein weiteres Gespräch mit Frau E zur Fixierung des Gehalts bevorstünde. Die Antragstellerin sei daher mit einem sehr guten Gefühl in Hinblick auf den Erhalt der Stelle aus diesem Gespräch herausgegangen. In weiterer Folge habe Frau D die Antragstellerin am 26. Mai 2011 kontaktiert, um sie zu einem weiteren Gespräch mit dem 2. Antragsgegner einzuladen. Dieser würde die Innovationswerkstatt bei der 1. Antragsgegnerin betreuen und die Firma als externer Berater schon langjährig begleiten.

Am 27. Mai 2011 um 10 Uhr habe das vereinbarte Gespräch zwischen der Antragstellerin und dem 2. Antragsgegner stattgefunden. Die Antragstellerin habe sich bereits über den Einstieg in dieses Gespräch gewundert, da sich der 2. Antragsgegner weder namentlich vorgestellt noch auch eine Visitenkarte überreicht habe, sondern das Gespräch mit dem Verweis darauf eröffnet habe, dass er am Vortag Rotwein getrunken habe und deshalb unter Kopfschmerzen leide. Hinsichtlich seiner Verbindung zur 1. Antragsgegnerin habe er darauf verwiesen, dass er nicht nur als externer Berater für die 1. Antragsgegnerin tätig sei, sondern auch eine Linienfunktion für die Geschäftsführung ausübe und darüber hinaus auch dem Beirat angehöre. Als Gesprächsunterlage habe der 2. Antragsgegner den Lebenslauf der Antragstellerin verwendet und habe nach kurzer Durchsicht resümiert, dass die geforderten Qualifikationen offensichtlich vorhanden seien und er lediglich Bedenken hinsichtlich „der Werte und der Unternehmenskultur“ habe. Es lasse sich aus ihrem Lebenslauf nichts „Privates“ herauslesen. Auf Nachfrage der Antragstellerin, welche Informationen

denn fehlen würden, habe der 2. Antragsgegner gemeint: „Na, wie leben Sie?“. Daraufhin habe die Antragstellerin auf den im Lebenslauf befindlichen Hinweis auf ihre mittlerweile erwachsene Tochter verwiesen und dass diese ihr wichtigster Wert im Leben sei. Damit habe sich dieser jedoch nicht begnügt, sondern sei fortgefahren: „Wie leben Sie? Wir laden in unserem Unternehmen- und das zählt zur Unternehmenskultur - auch die Partner unserer Mitarbeiter ein.“ Irritiert über diese Hartnäckigkeit habe sie die Gegenfrage gestellt, wieso diese Auskunft relevant für diesen Job sei. Als Antwort sei ihr vom 2. Antragsgegner gesagt worden, dass das Unternehmen sicherlich „offen und liberal ist, aber mit gewissen Einschränkungen, wo ich eben denke, dass Sie für diese Position nicht geeignet sind bzw. was zu Konflikten mit der Geschäftsführung führen könnte.“ Für die Antragstellerin sei es immer offensichtlicher geworden, dass die Fragen vom 2. Antragsgegner darauf abgezielt hätten, in Erfahrung zu bringen, ob sie in einer Beziehung lebe und ob es sich dabei um eine gleichgeschlechtliche Beziehung handle. Um dieser unangenehmen Situation ein Ende zu setzen, habe sie ihm letztlich mitgeteilt, dass sie Single sei. Daraufhin sei die Gegenfrage vom 2. Antragsgegner gefolgt: „Und wie lange schon?“ Die Fragen des 2. Antragsgegners habe die Antragstellerin als sehr unangenehm und penetrant empfunden, habe sich aber bemüßigt gefühlt, diese - wenn auch ausweichend - zu beantworten, um den Erhalt der Stelle nicht zu gefährden. Nach der Information, dass sie Single sei, habe ihr der 2. Antragsgegner neuerlich eine Unvereinbarkeit zwischen den Werten des Unternehmens und bei ihr einen offensichtlichen „Freiheits- und Individualitätssinn“ attestiert. Mehr als irritiert über diese Aussage, habe sie sich nach dem Grund für seine Einschätzung erkundigt. Daraufhin habe der 2. Antragsgegner gemeint, dass eine Einstellung sowieso nicht möglich sei, da die Antragstellerin auch bereits zu alt sei, um mit der Geschäftsführung kommunizieren zu können. Die direkte Frage der Antragstellerin, ob er damit sagen wolle, dass sie zu alt sei, habe dieser bejaht. Sie habe ihm erklärt, dass in einer solchen Aussage jedenfalls eine Altersdiskriminierung zu erblicken sei, worauf der 2. Antragsgegner gemeint habe, dass dies „in einem Vorgespräch wie diesem erlaubt ist“. Auf nochmalige Rückfrage hinsichtlich seiner Bedenken zum Altersunterschied habe der 2. Antragsgegner hinzugefügt, dass er in seiner selbstständigen Tätigkeit auch als Berater anderer Unternehmen fungiere und daher wüsste er, dass die Unternehmenskultur in einigen Firmen nur die Einstellung von jungen Mitarbeiterinnen zulasse. Was die 1. Antragsgegnerin betreffe, so gebe es auch hier eine klare

Ausrichtung auf eine junge Unternehmenskultur. Sie würde mit ihrem Alter zum gesamten Unternehmen nicht passen. Gegen Ende des Gesprächs sei die Stimmung merklich angespannt gewesen. Das Gespräch habe abrupt geendet. Der 2. Antragsgegner habe sich nicht verabschiedet, es sei auch keine Auskunft über den weiteren Bewerbungsprozess erfolgt. Die Antragstellerin habe von sich aus unmittelbar nach dem Gespräch mit dem 2. Antragsgegner nochmals Frau D kontaktiert, um sie über ihre Eindrücke von diesem Gespräch in Kenntnis zu setzen. Es kam nicht - wie angekündigt - zu einem Folgegespräch mit der Bereichsleiterin Frau E, aber auch nicht zu einer Absage.

In der auf Ersuchen von Senat I der GBK übermittelten Stellungnahme der 1. Antragsgegnerin, Firma **X GmbH**, bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe und traten diesen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Bei der 1. Antragsgegnerin würden Mitarbeiter/innen unterschiedlichster Herkunft arbeiten. Ihre Kunden/innen kommen aus mehr als 100 Ländern. Ihre Mitarbeiter/innenstruktur bringe zum Ausdruck, dass sie mehr als 50 % Frauen in ihrer Belegschaft hätten und auch auf den Führungsebenen seien Frauen sehr gut vertreten. Ebenso gebe es keinerlei Unterschiede zwischen Männern und Frauen in der Entlohnung, etc. Gleichbehandlung in jeglicher Hinsicht sei ihnen ein wichtiger Wert in ihrem Unternehmen. Nach dem Gespräch, das ihr Beiratsmitglied und langjähriger - international erfahrener – Führungskräftecoach, der 1. Antragsgegner, mit der Antragstellerin geführt habe, hätte auch der Geschäftsführer der 1. Antragsgegnerin, Herr Mag. C, am 11. Juni 2011 versucht, mit der Antragstellerin ins Gespräch zu kommen, um sich persönlich ein Bild zu machen bzw. um diese Irritationen beizulegen. Leider habe die Antragstellerin ihr Gesprächsangebot mit der Begründung abgelehnt, dass sie lieber den „Amtsweg beschreiten“ wolle. Nach wie vor sei die 1. Antragsgegnerin überzeugt, dass die Darstellung des Bewerbungsgesprächs zwischen der Antragstellerin und dem 2. Antragsgegner sehr eigen sei. Es spiegle ihres Erachtens keinesfalls ein realistisches Bild dieses Gesprächs wieder. Die 1. Antragsgegnerin möchte aber auch nicht ausschließen, dass es ungewollt zu einer Verletzung nach dem GIBG gekommen sei, und schlage zum Zweck einer gütlichen Einigung daher vor, einen Schadenersatz in Höhe von Euro 3.000,- zu zahlen.

In der auf Ersuchen von Senat I der GBK übermittelten Stellungnahme des 2. Antragsgegners, Herrn B, bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe und trat diesen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Der 2. Antragsgegner könne und möchte auf die einzelnen Vorwürfe nicht eingehen, weil die Vielfalt der Unterstellungen auf Interpretationen und subjektiven Empfindungen beruhen würden.

Er habe sich einstieg, nach seiner Einschätzung, freundlich und klar vorgestellt und über den Sinn und Zweck dieses Gespräches gesprochen. Er habe darauf hingewiesen, dass er im Kontext des Einstellungsgespräches nur eine beratende Funktion habe und dass ihn die Geschäftsführung spontan gebeten habe, mit der Antragstellerin ein kurzes Gespräch zu führen, um seine Einschätzung in Bezug auf die Bewerberin der ausgeschriebenen Stelle zu bekommen. Es habe kein Kopfwahl und keinen Wein von gestern gegeben, sondern nur einen sympathischen Austausch über den Wetterumbruch und die damit zusammenhängende Befindlichkeit, und über das, was jeder gerade gemacht habe. Der 2. Antragsgegner sei am Abend davor von seiner Tochter zum Essen eingeladen gewesen und habe in unterschiedlichen Geschäften nach einem passenden Wein gesucht. Daraufhin habe ihm die Antragstellerin einen Biowein genannt, bei dem man kein Kopfwahl bekommen würde.

Die für die ausgeschriebene Stelle insofern bedeutsamen Fähigkeiten habe der 2. Antragsgegner versucht anzusprechen. Die bisherige freiberufliche Tätigkeit der Antragstellerin, ihr Alter, ihren eigenen Beziehungskontext habe er nachgefragt und ins Gespräch gebracht. Nichts jedoch von vorneherein in Frage gestellt.

Wie sich aber sehr schnell herausgestellt habe, sei es mit der Antragstellerin nicht möglich gewesen, über diese Punkte neutral zu sprechen, weil sie ihm sofort Unterstellungen in Bezug auf Diskriminierung und Projektion gemacht habe. Das sei auch der Grund gewesen, dass er das Gespräch relativ schnell beenden habe wollen, um sich nicht weiter zum Objekt der Anschuldigungen machen zu lassen. Der 2. Antragsgegner habe noch darauf hingewiesen, dass er in seiner Rolle nicht entscheidungsbefugt sei und auf Grundlage dieser jetzigen gemeinsamen Erfahrung sich zurückhalten werde, Empfehlungen auszusprechen. Alle Vorwürfe der Belästigung und Diskriminierung bezüglich des Ehestands, der sexuellen Orientierung und des Alters weise der 2. Antragsgegner auf das Schärfste zurück. Was eine unterstellte Recherche im Internet betreffe, wäre dies gar nicht möglich gewesen, weil er die Bewerbungsunterlagen unmittelbar vor dem Termin durch das Sekretariat der Geschäfts-

stelle ausgehändigt bekommen habe. Bereits im Gespräch selbst habe der 2. Antragsgegner eine Empörung gespürt, aber noch viel mehr nach diesen Vorwürfen, wie sich jemand so etwas herausnehmen könne. Er nehme für sich in Anspruch, dass er durch seine dreißigjährige Berufslaufbahn als Sozialpädagoge, Psychotherapeut und Personal Coach über einen Blick für Integrität und ein bestimmtes Maß an Selbstkritik, was Anstand und Gleichbehandlung betrifft, verfüge. Der 2. Antragsgegner bitte die GBK, was eine persönliche Vorladung betrifft Abstand zu nehmen, da er sich in seiner beratenden Rolle in keiner Weise für einen Schaden, der bei der Antragstellerin entstanden wäre, verantwortlich fühle.

In der mündlichen Befragung führte die Antragstellerin ergänzend aus, dass das erste Bewerbungsgespräch mit der Personalentwicklerin Frau D ein sehr sachliches und angenehmes Gespräch gewesen sei, das sehr positiv verlaufen sei. Das Bewerbungsgespräch mit dem 2. Antragsgegner sei dagegen eines der würdelosesten Gespräche ihres Lebens gewesen. Ihrer Ansicht nach sei es um ein Fertigmachen ihrer Person gegangen. Auf eine derartige Gesprächssituation sei sie nicht vorbereitet gewesen. Der 2. Antragsgegner habe zu Beginn des Gesprächs gemeint, dass sie alle erforderlichen fachlichen Qualifikationen für die ausgeschriebene Position mitbringe. Im gesamten restlichen Gespräch sei ausschließlich um ihr Privatleben, Familienstand, Alter bzw. ihre sexuelle Orientierung gegangen. So habe der 2. Antragsgegner auf eine insistierende Art und Weise von ihr wissen wollen, wie sie lebe. Um eine Jobzusage nicht zu gefährden habe sie sich sehr defensiv verhalten und habe ihm sogar mitgeteilt, dass sie Single sei. Aber auch diese Information sei dem 2. Antragsgegner zu wenig gewesen und habe weiter nachgefragt. Er habe wollen, dass sie ausspreche, wie sie lebe. Es sei sehr unangenehm für sie gewesen. Die ausgeschriebene Position sei eine Schlüsselposition, so dass bei bestimmten Veranstaltungen erwartet werde, dass die Partner/innen der Mitarbeiter/innen an diesen teilnehmen würden. Die 1. Antragsgegnerin sei zwar ein liberales Unternehmen, aber alles habe seine Grenzen. Weiters sei der Antragstellerin ihr Alter vorgehalten worden. Da die Geschäftsführung jünger als sie sei, käme sie für die Position nicht in Frage.

Nach diesem Gespräch habe sie ein E-Mail an Frau D geschrieben und habe um ein Gespräch mit der Geschäftsleitung gebeten. Es stimme, dass sie in diesem E-Mail geschrieben habe, an einer weiteren Zusammenarbeit nicht interessiert zu sein. Das

sei nicht allgemein zu verstehen. Wenn sie nicht an diesem Job interessiert sei, hätte die Antragstellerin sicherlich keinen Kontakt mit der 1. Antragsgegnerin aufgenommen. Für sie sei der Job weiterhin sehr relevant gewesen. In weiterer Folge habe sich der Geschäftsführer der 1. Antragsgegnerin bei ihr gemeldet. Der Verlauf dieses Gespräch sei allerdings von Seiten des Geschäftsführers in einem rüden Ton erfolgt. Sie hätte den 2. Antragsgegner falsch verstanden. Die Antragstellerin habe sich dazu aber nicht äußern wollen, da ein Schreiben der GAW bereits an die 1. Antragsgegnerin unterwegs gewesen sei. Das Vergleichsangebot von Euro 3.000,- habe sie nicht annehmen wollen. Es gehe um ihre persönliche Würde. Dies könne man nicht einfach mit Euro 3.000,- abtun.

Der Geschäftsführer der 1. Antragsgegnerin, Herr Mag. C, verwies in seiner ergänzenden mündlichen Befragung durch den Senat I der GBK darauf, dass er der Antragstellerin sofort nach Erhalt ihres E-Mails ein klärendes Gespräch angeboten habe, was von ihr aber abgelehnt worden sei. Letztlich habe sie auch den Job von sich aus abgesagt. Sie habe den rechtlichen Weg beschreiten wollen. Es dürfte im Gespräch zwischen der Antragstellerin und dem 2. Antragsgegner zu Irritationen gekommen sein. Soweit der Geschäftsführer es mitbekommen habe, sei dieses Gespräch sehr schnell eskaliert. Da müsse von beiden Seiten irgendetwas schiefgegangen sein. Diskriminierung widerspreche jedenfalls der Unternehmenskultur der 1. Antragsgegnerin. Deshalb habe man ihr ein Vergleichsangebot vorgelegt. Er könne eine Verletzung auf Seiten der Antragstellerin nicht ausschließen. Nach Nachfrage des Senates I der GBK hinsichtlich seiner Einschätzung der Person des 2. Antragsgegners, dass er etwas Derartiges hinsichtlich des 2. Antragsgegners noch nie erlebt habe. Jedoch sei der 2. Antragsgegner nicht mehr Beiratsmitglied. Es stehe Aussage gegen Aussage. Den Namen der Antragstellerin habe weder er noch der 2. Antragsgegner gekannt. Der 2. Antragsgegner sollte das Bewerbungsgespräch über die Themenfelder Führungskompetenz, Innovation und Produktentwicklung führen. Da es bei der betreffenden Job um eine Schlüsselfunktion gehandelt habe, habe er spontan den 2. Antragsgegner hinzugezogen. Bislang sei dieser vier- bis fünfmal in einem Recruitingprozess beigezogen worden. Es sei jedenfalls nicht sehr oft gewesen. Der 2. Antragsgegner kenne die Werte des Unternehmens und könne sich daher nicht erklären, wieso dieser nach dem Alter bzw. dem Privatleben der Antragstellerin gefragt habe.

Der 2. Antragsgegner bestritt in der mündlichen Befragung, dass die Vorwürfe aus der Luft gegriffen seien. Er sollte mit der Antragstellerin nur ein Gespräch führen, um eine Einschätzung ihrer Person zu haben. Es sei um die Authentizität der Bewerbungsunterlagen gegangen. Schon das Bewerbungsfoto habe ihn irritiert, da die Frau auf dem Foto auch um 10 bis 15 Jahre jünger sein könnte. Zur sozialen Kompetenz gehöre seiner Ansicht nach auch eine gewisse Ehrlichkeit. Dies habe bei ihm zu einer Irritation geführt. Die zweite Irritation seien für ihn die zahlreichen freiberuflichen Tätigkeiten, aber keine fixen Anstellungen. Wenn man so dick auftrage, müsse man auch prüfen, ob alles stimmig sei. Weiters seien in ihrem Lebenslauf nur ihre Ausbildungen und die Stationen ihrer Beschäftigung angeführt. Es sei jedoch nichts über ihren Lebensstatus enthalten gewesen. Seiner Ansicht nach müsse aber ein Lebenslauf auch zB. die Konstellation in der Geschwisterfolge und den Beruf der Eltern enthalten, sonst dürfe er nicht als Lebenslauf bezeichnet werden. In der Befragung durch den Senat I der GBK bestätigte der 2. Antragsgegner einerseits, dass er die Antragstellerin danach gefragt habe, wie sie denn lebe, andererseits dass es aus seiner Sicht problematisch sei, wenn eine ältere Person jüngeren Personen in der Hierarchie unterstehen würden. Die Antragstellerin sei – wie bereits erwähnt - bis dato hauptsächlich freiberuflich tätig gewesen, strebe nunmehr eine fixe Anstellung an. Die ausgeschriebene Position erfordere ein hohes Ausmaß an Empathie zur Geschäftsführung, den Bereichsleitern/innen und den Projektverantwortlichen. So ein Rollenwechsel sei seiner Meinung nicht so einfach. Da spreche er aus eigener Erfahrung.

Im Rahmen seiner Tätigkeit als Unternehmensberater arbeite er für viele privat- bzw. familiengeführte Unternehmen. Da komme es vor, dass man bei Schlüsselpositionen auf der zweiten Ebene ebenso wissen möchte, wie die Lebenssituation sei. In solchen Positionen würden Überstunden erwartet werden, daher habe er nachgefragt. Er habe ihre Beziehungen gar nicht wissen wollen, sondern der 2. Antragsgegner habe sich vielmehr für ihre Lebenssituation interessiert, und ob es Interessenskonflikte gebe. Von der sexuellen Orientierung der Antragstellerin habe er nichts gewusst. Das sei eine Unterstellung. Er habe vor dem Gespräch nicht einmal ihren Namen gewusst. Er könne sich daran erinnern, dass er in diesem Bewerbungsgespräch zur Antragstellerin gesagt habe, dass die 1. Antragsgegnerin zwar ein liberales Unternehmen sei, aber alles habe seine Grenzen. Die Antragstellerin habe dem 2. Antragsgegner auf Grund seiner Fragestellung Diskriminierung und Machtmissbrauch

vorgeworfen. Ihm sei es bei seinen Nachfragen um Selbstwahrnehmung, der Blick nach Innen und die Authentizität des Einzelnen gegangen.

Frau D, Personalentwicklerin bei der 1. Antragsgegnerin, gab an, dass die Antragstellerin ihrer Ansicht nach die bestqualifizierteste Bewerberin gewesen sei. Sie habe ihren Eindruck vom Vorstellungsgespräch an den Geschäftsführer weitergegeben. Frau D habe es gut gefunden, dass der Lebenslauf der Antragstellerin eigeninitiativ gestaltet gewesen sei. Es seien im Lebenslauf alle relevanten Informationen enthalten gewesen. Die Nachfrage des Senates I der GBK, ob es bei der 1. Antragsgegnerin üblich sei, nach dem Familienstand zu fragen, verneinte Frau D. Sie stelle diese Frage nicht. Sie könne nicht einschätzen, ob sich der 2. Antragsgegner im Ton vergreife.

Der Senat I geht von folgendem Sachverhalt aus:

Der 2. Antragsgegner hat im Bewerbungsgespräch die Antragstellerin insistierend nach ihrem Beziehungsstatus bzw. ihrem Privatleben gefragt.

Im Ermittlungsverfahren hat der 2. Antragsgegner gegenüber dem Senat I der GBK bestätigt, die Antragstellerin nach ihrem Beziehungsstatus gefragt zu haben. Sie sollte ihm ihren Beziehungsstatus darlegen.

Der 2. Antragsgegner hat im Zuge des Gesprächs das Alter der Antragstellerin problematisiert.

Der 2. Antragsgegner bestätigte im Verfahren auch diesen Vorwurf. Aus seiner Sicht halte er auf Grund der überwiegenden freiberuflichen Beschäftigung der Antragstellerin es als sehr schwierig in ihrem Alter in eine fixe Anstellung zu wechseln, noch dazu wenn sie in Firmenhierarchie einer jüngeren Geschäftsführung unterstehe. Der 2. Antragsgegner zeigte sich auf Grund des Fotos der Antragstellerin im Lebenslauf irritiert. Dies würde nicht der Realität entsprechen. Auch dem Senat I der GBK liegt der Lebenslauf der Antragstellerin vor. Die Antragstellerin zeigt sich auf diesem Foto in einer moderneren Pose, allerdings wirkt sie auch in der unmittelbaren Wahrnehmung des erkennenden Senates keineswegs deutlich jünger.

Der 2. Antragsgegner hat im Bewerbungsgespräch mit der Antragstellerin diese nach ihrer sexuellen Orientierung ausgefragt.

Der 2. Antragsgegner bestritt, im Vorfeld zum Bewerbungsgespräch im Internet nach der Antragstellerin recherchiert zu haben. Er hätte ihren Namen gar nicht gewusst. Aus Sicht des Senates I der GBK ist es allerdings irrelevant, ob der 2. Antragsgegner eine Internetrecherche angestellt hat oder nicht. Durch sein beharrliches Nachfragen wollte der 2. Antragsgegner von der Antragstellerin wissen, ob die Antragstellerin so lebt, wie dies seinem Weltbild entspricht. Es war für den erkennenden Senat eindeutig, dass er von der Antragstellerin eine eindeutige Aussage darüber haben wollte, ob sie in einer heterosexuellen Beziehung lebt oder nicht. Ausschlaggebender Grund für diese Annahme ist das beharrliche und insistierende Nachfragen des 2. Antragsgegners, wie denn die Antragstellerin lebt. Selbst nachdem die Antragstellerin dem 2. Antragsgegner mitgeteilt hat, dass sie Single ist, hat dieser nachgefragt, wie sie denn lebt.

Dieses Verhalten des 2. Antragsgegners störte die Antragstellerin.

Neben dem schriftlichen und mündlichen Vorbringen der Antragstellerin geht dieser Umstand u.a. aus den Aussagen der befragten Auskunftspersonen hervor, dass die Antragstellerin über das geführte Gespräch mit dem 2. Antragsgegner aufgebracht gewesen ist. Selbst der 2. Antragsgegner bestätigte in seiner Aussage, dass die Antragstellerin ihm unmittelbar im Gespräch Diskriminierung ihrer Person durch seine Aussagen vorgeworfen hat.

Das Verhalten des 2. Antragsgegners ist der 1. Antragsgegnerin zuzurechnen:

Der Geschäftsführer hat den 2. Antragsgegner als einer seiner externen Unternehmensberater, der zu diesem Zeitpunkt dem Beirat der 1. Antragsgegnerin angehört hat, beauftragt, ein zusätzliches Bewerbungsgespräch mit der Antragstellerin durchzuführen. Der 2. Antragsgegner hat die Antragstellerin – wie der Senat I der GBK festgestellt hat – im Bewerbungsprozess belästigt. Das Verhalten des 2. Antragsgegners ist der 1. Antragsgegnerin im Sinne der Gehilfenhaftung gemäß § 1313a ABGB zuzurechnen. Der Geschäftsführer der 1. Antragsgegnerin und der 2. Antragsgegner erklärten in der Befragung, dass der 2. Antragsgegner in einem weiteren Gespräch mit der Antragstellerin ihre Kompetenzen und Fähigkeiten überprüfen sollte. Ob eine

Entscheidungsbefugnis des 2. Antragsgegners vorgelegen ist, ist für die Zurechnung nicht relevant.

Die Antragstellerin wäre ohne das belästigende Verhalten des 2. Antragsgegners von der 1. Antragsgegnerin eingestellt worden.

Wie der Senat I der GBK im Ermittlungsverfahren festgestellt hat, ist es durch das belästigende Verhalten des 2. Antragsgegners zu Diskriminierungen der Antragstellerin gekommen. Ein diskriminierungsfreies Bewerbungsverfahren lag dadurch nicht vor. Der Geschäftsführer der 1. Antragsgegnerin konnte auch nicht ausschließen, dass es im Gespräch zwischen der Antragstellerin und dem 2. Antragsgegner zu Verletzungen gekommen ist. Aus diesem Grund wurde von Seiten der 1. Antragsgegnerin der Antragstellerin ein Vergleichsangebot in der Höhe von Euro 3.000,- gemacht. Die Antragsgegnerin war unbestrittener Maßen die einzig qualifizierte Bewerberin.

Die Ablehnung der Antragstellerin im E-Mail vom 27. Mai 2013, im Unternehmen der 1. Antragsgegnerin tätig zu werden, ändert nichts an der Begründungsdiskriminierung. In weiterer Folge hat die Antragstellerin ihr Interesse an diesem Arbeitsplatz gezeigt.

Auf Grund des Gesprächs der Antragstellerin mit dem 2. Antragsgegner ist eine derartige Reaktion der Antragstellerin in ihrer ersten Emotion nachvollziehbar. Die Antragstellerin hat das Bewerbungsgespräch mit dem 2. Antragsgegner wie ein Verhör empfunden. Dass die Antragstellerin auf Grund der vom 2. Antragsgegner gemachten belästigenden Äußerungen zu ihrer Person bei der 1. Antragsgegnerin unmittelbar nach diesem Gespräch nicht arbeiten wollte, ist verständlich. An sich war die Antragstellerin an einer Tätigkeit bei der 1. Antragsgegnerin interessiert, ansonsten hätte sie auch nicht um ein Gespräch mit der Geschäftsleitung in diesem Mail ersucht. Weiters hat die GAW in ihrem Auftrag kurze Zeit später, bereits am 7. Juni 2011, ein Interventionsschreiben an die 1. Antragsgegnerin übermittelt, in dem um eine faire Beurteilung der Bewerbung der Antragstellerin ersucht worden ist. Das zeigt das aufrechte Interesse der Antragstellerin an diesem Job.

Die Antragstellerin war die bestqualifizierteste Bewerberin.

Laut der Personalentwicklerin der 1. Antragsgegnerin, Frau D, war die Antragstellerin die bestqualifizierteste Bewerberin. Die anderen Bewerber/innen hätten allesamt nicht dem Anforderungsprofil der Stellenausschreibung entsprochen. Der Geschäftsführer teilte in der Befragung mit, dass diese Position erst gegen Ende des Jahres 2011 besetzt worden sei. Die Stelle habe eine interne Mitarbeiterin erhalten.

Rechtliche Überlegungen

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand der geschlechtsbezogenen Belästigung durch den 2. Antragsgegner, Herrn B, gemäß **§ 7 Abs. Z 3 GIBG** verwirklicht worden ist, ist folgendes zu bemerken:

Der Tatbestand der Belästigung bezieht sich neben dem biologischen Geschlecht an sich, d.h. der Unterscheidung zwischen Frau und Mann, auch auf daran anknüpfende Rollenzuweisungen.¹

Unter geschlechtsbezogenem Verhalten sind jene Verhaltensweisen zu verstehen, die die betroffene Person auf Grund ihres Geschlechts belästigen, die aber nichts mit sexuellem Verhalten zu tun haben.

Hinzu kommt, dass der/die unmittelbare Belästiger/in grundsätzlich verschuldensunabhängig haftet. Subjektive Elemente auf Seite des/der Belästigers/Belästigerin bleiben daher außer Betracht. Es ist demnach unerheblich, ob diese/r die Absicht hatte, zu belästigen.²

Wird eine Bewerberin im Bewerbungsprozess unzulässiger Weise nach ihrem Beziehungsstatus bzw. ihr Privatleben ausgefragt, stellt dies eine stereotype Benachteiligung dar, die als **Belästigung** gemäß § 7 Abs. 1 Z 3 GIBG zu qualifizieren ist.

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des **Alters** durch eine Belästigung nach **§ 21 Abs. 1 Z 3 GIBG** durch den 2. Antragsgegner, verwirklicht worden ist, ist Nachstehendes zu bemerken:

¹ Vgl. ebd. § 7 Rz 3.

² Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG § 6 Rz 12.

Eine Belästigung liegt vor, wenn eine unerwünschte Verhaltensweise, die mit einem der Gründe in § 17 GIBG im Zusammenhang steht, gesetzt wird und die Würde einer Person verletzt, die für die betroffene Person unerwünscht, unangebracht und anstößig ist, und ein einschüchterndes, feindseliges, entwürdigendes, beleidigendes oder demütigendes Umfeld für die betroffene Person schafft.

Verhalten ist hier weit zu interpretieren. Es umfasst sowohl körperliche Handlungsweisen als auch verbale oder nonverbale Verhaltensweisen. Darunter versteht man sowohl sprachliche Äußerungen wie Witze, Bezeichnungen als auch Gesten sowie das Verteilen von Bildern oder sonstigen Material.

Abfällige Äußerungen, die der 2. Antragsgegner über das Alter der Antragstellerin, u.a. wäre sie bereits 48 Jahre alt und die Geschäftsführung 45 Jahre, und so etwas könne nicht funktionieren, gemacht hat, fallen unter dem Tatbestand der Belästigung auf Grund des Alters.. Der Antragstellerin wurde unterstellt, dass sie sich als (ein wenig) Ältere einer jüngeren Hierarchieebene nicht unterordnen könne.

Es ist daher zu einer **Belästigung** der Antragstellerin auf Grund des Alters durch den 2. Antragsgegner gekommen.

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund der **sexuellen Orientierung** durch eine Belästigung nach **§ 21 Abs. 1 Z 3 GIBG** durch den 2. Antragsgegner, verwirklicht worden ist, ist auf die vorherigen rechtlichen Ausführungen zu verweisen.

Das beharrliche Nachfragen des 2. Antragsgegners, wie denn die Antragstellerin lebe, so dass sich die Antragstellerin zwangsweise zu einer bestimmten sexuellen Orientierung hätte deklarieren müssen, stellt eine **Belästigung** auf Grund der **sexuellen Orientierung** durch den **2. Antragsgegner** dar.

Zur Beurteilung der Frage, ob die Tatbestände einer Diskriminierung auf Grund des **Geschlechtes**, des **Alters** und der **sexuellen Orientierung** bei der **Begründung des Arbeitsverhältnisses** durch die 1. Antragsgegnerin, **X GmbH**, gemäß **§§ 3 Z 1 sowie 17 Abs. 1 Z 1 GIBG** verwirklicht worden sind, ist zunächst folgendes zu bemerken:

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

Wegen der auf die tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt ausgerichteten Zielsetzung des GIBG und des umfassend konzipierten Gleichbehandlungsgebots im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis nach § 3 GIBG ist die Wendung „bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses“ im Tatbestand der Z 1 weit zu verstehen. Diese Formulierung beschränkt sich nicht auf die konkrete Entscheidung über die Einstellung (z.B. „Nichteinstellung“ einer geeigneten Bewerberin nur wegen des Bekanntwerdens ihrer Schwangerschaft), sondern erfasst auch Benachteiligungen im Rahmen des idR vorausgehenden Auswahlverfahrens. Für die Beurteilung einer Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses ist somit auf verschiedene, dem Vertragsabschluss „vorgelagerte“ bzw. diesen „vorbereitende“ Verhaltensweisen des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin oder für diese/n handelnder Personen Bedacht zu nehmen (Vertragsanbahnung).

§ 3 GIBG hebt besonders hervor, dass Diskriminierungen auf Grund des Geschlechtes³ auch solche unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand sind.

Begründungsdiskriminierung kann nach Intention des GIBG in jeder Phase der Bewerbung stattfinden. Wenn eine Bewerberin aus den im GIBG genannten Gründen einen Job nicht bekommt, liegt eine Diskriminierung vor. Des Weiteren ist auf die Judikatur des EuGH zu allgemeinen Aussagen eines/r potenziellen Arbeitgeber/in im Bewerbungsprozess hinweisen⁴. Da solche Äußerungen bestimmte Bewerber/innen ernsthaft davon abhalten können, ihre Bewerbungen einzureichen, behindert dies ihren Zugang zum Arbeitsmarkt. Es obliegt dann dem/r Arbeitgeber/in, zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen ist. Dies kann dadurch erfolgen, dass er/sie nachweist, dass die tatsächliche Einstellungspraxis des Unternehmens diesen Äußerungen nicht entspricht. Wenn – wie im vorliegenden Fall

³ Das Verbot der Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes basiert zwar grundsätzlich auf dem Geschlecht im biologischen Sinne, beinhaltet aber sehr wohl auch alle anderen Fallkonstellationen, in denen das Geschlecht im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis als Unterscheidungskriterium verwendet wird, obwohl es – abgesehen von den wenigen Fällen der Unverzichtbarkeit eines bestimmten Geschlechtes für die Ausübung der Tätigkeit – im Arbeitsleben kein entscheidendes Kriterium sein darf bzw. sein dürfte. Als derartige Fallkonstellationen kommen vor allem in Betracht: Benachteiligungen von Frauen wegen (der Möglichkeit einer Schwangerschaft), Benachteiligungen wegen allfälliger Betreuungspflichten sowie benachteiligendes Anknüpfen an den Familienstand nur bei einem Geschlecht.

⁴ EuGH-Urteil vom 10.7.2008, Rs C-54/07, „Feryn“;

– die Bewerberin weiterhin ihr Interesse an der ausgeschriebenen Position bekundet und ihr in der Antwort durch die 1. Antragsgegnerin auf das Interventionsschreiben der GAW auch grundsätzlich eine faire Behandlung zugesagt worden ist, aber trotzdem die bestqualifizierteste Bewerberin nicht zum Zuge gekommen ist und die Stelle monatelang vakant geblieben ist, ist es zu einer Begründungsdiskriminierung auf Grund des Geschlechts, des Alters als auch der sexuellen Orientierung gekommen, da die diskriminierenden Bemerkungen des 2. Antragsgegners sehr wohl Einfluss auf die endgültige Entscheidung der 1. Antragsgegnerin genommen haben.

Vorschlag

Gemäß **§ 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz** hat der Senat, wenn er der Auffassung ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, dem/der Arbeitgeber/in schriftlich einen Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes zu übermitteln und ihn/sie aufzufordern, die Diskriminierung zu beenden. Für die Umsetzung des Vorschlags ist eine Frist von zwei Monaten zu setzen. Wird einem Auftrag nach **§ 12 Abs. 4 GBK/GAW-Gesetz** nicht entsprochen, kann jede der im jeweiligen Senat vertretenen Interessensvertretungen beim zuständigen Arbeitsgericht oder Zivilgericht auf Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes klagen.

Da der Senat I der GBK zur Auffassung gelangt ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, wird seitens des erkennenden Senates gemäß § 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz folgender **Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes** der 1. Antragsgegnerin, **X GmbH**, und dem 2. Antragsgegner, **Herrn B**, erteilt und diese aufgefordert, die Diskriminierung zu beenden:

- 1. Leistung eines angemessenen Schadenersatzes,**
- 2. Der 1. Antragsgegnerin wird weiters vorgeschlagen, dass im Bewerbungsverfahren nur im Recruiting ausgebildete Mitarbeiter/innen teilnehmen, deren Ausbildung und Wissen sich auf dem neuesten Stand befindet.**

Wien, 30. April 2013

Dr.ⁱⁿ Nicole Hofmann

Stellvertretende Vorsitzende des Senates I der GBK