

## Senat II der Gleichbehandlungskommission

### Anonymisiertes Prüfungsergebnis GBK II/30

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) beim Bundeskanzleramt hat über das in Vertretung des Herrn A. (in der Folge: der Betroffene) gestellte Verlangen der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) wegen behaupteter Diskriminierung auf Grund der Religion und der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG sowie Belästigung gemäß § 21 GIBG auf Grund der Religion und der ethnischen Zugehörigkeit durch Herrn B (in der Folge: Antragsgegner) nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 Gleichbehandlungskommissions-GO, BGBl. II Nr. 396/2004, erkannt:

Eine Diskriminierung des Betroffenen auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses und eine Belästigung des Betroffenen auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit durch den Antragsgegner

l i e g e n v o r.

Eine Diskriminierung des Betroffenen auf Grund der Religion bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses und eine Belästigung des Betroffenen auf Grund der Religion durch den Antragsgegner

l i e g e n n i c h t v o r.

### ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Die GAW brachte in ihrem Verlangen im Wesentlichen vor, dass der Betroffene ursprünglich aus Tunesien stamme, mittlerweile österreichischer Staatsbürger sei und in Österreich eine Lehre als Schlosser absolviert und mit der Gesellenprüfung abgeschlossen habe.

Vom AMS wäre ihm eine Stellenausschreibung der Schlosserei B übermittelt worden, die sich selbst als „Reparaturschlosserei“ bezeichne und für die Tätigkeit „Reparaturdienst“ ein/e Schlosser/in mit Gesellenbrief, Praxis, Führerschein B und eigenem PKW sowie guten Deutschkenntnissen gesucht habe.

Da der Betroffene über alle verlangten Qualifikationen verfüge, die weiteren Voraussetzungen erfüllt und noch zusätzliche Qualifikationen besessen habe, habe er am selben Tag bei der Schlosserei angerufen und einen Termin für ein Vorstellungsgespräch für den nächsten Tag um 7.00 Uhr vereinbart.

Der Betroffene sei pünktlich und mit seinen Unterlagen und Befähigungsnachweisen zum Gespräch erschienen. Er habe im Büroraum der Schlosserei Platz genommen und ein wenig warten müssen, da ein Mitarbeiter der Schlosserei auch in den Büroraum gekommen sei und dringend mit dem Geschäftsführer, dem Antragsgegner B, sprechen habe müssen.

Der Antragsgegner habe sich die Unterlagen des Betroffenen gar nicht angesehen, sondern nur gemeint, er könne sich nicht vorstellen, den Betroffenen einzustellen, „weil, wenn er sehe, wie seine Frau mit Kopftuch ...“ - hierauf habe der Antragsgegner pausiert und eine abwertende Geste gemacht.

Der Antragsgegner habe einen Firmenstempel unter die Stellenanzeige gesetzt und sie zum Beweis für das Gespräch mit dem Betroffenen unterschrieben, wobei er jedoch - nicht wie sonst üblich – das Formular für derartige Bestätigungen benutzt habe.

Der Betroffene wäre durch diese „Begründung“ seiner Nichteinstellung zutiefst getroffen gewesen und habe erklärt, sich über den Antragsgegner beim AMS beschweren zu wollen, was dieser nicht ernst genommen habe.

Der Betroffene habe daraufhin seinen AMS-Betreuer aufgesucht, dem er den Vorfall geschildert habe und dem er erklären habe wollen, warum nicht das Formular ausgefüllt, sondern lediglich die Stellenausschreibung abgestempelt und unterschrieben sei. Der AMS-Berater habe das Vorstellungsgespräch in den Unterlagen eingetragen und gemeint, dass die Sache erledigt und für Beschwerden nicht er, sondern die Schlosserinnung zuständig sei.

Da in weiterer Folge auch die Schlosserinnung ihre Zuständigkeit verneint habe, habe der Betroffene sich an die Gleichbehandlungsanwaltschaft gewendet, die ein Schreiben an den Antragsgegner verfasst und zur Stellungnahme aufgefordert habe.

Ein (angeblicher) Mitarbeiter der Schlosserei habe daraufhin bei der Gleichbehandlungsanwältin angerufen, da „der Chef“ gerade nicht da sei und er ihm natürlich „Ärger“ ersparen wolle. Dieser Mann habe gemeint, bis jetzt wären immer alle Bewerber aufgrund mangelnder Fachkenntnis abgelehnt worden. Der Mitarbeiter habe sich nach den Konsequenzen bei Nicht-Beantwortung des Schreibens erkundigt.

Am ..... sei eine Stellungnahme seitens des Antragsgegners erfolgt. Das Schreiben schildere jedoch ein ganz anderes Geschehen, sodass davon auszugehen sei, dass es sich um einen anderen Bewerber gehandelt habe.

Der Betroffene sei zum Termin um 7.00 Uhr bestellt gewesen. Die Stellenausschreibung habe einen eigenen PKW verlangt, was im Gegensatz zur Beschreibung der Stelle stehe - dass der/diejenige mit einem Firmenwagen die Arbeit verrichten solle.

Dem Betroffenen sei weder eine Mustertür gezeigt noch sei er gefragt worden, ob er gewisse Schlösser montieren könne. Eine Aussage, dass der Antragsgegner ihn anstellen müsse, habe der Betroffene nicht getätigt. Auch wäre zum Zeitpunkt des Vorstellungsgesprächs und der belästigenden Äußerung durch den Antragsgegner dessen Sohn nicht anwesend gewesen. Im Büroraum habe sich noch eine Frau aufgehalten, die vermutlich als Sekretärin tätig gewesen sei, das Gespräch aber nicht mitverfolgen habe können.

Aus Sicht der Gleichbehandlungsanwältin stelle der geschilderte Sachverhalt eine Belästigung aus Gründen der ethnischen Zugehörigkeit und Religion sowie eine Diskriminierung bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit und Religion dar. Allein aufgrund des südländischen Aussehens des Betroffenen und seines muslimischen Vornamens sei ihm vorgeworfen worden, dass er Moslem sei und seine Frau sicher ein Kopftuch trage, was der Antragsgegner offenbar nicht gutheißt. Ob der Betroffene verheiratet sei bzw. seine Frau ein Kopftuch trage, sei beim Bewerbungsgespräch nicht thematisiert worden.

Der Antragsgegner nahm in seinem Schriftsatz im Wesentlichen wie folgt Stellung:

Gesucht gewesen sei ein Schlossergeselle mit „fachlicher Ausbildung und Führerschein B, der mit firmeneigenem PKW Schlösser, Schließanlagen,

Balkenschlösser usw. montiere und die Kunden an Ort und Stelle im Sicherheitsbereich beraten“ könne. Weiters müsse er im Zuge von Delogierungen im Beisein des Gerichtsvollziehers so rasch wie möglich Türen öffnen und erforderliche Reparaturen durchführen können. Diese Tätigkeit erfordere selbstverständlich Erfahrung.

Am ..... um ca. 7.30 Uhr sei jener von der GAW „angeführte Herr“ ins Geschäftslokal gekommen und er habe ihm – wie jedem anderen, der sich vorstellen käme – die Mustertüre mit den verschiedenen Schlössern gezeigt und ihn gefragt, ob er in der Lage sei, solche Schlösser raschest und ohne fremde Hilfe zu montieren.

Der „angeführte Herr“ habe dies verneint und gemeint, dass er vom AMS käme, er ihn einstellen und zu diesen Arbeiten anlernen müsse. Er habe darauf erwidert, dass dies nicht in Frage käme und er nicht seinen Vorstellungen entspreche. Mit der Unterschrift für die AMS-Bestätigung habe das Gespräch ca. 3 Minuten gedauert, wobei er weder Papiere noch sonstige Formulare überprüft habe. Daher weise er die gegen ihn erhobenen Anschuldigungen auf das Schärfste zurück, was sein Sohn bestätigen könne.

Der Betroffene, der nach dem vom Senat bei seiner Befragung gewonnenen Eindruck gut Deutsch spricht, führte ergänzend aus, um 7.00 Uhr dort gewesen zu sei. Der Antragsgegner hätte jedoch seine Unterlagen überhaupt nicht angesehen, sondern als erstes zu ihm gemeint, dass er „sich nicht vorstellen könne, dass er bei ihm arbeite, wenn er seine Frau mit Kopftuch sehe ...“.

Der Betroffene gab an, sich nicht erklären zu können, warum der Antragsgegner im Bewerbungsgespräch überhaupt auf seine Frau zu sprechen gekommen sei. Auf Nachfrage, warum er ihn nicht einstelle, habe der Antragsgegner als weiteren Grund angegeben, dass er die deutsche Sprache nicht gut genug beherrsche. Erfahrungen im Öffnen von Türschlössern habe er zwar nicht - es handle sich dabei um eine spezielle Ausbildung im Rahmen der Schlossereiausbildung. Der Antragsgegner hätte ihm auch nicht gesagt, welche Tätigkeiten in seinem Betrieb zu verrichten wären, sondern nur die oben zitierte Äußerung getätigt.

Der Antragsgegner führte gelegentlich seiner Befragung aus, sich nur mehr anhand seiner schriftlich abgegebenen Stellungnahme an den Vorfall erinnern zu können. Es

hätte damals 20 Bewerber gegeben, von denen 18 „unbrauchbar“ gewesen wären und auch nur ein einziger zu ihm gemeint hätte, dass er ihn „anlernen“ müsse. Nachdem er dies abgelehnt und dem Mann die Bestätigung für das AMS gegeben habe, wäre dieser - seltsam gestikulierend – wieder gegangen.

Eine wie im Verlangen der GAW behauptete Äußerung hinsichtlich einer Frau mit Kopftuch habe in diesem Gespräch gar nicht fallen können, da er den Mann weder gefragt habe, ob er verheiratet sei, noch, woher er stamme oder ob er Kinder habe. Er betreibe er sein Geschäft im ... Gemeindebezirk, daher wären ihm weder Leute mit Kopftuch noch „verschleierte“ Frauen fremd. Das Gespräch mit dem damaligen Bewerber habe ca. 3 Minuten gedauert und während der gesamten Dauer sei sein Sohn anwesend gewesen. Abschließend brachte er gegenüber dem erkennenden Senat vor, dass 6 seiner Mitarbeiter nichtösterreichischer – nämlich ex-jugoslawischer – Herkunft seien.

Der Sohn des Antragsgegners bestätigte die Darstellung seines Vaters insofern, dass der Mann sich vorgestellt habe, nicht qualifiziert gewesen und wieder gegangen sei. Zu einem Wortwechsel zwischen dem Betroffenen und seinem Vater sei es nicht gekommen.

Befragt wurde auch ein informierter Mitarbeiter des AMS Wien, der in Vertretung des langfristig krankheitsbedingt verhinderten, im Verlangen der GAW zitierten AMS-Betreuers des Betroffenen angab, bei Durchsicht der AMS-internen Dokumentation keinen Eintrag über die im Verlangen behaupteten Schilderungen des Betroffenen gegenüber seinem Betreuer aufgefunden zu haben. Es könne allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass auf Grund eines Versehens des Betreuers eine derartige Dokumentation unterblieben sei.

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 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.

„§ 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 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 für Arbeitgeber/innen daher unerlässlich sein, sich mit allenfalls vorhandenen negativen Stereotypisierungen von Personengruppen auseinanderzusetzen.

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 Diskriminierungsstatbestand 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 durchgeführten Befragungen mit dem Umstand konfrontiert, dass die Befragungen von Betroffenen und Antragsgegner den Schluss nahe legen, dass dem erkennenden Senat zwei *verschiedene* Bewerbungsgespräche geschildert wurden und der Antragsgegner den Betroffenen mit einem anderen Bewerber verwechseln dürfte.

Gestützt wird diese Annahme durch die Aussage des Antragsgegners, dass der Mann, auf den er sich in seiner Stellungnahme beziehe, „irgendwann am Vormittag“ nicht angemeldet einfach hereingekommen sei, wohingegen der Betroffene angab, einen Vorstellungstermin für 7 Uhr vereinbart zu haben.

Auf Grund der unterschiedlichen Darstellungen der beiden am behaupteten Vorfall beteiligten Personen und dem Umstand, dass der Antragsgegner leugnete, die ihm vom Betroffenen zugeschriebene Aussage getätigt zu haben, sah sich der Senat mit der Frage konfrontiert, aus welchem Grund denn der Betroffene den antragsgegenständlichen Vorfall erfinden hätte sollen.

Da der Betroffene nach Aussage eines AMS-Vertreters immer nur kurze Zeit arbeitslos gewesen sei und überdies in diesen Zeiträumen viele Vorstellungsgespräche absolviert habe, konnte der Senat jedoch keinerlei Anhaltspunkte für die Annahme, dass der geschilderte Vorfall vom Betroffenen erfunden worden ist, gewinnen.

Es ist den Beweisregeln des GIBG folgend daher mit größerer Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass das vom Betroffenen geschilderte Vorstellungsgespräch tatsächlich stattgefunden hat und die Leugnung des Vorfalles durch den Antragsgegner und dessen Sohn daher als reine Schutzbehauptungen zu werten sind.

Auch das in diesem Zusammenhang vorgebrachte Argument des Antragsgegners, dass 6 seiner Mitarbeiter Migrationshintergrund hätten, „man aber gar nicht bemerken würde, dass die Leute aus dem ehemaligen Jugoslawien kämen“, kann den Zweifel des erkennenden Senates am Wahrheitsgehalt der Aussage des Antragsgegners allerdings nicht beseitigen, da der Betroffene optisch erkennbar einen Migrationshintergrund hat.

Hinsichtlich der Überprüfung einer Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses war zu prüfen, die Bewerbung des Betroffenen nach sachlichen Kriterien vom Antragsgegner geprüft oder in diskriminierender Art und Weise aus dem Bewerbungsverfahren „ausgeschieden“ wurde. Auf Grund der Schilderung des



Betroffenen erfolgte keinerlei Begutachtung seiner Bewerbungsunterlagen und Zeugnisse durch den Antragsgegner. Der Antragsgegner konnte ebenfalls nicht darlegen, die Bewerbungsunterlagen des Betroffenen einer sachlichen und transparenten Prüfung unterzogen zu haben.

Der erkennende Senat ist daher zur Auffassung gelangt, dass keine sachliche, objektive und transparente Prüfung der Bewerbung des Betroffenen durch den Antragsgegner erfolgt ist, sondern dass durch die nicht erfolgte Prüfung der Bewerbungsunterlagen durch den Antragsgegner in Verbindung mit dem in diesem Zusammenhang erfolgten Ausspruch des Antragsgegners über die kopftuchtragende Frau des Betroffenen dieser auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG diskriminiert worden ist.

Durch den Ausspruch des Antragsgegners über die kopftuchtragende Ehefrau wurde überdies in entwürdigender und demütigender Weise auf die nichtösterreichische Herkunft des Betroffenen Bezug genommen, wodurch der Tatbestand der Belästigung im Sinne von § 21 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 GIBG auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit des Betroffenen verwirklicht wurde, da dieser Ausspruch für ihn eine unerwünschte Verhaltensweise darstellt, die mit seiner ethnischen Zugehörigkeit in Zusammenhang steht, seine Würde verletzt, für ihn unerwünscht, unangebracht und anstößig war und ein beleidigendes Umfeld im Sinn von § 21 GIBG schuf.

Durch den Ausspruch des Antragsgegners über die kopftuchtragende Ehefrau des Betroffenen wurde daher der Tatbestand der Belästigung des Betroffenen auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit gemäß § 21 GIBG verwirklicht.

Hinsichtlich der im Verlangen der GAW beantragten Überprüfung der Diskriminierung des Betroffenen auf Grund der Religion bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses sowie der Überprüfung einer Belästigung auf Grund der Religion konnte hingegen keine Diskriminierung des Betroffenen erkannt werden.