

Senat III der Gleichbehandlungskommission

Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz

Der Senat III der Gleichbehandlungskommission (GBK) beim Bundeskanzleramt gelangte am ... über den am ... eingelangten Antrag von **Frau A** (in der Folge „Antragstellerin“), vertreten durch den Verein ZARA –Zivilcourage und Anti-Rassismus-Arbeit, betreffend die Überprüfung einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes durch eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, und einer Belästigung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit durch den Antragsgegner

Fa. X – Inhaber Herr Y

gemäß § 31 Abs. 1 iVm § 35 Abs. 1 Gleichbehandlungsgesetz (in der Folge GIBG; idF BGBl. I Nr. 16/2020) nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz (idF BGBl. I Nr. 107/2013) iVm § 11 Gleichbehandlungskommissions-GO (idF BGBl. II Nr. 275/2013) **zur Auffassung, dass durch den Antragsgegner eine Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit und eine Belästigung der Antragstellerin gemäß § 31 Abs. 1 und § 35 Abs. 1 GIBG nicht vorliegt.**

Der Sachverhalt stellte sich laut Antrag im Wesentlichen wie folgt dar:

Die Antragstellerin habe den Salon des Antragsgegners zum ersten Mal am ..., um ca. ... Uhr besucht, um direkt vor Ort einen Termin auszumachen. An diesem Tag sei ihr von der Empfangsdame gesagt worden, dass sie ihr keinen Termin geben könne. Auf ihre Nachfrage, wieso das nicht möglich sei, sei der Antragstellerin lediglich gesagt worden, dass niemand da sei, der einen Termin mit ihr vereinbaren könne. Die Empfangsdame sei zur Antragstellerin zudem bemerkbar unfreundlich gewesen und habe diese mit einem strengen Blick von oben bis unten gemustert.

Nach diesem unangenehmen Ereignis habe die Antragstellerin am ... telefonisch um einen Termin ersucht. Dabei habe es keine Probleme gegeben und sie habe einen Termin für eine halbstündige Massage und einen Saunagang am nächsten Tag beim Antragsgegner gebucht.

Als die Antragstellerin jedoch am ... zum vereinbarten Termin erschienen sei, habe die Mitarbeiterin des Antragsgegners sehr seltsam reagiert. Sie sei sichtlich verwundert darüber gewesen, dass die Antragstellerin einen Termin bei ihnen gehabt habe und habe diese aufgefordert ihr Handy herzuzeigen, damit festgestellt werden könne, ob sie gestern angerufen habe, um einen Termin auszumachen. Die Antragstellerin habe darauf erwidert, dass sie von ihrem Festnetztelefon angerufen habe und habe zudem gefragt, warum sie nun beweisen müsse, dass sie bereits angerufen und einen Termin vereinbart habe. Auf diese Frage habe die Antragstellerin keine Antwort bekommen.

Die Antragstellerin habe dann erläutert, dass sie eine halbstündige Massage und anschließend die Sauna gebucht habe. Darauf sei ihr in einem schroffen Ton entgegnet worden, dass dies nicht möglich sei, da man die Sauna nur zu einer einstündigen Massage dazu buchen könne. Die Antragstellerin habe erwidert, dass eine Kollegin ihr diesen Termin telefonisch bestätigt habe und habe die Empfangsdame gefragt, ob sie sie für eine Lügnerin halte. Diese habe „Ja“ gesagt und habe die Antragstellerin abrupt dazu aufgefordert, das Lokal zu verlassen. Daraufhin seien drei weitere Mitarbeiterinnen aus einem Nebenraum dazugekommen. Eine der drei Mitarbeiterinnen habe ebenso gesagt, dass die Antragstellerin gehen solle, weil sie immerzu „Warum?“ frage. Die beiden anderen Mitarbeiterinnen hätten ihren Kolleginnen zugestimmt.

Die Antragstellerin sei von den Anfeindungen durch die Mitarbeiterinnen des Antragsgegners sehr empört und verletzt gewesen. Diese Verletzung und Empörung kämen insbesondere daher, dass sie telefonisch immer sehr freundlich und nett behandelt worden sei und ihr nur vor Ort so unangenehm entgegnet worden sei.

Bei der Antragstellerin sei eindeutig der Eindruck entstanden, dass hinter dem Verhalten der Mitarbeiterinnen rassistische Vorurteile stecken würden (insbesondere, da man telefonisch immer sehr höflich zu ihr gewesen sei). Die Antragstellerin habe den Mitarbeiterinnen klar und deutlich gesagt, dass dies nach dem Vorfall am ... nun das zweite Mal gewesen sei, dass man ihr in dieser Einrichtung eine Dienstleistung verweigert habe, und zwar vermutlich wegen ihrer Hautfarbe. Sie habe gesagt, dass sie sich diese Behandlung nicht ein zweites Mal gefallen lassen würde und habe darauf bestanden ihre gebuchte Massage in Anspruch zu nehmen, wenn auch ohne Sauna.

Die Empfangsdame, welche den Rassismusvorwurf nicht abgestritten habe und auch sonst keine Anstalten gemacht habe die Situation zu berichtigen, habe zur Antragstellerin gesagt, dass sie, wenn sie sich massieren lassen wolle, aufhören müsse zu reden und „die Klappe halten“ und einfach in die Kabine gehen solle. Die Antragstellerin habe dies zunächst auch getan, sei schlussendlich allerdings durch die erniedrigende Behandlung durch die Mitarbeiterinnen des Antragsgegners derart entrüstet gewesen, dass sie sich doch dazu entschlossen habe ihr Geld zurückzufordern und die Einrichtung schnellstmöglich zu verlassen.

Der Antragsgegner erläuterte in seiner Stellungnahme vom ... im Wesentlichen:

Der Antragsgegner habe den Fall mit seinen Mitarbeiterinnen besprochen. Diese würden sich nicht an einen solchen Vorfall erinnern, würden aber jegliche Rassismusvorwürfe zurückweisen. Als türkischstämmiger Unternehmer mit Mitarbeiterinnen verschiedenster Herkunft würde er ein solches Benehmen auch nicht dulden und würde dies einen Grund für eine fristlose Entlassung darstellen. Die Mitarbeiterinnen des Antragsgegners kämen alle aus ... und

würden die deutsche Sprache nicht ganz beherrschen, auch er würde auf Englisch mit ihnen kommunizieren.

Es könne sein, dass die Empfangsdame am ... nicht in der Arbeit gewesen sei, da aufgrund der Pandemie die Mitarbeiterinnen sich abwechseln würden, damit der Salon nicht zu voll werde. Allgemein würden sie eine Sauna erst nach einer Stunde Massage anbieten. Die Mitarbeiterinnen seien der Ansicht, dass wegen ihren geringen Deutschkenntnissen etwas missverstanden worden sei und der Termin daher so zustande gekommen sei. Auch hätten die Mitarbeiterinnen aufgrund der Covid-Hygienemaßnahmen die Sauna nicht einschalten können, da das Desinfizieren der Sauna zeitlich schwierig gewesen sei.

Der Salon bestehe seit ... und sie hätten noch keinerlei Beschwerden über Rassismus auf den Internetplattformen bekommen. Einige Rezensionen würden aber Kommunikationsprobleme bei Reservierungen beschreiben. Das sei im Fall der Antragstellerin sicherlich auch passiert. Dafür entschuldige sich der Antragsgegner nochmals.

In der Sitzung des Senates III am ... wurde die Antragstellerin befragt:

Die Antragstellerin gab an, sie sei vor der Pandemie schon öfter im Studio des Antragsgegners zur Massage und zur Sauna gewesen. Normalerweise würde sie von der Arbeit kommend direkt im Studio einen Termin ausmachen. Am ... sei das aber nicht möglich gewesen. Die Mitarbeiterin im Studio habe ihr erklärt, keinen Termin machen zu können und sie solle doch einen telefonisch vereinbaren. Die Antragstellerin sei dann nach Hause gegangen, habe mit dem Studio telefoniert und einen Termin vereinbart.

Als sie am Tag des Termins in das Studio hineingegangen sei, sei sie von der Empfangsdame von oben bis unten gemustert worden. Die Antragstellerin habe erstmals beim Besuch ein afrikanisches Gewand getragen. Auf die Erklärung, dass sie einen Termin habe und zur Massage kommen würde, habe die Mitarbeiterin gefragt, ob sie beweisen könne, dass sie einen Termin habe. Irritiert habe die Antragstellerin gesagt, dass sie doch in den Terminkalender schauen solle. Die Mitarbeiterin habe geantwortet, dass das nicht gehe und sie nichts von

einem Termin wisse. Dabei sei die Mitarbeiterin laut geworden. Die Antragstellerin habe nochmals darauf hingewiesen, dass der Termin doch vermerkt sein müsse. Daraufhin sei alles eskaliert. Es seien weitere Mitarbeiterinnen hinzugekommen und hätten gesagt, dass die Antragstellerin nicht so laut reden solle. Die Antragstellerin habe entgegnet, dass sie einen Termin vereinbart habe und nicht sie, sondern die Mitarbeiterin laut geredet habe.

Die Antragstellerin könne nicht sagen, ob sie die Empfangsdame schon einmal gesehen habe. Allerdings würden für sie alle Asiatinnen gleich aussehen. Verständigungsprobleme habe es zwischen der Antragstellerin und den Mitarbeiterinnen nicht gegeben. Alle hätten Deutsch mit Akzent gesprochen.

Der Senat III der Gleichbehandlungskommission hat folgenden Sachverhalt festgestellt:

Der Senat III hatte den Fall einer unmittelbaren Diskriminierung der Antragstellerin gemäß § 31 Abs. 1 iVm § 35 Abs. 1 leg.cit. zu prüfen, nämlich, ob dieser der Aufenthalt beim Antragsgegner aufgrund ihrer Hautfarbe verweigert wurde und damit eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund ihrer ethnischen Zugehörigkeit und eine Belästigung aus diesem Grund erfolgte.

Die relevanten Gesetzesstellen des hier zu behandelnden Gleichbehandlungsgesetzes (GIBG) bestimmen Folgendes:

§ 30. (2) *Für das Merkmal der ethnischen Zugehörigkeit gelten die Bestimmungen dieses Abschnittes für Rechtsverhältnisse einschließlich deren Anbahnung und Begründung und für die Inanspruchnahme oder Geltendmachung von Leistungen außerhalb eines Rechtsverhältnisses beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum, sowie für Rechtsverhältnisse einschließlich deren Anbahnung und Begründung und für die Inanspruchnahme oder Geltendmachung von Leistungen außerhalb eines Rechtsverhältnisses*

1. *beim Sozialschutz, einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste,*

2. bei sozialen Vergünstigungen,
3. bei der Bildung,

sofern dies in die unmittelbare Regelungskompetenz des Bundes fällt.

§ 31. (1) Auf Grund des Geschlechts oder der ethnischen Zugehörigkeit darf niemand unmittelbar oder mittelbar beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum, diskriminiert werden. Diskriminierungen von Frauen auf Grund von Schwangerschaft oder Mutterschaft sind unmittelbare Diskriminierungen auf Grund des Geschlechts.

§ 32. (1) Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person auf Grund eines in § 31 genannten Grundes in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

§ 35. (1) Unerwünschte, unangebrachte oder anstößige Verhaltensweisen, die im Zusammenhang mit einem der Gründe nach § 31 oder der sexuellen Sphäre stehen, und bezwecken oder bewirken,

1. dass die Würde der betroffenen Person verletzt wird und
2. ein einschüchterndes, feindseliges, entwürdigendes, beleidigendes oder demütigendes Umfeld für die betroffene Person geschaffen wird,

gelten als Diskriminierung.

§ 38. (1) Bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 31 hat die betroffene Person Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens und eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

(3) Insoweit sich im Streitfall die betroffene Person auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne der §§ 31 oder 35 beruft, hat er/sie diesen glaubhaft zu machen. Dem/der Beklagten obliegt es bei Berufung auf § 31 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 des § 32 Abs. 2 oder des § 33 vorliegt. Bei Berufung auf § 35 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.

Wie schon öfters zuvor, beabsichtigte die Antragstellerin am ... persönlich einen Termin im Studio des Antragsgegners zu vereinbaren. Die anwesende Mitarbeiterin erklärte der Antragstellerin, dass dies nicht möglich sei und bat sie, den Termin telefonisch zu vereinbaren. Die Antragstellerin hat sich daraufhin bedankt und ist gegangen. In weiterer Folge hat die Antragstellerin telefonisch einen Termin im Studio vereinbart. Nicht festgestellt werden konnte, ob das Telefonat - wie in der Aussage vom ... geschildert - im Anschluss an den Besuch des Studios erfolgte oder wie im Antrag geschildert, erst am ...

Als die Antragstellerin am ... im Studio erschien, wusste die dortige Mitarbeiterin nichts von einem Termin. Zwischen der Antragstellerin und der Mitarbeiterin entwickelte sich ein Streitgespräch, zu dem in weiterer Folge noch drei weitere Mitarbeiterinnen hinzukamen. Der genaue Inhalt der Diskussion betreffend die Terminvereinbarung und den gewünschten Saunabesuch, der verweigert wurde, ist nicht eruierbar, es steht aber fest, dass dieser keinen Bezug auf die ethnische Herkunft der Antragstellerin beinhaltete.

Die Antragstellerin wurde sodann von einer Mitarbeiterin aufgefordert eine Kabine zur Massage aufzusuchen, was die Antragstellerin auch tat. In der Kabine änderte die Antragstellerin aufgrund der vorangehenden Auseinandersetzung ihre Meinung, entschloss sich das Geld zurückzufordern und den Salon zu verlassen.

Der Senat III der Gleichbehandlungskommission hat erwogen:

Der Senat III verneinte in seiner Sitzung vom ... die Frage einer unmittelbaren Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit und einer darauf beruhenden Belästigung der Antragstellerin durch den Antragsgegner gemäß § 31 Abs. 1 iVm § 32 Abs. 1 und § 35 Abs. 1 leg.cit ausgehend von folgender Begründung:

Vom Diskriminierungsverbot gemäß § 30 Abs. 1 leg.cit. erfasst sind Rechtsverhältnisse, einschließlich deren Anbahnung und Begründung und die Inanspruchnahme von Leistungen außerhalb eines Rechtsverhältnisses.

Vom Vorliegen einer unmittelbaren Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit gemäß § 32 Abs. 1 leg.cit. ist auszugehen, wenn eine weniger günstige Behandlung von Personen beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, in direktem oder ausdrücklichem Bezug auf die ethnische Zugehörigkeit erfolgt.

Die Dienstleistungen (Massagen und Saunabnutzung) des Antragsgegners können gegen Entgelt in Anspruch genommen werden und richten sich an einen unbestimmten Adressat/innenkreis. Sie sind somit als Dienstleistungen im Sinne des Art. 57 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) zu qualifizieren. Der festgestellte Sachverhalt ist somit vom Geltungsbereich des Gleichbehandlungsgesetzes umfasst.

Gemäß § 35 Abs. 1 leg.cit. sind Belästigungen aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum, verboten.

Belästigung ist jede Form von unerwünschtem Verhalten, das sich in verbaler, nicht-verbaler oder physischer Form äußert, und die Würde der betreffenden Person verletzt, und bezweckt oder bewirkt, dass ein einschüchterndes, feindseliges, entwürdigendes, beleidigendes oder demütigendes Umfeld für die betroffene Person geschaffen wird.

Dazu wird einerseits auf das subjektive Empfinden der betroffenen Person abgestellt, nämlich darauf, ob sie oder er persönlich ein nach objektiven Kriterien die Würde verletzendes Verhalten als unangebracht, unerwünscht oder anstößig empfindet und dadurch ein einschüchterndes, feindseliges, entwürdigendes, beleidigendes oder demütigendes Umfeld erlebt. Der Tatbestand der Belästigung verlangt andererseits aber auch ein Verhalten, das objektiv gesehen (oder vom Belästiger beabsichtigt) im Zusammenhang mit der ethnischen Zugehörigkeit der betroffenen Person steht und für den/die Belästiger/in aus der Situation objektiv erkennbar von der belästigten Person nicht erwünscht ist.

Der Begriff „Verhalten“ ist dabei weit zu definieren und umfasst neben körperlichen Handlungen auch verbale und nonverbale Verhaltensweisen. Die Unerwünschtheit eines bestimmten Verhaltens muss jedoch nicht durch ausdrückliche Ablehnung ausgedrückt werden, sondern kann auch schlüssig dargetan werden, etwa durch Abwenden oder eine sonstige schlüssige Geste, oder sich bereits aus der Situation ergeben.

Auf die Motivation für eine Belästigung kommt es grundsätzlich nicht an. Es wird nur vorausgesetzt, dass ein objektiv mit der ethnischen Zugehörigkeit in Verbindung stehendes Verhalten gesetzt wurde, welches die Würde der Person beeinträchtigt. Ein die Würde beeinträchtigendes Verhalten setzt ein gewisses Mindestmaß an Intensität voraus, wobei allerdings ein fortgesetztes Verhalten selbst bei kleineren Übergriffen dieses erreichen kann.

Zur Erfüllung des vom Gleichbehandlungsgesetz definierten Tatbestandes der Belästigung ist somit weder Vorsatz des Belästigers/der Belästigerin zu belästigendem Verhalten noch dessen/deren Absicht, tatsächlich belästigende Handlungen setzen zu wollen, erforderlich, diese Beurteilung erfolgt daher grundsätzlich verschuldensunabhängig. Subjektive Elemente auf Seite der Belästiger/innen bleiben somit außer Betracht.

Zu den Beweislastregeln des Gleichbehandlungsgesetzes ist anzumerken, dass gemäß § 38 Abs. 3 leg.cit. eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne des § 35 Abs. 1 leg.cit. beruft, diesen glaubhaft zu machen hat. Dem/der Antragsgegner/in obliegt es bei Berufung auf § 35 Abs. 1 leg.cit. zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die vom/von der Antragsgegner/in glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

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.

Die Antragstellerin schilderte in ihrer Befragung, dass es zuvor immer möglich gewesen sei, persönlich im Studio einen Termin zu vereinbaren und diesen dann auch wahrzunehmen. Am

... wurde ihr aber von der Empfangsdame mitgeteilt, dass eine Terminvereinbarung nur telefonisch möglich sei. In der Befragung verneinte die Antragstellerin die Frage, ob die Mitarbeiterin dabei unhöflich gewesen ist. Die Antragstellerin hat sich damals bedankt und ist gegangen.

Die Ursachen für die mögliche Abkehr von einer persönlichen Terminreservierung im Salon konnten vom Senat nicht festgestellt werden. Dies ist auch der Nichtbefolgung der Ladung zur Befragung durch den Antragsgegner geschuldet. Dennoch ist für den Senat keinerlei Indiz ersichtlich, dass der Verweis der Mitarbeiterin auf eine telefonische Reservierung in irgendeinem Zusammenhang mit der ethnischen Herkunft der Antragstellerin stand und eine etwaige Verweigerung der Dienstleitung zum Ziel gehabt hätte.

Nach problemlos erfolgter telefonischer Terminreservierung suchte die Antragstellerin ... das Studio des Antragsgegners auf. Dort kam es zwischen der Antragstellerin und einer Mitarbeiterin des Antragsgegners zu einer Diskussion, weil die Empfangsdame sie ohne ersichtlichen Grund aufforderte, die Terminreservierung zu belegen. Nach Ansicht des Senates wurde in der darauffolgenden laut werdenden Diskussion mit den Mitarbeiterinnen des Antragsgegners kein objektiv mit der ethnischen Zugehörigkeit in Verbindung stehendes Verhalten gesetzt. Darüber hinaus wurde die Antragstellerin in eine Kabine zur Massage gebeten, was gegen die Verweigerung einer Dienstleistung spricht.

Die Antragstellerin konnte in ihrer Befragung die im Antrag geäußerte Vermutung einer unmittelbaren Diskriminierung auf Grund ihrer ethnischen Zugehörigkeit nicht substantiieren. Ihre Vermutung gründet lediglich auf den Blicken bzw. allenfalls dem als abwertend empfundenen Mienenspiel der asiatischen Empfangsdame, wobei die Antragstellerin aber selbst eingesteht, dass sie die Gesichtszüge von Asiatinnen nicht unterscheiden kann, weil alle für sie gleich aussehen. Aus ihren Aussagen konnte vom Senat kein hinreichender objektiver Konnex erkannt werden, warum die von der Antragstellerin wahrgenommene grundlose Unfreundlichkeit und das laute Verhalten der Mitarbeiterinnen mit der Herkunft der Antragstellerin in Zusammenhang stehen sollten. Sogar liegen keine Indizien oder Anhaltspunkte vor, dass die Antragstellerin eine weniger günstige Behandlung oder Belästigung erfahren hätte, die eine

Person ohne das Merkmal ihrer ethnischen Zugehörigkeit in dieser Situation nicht erfahren hätte. Es fehlt daher an der notwendigen Glaubhaftmachung eines Diskriminierungstatbestands im Sinne des Gleichbehandlungsgesetzes.

Der Senat III kam daher zur Auffassung, dass durch den Antragsgegner eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes durch eine Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit und eine Belästigung der Antragstellerin aus diesem Grund gemäß § 31 Abs. 1 iVm § 35 Abs. 1 Gleichbehandlungsgesetz nicht vorliegt.

23. Juni 2022

Dr.ⁱⁿ Maria Wais

(Vorsitzende)