

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

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) beim Bundeskanzleramt hat über das in Vertretung der Frau Dr. A (in der Folge: die Betroffene) gestellte Verlangen der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) wegen behaupteter Diskriminierung aufgrund der Religion bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG, BGBl. I Nr. 66/2004 idgF, durch B (in der Folge: Antragsgegnerin) nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 Gleichbehandlungskommissions-GO, BGBl. II Nr. 396/2004, erkannt:

Eine Diskriminierung der Betroffenen aufgrund der Religion bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG durch die Antragsgegnerin

liegt vor.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

In ihrem Verlangen brachte die Gleichbehandlungsanwaltschaft im Wesentlichen vor, dass die Betroffene Allgemeinmedizinerin sei und als praktizierende Muslimin aus religiöser Überzeugung in der Öffentlichkeit ein Kopftuch trage.

Nach Absolvierung ihrer Turnusausbildung habe sie sich aufgrund einer Stellenanzeige in der Österreichischen Ärztezeitung als Ärztin für Allgemeinmedizin bei der Antragsgegnerin beworben. Nach einer telefonischen Erstkunft habe sie einen Termin für ein Bewerbungsgespräch mit dem leitenden Kurarzt Dr. C erhalten. Das Bewerbungsgespräch sei in einer sehr ungezwungenen und freundlichen Atmosphäre verlaufen. Auf Nachfrage über andere Bewerber/innen habe der Kurarzt bekannt gegeben, dass sich noch zwei weitere Personen um die Stelle beworben hätten, sie jedoch die erste und bisher einzige sei, mit der ein Bewerbungsgespräch geführt werde. Am Ende des Gesprächs sei erwähnt worden, dass das von der

Betroffenen getragene Kopftuch möglicherweise ein Problem darstelle. Wenngleich er selbst das Tragen des Kopftuchs aus religiösen Gründen respektiere, wisse er, dass der Vorstand der Antragsgegnerin dies nicht akzeptiere und daher einer Anstellung nur dann zustimme, wenn sie das Kopftuch während der Arbeit ablege.

Die Betroffene sei über diese Aussage zunächst etwas irritiert gewesen, habe jedoch mit dem Kurarzt vereinbart, dass dieser bei der geplanten Vorgangsweise bleiben und die bestqualifizierte Person dem Vorstand vorschlagen möge. Wenn die Wahl auf sie falle, würde sie die genauen Arbeitsbedingungen dann direkt mit dem Vorstand besprechen.

In weiterer Folge sei es zu einem Gesprächstermin mit dem Vorstand gekommen. Bei diesem Termin sei der Vorstand Herr Mag. D nach einigen einleitenden Worten auf das eigentliche Thema zu sprechen gekommen. Er habe der Betroffenen zu verstehen gegeben, dass er sie nur dann einstellen würde, wenn sie in der Arbeit das Kopftuch ablege.

Dafür habe er im Wesentlichen drei Gründe genannt:

1. das Einhalten von Bekleidungsvorschriften (das Tragen von weißer Arbeitskleidung sei verpflichtend),
2. Schwierigkeiten, die das Tragen des Kopftuchs bei einem eher konservativen Gästestamm auslösen könnte (gewisse Diskussionen wären bei einem „Gästepotential von gestern“ unvermeidbar) und
3. das Festhalten an gewissen Grundsätzen, wie das Fernhalten von seelsorgerischen bzw. religiösen Aspekten aus dem Kurbetrieb (wörtliches Zitat: „Das Thema kommt mir nicht herein“ bzw. „Ich will es da herinnen nicht haben“).

Abschließend habe er betont, dass er keinerlei Zweifel an den Qualifikationen der Betroffenen habe, sondern im Gegenteil davon überzeugt sei, dass sie für die Stelle bestens geeignet sei. Einzig das Kopftuch könne er in der Arbeit nicht akzeptieren. Er habe der Betroffenen eine einwöchige Bedenkzeit eingeräumt, innerhalb derer sie bekannt geben möge, ob sie unter der Bedingung, das Kopftuch während der Arbeit abzulegen, die Stelle annehmen wolle.

Die Betroffene, die sich bereits nach dem ersten Gespräch mit dem Kurarzt mit dem Ersuchen um Information und Beratung an die Gleichbehandlungsanwaltschaft gewandt habe, habe daraufhin die GAW um entsprechende Intervention ersucht.

Mit dazu ergangenen Antwortschreiben habe Herr Mag. D insofern dazu Stellung genommen, indem er seine Position bekräftigt und als Begründung im Wesentlichen das Einhalten von Bekleidungs Vorschriften sowie den Wunsch nach einer erfolgsorientierten Einstellung seiner MitarbeiterInnen genannt habe, wobei die Religion als reine Privatsache zu betrachten sei.

Auch ein Telefonat, in dem die GAW noch einmal auf die eindeutige Rechtslage hingewiesen habe, habe an der Ansicht von Mag. D nichts geändert.

Da für die Betroffene das Ablegen des Kopftuchs in der Arbeit keine Alternative dargestellt habe, habe sie folglich die Stelle als Kurärztin nicht erhalten.

Die Vermutung einer Diskriminierung aufgrund der Religion, allenfalls auch aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit, ergebe sich aus der Sicht der GAW aus folgenden Überlegungen:

§ 17 Abs 1 Z 1 iVm § 19 GIBG verbiete jede unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund der Religion oder ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses. Ausnahmen vom generellen Diskriminierungsverbot seien gem. § 20 GIBG nur in sehr engen Grenzen und unter Einhaltung des Sachlichkeitsgebots zulässig.

Eine unmittelbare Diskriminierung liege vor, wenn eine Person aufgrund eines der genannten Gründe im Gegensatz zu Menschen in vergleichbaren Situationen ungünstiger behandelt werde, wenn also bei der Ungleichbehandlung direkt auf den Diskriminierungsgrund abgestellt werde. Es reiche dabei aus, dass die Diskriminierung aufgrund eines *Merkmals*, das im Zusammenhang mit einem in § 17 genannten Grund stehe, erfolge, wie zB die Haartracht oder das Tragen von islamischen Kopftüchern oder von Turbanen.

Im vorliegenden Fall stelle die Weigerung, die Betroffene aufgrund des Tragens des Kopftuchs als Kurärztin einzustellen, eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Religion dar.

Das Tragen des islamischen Kopftuchs sei Ausdruck ihrer Religionszugehörigkeit und daher klar vom Diskriminierungsverbot des § 17 GIBG umfasst.

Dass das Arbeiten im Kurbetrieb ohne Kopfbedeckung eine „wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung“ gem. § 20 GIBG wäre, welche unter Einhaltung des Sachlichkeitsgebots eine allfällige Differenzierung erlauben könnte, sei in keiner Weise ersichtlich und wäre auch nicht argumentiert worden. Damit erübrige sich auch eine weitere Prüfung hinsichtlich der Sachlichkeit bzw. Verhältnismäßigkeit der Maßnahme.

Für den Fall, dass die Weigerung der Einstellung der Betroffenen auf ein allgemeines Verbot des Tragens von Kopfbedeckungen oder anderen religiösen Symbolen bzw. auf das Einhalten von generellen Bekleidungs Vorschriften zurückzuführen wäre, sei von einer mittelbaren Diskriminierung iSd § 19 GIBG auszugehen, da derart „scheinbar neutrale Vorschriften“ gläubige Musliminnen, die als Ausdruck ihrer Religion das Kopftuch tragen, in besonderer Weise benachteiligen.

Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgebot seien im Fall mittelbarer Diskriminierung nur dann zulässig, wenn die jeweilige allgemeine Vorschrift sachlich gerechtfertigt sei, d.h. einem legitimen Ziel diene und angemessen und erforderlich sei.

Die seitens der Antragsgegnerin genannten Argumente stellen nach herrschender Lehre und Judikatur keine legitimen Ziele iSd Gleichbehandlungsgesetzes dar bzw. fehle es jedenfalls an der Angemessenheit und Erforderlichkeit der Maßnahme.

Bekleidungs Vorschriften können idR lediglich dann als Rechtfertigung herangezogen werden, wenn sie einem legitimen Ziel, wie etwa der Einhaltung von Gesundheits- oder Hygienevorschriften, dienen.

Im vorliegenden Fall liegen derartige Gründe nicht vor, die ärztliche Dienstkleidung würde jedenfalls getragen werden. Das Tragen eines Kopftuchs stehe dieser Dienstbekleidung nicht im Wege.

Das Argument, wonach die Religion als reine Privatsache anzusehen und daher das Tragen des Kopftuchs als Ausdruck der Zugehörigkeit zum muslimischen Glauben im Kurbetrieb generell zu untersagen sei, stelle ebenso wenig einen sachlichen Rechtfertigungsgrund dar.

Das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf freie Religionsausübung (Art 9 EMRK) verbunden mit dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des GIBG garantiere u.a. auch das Einhalten von religiösen Kleidungs Vorschriften, wie etwa das Tragen des Kopftuchs für praktizierende Musliminnen. Ein/e Arbeitgeber/in habe

in diesem Zusammenhang die religiösen Sitten und Verpflichtungen von Arbeitnehmer/innen zu achten und deren Ausübung auch zu gewährleisten. Eine legitime Grenze werde lediglich dort anzunehmen sein, wo es um die Wahrung von öffentlichen Schutzinteressen gehe bzw. wenn die religiöse Einstellung über die persönliche Sphäre des/der Einzelnen hinausgehe.

Das im mündlichen Gespräch erwähnte Argument, dass der eher ältere und konservative Gästestamm des Kurbads negativ auf das Kopftuch reagieren könnte, womit auch Befürchtungen eines allfälligen Kund/innenrückgangs verbunden seien, stelle nach herrschender Lehre auch kein rechtfertigendes Ziel dar. So betone etwa der EuGH in stRsp, dass rein wirtschaftliche Gründe kein legitimes Ziel darstellen (Windisch-Graetz, aaO, § 19, Rz 8); auch habe der Senat II der Gleichbehandlungskommission zuletzt in einem vergleichbaren Fall das Berücksichtigen von Kund/innenwünschen ausdrücklich als Verletzung des Diskriminierungsverbots festgestellt (vgl. GBK 31/07).

Die Antragsgegnerin führte in ihrem Schriftsatz im Wesentlichen aus, dass die Antragsgegnerin in Rahmen des parallel zum GBK-Verfahren anhängigen ASG-Verfahren an einer einvernehmlichen Lösung mit der Betroffenen interessiert gewesen wäre und ihr daher den in der von der Betroffenen eingebrachten Klage genannten Betrag von 2 Monatsgehältern (€ 4.500,--) überwiesen habe.

„Zur Angelegenheit selbst“ sei auszuführen, dass seitens der Antragsgegnerin weder etwas beschönigt noch abgestritten werde und die antragsgegenständlichen Aussagen des Vorstandes in der Meinung, dass ein Ausnahmetatbestand nach dem Gleichbehandlungsgesetz vorliege, getätigt worden seien.

Die Betroffene ergänzte anlässlich ihrer Befragung, dass es ihr nicht um die Erlangung eines Schadenersatzes, sondern um die Chance einer Beschäftigung bei der Antragsgegnerin gegangen wäre. Seitens der Antragsgegnerin wäre ihr bereits zu Beginn des Gerichtsverfahrens avisiert worden, dass diese den geforderten Schadenersatz bezahlen werde. In der Folge sei im Gerichtsverfahren „ewiges Ruhen“ vereinbart worden.

Der Vertreter der Antragsgegnerin führte gelegentlich seiner Befragung aus, dass der Vorstand der Antragsgegnerin beim Vorstellungsgespräch mit der Betroffenen davon ausgegangen sei, dass Bekleidungs Vorschriften wirtschaftlich gerechtfertigt seien,

mittlerweile jedoch zur Kenntnis genommen habe, dass diese Meinung unrichtig gewesen sei.

Zur künftig angedachten Vorgangsweise für ähnlich gelagerte Fälle befragt stellte er dem Senat in Aussicht, dass sich die Antragsgegnerin künftig anders verhalten und die Empfehlungen der Gleichbehandlungskommission befolgen werde.

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.

Vor der rechtlichen Qualifikation des im Verfahren erhobenen Sachverhaltes durch den begutachtenden Senat ist zum Gleichbehandlungsgesetz allgemein zu erläutern,

dass eine seiner wesentlichen Zielsetzungen in der Herstellung einer **diskriminierungsfreien** Arbeitsumwelt liegt!

Im Hinblick auf das Ziel der Herstellung einer diskriminierungsfreien Arbeitswelt für alle Arbeitnehmer/innen ist es daher für jede/n Arbeitgeber/in erforderlich, sich eine bei ihm/ihr allenfalls vorhandene negative Stereotypisierung von Personengruppen bewusst zu machen.

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.

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.

Zur Frage der Beweislastverteilung ist vorzuschicken, 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.

Der Senat sah sich auf Grund der Aktenlage und der von ihm durchgeführten Befragungen mit dem Umstand konfrontiert, dass seitens der Antragsgegnerin die von der Betroffenen behaupteten diskriminierenden Aussagen des Vorstandes der Antragsgegnerin dem Senat gegenüber nicht bestritten worden waren und an die

Betroffene im Zuge des parallel zum GBK-Verfahren geführten Gerichtsverfahrens bereits eine Schadenersatzzahlung in der Höhe von € 4.500,-- geleistet wurde.

Das damit kundgetane Eingeständnis der Antragsgegnerin, die Betroffene bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses auf Grund der Religion diskriminiert zu haben, wurde den weiteren Erwägungen des Senates II zu Grunde gelegt:

Wie bereits oben dargelegt, ist die Herstellung einer diskriminierungsfreien Arbeitsumwelt eine wesentliche Zielsetzung des Gleichbehandlungsgesetzes, weshalb Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgebot auch nur in sehr geringem Umfang zulässig sind.

Im Sinne einer effektiven Umsetzung des Gleichbehandlungsgebotes können wie im vorliegenden Sachverhalt vom Vorstand ins Treffen geführte tatsächliche oder auch vermutete „Kund/innenwünsche“ („Gästepotential von gestern“) daher niemals als Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung wegen eines der vom GIBG geschützten Gründe herangezogen werden.

Bestehen - wie im vorliegenden Fall – bei einem/r Arbeitgeber/in solche „Bedenken“, wäre es nach Meinung des Senates vielmehr in der Verantwortung der Antragsgegnerin gelegen, sich selbst zunächst im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot des GIBG mit den dahinter stehenden Stereotypen inhaltlich auseinander zu setzen, in der Folge „skeptische“ Kund/innen bei deren Rückfragen über die geltende Rechtslage in Kenntnis zu setzen und zu insgesamt versuchen, durch Aufklärung und Prävention Vorurteilen und negativen Stereotypen generell entgegenzuwirken.

Allfällige Bekleidungs Vorschriften – die laut Aussage des Antragsgegnerinnenvertreters im gegenständlichen Fall nicht schriftlich festgelegt, sondern nur „mündlich tradiert“ waren – sind unter Berücksichtigung der für eine bestimmte Berufsgruppe relevanten hygienischen Aspekte und Aspekte des Arbeitnehmer/innenschutzes daher so gestalten, dass einer Frau damit das Recht, ein islamisches Kopftuch als Ausdruck ihrer Religionszugehörigkeit zu tragen, nicht verwehrt wird.

Der erkennende Senat verkennt im vorliegenden Fall nicht, dass gerade im medizinischen Bereich das Recht, ein Kopftuch am Arbeitsplatz als Ausdruck des

eigenen religiösen Bekenntnisses zu tragen, mit den bestehenden Erfordernissen im Hinblick auf u.a. Aspekte der Hygiene, der Arbeitsplatz- und der PatientInnensicherheit in Einklang zu bringen ist und verweist daher auf einen Erlass des Wiener Krankenanstaltenverbundes.

In diesem Erlass des Wiener Krankenanstaltenverbundes zum „Tragen von Kopfbedeckungen im Arbeitskontext“ heißt es u.a.:

"Das Tragen einer Kopfbedeckung als Ausdruck gelebter Religiosität und Teil der Glaubenspraxis bringt das individuelle Bekenntnis der/des Tragenden zum Ausdruck. Dieses Bekenntnis ist zu respektieren und das Tragen zu ermöglichen, wenn folgende maßgebliche Grundsätze nicht verletzt werden:

Die Patient/innen-Sicherheit und die Patient/innen-Rechte, der Arbeitnehmer/innen-Schutz, die hygienischen Vorschriften sowie die Dienstbekleidungsrichtlinien.

Nachstehende Beispiele werden ohne Anspruch auf Vollständigkeit und unter Hinweis auf die geltenden Bekleidungsrichtlinien angeführt: Operationsbereiche bzw. OP-ähnliche Einheiten, Dialyse-Einheiten, Isoliereinheiten mit festgelegter Schutzbekleidung, Intensiv- und vergleichbare Einheiten bzw. Aufwach- und Überwachungseinheiten und psychiatrische Einrichtungen.

Die Entscheidung und Verantwortung zur Umsetzung dieser Feststellungen obliegt den jeweiligen Führungskräften vor Ort. Entstehende Fragen und Diskussionen sind in partnerschaftlich wertschätzender Art und Weise zu klären bzw. zu führen.“

Für den erkennenden Senat war im Hinblick auf allfällige hygienische oder ArbeitnehmerInnenschutz-relevante Erwägungen der Antragsgegnerin nicht erkennbar, inwiefern das Tragen eines Kopftuches der Ausübung der Tätigkeit einer Kurärztin entgegenstanden wäre, zumal die Betroffene auch zum Tragen eines weißen – und damit zur ärztlichen Dienstkleidung passenden - Kopftuches bereit gewesen wäre.

Da der im Verlangen der GAW erhobene Vorwurf der Diskriminierung der Betroffenen auf Grund der Religion bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses wegen der Weigerung, die Betroffene mit ihrem Kopftuch als Kurärztin zu beschäftigen, von der Antragsgegnerin nicht bestritten, sondern eingestanden wurde, ist der begutachtende Senat ist daher zur Auffassung gelangt, dass eine

Diskriminierung der Betroffenen auf Grund der Religion durch die Antragsgegnerin bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses vorliegt.

Vorschlag:

Der Antragsgegnerin wird daher vorgeschlagen, sich mit dem Thema des „Kopftuchtragens“ am Arbeitsplatz im Allgemeinen und dem beigeschlossenen Erlass des Wiener Krankenanstaltenverbundes samt Merkblatt im Besonderen auseinander zusetzen und dem Senat II der GBK binnen 2 Monaten ab Zustellung des Prüfungsergebnisses darüber schriftlich Bericht zu erstatten.

In diesem Bericht soll insbesondere auch auf den in Aussicht genommenen künftigen Umgang der Antragsgegnerin mit Bewerberinnen mit Kopftuch – sowohl im medizinischen als auch in sonstigen Bereichen – sowie auf die Formulierung von diesbezüglich relevanten Bekleidungs Vorschriften Bezug genommen werden.