

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 26. Mai 2014 über das am 2. Dezember 2011 eingelangte Verlangen der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **Frau A (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des **Geschlechtes** und der **Religion** bei der **Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§§ 3 Z 1 und 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 **Firma X (Antragsgegnerin)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. II Nr. 102/2011), zu folgendem

Prüfungsergebnis

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

**Der Senat I der GBK gelangt weiters zur Ansicht, dass Frau A auf Grund der Religion bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG durch die Firma X diskriminiert worden ist.**

Dies ist eine gutachterliche Feststellung. Es handelt sich hierbei im Sinne der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes<sup>1</sup> nicht um einen (Feststellungs-)Bescheid.

---

<sup>1</sup> Vgl. z.B. VfSlg. 19.321

## Prüfungsgrundlagen

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf die schriftlichen und mündlichen Vorbringen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin sowie die mündliche Befragung der Auskunftsperson, Frau B. Des Weiteren bezieht sich der Senat I der GBK in seiner Entscheidungsfindung auf die Bewerbung der Antragstellerin vom 26. Mai 2011, das Interventionsschreiben der GAW vom 14. Juli 2011, das E-Mail von Frau C an die GAW vom 8. August 2011 sowie das Interventionsschreiben der GAW vom 6. September 2011.

## Vorbringen und Aussagen

Im Antrag der GAW wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Antragstellerin Studentin ... sei und Ende Mai 2011 über die Website der Antragsgegnerin auf die ausgeschriebene Teilzeitstelle als Servicemitarbeiterin aufmerksam geworden sei. Mit E-Mail vom 26. Mai 2011 habe sich die Antragstellerin als Teilzeitkraft im Service beworben. Die Antragstellerin sei Muslimin und trage aus religiösen Gründen ein Kopftuch.

Die Antragsgegnerin habe die Antragstellerin am 3. Juni 2011 kontaktiert. Eine Mitarbeiterin der Antragsgegnerin habe eine Sprachnachricht auf der Mailbox der Antragstellerin hinterlassen und um einen Rückruf gebeten, falls noch Interesse an der ausgeschriebenen Stelle bestehe. Die Antragstellerin habe unverzüglich zurückgerufen. Es habe sich „Frau B, Firma X“ gemeldet, welche Bezug auf die Bewerbung der Antragstellerin genommen habe. Frau B habe gemeint, „Wir hätten noch eine Stelle frei, jetzt stellt sich nur noch die Frage, ob Sie noch Interesse haben?“ Frau B habe sich erfreut gezeigt, als die Antragstellerin ihr Interesse bestätigt habe. Schließlich habe sich Frau B auf das Foto am Lebenslauf bezogen, welches die Antragstellerin mit Kopftuch zeige und ihr mitgeteilt, dass eine Anstellung nur unter der Voraussetzung zustande käme, wenn die Antragstellerin bereit wäre, das Kopftuch während der Arbeitszeit abzulegen. Die Antragstellerin habe daraufhin erklärt, dass dies für sie nicht vorstellbar sei. Frau B habe sich mit den Worten, „Na gut, ansonsten hätte es uns wirklich gefreut, Wiederhören“, verabschiedet.

In einer ersten Reaktion habe die Antragstellerin nicht vermocht, diese Auskunft zu hinterfragen. Sie habe sich unmittelbar danach in ihrem Umfeld erkundigt, ob die Ab-

lehnung einer Bewerbung auf Grund der Tatsache, dass die Bewerberin nicht bereit sei, ihr Kopftuch während der Arbeitszeit abzulegen, rechtlich zulässig sei.

Nachdem sie sich informiert gehabt habe, habe sie noch am selben Tag Frau B kontaktiert. Die Antragstellerin habe sichergehen wollen, dass es sich nicht um ein Missverständnis gehandelt habe und habe daher die Frage, aus welchem Grund sie nicht zu einem Vorstellungsgespräch geladen werde, gestellt. Frau B habe darauf gemeint, „naja, wegen dem Kopftuch“. Auf die Frage, ob sie davon Kenntnis habe, dass es in Österreich unzulässig sei, eine Bewerberin nur auf Grund des Kopftuches abzulehnen, habe Frau B zur Antwort gegeben, dass sie dies wüsste, es aber nun mal von den Kunden und auch von der Chefin nicht gewünscht sei.

Die rechtsfreundliche Vertretung der Antragsgegnerin erhob die Stellungnahme an die GAW vom 6. Oktober 2011, in welcher die Antragsgegnerin die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe bestritt und diesen im Wesentlichen wie folgt entgegen trat, zur Stellungnahme an den Senat I der GBK:

Nach Einlangen der Bewerbung inklusive Lebenslauf per E-Mail am 26. Mai 2011 bei der Antragsgegnerin, seien diese Unterlagen, wie alle anderen Bewerbungsunterlagen auch, an die zuständige Frau D (Store Supervisor) weitergeleitet worden. Es sei Aufgabe des Store Supervisors das Bewerbungsverfahren durchzuführen. Die einzelnen Filialleiter haben keine Befugnis, ein Bewerbungsverfahren durchzuführen, insbesondere keine Befugnis zum Durchführen eines Vorstellungsgesprächs. Im gegenständlichen Fall habe Frau D das Durchführen der Vorstellungsgespräche nicht selber übernehmen können, da diese vom Unternehmen kurzfristig ausgeschieden sei. Kurzerhand habe die Filialleiterin, Frau B (Filiale Y), die Unterlagen übernommen und sich dazu entschlossen, auf Grund eines dringenden Personalbedarfs die Antragstellerin persönlich zu kontaktieren. Von dieser Vorgehensweise seien die Geschäftsleitung und die Personalabteilung nicht informiert gewesen. Die Filialleiterin könne rechtswirksam keine Handlungen im Namen der Antragsgegnerin vornehmen. Die Kontaktaufnahme mit der Bewerberin stelle eine klare Kompetenzüberschreitung dar. Die daraufhin geführten Telefonate sowie deren Inhalte seien der Antragsgegnerin niemals zugegangen und seien ihr somit auch nicht zuzurechnen. Die Antragsgegnerin bzw. die Personalabteilung habe erst mit der Aufforderung zur Stellungnahme von Seiten der GAW von dieser Gegebenheit erfahren.

Zum Inhalt der geführten Telefongespräche sei auszuführen, dass Frau B ihre Erfahrungen im alltäglichen Kundenkontakt an die Bewerberin weitergegeben habe, nämlich dass die Kundschaft traditionsbehaftet sei. Weiters habe Frau B richtigerweise darauf aufmerksam gemacht, dass im Unternehmen gewisse Hygienevorschriften bestehen und eine strikte Kleiderordnung einzuhalten sei.

Selbst dann, wenn die genannte Bewerberin im Auswahlverfahren berücksichtigt worden wäre, wäre sie bei der Stellenbesetzung nicht zum Zuge gekommen, da eine Mitbewerberin anhand objektiver Kriterien – Qualifikation und Berufserfahrung – besser dem Stellenprofil entsprochen habe.

Die Antragsgegnerin verfolge das Ziel, ihren Gästen eine gleichbleibende Qualität und einen professionellen Service zu bieten. Der Betrieb bestehe seit ... und es sei seither Anliegen der Geschäftsleitung und der Mitarbeiter, die hohen Erwartungen der Kundschaft zu erfüllen. Dies könne nur dadurch gewährleistet werden, dass das vorgegebene Konzept sowie die vorhandenen Vorschriften von allen Mitarbeitern eingehalten werden.

Hauptaugenmerk werde auf ein einheitliches Erscheinungsbild der Mitarbeiter gelegt. Die Kleiderordnung besage, dass die Mitarbeiterin die zur Verfügung gestellten Kleidungsstücke zu tragen habe ... Sämtliche Kleidungsstücke werden eigens für die Antragsgegnerin produziert. ... Eine Kopfbedeckung werde nicht angefertigt. Eine passende Kopfbedeckung wäre nur mit einem erheblichen Produktionsmehraufwand möglich, dieser Mehraufwand würde dann nur für eine einzige Mitarbeiterin erfolgen. Eine Verhältnismäßigkeit dieser erheblichen Mehrkosten sei nicht gegeben.

Im Unternehmen werde grundsätzlich keine Kopfbedeckung erlaubt, insbesondere werden bislang keine Kappen, Tücher, Haarbänder, etc. geduldet. Das Tragen eines Kopftuches als Ausdruck einer Religionszugehörigkeit führe in keiner Weise zu einer Benachteiligung. Es komme nicht auf den religiösen Hintergrund der Kopfbedeckung an, einzig und allein sei eine allgemeine Kopfbedeckung in dieser Beschäftigung nicht gestattet. Das Verbot des Tragens einer Kopfbedeckung sei zur Einhaltung der einheitlichen Kleidervorschrift unbedingt erforderlich und auch angemessen. Das Arbeiten im Servicebereich unter diesen Bedingungen sei eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung (gemäß § 20 GIBG), welche unter Einhaltung des Sachlichkeitsgebotes eine Differenzierung durchaus erlaube.

Auszuführen sei auch, dass die Antragsgegnerin in den arabischen Raum expandiere. Dort sei die Gesetzeslage derart, dass die Mitarbeiter im Service in den Filialen

der Antragsgegnerin keine Kopfbedeckung tragen. Sowohl die Qualität als auch das Erscheinungsbild seien somit weltweit standardisiert. Eine Abwägung der beiden Interessen ergebe somit, dass das Aufrechterhalten des betrieblichen Konzepts ... dem Einzelinteresse einer Bewerberin entgegenzuhalten sei. Sämtliche Verkaufs- und Werbemaßnahmen dieses Unternehmens würden durch Änderungen der Kleidervorschriften unterlaufen.

Die Antragsgegnerin bewirtschafte einen älteren und konservativeren Gästestamm, welcher auf die Tradition und die Qualität vertraue. Nur durch Einhalten dieses Unternehmenskonzeptes, das auf der traditionellen Kleiderordnung beruhe, könne ein Fortbestehen des Betriebes gewährleistet werden.

In den Filialen gebe es zwei verschiedene Bereiche, den tatsächlichen Servicebereich inkl. Verkaufsbereich sowie den Produktionsbereich. Beide Bereiche seien gleich wichtig und keiner dieser Bereiche dürfe vernachlässigt werden. In beiden Bereichen seien die Hygienevorschriften einzuhalten. Es sei eine saubere, täglich frisch gewaschene Arbeitskleidung zu tragen. Die Straßenbekleidung müsse vor Antritt der Arbeit abgelegt werden, damit etwaige Bakterien nicht in die genannten sensiblen Bereiche verschleppt werden. Eine Kopfbedeckung, welche auf der Straße getragen worden sei, müsse dementsprechend abgelegt werden. Alle Mitarbeiter (auch das Servicepersonal) müssen darüber hinaus bei Betreten der Produktionsbereiche oder des Kühlraumes sowie beim Nachteilen der Waren eine Schutzhaube am Kopf tragen, damit keine Bakterien oder Verschmutzungen auf die Produkte übertragen werden können.

In der mündlichen Befragung wiederholte die Antragstellerin ihr Vorbringen wie im Verlangen der GAW und bekräftigte abermals, dass sie am 3. Juni 2011 eine Sprachnachricht auf ihrer Mailbox erhalten habe, in der sich Frau B gemeldet und mit der Antragsgegnerin zu identifizieren gegeben habe. In den Telefonaten mit Frau B seien ihr gegenüber keine Hygienebedenken geäußert worden. Die Antragstellerin gab ergänzend an, dass wenn man sagen würde, sie solle ihr Kopftuch zurückbinden, damit es in der Arbeit besser laufe, sie das auch gemacht hätte und führte als Beispiel an, dass sie normalerweise längere Kleider anziehe, da bei ihrem derzeitigen Arbeitgeber das Tragen von Hosen und Blusen üblich sei, trage sie dort jedoch Hosen und Blusen. Gefragt, wieso sie die Stelle, die ihr im späteren Verlauf des Schriftverkehrs angeboten worden sei, abgelehnt habe, erklärte die Antragstellerin, weil sie diskriminiert worden sei. Wenn man ihr klar und deutlich sage, dass der Chef

das nicht wolle, wolle sie nicht wissen, wie die Arbeitsatmosphäre dort dann sein würde.

Stellvertretend für den Geschäftsführer der Antragsgegnerin, Herrn E, der sich zum Zeitpunkt des Befragungstermins im Ausland befunden hat, erschien die rechtsfreundliche Vertretung der Antragsgegnerin, Frau Dr.<sup>in</sup> F. Diese konnte zu den gegenständlichen Telefongesprächen zwischen Frau B und der Antragstellerin, mangels unmittelbarer Wahrnehmung durch die Geschäftsführung, keine Details wiedergeben, führte aber allgemein aus, dass es von der Geschäftsführung keine Restriktionen, Regeln oder Verbote gebe, mit Kopftuch zu arbeiten. Es gebe Dienstnehmerinnen, die mit Kopftuch tätig seien. Im Moment seien diese im Bereich der Küche tätig. Die Geschäftsführung hätte jedoch nie etwas dagegen gehabt, im Service jemanden mit Kopftuch zu beschäftigen. Es habe auch jetzt eine Stellenbewerberin gegeben, wo das Thema behandelt worden sei. Sie hätte das Kopftuch tragen können, ebenso wie Leggings statt Strumpfhosen unter dem Rock. Diese Bewerberin habe jedoch eine andere Stelle gefunden, weshalb es nicht zum Abschluss eines Dienstverhältnisses gekommen sei. Laut Rücksprache mit Herrn E wäre das Kopftuch dann wahrscheinlich im Design der Antragsgegnerin gewesen. Konkret sei noch nichts produziert worden. Es gebe zudem keine Anweisungen an Mitarbeiter/innen, Frauen mit Kopftüchern abzuweisen oder danach zu fragen. Auf Grund des aktuellen Bewerbungsfalles, sei dieser Umstand jetzt jedenfalls kommuniziert worden. Was vor einigen Jahren gewesen sei, konnte die befragte Auskunftsperson nicht sagen. Zum Thema Hygiene, welches das Hauptthema in diversen Schriftstücken gewesen sei, sei von Herrn E ihr gegenüber nichts ausgeführt worden.

Frau B gab in ihrer mündlichen Befragung an, von Frau D gebeten worden zu sein, diese zu unterstützen. Frau D habe herausgesucht, wer aufgenommen werde. Sie habe dann Kontakt aufgenommen, weil sie die Bewerbungsunterlagen bei sich in der Filiale gehabt habe. Die Filiale Y wäre eine Ausbildungsfiliale geworden. Für ihre Filiale habe sie allerdings niemanden gesucht. Auf den Bewerbungsunterlagen der Antragstellerin sei von Frau D „Kopftuch? eher nein“ notiert gewesen. Sie habe es damals auf die Hygienevorschriften bezogen. Es seien auch Mitarbeiter in der Zentrale gesucht worden, wo der Durchgang über die Lagerräume und Backstuben sei. Bei der Notiz „Kopftuch?“ habe sich die befragte Auskunftsperson gedacht, die Bewerberin werde das Kopftuch herunternehmen müssen, weil das Unternehmen eigene

„Hauberln“ habe, welche die Haare komplett abdecken. Sie habe nicht gewusst, warum das Kopftuch die Hygienevorschriften nicht erfülle oder nicht erfüllen könne. Gefragt nach ihren Mitarbeiterinnen, gab die Auskunftsperson an, im Küchenbereich bereits Mitarbeiterinnen mit Kopftuch gehabt zu haben. Diese tragen ebenfalls die vom Unternehmen zur Verfügung gestellte Bekleidung. Das Kopftuch sei von den Frauen selbst. Gefragt, ob sie erwähnt habe, dass die Kunden bzw. Kundinnen weniger gerne von jemandem mit Kopftuch bedient werden würden, gab die befragte Auskunftsperson an, sich nicht mehr an Details erinnern zu können. Sie sei später von der Unternehmensleitung kontaktiert und kurz nach dem Ablauf gefragt worden. Es sei ihr dann weder von der Unternehmensleitung gesagt worden, dass es mit dem Kopftuch ein Irrtum gewesen sei, noch habe es eine Rücksprache mit Frau D gegeben. Ob von der Geschäftsleitung grundsätzlich an die Belegschaft kommuniziert worden sei, wie mit solchen Situationen umzugehen sei, wurde von der befragten Auskunftsperson verneint, da sie nicht mehr in dem Bereich gewesen sei, dass sie Bewerbungsgespräche führen würde.

### Rechtliche Überlegungen

Gemäß § 3 Z 1 GIBG darf auf Grund des Geschlechtes (...) im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses.

Die Formulierung „bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses“ beschränkt sich nicht auf die konkrete Entscheidung über die Einstellung, 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.<sup>2</sup>

Insoweit sich die betroffene Person auf einen Diskriminierungstatbestand iSd §§ 3, 4, 6 oder 7 GIBG beruft, hat er/sie diesen gemäß § 12 Abs. 12 GIBG glaubhaft zu machen. Dem/Der Beklagten obliegt es bei Berufung auf §§ 3 oder 4 zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung aus-

---

<sup>2</sup> Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 3 Rz 13.

schlaggebend war oder das andere Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die ausübende Tätigkeit ist oder ein Rechtfertigungsgrund iSd § 5 Abs. 2 vorliegt.

Wird eine Bewerberin im Auswahlverfahren nicht berücksichtigt, da sie auf Grund des Tragens eines muslimischen Kopftuches nicht dem vom Unternehmen vorgegebenen einheitlichen Erscheinungsbild der weiblichen Arbeitnehmerinnen entspricht, ist dies unter den Tatbestand der Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 GIBG zu subsumieren.

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung der Vorwürfe der Antragstellerin ein Ermittlungsverfahren iSd GBK/GAW-Gesetzes durch.

Zum Argument der Antragsgegnerin, das Verhalten von Frau B sei dem Unternehmen nicht zurechenbar, da es eine klare Kompetenzüberschreitung darstelle, hält der erkennende Senat fest, dass jedenfalls von einer Anscheinsvollmacht ausgegangen werden kann, da Frau B von der für Bewerbungsgespräche zuständigen Mitarbeiterin, Frau D, beauftragt war, mit den Bewerbern/Bewerberinnen Kontakt aufzunehmen.

Im vorliegenden Fall war der Senat I der GBK einerseits mit den glaubwürdig geschilderten Darstellungen durch die Antragstellerin konfrontiert, wohingegen die Angaben der Antragsgegnerin und der Filialleiterin, Frau B, dem erkennenden Senat wenig aussagekräftig erschienen.

Auf Grund der geschilderten Erinnerungen der beteiligten Personen über den Verlauf des Bewerbungsgespräches geht der Senat daher davon aus, dass der Ablauf des Bewerbungsgespräches tatsächlich in der von der Antragstellerin behaupteten Weise stattgefunden hat.

Dass für die Antragstellerin auf Grund dieser Ereignisse rund um ihre Bewerbung der Eindruck entstehen musste, von einer der Antragsgegnerin zuzurechnenden Mitarbeiterin ausschließlich auf Grund ihres Kopftuchs bei der Bewerbung abgelehnt worden zu sein, ist für den Senat völlig nachvollziehbar.

Der von der Antragsgegnerin schriftlich vorgebrachte Einwand, dass das Arbeitsverhältnis ohnedies nicht zustande gekommen wäre, ist nach Meinung des Senates als Schutzbehauptung anzusehen.



Die Ausführungen der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerin in der mündlichen Befragung, wonach es von der Geschäftsführung keine Restriktionen gebe mit Kopftuch zu arbeiten und das Thema auch aktuell dahingehend behandelt worden sei, dass eine Bewerberin im Service das Kopftuch hätte tragen können und das Kopftuch wahrscheinlich im Design der Antragsgegnerin produziert worden wäre, stehen in einem starken Widerspruch zu den in der schriftlichen Stellungnahme vorgebrachten Argumenten des Einhaltens der traditionellen Kleiderordnung der weiblichen Mitarbeiterinnen ... im Hinblick auf einen älteren und konservativeren Gästestamm sowie des unverhältnismäßigen Mehraufwandes, der durch die Produktion passender Kopftücher für eine einzelne Mitarbeiterin entstehen würde, und waren daher ebenfalls nicht geeignet das Vorbringen der Antragstellerin zu entkräften.

Es ist vielmehr davon auszugehen, dass es zumindest zum Zeitpunkt der Bewerbung der Antragstellerin das Tragen eines Kopftuches im Servicebereich nicht dem Unternehmenskonzept entsprochen hat und daher unerwünscht war. Die Aussage der Antragsgegnerin hat zudem ergeben, dass die Antragsgegnerin auch zum gegenwärtigen Zeitpunkt nur im Küchendienst, nicht aber im Servicebereich, Mitarbeiterinnen mit Kopftuch beschäftigt.

Zu Kunden- und Kundinnenwünschen verschiedenster Art ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass derartige Kunden-/Kundinnenwünsche in Bezug auf ein vom GIBG geschütztes Merkmal, wie etwa das Geschlecht, niemals eine Diskriminierung rechtfertigen können.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs. 12 GIBG gelangte der erkennende Senat daher zu der Ansicht, dass es der Antragsgegnerin nicht gelungen ist zu beweisen, dass sachliche Motive für die Nichtbegründung des Arbeitsverhältnisses ausschlaggebend waren.

Es liegt somit eine **Diskriminierung** auf Grund des Geschlechtes bei der **Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß § 3 Z 1 GIBG vor.

Gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG darf auf Grund (...) der Religion (...) im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses.

Insoweit sich die betroffene Person auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne der §§ 17, 18, oder 21 GIBG beruft, hat er/sie diesen gemäß § 26 Abs. 12 GIBG glaubhaft zu machen. Dem/Der Beklagten obliegt es bei Berufung auf §§ 17 oder 18 zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne der §§ 19 Abs. 2 oder 20 vorliegt.

Wird eine Bewerberin auf Grund des Tragens eines muslimischen Kopftuches im Auswahlverfahren nicht weiter berücksichtigt und liegen keine anderen – sachlichen – Gründe für die Nichtberücksichtigung vor, ist dies unter den Tatbestand der Diskriminierung auf Grund der Religion bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG zu subsumieren.

Für den erkennenden Senat war im Hinblick auf allfällige hygienische Erwägungen der Antragsgegnerin nicht erkennbar, inwiefern das Tragen eines Kopftuches der Ausübung der Tätigkeit als Servicemitarbeiterin ... entgegengestanden wäre,<sup>3</sup> zumal die Betroffene lediglich das Abnehmen des Kopftuches während der Arbeitszeit verneint hat, nicht jedoch das Tragen eines zur Dienstkleidung passenden Kopftuches, was den in den Stellungnahmen der Antragsgegnerin (Schreiben von Frau C an die GAW vom 8. August 2011, Beilage ./3 zum Verlangen der GAW; Stellungnahme der rechtsfreundlichen Vertretung an die GAW vom 6. Oktober 2011, Beilage ./5 zum Verlangen) erwähnten Hygienevorschriften, wonach eine saubere, täglich frisch gewaschene Arbeitskleidung zu tragen sei, entsprochen hätte.

Ebenso konnte dem Argument der Antragsgegnerin, dass das Arbeiten im Servicebereich ... ohne Kopfbedeckung eine „wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung“ gemäß § 20 GIBG wäre, welche unter Einhaltung des Sachlichkeitsgebots eine allfällige Differenzierung erlauben könnte, vom erkennenden Senat nicht gefolgt werden.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 26 Abs. 12 GIBG gelangte der erkennende Senat daher zu der Ansicht, dass es der Antragsgegnerin nicht gelungen ist zu beweisen, dass sachliche Motive für die Nichtbegründung des Arbeitsverhältnisses ausschlaggebend waren.

---

<sup>3</sup> Vgl. die Entscheidung GBK II/70/08 des Senates II der GBK.

Es liegt somit eine **Diskriminierung** auf Grund der Religion bei der **Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG vor.

#### 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 Abs. 3 nicht entsprochen, kann gemäß **§ 12 Abs. 4 GBK/GAW-Gesetz** jede der im jeweiligen Senat vertretenen Interessensvertretungen beim zuständigen Arbeitsgericht oder Zivilgericht auf Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes klagen.

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

**Leistung eines angemessenen Schadenersatzes.**

Wien, 26. Mai 2014

Ass.-Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> Barbara Beclin

Vorsitzende des Senates I der GBK