

Senat II der Gleichbehandlungskommission
Anonymisiertes Prüfungsergebnis GBK II/440/20 gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) hat über den Antrag von Frau A (in Folge: Antragstellerin) wegen behaupteter Diskriminierung auf Grund des Alters bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG durch Frau B (in Folge: Erstantragsgegnerin) sowie Belästigung auf Grund des Alters gemäß § 21 Abs. 1 Z 3 GIBG durch Frau C (in Folge: Zweitantragsgegnerin) nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz, BGBl. I Nr. 66/2004 idGF, iVm § 11 Gleichbehandlungskommissions-GO, BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. II Nr. 275/2013 erkannt:

Eine Diskriminierung der Antragstellerin auf Grund des Alters bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses durch die Erstantragsgegnerin

liegt vor.

Eine Belästigung der Antragstellerin auf Grund des Alters durch die Zweitantragsgegnerin

liegt nicht vor.

VORBRINGEN

Im **Antrag** wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Antragstellerin am ... 2020 in Begleitung ihrer Schwester im Fenster der von der Erstantragsgegnerin betriebenen Modeboutique ein Schild gesehen habe, das eine freie Stelle als Verkäuferin ausgewiesen habe.

Sie habe sich erkundigt, ob die Stelle noch vakant sei. Die Dame im Geschäft – die Zweitantragsgegnerin – habe dies bejaht, jedoch sofort gefragt: „*Wie alt sind Sie?*“. Die Antragstellerin habe die Frage mit dem Hinweis beantwortet, dass sie 56 sei. Die Zweitantragsgegnerin habe daraufhin gemeint, dass das zu alt sei, sie würden jemanden um die 45 suchen. Völlig perplex habe sich die Antragstellerin verabschiedet. Ihre Schwester, die

vor dem Geschäft gewartet habe, sei Zeugin des Gespräches gewesen. Die Antragstellerin fühle sich durch die direkt auf ihr Alter Bezug nehmende Ablehnung in ihrer Würde verletzt und damit belästigt. Ebenso fühle sie sich bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses auf Grund ihres Alters diskriminiert.

Nach einer Intervention der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) habe der Rechtsvertreter der Erstantragsgegnerin die Auffassung vertreten, dass die wiedergegebene Äußerung der Zweitantragsgegnerin „eine spontane Mutmaßung“ sei, wie seine Mandantin dazu eventuell stehen könnte, aber keine „Bewerbungsablehnung wegen des Alters“ und somit keine seiner Mandantin zurechenbare Äußerung bzw. Diskriminierungshandlung vorliege.

In der schriftlichen Stellungnahme der **Erstantragsgegnerin** wurde im Wesentlichen auf die an die GAW ergangene anwaltliche Stellungnahme verwiesen und vorgebracht, dass die Erstantragsgegnerin Alleininhaberin der gleichnamigen Boutique sei. In der Auslage des Geschäftes habe ein Anschlag mit folgendem Wortlaut gehangen: „*Wir suchen die beste MitarbeiterIn (Vollzeit), die es gibt*“. Darunter stehe, in roter Schrift hervorgehoben, die E-Mail-Adresse der Erstantragsgegnerin, an welche eine allfällige Bewerbung zu richten sei.

Die Antragstellerin sei ohne Voranmeldung in das Geschäft hineingegangen und habe kein „Bewerbungsgespräch“ mit der einzig dafür befugten Inhaberin des Geschäftes geführt, sondern habe die anwesende Verkaufsaushilfe unvorbereitet angesprochen. Deren wiedergegebene Äußerung sei eine spontane Mutmaßung gewesen, wie die Erstantragsgegnerin dazu eventuell stehen könnte, aber nicht - wie unrichtig dargestellt - eine „Bewerbungsablehnung wegen des Alters“. Es liege keine der Erstantragsgegnerin zurechenbare Äußerung vor und es habe sich auch nicht um ein Bewerbungsgespräch gehandelt, welches bei Interesse via E-Mail zu vereinbaren gewesen wäre.

In der schriftlichen Stellungnahme der **Zweitantragsgegnerin** wurde vorgebracht, dass die Darstellung der Antragstellerin nicht den Tatsachen entspreche.

BEFRAGUNG VON AUSKUNFTSPERSONEN

Die **Antragstellerin** schilderte, dass sie während des „Lockdown“ im ... 2020 ihre Schwester im Rahmen eines Radausflugs in der Stadt getroffen habe, man sei damals bei der Boutique der Erstantragsgegnerin vorbeigegangen und habe gesehen, dass Personal gesucht werde. Sie sei auf Jobsuche gewesen, daher habe sie sich entschlossen, sich zu bewerben, da auch die in der Boutique angebotene Ware gut mit ihrem eigenen Alter zusammengepasst habe. Ihre Schwester habe sie aufgefordert gleich direkt zu fragen, ob die Stelle noch frei sei. Da sie keine Maske mitgebracht habe, sei sie an der Türschwelle des sehr kleinen Geschäfts gestanden, dessen Tür offen gestanden sei. Sie habe gefragt, ob die Stelle noch vakant sei, nur eine Dame – die Zweitantragsgegnerin – sei damals im Geschäft anwesend gewesen. Daraufhin habe diese sie gefragt, wie alt sie sei. Diese habe mit der Gegenfrage, wie alt die Zweitantragsgegnerin sie einschätze, geantwortet. Da diese die Frage nach ihrem Alter wiederholt habe, habe sie deren Frage mit dem Hinweis, dass sie 56 Jahre alt sei, beantwortet. Daraufhin habe die Zweitantragsgegnerin gemeint, dass das „zu alt“ sei und Personal „so um die 45“ gesucht werde. Das Geschäft habe sie als Kundin zuvor nicht gekannt, sie habe aber die dort angebotene Ware als für die „seriöse Dame mittleren Alters“ geeignet eingeschätzt. Diese Aussage sei für die Antragstellerin schon ein „Break“ gewesen – wenn man es so knallhart gesagt bekäme. Ihre Schwester sei ca. eineinhalb Meter entfernt gestanden und habe glaublich ihr Fahrrad gehalten. Ein anschließendes Bewerbungsschreiben habe sie nicht mehr übermittelt. Beim Gespräch habe sie sich nicht überlegt, ob sie mit der Eigentümerin der Boutique spreche – allerdings habe sie selbst langjährig geringfügig in einer Taschenboutique gearbeitet und damals – wenn jemand bei ihr nach einem Job gefragt habe – immer mitgeteilt, dass sie nicht die Besitzerin sei und man eine Bewerbung schicken oder anrufen solle. Vor diesem Hintergrund sei ihr damals daher nicht klar gewesen, dass es sich bei der anwesenden Dame um eine Verkäuferin und nicht um die Eigentümerin handle, weil sie sich diesfalls eine andere Antwort erwartet hätte. An das genaue Ende des Gesprächs könne sie sich nicht mehr erinnern – sie glaube, dass dieses für sie beendet gewesen sei, nachdem sie zweimal nach dem Alter gefragt und ihr erklärt worden sei, dass eine jüngere Person gesucht werde.

Die **Erstantragsgegnerin** gab bei ihrer Befragung an, dass sie Damenmode für junge Damen bis hin zu 80-jährigen Kundinnen verkaufe und damals nur die Zweitantragsgegnerin

teilzeitbeschäftigt habe und daher eine Aushilfe gesucht habe, weil sowohl sie selbst als auch die Zweitantragsgegnerin bereits in Pension gewesen seien.

Auf Frage nach dem Inserat und den gewünschten Eigenschaften der gesuchten Person gab sie an, dass die Zweitantragsgegnerin ihr versprochen habe, so lange zu bleiben bis sie Ersatz für sie gefunden habe – geplant seien damals vier Jahre für einen „Übergang“ gewesen, damit dann jemand ihr Geschäft so führen könne, wie es bisher immer geführt worden sei und sich auch die Kundinnen daran gewöhnt hätten. Die gesuchte Person hätte nichts „Spezielles“ können müssen und hätte auch aus einer anderen Branche kommen können. Maßgeblich seien Sympathie und die Aussicht, dass die gesuchte Person *„die nächsten 20 Jahre bei ihr bleibe“*, gewesen. Erfahrung sei nicht Voraussetzung gewesen, weil sie damit in der Vergangenheit schon einmal gute Erfahrungen gemacht habe. Die Zweitantragsgegnerin sei damals 61, sie selbst 62 Jahre alt gewesen.

Das Alter hätte *„von der Logik her“* natürlich schon eine Rolle gespielt – wenn sie jemanden in ihrem eigenen Alter nehmen würde, könne sie nicht erwarten, dass diese Person dann noch 20 Jahre arbeiten werde. Es sei Auslegungssache – eine Person um die 20 Jahre hätte ihr möglicherweise *„in der Branche“* zu wenig Erfahrung gehabt. Erklärend dazu gab sie an, dass auch eine 20-Jährige hätte kommen können – es käme darauf an, was jemand schon gemacht habe.

Sie habe diesen Plan so gemacht, weil ihre Kundinnen *„sehr speziell“* seien und nicht einfach zu einer neuen Verkäuferin gehen würden. Daher sei der Plan gewesen, dass diese gesuchte Person sich drei Jahre einarbeiten könne und auch den Einkauf erledigen solle und die Kundinnen sich dann an diese Person gewöhnt hätten.

Das *„ideale Alter“* wäre also nicht jemand in ihrem eigenen Alter oder dem der Zweitantragsgegnerin gewesen – ohne eine bestimmte Zahl zu nennen. Also niemand, der in drei Jahren aufhören würde, weil für sie sonst das ganze Investment an Zeit und Geld vergeblich sein würde. Dies habe auch die Zweitantragsgegnerin gewusst. Es sei schließlich eine rund 45-jährige Dame – nicht aus der Branche kommend – im ... 2020 eingestellt worden. Ob die Zweitantragsgegnerin mit mehreren BewerberInnen gesprochen habe, wisse sie nicht. Auch sie selbst sei im Geschäft gefragt worden, dabei habe sie sich nicht als Chefin zu erkennen gegeben. Es käme öfters vor, dass jemand einfach hineinkomme und frage. Sie selbst sage immer – solange sie niemandem fix zugesagt habe – dass die Stelle noch frei sei. Nach dem

Alter frage sie selbst nicht, sie frage nach gar nichts – auch wenn sie in der konkreten Situation schon wisse, dass jemand für sie nicht in Frage kommen werde.

Auf Frage, ob sie das Alter von 45 Jahren mit der Zweitantragsgegnerin besprochen habe, meinte sie, dass diese so lange bei ihr beschäftigt sei, dass sie „alles wisse, was sie selbst denke“. Aber sie habe es mit der Zweitantragsgegnerin besprochen, was sich daraus ergeben habe, dass diese ihr ja versprochen habe, ihr so lange zu helfen.

Auf Frage, ob sie die Antragstellerin mit 56 Jahren eingestellt hätte, meinte sie, dass diese nicht dem entsprechen würde, was sie wolle. Man hätte von ihr nicht gehört, dass diese „zu alt“ sei, sondern sie käme „nicht in Frage“. Sie schreibe einer Bewerberin das, was sie sagen dürfe. Das hätte sie auch der Antragstellerin geschrieben, wenn diese sich schriftlich beworben hätte.

Auf Frage meinte sie, dass die Zweitantragsgegnerin „überhaupt noch nie etwas Falsches gesagt habe“. Beim Gespräch sei sie nicht dabei gewesen. Es käme darauf an, dass jemand „Jüngerer“ gesucht worden sei.

Die **Zweitantragsgegnerin** schilderte, dass die Antragstellerin hereingekommen sei und gefragt habe, ob die Stelle noch frei sei. Sie wisse nicht mehr, ob diese einen Mund-Nasen-Schutz getragen habe, aber sie sei ins Geschäft gekommen. Den genauen Wortlaut des nachfolgenden Gesprächs wisse sie nicht mehr, irgendwann sei es um das Alter gegangen. Es sei richtig, dass sie gesagt habe: „Wir suchen jemanden Jüngeren.“

Die Antragstellerin habe dann gewollt, dass die Zweitantragsgegnerin sie „schätze“, was die Zweitantragsgegnerin jedoch verneint habe. Sie habe nicht gesagt, dass jemand „um 45“ gesucht werde, sondern jemand „Jüngerer“. Dann habe die Antragstellerin sie aufgefordert, sie zu „schätzen“.

Auf Frage, ob sie das auf Grund der Optik der Antragstellerin gesagt habe, räumte sie ein, dass die Antragstellerin es möglicherweise erwähnt habe. Sie wisse es nicht mehr genau. Es habe sich eigentlich um ein nettes Gespräch gehandelt, die Dame habe sich nett verabschiedet, sie habe ja auch keine Unterlagen mitgebracht. Sie selbst sei ja gar nicht befugt gewesen jemanden einzustellen. Die Antragstellerin sei allein gewesen, draußen sei jemand gestanden, die Tür gehe automatisch zu.

Auf Frage, warum jemand „Jüngerer“ gesucht worden sei, meinte sie, dass sowohl sie als auch die Erstantragsgegnerin schon in Pension seien, diese aber das Geschäft noch länger führen

wolle. Viele Stammkundinnen seien sehr „fixiert“ – weswegen eine Einarbeitungszeit von zwei bis drei Jahren nötig sei. Wenn man jemanden einschule, wolle man ja auch, dass der danach auch bleibe. „62 oder so“ sei kein gutes Alter – weil man kurz vor der Pension sei. Auf die Frage, ob „55 ein gutes Alter“ sei, wolle sie sich gar nicht einlassen.

Sie habe ja nicht gewollt, dass die Antragstellerin sich beleidigt fühle – es sei ja ein nettes Gespräch gewesen. Auf Frage, warum sie nicht zu einem Vergleichsgespräch bereit gewesen sei, meinte sie zunächst gar nicht gewusst zu haben, dass sie einen Fehler gemacht habe. Sie habe niemanden beleidigen wollen.

Auf Frage, wie das Gespräch auf das Thema Alter gekommen sei, gab sie an, es nicht mehr genau zu wissen. Sie wisse nicht, wie die Antragstellerin auf 45 Jahre käme – sie selbst habe nur von jemandem „Jüngeren“ gesprochen. Andere Bewerberinnen habe sie alle an die Erstantragsgegnerin verwiesen.

Frau D gab bei ihrer Befragung an, dass sie mit ihrer Schwester – der Antragstellerin – durch die Stadt gegangen sei und das Schild in der Auslage gesehen habe. Sie habe dann zu ihrer Schwester gemeint, dass diese sich ja gleich vorstellen könne, sie seien dann beide bei der offenen Tür gestanden. Nachdem die Antragstellerin gefragt habe, ob die Stelle noch frei sei, habe die Dame im Geschäft dann gefragt, wie alt sie sei. Auf Nachfrage habe die Antragstellerin dann gefragt, wie die andere Dame sie einschätzen würde. Dann habe die Antragstellerin ihr Alter genannt, woraufhin die andere Dame gemeint habe: „Nein, das ist zu alt.“ Sie würden jemanden Jüngeren suchen. Das habe sie in der offenen Tür neben der Antragstellerin gehört, es hätten nämlich beide keine Maske mitgebracht, weshalb sie nicht hineingegangen seien. Die Dame im Geschäft sei ca. 3 Meter entfernt gewesen.

Die Antragstellerin sei perplex gewesen, weil sie selbst ja noch zehn Jahre arbeiten müsste – dann seien sie gegangen. Das habe die Antragstellerin auch zur Dame gesagt, eine Antwort sei aber nicht gekommen.

Sie wisse nicht mehr, ob thematisiert worden sei, dass sich die Antragstellerin noch per E-Mail bewerben könne – die Antragstellerin sei entsetzt gewesen und habe gefragt, was sie machen solle, wenn man ihr schon im Geschäft sagen würde, dass sie zu alt sei.

Der Tonfall der Zweitantragsgegnerin sei nicht schroff, sondern „komplett normal“ gewesen. Auf Frage gab sie an, dass die Tür offen gewesen sei, als sie hingekommen seien. Es sei ein schöner warmer Tag gewesen.

Eine nachfolgende schriftliche Bewerbung per E-Mail habe die Antragstellerin nicht mehr in Erwägung gezogen. Ob die Dame im Geschäft ihrer damaligen Wahrnehmung nach die Inhaberin der Boutique gewesen sei, wisse sie nicht mehr.

PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) stützt sein Prüfungsergebnis auf die schriftlichen Vorbringen der Antragstellerin und der beiden Antragsgegnerinnen und die oben angeführten Aussagen der vom Senat dazu angehörten Auskunftspersonen.

Eingangs ist darauf hinzuweisen, dass das GIBG die GBK nicht zur Prüfung von jeglichen Vorwürfen auf Grund einer subjektiv empfundenen Ungerechtigkeit oder von Mobbing im Allgemeinen ermächtigt, sondern dass sich die Kognitionsbefugnis der GBK ausschließlich auf die Prüfung von Diskriminierungsvorwürfen im Zusammenhang mit den in § 17 genannten Gründen beschränkt, wobei dieser Zusammenhang bei Antragseinbringung vom/von der AntragstellerIn **glaubhaft** zu machen ist.

Für eine solche Glaubhaftmachung genügt nach der Rsp zwar eine „Bescheinigung“ der behaupteten Tatsachen, wobei der 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 sprechen als dagegen (OGH 9 ObA 144/14p, ARD 6455/14/2015 = Arb 13.203; 9 ObA 177/07f, ZAS 2009/29, 186 [*Klicka*] = DRdA 2010/11, 137 [*Eichinger*]; vgl. auch *Windisch-Graetz*, in *ZellKomm*³ [2018] § 12 GIBG Rz 16). Wird zB eine Bewerbung mit dem Hinweis abgelehnt, man verfüge über keine Sanitäreinrichtungen für männliche Mitarbeiter, liegt ein starkes Indiz für eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts vor (OGH 9 ObA 46/04m, *ecolex* 2004, 420 = ASoK 2005, 26).

Wesentlich ist dabei, dass das GIBG von einem gestuften Beweislastmodell ausgeht (dazu eingehend *Weberndorfer*, Glaubhaftmachung von Diskriminierung am Arbeitsplatz, in *Ulrich/Rippatha*, Glaubhaftmachung von Diskriminierung – Hilfe oder Hemmnis beim Rechtszugang [2018] 35 [72]). Der/die AntragstellerIn ist aufgefordert, das verpönte Merkmal

sowie die darauf basierende Benachteiligung zu benennen und mittels ausführlicher Darstellung des Geschehens zu konkretisieren. Der Senat der GBK ist dabei von der Richtigkeit und vom Vorliegen der entscheidungsrelevanten Tatsachen zu überzeugen mit dem Ziel, die **Kausalität** einer besonderen Eigenschaft (*hier Alter*) mit einer Benachteiligung so zu verknüpfen, dass der damit befasste Senat der GBK vom Vorliegen einer Diskriminierung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit überzeugt ist.

Erst wenn dies gelungen ist, obliegt es dem/der AntragsgegnerIn in einem weiteren Schritt zu beweisen, dass ein anderer als der glaubhaft gemachte Grund für die Ungleichbehandlung maßgeblich war (so überzeugend *Weberndorfer*, in *Ulrich/Rippatha*, Glaubhaftmachung von Diskriminierung 72).

BEGRÜNDUNG

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission hat erwogen:

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

*„§ 17. (1) Auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des **Alters** oder der sexuellen Orientierung darf in Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht*

1. bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses

[...]“

„§ 19. (1) Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person auf Grund eines in § 17 genannten Grundes in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

(2) Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einer ethnischen Gruppe angehören, oder Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung, eines bestimmten Alters oder mit einer

bestimmten sexuellen Orientierung gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich.“

„§ 21. (1) Eine Diskriminierung nach § 17 liegt auch vor, wenn eine Person

[...]

3. durch Dritte in Zusammenhang mit seinem/ihrer Arbeitsverhältnis belästigt wird

[...]

(2) Belästigung liegt vor, wenn eine unerwünschte Verhaltensweise, die mit einem der Gründe nach § 17 im Zusammenhang steht, gesetzt wird,

1. die die Würde der betroffenen Person verletzt oder dies bezweckt,

2. die für die betroffene Person unerwünscht, unangebracht oder anstößig ist und

3. die ein einschüchterndes, feindseliges, entwürdigendes, beleidigendes oder demütigendes Umfeld für die betroffene Person schafft oder dies bezweckt.“

Generell ist zur Frage des **Beweismaßes und der Beweislastverteilung** im GBK-Verfahren anzumerken, dass gemäß § 26 Abs. 12 GIBG eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne der §§ 17, 18 oder 21 GIBG beruft, diesen **glaubhaft** zu machen hat. Insoweit genügt daher nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (OGH) eine „Bescheinigung“ des behaupteten nach dem GIBG verbotenen Motivs, 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 – wie bereits oben ausgeführt – mehr für die Darstellung des/r AntragstellerIn sprechen als dagegen (vgl. OGH 9 ObA 144/14p, Arb 13.203 mit weiteren Nachweisen).

Das Diskriminierungsverbot des § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG begründet keinen Anspruch auf die Begründung eines bestimmten Arbeitsverhältnisses, sondern konkretisiert vorvertragliche **Sorgfaltspflichten**, die ein anerkanntes Element des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips darstellen und bei deren Verletzung als Rechtsfolge Schadenersatzansprüche zugunsten der diskriminierten Person vorgesehen sind. Dieses Diskriminierungsverbot ist dabei extensiv zu

interpretieren - **alle mit dem Zustandekommen eines Arbeitsvertrages in Zusammenhang stehenden Vorgänge sind hiervon umfasst.**

In einem Verfahren vor einem Senat der Gleichbehandlungskommission soll grundsätzlich nicht das jeweilige Auswahlverfahren wiederholt werden, sondern es soll überprüft werden, ob die Entscheidung, die zur Ablehnung eines Bewerbers oder einer Bewerberin geführt hat, transparent, objektiv und sachlich nachvollziehbar war, wenn dem/der BewerberIn eine Glaubhaftmachung der Diskriminierung iSd § 26 Abs. 12 GIBG gelungen ist.

Wenn dem/der AntragstellerIn die Glaubhaftmachung von Umständen, die einen **nachvollziehbaren Zusammenhang** zwischen der Nichtbegründung des Arbeitsverhältnisses und dessen/deren Alter herstellen, gelungen ist, obliegt es dem/der AntragsgegnerIn zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von der AntragsgegnerIn glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne der §§ 19 Abs. 2 oder 20 GIBG vorliegt.

Bei einer Belästigung gilt, dass es dem/der AntragsgegnerIn zu beweisen obliegt, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die von ihm/ihr glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

Ergänzend ist zur Verwirklichung des Tatbestandes der Belästigung im Sinne des § 21 GIBG darauf hinzuweisen, dass die subjektive Unerwünschtheit eines Verhaltens oder einer Aussage **für sich allein** dafür noch nicht ausreichend ist, sondern dass zusätzlich eine für eine/n außenstehende/n BetrachterIn nachvollziehbare objektive Komponente in Bezug auf die Eignung der konkreten Eignung einer Handlung oder Aussage hinzukommen muss, was vom Gesetzgeber durch die geforderte „Würdeverletzung“ in Verbindung mit der Schaffung eines „Arbeitsumfeldes“ auch konkret zum Ausdruck gebracht wurde. Dies führt im Ergebnis dazu, dass noch nicht jede auf Grund der – unterschiedlich stark ausgeprägten – persönlichen Sensibilität von einer Person u.U. als „beleidigend“ empfundene Aussage oder Handlung auch als Belästigung iSd GIBG zu qualifizieren ist.

Der Senat geht bei seiner Prüfung von folgenden Erwägungen aus:

Die Antragstellerin hat – durch die in der Auslage annoncierte Stelle aufmerksam geworden – in der Boutique bei der einzigen dort anwesenden Person nachgefragt, ob die annoncierte Stelle noch frei sei, was nach Meinung des Senates als **Initiierung eines Bewerbungsverfahrens** zu qualifizieren ist, da – *im Hinblick auf den Telos des GIBG zur Schaffung einer diskriminierungsfreien Arbeitswelt* – an einen Bewerbungsverfahrens – korrespondierend zu den Erfordernissen des konkreten Einzelfalles – grundsätzlich kein zu hoher formaler Maßstab, etwa die Schriftlichkeit einer Bewerbung, angelegt werden darf, weshalb auch die Frage, ob eine Stelle noch frei sei, als eine den Bewerbungsverfahrens einleitende Handlung zu qualifizieren und somit vom Schutzbereich des GIBG umfasst ist.

Im Hinblick auf die konkrete, sehr allgemein formulierte Stellenanzeige – ausgehängt in der Auslage des Geschäfts ohne Nennung spezifischer Bewerbungsvoraussetzungen – ist nach Meinung des Senates daher davon auszugehen, dass im Hinblick auf die konkreten Umstände die Frage, ob die Stelle noch frei sei, als Einleitung des konkreten Bewerbungsprozesses zu beurteilen ist.

In der damaligen Situation war nach Meinung des Senates für die Antragstellerin nachvollziehbar nicht erkennbar, dass es sich bei der einzigen im Geschäft anwesenden Person nicht um eine zur Annahme der Bewerbung berechnete Person handeln könnte, zumal diese einerseits – *entgegen dem nach allgemeinen Maßstäben erwartbaren Verhalten einer unbefugten Person* – nicht zum Ausdruck gebracht hatte, zur Annahme einer Bewerbung gar nicht berechnete zu sein, sondern andererseits der Antragstellerin inhaltlich zu deren Bewerbung gleich ablehnend kommuniziert hatte, dass diese „zu alt“ sei bzw. „man jemanden Jüngeren“ suchen würde, wobei die konkrete Wortwahl im Ergebnis insofern irrelevant ist, weil mit *beiden* Formulierungen jedenfalls in einer die Antragstellerin gegenüber einer jüngeren Person schlechterstellenden Weise auf deren Lebensalter Bezug genommen wird. Durch diese Schlechterstellung der Antragstellerin gegenüber einer jüngeren Person bei ihrer Bewerbung um die annoncierte Stelle wurde somit der Tatbestand der Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses auf Grund des Alters verwirklicht.

Zur im Verfahren relevierten Frage der **Zurechenbarkeit** der die Antragstellerin auf Grund ihres Alters ablehnenden Aussage der Zweitantragsgegnerin zur Sphäre der prospektiven Arbeitgeberin – der Erstantragsgegnerin – ist auszuführen, dass sich diese im Rahmen der Gehilfenhaftung des § 1313a ABGB das Verhalten der Zweitantragsgegnerin – nämlich die „*Entgegennahme*“ der Bewerbung mangels Kommunikation der Unzuständigkeit zur Entgegennahme einer solchen *samt nachfolgender Ablehnung* durch den Hinweis auf das Alter der Antragstellerin – zurechnen lassen muss.

Nach Meinung des Senates wäre die Zurechenbarkeit eines solchen Verhaltens nämlich nur dann zu verneinen, wenn in der konkreten Situation für eine/n BewerberIn klar erkennbar hätte sein müssen, dass die von ihr angesprochene Person nach den *im Arbeitsleben anzulegenden Erfahrungsmaßstäben* gar nicht zur Annahme einer Bewerbung berechtigt sein kann.

Unter Würdigung der Umstände des konkreten Falls ist bei der Antragstellerin jedoch berechtigterweise der Eindruck entstanden, dass die Zweitantragsgegnerin (zumindest) eine seitens der Erstantragsgegnerin *ermächtigte* Ansprechpartnerin für die Entgegennahme ihrer Bewerbung und dieser somit das Verhalten der Zweitantragsgegnerin auch zurechenbar sei.

Gemäß den gestuften Beweislastregeln des GIBG ist es der Antragstellerin daher gelungen, dem Senat glaubhaft zu machen, dass der von ihr behauptete Grund des Alters für die Ablehnung ihrer Bewerbung ausschlaggebendes Kriterium gewesen sei.

Das Vorliegen einer Diskriminierung der Antragstellerin auf Grund des Alters bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses durch die Erstantragsgegnerin war daher zu bejahen.

Zur ebenfalls von der Antragstellerin geltend gemachten **Belästigung** auf Grund des Alters durch die auf ihr Alter bezogene Aussage der Zweitantragsgegnerin in der Bewerbungssituation ist hingegen ins Treffen zu führen, dass nach glaubhaftem Vorbringen der Zweitantragsgegnerin das Gespräch in „normalem“ Tonfall verlaufen sei, was durch die Aussage der Auskunftsperson D bestätigt wurde.

Der Senat ist daher zur Auffassung gelangt, dass im Hinblick darauf das Tatbestandselement des „**einschüchternden, feindseligen, entwürdigenden, beleidigenden oder demütigenden Umfeldes**“ nicht verwirklicht wurde, weshalb das Vorliegen einer Belästigung iSd § 21 GIBG zu verneinen war.

Wie bereits ausgeführt, ist das Vorliegen der subjektiven Unerwünschtheit einer Aussage für sich allein genommen noch nicht geeignet, den Tatbestand der Belästigung zu verwirklichen, sondern muss zusätzlich eine nachvollziehbare objektive Komponente in Bezug auf die Eignung der konkreten Eignung einer Handlung oder Aussage hinzukommen, was vom Gesetzgeber durch die geforderte „Würdeverletzung“ in Verbindung mit der Schaffung eines „Arbeitsumfeldes“ auch konkret zum Ausdruck gebracht wurde.

Die im vorliegenden Fall von der Zweitantragsgegnerin getätigte Aussage, dass die Antragstellerin „zu alt“ sei bzw. „jemand Jüngerer gesucht werde“, im Zusammenhang mit der Ablehnung der davor eingebrachten Bewerbung der Antragstellerin ist im Hinblick auf die von beiden Seiten geschilderte „normale“ Gesprächsatmosphäre daher noch nicht als Belästigung der Antragstellerin iSd GIBG, sondern als verpönte Ablehnung ihrer zuvor erfolgten Bewerbung zu qualifizieren, weshalb eine zusätzliche rechtliche Qualifikation dieser Aussage als Belästigung der Antragstellerin auf Grund des Alters durch die Zweitantragsgegnerin zu verneinen war.

Vorschlag:

Der Erstantragsgegnerin wird die Zahlung eines angemessenen Schadenersatzes an die Antragstellerin vorgeschlagen.

Binnen zwei Monaten ab Zustellung ist dem Senat über die Umsetzung dieses Vorschlags zu berichten.