

Senat I der Gleichbehandlungskommission
Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz
(BGBl. Nr. 108/1979 idgF)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 23. März 2021 über den am 11. März 2019 eingelangten Antrag der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **A (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes, der ethnischen Zugehörigkeit und der Religion bei der Berufsberatung, Berufsausbildung, beruflichen Weiterbildung und Umschulung außerhalb eines Arbeitsverhältnisses** gemäß §§ 4 Z 1 und 18 Z 1 GIBG (BGBl. I Nr. 66/2004 idgF) durch **den Verein Z (Erstantragsgegner)** sowie **durch eine Belästigung durch Dritte** gemäß §§ 7 Abs. 1 Z 4 und 21 Abs. 1 Z 4 GIBG durch **Mag.^a Y (Zweittragsgegnerin)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idgF), zu GZ GBK I/876/19-M, zu folgendem

PRÜFUNGSERGEBNIS:

1. **A ist aufgrund des Geschlechtes und der Religion bei der Berufsberatung, Berufsausbildung, beruflichen Weiterbildung und Umschulung außerhalb eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 4 Z 1 GIBG iVm § 18 Z 1 GIBG durch den Verein Z diskriminiert worden.**
2. **A ist aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Berufsberatung, Berufsausbildung, beruflichen Weiterbildung und Umschulung außerhalb eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 18 Z 1 GIBG durch den Verein Z diskriminiert worden.**
3. **A ist nicht aufgrund des Geschlechtes und der Religion durch eine Belästigung durch Dritte gemäß § 7 Abs. 1 Z 4 GIBG iVm § 21 Abs. 1 Z 1 GIBG durch Mag.^a Y diskriminiert worden.**
4. **A ist nicht aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit durch eine Belästigung durch Dritte gemäß § 21 Abs. 1 Z 1 GIBG durch Mag.^a Y diskriminiert worden.**

Dies ist eine gutachterliche Feststellung. Es handelt sich hierbei im Sinne der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes¹ nicht um einen Bescheid.

¹ Vgl. z.B. VfSlg. 19.321.

VORBRINGEN

Im Antrag wurde im Wesentlichen Folgendes vorgebracht:

Die Antragstellerin habe sich im Oktober 2018 für den beim Erstantragsgegner angebotenen Lehrgang zur Kindergruppenbetreuerin beworben, der im Februar 2019 begonnen habe. Nachdem die Antragstellerin ihre Bewerbungsunterlagen geschickt gehabt habe, sei sie persönlich beim Erstantragsgegner gewesen, um eine schriftliche Prüfung zu absolvieren. Bei diesem Termin am 13. November 2018 habe die Antragstellerin auch ein längeres Gespräch mit X gehabt. Dieses Gespräch sei sehr positiv verlaufen, X habe der Antragstellerin mitgeteilt, dass sie sie gerne in den Lehrgang aufnehmen und bei positiver Absolvierung der Prüfung zum Bewerbungsgespräch mit der Zweitantragsgegnerin schicken würde; allerdings sei X auch auf das muslimische Kopftuch der Antragstellerin zu sprechen gekommen. Sie habe betont, dass dieses bei der Ausbildung „kein Problem“ wäre, sie solle nur beim Gespräch mit der Zweitantragsgegnerin das Kopftuch nach hinten binden, damit sie „eine Chance hätte, aufgenommen zu werden“. Einen sachlichen Grund dafür habe sie ihr nicht genannt; die Antragstellerin habe sich gewundert, habe aber zugesagt, ihr Kopftuch nach hinten zu binden.

Noch am gleichen Tag habe die Antragstellerin ein Mail vom Erstantragsgegner erhalten, unterzeichnet von W, in dem ihr gratuliert worden sei, dass sie den schriftlichen Teil des Aufnahmeverfahrens positiv absolviert hätte und nun noch – am 15. November – zu einem mündlichen Bewerbungsgespräch mit der Lehrgangsheiterin, der Zweitantragsgegnerin, eingeladen werde, dem Mail sei auch ein diesbezügliches Schreiben mit Tipps zur Vorbereitung beigefügt gewesen. Das Mail von W habe auch den Satz enthalten: „Bitte kommen Sie ganz pünktlich da es keinen Warteraum gibt und darf ich Sie an Frau X Ersuchen bezüglich Ihres Kopftuches erinnern.“ Die Antragstellerin habe sich über die große Bedeutung gewundert, die ihr Kopftuch offenbar in diesem Bewerbungsverfahren gehabt habe, da dies mit ihrer fachlichen Eignung nichts zu tun gehabt habe. Trotzdem habe sie sich sehr über den bestandenen schriftlichen Test gefreut, da sie bereits ein Jahr als Assistentin in einer Kindergruppe tätig gewesen gewesen sei und von dort eine Zusage erhalten habe, nach Abschluss der KindergruppenbetreuerInnenausbildung bei Personalbedarf eine Stelle zu erhalten.

Am 15. November 2018 sei die Antragstellerin zum Bewerbungsgespräch erschienen. Sie habe beim Warten bereits ihr Kopftuch gelockert, um dieses nach hinten zu binden. In diesem Moment habe die Zweitantragsgegnerin die Türe geöffnet. Die Antragstellerin habe gesagt, dass sie gerade ihr Kopftuch nach hinten binde; daraufhin habe die Zweitantragsgegnerin in strengem Ton gesagt, dass sie es „gleich ganz ausziehen“ solle. Die Antragstellerin sei darauf nicht eingestellt gewesen und hatte dies auch nicht vorgehabt, sie habe sich jedoch eingeschüchtert gefühlt und auch ihre Chancen auf die Aufnahme in den Lehrgang nicht schmälern wollen, daher habe sie das Kopftuch abgenommen. Sie habe sich dabei aber nicht wohlgeföhlt, da sie dies nicht aus eigener Entscheidung getan habe, sondern weil sie sich dazu genötigt geföhlt

habe. Sie habe dies auch als Missbilligung der Zweitantragsgegnerin gegenüber ihrer Religion sowie ihres Auftretens als Frau wahrgenommen.

Das Gespräch mit der Zweitantragsgegnerin habe begonnen und die Antragstellerin habe bemerkt, dass diese hauptsächlich über ihr Kopftuch sprechen habe wollen. Auch ihre Kleidung und ihre Deutschkenntnisse habe die Zweitantragsgegnerin zum Thema gemacht. Sie habe die Antragstellerin gefragt, ob sie immer „so lange, dunkle Kleider“ trage und ob sie meine, dass ihre Deutschkenntnisse für die Ausbildung ausreichend seien. Die Antragstellerin sei über diese Fragen sehr verwundert gewesen; sie trage unterschiedliche Kleidung und besitze ausgezeichnete Deutschkenntnisse. Die Antragstellerin stamme aus Land 2, lebe seit 15 Jahren in Österreich und habe hier Volks- und Hauptschule erfolgreich abgeschlossen.

Die Antragstellerin habe sich bemüht, das Gespräch auf das eigentliche Thema, nämlich ihre beruflichen Erfahrungen in der Kindergruppe, ihre Motivation, mit Kindern arbeiten zu wollen und ihre Eignung für die angestrebte Ausbildung, zu lenken; dies sei ihr aber nicht gelungen. Die Zweitantragsgegnerin sei beharrlich beim Thema ihres muslimischen Kopftuches geblieben, habe sich jedoch andererseits mehrmals beschwert, dass das Gespräch nur um das Kopftuch kreise. Die Antragstellerin habe den Eindruck, dass die Zweitantragsgegnerin auf sie wütend gewesen seien; sie sei durchgehend sehr unfreundlich zu ihr gewesen. Sie habe die Antragstellerin gefragt, ob sie wisse, wieso ihr Kopftuch „ein Problem“ sei, was diese mit nein beantwortet habe; daraufhin habe die Zweitantragsgegnerin gemeint, dass dies pädagogische Gründe habe; dies habe die Antragstellerin nicht verstanden, vor allem, da sie ja ohnehin bereit gewesen sei, das Kopftuch während ihrer Arbeitstätigkeit abzulegen. Die Zweitantragsgegnerin habe der Antragstellerin dann vorgehalten: „Sie würden ja auch nicht Rauchen und Alkohol vor den Kindern trinken.“ Die Antragstellerin sei über diesen Vergleich entsetzt gewesen, da dieser für sie vollkommen unpassend gewesen sei, habe darauf jedoch nichts gesagt, da sie sich sehr unter Druck gefühlt habe. Die Zweitantragsgegnerin habe weiter gefragt, was die Antragstellerin tun würde, wenn die Kindergruppe einen Ausflug machen würde, die Antragstellerin habe geantwortet, dass sie dann ihr Kopftuch anlegen würde. Daraufhin habe die Zweitantragsgegnerin sie gefragt, ob sie stattdessen auch eine Haube tragen könnte und die Antragstellerin habe dies bejaht. Sie habe stark den Eindruck gehabt, dass diese Antwort die Zweitantragsgegnerin neuerlich sehr verstimmt habe, da diese nun gemeint habe, dass sie, die Zweitantragsgegnerin, letztlich das Ausbildungszertifikat unterschreiben müsse und da sie nur hier und jetzt darüber urteilen könne, wie die Antragstellerin sich verhalte, könne sie bei der Ausbildung auch kein Kopftuch tragen und bei einem Praktikum ebenfalls nicht.

Die Antragstellerin sei im Verlaufe des Gespräches immer irritierter und verzweifelter worden, auch, da sie von X andere Informationen erhalten gehabt habe, was sie aber in dieser Situation nicht zu sagen gewagt habe. Sie habe sich schließlich nicht mehr auf das Gespräch konzentrieren können, da sie sich von der Zweitantragsgegnerin extrem auf ihr muslimisches Kopftuch

reduziert, sehr ungerecht behandelt und persönlich herabgewürdigt gefühlt habe. Sie sei traurig und enttäuscht gewesen und habe den Eindruck gehabt, die Zweitantragsgegnerin stelle sie so dar, als wäre sie mit dem muslimischen Kopftuch nicht würdig, Kinder zu betreuen. Dies, obwohl sich die Antragstellerin sehr bemüht gehabt habe, alles richtig zu machen und ihr Kopftuch ohnehin abgelegt gehabt habe.

Schließlich habe die Zweitantragsgegnerin gefragt, was die Antragstellerin tun würde, wenn eine Ausbildungskollegin im Unterricht zu weinen beginnen würde. Die Antragstellerin sei mittlerweile so irritiert gewesen, dass sie keine fachliche Antwort mehr geben habe können, woraufhin die Zweitantragsgegnerin gemeint habe, dass sie wohl mit ihren Gedanken nur mehr beim Kopftuch sei und nicht mehr professionell antworten könne und dass das Gespräch zu Ende sei. Die Antragstellerin habe dann gesagt, dass ja noch Zeit sei bis zur Ausbildung und sie durchaus professionell auftreten könne; aber die Zweitantragsgegnerin habe nur gemeint, das Gespräch habe jetzt stattgefunden und sie sei offenbar nun nicht mehr ansprechbar. Daraufhin habe die Antragstellerin ihre Tasche genommen und völlig entsetzt mit einem gemurmelten Gruß das Zimmer verlassen. Bereits etwa eine Stunde nach diesem Gespräch habe die Antragstellerin eine Absage für die Ausbildung erhalten.

Die Antragstellerin habe sich daraufhin an die GAW gewandt. Ein Briefwechsel zwischen dieser und dem Erstantragsgegner habe keine Klärung gebracht.

Seitens des Erstantragsgegners sei in der Stellungnahme der Rechtsvertretung hervorgehoben worden, dass die Antragstellerin der deutschen Sprache „nicht ausreichend“ mächtig sei und im Bewerbungsgespräch „kaum eine verständliche Antwort geben konnte“. Daraus werde folgender Schluss gezogen: „Sie hätte sohin weder der Ausbildung und den Lehrgängen folgen können, noch mit den Kindern, die sie zu betreuen hätte, kommunizieren können.“

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der rechtsfreundlichen Vertretung des Erstantragsgegners und der Zweitantragsgegnerin übermittelten Stellungnahme vom 10. April 2019 bestritten diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und traten ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Wie bereits im Schreiben an die GAW vom 23. Jänner 2019 beschrieben, sei der Erstantragsgegner ein Verein, bei welchem die Gleichbehandlung von Menschen ein zentrales und wichtiges Thema sei. Gerade in der Erziehung von Kindern sei es wichtig, die Vielfalt des Lebens zu zeigen und Toleranz zu lehren.

Im derzeit laufenden Lehrgang finden sich 17 Frauen und ein Mann, der in Zusammensetzung als multikulturell bezeichnet werden könne.

Es finden sich viele Frauen mit muslimischen Glauben, wovon drei Frauen ein muslimisches Kopftuch tragen, eine Inderin und mindestens vier Orthodoxe.

Den Lehrgang, für welchen sich die Antragstellerin beworben habe, haben im Jahr 2018 18 Personen abgeschlossen, wobei zwei Personen ein Kopftuch getragen haben.

Im Zentrum des Bewerbungsprozesses stehe vor allem, ob sich eine Person als geeignet zeige, sich im Zuge dieser Ausbildung selbst zu entwickeln und die erlernten Fachkenntnisse anzuwenden. Der Erstantragsgegner sei gesetzlich verpflichtet, unter anderem diese Eignung zu überprüfen.

Ziel des Lehrgangs sei es, Frauen und Männer zu Kindergruppenbetreuer*innen sowie Tagesmüttern und Tagesvätern auszubilden.

Vorgabe für die Ausbildung sei der Leitfaden der MA 11 Kinder, Jugend und Familie der Wiener Tagesbetreuungsverordnung 2016 (WTBVO 2016).

Unter Punkt 2.2. sei normiert, dass sich die MA 11 von den Ausbildungsorganisatorinnen eine Auseinandersetzung mit den multiplen Ansprüchen in der elementarpädagogischen Kinderbetreuung, ein konstruktives Einfließen in die Ausbildungslehrgänge und eine praktische Umsetzung der gewonnenen Erkenntnisse erwarten. Damit komme den Ausbildungsorganisatorinnen eine wichtige Rolle zu, um die Qualität der privaten Kinderbetreuung auf hohem Niveau zu erhalten.

Die Auszubildenden sollen qualifiziert werden, um im späteren Berufsleben den ihnen anvertrauten Kindern einen Raum anzubieten, der auf ihre individuellen kindergerechten Bedürfnisse abgestimmt sei. Die ausgebildeten Betreuungspersonen müssen den Kindern eine Betreuung auf hohem Niveau zukommen lassen.

Dieser Wiener Bildungsplan diene der Konkretisierung der im Wiener Kindergartengesetz angeführten Aufgaben des Kindergartens. Der Erstantragsgegner nehme sich ganz besonders den Punkt 2.4. des Leitfadens zu Herzen und habe es sich als Ziel gesetzt, diese Vorgaben umfassend zu erfüllen.

In Punkt 2.4. sei normiert, dass es essentiell sei, den zukünftigen Betreuungspersonen sowohl Kenntnis zu einem wertschätzenden Umgang in der Kinderbetreuung zu vermitteln, als auch die Vielfalt der Betreuungspersonen als wertvolle Chance anzusehen. Bereits Kinder erfahren die Unterschiedlichkeit der Mitglieder ihrer Gesellschaft.

Für Kinder sei es enorm wichtig, die Emotionen und Stimmungen der Personen gegenüber zu erkennen, zu sehen und mit ihnen interagieren zu können.

Allein aus diesem Grund sei die Antragstellerin gebeten worden, das Kopftuch nach hinten zu binden, dies allerdings nur zum Zweck, um gut miteinander kommunizieren zu können. Keinesfalls sei verlangt worden, das Kopftuch abzunehmen.

Die Antragstellerin habe das Tragen des Kopftuchs thematisiert und nicht die Zweitantragsgegnerin, die das Bewerbungsgespräch geführt habe. Der Zweitantragsgegnerin sei die Eignung der Auszubildenden wichtig und nicht, ob diese ein Kopftuch trage oder nicht. Beurteilt werden das Verhalten anderen Menschen gegenüber, die Aufgeschlossenheit im Zusammenhang mit den Ausbildungszielen und der Umgang mit anderen Menschen.

Die Antragstellerin sei nicht in der Lage gewesen, entsprechend den Ausbildungszielen ein sachliches Gespräch zu führen. Sie habe auf Fragen nicht geantwortet und sei plötzlich ansatzlos und ohne Gruß und Türe schmetternd aus dem Raum gelaufen. Deshalb sei auch ein weiterführendes klärendes Gespräch nicht möglich gewesen. Gerade in der Erziehung mit Kindern sei es aber notwendig, als gutes Beispiel voranzugehen und miteinander zu sprechen. Der Leitfaden sehe auch vor, dass Bewerberinnen auf die persönliche Eignung für den Besuch der Ausbildung überprüft werden.

In diesem Zusammenhang seien folgende Punkte (Punkt 3.5. des Leitfadens) relevant:

- Seelische und körperliche Gesundheit
- Interesse und Freude an der Erziehungs- und Bildungsarbeit mit Kindern
- Zuverlässigkeit und Verantwortungsbewusstsein
- Bereitschaft zur Selbstreflexion und Weiterbildung

Gerade die Zuverlässigkeit und das Verantwortungsbewusstsein sowie die Bereitschaft zur Selbstreflexion liegen bei der Antragstellerin keinesfalls vor, was das letzte Gespräch gezeigt habe. Aus diesen Gründen sei die Antragstellerin abgelehnt worden.

Die Antragstellerin sei bis dato als Kindergartenassistentin tätig gewesen.

Kindergartenassistentinnen haben keine gesetzlich normierte Ausbildung, arbeiten unterstützend in der Kinderpflege und Reinigung und arbeiten nie alleine. Sie seien nicht involviert in die Bildungsarbeit und dürfen dies auch gar nicht.

Die gegenständliche Ausbildung führe dazu, dass der Abschluss des Lehrgangs berechtigt, als Kindergruppenbetreuerin, Tagesmutter oder Tagesvater tätig zu sein. Es sei hier sohin enorm wichtig, die Eignungen für eine Bildungsarbeit mit Kindern vorzuweisen bzw. auch die Möglichkeit, sich im Zuge einer Ausbildung zu entwickeln.

Darüber hinaus sei auch vorgesehen, dass die Auszubildenden, über perfekte Deutschkenntnisse bzw. sehr gute Deutschkenntnisse verfügen, die Antragstellerin habe dies in ihrer Bewerbung angeführt, aber es habe sich dann im Zuge des Bewerbungsgesprächs gezeigt, dass diese nicht über ausreichende Deutschkenntnisse verfüge.

Die Ablehnung der Antragstellerin sei sohin nach gesetzlich vorgegebenen Richtlinien und nicht aufgrund einer Benachteiligung aufgrund der Religion erfolgt.

Die Zweitantragsgegnerin sei diejenige, die im Zuge des Bewerbungsgesprächs folgende Punkte abzuschätzen habe:

- Kann die Kandidatin voraussichtlich dem Lehrgang folgen und ihn beenden?
- Kann die Kandidatin voraussichtlich eine professionelle Identität entwickeln oder erweitern, um alleine mit Kindern im elementarpädagogischen Bereich zu arbeiten bzw. eine Gruppe zu führen, sowie die Anforderungen einer Bildungsperson zu erfüllen?
- Kann die Person voraussichtlich die theoretischen und praktischen Anforderungen einer Kinderbetreuungsperson (zB Arbeit mit verunsicherten Eltern) erfüllen, die einerseits das Wohl des Kindes keinesfalls gefährden, andererseits den Erwerb von Bildungsinhalten ermöglichen sowie integrierende Elternarbeit berücksichtigen?

Bereits in Einem werde zum jetzigen Zeitpunkt mitgeteilt, dass sich die Antragstellerin nach Verbesserung ihrer Deutschkenntnisse sowie Verbesserung ihrer persönlichen Reife (Seminargesuche wären möglich oder Einzelberatung) werde bewerben können. Die Absage, die gegenständlich vorliege, beinhalte auch keine endgültige Absage, sondern nur eine Absage für den derzeitigen Lehrgang. Abschließend versichern der Erstantragsgegner und die Zweitantragsgegnerin, dass die Abnahme des Kopftuches keine Voraussetzung für die Teilnahme am Lehrgang sei.

PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen der Antragstellerin, des Erstantragsgegners und der Zweitantragsgegnerin sowie die mündliche Befragung der Antragstellerin, von Geschäftsführerin V (informierte Vertreterin des Erstantragsgegners) und der Zweitantragsgegnerin vom 23. März 2021. Als weitere Auskunftsperson wurde X am 23. März 2021 befragt. Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf das Mail von W an die Antragstellerin vom 13. November 2018, das Informationsschreiben des Erstantragsgegners zum Aufnahmegespräch mit der pädagogischen Leiterin, die Notizen der Zweitantragsgegnerin zum Aufnahmegespräch mit der Antragstellerin am 15. November 2018, das Absageschreiben des Erstantragsgegners vom 15. November 2018, das Bestätigungsschreiben der Kindergruppe ... vom 20. November 2018, die Stellungnahme der AntragsgegnerInnen an die GAW vom 23. Jänner 2019, die Stellungnahme der AntragsgegnerInnen vom 1. März 2021, den Leitfaden der MA11 Kinder, Jugend und Familie zur Wiener Tagesbetreuungsverordnung 2016 (WTBVO 2016), den Leitfaden „Werte leben, Werte bilden – Wertebildung im Kindergarten“, das Informationsschreiben zum Aufbau des Aufnahmeverfahrens in den Lehrgang, den Lebenslauf der Antragstellerin sowie die Jahreszeugnisse der Berufsschule für Schönheitsberufe für die Schuljahre 2019/20 und 2020/21.

BEGRÜNDUNG²

Die im vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des Gleichbehandlungsgesetzes, BGBl. I Nr. 66/2004 idgF, lauten:

„§ 4. Auf Grund des Geschlechtes, insbesondere unter Bezugnahme auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat darf niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden

- 1. bei der Berufsberatung, Berufsausbildung, beruflichen Weiterbildung und Umschulung außerhalb eines Arbeitsverhältnisses [...]“*

„§ 7. (1) Eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes liegt auch vor, wenn eine Person durch geschlechtsbezogene Verhaltensweisen

[...]

- 5. durch Dritte außerhalb eines Arbeitsverhältnisses (§ 4) belästigt wird.*

(2) Geschlechtsbezogene Belästigung liegt vor, wenn ein geschlechtsbezogenes Verhalten gesetzt wird, das die Würde einer Person beeinträchtigt oder dies bezweckt, für die betroffene Person unerwünscht ist und

- 1. eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betroffene Person schafft oder dies bezweckt oder*
- 2. der Umstand, dass die betroffene Person eine geschlechtsbezogene Verhaltensweise seitens des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin oder Vorgesetzten oder Kolleg/inn/en zurückweist oder duldet, ausdrücklich oder stillschweigend zur Grundlage einer Entscheidung mit Auswirkungen auf den Zugang dieser Person zur Berufsausbildung, Beschäftigung, Weiterbeschäftigung, Beförderung und Entlohnung oder zur Grundlage einer anderen Entscheidung in der Arbeitswelt gemacht wird. [...]“*

„§ 18. Aus den im § 17 genannten Gründen darf niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden

- 1. bei der Berufsberatung, Berufsausbildung, beruflichen Weiterbildung und Umschulung außerhalb eines Arbeitsverhältnisses [...]“*

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

[...]

- 4. durch Dritte außerhalb eines Arbeitsverhältnisses (§ 18) belästigt wird.*

² Im weiteren Verlauf werden (akademische) Titel nicht weiter angeführt.

(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 eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne der §§ 4, 7, 18 und 21 GIBG beruft, diesen glaubhaft zu machen hat. Insoweit genügt daher nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (OGH) eine „Bescheinigung“ der behaupteten Tatsachen, 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 mehr für die Darstellung des/der Antragstellers/Antragstellerin sprechen als dagegen.³ Dem/der AntragsgegnerIn obliegt dann zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes von ihm/ihr glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.

Bei einer (sexuellen) Belästigung gilt davon abweichend, 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 I der GBK führte zwecks Überprüfung des Vorwurfes, die Antragstellerin sei im Zuge des Aufnahmegespräches für den Ausbildungslehrgang zur Kindergruppenbetreuerperson aufgrund ihres Kopftuches und ihrer Sprachkenntnisse diskriminiert worden, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem Sachverhalt aus:

Die Antragstellerin wurde am 11. Juli 1999 in Land 2 geboren. Sie ist muslimischen Glaubens und trägt ein muslimisches Kopftuch. Die Antragstellerin absolvierte von 2007 bis 2011 die Volksschule und von 2011 bis 2015 die Neue Mittelschule in Wien. Im Oktober 2014 machte sie ein fünftägiges Praktikum als Kindergartenpädagogin in der Kindergruppe Ab März 2017 arbeitete sie dort als Kindergruppenhelferin. Die Antragstellerin erhielt eine Zusage als Kindergruppenbetreuerin angestellt zu werden, sofern sie die Ausbildung positiv abschließt und Personalbedarf besteht.

³ Vgl. OGH 9 ObA 144/14p, Arb 13.203 mit weiteren Nachweisen.

Im Oktober 2018 bewarb sie sich beim Erstantragsgegner für den Lehrgang zur/zum KindergruppenbetreuerIn. Auf dem Bewerbungsfoto war die Antragstellerin mit Kopftuch abgelichtet.

Im Zuge des Aufnahmeverfahrens fanden am 13. November 2018 eine Vorstellung des Lehrgangs und im Anschluss daran ein schriftlicher Test sowie ein persönliches Gespräch mit X, welche die organisatorische Leitung des Lehrgangs überhat, statt. Ziel dieses Gesprächs sind die Motivation, Berufsvorstellungen, pädagogischen Wertehaltungen und sehr guten Deutschkenntnisse der InteressentInnen zu überprüfen. Voraussetzungen für den Besuch der Ausbildung gemäß § 3 WTBVO 2016 sind u.a. ein Mindestalter von 18 Jahren, die Erfüllung der allgemeinen Schulpflicht, ein positiver Pflichtschulabschluss und sehr gute Kenntnisse der deutschen Sprache in Wort und Schrift. Diese Kriterien wurden von der Antragstellerin erfüllt.

Neben diesen verpflichtenden Kriterien müssen die InteressentInnen persönlich geeignet sein, um die notwendigen Herausforderungen in der Kinderbetreuung bewältigen zu können (Punkt 3.5. des Leitfadens der MA11). Die persönliche und fachliche Eignung wird in einem Aufnahmegespräch mit der pädagogischen Leitung des Lehrgangs, der Zweitantragsgegnerin, überprüft. X ersuchte die Antragstellerin, in dem Gespräch mit der Zweitantragsgegnerin ihr Kopftuch nach hinten zu binden.

Ebenfalls am 13. November 2018 erhielt die Antragstellerin ein Mail von W, zuständig für „Aufnahme, Jobbörse Lehrgang“ beim Erstantragsgegner, in dem diese mitteilte, dass der schriftliche Aufnahmetest positiv sei und sie die Antragstellerin somit für den nächsten Teil des Aufnahmeprozesses, dem Aufnahmegespräch mit der Zweitantragsgegnerin, am 15. November 2019 um 10:30 Uhr einladen dürfe. Dem E-Mail war ein Informationsschreiben zum Aufnahmegespräch angeschlossen. Weiters enthielt das E-Mail folgenden Hinweis: *„Bitte kommen Sie ganz pünktlich da es keinen Warteraum gibt und darf ich Sie an Frau X Ersuchen bezüglich Ihres Kopftuches erinnern.“* (sic!)

Die Antragstellerin erschien am 15. November 2019 zum Aufnahmegespräch bei der Zweitantragsgegnerin. Sie war gerade dabei, ihr Kopftuch nach hinten zu binden, als die Zweitantragsgegnerin die Türe öffnete und sie hereinbat. Aufgrund einer Aussage der Zweitantragsgegnerin ging die Antragstellerin davon aus, das Kopftuch ganz abnehmen zu sollen. Nicht festgestellt werden konnte, wie lange das Gespräch zwischen der Antragstellerin und der Zweitantragsgegnerin dauerte. Das Kopftuch bzw. die Bekleidung der Antragstellerin waren Thema, ebenso die Deutschkenntnisse. Seitens der Zweitantragsgegnerin wurden jedoch keine Äußerungen getätigt, die objektiv den Tatbestand der Belästigung erfüllen. Die Antragstellerin war aufgrund der wiederholten Bezugnahme auf ihr Kopftuch irritiert und nicht mehr fähig fachliche Antworten zu geben. Sie fragte nach einem weiteren Termin in zwei Wochen, um das Gespräch zu wiederholen. Dies wurde mangels Ressourcen von der Zweitantragsgegnerin abgelehnt.

Unmittelbar nach dem Gespräch kontaktierte die Zweitantragsgegnerin ihre Teamkolleginnen X und W, um das Gespräch zu reflektieren. Die Antragstellerin erhielt am selben Tag, um 11:33 Uhr, ein E-Mail von W, in dem ihr mitgeteilt wurde „*leider können wir ihnen keinen Platz in unserer Ausbildung anbieten*“.

Seit dem Schuljahr 2019/20 absolviert die Antragstellerin eine Lehre als Kosmetikerin und Fußpflegerin. Die Antragstellerin schloss in den Schuljahren 2019/20 und 2020/21 das Fach „Deutsch und Kommunikation“ jeweils mit Sehr gut ab.

In **rechtlicher Hinsicht** ist der Sachverhalt wie folgt zu beurteilen:

1. Es liegt **eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes und der Religion bei der Berufsberatung, Berufsausbildung, beruflichen Weiterbildung und Umschulung außerhalb eines Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 4 Z 1 GIBG iVm § 18 Z 1 GIBG** durch den **Erstantragsgegner** vor.

§§ 4 Z 1 und 18 Z 1 GIBG normieren nach den Gesetzesmaterialien entsprechend dem Geltungsbereich in den §§ 1 Abs. 1 Z 2 und 16 Abs. 1 Z 2 GIBG das Diskriminierungsverbot für alle Formen und Ebenen der Berufsberatung, der Berufsausbildung, der betrieblichen Weiterbildung und der Umschulung einschließlich der praktischen Berufserfahrung.⁴

Ziel der §§ 1 Abs. 1 Z 2 und 16 Abs. 1 Z 2 GIBG sind die Verhinderung von möglichen Diskriminierungen im Zuge der Beschäftigung. So soll damit eine Segmentierung des Arbeitsmarkts, etwa nach dem Geschlecht oder ethnischen Gruppen durch Umschulungs- bzw. Weiterbildungsmöglichkeiten zumindest verringert werden.⁵

Die Berufsausbildung ist umfassend zu verstehen, sodass nicht nur Lehrberufe, sondern alle Ausbildungen, die einer konkreten Berufsausübung dienen, davon erfasst sind.⁶

Der vom Erstantragsgegner angebotene Ausbildungslehrgang für Kindergruppenbetreuerinnen und Tagesmütter oder Tagesväter fällt demnach unter den Begriff der Berufsausbildung.

Nach Auffassung des Senates war der vorliegende Fall unter dem Aspekt der intersektionellen Diskriminierung zu überprüfen. Diese bezieht sich auf eine Situation, in der mehrere Diskriminierungsgründe greifen und gleichzeitig miteinander so interagieren, dass sie nicht voneinander zu trennen sind.⁷ Im zu prüfenden Fall geht es um Diskriminierung aufgrund von Religion

⁴ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 4 Rz 3.

⁵ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 1 Rz 15.

⁶ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 1 Rz 16.

⁷ Vgl. Europäische Kommission (2007): Bekämpfung von Mehrfachdiskriminierung – Praktiken, Politikstrategien und Rechtsvorschriften, S. 17.

und Geschlecht. Aus einer intersektionellen Perspektive tangiert das Kopftuch Frauen in ihrer religiösen und weiblichen Identität und bilden insofern eine untrennbare Einheit.

Die Antragstellerin konnte nach Ansicht des Senates durch ihre Ausführungen glaubhaft den Anschein einer Diskriminierung darlegen. So ließ ihre Darstellung, dass im Aufnahmeverfahren zum Ausbildungslehrgang für Kindergruppenbetreuungspersonen wiederholt ihr Kopftuch thematisiert worden sei, darauf schließen, dass die Antragstellerin aufgrund ihres Geschlechtes und ihrer Religion bei der Bewerbung benachteiligt wurde.

Daher verlagerte sich die Beweislast auf die Antragsgegnerin.

Der Erstantragsgegner vermochte den Senat hingegen nicht von seiner Glaubwürdigkeit zu überzeugen. Zum Teil bestätigte er die Vorwürfe sogar, wenngleich er ein diskriminierendes Motiv negierte.

In der Stellungnahme an die GAW argumentierte der Erstantragsgegner im Wesentlichen, dass die Antragstellerin von sich aus ohne Unterlass das Thema „Kopftuch“ thematisiert habe, um den Umstand in den Hintergrund zu rücken, dass sie entgegen ihren Angaben der deutschen Sprache nicht ausreichend mächtig sei.

Der Senat wertet dies als Schutzbehauptung. Zu den Sprachkenntnissen der Antragstellerin wird auf die Ausführungen unter Punkt 2. verwiesen.

Hingegen erscheint das Vorbringen der Antragstellerin, dass die Zweitantragsgegnerin das Kopftuch jedenfalls mit den Worten „man kann ja Ihre Mimik nicht so gut erkennen“ thematisiert habe, glaubwürdig. Dies vor dem Hintergrund, dass die Erstantragsgegnerin im Schreiben vom 23. Jänner 2019 selbst festhielt, dass die Antragstellerin gebeten worden sei, ihr Kopftuch auf den Hinterkopf zu binden, und es damit begründete, dass Kinder das gesamte Gesicht einer Person, deren Emotionen und Gefühle erkennen können sollten, dies ohne Einschränkung. Der Erstantragsgegner betonte zudem sowohl im schriftlichen als auch im mündlichen Vorbringen, dass sich die Kindergruppenbetreuerin als Vorbild für die Kinder analog zu den Vorgaben im Leitfaden „Werte leben, Werte bilden“, wie mit Kindern und Eltern im Kindergarten das Thema „Kopftuch tragen“ bearbeitet werden solle, das Thema auch für sich überlegen müsse. Zudem betonte die Geschäftsführerin in der mündlichen Befragung mehrmals, dass es sich um ein standardisiertes Aufnahmeverfahren handle und es bei der Fragestellung nie darum gehe, dass es den Erstantragsgegner störe, dass jemand ein Kopftuch trage oder verhüllt sei. Der Erstantragsgegner versuche festzustellen, ob Menschen, die diesen Beruf ergreifen wollen, in ihrer Vorstellungswelt die Idee haben könnten, begrenzte Zeit etwas, das ihnen wichtig sei, auch sein zu lassen, wie zB einen Lippenring herauszunehmen oder ein Kopftuch nach hinten zu binden, wenn ein kleines Kind die Mimik nicht sehen könne.

Aus Sicht des Senates sind gewisse Nachfragen durchaus legitim, da es unterschiedliche Anforderungen an Berufsbilder gibt. So ist für den Senat nachvollziehbar, warum beispielsweise

Lippenpiercings, Ohrringe oder lange Fingernägel ein Sicherheitsrisiko in der Arbeit mit kleinen Kindern darstellen und daher im Aufnahmeverfahren aufgegriffen werden. Ebenso konnte der Erstantragsgegner schlüssig begründen, dass lange Kleidung ein Hindernis sein können, wenn eine Betreuungsperson am Spielplatz ein Kind auf einem Klettergerüst absichern muss. Nicht überzeugen konnte hingegen das Argument, dass durch das muslimische Kopftuch – jedenfalls in der von der Antragstellerin gewählten Trageweise – die Mimik einer Person nicht erkennbar wäre. Die Geschäftsführerin antwortete auf diesen Vorhalt ausweichend, wonach es nicht um diese konkrete Person gehe. Das sei eine standardisierte Frage, die sie stellen. Entgegen dem Vorbringen des Erstantragsgegners, es handle sich um ein standardisiertes Verfahren, gewann der Senat durch die Aussagen der Auskunftspersonen W, Y und X allerdings den Eindruck, dass das Verfahren nicht in ausreichendem Maße standardisiert ist, insofern, dass klar festgelegt ist, bei wem die Zuständigkeit liegt, eine persönliche Eigenschaft des Bewerbers bzw. der Bewerberin aufzugreifen. Stattdessen wurde im vorliegenden Fall das Kopftuch von allen am Auswahlverfahren Beteiligten thematisiert. Auch wenn der Senat davon ausgeht, dass es von den Beteiligten nicht so gewünscht war, wurde dadurch doch der Fokus auf das Kopftuch der Antragstellerin gerichtet.

Vor diesem Hintergrund ist es für den Senat nachvollziehbar, warum bei der Antragstellerin der Eindruck entstand, sie werde auf ihr muslimisches Kopftuch reduziert, und verwundert es nicht, dass die Antragstellerin – deren Gesicht, wie erwähnt, gut erkennbar ist – vom wiederkehrenden Aufgreifen des Themas „Kopftuch“ im Zuge des Auswahlverfahrens immer irritierter wurde. Erst das mehrmalige Thematisieren eines mit dem Geschlecht und der Religion der Antragstellerin in Zusammenhang stehenden Merkmals führte zu ihrer Performance im Aufnahmegespräch mit der Zweitantragsgegnerin – zum Argument der mangelnden Sprachkenntnisse siehe sogleich unter Punkt 2. –, die ihr bei der Aufnahme in den Lehrgang zum Nachteil gereichte. Die Gesamtheit der Ereignisse führte somit dazu, dass gegen die Aufnahme der Antragstellerin in den Lehrgang entschieden wurde.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln der §§ 12 Abs. 12 und 26 Abs. 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es dem Erstantragsgegner nicht gelungen ist zu beweisen, dass ausschließlich sachliche Motive für die Nichtberücksichtigung der Bewerbung der Antragstellerin für den Lehrgang ausschlaggebend waren.

Denn das Vorliegen anderer, mitausschlaggebender Motive kann den Erstantragsgegner vom Vorwurf einer diskriminierenden Behandlung nicht entlasten, da in der Praxis davon auszugehen ist, dass unter Umständen auch mehrere Motive („Motivbündel“) – darunter auch sachliche – eine Rolle spielen können.⁸

⁸ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 21 Rz 9.

2. Es liegt **eine Diskriminierung** aufgrund **der ethnischen Zugehörigkeit bei der Berufsberatung, Berufsausbildung, beruflichen Weiterbildung und Umschulung außerhalb eines Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 18 Z 1 GIBG** durch den **Erstantragsgegner** vor.

Adressaten und Adressatinnen der Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit sind Personen, die als fremd wahrgenommen werden, weil sie auf Grund bestimmter Unterschiede von der regionalen Mehrheit als nicht zugehörig angesehen werden. Eine unterschiedliche Behandlung 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.⁹

Isoliert betrachtet ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Tragens des islamischen Kopftuchs unter Religionsdiskriminierung zu subsumieren, im Zusammenwirken mit einem bestimmten äußeren Erscheinungsbild und einer fremden Sprache ist im Einzelfall auch das Vorliegen einer ethnischen Diskriminierung zu prüfen.¹⁰

Die Antragstellerin brachte vor, dass die Zweitantragsgegnerin im Rahmen des Aufnahmegesprächs auf ihre Kleidung und ihre Deutschkenntnisse Bezug genommen habe.

In der Stellungnahme an die GAW hielt der Erstantragsgegner fest, dass sich im Zuge des Bewerbungsgesprächs herausgestellt habe, dass die Antragstellerin in so einer angespannten Situation, wie es ein Aufnahmegespräch naturgemäß sei, kaum eine verständliche Antwort geben habe können, da sie entgegen ihrer Angaben der deutschen Sprache nicht ausreichend mächtig sei. Sie hätte sohin weder der Ausbildung und den Lehrgängen folgen können, noch mit den Kindern, die sie zu betreuen hätte, kommunizieren können. Um diesen Umstand in den Hintergrund zu rücken, habe sie von sich aus ohne Unterlass das Thema „Kopftuch“ thematisiert, obwohl dies für die Zweitantragsgegnerin kein Thema gewesen sei.

In der Stellungnahme vom 1. März 2021 brachte der Erstantragsgegner zudem vor, dass die Deutschkenntnisse nicht besonders gut gewesen seien, aber vom Erstantragsgegner als ausreichend gesehen worden seien, um das Einzelgespräch bei der Zweitantragsgegnerin machen zu dürfen. Nachdem sich die Antragstellerin dort so aufgeführt gehabt habe, habe der Erstantragsgegner ihr Verhalten so interpretiert, dass wohl doch die Deutschkenntnisse nicht ausgereicht gehabt haben, um zu verstehen, dass es nicht um den Wunsch der Mitarbeiterinnen gegangen sei, das Kopftuch abzunehmen.

⁹ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 17 Rz 15.

¹⁰ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 17 Rz 15 Fn 51.

Ebenso hielt der Erstantragsgegner fest, dass die schriftlichen Unterlagen aus denen eine deutliche Deutschschwäche hervorgegangen seien, vernichtet worden seien, damit die Antragstellerin in weiterer Folge bzw. bei weiteren Ausbildungen nicht danach gemessen werde.

Der Senat wertet das Vorbringen des Erstantragsgegners als Schutzbehauptung. Bereits im Vorfeld zur mündlichen Befragung übermittelte die Antragstellerin ihre Berufsschulzeugnisse, aus denen ein Sehr gut im Fach „Deutsch und Kommunikation“ hervorgeht. In der mündlichen Befragung konnte sich der Senat darüber hinaus selbst ein Bild von den Sprachkenntnissen der Antragstellerin machen. Die Antragstellerin verfügt über sehr gute Deutschkenntnisse und hatte ein eloquentes Auftreten, dies obwohl auch eine Befragung durch eine öffentliche Institution naturgemäß eine angespannte Situation ist. Der Senat teilt die Einschätzung des Erstantragsgegners über die Deutschkenntnisse der Antragstellerin demnach nicht.

Die „Sprachlosigkeit“ der Antragstellerin im Zuge des Aufnahmegesprächs mit der Zweitantragsgegnerin verortet der Senat somit nicht in deren mangelnden Sprachkenntnissen. Vielmehr sieht er einen engen Zusammenhang mit der Situation, die sich durch das wiederkehrende Thematisieren des muslimischen Kopftuches aufgebaut hat. Der Versuch, die angeblich mangelhaften Sprachkenntnisse als sachliche Begründung für die Ablehnung der Antragstellerin heranzuziehen, läuft nach Ansicht des Senates daher ins Leere.

Wie unter Punkt 1. ausgeführt, ist das Thematisieren von Bekleidung im Hinblick auf die beruflichen Anforderungen an eine Kindergruppenbetreuungsperson nachvollziehbar. Doch darf ein mit der ethnischen Zugehörigkeit in Zusammenhang stehendes Merkmal auch dann nicht per se zum Nachteil der betroffenen Person ausgelegt werden.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 26 Abs. 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es dem Erstantragsgegner auch hinsichtlich des Vorwurfs bezüglich einer Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit der Antragstellerin nicht gelungen ist zu beweisen, dass ausschließlich sachliche Motive für die Nichtberücksichtigung ihrer Bewerbung ausschlaggebend waren.

3. Es liegt **keine Diskriminierung** aufgrund **des Geschlechtes** und **der Religion durch eine Belästigung durch Dritte** gemäß **§ 7 Abs. 1 Z 4 GIBG iVm § 21 Abs. 1 Z 4 GIBG** durch die **Zweitantragsgegnerin** vor.

Zusätzlich brachte die Antragstellerin vor, durch die Äußerungen der pädagogischen Leiterin aufgrund ihres Geschlechtes und ihrer Religion durch eine Belästigung diskriminiert worden zu sein.

Als Dritte iSd §§ 7 und 21 GIBG kommen vom/von der ArbeitgeberIn und der belästigten Person verschiedene Personen in Betracht. Im Fall der §§ 7 Abs. 1 Z 4 und 21 Abs. 1 Z 4 GIBG sind

das zB KursleiterInnen, Schulungskollegen/SchulungskollegInnen, Funktionäre/Funktionärinnen von Interessenvertretungen.¹¹

Die Bestimmungen des GIBG zur Belästigung (hier §§ 7 und 21 GIBG) haben gemeinsam, dass sie greifen, wenn eine belästigende Verhaltensweise, die mit einem der Diskriminierungsgründe (hier Geschlecht und Religion) in Zusammenhang steht, gesetzt wird.

Um von einer Belästigung iSd §§ 7 Abs. 2 und 21 Abs. 2 sprechen zu können, muss durch eine belästigende Verhaltensweise des Weiteren die Würde einer Person beeinträchtigt oder deren Beeinträchtigung zumindest bezweckt werden.¹² Ein die Würde verletzendes Verhalten liegt erst ab einem gewissen Mindestmaß an Intensität vor.¹³ Ob die Würde einer Person beeinträchtigt wird, ist nach einem objektiven Maßstab zu beurteilen.

Hinzu kommt das subjektive Kriterium, dass das belästigende Verhalten für die betroffene Person unerwünscht, unangebracht oder anstößig sein muss (§§ 7 Abs. 2 und 21 Abs. 2). Ein Verhalten ist dann unerwünscht, wenn es gegen den Willen oder ohne Einverständnis der betroffenen Person erfolgt. Einzelne Menschen sollen selbst bestimmen, welches Verhalten für sie noch akzeptabel ist und welches Verhalten sie bereits als beleidigend empfinden.¹⁴

Was das ablehnende Verhalten der betroffenen Person betrifft, so dürfen an dieses keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Demnach ist ein Verhalten nicht erst dann abgelehnt und somit unerwünscht, wenn sich die betroffene Person lautstark zur Wehr setzt. Möglich ist es auch, dass die Ablehnung eines konkreten Verhaltens schlüssig erfolgt.¹⁵

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die Haftung des/der unmittelbaren Belästigers/Belästigerin grundsätzlich verschuldensunabhängig ist. Subjektive Elemente auf Seite des Belästigers/der Belästigerin bleiben daher außer Betracht. Es ist demnach unerheblich, ob er/sie die Absicht hatte, zu belästigen.¹⁶

Weitere Tatbestandsvoraussetzung der §§ 7 Abs. 2 Z 1 und 21 Abs. 2 Z 1 ist, dass eine belästigende Verhaltensweise gesetzt wird, die eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betroffene Person schafft oder dies bezweckt. Belästigungshandlungen während der Bewerbungsphase, vor Beginn des Dienstverhältnisses, sind ebenfalls erfasst.¹⁷ Die „Arbeitsumwelt“ wird häufig erst durch mehrere Belästigungshandlungen im beschriebenen Sinn beeinflusst und verändert. Wie aber bereits erwähnt, kann auch schon eine einzelne Belästigungshandlung derart schwerwiegend und in ihren Auswirkungen nachhaltig sein, dass

¹¹ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 6 Rz. 9.

¹² Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erlar, GIBG² (2021) § 6 Rz. 21.

¹³ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erlar, GIBG² (2021) § 6 Rz. 24.

¹⁴ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erlar, GIBG² (2021) § 6 Rz. 25.

¹⁵ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erlar, GIBG² (2021) § 6 Rz 26.

¹⁶ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erlar, GIBG² (2021) § 6 Rz 12.

¹⁷ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erlar, GIBG² (2021) § 6 Rz 8.

damit für die betroffene Person ein einschüchterndes, feindseliges oder demütigendes Umfeld geschaffen wird.¹⁸

Belästigung liegt somit vor, wenn ein auf ein geschütztes Merkmal bezogenes Verhalten gesetzt wird, das die Würde einer Person beeinträchtigt oder dies bezweckt, und dieses Verhalten objektiv eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betroffene Person schafft oder dies bezweckt. Hinzu kommt das subjektive Kriterium, dass für die betroffene Person dieses Verhalten ein unerwünschtes, unangebrachtes oder anstößiges darstellt.

Die Zweitantragsgegnerin ist Dritte iSd §§ 7 Abs. 1 Z 4 und 21 Abs. 1 Z 4 GIBG, da sie beim Erstantragsgegner als Lehrgangsheiterin beschäftigt ist.

Der Antragstellerin gelang es nach Ansicht des Senates durch ihre Ausführungen im Antrag glaubhaft den Anschein einer Belästigung darzulegen. Ihre Schilderung – die pädagogische Leiterin des Ausbildungslehrgangs für Kindergruppenbetreuungspersonen habe Aussagen getätigt, die für sie als kopftuchtragende muslimische Frau beleidigend gewesen seien – ließ darauf schließen, dass sie von der Zweitantragsgegnerin im Rahmen des Aufnahmegesprächs belästigt wurde. Die beschriebenen Verhaltensweisen beziehen sich auf die nach dem GIBG geschützten Merkmale Geschlecht und Religion und sind objektiv betrachtet geeignet, die Würde einer Arbeitnehmerin zu verletzen. Die Antragstellerin konnte den Senat zudem davon überzeugen, dass das Verhalten der Zweitantragsgegnerin für sie auch subjektiv unerwünscht war und sie sich bei dem Aufnahmegespräch nicht wohl fühlte.

Daher verlagerte sich die Beweislast auf die Zweitantragsgegnerin.

Wie oben ausgeführt, wurde die Antragstellerin im Laufe des Auswahlverfahrens von mehreren Personen auf ihr muslimisches Kopftuch angesprochen. Dadurch entstand bei der Antragstellerin der für den Senat nachvollziehbare Eindruck, sie werde auf ihr muslimisches Kopftuch reduziert, was sich schließlich in der Gesprächssituation mit der Zweitantragsgegnerin entlud.

Die befragten Auskunftspersonen W, X und Y konnten glaubhaft darlegen, dass es sich bei der Bezugnahme auf ein persönliches Merkmal von BewerberInnen um eine standardisierte Fragestellung im Rahmen des Auswahlverfahrens handelt.

Wie bereits unter Punkt 1. und 2. ausgeführt, ist die wiederkehrende Bezugnahme auf ein äußerliches Merkmal, wie hier das muslimische Kopftuch der Antragstellerin, das mit deren Geschlecht und der Religion in Zusammenhang steht, geeignet, eine Situation aufkommen zu lassen, in der sich die betroffene Person diskriminiert erachtet. Die persönliche Betroffenheit der Antragstellerin ist für den Senat daher nachvollziehbar.

¹⁸ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 28.

Die Zweitantragsgegnerin konnte den Senat in ihrer mündlichen Befragung allerdings davon überzeugen, dass sie keine Aussagen in Bezug auf das muslimische Kopftuch der Antragstellerin getätigt hat, die objektiv geeignet sind, den Tatbestand der Belästigung zu erfüllen.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln der §§ 12 Abs. 12 und 26 Abs. 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es der Zweitantragsgegnerin gelungen ist zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die von ihr vorgebrachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

4. Es liegt **keine Diskriminierung** aufgrund **der ethnischen Zugehörigkeit durch eine Belästigung durch Dritte** gemäß **§ 21 Abs. 1 Z 4 GIBG** durch die **Zweitantragsgegnerin** vor.

Die Zweitantragsgegnerin konnte den Senat in ihrer mündlichen Befragung auch hinsichtlich des Vorwurfs, sie habe beleidigende Äußerungen in Bezug auf die Deutschkenntnisse und die Kleidung der Antragstellerin gemacht, davon überzeugen, dass sie keine Aussagen getätigt hat, die objektiv geeignet sind, den Tatbestand der Belästigung zu erfüllen.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 26 Abs. 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es der Zweitantragsgegnerin gelungen ist zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die von ihr vorgebrachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

VORSCHLAG

Gemäß **§ 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz** hat der Senat, wenn er der Auffassung ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, dem/der ArbeitgeberIn oder in Fällen in Zusammenhang mit einer sonstigen Diskriminierung in der Arbeitswelt dem/der für die Diskriminierung Verantwortlichen schriftlich einen Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes zu übermitteln und ihn/sie aufzufordern, die Diskriminierung zu beenden. Für die Umsetzung des Vorschlags ist eine Frist von zwei Monaten zu setzen. Wird einem Auftrag nach Abs. 3 nicht entsprochen, kann gemäß **§ 12 Abs. 4 GBK/GAW-Gesetz** jede der im jeweiligen Senat vertretenen Interessensvertretungen beim zuständigen Arbeitsgericht oder Zivilgericht auf Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes klagen.

Da der Senat I der GBK zur Auffassung gelangt ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, wird dem **Erstantragsgegner, Verein Z**, gemäß § 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz aufgefordert, die Diskriminierung zu beenden, und werden folgende **Vorschläge zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes** erteilt:

1. **Leistung eines angemessenen Schadenersatzes,**
2. **Standardisierung der Vorgehensweise im Rahmen des Auswahlverfahrens.**

Wien, 23. März 2021

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK