

Senat II der Gleichbehandlungskommission

Anonymisiertes Prüfungsergebnis GBK II/14/06

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) beim Bundeskanzleramt ist über das Verlangen der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für Herrn **A** (in der Folge: die von der Diskriminierung betroffene Person) wegen behaupteter Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 des Gleichbehandlungsgesetzes (in der Folge: GIBG; BGBl. I Nr. 66/2004 idgF) durch die Firma **B** (in der Folge: Antragsgegnerin), vertreten durch den persönlich haftenden Gesellschafter und Geschäftsführer C1, nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 Gleichbehandlungskommissions-GO, BGBl. II Nr. 396/2004, am 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 Firma B liegt vor.

Im Verlangen der GAW wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Antragsgegnerin am folgende Stelle auf der Stellenliste des ... ausgeschrieben habe:

„Firma B sucht – 1 Betreuer/in von Heiß- u. Kaltgetränkeautomaten sowie Warenautomaten. Anforderungen: verlässlich, teamfähig und selbständig sowie PERFEKTE Deutschkenntnisse in Wort und Schrift. Bei männlichen Bewerbern muss der Wehr- oder Wehersatzdienst abgeleistet sein. Der Besitz des Führerschein B ist unbedingt erforderlich.

Die von der Diskriminierung betroffene Person habe sich am schriftlich um die ausgeschriebene Stelle unter Anschluss eines Dienstzeugnisses beworben. Gleichzeitig habe er ein Schreiben des „“ beigelegt, in dem auf die Möglichkeit eines Integrationsleasings hingewiesen worden wäre.

Die von der Diskriminierung betroffene Person habe in Algerien Ausbildungen zum Kameramann und Beleuchter absolviert und sei 1989 nach Österreich übersiedelt. Er habe seit damals Tätigkeiten als Kameraassistent, Beleuchter und Tonaufnehmer sowie als Kellner, Kameramann, Videoassistent und Servicekraft ausgeübt. Vom bis sei er bei als Transitarbeitskraft in einem Buffet beschäftigt gewesen und dort für den Buffetverkauf mit Inkasso, die Bewirtschaftung der Heißgetränkeautomaten inklusive Geldentsorgung, für Service mit Inkasso, die Mithilfe bei der monatlichen Inventur und für Reinigungsarbeiten zuständig gewesen. Insbesondere auf Grund dieser einschlägigen Tätigkeit und Qualifikation sowie seiner jahrelangen Berufserfahrung als Kellner und Servicekraft erfülle die von der Diskriminierung betroffene Person jedenfalls die in der Stellenausschreibung verlangten Anforderungen.

Die Leiterin des Integrationsleasing-Projektes und Betreuerin der von der Diskriminierung betroffenen Person, Frau Mag. X, habe sich bei Frau C nach dem Stand des Bewerbungsverfahrens erkundigt. Dabei habe Frau C ihr mitgeteilt, dass noch keine Entscheidung bezüglich der Besetzung der freien Stelle gefallen sei und sie sich in ca. einer Woche melden würde.

Sie habe sich jedoch bereits am nächsten Tag telefonisch gemeldet, ein Gespräch mit Frau Y. geführt und dieser mitgeteilt, dass die von der Diskriminierung betroffene Person für die offene Stelle nicht in Frage käme. Auf Frage von Mag. Y. nach dem Grund dafür sei ihr von Frau C folgendes mitgeteilt worden:

„Es mag zwar brutal klingen, aber wir stellen grundsätzlich keine Ausländer ein“.

Am habe die von der Diskriminierung betroffene Person schließlich schriftlich eine Absage der Firma B erhalten.

Es wird vermutet, dass die von der Diskriminierung betroffene Person auf Grund ihrer ethnischen Zugehörigkeit in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfahren hat, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

Seitens der GAW werde vermutet, dass die algerische Herkunft der von der Diskriminierung betroffenen Person ausschlaggebend dafür gewesen sei, ihn von vornherein vom Bewerbungsverfahren auszuschließen.

Seine einschlägige Qualifikation, vor allem seine einjährige Tätigkeit im Buffet (Reinigen, Befüllen und Geldentleerung von sieben Heißgetränkeautomaten) wäre dabei nicht berücksichtigt.

Obwohl die von der Diskriminierung betroffene Person österreichischer Staatsbürger sei, habe er für die Antragsgegnerin als „Ausländer“ gegolten und wäre vermutlich aus diesem Grund aus dem Bewerbungsverfahren ausgeschieden und damit im Vergleich zu anderen Bewerbern/Bewerberinnen aufgrund seiner ethnischen Zugehörigkeit schlechter behandelt worden.

Ein weiteres Indiz für die vermutete Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses ergebe sich bereits aus dem Anforderungsprofil der Stellenausschreibung, in welchem „PERFEKTE“ Deutschkenntnisse in Wort und Schrift gefordert worden wären. Schon allein dieses Kriterium lege die Vermutung nahe, dass Menschen mit nichtösterreichischer Herkunft nicht erwünscht waren.

Es sei sachlich nicht rechtfertigbar, dass ein Betreuer/eine Betreuerin von Heiß- und Kaltgetränkeautomaten sowie Warenautomaten über „PERFEKTE“ Deutschkenntnisse in Wort und Schrift verfügen müsse.

Das Merkmal sei nicht unbedingt notwendig für die Ausführung der betreffenden Tätigkeit und aus diesem Grund keine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung. Überdies werde damit weder ein legitimer Zweck angestrebt noch das Verhältnismäßigkeitsprinzip beachtet.

In der schriftlichen Stellungnahme der Antragsgegnerin wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Antragsgegnerin keine ausländerfeindliche Firma sei. Zur Erläuterung dieser Aussage wurde darauf hingewiesen, dass im Rahmen des antragsgegenständlichen Bewerbungsverfahrens auch eine aus Bosnien stammende Frau zu einem Bewerbungsgespräch eingeladen worden sei. Ferner stamme eine im Unternehmen fix angestellte Mitarbeiterin aus Serbien, der seit Jahren beauftragte Inhaber der Reinigungsfirma stamme aus Rumänien. Die Firma Z., die in- und ausländische Arbeitskräfte beschäftige, übernehme seit Jahren die Fensterreinigung der Antragsgegnerin. Ferner werde eine Privatwohnung an eine Frau aus Ex-Jugoslawien vermietet.

Zur Ablehnung der Bewerbung der von der Diskriminierung betroffenen Person wurde ausgeführt, dass es auf die ausgeschriebene Stelle eine Vielzahl von Bewerbungen – nämlich rund 100 - gegeben hätte, eine davon wäre die der von der Diskriminierung betroffenen Person gewesen.

Auf Nachfrage von Frau Mag. X., nach dem Stand des Bewerbungsverfahrens wäre dieser mitgeteilt worden, dass die Entscheidung noch nicht gefallen sei.

Als auch die Bewerbung des langjährigen Nachbarn ... eingelangt sei, habe man sich schließlich für diesen entschieden und den anderen BewerberInnen abgesagt.

Die von der Diskriminierung betroffene Person brachte bei der Befragung als Auskunftsperson ergänzend vor, dass er die Bewerbung abgeschickt und ihm in der Folge von Frau Mag. X. mitgeteilt worden wäre, dass Frau Mag. Y. mit der Antragsgegnerin gesprochen und dabei von Frau C erfahren hätte, dass keine Ausländer genommen würden.

Die ebenfalls als Auskunftsperson befragte Mitarbeiterin des Vereins....., Frau Mag. Y. schilderte dem begutachtenden Senat, dass „Integrationsleasing“ die Reintegration von langzeitarbeitslosen Personen auf dem Arbeitsmarkt bezwecke und daher in keinem Bezug zur ethnischen Zugehörigkeit einer Person stehe.

Zur antragsgegenständlichen Aussage befragt, teilte sie dem Senat mit, dass sie in Vertretung von Frau Mag. X, der Betreuerin der von der Diskriminierung betroffenen Person, einen Anruf von Frau C entgegen genommen habe, die ihr mitgeteilt hätte, dass die von der Diskriminierung betroffene Person für die ausgeschriebene Stelle nicht in Frage käme.

Auf Nachfrage nach dem dafür ursächlichen Grund wäre ihr mitgeteilt worden, „dass es zwar brutal klingen möge, dass aber grundsätzlich keine Ausländer genommen würden“ Auf diese Aussage hin wäre sie „baff“ gewesen und hätte das Gespräch beendet.

Herr C 1 gab bei seiner Befragung an, dass die Firma insgesamt 5 Mal angerufen hätte – vier Gespräche hätten mit seiner Tochter C und eines mit ihm selbst stattgefunden.

Da sooft angerufen worden wäre, hätte seine Tochter C sich mit der Firma in Verbindung gesetzt und dieser kommuniziert, dass die Entscheidung gefallen sei und der Nachbar eingestellt werde.

Das Argument, dass die Firma B keine Ausländer „nehme“, stimme nicht. Wäre es so, wie im Verlangen der GAW behauptet, würde dies ja schon im ersten - und nicht erst im dritten - Gespräch mitgeteilt werden.

Möglicherweise wäre bei der Formulierung des Kriteriums „Perfekt in Wort und Schrift“ in der Stellenausschreibung etwas „übertrieben“ worden, allerdings sei für die auszuübende Tätigkeit wichtig, dass die engagierten Personen eine Schrift hätten, die sie dann auch noch selbst lesen könnten, da es in der Vergangenheit diesbezüglich bereits Probleme gegeben hätte.

Er verneinte, dass die im Verlangen der GAW behaupteten Worte gefallen seien, gab aber an, bei dem Telefonat zwischen seiner Tochter C und Frau Mag. Y. nicht anwesend gewesen zu sein.

Im Übrigen wäre es schon seine Sache, wen er einstelle, allerdings konnte er auf Befragung auch keinen plausiblen Grund nennen, warum Frau Mag. Y. solche Behauptungen unrichtigerweise erheben sollte.

Zu den für ihn relevanten Personalauswahlkriterien wäre zu erwähnen, dass generell die „Beständigkeit“ von MitarbeiterInnen für den Betrieb wichtig wäre.

Der stellvertretenden Geschäftsführer und Sohn von Herrn C1 Herr C 2, führte anlässlich seiner Befragung aus, dass er und seine Schwester Reihungen von BewerberInnen nach den Noten „1, 3, 5“ vornehmen, die jedoch durchaus unterschiedlich ausfallen könnten, je nachdem, wer diese Reihung vornehme.

Warum die von der Diskriminierung betroffene Person nicht in die Kategorie „1“ eingereiht worden sei, konnte dem begutachtenden Senat gegenüber nicht dargelegt werden.

Seine Vermutung, dass dies mit einem bei der Bewerbung fehlenden Dienstzeugnis zu tun haben könnte, konnte jedenfalls durch den Hinweis auf die im GBK-Verfahren vorgelegten Bewerbungsunterlagen widerlegt werden.

Auch das Kriterium, ob eine Person ins Team passe, wäre nach seinen Ausführungen für die Personalauswahl relevant - diesbezüglich merkte er zusätzlich an, dass es sich dabei um eine „Gefühlssache“ handle.

Er wäre zwar nicht Ohrenzeuge des Telefonats seiner Schwester mit Frau Mag. Y. gewesen, glaube seiner Schwester jedoch deren Behauptung, sich nicht vorstellen zu können, so etwas gesagt zu haben.

Frau C konnte auf Grund eines mehrmonatigen Auslandsaufenthaltes nicht als Auskunftsperson befragt werden, gab in einer schriftlichen Stellungnahme jedoch im Wesentlichen an, „dass sie sich bezüglich des Herrn (*falscher Name zitiert*) keiner Schuld bewusst sei“.

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.

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.

Zu der im Verlangen der GAW behaupteten Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses ist der Senat nach Anhörung aller in Frage kommenden Auskunftspersonen zum Schluss gekommen, dass bezüglich des Satzes, dass grundsätzlich keine Ausländer genommen würden, Aussage gegen Aussage stand.

Allerdings war für den begutachtenden Senat keinerlei Motiv erkennbar, warum die am konkreten Bewerbungsverfahren gar nicht beteiligte Mitarbeiterin des Vereins, Frau Mag. Y. eine derartige Behauptung frei erfinden hätte sollen, zumal sie aus einer derartigen Anschuldigung einerseits keinen persönlichen Vorteil zu erwarten gehabt hätte und überdies auch in keinerlei dem Senat bekannt gewordenen Nahebeziehung mit der von der Diskriminierung betroffenen Person stand.

Auf Grund dieses Umstandes ist nach Meinung des Senates II daher davon auszugehen, dass es sich bei den Vorbringen von Herrn C 1 und seinem Sohn C 2 um reine Schutzbehauptungen handeln dürfte, zumal diese Personen beim antragsgegenständlichen Telefonat zwischen Frau Mag. Y. und Frau C nach eigenen Angaben gar nicht anwesend gewesen waren.

Die Stellungnahme von Frau C wiederum nimmt darauf Bezug, dass diese sich „keiner Schuld bewusst sei“ – was allerdings nicht bedeutet, dass die im Verlangen der GAW behauptete, ihr zugeschriebene Aussage nicht gefallen ist, sondern genauso bedeuten kann, dass sie sich nur mangels Kenntnis der einschlägigen Rechtsvorschriften des GIBG keiner Schuld bewusst ist!

Bei Würdigung dieser Umstände ist daher davon auszugehen, dass es den der Antragsgegnerin zuzurechnenden Personen nicht gelungen ist, die im Verlangen der GAW glaubhaft gemachte Diskriminierung zu widerlegen und dass der von Frau Mag. Y. geschilderte Dialog zwischen ihr und Frau C tatsächlich so stattgefunden hat.

Die Aussage, dass grundsätzlich keine „Ausländer“ genommen würden, schließt Personen anderer ethnischen Zugehörigkeit von vornherein und ohne nähere Prüfung der Qualifikation eines/r BewerberIn in diskriminierender Weise aus einem Bewerbungsverfahren aus und verwirklicht daher den Tatbestand der Diskriminierung bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses.

Im vorliegenden Fall wurde offenbar bereits auf Grund des Namens fälschlich die Schlussfolgerung gezogen, dass es sich dabei um die Bewerbung eines „Ausländers“ handle, was als bei der Antragsgegnerin vorhandene **negative Stereotypisierung** von Personen mit nicht-österreichisch klingenden Namen zu qualifizieren ist! Genau derartige Stereotypisierungen von bestimmten Personengruppen („Ausländern“) *ohne Überprüfung der im Einzelfall bei BewerberInnen vorhandenen Sprachkenntnisse* soll jedoch das GIBG vermeiden, um allen Personen eine **faire Chance** beim Zugang zum Arbeitsmarkt zu ermöglichen.

Der Senat II kam daher zur Auffassung, dass eine Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG durch die Antragsgegnerin vorliegt.

Vorschlag gemäß § 12 Abs. 3 GIBG:

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