

Senat II der Gleichbehandlungskommission

Anonymisiertes Prüfungsergebnis GBK II/11

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) beim Bundesministerium für Gesundheit und Frauen ist über den Antrag von Herrn A (in der Folge: Antragsteller) samt auf Aufforderung des Senates II hin nachträglich erfolgter Ergänzung hinsichtlich der korrekten Bezeichnungen der Antragsgegner/innen wegen behaupteter Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 und bei der Beendigung des Probearbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 7 durch die Firma C (in der Folge: Erstantragsgegnerin), vertreten durch den Geschäftsführer B, sowie wegen Belästigung gemäß § 21 Abs. 1 Gleichbehandlungsgesetz (in der Folge: GIBG; BGBl. I Nr. 66/2004 idgF) durch Herrn B (in der Folge: Zweitantragsgegner) nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 Gleichbehandlungskommissions-GO, BGBl. II Nr. 396/2004, zu folgendem Ergebnis gelangt:

Eine Diskriminierung von Herrn A aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG durch die Firma C liegt nicht vor.

Eine Diskriminierung von Herrn A aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Beendigung des Probearbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 7 GIBG durch die Firma C liegt nicht vor.

Eine Diskriminierung von Herrn A durch Belästigung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit gemäß § 21 Abs. 1 iVm Abs. 2 GIBG durch Herrn B liegt vor.

Im Antrag an den Senat II brachte der Antragsteller im Wesentlichen vor, dass er sich beim Geschäftsführer der Erstantragsgegnerin, dem Zweitantragsgegner, beworben habe, nachdem er von einem Bekannten an diesen verwiesen worden wäre.

Der Geschäftsführer der Erstantragsgegnerin hätte gemeint, zwei Stellen als „Chef de Rang“ zu vergeben zu haben. In der Folge wäre ein Probetag mit der Zusage eines Stundenlohnes von € 11 vereinbart worden.

Nach Absolvierung des Probetages habe ihm der Zweitantragsgegner mitgeteilt, dass er mit seiner Leistung zufrieden und bereit sei, ihn einzustellen. Anlässlich eines Gespräches habe ihn der Zweitantragsgegner dann davon in Kenntnis gesetzt, dass er seine Meinung geändert habe und ihm nicht mehr vertraue, die Position eines „Chefs de Rang“ auszuüben, da es dem Antragsteller nicht gelungen sei, den Restaurantbetrieb binnen 30 Minuten gänzlich zu überblicken. Er wäre allerdings bereit, ihn als „Commis“ zu einem geringeren Gehalt einzustellen. Da der Antragsteller den Zweitantragsgegner jedoch von seiner Leistung überzeugen hätte wollen, wären in der Folge 4 weitere Probetage vereinbart und absolviert worden.

Am habe ihm der Zweitantragsgegner zu verstehen gegeben, dass er ihn nur als „Commis“ beschäftigen wolle, worauf der Antragsteller erwidert habe, dass man unter diesen Bedingungen eben nicht „zusammenkommen“ werde. In der Folge wäre vereinbart worden, dass der Antragsteller am nächsten Tag vor dem Mittagsgeschäft seinen Lohn für die geleistete Arbeit erhalten sollte.

Als der Antragsteller im Lokal gegen 11.30 Uhr erschienen sei, habe ihn der Zweitantragsgegner in unfreundlichem Ton angefahren, was er zur Zeit des Mittagsgeschäfts im Lokal – das zu diesem Zeitpunkt übrigens leer gewesen wäre – wolle. Auf den Hinweis der am Tag zuvor getroffenen Vereinbarung bezüglich der Abrechnung der geleisteten Stunden hätte der Zweitantragsgegner eine Stundenliste verlangt und nach deren Durchsicht gemeint, nicht die vereinbarten 11 €, sondern nur 7 € bezahlen zu wollen. Während einer kurzen Abwesenheit des Zweitantragsgegners habe der Antragsteller dessen im Lokal ebenfalls anwesender Gattin, sowie der „rechten Hand“ des Zweitantragsgegners, Frau X, seinen Unmut über die vereinbarungswidrige Abrechnung mitgeteilt, wobei er jedoch ruhig geblieben wäre. Anschließend wäre der Zweitantragsgegner zurückgekehrt und hätte ihm 210 € mit dem Beisatz ausgehändigt, dass er keinesfalls mehr Geld bekommen werde. Er habe zwar auf Grund seiner Befürchtung, sonst überhaupt nichts mehr zu bekommen, das Geld genommen, habe den Zweitantragsgegner allerdings nochmals auf die Unrechtmäßigkeit seines Handelns angesprochen, was diesen dazu veranlasst hätte, seinen Ärger über das Verhalten des Antragstellers in aggressiver

Weise zu äußern. Dieser habe den Antragsteller als „präpotent“ beschimpft und gedroht, „ihm eine aufzulegen“. Durch die Körperhaltung des Zweitantragsgegners wäre klar gewesen, dass er seine Androhung auch in die Tat umsetzen wolle. Er habe begonnen, den Antragsteller zu stoßen und aus dem Lokal zu drängen. Das ausstehende Gehalt habe der Antragsteller auf Grund dieser Handgreiflichkeiten mangels Gelegenheit nicht mehr einfordern können. Zeuge dieser Unterhaltung wäre neben den beiden oben genannten Frauen auch ein junger Mann gewesen, der sich ebenfalls für einen Posten im Lokal beworben hätte.

Der Zweitantragsgegner habe den Antragsteller schließlich so weit aus dem Lokal gedrängt, dass dieser fast nicht die Gelegenheit gehabt hätte, seine Jacke von der Garderobe zu nehmen. Nach der Aufforderung an den Zweitantragsgegner, ihn die Jacke nehmen zu lassen, habe dieser die Jacke vom Haken gerissen, sie ihm entgegengeschleudert und ihn wutentbrannt auf die Straße gestoßen. Dabei habe der Zweitantragsgegner - für alle Anwesenden deutlich hörbar - dem Antragsteller „Negersau“ nachgerufen. Die Gattin des Zweitantragsgegners habe diesen dabei zurückgehalten, sodass er dem Antragsteller nicht auf die Straße hätte folgen können.

Seitens der Arbeiterkammer sei eine schriftliche Aufforderung verfasst worden, dem Antragsteller den ausstehenden Lohn auszubezahlen.

Der Antragsteller brachte vor, sich durch die geschilderten Vorgänge auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1, bei der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 7 sowie wegen Belästigung gemäß § 21 Gleichbehandlungsgesetz als diskriminiert zu erachten.

In der Stellungnahme der anwaltlich vertretenen Antragsgegner/innen wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Darstellung, dass dem Antragsteller die Vergabe eines Postens als „Chef de Rang“ sowie ein Stundenlohn von 11 € angeboten worden sei, unrichtig wäre. Richtig wäre, dass der Geschäftsführer der Erstantragsgegnerin das Probearbeitsverhältnis beendet habe, da der lediglich als „Commis“ eingestellte Antragsteller den Anforderungen nicht genügt habe und es immer wieder Meinungsverschiedenheiten mit anderen Dienstnehmern über Umfang und Erledigung der ihm aufgetragenen Tätigkeiten gegeben hätte. Die Darstellung im

Antrag bezüglich der vereinbarten Abrechnung wäre richtig, allerdings sei der Antragsteller kurz vor 12 Uhr erschienen, was dem Zweitantragsgegner auf Grund des bereits angelaufenen Mittagsgeschäfts sehr ungelegen gekommen wäre.

Der Antragsteller habe in der Folge mit den anwesenden Personen - der Gattin des Zweitantragsgegners und der Kellnerin X - intensive Diskussionen über die Qualität seiner Arbeit und die Ungerechtigkeit des ihm zugebilligten Stundenlohnes von 8 € begonnen, welche der Zweitantragsgegner aber nicht aufnehmen habe wollen, da dieser Betrag über den branchenüblichen 7 € liege, sich um die Trinkgeldzuschläge usw. erheblich erhöht hätte und die Position eines „Chefs de Rang“ weder zugesagt noch ausgeübt worden wäre.

Trotz wiederholter Aufforderung habe der Antragsteller das Lokal nicht verlassen. Da der Zweitantragsgegner die weitere Anwesenheit des Antragstellers im Lokal mangels eines sachlichen Grundes ablehnte, habe er diesem dessen Jacke, die er vom Garderobehaken genommen habe, mit der Aufforderung aufgedrängt, sofort das Lokal zu verlassen.

Dieser Aufforderung wäre der Antragsteller letztlich nachgekommen, hätte den Zweitantragsgegner hierauf jedoch ohne Rechtfertigung durch irgendeine Äußerung als „Nazischwein“ beleidigt, was einen bezeichnendes Licht auf die Persönlichkeitsstruktur des Antragstellers werfe.

Der Zweitantragsgegner hätte hierauf dem Antragsteller „Sie ...“ – ohne Ausführung der Bezeichnung – nachgerufen, worauf sich der Antragsteller endlich entfernt habe.

Dass der Vorwurf einer Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit völlig fehl gehe, ergebe sich bereits daraus, dass der Zweitantragsgegner den Antragsteller - dessen dunkle Hautfarbe auch beim ersten Gespräch erkennbar gewesen wäre – in ein Probendienstverhältnis eingestellt hätte und ihn während und bei der Beendigung dieses Dienstverhältnisses nicht anders als andere Arbeitnehmer behandelt, insbesondere aber nicht diskriminiert hätte. Allerdings behalte er sich vor, Dienstnehmer, deren Leistungen seinen Erwartungen nicht entsprechen, nicht einzustellen oder auch nicht weiterzubeschäftigen, unabhängig von deren Herkunft und Hautfarbe.

Der Antragsteller habe neben anderen Defiziten während des Probendienstverhältnisses unzureichende Anpassungsbereitschaft und einen Mangel an Selbstkritik erkennen lassen, also Fähigkeiten, die gerade im Gastgewerbe

essentiell wären. Offenbar verkenne der Antragsteller seine Position im Sozialgefüge – unabhängig von seiner Hautfarbe.

Die Auseinandersetzung habe außerdem nicht im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis, sondern nach dessen Beendigung stattgefunden und lediglich deshalb, weil der Antragsteller das Hausrecht des Zweitantragsgegners nicht beachtet und offenbar die Absicht verfolgt habe, die Tätigkeit des Zweitantragsgegners zu behindern.

Überdies wären im Betrieb der Erstantragsgegnerin zahlreiche Personen beschäftigt, die anderen Ethnien zugeordnet werden können. Da es sich hierbei um langfristige Dienstverhältnisse handle, könne schon dadurch eine „rassische Diskriminierung“ im genannten Umfang und Ausmaß ausgeschlossen werden. Die Beendigung des Dienstverhältnisses wäre allein aus sachlichen Gründen erfolgt.

Der Antragsteller führte anlässlich seiner Befragung durch den Senat ergänzend aus, dass er sich – entgegen den Behauptungen der Antragsgegner/innen - während des Probearbeitsverhältnisses mit den anderen Dienstnehmern gut verstanden und es keine Streitereien gegeben hätte.

Der Zweitantragsgegner habe ihm von sich aus einen Stundenlohn von 11 €/Probetag zugesagt und – nach einem Interventionsschreiben der Arbeiterkammer - auch alles nachbezahlt, obwohl die Anmeldung bei der Gebietskrankenkasse erst nachträglich erfolgt wäre.

In den 4 Tagen, die er insgesamt bei der Erstantragsgegnerin beschäftigt gewesen wäre, hätte er ohne Geldbörse gearbeitet, aber „an sich“ alles gemacht, was zu den Aufgaben eines „Chefs de Rang“ gehöre. Außer drei anderen „Chefs de Rang“ wären im Lokal nur noch Lehrlinge – darunter ein türkisch-stämmiger Bursche - beschäftigt gewesen, einen „Commis“ hätte es nicht gegeben.

Beim Verlassen des Lokales hätte ihm der Zweitantragsgegner Schläge angedroht, ihn beschimpft und der Zweitantragsgegner hätte sogar von seiner Gattin „zurückgehalten“ werden müssen, damit er ihm nicht nachrenne.

Der Zweitantragsgegner brachte anlässlich seiner Befragung vor, dass er bereits bei dem im Jänner absolvierten Probetag des Antragstellers mit dessen Leistung nicht zufrieden gewesen wäre, ihm aber noch drei Probetage zugestanden hätte.

Die vom Antragsteller behaupteten 11€/Stunde wären „an den Haaren herbeigezogen“, da ein Kellner 1000 € netto verdiene, was einen Stundenlohn von ca. 6 € ergebe. Er habe dem Antragsteller schließlich 8 €/Stunde gegeben und diesen aufgefordert, das Lokal zu verlassen. Dieser hätte sich jedoch geweigert und durch seine Anwesenheit und Fragen über seine Leistung „provoziert“. Als der Antragsteller nach mehrmaliger Aufforderung das Lokal noch immer nicht verlassen hätte, hätte er ihm „die Tür gewiesen“ und wäre „entrüstet und zornig“ gewesen.

Zur Frage nach der ethnischen Zusammensetzung seiner Belegschaft führte er aus, dass er Mitarbeiter aus Tunesien, Algerien und dem Kongo beschäftige und beispielsweise ein Tunesier als „Chef de Rang“ und ein Algerier als Speisenträger im anderen Lokal – einem internationalen Lokal - beschäftigt wären.

Der Antragsteller hätte jedoch im antragsgegenständlichen Lokal bleiben wollen, weil er gesehen hätte, dass man dort viel Geld verdienen könne.

Zur Frage nach den vom Antragsteller während der Probearbeitstage verrichteten Tätigkeiten gab er an, dass es sich dabei um ein „Mitarbeiten am Gast“ gemeinsam mit dem vorhandenen Personal gehandelt hätte.

Die Leistung des Antragstellers hätte er nach seiner subjektiven Art bewertet. Die Position eines „Commis“ gäbe es nur im internationalen Lokal, das von der Größenordnung in etwa doppelt so groß wäre.

Er hätte den Antragsteller nach dem ersten Probetag im Jänner sofort als „Commis“ angestellt, dieser habe sich jedoch als „Chef de Rang“ beweisen wollen.

Auf Frage nach den von ihm wahrgenommenen Defiziten des Antragstellers führte der Zweitantragsgegner aus, dass dieser viel zu langsam gewesen wäre und es auch mit der Gästebetreuung „gehapert“ hätte. Im zweiten Betrieb hätte er ihn jedoch jedenfalls eingestellt, weil damals dringend Personal gesucht worden wäre und er als „Commis“ dort jedem eine Chance gegeben hätte.

Zu dem im Antrag behaupteten Vorfall führte er aus, dass der Antragsteller entgegen einer Abmachung, gegen 15.00 Uhr zur Abrechnung zu erscheinen, bereits kurz vor der Mittagszeit gekommen wäre, was eine „reine Provokation“ gewesen wäre, da man sich mittags auf das Geschäft konzentrieren müsse.

Nachdem er dem Antragsteller 240 € ausbezahlt und diesem mitgeteilt hätte, dass er nicht bereit sei, einen Stundenlohn von 11 € zu bezahlen, habe er den Antragsteller aufgefordert, das Lokal zu verlassen, was dieser jedoch nicht getan hätte. Er hätte

vielmehr durch seine Anwesenheit „provoziert“, was ihn fast an die Grenze seiner Nerven gebracht hätte. Er habe sich zwar so gut wie möglich beherrscht, aber sein Zorn wäre groß gewesen.

Zu der vom Antragsteller behaupteten Beschimpfung als „Negersau“ befragt, gab der Zweitantragsgegner an, diesen mit dem Wort „Sie ...“ ein bisschen zur Tür hinausgedrückt zu haben. „Handgreiflich“ wäre das aber nicht gewesen, er habe ihm nur „ein bisschen fester die Jacke gereicht“, weil er das Lokal nicht verlassen wollte. Der vom Antragsteller behauptete Ausdruck „Negersau“ wäre dabei jedoch nicht gefallen.

Er selbst wäre – was seine Umgangsformen betreffe – keinesfalls „zimperlich“. Es tue ihm zwar leid, wenn der Antragsteller sich beleidigt fühle, er finde dies aber wirklich „lächerlich“, da er sich im Sportclub mit größeren Wortgefechten „duelliert“ hätte.

Zum generellen Umgangston in seinen Lokalen befragt, schilderte der Zweitantragsgegner dem Senat, dass dieser „wenig zimperlich“ und kein „akademischer Ton“ sei, zumal die Stresssituation im Gastgewerbe hoch wäre.

Zum Verhalten seiner Gattin während seiner Auseinandersetzung mit dem Antragsteller befragt, schilderte der Zweitantragsgegner, dass ihn diese vor Ende der drohenden Eskalation „kurz zurechtgewiesen“ hätte, was auch gewirkt habe, da er auf seine Gattin höre. Damit wäre das Thema beendet gewesen.

Die vom Senat als Auskunftsperson befragte Gattin des Zweitantragsgegners, gab anlässlich ihrer Befragung an, dass der Antragsteller im Auftreten „arrogant und unsympathisch“ auf sie gewirkt hätte.

Zu den Vereinbarungen mit dem Antragsteller bezüglich des Probearbeitsverhältnisses könne sie keine Angaben machen, weil dies ihr Gatte geregelt hätte.

Zum Vorfall befragt, führte sie aus, dass sie den Anfang der Ereignisse zunächst nur peripher mitbekommen hätte. Der Antragsteller wäre zu ihr und der ebenfalls anwesenden Kellnerin gekommen und hätte sich lautstark beschwert, warum er nicht aufgenommen worden wäre. Sie hätte erwidert, dass sie dazu nichts sagen könne, weil dies allein der Zweitantragsgegner regle.

Der Antragsteller hätte dennoch versucht, zu „stacheln“ und noch „etwas herauszuholen“. Ihr Gatte habe ihn ersucht zu gehen, dieser Aufforderung wäre der Antragsteller jedoch nicht nachgekommen.

In der Folge habe sie dann beobachtet, wie der Antragsteller ihrem Gatten „den Finger“ gezeigt und der Zweitantragsgegner daraufhin „Der ...“ gesagt hätte.

Sie verneinte jedoch, ihren Gatten in dieser Situation von drohenden Handgreiflichkeiten zurückgehalten zu haben. Im Betrieb herrsche ein „ordentlicher Umgangston“, da „die ganze Prominenz“ ins Lokal komme.

Die Kellnerin gab an, keinerlei Beobachtungen bezüglich Handgreiflichkeiten zwischen dem Antragsteller und dem Zweitantragsgegner gemacht zu haben. Den Umgangston im Lokal schilderte sie als „sehr korrekt und höflich“.

Der vom Antragsteller namhaft gemachte Zeuge des Vorfalles konnte vom begutachtenden Senat auf Grund einer falsch angegebenen Handynummer bzw. bei der Erstantragsgegnerin nicht vorhandenen Daten über diesen Bewerber nicht mehr ausfindig gemacht und daher im Verfahren vom Senat auch nicht befragt werden.

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

1. bei der **Begründung des Arbeitsverhältnisses**

...

7. bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses**.

"§ 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,
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.“

Vor der rechtlichen Qualifikation des im Verfahren erhobenen Sachverhaltes durch den begutachtenden Senat ist zum Gleichbehandlungsgesetz zunächst allgemein zu

erläutern, dass eine seiner wesentlichen Zielsetzungen in der Herstellung einer **diskriminierungsfreien** Arbeitsumwelt liegt!

Das Gleichbehandlungsgesetz soll verhindern, dass bestimmte Personengruppen mit Vorwänden - bedingt durch Stereotype - aus einem Arbeitsbereich ferngehalten werden.

Im Hinblick auf das Ziel der Herstellung einer diskriminierungsfreien Arbeitswelt für alle Arbeitnehmer/innen ist es daher für jede/n Arbeitgeber/in erforderlich, sich allenfalls vorhandene negative Stereotypisierung von Personengruppen bewusst zu machen, um künftig für alle Arbeitnehmer/innen Chancengleichheit in Bewerbungsverfahren zu gewährleisten!

Das Diskriminierungsverbot des § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG begründet keinen Anspruch auf die Begründung eines bestimmten Arbeitsverhältnisses, sondern konkretisiert vorvertragliche Sorgfaltspflichten, die ein anerkanntes Element des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips darstellen und bei deren Verletzung als Rechtsfolge Schadenersatzansprüche zugunsten der diskriminierten Person vorgesehen sind. Dieses Diskriminierungsverbot ist extensiv zu interpretieren, alle mit dem Zustandekommen eines Arbeitsvertrages in Zusammenhang stehenden Vorgänge sind hiervon umfasst.

In einem Verfahren vor einem Senat der Gleichbehandlungskommission soll grundsätzlich nicht das jeweilige Auswahlverfahren wiederholt werden, sondern es soll überprüft werden, ob die Entscheidung, die zur Ablehnung eines Bewerbers oder einer Bewerberin geführt hat, transparent, objektiv und sachlich nachvollziehbar war.

Zur Frage der Beweislastverteilung ist vorzuschicken, 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.

Bei Berufung auf § 21 GIBG 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 sah sich auf Grund der durchgeführten Befragungen damit konfrontiert, dass der Antragsteller und der Zweitantragsgegner die offenbar von beiden Beteiligten als emotional „aufgeheizt“ erlebte Situation relativ übereinstimmend schilderten, wohingegen die Gattin des Zweitantragsgegners und die befragte Kellnerin der Darstellung des Zweitantragsgegners – vor allem im Punkt der drohenden Eskalation zu Handgreiflichkeiten und dem dabei vom Zweitantragsgegner bei seiner Befragung selbst vorgebrachten „Eingreifen“ seiner Gattin – teilweise widersprachen.

Der Senat geht daher davon aus, dass die Aussagen der beiden Frauen diesbezüglich als reine Schutzbehauptungen zu Gunsten des Zweitantragsgegners zu werten sind.

Hinsichtlich der Frage, ob die vom Antragsteller behauptete Bezeichnung „Negersau“ vom Zweitantragsgegner tatsächlich verwendet wurde oder ob nur der von Letzterem behauptete Ausruf „Sie ...“ getätigt wurde, kam der begutachtende Senat nach Würdigung aller Aussagen zur Auffassung, dass auf Grund der von beiden als hoch emotional beschriebenen Situation und den Angaben des Zweitantragsgegners zu seinen eigenen Umgangsformen (der Zweitantragsgegner bezeichnete sich bei seiner Befragung selbst als „kleiner Fußballprolet“) davon auszugehen ist, dass die im Antrag behauptete Bezeichnung „Negersau“ tatsächlich gefallen ist.

Der begutachtende Senat hat die Aussage des Antragstellers in diesem Punkt als glaubwürdig angesehen, wohingegen die Behauptung des Zweitantragsgegners, nur „Sie...“ gesagt zu haben, als unglaubwürdige Schutzbehauptung zu qualifizieren war.

Es ist davon auszugehen, dass die Bezeichnung „Negersau“ für den dunkelhäutigen Antragsteller eine unerwünschte Verhaltensweise, die mit seiner ethnischen Zugehörigkeit im Zusammenhang steht, darstellt und seine Würde verletzt, für ihn

unerwünscht, unangebracht und anstößig war und ein entwürdigendes, beleidigendes und demütigendes Umfeld im Sinn von § 21 GIBG schuf.

Der begutachtende Senat ist daher zur Auffassung gelangt, dass eine Diskriminierung des Antragstellers durch den Zweitantragsgegner durch Belästigung durch die Bezeichnung als „Negersau“ aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit gemäß § 21 GIBG vorliegt.

Zu der im Antrag behaupteten Diskriminierung des Antragstellers bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses bzw. bei der Beendigung des Probearbeitsverhältnisses auf Grund seiner ethnischen Zugehörigkeit ist festzuhalten, dass der begutachtende Senat im Nachhinein nicht mehr ermitteln konnte, ob der Geschäftsführer der Erstantragsgegnerin die im Lokal während der Probetage erbrachten Leistungen des Antragstellers nach diskriminierenden Kriterien bewertet hat.

Nach der Anhörung des Antragstellers und des Zweitantragsgegners und dem Eindruck, den der Senat von den Beiden gewinnen konnte, ist er zur Auffassung gelangt, dass zwischen diesen beiden Personen offenkundig von Anfang die persönliche „Chemie“ an nicht gestimmt haben dürfte und dass **darin** der nach Meinung des Senates II tatsächlich maßgebliche Grund für das Nichtzustandekommens des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Antragsteller und der Erstantragsgegnerin und nicht in der ethnischen Zugehörigkeit des Antragstellers liegen dürfte.

Der Senat II kam daher zur Auffassung, dass keine Diskriminierung des Antragstellers aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 1 GIBG und auch keine Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 7 GIBG durch Erstantragsgegnerin vorliegen.

Vorschlag gemäß § 12 Abs. 3 GIBG:

Der Senat II schlägt daher dem Zweitantragsgegner vor, sich mit dem Gleichbehandlungsgesetz, insbesondere soweit es den Tatbestand der Belästigung (§ 21) betrifft, intensiv auseinanderzusetzen.