

**Senat II der Gleichbehandlungskommission**  
**Anonymisiertes Prüfungsergebnis GBK II/31/07**

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) beim Bundeskanzleramt hat über das in Vertretung der Frau X (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 durch die Y GmbH (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 vor, die Betroffene stamme aus der Türkei und lebe seit 2001 in Österreich. Sie bekenne sich zum Islam und trage aus religiösen Gründen ein Kopftuch. Da sie seit kurzem geschieden sei und ein Kind zu versorgen habe, sei sie auf der Suche nach einem Arbeitsplatz gewesen.

Am ...2007 habe die Betroffene erfahren, dass bei der Antragsgegnerin eine Reinigungskraft gesucht werde und habe sich daraufhin um diese Position beworben. Von einer Vertreterin der Antragsgegnerin sei ihr gelegentlich der Vorsprache erklärt worden, dass sie die offene Stelle antreten könne. Bei der Arbeitsverrichtung dürfe sie allerdings kein Kopftuch tragen.

Sofern bei Auftraggebern bei Arbeitsverrichtung keine Personen anwesend seien, stelle das Tragen eines Kopftuches kein Problem dar. Dies sei beispielsweise bei Einsätzen in Schulen der Fall. Beim gegenständlichen Arbeitsplatz handle es sich aber um einen Einsatz in einem Objekt bei dem während der Arbeitsverrichtung viele

Personen anwesend seien. Frauen mit Kopftuch seien (implizit: vom Kunden der Antragsgegnerin) nicht erwünscht.

Die Betroffene habe daraufhin mitgeteilt, dass sie unter diesen Bedingungen die vakante Stelle nicht antreten könne. Sie habe allerdings am darauf folgenden Tag bei der Antragsgegnerin nochmals nachgefragt, ob zwischenzeitlich eine Stelle zur Besetzung gelange, bei der ihr die Arbeitsverrichtung mit Kopftuch gestattet sei. Dies sei jedoch verneint worden.

Auf ein Interventionsschreiben der Gleichbehandlungsanwaltschaft erwiderte der zuständige Niederlassungsleiter der Antragsgegnerin, die Betroffene habe die Stelle nicht bekommen, weil in dem betreffenden Betrieb „auf dem ausgeschriebenen Arbeitsplatz keine Mitarbeiter mit Kopftuch erwünscht“ gewesen seien. Eine Diskriminierung der Betroffenen liege nicht vor, da anderen Mitarbeiterinnen des Unternehmens an anderen Einsatzorten das Tragen eines Kopftuches bei der Arbeit sehr wohl gestattet sei.

Die Gleichbehandlungsanwaltschaft führte aus, die Betroffene sei durch die Antragsgegnerin aufgrund ihrer Religion sehr wohl diskriminiert worden. Sie sei für die gegenständliche Stelle dezidiert nicht aufgenommen worden, weil sie (aus religiösen Gründen) ein Kopftuch trage. Das Kopftuch stelle in diesem Falle ein mit der Religion der Betroffenen in Zusammenhang stehendes Merkmal dar und sei daher vom Diskriminierungsschutz umfasst.

Die „Rechtfertigung“ der Antragsgegnerin sei ein Kundenwunsch, gemäß § 19 Abs. 3 GIBG stelle jedoch auch die Anweisung zur Diskriminierung eine Diskriminierung dar.

Das Kopftuch sei im Islam weit verbreitet und werde von vielen als religiöse Pflicht angesehen. Das Kopftuch werde – insbesondere auch von der österreichischen Mehrheitsgesellschaft – unmittelbar mit dem Religionsbekenntnis Islam in Verbindung gebracht und sei daher ein Merkmal, dass im Zusammenhang mit der Religion stehe, von Außenstehenden auch als solches wahrgenommen werde und zur Diskriminierung führen könne, wenn eine Person auf Grund dieses Merkmals schlechter behandelt werde.

Die Antragsgegnerin führte in ihrem Schriftsatz im Wesentlichen aus, dass sie Frauen mit Kopftuch beschäftige. Die Betroffene habe nicht die Information

bekommen, dass Frauen mit Kopftuch abgelehnt würden, sondern dass die Antragsgegnerin auf der ausgeschriebenen Stelle niemanden mit Kopftuch beschäftige. Aus diesem Grund sei die Anschuldigung eines Verstoßes gegen das Gleichbehandlungsgesetz nicht berechtigt. Man wäre gerne bereit, mit der Betroffenen ein Dienstverhältnis einzugehen und werde künftig – um Missverständnisse zu vermeiden – bei Vorstellungsgesprächen mehr auf die Sichtweise der Bewerber eingehen.

Die Betroffene ergänzte anlässlich ihrer Befragung, dass ihr beim Bewerbungsgespräch kommuniziert worden sei, dass das Kopftuch für die Firma nicht an sich ein Problem sei, dass es aber auf dem zu besetzenden Arbeitsplatz – weil dort viele Leute wären – ein Problem wäre. Der Name der Firma, bei der eine Stelle zu besetzen sei, wäre ihr nicht genannt worden. Am nächsten Tag habe sie nochmals die Antragsgegnerin aufgesucht und sei dabei gefragt worden, warum sie wieder gekommen sei, man hätte ihr ja schon am Vortag mitgeteilt, dass sie mit Kopftuch nicht arbeiten könne. Ein alternatives Jobangebot bei einer anderen Firma, wo sie mit Kopftuch hätte arbeiten können, sei ihr jedoch nicht unterbreitet worden.

Der Vertreter der Antragsgegnerin führte gelegentlich seiner Befragung aus, dass „es Arbeitsstellen gebe, wo man solche Leute nicht hinschicken dürfe“. Die Betroffene habe sich für eine konkrete Stelle beworben, dabei handle es sich um ein großes Kaufhaus, das die Vorschriften bezüglich einer „einheitlichen Arbeitskleidung“ für die Mitarbeiterinnen der Antragsgegnerin dahingehend auslege, „dass entweder alle oder keine mit Kopftuch“ kommen soll.

Die Betroffene habe sich nie mehr bei der Antragsgegnerin beworben, es wäre ihr jedoch angeboten worden, dass sie sich wieder melden solle und dann aufgenommen werde.

Der Vertreter der Antragsgegnerin räumte bei seiner Befragung ein, dass sich die Antragsgegnerin ungeschickt verhalten habe und man jetzt mehr auf die Sichtweise von Bewerbern eingehe.

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 zunächst 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.

Ein wie im gegenständlichen Fall durch Kund/innenwunsch formulierter genereller Ausschluss von bestimmten Personengruppen - hier eben „Frauen mit Kopftuch“ - in Bewerbungsverfahren ist vom Gesetzgeber gesondert als verbotene und daher gesondert schadenersatzbegründende Anweisung zur Diskriminierung (vgl. § 19 Abs. 3 GIBG) geregelt.

Diese Regelung zielt darauf ab, nicht nur den/die unmittelbare/n Diskriminierer/in, sondern auch jene Person(en), die eine andere Person dazu „anstiftet(n)“, jemanden zu diskriminieren, schadenersatzpflichtig zu machen.

Im Sinne der Gewährleistung eines umfassenden Diskriminierungsschutzes in der Arbeitswelt sollen von dieser Regelung eben jene Fälle umfasst werden, in den ein/e Arbeitgeber/in eine/n Personalberater/in oder eine/n Personalbereiter/in mit der (Vor)Auswahl bzw. Personalbereitstellung für eine Position beauftragt und dabei „Wünsche“ oder „Anregungen“ dahingehend äußert, bestimmte Personengruppen (z.B. Frauen mit Kopftuch, ältere Arbeitnehmer/innen, Nichtösterreicher/innen, Personen mit dunkler Hautfarbe etc.) *von vornherein und ohne Prüfung der individuellen Qualifikationen* der Bewerber/innen im Bewerbungsverfahren auszuschließen.

Der Hinweis auf eine bei Nichtbefolgung dieser Wünsche gefährdete Kund/innenbeziehung kann die Befolgung der Anweisung zur Diskriminierung nicht rechtfertigen, sondern begründet gemäß § 19 Abs. 3 GIBG zusätzlich eine Schadenersatzpflicht des „Anweisenden“!

Im Sinne einer effektiven Umsetzung des Gleichbehandlungsgebotes ist es daher für Unternehmen, die Personal für Kunden auswählen oder für andere Unternehmen bereitstellen, unabdingbar erforderlich, ihre Kund/innen 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 Kund/innenwünsche abzulehnen!

Der begutachtende Senat regt daher an, Kund/innen – die solche „Wünsche“ äußern – über die entstehenden Rechtsfolgen des GIBG - für den/die Kunden/in *und* das vermittelnde/bereitstellende Unternehmen - in Kenntnis zu setzen.

Der Senat sah sich auf Grund der durchgeführten Befragungen mit dem Umstand konfrontiert, dass die im Verlangen der GAW behauptete Diskriminierung der Betroffenen durch die Aussage, dass sie nicht mit Kopftuch arbeiten könne, von der Antragsgegnerin gar nicht in Abrede gestellt, sondern mit dem Hinweis auf einen „Kund/innenwunsch“ – entweder alle beim/bei der Kunden/in tätige Mitarbeiterinnen

der Antragsgegnerin mit Kopftuch zu schicken oder eben gar keine - zu rechtfertigen versucht wurde.

Wie bereits dargelegt, kann die Befolgung eines solchen Kund/innenwunsches die Antragsgegnerin nicht exkulpiert. Der/die Kunde/in – die/der dem Senat trotz Aufforderung im Verfahren von der Antragsgegnerin nicht bekannt gegeben wurde – verwirklicht als „Anweisende/r“ im Sinne von § 19 Abs. 3 GIBG ebenfalls den Tatbestand der Diskriminierung durch eine Anweisung zur Diskriminierung.

Da der im Verlangen der GAW erhobene Vorwurf der Diskriminierung im Verfahren von der Antragsgegnerin gar nicht bestritten wurde, ist im Sinne der Beweislastregelungen des GIBG davon auszugehen, dass die Betroffene das Vorliegen der von ihr behaupteten Diskriminierung glaubhaft gemacht hat.

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 durch die von dieser getroffene Aussage, dass die Betroffene bei dem/der dem begutachtenden Senat namentlich nicht bekannte/n Kunden/in der Antragsgegnerin „mit Kopftuch nicht arbeiten könne“, vorliegt.

#### Vorschlag:

Der Antragsgegnerin wird daher vorgeschlagen, künftig einerseits eine Frauen mit Kopftuch diskriminierende Personalauswahl zu unterlassen und andererseits ihre Kund/innen auf die Vorgaben des Gleichbehandlungsgesetzes explizit hinzuweisen.