

**Senat II der Gleichbehandlungskommission**

**Anonymisiertes Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz**

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) beim Bundeskanzleramt hat über das Verlangen der GAW für Frau A (in der Folge: die Betroffene) wegen Diskriminierung bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses auf Grund der Religion gemäß § 17 Abs. 1 GIBG durch die Firma B (in der Folge: Erstantragsgegnerin) sowie Belästigung auf Grund der Religion gemäß § 21 Abs. 1 Z 3 GIBG durch Frau C (in der 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. 102/2011*, erkannt:

Eine Diskriminierung der Betroffenen auf Grund der Religion durch die Erstantragsgegnerin bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses

liegt vor.

Eine Belästigung der Betroffenen auf Grund der Religion durch die Zweitantragsgegnerin

liegt vor.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Im Verlangen der GAW wird im Wesentlichen vorgebracht, dass die Betroffene österreichische Staatsbürgerin mit türkischen Wurzeln sei und aus religiöser Überzeugung ein Kopftuch trage.

Sie sei am 14.11.2011 aufgrund einer Ausschreibung der Erstantragsgegnerin für eine Stelle als allgemeine Hilfskraft in der Metallbearbeitung/Produktion bei einem Unternehmen in X zu einem persönlichen Bewerbungsgespräch in das Büro der

Erstantragsgegnerin gekommen. Das Bewerbungsgespräch sei von der Zweitantragsgegnerin geführt worden. Diese habe ihr erklärt – ohne vorher ihre Bewerbungsunterlagen gesichtet zu haben –, dass sie ihr keine Stelle anbieten könne, wenn sie das muslimische Kopftuch trage. Die Betroffene habe erläutert, dass sie das Kopftuch aus religiöser Überzeugung trage.

Daraufhin wären Erklärungen der Zweitantragsgegnerin gefolgt, wie „rückständig“ und „schlecht“ die muslimische Religion denn sei. Sie habe weiters gemeint, die Betroffene habe sich in Österreich zu integrieren und dazu gehöre auch die Anpassung hinsichtlich ihrer Bekleidung, insbesondere, kein Kopftuch zu tragen.

Das Gespräch habe über eine Stunde lang gedauert. Als die Betroffene den Vorschlag gemacht habe, sie könne sich vorstellen, anstelle des Kopftuches eine Perücke zu tragen, sei sie von der Zweitantragsgegnerin ausgelacht und als „*Hinterwäldlerin*“ dargestellt worden. Diese habe gemeint, in Österreich hätte man vor ungefähr 500 Jahren die Haare bedeckt gehalten, mittlerweile sei man weiter. Es stehe ja nicht einmal im Koran, dass man ein Kopftuch tragen müsse. Weiters habe die Zweitantragsgegnerin erklärt, die Betroffene könne mit einem Kapperl in einem Büro arbeiten, mit pinken oder grünen Haaren, mit Dreadlocks oder mit Glatze, aber nicht mit diesem „*Fetzn*“.

Zu einem Gespräch über die Qualifikationen der Betroffenen sei es hingegen nicht gekommen. Die Zweitantragsgegnerin habe vielmehr gesagt: „*Wenn Sie den Fetzn runter geben, dann schau wir uns das an.*“ Die Betroffene solle noch mal den Lebenslauf mit einem „*normalen*“ Foto bringen und dann würde sie sich die Bewerbungsunterlagen ansehen. Auf ein Interventionsschreiben der GAW hin habe die Zweitantragsgegnerin dazu Stellung genommen und bestätigt, dass ein ausführliches und langes Gespräch stattgefunden habe und über das Tragen des Kopftuches gesprochen worden sei, sie jedoch nie abwertende Bemerkungen gemacht hätte. Als Begründung habe sie im Wesentlichen das Einhalten von Sicherheitsvorschriften, KundInnen- bzw. AuftraggeberInnenwünschen sowie das Bemühen, die Betroffene bei der Jobsuche bestmöglich zu unterstützen, angegeben. Anschließend habe die Erstantragsgegnerin zu den Schilderungen Stellung genommen und ebenso auf die Vorgaben der KundInnen bzw. AuftraggeberInnen sowie die Sicherheitsvorschriften verwiesen.

Dass ein ausführliches und intensives Gespräch über das Kopftuch stattgefunden habe, sei unstrittig. An der fachlichen Eignung sei es nicht gescheitert, denn wie die

Zweittragsgegnerin in ihrer Stellungnahme ausgeführt habe, habe sie sich – nach dem Gespräch - die Bewerbungsunterlagen angesehen und sei zu dem Schluss, dass die Betroffene für die ausgeschriebene Stelle geeignet sei und habe ihr diese Stelle angeboten und ihr darüber hinaus auch noch eine Bedenkzeit eingeräumt.

Bekleidungs Vorschriften können idR lediglich dann als Rechtfertigung herangezogen werden, wenn sie einem legitimen Ziel, wie etwa der Einhaltung von Sicherheitsvorschriften dienen. Die Rechtmäßigkeit des Ziels „Sicherheit der ArbeitnehmerInnen“ sei unbestritten, allerdings nicht die Angemessenheit und Erforderlichkeit des Totalverbots des Kopftuchs.

Im gegenständlichen Fall werde lediglich darauf hingewiesen, dass *„aus sicherheitstechnischen Gründen es nicht möglich sein wird, persönliche weite Kleidung bzw. Kopfbedeckung zu tragen.“*

Mit der Betroffenen seien die Sicherheitsvorschriften nicht thematisiert worden und das angebliche Sicherheitsargument sei erstmals in der schriftlichen Stellungnahme erwähnt worden. Die bisherige Pauschalaussage über sicherheitstechnische Gründe, wie im gegenständlichen Fall vermöge nicht im Sinne der Ausnahmeklausel des GIBG zu überzeugen. Aus diesen Gründen wird eine Diskriminierung auf Grund der Religion bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses vermutet.

Es sei daher von einer unmittelbaren Diskriminierung aufgrund der Religion durch das vorzeitige Ausscheiden aus dem Bewerbungsverfahren aufgrund des Tragens eines Kopftuches auszugehen.

Die abwertenden Äußerungen der Zweittragsgegnerin über den Islam generell und besonders über das Kopftuch sowie die eindeutig abwertende Bezeichnung des Kopftuchs als „Fetzn“ wie auch die Bezeichnung der Betroffenen als „Hinterwäldlerin“ seien als Belästigung aufgrund der Religion zu werten.

Dadurch, dass die Zweittragsgegnerin in ihrer Stellungnahme versucht habe, eine andere Sicht der Dinge darzulegen und auf die christliche Religion verweise und darlege, dass Christinnen damals auch weite Kleidung und Kopfbedeckung trugen, sowie dem Hinweis, dass sich die Zeiten verändert haben, habe sie der Betroffenen indirekt zu verstehen gegeben, dass für sie das Tragen eines religiösen Kopftuches als überholt zu werten sei. Trotzdem, dass die Betroffene der Zweittragsgegnerin zu verstehen gegeben habe, dass sie nicht länger darüber diskutieren möchte und es ihre persönliche und private Angelegenheit sei, habe die Zweittragsgegnerin weiters erörtert, dass es vielen Musliminnen möglich sei, während der Arbeit kein

Kopftuch zu tragen und dies kein Hindernis für ihre persönliche Überzeugung darstelle. Die Betroffene habe diese Aussagen als groben Eingriff in ihre Privatsphäre empfunden, da sie bereits zu Beginn klarlegte, dass es die Entscheidung jeder Muslima selbst sei, ob sie ein Kopftuch trage oder nicht.

Die Zweitantragsgegnerin brachte in ihrer schriftlichen Stellungnahme im Wesentlichen vor, dass das Unternehmen sehr viele Leute mit muslimischem Hintergrund beschäftige, diese schätze und respektiere. Weder das Wort „Fetzen“ bzw. „Hinterwäldler“ noch irgendeine andere abwertende Bemerkung gegenüber der muslimischen Religion sei bei dem sehr intensiven und ausführlichen Bewerbungsgespräch gefallen.

Es entspreche jedoch der Richtigkeit, dass sie der Betroffenen erklärt habe, dass es in einem Metallbearbeitungsbetrieb, wo mit schweren Industriemaschinen gearbeitet werde, aus sicherheitstechnischen Gründen nicht möglich sei, persönliche weite Kleidung bzw. Kopfbedeckung zu tragen, da dies ein erhebliches Sicherheitsrisiko darstelle und die Verletzungsgefahr zu groß sei. Es sei diesbezüglich bereits zu schweren Verletzungen durch Kopfbedeckungen gekommen und die Erstantragsgegnerin sei für die Sicherheit ihrer ArbeiterInnen verantwortlich.

Weiters habe sie die Betroffene darauf hingewiesen, dass es dafür Sicherheitskleidungsvorschriften gebe und alle ArbeiterInnen diese Kleidung zu Verfügung gestellt bekommen und tragen müssen.

Sie habe der Betroffenen eine Beschäftigung in Aussicht gestellt, wenn diese sich vorstellen könne, so wie auch alle anderen in diesem Betrieb über die Erstantragsgegnerin beschäftigten ArbeitnehmerInnen, während der Arbeit aus Gründen der Sicherheit auf eine Kopfbedeckung zu verzichten.

Das habe diese leider nicht akzeptieren wollen und gefragt, wenn sie sich dazu bereit erklären würde eine Perücke zu tragen, so wie manche ihrer Bekannten, ob man sie dann für diesen Job einstellen würde.

Sie habe ihr dann sehr ausführlich versucht zu erklären, warum es nicht erlaubt sei, ein Kopftuch bzw. eine Perücke oder sonstige Kopfbedeckung als Maschinearbeiterin zu tragen und ihr gesagt, dass nach den Erfahrung der Erstantragsgegnerin generell schwieriger sei, mit einer Kopfbedeckung eine fixe Arbeitsstelle zu finden, da dies in sehr vielen Bereichen ein Sicherheitsrisiko darstelle. Leider habe die Betroffene dieses erneut nicht akzeptieren wollen und

wegen einer Stelle im Büro gefragt, welche ihr lieber wäre.

Daraufhin habe sie erklärt, das die Erstantragsgegnerin nur sehr selten Stellen in einem Büro anbieten könne und immer sehr viele außerordentlich gut qualifizierte BewerberInnen hätte, wo sie aufgrund der Auswahlkriterien der Kunden kaum eine Möglichkeit für sie sehe.

Sie habe der Betroffenen geraten, sich bei Firmen mit muslimischem Hintergrund verstärkt fürs Büro zu bewerben, da sie der Meinung sei, dass es da eher eine Möglichkeit für einen Langzeitjob ohne Kleidervorschriften gebe und wahrscheinlich auch mehr Toleranz für ihre Situation.

Weiters habe sie ihr das Angebot einer Bedenkzeit von ein paar Tagen für diese Stellenausschreibung als Produktionsmetallarbeiterin gemacht und in Aussicht gestellt, sie zu beschäftigen, wenn sie sich an die Kleidersicherheitsvorschriften, die für alle ArbeiterInnen in diesem Betrieb gelten und verpflichtend seien, während der Arbeitszeit halten könne.

Die Bewerbung der Betroffenen habe sie sich ausführlich angesehen und sei zu dem Schluss gekommen, sie beschäftigen zu können, sofern sich diese an die geforderten Kleidervorschriften während der Arbeitszeit halten könne.

Aussagen wie, dass die muslimische Religion rückständig und schlecht sei, seien von ihr nie gemacht worden und entsprächen auch nicht ihrer Überzeugung.

Auch dass sich die Betroffene in Österreich zu integrieren habe und eine „Hinterwäldlerin“ sei, habe sie niemals erklärt — es sei vielleicht von ihr selbst negativ empfunden und geistig so ausgelegt worden, als sie ihr im positivem Sinne den Ratschlag gegeben habe, auf das Kopftuch und eine Perücke während der Arbeitszeit im Sinne der vorgeschriebenen Sicherheit zu verzichten, um eine fixe Arbeit ausüben zu können.

Vom Koran direkt hätten sie gar nicht gesprochen, sie habe nur versucht, der jungen Frau einen Rat zu geben, indem sie sie darauf hingewiesen habe, dass es viele tiefgläubige Musliminnen gebe, die während der Arbeitszeit keine Möglichkeit haben das Kopftuch zu tragen, und dies trotzdem kein Hindernis für ihre religiöse Überzeugung sei.

Auch als die Betroffene zum Abschluss des Gespräches noch einmal erklärt habe, sie wolle lieber eine Stelle in einem Büro, habe sie ihr mitgeteilt, dass es ihrer Erfahrung nach eventuell etwas besser wäre, wenn sie sich bereit erkläre, ihre Bewerbungsunterlagen mit Lebenslauf noch einmal mit einem Bild ohne

Kopfbedeckung zur Verfügung zu stellen. Sie habe ihr dies jedoch als Möglichkeit für bessere Erfolgsaussicht angeboten, nicht jedoch als Vorgabe oder Voraussetzung für eine Durchsicht ihrer Bewerbungsunterlagen.

Als Personalvermittlung könne man nur den Personen eine Arbeit anbieten, welche von den Auftraggebern akzeptiert werden, sich am Arbeitsplatz bei den KundInnen integrieren und sich dort insoweit anpassen, wie es die Tätigkeit erfordere.

Selten habe sie sich für eine/n BewerberIn so viel Zeit genommen und ihr/ihm die Möglichkeit einer Beschäftigung mit Bedenkzeit in Aussicht gestellt. Für den Ablauf dieses Gespräches gebe es einen Zeugen, nämlich den Geschäftsführer der Erstantragsgegnerin Herrn D.

Der Geschäftsführer der Erstantragsgegnerin gab in seiner Stellungnahme im Wesentlichen an, dass sein Unternehmen ein Personalbereitstellungsunternehmen und daher vom Anforderungspotential bzw. den Vorgaben der KundInnen abhängig sei. Man habe als Personalbereitstellungsunternehmen zahlreiche MitarbeiterInnen mit Migrationshintergrund und diversen Religionen beschäftigt, wobei einzig und allein die Qualifikation der MitarbeiterInnen sowie die Vorgaben der AuftraggeberInnen für die Beschäftigung maßgeblich seien.

Wenn wie im gegenständlichen Fall einem/einer AuftraggeberIn auf Grund von Sicherheitsbekleidungs Vorschriften das Tragen einer Kopfbedeckung als nicht akzeptabel im Sinne der Sicherheitsvorschriften erscheine, könne sein Unternehmen daher für den konkreten Kundenauftrag keine/n MitarbeiterIn aufnehmen, welche/r nicht bereit sei, sich entsprechend den sicherheitstechnischen Voraussetzungen zu kleiden. Dies sei einzig und allein der Grund dafür, dass dieses Thema mit der Betroffenen besprochen worden sei.

Nachdem seine MitarbeiterInnen wie bereits ausgeführt sehr häufig bei Bewerbungen mit Personen mit Migrationshintergrund zu tun hätten und naturgemäß mit verschiedenen Religionen, sei es für ihn nicht vorstellbar, dass die Zweitantragsgegnerin abwertende Äußerungen gegenüber der religiösen Einstellung sowie die Bekleidung der Betroffenen gemacht habe.

Es sei dieser angeboten worden, dass ihre Bewerbungsunterlagen in Evidenz gehalten werden und für den Fall, dass eine geeignete Beschäftigung gegeben sei, man wiederum auf sie zukommen werde.

Die Betroffene bestätigte bei ihrer Befragung im Wesentlichen den im Verlangen der GAW geschilderten Sachverhalt, insbesondere gab sie zur Frage, ob über den konkreten ausgeschriebenen Arbeitsplatz gesprochen worden sei, an, dass dies nicht der Fall gewesen sei und die beiden die ganze Zeit nur über die Religion gesprochen hätten. Über den Inhalt des Arbeitsplatzes habe sie von der Zweitantragsgegnerin nichts erfahren, nur von einer Kurskollegin aus dem AMS-Kurs habe sie erfahren, dass es sich um dabei eine „Arbeit am Fließband mit Metallstücken in Kisten“ handle. Sie ergänzte, dass sie eine höfliche Mitteilung, dass man sie wegen ihres Kopftuches nicht nehmen könne, akzeptieren könne – nicht jedoch eine Beleidigung dahingehend, dass sie sich nicht auskenne bzw. eine „Hinterwäldlerin“ sei.

Die Zweitantragsgegnerin schilderte dem Senat die Ereignisse rund um den antragsgegenständlichen Vorfall dahingehend, dass sie zunächst auf die Stellenausschreibung hin von der AMS-Betreuerin der Betroffenen kontaktiert worden sei und dieser auf deren explizite Frage nach Bekleidungs Vorschriften bereits telefonisch mitgeteilt habe, dass es sich um eine Arbeit an Maschinen handle, bei der eine Verletzungsgefahr bestehe, weshalb auf Grund von Sicherheitsvorschriften das Tragen jeglicher Form von Kopfbedeckung nicht erwünscht sei.

Sie habe der AMS-Betreuerin kommuniziert, dass sie niemanden für die konkrete Stelle beschäftigen könne, der nicht bereit sei, die Sicherheitsvorschriften einzuhalten.

Die AMS-Betreuerin habe gemeint, dass die Betroffene nur mit privater Kleidung und einem Kopftuch arbeiten würde, und dass somit die Bewerbung für die ausgeschriebene Stelle damit ohnedies hinfällig sei.

Circa eine Stunde später sei dann unvermutet und ohne vorherige Terminvereinbarung die Betroffene plötzlich in den Räumlichkeiten der Erstantragsgegnerin erschienen. Sie habe sich für das Gespräch mit der Betroffenen ausführlich mehr als eine Stunde Zeit genommen, weil diese ihr ihren Kummer geschildert und ihr Leid getan hätte.

Sie habe im Gespräch die Betroffene weder als „Hinterwäldlerin“ noch deren Kopftuch als „Fetzen“ bezeichnet, auch habe sie ihr im Gespräch Respekt gegenüber gebracht und ihr damit, dass sie sich deutlich mehr Zeit als für andere

BewerberInnen genommen habe, etwas Gutes tun wollen, weil die Betroffene so verzweifelt gewirkt habe ob des Umstandes, nirgends eine Chance zu bekommen.

Über den konkreten Arbeitsplatz sei genau gesprochen worden, sie habe ihr sehr ausführlich erklärt, dass es sich um einen Betrieb mit schweren Stanzmaschinen handle, weshalb es Gründe für die in diesem Betrieb vorgeschriebene Kleidung gebe. Sie habe der Betroffenen sogar Beispiele von bereits erfolgten Zwischenfällen, teilweise mit schweren Verletzungen, in diesem Betrieb gebracht.

Hinsichtlich des Themas „Bewerbungsfoto ohne Kopftuch“ führte sie aus, dass sie die Betroffene zu nichts gedrängt habe und ihr – als persönlichen Ratschlag auf deren Frage, ob sie glaube, dass die Betroffene ohne Kopfbedeckung bessere Chancen am Arbeitsmarkt hätte – gesagt habe, dass sie ihre Bewerbungsunterlagen noch optimieren könnte, wenn sie sich entscheiden könnte, die Kopfbedeckung abzunehmen. Wenn die Betroffene es mit ihrem Gewissen vereinbaren könne, könnte sie sich auch nochmals mit einem Lebenslauf entweder ganz ohne Foto oder mit Foto ohne Kopftuch bei ihr melden.

Der Geschäftsführer der Erstantragsgegnerin Herr D konnte zum antragsgegenständlichen Gespräch, das er teilweise mitbekommen habe, weil er im Nachbarbüro aufhältig gewesen war, keine genauen Details wiedergeben, führte aber allgemein aus, dass die Erstantragsgegnerin professionell agiere, nicht Feind der eigenen Geschäftsabschlüsse sei und Ausdrücke wie „Fetzen“ nicht verwendet werden. Die Zweitantragsgegnerin erledige ihren Job bei der Erstantragsgegnerin „absolut professionell und gut“.

Der Senat hatte von der Erstantragsgegnerin noch die in Rede stehenden konkreten Sicherheitsbestimmungen für den damals ausgeschriebenen Job angefordert – übermittelt wurde von dieser nur eine „allgemeine Unterweisung“, nicht jedoch die genauen Sicherheitsvorschriften für jenen spezifischen Bereich, in dem der Arbeitsplatz, für den sich die Betroffene beworben habe, angesiedelt gewesen war.

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 eines 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.

(3) Eine Diskriminierung liegt auch bei Anweisung einer Person zur Diskriminierung vor.

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

1. vom/von der Arbeitgeber/in selbst belästigt wird,
2. durch den/die Arbeitgeber/in dadurch diskriminiert wird, indem er/sie es schuldhaft unterlässt, im Falle einer Belästigung durch Dritte (Z 3) eine auf Grund gesetzlicher Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages angemessene Abhilfe zu schaffen,
3. durch Dritte in Zusammenhang mit seinem/ihrem Arbeitsverhältnis belästigt wird oder
4. durch Dritte außerhalb eines Arbeitsverhältnisses (§ 18) 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.

(3) Eine Diskriminierung liegt auch bei Anweisung zur Belästigung einer Person vor.

Vor der rechtlichen Auseinandersetzung mit dem im Verfahren vor dem erkennenden Senat erhobenen Sachverhalt bleibt zunächst zu bemerken, dass die Herstellung einer diskriminierungsfreien Arbeitsumwelt als eine der wesentlichsten Zielsetzungen des Gleichbehandlungsgesetzes zu betrachten ist.

Im Hinblick auf dieses Ziel wird es daher unerlässlich sein, sich mit allenfalls vorhandenen negativen Stereotypisierungen von Personengruppen auseinanderzusetzen.

Zur Frage der Beweismaßverteilung im GBK-Verfahren ist anzumerken, dass gemäß § 26 Abs. 12 GIBG eine **betroffene Person**, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne der §§ 17, 18 oder 21 beruft, diesen **glaubhaft** zu machen hat. **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.

Gemäß § 21 Abs. 2 GIBG liegt eine Belästigung dann vor, wenn eine unerwünschte Verhaltensweise, die mit einem der Gründe nach § 17 im Zusammenhang steht, gesetzt wird, die die Würde einer Person beeinträchtigt und für die betroffene Person unerwünscht, unangebracht oder anstößig ist. Auf die Motivation für eine Belästigung kommt es grundsätzlich nicht an, auch ein allfälliger Vorsatz des/der Belästiger/in zu belästigendem Verhalten ist nicht erforderlich.

Im vorliegenden Fall hatte sich der Senat mit dem Umstand zu beschäftigen, dass die Schilderungen von Betroffener und Zweitantragsgegnerin in den zur Beurteilung des Sachverhaltes wesentlichen Teilen des Gespräches – hinsichtlich der behaupteten belästigenden Äußerungen „Hinterwäldlerin“ und „Fetzen“ sowie der Frage, ob die Anforderungen des konkreten Arbeitsplatzes besprochen wurden oder nicht – divergierend gewesen waren.

Der Senat konnte im Nachhinein den genauen Gesprächsverlauf nicht mehr ermitteln. Im Hinblick auf den Umstand, dass sowohl die Betroffene als auch die Zweitantragsgegnerin bei ihrer persönlichen Befragung einen guten und persönlich auch glaubwürdigen Eindruck hinterlassen haben, war vom Senat bei dieser Konstellation daher auf die Beweismaßregeln des GIBG abzustellen.

Diesem folgend, ist es der Betroffenen gelungen, dem Senat die von ihr erlebte Version des Bewerbungsgespräches glaubhaft zu machen. Die Zweitantragsgegnerin konnte nicht beweisen, dass die behaupteten Ausdrücke „Hinterwäldlerin“ und „Fetzen“ von ihr nicht verwendet worden sind, weshalb gemäß den Beweismaßregeln des GIBG der Senat zur Auffassung gelangt ist, dass eine Belästigung der Betroffenen auf Grund der Religion durch die Zweitantragsgegnerin vorliegt.

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 extensiv zu interpretieren, alle mit dem Zustandekommen eines Arbeitsvertrages in Zusammenhang stehenden Vorgänge sind hiervon umfasst.

Bei Beurteilung der Frage einer Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses ist auf die Umstände des obigen Bewerbungsgespräches

Bedacht zu nehmen. Da nicht mehr zweifelsfrei geklärt werden konnte, ob die Sicherheitsbestimmungen des konkreten Arbeitsplatzes zwischen der Betroffenen und der Zweitantragsgegnerin beim Bewerbungsgespräch thematisiert oder – wie die Betroffene behauptete – eben nicht angesprochen wurden, ist der Senat von der Annahme ausgegangen, dass die Sicherheitsvorschriften - falls überhaupt - erst zu einem sehr späten Zeitpunkt des Gespräches Thema geworden sein dürften. Diesfalls dürfte sich bei der Betroffenen jedoch der Eindruck, wegen ihres Kopftuches und ohne weitere Prüfung ihrer Eignung für die ausgeschriebene Stelle vorzeitig aus dem Bewerbungsprozess ausgeschieden zu werden, bereits manifestiert haben.

Ergänzend ist im Hinblick auf die konkreten Umstände dieses Falles auszuführen, dass betriebliche Sicherheitsvorschriften generell ein Rechtfertigungsgrund für das Verbot des Kopftuch-/Kopfbedeckungstragen am Arbeitsplatz sein können, dass es aber immer auf die **im Einzelfall** darzulegenden Umstände des ganz konkreten Arbeitsplatzes ankommt, um die Rechtmäßigkeit einer solchen Maßnahme im Hinblick auf ihre Konformität mit dem GIBG überprüfen zu können.

Da vom Arbeitgeber im hier zu prüfenden Fall nicht genau dargelegt wurde, um welche Maschine und welches Gefährdungspotential es sich handelt, sondern nur auf eine „Erstunterweisung“ – eine allgemeine Unterweisung für alle bei der Firma ... tätigen Personen – verwiesen wurde, konnte die Rechtmäßigkeit des Verbotes von Kopfbedeckungen **im konkreten Einzelfall** daher nicht beurteilt werden.

Im Hinblick auf die Beweismaßregelung des GIBG war daher davon ausgehen, dass es der Erstantragsgegnerin nicht gelungen ist darzulegen, dass nicht diskriminierende Motive im Sinne der „Motivbündeltheorie“ im Hinblick auf das Kopftuch **mitausschlaggebend** für die Ablehnung der Bewerbung der Betroffenen gewesen sind.

Der Senat ist daher zur Auffassung gelangt, dass durch die Ablehnung der Bewerbung eine Diskriminierung der Betroffenen auf Grund der Religion bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses vorliegt.

Abschließend ist zu den vom Geschäftsführer der Erstantragsgegnerin bei seiner Befragung angesprochenen „KundInnenwünsche“ verschiedenster Art anzumerken, dass derartige KundInnenwünsche in Bezug auf ein vom GIBG geschütztes Merkmal wie etwa Alter, Geschlecht, Religion oder Hautfarbe, niemals eine Diskriminierung rechtfertigen können!

Ein durch KundInnenwunsch formulierter genereller Ausschluss von bestimmten Personengruppen ist vom Gesetzgeber gesondert als verbotene und daher schadenersatzbegründende Anweisung zur Diskriminierung (vgl. § 19 Abs. 3 GIBG) geregelt. Der Hinweis auf eine bei Nichtbefolgung dieser Wünsche gefährdete KundInnenbeziehung kann die Befolgung der Anweisung zur Diskriminierung nicht rechtfertigen, sondern begründet eine Schadenersatzverpflichtung auch des „Anweisenden“ gemäß § 19 Abs. 3 GIBG!

Im Sinne der Gewährleistung eines umfassenden Diskriminierungsschutzes in der Arbeitswelt sollen von dieser Regelung jene Fälle umfasst werden, in den ein/e ArbeitgeberIn ein/e PersonalberaterIn oder –bereiterIn mit der (Vor)Auswahl für eine zu besetzende Position beauftragt und dabei „Wünsche“ oder „Anregungen“ dahingehend äußert, bestimmte Personengruppen (z.B. Frauen, ältere ArbeitnehmerInnen, NichtösterreicherInnen, Personen mit dunkler Hautfarbe etc.) *von vornherein und ohne Prüfung der individuellen Qualifikationen* der BewerberInnen im Bewerbungsverfahren auszuschließen. Ein derartiger „Wunsch“ kann keinen Rechtfertigungsgrund für eine diskriminierende Handlung darstellen.

Zur effektiven Umsetzung des Gleichbehandlungsgebotes ist es daher für Unternehmen, die Personal für KundInnen auswählen oder für andere Unternehmen bereitstellen, unabdingbar erforderlich, ihre KundInnen bei von diesen geäußerten „Wünschen“, deren Befolgung eine Diskriminierung von Personen oder Personengruppen zur Folge hätte, sowohl auf die Vorgaben des Gleichbehandlungsgesetzes hinzuweisen als auch die Befolgung derartiger KundInnenwünsche abzulehnen!

Vorschlag:

Es wird daher sowohl dem Erstantragsgegner als auch der Zweitantragsgegnerin die Zahlung eines angemessenen Schadenersatzes an die Betroffene vorgeschlagen.

Binnen 2 Monaten ab Zustellung des Prüfungsergebnisses ist dem Senat über die Umsetzung des Vorschlags schriftlich zu berichten.