

## SENAT II DER GLEICHBEHANDLUNGSKOMMISSION

### Anonymisiertes Prüfungsergebnis GBK II/250/15 gem.ß § 12 GBK/GAW- Gesetz

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) hat über den Antrag von Herrn A (in Folge: Antragsteller) wegen behaupteter Belästigung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit und der Religion gemäß § 21 Abs. 1 Z 3 GIBG durch Herrn B nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz, BGBl. I Nr. 66/2004 idF, iVm § 11 Gleichbehandlungskommissions-GO, BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. II Nr. 275/2013, erkannt:

Eine Belästigung des Antragstellers auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bzw. auf Grund der Religion durch den Antragsgegner

liegt nicht vor.

#### VORBRINGEN

Im **Antrag** wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Antragsteller von 2012 bis zu seiner Selbstkündigung 2014 bei der Firma C als Paketzusteller beschäftigt und der Antragsgegner sein Vorgesetzter gewesen sei. Er sei regelmäßig Beschimpfungen und Abwertungen durch den Antragsgegner ausgesetzt gewesen und führe diese Behandlung auf seine türkische Herkunft und seinen muslimischen Glauben zurück. Im Zuge der Weihnachtsfeier 2012 habe er hören können, wie der Antragsgegner kundgetan habe, dass er *Türken und Inder nicht möge*.

Gegen Ende Juli 2014 sei es zu einer Auseinandersetzung gekommen, da seine schwarzen Arbeitsschuhe kaputt gewesen wären und er an einem Arbeitstag mit weißen Schuhen in die Arbeit gekommen sei.

Als ihn der Antragsgegner auf die Bekleidungs Vorschrift, die u.a. das Tragen von schwarzen Schuhen vorsehe, hingewiesen habe, habe er ihn als „*Scheiß Türke*“ beschimpft. Diese Beschimpfung habe ihn sehr gekränkt und er habe den Umstand, dass sie vom Antragsgegner laut und vor sehr vielen Kollegen kundgetan worden sei, als zusätzlich beschämend empfunden.

Auch bei anderer Gelegenheit, so etwa im Zusammenhang mit einem Unfallbericht, habe der Antragsgegner geäußert: „*Diese Scheiße musst du selber zahlen, du Scheiß-Türke!*“ Im Zusammenhang mit dem Wunsch nach einer Pflegefreistellung habe er zum Antragsteller gemeint: „*Ihr seid Türken, euch passiert ohnehin nichts.*“ gefolgt von dem Ausruf „*Scheiß-Türke*“.

Als er 2014 den Fastenmonat Ramadan eingehalten habe, habe ihn der Antragsgegner darauf angesprochen und ihn aufgefordert, „*wieder zu essen und an Sex zu denken*“. Sein Arbeitskollege D habe dieses Gespräch hören können.

In der Stellungnahme des **Antragsgegners** wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass dieser langjährig im Frächter- und Paketlogistikgewerbe in leitender Funktion tätig sei und aktuell bei der Fa. C für die Koordinierung von ca. 100 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern - Personen unterschiedlichster ethnischer Zugehörigkeit und Religion, von denen ca. 75 % nicht-österreichischer Herkunft seien - zuständig und verantwortlich sei.

Der Antragsgegner stamme aus Berlin und es sei für ihn seit jeher eine Selbstverständlichkeit, sich in einem multiethnischen, multikulturellen und multireligiösen Umfeld einfühlend und harmonisch zu positionieren.

Die im Antrag geschilderten Beschimpfungen und Abwertungen entbehren jeder faktischen Grundlage und es sei für ihn völlig unverständlich, aus welchen Überlegungen oder Emotionen heraus der Antragsteller sich dazu verstiegen habe, ihm Äußerungen wie „*Scheiß-Türke*“ und Ähnliches nachzusagen. Ein derartiger Sprachgebrauch und zwischenmenschlicher Umgang — sei es im beruflichen oder im privaten Bereich — sei ihm grundsätzlich fremd.

Er pflege in Ausübung seines Berufes eine ausschließlich von Klarheit, Sachlichkeit, Objektivität und vor allem Respekt dem oder der Anderen gegenüber getragene Sprache und erachte dies als unabdingbar für die Ermöglichung bzw. Gewährleistung reibungsloser betrieblicher Abläufe in der von hohem Termin- und Kostendruck geprägten Paketlogistikbranche.

Ethnisch oder religiös motivierte Beleidigungen, Belästigungen und wie vom Antragsteller im Zusammenhang mit dem Fastenmonat Ramadan seien völlig aus der Luft gegriffen.

**Der Antragsteller hat seiner zweimaligen Ladung zur Befragung als Auskunftsperson durch den Senat nicht Folge geleistet.**

Der **Antragsgegner** schilderte dem Senat bei seiner **Befragung** zu der vom Antragsteller schriftlich behaupteten Aussage, dass er „*keine Türken und Inder*“

*möge*“, dass er solche Aussagen nie machen würde und sich den Luxus gar nicht erlauben könne, irgendjemanden nicht leiden zu können. Jeder werde nach seiner Arbeit bewertet. Er sei froh, dass er zehn Inder habe, denn die seien wirklich fleißig - dasselbe gelte für die Türken.

Der Antragsteller sei von Herrn E, mit dem er in einer verwandtschaftlichen Beziehung stehe, „angeschleppt“ worden. Dieser habe quasi als Dolmetscher fungiert, da der Antragsteller nicht richtig Deutsch könne, weshalb er mit dem Antragsteller eher weniger zu tun gehabt habe, da er sich nicht mit ihm verständigen habe können. Der Antragsteller sei aber ein richtig guter Zusteller gewesen, der richtig gute Arbeit geleistet habe.

Auf Frage hinsichtlich des „Schuhvorfalles“ berichtet der Antragsgegner, dass außer *„Kauf dir schwarze Schuhe“* keine Äußerung – auch nicht im Ärger - seinerseits gefallen sei. Er müsse müssen die Leute immer wieder drauf hinweisen, schwarze Schuhe zu tragen, da Leute von ..., für die als Subauftragnehmer die Pakete ausgeliefert würden und die strenge Bekleidungs Vorschriften vorgeben würde, aufschreiben würden, wer eben keine schwarzen Schuhe trage.

Er sei aus Deutschland, da sei es arbeitsrechtlich ein bisschen schwieriger. Hier sei es relativ flexibel mit dem Arbeitsmarkt, die Leute hätten eine Woche Kündigungsfrist. Man müsse sich hier viel mehr um die Leute bemühen und viel netter zu den Leuten sein als in Deutschland. In Deutschland müsse man sich richtig Mühe geben, jemanden loszuwerden. Hier müsse er sich bemühen, dass die Leute bei ihm bleiben. Auch wenn jeder glaube, dass Paketzusteller ein verrufener Job sei, sei man über jeden froh, den man ausgebildet habe und der seinen Job mache. Deswegen würde die von ... verhängten Strafen zB wegen Nichtbeachtung der Bekleidungs Vorschriften nur teilweise an die Zusteller weitergegeben, wenn diese nicht hören wollen. Im Normalfall mache er das aber nicht, weil sie mit ihrem Gehalt eh nicht auf der Sonnenseite stehen. Er nehme den Leuten kein Geld weg, sondern rede erst mal. Er sei immer froh, wenn er Zusteller habe und nicht ständig Neue ausbilden müsse.

Auf Vorhalt der Behauptung, dass er zum Antragsteller nach einem Unfall gesagt haben solle: *„Diese Scheiße musst du selber zahlen, du Scheiß-Türke“*, gab der Antragsgegner an, dass der Antragsteller dies *„hinten dran gehängt“* habe und diese Aussage seinerseits so nicht gefallen sei. Die Firma möchte, dass die Leute Schäden selbst bezahlen, es gebe eine Selbstbeteiligung von € 1000,- und er selber streite sich mit der Firma, weil er den Leuten das Geld nicht abziehe. Die bekämen ihre normale Abmahnung und das wäre es. Man werde sich über den Unfall unterhalten haben. 100%ig habe er zum Antragsteller gesagt, dass dieser das werde zahlen müssen, weil er wisse, dass von der Firma was komme.

Die Frage, ob es um ein Missverständnis handeln könne, da der Antragsteller sehr schlecht Deutsch verstehe, verneint der Antragsgegner, weil er niemals „*Scheiß-Türke*“ gesagt habe.

Auf die Ausführungen, dass Kollege E angeblich dazwischen gegangen sei und ihn gefragt habe, warum er den Antragsteller beschimpfe, schildert der Antragsgegner, dass Herr E immer der Übersetzer gewesen sei. Irgendwann habe dieser am Band einen anderen niedergeschlagen, woraufhin er selbst Herrn E fristlos entlassen habe. Nach einem Prozess sei festgestellt worden, dass Herr E zu Unrecht entlassen worden sei. Die Staatsanwaltschaft habe gesagt, dass sich der andere „zu toll“ gewehrt habe und deswegen sei Herr E freigesprochen worden. Seitdem dürfe man nicht mehr drüber reden.

Genau zu dem Zeitpunkt hätten auch die ganzen Probleme angefangen. Der Antragsteller habe selber gekündigt, sei dann aber in der Folge bei ihm gewesen und habe einen Aufhebungsvertrag oder eine Arbeitgeberkündigung begehrt. Er habe erwidert, dass er das nicht mache – daraufhin habe der Antragsteller gemeint: „*Gut, dann sehen wir uns wieder*“. Und zwar genau hier, da wo man jetzt sitze.

Zum Thema „Ramadan“ führt er aus, dass er mehrere Zusteller habe, die den Ramadan halten würden. Es habe aber nur zwei Zusteller gegeben, die die Fastenregeln des Ramadan sehr streng beachten würden.

In jenem Jahr sei es ziemlich heiß gewesen und er habe sich extra erklären lassen, dass Muslime trinken dürfen. Das sei das Einzige gewesen - er habe wissen wollen, wer ihm „vom Auto fallen“ könnte und auf wen er aufpassen müsse.

Der Antragsteller sei sehr gläubig, habe den Ramadan gehalten und auch immer an seinem Auto gebetet. Er selbst wollte nur nicht, dass der Antragsteller unterwegs mit dem Auto gegen eine Wand fahre - also habe er sich vorher erkundigt, wie das laufe. Auf den Vorhalt, dass behauptet werde, er habe den Antragsteller aufgefordert „*wieder zu essen und an Sex zu denken*“, meint der Antragsgegner, dass der Antragsteller doch hochgradig religiös sei - da werde er doch nicht über dessen Frau und schon gar nicht über Sex oder dergleichen reden. Das wolle er auch gar nicht wissen – ihn interessiere nur, ob er zur Arbeit komme, wie es ihm gehe und ob er seine Arbeit machen könne. Außerdem hielt er fest: „*Für mich ist nur wichtig, ob er trinkt oder nicht.*“

Zu der in der Kündigung des Antragstellers angesprochenen Beschuldigung, dass dieser einen Diebstahl an einem I-Phone begangen habe, gab der Antragsgegner an, dass man über Video den Diebstahl gesehen habe. Daraufhin habe er dies Herrn E erzählt und diesem gesagt, dass er den Antragsteller rausschmeißen müsse. Herr E habe sich für diesen eingesetzt, der Antragsteller habe das I-Phone am selben Tag wieder zurückgebracht und alles zugegeben, weil Herr E auf ihn eingeredet habe.

Normalerweise wäre der Antragsteller hinausgeflogen, aber in diesem Fall habe er die Wahl, gehabt, weil der Antragsteller den Schaden quasi wieder gut gemacht und Reue gezeigt habe. Der vermeintliche Diebstahl habe vor dem Antrag an die GBK stattgefunden.

Die **Auskunftsperson Herr D**, ehemaliger Arbeitskollege des Antragstellers, gab bei seiner Befragung u.a. auf Frage an, ob ihm erinnerlich sei, dass der Antragsgegner zum Antragsteller gesagt habe, dass dieser „*während des Ramadans wieder zu Essen anfangen und an Sex denken solle*“, an, dass er sich nicht mehr genau erinnern könne, wie es abgelaufen sei.

Herr D führte aus, dass es damals einen Arbeitstag mit 130 Adressen und ca. 200 Paketen gegeben habe. Auf Nachfrage bestätigte Herr D, dass die Arbeitsleistung des Antragstellers in dieser Zeit abgenommen habe, eine Aussage des Antragsgegners im Zusammenhang mit dem Ramadan sei beim Verladen der Pakete passiert. Der Antragsteller habe erwidert, dies nicht zu dürfen, weil er religiös sei. Der Antragsgegner habe sich im Anschluss daran für diese Aussage nicht entschuldigt - die genaue Reaktion wisse er aber nicht mehr. Dieser Situation sei ein Gespräch zwischen Antragsteller und Antragsgegner vorausgegangen sei, an dessen Inhalt er sich aber nicht mehr erinnere. Die Frage, ob der Antragsgegner den Antragsteller in dieser Situation beschimpft habe, kann Herr D mangels konkreter Erinnerung nicht beantworten.

## PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat II der GBK stützt sein Prüfungsergebnis auf die schriftlichen Vorbringen und die mündliche Befragungen des Antragsgegners sowie der Auskunftsperson D.

## BEGRÜNDUNG

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission hat erwogen:

1. 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*

....

*"§ 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."*

*„§ 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.*

Generell ist zur Frage des **Beweismaßes und der Beweislastverteilung** im GBK-Verfahren 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. Insoweit genügt daher nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes 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/r AntragstellerIn sprechen als dagegen (vgl. OGH 9 ObA 144/14p, Arb 13.203 mit weiteren Nachweisen).

Bei einer Belästigung gilt demnach, 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.

2. Der Senat geht bei seiner rechtlichen Prüfung von folgendem **Sachverhalt**, wobei, wie sogleich dargestellt, erwogen wurde:

Dem Antragsteller ist es nicht gelungen, dem Senat glaubhaft zu machen, dass die von ihm behaupteten Belästigungen mit Bezugnahme auf dessen ethnische Zugehörigkeit durch den Antragsgegner („Scheiß Türke“ und Ähnliches) tatsächlich so gefallen sind.

Für die Glaubhaftmachung ist nämlich mehr als ein nur schriftliches Vorbringen erforderlich, da speziell im Fall des Tatbestandes „Belästigung“ der mündlichen Befragung aller Beteiligten und des dadurch gewonnenen persönlichen Eindrucks von Personen und Schilderungen der behaupteten Vorfälle durch den Senat besonderes Augenmerk zukommt, um die Glaubwürdigkeit der schriftlichen Darstellungen und somit auch die – im Sinne des GIBG zu erbringende – Glaubhaftmachung einer Behauptung durch den/die AntragstellerIn überhaupt erst erbringen zu können. Erst nach erbrachter Glaubhaftmachung als erstem Schritt erfolgt nach § 26 Abs 12 GIBG eine Beweislastumkehr dahingehend, dass der/die Antragsgegner/in nunmehr beweisen muss, dass es wahrscheinlicher ist, dass keine Belästigung stattgefunden hat.

Im vorliegenden Fall hat sich der Antragsteller der mündlichen Darstellung der von ihm behaupteten Vorfälle durch Nichterscheinen zur Befragung als Auskunftsperson vor dem Senat entzogen. Leistet ein Antragsteller trotz zweimaliger Ladung dieser nicht Folge, so hat der Senat gem. § 12 Abs 2 Gleichbehandlungskommissions-

Geschäftsordnung (BGBl II 396/2004 idF BGBl II 275/2013) die Behandlung des verfahrenseinleitenden Antrages ohne die Aussage dieser Auskunftsperson fortgesetzt.

Durch die somit nicht wahrgenommene Möglichkeit des Antragstellers auf die mündliche Darlegung der von ihm behaupteten Ereignisse vor dem Senat wurde letzterem jedoch die Möglichkeit genommen, durch eigene Wahrnehmung beurteilen zu können, ob die Darstellung der vom Antragsteller behaupteten Vorfälle – stellt man diese der Aussage des Antragsgegners gegenüber – als glaubwürdig und damit als „*glaubhaft gemacht*“ i.S.d. GIBG anzusehen ist.

Die Aussage des Antragsgegners bot dazu im Gegensatz eine detaillierte und bildreiche Darstellung der Arbeitsrealität, die in sich ohne Widerspruch und nachvollziehbar war. Dies wurde auch dadurch erhärtet, dass dieser zwar zugestand einen rau-jovialen Umgangston zu pflegen und dass er gegenüber den Mitarbeitern „Druck ausübe und sowas alles“ (Sitzungs-Protokoll, Seite 21), aber für den Senat keine Hinweise auf eine Grundeinstellung bestanden, die eine Belästigung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit wahrscheinlich erscheinen ließen.

Daher ist der Senat in diesen Punkten zum Ergebnis gekommen, dass – gemessen an der Aussage des Antragsgegners und der Aussage der Auskunftsperson D vor dem Senat – dem Antragsteller die Glaubhaftmachung der von ihm behaupteten Belästigungen wie „*Scheiß-Türke*“ und Ähnlichem durch den Antragsgegner **nicht** gelungen ist.

Als **glaubhaft** gemacht wurde vom Senat hingegen angesehen, dass eine Bemerkung seitens des Antragsgegners zum Thema „**Essen bzw. Trinken im Ramadan**“ gefallen ist, deren Wortlaut mangels genauer Erinnerung der Auskunftsperson D vom Senat jedoch nicht mehr eruiert werden konnte. Auch Antragsgegner hat bei seiner Befragung hat auch darauf hingewiesen: „*Für mich ist es wichtig, ob er trinkt oder nicht.*“ Dies macht es für den Senat glaubhaft, dass eine Aussage betreffend das Essen oder das Trinken mit einem Bezug zum Ramadan gefallen ist, die auch der Antragsgegner nicht bestreitet.

Als **nicht glaubhaft gemacht** angesehen wurde hingegen die Behauptung des Antragstellers, dass sich die dem Antragsgegner zugeschriebenen Aussage auch auf das **Thema „Sex“** bezogen haben soll, zumal sich die Auskunftsperson D an eine derartige Bezugnahme durch den Antragsgegner nicht erinnern konnte.

Auch den Umstand, dass es in Folge der damaligen Hitze und des Fastens zu einer verringerten Arbeitsleistung des Antragstellers gekommen sein dürfte, hält der Senat auf Grund der Aussagen des Antragstellers und der Auskunftsperson D für plausibel.

Daher war vom Senat zu prüfen, ob durch eine – vom Senat wortwörtlich nicht feststellbare – Bemerkung des Antragsgegners zum Thema „Essen im Ramadan“ eine Belästigung des Antragstellers auf Grund der Religion vorliegt.

In **rechtlicher Hinsicht** ist zu den obigen Themen daraus abzuleiten:

Da vom Antragsteller nicht ausreichend glaubhaft gemacht werden konnte, dass **Äußerungen** wie „Scheiß-Türke“ und ähnliches seitens des Antragsgegners gefallen sind, war schon deshalb eine **Diskriminierung in diesem Punkt zu verneinen**.

Zu prüfen war vom Senat jedoch, ob durch eine - im Wortlaut nicht eindeutige – Aussage zum Thema „**Essen bzw. Trinken im Ramadan**“ der Tatbestand einer Belästigung gemäß § 21 GIBG verwirklicht worden ist oder nicht.

Dazu ist grundsätzlich festzuhalten, dass nicht jegliche Bezugnahme in einem Gespräch, die mit dem Religionsbekenntnis - wie etwa beispielsweise eine Aufforderung einer Vorgesetzten an einen bereits geschwächt wirkenden Mitarbeiter, etwas zu essen - in Verbindung gebracht werden kann, bereits eine Belästigung im Sinne des § 21 GIBG darstellen muss.

Zur Verwirklichung derselbigen muss ein weiteres, nämlich abwertendes Element in einer Bemerkung hinzukommen, welches entweder wörtlich – insbesondere auch durch eine entsprechende Intonation einer Aussage - oder auch durch entsprechende Gestik oder Mimik zum Ausdruck kommen kann. Erst in dieser Kombination verwirklicht sich eine „Belästigung“ im Sinne des GIBG. Dies ergibt sich aus § 21 Abs. 2 GIBG, wonach eben nicht nur ein Bezug zur Religion bei einer unerwünschten Verhaltensweise bestehen muss, sondern dies auch konkrete Auswirkungen auf das Dienstverhältnis haben muss.

Konkret muss sie

- (1.) die Würde der betroffenen Person verletzen oder dies bezwecken,
  - (2.) für die betroffene Person unerwünscht, unangebracht oder anstößig sein
- und

(3.) ein einschüchterndes, feindseliges, entwürdigendes, beleidigendes oder demütigendes Umfeld für die betroffene Person schaffen oder dies bezwecken.

Dabei ist für den vorliegenden Sachverhalt zwischen zwei Aspekten zu unterscheiden:

Einerseits geht es um die Bezugnahme auf das Fasten des ein solches religiöses Gebot einhaltenden Arbeitnehmers als solches und dabei wieder

(1.) um die Frage nach dem körperlichen Zustand sowie

(2.) um die Aufforderung etwas zu essen bzw. zu trinken.

Andererseits geht es um die Wortwahl in diesem Zusammenhang.

Ad 1.: Für den ersten Aspekt ist zu berücksichtigen, dass ArbeitnehmerInnen grundsätzlich verpflichtet sind ihrer Arbeitsverpflichtung nachzukommen und alles zu unterlassen haben, was dem abträglich sein könnte.

Dazu kommt, dass die Kontrollunterworfenheit in dem Sinne, dass sich ArbeitnehmerInnen auch Kontrollen ihres persönlichen arbeitsbezogenen Verhaltens gefallen lassen müssen, ein wesentliches Kriterium des Arbeitsvertrages darstellt (vgl. *Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen*<sup>9</sup> [2016] Rz 43).

Schon unter diesen Aspekten sind Fragen über den körperlichen Zustand und eine Auskunft darüber arbeitsvertraglich gedeckt und stellen – sollten keine weiteren Elemente hinzutreten – *per se* noch keine Belästigung dar.

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Fürsorgepflicht ArbeitgeberInnen verpflichtet, sich ein Bild vom körperlichen Zustand seiner ArbeitnehmerInnen zu machen um zu beurteilen können, ob sie der Arbeitsleistung gewachsen sind.

Ad 2.: In der vorliegenden Situation ist nun eine weitere Aussage gefallen, deren Wortlaut nicht im Detail festgestellt werden konnte, die jedoch einen Bezug zum Essen bzw Trinken während eines religiös für ArbeitnehmerInnen gebotenen Fastens (Ramadan) hatte.

Auch hier stellt sich die Frage, inwieweit die Fürsorgepflicht ArbeitgeberInnen dazu berechtigt bzw. gar verpflichtet, geschwächt wirkende ArbeitnehmerInnen darauf hinzuweisen, dass Nahrungs- bzw Flüssigkeitsaufnahme sich positiv auf ihre Arbeitsleistungen und uU auch auf die Gesundheit auswirken würde.

Der Senat ist der Ansicht, dass die Wahrnehmung der Fürsorgepflicht und von Belangen des ArbeitnehmerInnenschutzes gegenüber einer auf Grund des uU als

religiöses Gebot begründeten Fastens geschwächt erscheinenden Person für ArbeitgeberInnen selbst dann möglich sein muss, wenn dieses auf die Beachtung eines religiösen Gebots zurückzuführen sind.

Sollten ArbeitnehmerInnen dieser Anregung nicht nachkommen, wäre die Alternative die wohl gebotene Nichtannahme der Arbeitsleistung, falls ein Weiterarbeiten den betreffenden/die betreffende ArbeitnehmerIn gesundheitlich gefährden würde. Demgegenüber erscheint eine derartige Aufforderung als das gelindere Mittel. Jedenfalls wird seitens des Fürsorgeverpflichteten die im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot auf Grund der Religion gebotene Sensibilität aufzubringen sein. Damit kann nach Ansicht des Senates der Hinweis auf eine Nahrungs- oder Flüssigkeitsaufnahme bei geschwächt erscheinenden ArbeitnehmerInnen noch keine Belästigung begründen – dies kann aber bei Hinzutreten zusätzlicher Elemente (insb. einer abwertenden Wortwahl oder ähnlichem) sehr wohl der Fall sein.

Daraus folgt auch, dass nicht jede subjektiv empfundene Schlecht(er)behandlung objektiv bereits als Diskriminierung bzw. Belästigung im Sinne des GIBG anzusehen ist, wenn diese eine Begründung aufweist, die auf ein diskriminierungsfreies Kriterium zurückzuführen ist.

Mangels Feststellbarkeit eines konkreten Gesprächsverlauf und somit eines allfällig abwertenden Elements in der – dem Senat zwar nicht wörtlich vorliegenden, *sinngemäß* durch die Auskunftsperson D und auch dem Antragsgegner selbst letztlich aber bestätigten – Aussage des Antragsgegners war daher das Vorliegen einer **Belästigung** durch den Antragsgegner auf Grund der Religion durch eine mit dem Thema „Essen bzw Trinken im Ramadan“ in Verbindung stehende Wortwahl **zu verneinen**.