

Senat I der Gleichbehandlungskommission
Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz
(BGBl. I Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 98/2008)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 7. Dezember 2010 über den am 8. April 2009 eingelangten Antrag von **A (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des **Geschlechtes** bei der **Inanspruchnahme der Leistungen einer Arbeitnehmer/innen/- oder Arbeitgeber/innen/organisation oder einer Organisation, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören**, gemäß **§ 4 Z 2 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) durch **X (Antragsgegnerin)**, nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK-/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008), zu folgendem

Prüfungsergebnis:

Der Senat I der GBK kommt zur Auffassung, dass A nicht auf Grund des Geschlechtes bei der Inanspruchnahme der Leistungen einer Arbeitnehmer/innen/- oder Arbeitgeber/innen/organisation oder einer Organisation, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören, gemäß § 4 Z 2 GIBG durch X diskriminiert worden ist.

Entscheidungsgründe:

In dem von der Antragstellerin eingebrachten Antrag wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass sie im Jänner 2009 bei der Antragsgegnerin gegenüber Frau Mag.a B die diskriminierenden Umstände ihrer Kündigung bei der Y GmbH geschildert habe. Als Beweise habe die Antragstellerin zwei sehr belastende E-Mails vorlegen können, die klar belegen, dass sie sich wenige Tage vor der erfolgten Kündigung und an diesem Tag selbst bei ihrer Vorgesetzten, Frau C, über fortlaufende sexuelle Belästigungen beschwert habe. Diese habe gemeint, die Antragstellerin als Transgender

hätte kein Recht so eine Beschwerde geltend zu machen und habe ihre Kündigung in die Wege geleitet. Der Antragsgegnerin sei sowohl der unmittelbare zeitliche Zusammenhang zwischen der Beschwerde und der Kündigung der Antragstellerin bekannt als auch ihre gegenüber Frau Mag.a B geäußerte glaubwürdige Schilderung. Es sei auch ein Tonbandprotokoll erstellt worden.

Kurz darauf am 14. Jänner, habe die Antragstellerin vom Rechtschutzbüro erster Instanz ein Schreiben des Herrn Mag. D erhalten, der sie entgegen ausdrücklicher Wünsche als „Herr“ titulierte habe. Er habe ihr einen kostenlosen Rechtsanwalt angeboten und weiters geschrieben, „Die von Ihnen dargestellte Sach- und Beweislage gibt begründeten Anlass, an einer erfolgreichen Prozessführung zu zweifeln“. Deshalb würde sie die Verfahrenskosten und jene der Gegenseite im Falle einer Niederlage tragen müssen. Der volle Rechtschutz könne nur gewährt werden, wenn das Risiko überschaubar gering sei. Herr Mag. D habe jede Klarstellung vermissen lassen, was bei der Antragstellerin diesen Zweifel begründet habe.

Auf ihre telefonische Rückfrage an einem Tag um den 20. Jänner 2009, habe er ihr zunächst sehr freundlich und ausführlich geantwortet. Es könnten sich am Arbeitsplatz Kolleginnen über die Antragstellerin beschwert haben, da diese sich eventuell durch sie belästigt gefühlt hätten. Auf die Frage der Antragstellerin, wie er auf diesen Gedanken gekommen wäre, habe er – bereits etwas verunsichert – gemeint, dass dies lediglich eine Vermutung wäre, schließlich würde er nicht die Klagsentgegnung der Y GmbH kennen. Dennoch habe die Antragstellerin nun genau wissen wollen, wieso solche sehr seltsamen Überlegungen eine Rolle spielen würden, schließlich wäre er nicht der Anwalt der Gegenseite und würde gar nicht irgendwelche Vorwürfe gegen die Antragstellerin erfinden dürfen. Daraufhin habe er bestritten, dass diese Überlegung in irgendeiner Weise relevant gewesen wäre und er habe eindringlich beteuert, dass ihre Transgendernatur seine Beurteilung nicht beeinflussen würde und habe die Antragstellerin auf die Tatsache verwiesen, dass kaum Transgender ihren Arbeitgeber klagen würden, es deswegen kaum Judikatur gebe und in Folge dessen erhebliche Ungewissheiten zwingend vorliegen würden. Die Antragstellerin habe diese vermutliche Ausflucht nicht akzeptieren können und ihm erklärt, dass eine Argumentation solcherart zwangsläufig in eine mittelbare Diskriminierung laufe, denn Minderheiten würden natürlich wenig Prozesse führen, erst Recht, wenn sie sich generieren und dann auch noch von so wichtigen Institutionen wie der Antragsgegnerin im Stich gelassen werden würden. Die geringe Anzahl von Verfahren dürfe nicht An-

gehörigen einer Minderheit zur Last gelegt werden. Sichtlich kleinlaut und merklich überrumpelt habe nun Herr Mag. D bestritten, dass er überhaupt in die Ablehnung involviert gewesen sei und die Antragstellerin auf die Herren Mag. E und Dr. F verwiesen. Im Übrigen sollte die Antragstellerin berufen. Er würde ihr nicht erklären können, wie man eine solche Berufung schreiben würde. Er hätte nicht den leisesten Schimmer, nach welchen Kriterien schließlich sowohl in ihrem Fall als auch generell entschieden werden würde. Er hätte zwar eine Lotterie ausschließen können, aber warum jemand vollen Rechtschutz bekommen würde und andere nicht, wäre jenseits seiner Kenntnis. Konkrete Beurteilungskriterien gäbe es entweder nicht oder würde er nicht kennen, außerdem hätte er nicht den geringsten Einfluss auf diese Entscheidungen. Entnervt habe die Antragstellerin das Gespräch nach ca. 30 Minuten beendet.

In der Berufung habe sie ihren Verdacht der geschlechtlichen Diskriminierung durch die Antragsgegnerin sehr ausführlich geschildert.

Am 25. Februar habe sie schließlich eine Ablehnung durch ..., Mag. G, erhalten. Er sei mit keinem Wort auf ihre Berufung eingegangen und habe wiederholt nichts sagend das ...gesetz zitiert. Mit Ausnahme ihres Namens – auch dieser gegen ihren ausdrücklichen Wunsch mit „Herr“ tituliert – scheine es sich um einen Serienbrief zu handeln. Die Antragstellerin hätte ein „Glaubwürdigkeitsproblem“ und eine „Beweislast“ zu tragen. Zu den genaueren Beurteilungskriterien und überhaupt zu ihrem Fall auch hier kein einziges Wort.

Sichtlich verärgert habe die Antragstellerin wieder bei Herrn Mag. D angerufen. Sie habe die Möglichkeit einer Klage gegen die Antragsgegnerin erläutert. Er habe jegliche Erfolgsaussichten einer solchen Klage bestritten, habe dann aber einräumen müssen, dass es noch nie eine derartige Klage gegeben hätte. Endlich habe er der Antragstellerin die Durchwahlnummer des Herrn Dr. F gegeben und sich mit allerlei Beteuerungen, in keinster Weise je involviert oder informiert gewesen zu sein, verabschiedet.

Nach vielen vergeblichen Versuchen habe die Antragstellerin Anfang März Herrn Dr. F telefonisch erreicht. Er habe von Anfang an kein Hehl daraus gemacht, nicht mit ihr telefonieren zu wollen, habe sich barsch geweigert ihren Akt neuerlich zu studieren, das wären Blödheiten, für die er keine Zeit hätte. Außerdem würde er nur ca. 3.000 Anträge pro Monat beurkunden, die quasi entscheidende Vorauswahl würde Herr Mag. D treffen. Zu einem vertiefenden Studium der Sache hätte er weder Zeit

noch Lust. Da die Antragstellerin bereits berufen und ... Herr Mag. G bereits abgelehnt hätte, würde es überhaupt keine Möglichkeiten mehr geben, etwas zu tun und ihre Klage wäre, so sie diese überhaupt ausformulieren könnte, „vollkommen lächerlich“. Er würde sich überhaupt nicht vorstellen können, dass die GBK hier zu Gunsten der Antragstellerin entscheiden könnte. Sowohl er, als auch die Antragsgegnerin generell, würde keine weiteren Auskünfte erteilen und weder darlegen, warum hier so entschieden worden wäre, noch konkrete Beurteilungskriterien offen legen.

In der auf Ersuchen von Senat I der GBK übermittelten Stellungnahme der Antragsgegnerin bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe und trat diesen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Der Antrag enthalte kein Tatsachenvorbringen, das einer Prüfung nach dem GIBG zugänglich sei.

Die Antragstellerin sei in einem befristeten Arbeitsverhältnis zur Y GmbH gestanden und habe Rechtsschutz begehrt für die gerichtliche Feststellung des aufrechten Bestandes des Arbeitsverhältnisses über das vereinbarte Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus mit der Begründung, das Arbeitsverhältnis wäre auf Grund der geschlechtlichen Identität nicht fortgesetzt worden.

Die Antragsgegnerin habe auf Grundlage des §gesetz und des darauf beruhenden Rahmenregulativs ... eine Rechtsschutzentscheidung getroffen. Der Berufung gegen diese Rechtsschutzentscheidung sei nicht Folge gegeben worden. Der Instanzenzug sei damit erschöpft.

Soweit im Antrag die Anrede als „Herr“ kritisiert werde, so sei darauf zu verweisen, dass damit keine Diskriminierung erfolgt sei, sondern vielmehr die Anrede gewählt worden sei, die dem Geschlecht der Antragstellerin laut Personenstandsrecht entspreche. Dass dies weiterhin das männliche Geschlecht sei, gehe aus dem Antrag an die GBK hervor.

Ausdrücklich bestritten werde das Vorbringen, dass in der Sache nicht gebotene inhaltliche Erörterungen zur Rechtsschutzentscheidung geführt hätten bzw. irgendwelche ehrverletzende Äußerungen gefallen sein könnten. Die Antragsgegnerin sehe daher keine Diskriminierung gegeben.

Das Verfahren vor der GBK ist vertraulich und wird nichtöffentlich durchgeführt. Das den Abschluss des Verfahrens bildende Prüfungsergebnis wird auf der Grundlage der im Verfahren vorgelegten Unterlagen und der in der mündlichen Befragung getä-

tigten Aussagen der Auskunftspersonen erstellt. Auf Grund der Vertraulichkeit des Verfahrens werden die einzelnen Auskunftspersonen im Prüfungsergebnis nicht näher bezeichnet.

Der Senat I der GBK hat erwogen:

Hinsichtlich der Überprüfung der Verwirklichung des Tatbestandes einer Diskriminierung auf Grund des **Geschlechtes** bei der **Inanspruchnahme der Leistungen einer Arbeitnehmer/innen/- oder Arbeitgeber/innen/organisation oder einer Organisation, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören**, gemäß **§ 4 Z 2 GIBG** durch die Antragsgegnerin, X, ist zunächst folgendes zu bemerken:

In Umsetzung des Art. 3 Abs. 1 lit. d Gleichbehandlungsrichtlinie (RL) 76/207/EWG idF RL 2002/73/EG erfolgte eine Ausdehnung des Geltungsbereiches (§ 1 Abs. 1 Z 3 GIBG) bzw. des Gleichbehandlungsgebots des GIBG über den Bereich des Arbeitsverhältnisses hinaus auf die Mitgliedschaft und Mitwirkung in einer Arbeitnehmer/innen/- oder Arbeitgeber/innen/organisation oder einer Organisation, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören, einschließlich der Inanspruchnahme der Leistungen solcher Organisationen.¹ Von § 4 Z 2 werden sowohl Kammern (mit Pflichtmitgliedschaft) als auch die freiwilligen Interessensvertretungen, aber auch sonstige Berufsorganisationen sowie Teilorganisationen von politischen Parteien erfasst.

Zum Verbot der Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes ist anzumerken, dass dieses wegen der weiten Auslegung auch Benachteiligungen von Transgenderpersonen erfasst.²

Im gegenständlichen Fall war zu überprüfen, ob der Antragstellerin auf Grund ihrer Geschlechtsidentität lediglich ein eingeschränkter Rechtsschutz durch X gewährt wurde.

In der mündlichen Befragung brachte die Antragstellerin vor, sich durch die Gesamtbearbeitung diskriminiert zu fühlen. Sie wolle nicht allein auf dem Wort „Herr“ herumreiten. Das eine Wort habe allerdings Folgen auf die Einschätzung der Lage. Die Antragstellerin sei bei Frau Mag.a B gewesen. Sie habe auf ein Tonband gesprochen.

¹ Vgl. RV 307 BlgNR 22. GP 9

² Vgl. dazu EuGH 30.4.1996, C-13/94, P, Slg 1996, I-2143; 27.4.2006, C-423/04, *Richards*, Slg 2006, I-3585

Sie habe die Belästigung und die Weiterbeschäftigung geschildert und habe immer nur „Arbeitnehmer“ und „er“ gesagt. Da Frau Mag.a B ziemlich nett gewesen sei und die Antragstellerin keine zweite Streitfront ausrichten habe wollen, habe die Antragstellerin sie nicht in dieser Frage korrigiert. Frau Mag.a B habe dann zugesagt, dass der Rechtsschutz kein Problem wäre. Das würde schon gewährt werden. Die Antragstellerin habe ihr gesagt, dass sie es halt dann so lassen würden. Dann sei per Post die Mitteilung gekommen, dass die Antragstellerin unglaubwürdig wäre. Die einzige Information, die die Antragsgegnerin gehabt habe, sei das Protokoll von Frau Mag.a B gewesen. Da sei eben vorgekommen, dass die Antragstellerin ein Mann sei. Wenn ein Mann dann plötzlich sage, dass er auf ein Damenklo wollen würde, sei es natürlich eine heikle Geschichte. Deshalb habe die Antragsgegnerin der Antragstellerin auch nur den eingeschränkten Rechtsschutz gewährt.

Die Antragstellerin führte in der Befragung weiters aus, sich auf Grund des Geschlechtes diskriminiert zu fühlen, weil ihr der volle Rechtsschutz verweigert worden sei. Sie sei nicht in den Genuss der vollen Dienstleistungen gekommen. Das sei diskriminierend gewesen. Sie erklärte gegenüber dem erkennenden Senat zudem, dass in jeder Instanz über den Rechtsschutz entschieden werde. Bei der Revision an den OGH sei ihr voller Rechtsschutz gewährt worden. Warum und wieso, das wisse sie nicht. Es sei wieder nicht begründet worden. Die Antragstellerin vermute, dass ihr das aus schlechtem Gewissen gewährt worden sei.

Die Antragsgegnerin brachte in einer ergänzenden schriftlichen Stellungnahme insbesondere vor, dass die X gemäß §gesetz ... Arbeitnehmer/innen in arbeits- und sozialrechtlichen Angelegenheiten zu beraten und ihnen insbesondere Rechtsschutz durch gerichtliche Vertretung in arbeits- und sozialrechtlichen Angelegenheiten nach Maßgabe eines ... Rahmen-Regulativs zu gewähren hätten. Auf Grund des Rechtsschutzantrages sei der Antragstellerin Rechtsschutz gegen den Arbeitgeber Y GmbH zur Feststellung des aufrechten Arbeitsverhältnisses über das vertraglich vereinbarte Enddatum hinaus gewährt worden, da sie eine diskriminierende Nichtverlängerung behauptet habe. Im Vorfeld der Rechtsschutzentscheidung habe die Antragsgegnerin entsprechend dem gesetzlichen Auftrag mit der betrieblichen Interessenvertretung der Arbeitnehmer/innen Kontakt aufgenommen und in Erfahrung gebracht, dass Arbeitskolleginnen sich durch das Verhalten der Antragstellerin belästigt gefühlt hätten und dass arbeitsvertragliche Verfehlungen im Raum gestanden wären. Es seien daher ganz erhebliche Beweisprobleme im Arbeitsgerichtsverfahren zu er-

warten gewesen. Die Rechtsschutzgewährung sei dementsprechend auf Grundlage des Rahmen-Regulativs ... in der Form erfolgt, dass die kostenlose Vertretung beigelegt worden sei, wohingegen sich die Antragstellerin verpflichtet habe, die gegnerischen Kosten sowie die Gerichtsgebühren und sonstigen Barauslagen selbst zu tragen. Das Arbeits- und Sozialgericht ... habe mit Urteil vom ... das Klagebegehren abgewiesen und habe festgestellt, dass eine diskriminierende Nichtverlängerung nicht erfolgt wäre, sondern dass sachliche Gründe für die Nichtverlängerung des Arbeitsverhältnisses gegeben waren. Für das Verfahren zweiter Instanz habe die Antragsgegnerin Rechtsschutz im selben Umfang wie im erstinstanzlichen Verfahren gewährt; das Oberlandesgericht ... habe mit Urteil vom ... das bekämpfte Urteil sowohl hinsichtlich der Tatsachenfeststellungen als auch der rechtlichen Beurteilung bestätigt. Das Berufungsgericht habe die ordentliche Revision zugelassen, weil zur Problematik transsexueller Personen keine Judikatur existiere. Lediglich aus rechtspolitischen Erwägungen habe die Antragsgegnerin der Antragstellerin uneingeschränkten Rechtsschutz für die Revision gegen das Berufungsurteil gewährt.

Zum Vorbringen der Antragstellerin führte die Antragsgegnerin in ihrer ergänzenden Stellungnahme weiter aus, dass der Antrag keinerlei Ausführungen zum Sachverhalt enthalte, welche auch nur einen Anhaltspunkt in Richtung Diskriminierung durch die Antragsgegnerin erkennen lassen würden. Zum Ausdruck gebracht werde eine Unzufriedenheit mit der Rechtsschutzentscheidung, es gebe aber keine Behauptung, dass Transgenderpersonen im Gegensatz zu anderen ... in diskriminierender Weise schlechter behandelt werden würden. Dies sei auch tatsächlich nicht der Fall. Im Falle derart erheblicher Beweisprobleme sei die Antragsgegnerin verpflichtet, den oben dargestellten eingeschränkten Rechtsschutz zu gewähren und kommt dieser Verpflichtung immer nach. Die Antragsgegnerin verstehe den Antrag so, dass einerseits vorgebracht werde, dem Kreis der Transgenderpersonen anzugehören und andererseits mit der Rechtsschutzentscheidung nicht einverstanden zu sein, was offenbar mangels sonstigen Vorbringens schon eine Diskriminierung bedeuten solle.

Der Senat I der GBK ist es wichtig, an dieser Stelle hervorzuheben, dass der Ansicht der Antragstellerin zu folgen ist, dass im Hinblick auf das Thema Transgender höchste Sensibilität notwendig ist.

Auf Grund der in der mündlichen Befragung getätigten Aussagen der Antragstellerin und der dem erkennenden Senat vorgelegten Unterlagen ergab das Ermittlungsver-

fahren jedoch, dass sich die Rechtsschutzentscheidung der Antragsgegnerin nicht nur auf die Auskunft der betrieblichen Interessenvertretung, wonach Arbeitskolleginnen sich durch das Verhalten der Antragstellerin belästigt gefühlt hätten, sondern auch auf im Raum stehende arbeitsvertragliche Verfehlungen gestützt hat.

Auch gab die Antragstellerin in ihrer mündlichen Befragung gegenüber dem Senat I der GBK selbst an, in einem anderen Fall vollen Rechtsschutz bekommen zu haben. In diesem Verfahren gehe es um Entgelt, da das Urlaubs- und Weihnachtsgeld usw. nur zum Teil ausgezahlt worden sei.

Im gegenständlichen Fall kam der erkennende Senat daher zu der Auffassung, dass die Antragsgegnerin glaubwürdig darlegen konnte, dass sie ihre Entscheidung nicht im Hinblick auf die Geschlechtsidentität der Antragstellerin und somit nicht auf Grund von nach dem GIBG diskriminierenden Motiven sondern auf Grund sachlicher Erwägungen getroffen hat. Der Senat I der GBK merkt in diesem Zusammenhang abschließend an, dass nicht jede Handlung, die nicht ausschließlich zu Gunsten einer einem geschützten Personenkreis angehörenden Person gesetzt wird, eine Diskriminierung darstellt.

Es liegt somit **keine Diskriminierung** auf Grund des **Geschlechtes** gemäß **§ 4 Z 2 GIBG** vor.

Wien, 7. Dezember 2010

Mag.a Dr.in Sabine Stvan-Jagoda

Stellvertretende Vorsitzende des Senates I der GBK