

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

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) beim Bundeskanzleramt hat über den Antrag von Frau X (in der Folge: Antragstellerin), vertreten durch den Verein ZARA – Zivilcourage und Anti-Rassismus-Arbeit, wegen behaupteter Diskriminierung auf Grund der Religion bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG durch die Firma Y (in der Folge: Antragsgegnerin) 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 Antragstellerin auf Grund der Religion bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses durch die Antragsgegnerin

liegt vor.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Im Antrag wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass sich die in der Türkei geborene Antragstellerin, die österreichische Staatsbürgerin sei, in Begleitung ihrer Schwägerin und ihrer Tochter bei der Antragsgegnerin beworben habe, nachdem sie von einer Freundin von einem Stellenangebot erfahren habe.

Nachdem sie bei einer Mitarbeiterin ihren Wunsch sich zu bewerben kundgetan habe, habe diese Mitarbeiterin sie als erstes gefragt, ob sie sich vorstellen könne, ihr Kopftuch abzulegen, was sie verneint habe. Daraufhin habe diese Mitarbeiterin gemeint, dass sie sich integrieren und das Kopftuch ablegen solle.

Die Antragstellerin habe darauf erwidert, dass das Tragen des Kopftuchs nichts mit Integration zu tun habe, sondern dass sie es wegen ihrer Religion trage.

Nachdem sie gemerkt habe, dass dieses Gespräch zu nichts führe, habe sie die Mitarbeiterin um Ausstellung einer Zeitbestätigung ersucht. Auf der ihr ausgestellten Zeitbestätigung habe sich zusätzlich der handschriftliche Vermerk dieser Mitarbeiterin „kann ohne Kopftuch nicht arbeiten“ befunden.

Ihre Tochter habe die Mitarbeiterin noch um eine Zeitbestätigung für die ebenfalls anwesende Schwägerin ersucht, was von dieser mit dem Hinweis, dass diese „ja keinen Mucks“ gemacht hätte, verweigert worden sei.

In der Folge habe die Antragstellerin ihre Beraterin beim Verein „Frauenassistenz“ kontaktiert, die ihr geraten hätte, den Namen der besagten Mitarbeiterin in Erfahrung zu bringen.

Nachdem ihre Tochter erfolglos versucht habe, die Bekanntgabe des Namens der Mitarbeiterin zu erwirken, habe diese die drei Frauen aufgefordert zu gehen, da sie ansonsten den Sicherheitsdienst rufen würde.

Nachdem ihre Tochter weiterhin auf die Bekanntgabe des Namens bestanden habe, habe die Mitarbeiterin einfach das Glasfenster am Schalter geschlossen und sie ignoriert. In der Folge hätten die drei Frauen die Räumlichkeiten der Antragsgegnerin verlassen.

Aus dem handschriftlichen Vermerk „kann ohne Kopftuch nicht arbeiten“ ziehe die Antragstellerin den Schluss, dass sie allein wegen ihrer Religion den Posten nicht erhalten habe.

Die Antragsgegnerin brachte in ihrer schriftlichen Stellungnahme im Wesentlichen vor, dass es sich bei der in Rede stehenden Mitarbeiterin um Frau Z handle, deren Sichtweise des antragsgegenständlichen Vorfalls im Folgenden dargelegt werde:

Die Antragstellerin sei in Begleitung zweier Frauen gekommen und habe nach einem Job in der Reinigung gefragt. Ihre Frage, ob sie ohne Kopftuch arbeiten dürfe, habe die Antragstellerin verneint und sofort nach einer Zeitbestätigung verlangt.

Die beiden anderen Frauen hätten sich diesem Wunsch angeschlossen, was von ihr in Bezug auf die beiden anderen Frauen, die sich ja nicht beworben hätten, verneint

worden sei. Der Antragstellerin habe sie eine Betätigung für den Zeitraum „9.05 Uhr bis 9.07 Uhr“ ausgestellt.

Anzumerken sei, dass sie der Antragstellerin in Ermangelung eines Teilzeitjobs einen Ganztagsjob in einem Fünf-Sterne-Hotel vorgeschlagen und sie gefragt habe, ob sie verpflichtet sei, die Kopfbedeckung zu tragen.

Die Schwägerin der Antragstellerin sei daraufhin verbal sehr offensiv geworden und habe gemeint, dass es irrelevant sei, ob diese ein Kopftuch trage oder nicht – Hauptsache sie arbeite.

Nachdem die Schwägerin streitsüchtig geworden sei, habe sie die Frauen gebeten, die Firma zu verlassen. Andere Mitbewerber wären Zeugen dieses Gespräches, das für Frau Z sehr unangenehm gewesen sei, geworden, die Situation habe sich „höchst unangenehm“ gestaltet.

Da sich die Frauen geweigert hätten die Firma zu verlassen, habe sie ihnen einen Security-Mitarbeiter angeboten, der sie hinausbegleiten würde.

Schon auf der Straße, sei die Schwägerin nochmals hereingekommen und habe ihren Namen wissen wollen, den sie ihr jedoch nicht bekannt gegeben habe.

Abschließend sei anzumerken, dass das Dienstverhältnis nicht wegen des Kopftuchs, sondern wegen des aggressiven Auftretens der Personen nicht zustande gekommen sei.

Bei ihrer Befragung bestätigte die mittels Dolmetscher befragte Antragstellerin nochmals die von ihr im Antrag geschilderten Vorkommnisse rund um das Bewerbungsgespräch.

Der Vertreter der Antragsgegnerin, Herr A, gab an, dass es de facto KundInnen-Wünsche betreffend Kopftuch und anderer Dinge gebe und dass er – mitunter auch unter Einbeziehung der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) bei der gleichbehandlungsgesetzkonformen Formulierung von Stellenausschreibungen – versuche, solchen Wünschen nicht nachzukommen, dass es aber ebenfalls Fakt sei, dass es in Österreich ca. 2000 Unternehmen in der Reinigungsbranche gebe und daher – bezogen auf den Punkt, inwieweit KundInnenwünschen nachgekommen werde – ein in dieser Branche tätiges Unternehmen somit sehr leicht „austauschbar“ sei.

Die Antragsgegnerin beschäftige ca. 1300 Personen – geschätzte 95% davon mit Migrationshintergrund. In der Arbeitspraxis hänge es daher sehr wesentlich „vom Gespür“ ab einschätzen zu können, an welche Stellen man Frauen mit Kopftuch oder Menschen schwarzafrikanischer Herkunft einsetzen könne und wo dies eben nicht möglich sei.

Im Fall der Antragsgegnerin sei es – offenbar bedingt durch Arbeitsdruck und Stress - zu einem Fehlverhalten von Frau Z gekommen, die er jedoch insgesamt als charakterlich „in Ordnung“ einschätze.

Die als Auskunftsperson befragte Frau Z schilderte dem Senat, dass der antragsgegenständliche Vermerk von ihr eigenhändig und ohne diesbezügliche Aufforderung durch eine andere Person angebracht worden sei.

Sie erläuterte, bisher erst einmal einen „Vermerk“ auf einer Zeitbestätigung angebracht zu haben, der sich in dem anderen Fall jedoch auf die – für sie damals offensichtliche – Arbeitsunwilligkeit des Bewerbers bezogen hätte.

Insgesamt habe sie schon sehr viele Frauen mit Kopftuch angestellt, zum damaligen Zeitpunkt habe sie jedoch nur eine Stelle freigehabt, an der kein Kopftuch „erwünscht“ gewesen sei. Es bringe also nichts, zu einer solchen Stelle eine Frau mit Kopftuch hinzuschicken, „weil die nach 10 Minuten wieder zurück käme und man weder dem Kunden noch der Bewerberin noch der Antragsgegnerin einen Gefallen täte“.

Aufgrund des aggressiven Verhaltens der Schwägerin der Antragstellerin sei die damalige Situation für sie sehr unangenehm gewesen – die Verweigerung der Bekanntgabe ihres Namens gegenüber der Antragstellerin rechtfertigte Frau Z mit dem Umstand, bereits Morddrohungen von mutmaßlich abgewiesenen Bewerbern bekommen zu haben.

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission hat hiezu 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.

(3) Eine Diskriminierung liegt auch bei Anweisung einer Person zur Diskriminierung 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 Beweislastverteilung 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 den Beweislastregeln des GIBG obliegt jener Person, die eine Diskriminierung behauptet, die Glaubhaftmachung derselben, wohingegen die Gegenseite den Beweis zu erbringen hat, dass ein anderes als das behauptete Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war.

In diesem Zusammenhang kommt der mündlichen Befragung der Beteiligten und dem Eindruck, den der erkennende Senat von ihnen gewinnt, eine Schlüsselrolle bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Vorbringens zu.

Im vorliegenden Fall war der Senat einerseits mit der glaubwürdigen Darstellung der Antragstellerin über den Ablauf des Bewerbungsgesprächs und andererseits mit dem handschriftlichen Vermerk „kann ohne Kopftuch nicht arbeiten“ durch Frau Z und ihrer im Wesentlichen mit der Darstellung der Antragstellerin konform gehenden Schilderung der Ereignisse konfrontiert.

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

Dass für die Antragstellerin auf Grund dieses Vermerks samt der vorangegangenen Frage nach dem Kopftuch daher 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 Frau Z schriftlich vorgebrachte Einwand, dass das Arbeitsverhältnis wegen des aggressiven Auftretens nicht zustande gekommen sei, wurde durch deren mündliche Aussage, dass es keinen Sinn gemacht hätte, die kopftuchtragende Bewerberin zur offenen Stelle hinzuschicken, widerlegt und ist daher nach Meinung des Senates als Schutzbehauptung anzusehen.

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.

Zu der in § 19 Abs. 3 GIBG gesondert geregelten „Anweisung“ zu einer Diskriminierung ist im Hinblick auf die im Verfahren thematisierten „KundInnenwünsche“ grundsätzlich anzumerken, dass diese Regelung darauf abzielt, nicht nur eine/n unmittelbare/n Diskriminierer/in schadenersatzpflichtig zu machen, sondern auch jene Person(en), die eine andere Person dazu „anstiften“, jemanden zu diskriminieren.

Ferner ist anzumerken, dass der ArbeitgeberInnenbegriff des GIBG - dem teleos des Gesetzes folgend – auch alle ErfüllungsgehilfInnen umfasst, derer sich der/die Arbeitgeber/in bei Durchführung seiner/ihrer Aufgaben bedient. Ein durch KundInnenwunsch formulierter genereller Ausschluss von bestimmten Personengruppen in einem von PersonalberaterInnen bzw. -vermittlerInnen abgewickelten Bewerbungsverfahren 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 sowohl eine Schadenersatzpflicht des unmittelbar Diskriminierenden gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG als 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 denen „Wünsche“ oder „Anregungen“ dahingehend geäußert werden, 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“ eines/r Kunden/in kann folglich – wobei der Senat keineswegs die Lebens- und Arbeitsrealität von in Branchen wie jener der Antragsgegnerin tätigen Unternehmen verkennt – auch keinen Rechtfertigungsgrund für eine diskriminierende Handlung darstellen. Der Senat regt daher an, KundInnen – die solche „Wünsche“ äußern – über die entstehenden Rechtsfolgen des GIBG in Kenntnis zu setzen.

Im Hinblick auf den Umstand, dass über die Bewerbung der Antragstellerin ohne irgendeine weitere Prüfung ihrer Qualifikation 1 - 2 Minuten nach deren Weigerung, ihr Kopftuch abzulegen, negativ entschieden wurde, ist - nicht zuletzt durch den auf der Zeitbestätigung von Frau Z angebrachten Vermerk *„kann ohne Kopftuch nicht arbeiten“* - nach Meinung des Senats *ausschließlich* auf das Kopftuch – und damit auf ein nach dem GIBG geschütztes Merkmal - der Antragstellerin zurückzuführen.

Weitere von Frau Z angeführte Gründe wie „Aggressivität“ können - legt man den von beiden Seiten geschilderten Ereignisablauf zu Grunde - in diesem kurzen

Zeitraum bei der Ablehnung der Bewerbung der Antragstellerin keine Rolle gespielt haben, zumal nach Aussage von Frau Z die Situation ja erst nach der Thematisierung des Kopftuchs im Zuge der Diskussion um die Ausstellung der Zeitbestätigung eskaliert sei.

Der Senat ist daher zur Auffassung gelangt, dass durch die Nichtberücksichtigung der Bewerbung der Antragstellerin wegen ihres Kopftuchs eine Diskriminierung der Antragstellerin auf Grund der Religion bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses durch die Antragsgegnerin vorliegt.

Ergänzend ist anzumerken, dass der Geschäftsführer der Antragsgegnerin bei seiner Befragung durch den Senat – nicht zuletzt durch die von ihm geschilderte Einbindung der Gleichbehandlungsanwaltschaft in Stellenausschreibungen sowie von ihm mit Hilfe der Gleichbehandlungsanwaltschaft angeregte Weiterbildungsmaßnahmen – ein hohes Problembewusstsein und auch den Willen, eine gesetzeskonforme Lösung der sich dem Unternehmen stellenden Anforderungen in der Alltagspraxis zu finden, gezeigt hat.

Vorschlag:

Es wird der Antragsgegnerin daher die Zahlung eines angemessenen Schadenersatzes an die Antragstellerin vorgeschlagen.

Binnen 2 Monaten ab Zustellung dieses Prüfungsergebnisses ist dem Senat darüber schriftlich zu berichten.