

Senat I der Gleichbehandlungskommission
Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz
(BGBl. Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 107/2013)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 12. Juni 2019 über den am 28. März 2017 eingelangten Antrag von **A(Antragsteller)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 34/2015; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung), **der ethnischen Zugehörigkeit bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 17 Abs. 1 Z 7 GIBG** und **durch schuldhaftes Unterlassen des/der ArbeitgeberIn im Falle einer sexuellen Belästigung durch Dritte eine nach den gesetzlichen Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages angemessene Abhilfe zu schaffen** gemäß **§ 6 Abs. 1 Z 2 GIBG** durch die **X (Antragsgegnerin)**, **durch eine sexuelle Belästigung durch Dritte** gemäß **§ 6 Abs. 1 Z 3 GIBG** durch **Y (2. Antragsgegnerin)**, sowie auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit durch **schuldhaftes Unterlassen des/der ArbeitgeberIn im Falle einer Belästigung durch Dritte eine nach den gesetzlichen Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages angemessene Abhilfe zu schaffen** gemäß **§ 21 Abs. 1 Z 2 GIBG** durch **X (Antragsgegnerin)**, und auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit durch **eine Belästigung durch Dritte** gemäß **§ 21 Abs. 1 Z 3 GIBG** durch **Z (3. Antragsgegner)**, nach Durchführung eines Verfahrens gemäß **§ 12 GBK/GAW-Gesetz** iVm **§ 11** der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. II Nr. 275/2013), zu GZ GBK I/762/17, zu folgendem

Prüfungsergebnis:

1. **A ist nicht aufgrund des Geschlechtes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG durch X diskriminiert worden.**
2. **A ist nicht aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 7 GIBG durch X diskriminiert worden.**
3. **A ist aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit durch eine Belästigung gemäß § 21 Abs. 1 Z 3 GIBG durch Z diskriminiert worden.**
4. **A ist aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit durch schuldhaftes Unterlassen des/der ArbeitgeberIn im Falle einer Belästigung durch Dritte eine nach den gesetzlichen Best-**

immungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages angemessene Abhilfe zu schaffen gemäß § 21 Abs. 1 Z 2 GIBG durch X diskriminiert worden.

5. A ist nicht aufgrund des Geschlechtes durch schuldhaftes Unterlassen der Arbeitgeberin, X, im Falle einer sexuellen Belästigung durch Dritte eine nach den gesetzlichen Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages angemessene Abhilfe zu schaffen gemäß § 6 Abs. 1 Z 2 GIBG diskriminiert worden.
6. A ist nicht aufgrund des Geschlechtes durch eine sexuelle Belästigung durch Dritte gemäß § 6 Abs. 1 Z 3 GIBG durch Y diskriminiert worden.

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

Prüfungsgrundlagen

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen des Antragstellers und der 1. Antragsgegnerin sowie die mündliche Befragung des Antragstellers am 30. April 2019, von B (als informierten Vertreter der 1. Antragsgegnerin) am 19. März 2019 und des 3. Antragsgegners am 14. Mai 2019. Als weitere Auskunftspersonen wurden C und D am 14. Mai 2019 sowie E am 12. Juni 2019 befragt. Trotz zweimaliger Ladung ist F unentschuldigt nicht zur mündlichen Befragung erschienen. Auch die 2. Antragsgegnerin ist trotz zweimaliger Ladung dieser unentschuldigt nicht nachgekommen.

Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf das E-Mail des Antragstellers vom 24. April 2017.

Vorbringen

Im Antrag des Antragstellers wurde im Wesentlichen Folgendes vorgebracht:

Der Antragsteller sei vom September 2015 bis 28. September 2016 bei der 1. Antragsgegnerin als Chef de Range beschäftigt gewesen. Anfang 2016 habe er eine Flasche Grünen Veltliner in das Zimmer eines Gastes gebracht. Der Gast sei bereits betrunken gewesen und habe ihn auf Englisch gefragt, ob er mit ihm Sex haben wolle. Er habe auch den Weg des Antragstellers blockiert und ihn am Kopf berührt. Dem Antragsgegner sei es gelungen, den Raum zu verlassen. Über diesen Vorfall habe sich der Antragsteller beim Hoteldirektor D per Mail beschwert. Fünf Tage später hätten ihn sowohl der Küchenchef, Z, als auch der Souschef, G, immer wieder rassistisch beschimpft. So hätten sie ihn immer wieder „Neger“ genannt. Weiters könne der Antragsteller berichten, dass sich in der Küche mehrere Kollegen mit dem Hiltergruß begrüßt hätten.

¹ Vgl. z.B. VfSlg. 19.321.

ten. Ein paar von diesen Kollegen seien nicht mehr dort beschäftigt. Dies habe er sowohl dem Restaurantdirektor, E, als auch dem Küchendirektor, C, gemeldet. Im Dezember 2015 habe die 2. Antragsgegnerin im Hotel zu arbeiten begonnen. Der Antragsteller habe die 2. Antragsgegnerin im Sommer 2016 privat getroffen, um Arbeitsabläufe zu abzuklären. Bei diesem Treffen sei ihr Outfit sehr aufreizend gewesen, und sie habe dies damit kommentiert, dass sie sich für ihn so angezogen hätte. Obwohl er der 2. Antragsgegnerin keinen Anlass gegeben habe, hätte sie Körperkontakt zu ihm gesucht. Dies sei dem Antragsteller sehr unangenehm gewesen, und habe ihr dies auch klar mitgeteilt. Er habe bemerkt, dass sie sehr alkoholisiert gewesen sei und habe sie nach Hause gebracht. Danach habe es wegen der 2. Antragsgegnerin Differenzen im Team gegeben und der Antragsteller habe mit ihr über ihr Verhalten reden wollen und habe sie ein weiteres Mal außerhalb der Arbeitsstätte getroffen. Auch diesmal sei sie alkoholisiert gewesen. Ein Gespräch sei daher nicht möglich gewesen. Im Juni 2016 habe der Antragsteller einen Kollegen, F, um Mitternacht nach der Arbeit nach Hause führen wollen. Obwohl die 2. Antragsgegnerin keinen Dienst mehr gehabt habe, sei sie plötzlich ebenfalls da gewesen. Sie habe behauptet, dass sie den Antragsteller aus einem Taxi heraus gesehen hätte und ebenfalls mitfahren habe wollen. Dann habe diese die Idee gehabt, noch Alkohol bei der Tankstelle zu kaufen. Es sei dazu gekommen, dass alle drei in Fs Wohnung gelandet seien. In der Wohnung habe die 2. Antragsgegnerin gegen seinen Willen seine Hand auf ihre Brust gelegt. Er habe sie zur Rede gestellt und sie habe damit aufgehört. Ein wenig später sei sie auf die Toilette gegangen. Als sie wiedergekommen sei, habe sie gegen den Willen des Antragstellers versucht, ihn zu küssen. Der Antragsteller habe sie weggestoßen und habe gemeint, dass er heim müsse. Von all diesen drei Vorfällen habe der Antragsteller dem Restaurantdirektor, E, berichtet. Dieser habe aber keine weiteren Maßnahmen gesetzt. Nach Ansicht des Antragstellers sei es durch die Ablehnung der Annäherungen von der 2. Antragsgegnerin auch zu Problemen im Team gekommen und der Antragsteller habe E im August 2016 mehrmals mitgeteilt, dass er sich gemobbt fühle und es ihm schlecht gehe. Am 28. Oktober 2016 sei der Antragsteller gekündigt worden. Im August 2016 sei dem Antragsteller vorgeworfen worden, die Tageslosung nicht in den Safe geworfen zu haben, wobei an diesen Tag der Safe kaputt gewesen sei (man habe ihn nicht öffnen können und das sei gemeldet worden). Der Antragsteller habe einen Zeugen von der Rezeption gehabt, der einen Brief für den Frühdienst für F geschrieben habe, dass er die Tageslosung morgen mit dem Restaurantleiter einwerfen sollte. Herr Blank habe dem Antragsteller am nächsten Tag bestätigt, als er Frühdienst gehabt habe, dass er das Geld eingeworfen habe, wer dabei gewesen sei, wisse der Antragsteller nicht. Der Hoteldirektor, D, habe ihm geantwortet, dass es ihm leid tue. Ob er mit dem Gast gesprochen habe, habe er nie erfahren. Es sei kein Feedback gekommen.

Weiters gab der Antragsteller in englischer Sprache folgendes bekannt:

(...) Few Days after i left,Restaurantdirektor, E came to my New Job. I was very suprise. I greeted him, then he said to me, that i should not spit on his Food. This Comment was very Shocking to me. I wrote E an Email. He responded with Apology: I will as well forward the Email, as well my Email respond to X.(...)

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerin übermittelten Stellungnahme vom 13. Juni 2017 bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

1. Zur Antragsgegnerin

Die Antragsgegnerin betreibe mit rund 390 Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen mehrere Hotels in Österreich. Dabei lege sie Wert auf einen Mix unterschiedlicher Persönlichkeiten, Männer und Frauen seien natürlich gleichermaßen erwünscht, Quereinsteiger ebenso wie Profis. Auch die sexuelle Orientierung sei für sie völlig nebensächlich, erst recht die Herkunft ihrer Mitarbeiter/innen: Sie beschäftige Personen aus dem asiatischen, arabischen, afrikanischen, pazifischen und EU-Raum, und bilde auch Asylwerber/innen aus. Die Antragsgegnerin lege großen Wert auf eine gute und vor allem korrekte Arbeitsatmosphäre und würde daher diskriminierendes Verhalten oder sexuelle Belästigungen nicht tolerieren. Gerade in ihrer Branche, in der es bekanntlich schwierig sei, gute Arbeitskräfte zu finden, könnte sie sich das auch gar nicht erlauben.

2. Zum Antragsteller

Der Antragsteller sei anlässlich der Eröffnung des Hotels ... im September 2015 bei der Antragsgegnerin als Chef de Rang und Mitarbeiter im Serviceteam eingetreten. Er sei in den ersten Monaten im Restaurant beschäftigt gewesen, habe aber aus fachlichen Gründen in die Bar „...“ wechseln müssen. Er sei gegenüber den Geschäftsführern und vor allem Gästen außerordentlich zuvorkommend und charmant gewesen. Im Verhältnis zu seinen Kollegen/innen habe es allerdings wiederholt und zunehmend erhebliche Schwierigkeiten — dazu Detail später — gegeben, die die Antragsgegnerin schließlich zu seiner Kündigung, ausgesprochen und zugegangen am 14. September 2016, wirksam zum 28. September 2016, veranlasst habe. Der Antragsgegnerin liege sehr daran, zu den behaupteten Vorfällen Stellung zu beziehen.

Bei der Aufarbeitung sei allerdings folgendes schwierig; In den auf die Hoteleröffnung folgenden Monaten sei es, wie in einer derartigen Phase üblich, zu mehreren Personalrochaden gekommen. Viele der Personen, auf die sich der Antragsteller beziehe, seien nicht mehr bei der Antragsgegnerin tätig. Viele behauptete Vorfälle lägen offensichtlich — der Antragsteller mache keine genauen Zeitangaben — lange zurück. Das habe die Erhebungen der Antragsgegnerin erschwert, die sie bereits aus Anlass des Verfahrens vor der GAW getätigt habe (aber danach vorerst nicht vertieft habe, weil sie seit ihrer Stellungnahme im April 2017 nichts mehr von Seiten der GAW gehört habe).

3. Vorfälle innerhalb der Arbeitszeit

Voranzuschicken sei, dass sich der Geschäftsführer der Antragsgegnerin, B, deutlich mehr als für diese Funktion üblich auch in den operativen Bereichen der Hotels bewege. Er sei durchschnittlich drei ganze Tage und Nächte pro Woche in Wien im Hotel, besuche jeden Bereich (auch die Küche) und habe zu einigen der Mitarbeiter/innen (aufgrund ihrer früheren Beschäftigungen in anderen Hotels) ein langjähriges Vertrauensverhältnis. Negative Vorfälle würden ihm

daher zu Ohren gelangen; von den angeblichen Missständen, die der Antragsteller behauptete, habe er allerdings erst durch das Schreiben der GAW erfahren.

Ob es zu dem vom Antragsteller beschriebenen Vorfall „Anfang 2016“ mit einem Hotelgast gekommen sei, könne die Antragsgegnerin nicht beurteilen. Ebenso wenig wisse die Antragsgegnerin, wann und wie D (damals Hoteldirektor, jetzt nicht mehr bei ihr beschäftigt) reagiert habe. Ob die Entschuldigung des D fünf Tage nach dem Vorfall unangemessen spät gewesen sei, müsse die Antragsgegnerin offenlassen. Allein die Tatsache, dass sich der Antragsteller an ihn per E-Mail und nicht persönlich oder durch Anruf gewandt habe, könne berechtigt so aufgefasst werden, dass die Angelegenheit offensichtlich nicht so dringend gewesen sei. Der Antragsteller gebe außerdem nicht an, wie bald er selber das E-Mail verfasst habe, und ob der betreffende Gast zu diesem Zeitpunkt überhaupt noch im Hotel gewesen sei, sodass man ihn zur Rede stellen oder zu einer Entschuldigung hätte veranlassen können. Die Behauptungen würden nicht ausreichen, der Antragsgegnerin unkorrektes Verhalten vorzuwerfen.

Dass der Antragsteller als „Neger“ bezeichnet worden sei und in der Küche der Hitlergruß üblich gewesen wäre, werde vehement zurückgewiesen. E, sein unmittelbarer Vorgesetzter, der mittlerweile wieder bei der Antragsgegnerin beschäftigt sei, gebe an, niemals damit konfrontiert worden zu sein, dass der Hitlergruß in der Küche üblich gewesen wäre, oder dass jemand als Neger bezeichnet worden sei. Er bestreite insbesondere die Aussage, dass der Antragsteller ihm das gemeldet habe. G, stellvertretender Küchenchef, sei nicht mehr bei der Antragsgegnerin tätig, wohl aber Z, als Küchenchef. Die Antragsgegnerin habe ihn dezidiert auf die Vorwürfe angesprochen, und er bestreite, dass jemand in seiner Küche den Antragsteller so genannt, geschweige denn so begrüßt hätte. Auch C, heute noch Küchendirektor bei der Antragsgegnerin, könne sich an keinen Vorfall erinnern, bei dem dieses Schimpfwort bzw. dieser Gruß verwendet worden wäre. Derartiges Verhalten hätte auch andere Mitarbeiter/innen gestört, und davon hätte er erfahren.

3.3 Tageslosung

Dieser Vorfall sei für die Antragsgegnerin überhaupt nicht nachvollziehbar, weil der Antragsteller offenlasse, wann genau („im August 2016“) er stattgefunden habe und wer ihm gegenüber einen Vorwurf geäußert hätte. Tatsache sei, dass falls der Safe nicht funktioniere, die Tageslosung bei der Rezeption abgegeben werden könne und am nächsten Tag im Safe lande. Der Antragsteller beschreibe ja selbst, dass am nächsten Tag das Geld dort eingeworfen worden sei.

4. Vorfälle außerhalb der Arbeitszeit

4.1 Die 2. Antragsgegnerin

Die Vorfälle im Zusammenhang mit der 2. Antragsgegnerin - sie sei von 14. Dezember 2015 bis 31. Jänner 2017 als Commis de Rang bei der Antragsgegnerin beschäftigt gewesen - hätten nichts mit dem Arbeitsumfeld des Antragstellers zu tun. Der Antragsteller, die 2. Antragsgegnerin und H seien gleichrangige Kollegen/innen in der Bar gewesen. Sie hätten zeitlich versetzt gearbeitet. Ihre Dienste hätten sich um ein bis zwei Stunden überlappt, damit die Arbeit über-

geben und allfällige dienstliche Angelegenheiten besprochen werden könnten. Es bestehe keinerlei Grund Arbeitsabläufe in der Freizeit abzuklären. Dass der Antragsteller die 2. Antragsgegnerin mehrmals dienstlich veranlasst in der Freizeit getroffen hätte, bestreite die 1. Antragsgegnerin daher vehement, es habe kein Anlass dazu bestanden und erst recht keine Anweisung der Arbeitgeberin. Ebenso wenig könne die 1. Antragsgegnerin nachvollziehen, dass die 2. Antragsgegnerin sich gegenüber dem Antragsteller in der Freizeit unangemessen verhalten hätte. Dann wäre jedenfalls nicht ersichtlich, wieso der Antragsteller sich nach dem ersten Vorfall „im Sommer 2016“ noch zwei Mal mit ihr getroffen hätte, und schon gar nicht in einer Wohnung. F habe der Antragsgegnerin berichtet, dass sich die beiden in seiner Wohnung tatsächlich geküsst hätten, wobei das offensichtlich beide wollten. Die beiden hätten danach auch gemeinsam die Wohnung verlassen. Es könne also keine Rede davon sein, dass der Antragsteller den Kuss unterbinden habe wollen oder allein heimgegangen sei. Der Geschäftsführer der 1. Antragsgegnerin, B, habe die 2. Antragsgegnerin als sehr freundliche und sympathische Person persönlich kennengelernt, die sich weder anzüglich benehme noch (vor oder nach dem Dienst) aufreizende Freizeitkleidung trage. Ob der Antragsteller E von diesen Vorfällen berichtet habe und wann das gewesen sein solle, habe die 1. Antragsgegnerin nicht eruieren können. Die 1. Antragsgegnerin sehe hier allerdings keine Möglichkeit als Arbeitgeberin einzuschreiten, zumal es ihr nicht zustehe, ihren Mitarbeiter/innen bestimmtes Tun oder Unterlassen in ihrer Freizeit anzuordnen.

4.2 Treffen E - Antragsteller

Dem Emailverkehr aus Oktober 2016 entnehme die 1. Antragsgegnerin, dass E den Antragsteller Anfang Oktober 2016 an dessen neuen Arbeitsplatz gesehen und gesprochen haben dürfte. Die 1. Antragsgegnerin habe selber keine Wahrnehmung darüber und könne daher nichts zu diesem Thema beitragen, außer dass E hier privat unterwegs gewesen sei.

5. Fehlverhalten des Antragstellers

Solange der Antragsteller bei der 1. Antragsgegnerin gearbeitet habe, habe das neu eröffnete Hotel besonders intensiv betreut werden müssen. Als der längere Arm der Geschäftsleitung sei I, ehemaliger Operations Manager, im Durchschnitt vier bis fünf Tage pro Woche (außer im Urlaub) vor Ort gewesen. Über I habe die Antragsgegnerin erfahren, dass ihm Beschwerden von Kollegen/innen über das Verhalten des Antragstellers gegenüber Mitarbeiter/innen zu Ohren gekommen seien, und das zu wiederholtem Mal, da der Antragsteller immer wieder Anschuldigungen gegenüber Kollegen/innen ausgesprochen habe. Von einer damaligen Assistentin der 1. Antragsgegnerin, J, derzeit in Karenz, habe die 1. Antragsgegnerin erfahren, dass sich der Antragsteller bei ihr wiederholt über das Management vor Ort negativ geäußert und die Mitarbeiter/innenauswahl seiner Vorgesetzten kritisiert habe - und das obwohl sie die Assistentin der Geschäftsleitung sei. Somit habe er nicht nur seine Kollegen/innen vor Ort immer wieder in Misskredit gebracht, sondern auch seine direkten Vorgesetzten. Dieses Verhalten habe er in seinem der GBK vorliegenden Email vom 24. April 2017 fortgesetzt, in dem er dem Geschäftsführer, B, „Leadership Credibility“ („Glaubwürdigkeit als Führungskraft“) abspreche und „many

unfit so called Managers" („viele ungeeignete, sogenannte Manager“) im Hotel geortet habe. Der Antragsteller habe sich unter gleichrangigen Mitarbeiter/innen nicht nur autoritär, sondern auch respektlos und beleidigend verhalten. Er habe Kollegen/innen gegenüber I (laut I: K, und andere) bezichtigt, Lebensmittel, Silberbesteck und Getränke gestohlen zu haben (und habe das in seinem Email vom 24. April 2017 bestätigt), was sich nach Kontrollen der 1. Antragsgegnerin als unrichtig herausgestellt habe. Der Antragsteller habe K so stark unter Druck gesetzt, dass er ärztliche Hilfe in Anspruch nehmen habe müssen und schließlich von Mitte August bis Mitte September 2016 aus psychischen Gründen im Krankenstand gewesen sei. Erst als der Antragsteller das Hotel verlassen habe, habe K seine Arbeit wieder aufnehmen können. Unter anderem habe der Antragsteller ihn gefragt, ob er „seine (des Antragstellers) Frau ficken wolle“ und „ob er sexuelle Störungen hätte“. Dasselbe habe er auch zu L gesagt, und dass er eine arme Kreatur sei, weil er keine Freundin habe. Auch habe der Antragsteller gegenüber I behauptet, dass sein Kollege (F) Drogen konsumiert habe (er gestehe diese Bezeichnung auch in seinem Email vom 24. April 2017 zu), was sich mit der Wahrnehmung der 1. Antragsgegnerin des betreffenden Kollegen nicht gedeckt habe. M habe nunmehr mitgeteilt, dass sie wegen dem Antragsteller kündigen habe wollen, weil sie es nicht mehr mit ihm ausgehalten habe. Er habe alle anderen verschiedener Vergehen beschuldigt (Diebstahl, Drogenkonsum, etc.), nach ihrer Wahrnehmung, um von sich selbst abzulenken. Sie habe in die Grand Etage zum Frühstücksdienst wechseln können und habe von der Kündigung absehen können. Als der Antragsteller das Unternehmen verlassen habe, habe sie wieder ins ... zurückkehren können. Außerdem habe E von der 2. Antragsgegnerin erfahren, dass der Antragsteller sie mit SMS sexuellen Inhaltes gestalkt habe, woraufhin E den Antragsteller abgemahnt habe. Sein Verhalten habe sich daraufhin nicht geändert. Nachdem der Antragsteller das Unternehmen verlassen habe, habe die 2. Antragsgegnerin F mitgeteilt, dass der Antragsteller sie sogar geohrfeigt hätte.

6. Zusammenfassung

Zusammengefasst würde sich ein Teil der Vorhaltungen nicht nachvollziehen lassen, weil die Angaben des Antragstellers zu unbestimmt seien. Der wesentliche Vorwurf, nämlich die angebliche sexuelle Belästigung durch die 2. Antragsgegnerin, könnten allerdings so nicht stattgefunden haben und wenn, dann ausschließlich in der Freizeit. Die behaupteten Untergriffigkeiten in der Küche („Neger“, Hitlergruß) müsse die 1. Antragsgegnerin entschieden zurückweisen. Die 1. Antragsgegnerin habe sich bereits vergleichsbereit gezeigt. Der Antragsteller sei aber dem Angebot, die Angelegenheit gegen eine Zahlung von Euro 600,- zu bereinigen, nicht nähergetreten.

Trotz mehrfacher Urgenz langte seitens der 2. Antragsgegnerin keine Stellungnahme ein. Den Ladungen des Senates I der GBK ist die 2. Antragsgegnerin ebenfalls nicht nachgekommen und zu ihrer mündlichen Befragung nicht erschienen. Daher setzte der Senat I der GBK die Behandlung des Verlangens der GAW gemäß § 12 Abs. 2 GBK-GO fort.

Seitens des Antragstellers wurde erst in der Befragung am 30. April 2019 konkretisiert, wer die von ihm vorgebrachte Aussage, „Was ist schon wieder mit dem Neger?“, getätigt hat.

Der 3. Antragsgegner wurde im Zuge der Antragsversendung darauf hingewiesen, dass aufgrund der kurzen Frist bis zum nächsten Ladungstermin die Möglichkeit besteht, seine Stellungnahme im Zuge der mündlichen Befragung durch den Senat abzugeben.

In seiner Aussage verneinte dieser, den Antragsteller als „Neger“ bezeichnet zu haben. Er merkte an, dass es unter den Kollegen/innen Probleme mit dem Antragsteller gegeben habe. Er habe immer wieder die Abteilungen gewechselt. Sein Kontakt als Küchenchef mit ihm sei eigentlich sehr beschränkt gewesen. Der Antragsteller sei in die Küche gekommen, sie hätten den Bon bekommen, später habe er das Essen abgeholt. Auf Nachfrage gab der 3. Antragsgegner an, dass er nie von einem Vorgesetzten zu der vom Antragsteller behaupteten Aussage befragt worden sei. Er wisse nichts von einer Beschwerde. C habe ihn nicht dazu befragt.

Rechtliche Überlegungen

Gemäß § 3 Z 7 GIBG darf aufgrund des Geschlechtes im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Gemäß § 17 Abs. 1 Z 7 GIBG darf aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Das Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass der Antragsteller nach übereinstimmenden Aussagen aller Beteiligten bei den Gästen sehr beliebt war und seine Arbeit für die 1. Antragsgegnerin zu ihrer Zufriedenheit gut erledigt hat. Allerdings hat es gröbere Probleme zwischen dem Antragsteller und seinen Kollegen/innen gegeben. Am 28. Oktober 2016 wurde der Antragsteller gekündigt.

Als Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses wurden von der 1. Antragsgegnerin die Probleme des Antragstellers mit dem gesamten Team im Hotel genannt. Zum Beweis wurden der Geschäftsführer B, der Hoteldirektor D, der Restaurantdirektor E, der Küchendirektor C, sowie der Küchenchef Z in der Stellungnahme als Auskunftspersonen angeführt.

In den Befragungen hielten die befragten Mitarbeiter insbesondere fest, dass die Einsatzbereitschaft des Antragstellers und die Ausführung seiner Tätigkeiten gegenüber Kunden/Kundinnen stets zur Zufriedenheit der 1. Antragsgegnerin war, aber seine Teamfähigkeit grob zu wünschen übriggelassen hätte. Man habe oftmals den Eindruck gehabt, der Antragsteller habe sich in seinem Team von ... als „Quasichef“ seiner Kollegen/innen „aufspielen“ wollen und er habe sich wiederholt über die im Hotelbetrieb vorgesehenen Hierarchielinien hinweggesetzt. Wiederholt habe er nicht den Weg über seine direkte Vorgesetzten gesucht, sondern sich gleich an die oberste Ebene, an B, gewandt. Die Zusammenarbeit mit seinen Kollegen/innen sei sehr schwierig gewesen, da er sich über diese regelmäßig beschwert und ungerechtfertigte Vorwürfe gegen diese erhoben habe, wie z.B. Diebstahl, die sich als unrichtig herausgestellt hätten.

Ein Zusammenhang zwischen der Kündigung und dem Geschlecht oder der ethnischen Zugehörigkeit des Antragstellers wurde seitens der 1. Antragsgegnerin stets ausgeschlossen.

Für den Senat erscheint das Vorbringen der 1. Antragsgegnerin glaubwürdig, dass die Kündigung aus sachlichen Gründen – der mangelnden Teamfähigkeit des Antragstellers – erfolgt ist.

Das Vorbringen des Antragstellers, die Probleme mit der 1. Antragsgegnerin hätten erst begonnen, als er sich über die (sexuellen) Belästigungen beschwert habe, wurde von der 1. Antragsgegnerin glaubwürdig entkräftet. Wie oben erwähnt, ergab das Ermittlungsverfahren, dass der Antragsteller als Mitarbeiter trotz seiner Beliebtheit unter den Gästen im Hotel und seiner guten Arbeitsleistungen nicht weiter tragbar war. Er gab in der Befragung glaubwürdig an, dass sich alle anderen Kollegen/innen nicht wohlfühlt hätten und mit Kündigung gedroht hätten, weil sie einfach nicht mehr mit dem Antragsteller zusammenarbeiten wollten. Deshalb habe die Geschäftsleitung entschieden, dass es besser wäre den „Störenfried“ zu „beseitigen“, weil man nicht Gefahr laufen wollte, den restlichen Mitarbeiter/innenstamm zu vergrämen. Ansonsten hätten die meisten Mitarbeiter/innen das Hotel verlassen.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs. 12 und § 26 Abs. 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es der 1. Antragsgegnerin gelungen ist zu beweisen, dass ausschließlich sachliche Motive, hier die schlechter gewordene Teamleistung des Antragstellers, ausschlaggebend waren.

Es liegt somit keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes und der ethnischen Zugehörigkeit bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß §§ 3 Z 7 und 17 Abs. 1 Z 7 GIBG vor.

Gemäß § 6 Abs. 1 Z 3 GIBG liegt eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes auch vor, wenn eine Person durch Dritte im Zusammenhang mit seinem/ihrer Arbeitsverhältnis sexuell belästigt wird.

Gemäß § 6 Abs. 2 Z 1 GIBG liegt eine sexuelle Belästigung vor, wenn ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten gesetzt wird, das die Würde einer Person beeinträchtigt oder dies bezweckt, für die betroffene Person unerwünscht, unangebracht, entwürdigend, beleidigend oder anstößig ist und eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betroffene Person schafft oder dies bezweckt.

Als Dritte im Sinne des § 6 GIBG kommen Personen in Betracht, die vom/von der ArbeitgeberIn und der belästigten Person verschieden sind, so zB ArbeitskollegInnen, Vorgesetzte, GeschäftspartnerInnen oder KundInnen des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin.²

Unter einem der sexuellen Sphäre zugehörigen Verhalten sind nach den Erläuterungen zum GIBG „körperliche, verbale und nicht verbale Verhaltensweisen“ zu verstehen, so beispielsweise unsittliche Redensarten oder abfällige Bemerkungen.³

² Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 6 Rz 9.

Ob die Würde einer Person beeinträchtigt wird, ist nach einem objektiven Maßstab zu beurteilen. Hinzu kommt das subjektive Kriterium, dass für die betroffene Person dieses Verhalten ein unerwünschtes, unangebrachtes oder anstößiges darstellt. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die Haftung des/der unmittelbaren Belästigers/Belästigerin grundsätzlich verschuldensunabhängig ist. Subjektive Elemente auf Seite des Belästigers/der Belästigerin bleiben daher außer Betracht. Es ist demnach unerheblich, ob er/sie die Absicht hatte, zu belästigen.⁴

Das Verhalten muss weiters eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betroffene Person schaffen oder dies bezwecken. Die „Arbeitsumwelt“ wird häufig erst durch mehrere Belästigungshandlungen im beschriebenen Sinn beeinflusst und verändert. Allerdings kann auch schon eine einzelne Belästigungshandlung derart schwerwiegend und in ihren Auswirkungen nachhaltig sein, dass damit für die betroffene Person ein einschüchterndes, feindseliges oder demütigendes Umfeld geschaffen wird.⁵

Insoweit sich die betroffene Person auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne des §§ 3, 4, 6 oder 7 GIBG beruft, hat er/sie diesen gemäß § 12 Abs. 12 GIBG glaubhaft zu machen. Bei Berufung auf §§ 6 oder 7 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.

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung der Vorwürfe des Antragstellers, die 2. Antragsgegnerin habe in dessen Anwesenheit sexuell konnotierte Äußerungen getätigt, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch.

Die Ausführungen des Antragstellers bezüglich des Vorliegens einer sexuellen Belästigung waren in Zusammenschau der Aussagen der Auskunftspersonen E und D nicht geeignet, die erforderliche Glaubhaftmachung zu erbringen.

Es liegt somit keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes durch eine sexuelle Belästigung durch Dritte gemäß § 6 Abs. 1 Z 3 GIBG vor.

Gemäß § 6 Abs. 1 Z 2 GIBG liegt eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes auch vor, wenn eine Person durch den/die Arbeitgeber/in dadurch diskriminiert wird, dass 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.

§ 6 Abs. 1 Z 2 GIBG enthält eine Konkretisierung der allgemeinen Fürsorgepflicht. Danach haben Arbeitgeber/innen auch dafür zu sorgen, dass die Persönlichkeitssphäre der in den Betrieb eingegliederten Arbeitnehmer/innen nicht durch Belästigungen durch Dritte beeinträchtigt wird.

³ Vgl. *Posch* in *Rebhahn/GIBG*, §§ 6-7 Rz 76f.

⁴ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger*, *GIBG* (2009) § 6 Rz 12.

⁵ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger*, *GIBG* (2009) § 6 Rz 28.

Arbeitgeber/innen haben daher dafür zu sorgen, dass die geschlechtliche Selbstbestimmung, sexuelle Integrität und Intimsphäre der Arbeitnehmer/innen nicht gefährdet werden. Arbeitgeber/innen sind zum unverzüglichen Einschreiten verpflichtet, wenn sexuelle Belästigungen vorkommen, zum einen, um die Betroffenen nicht der Gefahr weiterer Belästigungen auszusetzen, zum anderen aber auch, um sich nicht selbst dem Vorwurf auszusetzen, nicht wirksam für angemessene Abhilfe gesorgt zu haben. „Angemessen“ ist die Abhilfe dann, wenn sie geeignet ist, die belästigte Person vor weiteren Belästigungen zu schützen.

Um ein schuldhaftes Unterlassen annehmen zu können, muss dem/der Arbeitgeber/in das Vorliegen einer Abhilfe gebietenden Situation entweder bekannt oder zumindest erkennbar sein. Der/Die Arbeitgeber/in haftet daher nicht, wenn er/sie von der Belästigung eines Arbeitnehmers/einer Arbeitnehmerin weder wusste noch wissen musste.

Senat I der GBK hat das Vorliegen einer sexuellen Belästigung des Antragstellers durch die 2. Antragsgegnerin verneint, daher kann der Tatbestand der mangelnden Abhilfe im Falle einer sexuellen Belästigung nicht vorliegen.

Es liegt somit kein schuldhaftes Unterlassen der 1. Antragsgegnerin, im Falle einer sexuellen Belästigung durch Dritte eine nach den gesetzlichen Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages angemessene Abhilfe zu schaffen, gemäß § 6 Abs. 1 Z 2 GIBG vor.

Gemäß § 21 Abs. 1 Z 3 GIBG liegt eine Diskriminierung nach § 17 auch vor, wenn eine Person durch Dritte im Zusammenhang mit seinem/ihrem Arbeitsverhältnis belästigt wird.

Die Bestimmungen des GIBG zur Belästigung (hier § 21 GIBG) haben gemeinsam, dass sie greifen, wenn eine Verhaltensweise, die mit einem der Diskriminierungsgründe in Zusammenhang steht, gesetzt wird, die die Würde einer Person beeinträchtigt oder dies bezweckt, für die betroffene Person unerwünscht ist und eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betroffene Person schafft oder dies bezweckt.

Ob die Würde einer Person beeinträchtigt wird, ist nach einem objektiven Maßstab zu beurteilen. Hinzu kommt das subjektive Kriterium, dass für die betroffene Person dieses Verhalten ein unerwünschtes, unangebrachtes oder anstößiges darstellt. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die Haftung des/der unmittelbaren Belästigers/Belästigerin grundsätzlich verschuldensunabhängig ist. Subjektive Elemente auf Seite des Belästigers/der Belästigerin bleiben daher außer Betracht. Es ist demnach unerheblich, ob er/sie die Absicht hatte, zu belästigen.

Je nach Massivität des Verhaltens können wiederholte Verhaltensweisen oder auch ein einmaliger Zwischenfall den Tatbestand der geschlechtsbezogenen Belästigung erfüllen, wenn er entsprechend schwerwiegend ist.

Das Verhalten muss weiters eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betroffene Person schaffen oder dies bezwecken. Die „Arbeitsumwelt“ wird häufig erst durch mehrere Belästigungshandlungen im beschriebenen Sinn beeinflusst und verändert. Wie aber bereits erwähnt, kann auch schon eine einzelne Belästigungshandlung derart schwerwiegend und in ihren Auswirkungen nachhaltig sein, dass damit für die betroffene Person ein einschüchterndes, feindseliges oder demütigendes Umfeld geschaffen wird.

Insoweit sich die betroffene Person auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne des §§ 17, 18 oder 21 GIBG beruft, hat er/sie diesen gemäß § 26 Abs. 12 GIBG glaubhaft zu machen. Bei Berufung auf § 21 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.

Der Antragsteller brachte vor, der 3. Antragsgegner habe in der Küche folgende Aussage getätigt, „Was ist schon wieder mit dem Neger?“. Der 3. Antragsgegner habe, als er den Antragsteller als „Neger“ bezeichnet habe, diesen nicht gesehen, da er hinter dem 3. Antragsgegner gestanden sei.

Der 3. Antragsgegner verneinte auf Nachfrage des Senates I der GBK, diese Aussage getätigt zu haben.

Da keine Zeugen/innen im Ermittlungsverfahren zur Verfügung gestanden sind, stand Aussage gegen Aussage. Entsprechend den Beweislastregeln wurde das Ermittlungsverfahren durchgeführt. Der Antragsteller ist in seiner Aussage vor dem Senat I der GBK konkret geworden, wie der Kontext dieser Aussage gewesen ist. Dagegen wurde vom 3. Antragsgegner nichts zu seiner Entlastung vorgebracht. Alle befragten Auskunftspersonen waren bei diesem Vorfall nicht anwesend und konnten auch nichts zur weiteren Aufklärung beitragen.

Der erkennende Senat kann sich auf Grund der getätigten Aussagen die Situation in der Küche sehr gut vorstellen. Der Umgangston ist in Küchen auch auf Grund des Arbeitsdrucks grundsätzlich eher rauer. Nach dem bisher Gesagten ist davon auszugehen, dass der Antragsteller als „Querulant“ im Unternehmen gegolten hat und für seine Kollegen/innen anstrengend gewesen ist. In der gegenständlichen Situation ist er wieder in die Küche gekommen, um sich ein weiteres Mal zu beschweren. Es mag zwar nachvollziehbar sein, dass der 3. Antragsgegner diese Aussage äußerst sorglos getätigt hat, aber dies ändert nichts daran, dass es sich um eine rassistische Bemerkung handelt. Diese nebenbei getätigte Aussage wird vom Senat I der GBK als ein typischer Fall für Alltagsrassismus angesehen.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln der §§ 12 Abs. 12 und 26 Abs. 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es dem 3. Antragsgegner nicht gelungen ist zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die von ihm vorgebrachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

Es liegt somit eine Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit durch eine Belästigung durch Dritte gemäß § 21 Abs. 1 Z 3 GIBG vor.

Gemäß § 21 Abs. 1 Z 2 GIBG liegt eine Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit auch vor, wenn eine Person durch den/die Arbeitgeber/in dadurch diskriminiert wird, dass 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.

§ 21 Abs. 1 Z 2 GIBG enthält eine Konkretisierung der allgemeinen Fürsorgepflicht. Danach haben Arbeitgeber/innen auch dafür zu sorgen, dass die Persönlichkeitssphäre der in den Betrieb eingegliederten Arbeitnehmer/innen nicht durch Belästigungen durch Dritte beeinträchtigt wird. Arbeitgeber/innen haben daher dafür zu sorgen, dass die geschlechtliche Selbstbestimmung, sexuelle Integrität und Intimsphäre der Arbeitnehmer/innen nicht gefährdet werden. Arbeitgeber/innen sind zum unverzüglichen Einschreiten verpflichtet, wenn sexuelle Belästigungen hervorkommen, zum einen, um die Betroffenen nicht der Gefahr weiterer Belästigungen auszusetzen, zum anderen aber auch, um sich nicht selbst dem Vorwurf auszusetzen, nicht wirksam für angemessene Abhilfe gesorgt zu haben. „Angemessen“ ist die Abhilfe dann, wenn sie geeignet ist, die belästigte Person vor weiteren Belästigungen zu schützen.

Um ein schuldhaftes Unterlassen annehmen zu können, muss dem/der Arbeitgeber/in das Vorliegen einer Abhilfe gebietenden Situation entweder bekannt oder zumindest erkennbar sein. Der/Die Arbeitgeber/in haftet daher nicht, wenn er/sie von der Belästigung eines Arbeitnehmers/einer Arbeitnehmerin weder wusste noch wissen musste.

Das Ermittlungsverfahren ergab, dass der Antragsteller den Vorfall mit dem 3. Antragsgegner C gemeldet hat.

Dies wird zwar von diesem bestritten, aber der Senat I der GBK hielt C in diesem Punkt nicht für glaubwürdig. Wie bereits dargelegt, hat sich der Antragsteller, wenn es Probleme gegeben hat, idR sofort an seine Vorgesetzten gewandt. Dass sich der Antragsteller sich gerade, bei einem Vorfall, bei dem er als „Neger“ beschimpft wurde, nicht beschwert haben soll, erscheint nicht glaubhaft. Da D aus Sicht des Senates I der GBK eine sehr glaubwürdige Auskunftsperson war, ist ihm die Aussage abzunehmen, dass er von diesem Vorfall keine Kenntnis hatte.

Senat I der GBK geht im Ergebnis davon aus, dass die oberen Hierarchien von dem Vorfall keine Kenntnis erlangt hatten und die Meldung des Vorfalls auf Ebene von C geblieben ist. Dieser hat nach dem aus der mündlichen Befragung entstandenen Eindruck nichts weiter veranlasst und die Angelegenheit auf sich beruhen lassen. Nichtsdestotrotz ist das sorglose Verhalten von C – als Vorgesetzter des Antragstellers – der 1. Antragsgegnerin zuzurechnen, weshalb das Vorliegen einer unterlassenen Abhilfemaßnahme im Fall einer rassistischen Belästigung vom Senat I der GBK bejaht wurde.

Es liegt somit schuldhaftes Unterlassen der 1. Antragsgegnerin, im Falle einer sexuellen Belästigung durch Dritte angemessene Abhilfe zu schaffen, gemäß § 21 Abs. 1 Z 2 vor.

Vorschlag

Gemäß **§ 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz** hat der Senat, wenn er der Auffassung ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, dem/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 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, werden sowohl die **1. Antragsgegnerin, X**, als auch der **3. Antragsgegner, 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.

Abschließend ist es dem Senat I der GBK ein wichtiges Anliegen, in diesem Fall festzuhalten, dass die 1. Antragsgegnerin eine positive Ausnahme im Bereich der Hotellerie und Gastronomie ist. Von Geschäftsführungsseite ist man nach dem im Senat I der GBK entstandenen Eindruck sehr um einen wertschätzenden Umgang mit dem Personal bemüht. Positiv hervorzuheben ist ebenfalls, dass es Mitarbeiter/innen mit dunkler Hautfarbe im Service gibt, und nicht, wie in vielen Gastronomiebetrieben, Mitarbeiter/Innen mit dunkler Hautfarbe ausschließlich in der Küche zu finden sind.

Da die 1. Antragsgegnerin über sehr viele Mitarbeiter/innen verfügt, wird angeregt, in den Hotels eine Ansprechperson für Diskriminierungen jeglicher Art für die Mitarbeiter/innen zu installieren, an die sich diese wenden können, so dass eine Beschwerde nicht am Weg nach „oben“ – wie in diesem Fall – verloren geht. Diese Ansprechperson sollte dem Personal umfassend bekannt gegeben werden.

Wien, 12. Juni 2019

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK