



Kopftuch als Patient_innenschreck?

Fall des Monats Juni 2019

Unterstützung durch die Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW)

Frau D ist Muslimin und trägt das **muslimische Kopftuch** (Hijab). Ihr Nachname ist **türkisch**. Sie **bewirbt** sich um eine Stelle als **zahnärztliche Assistentin**. Beim Bewerbungsgespräch wird sie gefragt, ob sie bereit sei, das Kopftuch **während der Arbeit abzunehmen**, was Frau D verneint. Daraufhin wird ihr mitgeteilt, dass dies womöglich **Probleme mit Privatpatient_innen** des Zahnarztes verursachen könnten, da diese wohl **keine Zahnarztassistentin mit Kopftuch** akzeptieren würden. Außerdem meint der Zahnarzt, dass er sich auch anpassen müsse, wenn er in die Türkei fahre. In Antalya könne er auch nicht einfach so am Strand nackt baden. Frau D ist sehr irritiert von diesen Aussagen. Sie erhält zudem eine **Absage**.

Frau D wendet sich an die Gleichbehandlungsanwaltschaft (**GAW**). Die GAW richtet ein **Schreiben** an den Zahnarzt, und ersucht um eine **Stellungnahme** zu den Aussagen. Er streitet ab, derartige Aussagen getroffen zu haben. Frau D entschließt sich, den Vorfall bei der **Gleichbehandlungskommission (GBK)** überprüfen zu lassen. Die GAW stellt daher einen **Antrag auf Feststellung einer Diskriminierung bei der Begründung eines Dienstverhältnisses aufgrund der Religion und des Geschlechts** sowie einer **Belästigung aufgrund des Geschlechts, der ethnischen Zugehörigkeit und der Religion**. Die **GBK unterbricht** das Verfahren, weil Frau D sich entscheidet, den Zahnarzt vor Gericht auf **Schadenersatz** zu **klagen**. Ihr Kosten- und Prozessrisiko ist von einer Rechtsschutzversicherung gedeckt. Das Gericht erkennt eine **Diskriminierung bei der Begründung aufgrund der Religion** und eine **Belästigung aufgrund der Religion bzw. der ethnischen Zugehörigkeit**. Frau D erhält schließlich EUR 1.500,- Schadenersatz.

Hintergründe

Diskriminierung bei der Begründung eines Dienstverhältnisses

Frau D hatte den starken **Verdacht**, die Stelle aufgrund der Tatsache, dass sie als muslimische Frau ein **Kopftuch** trägt, nicht erhalten zu haben. Dies wäre eine **Diskriminierung bei der Begründung eines Dienstverhältnisses** (§§ 3 Z 1 und 17 Abs 1 Z 1 GIBG)

In solchen Fällen sieht das **Gleichbehandlungsgesetz (GIBG)** einen **Schadenersatz** vor. Je nach den konkreten Umständen ist dieser allerdings **unterschiedlich hoch**. Wenn der_die Stellenwerber_in bei diskriminierungsfreier Auswahl die Stelle erhalten hätte, beträgt der Schadenersatz **mindestens zwei Monatsentgelte**, Obergrenze gibt es keine. Dies kann nur der Fall sein, wenn es sich um den_die **bestqualifizierte Bewerber_in** gehandelt hat. Der_die Bewerber_in muss im Verfahren **glaubhaft machen**, dass er_sie einzig aufgrund des Diskriminierungsmerkmals nicht eingestellt wurde.¹ Der_die Bewerber_in muss also darlegen, dass er_sie die beste Qualifikation unter allen Bewerber_innen hatte. Wenn dies nicht gelingt, sieht das GIBG auch einen, wenn auch **geringeren, Schadenersatz** von **höchstens EUR 500,-** vor. So bei Frau D: Sie hat gar nicht erst behauptet, die Bestqualifizierte gewesen zu sein, sah sich jedoch als Kopftuchträgerin einem diskriminierenden Bewerbungsverfahren ausgesetzt.

Zwei aktuelle EuGH-Entscheidungen: *Rs Achbita* und *Rs Bougnaoui*

Dürfen Unternehmen ein „religiös neutrales Auftreten“ ihrer Mitarbeiter_innen verlangen? Während des laufenden Gerichtsverfahrens von Frau D traf der **EuGH** zu dieser Frage zwei Entscheidungen: ***Rs Achbita* (C-175/15)** und ***Rs Bougnaoui* (C-188/15)**. Die Entscheidungen besagen im Wesentlichen, dass es eine **unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Religion** darstellt, wenn ein_e Arbeitgeber_in aufgrund von **Kund_innenwünschen** als individuelle Maßnahme punktuell einer Arbeitnehmerin das **Tragen des islamischen Kopftuches verbietet**. Wenn das **Verbot eines Kopftuchs** jedoch auf einer allgemeinen unternehmensinternen Regelung eines religiös und weltanschaulich neutralen Außenauftritts (ein sog. „**Neutralitätsgebot**“) beruht, liegt zumindest **keine unmittelbare Diskriminierung** vor.

Auf diese beiden Entscheidungen nimmt das **Arbeits- und Sozialgericht** in seiner rechtlichen Beurteilung Bezug. Im Fall von Frau D bringt der Zahnarzt nämlich genau ein solches Neutralitätsgebot vor. Das Gericht kann jedoch nicht feststellen, dass der Zahnarzt bisher in

¹ Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG Kommentar, 2009, § 12 Rz 18.

seinem Unternehmen eine strikte Neutralitätspolitik gegenüber aller religiösen und weltanschaulichen Symbole gepflegt hat. Vielmehr erscheint dieses Argument nun anlassbezogen aufgeworfen worden zu sein. Als einziges Argument des Zahnarztes für das Kopftuchverbot bleibt daher die **Befürchtung negativer Reaktionen** vonseiten seiner **Patient_innen**, also seiner Kund_innen, übrig. In den zitierten Fällen *Rs Achbita* und *Rs Bougnaoui* hat der **EuGH** jedoch vermeintliche Kund_innenwünsche als **unzulässiges Argument** beurteilt. Das Gericht geht daher von einer **unmittelbaren Diskriminierung aufgrund der Religion** aus.

Intersektionalität: Wenn mehrere Diskriminierungsmerkmale aufeinander treffen

Die GAW erkennt in den meisten Fällen, bei denen das Tragen des muslimischen Kopftuchs zu einer Benachteiligung führt, eine **Mehrfachdiskriminierung**. Sowohl das **Geschlecht** als auch die **Religion** sowie unter Umständen auch die **ethnische Zugehörigkeit** treffen in diesen Fällen aufeinander und führen zur konkreten Benachteiligung. Es handelt sich um eine spezifische Verknüpfung und gegenseitige Verstärkung dieser Merkmale, die nicht alleine aus dem Geschlecht oder aus der Religion abzuleiten ist. Im vorliegenden Fall werden vom Zahnarzt weder Frauen im Allgemeinen noch Muslim_innen im Allgemeinen von der Bewerbung ausgeschlossen. Erst das Zusammentreffen dieser Gründe führt dazu, dass Frau D **als muslimische Frau** benachteiligt wird.² Man spricht hier von **Intersektionalität**.³ Bei der Bemessung des Schadenersatzes ist eine **Mehrfachdiskriminierung** zu berücksichtigen (§ 12 Abs 13 und § 26 Abs 13 GIBG).⁴

Fazit

Höherer Schadenersatz als angemessener Ausgleich

Frau D konnte glaubhaft machen, dass ihre Bewerbung aufgrund ihrer **Weigerung, das Kopftuch während der Arbeit abnehmen zu werden**, nicht bzw. schlechter berücksichtigt wurde, als es für Vergleichspersonen galt, die entweder kein Kopftuch tragen oder bereit

² Vgl *Holzleithner, Bekleidungs Vorschriften und Genderperformance, Gutachten für die Gleichbehandlungsanwaltschaft*, 2015.

³ Das Konzept der Intersektionalität geht auf die US-amerikanische Schwarze feministische Rechtswissenschaftlerin *Kimberlé Crenshaw* zurück; vgl *Crenshaw, Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color, Stanford Law Review* Vol. 43, No. 6 (Jul. 1991), pp. 1241-1299.

⁴ Mehr zum Thema mehrdimensionale Diskriminierungen vgl *Baer, Bittner und Götsche im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Mehrdimensionale Diskriminierung – Begriffe, Theorien und juristische Analyse*, 2010.

wären, es während der Arbeit abzunehmen. Das Arbeits- und Sozialgericht stellt fest, dass es sich hierbei um eine **unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Religion** handelt. Die **GAW** vertritt im Gegensatz zum Gericht die **Rechtsansicht**, dass es sich **auch um eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts** handelt. Das Gericht stellt einerseits strikt auf das Vorbringen der Klägerin ab und las aus diesem heraus, dass sie sich „nur“ aufgrund ihrer Religion bzw. bei der Belästigung auch aufgrund ihrer ethnischen Zugehörigkeit betroffen fühlte. Andererseits stellt es auf die benachteiligende Intention des Arbeitgebers ab: Dieser habe Frau D nicht aufgrund ihres Geschlechts, sondern einzig aufgrund ihrer Religion benachteiligen wollen. Die GAW ist der Ansicht, dass die **rechtliche Qualifikation**, welche Diskriminierungsmerkmale gegeben sind und ob es sich um eine Mehrfachdiskriminierung handelt, eine Rechtsfrage darstellt und sich **nicht allein auf das Vorbringen der Antragstellerin** bzw. Klägerin stützen darf. Die **Intention der diskriminierenden Person** bei der rechtlichen Qualifikation ist im Übrigen aus Sicht der GAW **irrelevant**. Dieselben Überlegungen gelten auch für die **Belästigung**. Auch hier hat das Gericht die Mehrfachdiskriminierung nicht erkannt, sondern einzig eine Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit „bzw.“ Religion von Frau D gesehen. Aus Sicht der GAW war jedoch auch bei der Belästigung die Geschlechterdimension ausschlaggebend. Faktum ist nämlich: **Von Diskriminierungen iZm dem muslimischen Kopftuch sind ausschließlich Frauen betroffen.**

Frau D erhielt einen aus Sicht der GAW **keinen angemessenen Schadenersatz**. Wäre das Geschlecht mitberücksichtigt und eine Mehrfachdiskriminierung festgestellt worden, so hätte Frau D einen **höheren und damit aus Sicht der GAW angemesseneren Schadenersatzanspruch** gehabt. Fälle wie jenen von Frau D würde die GAW gerne selbst auf den Gerichtsweg bringen, um die rechtlichen Standpunkte darlegen zu können. Fälle wie jenen von Frau D berät und begleitet die GAW oftmals intensiv. Dabei entwickelt die GAW eine rechtliche Argumentation und bezieht einen rechtlichen Standpunkt. Eine **Vertretung vor Gericht** ist **durch die GAW jedoch aktuell nicht möglich**. Aus Sicht der GAW ist es essentiell, dass sie künftig auch eine entsprechende Rolle vor Gericht erhält, etwa durch die Erteilung eines **Klagsrecht an die GAW**.

Impressum

Medieninhaberin, Verlegerin und Herausgeberin:

Gleichbehandlungsanwaltschaft,

Taubstummengasse 11, 1040 Wien

Wien, 2019. Stand: 8. Mai 2020

Telefon: +43 1 532 02 44, Nulltarif: 0800 20 61 19

E-Mail: gaw@gaw.gv.at