

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 15. April 2024 über den am 20. Oktober 2023 eingelangten Antrag der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **A (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes, der Religion und der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§§ 3 Z 1 und 17 Abs 1 Z 1 GIBG** (BGBl I Nr 66/2004 idgF) durch **Dr.ⁱⁿ Z (Antragsgegnerin)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl II Nr 396/2004 idgF), zu GZ GBK I/1196/23-M, zu folgendem

PRÜFUNGSERGEBNIS:

1. **A ist aufgrund des Geschlechtes und der Religion bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 iVm § 17 Abs 1 Z 1 GIBG durch Dr.ⁱⁿ Z diskriminiert worden.**
2. **A ist aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs 1 Z 1 GIBG durch Dr.ⁱⁿ Z diskriminiert worden.**

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

VORBRINGEN

Im **Antrag** wurde zusammengefasst Folgendes vorgebracht:

Die Antragstellerin habe auf der Website der Ärztekammer eine Anzeige geschaltet, dass sie auf der Suche nach einem Job sei. Dort habe sie angegeben, dass sie zwar noch keine Berufserfahrung in einer Arztpraxis vorweisen könne, allerdings die Handelsschule abgeschlossen habe und gerne geringfügig tätig wäre. Am 11. Juli 2023 habe die Antragstellerin folgende E-Mail von der Antragsgegnerin erhalten: „*Sehr geehrte Frau A, ich betreibe eine ... Ordination in ... und suche eine Ergänzung für meine Praxis. Vorgesehen ist Mo nachmittags und Di 9-15. Falls Sie Interesse haben, schreiben Sie mir bitte. Freundliche Grüße Dr. Z*“

Die Antragstellerin habe der Antragsgegnerin am Tag darauf geantwortet, Interesse an der

¹ Vgl. zB VfSlg. 19.321.

Tätigkeit zu haben und zu den von ihr benötigten Zeiten verfügbar zu sein, sie müsse allerdings erwähnen, dass sie ein Kopftuch trage.

Die Antragstellerin habe daraufhin folgende Antwort erhalten: „Sg. Frau A, ja, da haben wir ein Problem. Es mag mit Ihrer persönlichen Einstellung nichts zu tun haben, aber viele Leute empfinden das Kopftuch mittlerweile als Symbol des politischen Islam. Aus Rücksicht auf unsere christlichen Patientinnen wollen wir daher dieses Symbol nicht in unserer Ordination. Können Sie sich nicht vorstellen, ihre Arbeit ohne Kopftuch zu verrichten? Es wäre ja nur für ein paar Stunden.“+

Am 13. Juli 2023 habe die Antragstellerin geantwortet, dass sie nicht bereit sei das Kopftuch abzulegen.

Auf Grundlage des E-Mailverkehrs habe die Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) bei der Antragsgegnerin am 3. August 2023 interveniert. Am 4. September 2023 sei eine Antwort der Antragsgegnerin erfolgt. Die Antragsgegnerin habe bestritten, dass es sich bei dem Sachverhalt um eine Begründungsdiskriminierung handeln könne. In ihrem Schreiben an die GAW hielt die Antragsgegnerin fest, dass sie um Neutralität in ihren Praxisräumlichkeiten bemüht sei, was ihr nach der Rechtsprechung des EGMR erlaubt sei. Sie wolle ein Umfeld schaffen, in dem sich alle wohlfühlen könnten. Es sei außerdem lebensfremd zu glauben, dass die Antragstellerin den Job erhalten hätte, wenn sie bereit gewesen wäre das Kopftuch abzulegen. Die Antragsgegnerin habe mehrere Personen kontaktiert, derzeit habe man viele Patientinnen aus der Ukraine, eine Person mit Russisch-Kenntnissen wäre daher die erste Wahl gewesen.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerin übermittelten **Stellungnahme** vom 24. November 2023 bestritt die Antragsgegnerin die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe und trat ihnen zusammengefasst wie folgt entgegen:

Die Antragsgegnerin sei russische Staatsbürgerin und praktizierende russisch-orthodoxe Christin. Nach einem jahrelangen Nostrifizierungsprozess habe sie am 1. April 2022 die Ordination als ... eröffnet. Aufgrund ihrer Muttersprache Russisch sei ein Großteil (circa 70-80%) der Patientinnen ukrainisch. Sie behandle auch – soweit es ihr bekannt sei – muslimische Frauen. Bei der Antragsgegnerin seien derzeit zwei Personen angestellt: Sie werde einerseits von ihrem Ehemann unterstützt, der in Pension sei und bei ihr geringfügig angestellt sei. Er sei für die Verwaltungssachen, auch das Personal, zuständig. Die zweite Mitarbeiterin arbeite in Vollzeit seit circa einem Jahr am Empfang. Es handle sich um eine Rumänin mit perfekten Russischkenntnissen. Nach einigen Monaten habe sich herausgestellt, dass diese Mitarbeiterin Entlastung brauche. Sie habe telefonische Terminanfragen nicht rechtzeitig genug bearbeiten können. Bei der Antragsgegnerin haben seit der Ordinationsgründung nur Personen gearbeitet, die russisch sprechen können. Die Antragsgegnerin habe – dem Personalangebot entsprechend – immer nur Frauen eingestellt (von ihrem Ehemann abgesehen).

Um die Mitarbeiterin am Empfang zu entlasten, habe der Ehemann der Antragsgegnerin einige der Personen, deren Bewerbungen auf der Website der Ärztekammer ... online gewesen seien, darunter die Antragstellerin, kontaktiert. Von den Bewerberinnen hätte die Antragsgegnerin aufgrund ihrer Patientinnenstruktur klar jemandem mit Russischkenntnissen den Vorzug gegeben. Am 11. Juli 2023 sei die Antragstellerin (die nicht russisch spreche) per E-Mail eingeladen worden, sich zu melden. Es seien die beiden von der Gleichbehandlungsanwaltschaft wechselseitigen E-Mails betreffend das Kopftuch gefolgt und es sei zu keinem Kennenlernen gekommen. Bis heute habe die Antragsgegnerin keinen Lebenslauf oder sonst einen Nachweis ihrer Ausbildungen erhalten. Im August habe die Antragsgegnerin eine Bewerberin eingestellt, die russisch gekonnt, aber die Belastung nicht ausgehalten habe, weshalb dieses Dienstverhältnis in der Probezeit geendet habe. Laut Kollektivvertrag für die Angestellten bei Ärztinnen, Ärzten und Gruppenpraxen in ... wäre die Position gemäß Berufsgruppe 1 entlohnt worden. Im 1. bis 3. Berufsjahr hätte das Vollzeit-Gehalt € 1.765 brutto betragen. Die Arbeitszeit wäre Montag und Dienstag im Ausmaß von ca. 10 Wochenstunden gewesen. Folglich hätte sich das Monatsgehalt in der Größenordnung von € 450 brutto bewegt.

Parallel zu dieser Personalsuche habe sich die Antragsgegnerin über die Möglichkeit informiert, Terminreservierungen online einzurichten. Sie habe festgestellt, dass derartige Tools sehr praktisch seien und habe die Online-Reservierung am 10. Oktober 2023 implementiert. Die beabsichtigte Entlastung der Vollzeit-Mitarbeiterin sei damit erreicht. Die Antragsgegnerin habe die Personalsuche eingestellt (Sie hätte noch zahlreiche weitere Bewerberinnen einladen können, von denen einige angaben, russisch zu sprechen.) Die Antragsgegnerin sei überzeugt, dass sie eine Bewerberin bzw. ein Bewerber mit Russisch-Kenntnissen gefunden und eingestellt hätte, und schon allein deshalb die Antragstellerin nicht zum Zug gekommen wäre. Selbst wenn sie die Antragstellerin angestellt hätte, hätte sie aus dem Grund der EDV- Umstellung das Dienstverhältnis nach kürzester Zeit wieder beendet.

Als ... sei die Antragsgegnerin immer wieder mit ethischen Fragen, wie etwa ... und ..., konfrontiert. Weil diese Themen durchaus in Konflikt mit religiösen Haltungen stehen würden (auch ihrer eigenen Religion), habe sie sich zu einer strikten Trennung zwischen Beruf und Religion entschieden: Sie berate und unterstütze die Patientinnen völlig frei von den Vorgaben irgendwelcher (auch ihrer eigenen) Religion. Daher sei es wichtig, dass auch nach außen ihre Neutralität in der Rolle als Ärztin sichtbar sei. Die Patientinnen sollten sich nicht fragen müssen, ob ihre Wünsche mit irgendeiner (sichtbar dargestellten!) Religion, Weltanschauung oder auch politischen Haltung vereinbar seien, sondern sie frei von der Leber ansprechen. ... Folglich gebe es in der Ordination auch kein Kreuz, kein Bild von Heiligen o.ä.. Die Antragsgegnerin gestatte es auch anderen Mitarbeitenden nicht, dass sie irgendwelche religiösen, weltanschaulichen oder politischen Symbole tragen. Diese Neutralität als Ziel der Ordination sei zwischen der Antragsgegnerin und ihrem Mann beschlossen worden, weshalb er bei der Personalsuche darauf geachtet habe. Einen schriftlichen Beschluss dazu gebe es nicht – das wäre in

einem Kleinstunternehmen, in dem eine einzige Person (die Antragsgegnerin) die Entscheidungen fällt, grotesk. Das Ziel, ein offenes Umfeld für Frauen jeder Religion, Weltanschauung oder politischer Einstellung zu schaffen, diene auch der finanziellen Absicherung der Antragsgegnerin. Sie könne einen größeren Personenkreis ansprechen, wenn sie sich neutral verhalte und jede Patientin unvoreingenommen berate und behandle. Für die Antragsgegnerin sei irrelevant, ob mit dem Kopftuch auch eine andere ethnische Herkunft oder Kultur vermittelt werde – sie sei selber Ausländerin und habe daher kein Problem mit dem Eindruck der angeblichen (von der Gleichbehandlungsanwältin angesprochenen) „Fremdheit“. Ebenso wenig sei für sie von Interesse, dass eine Bewerberin weiblich sei – im Gegenteil, sie sei es gewohnt mit Frauen zu arbeiten und tue das gerne.

PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin. Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf die am 14. März 2024 auf Ersuchen des Senates I der GBK von der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerin übermittelte Fragenbeantwortung, auf die zwischen der Antragstellerin und Antragsgegnerin ausgetauschten E-Mails vom 11. und 12 Juli 2023 und auf die schriftliche Äußerung der Antragsgegnerin an die Gleichbehandlungsanwaltschaft vom 4. September 2023.

BEGRÜNDUNG²

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

„§ 3. Auf Grund des Geschlechtes, insbesondere unter Bezugnahme auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat darf im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht

1. bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses,

(...)“

„§ 17. (1) Auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung darf im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht

1. bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses,

(...)“

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

Generell ist zur Frage des Beweismaßes und der Beweislastverteilung im GBK-Verfahren anzumerken, dass eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne des 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 Antragstellers/der Antragstellerin sprechen als dagegen.³

Dem Antragsgegner/der Antragsgegnerin obliegt es 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.

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung des Vorwurfes einer Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses wegen des Tragens eines Kopftuches, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem **Sachverhalt** aus:

Die Antragstellerin schaltete auf der Website der Ärztekammer eine Anzeige, dass sie auf der Suche nach einem geringfügigen Job sei. Sie führte an, dass sie zwar noch keine Praxiserfahrung in einer Ordination habe, jedoch die Handelsschule abgeschlossen habe. Einen Lebenslauf oder ein Foto schloss die Antragstellerin nicht an.

Die Antragstellerin trägt ein islamisches Kopftuch.

Am 11. Juli 2023 erhielt die Antragstellerin folgende Mail von der Antragsgegnerin: *„Sehr geehrte Frau A, ich betreibe eine ... Ordination in ... und suche eine Ergänzung für meine Praxis. Vorgesehen ist Mo nachmittags und Di 9-15. Falls Sie Interesse haben, schreiben Sie mir bitte. Freundliche Grüße Dr. Z“*

Die Antragstellerin antwortete der Antragsgegnerin am 12. Juli, bekundete ihr Interesse an der Tätigkeit und teilte ihre zeitliche Verfügbarkeit sowohl am Montag als auch am Dienstag mit. Zudem machte sie darauf aufmerksam, dass sie ein Kopftuch trage. Die Antragstellerin erhielt einige Stunden später folgende Antwort von der Antragsgegnerin: *„Sg. Frau A, ja, da haben wir ein Problem. Es mag mit Ihrer persönlichen Einstellung nichts zu tun haben, aber viele Leute empfinden das Kopftuch mittlerweile als Symbol des politischen Islam. Aus Rücksicht auf unsere christlichen Patientinnen wollen wir daher dieses Symbol nicht in unserer Ordination. Können Sie sich nicht vorstellen, ihre Arbeit ohne Kopftuch zu verrichten? Es wäre ja nur für ein paar Stunden.“*

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

Die Antragstellerin antwortete der Antragsgegnerin, dass sie nicht bereit sei das Kopftuch abzulegen. Zu einem Bewerbungsgespräch kam es im weiteren Verlauf nicht.

Die Antragstellerin wandte sich an die GAW, welche mit einem Interventionsschreiben an die Antragsgegnerin herantrat und sie um Stellungnahme zu dem Vorfall bat. Auch danach kam es zu keiner Möglichkeit der persönlichen Vorstellung durch die Antragstellerin.

In sämtlichen Korrespondenzen mit der GAW und der GBK gab die Antragsgegnerin an, dass sie aus Neutralitätsgründen aus Rücksicht auf ihre Patientinnen weder sichtbare religiöse Symbole als Ordinationsdekoration verwende, noch diese in Form von Bekleidung ihrer Mitarbeitenden dulde.

Das Ziel der Neutralität in ihrer ... Praxis beschloss die Antragsgegnerin gemeinsam mit ihrem Mann. Einen schriftlichen Beschluss über die Verhaltensweise der Mitarbeitenden oder eine Kleiderordnung, die ein Neutralitätsgebot vorsehen, gibt es nicht. Ebenso gibt es keinen Nachweis, dass das Neutralitätsgebot der bestehenden Mitarbeiterin in irgendeiner anderen Form (etwa mündlich) mitgeteilt wurde.

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

1. Es liegt **eine Diskriminierung** aufgrund **des Geschlechtes und der Religion bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 1 iVm § 17 Abs 1 Z 1 GIBG** vor.

Eingangs ist darauf hinzuweisen, dass sich die Formulierung „*bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses*“ nicht auf die konkrete Entscheidung über die Einstellung beschränkt, sondern auch Benachteiligungen im Rahmen des in der Regel vorausgehenden Auswahlverfahrens erfasst. Für die Beurteilung einer Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses ist somit auf verschiedene, dem Vertragsabschluss „*vorgelagerte*“ bzw. diesen „*vorbereitende*“, Verhaltensweisen von Arbeitgebern/ Arbeitgeberinnen oder für diese handelnde Personen Bedacht zu nehmen (Vertragsanbahnung).⁴

Der EuGH geht von einem besonders weiten Begriff der (unmittelbaren) Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses aus. So begründet nach dem Urteil *Feryn* (EuGH C-54/07) schon die öffentliche Äußerung eines Arbeitgebers/einer Arbeitgeberin, er/sie werde keine Arbeitnehmer/ Arbeitnehmerinnen einer bestimmten ethnischen Herkunft einstellen, eine unmittelbare Diskriminierung bei der Einstellung, da solche Äußerungen bestimmte Bewerber/Bewerberinnen ernsthaft davon abhalten können, ihre Bewerbungen einzureichen, und damit ihren Zugang zum Arbeitsmarkt behindern.⁵

Unter Beachtung dieser Ausführungen, war die Äußerung der Antragsgegnerin, dass man aus

⁴ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 13.

⁵ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 15; Vgl. EuGH C-54/07, *Feryn*, ECLI:EU:C:2008:397 Rn 41.

Rücksicht auf die christlichen Patientinnen diese Symbole (Anm.: damit gemeint das muslimische Kopftuch) nicht in der Ordination wolle, die mit der Frage einherging, ob sie die Arbeit ohne Kopftuch verrichten wolle, als Begründungsdiskriminierung zu prüfen. Unerheblich ist in Zusammenschau mit der genannten Rechtsprechung auch, dass die Stelle sodann nur kurzfristig besetzt wurde und derzeit gar nicht mehr besetzt ist.

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.⁶ Im zu prüfenden Fall geht es um Diskriminierung aufgrund von Religion und Geschlecht. Aus einer intersektionellen Perspektive tangieren Kopftuchverbote Frauen in ihrer religiösen und weiblichen Identität und bilden insofern eine untrennbare Einheit. Erst diese Kombination von Weiblichkeit und sichtbarer Religiosität schafft jene Subjektposition, die in einem Unternehmen, in dem ein Kopftuchverbot besteht, unerwünscht ist.⁷

Die Überprüfung erfolgte im Rahmen eines Aktenverfahrens auf Grundlage der schriftlichen Eingaben der Gleichbehandlungsanwältin für die Antragstellerin und der schriftlichen Eingaben der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerin.

Bei der rechtlichen Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes war insbesondere auf die Rechtsprechung des EuGHs zum Kopftuchverbot am Arbeitsplatz Bezug zu nehmen.

Der EuGH äußert sich in seiner Entscheidung vom 14. März 2017 zu C-157/15 (*Rs Achbita/G4S Secure Solutions NV*) zum Verbot eines belgischen Unternehmens, am Arbeitsplatz sichtbare Zeichen der politischen, philosophischen oder religiösen Überzeugung zu tragen.

Es ging darin um die Entlassung einer belgischen Rezeptions- und Empfangsdame durch ihren Arbeitgeber, nachdem sie ihm angekündigt hatte, in Zukunft während der Arbeitszeit das islamische Kopftuch zu tragen. Der EuGH kommt zu dem Schluss, dass das Verbot, ein islamisches Kopftuch zu tragen, das sich aus einer internen Regel eines privaten Unternehmens ergibt, die das sichtbare Tragen jedes politischen, philosophischen oder religiösen Zeichens am Arbeitsplatz verbietet, keine unmittelbare Diskriminierung wegen der Religion oder Weltanschauung im Sinne des Art. 2 Abs. 2 lit. a der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 darstellt.

Der EuGH begründet diese Entscheidung zum einen damit, dass im vorliegenden Fall eine Regel im Unternehmen Gültigkeit hatte, die besagte, dass es Arbeitnehmer/innen verboten ist, am Arbeitsplatz sichtbare Zeichen ihrer politischen, philosophischen oder religiösen Überzeugung zu tragen. Zum anderen ist für die Entscheidung des EuGHs auch wichtig, dass er davon

⁶ Vgl. Europäische Kommission (2007): Bekämpfung von Mehrfachdiskriminierung – Praktiken, Politikstrategien und Rechtsvorschriften, S. 17.

⁷ Vgl. Ulrich, Silvia in: öarr 2017, 560 mit Hinweisen auf Holzleithner, Elisabeth: Bekleidungs Vorschriften und Genderperformance. Gutachten für die Gleichbehandlungsanwaltschaft (2015).

ausgehen konnte, dass die besagte Regel unterschiedslos für jede sichtbare Bekundung von politischen, philosophischen oder religiösen Symbolen gilt und für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gleichermaßen zur Anwendung kommt.

Der EuGH gibt auch Hinweise zur Frage, ob es sich beim Verbot, ein islamisches Kopftuch zu tragen, das sich aus einer internen Regel eines privaten Unternehmens ergibt, die das sichtbare Tragen jedes politischen, philosophischen oder religiösen Zeichens am Arbeitsplatz verbietet, um eine mittelbare Diskriminierung gemäß Art. 2 Abs. 2 lit. b der Richtlinie 2000/78/EG handeln könnte. Eine mittelbare Diskriminierung wäre dann erfüllt, wenn die hier in Rede stehende unternehmensinterne Regel nur dem Anschein nach neutral wäre und de facto dazu führen würde, dass Personen mit bestimmten Religionen oder Weltanschauungen in besonderer Weise benachteiligt werden.

Bei der rechtlichen Prüfung ist Nachstehendes wie folgt zu beachten:

- Eine Ungleichbehandlung im Sinne einer mittelbaren Diskriminierung ist dann auszuschließen, wenn sie durch ein *rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt* ist und *die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich* sind.
- Der Wunsch des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin, den Kunden/Kundinnen ein Bild der *Neutralität* zu vermitteln, ist aus der Sicht des EuGHs als Teil der *unternehmerischen Freiheit* zu betrachten, die eines der Grundrechte der Grundrechtecharta ist.
- Den Wunsch des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin, den Kunden/Kundinnen ein Bild der *Neutralität* zu vermitteln, betrachtet der EuGH zudem auch als *rechtmäßiges Ziel*, insbesondere dann, wenn der/die Arbeitgeber/in bei der Verfolgung dieses Zieles nur die Arbeitnehmer/innen einbezieht, die mit Kunden/Kundinnen direkt in Kontakt treten.
- Die *Angemessenheit* einer solchen internen *Neutralitätsregelung* ist für den EUGH immer dann gegeben, wenn das Unternehmen *diese Politik tatsächlich in kohärenter und systematischer Weise* verfolgt.

Für die Frage der Anwendbarkeit dieser EuGH-Entscheidung auf andere Unternehmen oder Organisationen, die ähnliche Verbote erlassen wollen, gilt daher, dass in jedem Einzelfall mehrere Sachverhalte zu prüfen sind:

- Hat das Unternehmen beispielsweise schon vor dem Ereignis, das Ausgangspunkt für eine Beschwerde wegen Diskriminierung ist, für ihre Beschäftigten mit Kunden-/Kundinnenkontakt eine allgemeine und undifferenzierte Politik des Verbotes in Bezug auf das sichtbare Tragen von politischen, philosophischen oder religiösen Symbolen gehabt oder nicht?
- Wird diese Regelung auch wirklich systematisch gegenüber allen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen gleichermaßen angewandt?

- Sind also alle Beschäftigten vom Verbot gleichermaßen betroffen oder handelt es sich um eine nur dem Anschein nach neutrale Regelung?

Es wäre jedenfalls unrichtig, aus der EuGH-Entscheidung eine grundsätzliche Berechtigung für die Einführung eines Kopftuchverbots am Arbeitsplatz abzuleiten.

So hat der EuGH in seiner Entscheidung zu C-188/15 vom 14. März 2017 (*Rs Bougnaoui/Micropole SA*) festgestellt, dass der Wille eines/einer Arbeitgebers/Arbeitgeberin, sich den Wünschen von Kunden/innen anzupassen, die nicht mit Arbeitnehmerinnen in Kontakt treten wollen, die das islamische Kopftuch tragen, nicht als wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 der RL 2000/78/EG angesehen werden kann. Daher kann auf diese Art eine Ungleichbehandlung von Arbeitnehmerinnen mit dem islamischen Kopftuch nicht gerechtfertigt werden und handelt es sich bei einer solchen Ungleichbehandlung von Arbeitnehmerinnen mit dem islamischen Kopftuch um einen Verstoß gegen das Gebot der Nicht-Diskriminierung. Demnach berechtigen Wünsche von Kunden/innen, nicht von Mitarbeitern/innen bestimmter Religion oder Weltanschauung bedient zu werden, das Unternehmen nicht zur unterschiedlichen Behandlung von Mitarbeitern/innen unterschiedlicher Religionen oder Weltanschauungen.

Damit ist die Entscheidung des EuGHs einerseits ein klares Zeichen, dass Unternehmen das Recht haben, eine nachvollziehbare Politik der generellen religiösen und weltanschaulichen Neutralität auch mittels Verboten umzusetzen, andererseits ein nicht weniger starkes Zeichen, dass spezielle Verbote des muslimischen Kopftuchs weiterhin gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen.

Die schriftlichen Angaben der Antragstellerin waren für den erkennenden Senat glaubwürdig und konnten durch den vorgelegten E-Mail-Verlauf mit der Antragsgegnerin belegt werden.

Nach der Beweislastverteilung hat die Antragsgegnerin darzulegen, dass es zu keiner Diskriminierung im Zuge des Bewerbungsprozesses gekommen ist.

Die Antragsgegnerin brachte in ihren schriftlichen Eingaben vor, dass in ihrer Ordination ein Neutralitätsgebot herrsche, um so die bestmögliche Behandlung ihrer Patientinnen zu gewährleisten. Vermag ein Neutralitätsgebot im Lichte der bestehenden Rechtsprechung zwar grundsätzlich als Rechtfertigungsgrund gelten, so kam der Senat im konkreten Fall jedoch zu dem Erkenntnis, dass die Antragsgegnerin die aus den Rechtsprechungen hervorgehenden Anforderungen an ein Neutralitätsgebot nicht erfüllt.

So meldete die Antragsgegnerin der Antragstellerin in ihrer Mail vom 12. Juli 2023 zurück, dass „viele Leute das Kopftuch mittlerweile als Symbol des politischen Islam empfinden“ und sie somit dieses Symbol „aus Rücksicht auf ihre christlichen Patientinnen“ nicht in ihrer Ordination wolle. Nachdem damit klar ein Verweis auf die Rücksichtnahme gegenüber den christlichen Patientinnen und somit auf angebliche Wünsche der Patientinnen erfolgte, konnte der Senat

keinesfalls von einer neutralen Vorgehensweise seitens der Antragsgegnerin ausgehen. Warum die Antragsgegnerin das religiöse Bekenntnis ihrer Patientinnen überhaupt kennt und auf dieses Bezug nimmt, wenn dieses doch nach ihrem eigenen Vorbringen in ihrer Praxis keine Rolle spiele, bleibt für den Senat un schlüssig. In diesem Zusammenhang wird auch angemerkt, dass die Antragsgegnerin, insbesondere durch die Äußerung, dass die Frage nach dem Ablegen des Kopftuchs durch die „*intolerante Haltung*“ der Antragstellerin abgelehnt wurde sowie der Verweis in der E-Mail vom 12. Juli 2023, dass das Kopftuch von „*vielen Leuten mittlerweile als Symbol des politischen Islam*“ empfunden werde, bei dem Senat den Eindruck der negativen Voreingenommenheit gegenüber der Antragstellerin und ihrem Glauben hinterließ.

Aus den schriftlichen Äußerungen der Antragsgegnerin ging für den Senat auch nicht hervor, dass die Antragsgegnerin das Neutralitätsgebot in kohärenter und systematischer Weise in ihrer Ordination verfolgte.

So gab die Antragsgegnerin selbst an, dass sie ein Neutralitätsgebot lediglich mit ihrem Mann vereinbart habe. Dies, sowie, dass sie keine religiösen oder politischen Symbole als Dekoration in der Ordination verwendet, reicht für eine konsequente und systematische Verfolgung des Neutralitätsgebots für sich allein nicht aus. Das Bestehen einer Verschriftlichung des Neutralitätsgebots oder etwa eine verschriftlichte Kleiderordnung mit einem Neutralitätsgebot für alle Beschäftigten hinsichtlich des sichtbaren Tragens jeglicher politischer, philosophischer oder religiöserer Symbole verneinte die Antragsgegnerin in ihren schriftlichen Äußerungen ausdrücklich. Wenngleich in der Ordination der Antragsgegnerin aufgrund der überschaubaren Größe der Mitarbeitenden wohl nicht von gleichen formalen Anforderungen hinsichtlich der Veröffentlichung des Neutralitätsgebots ausgegangen werden kann, wie es vergleichsweise bei einem größeren Unternehmen mit mehreren Mitarbeitenden der Fall wäre, so konnte die Antragsgegnerin auch nicht nachweisen, dass sie das Neutralitätsgebot inklusive der Kleiderordnung ihrer bestehenden Mitarbeiterin mündlich kommunizierte. Nachdem nicht sämtliche in der Ordination tätige Personen Kenntnis von dem Neutralitätsgebot der Antragsgegnerin hatten, konnte der Senat somit nicht von einer systematischen und konsequenten Verfolgung des Neutralitätsgebots ausgehen.

Zudem überprüfte der Senat, ob betriebliche Erfordernisse für ein Trageverbot in der Ordination der Antragsgegnerin vorliegen.

Es bleibt in diesem Zusammenhang auf die bereits genannte Rechtsprechung *Bougnou/Micropole SA* zu verweisen, in der der EuGH eindeutig festhielt, dass Wünsche von Kunden und Kundinnen, nicht mit Mitarbeiterinnen, die ein islamisches Kopftuch tragen, in Kontakt zu treten nicht als nicht als wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 der RL 2000/78/EG angesehen werden kann. Die Äußerung der An-

tragsgegnerin per E-Mail, dass sie das religiöse Symbol „aus Rücksicht auf ihre christlichen Patientinnen“ nicht in ihrer Ordination wolle, genügt somit im Lichte dieser Rechtsprechung nicht. Somit ist auch in diesem Punkt keine Rechtfertigung für die Ablehnung gegeben.

Darüber hinaus brachte die Antragsgegnerin vor, dass sie ohnehin eine Person mit Russischkenntnissen gesucht habe, da sie mehrheitlich ukrainische und russische Patientinnen betreue.

Zwar konnte die Antragsgegnerin nachweisen, dass die Personalsuchfunktion der Website der Ärztekammer keine Sprachfilterung anbot, doch erscheint es dem Senat fragwürdig, warum sich die Antragsgegnerin nicht bereits bei der ersten Kontaktaufnahme mit der Antragstellerin nach deren Sprachkenntnissen erkundigt hat. Nachdem die Antragsgegnerin weder einen Lebenslauf der Antragstellerin hatte, noch ein Bewerbungsgespräch zustande kam, konnte sich die Antragsgegnerin somit auch nicht über die Sprachkenntnisse der Antragstellerin informieren. Das Vorbringen, dass ohnehin nur Personen mit Russischkenntnissen die Stelle erhalten hätten, geht damit ins Leere. Denn rein theoretisch hätte die Antragstellerin Russischkenntnisse aufweisen können, davon überzeugt hat sich die Antragsgegnerin jedoch ab dem Zeitpunkt, an dem klar war, dass die Antragstellerin ein muslimisches Kopftuch trägt und dies auch nicht ablegen wird, nicht. Das Nichtzustandekommen des Arbeitsverhältnisses aus Gründen der mangelnden Russisch-Sprachkenntnisse wird somit als reine Schutzbehauptung qualifiziert.

Andere sachlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung der Bewerbung konnte die Antragsgegnerin ebenso nicht nennen.

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

2. Es liegt **eine Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses § 17 Abs 1 Z 1 GIBG** 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. 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. Die Unterscheidung bezieht sich auf Gemeinsamkeiten von Menschen, die sich auf Grund ihrer Hautfarbe, Herkunft, Religion, Sprache, Kultur oder Sitten ergeben.⁸

Grundsätzlich war in der Vergangenheit eine unterschiedliche Behandlung wegen des Tragens des islamischen Kopftuchs isoliert betrachtet unter Religionsdiskriminierung zu subsumieren und nur im Zusammenwirken mit einem bestimmten äußeren Erscheinungsbild im Einzelfall auch das Vorliegen einer ethnischen Diskriminierung zu prüfen. Unter der Berücksichtigung des ergangenen Erkenntnis des VfGH zum Verhüllungsverbot an Volksschulen⁹, gelangte jedoch der Senat im konkreten Fall zu der Ansicht, diesen auch im Lichte der Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft zu prüfen. So hielt der VfGH nämlich in seinem Erkenntnis zum Verhüllungsverbot an Volksschulen fest: „ [...] Zunächst ist von Bedeutung, dass das Tragen des islamischen Kopftuches eine Praxis ist, die aus verschiedenen Gründen ausgeübt wird. Die Deutungsmöglichkeiten, die die Trägerinnen eines Kopftuches vor dem Hintergrund ihrer spezifischen Religion oder Weltanschauung dieser Bekleidung und damit dem Tragen des Kopftuches geben, sind vielfältig [...]. Mit dem Tragen eines Kopftuches kann schlicht die Zugehörigkeit zum Islam oder die Ausrichtung des eigenen Lebens an den religiösen Werten des Islam ausgedrückt werden. Ferner kann das Tragen des Kopftuches etwa auch als Zeichen für die Zugehörigkeit zur islamischen Kultur bzw. für ein Festhalten an Traditionen der Herkunftsgesellschaft gedeutet werden. Dem islamischen Kopftuch kommt daher keine eindeutige und unmissverständliche Bedeutung zu [...].“¹⁰

Mit Verweis auf die obigen Ausführungen gelangte der Senat daher im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 26 Abs. 12 GIBG zu der Ansicht, dass es der Antragsgegnerin auch hinsichtlich einer Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit nicht gelungen ist zu beweisen, dass ausschließlich sachliche Motive für die die Nichtberücksichtigung der Bewerbung ausschlaggebend waren.

VORSCHLAG

Gemäß **§ 12 Abs 3 GBK/GAW-Gesetz** hat der Senat, wenn er der Auffassung ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, dem Arbeitgeber/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

⁸ Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 17 Rz 15.

⁹ VfGH 11.12.2020, G 4/2020-27

¹⁰ VfGH 11.12.2020, G 4/2020-27 Rz 143.

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 die **Antragsgegnerin, Dr.ⁱⁿ Z**, gemäß § 12 Abs 3 GBK/GAW-Gesetz aufgefordert, die Diskriminierung zu beenden, und wird folgender **Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes** erteilt:

Leistung eines angemessenen Schadenersatzes.

Wien, 15. April 2024

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK