

**Senat II der Gleichbehandlungskommission**

**Anonymisiertes Prüfungsergebnis GBK II/412/19 gem. § 12 GBK/GAW-Gesetz**

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) hat über den Antrag von Herrn A (in Folge: Antragsteller) wegen behaupteter Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG und durch Belästigung gemäß § 21 GIBG durch B (in 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. 275/2013, erkannt:

Eine Diskriminierung des Antragstellers auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses durch die Antragsgegnerin sowie eine Belästigung des Antragstellers auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit

liegt nicht vor.

VORBRINGEN

Im **Antrag** wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass sich der Antragsteller bei der Antragsgegnerin als Commercial Business Partner beworben habe. Er sei gebürtiger Ungar, lebe jedoch gerade in X und wolle aufgrund der Nähe zu Ungarn seinen Lebensmittelpunkt nach Y verlagern.

Zuerst habe er am 23. April 2019 ein Telefoninterview mit Herrn C, der sein zukünftiger Teamleiter geworden wäre, geführt. Danach sei er von diesem zum Vorstellungsgespräch in Y eingeladen worden.

Dieses Interview habe am 9. Mai 2019 mit C, D und E stattgefunden. Beide Gespräche seien in englischer Sprache geführt worden und den Angaben von Herrn C zufolge sei die interne

Arbeitsprache beim Konzern der Antragsgegnerin ebenso Englisch.

Am 15. Mai 2019 habe Herr C ihm jedoch per E-Mail mitgeteilt, dass er zwar für den Job geeignet wäre und er ihn auch gerne einstellen würde, aber die Y-er Kollegen nur einen deutschen Muttersprachler als Kollegen akzeptieren würden.

Am 17. Mai 2019 habe er schließlich eine Absage von Herrn C bekommen, dass er aus den oben genannten Gründen abgelehnt und ein interner Kandidat für die Position gewählt worden sei.

Da seine Muttersprache als gebürtiger Ungar, ungeachtet seiner Deutschkenntnisse, nicht Deutsch sein könne, habe ihn diese Vorgehensweise sehr enttäuscht, in seiner Würde verletzt und er fühle sich auf Grund seiner ethnischen Zugehörigkeit durch Belästigung und bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses diskriminiert.

Durch das sehr positive Feedback des Herrn C sowie dessen Ankündigung, sich für seine Einstellung erneut einzusetzen, gehe er davon aus, dass er der bestgeeignete Kandidat für die ausgeschriebene Stelle gewesen sei und diese bei diskriminierungsfreier Auswahl tatsächlich erhalten hätte.

In der Stellungnahme der **Antragsgegnerin** wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass einleitend festzuhalten sei, dass die Antragsgegnerin ein weltweit agierendes Unternehmen sei und Vielfalt und Offenheit gegenüber sowie Respekt für jede/n MitarbeiterIn unabhängig von deren Religion, Herkunft, Sprache, etc an oberster Stelle stünden und diese Werte auch im Bewerbungsprozess stets gewahrt würden.

Es sei zutreffend, dass sich der Antragsteller bei der Antragsgegnerin für die Stelle eines Commercial Business Partner beworben habe und diese Position nach Durchführung eines umfassenden Bewerbungsverfahrens nicht mit dem Antragsteller besetzt worden sei.

Dies allerdings nicht aus den vom Antragsteller vorgebrachten diskriminierenden Gründen, sondern allein deshalb, weil es unternehmensweit zu einem sogenannten „Hiring Freeze“ gekommen sei. Dies bedeute unter anderem, dass vorübergehend keine externen Einstellungen hätten vorgenommen werden dürfen und offene Stellen - wenn überhaupt - ausschließlich intern zu besetzen gewesen seien. Dies habe auch die Stelle betroffen, auf die sich der Antragsteller beworben habe und die vor dem „Hiring Freeze“ öffentlich

ausgeschrieben gewesen sei.

Zum anderen hätte der Antragsteller auch ohne diesen „Hiring Freeze“ den Anforderungskriterien für die ausgeschriebene Stelle nicht vollständig entsprochen.

Im Bewerbungsverfahren für die Position als Commercial Business Partner in Y seien alle eingelangten Bewerbungsunterlagen verglichen sowie persönliche Gespräche und auch Telefonate geführt worden, die Entscheidung für eine bestimmte Person sei schließlich von drei Personen, nämlich Herrn C, Frau E und Herrn D getroffen worden, um ein maximales Maß an Objektivität zu gewähren.

Für die Entscheidung seien transparente, objektive und sachlich nachvollziehbare Kriterien maßgeblich gewesen, wie im Folgenden kurz dargelegt werde:

Bei der Antragsgegnerin habe zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Besetzung der Position ein „Hiring Freeze“ bestanden. Offene Stellen seien daher unternehmensweit mit internen BewerberInnen zu besetzen gewesen.

Dieses Anforderungskriterium — interner Bewerber bzw. interne Bewerberin — sei zur Umsetzung eines „Hiring Freeze“ jedenfalls sachlich und angemessen und auch nicht diskriminierend.

Der Antragsteller sei ein externer Bewerber gewesen und daher, so wie *alle* externen BewerberInnen, aus dem Bewerbungsprozess ausgeschieden worden, und zwar gänzlich unabhängig von seiner ethnischen Herkunft.

Weiters hätte der Antragsteller auch ohne den „Hiring Freeze“ den Anforderungskriterien für die ausgeschriebene Stelle nicht vollständig entsprochen. Bereits in der Stellenausschreibung seien die unbedingt notwendigen (flüssigen) Deutschkenntnisse angeführt gewesen. Dies deshalb, weil für die Position als Commercial Business Partners in Y und den damit verbundenen Arbeiten mit deutschsprachigen KlientInnen die flüssige Beherrschung der deutschen Sprache erforderlich sei.

Im täglichen Umgang mit deutschsprachigen VertriebsmitarbeiterInnen, mit KollegInnen und mit KundInnen sowie im Erstellen, Modifizieren und Lesen von deutschsprachigen Verträgen sei das flüssige und verhandlungssichere Beherrschen der deutschen Sprache auf entsprechend hohem Niveau Voraussetzung, um die Aufgaben als Commercial Business

Partner auch inhaltlich erfüllen zu können.

Dieses Anforderungskriterium sei im konkreten Fall sachlich und angemessen und auch nicht diskriminierend.

Der Antragsteller verschweige in diesem Zusammenhang geflissentlich, dass ihm die Notwendigkeit der Beherrschung der deutschen Sprache mehrfach mitgeteilt worden sei, und zwar nicht nur in der Stellenausschreibung, sondern auch im Vorstellungsgespräch am 9. Mai 2019, welches in deutscher und englischer Sprache geführt worden sei und in mehreren Telefonaten mit Herrn C.

Das umfassende Bewerbungsverfahren habe schließlich eindeutig gezeigt, dass der Antragsteller (noch) nicht über die für die Position als Commercial Business Partner vorausgesetzte hohe Sprachkompetenz verfüge.

Dies sei dem Antragsteller auch mitgeteilt worden. Somit übersehe dieser, dass er, obwohl er im Rahmen des Bewerbungsprozesses einen guten Eindruck gemacht habe, den Anforderungskriterien für die ausgeschriebene Stelle nicht vollständig entsprochen habe.

Insgesamt folge daraus, dass der Antragsteller selbst in dem — konkret nicht vorliegenden — Fall, dass er über die nötigen Sprachkenntnisse verfüge hätte, die Position als Commercial Business Partner nicht angeboten bekommen hätte, da aufgrund des „Hiring Freeze“ nur interne BewerberInnen für die Besetzung dieser Position in Frage gekommen seien.

Die Bewerbung des Antragstellers sei aber sehr wohl berücksichtigt worden, wie sich auch anhand der vom Antragsteller vorgelegten Kommunikation zeige, auch wenn die Bewerbung letztlich aufgrund der angeführten Gründe nicht erfolgreich gewesen wäre.

#### BEFRAGUNG VON AUSKUNFTSPERSONEN

In der gemeinsamen per Videokonferenz durchgeführten **Befragung des Antragstellers** und des Vertreters der Antragsgegnerin, Herrn D, führte der Antragsteller aus, dass die Vorstellungsgespräche nach kurzem Beginn in Deutsch größtenteils in englischer Sprache geführt worden seien.

Auf Frage nach der Thematisierung seiner Sprachkompetenzen in diesen Gesprächen gab er an, dass er den Eindruck gehabt habe, sich gut geschlagen und auch positives Feedback bekommen zu haben.

Auf Hinweis nach der in der Stellenausschreibung enthaltenen Vorgabe hinsichtlich der Sprachkenntnisse und die Frage, ob er meine, „*fließend Deutsch und Englisch*“ zu sprechen, bejahte er diese, obwohl seine Englischkenntnisse besser als seine Deutschkenntnisse seien. Die Unternehmensvorgabe „Hiring Freeze“ sei beim Vorstellungsgespräch zunächst kein Thema gewesen. Er habe positives Feedback erhalten, danach habe es einige Tage später den Hinweis auf die „Hiring Freeze“-Politik gegeben. Das Vorstellungsgespräch in Y habe ca. 45 Minuten gedauert, der Großteil davon sei in Englisch erfolgt. Eine Kritik an seinen Deutschkenntnissen während des Interviews sei nicht erfolgt, allerdings sei gesagt worden, dass es wichtig sei, Deutsch zu können, denn obwohl die Unternehmenssprache Englisch sei, sei Deutsch für die Zusammenarbeit mit anderen Abteilungen notwendig.

Die Frage, ob er sich in seiner Würde verletzt gefühlt habe, als Herr C die Aussage betreffend den „native speaker“ getroffen habe, beantwortete er damit, dass ihn dieses E-Mail sehr überrascht habe, da er der Meinung gewesen sei, der ideale Kandidat zu sein. Er habe mit dieser Aussage wenig anfangen können und sich in seiner Würde verletzt gefühlt.

Auf Frage nach Sprachzertifikaten für Deutsch gab er an, keine Zeugnisse zu haben.

Auf Frage nach einer kurzen Beschreibung der ausgeschriebenen Position meinte er, dass es sich um die Funktion eines „Commercial Business Partners“ gehandelt habe, eine komplexe Aufgabe und herausfordernde Position.

Auf Frage nach dem E-Mail vom 15.5.2019 meinte er, dass der Verweis auf einen „Muttersprachler“ eine Belästigung darstelle.

Herr D als Vertreter der Antragsgegnerin gab an, dass er beim Vorstellungsgespräch anwesend gewesen sei, die Kollegen seien davor mit dem Bewerber Mittagessen gegangen. Herr C sei sein Mitarbeiter, er selbst sei für die Osteuropäischen Länder zuständig.

Zum Vorstellungsgespräch befragt gab er an, dass nur ganz kurz Deutsch gesprochen worden sei. Er habe dem Antragsteller eine Frage in Deutsch gestellt, man habe dann jedoch sehr

schnell in die englische Sprache gewechselt, um eine Situation herzustellen, die es dem Bewerber ermöglicht habe, sich bestmöglich zu verkaufen.

Zum Thema „Hiring Freeze“ meinte er, dass er sich nicht mehr an den genauen Tag erinnern könne, wann dieses Thema aktuell geworden sei, es passiere bei der Antragsgegnerin jedoch relativ häufig und hänge mit forecasts bzw. internen Budgets zusammen. Zum Zeitpunkt der Ausschreibung sei es jedoch noch kein Thema gewesen. Danach habe man nur mehr interne BewerberInnen zugelassen. Ein ganz striktes „Verbot“ gebe es nicht, vom Vorstand würde er für diese Stelle jedoch kein Okay erhalten.

Auf Nachfrage hinsichtlich der Ausführungen der Antragsgegnerin, dass der Antragsteller nicht alle Ausschreibungsvoraussetzungen erfüllt habe, meinte er, dass dieser aufgrund seiner anderen Fähigkeiten in die engere Wahl gekommen sei.

Auf Frage nach der von Herrn C an den Antragsteller erteilten Rückmeldung meinte er, dass er nicht mehr wisse, ob er Herrn C dazu einen entsprechenden Auftrag erteilt habe. Die Stelle sei letztlich mit einem sehr jungen internen Kollegen mit weniger Erfahrung, aber fließenden muttersprachlichen Deutschkenntnissen und Englischkenntnissen besetzt worden.

Auf Nachfrage gab er an, dass ein „Hiring Freeze“ seitens des Vorstands jederzeit kommen könne - laufende externe Bewerbungsprozesse müssten dann gestoppt werden. Externe BewerberInnen würden über diese potentiell bestehende Möglichkeit nicht unterrichtet. Er selbst habe mit dem Antragsteller selbst nach dem Bewerbungsgespräch keinen persönlichen Kontakt mehr gehabt, Kritik an den Deutschkenntnissen des Antragstellers sei im Bewerbungsgespräch nicht erfolgt.

Die Frage, wie viele Interviews für die ausgeschriebene Position geführt worden seien, beantwortete er damit, sich nicht erinnern zu können.

Die Frage, warum Deutschkenntnisse für die in Rede stehende Position wichtig seien, beantwortete er mit dem Hinweis, dass in der Ausführung des Jobs im Hinblick auf den ausschließlich österreichischen KundInnenkreis und die bestehenden Verträge in deutscher Sprache entsprechende Sprachkenntnisse erforderlich seien, auch wenn die interne Unternehmenssprache Englisch sei. Die fließenden Deutschkenntnisse seien Thema im Vorstellungsgespräch gewesen. Am Y-er Unternehmensstandort seien Personen aus ca. 25 Nationen beschäftigt. Eine Vorgabe seitens des Vorstands betreffend „Hiring Freeze“ ergehe

nicht an alle MitarbeiterInnen, sondern nur an die Führungskräfte. Insofern könne der Fall eintreten, dass untere Führungsebenen erst einige Tage später davon erfahren. Die endgültige Entscheidung erfolge vom Hiring-Management, er selbst gebe dazu seine Meinung ab. Vorstellungsgespräche würden der Präsentation von BewerberInnen dienen, nicht aber der Abgabe von Feedback. Das E-Mail von Herrn C sei diesbezüglich daher eher unüblich gewesen.

Herr C gab an, dass sein erstes Gespräch mit dem Antragsteller ein informelles Kennenlernen gewesen sei. Das Gespräch in Österreich sei in Englisch geführt worden, mit einem kurzen Wechsel in die deutsche Sprache, maximal für 5 Minuten. In Deutsch sei die Kommunikation schwierig und stark eingeschränkt gewesen.

Ob die Sprachkenntnisse des Antragstellers im Bewerbungsgespräch thematisiert worden seien, wisse er nicht mehr. Im nachfolgenden Gespräch unter den Interviewern sei besprochen worden, dass der Antragsteller in fachlicher Sicht in Bezug auf die Aufgabenstellung einen guten Eindruck gemacht habe, allerdings habe dessen Sprachkompetenz in Deutsch nicht den Wünschen entsprochen.

Zu dem von ihm danach verfassten E-Mail an den Antragsteller befragt gab er an, dass ihm als Führungskraft schon immer wichtig gewesen sei, potentiellen KandidatInnen ein Feedback zu geben, warum man sich anders entschieden habe. Soweit er sich erinnere, sei der Antragsteller in der engeren Wahl gewesen. Letztlich sei ein interner Kandidat zum Zug gekommen, der mit den Prozessen bereits vertraut gewesen sei sowie die Kollegen und die Organisation gekannt habe, weswegen dessen Eingliederung deutlich schneller erfolgen habe können. Vor allem habe er die sprachlichen Anforderungen betreffend Deutsch gut erfüllt - er habe andere fachliche Kompetenzen als der Antragsteller mitgebracht.

Auf Frage, ob er den Antragsteller einstellen würde, gab er an, dass er die Entscheidung davon abhängig mache, ob dieser ins Gefüge von B Österreich passe, also ob die KollegInnen 100%ig hinter der Entscheidung stehen würden. Als ihm klargeworden sei, dass es Bedenken hinsichtlich dessen Sprachkompetenz gebe, habe er sich definitiv nicht für den Antragsteller entscheiden können. Aus seiner Sicht seien die Deutschkenntnisse des Antragstellers zum damaligen Zeitpunkt keinesfalls ausreichend gewesen - Sprachkurse und Aufbaumaßnahmen wären nötig gewesen.

Zu der von ihm im E-Mail verwendeten Formulierung befragt meinte er, dass diese Formulierung einfach ein Versehen gewesen sei. Auch unmittelbar danach sei ihm noch nicht klar gewesen, dass man die Formulierung „native speaker“ missverständlich auffassen könne. Er habe damit eigentlich nur ausdrücken wollen, dass die Sprachkompetenz „sehr hoch“ sein müsse.

Zum Thema, ab wann er vom „Hiring Freeze“ erfahren habe, gab er an, dass Herr D ihn vorgewarnt habe, dass es dazu kommen könnte, was nicht untypisch gewesen sei. Den genauen Zeitpunkt, an dem er erfahren habe, dass er nicht extern besetzen könne, wisse er nicht mehr.

Die Frage, ob die Deutschkenntnisse des Antragstellers vorab in einem Gespräch mit diesem thematisiert worden seien, beantwortete er damit, dass es ein Telefoninterview gegeben habe, bei dem man sich kennengelernt und er die Anforderungen an den Job präsentiert habe. Er hätte es jedoch nicht für angemessen gehalten, in einem informellen Telefongespräch die Kompetenzen abzuchecken, weswegen er seiner Erinnerung nach diesen Punkt nicht konkret thematisiert habe. Er habe aber vermittelt, dass man dies sicher werde ansprechen müssen.

Auf Frage, ob er dem Antragsteller konkret gesagt habe, dass die Deutschkenntnisse nicht ausreichend seien, meinte er, dass er diesen hinausbegleitet habe, was er damals genau gesagt habe, wisse er nicht mehr.

Auf Frage gab er an, dass nicht über das Thema „Muttersprache“, sondern über sehr hohe Anforderungen an die Sprachkompetenz gesprochen worden sei. Das Thema „Muttersprache“ sei erst durch sein danach verfasstes E-Mail aufgekommen.

Auf Frage, ob in den Gesprächen die Wichtigkeit der Deutschkenntnisse thematisiert worden sei, gab er an, dass er sich nicht mehr an den genauen Zeitpunkt erinnern könne.

Die Frage, ob der zum Zuge gekommene Kandidat wegen „Hiring freeze“ oder wegen besserer Qualifikation ausgewählt worden sei, wurde damit beantwortet, dass im Endeffekt beide Gründe relevant gewesen seien. Der ausgewählte Kandidat sei besser geeignet gewesen und habe besser ins Team gepasst. Das habe sich aus dem Feedback der Kollegen klar ergeben.



Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) stützt sein Prüfungsergebnis auf die schriftlichen Vorbringen des Antragstellers, der Antragsgegnerin sowie auf die oben angeführten mündlichen Befragungen.

Eine der wesentlichen Zielsetzungen des GIBG liegt in der Herstellung einer **diskriminierungsfreien** Arbeitsumwelt für alle Arbeitnehmer/innen. Im Hinblick auf dieses Ziel ist es daher für jede/n Arbeitgeber/in erforderlich, sich eine allenfalls vorhandene negative Stereotypisierung von bestimmten Personengruppen bewusst zu machen.

Eingangs ist darauf hinzuweisen, dass das GIBG die GBK nicht zur Prüfung von jeglichen Vorwürfen auf Grund einer subjektiv empfundenen Ungerechtigkeit oder von Mobbing im Allgemeinen ermächtigt, sondern dass sich die Kognitionsbefugnis der GBK ausschließlich auf die Prüfung von Diskriminierungsvorwürfen im Zusammenhang mit den in § 17 genannten Gründen beschränkt, wobei dieser Zusammenhang bei Antragseinbringung vom/von der AntragstellerIn **glaubhaft** zu machen ist.

Für eine solche Glaubhaftmachung genügt nach der Rsp zwar eine „Bescheinigung“ der behaupteten Tatsachen, wobei der zu erreichende Überzeugungsgrad gegenüber der beim „Regelbeweis“ geforderten „hohen Wahrscheinlichkeit“ auf eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ herabgesenkt ist. Vereinfacht gesagt muss mehr für die Darstellung des Antragstellers sprechen als dagegen (OGH 9 ObA 144/14p, ARD 6455/14/2015 = Arb 13.203; 9 ObA 177/07f, ZAS 2009/29, 186 [*Klicka*] = DRdA 2010/11, 137 [*Eichinger*]; vgl auch *Windisch-Graetz*, in *ZellKomm*<sup>3</sup> [2018] § 12 GIBG Rz 16). Wird zB eine Bewerbung mit dem Hinweis abgelehnt, man verfüge über keine Sanitäreinrichtungen für männliche Mitarbeiter, liegt ein starkes Indiz für eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts vor (OGH 9 ObA 46/04m, *ecolex* 2004, 420 = ASoK 2005, 26).

Wesentlich ist dabei, dass das GIBG von einem gestuften Beweislastmodell ausgeht (dazu eingehend *Weberndorfer*, Glaubhaftmachung von Diskriminierung am Arbeitsplatz, in *Ulrich/Rippatha*, Glaubhaftmachung von Diskriminierung – Hilfe oder Hemmnis beim

Rechtszugang [2018] 35 [72]). Der/die AntragstellerIn ist aufgefordert, das verpönte Merkmal sowie die darauf basierende Benachteiligung zu benennen und mittels ausführlicher Darstellung des Geschehens zu konkretisieren. Der Senat der GBK ist dabei von der Richtigkeit und vom Vorliegen der entscheidungsrelevanten Tatsachen zu überzeugen mit dem Ziel, die Kausalität einer besonderen Eigenschaft (*hier ethnische Zugehörigkeit*) mit einer Benachteiligung so zu verknüpfen, dass der damit befasste Senat der GBK vom Vorliegen einer Diskriminierung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit überzeugt ist.

Erst wenn dies gelungen ist, obliegt es dem/der AntragsgegnerIn in einem weiteren Schritt zu beweisen, dass ein anderer als der glaubhaft gemachte Grund für die Ungleichbehandlung maßgeblich war (so überzeugend *Weberndorfer*, in *Ulrich/Rippatha*, Glaubhaftmachung von Diskriminierung 72).

## BEGRÜNDUNG

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission hat erwogen:

1. 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.“*

*„§ 21. (1) Eine Diskriminierung nach § 17 liegt auch vor, wenn eine Person*

*[...]*

*3. durch Dritte in Zusammenhang mit seinem/ihrem Arbeitsverhältnis 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 oder dies bezweckt,*

*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 oder dies bezweckt.*

Generell ist zur Frage des **Beweismaßes und der Beweislastverteilung** im GBK-Verfahren anzumerken, dass gemäß § 26 Abs. 12 GIBG eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne der §§ 17, 18 oder 21 GIBG beruft, diesen **glaubhaft** zu machen hat. Insoweit genügt daher nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (OGH) eine „Bescheinigung“ des behaupteten nach dem GIBG verbotenen Motivs, wobei jedoch der bei der GBK zu erreichende Überzeugungsgrad gegenüber der beim „Regelbeweis“ geforderten „hohen Wahrscheinlichkeit“ auf eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ herabgesenkt ist. Vereinfacht gesagt muss – wie bereits oben ausgeführt – mehr für die Darstellung des/r AntragstellerIn sprechen als dagegen (vgl. OGH 9 ObA 144/14p, Arb 13.203 mit weiteren Nachweisen).

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. 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 dabei extensiv zu interpretieren – alle mit dem Zustandekommen eines Arbeitsvertrages in Zusammenhang stehenden Vorgänge – sind hiervon umfasst.

Wenn dem/der AntragstellerIn die Glaubhaftmachung von Umständen, die einen nachvollziehbaren Zusammenhang zwischen der Nichtbegründung des Arbeitsverhältnisses und dessen/deren ethnischer Zugehörigkeit herstellen, gelungen ist, obliegt es dem/der AntragsgegnerIn zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von der AntragsgegnerIn glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne der §§ 19 Abs. 2 oder 20 GIBG vorliegt.

Bei einer Belästigung gilt, dass es dem/der AntragsgegnerIn zu beweisen obliegt, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die von ihm/ihr glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

Der Senat geht von folgenden Erwägungen aus:

Der Antragsteller bewarb sich auf eine Ausschreibung der Antragsgegnerin betreffend einen „Commercial Business Partner Job“, in der u.a. das Ausschreibungskriterium „*fluent in both German and English*“ definiert war und wurde – nach einem telefonischen Vorgespräch mit Herrn C – zu einem Vorstellungsgespräch nach Y eingeladen, welches nach

übereinstimmendem Vorbringen zunächst kurz in deutscher Sprache und nachfolgend hauptsächlich in Englisch durchgeführt wurde.

In weiterer Folge kam es offenbar zu unterschiedlichen Einschätzungen dieses Gesprächsverlaufs, wobei der Antragsteller – auch konkret zu seiner *sprachlichen Performance* im Vorstellungsgespräch befragt – den Eindruck hatte, gut abgeschnitten zu haben, wohingegen die ihn interviewenden Personen einhellig zur Auffassung gelangten, dass hinsichtlich seiner Deutschkenntnisse noch große sprachliche Defizite vorlägen, die weitere sprachliche Schulungsmaßnahmen erfordert hätten.

Da die mangelnden Deutschkenntnisse des Antragstellers für die Ablehnung der Bewerbung (zumindest) mitausschlaggebend waren, war eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft im Rahmen des „Motivbündels“ näher zu prüfen.

Zur Untermauerung seines Vorbringens führte der Antragsteller ins Treffen, dass die Kommunikationssprache im Unternehmen der Antragsgegnerin Englisch sei, übersah in diesem Zusammenhang aber, dass ein/e ArbeitgeberIn ungeachtet dessen für eine konkrete Position weitere Erfordernisse – wie im vorliegenden Fall „*fließende Deutschkenntnisse*“ – definieren könne, die er/sie als Anstellungsvoraussetzung betrachte, um damit einen internen reibungslosen Arbeitsablauf zu gewährleisten.

Begründet wurde dieses Erfordernis seitens der Antragsgegnerin im konkreten Fall u.a. mit den in ausschließlich deutscher Sprache abgefassten Verträgen mit KundInnen, was jedenfalls als sachlich gerechtfertigtes Kriterium für dieses spezielle Anstellungserfordernis und nicht als Indiz für Diskriminierung(sabsichten) der Antragsgegnerin gegenüber Personen mit nichtdeutscher Muttersprache anzusehen ist.

Die konkrete Beurteilung, ob die bei einem/r BewerberIn vorliegenden Sprachkenntnisse tatsächlich als für den zu besetzenden Job ausreichend anzusehen sind, obliegen den auswählenden Personen, insbesondere, wenn – wie im Fall des Antragstellers – keine Zeugnisse über dessen Sprachkompetenz vorgelegt wurden.

Einen Hinweis auf eine diskriminierende Vorgangsweise auf Seiten der Antragsgegnerin im Zusammenhang mit der ethnischen Zugehörigkeit des Antragstellers konnte vom Senat nicht

erkannt werden, zumal die sprachliche Anforderung „*fluent in German*“ in der Stellenausschreibung neutral formuliert war.

Es ist somit festzuhalten, dass seitens der Antragsgegnerin glaubhaft vorgebracht wurde, dass der Antragsteller die in der Ausschreibung genannte Anstellungsvoraussetzung „*fluent in German*“ nicht erfüllte und somit bereits auf Grund dieses Umstands der nicht hinreichend guten Sprachkompetenz aus dem weiteren Bewerbungsprozess ausgesondert wurde. Diese Einschätzung war für den Senat nach der mündlichen Anhörung des Vertreters der Antragsgegnerin und des Antragstellers nachvollziehbar.

Auch, dass die Vorgabe des Unternehmens des „Hiring Freeze“ für die auf Seiten der Antragsgegnerin getroffene Entscheidung mitausschlaggebend war, die Stelle nicht mit dem Antragsteller, sondern mit einem internen Bewerber zu besetzen, konnte seitens der Antragsgegnerin glaubhaft dargestellt werden.

Auf Grund der Nichterfüllung des Anstellungserfordernisses „*fluent in German*“ – welches per se keinen Konnex zur ethnischen Zugehörigkeit einer Person herstellt, sondern auf das neutrale Kriterium der Beherrschung einer bestimmten Sprache abstellt – liegt eine mit der ethnischen Zugehörigkeit des Antragstellers nicht in Verbindung stehende und **sachlich gerechtfertigte Entscheidungsgrundlage** der Antragsgegnerin vor, weshalb das Vorliegen einer Diskriminierung des Antragstellers auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit zu verneinen war.

In diesem Zusammenhang ist allerdings festzustellen, dass mehr Transparenz gegenüber den BewerberInnen sowie der Hinweis auf ein mögliches „Hiring Freeze“ im Bewerbungsprozess der Antragsgegnerin wesentlich dazu beitragen würde, den BewerberInnen den Eindruck zu vermitteln, dass die Auswahl zwischen den BewerberInnen diskriminierungsfrei erfolgt. Dies gilt auch für jede unbedachte, missverständliche Formulierung, wie jene im Feedback von Herrn C an den Antragsteller, welche künftig daher tunlichst unterbleiben sollte.

Hinsichtlich des vom Antragstellers vorgebrachten **Belästigungsvorwurfs** durch die Aussage im E-Mail vom 15. Mai 2019 von Herrn C, dass die Y-er KollegInnen nur einen „*native speaker*“

akzeptieren würden, gelangte der Senat zu der Auffassung, dass eine solche Formulierung in einem E-Mail-Kontakt, die den Abschluss der in Bezug auf den Bewerbungsprozess vorliegenden und bis dahin für beide Seiten völlig problemlosen Kommunikation darstellt, zweifelsohne zu nicht unerheblichen Missverständnissen führen kann, als solches aber nicht dazu geeignet ist, die Tatbestandsvoraussetzung der Schaffung eines einschüchternden, feindseligen, entwürdigenden, beleidigenden oder demütigenden Umfeldes für die betroffene Person im Sinne des § 21 GIBG zu verwirklichen.

Das Vorliegen einer Belästigung des Antragstellers auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit war daher zu verneinen.