

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 27. März 2012 über das am 10. November 2010 eingelangte Verlangen der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **Frau A (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des **Geschlechtes** im Falle einer **sexuellen Belästigung durch Dritte**, es die **Arbeitgeberin unterlassen** hat, eine auf Grund gesetzlicher Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages gemäß **§ 6 Abs. 1 Z 2 GIBG angemessene Abhilfe** zu schaffen (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) und durch eine **Verletzung des Benachteiligungsverbotes** gemäß **§ 13 GIBG** durch die Arbeitgeberin, **X GmbH (1. Antragsgegnerin)**, sowie durch eine **sexuelle Belästigung** durch Dritte gemäß **§ 6 Abs. 1 Z 3 GIBG** durch **Herrn B (2. Antragsgegner)**, nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004), zu folgendem

Prüfungsergebnis:

1. Der Senat I der GBK kommt zur Ansicht, dass Frau A durch die X GmbH durch schuldhaftes Unterlassen im Falle einer sexuellen Belästigung durch Dritte angemessene Abhilfe zu schaffen gemäß § 6 Abs. 1 Z 2 GIBG diskriminiert worden ist.
2. Der Senat I der GBK gelangt zur Auffassung, dass Frau A nicht durch die X GmbH durch eine Verletzung des Benachteiligungsverbotes gemäß § 13 GIBG diskriminiert worden ist.
3. Der Senat I der GBK kommt zur Ansicht, dass Frau A durch Herrn B gemäß § 6 Abs. 1 Z 3 GIBG sexuell belästigt worden ist.

Entscheidungsgründe:

Im Verlangen der GAW wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Antragstellerin seit November 2009 in der Filiale der 1. Antragsgegnerin in ..., in der Abteilung Feinkost beschäftigt gewesen sei. Es seien zu diesem Zeitpunkt dort insgesamt vier weibliche Mitarbeiterinnen tätig gewesen, als Leiter der Filiale habe der 2. Antragsgegner fungiert.

Beginnend etwa zwei Wochen nach Aufnahme ihrer Tätigkeit sei es zu folgenden Handlungen des 2. Antragsgegners gegenüber der Antragstellerin:

- Der 2. Antragsgegner habe der Antragstellerin immer wieder Fragen über ihr Privat- und Sexualleben gestellt, beispielsweise, ob sie einen Freund habe, oder „wie sie sich nach ihrer Unterleibsoperation beim Sex tue“.
- Der 2. Antragsgegner habe auch abends bei der Antragstellerin angerufen, die in der Annahme abgehoben habe, es handle sich um Notfälle wegen des Dienstes am darauf folgenden Arbeitstag. Der 2. Antragsgegner habe diese Anrufe jedoch immer wieder für private Themen genutzt. Die Antragstellerin habe es abgelehnt, mit dem 2. Antragsgegner über diese Themen zu sprechen.
- Im Spätherbst sei die Antragstellerin an einer eitrigen Angina erkrankt. Sie habe daraufhin Anrufe vom 2. Antragsgegner erhalten, in denen dieser ihr angeboten habe, sie zuzudecken und einzucremen. Diese „Angebote“ seien von der Antragstellerin abgelehnt worden.
- Kurz nach Weihnachten 2009 habe die Antragstellerin einen schweren Unfall gehabt und sei einige Zeit in Krankenstand gewesen. Nach ihrer Rückkehr an den Arbeitsplatz habe der 2. Antragsgegner geäußert, dass sie „so fesch sei“, dass sie „abgenommen habe“ und auch gefragt, warum sie sich nicht bei der Weihnachtsfeier an ihn „rangeschmissen“ habe.
- Als eine Rinderzunge geliefert worden sei, habe der 2. Antragsgegner zunächst erläutert, wie man diese aufschneide, danach habe er die Zunge genommen und sei der Antragstellerin damit ins Gesicht gefahren. Dabei habe er gemeint, dass sie sich vorstellen sollte, diese Zunge wäre seine.
- Bei einer anderen Gelegenheit habe er gemeint, dass die Antragstellerin und eine weitere Kollegin ruhig „oben ohne“ bedienen könnten, er würde „Sterne für die Brustwarzen besorgen“.

- Der 2. Antragsgegner habe die Antragstellerin mehrmals eingeladen, mit ihm einen Swinger-Club oder eine Single-Bar zu besuchen.
- Bei einer weiteren Gelegenheit habe er der Antragstellerin mitgeteilt, dass er, wenn er an einem Freitag einen Umsatz von 2.000,- Euro machen würde, auch einer Kollegin auf den Hintern greifen könnte, das sei dann keine sexuelle Belästigung. Die Antragstellerin habe dem widersprochen.
- Teambesprechungen habe der 2. Antragsgegner grundsätzlich bei sich zu Hause abgehalten. Nachdem dies der Antragstellerin unangenehm gewesen sei, habe sie daran jedoch nur ein einziges Mal teilgenommen.

Die Antragstellerin habe sich schließlich am 24. März 2010 gemeinsam mit ihrer Kollegin Frau C, die ebenfalls sexuellen Belästigungen durch den 2. Antragsgegner ausgesetzt gewesen sei, an Frau D, die Rayonsleiterin und zuständige Vorgesetzte, gewandt. Dieser seien die Vorfälle am Telefon geschildert worden. Frau D habe daraufhin gemeint, sie würde sich diesbezüglich um einen Besprechungstermin kümmern.

Am nächsten Tag, dem 25. März 2010, habe die Antragstellerin einen Anruf von einer Kollegin, ... W., der Nachname sei der Antragstellerin nicht bekannt, erhalten, die sie informiert habe, dass sie nicht mehr zu kommen bräuchte und sie bereits aus dem Computer der Firma gelöscht wäre. Die Antragstellerin habe daraufhin versucht, Frau D telefonisch zu erreichen, was ihr aber – so wie die nächsten Tage – nicht gelungen sei.

Etwa eine Woche später habe die Antragstellerin das Beendigungsschreiben ihres Dienstgebers schriftlich zugesandt erhalten.

Die Antragstellerin habe sich daraufhin an die GAW gewandt, die ein Interventionschreiben an die 1. Antragsgegnerin und den 2. Antragsgegner gerichtet und daraufhin von der 1. Antragsgegnerin eine Stellungnahme zu den Vorfällen erhalten habe.

In den auf Ersuchen vom Senat I der GBK übermittelten wortgleichen Stellungnahmen der rechtsfreundlichen Vertretung für die 1. Antragsgegnerin und den 2. Antragsgegner bestritten diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe und traten diesen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Richtig sei, dass die Antragstellerin seit November 2009 in der Filiale der 1. Antragsgegnerin in ..., in der Abteilung Feinkost beschäftigt gewesen sei. Weiters werde au-

ßer Streit gestellt, dass zu diesem Zeitpunkt insgesamt vier weibliche Mitarbeiterinnen (die Antragstellerin, Frau C, Frau F und Frau E) in der genannten Filiale tätig gewesen seien und der 2. Antragsgegner als Leiter der Filiale fungiert habe.

Anzumerken sei, dass es sich bei der – von der Antragstellerin fälschlicherweise angegebenen – Mitarbeiterin „... W.“ um Frau E handle.

Die in der Sachverhaltsdarstellung beschriebenen Fragen des 2. Antragsgegners bezüglich des Privat- und Sexuallebens der Antragstellerin würden im Sprachgebrauch zwischen Arbeitskolleginnen bzw. Arbeitskollegen keine – der Antragstellerin nahe gehenden – Äußerungen, sondern lediglich „normale“ Unterhaltungen darstellen, wie es zwischen Mitarbeitern öfter vorkomme und üblich sei.

Der 2. Antragsgegner frage bei Dienstbeginn jedes/jeder neuen Mitarbeiters/Mitarbeiterin um dessen/deren Handynummer, da dies aus dienstlicher Sicht notwendig sei (z. B. für die Koordinierung der Arbeitszeiten, etc.). Die Anrufe des 2. Antragsgegners hätten sohin lediglich dienstliche Angelegenheiten betroffen (z. B. wenn ein/e Arbeitnehmer/in für den nächsten Tag ausgefallen sei und der 2. Antragsgegner als Filialleiter einen Ersatz organisieren habe müssen) und seien derartige Anrufe zumeist in Anwesenheit der Ehefrau des 2. Antragsgegners geführt worden.

Auch bei Anrufen an die Antragstellerin, als diese sich im Krankenstand befunden habe (u.a. im Herbst 2009), habe sich der 2. Antragsgegner lediglich über den Gesundheitszustand seiner Mitarbeiterin erkundigt. Dies auch deshalb, weil er die Dienste in der Filiale dementsprechend einteilen habe müssen.

Dass der 2. Antragsgegner die Antragstellerin nach ihrem Krankenstand (kurz nach Weihnachten 2009) gefragt hätte, warum sie sich nicht bei der Weihnachtsfeier an ihn „rangeschmissen“ hätte, entspreche nicht der Wahrheit und handle es sich hierbei um eine freie Erfindung der Antragstellerin.

Der 2. Antragsgegner habe bemerkt, dass die Antragstellerin nach ihrem Krankstand Gewicht verloren habe, und habe er dies ihr gegenüber in einer neutralen, freundlichen Art und Weise geäußert, jedoch keinesfalls in einer belästigenden, von der Antragstellerin als unangenehm zu empfindenden Art und Weise.

Bezüglich des Vorfalles in Zusammenhang mit der Rinderzunge sei es richtig, dass der 2. Antragsgegner erklärt habe, wie diese aufgeschnitten werde. Dass es jedoch in diesem Zusammenhang zu einem Kontakt der Rinderzunge und der Wange der Antragstellerin gekommen sei, sei nicht richtig. Es seien vielmehr von der damaligen

Mitarbeiterin, Frau G, lediglich Witze über die Rinderzunge selbst gemacht worden, dies im Rahmen einer lockeren, lustigen Arbeitsstimmung und sei es zu allgemeinem Gelächter gekommen (woran auch die Antragstellerin beteiligt gewesen sei).

Auch die dem 2. Antragsgegner vorgeworfene Aussage, Mitarbeiterinnen sollten ruhig „oben ohne“ bedienen und er würde „Sterne für die Brustwarzen besorge“ entspreche nicht in der von der Antragstellerin geschilderten Weise der Wahrheit. Die anderen Mitarbeiterinnen hätten in einer Damenrunde über eine derartige „umsatzfördernde Maßnahme“ gescherzt, jedoch habe es sich hierbei um einen Witz gehandelt, welchen der 2. Antragsgegner nicht initiiert habe.

Der 2. Antragsgegner habe die Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt eingeladen, mit ihm den Swinger-Club oder eine Single-Bar zu besuchen, da er selbst verheiratet sei und daher diesbezüglich keinen Anlass gehabt hätte.

Weiters stelle die Behauptung, der 2. Antragsgegner hätte bei einem Umsatz von 2.000,- Euro gesagt, dass er dann einer Kollegin „auf den Hintern greifen könnte“ und das keine sexuelle Belästigung wäre, eine Unwahrheit und eine Erfindung der Antragstellerin darstelle.

Richtig sei, dass Teambesprechungen teilweise beim 2. Antragsgegner zu Hause stattgefunden hätten. Im gegenständlich relevanten Zeitraum (Beschäftigungszeitraum der Antragstellerin) habe es zwei diesbezügliche Besprechungen gegeben: eine in der Privatwohnung des 2. Antragsgegners – dies unter Anwesenheit von Frau D – und eine Besprechung in der gegenständlichen Filiale. Eine in der Privatwohnung des 2. Antragsgegners stattgefundene Besprechung zwischen ihm und der Antragstellerin alleine habe es daher nicht gegeben. In diesem Zusammenhang habe es zu keinem Zeitpunkt Probleme gegeben und sei auch stets die Ehefrau des 2. Antragsgegners anwesend gewesen. Da der äußere Anschein entstehen könnte, dass möglicherweise die Situation des Vorgesetzten in dessen Privatwohnung nicht passend erscheine, würden nun Teambesprechungen nicht mehr in der Wohnung des 2. Antragsgegners stattfinden und finde eine strikte Trennung zwischen privater und beruflicher Sphäre statt (siehe auch sogleich).

Es könne daher nahezu ausgeschlossen werden, dass der 2. Antragsgegner, welcher sich bei der 1. Antragsgegnerin stets als äußerst verlässlich und korrekt erwiesen habe, die Antragstellerin in der von ihr beschriebenen Weise belästigt hätte und habe es keine Hinweise gegeben bzw. gebe es keine Hinweise auf ein – von der Antragstellerin behauptetes – unkorrektes Verhalten des 2. Antragsgegners.

Wenn auch die Verantwortliche, die 1. Antragsgegnerin, Verständnis für die Schilderungen der Antragstellerin aufzubringen vermöge, so ändere dies nichts an der Tatsache, dass diese Darstellungen nicht der Wahrheit entsprechen würden.

Die Antragstellerin habe damals das Verhalten des 2. Antragsgegners ihr gegenüber nicht als unangenehm, als unerwünscht und als unangebracht empfunden. Die ihrerseits tolerierten Äußerungen hätten letztlich kein Ausmaß angenommen, welches ihre Würde beeinträchtigt hätte und von ihr eindeutig unerwünscht gewesen wäre.

Weiters habe die Antragstellerin im vorliegenden Fall gerade keine damit verbundene Angst vor dem Verlust des Arbeitsplatzes gehabt und könne ein daraus resultierender Anspruch somit nicht begründet werden. Die Antragstellerin sei einvernehmlich am 21. Jänner 2010 aus dem Unternehmen ausgeschieden (auf Grund eines längeren Krankenstandes Ende des Jahres 2009) mit der Wiedereinstellungszusage seitens der 1. Antragsgegnerin im Falle der Genesung. Etwa Mitte Februar 2010 sei die Antragstellerin sodann erneut als Arbeitnehmerin der 1. Antragsgegnerin eingestellt worden, jedoch sei sie in der Folge (auch zum jetzigen Zeitpunkt noch) u.a. auf Grund mangelnder Motivation nicht mehr für die 1. Antragsgegnerin tätig.

Im vorliegenden Fall habe die 1. Antragsgegnerin in einem ersten Schritt den Sachverhalt durch verschiedene Personen aus mehreren Blickwinkeln umfassend erhoben.

Um die geschilderten Vorwürfe hintanzuhalten bzw. gar nicht erst eine derartige Situation entstehen zu lassen, setze die 1. Antragsgegnerin geschulte, überregionale „Personalcoaches“ zu Erörterung und der Lösung von Teamkonflikten und persönlichen Problembereichen der Mitarbeiter/innen ein.

Aus diesem Grund sei mit dem 2. Antragsgegner hinsichtlich des generellen Umgangs am Arbeitsplatz mit seinen Mitarbeitern und seiner damit zusammenhängenden „Machtstellung“ am 29. September 2010 ein Gespräch mit Frau Betriebsrätin H, Frau I als Personalcoach, Herrn Mag. J (Rechtsabteilung der 1. Antragsgegnerin) und Herrn K (Personalleiter ...) geführt, wonach auf Grund der individuellen Unterschiede im Arbeitsleben (um nicht die Maßstäbe des Gleichbehandlungsgesetzes zu verletzen) eine höhere Sensibilität im Umgang unter Kollegen bzw. Kolleginnen und zwischen Mitarbeitern bzw. Mitarbeiterinnen sowie sich in Ausbildung befindlichen Mitarbeitern bzw. Mitarbeiterinnen und Vorgesetzten anzulegen sei, um nicht in unbeabsichtigter Weise den Rahmen des für eine andere Person akzeptablen Verhaltens (möglicherweise) zu Überschreiten.

Auf Grund des Vorfalles habe eine intensive Befassung u.a. mit den Fragen des Gleichbehandlungsgesetzes stattgefunden.

Dem 2. Antragsgegner sei dabei deutlich geworden, dass Führungskräfte eine gewisse „Machtposition“ hätten und diese es notwendig mache, sein Verhalten sowie seine Äußerungen gegenüber den Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen anzupassen, da diese nicht dasselbe Niveau haben könnten und so eine mögliche Drucksituation entstehen könne.

Zukünftigen Vorfällen werde durch genannte Maßnahmen durch die 1. Antragsgegnerin angemessene Abhilfe iSd § 6 Abs. 1 Z 2 GIBG geschafft (und komme die 1. Antragsgegnerin sohin ihrer diesbezüglichen Fürsorgepflicht nach). Die 1. Antragsgegnerin habe als Arbeitgeberin sohin eine Lösung innerhalb des Unternehmens erzielt. Dieser Maßnahmenkatalog sei seitens der 1. Antragsgegnerin (Frau H, Betriebsrat) auch Frau Dr.ⁱⁿ L von der GAW mitgeteilt worden und habe diese ein derartiges Vorgehen goutiert. Die Einladung der 1. Antragsgegnerin (Schreiben vom 30. August 2010) zu einer persönlichen Erörterung dieser Maßnahmen sei jedoch ihrerseits bedauerlicher Weise nicht angenommen bzw. diese nicht beantwortet worden.

Daher sei von der 1. Antragsgegnerin wie auch vom 2. Antragsgegner diesbezüglich die größtmögliche Sorgfalt angewendet. Dies auch auf Grund des Umstandes, um derartige Vorfälle in Zukunft hintanhaltend zu können.

Weiters habe die 1. Antragsgegnerin dadurch eine Sensibilisierung der anderen Mitarbeiter/innen im Unternehmen in die Wege geleitet und würden mögliche Belästigungshandlungen hintangehalten.

Zur Glaubwürdigkeit der Schilderungen der Antragstellerin sei noch hinzuzufügen, dass diese wegen einer angeblichen Krankheit nicht zur Arbeit erschienen sei, interessanter Weise jedoch – offensichtlich – gesund genug gewesen sei, in dieser Zeit mit Frau C (einer weiteren Mitarbeiterin) auszugehen.

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 in der mündlichen Befragung getätigten 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:

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des **Geschlechtes** durch eine **sexuelle Belästigung** durch den **2. Antragsgegner, Herrn B**, gemäß **§ 6 Abs. 1 Z 3 GIBG** verwirklicht worden ist, ist zunächst folgendes zu bemerken:

Nach § 6 Abs. 1 GIBG ist nur jene sexuelle Belästigung gemäß dem GIBG als eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes zu werten, die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis des/der betroffenen Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin erfolgt. Das Diskriminierungsverbot richtet sich gegen die Arbeitgeber/innen bzw. gegen dessen/deren Vertreter/innen oder wenn im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis Dritte belästigen.¹

Der/Die unmittelbare Belästiger/in haftet grundsätzlich verschuldensunabhängig. Subjektive Elemente auf Seite der Belästiger/innen bleiben daher außer Betracht. Es ist demnach unerheblich, ob diese die Absicht hatten, zu belästigen.²

Gemäß § 6 Abs. 2 GIBG liegt eine sexuelle Belästigung dann vor, wenn ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten gesetzt wird, das die Würde einer Person beeinträchtigt oder dies bezweckt und für die betroffene Person unerwünscht, unangebracht oder anstößig ist. Zusätzlich muss durch dieses Verhalten eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betroffene Person geschaffen werden oder dies bezweckt werden (Z 1). Als sexuelle Belästigungen sind einerseits solche Verhaltensweisen anzusehen, die von der belästigten Person subjektiv als solche erlebt werden, während es auf die Absicht der belästigenden Person nicht ankommt. Durch die Ergänzung „Verhalten, das eine Beeinträchtigung der Würde bezweckt“ kommt weiters die Fallgestaltung dazu, in der die belästigende Person darauf abzielt, eine andere Person in ihrer Würde zu beeinträchtigen, dies jedoch von der betroffenen Person subjektiv zwar nicht als beleidigend empfunden wird, sie sich aber dennoch dagegen wehren möchte.

Sexuelle Belästigung setzt nach § 6 Abs. 2 GIBG ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten voraus. Der Begriff „Verhalten“ ist dabei weit zu definieren und umfasst neben körperlichen Handlungen auch verbale und nonverbale Verhaltensweisen (d.

¹ Als Dritte iSd § 6 Abs. 1 Z 3 GIBG kommen Personen in Betracht, die vom/von der Arbeitgeber/in und der belästigten Person verschieden sind; so z. B. Arbeitskollegen/Arbeitskolleginnen der belästigten Person, Vorgesetzte, Geschäftspartner/innen oder Kunden/Kundinnen des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin.

² Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 6 Rz 12.

h. Äußerungen, Gesten etc.). Ein Verhalten ist am ehesten dann der sexuellen Sphäre zugehörig, wenn es das biologische Geschlecht der betroffenen Person, deren Intimsphäre oder die biologische Geschlechtlichkeit betreffende Sachverhalte anspricht. Die in Frage kommenden Erscheinungsformen sind vielfältig und reichen vom Erzählen freizügiger Witze, anzüglichen – sei es auch in „Komplimente“ verpackte – Bemerkungen über Figur und sexuelles Verhalten im Privatleben bis hin zu unerwünschten Einladungen mit eindeutiger Absicht, dem Versenden einschlägiger E-Mails oder SMS, dem Konfrontiertwerden mit pornografischen Bildern und Texten, „zufälligen“ Körperberührungen, „Begrapschen“, Po-Kneifen, aufgedrängten Küssen, erzwungenen Umarmungen, dem Versprechen beruflicher Vorteile bei sexueller Willigkeit, der Androhung beruflicher Nachteile bei sexueller Verweigerung, der Zur-schaustellung der Genitalien, sexueller Nötigung und Vergewaltigung.³

Für den/die Belästiger/in muss erkennbar sein, dass das Verhalten für die betroffene Person unerwünscht ist. An das ablehnende Verhalten der betroffenen Person dürfen jedoch keine allzu hohen Ansprüche gestellt werden. Abgelehnt und damit unerwünscht ist ein Verhalten keineswegs erst dann, wenn sich die betroffene Person lautstark zur Wehr setzt; die Ablehnung kann auch schlüssig erfolgen.⁴

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

Der Senat I der GBK hält eingangs fest, dass der mündlichen Befragung der Beteiligten und dem Eindruck, den der erkennende Senat von ihnen gewinnt, eine Schlüsselrolle bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Vorbringens zukommt.

Der erkennende Senat verweist auf die im § 12 Abs. 12 GIBG vorgesehene Beweislastverteilung. Insoweit sich eine von einer Diskriminierung betroffene Person auf einen der diskriminierenden Tatbestände iSd §§ 3, 4, 6 oder 7 GIBG beruft, hat er/sie diesen glaubhaft zu machen. Dem/Der Antragsgegner/in obliegt es dann, bei der Berufung auf §§ 6 oder 7 GIBG zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die vom/von der Beklagten glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

³ U.a. Hess-Knapp, DRdA 2009, 163 (164); Posch in Rebhahn, GIBG (2005) §§ 6, 7 GIBG Rz 76f; OGH 5.6.2008, 9 ObA 18/08z.

⁴ Vgl. OLG Wien 19.1.2005, 9 Ra 163/04p.

Die Antragstellerin brachte vor, dass sich die sexuellen Belästigungen durch den 2. Antragsgegner insbesondere durch Fragen über das Privat- und Sexualleben, das „Angebot“ sie auf Grund ihres Erkrankungsstatus zuzudecken und einzucremen, die Aussage nach der Rückkehr aus einem Krankenstand, dass sie „so fesch sei“ und „abgenommen habe“, die Frage warum sie sich nicht bei der Weihnachtsfeier an ihn „ran-geschmissen“ habe, den Vorfall mit der Rinderzunge, Aussagen wie z. B. dass die Antragstellerin und eine weitere Kollegin „oben ohne“ bedienen könnten, er würde „Sterne für die Brustwarzen besorgen“ und wenn er an einem Freitag einen Umsatz von 2.000,- Euro machen würde, auch einer Kollegin auf den Hintern greifen könnte, das wäre dann keine sexuelle Belästigung, sowie Einladungen in einen Swinger-Club oder eine Single-Bar, geäußert hätten.

Der 2. Antragsgegner hat in seinem Vorbringen stets dem von der Antragstellerin vorgebrachten Vorwurf der sexuellen Belästigung widersprochen.

Der Senat I der GBK gelangte auf Grundlage der getätigten Aussagen der befragten Auskunftspersonen und nach eingehender Durchsicht der vorgelegten Unterlagen zu der Ansicht, dass es dem 2. Antragsgegner nicht gelungen ist, den erkennenden Senat davon zu überzeugen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die von ihm glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen. Vielmehr verhärtete sich durch die Stellungnahme sowie die in der mündlichen Befragung getätigten Aussagen des 2. Antragsgegners für den Senat I der GBK der Eindruck, dass er in Gesprächen mit der Antragstellerin immer wieder Bezug auf ihr Privatleben genommen und zudem belästigende Äußerungen gemacht hat.

Der erkennende Senat stützt sich in seiner Auffassung insbesondere auf Folgendes: Bereits im Vermerk vom 12. Juli 2009 über das Gespräch zwischen dem 2. Antragsgegner, Herrn K und Herrn Mag. J hielt der 2. Antragsgegner fest, dass es sein könne, dass er im Herbst, als die Antragstellerin an einer Halsentzündung erkrankt sei, gesagt habe, sie solle sich gut mit VIC eincremen und – nachdem sie jetzt einen Freund habe –, dass sich dieser entsprechend um sie kümmern solle.

In eben dieser Stellungnahme gab der 2. Antragsgegner weiters an, dass es richtig sei, dass er festgestellt habe, dass die Antragstellerin nach ihrem Krankenstand ent-

sprechend abgenommen habe und dass er ihr ein Kompliment dahingehend gemacht habe, dass ihr diese Gewichtsabnahme gut stehen würde.

In der schriftlichen Stellungnahme der rechtsfreundlichen Vertretung wurde hierzu festgehalten, dass der 2. Antragsgegner die Bemerkung in einer neutralen, freundlichen Art und Weise geäußert habe.

In diesem Zusammenhang hält der Senat I der GBK fest, dass es um die subjektive Wahrnehmung der Antragstellerin – und nicht des 2. Antragsgegners – geht, ob Bemerkungen, wie die genannten, eine sexuelle Belästigung darstellen. Der erkennende Senat gibt zu bedenken, dass diese subjektive Wahrnehmung von Mensch zu Mensch verschieden sein kann und verweist auf die Aussage der Antragstellerin, wonach es ihr am Anfang nicht so aufgefallen sei. Als sie vom längeren Krankenstand zurückgekommen sei, sei es immer ärger geworden. Sie habe öfter zu ihm gesagt, dass sie das nicht wolle.

Zum Vorbringen bezüglich zweideutiger Witze hielt die Antragstellerin fest, dass sie in jeder Firma, in der sie gewesen sei, bei Späßchen immer unterscheiden habe können, was normal sei und was schon zu weit gehe. Dadurch, dass der 2. Antragsgegner sie in diese Witze einbezogen habe, hab sie sich nicht wohlgeföhlt.

Der 2. Antragsgegner entgegnete, Scherze wie sie könnten „als umsatzfördernde Maßnahme oben ohne bedienen“ nicht initiiert zu haben. Er habe sich dem Scherz auch nicht mit der Aussage, er könne „Sterne für die Brustwarzen besorgen“ angeschlossen.

Bezüglich des Vorfalles mit der Rinderzunge gab der 2. Antragsgegner sowohl mündlich als auch schriftlich an, dass es sich hierbei um den Scherz einer ehemaligen Mitarbeiterin, Frau G, gehandelt habe.

Nach Angaben der Antragstellerin war diese zum Zeitpunkt des Vorfalles nicht mehr in der gegenständlichen Filiale tätig. Auch seitens des 2. Antragsgegners konnte dieser Umstand auf Nachfrage des erkennenden Senates nicht endgültig entkräftet werden.

Der Senat I der GBK sieht sich in seiner Ansicht, dass der 2. Antragsgegner sich seinen Mitarbeiterinnen gegenüber eines lockeren zweideutigen Umgangstons bedient zudem durch den Vorfall zwischen ihm und einer ehemaligen Mitarbeiterin, die durch

sein Verhalten ihr gegenüber verängstigt gewesen sei, sowie die Schilderung, dass der 2. Antragsgegner im Zuge einer Filialleiter/innenbesprechung von „seinen Mädels“ gesprochen habe und uneinsichtig auf die diesbezügliche Kritik von Frau I reagiert habe, bekräftigt.

Abschließend zeigt sich der erkennende Senat irritiert davon, dass eine Führungskraft Teambesprechungen bei sich zu Hause abhält.

Die getätigten Aussagen und geschilderten Vorkommnisse haben gegenüber dem erkennenden Senat somit den Eindruck erzeugt, dass es dem 2. Antragsgegner an Unrechtsbewusstsein fehlt, und er dadurch sowohl die im Arbeitnehmer/innenschutzgesetz (ASchG) vorgesehene Sittlichkeitsgrenze als auch die persönliche Intimsphäre der Antragstellerin verletzt hat. Der Senat I der GBK hält es daher für erforderlich, auf den generellen Umgang am Arbeitsplatz hinzuweisen, dass auf Grund der individuellen Unterschiede im Arbeitsleben, insbesondere um die Bestimmungen des GIBG nicht zu verletzen, eine höhere Sensibilität im Umgang unter Kolleginnen und Kollegen und zwischen Mitarbeiterinnen bzw. Mitarbeitern und Vorgesetzten anzulegen ist, um nicht den Rahmen des für eine andere Person akzeptablen Verhaltens zu überschreiten.

Abschließend ist es dem Senat I der GBK wichtig zu betonen, dass belästigte Personen mit derartigen Übergriffen unterschiedlich umgehen und unterschiedlich lange brauchen, um eine sexuelle Belästigung zu verarbeiten. Aus Furcht den Arbeitsplatz zu verlieren, und/oder die Auszahlung arbeitsrechtlicher Ansprüche (wie Abfertigungen, Prämien, etc.) zu gefährden, ist es für den Senat I der GBK auf Grund seiner langjährigen Erfahrung in Hinblick auf die in der Praxis bestehenden Verknüpfungen von Hierarchie, Macht und sexueller Belästigung erklärbar, wieso die Antragstellerin nicht sofort einen Antrag an den Senat I der GBK gestellt hat, sondern zunächst ihrer Arbeit weiter nachgegangen ist und für den erkennenden Senat nachvollziehbar versucht hat, trotz der belastenden Situation, ein gutes Einvernehmen mit dem 2. Antragsgegner, der ihr direkter Vorgesetzter war, herzustellen. Diese Intention verfolgt auch der österreichische Gesetzgeber, der im § 15 Abs. 1 GIBG eine Verjährungsfrist von einem Jahr für die Geltendmachung von Ansprüchen auf Grund einer sexuellen

Belästigung vorsieht. In der herrschenden Judikatur⁵ und Lehre⁶ herrscht ebenso die Auffassung, dass Belästiger/innen Sexualität einsetzen, um ihre Macht zu missbrauchen. Der Tatbestand der sexuellen Belästigung stellt stets einen Eingriff in die Menschenwürde der belästigten Personen dar, der inakzeptabel ist.

Nach Auffassung des Senates I der GBK liegt somit eine **sexuelle Belästigung** durch den 2. Antragsgegner gegenüber der Antragstellerin vor.

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des **Geschlechtes** durch die **Arbeitgeberin, X GmbH**, gemäß **§ 6 Abs. 1 Z 2 GIBG**, ob diese es **schuldhaft unterlassen** hat, im **Falle einer sexuellen Belästigung durch Dritte**, eine auf Grund gesetzlicher Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages **angemessene Abhilfe zu schaffen**, verwirklicht worden ist, ist zunächst folgendes zu bemerken:

§ 6 Abs. 1 Z 2 GIBG enthält eine Konkretisierung der allgemeinen Fürsorgepflicht.⁷ Danach haben Arbeitgeber/innen auch dafür zu sorgen, dass die Persönlichkeitssphäre der in den Betrieb eingegliederten Arbeitnehmer/innen nicht durch Belästigungen durch andere Arbeitnehmer/innen beeinträchtigt wird.⁸ Neben der Vornahme der im Einzelfall gebotenen Abhilfemaßnahmen sind Arbeitgeber/innen gut beraten, schon präventiv eine „Unternehmenskultur“ zu entwickeln, in der Belästigungen aller Art grundsätzlich verpönt sind und es möglichst gar nicht so weit kommt.⁹

„Angemessen“ ist die Abhilfe dann, wenn sie geeignet ist, die belästigte Person vor weiteren Belästigungen zu schützen. Hierfür stehen dem/der Arbeitgeber/in auf Grund seiner/ihrer betrieblichen Organisationsgewalt und Stellung im Arbeitsverhältnis ausreichende Mittel zur Verfügung, die nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit anzuwenden sind.¹⁰

Das Ersuchen um Abhilfe ist jedenfalls an den/die Arbeitgeber/in – bei juristischen Personen an das vertretungsbefugte Organ (Vorstandsmitglied, Geschäftsführer/in etc.) – oder an jene Person zu richten, die vom/von der Arbeitgeber/in mit der Wahr-

⁵ Vgl. 9 ObA 18/08z, 9 ObA 143/03z, 9 ObA 292/99b

⁶ Vgl. Linde, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, BB 1994, 2412 (2415 f)

⁷ Siehe dazu § 1157 ABGB, § 18 Abs. 4 AngG etc.

⁸ OGH 26.8.2004, 8 Ob 3/04f, ZAS 2005/44 (Posch); ARD 5608/13/2005 (Adamovic); VwGH 21.9.2005, 2002/09/0135.

⁹ Vgl. Mazal, Belästigung in der Arbeitswelt – Abhilfe durch Unternehmenskultur! ecolex 2009, 460 (462).

¹⁰ RV 735 BlgNR 18. GP 32f.

nehmung der Fürsorgepflicht im Allgemeinen bzw. der Abhilfe im Speziellen betraut wurde. Es bleibt Arbeitgeber/innen selbstverständlich unbenommen, die Abhilfepflichtung zu delegieren; der allfälligen Haftung für die unterlassene Abhilfe können sie sich damit aber nicht „entledigen“.¹¹

Um ein schuldhaftes Unterlassen annehmen zu können, muss dem/der Arbeitgeber/in das Vorliegen einer Abhilfe gebietenden Situation entweder bekannt oder zumindest erkennbar sein. Der/Die Arbeitgeber/in haften daher nicht, wenn sie von der sexuellen Belästigung eines/einer Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin weder wussten noch wissen mussten und daher aus ihrer Sicht für allfällige Abhilfemaßnahmen keine Veranlassung bestand. Liegt zumindest Erkennbarkeit vor, kommt es auf eine besondere „Bekanntgabe“ durch die betroffene Person nicht mehr an, um die Abhilfepflichtung des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin auszulösen.¹²

Die Antragstellerin gab an, der Betriebsrätin, Frau H, telefonisch von den sexuellen Belästigungen erzählt zu haben. Diese habe gemeint, sie solle Frau D anrufen. Die Antragstellerin habe ab Ende Februar begonnen, die sexuellen Belästigungen zu melden. Frau D habe immer abgeblockt und das Thema gewechselt. Sie sei dann immer auf die mangelnde Teamarbeit des gesamten Teams zu sprechen gekommen.

Keine der weiteren befragten Auskunftspersonen konnten das Vorbringen der Antragstellerin abschließend bestätigen. Auf Nachfrage des erkennenden Senates zeigte sich jedoch auch, dass die Auskunftspersonen die in Frage stehende Situation nicht mehr vollständig aus ihren Erinnerungen rekonstruieren konnten und somit auch nicht entkräftet werden konnte, dass die Antragstellerin bei Frau H bzw. Frau D die sexuellen Belästigungen durch den 2. Antragsgegner gemeldet hat.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des GIBG ist dies der 1. Antragsgegnerin zuzurechnen und konnte somit nicht der Beweis erbracht werden, dass sie deshalb keine Abhilfemaßnahmen gesetzt hat, da ihr die Vorfälle nicht bekannt waren.

¹¹ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 6 Rz 10

¹² Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 6 Rz 13

Es liegt somit ein **schuldhaftes Unterlassen der 1. Antragsgegnerin** im Falle einer sexuellen Belästigung durch Dritte gegenüber der Antragstellerin **angemessene Abhilfe zu schaffen** vor.

Der Senat I der GBK hebt in diesem Zusammenhang das Bemühen der 1. Antragsgegnerin hervor, nunmehr bei Vorfällen sexueller Belästigung entsprechende Abhilfemaßnahmen zu ergreifen und ihrer Fürsorgepflicht gegenüber den Mitarbeiter/innen des Unternehmens nachzukommen.

Zur Beurteilung des beantragten Tatbestandes der **Verletzung des Benachteiligungsverbotes** gemäß **§ 13 GIBG** ist Nachstehendes festzuhalten:

Das Benachteiligungsverbot gemäß § 13 GIBG bezieht sich auf jegliche Reaktion des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin auf eine Beschwerde wegen einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes oder die Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebotes. Es geht dabei nicht nur um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern auch um andere Formen der Benachteiligung, wie das Absehen von einer in Aussicht gestellten Beförderung, Versetzung, Nichterhalten von Gehaltserhöhungen und anderes mehr.

Der Regelungszweck des Benachteiligungsverbotes ist somit eine Verstärkung des Rechtsschutzes für jene Arbeitnehmer/innen, die sich in eigener Sache oder im Interesse von Arbeitskollegen und Arbeitskolleginnen mit rechtlich anerkannten Mitteln gegen vermutliche Diskriminierungen durch ihre Arbeitgeber/innen wenden. Die benachteiligende Reaktion des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin muss in einem plausiblen Zusammenhang mit dem Auftreten des Arbeitnehmers bzw. der Arbeitnehmerin stehen, wobei auch ein gewisser zeitlicher Konnex gegeben sein muss. Ob im Einzelfall eine Benachteiligung nach § 13 GIBG vorliegt, ist nach einem objektiven Maßstab zu beurteilen. Es reicht daher nicht aus, dass ein bestimmtes Verhalten des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin von dem betroffenen Arbeitnehmer bzw. der betroffenen Arbeitnehmerin subjektiv als benachteiligend empfunden wird.

Arbeitnehmer/innen, die eine Verletzung des Benachteiligungsverbotes in einem Rechtsstreit geltend machen, können sich nach § 13 letzter Satz GIBG auf die im § 12 Abs. 12 GIBG festgelegte Erleichterung der Beweisführung stützen.

Auf Grundlage der getätigten Aussagen der Auskunftspersonen und nach eingehender Durchsicht der vorgelegten Unterlagen gelangte der erkennende Senat zur Ansicht, dass das Arbeitsverhältnis der Antragstellerin nicht auf Grund der Beschwerde über sexuelle Belästigungen durch den 2. Antragsgegner beendet worden ist.

Der Senat I der GBK kam vielmehr zur Auffassung, dass die fristlose Entlassung durch das Nichterscheinen der Antragstellerin zum Dienst bedingt war und somit keine benachteiligende Reaktion der 1. Antragsgegnerin iSd § 13 GIBG darstellt.

Aus Sicht des Senates I der GBK ist es daher zu **keiner Verletzung des Benachteiligungsverbot**es durch die 1. Antragsgegnerin gekommen.

Gemäß § 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz hat der Senat, wenn er der Auffassung ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, dem/der Arbeitgeber/in 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 § 12 Abs. 4 GBK/GAW-Gesetz nicht nachgekommen, kann jeder 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 seitens des Senates I der GBK gemäß § 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz folgender **Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes dem 2. Antragsgegner, Herrn B**, erteilt und aufgefordert, die Diskriminierung zu beenden:

Leistung eines angemessenen Schadenersatzes.

Wien, 27. März 2012

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK