

Senat I der Gleichbehandlungskommission
Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz
(BGBl Nr 108/1979 idgF)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 21. Dezember 2021 über den am 12. August 2019 eingelangten Antrag der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **A (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes und der Religion durch eine Belästigung durch Dritte** gemäß **§ 7 Abs 1 Z 3 GIBG iVm § 21 Abs 1 Z 3 GIBG** (BGBl I Nr 66/2004 idgF) und aufgrund **der ethnischen Zugehörigkeit durch eine Belästigung durch Dritte** gemäß **§ 21 Abs 1 Z 3 GIBG** durch **Z (Antragsgegnerin)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl II Nr 396/2004 idgF), zu GZ GBK I/922/19-M, zu folgendem

PRÜFUNGSERGEBNIS:

1. **A ist aufgrund des Geschlechtes und der Religion durch eine Belästigung durch Dritte gemäß § 7 Abs 1 Z 3 GIBG iVm § 21 Abs 1 Z 3 GIBG durch Z diskriminiert worden.**
2. **A ist aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit durch eine Belästigung durch Dritte gemäß § 21 Abs 1 Z 3 GIBG durch Z diskriminiert worden.**

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

VORBRINGEN

Im Antrag wurde im Wesentlichen Folgendes vorgebracht:

Die Antragstellerin sei Österreicherin. Sie trage aus religiösen Gründen ein Kopftuch. Seit November 2017 sei sie beim Kindergarten ... in ..., als Kindergartenassistentin beschäftigt. Das Dienstverhältnis sei zum Zeitpunkt der Antragsstellung aufrecht.

Am 24. Oktober 2018 habe die Antragstellerin mit den Kindern zur Jausenzeit den Tisch gedeckt. B, ein Kind, das den Kindergarten besucht habe und der Sohn der Antragsgegnerin sei, habe wiederholt die anderen Kinder gestört und geärgert, woraufhin ihn die

¹ Vgl. zB VfSlg. 19.321.

Antragstellerin gebeten habe, den Platz zu wechseln, damit die restlichen Kinder in Ruhe den Tisch decken und anschließend essen könnten.

In diesem Moment sei die Antragsgegnerin, die Mutter von B, gekommen, um ihren Sohn abzuholen. Als B seine Mutter gesehen habe, sei er wie gewöhnlich, wenn er abgeholt worden sei, zu ihr gegangen. Die Antragsgegnerin habe ihren Sohn angesehen und habe auf ... begonnen zu fragen, was los sei und warum er so wütend sei. Weiters habe sie gefragt, ob die Antragstellerin ihn geschlagen habe und gesagt, dass er mit „ja“ antworten solle. Da die Antragstellerin ... beherrsche, habe sie der Unterhaltung zwischen Mutter und Sohn folgen können.

Die Antragstellerin habe auf Deutsch versucht, der Antragsgegnerin die Situation zu erklären, jedoch habe diese sie kaum zu Wort kommen lassen, sondern aufgebracht und aggressiv reagiert. Sie habe die Antragstellerin mit Verweisen auf deren Religion und ihre ... Herkunft beleidigt und sie als „Scheiß ...“, was übersetzt „Scheiß-Kopftuchträgerin aus ...“ bedeute, beschimpft.

Anschließend habe die Antragsgegnerin noch ein anderes Kind (C) aus der Gruppe zu sich geholt und ihn auf ... gefragt, ob B von der Antragstellerin geschlagen worden sei. C sei sichtlich überfordert und verwirrt gewesen und habe keine Antwort gegeben, auch nicht, nachdem die Antragsgegnerin ihn mehrfach bedrängt hätte. Erneut habe die Antragstellerin versucht, der Antragsgegnerin die Situation auf Deutsch zu erklären, die Antragsgegnerin sei aber immer wütender geworden und habe die Antragstellerin nicht aussprechen lassen. Die Antragstellerin habe dann versucht, der Antragsgegnerin zu erklären, dass sie die fremden Kinder nicht ansprechen und belästigen solle und sie gebeten auf Deutsch zu sprechen. Diese habe aber nicht zugehört. Ein weiteres anwesendes Kind, das den Streit auch verstehen habe können, habe versucht die Antragstellerin zu verteidigen, indem es gefragt habe, was denn los sei und gemeint habe, dass die Antragstellerin B nicht geschlagen habe.

Abermals habe die Antragsgegnerin die Kindergartenpädagogin auf persönlicher und religiöser Ebene beleidigt.

Die Antragsgegnerin sei in weiterer Folge aufgebracht ins Büro der Kindergartenleitung gestürmt und habe der Antragstellerin auf dem Weg dorthin noch mit den Worten „Du wirst noch sehen!“ gedroht. Da die Antragsgegnerin sehr laut gesprochen habe, hätten auch die anderen Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen und anwesenden Eltern im Haus die Situation mitbekommen. Die Antragstellerin sei der Antragsgegnerin ins Büro gefolgt. Die Antragsgegnerin habe verlangt, dass ihr Kind in eine andere Gruppe wechseln solle und mit einer Anzeige bei der Polizei gedroht. Weiterhin sei die Antragstellerin von der Antragsgegnerin beleidigt worden, indem diese gemeint habe, dass sie als Kopftuchträgerin kein Recht zu reden habe. D, die Obfrau des Kindergartens, habe versucht, die Antragsgegnerin zu beruhigen, doch diese sei weiterhin wütend und aufgebracht gewesen

(Beilage 1: Sachverhaltsdarstellung mit Unterschrift der Antragstellerin und der Auskunftsperson). Trotz weiterer Versuche einer angemessenen Kommunikation habe sich die Antragsgegnerin nicht darauf eingelassen. Währenddessen habe sie zweimal telefoniert und bei diesem Gespräch mit einer unbekanntenen Person Beleidigungen gegenüber D und der Antragstellerin geäußert, ohne zu wissen, dass D auch verstanden habe, was sie gesagt habe. Dann habe die Antragsgegnerin zornig die Abmeldung ihres Sohns B vom Kindergarten verlangt. Während D die Abmeldung vorbereitet habe, habe die Antragsgegnerin plötzlich gemeint, sie wolle das doch nicht heute machen, sondern am nächsten Tag und habe daraufhin den Kindergarten verlassen.

Am darauffolgenden Tag, dem 25. Oktober 2018, habe das Magistrat der ... Kindergärten ... den Kindergarten besucht und die Antragstellerin bei der Arbeit beobachtet, habe dabei aber keine Auffälligkeiten feststellen können. Außerdem seien die Antragstellerin und D zu dem Vorfall am Tag zuvor befragt worden. Die Antragsgegnerin hätte an diesem Tag um 14 Uhr erscheinen sollen, habe dies aber nicht getan und sei auch telefonisch nicht erreichbar gewesen.

Soweit der Antragstellerin bekannt, habe es mit B und der Antragsgegnerin schon in einem anderen Kindergarten eine ähnliche Situation gegeben, wie auch bei einer anderen Pädagogin und Assistentin in der Gruppe, in der die Antragstellerin arbeite.

Offenbar habe sich die Antragsgegnerin dazu entschieden, die Antragstellerin bei der Polizei wegen des Vorfalls anzuzeigen (Beilage 2: Anzeige bei der Polizei). Daher sei die Antragstellerin am November 2018 zu dem Vorfall am Oktober 2018 befragt worden. Dabei sei ihr von der Polizei mitgeteilt worden, dass die Tante von B am Oktober 2018 auch einen Vorfall gemeldet habe, in welchem sie behauptet habe, die Antragstellerin habe B geschlagen und in eine Ecke gedrängt. Die Antragstellerin habe nicht gewusst, welchen Vorfall Bs Tante gemeint habe, da sie zu dieser Zeit im Krankenstand gewesen sei und dafür auch eine Bestätigung habe (Beilage 3: Bestätigung der Krankschreibung vom Oktober bis inklusive Oktober 2018).

Am November 2018 sei der Antragstellerin eine Benachrichtigung der Staatsanwaltschaft Region1, mit der Information, dass das Ermittlungsverfahren wegen § 92 Abs 1 StGB aus Beweisgründen eingestellt worden sei (Beilage 4: Benachrichtigung der/des Beschuldigten von der Einstellung des Verfahrens vom November 2018), zugestellt worden.

Da sich die Antragstellerin durch die Vorfälle sehr betroffen gefühlt habe, habe sie sich an die Gleichbehandlungsanwaltschaft gewandt.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der Antragsgegnerin übermittelten Stellungnahme vom 6. September 2019 bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen im Wesentlichen wie

folgt entgegen:

Der Antragsgegnerin zufolge stimme die Aussage der Antragstellerin nicht. Sie sei keine Person aus Land 2, wie von der Antragstellerin behauptet, sondern eine Person aus Land 3 wie die Antragstellerin selbst. Sie sei selbst Muslimin und trage selbst bei religiösen Feiertagen Kopftuch und beschimpfe nicht ihre eigene Herkunft und Religion.

Aus ihrer Sicht habe die Antragstellerin diese falsche Aussage gemacht, um sich zu verteidigen.

PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin sowie die mündliche Befragung der Antragstellerin und der Antragsgegnerin vom 21. Dezember 2021. Als weitere Auskunftspersonen wurden D und E am 21. Dezember 2021 befragt. Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf die Beschuldigtenvernehmung vor dem Stadtpolizeikommando ..., vom November 2018 und auf das von der Antragstellerin und D unterschriebene Sachverhaltsprotokoll.

BEGRÜNDUNG²

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

„§ 7. (1) Eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes liegt auch vor, wenn eine Person durch geschlechtsbezogene Verhaltensweisen [...]

3. durch Dritte in Zusammenhang mit seinem/ihrem Arbeitsverhältnis belästigt wird oder [...]

(2) Geschlechtsbezogene Belästigung liegt vor, wenn ein geschlechtsbezogenes Verhalten gesetzt wird, das die Würde einer Person beeinträchtigt oder dies bezweckt, für die betroffene Person unerwünscht ist und

- 1. eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betroffene Person schafft oder dies bezweckt oder*
- 2. der Umstand, dass die betroffene Person eine geschlechtsbezogene Verhaltensweise seitens des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin oder Vorgesetzten oder Kolleg/inn/en zurückweist oder duldet, ausdrücklich oder stillschweigend zur Grundlage einer Entscheidung mit Auswirkungen auf den Zugang dieser Person zur Berufsausbildung,*

² Im weiteren Verlauf werden (akademische) Titel nicht weiter angeführt.

Beschäftigung, Weiterbeschäftigung, Beförderung und Entlohnung oder zur Grundlage einer anderen Entscheidung in der Arbeitswelt gemacht wird. [...]“

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

3. *durch Dritte in Zusammenhang mit seinem/ihrer Arbeitsverhältnis belästigt wird oder [...]*

(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.“*

Generell ist zur Frage des Beweismaßes und der Beweislastverteilung im GBK-Verfahren anzumerken, dass eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne der §§ 7, 21 GIBG beruft, diesen glaubhaft zu machen hat. Insoweit genügt daher nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (OGH) eine „Bescheinigung“ der behaupteten Tatsachen, wobei jedoch der bei der GBK zu erreichende Überzeugungsgrad gegenüber der beim „Regelbeweis“ geforderten „hohen Wahrscheinlichkeit“ auf eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ herabgesenkt ist.

Vereinfacht gesagt muss mehr für die Darstellung des Antragstellers/der Antragstellerin sprechen als dagegen.³ Dem Antragsgegner/der Antragsgegnerin obliegt dann zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes von ihm/ihr glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung des Vorwurfes, die Antragstellerin sei aufgrund ihrer ethnischen Zugehörigkeit und des Tragens eines Kopftuchs diskriminiert worden, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem Sachverhalt aus:

Die Antragstellerin war seit 2015 Kindergarten-Assistentin und seit November 2017 für den Kindergarten ... tätig. Während der Arbeitszeit trug sie ein Kopftuch. Ihre Eltern stammten aus Land3. Sie selbst wurde in Österreich geboren, spricht aber auch die Sprache von Land3. Als Assistentin wurde sie in der Kindergarten-Gruppe stets von einer Pädagogin unterstützt.

Die Antragsgegnerin war Muslimin und trug zu bestimmten Anlässen ebenfalls ein Kopftuch. Sie beherrscht die Sprache von Land3 und Land2 und stammt aus Land 4. Ihre Familie aus

³ Vgl. OGH 9 ObA 144/14p, Arb 13.203 mit weiteren Nachweisen.

Als die Antragstellerin am Oktober 2018 im Kindergarten die Jause herrichtete und die Kinder ihren Platz deckten, begann der Sohn der Antragsgegnerin, B, einige andere Kinder zu ärgern und zu piksen. Daraufhin bat die Antragstellerin ihn, sich für kurze Zeit an einen anderen Tisch zu setzen, damit die restlichen Kinder in Ruhe den Tisch fertig decken und anschließend essen könnten. Danach wollte sie ihn wieder dazu rufen. In dem Moment, als B seinen Sitzplatz änderte, erschien jedoch die Antragsgegnerin, um ihren Sohn abzuholen. Wütend schrie sie auf Sprache von Land2: „Was ist hier los? Wieso bist du wütend? Hat sie dich geschlagen?“ Die Antragstellerin verstand sie und wollte sie auf Deutsch beruhigen und ihr die Situation erklären. Da die Antragsgegnerin schon sehr aufgebracht war, gelang ihr das aber nicht. Stattdessen begann die Antragsgegnerin die Antragstellerin zu beleidigen und machte abfällige Bemerkungen auf persönlicher und religiöser Ebene und nannte sie „Scheiß-... aus ...“.

Als sich die Antragsgegnerin auf den Weg ins Büro der Obfrau des Kindergartens, D, die die Beleidigungen bis dahin akustisch mitverfolgen konnte, machte, drohte sie der Antragstellerin noch mit den Worten: „Du wirst schon sehen.“ Dort verlangte sie, dass ihr Kind in die andere Gruppe wechseln sollte und beleidigte die Antragstellerin anschließend erneut auf Sprache von Land2 aufgrund ihrer Herkunft und Religion und äußerte sich abfällig über ihr Kopftuch, ohne zu wissen, dass auch D sie verstehen konnte. D klärte sie auf und bat sie, die Beleidigungen gegen ihre Mitarbeiterin zu unterlassen. Sie ließ sich allerdings nicht beruhigen und nicht davon abhalten, auch gegenüber einer unbekanntenen Person am Telefon in ihrer Muttersprache abfällige Äußerungen über die Obfrau und die Antragstellerin zu machen.

Einige Zeit später verlangte die Antragsgegnerin die Abmeldung ihres Sohnes. Als D begann, diese vorzubereiten, überlegte es sich die Antragsgegnerin anders und verließ den Kindergarten.

Von der zuständigen Gruppenpädagogin erfuhr die Obfrau im Nachhinein, dass die Antragsgegnerin bereits mehrmals zum Entwicklungsgespräch, das anlässlich ihres Sohnes im letzten Kindergartenjahr notwendig war, gebeten wurde, aber kein Interesse daran zeigte.

Die Antragstellerin fühlte sich durch diesen Vorfall verletzt und überrumpelt.

Im Kindergarten ... erschien die Antragsgegnerin daraufhin nicht mehr und meldete ihren Sohn in der Zwischenzeit bei einem neuen Kindergarten an. Überdies wandte sie sich aufgrund des Vorkommnisses betreffend die Antragstellerin an das Magistrat, woraufhin Inspektoren/Inspektorinnen erschienen, um sich ein eigenes Bild von der Situation zu machen. Alle Mitarbeiter/Mitarbeiterinnen mussten Stellung nehmen.

Der Sohn der Antragsgegnerin wurde seitens des Kindergartens abgemeldet.

In der Folge erstattete die Antragsgegnerin eine Anzeige gegen die Antragstellerin, die am November 2018 vor dem Polizeikommissariat ... als Beschuldigte wegen des Verdachts auf

Quälen oder Vernachlässigen unmündiger, jüngerer oder wehrloser Personen vernommen wurde. Dort schilderte die Antragstellerin den Vorfall aus ihrer Sicht, woraufhin das Verfahren mangels Beweise von der Staatsanwaltschaft eingestellt wurde.

Solange die Antragstellerin beim Kindergarten ... angestellt war, ist sie der Obfrau nie zuvor negativ aufgefallen. Schon ein Drohen gegenüber Kindergartenkindern würde zu einer Entlassung der Angestellten führen.

In **rechtlicher Hinsicht** ist der Sachverhalt wie folgt zu beurteilen:

Nach Auffassung des Senates war der vorliegende Fall unter dem Aspekt der intersektionellen Diskriminierung zu überprüfen. Diese bezieht sich auf eine Situation, in der mehrere Diskriminierungsgründe greifen und gleichzeitig miteinander so interagieren, dass sie nicht voneinander zu trennen sind.⁴

Im zu prüfenden Fall geht es um Diskriminierung aufgrund von Religion und Geschlecht. „Kopftuchverbote tangieren Frauen in ihrer religiösen und in ihrer weiblichen Identität, die aus einer intersektionellen Antidiskriminierungsperspektive eine Einheit bilden. Erst die Kombination von Weiblichkeit und (sichtbarer) Religiosität erzeugt jene Subjektposition, die in dem Unternehmen unerwünscht ist.“⁵

1. Es liegt **eine Diskriminierung** aufgrund des Geschlechts und der Religion **durch eine Belästigung durch Dritte** gemäß **§ 7 Abs 1 Z 3 iVm § 21 Abs 1 Z 3 GIBG** vor.
2. Es liegt **eine Diskriminierung** aufgrund **der ethnischen Zugehörigkeit durch eine Belästigung durch Dritte** gemäß **§ 21 Abs 1 Z 3 GIBG** vor.

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.

Als Dritte iSd §§ 7, 21 GIBG kommen vom Arbeitgeber/von der Arbeitgeberin und der belästigten Person verschiedene Personen in Betracht. Im Fall des § 7 Abs 1 Z 3 und des § 21 Abs 1 Z 3 sind das zB Arbeitskollegen/Arbeitskolleginnen der belästigten Person, Vorgesetzte, Geschäftspartner/Geschäftspartnerinnen oder Kunden/Kundinnen des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin.⁶

⁴ Vgl. Europäische Kommission (2007): Bekämpfung von Mehrfachdiskriminierung – Praktiken, Politikstrategien und Rechtsvorschriften, S. 17.

⁵ Vgl. Ulrich, Silvia: Kopftuchverbote – Neutralitätspolitik von Unternehmen auf dem Prüfstand, öarr 2017, 570.

⁶ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 6 Rz 9, § 7 Rz 7, § 21 Rz 2.

Die geschlechtsbezogene Belästigung bezieht sich sowohl auf das biologische Geschlecht an sich, das heißt auf die Unterscheidung zwischen Mann und Frau, als auch auf daran anknüpfende Rollenzuweisungen. Unter geschlechtsbezogenes Verhalten sind jene Verhaltensweisen zu subsumieren, die die Betroffenen aufgrund ihres Geschlechtes belästigen, die aber nichts mit sexuellem Verhalten zu tun haben. Kern der Belästigung im Sinne des § 7 GIBG ist das Abzielen auf das bloße Geschlecht. Damit sollen „Mobbingformen“ vermieden werden, denen eine verpönte Geschlechterabwürdigung innewohnt.⁷

Der Begriff Religion iSd GIBG ist nicht auf gesetzlich anerkannte Kirchen und Religionsgesellschaften beschränkt, sondern kann auch andere Religionsgemeinschaften – wie zum Beispiel die staatlich eingetragenen religiösen Bekenntnisgemeinschaften – oder sonstige, häufig als Vereine organisierte religiöse Gruppierungen erfassen. Im deutschsprachigen Raum werden Religionsgemeinschaften typischerweise als Zusammenschluss von Personen beschrieben, die das Weltganze universell zu begreifen und die Stellung des Menschen in dieser Welt aus der umfassenden Weltsicht zu erkennen und zu bewerten suchen sowie diese Weltsicht umfassend bezeugen und danach handeln wollen.

Die Unvereinbarkeit des Tragens religiöser Kleidungsstücke oder Symbole am Arbeitsplatz kann sich vor allem aus dem Arbeitnehmerschutzrecht ergeben. So werden auf Grund des technischen Arbeitnehmerschutzes solche Gegenstände für die Dauer der Arbeitsverrichtung abzulegen sein, wenn ihr Tragen ein Sicherheitsrisiko für die Arbeitnehmer/Arbeitnehmerinnen oder für Dritte darstellen würde, bzw. wenn die Arbeitnehmer/Arbeitnehmerinnen Schutzausrüstungen anzulegen haben, die das Tragen religiöser Kleidungsstücke oder Symbole unmöglich oder untunlich machen.⁸

Adressaten/Adressatinnen der Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit sind Personen, die als fremd wahrgenommen werden, weil sie auf Grund bestimmter Unterschiede von der regionalen Mehrheit als nicht zugehörig angesehen werden. Eine unterschiedliche Behandlung knüpft überwiegend an Unterschiede an, die auf Grund von Abstammungs- oder Zugehörigkeitsmythen als natürlich angesehen werden und die die betroffenen Personen nicht ändern können. Häufige Erscheinungsformen sind Diskriminierungen wegen der Hautfarbe und anderer äußerer Merkmale sowie wegen einer als fremd angesehenen Muttersprache oder Kultur.⁹

Die einschlägigen Verhaltensweisen einer (geschlechtsbezogenen) Belästigung können verschiedenste Formen annehmen: Darunter fallen sprachliche Äußerungen, Gesten oder das Verfassen von schriftlichen Äußerungen. Während im Zusammenhang zu § 7 GIBG bei bestimmten Äußerungen der „Geschlechtsbezug“ auf der Hand liegt (zB Blondinenwitze), ist

⁷ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 7 Rz 3.

⁸ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 17 Rz 37.

⁹ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 17 Rz 15.

dort, wo herabwürdigendes Verhalten, Gehässigkeiten, Beschimpfungen, Handgreiflichkeiten etc. nicht per se geschlechtsbezogen erfolgen, das Motiv der belästigenden Person für diese Verhaltensweisen maßgebend; so wurde in einem vom OGH zu beurteilenden Fall festgestellt, dass ein bestimmtes Verhalten des Belästigers/der Belästigerin gegenüber der belästigten Mitarbeiterin darauf beruhe, dass „sie eine Frau war“. Denkbar sind auch herabwürdigende und feinselige Aussagen betreffend die familiäre Situation des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin. Letztlich hängt es von den Umständen des Einzelfalles ab, ob ein bestimmtes Verhalten geschlechtsbezogen ist.¹⁰

Das belästigende Verhalten muss für die betroffene Person gemäß § 7 Abs 2 GIBG weiters unerwünscht sein. In Verbindung mit § 21 Abs 2 GIBG wird auch ein für die Person unangebrachtes oder anstößiges Verhalten vorausgesetzt, das anstelle des Geschlechtsbezugs mit einem der Gründe nach § 17 Abs 1 GIBG – wie jenem der Religion oder ethnischen Zugehörigkeit – im Zusammenhang steht. Ein Verhalten ist dann unerwünscht, wenn es gegen den Willen oder ohne Einverständnis der betroffenen Person erfolgt. Einzelne Menschen sollen selbst bestimmen, welches Verhalten für sie noch akzeptabel ist und welches Verhalten sie bereits als beleidigend empfinden. Durch die Unerwünschtheit wird eine Belästigung von freundschaftlichem Verhalten, das willkommen und gegenseitig ist, unterschieden.¹¹

Was das ablehnende Verhalten der betroffenen Person betrifft, so dürfen an dieses keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Die ausdrückliche oder stillschweigende Zurückweisung oder Ablehnung ist allerdings keine Tatbestandsvoraussetzung.¹²

Um von einer Belästigung iSd §§ 7 Abs 2, 21 Abs 2 GIBG sprechen zu können, muss durch ein bestimmtes (geschlechtsbezogenes) Verhalten des Weiteren die Würde einer Person beeinträchtigt oder deren Beeinträchtigung zumindest bezweckt werden. Ein die Würde verletzendes Verhalten liegt erst ab einem gewissen Mindestmaß an Intensität vor. Anders zu sehen ist dies aber unter Umständen dann, wenn zwar die einzelnen Belästigungshandlungen nicht das gebotene Mindestmaß an Intensität erreichen, dafür aber immer wieder erfolgen.¹³

Ob die Würde einer Person beeinträchtigt wird, ist nach einem objektiven Maßstab zu beurteilen. Hinzu kommt das subjektive Kriterium, dass dieses Verhalten für die betroffene Person unerwünscht, unangebracht oder anstößig ist. 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.¹⁴

¹⁰ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 7 Rz 15, § 21 Rz 8; OGH 2.9.2008, 8 ObA 59/08x.

¹¹ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 7 Rz 16-17, § 21 Rz 6, 12.

¹² Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 7 Rz 17, § 21 Rz 6.

¹³ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 7 Rz 16, § 21 Rz 6-7, 11.

¹⁴ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 7 Rz 10, § 21 Rz 7, § 6 Rz 12.

Weitere Tatbestandsvoraussetzung des § 7 Abs 2 Z 1 GIBG ist, dass ein geschlechtsbezogenes Verhalten gesetzt wird, das eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betroffene Person schafft oder dies bezweckt. Alternativ kann nach Z 2 anstelle des Kriteriums der Z 1 („Negative Arbeitsumwelt“) auch das Kriterium der Z 2 („Karrierebehinderung“) erfüllt sein. Für § 21 Abs 2 GIBG reicht sogar ein entwürdigendes oder beleidigendes Umfeld, der Schutz geht demnach sogar weiter als jener nach § 7 Abs 2 GIBG. Meistens wird die „Arbeitsumwelt“ erst durch mehrere Belästigungshandlungen im beschriebenen Sinn beeinflusst und verändert. Bereits eine einzelne Belästigungshandlung kann derartig schwerwiegend und in ihren Auswirkungen nachhaltig sein, dass damit für die betroffene Person ein einschüchterndes, feindseliges oder demütigendes Umfeld geschaffen wird.¹⁵

Die Antragsgegnerin ist Dritte iSd §§ 7 Abs 1 Z 3, 21 Abs 1 Z 3 GIBG, da sie als Mutter von B als Kundin des Kindergartens ..., des Arbeitgebers der Antragstellerin, einzustufen war.

Das belästigende Verhalten bestand im vorliegenden Fall darin, dass die Antragsgegnerin abfällige Bemerkungen gegenüber der Antragstellerin an ihrem Arbeitsplatz machte. Diese bezogen sich gleichsam und nicht voneinander trennbar auf ihr Geschlecht und ihre Religion, indem sie unter anderem auf den Umstand, dass die Antragstellerin ein islamisches Kopftuch trug, abstellten. Das Tragen eines islamischen Kopftuchs kann Ausdruck der religiösen, ethnischen und geschlechtlichen Identität eines Menschen sein. Nachdem ein Kopftuch nicht nur ein religiöses, sondern auch ein ausschließlich weiblich konnotiertes Kleidungsstück darstellt, ist es auch Ausdruck einer weiblichen Identität und waren daher beide Kriterien gemeinsam zu prüfen.

Ergänzend wird das Kopftuch auch als Ausdruck einer kulturellen und ethnischen Identität getragen. Kopftücher werden oft als Symbole für „das Fremde“ und „den Islam“ schlechthin dargestellt. Darüber hinaus wird Trägerinnen eines Kopftuchs oft ein Desinteresse an Integration unterstellt. Demnach war in dem Zusammenhang neben Geschlecht und Religion auch das Kriterium der ethnischen Zugehörigkeit berührt.

Die Antragsgegnerin bediente sich eines äußerst beleidigenden Schimpfwortes („Scheiß-...“) in ihrer Muttersprache, aus dem sich per se eine Herabwürdigung aufgrund der Herkunft, der Religion und des Geschlechts (aufgrund des Kopftuchs) ableiten ließ. Weiters drohte sie der Antragstellerin und sprach ihr Rechte aufgrund ihres Kopftuches ab. Obendrein unterstellte sie der Antragstellerin ohne konkrete Anhaltspunkte – abgesehen von der Tatsache, dass ihr Sohn an einem anderen Tisch in der Kindergarten-Gruppe saß –, dass sie ihren Sohn geschlagen hatte.

¹⁵ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 7 Rz 18, § 21 Rz 6, 14.

Dabei handelte es um eine belästigende Verhaltensweise, die für die Antragstellerin unerwünscht und unangebracht war. Sie gab an, von der Situation sehr betroffen und verletzt gewesen zu sein. Die Äußerungen waren objektiv geeignet, die Würde der Antragstellerin zu verletzen oder dies zu bezwecken.

Der Vorfall fand in der Kindergartengruppe und im Büro der Obfrau des Kindergartens statt, sodass mehrere Mitarbeiter/Mitarbeiterinnen, Eltern und Kinder dies mitbekommen konnten. Dadurch wurde ein für die Antragstellerin einschüchterndes, feindseliges und demütigendes Umfeld geschaffen, das überdies geeignet war, ihr berufliches Ansehen sowie das ihres Arbeitgebers/ihrer Arbeitsgeberin zu gefährden.

Der Antragstellerin gelang es, den glaubhaften Anschein einer Belästigung aufgrund des Geschlechts und der Religion darzulegen. Ihre Schilderungen, die Antragsgegnerin habe sie lautstark beschimpft und herabwürdigend mit Bezug auf ihr Kopftuch behandelt, ihr unterstellt, ein Kindergartenkind geschlagen zu haben und ihr gedroht, ließen darauf schließen, dass sie von der Antragsgegnerin im Zusammenhang mit ihrem Arbeitsverhältnis belästigt wurde. Sie konnte bei der mündlichen Befragung glaubwürdig und nachvollziehbar darlegen, dass sie dieses Verhalten als unerwünscht und unangebracht empfunden hatte. Auch die Vorgehensweise der Antragsgegnerin, sie daraufhin bei der Polizei anzuzeigen, schuf eine äußerst unangenehme Situation. Das Protokoll der Beschuldigtenvernehmung der Antragstellerin vor dem Polizeikommissariat ... stammt vom November 2018 und wurde daher nur wenige Wochen nach dem Vorfall aufgezeichnet. Die zeitliche Nähe und inhaltliche Übereinstimmung zum Vorbringen im Antrag erweckten für den Senat im Zusammenspiel mit ihrer Befragung vor der GBK ein schlüssiges und nachvollziehbares Gesamtbild der Sachlage.

Daher verlagerte sich die Beweislast auf die Antragsgegnerin.

Sie vermochte den Senat nicht von ihrer Glaubwürdigkeit zu überzeugen, indem sie an ihren Vorwürfen festhielt und sich wiederholt in Widersprüchen verstrickte. Die Aussage der Antragsgegnerin war nicht konsistent. Ihre Ausführungen betreffend eine Verwaltungsstrafe in Höhe von EUR 6.000,--, die ihr gedroht habe, da ihr Kind für kurze Zeit nicht in den Kindergarten gegangen war, erhöhten die Zweifel an ihrer Glaubhaftigkeit. Es ist möglich, dass es sich aufseiten der Antragsgegnerin zunächst um ein Missverständnis gehandelt hatte und sie die Situation, in der sie ihren Sohn an einem eigenen Tisch sitzend vorgefunden hat, falsch eingestuft hatte. Dies rechtfertigte aber nicht den von ihr gewählten Umgangston. Auch eine gewisse Aufregung einer Mutter, die vermutete, dass ihr Kind ungerecht behandelt oder gar geschlagen wurde, änderte im vorliegenden Fall nichts an ihrem diskriminierenden Verhalten. Untermauernd wirkte auch der Umstand, dass es rund um die Antragsgegnerin zuvor bereits zu ähnlichen Vorfällen in anderen Kindergärten gekommen war.

Dazu kommt, dass es auch Diskriminierungen innerhalb einer Ethnie oder Religionszugehörigkeit – wie auch innerhalb derselben Geschlechterzugehörigkeit – gibt und

allein die Tatsache, dass die Antragsgegnerin ähnliche oder gleiche Wurzeln wie die Antragstellerin habe oder ebenfalls gelegentlich ein Kopftuch trage, ihre Belästigung nicht entkräftete. Rassismus kann gleichsam auch innerhalb marginalisierter Gruppen stattfinden – unabhängig davon, welchen ethnischen Hintergrund die Antragsgegnerin hatte. Der Senat trug dabei dem Umstand Rechnung, dass Konflikten, in die Kinder involviert sind, ein oftmals höheres Konfliktpotenzial innewohnt. Eine derartige Beschimpfung kann dadurch dennoch nicht gerechtfertigt werden. Das verwendete Schimpfwort erreichte eine besondere Dimension. Selbst, wenn dieses Wort im Zuge der Auseinandersetzung nur einmal gefallen ist, ist es in seiner Intensität ausreichend und erzeugt eine nachhaltige Wirkung.

Dies zeigte sich auch darin, dass die Auskunftsperson D deutlich zögerte und erst auf Nachfrage und Bitte, das Schimpfwort selbst aussprach. Ihre Ausführungen standen im Einklang mit jenen der Antragstellerin und bekräftigten ihre Aussage, auch wenn sie sich nicht mehr an sämtliche Details, sondern nur an die wesentlichen Eckpunkte, erinnern konnte. Der abwertende Ausdruck ist ihr besonders im Kopf geblieben.

Die Schilderungen der Antragstellerin und von D stimmen auch mit dem vorgelegten Protokoll, das in zeitlichem Zusammenhang zu dem Vorfall aufgenommen und von beiden unterschrieben worden war, überein.

Insgesamt konnte die Antragsgegnerin nicht beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ihre glaubhaft gemachten Tatsachen im Vergleich zu jenen der Antragstellerin schwerer wiegen.

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

VORSCHLAG

Gemäß **§ 12 Abs 3 GBK/GAW-Gesetz** hat der Senat, wenn er der Auffassung ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, dem Arbeitgeber/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 **Antragsgegnerin, 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.

Wien, 21. Dezember 2021

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK