

Senat II der Gleichbehandlungskommission**Anonymisiertes Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz**

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) beim Bundeskanzleramt hat über das Verlangen der GAW für Frau A (in der Folge: die Betroffene) wegen behaupteter Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG durch Frau Dr.ⁱⁿ B (in der 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, erkannt:

Eine Diskriminierung der Betroffenen auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses durch die Antragsgegnerin

liegt vor.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Im Verlangen der GAW wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die 1987 in der Türkei geborene und seit 1990 in Österreich lebende Betroffene österreichische Staatsbürgerin sei und von 2003-2005 die Ausbildung zur zahnärztlichen Assistentin an der Universitätsklinik ... absolviert habe und anschließend in diesem Beruf tätig gewesen sei.

Folgendes Zeitungsinserat sei von der Antragsgegnerin geschalten worden:
„Zahnarzt-Assistentin gesucht. Abgeschlossene Ausbildung, in Terminvereinbarung Tel.“

Nachdem die Betroffene über die geforderte Ausbildung verfügt habe und der mögliche Arbeitsplatz auch in ihrer Heimatstadt gelegen sei, habe sie noch am

selben Tag gegen 13.00 Uhr telefonisch die Ordination der Antragsgegnerin kontaktiert.

Zu diesem Zeitpunkt sei nur die Sprechstundenhilfe anwesend gewesen, die sie ersucht habe, in 30-45 Minuten nochmals anzurufen. Beim zweiten Versuch habe sie die Antragsgegnerin erreicht und Interesse an der ausgeschriebenen Stelle bekundet, zumal sie über die erforderliche Ausbildung verfüge.

Die Antragsgegnerin habe anfangs durchaus positiv reagiert und gemeint, es wäre gut, wenn die Betroffene zu einem Vorstellungsgespräch komme und habe um Nennung des Namens ersucht. Als die Betroffene ihren Namen genannt habe, sei es kurz still „auf der anderen Seite“ geworden. Daraufhin habe sich die Antragsgegnerin erkundigt, ob die Betroffene „von hier“ sei. Diese habe geantwortet, dass sie österreichische Staatsbürgerin, allerdings in der Türkei geboren sei. In weiterer Folge habe die Antragsgegnerin erklärt, dass sie kein Interesse an türkischen MitarbeiterInnen habe. Die Betroffene habe sich stark irritiert erkundigt, ob sie damit sagen wolle, dass sie generell keine Bewerbungen von „ausländischen Personen“ akzeptiere. Dies sei von der Antragsgegnerin verneint und dahingehend korrigiert worden, dass dies nur für TürkinInnen gelte.

Die Betroffene habe schließlich versucht noch einzuwenden, dass ihr durch die Einstellung einer Person mit türkischem Migrationshintergrund ja auch Vorteile erwachsen würden. Dies könne einen Zuwachs bei den PatientInnen bedeuten und sie würde auch als Dolmetscherin zur Verfügung stehen. Daraufhin sei abermals ausgesprochen worden, dass sie einfach kein Interesse an türkischen MitarbeiterInnen habe und es jetzt auch keinen Sinn mache zu einem Bewerbungsgespräch vorbeizukommen.

Auf ein Interventionsschreiben der GAW habe die rechtsfreundlich vertretene Antragsgegnerin die Fragen zur Herkunft nicht in Abrede gestellt. Als Begründung für die Ablehnung der Bewerbung seien jedoch im Wesentlichen nicht vorhandene Erfahrungen der Betroffenen mit zahntechnischen Arbeiten vorgebracht und es sei mitgeteilt worden, dass die neue Mitarbeiterin eine wesentlich längere und umfangreiche Vorpraxis aufweise und auch die erwähnte zahntechnische Ausbildung absolviert habe.

Dazu sei seitens der GAW festzuhalten, dass der zwischen den unterschiedlichen Qualifikationen der beiden Bewerberinnen gezogene Vergleich in dieser Form nicht

möglich wäre. Die Betroffene sei im Zuge des Telefonats weder nach der Länge ihrer Berufspraxis noch nach einer etwaigen Zusatzausbildung als Zahntechnikerin gefragt worden. In Ermangelung eines Vorstellungsgesprächs bzw. ohne Lebenslauf könne der in der Stellungnahme erfolgte Rückschluss also bloß eine Vermutung darstellen. Am Telefon habe die Betroffene lediglich Auskunft darüber gegeben, dass sie die Ausbildung abgeschlossen habe, aber nicht wann dies erfolgt sei bzw. ob sie seitdem Berufserfahrung gesammelt habe.

Es müsse daher davon ausgegangen werden, dass mangels detaillierter Informationen über den beruflichen Werdegang der Betroffenen ausschließlich auf die Herkunft abgestellt worden sei und eine unmittelbare Diskriminierung vorliege. Dies werde insbesondere deutlich, wenn man sich vor Augen führe, dass die Antragsgegnerin relativ rasch eine Einladung zu einem persönlichen Gespräch ausgesprochen und diese just dann wieder zurückgenommen habe, als sie den Namen der Bewerberin erfragt habe. Die Antragsgegnerin habe sehr deutlich ausgesprochen, warum sie das Gespräch nun doch nicht führen wollte. Sie habe unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie es grundsätzlich ablehne, Personen mit türkischem Migrationshintergrund in ihrer Ordination zu beschäftigen. Die Betroffene lebe seit ihrem dritten Lebensjahr in Österreich, habe die gesamte Schul- und Berufsausbildung hier absolviert und spreche akzentfreies Deutsch mit ... Einschlag. Folglich habe sich für die Antragsgegnerin auch der Hinweis auf einen möglichen Migrationshintergrund erst mit der Bekanntgabe des Vor- und Familiennamens ergeben.

Die im Zuge eines Bewerbungsverfahrens gerichteten Fragen des potentiellen Arbeitgebers bezüglich der Herkunft einer Person greifen dann unberechtigt in geschützte Rechtspositionen von BewerberInnen ein, wenn der Arbeitgeber dadurch lediglich Vorurteile gegenüber bestimmten ethnischen Gruppen oder eine generell fremdenfeindliche Einstellung artikulieren und Angehörige solcher Gruppen aus dem Personalauswahlverfahren ausgrenzen wolle.

Folgt man der Judikatur des EuGH so sind direkt an BewerberInnen gestellte Fragen nach ihrer ethnischen Herkunft in aller Regel als unzulässig zu qualifizieren.

Unabhängig vom hier zu prüfenden Diskriminierungsfall sei im Interventionsschreiben auch darauf aufmerksam gemacht worden, dass das

vorliegende Stelleninserat einen Verstoß gegen das Gebot der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung gem. § 9 GIBG darstelle.

Die diesbezügliche Argumentation in der Stellungnahme der Antragsgegnerin löse großes Befremden aus, zumal die dahinterliegende Absicht des Gesetzgebers zur Erlassung dieser Bestimmung inkl. daran angeknüpftes Verwaltungsstrafverfahrens, die darauf abziele, Geschlechterrollen zu bekämpfen und typisch frauen- oder männerdominierte Berufe für das jeweils andere Geschlecht zu öffnen, scheinbar keineswegs verstanden worden sei.

Die Antragsgegnerin brachte in ihrer schriftlichen Stellungnahme im Wesentlichen vor, dass es sein möge, dass die Betroffene vorerst versucht habe, die Antragsgegnerin telefonisch zu erreichen. Tatsächlich sei die Betroffene überraschend vor der Antragsgegnerin gestanden, als diese von einer Behandlung ins Vorzimmer gekommen sei und habe die Antragsgegnerin hartnäckig in Beschlag genommen und sich geriert, als ob sie Anspruch auf ein Dienstverhältnis bei der Antragsgegnerin habe. Die türkische Herkunft der Betroffenen sei dadurch zur Sprache gekommen, dass der Antragsgegnerin deren ausgezeichnete Deutschkenntnisse vor dem Hintergrund ihres Namens aufgefallen wären. Dass die Betroffene weniger Erfahrung als die aufgenommene Bewerberin habe, sei auf Grund ihres jugendlichen Aussehens offensichtlich gewesen. Die andere Bewerberin sei der Antragsgegnerin überdies als Tochter eines Kollegen bekannt gewesen. Abschließend wurde vom rechtsfreundlichen Vertreter der Antragsgegnerin noch ausgeführt, dass „Türken keine Ethnie“ seien, dass „ZahnarztassistentIn“ de facto ein weiblicher Beruf sei und es daher als „blanker Formalismus“ erscheine, der Antragsgegnerin das von dieser geschaltene ausschließlich weiblich formulierte Inserat („Zahnarztassistentin“) vorzuwerfen.

Die Betroffene bestätigte inhaltlich die im Verlangen der GAW geschilderten Vorkommnisse rund um das nur wenige Minuten dauernde Telefonat mit der Antragsgegnerin. Auffallend für den Senat war bei ihrer Befragung vor allem ihr ausgesprochen liebenswert und sympathisch wirkender ... Akzent, der den Wahrheitsgehalt ihrer Schilderungen des Telefonats implizit in eindrucksvoller Weise bestätigte – nämlich durch die Tatsache, dass auf Grund ihrer Aussprache am

Telefon niemand auf die Idee kommen würde, dass sie keine gebürtige Österreicherin sein könnte.

Die Antragsgegnerin hat ihrer zweimaligen Ladung als Auskunftsperson nicht Folge geleistet, weshalb das Verfahren ohne ihre mündliche Aussage fortgesetzt und abgeschlossen wurde.

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 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 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 daher unerlässlich sein, sich mit allenfalls vorhandenen negativen Stereotypisierungen von Personengruppen auseinanderzusetzen.

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.

Gemäß den Beweislastregeln des GIBG obliegt jener Person, die eine Diskriminierung behauptet, die Glaubhaftmachung derselben, wohingegen die Gegenseite den Beweis zu erbringen hat, dass ein anderes als das behauptete Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war.

In diesem Zusammenhang kommt der mündlichen Befragung der Beteiligten und dem Eindruck, den der erkennende Senat von ihnen gewinnt, eine Schlüsselrolle bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Vorbringens zu.

Im vorliegenden Fall war der Senat einerseits mit den glaubwürdig geschilderten Darstellungen des Telefonats durch die Betroffene – und insbesondere auch mit deren „einwandfreiem ... Akzent“ – konfrontiert, wohingegen seitens der Antragsgegnerin im GBK-Verfahren zunächst gar keine Stellungnahme abgegeben und erst bei Ankündigung der „Säumnisfolgen“ in der zweiten Ladung die oben

zitierte Stellungnahme vorgelegt worden ist, die dem Senat jedoch im Hinblick auf die zuvor der GAW gegenüber angegebene Darstellung völlig un schlüssig erscheint.

Die Darstellung, dass die Betroffene nun plötzlich in der Praxis der Antragsgegnerin aufgetaucht und diese mit Beschlag belegt haben soll, erscheint dem Senat – da diese Schilderung der Vorgänge der GAW gegenüber nicht erfolgt ist – schlicht nicht glaubwürdig, sondern als nachträglich erfundene Schutzbehauptung, um zu untermauern, warum die Betroffene nicht eingestellt worden sei.

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.

Dem Senat obliegt es nicht, in diesem Fall konkret zu beurteilen, ob die Betroffene tatsächlich die bestgeeignete BewerberIn gewesen wäre. Auf Grund des vom Senat als erwiesen angesehenen Inhalts des von der Betroffenen glaubwürdig und lebensnah geschilderten Telefonats mit der Antragsgegnerin ist jedoch davon auszugehen, dass die Betroffene – wie von dieser behauptet – nur auf Grund ihrer ethnischen Zugehörigkeit und ohne weitere Prüfung ihrer Qualifikationen aus dem Bewerbungsprozess ausgeschieden wurde.

Gerade derartigen durch Vorurteile gegenüber bestimmten Bevölkerungsgruppen motivierten Handlungsweisen von ArbeitgeberInnen soll jedoch durch das Diskriminierungsverbot des Gleichbehandlungsgesetzes Einhalt geboten werden, um einen fairen und diskriminierungsfreien Zugang zum Arbeitsmarkt für den vom GIBG geschützten Personenkreis - wozu entgegen der in der Stellungnahme zum Ausdruck gebrachten Meinung des Rechtsvertreters der Antragsgegnerin selbstverständlich auch TürkInnen zählen - sicherzustellen!

Die Definition ethnischer Diskriminierung ist gemäß den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage, Seite 14, „stärker kulturell orientiert. Adressaten der Diskriminierung sind Personen, die als fremd wahrgenommen werden, weil sie auf Grund bestimmter Unterschiede von der regionalen Mehrheit als nicht zugehörig angesehen werden. Sie knüpft überwiegend an Unterschiede an, die auf Grund von Abstammungs- oder Zugehörigkeitsmythen als natürlich angesehen werden und die die betroffenen Personen nicht ändern können.

Häufige Erscheinungsformen sind Diskriminierungen wegen der Hautfarbe und anderer äußerer Merkmale sowie wegen einer als fremd angesehenen Muttersprache. Auch bei Ethnien handelt es sich um „imaginierte Gemeinschaften“, die durch Bekenntnis oder Fremdzuschreibung entstehen können und sich nicht allein auf biologische oder sonstige tatsächliche Unterscheidungen stützen können. Sie bezieht sich auf Gemeinsamkeiten von Menschen, die sich auf Grund ihrer Hautfarbe, Herkunft, Religion, Sprache, Kultur oder Sitten ergibt.“

Im Hinblick auf das glaubwürdige Vorbringen der Betroffenen geht der Senat daher davon aus, dass das antragsgegenständliche Telefonat tatsächlich in der von der Betroffenen behaupteten Weise stattgefunden hat und ist daher zur Auffassung gelangt, dass somit eine Diskriminierung der Betroffenen auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses durch die Antragsgegnerin vorliegt.

Vorschlag:

Es wird daher die Zahlung eines angemessenen Schadenersatzes an die Betroffene sowie eine eingehende Befassung der Antragsgegnerin mit dem Gebot der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung gemäß § 9 GIBG vorgeschlagen.

Binnen 2 Monaten ab Zustellung des Prüfungsergebnisses ist dem Senat darüber schriftlich zu berichten.