

BUNDESKANZLERAMT  ÖSTERREICH**Senat III der Gleichbehandlungskommission****Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz**

Der Senat III der Gleichbehandlungskommission (GBK) beim Bundeskanzleramt gelangte am 23. Jänner 2014 über das am 4. Juli 2013 amtswegig eingeleitete Verfahren, betreffend der Überprüfung, ob eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes durch eine Belästigung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, durch die Antragsgegnerin

X – GmbH

gemäß § 35 Abs. 1 Gleichbehandlungsgesetz (in der Folge GIBG; idF BGBl. I Nr. 107/2013) vorliegt, nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz (idF BGBl. I Nr. 107/2013) iVm § 11 Gleichbehandlungskommissions-GO (idF BGBl. II Nr. 275/2013) **zur Auffassung, dass die**

X – GmbH eine Belästigung aufgrund des Geschlechts gemäß § 35 Abs. 1 Gleichbehandlungsgesetz zu verantworten hat.

Der Sachverhalt stellte sich im Wesentlichen wie folgt dar:

Im ... wurde in verschiedenen Zeitungsartikeln die – aufgrund eines Kunstprojekts erfolgte – Installation eines „Venezianischen“ Spiegels zwischen der Damen- und der Herrentoilette des Lokals „X“, ..., beschrieben. Dieser Spiegel würde laut den Berichten den die Herrentoilette benützenden Gästen den Blick auf den Waschbereich der Damentoilette frei geben. Aufgrund dieser Umstände ergab sich für Senat III der Gleichbehandlungskommission die Vermutung der Nichteinhaltung des Gleichbehandlungsgebotes gemäß § 35 Abs. 1 GIBG. Die Antragsgegnerin wurde daher gemäß § 13 GBK/GAW-Gesetz zur Berichtslegung aufgefordert. In der Antwort der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerin vom ... wurde darauf hingewiesen, dass der Spiegel in der bisherigen Form nicht mehr existent sei und keine Einblicke in die Waschräume mehr gegeben seien.

In einem am ... von VertreterInnen der GAW durchgeführten Lokalaugenschein konnten die Angaben der rechtsfreundlichen Vertretung nicht bestätigt werden. Sobald sich eine Person in der Herrentoilette befinde, würde diese von der Damentoilette aus erkennbar sein. Gleiches gelte für die Sicht von der Herrentoilette in die Damentoilette. Ein nur schlecht beleuchtetes und schlecht lesbares Hinweisblatt weise (weiterhin) auf das Kunstprojekt hin.

Mit Schreiben vom ... forderte der Senat III die Antragsgegnerin zur Herstellung eines rechtskonformen Zustandes auf. Insbesondere müsste der Bereich der Damentoilette von der Herrentoilette so getrennt werden, dass es von keiner Seite eine Durchblicksmöglichkeit gebe. In der Antwort der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerin vom ... wurde darauf hingewiesen, dass die dem Senat III vorliegenden Informationen unzutreffend seien und keine Einblicke in die Waschräume mehr gegeben seien.

In einem am ... von VertreterInnen des Senates III durchgeführten Lokalaugenschein konnten die Angaben der rechtsfreundlichen Vertretung wiederum nicht bestätigt werden. Weiterhin weise nur ein schlecht beleuchtetes und schlecht lesbares Hinweisblatt in einer Ecke des Zuganges auf das Kunstprojekt hin und seien Personen wechselseitig im anderen Toilettenbereich als Silhouette erkenn- und identifizierbar. Bei Annäherung an den Spiegel und eventueller Abschattung der Augen seien zudem noch mehr Details erkennbar.

Aufgrund dessen wurde von Senat III am ... die amtswegige Einleitung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz wegen vermuteter Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes gemäß § 35 Abs. 1 GIBG beschlossen.

Von der Antragsgegnerin langte zu den Vorwürfen keine Stellungnahme ein.

In der Sitzung der Gleichbehandlungskommission vom ... wurde Herr Y als Geschäftsführer der Antragsgegnerin befragt und brachte im Wesentlichen vor:

Im Zuge des Umbaus im Jahr ... seien auch die Toiletten verlegt worden. Unter der Mitarbeit von zwei Künstlern sei versucht worden, das Thema „Social Media“ und „gläserner Mensch“ architektonisch als Kunstprojekt darzustellen. Daraus sei die Idee zu diesem venezianischen Spiegel entstanden, welcher am ... montiert worden sei. In dieser Ursprungssituation hätten die Männer den Frauen beim Händewaschen zusehen können. Die Männer seien dabei am Pissoir gestanden, wo oberhalb der Spiegel montiert gewesen sei. Am ... sei er abmontiert und umgedreht worden. Von der Herrentoilette sei von ... an kein Durchblick in die Damentoilette mehr möglich gewesen. Ab diesem Zeitpunkt hätten die Frauen beim Händewaschen die Männer sehen können.

Es habe aber in diesem Zeitraum nichts zu sehen gegeben, was gewerberechtlich oder sonst in irgendeiner Art und Weise rechtlich nicht gedeckt gewesen sei. Auch seien die Toiletten räumlich getrennt und massiv verdunkelt gewesen. Man habe nur sehen können, wie sich die Leute die Hände waschen. Auch seien die Personen nur bis zur Schulter und als Konturen mit einer 60- bis 70-prozentigen Verdunkelung sichtbar gewesen. Man habe zwar erkennen können, um welche Person es sich handle, aber das sei auch beabsichtigt gewesen. Seit Ende ... sei das Kunstprojekt beendet.

Mit den Ergebnissen des Lokalaugenscheins von Mitgliedern des Senates am ... konfrontiert, erläuterte der Befragte, dass ein venezianischer Spiegel nur aufgrund der beidseitigen Lichteinstellungen funktioniere. Ein venezianischer Spiegel und ein normaler Spiegel seien grundsätzlich dasselbe, nur habe ersterer eine dünnere Spiegelfolie. Auf einer Seite sei es ein normaler Spiegel, von der anderen Seite könne man durchsehen. Dafür müsse es entweder auf einer Seite hell und auf der anderen Seite dunkel oder auf beiden Seiten dunkel sein. Die dafür nötigen Lichteinstel-

lungen seien ab 18.00 Uhr aktiviert. Während des Tages würden beide Seiten aufgrund von Reinigungsarbeiten hell sein können. In dieser Situation würde man von beiden Seiten in den jeweils anderen Raum sehen können. Da verhalte sich der Spiegel wie eine normale Glasscheibe. Nur würde am Tag niemand die Toiletten benutzen. Grundsätzlich würde man aber auch am Tag gar nichts sehen. Die Betriebs-einstellungen seien so, dass die Damen einen Spiegel vor sich sehen würden und die Männer würden gar nichts sehen. Die gesamte Lichteinstellung des Lokals würde über ein Tablet erfolgen und es sei nicht möglich in der Toilette selbst das Licht einzustellen.

Das Projekt sei definitiv nicht mehr vorhanden und das Licht sei so eingestellt, dass man nicht mehr durchsehe. Auch würden die Gäste in der Hinweistafel darauf aufmerksam gemacht, dass es eine unabhängige Toilette gäbe, welche nicht vom Kunstprojekt umfasst sei. Auch sei es definitiv nicht angedacht, das Projekt wieder aufleben zu lassen.

Der Befragte sagte dem Senat zu, dass er hinkünftig die Reinigungs- und Nachfüllzeiten vor die Öffnungszeiten des Lokals legen werde. Auch gebe es die Möglichkeit die Lichteinstellungen auf dem Tablet zu sperren, sodass ab Öffnung des Lokals um 12.00 Uhr kein helles Licht mehr einstellbar sei.

Mit Schreiben vom ... gab die rechtsfreundliche Vertretung der Antragsgegnerin folgende Maßnahmen zur Herstellung eines rechtskonformen Zustands bekannt:

- Die über ein Tablet vorzunehmende Lichtsteuerung sei mit einem Sicherheitscode gesperrt worden, sodass keine unbeaufsichtigten und selbständigen Zugriffe durch das Reinigungspersonal mehr möglich seien.
- Das Reinigen und Instandhalten der Toiletten – wofür die Lichteinstellungen geändert werden müssten – würde ausschließlich außerhalb der Öffnungszeiten erfolgen.
- Ergänzend würde auf der Herrentoilette ein Vorhang installiert, der, ungeachtet der Lichtverhältnisse, die Sicht zusätzlich versperren würde.

Am ... gegen 13.30 Uhr führten Mitglieder des Senates III einen weiteren Ortsaugenschein im Lokal der Antragsgegnerin durch:

Dabei sei festgestellt worden, dass sich im Vergleich zum ersten Ortsaugenschein vom ... nichts geändert habe:

- In dem sehr dunklen Gang am Weg zur Toilette würde sich nach wie vor der Ständer mit dem – aufgrund der Dunkelheit schwer lesbaren – Hinweis auf das (angeblich bereits beendete) Kunstprojekt befinden.
- Durch den Spiegel seien weiterhin wechselseitig die jeweiligen Personen im anderen Bereich als Silhouette erkenn- und auch identifizierbar. Bei Annäherung an den Spiegel und eventueller Abschattung der Augen seien auch mehr Details erkennbar.
- Das Pissoir befinde sich weiterhin direkt an der Spiegelwand, wo sich im gegenüberliegenden Damenteil das Handwaschbecken befinde. Ein Vorhang würde nicht existieren.
- Eine dritte Toilette sei nicht vorhanden.

Der Senat III der Gleichbehandlungskommission hat folgenden Sachverhalt festgestellt:

Der Senat III hatte zu prüfen, ob durch die Antragsgegnerin eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes durch eine Belästigung gemäß § 35 Abs. 1 leg.cit. vorliegt.

Die relevanten Gesetzesstellen des hier zu behandelnden GIBG bestimmen Folgendes:

§ 30. (1) *Für das Merkmal des Geschlechts gelten die Bestimmungen dieses Abschnittes für Rechtsverhältnisse einschließlich deren Anbahnung und Begründung und für die Inanspruchnahme oder Geltendmachung von Leistungen außerhalb eines Rechtsverhältnisses beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum, sofern dies in die unmittelbare Regelungskompetenz des Bundes fällt.*

§ 31. (1) *Auf Grund des Geschlechts oder der ethnischen Zugehörigkeit darf niemand unmittelbar oder mittelbar beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich*

Wohnraum, diskriminiert werden. Diskriminierungen von Frauen auf Grund von Schwangerschaft oder Mutterschaft sind unmittelbare Diskriminierungen auf Grund des Geschlechts.

§ 35. (1) Unerwünschte, unangebrachte oder anstößige Verhaltensweisen, die im Zusammenhang mit einem der Gründe nach § 31 oder der sexuellen Sphäre stehen, und bezwecken oder bewirken,

1. dass die Würde der betroffenen Person verletzt wird und
2. ein einschüchterndes, feindseliges, entwürdigendes, beleidigendes oder demütigendes Umfeld für die betroffene Person geschaffen wird,

gelten als Diskriminierung.

§ 38. (1) Bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 31 hat die betroffene Person Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens und eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

(2) Bei einer Belästigung nach § 35 hat die betroffene Person gegenüber dem/der Belästiger/in Anspruch auf Ersatz des erlittenen Schadens. Soweit der Nachteil nicht nur in einer Vermögenseinbuße besteht, hat die betroffene Person zum Ausgleich der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung Anspruch auf angemessenen, mindestens jedoch auf 1000 Euro Schadenersatz.

(3) Insoweit sich im Streitfall die betroffene Person auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne der §§ 31 oder 35 beruft, hat er/sie diesen glaubhaft zu machen. Dem/der Beklagten obliegt es bei Berufung auf § 31 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 des § 32 Abs. 2 oder des § 33 vorliegt. Bei Berufung auf § 35 obliegt es dem/der Beklagten zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die vom/von der Beklagten glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

Im ... wurde im Rahmen eines Kunstprojekts zwischen der Damen- und der Herrentoilette Lokals „X“, ..., ein semipermeabler Spiegel („venezianischer Spiegel“) installiert. Dieser Spiegel befindet sich in der Damentoilette oberhalb der Waschgelegenheit, auf der Herrentoilette oberhalb des Pissoirs.

Durch mehrere vom Senat III und der GAW durchgeführte Lokalaugenscheine wurde festgestellt, dass nur ein schlecht beleuchtetes und schlecht lesbares einsprachiges Informationsblatt auf das Kunstprojekt hinweist. Sowohl in der Damen- als auch in der Herrentoilette fehlt jeglicher Hinweis auf den venezianischen Spiegel.

Sobald sich eine Person in der Herrentoilette befindet, ist diese von der Damentoilette aus erkennbar. Gleiches gilt für die Sicht von der Herrentoilette in den Waschraum der Damentoilette. Personen sind wechselseitig im anderen Toilettenbereich als Silhouetten erkenn- und identifizierbar. Bei Annäherung an den Spiegel und eventueller Abschattung der Augen sind zudem noch mehr Details von der jeweils anderen Seite des Spiegels erkennbar.

Eine vom Kunstprojekt unabhängige Toilette existiert nicht. Ebenso wenig wurde der vom Geschäftsführer der Antragsgegnerin zugesagte Vorhang auf der Herrentoilette montiert.

Der Senat III der Gleichbehandlungskommission hat erwogen:

Der Senat III bejahte in seiner Sitzung vom ... die Frage einer Belästigung aufgrund des Geschlechts gemäß § 35 Abs. 1 leg.cit. durch die Antragsgegnerin.

Gemäß § 35 Abs. 1 leg.cit. sind Belästigungen beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, verboten. Vom Diskriminierungsverbot erfasst sind Rechtsverhältnisse, einschließlich deren Anbahnung und Begründung und die Inanspruchnahme von Leistungen außerhalb eines Rechtsverhältnisses.

Vertragliche Leistungen im Rahmen eines Bewirtungsvertrags – wie das Benützen der Toiletten im Lokal der Antragsgegnerin – sind demnach vom Geltungsbereich des Gleichbehandlungsgesetzes umfasst.

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts durch eine Belästigung durch die Antragsgegnerin gemäß § 35 leg.cit. verwirklicht worden ist, ist zunächst Folgendes zu bemerken:

§ 35 leg.cit. gliedert sich in vier Elemente: Es muss

- ein der geschlechtlichen oder der sexuellen Sphäre zuordenbares Verhalten gesetzt werden,

- das unerwünscht, unangebracht oder anstößig ist,
- das geeignet ist die Würde der betroffenen Person zu beeinträchtigen und das überdies
- geeignet ist ein negatives Umfeld für die betroffene Person zu schaffen.

Der Begriff „Verhalten“ ist dabei sehr weit zu interpretieren und umfasst jede bewusste Lebensäußerung, körperliche Handlungen und auch verbale und nonverbale Verhaltensweisen (z.B. Gesten, Fotos, Videoüberwachung etc.). Das Verhalten muss die Beeinträchtigung der Würde einer Person und die Schaffung eines negativen Umfelds lediglich bewirken können. In diesem Sinne muss nach objektiven Kriterien geprüft werden, ob ein Verhalten vorliegt, das die sexuelle oder geschlechtsbezogene Selbstbestimmung einer Person in einer Weise beeinträchtigt, die als unangebracht, unerwünscht oder anstößig angesehen werden kann und geeignet ist, die Würde einer Person zu verletzen.

Auf die Motivation für eine Belästigung kommt es grundsätzlich nicht an. Es wird nur vorausgesetzt, dass eine dem Geschlecht oder der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten gesetzt wurde, das die Würde einer Person beeinträchtigt. Zur Erfüllung des vom GIBG definierten Tatbestandes der Belästigung ist somit weder Vorsatz des Belästigers/der Belästigerin zu belästigendem Verhalten noch dessen/deren Absicht, tatsächlich geschlechtsbezogene oder sexuelle Handlungen setzen zu wollen erforderlich und erfolgt daher grundsätzlich verschuldensunabhängig. Subjektive Elemente auf Seite der Belästiger/innen bleiben somit außer Betracht.

Die Inanspruchnahme der Dienstleistungen der Antragsgegnerin muss auch die Möglichkeit der diskriminierungsfreien Benützung der Toiletten umfassen. Nach Ansicht des Senates unterliegen diese öffentlich zugänglichen Toiletten zudem dem Gebot des Schutzes der Privat- und Intimsphäre. Davon sind in nach Geschlecht getrennten Toiletten auch die jeweiligen Waschräume umfasst.

Wie in den Feststellungen erläutert, sind durch die Installation des venezianischen Spiegel wechselseitige Durchsichten in den Waschraum für Frauen als auch in den der Herren möglich, in dem sich auch ein Pissoir befinden. Konkret kann bzw. muss ein Mann, während er uriniert, die am Waschtisch gegenüber stehende Frau bei ihren Handlungen beobachten. Die dabei zu beobachtenden Handlungen der Frau können vielfältiger Natur sein und – da sie sich aufgrund mangelnder Informationen

unbeobachtet wähnt – massiv ihre Privat- und Intimsphäre tangieren (Verwenden eines Deos, Wechsel der Kleidung etc.). Umgekehrt kann bzw. muss eine Frau einen gegenüberstehenden – sich unbeobachtet wählenden – Mann während des Urinierens beobachten, was zweifellos ebenfalls einen massiven Eingriff in seine Intimsphäre darstellt.

Die Darstellung weiterer denkmöglicher diskriminierender Beispiele auf beiden Seiten des Spiegels erübrigt sich, da unter Berücksichtigung objektiver Kriterien durch die genannten Situationen zweifellos die geschlechtsbezogene oder sogar sexuelle Selbstbestimmung einer Person in einer Weise beeinträchtigt wird, die als unangebracht, unerwünscht oder anstößig angesehen werden muss und geeignet ist, die Würde einer Person zu verletzen.

Die Aufgabe des Schutzes der Privat- und Intimsphäre einer Person ist deren höchstpersönliche Entscheidung und verlangt auch nach ausreichenden Informationen hinsichtlich des zu erwartenden Eingriffs, um diese Entscheidung treffen zu können. Im konkreten Fall ist das Aufstellen einer einsprachigen Hinweistafel, welche leicht übersehbar in einer dunklen Ecke des Ganges zu den Toiletten steht, nicht annähernd geeignet, daraus eine Zustimmung zur Aufgabe der Privat- und Intimsphäre abzuleiten.

Die von der Antragsgegnerin zu verantwortende Installation des venezianischen Spiegels ist daher iS des § 35 Abs. 1 leg.cit. tatbestandsmäßig, da durch ihn die Möglichkeit geschaffen wird, in die Privat- und Intimsphäre fremder Personen einzudringen und dadurch ein Umfeld bewirkt wird, das deren Würde verletzt.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass sich der Senat auch mit dem Argument der Kunstfreiheit auseinandergesetzt hat, darauf jedoch nicht weiter einzugehen ist: Da der Geschäftsführer der Antragsgegnerin in seiner Befragung mehrmals das Ende des Kunstprojekts mit Ende ... bekräftigt hat, kann jedenfalls ab diesem Zeitpunkt das Argument der Kunstfreiheit nicht mehr ins Treffen geführt werden, da sich an der gegenständlichen Situation auch nach diesem Zeitpunkt nichts geändert hat.

Zu den Beweislastregeln des Gleichbehandlungsgesetzes ist anzumerken, dass es dem/der Antragsgegner/in obliegt, bei Berufung auf § 35 Abs. 1 leg.cit. zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die vom/von der Antragsgegner/in glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

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

Die Ausführungen des Geschäftsführers der Antragsgegnerin waren im Sinne der Beweislastregelung des Gleichbehandlungsgesetzes nicht geeignet, die im Verlangen behauptete Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes aufgrund einer Belästigung zu entkräften. Insbesondere waren die Angaben durch den Geschäftsführer bzw. die rechtsfreundliche Vertretung der Antragsgegnerin zur jeweils aktuellen Situation widersprüchlich und nicht den Tatsachen entsprechend. Gerade die Lokalausweise haben jedes Mal ergeben, dass die Angaben des Geschäftsführers der Antragsgegnerin bzw. seiner rechtsfreundlichen Vertretung hinsichtlich der bereits getätigten Herstellung eines rechtskonformen Zustandes unrichtig waren.

Der Senat III kam daher zur Auffassung, dass durch die Antragsgegnerin eine Diskriminierung in Form einer Belästigung aufgrund des Geschlechts gemäß § 35 Abs. 1 Gleichbehandlungsgesetz vorliegt.

Der Antragsgegnerin wird empfohlen, sich mit der geltenden Rechtslage vertraut zu machen und hinkünftig das Gleichbehandlungsgesetz zu respektieren.

Der Senat III der Gleichbehandlungskommission schlägt daher der Antragsgegnerin vor, einen rechtskonformen Zustand herzustellen, welcher absolut keinen wechselseitigen Durchblick zwischen der Herren- und der Damentoilette im Lokal „X“ mehr zulässt, z.B. indem der „venezianische“ Spiegel auf beiden Seiten durch einen handelsüblichen und blickdichten Spiegel ersetzt wird.

Insbesondere sollen durch die Erstantragsgegnerin taugliche innerbetriebliche Strukturen zur Vermeidung von Diskriminierungen geschaffen werden, wie gründliche Schulungen der Mitarbeiter/innen hinsichtlich aller relevanten Gesetzesmaterien, insbesondere dem Gleichbehandlungsgesetz.

Ferner soll auf der Homepage der Antragsgegnerin (www...) ab sofort ein gut erkennbarer und dauerhafter Hinweis auf die Existenz des Gleichbehandlungsgesetzes aufgenommen, sowie an derselben Stelle explizit darauf hingewiesen werden, dass niemand aufgrund des Geschlechts diskriminiert wird und dass

sich Personen zur Beratung an die Gleichbehandlungsanwaltschaft wenden können.

23. Jänner 2014

Mag. Robert Brunner

(Vorsitzender)

Hinweis: Gemäß § 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz sind die Vorschläge der Gleichbehandlungskommission binnen zwei Monaten umzusetzen. Wenn einem Auftrag gemäß § 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz (siehe obige Vorschläge des Senates III) nicht binnen zwei Monaten entsprochen wird, kann jede im Senat III vertretene Interessenvertretung gemäß § 12 Abs. 4 GBK/GAW-Gesetz auf Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes klagen.