

Senat II der Gleichbehandlungskommission

ENTWURF

Anonymisiertes Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) beim Bundeskanzleramt hat über das Verlangen der GAW für Herrn A (in der Folge: der Betroffene) vom 20.6.2011 wegen Belästigung auf Grund der sexuellen Orientierung gemäß § 21 Abs. 1 Z 3 GIBG durch Frau B (in der Folge: Erstantragsgegnerin) und Frau C (in der Folge: Zweitantragsgegnerin) nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz, BGBl. I Nr. 66/2004 idgF, iVm § 11 Gleichbehandlungskommissions-GO, BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBL. II Nr. 102/2011 erkannt:

Eine Belästigung des Betroffenen auf Grund der sexuellen Orientierung durch die Erstantragsgegnerin

liegt vor.

Eine Belästigung des Betroffenen auf Grund der sexuellen Orientierung durch die Zweitantragsgegnerin

liegt nicht vor.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Im Verlangen der GAW wird im Wesentlichen vorgebracht, dass der Betroffene im Zeitraum vom 18.07.2007 bis 28.02.2011 als Angestellter bei der X-AG beschäftigt gewesen sei und die Erst- und die Zweitantragsgegnerin in derselben Filiale beschäftigt und somit Kolleginnen des Betroffenen gewesen seien.

Am 04.02.2011 hätten sich der Betroffene, die Erst- und die Zweitantragsgegnerin eine weitere Kollegin namens Frau D sowie der Filialleiter im Pausenraum aufgehalten.

Frau D habe die ORF-Sendung „Dancing Stars“ angesprochen, nachdem kurz zuvor bekannt geworden sei, dass Alfons Haider in dieser Staffel mit einem männlichen Tanzpartner antrete. Frau D habe das Tanzpaar als „süß und charmant“ bezeichnet. Die Zweitantragsgegnerin habe hingegen ihre Ablehnung durch die Bemerkung *„Schwule haben in der Öffentlichkeit nicht zu tanzen, das schickt sich nicht“* zum Ausdruck gebracht und dabei den Blickkontakt zum Betroffenen gesucht und diesen angegrinst.

Die Erstantragsgegnerin habe sich dieser Auffassung angeschlossen und gemeint: *„Schwule brauchen sich auch nicht in der Öffentlichkeit zu küssen.“* Um diese Aussage noch zu verstärken, habe die Erstantragsgegnerin weiters geäußert: *„So ein Verhalten hätte zur damaligen Zeit zu Konsequenzen geführt.“* Auch sie habe währenddessen den Betroffenen angesehen und provozierend gegrinst.

Die Tatsache, dass der Betroffene homosexuell sei, wäre den MitarbeiterInnen in der Filiale bekannt gewesen.

Dieser habe sich nicht an der Unterhaltung beteiligt, die getätigten Aussagen hätten ihn jedoch zutiefst gekränkt, zumal beide Antragsgegnerinnen im Zuge dieser Aussagen seinen Augenkontakt gesucht und ihn angegrinsten hätten.

Er müsse deshalb davon ausgehen, dass die Kolleginnen ihn mit der beleidigenden Aussage bewusst in seiner Würde verletzen hätten wollen.

Nach einer Intervention der GAW hätten die Erst- und die Zweitantragsgegnerin schriftlich zum Vorwurf der Belästigung Stellung genommen.

Aus Sicht der Gleichbehandlungsanwältin liege im vorliegenden Fall eine Belästigung aufgrund der sexuellen Orientierung durch die Erst- und die Zweitantragsgegnerin aus folgenden Gründen vor:

Die Antragsgegnerinnen geben an, dass ihnen die Homosexualität des Betroffenen bekannt gewesen sei. Beide geben weiters übereinstimmend an, dass ihnen *„die genauen Details der von Herrn A angezeigten Unterhaltung“* nicht mehr in Erinnerung seien.

Folglich werde die Unterhaltung an sich nicht bestritten. Die ihnen noch erinnerlichen Gesprächsteile teilen die Antragsgegnerinnen jedoch nicht mit. Vielmehr werde die

Einschätzung abgeben, dass er „in letzter Zeit diesbezüglich vielleicht sensibler wurde“ und ein Konnex mit der Kündigung, einer gescheiterten Beziehung und dem Gesundheitszustand des Betroffenen hergestellt.

Hingegen werde an mehreren Passagen in den nahezu identen Antwortschreiben darauf abgezielt, den Betroffenen in einem schlechten Licht darzustellen.

Die Behauptung, der Betroffene beabsichtige einen „persönlichen Rachefeldzug“ durch die Intervention der Gleichbehandlungsanwaltschaft, gehe schon alleine deshalb ins Leere, weil es sich weder bei der Erst- noch bei der Zweitantragsgegnerin um Vorgesetzte des Betroffenen handle und die beiden in dieser Angelegenheit keine Entscheidungsträgerinnen gewesen wären.

Es sei in diesen Schreiben auch dargelegt worden, dass das Verhalten des Betroffenen als anstrengend empfunden und daher versucht worden sei, den Kontakt zu meiden und er als sensibel und überempfindlich dargestellt werde.

Die getätigten Äußerungen hinsichtlich der Angemessenheit sich in der Öffentlichkeit als schwules Paar zu küssen bzw. zu tanzen in Verbindung mit einem intensiven Augenkontakt zielten darauf ab, den Betroffenen in seiner Würde zu verletzen.

Vor allem der von der Erstantragsgegnerin getätigte Nachsatz, ein solches Verhalten hätte in vergangenen Zeiten zu Konsequenzen geführt, verdeutliche die ablehnende Haltung gegenüber homosexuellen Personen.

Die Erst- und die Zweitantragsgegnerin haben im GBK-Verfahren selbst keine schriftliche Stellungnahme abgegeben, in ihren dem Verlangen der GAW - nahezu gleichlautenden - angeschlossenen Stellungnahmen auf das Interventionsschreiben der GAW wird u.a. übereinstimmend ausgeführt, dass man sich nicht mehr an „die genauen Details der von Herrn A angezeigten Unterhaltung erinnern könne“, da man dem wahrscheinlich zu wenig Bedeutung beigemessen hätte.

Seitens der Erstantragsgegnerin wird darin ferner angegeben, sich „beim besten Willen nicht mehr an Details der von Herrn A geschilderten Unterhaltung erinnern“ zu können. Auch könne sie sich nicht daran erinnern, ob die Zweitantragsgegnerin anderer Meinung als die Kollegin D gewesen sei und sich diesbezüglich geäußert habe.

Weiters seien ihr ihre „angeblichen Aussagen“ nicht mehr in Erinnerung, da sie dem Ganzen zu wenig Bedeutung beigemessen hätte.

Der Betroffene bestätigte bei seiner Befragung den im Verlangen der GAW geschilderten Sachverhalt und ergänzte, sich vor allem durch die Aussage der Erstantragsgegnerin, dass das „zur damaligen Zeiten zu Konsequenzen geführt hätte“ sehr betroffen gefühlt zu haben.

Er habe sich nicht an der Diskussion beteiligt, sondern Listen bearbeitet, habe aber – als er hin und wieder hingesehen habe – bemerkt, dass die Damen ihn angeschaut und belächelt hätten.

Insofern habe er den Eindruck gewonnen, dass das Gespräch „gegen ihn gerichtet“ gewesen sei und man ihn möglicherweise provozieren habe wollen, um ihn – der damals schon gekündigt gewesen sei und seine Kündigungsfrist im Betrieb verbracht habe – eventuell vorzeitig loswerden zu können.

Insgesamt habe er von den beiden Damen den Eindruck gehabt, dass diese sich nach seiner Kündigung „nicht mehr zusammenreißen“ hätten müssen, zumal er von der Zweitantragsgegnerin – mit der er einmal eine heftigere Auseinandersetzung gehabt habe – angenommen habe, dass diese ihn ablehne, weil sie ihm immer aus dem Weg gegangen sei und ihn leicht abfällig behandelt habe.

Die Erstantragsgegnerin erklärte bei ihrer mündlichen Befragung, mit dem Betroffenen arbeitsmäßig keine Berührungspunkte gehabt zu haben, ihn jedoch einmal im Auto mitgenommen zu haben.

Zum antragsgegenständlichen Vorfall gab sie an, dass im Pausenraum über „Gott und die Welt“ gesprochen werde und sie die Sendung „Dancing Stars“ überhaupt nicht interessiere. An Details der Unterhaltung könne sie sich nicht mehr erinnern, mit dem damaligen Gespräch wäre niemand persönlich gemeint gewesen, es sei so nebenbei thematisiert worden, „wie Frauen halt über Kosmetik sprechen“.

Warum der Betroffene solche Anschuldigungen gegen sie erhebe, wisse sie nicht, auch wisse sie nicht, was er mit „der damaligen Zeit“ meine – zumal gewisse, im Verlangen der GAW erwähnte Sätze nie gefallen seien.

Die Zweitantragsgegnerin erklärte bei ihrer mündlichen Befragung ergänzend, dass sie zum Betroffenen ein normales Kollegenverhältnis gehabt und man sich im Pausenraum getroffen habe.

Der Betroffene habe aus seinem Privatleben kein Geheimnis gemacht und u.a. auch seine „Bettgeschichten“ thematisiert, danach gefragt habe man ihn sicher nicht.

Wie man im Pausenraum auf die antragsgegenständliche Unterhaltung über „Dancing Stars“ gekommen sei, wisse sie nicht mehr – vielleicht habe man die „Heute“-Zeitung gelesen, in der sich auch Herr Lauda über dieses Thema geäußert habe.

„Wahrscheinlich“ habe man „diese Worte nachgesprochen“ – es sei aber in keiner Weise so gewesen, dass man den Betroffenen habe angreifen wollen. Wahrscheinlich habe halt jeder seine Meinung gesagt – möglicherweise habe man aber auch nur aus der Zeitung vorgelesen.

Sie könne sich an eine Aussage betreffend die „damalige Zeit“ nicht erinnern, ebenso wenig könne sie sagen, wer damals was gesagt habe. Möglicherweise habe man „nachgeplappert“, was Herr Lauda damals gesagt habe.

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission hat hiezu erwogen:

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

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

...

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

(2) Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einer ethnischen Gruppe angehören, oder Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung, eines bestimmten Alters oder mit einer bestimmten sexuellen Orientierung gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei

denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich.

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

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

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

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

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

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

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

Im Hinblick auf dieses Ziel wird es daher unerlässlich sein, sich mit allenfalls vorhandenen negativen Stereotypisierungen von Personengruppen auseinanderzusetzen. Zur Frage der Beweislastverteilung ist anzumerken, dass gemäß § 26 Abs. 12 GIBG eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne der §§ 17, 18 oder 21 beruft, diesen glaubhaft zu machen hat.

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

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

Gemäß § 21 Abs. 2 GIBG liegt eine Belästigung dann vor, wenn eine unerwünschte Verhaltensweise, die mit einem der Gründe nach § 17 im Zusammenhang steht, gesetzt wird, die die Würde einer Person beeinträchtigt und für die betroffene Person unerwünscht, unangebracht oder anstößig ist.

Es wird dabei auf das subjektive Empfinden des/der Empfängers/in abgestellt. Das heißt, ob er oder sie persönlich ein die Würde verletzendes Verhalten als unangebracht, unerwünscht oder anstößig empfindet. Das gesetzte Verhalten muss geeignet sein, die Würde einer Person zu verletzen.

Der Begriff „Verhalten“ ist dabei weit zu definieren und umfasst neben körperlichen Handlungen auch verbale und nonverbale Verhaltensweisen. Die Ablehnung eines bestimmten Verhaltens muss jedoch nicht unbedingt ausdrücklich, sondern kann auch schlüssig erklärt werden, etwa durch Abwenden oder eine sonstige schlüssige Geste.

An die Ablehnung darf dabei kein so hoher Maßstab gesetzt werden, dass sie erst dann als solche gilt, wenn sie vom/von der Belästiger/in wahrgenommen werden will.

Ein die Würde beeinträchtigendes Verhalten setzt ein gewisses Mindestmaß an Intensität voraus, wobei allerdings ein gröberer Übergriff oder fortgesetztes Verhalten selbst bei kleineren Übergriffen dieses erreicht.

Auf die Motivation für eine Belästigung kommt es grundsätzlich nicht an, auch ein allfälliger Vorsatz des/der Belästiger/in zu belästigendem Verhalten ist nicht erforderlich.

Im vorliegenden Fall konnte der Betroffene dem Senat seine starke Betroffenheit durch die im Pausenraum getätigten Aussagen – insbesondere die auf die „damalige Zeit“ bezogene Äußerung der Erstantragsgegnerin - im Hinblick auf seine im Kollegenkreis bekannte Homosexualität überzeugend vermitteln, wohingegen die beiden Antragsgegnerinnen auf Grund ihrer teilweise widersprüchlichen und nach Einschätzung des Senates kaum glaubwürdigen „Erinnerungslücken“ im Hinblick auf das antragsgegenständliche Gespräch dem Senat ihre Darstellung – sich entweder an wesentliche Teile der Vorhaltungen gar nicht erinnern zu können bzw. die Worte von Herrn Lauda „nachgeplappert“ oder möglicherweise überhaupt nur aus der Zeitung vorgelesen zu haben – nicht glaubhaft machen konnten.

Der Senat geht vielmehr davon aus, dass beide Antragsgegnerinnen insgesamt - auch hinsichtlich Differenzen zwischen schriftlicher Stellungnahme und Befragung - als in hohem Maße unglaubwürdig einzustufen waren, was sich insbesondere auch aus dem Verhalten der Zweitantragsgegnerin während der Befragung durch den Senat in punkto Körpersprache oder deren Vorabbeantwortung von noch gar nicht ausformulierten Fragen ableiten ließ.

Auch die Behauptung, dass das Gespräch im Hinblick auf die den beiden Antragsgegnerinnen zugeschriebenen Äußerungen überhaupt nicht auf den im Pausenraum anwesenden Betroffenen „gemünzt“ gewesen sein soll, hat im Hinblick auf den ebenfalls thematisierten Umstand, dass dieser die KollegInnen mit häufigen Erzählungen aus seinem Privatleben „genervt“ habe in Verbindung mit dem seitens der Zweitantragsgegnerin vermittelten Eindruck, durch derartige Erzählungen des Betroffenen peinlich berührt gewesen zu sein, den Senat nicht überzeugt.

Für den Senat war allerdings kein Grund ersichtlich, warum der Betroffene – wie von den Antragsgegnerinnen gemutmaßt – „auf Grund eines Rachefeldzuges“ gegen

seine bereits erfolgte Kündigung, auf die keine der Antragsgegnerinnen Einfluss genommen hatte bzw. hätte nehmen können – die von ihm erhobenen Vorwürfe hätte erfinden sollen, zumal er dem Senat seine tiefe Betroffenheit durch die Aussage der Erstantragsgegnerin überzeugend vermitteln konnte.

Der Senat ist daher zur Überzeugung gelangt, dass das damals zwischen der Erst- und der Zweitantragsgegnerin geführte Gespräch in Verbindung mit den dem Betroffenen dabei zugeworfenen Blicken samt Gegrinse seitens der Damen in Verbindung mit dessen innerbetrieblich thematisierten Homosexualität sehr wohl - passiv - an den Betroffenen adressiert war und eine solche Situation daher zunächst grundsätzlich geeignet ist, den Tatbestand einer Belästigung i.S.d. GIBG zu erfüllen.

Wenn auch die Äußerung der Zweitantragsgegnerin, dass „Männer in der Öffentlichkeit nicht zu tanzen (bräuchten), da sich dies nicht schicke“, noch als - gleichbehandlungsrechtlich nicht relevante - Meinungsäußerung im Rahmen des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung zu qualifizieren ist, ist jedoch die in Gegenwart des Betroffenen getätigte, auf dessen oder Homosexualität im Allgemeinen bezogene Aussage betreffend das Küssen in der Öffentlichkeit „So ein Verhalten hätte in der damaligen Zeit zu Konsequenzen geführt“ jedenfalls als Belästigung des Betroffenen auf Grund der sexuellen Orientierung zu qualifizieren.

Daher ist der Senat davon ausgegangen, dass in diesem Fall durch diese Aussage für den Betroffenen eine dessen Würde verletzende und von ihm unerwünschte Aussage getätigt wurde, die für ihn ein demütigendes Umfeld i. S. d. GIBG geschaffen hat.

Daher ist der erkennende Senat bei Würdigung aller Aspekte dieses Verfahrens und der konkreten Umstände, unter denen die obigen Aussagen getätigt wurden, zur Auffassung gelangt, dass eine Belästigung des Betroffenen auf Grund der sexuellen Orientierung durch die Erstantragsgegnerin vorliegt.

Hinsichtlich der von der Zweitantragsgegnerin geäußerten Meinung, dass „Männer in der Öffentlichkeit nicht zu tanzen (bräuchten), da sich dies nicht schicke“, liegt hingegen im Hinblick auf das Grundrecht zur freien Meinungsäußerung keine Belästigung des Betroffenen auf Grund der sexuellen Orientierung durch die Zweitantragsgegnerin vor.

Vorschlag:

Der Erstantragsgegnerin wird die Zahlung eines angemessenen Schadenersatzes vorgeschlagen. Binnen 2 Monaten ist dem Senat über die Umsetzung dieses Vorschlags schriftlich zu berichten.