

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 11. Mai 2022 über den am 15. Juli 2020 eingelangten Antrag der rechtsfreundlichen Vertretung von **A, MBA (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes bei den sonstigen Arbeitsbedingungen** gemäß **§ 3 Z 6 GIBG** (BGBl I Nr 66/2004 idgF) durch die **Z AG (Erstantragsgegnerin)**, aufgrund der **ethnischen Zugehörigkeit durch eine Belästigung durch Dritte** gemäß **§ 21 Abs 1 Z 3 GIBG** durch **Mag. Y (Zweitantragsgegner)** und aufgrund der **ethnischen Zugehörigkeit durch schuldhaftes Unterlassen des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin im Falle einer Belästigung durch Dritte eine nach den gesetzlichen Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages angemessene Abhilfe zu schaffen** gemäß **§ 21 Abs 1 Z 2 GIBG** durch die **Erstantragsgegnerin** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl II Nr 396/2004 idgF), zu GZ GBK I/966/20-M, zu folgendem

PRÜFUNGSERGEBNIS:

1. **A, MBA ist nicht aufgrund des Geschlechtes bei den sonstigen Arbeitsbedingungen gemäß § 3 Z 6 GIBG durch die Z AG diskriminiert worden.**
2. **A, MBA ist aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit durch eine Belästigung durch Dritte gemäß § 21 Abs 1 Z 3 GIBG durch Mag. Y diskriminiert worden.**
3. **A, MBA ist aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit durch schuldhaftes Unterlassen des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin im Falle einer Belästigung durch Dritte eine nach den gesetzlichen Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages angemessene Abhilfe zu schaffen gemäß § 21 Abs 1 Z 2 GIBG durch die Z AG diskriminiert worden.**

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

¹ Vgl. zB VfSlg. 19.321.

VORBRINGEN

Im Antrag wurde im Wesentlichen Folgendes vorgebracht:

Die Antragstellerin sei seit März 2016 bei der Erstantragsgegnerin in der Controlling-Abteilung als Group-Controllerin angestellt gewesen. Sie sei Staatsangehörige von Land 1.

Im April 2017 habe sie die Möglichkeit gehabt, ein Kind zu adoptieren. Daraufhin sei sie für die Dauer eines Jahres in Karenz gegangen und habe einen Dienstvertrag für eine geringfügige Beschäftigung für 00. Mai 2017 bis 00. April 2018 abgeschlossen. Für Ende Juni bis Mitte September 2018 habe sie mit der Erstantragsgegnerin drei Monate unbezahlten Urlaub vereinbart. Mit der Vereinbarung vom 00. Mai 2017 sei das Recht eingeräumt worden, nach der Rückkehr aus der Karenz eine Elternteilzeitvereinbarung bis zum 7. Lebensjahr des Kindes abzuschließen. So sei es ab September 2018 auch erfolgt. Von da an habe die Antragstellerin 25 Wochenstunden gearbeitet. Das Ausmaß habe sich mit dem 3. Geburtstag des Kindes, sohin am 00. April 2020, auf 32 Wochenstunden erhöhen sollen.

Von Beginn an habe die Antragstellerin den Eindruck gehabt, dass ihr unmittelbarer Vorgesetzter Mag. X, der Leiter der Controlling-Abteilung, den Vereinbarungen – insbesondere der Teilzeitvereinbarung – ablehnend gegenübergestanden sei.

Das Arbeitspensum der Antragstellerin sei nicht in der vereinbarten Zeit zu erledigen gewesen. Das habe unter anderem dazu geführt, dass die Antragstellerin im Homeoffice Überstunden gemacht habe. Ihre Bitte nach einer Arbeitsentlastung durch ihre Kollegen/Kolleginnen sei abgelehnt worden.

Mit Beginn der Elternteilzeit im September 2018 habe der Kollege und Zweitantragsgegner Mag. Y begonnen, abfällige Bemerkungen über Menschen, die aus Region 1 stammen, zu machen. Beispielsweise habe er gemeint, diese seien unfähig, bestimmte Dinge zu begreifen, sie seien „anders“. Die Antragstellerin sei sehr unangenehm berührt gewesen, habe das Gespräch mit ihm gesucht und ihn gebeten, solche Aussagen zu unterlassen. Er habe darauf aber überhaupt nicht reagiert und sei wortlos weggegangen.

Im Oktober 2018 habe die Antragstellerin ihren Vorgesetzten Mag. X ersucht, etwas gegen diese rassistischen Äußerungen zu unternehmen. Sie habe allerdings das Gefühl gehabt, nicht ernst genommen zu werden. Die Antwort ihres Vorgesetzten sei gewesen, dass der Kollege „das bestimmt nicht so gemeint habe“.

Die Äußerungen des Zweitantragsgegners seien in der geschilderten Tonart weitergegangen. Daher habe die Antragstellerin im Dezember 2018 eine Einladung an den Zweitantragsgegner und Mag. X zu einer Besprechung verschickt, die allerdings von beiden nicht beantwortet worden sei.

Ihr Vorgesetzter habe ihr auf Rücksprache mitgeteilt, dafür keine Zeit zu haben. Er werde zu

einem späteren Zeitpunkt darüber sprechen. Auch ein paar Tage später habe er aber keine Zeit gehabt.

Die Antragstellerin habe das Gefühl bekommen, dass ihr Vorgesetzter ihre Arbeit ab diesem Zeitpunkt vermehrt kritisiert habe. Dies habe er auch vor Kolleginnen getan, was ihr ausgesprochen unangenehm gewesen sei. Die Kritik sei auch sachlich nicht gerechtfertigt gewesen.

Die Zusammenarbeit mit dem Zweitantragsgegner habe sich zunehmend schwieriger gestaltet. Die Antragstellerin und er seien gemeinsam für die Monatsberichte zuständig gewesen und haben sich alle drei Monate abwechseln müssen. Damit dies funktioniere, sei eine reibungslose Übergabe notwendig. Der Zweitantragsgegner habe jedoch begründungslos ab Jänner 2019 keine Übergabeerklärungen angefertigt, sodass der Antragstellerin viele Informationen gefehlt haben, die sie erst mühsam bei anderen Kollegen/Kolleginnen habe einholen müssen.

Die Monatsberichte würden mit einem speziellen Computerprogramm, dem ..., erstellt werden. Die Antragstellerin habe im Jänner 2019 um eine Einschulung für das System gebeten. Bekommen habe sie nur ein fünfminütiges Gespräch und einen schriftlichen Leitfaden, in dem sich umgangssprachliche Ausdrücke befinden würden. Sie sei auf Hilfe von Kollegen/Kolleginnen angewiesen gewesen. Diese sei ihr aber „hinter ihrem Rücken“ vom Vorgesetzten untersagt worden.

Als die Antragstellerin ihren Vorgesetzten nach einem Gespräch gefragt habe, habe er sie auf das Mitarbeitergespräch im Mai 2019 verwiesen. Bei diesem Termin habe sie die rassistischen Kommentare des Zweitantragsgegners und andere bereits oben geschilderte Probleme thematisiert. Dieses Gespräch sei protokolliert worden. Im Protokoll habe die Antragstellerin aber keine ihrer vorgebrachten Kritikpunkte gefunden. Ihr Vorgesetzter habe gemeint, sie könne die Punkte selbst als Kommentar ergänzen.

Für die Antragstellerin habe sich keine Besserung abgezeichnet. Sie sei zum Leiter der Personalabteilung Dr. W gegangen. Dieser habe ihr versprochen, sich mit Mag. X und Mag.^a V aus der Personalabteilung darüber auszutauschen. Der Antragstellerin sei vermittelt worden, dass man das Thema intern regeln habe wollen, ohne einen externen Mediator/eine externe Mediatorin beizuziehen.

Am 00. September 2019 habe das erste Gespräch mit Mag. U, dem nunmehr Zuständigen in der Personalabteilung, stattgefunden. Das diesbezügliche Protokoll sei abermals sehr lückenhaft gewesen. Die Themen Ausgrenzung und die getroffene Vereinbarung, die Antragstellerin wieder im Team zu integrieren, seien plötzlich nicht mehr erwähnt worden.

Die Antragstellerin habe einmal mehr um die Beziehung eines externen Mediators ersucht. Mag. U habe ihr aber mitgeteilt, dass Mag. X eine interne Lösung wünsche.

In der Folge sei ein weiterer Gesprächstermin in Aussicht gestellt worden. Die Antragstellerin

habe sich mit ihrem Anliegen an die GAW gewandt. Dies habe sie der Erstantragsgegnerin am 00. September 2019 auch mitgeteilt. Am 00. September 2019 sei sie plötzlich dienstfrei gestellt und von zwei Personen aus dem Büro eskortiert worden.

Die Dienstfreistellung bestehe seither jedenfalls bis zum Zeitpunkt der Antragstellung. Für die Antragstellerin sei ein Nachweis einer aktiven Tätigkeit, nicht zuletzt aufgrund ihres Alters (49 Jahre) essentiell für ihre weitere berufliche Laufbahn gewesen. Sie habe arbeiten wollen.

Ein anwaltliches Schreiben vom 00. Dezember 2020 an die Rechtsvertretung der Erstantragsgegnerin sei unbeantwortet geblieben.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der rechtsfreundlichen Vertretung der Erstantragsgegnerin und des Zweitantragsgegners übermittelten Stellungnahme vom 23. Oktober 2020 und in der ergänzten Stellungnahme vom 1. März 2022 bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Die Erstantragsgegnerin und der Zweitantragsgegner weisen die Vorwürfe zurück, der Sachverhalt entspreche nicht den Tatsachen. Die Erstantragsgegnerin beschäftige mehr als 1.000 Mitarbeiter/Mitarbeiterinnen auf dem Markt der Region 1. Es werde auf ihren Code of Conduct und die Auszeichnung als familienfreundliches Unternehmen verwiesen.

Der Vorgesetzte der Antragstellerin, Mag. X, sei selbst Vater von drei jungen Kindern. In derselben Abteilung seien weitere Personen in Elternteilzeit und es gebe eine gute Work-Life-Balance. Das Aufgabenspektrum sei adäquat gewesen. Die Antragstellerin habe für ein vergleichbares Aufgabengebiet sogar mehr Stunden als andere Angestellte zur Verfügung gehabt. Aus ihren Arbeitsaufzeichnungen würde sich außerdem ein negativer Saldo an verzeichneten Stunden ergeben.

Die Antragstellerin habe abends keine Arbeit nachholen müssen, lediglich nach 14.30 Uhr, da ihr Stundenkonto ein erhebliches Minus aufgewiesen habe. Demzufolge habe sie im Zeitraum September/Oktober 2018 bis August/September 2019 vier Monate mehr Stunden gearbeitet und sei sieben Monate unter ihrem geforderten Stundenpensum geblieben. Insgesamt ergebe sich ein Gesamtminussaldo von etwa 60 Stunden. Dafür habe es keine Konsequenzen gegeben.

Die Kritik an der Antragstellerin sei sachlich und konstruktiv gewesen. Ihre Arbeitsleistung sei in vielen Bereichen mangelhaft gewesen und ihr Arbeitspensum weiter verkleinert worden. Betreffend das Computerprogramm sei anzumerken, dass sie einen Leitfaden erhalten habe, mit dem die Grundlagen im Selbststudium angeeignet werden könnten. Darüber hinaus habe es spezifische Einschulungen im Team gegeben. Die Antragstellerin habe sogar ein offizielles Training eines externen Beratungsunternehmens erhalten. Die Teilnahmebestätigung vom 00.

Oktober 2016 sei beigelegt worden. Aus dem Team habe es bereits Beschwerden darüber gegeben, dass die Antragstellerin viele und oftmals dieselben Fragen stelle, ohne sich entsprechende Notizen zu machen.

Der Vorwurf zu den rassistischen Bemerkungen werde zurückgewiesen und entspreche nicht den Tatsachen. Vielmehr habe es eine fachliche Diskussion gegeben, da die von den Tochtergesellschaften aus Region 1 gelieferten Zahlen nicht der Qualität von denen aus Europa entsprechen würden.

Die Antragstellerin habe sich im Dezember 2019 mit den Rassismusbewerfen an ihren Vorgesetzten gewandt. Daraufhin habe Mag. X ein Gespräch mit dem Zweitantragsgegner geführt und ein 6-Augengespräch vorgeschlagen. Die Antragstellerin habe dies aber als nicht mehr notwendig abgelehnt.

Im Mai 2019 habe ein vierstündiges Mitarbeitergespräch zwischen Mag. X und der Antragstellerin stattgefunden. Dieses habe erst um 10.15 Uhr statt um 10.00 Uhr beginnen können, da die Antragstellerin erst um diese Uhrzeit in der Abteilung eingetroffen sei. Bei diesem Termin habe sie keine Diskriminierung erwähnt, sie habe allerdings das Isolations-Gefühl mitgeteilt. Im Anschluss sei ihr das Protokoll mit dem Ersuchen um Ergänzung zugestellt worden, was bis zuletzt nicht passiert sei.

Erst im E-Mail vom 00. Juli 2019 seien abermals Rassismusbewerfe erhoben worden. Nach einem Gespräch mit Mag. U von der Personalabteilung seien von ihm die nächsten Schritte per E-Mail ausgesendet worden. Unter seiner Moderation und unter Einbeziehung einer internen Mediatorin habe ein weiteres Gespräch stattfinden sollen. Allerdings sei die Antragstellerin nicht bei diesem Termin erschienen, sondern habe ein Interventionsschreiben der GAW angekündigt, obwohl sie dem Bereichsleiter Finance und Vorgesetztem von Mag. X, Mag. T, zugesagt habe, den Gesprächstermin abzuwarten.

Ab 00. September 2019 sei die Antragstellerin aufgrund ihres Verhaltens gegenüber Mag. X, ihren Kollegen/Kolleginnen und aufgrund ihrer emotionalen Verstrickung vom Dienst freigestellt worden. Eine sachliche Lösung sei auch durch die Verweigerung weiterer Gespräche durch die Antragstellerin nicht möglich gewesen. Die Dienstfreistellung sei unausweichlich geworden.

Im parallelen Gerichtsverfahren 0000 ergebe ein Sachverständigengutachten vom 00. Dezember 2021 von MMag. B, dass die Antragstellerin mit hoher Wahrscheinlichkeit als durchschnittlich vermittelbar gelte und mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Arbeitssuchdauer von vier bis sechs Monaten, mit geringer Wahrscheinlichkeit von sieben bis neun Monaten, in Kauf nehmen müsse. Ihre maximale Einkommensbuße betrage ab Ende ihrer Arbeitssuchdauer mit hoher Wahrscheinlichkeit 12,8 bis 16,5 %.

Bezüglich des Arbeitspensums habe eine Kollegin der Antragstellerin, S, ausgesagt, dass es im

Vergleich zu ihrem nicht zu viel gewesen sei. Das Pensum der Antragstellerin sei sogar noch verringert worden.

Die Antragstellerin sei bei der Erledigung ihrer Aufgaben auf Unterstützung angewiesen gewesen und habe damit ihre Kollegen/Kolleginnen belastet. R, die ebenfalls eine ihrer Kolleginnen war, habe ausgesagt, dass sie oft nachgefragt habe und es für alle zu viel gewesen sei. Auch in anderen Abteilungen hätten sich Mitarbeiter/Mitarbeiterinnen beschwert. Ihre Arbeit sei mangelhaft gewesen und sie habe ihre Hauptaufgabe bis zum Schluss nicht selbständig geschafft.

Die Antragstellerin habe nicht nur den Leitfaden für das Computerprogramm, sondern auch eine externe Schulung erhalten. Ihre Kollegen/Kolleginnen hätten ihr ebenso regelmäßig geholfen.

Für die Freistellung sei nicht das Geschlecht, sondern es seien die unterdurchschnittliche Arbeitsleistung der Antragstellerin und die durch sie erzeugte Unruhe ausschlaggebend gewesen. Die Antragstellerin habe es seit zwei Jahren unterlassen, sich für einen vergleichbaren Posten zu bewerben oder das Vertragsverhältnis aufzukündigen. Die Erstantragsgegnerin habe für die Freistellung frustrierte Lohnkosten von EUR 85.000,- in Kauf genommen.

Was den Sachverhalt rund um den Zweitantragsgegner betrifft, hätten drei Teamkolleginnen vor Gericht ausgesagt, nichts davon mitbekommen zu haben und ihn auch nicht so einzuschätzen. Die Antragstellerin selbst habe gemeint, dass er immer nur gesagt habe, dass Menschen aus Region 1 das nicht schaffen würden.

Mag. X habe ausgesagt, dass er mit dem Zweitantragsgegner geredet habe. Dieser habe ihm erzählt, dass die Arbeitsweise der Finanz zwischen Menschen der Region 1 und Westeuropäern/Westeuropäerinnen nicht vergleichbar sei. Daraufhin habe er ihn gebeten, das zu unterlassen. Es hätten ein langes Mitarbeitergespräch und viele sonstige Gespräche gefolgt.

PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen der Antragstellerin, der Erstantragsgegnerin und des Zweitantragsgegners sowie die mündliche Befragung der Antragstellerin und von Q (informierte Vertreterin der Erstantragsgegnerin) vom 26. April 2022 und des Zweitantragsgegners vom 15. März 2022). Als weitere Auskunftspersonen wurden X, U, P und N am 15. März 2022 sowie V am 26. April 2022 befragt. Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf die vorgelegten Gerichtsprotokolle der parallel geführten Verfahren vor dem ASG und die E-Mail-Korrespondenz zwischen der Antragstellerin und der Personalabteilung.

BEGRÜNDUNG²

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

„§ 3. Auf Grund des Geschlechtes, insbesondere unter Bezugnahme auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat darf im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht [...]

6. bei den sonstigen Arbeitsbedingungen, [...]“

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

2. 2. durch den/die Arbeitgeber/in dadurch diskriminiert wird, indem er/sie es schuldhaft unterlässt, im Falle einer Belästigung durch Dritte (Z 3) eine auf Grund gesetzlicher Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages angemessene Abhilfe zu schaffen,

3. durch Dritte in Zusammenhang mit seinem/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 §§ 3, 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.

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

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

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung des Vorwurfes einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes und der ethnischen Zugehörigkeit ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem Sachverhalt aus:

Die Antragstellerin war seit März 2016 bei der Erstantragsgegnerin als Group-Controllerin angestellt. Sie ist aus Land 1 und nahm im April 2017 die Möglichkeit wahr, ein Kind zu adoptieren. Aus diesem Grund ging sie für ein Jahr in Karenz. Für den Zeitraum von 00. Mai 2017 bis 00. April 2018 schloss sie mit der Erstantragsgegnerin einen zusätzlichen Dienstvertrag über eine geringfügige Beschäftigung ab. Mit gesonderter Vereinbarung vom 00. Mai 2017 wurde ihr das Recht eingeräumt, nach ihrer Rückkehr aus der Karenz eine Elternteilzeitvereinbarung bis zum 7. Lebensjahres ihres Kindes abzuschließen, obwohl sie die diesbezüglichen gesetzlichen Voraussetzungen zum damaligen Zeitpunkt noch nicht erfüllt hatte.

Ab September 2018 arbeitete die Antragstellerin im Ausmaß von 25 Wochenstunden im Rahmen der Elternteilzeitvereinbarung. Ab dem 00. April 2020, dem 3. Geburtstag ihres Sohnes, sollte sich dieses Ausmaß auf 32 Wochenstunden erhöhen.

Die Antragstellerin erhielt den Eindruck, dass ihr unmittelbarer Vorgesetzter, der Leiter der Controlling-Abteilung, Mag. X, der Teilzeitvereinbarung und damit verbundenen Tatsache, dass sie nun ein Kind hatte, ablehnend gegenüberstand. Sie hatte Schwierigkeiten, das ihr zugeweilte Arbeitspensum in der vorgegebenen und vereinbarten Arbeitszeit zu erledigen. Seit der Geburt ihres Sohnes war sie im Hinblick auf ihre Arbeitsstunden weniger flexibel geworden, unter anderem aufgrund der Tatsache, dass sie ihn rechtzeitig vom weit entfernten Kindergarten abholen musste.

Die Arbeitsaufgaben der Antragstellerin hatten sich im Vergleich zur Zeit vor dem Antritt ihrer Karenz inhaltlich verändert, da sie, bevor ihr Sohn in ihr Leben getreten war, ein größeres Projekt rund um eine Konsolidierung zu betreuen hatte, das 2017 bereits abgeschlossen war. Daher betreute und buchte sie nunmehr mehrere und zum Teil andere Gesellschaften als zuvor, was allerdings nicht bedeutete, dass sie Aufgaben im selben Ausmaß wie zur Zeit ihrer Vollzeitanzstellung zu bewältigen hatte.

Im September 2018 — mit Beginn der Elternteilzeit — begann ihr Kollege, der Zweitantragsgegner, abfällige Bemerkungen über Menschen aus Region 1 zu machen. So meinte er, dass sie unfähig wären, bestimmte Dinge zu begreifen und einfach „anders“ sind. Es gab deutliche Qualitäts-Unterschiede bei der Daten- und Zahlenlieferung aus unterschiedlichen Ländern. Neben Land 2 und einigen Staaten der Region 2 war die Qualität der Lieferung von Mitarbeitern/Mitarbeiterinnen aus Region 1 in den Augen einiger Kollegen/Kolleginnen der Antragstellerin in der Controlling-Abteilung nicht mit jener in Österreich zu vergleichen. Darüber wurde innerhalb des Teams gesprochen.

Als sich die Antragstellerin in einer Pause in die Küche der Erstantragsgegnerin begab, traf sie dort auf den Zweitantragsgegner, der sich abfällig über Menschen aus Region 1 äußerte, wobei niemand anderer außer den beiden anwesend war.

Die Antragstellerin war von dieser Situation sehr unangenehm berührt. Sie sprach den Zweitantragsgegner an und fragte, ob er nicht wisse, dass sie aus Land 1 sei. Sie bat ihn, derartige Äußerungen zu unterlassen. Der Zweitantragsgegner reagierte darauf nicht.

Sie suchte das Gespräch bei ihrem Vorgesetzten X und bat ihn, etwas gegen die rassistischen Äußerungen des Zweitantragsgegners zu unternehmen. Dabei hatte sie das Gefühl, dass man sich ihres Anliegen nicht angenommen hatte. Ihr Vorgesetzter habe ihr mitgeteilt, dass ihr Kollege das bestimmt nicht so gemeint habe. Überdies vermittelte er ihr vermehrt das Gefühl, für sie und dieses Thema keine Zeit zu haben.

X führte daraufhin ein Vier-Augengespräch mit dem Zweitantragsgegner, was dazu führte, dass der Zweitantragsgegner Abstand zur Antragstellerin suchte und einen neuen Arbeitsplatz im gleichen Büro auswählte, um räumlich getrennt zu sein.

Die Antragstellerin und der Zweitantragsgegner waren allerdings zu zweit für das Erstellen von Monatsberichten zuständig. Dabei wechselten sie sich alle drei Monate ab, weshalb eine reibungslose Übergabe notwendig war. In dem Zusammenhang waren Kenntnisse des Computerprogramms notwendig, mit dem die Antragstellerin immer wieder Schwierigkeiten hatte. Sie ersuchte um Einschulungen, da die von der Erstantragsgegnerin zur Verfügung gestellten Informationen und Ressourcen für sie nicht ausreichend und verständlich genug erschienen, um selbständig zu arbeiten. Dies führte dazu, dass sie sich oftmals mit Fragen an ihre Kollegen/Kolleginnen gewandt hatte, die sich vereinzelt bei ihrem Vorgesetzten beschwert hatten. Auch aufgrund der Tatsache, dass es sich oftmals um dieselben Fragen handelte und die Antragstellerinnen keine Notizen anfertigten. Daher beschloss X, sie zu bitten, die Antragstellerin bei Fragen direkt zu ihm zu schicken, damit er den Überblick behalten kann und die anderen Angestellten nicht bei ihrer Arbeit gestört werden.

Der Antragstellerin kam es so vor, als ob ihre Arbeit von da an vermehrt kritisiert wurde. X zögerte auch nicht, vor ihren Kollegen/Kolleginnen Kritik zu üben.

Dadurch entstand bei der Antragstellerin ein Gefühl der Isolation und Distanz zu ihren Kollegen/Kolleginnen. Sie versuchte abermals mit ihren Vorgesetzten zu sprechen. Dieser verwies sie auf ihr ... Mitarbeitergespräch, das im Mai 2019 stattfand. In diesem vierstündigen Gespräch erwähnte die Antragstellerin die rassistischen Kommentare des Zweitantragsgegners und schilderte darüberhinausgehende Probleme und Schwierigkeiten betreffend ihre Situation am Arbeitsplatz. Das daraufhin erstellte Protokoll beinhaltete nicht alle von der Antragstellerin angesprochenen Agenden. Für sie hatten sich die Umstände trotz des ausführlichen Gesprächs nicht gebessert.

Die Antragstellerin berichtete ihrem Kollegen P aus der Personal Controlling-Abteilung von ihrer Lage, wobei der Zeitpunkt nicht festgestellt werden konnte. Sie teilte ihm mit, dass es ihr nicht gut ging und sie sich von einem Kollegen gemobbt und diskriminiert fühlte. Überhaupt sei das Verhältnis zu ihren Kollegen/Kolleginnen und ihrem Abteilungsleiter nicht gut. P informierte im Anschluss an das Gespräch V, die Leiterin des Teams Business Partner. V traf allerdings nur bei einem Termin im April 2019 gemeinsam mit X persönlich auf die Antragstellerin. Dabei ging es aber insbesondere um Ungereimtheiten bzgl. der Inanspruchnahme von Homeoffice.

Sie wandte sich an den Leiter der Personalabteilung W, der ihr versicherte, diesbezüglich mit X und V zu sprechen. Die Antragstellerin schlug vor, einen externen Mediator/eine externe Mediatorin beizuziehen, um Neutralität in den Fall zu bringen. Die Erstantragsgegnerin bevorzugte allerdings eine interne Regelung. Daher wandte sich U an Q, die bei der Erstantragsgegnerin für arbeitsrechtliche Angelegenheiten verantwortlich war und die Ausbildung zur Mediatorin absolviert hatte. Bis zu dieser Anfrage war sie bei der Erstantragsgegnerin allerdings noch nicht als Mediatorin eingesetzt worden. Sie bat U, ihr vorab keine Details zu dem Fall bzw. der Situation in der betroffenen Abteilung zu verraten, um möglichst unvoreingenommen zu bleiben. Zu dem geplanten Gespräch mit Q kam es allerdings nicht.

Am 4. September 2019 fand ein Gespräch mit U statt, das ebenso protokolliert wurde. Auch dieses Protokoll beinhaltete allerdings nicht alle von der Antragstellerin aufgeführten Punkte.

Da ihrem erneut geäußerten Wunsch, eine externe Mediatorin/einen externen Mediator beizuziehen, nicht nachgekommen und ihr lediglich ein weiterer Gesprächstermin in Aussicht gestellt wurde, wandte sie sich zur Beratung an die GAW. Dies teilte sie der Erstantragsgegnerin auch am 00. September 2019 mit. Zwei Tage später wurde sie dienstfrei gestellt und hat seither nicht mehr für die Erstantragsgegnerin gearbeitet.

Parallel zu dem vor der Gleichbehandlungskommission geführten Verfahren trafen die Antragstellerin und die Erstantragsgegnerin auch in den Gerichtsverfahren vor dem Arbeits- und Sozialgericht ... aufeinander.

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

1. Es liegt **keine Diskriminierung** aufgrund **des Geschlechtes bei den sonstigen Arbeitsbedingungen** gemäß **§ 3 Z 6 GIBG** vor.

Vorab ist festzuhalten, dass die Prüfung einer Diskriminierung unabhängig von den parallel geführten Gerichtsverfahren vorgenommen wird. Im Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission ist eine allfällige Diskriminierung auf Grundlage des Gleichbehandlungsgesetzes

zu untersuchen. Im vorliegenden Fall handelte es sich um die Untersuchung des Tatbestands einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes und aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit. Niemand darf aufgrund des Geschlechtes, insbesondere unter Bezugnahme auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat, im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis diskriminiert werden.

Das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes basiert zwar grundsätzlich auf dem Geschlecht im biologischen Sinn, beinhaltet aber auch alle anderen Fallkonstellationen, in denen das Geschlecht im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis als Unterscheidungskriterium verwendet wird, obwohl es grundsätzlich kein entscheidendes Kriterium sein dürfte. Zu den Fallkonstellationen zählen auch Benachteiligungen wegen allfälliger Betreuungspflichten oder das Anknüpfen an den Familienstand.⁴

Beim Begriff der „sonstigen Arbeitsbedingungen“ handelt es sich um einen Auffangtatbestand, der weit auszulegen ist.⁵ Er umfasst neben den rechtlichen auch die faktischen Rahmenbedingungen für die Leistungserbringung der Arbeitnehmer/Arbeitnehmerinnen im laufenden Arbeitsverhältnis.⁶ Es werden darunter u.a. die Schwere (Erschwerung) der Arbeitsleistung und die Wertschätzung im Betrieb verstanden. Andere Beispiele sind eine Benachteiligung in Bezug auf: die Gewährung und Einteilung von Urlaub und Karenz, die Einteilung der Arbeitszeit, das Image, die Wertschätzung und Minderung des Ansehens im Betrieb, der Wechsel von Vollzeit- auf Teilzeitbeschäftigung, Leistungsbeurteilungen uvm.⁷

Das hohe Arbeitspensum, die bewirkte Isolation im Team, das negative Feedback durch den Vorgesetzten und eine unterbliebene Einschulung im Computerprogramm sind aufgrund dieser Ausführungen vom Begriff der sonstigen Arbeitsbedingungen erfasst, da kein anderer Diskriminierungstatbestand aus dem Katalog des § 3 GIBG anwendbar ist. Dazu kam der Druck, die geforderten Aufgaben innerhalb eines gewissen Zeitraumes zu erledigen, um rechtzeitig ihr Kind abholen zu können.

Mit der Bekanntgabe, einen Sohn zu adoptieren, begannen sich die Arbeitsbedingungen den Schilderungen der Antragstellerin zufolge zu verschlechtern. Dies insbesondere im Zusammenhang damit, dass sie Karenz in Anspruch nahm, zum Teil geringfügig arbeitete und im Anschluss aufgrund der Elternteilzeitvereinbarung für 25 Stunden an den Arbeitsplatz zurückkehrte. Ihr Vorgesetzter X habe sie vermehrt kritisiert und von den Kollegen/Kolleginnen isoliert. Sie hatte den Eindruck, dass es unter anderem daran lag, dass sie nicht mehr Vollzeit zur Verfügung stand und nunmehr keine Rücksicht auf ihre Mutterrolle genommen wurde.

⁴ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 2.

⁵ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 132.

⁶ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 129.

⁷ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 133.

Diese im Antrag behaupteten Vorwürfe können grundsätzlich eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes darstellen. Die Antragstellerin hat diese Vorwürfe in ihrem schriftlichen Antrag auch insofern glaubwürdig dargestellt, als diesbezüglich ein Verfahren vor der GBK eingeleitet und durchgeführt wurde.

Die Antragstellerin konnte bei der Befragung die vorgebrachten Vorwürfe gegenüber der Erstantragsgegnerin jedoch nicht weiter konkretisieren. Es gelang ihr in der mündlichen Befragung folglich nicht, die in ihrem Antrag angeführten Vorkommnisse glaubhaft zu machen und insbesondere den Bezug zu ihrem Geschlecht bzw. dem Umstand, dass sie ein Kind hat, herzustellen.

Aus der abgesonderten Befragung der Antragstellerin sowie der Befragung der sonstigen Auskunftspersonen – insbesondere der ihres Vorgesetzten X – ging hervor, dass ihr Arbeitsverhältnis bereits sehr angespannt und von Emotionen geprägt war. Über mehrere Monate hinweg hatte sich bei der Antragstellerin auch über das Ende des Vertragsverhältnisses hinaus Unverständnis und Enttäuschung gegenüber der Erstantragsgegnerin und ihren ehemaligen Kollegen/Kolleginnen aufgebaut. Die Situation am Arbeitsplatz ist für sie aus mehreren Gründen immer schwerer zu ertragen geworden.

Der Senat sieht jedoch keinen Zusammenhang zwischen den Vorwürfen der Antragstellerin und der Elternteilzeitregelung. Die Antragstellerin hat in ihren Erzählungen vielmehr von dem Verhalten des Zweitantragsgegners berichtet, die der Ausgangspunkt für das für sie unangenehme Arbeitsumfeld waren.

Aus beiden vorliegenden Protokollen der Mitarbeitergespräche ging hervor, dass es Probleme mit der Arbeitsleistung der Antragstellerin gegeben habe. Auch die befragte Auskunftsperson N bestätigte, dass die Antragstellerin auf die Unterstützung ihrer Kollegen/Kolleginnen angewiesen war und sie oftmals um Hilfe gebeten habe, die sie ihr auch an ihrem freien Tag zur Verfügung gestellt hatte. Die Antragstellerin gestand ein, dass sie damals selbst nicht stets „voll einsatzfähig“ war, was auch der Gesamtsituation und dem von ihr verspürten, hohen Druck geschuldet war. Das in ihren Augen erhöhte Arbeitspensum ergab sich den Aussagen der Auskunftspersonen zufolge auch daraus, dass sie ihre Arbeit nicht so gut organisieren konnte und wenige Notizen machte. Das führte dazu, dass ihr oftmals dieselben Schritte erklärt werden mussten.

Es ist unbestritten, dass die Antragstellerin Schwierigkeiten mit dem Computerprogramm hatte, nicht gut mit dem Zweitantragsgegner und einigen anderen Kollegen/Kolleginnen zusammengearbeitet hatte. Auch mag es sein, dass die Schulungen für sie nicht ausreichend waren und sie ausführlichere Erklärungen für ihre Arbeit benötigt hätte. Nichtsdestotrotz basieren diese Umstände und Konflikte dem Senat zufolge nicht auf dem Geschlecht der Antragstellerin. Es wurde nicht darauf abgestellt, dass sie weniger Stunden als zuvor vor Ort war oder sich in ihrer Freizeit um ihren Sohn kümmern musste. Es fehlt die Substanz, eine Verbindung

mit der Elternteilzeit herzustellen. Der Kontext bestand daher zum generell angespannten Umfeld und nicht zur Elternteilzeit. Der Geschlechtsbezug hat sich somit nicht erhärtet.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es der Antragstellerin nicht gelungen ist, die Diskriminierung näher zu konkretisieren. Daher kommt es zu keiner Beweislastverteilung und das Beweisdefizit geht zulasten der Antragstellerin.

2. Es liegt **eine Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit durch eine Belästigung durch Dritte** gemäß **§ 21 Abs 1 Z 3 GIBG** vor.

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.⁸

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.

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.⁹

Je nach Massivität des Verhaltens können wiederholte Verhaltensweisen oder auch ein einmaliger Zwischenfall den Tatbestand der Belästigung erfüllen, wenn er entsprechend schwerwiegend ist.

Das Verhalten muss weiters eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betroffene Person schaffen oder dies bezwecken. Auch Belästigungshandlungen

⁸ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG (2021)² § 17 Rz 15.

⁹ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG (2021)² § 6 Rz 12.

während der Bewerbungsphase, vor Beginn des Dienstverhältnisses, sind ebenfalls erfasst.¹⁰ Die „Arbeitsumwelt“ wird häufig erst durch mehrere Belästigungshandlungen im beschriebenen Sinn beeinflusst und verändert. Wie aber bereits erwähnt, kann auch schon eine einzelne Belästigungshandlung derart schwerwiegend und in ihren Auswirkungen nachhaltig sein, dass damit für die betroffene Person ein einschüchterndes, feindseliges oder demütigendes Umfeld geschaffen wird.¹¹

Gemäß § 21 Abs 1 Z 3 GIBG liegt eine Diskriminierung nach § 17 GIBG auch vor, wenn eine Person durch Dritte im Zusammenhang mit seinem/ihrem Arbeitsverhältnis belästigt wird.

Der Zweitantragsgegner ist Dritter iSd § 21 Abs 1 Z 3 GIBG, da er, ebenso wie die Antragstellerin bei der Erstantragsgegnerin beschäftigt war und zum Zeitpunkt der vorgebrachten Vorfälle ein Kollege der Antragstellerin war. Die beiden arbeiteten insbesondere ab Herbst 2018 an einem gemeinsamen Projekt zusammen.

Er hat eine unerwünschte Verhaltensweise im Zusammenhang mit einem Grund aus § 17 GIBG gesetzt, indem er sich zumindest einmal in direkter Anwesenheit der Antragstellerin abfällig über Menschen aus Region 1 geäußert hatte. Er meinte, dass sie unfähig und einfach „anders“ wären und bezog sich dabei auch darauf, dass die von ihnen gelieferten Daten mangelnde Qualität aufwiesen. Seine Aussagen waren allgemein formuliert. Er sprach von Menschen aus Region 1 anstelle die Antragstellerin persönlich anzusprechen. Die Antragstellerin hatte diese Aussagen, die Vorurteilen glichen, auf sich bezogen. In einer Pause traf er in der Küche auf die Antragstellerin und beschwerte sich erneut über Menschen aus Region 1. Es waren nur der Zweitantragsgegner und die Antragstellerin anwesend, sodass die Antragstellerin es deutlich hören konnte. In der Controlling-Abteilung hat sich überdies eine generell abwertende Haltung gegenüber Ländern, aus denen qualitativ schlechte Informationen für die Buchhaltung kamen, entwickelt.

Objektiv betrachtet war das Verhalten des Zweitantragsgegners jedenfalls geeignet, die Würde der Antragstellerin, die selbst aus Region 1 ist, zu beeinträchtigen. Die geforderte Intensität konnte im vorliegenden Fall als gegeben angesehen werden, da der Senat davon überzeugt war, dass der Zweitantragsgegner zumindest einmal derartige Bemerkungen über Menschen aus Region 1 gemacht hatte. Zwar wurde in der gesamten Abteilung gelegentlich schlecht über bestimmte Länder, deren Datenlieferungen nicht zufriedenstellend waren, gesprochen, jedoch führte diese abwertende Einstellung nur noch eher dazu, dass auch eine einzelne Aussage, die direkt auf die Nationalität der Antragstellerin abstellte in ihren Auswirkungen gravierend genug sein kann, um das Mindestmaß an Intensität einer Belästigung zu erreichen. Die Haltung habe die Stimmung am Arbeitsplatz geprägt und die Situation verstärkt.

¹⁰ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG (2021)² § 6 Rz 8.

¹¹ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG (2021)² § 6 Rz 28.

Das Verhalten des Zweitantragsgegners war auch unerwünscht für die Antragstellerin, was sich unter anderem darin zeigte, dass sie ihm dies kundtat und sich weiters ihrem Vorgesetzten X, ihrem Kollegen P und der Personalleitung W anvertraute bzw. um Hilfe bat.

Weitere Voraussetzung ist, dass eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitswelt für die betroffene Person geschaffen werden muss/bezweckt wird. Die Antragstellerin fühlte sich, wie festgestellt, aufgrund des belästigenden Verhaltens des Zweitantragsgegners nicht mehr wohl in der Arbeit und schilderte glaubwürdig psychisch sehr mitgenommen gewesen zu sein. Die Aussagen des Zweitantragsgegners vermittelten der Antragstellerin eine abwertende Haltung gegenüber Staatsangehörigen aus Region 1 und waren für sie äußerst belastend und setzten sie unter Druck.

Der Antragstellerin gelang es, im vorliegenden Fall den glaubhaften Anschein einer Belästigung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit darzulegen. Ihre Befragung ließ darauf schließen, dass sie vom Zweitantragsgegner im Zusammenhang mit ihrem Arbeitsverhältnis belästigt wurde. Dass das Verhalten des Zweitantragsgegners für die Antragstellerin unerwünscht war und sie sich auch aufgrund dessen mehr und mehr isoliert und unverstanden gefühlt hatte, konnte sie bei ihrer mündlichen Befragung nachvollziehbar darlegen. Ihre persönliche Betroffenheit und ihre Enttäuschung kamen sichtlich zum Ausdruck.

Daher verlagerte sich die Beweislast auf den Zweitantragsgegner.

Für den Senat ist evident, dass neben dem Vorwurf der Belästigung noch weitere Konflikte innerhalb der Abteilung bestanden, die auch schon im Punkt 1 erwähnt worden sind. Die Konflikte haben Eingang in die Gespräche mit X gefunden und wurden auch von den übrigen Auskunftspersonen thematisiert. Sie sind jedoch nicht Gegenstand des Verfahrens. Aufgabe des Senates ist einzig die Überprüfung jenes Sachverhaltes, dem eine mögliche Diskriminierung nach dem GIBG inhärent ist. Der Senat gewann insbesondere den Eindruck, dass einige Konflikte durch das Verhalten des Zweitantragsgegners verstärkt oder heraufbeschworen wurden. Sie können als eine Art Auslöser für weitere Diskussionen und Spannungen verstanden werden, die das Team zum Teil zerrüttet und für mehr und mehr Unruhe gesorgt haben.

Der Zweitantragsgegner bestätigte die Vorwürfe in dem Sinn, als dass er zugab, sich negativ über Menschen aus Region 1 geäußert zu haben. Er betonte in dem Zusammenhang aber, dass er damit auf deren Arbeitsweise abstellte und nicht die Antragstellerin direkt diskriminieren wollte. Hierzu ist festzuhalten, dass es bei der Erfüllung des Tatbestands einer Belästigung nicht auf die Absicht des Belästigers/der Belästigerin ankommt. Auch die involvierten Führungskräfte stellten nicht in Frage, dass eine derartige Äußerung zumindest einmal gefallen ist. Die ist von mehreren Beteiligten bestätigt worden.

In seiner Befragung schien sich der Zweitantragsgegner auf die Leistung der Menschen aus Region 1 auszureden und auf die mangelnde Arbeitsleistung der Antragstellerin hinzuweisen. Sein Verständnis für die Erfüllung eines Diskriminierungstatbestands, der mit „bloßen Aussagen“ einhergehen kann, war begrenzt. Die Vorwürfe, dass die Antragstellerin in ihren Behauptungen lüge und ihm Dinge unterstelle, waren aus Sicht des Senates überspitzt und vermochten seine Glaubwürdigkeit vereinzelt zu schmälern.

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

3. Es liegt **eine Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit durch schuldhaftes Unterlassen des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin im Falle einer Belästigung durch Dritte eine nach den gesetzlichen Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages angemessene Abhilfe zu schaffen gemäß § 21 Abs 1 Z 2 GIBG** vor.

Betreffend die ethnische Zugehörigkeit kann auf die Ausführungen unter Punkt 2 verwiesen werden.

Gemäß § 21 Abs 1 Z 2 GIBG liegt eine Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit auch vor, wenn eine Person durch den/die Arbeitgeber/in dadurch diskriminiert wird, dass er/sie es schuldhaft unterlässt, im Falle einer Belästigung durch Dritte (Z 3) eine auf Grund gesetzlicher Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages angemessene Abhilfe zu schaffen.

§ 21 Abs 1 Z 2 GIBG enthält eine Konkretisierung der allgemeinen Fürsorgepflicht. Danach haben Arbeitgeber/innen auch dafür zu sorgen, dass die Persönlichkeitssphäre der in den Betrieb eingegliederten Arbeitnehmer/innen nicht durch Belästigungen durch Dritte beeinträchtigt wird. Arbeitgeber/innen sind zum unverzüglichen Einschreiten verpflichtet, wenn Belästigungen hervorkommen, zum einen, um die Betroffenen nicht der Gefahr weiterer Belästigungen auszusetzen, zum anderen aber auch, um sich nicht selbst dem Vorwurf auszusetzen, nicht wirksam für angemessene Abhilfe gesorgt zu haben. „Angemessen“ ist die Abhilfe dann, wenn sie geeignet ist, die belästigte Person vor weiteren Belästigungen zu schützen.

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 haftet daher nicht, wenn er/sie von der Belästigung eines Arbeitnehmers/einer Arbeitnehmerin weder wusste noch wissen musste.

Als Vorfrage war auch in diesem Zusammenhang zunächst zu klären, ob der Vorfall als Belästigung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit eingestuft werden konnte.

Wie unter Punkt 2 festgehalten, konnte die zugrundeliegende Belästigung nach Sicht des Senates festgestellt und geglaubt werden.

Der Antragstellerin gelang es, den glaubhaften Anschein einer mangelnden Abhilfe darzulegen. Sie konnte dies in ihrer mündlichen Befragung durch den Senat glaubwürdig und nachvollziehbar darlegen. Dabei betonte sie, dass ihr Vorgesetzter X vorgab, keine Zeit für sie zu haben und sich erst nach mehrmaligem Nachfragen mit ihrem Anliegen auseinandersetzte. Auch fühlte sie sich von dem Zweitantragsgegner ignoriert und es dauerte Monate, bis es zu einem Mitarbeitergespräch zwischen X und ihr im Mai kam. Im August wurde der Fall von U erneut aufgegriffen. Ihrem Wunsch, eine externe Person zur einer Mediation beizuziehen ist nicht nachgekommen worden. Sie gab an, sich nicht ernst genommen gefühlt zu haben. Die Vorwürfe sind abgetan worden, das Anliegen wurde in ihren Augen bloß „belächelt“. In der Controlling-Abteilung ist rund um die Antragstellerin eine die Abhilfe gebietende Situation geschaffen worden.

Daher verlagerte sich die Beweislast auf die Erstantragsgegnerin.

Betreffend die Abhilfemaßnahmen gab es mehrere Widersprüche aufseiten der Erstantragsgegnerin, ob es Prozesse für die Regelung einer solchen Situation gebe bzw. wie sie ablaufen würden. Auch war dem Senat aufgrund unterschiedlicher Aussagen nicht durchwegs klar, wer tatsächlich mit wem gesprochen hatte und ob es einen konkreteren Plan für die weitere Vorgehensweise gegeben hatte, nachdem er der Antragstellerin nicht als solcher kommuniziert worden war.

Beispielsweise gab X an, dass Kinderbetreuung und Homeoffice kein Thema gewesen seien, während V bemerkte, dass es bei einem Termin im April 2019 im Wesentlichen um Homeoffice-Diskussionen gegangen sei. Auch erhielt der Senat durch die Befragungen den Eindruck, als sei die Entscheidung über die Freistellung rein von W und T getroffen worden, während die sonstigen Auskunftspersonen hierzu bis zur Entscheidung nicht einbezogen worden wären.

Die Erstantragsgegnerin argumentierte, dass die Freistellung der Antragstellerin deeskalierend wirken sollte. Dies war im Zusammenhang damit, dass sich die Antragstellerin an die GAW gewandt habe, allerdings keine angemessene Abhilfemaßnahme.

Die Erstantragsgegnerin bemühte sich zwar, sich auf unterschiedlichen Wegen durch verschiedene Personen dem Thema anzunehmen, dies geschah aber über den Zeitraum von ungefähr 10 Monaten und führte zu keinem wünschenswerten Ergebnis für die Beteiligten. Selbst ein vierstündiges Mitarbeitergespräch zwischen X und der Antragstellerin konnte im vorliegenden Fall nicht die Anforderungen an eine angemessene Abhilfemaßnahme erfüllen. Für den Senat fehlte ein reglementierter Prozess bzw. gewisse Vorgaben, was in einem solchen Fall zu tun sei, die über eine anonyme Hotline hinausgehen.

Dabei war die Abhilfe gebietende Situation jedenfalls erkennbar. Die Antragstellerin hatte ihren Vorgesetzten zeitnah von den Vorwürfen – den Äußerungen des Zweitantragsgegners – in Kenntnis gesetzt und sich beschwert.

Insgesamt sind die Maßnahmen aus Sicht des Senates nicht ausreichend gewesen. Die Herangehensweise von U, alle an einen Tisch zu holen und eine Mediation zu führen, sehe der Senat in Fällen, in denen eine mögliche Belästigung im Raum steht, kritisch. Gerade in solchen Situationen ist es oft wichtig, die Personen voneinander getrennt zu befragen und mögliche Lösungswege zu besprechen.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 26 Abs 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es der Erstantragsgegnerin 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, werden der **Erstantragsgegnerin, Z AG**, gemäß § 12 Abs 3 GBK/GAW-Gesetz aufgefordert, die Diskriminierung zu beenden, und werden folgende **Vorschläge zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes** erteilt:

- 1. Leistung eines angemessenen Schadenersatzes,**
- 2. Definition eines transparenten Prozesses, wie Diskriminierungen gemeldet werden können und das generelle Prozedere aussieht.**

Da der Senat I der GBK zur Auffassung gelangt ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, wird der **Zweitantragsgegner, Mag. Y**, 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, 11. Mai 2022
Mag.^a Stefanie Mandl, MA
Stv. Vorsitzende des Senates I der GBK