

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 21. August 2018 über den am 27. Mai 2016 eingelangten Antrag von **Herrn A (Antragsteller)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes** sowie **der ethnischen Zugehörigkeit bei den sonstigen Arbeitsbedingungen** gemäß §§ 3 Z 6 und 17 Abs. 1 Z 6 GIBG (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 34/2015; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung), aufgrund **des Geschlechtes, der ethnischen Zugehörigkeit sowie der sexuellen Orientierung bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß §§ 3 Z 7 und 17 Abs. 1 Z 7 GIBG in eventuelle durch eine Verletzung des Benachteiligungsverbotes gemäß §§ 13 und 27 GIBG durch die **X AG (1. Antragsgegnerin)**, und aufgrund **des Geschlechtes durch eine sexuelle Belästigung durch Dritte** gemäß §§ 6 Abs. 1 Z 3 GIBG und aufgrund **des Geschlechtes sowie der sexuellen Orientierung durch eine Belästigung durch Dritte** gemäß §§ 7 Abs. 1 Z 3 und 21 Abs. 1 Z 3 GIBG durch **Frau B (2. Antragsgegnerin)** 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/697/16-M, zu folgendem

Prüfungsergebnis:

1. Herr A ist nicht auf Grund des Geschlechtes bei den sonstigen Arbeitsbedingungen gemäß § 3 Z 6 GIBG durch die X AG diskriminiert worden.
2. Herr A ist nicht auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei den sonstigen Arbeitsbedingungen gemäß § 17 Abs. 1 Z 6 GIBG durch die X AG diskriminiert worden.
3. Herr A ist nicht auf Grund des Geschlechtes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG durch die X AG diskriminiert worden.
4. Herr A ist nicht auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 7 GIBG durch die X AG diskriminiert worden.
5. Herr A ist nicht auf Grund der sexuellen Orientierung bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 7 GIBG durch die X AG diskriminiert worden.

6. Herr A ist auf Grund des Geschlechtes und der sexuellen Orientierung durch eine Belästigung durch Dritte gemäß § 7 Abs. 1 Z 3 iVm 21 Abs. 1 Z 3 GIBG durch Frau B diskriminiert worden.
7. Der Antrag auf Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes durch eine sexuelle Belästigung durch Dritte gemäß § 6 Abs. 1 Z 3 GIBG durch Frau B wurde vom Senat unter dem Aspekt der Belästigung aufgrund der sexuellen Orientierung geprüft.
8. Da der Antrag auf Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes, der ethnischen Zugehörigkeit und der sexuellen Orientierung durch eine Verletzung des Benachteiligungsverbot es gemäß § 13 und 27 GIBG durch die X AG vom Antragsteller nicht ausreichend dargelegt worden ist, war eine weitere Prüfung durch den Senat nicht geboten.

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 der Antragstellerin und der Antragsgegnerinnen sowie die mündliche Befragung des Antragstellers, von Herrn C (als informierten Vertreter der Antragsgegnerin) und der 2. Antragsgegnerin vom 26. Juni 2018. Als weitere Auskunftspersonen wurden Herr D und Frau E am 26. Juni 2018 befragt. Frau F erschien trotz zweimaliger Ladung unentschuldigt nicht zu ihrer Befragung, weshalb der Senat auf eine weitere Ladung verzichtete. Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf den Dienstzettel vom 27. Mai 2013, die Schreiben der 1. Antragsgegnerin an den Antragsteller vom 27. April und 2. Mai 2016 betreffend Kontaktaufnahme bezüglich Krankenstandes, das Kündigungsschreiben vom 11. Mai 2016, das Schreiben der 1. Antragsgegnerin an den Antragsteller vom 21. Juni 2016 betreffend Arbeitsaufforderung, die Krankenstandsbescheinigung der ... Gebietskrankenkasse vom 27. Juni 2016, das Arbeitszeugnis vom 15. Juli 2016, die Gedächtnisprotokolle der 2. Antragsgegnerin und von Frau G, Frau F, Frau H, Herrn I, Bakk., Frau J, Frau K, Frau L sowie Kalendereinträge zu gewünschten Diensteinteilungen und Arbeitszeitaufzeichnungen für 2016 (Kalenderwochen 7, 11, 12, 13, 14 und 15). Weiters lagen dem Senat ein Foto der MitarbeiterInnen anlässlich einer Essenseinladung und eine Whatsapp-Nachricht des Antragstellers an Frau F vor.

Vorbringen

Im Antrag sowie in der Konkretisierung des Antrages vom 6. September 2016 wurde im Wesent-

¹ Vgl. z.B. VfSlg. 19.321.

lichen Folgendes vorgebracht:

Der Antragsteller sei von 24. Mai 2013 bis zum 15. Juli 2016 bei der 1. Antragsgegnerin in der Filiale ... als Mitarbeiter im dortigen Back-Shop beschäftigt gewesen.

Von 18. bis 20. April 2013 sei er in oben genannter Filiale als Praktikant tätig gewesen. Die MitarbeiterInnen hätten sich äußerst zufrieden mit seiner Leistung gezeigt. Er habe daher eine Festanstellung als Backshop-Mitarbeiter im Ausmaß von 30 Wochenstunden erhalten. Sein erster Arbeitstag sei der 24. Mai 2013 gewesen. Seine direkten Vorgesetzten während der gesamten Zeit seiner Beschäftigung seien die Abteilungsleiterin des Back-Shops, die 2. Antragsgegnerin, und deren Stellvertreterin Frau G gewesen. Marktleiter der Filiale sei Herr M, sein Stellvertreter sei Herr I. Seine Kolleginnen im Back-Shop seien Frau M, Frau H, Frau N, Frau O, Frau P, Frau Q, Frau F und Frau J gewesen. Außer ihm hätten noch drei weitere männliche Mitarbeiter im Back-Shop gearbeitet, die im Laufe der Zeit allerdings alle versetzt, gekündigt oder selber aufgrund der Umstände das Unternehmen verlassen hätten: Herr R; sowie ein Kollege mit indischen Wurzeln, dessen Name dem Antragsteller leider nicht mehr erinnerlich sei, sowie Herr S.

Bald sei ersichtlich worden, dass die 2. Antragsgegnerin sich primär weibliche Mitarbeiterinnen im Team ihrer Abteilung gewünscht habe. Herr R sei nach kurzer Zeit in eine andere Filiale versetzt worden. Der Kollege, dessen Name dem Antragsteller nicht mehr bekannt sei, sei von der 2. Antragsgegnerin gezielt nur für Reinigungsarbeiten und körperlich fordernde Tätigkeiten eingesetzt und schließlich gekündigt worden. Herr S habe etwa sechs Monate mit dem Antragsteller gemeinsam im Back-Shop gearbeitet. Er habe neben der Arbeit studiert und gelegentlich versucht, einen Tag frei zu bekommen, um zu lernen oder zu einer wichtigen Vorlesung zu gehen. Gerade an diesen Tagen sei er stattdessen zumeist extra zu einem Nachmittagsdienst eingeteilt worden. Als er aufgrund eines Armbruchs krankgemeldet gewesen sei, habe sie ihm mit einer Kündigung gedroht, wenn er nicht sofort die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung in die Filiale bringen würde. Als er zu diesem Zweck schließlich in die Filiale gekommen sei, habe sie ihm gegenüber angemerkt, dass er gesund ausschaue und wohl auch arbeiten könne, wenn er doch in der Lage sei, in die Filiale zu fahren. Herr S habe sich in weiterer Folge entschieden, sich versetzen zu lassen.

In der Zeit, in der Herr S noch mit dem Antragsteller im Back-Shop gearbeitet habe, seien sie beide immer wieder von der 2. Antragsgegnerin benachteiligt worden, indem sie anders als bei den weiblichen Mitarbeiterinnen, auf Wünsche nach bestimmten Diensten überhaupt keine Rücksicht genommen habe, und nur ihnen die schwereren Arbeiten zugeteilt habe. Als Herr S schließlich nicht mehr in der Filiale gearbeitet habe, seien die Schikanen dem Antragsteller gegenüber deutlich intensiver geworden. Die 2. Antragsgegnerin habe begonnen, Dienstanzweisungen in serbokroatischer Sprache zu erteilen. Der Großteil seiner Kolleginnen im Backshop habe, ebenso wie die 2. Antragsgegnerin, Serbokroatisch gesprochen bzw. zumindest verstanden. Seine Kolleginnen hätten ihn daraufhin oft abschätzig gefragt, ob er denn nicht gehört habe, was die 2. Antragsgegnerin aufgetragen habe. Häufig habe er mitbekommen, wie sein Name in den Gesprächen zwischen seinen Kolleginnen erwähnt worden sei, habe allerdings

nicht verstehen können, was sie über ihn gesagt hätten.

Während seines Dienstverhältnisses habe er sich mehrfach bei Herrn I, stellvertretenden Filialleiter, über das Verhalten der 2. Antragsgegnerin beschwert. Der Antragsteller habe ihm erklärt, dass er sich gemobbt fühle, aber unternommen habe er nichts dagegen.

Am 21. März 2016 habe der Antragsteller der 2. Antragsgegnerin mitgeteilt, dass er drei Wochen später, am 12. April 2016, eine Operation haben werde. Vom Zeitpunkt der Bekanntgabe seines Operationstermins an hätten sich die Benachteiligungen und Demütigungen ihm gegenüber gehäuft. Er habe des Öfteren gehört, wie die 2. Antragsgegnerin mit Frau G und Frau J, zwei Kolleginnen mit philippinischen Wurzeln, auf Englisch über ihn gelästert hätten, während er KundInnen bedient habe. Sie hätten darüber geredet, dass seine Arbeitsleistung nicht mehr so gut wäre wie früher und dass sie nicht wüssten, was mit ihm los wäre. Diese Gespräche hätten nur dazu gedient, ihn herunterzumachen, habe sich doch seine Arbeitsleistung trotz seiner körperlichen Beschwerden nicht verschlechtert gehabt.

Am 25. März 2016 habe ihm die 2. Antragsgegnerin erzählt, dass sie mit anderen Kolleginnen aus dem Back-Shop gesprochen hätte. Diese hätten zu Unrecht behauptet, er würde nachmittags nicht mehr ordentlich arbeiten und sie müssten die Arbeit an seiner Stelle erledigen. Sie habe zudem gesagt, dass sie nicht wisse, was sie mit ihm machen solle, wenn sich diesbezüglich nichts ändern würde. Die 2. Antragsgegnerin selbst, sowie ihre Stellvertreterin Frau G hätten primär am Vormittag gearbeitet.

In der vorletzten Woche vor seiner Operation seien ihm von der 2. Antragsgegnerin zunehmend körperlich anstrengende und unangenehme Arbeiten zugeteilt worden, obwohl sie gewusst habe, dass diese aufgrund seiner bevorstehenden Operation mit einem gesundheitlichen Risiko für ihn verbunden gewesen seien. Beispielsweise habe er schwere Paletten heben, sowie den Ofen und den Abfluss reinigen müssen.

In der letzten Woche vor seinem Krankenstand sei er schließlich vermehrt mit abwertenden Aussagen von seinen Kolleginnen konfrontiert worden. Frau H habe ihm gegenüber erwähnt: „Kannst ja eh arbeiten, bist ja dann eh im Krankenstand und kannst dich erholen – müssen ja dann eh die Zeit einarbeiten für dich.“ Als er ihre Hilfe bei Lagerarbeiten benötigt habe, habe Frau H außerdem zu ihm gesagt: „Ich helfe dir nur dann, wenn ich genauso viel verdiene, wie du – bist ja ein Mann und verdienst mehr.“ Mit verschränkten Armen habe sie ihn in weiterer Folge beobachtet und seine Arbeitsweise kontrolliert. Außerdem habe Frau Q schließlich zu ihm bemerkt: „Kannst gleich mit dem Mist gehen, wir hackeln eh für dich mit.“

Am 7. April 2016 habe die 2. Antragsgegnerin ihm gegenüber folgende Aussage getätigt: „Wir sehen dich alle nicht als Mann an, weil du ja eine Schwuchtel bist.“ Außerdem habe sie gesagt, sie wolle ihn zu einem von ihr veranstalteten „Weiberabend“ unter Kolleginnen einladen, den sie für 16. April 2016 geplant gehabt habe. Allerdings habe sie gewusst, dass er zu diesem Zeitpunkt wohl noch im Krankenhaus bzw. krank sein werden würde, da er, wie bereits geschildert, am 12. April 2016 operiert werden würde.

Nach meiner Operation sei er am 14. April 2016 aus dem Krankenhaus entlassen worden. Am selben Tag sei ihm von seinem Hausarzt Dr. T die Krankenstandsbescheinigung überreicht worden, auf der vermerkt gewesen sei, dass am 29. April 2016 der nächste Kontrolltermin stattfinden sollte. Am selben Abend habe sein Lebensgefährte, Herr D die Krankenstandsbescheinigung in die Filiale gebracht und sie dem stellvertretenden Marktleiter Herrn I übergeben. Dieser habe Herrn D versichert, dass es nicht nötig sei, sich noch zusätzlich bei Herrn M oder der 2. Antragsgegnerin zu melden und dass es ausreichend sei, wenn der Antragsteller sich nach dem Kontrolltermin am 29. April 2016 wieder bei ihnen melden würde.

Am 29. April 2016 sei er bei seinem Arzttermin für den 12. Mai 2016 wiederbestellt worden. Bis dahin sei er weiterhin krankgeschrieben worden. Am selben Abend sei Herr D wieder in die ... Filiale gefahren, um Herrn I die aktuelle Krankenstandsbescheinigung zu übermitteln. Allerdings habe Herr D zu diesem Zeitpunkt bemerkt, dass sich der zuständige Arzt beim Datum auf der Krankenstandsbescheinigung verschrieben gehabt habe und den Antragsteller für 12. April 2016, anstatt für 12. Mai 2016 krankgeschrieben gehabt habe. Von der stellvertretenden Kassa-Bereichsleiterin U habe Herr D schließlich die Information erhalten, dass er die korrigierte Krankenstandsbescheinigung am Montag den 2. Mai 2016 nachbringen könne. Sie habe Herrn D zudem versichert, Herrn M und die 2. Antragsgegnerin zu verständigen.

Am 2. Mai 2016 sei Herr D erneut in der Filiale erschienen und habe der 2. Antragsgegnerin die korrigierte Krankmeldung übergeben wollen. Nach einem kurzen Gespräch zwischen der 2. Antragsgegnerin und Herrn M seien beide auf Herrn D zugekommen und hätten ihm gegenüber behauptet, dass der Antragsteller der Meldepflicht bezüglich seines Krankenstandes nicht nachgekommen wäre. Herr D habe daraufhin erwähnt, dass er bereits am 14. April mit einem der beiden Marktleiter geredet hätte, allerdings habe er sich nicht mehr an dessen Namen erinnern können. Der Marktleiter Herr M habe erwidert, dass ihm nichts ausgerichtet worden sei und die 2. Antragsgegnerin gemeint habe, er hätte die Krankmeldungen selbst in der Filiale vorbeibringen sollen. Außerdem habe die 2. Antragsgegnerin behauptet, dass eine Kollegin ihn gesehen hätte, als er trotz seiner Krankheit im 5. Bezirk spazieren gewesen sei. Außerdem habe sie gemeint, er hätte sich selbst telefonisch in der Filiale melden sollen. Schließlich habe Herr M dem Antragsteller über seinen Lebensgefährten ausrichten lassen, dass er über das Filialtelefon mit der 2. Antragsgegnerin in Kontakt treten solle. Herr D habe zum Schluss nochmals mit Herrn M sprechen wollen, um ihm die Situation in Ruhe erklären zu können und etwaige Missverständnisse aufzuklären. Herr M habe erwidert, Herr D solle sich „aus der Filiale schleichen“ und dass Herr D keiner seiner Angestellten wäre. Daraufhin habe Herr D die Filiale verlassen. Als Herr D dem Antragsteller von den Geschehnissen erzählt habe, habe dieser umgehend die 2. Antragsgegnerin angerufen. Er habe ihr seinen aktuellen Krankheitsstatus bekannt gegeben und sich mit ihr geeinigt, sich am 12. Mai 2016, also nach seinem nächsten Kontrolltermin, wieder bei ihr zu melden.

Am 12. Mai 2016 sei dem Antragsteller die Kündigung mit 15. Mai 2016 unter Einhaltung der zweimonatigen Kündigungsfrist zum 15. Juli 2016, datiert mit 11. Mai 2016, zugestellt worden.

In einem Telefongespräch mit einer Kollegin aus dem Back-Shop am 12. Juni 2016 habe der Antragsteller von weiteren Beschimpfungen durch die 2. Antragsgegnerin und Frau Q erfahren. Die 2. Antragsgegnerin habe gegenüber anderen Kolleginnen behauptet, dass es „kein Wunder sei, dass [der Antragsteller] eine Operation am Arschloch hätte“ und dass der Grund dafür offensichtlich sei „dass [der Antragsteller] so oft von [seinem] Freund in den Arsch gefickt worden wäre“. Frau Q habe gemeint, dass „[sich der Antragsteller] nicht mehr traue, alleine herzukommen und deswegen mit [seinem] Verlobten gekommen wäre, weil [er] keine Eier mehr hätte“.

Außerdem habe die Kollegin dem Antragsteller in dem Telefongespräch bestätigt, dass umgehend nach einer Ersatzkraft für ihn gesucht worden sei, als er wegen seiner Operation krankgeschrieben gewesen sei. Eine Freundin von Frau O sei kontaktiert worden, als ihm gegenüber die Kündigung noch gar nicht ausgesprochen gewesen sei.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerinnen übermittelten Stellungnahme vom 27. Oktober 2016 bestritten diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und traten ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Festzuhalten sei zunächst, dass sich der Antragsteller zu keiner Zeit bezüglich der behaupteten Vorwürfe an den übergeordneten Dienstvorgesetzten oder Betriebsrat gewandt habe. Die Kündigung des Antragstellers sei ausschließlich aufgrund seiner Arbeitsleistung erfolgt (siehe dazu weiter unten).

Aufgrund des Antrags habe die 1. Antragsgegnerin nun weitreichende Recherchen unter den Dienstnehmern durchgeführt. Die bezughabenden Protokolle würden anbei vorgelegt werden.

Daraus ergebe sich, dass für die 1. Antragsgegnerin keinerlei Anhaltspunkte dafür gebe, dass der Antragsteller im Unternehmen von Dienstvorgesetzten oder Kollegen aufgrund seines Geschlechts oder der ethnischen Zugehörigkeit bzw. seiner sexuellen Orientierung während des Dienstverhältnisses oder bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses diskriminiert worden wäre. Aus Sicht der Unternehmensleitung, seiner Dienstvorgesetzten und auch des Marktmanagers seien daher keine Maßnahmen erforderlich gewesen.

Zu den einzelnen Vorwürfen sei auszuführen wie folgt:

Nicht nachvollziehbar sei und bestritten werde die Behauptung, dass im Unternehmen der 1. Antragsgegnerin oder aber auch nur in der Abteilung des Back-Shops in der Filiale ... eine männerfeindliche Atmosphäre herrsche. Selbstverständlich seien sowohl im Markt als auch im Backshop-Bereich männliche Mitarbeiter in gleicher Weise eingesetzt.

Es sei schließlich die Back-Shop Bereichsleiterin, die 2. Antragsgegnerin, selbst gewesen, welche nach dem Praktikum des Antragstellers mitentschieden habe, dass dieser in ein ordentliches Dienstverhältnis übernommen werden sollte. Dass im Bereich des Back-Shops primär weibliche Mitarbeiterinnen tätig seien, sei dem Umstand geschuldet, dass sich hierfür primär weibliche Mitarbeiterinnen überhaupt interessieren und bewerben würden.

Zu den beiden im Antrag angeführten Dienstnehmern sei anzuführen:

Der Mitarbeiter R habe in einen Vollzeit Arbeitsplatz gewollt und sei aus diesem Grund in weiterer Folge in die Filiale ... versetzt worden, da dort ein Bedarf an Mitarbeitern bestanden habe.

Der Mitarbeiter S sei zunächst für 30 Wochenstunden eingesetzt gewesen und habe aufgrund eines Studiums weniger arbeiten wollen. Letztlich sei entschieden worden, das Dienstverhältnis einvernehmlich aufzulösen.

Es habe also in beiden Fällen sachliche Gründe dafür gegeben, dass diese beiden Mitarbeiter nicht mehr in der Filiale eingesetzt gewesen seien.

Es sei auch unrichtig, dass männliche Mitarbeiter gezielt für bestimmte schwere Tätigkeiten oder Reinigungsarbeiten eingesetzt worden seien oder würden. Es sei vielmehr so, dass sämtliche MitarbeiterInnen für sämtliche Tätigkeiten im Back Shop Bereich eingesetzt würden. Diese Tätigkeiten würden selbstverständlich auch Reinigungsarbeiten im Backshop Bereich und auch das Verräumen von angelieferten Waren umfassen.

Schwere körperliche Arbeiten würden im Backshop Bereich gar nicht anfallen. Gerade weil auch viele weibliche Dienstnehmerinnen in diesem Bereich tätig seien, seien die Arbeitsabläufe so gestaltet und strukturiert, dass alle Tätigkeiten von allen DienstnehmerInnen ohne viel Kraftaufwand erbracht werden können. Die Zulieferung erfolge grundsätzlich auf Paletten mit einem Hubwagen. Es müssen keine Paletten oder schwere Pakete geschleppt werden, weil diese direkt angeliefert und mit technischen Hilfsmitteln weiter befördert würden.

Wie die Recherchen ergeben hätten, sei jedoch eines der Probleme mit dem Antragsteller gewesen, dass er sich oft vor Tätigkeiten zu entziehen versucht habe, die er nicht verrichten habe wollen, dazu hätten insbesondere auch Reinigungsarbeiten gehört. Gerade deshalb sei es erforderlich gewesen, den Antragsteller diese Tätigkeiten ausdrücklich zuzuteilen, damit dieser diese Tätigkeit auch tatsächlich erledigt habe, da er sie sonst nicht freiwillig wahrgenommen habe. Wie sich aus den Berichten der Dienstnehmerinnen zeige, habe sich der Antragsteller nicht in das Team eingefügt, sondern sich bei Kollegen über die Bereichsleiterin beschwert und dass er selbst alles besser machen würde, in deren Abwesenheit selbst den Chef gespielt habe. Zudem habe er sich bei den Kolleginnen über die ihm zugewiesenen Tätigkeiten beschwert, die aber selbst festgestellt hätten, dass er etwa Reinigungsarbeiten nicht oder nur unwillig übernommen habe, sondern dies lieber den anderen überlassen habe.

Nicht nachvollziehbar sei auch die Behauptung des Antragsstellers, dass seinen Wünschen nach einer konkreten Diensteinteilung kategorisch nicht gefolgt worden wäre. Selbstverständlich versuche man bei der Diensteinteilung den Wünschen der Mitarbeiter nachzukommen. Es sei aber nicht immer möglich den Wünschen aller Mitarbeiter stets nachzukommen. Unrichtig sei jedoch die Darstellung, dass seinen Wünschen bei der Diensteinteilung nicht nachgekommen wäre. Im Gegenteil, beim Antragsteller sei dies jedoch fast immer gelungen. Vorgelegt würden etwa beiliegende Aufzeichnungen aus dem Kalender, in welchen die Mitarbeiter ihre Einsatzwünsche eingetragen hätten, und der diesbezüglichen Aufzeichnungen aus der Personalein-

satzplanung vorgelegt werden. Wie sich schon aus diesem Zeitraum ergebe sei den Wünschen des Antragstellers Folge geleistet worden.

Zum Vorwurf, dass im Bereich des Backshops die serbische Sprache bevorzugt gesprochen worden wäre (um den Antragsteller auszuschließen), sei festzuhalten, dass es die unternehmensinterne Anweisungen gebe, dass zwischen den Mitarbeitern ausschließlich Deutsch gesprochen werden solle. Dies gelte insbesondere auch vor den Kunden, da diese sonst irritiert seien, wenn sie nicht verstehen was Mitarbeiter untereinander sprächen.

Dazu sei vor allem auch darauf hinzuweisen, dass in der Abteilung fünf verschiedene Nationalitäten arbeiten würden, die untereinander kommunizieren müssen. Dementsprechend werde jede Kommunikation grundsätzlich auf Deutsch und nicht auf Serbisch durchgeführt.

Der Antragssteller sei in das Team integriert und weitgehend akzeptiert worden. Seine sexuelle Orientierung habe hierbei keine Rolle gespielt. Er sei selbstverständlich auch zu allen Aktivitäten eingeladen worden, so etwa zu einem Treffen der Mitarbeiterinnen im Y ... auf Einladung der 2. Antragsgegnerin.

Die Behauptung des Antragstellers, er sei von Seiten der Abteilungsleiterin herablassend behandelt oder auch beschimpft worden, sei nach Angaben aller befragten Mitarbeiter unrichtig. Alle Mitarbeiter hätten bestätigt, dass die Abteilungsleiterin den Dienstnehmer grundsätzlich gerecht behandelt und es hier keine Benachteiligungen gegeben habe.

Die Angaben der Mitarbeiterinnen würden aber auch ganz klar zeigen, dass es eine derartige Diskriminierung insbesondere die vom Antragsteller behaupteten Vorhalte bzw. Aussagen nicht nachvollziehbar seien.

Der Antragsteller habe wiederholt auch seine privaten Probleme in das Dienstverhältnis hineingetragen und diese auch gerne während der Dienstzeit diskutiert und Kollegen von ihrer Arbeit abgehalten. Zudem sei festzuhalten, dass die Recherchen unter den Dienstnehmerinnen ergeben hätten, dass sich diese wiederholt durch die nächtlichen Anrufe außerhalb der Dienstzeit belästigt gefühlt hätten.

Wie sich aus den beiliegenden Protokollen insbesondere auch ergebe, habe der Antragsteller sich wiederholt bei anderen Mitarbeiterinnen über die Abteilungsleiterin beschwert und intrigiert bzw. deren Kompetenz in Zweifel gezogen und gemeint vieles besser zu wissen. Demgegenüber würden die Berichte der Kolleginnen aber auch ganz klar zeigen, dass seine Arbeitsleistungen zu wünschen übriggelassen habe. Die Einschätzung der eigenen Arbeitsleistung und der eigenen Kenntnisse sei offensichtlich nicht realistisch und verzerrt.

Der Vollständigkeit halber werde weiters eine WhatsApp Nachricht vorgelegt in welcher der Antragsteller an eine Kollegin schreibe: „Die Scheiss Weiber vom bs die werden mich noch kennenlernen“. Das vom Antragsteller eingeleitete Verfahren schein daher davon getrieben zu sein, sich bei seinen Kolleginnen zu rächen und sich für die Kündigung zu revanchieren. Es sei der Antragsteller selbst, der sich einer Sprache bediene, die er nun seinen Kolleginnen vorwerfe.

Zur Beendigung des Dienstverhältnisses sei auszuführen:

Richtig sei, dass der Antragsteller angekündigt habe, aufgrund einer bevorstehenden Operation in Krankenstand zu treten. Es sei nur bekannt gewesen, dass die Operation eine Zyste betreffe und ein nachfolgender Krankenstand von ca. zwei Wochen anfallen werde.

Nach dem sich der Antragsteller nach zwei Wochen nicht gemeldet habe, seien daher die Aufforderung am 27. April 2016 sowie am 2. Mai 2016 ergangen, sich zu melden, was dieser offenbar verabsäumt habe. Nachdem die Meldung ordnungsgemäß erfolgt sei, sei dies selbstverständlich auch kein Problem gewesen.

Die Entscheidung den Antragsteller zu kündigen sei am 11. Mai 2016 getroffen worden und stehe damit in keinem unmittelbaren Zusammenhang. Die Entscheidung den Antragsteller zu kündigen, habe ausschließlich mit den oben bereits beschriebenen mangelhaften Arbeitsleistungen des Antragstellers zu tun gehabt:

- Der Antragsteller habe ihm unangenehme Tätigkeiten nur über Aufforderung erledigt und ständiger Anleitung bedurft; selbst wenn es explizite Anweisungen der zu erledigenden Aufgaben gegeben habe, habe er diese oftmals nicht erledigt;
- Der Antragsteller habe andere Mitarbeiter mit seinen privaten Probleme behelligt und diese während der Dienstzeit diskutiert (und wie sich herausgestellt habe auch nach der Dienstzeit);
- Der Antragsteller sei stets unzufrieden und unmotiviert gewesen und habe negative Stimmung in die Belegschaft gebracht;
- Wiederholte Probleme mit der Kundenfreundlichkeit, die Leistung bei der Bedienung seien primär von der Laune des Antragstellers abhängig gewesen; bei Problemen hätten oftmals Kollegen aushelfen müssen.

Festzuhalten sei, dass die Kündigung in keinerlei Zusammenhang mit seiner sexuellen Orientierung, seinem Geschlecht oder ethnischen Zugehörigkeit gestanden noch dieser sonst während des Dienstverhältnisses diskriminiert worden sei.

Rechtliche Überlegungen

Gemäß § 3 Z 6 GIBG darf aufgrund des Geschlechtes im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht bei den sonstigen Arbeitsbedingungen.

Insoweit sich die betroffene Person auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne des § 3 bzw. § 17 GIBG beruft, hat er/sie diesen gemäß § 12 Abs. 12 bzw. § 26 Abs. 12 GIBG glaubhaft zu machen. Dem/Der Beklagten obliegt es 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 das andere Geschlecht unverzichtbare

Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist) oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne des § 5 Abs. 2 bzw. der §§ 19 Abs. 2 oder 20 GIBG vorliegt.

Beim Begriff der „sonstigen Arbeitsbedingungen“ handelt es sich um einen Auffangtatbestand, der weit auszulegen ist. Er umfasst neben den rechtlichen auch die faktischen Rahmenbedingungen für die Leistungserbringung der ArbeitnehmerInnen im laufenden Arbeitsverhältnis. Es werden darunter u.a. die Einteilung der Arbeitszeit und die Schwere der Arbeitsleistung verstanden.

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung der Vorwürfe des Antragstellers, er sei im Gegensatz zu den weiblichen Kolleginnen von seiner Vorgesetzten zu schwereren Arbeiten eingeteilt und es sei auf seine Wünsche nach bestimmten Diensten überhaupt keine Rücksicht genommen worden, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch.

Das Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass der Antragsteller vom 18. bis 20. April 2013 ein Arbeitspraktikum bei der 1. Antragsgegnerin absolvierte und ab 24. Mai 2013 mit 30 Wochenstunden als Backshop Mitarbeiter tätig war. Abteilungsleiterin des Backshops war die 2. Antragsgegnerin. Ursprünglich waren neben dem Antragsteller jedenfalls zwei weitere männliche Mitarbeiter beschäftigt, wobei das Arbeitsverhältnis des einen Mitarbeiters einvernehmlich aufgelöst und der andere Mitarbeiter auf eine Vollzeitstelle in einer anderen Filiale versetzt wurde. Die Tätigkeit der MitarbeiterInnen des Backshops umfasste neben der Bedienung der Kundenschaft u.a. Reinigungsarbeiten im Backshop Bereich und das Verräumen angelieferter Waren.

Nach Auffassung des Senates ist es der 1. Antragsgegnerin gelungen, das Vorbringen des Antragstellers zu entkräften. Aus den vorgelegten Kalendereinträgen der MitarbeiterInnen des Backshops und den Arbeitszeitaufzeichnungen geht hervor, dass den Wünschen des Antragstellers nach bestimmten Dienstzeiten sehr wohl nachgekommen wurde. Der Vorwurf, dass ausschließlich dem Antragsteller schweren Arbeiten zugeteilt worden seien, bestätigte sich ebenfalls nicht. Die 1. Antragsgegnerin konnte glaubwürdig darlegen, dass schwere körperliche Arbeiten im Backshop Bereich gar nicht anfallen und die Arbeitsabläufe so gestaltet und strukturiert sind, dass alle Tätigkeiten von allen DienstnehmerInnen ohne viel Kraftaufwand erbracht werden können. Dass der Antragsteller auf Ersuchen seiner Kolleginnen Paletten getragen hat ohne einen Hubwagen zu verwenden, kann der Arbeitgeberin nach Ansicht des Senates nicht zum Vorwurf gemacht werden, ebenso wenig die „Ausreden“ der Kolleginnen, weshalb sie die Paletten nicht selbst tragen konnten. Hinzu kommt, dass der Antragsteller sein eigenes Vorbringen in der mündlichen Befragung dahingehend relativierte, dass die 2. Antragsgegnerin ihm nur ausnahmsweise Arbeiten zugeteilt habe.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs. 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es der 1. Antragsgegner gelungen ist zu beweisen, dass keine Schlechterbehandlung des Antragstellers, als einzigen männlichen Mitarbeiter der Abteilung, im Zusammenhang mit der Einteilung der Arbeitszeit und der Schwere der Arbeitsleistung erfolgt ist.

Es liegt somit **keine Diskriminierung** aufgrund **des Geschlechtes bei den sonstigen Arbeitsbedingungen** gemäß § 3 Z 6 GIBG vor.

Gemäß § 17 Abs. 1 Z 6 GIBG darf aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht bei den sonstigen Arbeitsbedingungen.

Der Antragsteller brachte weiters vor, dass Arbeitsanweisungen seitens der Vorgesetzten auf Serbokroatisch erfolgt seien, obwohl er diese Sprache nicht verstehe.

Das Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass in der Abteilung MitarbeiterInnen fünf verschiedener Nationalitäten tätig waren und es eine unternehmensinterne Anweisung gab, dass zwischen den MitarbeiterInnen ausschließlich Deutsch gesprochen werden soll.

Vor dem Hintergrund, dass die MitarbeiterInnen des Backshops unterschiedlichen Migrationshintergrund haben – laut der 2. Antragsgegnerin waren/sind Personen aus Slowakei, Rumänien, Bulgarien, Philippinen im Backshop tätig – und nicht alle Serbokroatisch sprechen bzw. verstehen, und aufgrund des Umstandes, dass die MitarbeiterInnen des Backshops KundInnenkontakt haben, überzeugte das Vorbringen der 1. Antragsgegnerin, dass die MitarbeiterInnen angewiesen wurden, Deutsch zu sprechen.

Hingegen blieb das Vorbringen des Antragstellers vage.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 26 Abs. 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es der 1. Antragsgegner gelungen ist zu beweisen, dass keine Ausgrenzung des Antragstellers durch die Erteilung von Arbeitsanweisungen auf Serbokroatisch erfolgt ist.

Es liegt somit **keine Diskriminierung** aufgrund **der ethnischen Zugehörigkeit bei den sonstigen Arbeitsbedingungen** gemäß § 17 Abs. 1 Z 6 GIBG vor.

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.

Der Antragsteller brachte zudem vor, die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses stehe in einem Zusammenhang mit seinem Geschlecht, seiner ethnischen Zugehörigkeit und seiner sexuellen Orientierung.

Das Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass der Antragsteller sich ab 12. April 2016 aufgrund einer Operation im Krankenstand befand. Am 12. Mai 2016 wurde ihm die Kündigung mit 15. Mai unter Einhaltung der zweimonatigen Kündigungsfrist zum 15. Juli 2016 zugestellt.

Als Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses wurde von der 1. Antragsgegnerin die mangelhafte Arbeitsleistung des Antragstellers genannt. Zum Beweis wurden Stellungnahmen des Marktmanager-Stellvertreters I, Bakk., der 2. Antragsgegnerin, ihrer Stellvertreterin G und weiterer Kolleginnen des Antragstellers vorgelegt.

In den Stellungnahmen hielten die befragten Mitarbeiterinnen insbesondere fest, dass die Einsatzbereitschaft des Antragstellers und die Ausführung seiner Tätigkeiten zu wünschen übrig gelassen hätten (Frau F), er speziell nachmittags – die 2. Antragsgegnerin habe laut Antragsteller vormittags ihren Dienst verrichtet – besonders wenig Einsatz gezeigt habe und privates „Plaudern“ mit anderen Mitarbeitern bei ihm im Vordergrund gestanden sei (Frau H), man oftmals den Eindruck gehabt habe, der Antragsteller wolle nur seinen Lohn bekommen, ohne irgendeine Art von Leistung zu erbringen (Frau G), er einfach gar nichts gemacht habe, wenn er keine klare Dienstanweisung bekommen habe (Frau J) bzw. sehr oft Aufgaben von ihm nicht erledigt worden seien (Frau L), eine Zusammenarbeit mit ihm sehr schwierig gewesen sei, er sehr unselbstständig gewesen sei, sehr langsam gearbeitet habe und gewisse Tätigkeiten deshalb von ihm gar nicht erledigt hätten werden können (Frau K).

Ein Zusammenhang zwischen der Kündigung und dem Geschlecht, der ethnischen Zugehörigkeit und/oder der sexuellen Orientierung des Antragstellers wurde seitens der 1. Antragsgegnerin ausgeschlossen.

Für den Senat erscheint das Vorbringen der 1. Antragsgegnerin glaubwürdig, dass die Kündigung aus sachlichen Gründen – der nachlassenden Leistung des Antragstellers – erfolgt ist. Das Vorbringen des Antragstellers, die 2. Antragsgegnerin habe keine Männer in ihrer Abteilung gewollt, wurde von der 1. Antragsgegnerin hingegen glaubwürdig entkräftet. Wie oben erwähnt, ergab das Ermittlungsverfahren, dass einer der ursprünglich mit dem Antragsteller im Backshop tätigen Männer aufgrund seines Wunsches nach einer Vollzeitstelle die Filiale wechselte und ein anderer Kollege das Unternehmen einvernehmlich verließ, da das Arbeitspensum nicht mit seinem Studium vereinbar war. Wie weiters ausgeführt, konnte seitens des Antragstellers auch nicht dargelegt werden, dass die Arbeitsanweisungen der 2. Antragsgegnerin, die ihn betrafen und somit konkrete Auswirkungen auf seine Arbeitsleistung gehabt hätten, auf Serbokroatisch – und damit in einer für den Antragsteller unverständlichen Sprache – erfolgt wären. Dass schließlich die sexuelle Orientierung des Antragstellers der Grund für die Kündigung gewesen sein sollte, erscheint nicht nachvollziehbar, war der Umstand, dass der Antragsteller homosexuell ist, doch bereits seit längerem – auch der 2. Antragsgegnerin – bekannt. Es ist nicht ersichtlich, weshalb dieses Wissen plötzlich eine Kündigung bedingen sollte.

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 Arbeitsleistung des Antragstellers, ausschlaggebend waren.

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

Gemäß § 7 Abs. 1 Z 3 GIBG liegt eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes auch vor, wenn eine Person durch geschlechtsbezogene Verhaltensweisen durch Dritte im Zusammenhang mit seinem/ihrer Arbeitsverhältnis belästigt wird.

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

Der Begriff „sexuelle Orientierung“ ist im GIBG nicht näher definiert. Nach allgemeinem Verständnis bezeichnet sexuelle Orientierung die Präferenz bei der sexuellen „Objektwahl“, dh zu welchem Geschlecht sich jemand hingezogen fühlt, und wird daher in erster Linie als heterosexuell, homosexuell und bisexuell definiert und verstanden. Um dem angestrebten Schutzzweck gerecht zu werden, hat eine möglichst weite, über diese drei Grundorientierungen hinausgehende Auslegung zu erfolgen. Weder im Gesetz noch in der RL 2000/78/EG findet sich in Bezug auf die sexuelle Orientierung ein Hinweis auf eine Differenzierung zwischen Status (Eigenschaft) und Verhalten (Betätigung); eine derartige Differenzierung ist daher, wenn sie mit einer Einschränkung des Begriffs einhergeht, zufolge der gebotenen weiten Auslegung nicht zulässig.²

Als Dritte im Sinne der §§ 7 und 21 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.³

Die Bestimmungen des GIBG zur Belästigung (hier §§ 7 und 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.⁴

² Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 17 Rz 58.

³ Vgl. ebd. § 6 Rz 9.

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

Je nach Massivität des Verhaltens können wiederholte Verhaltensweisen oder auch ein einmaliger Zwischenfall den Tatbestand der 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.⁵

Insoweit sich die betroffene Person auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne des §§ 3, 4, 6 oder 7 GIBG bzw. §§ 17, 18 oder 21 GIBG beruft, hat er/sie diesen gemäß § 12 Abs. 12 GIBG bzw. § 26 Abs. 12 GIBG glaubhaft zu machen. Bei Berufung auf §§ 6 oder 7 bzw. § 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, seine Vorgesetzte habe ihn zu einem „Weiberabend“ unter Kolleginnen eingeladen, zu ihm gemeint „wir sehen dich alle nicht als Mann an, weil du ja eine Schwuchtel bist“ und bezugnehmend auf seine Operation zu Kolleginnen gesagt, dass es „kein Wunder sei, dass er eine Operation am Arschloch hätte und der Grund dafür offensichtlich sei, dass er so oft von seinem Freund in den Arsch gefickt“ worden wäre.

Der Antragsteller konnte die Vorwürfe gegenüber der 2. Antragsgegnerin in seinem schriftlichen Vorbringen sowie seiner ergänzenden mündlichen Befragung glaubhaft darlegen. In der mündlichen Befragung wiederholte er die erhobenen Vorwürfe gegen die 2. Antragsgegnerin ohne Widerspruch zu den Angaben im Antrag.

Die 2. Antragsgegnerin bestritt, einen „Mädelsabend“ veranstaltet und die konkreten Aussagen getätigt zu haben. In der mündlichen Befragung bemerkte sie, dass sie von der sexuellen Orientierung des Antragstellers gewusst habe.

Herr D bestätigte, die Einladung zum „Weiberabend“ und die Aussage „wir sehen dich alle nicht als Mann an, weil du ja eine Schwuchtel bist“ vom Hörensagen zu kennen. Er habe diese Äußerungen von seinem damaligen Lebensgefährten erzählt bekommen.

Frau E schilderte glaubwürdig ihre persönlichen Wahrnehmungen zum Telefonat des Antragstellers mit Frau F, bei dem ihm diese die Aussage der 2. Antragsgegnerin, dass es „kein Wunder sei, dass er eine Operation am Arschloch hätte und der Grund dafür offensichtlich sei, dass er so oft von seinem Freund in den Arsch gefickt“ worden wäre, berichtete.

⁵ Vgl. ebd. § 6 Rz 28.

Die Einladung zum „Weiberabend“ und die Aussage „wir sehen dich alle nicht als Mann an, weil du ja eine Schwuchtel bist“, sind nach Ansicht des Senates im Sinne der Intersektionalität⁶ sowohl dem Geschlecht als auch der sexuellen Orientierung des Antragstellers zuzuordnen. Die Aussage, dass es „kein Wunder sei, dass er eine Operation am Arschloch hätte und der Grund dafür offensichtlich sei, dass er so oft von seinem Freund in den Arsch gefickt“ worden wäre, thematisiert das sexuelle Verhalten des Antragstellers in Hinblick auf dessen Homosexualität.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln der §§ 12 Abs. 12 und 26 Abs. 12 GIBG gelangte der Senat zu der Ansicht, dass es der 2. Antragsgegnerin nicht gelungen ist zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die von ihr vorgebrachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen. Nach Ansicht des Senates sind die vom Antragsteller vorgebrachten Aussagen der 2. Antragsgegnerin gefallen.

Die subjektive Betroffenheit des Antragstellers war für den Senat wahrnehmbar. Die Aussagen der 2. Antragsgegnerin haben die subjektive Grenze des Antragstellers überschritten und waren für ihn unerwünscht. Zudem wurde dadurch nach Auffassung des Senates die Würde des Antragstellers verletzt und für diesen ein demütigendes und feindseliges Arbeitsumfeld geschaffen.

Es liegt somit **eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes und der sexuellen Orientierung durch eine Belästigung durch Dritte** gemäß §§ 7 Abs. 1 Z 3 iVm 21 Abs. 1 Z 3 GIBG 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, wird die **2. Antragsgegnerin, Frau B**, 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.

⁶ Die intersektionelle Diskriminierung bezieht sich auf eine Situation, in der mehrere Diskriminierungsgründe greifen und gleichzeitig miteinander so interagieren, dass sie nicht voneinander zu trennen sind; vgl. Europäische Kommission (2007): Bekämpfung von Mehrfachdiskriminierung – Praktiken, Politikstrategien und Rechtsvorschriften, S. 17.

Wien, 21. August 2018
Dr.ⁱⁿ Eva Matt
Vorsitzende des Senates I der GBK