

Senat II der Gleichbehandlungskommission

Anonymisiertes Prüfungsergebnis GBK II/23/06

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) beim Bundeskanzleramt ist über den Antrag von Herrn **A** (in der Folge: Antragsteller) wegen behaupteter Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 sowie mangelnde Abhilfe des Arbeitgebers bei Belästigung gemäß § 21 Abs. 1 Z 2 des Gleichbehandlungsgesetzes (in der Folge: GIBG; BGBl. I Nr. 66/2004 idgF) durch die Firma **B** (in der Folge: Erstantragsgegnerin) und Belästigung gemäß § 21 Abs. 1 Z 3 des Gleichbehandlungsgesetzes durch Frau **C** (in der Folge: Zweitantragsgegnerin) nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 Gleichbehandlungskommissions-GO, BGBl. II Nr. 396/2004, zu folgendem Ergebnis gelangt:

Eine Diskriminierung von Herrn A aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG durch die Erstantragsgegnerin liegt vor.

Eine Diskriminierung von Herrn A aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit durch Belästigung gemäß § 21 Abs. 1 Z 3 GIBG durch die Zweitantragsgegnerin liegt vor.

Eine Diskriminierung von Herrn A aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit durch mangelnde Abhilfe seitens der Erstantragsgegnerin gemäß § 21 Abs. 1 Z 2 GIBG bei Belästigung durch die Zweitantragsgegnerin liegt nicht vor.

Im Antrag wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Antragsteller sich bei der Antragsgegnerin per Mail um die Stelle eines „Softwaretest Engineers“ beworben

habe. Bereits am nächsten Tag habe er ein Mail der Personalberaterin C – der Zweitantragsgegnerin – mit folgendem Inhalt erhalten:

„Der hat im Studentenheim neben der Stockküche gewohnt. Eine Schlaftablette war das, hat immer Jobs in einer Restaurantküche als Abwäscher gehabt. Komisch, dass aus dem gar nix geworden ist bis jetzt?? Ich werde ihn auch nicht brauchen.“

Durch dieses Mail habe er sich in seiner Würde als Mensch verletzt gefühlt. Er habe die Zweitantragsgegnerin - mit der er vor 6 Jahren im selben Studentenheim gewohnt hätte – daraufhin angerufen und ihr mitgeteilt, dass er in der Forschung und nicht in einer Restaurantküche als Abwäscher gearbeitet hätte und ihre Einstellung als Rassismus empfinde. Die Zweitantragsgegnerin habe ihm gegenüber geäußert, dass sie deswegen ein schlechtes Gewissen habe.

Er fühle sich durch diese unangebrachte und demütigende Behauptung diskriminiert und führe sie auf seine algerische Herkunft zurück. Da er niemals in einer Restaurantküche als Abwäscher gearbeitet habe, gehe er davon aus, dass es sich hierbei um ein Vorurteil betreffend Tätigkeitsfelder von Migrant/innen handle und er die ausgeschriebene Stelle nicht bekommen habe, weil er nicht in Österreich geboren worden wäre. Die im antragsgegenständlichen Mail erhobene Behauptung empfinde er als Belästigung im Zusammenhang mit seiner ethnischen Zugehörigkeit.

Am habe er mit Hilfe einer Sozialarbeiterin ein Mail an Herrn geschickt und sich über die Zweitantragsgegnerin beschwert. Da auf dieses Mail keine Reaktion erfolgt sei, habe der Arbeitgeber keine Abhilfe geschaffen.

Der Antragsteller führte ferner aus, dass sich der Kontakt zwischen ihm und der Zweitantragsgegnerin im Studentenheim auf Smalltalk beschränkt habe und sie daher nichts über seine berufliche Tätigkeit wissen hätte können. Er habe ein Doktoratsstudium der Informatik angeschlossen und wäre für die Stelle eines „Softwaretest Engineers“ bestens qualifiziert gewesen, aber vermutlich auf Grund seiner Herkunft abgelehnt worden.

In der schriftlichen Stellungnahme der Erstantragsgegnerin wurde vorgebracht, dass bedauert werde, dass dem Antragsteller irrtümlich eine nicht für ihn bestimmte E-Mail übermittelt worden sei. Bei der Nachricht habe es sich um eine interne Information gehandelt, die förmliche Signatur wäre softwaremäßig automatisiert. Der Nachricht wäre zu entnehmen, dass kein wie immer formulierter Verstoß gegen das

Gleichbehandlungsgesetz vorliege und der Antragsteller leider nicht die richtigen Voraussetzungen für den von ihm angestrebten Job mitgebracht habe.

In der schriftlichen Stellungnahme der Zweitantragsgegnerin wird im Wesentlichen ausgeführt, dass diese bei der Erstantragsgegnerin als Personalberaterin tätig gewesen sei und im Zuge dieser Tätigkeit mit dem Antragsteller Kontakt gehabt hätte. Für das versehentlich an den Antragsteller übermittelte E-Mail, das eigentlich für eine Kollegin bestimmt gewesen sei, habe sie sich auch bei ihm entschuldigt. Die Herkunft des Antragstellers wäre von ihr zu keinem Zeitpunkt weder direkt noch indirekt zum Thema gemacht worden. Insbesondere stelle das E-Mail sowie jede weitere Kommunikation mit dem Antragsteller in keiner Art und Weise eine mittelbare oder unmittelbare Diskriminierung, Belästigung, Demütigung oder Verletzung der Würde des Antragstellers im Sinne des GIBG dar.

Der Antragsteller brachte bei der Befragung als Auskunftsperson ergänzend vor, dass er seiner Meinung nach die Qualifikationserfordernisse für die ausgeschriebene Stelle erfüllt hätte und er den Trugschluss der Zweitantragsgegnerin, dass er als Abwäscher gearbeitet hätte, auf seine algerische Herkunft zurückführe. Mit der Zweitantragsgegnerin hätte er während der gemeinsamen StudentInnenheimzeit einen sehr höflichen und distanzierten Umgangston gepflegt, weshalb ihn das E-Mail der Zweitantragsgegnerin auch überrascht hätte. In einem darauffolgenden Telefonat habe ihm die Zweitantragsgegnerin auch mitgeteilt, dass sie wegen des E-Mails ein schlechtes Gewissen hätte.

Der Vertreter der Erstantragsgegnerin schilderte dem Senat bei seiner Befragung, dass er von der Zweitantragsgegnerin darüber informiert worden wäre, dass diese einen Fehler begangen und irrtümlich das antragsgegenständliche E-Mail an den Antragsteller gesendet habe.

Er habe ihr daraufhin mitgeteilt, dass er ein solches Verhalten – das zweifelsohne eine Kränkung des Antragstellers darstelle – nicht billigen könne und die Zweitantragsgegnerin aufgefordert, sich beim Antragsteller zu entschuldigen. Später habe er dann das an die Adresse „Firma B“ gesendete E-Mail des Antragstellers erhalten, in dem sich der Antragsteller über die Zweitantragsgegnerin „ausgelassen“

hätte - damit wäre, nachdem der Antragsteller verständlicherweise seinem Ärger Luft gemacht und die Zweitantragsgegnerin sich entschuldigt hätte, die Sache für ihn erledigt gewesen.

Der Antragsteller habe sich im Laufe der vergangenen 6 Jahre mehrfach bei der Erstantragsgegnerin beworben, eine Vermittlung an einen Kunden wäre jedoch nicht möglich gewesen. Der Antragsteller wäre in einem sehr speziellen Bereich spezialisiert, für welchen er jedoch keinen Kunden hätte, der in diesem Bereich tätig wäre. Eine Vermittlung eines überqualifizierten Bewerbers auf eine Stelle im Bereich „PC-Installation und Wartung“ wäre aus seiner Sicht nicht zielführend, da jemand, der ausbildungsmäßig weit über diesen Anforderungen liege, sich vermutlich binnen kurzer Zeit einen fachlich besser geeigneten Job suchen würde.

Die Zweitantragsgegnerin gab gegenüber dem begutachtenden Senat bei ihrer Befragung ergänzend an, dass sie – als sie den Antragsteller auf dem seiner Bewerbung beigezeichneten Foto wiedererkannt hätte – einfach das geschrieben habe, was ihr „gerade in den Kopf gekommen sei“. Es wäre damit weder etwas Wertendes noch etwas Böses gemeint gewesen.

Für die in Rede stehende Stelle wäre der Antragsteller überqualifiziert gewesen, in dem von ihren Kunden vorgegebenen Anforderungsprofilen würden der Erstantragsgegnerin gewisse Rahmenbedingungen vorgegeben, an welche sich die Erstantragsgegnerin halten müsse. Ihre Aufgabe sei die Vorselektion von BewerberInnen, die dann dem Kunden für die spezifische Position präsentiert würden. Für den damals relevanten Kunden wäre sie entscheidungsbefugt gewesen. Das antragsgegenständliche E-Mail wäre eigentlich für eine Kollegin gedacht gewesen, die dann in weiterer Folge ein Standardabsageschreiben an den Antragsteller verfasst hätte, zu dem es auf Grund der nachfolgenden persönlichen Kontakte zwischen dem Antragsteller und der Zweitantragsgegnerin ihrem Wissensstand nach jedoch nicht mehr gekommen wäre.

In weiterer Folge wäre es nach dem antragsgegenständlichen E-Mail zu einem Kontakt mit dem Antragsteller gekommen, in dem dieser ihr unter anderem vorgeworfen hätte, dass sie - nachdem sie das leichteste Studium absolviert hätte, das man absolvieren könne – ihren Job nur auf Grund der Tatsache bekommen habe, dass sie Österreicherin sei.

Der Antragsteller habe von ihr auch nicht mehr erfahren, dass er für die in Rede stehende Stelle überqualifiziert gewesen sei, da die Kontaktnahme zwischen ihr und dem Antragsteller ins „Persönliche“ abgeglitten wäre.

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

„§ 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,

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.“

Vor der rechtlichen Qualifikation des im Verfahren erhobenen Sachverhaltes durch den begutachtenden Senat ist zum Gleichbehandlungsgesetz zunächst allgemein zu erläutern, dass eine seiner wesentlichen Zielsetzungen in der Herstellung einer **diskriminierungsfreien** Arbeitsumwelt liegt!

Das Gleichbehandlungsgesetz soll verhindern, dass bestimmte Personengruppen mit Vorwänden - **bedingt durch Stereotype** - aus einem Arbeitsbereich ferngehalten werden.

Im Hinblick auf das Ziel der Herstellung einer diskriminierungsfreien Arbeitswelt für alle Arbeitnehmer/innen **ist es daher für jede/n Arbeitgeber/in erforderlich, sich allenfalls vorhandene negative Stereotypisierung von Personengruppen bewusst zu machen**, um künftig für alle Arbeitnehmer/innen Chancengleichheit in Bewerbungsverfahren zu gewährleisten!

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 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.

Zum vorliegenden Sachverhalt ist festzuhalten, dass es im Zuge eines Bewerbungsverfahrens zur Fehlübermittlung des antragsgegenständlichen E-Mails gekommen ist. Auf Grund der durchgeführten Befragungen stand für den begutachtenden Senat außer Frage, dass die Zweitantragsgegnerin von der Erstantragsgegnerin zur Vorselektion der für die in Rede stehende Stelle einlangenden Bewerbungen ermächtigt war und auch keine weitere Überprüfung der von ihr getroffenen Auswahl durch die Geschäftsführung der Erstantragsgegnerin systemintern vorgesehen war.

Hinsichtlich der vom Antragsteller beantragten Überprüfung einer Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses war daher zu prüfen, ob die Aussonderung der Bewerbung des Antragstellers aus sachlichen Kriterien erfolgte oder ob dieser in diskriminierender Art und Weise vorzeitig aus dem Bewerbungsverfahren „ausgeschieden“ wurde.

Auf Grund der zeitlichen Abfolge (Einlangen der Bewerbung am Nachmittag, Absenden des antragsgegenständlichen E-Mails am Vormittag des Folgetages) liegt zunächst die Vermutung nahe, dass eine eingehende Prüfung der Bewerbung des aus Sicht des begutachtenden Senates auf den ersten Anschein zweifelsohne gut qualifizierten Antragstellers kaum möglich gewesen sein dürfte.

Das antragsgegenständliche E-Mail der Zweitantragsgegnerin gibt zudem keinerlei Hinweis in Richtung einer *sachlichen und objektiven* Überprüfung der eingelangten Bewerbungsunterlagen, sondern nimmt **ausschließlich** auf die persönliche Sphäre des Antragstellers Bezug.

Zwar hat die Zweitantragsgegnerin glaubhaft dargelegt, dass sie keinerlei böse Absicht beim Verfassen des E-Mails gehegt hätte, dem ist jedoch entgegen zu halten, dass es **auf die Schädigungsabsicht** eines/r Diskriminierer/in nach dem Wortlaut des GIBG **nicht ankommt!**

Daher verwirklichen auch ohne „böse Absicht“ getroffene Aussagen, die auf die nach dem GIBG geschützten Rechtsgüter des § 21 Abs. 2 GIBG Bezug nehmen, den Tatbestand der nach dem GIBG verpönten Belästigung!

Im Hinblick auf einen gleichbehandlungsgesetzkonformen Umgangston in der Arbeitswelt ist daher generell darauf hinzuweisen, dass im Arbeitsleben ein besonders sensibler, am jeweiligen „Empfänger“ einer Botschaft orientierter Maßstab unabdingbar notwendig ist, um – auch möglicherweise unbeabsichtigte - Verletzungen des Gleichbehandlungsgebotes hintanzuhalten.

Im gegenständlichen Fall wurden der Ausdruck „Schlaftablette“ und die Bezugnahme auf eine angebliche Abwäschertätigkeit des Antragstellers für diesen in einen Zusammenhang mit dessen algerischer Herkunft gebracht, wodurch er sich auf Grund seiner ethnischen Zugehörigkeit als belästigt im Sinne von § 21 GIBG erachtet.

Der Senat II kann den Standpunkt des Antragstellers insofern gut nachvollziehen, als dass es in Österreich der allgemeinen Lebenserfahrung entspricht, dass in der Gastronomie im Bereich der Abwäsche zu einem signifikant hohen Prozentsatz Personen ausländischer Herkunft und – häufig sichtbar - anderer ethnischer Zugehörigkeit beschäftigt sind. Insofern ist die gänzlich deplatzierte Bezugnahme der

Zweittragsgegnerin auf die angebliche Abwäschartigkeit des Antragstellers in Zusammenhang mit dessen Bewerbung um eine Stelle im EDV-Bereich **demütigend, unangebracht und die Würde der Person verletzend** und verwirklicht daher den Tatbestand des § 21 GIBG.

Der begutachtende Senat kam daher zur Auffassung, dass auf Grund der im antragsgegenständlichen E-Mail erfolgten Bezugnahme auf eine angebliche Abwäschartigkeit des Antragstellers im Zusammenhang mit dessen algerischer Herkunft und dem allgemein bekannten Umstand, dass zu einem ganz überwiegenden Prozentsatz Personen ausländischer Herkunft in der Gastronomie als AbwäscherInnen tätig sind, eine Belästigung des Antragstellers auf Grund seiner ethnischen Zugehörigkeit durch die Zweittragsgegnerin vorliegt.

Bezogen auf die von der Zweittragsgegnerin für die Ersttragsgegnerin als deren Mitarbeiterin in Eigenverantwortung durchgeführte Personalauswahl ist es für den begutachtenden Senat zwar nachvollziehbar, dass es auf Grund der nachfolgenden E-Mails und Telefonate zu keinem Auswahlgespräch zwischen Antragsteller und Zweittragsgegnerin mehr gekommen ist.

Nun hat die Zweittragsgegnerin bei ihrer Befragung dem Senat gegenüber zwar dargelegt, dass der Antragsteller „überqualifiziert“ gewesen wäre, im Lichte des vorliegenden E-Mails war diese Aussage nach Meinung des begutachtenden Senates allerdings als nachträgliche Schutzbehauptung zu werten und dürfte im Moment der Abfassung des antragsgegenständlichen E-Mails für die Zweittragsgegnerin nicht von Relevanz gewesen sein, da der Umstand der Überqualifikation des Antragstellers *in keiner Weise* in dem ja ursprünglich für eine Kollegin bestimmten E-Mail Eingang gefunden hat.

Es ist daher festzuhalten, dass es im vorliegenden Fall nach Meinung des Senates keine Hinweise auf die Durchführung eines transparenten, sachlichen und objektiven Auswahlverfahrens gibt.

Auf das oben thematisierte Erfordernis einer diskriminierungsfreien Personalauswahl bezogen ist zu resümieren, dass die „Ausscheidung“ des Antragstellers aus dem

Recruitingprozess durch die Zweitantragsgegnerin nicht aus sachlichen und objektiv nachvollziehbaren Gründen erfolgte, sondern nach Meinung des begutachtenden Senates aus rein subjektiven, in untrennbarem Zusammenhang mit der ethnischen Zugehörigkeit des Antragstellers stehenden Beweggründen erfolgt ist, die zusätzlich auf eine bei der Zweitantragsgegnerin möglicherweise vorhandene negative Stereotypisierung von Personen ausländischer Herkunft schließen lassen.

Auch der Umstand des nachträglichen Bedauerns der Fehlleitung des E-Mails ist in diesem Zusammenhang irrelevant, zumal bei diesem E-Mail nicht der Umstand der Entschuldigung, sondern die Information, dass es sich um ein „internes E-Mail“ gehandelt hätte, im Vordergrund stand.

Es ist der Zweitantragsgegnerin, die bezogen auf die antragsgegenständliche Personalauswahl letztverantwortlich für die Erstantragsgegnerin gehandelt hat, somit nicht gelungen zu beweisen, dass andere als - bezogen auf das von ihr verfasste E-Mail – unsachliche, diskriminierende Motive ausschlaggebend für die Ausscheidung des Antragstellers aus dem Bewerbungsprozess gewesen waren.

Der begutachtende Senat kam daher zur Auffassung, dass eine Diskriminierung des Antragstellers auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses durch die Erstantragsgegnerin vorliegt.

Bezüglich der ebenfalls beantragten Überprüfung der Verpflichtung des/der ArbeitgeberIn, angemessene Abhilfe gemäß § 21 Abs. 1 Z 2 GIBG im Falle einer Belästigung zu schaffen, ist der begutachtende Senat hingegen zur Auffassung gelangt, dass auf Grund der Vorgangsweise des Geschäftsführers der Erstantragsgegnerin – nämlich die Ermahnung der Zweitantragsgegnerin sowie die Anweisung an die Zweitantragsgegnerin, sich beim Antragsteller für ihr Verhalten zu entschuldigen – keine Verletzung der aus § 21 Abs. 1 Z 2 GIBG resultierenden Verpflichtung erfolgt ist.

Vorschlag gemäß § 12 Abs. 3 GIBG:

Der Senat II schlägt daher der Zweitantragsgegnerin vor, sich intensiv mit dem Gleichbehandlungsgesetz auseinanderzusetzen und künftig Recruitingprozesse transparent, objektiv und gleichbehandlungsgesetzkonform zu gestalten.