

Senat II der Gleichbehandlungskommission

Anonymisiertes Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) beim Bundeskanzleramt hat über den Antrag von Herrn A (in der Folge: der Antragsteller) wegen behaupteter Diskriminierung auf Grund der sexuellen Orientierung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 7 GIBG, BGBl. I Nr. 66/2004 idgF, sowie mangelnder Abhilfe bei Belästigung gemäß § 21 Abs. 1 Z 2 durch die B GmbH (Erstantragsgegnerin), sowie durch Belästigung gemäß § 21 Abs. 1 Z 3 GIBG durch Herrn C (in der Folge: Zweitantragsgegner) und Herrn D (in der Folge: Drittantragsgegner) nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz, BGBl. I Nr. 66/2004 idgF, iVm § 11 Gleichbehandlungskommissions-GO, BGBl. II Nr. 396/2004, erkannt:

Diskriminierungen des Antragstellers durch Belästigung gemäß § 21 Abs. 1 Z 3 GIBG auf Grund der sexuellen Orientierung durch den Zweit- und den Drittantragsgegner

liegen vor.

Eine Diskriminierung des Antragstellers wegen mangelnder Abhilfe durch die Erstantragsgegnerin gemäß § 21 Abs. 1 Z 2 GIBG auf Grund der sexuellen Orientierung bei Belästigung des Drittantragsgegners

liegt vor.

Eine Diskriminierung des Antragstellers wegen mangelnder Abhilfe durch die Erstantragsgegnerin gemäß § 21 Abs. 1 Z 2 GIBG auf Grund der sexuellen Orientierung bei Belästigung des Zweitantragsgegners

liegt nicht vor.

Eine Diskriminierung des Antragstellers auf Grund der sexuellen Orientierung bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die Erstantragsgegnerin gemäß § 17 Abs. 1 Z 7 GIBG

liegt nicht vor.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Der Antragsteller brachte im Wesentlichen vor, seit September 2007 bei der Erstantragsgegnerin als Kellner beschäftigt gewesen zu sein. Aus seiner bisexuellen Orientierung habe er von Anfang an kein Geheimnis gemacht.

Der Drittantragsgegner habe sich ihm gegenüber wiederholt in abwertender Weise über Schwule geäußert und der Zweitantragsgegner habe in seiner Anwesenheit über „Scheiß Schwule“ gesprochen.

Im Dezember 2007 habe er vom Drittantragsgegner ein SMS mit folgendem Inhalt erhalten:

„Tu gestern war ein poln. Hurren schwul arsch kind u. hat sich benommen wie eben billgd schwulle u. mich auch beleidigt, aber der rici. War dabei sonst hätte das hurren pol schwuchtel in arsch gewickt. Ich habe gegen schwule ni. Solange sie nicht schleimig sind, also sag deinem liebhaber, ich fikke ihn und fikke sein mutter, wenn es sein muß“.

Am ... habe er der Geschäftsführerin der Erstantragsgegnerin, Frau E, von dieser SMS berichtet, sie habe sich mit dem Inhalt jedoch gar nicht auseinandersetzen wollen, sondern nur gemeint, dass der Drittantragsgegner viel Umsatz brächte und die beiden die Konflikte untereinander regeln sollten.

Auch dem Zweitantragsgegner, der damals ebenfalls Geschäftsführer gewesen sei, habe er die SMS gezeigt – dieser habe jedoch nichts unternommen.

Am ... habe der Drittantragsgegner ihn um einen Dienstaustausch ersucht, was er jedoch abgelehnt habe. In der Folge habe der Drittantragsgegner begonnen, ihn wüst zu beschimpfen, was einen psychischen Zusammenbruch seinerseits zur Folge gehabt hätte.

Auf Grund der darauf erfolgten Krankmeldung sei es in der Folge zu seiner Kündigung gekommen, da die Vertreterin der Erstantragsgegnerin gemeint habe, dass sie sich „seinen Krankenstand nicht leisten könne“.

Der Drittantragsgegner brachte in seiner Stellungnahme im Wesentlichen vor, dass er das antragsgegenständliche SMS verfasst, sich aber anschließend dafür entschuldigt habe.

In weiterer Folge hätten sie wieder normal zusammengearbeitet und Spaß gehabt. Die übrigen im Antrag vorgebrachten Behauptungen des Antragstellers entsprächen nicht der Wahrheit.

Der Zweitantragsgegner brachte in seiner Stellungnahme im Wesentlichen vor, dass ihm die sexuelle Orientierung des Antragstellers bis dato nicht bekannt gewesen sei. Es könne zwar sein, dass er Aussagen über bisexuelle Menschen und deren Vorlieben getroffen habe, diese seien aber keinesfalls ernst zu nehmen gewesen.

Das antragsgegenständliche SMS des Drittantragsgegners sei ihm damals nicht bekannt geworden.

Am ... sei der Antragsteller plötzlich an ihn herangetreten und habe ihn ersucht, für ihn die Rettung zu rufen. Danach habe er sich umgedreht, die Tische weiter abkassiert, anschließend ein Bier getrunken und das Lokal verlassen.

Auf Grund dieses Verhaltens habe er den Eindruck gewonnen, dass der Antragsteller sich mit dem Ersuchen, für ihn die Rettung zu rufen, einen Scherz erlaubt habe – für ihn als medizinischen Laien wäre ein psychischer Zusammenbruch des Antragstellers nicht erkennbar gewesen.

Die Vertreterin der Erstantragsgegnerin legte in ihrer Stellungnahme im Wesentlichen dar, dass sie mit der Arbeitsleistung des Antragstellers zufrieden und die sexuelle Orientierung der Mitarbeiter für sie nicht von Interesse gewesen sei.

Auf Grund langjähriger Erfahrungen in Bezug auf persönliche Streitigkeiten von Mitarbeitern, die sie viel Zeit und Nerven gekostet hätten, habe sie es sich abgewöhnt, sich in persönliche Streitigkeiten einzumischen.

Daher habe sie den Antragsteller ersucht, die Sache mit dem Drittantragsgegner selbst zu regeln. Mit privaten SMS, die unter die Gürtellinie gingen, wolle sie nichts

zu tun haben, zumal sie durch ständige berufliche Sorgen selbst gesundheitlich belastet wäre.

Am ... habe der Antragsteller ihr mitgeteilt, auf Grund eines „psychischen Blackouts“ für längere Zeit nicht arbeitsfähig zu sein.

Auf Grund der hohen Personalkosten könne sie es sich jedoch nicht leisten, monatelang einen Kellner im Krankenstand zu bezahlen, weshalb die Kündigung des Antragstellers – aus wirtschaftlichen Gründen und nicht wegen dessen sexueller Orientierung – erfolgt sei.

Über andere Vorfälle zwischen dem Antragsteller und dem Zweit- bzw. dem Drittantragsgegner sei ihr damals nichts bekannt geworden.

Der Drittantragsgegner bestätigte bei seiner Befragung, das antragsgegenständliche SMS verfasst, sich aber danach dafür entschuldigt zu haben.

Dem vorangegangen seien allerdings massive Provokationen durch einen Gast, der sich mit den Worten „Schöne Grüße an“ (*gemeint war damit der Antragsteller gewesen*) verabschiedet habe.

Von der Geschäftsführerin habe er die Anweisung erhalten, keine derartigen SMS mehr zu schicken, überdies habe sie ihn aufgefordert – nachdem er ihr mitgeteilt hätte, dass die Sache bereits bereinigt sei – sich mit dem Antragsteller zu versöhnen.

Der mittlerweile pensionierte Zweitantragsgegner schilderte dem Senat, dass er vormals Arbeitgeberfunktion ausgeübt hätte und dass im Betrieb keine schwulenfeindlichen Aussagen gefallen wären.

Entgegen der Behauptung im Antrag habe ihm der Antragsteller das vom Drittantragsgegner verfasste SMS nicht gezeigt.

Zum Verhalten des Antragstellers sei anzumerken, dass dieser sich während der letzten Zeit seiner Beschäftigung zu seinen Ungunsten verändert habe und im Übrigen viel gelogen hätte.

Er selbst hätte hingegen den Antragsteller nie beleidigt und auch – entgegen seiner kurz davor getätigten Aussage, dass sein Rechtsanwalt die schriftliche Stellungnahme verfasst habe und er daher nicht mehr wisse, ob er beleidigende Äußerungen gegenüber dem Antragsteller getätigt habe – keine Äußerungen über homo- und bisexuelle Menschen getroffen.

Der Antragsteller bestätigte im Wesentlichen seine schriftlichen Angaben, insbesondere hinsichtlich der Beschimpfungen durch den Drittantragsgegner und eine Äußerung des Zweitantragsgegners über „Scheiß Schwule“.

Der Geschäftsführerin gegenüber hätte er nur die Belästigung durch den Drittantragsgegner, nicht jedoch jene durch den Zweitantragsgegner thematisiert.

Mit dem Drittantragsgegner habe er sich nach dem Streit wegen des SMS „um des lieben Friedens Willen“ wieder versöhnt, er habe aber gezittert, wenn er den Drittantragsgegner gesehen habe und hätte diesen nicht ansehen können.

Er habe mit dem Zweitantragsgegner auch die Probleme mit dem Drittantragsgegner angesprochen – jedoch auch der Zweitantragsgegner habe nichts unternommen, da der Drittantragsgegner gemacht habe, was er wolle.

Zur Kündigung gab er an, dass die Geschäftsführerin ihn – nachdem er zur voraussichtlichen Dauer seines Krankenstandes keine Angabe hätte machen können – aufgefordert habe, „in die Arbeitslose zu gehen“.

Die Vertreterin und Geschäftsführerin der Erstantragsgegnerin, Frau E, erläuterte dem Senat, dass sie bereits mehrfach homosexuelle Kellner beschäftigt habe und ihr die sexuelle Orientierung des Personals egal sei.

In der Vergangenheit hätten Streitereien unter der Belegschaft sie wiederholt unnötigerweise Zeit und Nerven gekostet, weshalb sie sich nunmehr davon distanzieren und auch im antragsgegenständlichen Fall die Beteiligten zur Streitbeilegung aufgefordert hätte.

Der Antragsteller habe ihr vom SMS des Drittantragsgegners erzählt, sie sei aber davon ausgegangen, dass es sich dabei um einen privaten Inhalt handle und habe daher nicht weiter nachgeforscht.

Die Kündigung des Antragstellers wäre einzig aus dem Grund des angekündigten längeren Krankenstandes erfolgt, seine sexuelle Orientierung habe dabei keine Rolle gespielt.

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission hat hiezu erwogen:

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

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

...

7. bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses

"§ 19. (1) Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person auf Grund eines in § 17 genannten Grundes in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

(2) Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einer ethnischen Gruppe angehören, oder Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung, eines bestimmten Alters oder mit einer bestimmten sexuellen Orientierung gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich.

(3) Eine Diskriminierung liegt auch bei Anweisung einer Person zur Diskriminierung vor.

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

1. vom/von der Arbeitgeber/in selbst belästigt wird,
2. durch den/die Arbeitgeber/in dadurch diskriminiert wird, indem er/sie es schuldhaft unterlässt, im Falle einer Belästigung durch Dritte (Z 3) eine auf Grund gesetzlicher Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages angemessene Abhilfe zu schaffen,
3. durch Dritte in Zusammenhang mit seinem/ihrem Arbeitsverhältnis belästigt wird oder
4. durch Dritte außerhalb eines Arbeitsverhältnisses (§ 18) belästigt wird.

(2) Belästigung liegt vor, wenn eine unerwünschte Verhaltensweise, die mit einem der Gründe nach § 17 im Zusammenhang steht, gesetzt wird,

1. die die Würde der betroffenen Person verletzt oder dies bezweckt,
2. die für die betroffene Person unerwünscht, unangebracht oder anstößig ist und
3. die ein einschüchterndes, feindseliges, entwürdigendes, beleidigendes oder demütigendes Umfeld für die betroffene Person schafft oder dies bezweckt.

(3) Eine Diskriminierung liegt auch bei Anweisung zur Belästigung einer Person vor.

Vor der rechtlichen Auseinandersetzung mit dem im Verfahren vor dem erkennenden Senat erhobenen Sachverhalt bleibt zunächst zu bemerken, dass die Herstellung einer diskriminierungsfreien Arbeitsumwelt als eine der wesentlichsten Zielsetzungen des Gleichbehandlungsgesetzes zu betrachten ist.

Im Hinblick auf dieses Ziel wird es für Arbeitgeber/innen daher unerlässlich sein, sich mit allenfalls vorhandenen negativen Stereotypisierungen von Personengruppen auseinanderzusetzen.

Zur Frage der Beweislastverteilung ist anzumerken, dass gemäß § 26 Abs. 12 GIBG eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne der §§ 17, 18 oder 21 beruft, diesen glaubhaft zu machen hat.

Dem/der Beklagten obliegt es bei Berufung auf § 17 oder 18 zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne der §§ 19 Abs. 2 oder 20 vorliegt.

Hinsichtlich der vom Antragsteller behaupteten Belästigung durch den Drittantragsgegner ist festzustellen, dass das im Antrag relevierte SMS vom Drittantragsgegner selbst zugegeben worden ist. Im Lichte dieses Umstandes bestand daher für den erkennenden Senat auch kein Zweifel darüber, dass auch die dem Drittantragsgegner zugeschriebenen abwertenden Äußerungen über Schwule

gefallen sind und damit der Tatbestand der Belästigung auf Grund der sexuellen Orientierung verwirklicht worden ist.

Zu der dem Zweitantragsgegner zugeschriebenen Bemerkung über „Scheiß Schwule“ ist auszuführen, dass sich dieser auf die Frage, ob er sich dahingehend geäußert habe oder nicht, in Widersprüche im Hinblick auf seine schriftliche Stellungnahme verwickelt hat und daher der Senat zur Auffassung gelangt ist, dass es sich bei der Leugnung dieser Aussage um eine reine Schutzbehauptung des Zweitantragsgegners gehandelt hat. Damit wurde ebenfalls der Tatbestand der Belästigung gemäß § 21 GIBG verwirklicht.

Hinsichtlich der Verletzung der Verpflichtung der Arbeitgeberin zur Schaffung angemessener Abhilfe ist auszuführen, dass die Vertreterin der Erstantragsgegnerin, Frau E, nur von den Belästigungen des Antragstellers durch den Drittantragsgegner Kenntnis erlangt und diese Vorwürfe nicht hinreichend genau untersucht hat, sondern die Beteiligten nur aufgefordert hat, die Streitigkeiten selbst beizulegen.

Eine derartige Vorgangsweise verletzt die gesetzliche Verpflichtung der Arbeitgeberin zur Schaffung angemessener Abhilfe im Sinne des GIBG, da mit dieser Verpflichtung des/der Arbeitgebers/in das Diskriminierungsopfer gerade vor weiteren diskriminierenden Handlungen durch den/die Belästiger/in geschützt werden soll. Dem/der Arbeitgeber/in stehen dafür sämtliche arbeitsrechtlichen Mittel – von einer Verwarnung bis hin zum Ausspruch der Entlassung des/der Belästigers/in – zur Verfügung, die – je nach Lage des Einzelfalles und Schwere des Übergriffes – einzusetzen sind, um der vom GIBG geforderten Eingriffspflicht Genüge zu tun.

Bezüglich der vom Antragsteller im Verfahren behaupteten Belästigungen durch den Zweitantragsgegner durch Äußerungen über „Scheiß Schwule“ hat dieser nach eigenem Vorbringen die Vertreterin der Arbeitgeberin darüber nie in Kenntnis gesetzt, weshalb hinsichtlich dieser Belästigung mangels Kenntnis daher keine Verletzung der Verpflichtung zur Schaffung angemessener Abhilfe durch die Erstantragsgegnerin vorliegen kann.

Das Vorbringen der Erstantragsgegnerin, den Antragsteller nur aus wirtschaftlichen Gründen wegen der unabsehbaren Dauer des Krankenstandes gekündigt zu haben,

erschien dem erkennenden Senat im Hinblick auf die Betriebsbedingungen im Bereich der Gastronomie als nachvollziehbar und lebensnah.

Daher konnte in dieser Kündigung keine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Grund der sexuellen Orientierung des Antragstellers erkannt werden.

Vorschlag:

Der Erstantragsgegnerin wird - da sich deren Vertreterin Frau E bei der Befragung durch den erkennenden Senat als problembewusst und sensibel im Hinblick auf die künftig zu wählende Vorgangsweise bei Diskriminierungen gezeigt hat – eine eingehende Befassung mit dem Gleichbehandlungsgesetz vorgeschlagen.

Dem Zweit- und dem Drittantragsgegner werden eine eingehende Befassung mit dem Gleichbehandlungsgesetz und die Zahlung eines Schadenersatzes in der Höhe von je € 720,-- an den Antragsteller vorgeschlagen.