

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 1. März 2011 über den am 12. August 2010 eingelangten Antrag von **A (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des **Geschlechtes** bei der **Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 1 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) durch die **X GmbH (Antragsgegnerin)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK-/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008), zu folgendem

Prüfungsergebnis:

Der Senat I der GBK kommt zur Ansicht, dass A nicht auf Grund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 GIBG durch die X GmbH diskriminiert worden ist.

Entscheidungsgründe:

In dem von der Antragstellerin eingebrachten Antrag wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass sich die Antragstellerin im Frühjahr 2010 persönlich im Geschäft der Antragsgegnerin in ... vorgestellt und ihre Bewerbungsunterlagen mitgebracht habe. Dies habe sie getan, weil an der Auslage der Hinweis gehangen sei: „Verkäuferin gesucht“. Verkäuferin sei mit kleinem „i“ geschrieben gewesen.

Die Chefin habe die Antragstellerin nicht nehmen wollen, da dies „rechtlich nicht möglich sei“. Schließlich würde „das Gesetz getrennte Toiletten verlangen, und die habe sie leider nicht“. Die Antragstellerin habe ihr sofort gesagt, dass dies ein Rechtsirrtum sei, weil getrennte Toiletten erst bei mindestens zwei Mal fünf permanent anwesenden Beschäftigten vorgeschrieben seien und im Übrigen ein strenges

Diskriminierungsverbot gelte. Sie habe verlegen gelächelt, keine weitere Antwort gewusst, zwar ihre Rechtsmeinung als unbegründet bestritten und dann aber versprochen, dies an „die Zentrale weiterzuleiten“, aber bei ihr könne die Antragstellerin keinesfalls zu arbeiten beginnen. Daraufhin habe die Antragstellerin an jene ihr bekannten E-Mailadressen eine Beschwerde geschrieben. Das Mail für Österreich sei mit einer automatischen Fehlermeldung zurückgekommen, jenes nach ..., das die Antragstellerin in ... Sprache verfasst gehabt habe, sei jedoch beantwortet worden. Sie habe in der Zentrale in ... angerufen und dort ausgerichtet bekommen, dass es keine Unterlagen gäbe und sie sich erneut bewerben müsse. Sie habe ihre Unterlagen erneut ausgedruckt, noch einen kurzen Auszug aus der Arbeitsstättenverordnung angehängt und dies in einer Folie einer Mitarbeiterin in ... übergeben.

Die Antragstellerin sei dann von Frau C zu einem Gespräch in ... eingeladen worden, welches völlig normal verlaufen sei. Sie habe versprochen, sich zu melden und einen Schnuppertag in Aussicht gestellt. In weiterer Folge seien die Anrufe der Antragstellerin nicht mehr beantwortet und die extra auf ihrer Visitenkarte ausgewiesene Telefonnummer unerreichbar gewesen. Am 14. Mai habe die Antragstellerin ein Einschreiben erhalten, dass ihre Dienste nicht benötigt würden und „jemand anderes die Arbeitsstelle bekommen“ hätte. Anfang August 2010 sei jedoch wieder das Schild „Verkäuferin gesucht“ in der besagten Auslage gehangen, ohne dass irgendjemand auf sie zurückgekommen wäre.

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

Die Antragstellerin sei am 4. Februar 2010 in die Filiale der Antragsgegnerin in ... gekommen, um sich zu bewerben. Da die Filialleiterin, Frau B, an diesem Tag nicht in der Filiale anwesend gewesen sei, sei sie gebeten worden, am nächsten Tag wiederzukommen.

Die Antragstellerin sei schließlich am 8. Februar 2010 erneut in die Filiale gekommen und habe der Filialleiterin mitgeteilt, dass sie sich für die Stelle im Verkauf interessieren würde. Darauf habe Frau B geantwortet, dass dies aus rechtlichen Gründen nicht möglich wäre, weil es in der Filiale keine getrennten Toiletten gäbe. Daraufhin sei die Antragstellerin laut geworden und habe Frau B darauf hingewiesen, dass bei den Toiletten eine Trennung nach Geschlechtern von Rechts wegen erst dann zu erfol-

gen hätte, wenn in einer Arbeitsstätte regelmäßig mindestens fünf Arbeitnehmer und fünf Arbeitnehmerinnen beschäftigt wären. Die Antragstellerin habe auch mit Klage wegen Diskriminierung gedroht. Frau B habe nun zu beschwichtigen versucht und versprochen, mit ihrer Vorgesetzten (Frau C, ...) Rücksprache zu halten. Sie habe die Antragstellerin gebeten, am nächsten Tag nochmals vorbei zu kommen.

Frau C habe Frau B auf Anfrage mitgeteilt, dass ihre Aussage völlig verfehlt gewesen wäre und dass keine getrennten Toiletten erforderlich wären. Sie habe Frau B ersucht, ihr die Bewerbungsunterlagen zukommen zu lassen. Anzumerken sei noch, dass sich die damals offene Stelle nicht in der Filiale in ... befunden habe, sondern in Offene Stellen im Verkauf würden nämlich bei der Antragsgegnerin regelmäßig auch von den anderen Filialen dieses Gebiets durch Aushang beworben werden. So sei auch die (allfällige) Äußerung von Frau B zu verstehen, dass die Antragstellerin nicht „bei ihr“ arbeiten könne.

Als die Antragstellerin am nächsten Tag (9. Februar 2010) wieder in die Filiale gekommen sei, sei sie ersucht worden, sich mit bestimmten Unterlagen (Lebenslauf, Dienstzeugnisse, Versicherungsdatenauszug) zu bewerben. Diese Unterlagen würden bei jeder Bewerbung verlangt und sollen der Antragsgegnerin eine Vorauswahl unter den Bewerberinnen und (selten) Bewerbern ermöglichen. Der Versicherungsdatenauszug diene der Überprüfung der im Lebenslauf gemachten Angaben über die bisherige berufliche Laufbahn.

Die Antragstellerin sei diesem Ersuchen nachgekommen und habe am 11. Februar 2010 ein Bewerbungsschreiben samt Lebenslauf sowie einen Auszug aus der Arbeitsstättenverordnung (AStV) geschickt. Aus den Bewerbungsunterlagen sei hervorgegangen, dass die Antragstellerin über keine einschlägige Berufserfahrung verfüge. Allerdings sei dies keine zwingende Voraussetzung für eine Aufnahme bei der Antragsgegnerin. Entscheidend sei letztlich, ob sich jemand für eine Position im Verkauf eigne und welche Qualifikationen die anderen Bewerberinnen und Bewerber mitbrächten.

In der Folge sei die Antragstellerin von Frau C, ..., per E-Mail vom 17. Februar 2010 zu einem Bewerbungsgespräch eingeladen worden. Frau C habe der Antragstellerin mehrere Termine vorgeschlagen und sie ersucht, den ausstehenden Versicherungsdatenauszug sowie allfällige Dienstzeugnisse zum Gespräch mitzunehmen. Auf dieses E-Mail habe die Antragstellerin nicht reagiert.

Der Ordnung halber habe Frau C mit E-Mail vom 10. März 2010 bei der Antragstellerin nochmals nachgefragt, ob sie sich noch für eine Stelle bei der Antragsgegnerin interessieren würde. Die Antragstellerin habe mit E-Mail vom 12. März 2010 geantwortet, dass sie die Einladung zu einem Bewerbungsgespräch nicht erhalten hätte. Sie habe jedoch die Hoffnung geäußert, Frau C „trotzdem noch (zu) begegnen“.

Auf diese Nachricht hin habe Frau C die Antragstellerin nochmals zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen und ihr zwei Termine zur Auswahl angeboten (E-Mail vom 18. März 2010). Die Antragstellerin habe für den 23. März 2010 zugesagt (E-Mail vom 19. März 2010; beantwortet von Frau C mit E-Mail vom 19. März 2010).

Das Bewerbungsgespräch vom 23. März 2010 sei seitens der Antragsgegnerin von Frau C gemeinsam mit der Leiterin der Filiale „...“, Frau D, geführt worden. Wie bereits erwähnt, habe die Antragsgegnerin damals für diese Filiale Personal gesucht. Die Antragstellerin sei beim Gespräch zunächst sichtlich angespannt gewesen, was jedoch auch bei anderen Bewerbungen vorkomme. Aus diesem Grund habe Frau C die Antragstellerin zunächst über ihre bisherigen beruflichen Erfahrungen sprechen lassen und versucht, eine entspannte Atmosphäre herzustellen. Dies dürfte ihr auch aus der Sicht der Antragstellerin gelungen sein, die in ihrem Antrag davon spreche, dass das Gespräch „völlig normal verlaufen“ wäre. In der Folge habe Frau C die Antragstellerin auf ihre zeitliche Flexibilität angesprochen, die wegen ihrer im Bewerbungsschreiben geäußerten Präferenz für den Nachmittag ab 14:00 Uhr in Frage gestanden sei. In den Verkaufsstellen der Handelsunternehmen werde generell im Wechseldienst (nach einem Dienstplan) gearbeitet, sodass eine Arbeitszeit nur am Vormittag oder nur am Nachmittag grundsätzlich nicht vorkomme. Die Antragstellerin habe hierzu gemeint, dass sie nötigenfalls eine Lehrveranstaltung auf der Universität „schwänzen“ würde. Frau C habe geantwortet, dass dies nicht in Ordnung wäre, man jedoch im konkreten Fall wohl eine Lösung finden würde. Schließlich habe Frau C die Eignung der Antragstellerin anhand eines Fallbeispiels testen wollen. Sie habe sie gefragt, was sie machen würde, wenn eine Kundin eine silberne Ballhandtasche wollen würde, es im Geschäft aber keine gäbe. Die Antragstellerin habe geantwortet, dass sie die Kundin in diesem Fall gegenüber zu „Y“ (einem Geschäft einer anderen Handelskette) schicken würde. Als sie Frau C darauf hingewiesen habe, dass in diesem Fall nun „Y“ die EUR 10 in der Kassa hätte und nicht die Antragsgegnerin, habe die Antragstellerin mit Unverständnis reagiert („Das verstehe ich jetzt nicht!“). Als zweites Beispiel habe Frau C der Antragstellerin den Fall geschildert, dass eine Kun-

din eine Halskette kaufen wollte. Auf die Frage, was sie denn mache, nachdem die Kundin eine Kette ausgesucht habe, habe die Antragstellerin geantwortet: „Die kassier ich!“ Auch hier werde von einer Verkäuferin erwartet, dass sie der Kundin noch andere, dazu passende Produkte anbiete. Als ihr dies Frau C klarzumachen versucht habe, habe die Antragstellerin ablehnend reagiert („Nein, das will ich als Kundin auch nicht!“).

Nach diesen beiden Fallbeispielen sei Frau C klar gewesen, dass sich die Antragstellerin als Verkäuferin nicht besonders eignen würde. Da jedoch Absagen generell erst nach Abschluss des Bewerbungsverfahrens erteilt würden, sei Frau C mit der Antragstellerin so verblieben, dass sie nach Abschluss der noch anstehenden Bewerbungsgespräche kontaktiert werden würde.

Bereits kurz nach diesem Gespräch habe die Antragstellerin zahlreiche Male angerufen, um sich bei Frau C nach dem Stand der Dinge zu erkundigen. Die Anrufe seien auch am 24. März 2010 gekommen, obgleich Frau C der Antragstellerin schon vorab mitgeteilt gehabt habe, dass sie an diesem Tag wegen Meetings nicht erreichbar sein würde. Frau C habe diese Anrufe schließlich nicht mehr entgegen genommen. Sie habe jedoch der Antragstellerin per E-Mail vom 26. März 2010 mitgeteilt, dass noch mehrere Bewerbungsgespräche – nach ihrem bevorstehenden Urlaub – ausständig seien.

Nach ihrem Urlaub (29. März bis 4. April 2010) bzw. den Osterfeiertagen sei das Bewerbungsverfahren fortgesetzt worden. Insgesamt habe es ca. 15 bis 20 Bewerberinnen gegeben. Anfang Mai 2010 sei dann eine definitive Entscheidung getroffen und die Stelle mit einer Bewerberin mit Verkaufserfahrung besetzt worden. Dies sei der Antragstellerin per E-Mail vom 11. Mai 2010 und per Einschreiben vom 14. Mai 2010 mitgeteilt worden.

Im August 2010 seien bei der Antragsgegnerin neuerlich offene Stellen zu besetzen gewesen. Dies habe die Filialen ..., ... und ... betroffen. Für die Filiale in ... seien eine Filialleiterin oder ein Filialleiter gesucht worden, in den beiden anderen Filialen seien Stellen im Verkauf offen gewesen. Dass in der Filiale „...“ neuerlich eine Stelle zu besetzen gewesen sei, habe damit zu tun gehabt, dass eine Mitarbeiterin ins Ausland gezogen sei und wegen der Eröffnung einer neuen Filiale ein Teil der Mitarbeiterinnen ... in die neue Filiale gewechselt sei. Mit der Personalsuche im Frühjahr 2010 sei dies jedoch nicht in Zusammenhang gestanden. Auf die Antragstellerin sei man

nicht zurückgekommen, weil sie aus den genannten Gründen für diese Positionen nicht geeignet erschienen sei.

Auszugehen sei davon, dass das dargestellte Verhalten der damaligen Filialleiterin Frau B völlig verfehlt gewesen sei. Festzuhalten sei jedoch, dass ein solches Verhalten in keiner Weise den Grundsätzen der Antragsgegnerin entspreche. Die Antragsgegnerin lege Wert auf die Feststellung, dass sie für einen diskriminierungsfreien, wertschätzenden Umgang zwischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern sowie im Umgang mit Kundinnen und Kunden eintrete. Dies werde insbesondere auch den Führungskräften des Unternehmens vermittelt.

Unmittelbar nach diesem Vorfall sei sämtlichen Filialleitern von ihren Vorgesetzten (...) in der wöchentlichen Telefonkonferenz eindringlich in Erinnerung gerufen worden, dass ein solches Verhalten im Widerspruch zu den Prinzipien des Unternehmens stehe und nicht toleriert werde. Dieses Thema werde auch beim im Oktober 2010 stattfindenden Filialleiter-Treffen („...“) auf der Tagesordnung stehen. Das Dienstverhältnis mit Frau B sei in der Zwischenzeit gelöst worden.

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

Der Senat I der GBK hat erwogen:

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

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

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 (zB „Nichteinstellung“ einer geeigneten Bewerberin nur wegen des Bekanntwerdens ihrer Schwangerschaft), sondern erfasst auch Benachteiligungen im Rahmen des idR vorausgehenden Auswahlverfahrens (zB gezielte Ausklammerung der Bewerbungen von Frauen vom Auswahlvorgang für die Besetzung einer Führungsposition). 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).

Der Schutz vor Diskriminierungen bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses besteht nach der österreichischen Rechtslage unabhängig davon, ob „der erste Schritt“ zur Vertragsanbahnung vom/von der Arbeitgeber/in (zB durch eine Stellenausschreibung) oder vom/von der Arbeitssuchenden (zB durch Direktbewerbung) gesetzt wird. Der Schutz greift auch ein, wenn sich der/die Arbeitgeber/in bei der Personalaufnahme der Hilfe Dritter (zB eines Personalvermittlungsunternehmens) bedient. Wegen der vielfältigen Möglichkeiten zur Anbahnung eines Arbeitsverhältnisses ist es schwierig festzulegen, auf welche der Einstellungsentscheidung vorausgegangenen Sachverhalte zurückgegriffen werden kann, wenn zu beurteilen ist, ob eine Diskriminierung nach § 3 Z 1 GIBG vorliegt. Dabei ist zunächst danach zu unterscheiden, ob die Vertragsanbahnung von den Stellensuchenden oder von der Arbeitgeber/innenseite ausgeht. Erfolgt die Vertragsanbahnung durch Stellensuchende, ist darauf abzustellen, wann die jeweilige Kontaktaufnahme dem/der Arbeitgeber/in bzw. von ihm/ihr beigezogenen Dritten bekannt wird. Das ist regelmäßig der Zeitpunkt des Zugangs der Bewerbung bei ihrem Adressaten bzw. ihrer Adressatin. Dabei kommen verschiedene Formen der Bewerbung – sei es mündlich oder schriftlich, auf dem Postweg, per E-Mail, per Fax oder durch Boten – in Betracht. Geht die Vertragsanbahnung hingegen von der Arbeitgeber/innenseite aus, ist grundsätzlich entscheidend, wann der/die Arbeitgeber/in – für andere Personen erkennbar – den ersten Schritt zur Kontaktaufnahme mit Stellensuchenden setzt. Dieser Schritt wird häufig eine Stellenausschreibung¹ sein. Es sind allerdings auch ganz andere Formen der

¹ Erfolgt eine Vertragsanbahnung mit Hilfe einer Stellenausschreibung, dann muss das Gleichbehandlungsgebot bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses nach § 3 Z 1 GIBG vom Gebot der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung gem. § 9 GIBG abgegrenzt werden. Obwohl die beiden Re-

Vertragsanbahnung durch den/die Arbeitgeber/in möglich; zB durch die Beauftragung eines Arbeitsvermittlungsunternehmens oder durch direktes Ansprechen dem/der Arbeitgeber/in bereits bekannter in Betracht kommender Personen.

Erfüllt ist der Diskriminierungstatbestand gemäß § 3 Z 1 GIBG nach dem bisherigen Verständnis aber erst dann, wenn die Begründung des Arbeitsverhältnisses, d. h. der Vertragsabschluss, auf Grund des Geschlechtes des Bewerbers bzw. der Bewerberin unterbleibt. Erst dann sind auch die Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch des/der Betroffenen nach § 12 Abs. 1 GIBG gegeben.² Die aus der Sicht des Gleichbehandlungsgebots bedenklichen Verhaltensweisen des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin im „Vorfeld“ der endgültigen Einstellungsentscheidung – zB ein sehr langes Hinauszögern der Entscheidung über die einem/einer Bewerber/in zunächst in Aussicht gestellten Vertragsbegründung – sind aber durchwegs wichtige Gesichtspunkte für die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses.

Zum Verbot der Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes ist anzumerken, dass dieses wegen der weiten Auslegung auch Benachteiligungen von Transgenderpersonen erfasst.³

In der mündlichen Befragung führte die Antragstellerin aus, dass sie die geschlechtsspezifische Diskriminierung durch die Aussage hinsichtlich der Toiletten in dieser Filiale sehe. Alles was danach gewesen sei, sei die unmittelbare Folge daraus gewesen. Ihr Vorbringen konkretisierte die Antragstellerin im Wesentlichen dahingehend, dass sie bei der Filialeiterin, Frau B, gewesen sei um sich vorzustellen. Sie habe ihren Lebenslauf und ihr Motivationsschreiben abgegeben. Frau B habe nur kurz geschaut und kaum ein Wort gesagt. Sie habe gemeint, dass das überhaupt nicht gehen würde, sie hätte nicht das richtige WC. Frau B habe keine wirkliche Aussage vorher getätigt. Der erste Satz mit Inhalt sei gewesen, dass das überhaupt nicht ge-

gelungen in engem Zusammenhang stehen, erfüllen nicht geschlechtsneutrale Stellenausschreibungen „als solche“ idR den Diskriminierungstatbestand gemäß § 3 Z 1 GIBG nicht und können daher auch die im § 12 Abs. 1 GIBG für Einstellungsdiskriminierungen vorgesehenen Rechtsfolgen (Schadenersatzansprüche) nicht auslösen. Missachtungen des Gebots der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung sind aber – zB in einem späteren Rechtsstreit – ein gewichtiges Indiz für eine darauf folgende Einstellungsdiskriminierung.

² Dies ergibt sich eindeutig aus der Formulierung „Ist das Arbeitsverhältnis wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 3 Z 1 nicht begründet worden (...)“ im § 12 Abs. 1 1. Halbsatz GIBG.

³ Vgl. dazu EuGH 30.4.1996, C-13/94, P, Slg 1996, I-2143; 27.4.2006, C-423/04, Richards, Slg 2006, I-3585

hen würde, man hätte das WC nicht. Die Antragstellerin habe zu Frau B gesagt, dass das überhaupt nicht stimme. Ein WC reiche, es seien dort höchstens ein oder zwei Mitarbeiter, manchmal auch drei Mitarbeiter. Frau B sei dann furchtbar unhöflich gewesen. Sie sei sehr beleidigt gewesen. Was die Antragstellerin sich erlaube, dass sie ihr erkläre, was sie zu tun habe. Frau B habe gemeint, dass die Antragstellerin eigentlich gleich wieder gehen solle. Ihre Eignung als Verkäuferin bzw. ihre berufliche Erfahrung sei überhaupt kein Thema gewesen. Die Stimmung sei so gewesen, dass sie jetzt entweder gehe oder quasi hinausgeschmissen werde. Es sei die Stimmung gewesen. Sie habe das nicht gesagt, aber man merke es doch. Die Antragstellerin habe zu ihr gesagt, dass es so sicherlich nicht gehen würde, sie könne auf Schadenersatz klagen. Da sei Frau B auf einmal aus allen Wolken gefallen. Das habe sie anscheinend im ganzen Leben noch nicht gehört, dass es da ein Recht auf einen Schadenersatz gebe. Sie habe nur mehr herumgestottert, sie wolle mit der Zentrale reden, die in ... sitze. Sie habe aber gemeint, dass es überhaupt nicht in Frage komme, dass die Antragstellerin bei ihr arbeite. Sie habe das extra noch betont. Auf Nachfrage des erkennenden Senates präzierte die Antragstellerin diese Schilderung dahingehend, dass es in ... ca. fünf Filialen gebe. Gesucht worden sei für So sei jedenfalls das Inserat gewesen.

Hinsichtlich des Bewerbungsgespräches mit Frau C stellte die Antragstellerin die Vermutung an, dass das ein reines Scheingespräch gewesen sei. Als Begründung für ihre Vermutung gab die Antragstellerin an, dass niemand außer Frau B von dieser Klagsdrohung gewusst habe. In der Stellungnahme der Antragsgegnerin sei die Klagsdrohung angeführt. Frau B habe anscheinend der Geschäftsleitung davon berichtet. Infolge dessen habe die Geschäftsleitung gewusst, dass die Antragstellerin ihnen eine Klage angedroht habe. Infolge dessen sei das zweite Gespräch nur der Form halber gewesen.

Auf Frage des erkennenden Senates hinsichtlich der Überprüfung der Eignung der Antragstellerin als Verkäuferin durch Frau C, erklärte die Antragstellerin, dass sie nicht gewusst habe, was sie jetzt hören wollen würden. Durch ihren Lebenslauf hätte man vorher gewusst, dass sie keine fachliche Befähigung habe. Diese sei auch nicht gesucht worden. Es sei nirgends gestanden, dass man diese Fähigkeiten brauche. Auf Vorhalt des erkennenden Senates, dass man doch ein gewisses Interesse zeigen sollte, gab die Antragstellerin an, dass sie Interesse habe, aber keine Erfahrung. Sie sei trotzdem dorthin eingeladen worden. Das Fallbeispiel von Frau C habe sie

erst nicht genau verstanden. Sie habe ihr geschildert, wie sie den Verkauf bei der Antragsgegnerin erlebt habe. Dort erfolge der Verkauf ohne aggressives Marketing. So habe die Antragstellerin die Frage beantwortet und auch das Gespräch gehalten. Frau C habe gemeint, dass das eigentlich nicht passen würde. Es sei gemeint worden, dass sie ungefragterweise jemanden etwas anraten sollte zu kaufen. Frau C habe gemeint, dass es vollkommen normal sei, wenn man in dieser Branche neu beginne, nicht alles zu wissen. Deswegen gebe es Schulungen, deswegen lerne man das auch.

Auf Frage des Senates I der GBK, ab welchem Zeitpunkt die Antragstellerin den Eindruck gehabt habe, dass das Gespräch mit Frau C ein Scheingespräch wäre, da sie in ihrem Antrag von einem „normalen“ Gesprächsverlauf geschrieben habe, antwortete die Antragstellerin, dass es nach den äußerlichen Vorgaben ein normales Bewerbungsgespräch gewesen sei. Das Gespräch habe eigentlich auch einen positiven Schluss gehabt. Sie würde sich melden. Sie würde sich wegen dem Schnuppern melden. Es sei eigentlich eine halbe Zusage gewesen. Sie sei dann lange Zeit nicht erreichbar gewesen. Es sei ausgemacht worden, dass die Antragstellerin nächste Woche anrufen solle. Mit der angegebenen Nummer sei sie nicht zu erreichen gewesen. Da habe die Antragstellerin sich schon gedacht, dass die Antragsgegnerin sie einfach zermürben und los werden wollen würde. So habe sie das empfunden. Dann sei eine kurze Absage gekommen. Der ganze Vorgang deute auf ein Scheingespräch hin. Es habe keinen einzigen Moment gegeben, wo man das herausgehört hätte. Es handle sich vielmehr um das Ganze.

Gemäß § 12 Abs. 12 GIBG hat die betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand iSd § 3 GIBG beruft, diesen glaubhaft zu machen. Dem/Der Beklagten obliegt es zu beweisen, dass es bei der Abwägung aller Umstände wahrscheinlich ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund iSd § 5 Abs. 2 GIBG vorliegt.

Ergänzend zu ihrer Stellungnahme äußerte sich die Antragsgegnerin in der mündlichen Befragung zum Vorbringen der Antragstellerin dahingehend, dass im Bewerbungsgespräch das Bewerbungsschreiben nochmals angesprochen werde. Die Antragstellerin habe hineingeschrieben, dass sie von Montag bis Freitag ab 14:00 Uhr

und für den ganzen Samstag verfügbar sei. Dieser Punkt sei von Frau C dann auch im Bewerbungsgespräch angesprochen worden. Auf Grund der Unterlagen sei auch zu entnehmen gewesen, dass die Antragstellerin keine Verkaufserfahrung habe. Frau C habe dann zu ihr gesagt, dass die Antragsgegnerin „Verkäufer/innen“ suchen würde. Mit „Verkäufer/innen“ sei gemeint, dass die Antragsgegnerin Mitarbeiter/innen suche, die auf den Kunden und die Kundin zugehen und die Ware anbieten würden. Das könne man alles lernen, auch wenn man diese Vorgeschichte nicht habe. Frau C habe die Antragstellerin deshalb nach ihrem Werdegang gefragt. Sie habe ihr erzählt, dass sie vorher im Telefondienst tätig gewesen sei, da habe sie auch mit Kunden und Kundinnen zu tun gehabt. Die Antragstellerin sei gebeten worden, zu erzählen, wie sie vorgegangen sei, wenn es Stress mit Kunden bzw. Kundinnen am Telefon gegeben habe. Die Antragstellerin habe Frau C dann erzählt, dass ein Kunde sehr viel Stress gemacht habe. Der Kunde sei sehr laut geworden. Sie habe zu ihm gesagt, dass er mit ihr so nicht spreche und habe aufgelegt. Weiters führte die Antragsgegnerin aus, dass während des Bewerbungsgesprächs die Antragstellerin sehr unsicher gewesen sei. Sie habe sich permanent am Tisch festgehalten und fast nur auf den Boden geblickt.

Auf Frage des erkennenden Senates, ob nach dem Bewerbungsgespräch schon klar gewesen sei, dass die Antragsgegnerin die Antragstellerin nicht nehmen werde, antwortete die Antragsgegnerin, dass es für sie nicht klar gewesen sei. Frau C priorisiere die Bewerber und Bewerberinnen. Die Bewerber/innen, die für sie interessant seien, würden in die engere Auswahl kommen. Die Bewerber/innen würden dann angerufen und zu einem Bewerbungsgespräch eingeladen werden. Nach diesem Bewerbungsgespräch würden diese noch einmal priorisiert werden. Darunter würden auch Bewerber/innen sein können, die vorher keine Verkaufserfahrung gehabt hätten. Der nächste Schritt sei, diese zu einem Schnuppertag einzuladen. Wenn diese Personen bei einem Schnuppertag seien, seien sie schon in der engeren Auswahl. Dann werde der oder die Beste genommen. Bei der Antragstellerin sei es nicht zu einem Schnuppertag gekommen. Der Grund dafür seien ihr Verhalten und die beim Bewerbungsgespräch gemachten Aussagen gewesen. Es sei Frau C aber wichtig, dass sie alle Bewerber und Bewerberinnen ansehe. Es solle nicht so sein, dass es nach dem Bewerbungsgespräch heiße „das war’s“. Man wisse ja nicht, welche Bewerber/innen dann noch nachkämen.

Der erkennende Senat sieht im gegenständlichen Fall keine Ablehnung der Bewerbung der Antragstellerin wegen ihres Geschlechtes gegeben. Vielmehr ist der Senat I der GBK auf Grund der in der mündlichen Befragung getätigten Aussagen der Auskunftspersonen und der vorgelegten Unterlagen zu der Auffassung gelangt, dass die Ablehnung der Bewerbung aus sachlichen Motiven erfolgt ist.

Der Senat I der GBK möchte hervorheben, dass die Aussage von Frau B, mag sie auch auf mangelnder Kenntnis der entsprechenden gesetzlichen Vorschriften beruhen, nicht gutgeheißen wird. Dennoch konnte nach Ansicht des erkennenden Senates die Antragsgegnerin glaubhaft darlegen, dass die Bewerbung der Antragstellerin in weiterer Folge objektiv behandelt wurde und somit die hinsichtlich der Toiletten getätigte Aussage von Frau B und die darauffolgende Klagsdrohung der Antragstellerin in keinem ursächlichen Zusammenhang mit der Nichteinstellung der Antragstellerin standen. Vielmehr konnte glaubwürdig dargelegt werden, dass die mangelnde Eignung der Antragstellerin Grund für die Entscheidung der Antragsgegnerin gewesen ist. Es wird seitens des Senates I der GBK zudem nicht die Auffassung der Antragstellerin geteilt, dass die Antragsgegnerin nur wegen einer drohenden Klage der Antragstellerin Bemühen gezeigt hat.

Weiters hält der erkennende Senat fest, dass ein Interesse an einer spezifischen beruflichen Tätigkeit – so wie von der Antragstellerin ausdrücklich in der mündlichen Befragung, aber auch im Bewerbungsschreiben betont – wichtig ist, jedoch noch keine Aussage darüber trifft, ob jemand qualifiziert ist. Auch wenn es sich bei der ausgeschriebenen Stelle als Verkäufer/in um einen angelernten Beruf handelt, ist der Entscheidung der Antragsgegnerin zu folgen, dass eine prinzipielle Eignung gegeben sein muss, um sich gegenüber anderen Bewerbern und Bewerberinnen erfolgreich durchzusetzen. Diese Mindestanforderungen für die zu besetzende Stelle wurden nach Ansicht des Senates I der GBK im Hinblick auf die in der Stellungnahme sowie in der mündlichen Befragung angeführten Aussagen der Antragstellerin im Zuge des Bewerbungsgespräches von dieser jedoch nicht erfüllt.

Die Bezugnahme auf das Kriterium der „Eignung“ ist in den Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten nach der EuGH-Judikatur ein grundsätzlich zulässiges Differenzierungskriterium, weil sich die Eignung auf eine große Vielfalt von Beurteilungskriterien bezieht, die mit dem Geschlecht nichts zu tun haben. Nach der Ansicht des EuGH kann allenfalls die Art der Anwendung dieses Kriteriums in der Praxis diskrimi-

nierend sein.⁴ Eine diskriminierende Anwendung des Kriteriums „Eignung“ war für den erkennenden Senat allerdings nicht erkennbar.

Auch hinsichtlich der von der Antragstellerin beanstandeten Dauer bis zur endgültigen (Nicht-)Einstellungsentscheidung – das Bewerbungsgespräch mit Frau C fand am 23. März 2010 statt, das E-Mail mit dem der Antragstellerin mitgeteilt wurde, dass die Wahl auf eine andere Bewerberin gefallen sei, ist vom 11. Mai 2010 – oder einer von Frau C nach Ansicht der Antragstellerin in Aussicht gestellten Vertragsbegründung, war für den erkennenden Senat kein Hinweis auf ein diskriminierendes Verhalten seitens der Antragsgegnerin erkennbar. Vielmehr geht aus dem E-Mail von Frau C vom 26. März 2010 nachweislich hervor, dass nach ihrem Urlaub noch weitere Gespräche geführt werden würden und erst danach feststehe, welche/r Bewerber/in in die engere Auswahl komme und in der Folge zu einem Schnuppertag eingeladen werde. Darin ist nach Meinung des Senates I der GBK noch keine – wie von der Antragstellerin in der mündlichen Befragung ausgeführt – „halbe Zusage“ zu verstehen.

Abschließend begrüßt der erkennende Senat das offensichtliche Bestreben der Antragsgegnerin ein diskriminierungsfreies Verhalten ihrer Mitarbeiter/innen zu fördern.

Es liegt somit **keine** Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bei der **Begründung des Arbeitsverhältnisses** durch die Antragsgegnerin gegenüber der Antragstellerin vor.

Wien, 1. März 2011

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK

⁴ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 3 Rz 30; siehe dazu auch EuGH 21.5.1985, 248/83, *Kommission/Deutschland*, Slg. 1985, 1459, Rn 20ff