

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 4. September 2012 über das am 8. November 2010 von der **Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW)** für **Frau A (Antragstellerin)** eingebrachte Verlangen betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des **Geschlechtes** bei der **Festsetzung des Engelts** gemäß **§ 3 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), bei den **sonstigen Arbeitsbedingungen** gemäß **§ 3 Z 6 GIBG**, bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 7 GIBG**, im Falle einer **sexuellen 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 sowie **von Amts wegen** durch die **Verletzung des Benachteiligungsverbot**es gemäß **§ 13 GIBG** durch die Arbeitgeberin, **X GmbH (1. Antragsgegnerin)**, im Weiteren durch eine **sexuelle** gemäß **§ 6 Abs. 1 Z 3 GIBG** durch einen **Dritten, Herrn B (2. Antragsgegner)**, 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:

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

3. Im Weiteren kommt der Senat I der GBK zur Auffassung, dass Frau A nicht auf Grund des Geschlechts bei der Festsetzung des Entgelts gemäß § 3 Z 2 GIBG durch die X GmbH diskriminiert worden ist.
4. Der Senat I der GBK gelangt zur Ansicht, dass Frau A auf Grund des Geschlechts bei den sonstigen Arbeitsbedingungen gemäß § 3 Z 6 GIBG durch die X GmbH diskriminiert worden ist.
5. Der Senat I der GBK kommt zur Ansicht, dass Frau A auf Grund des Geschlechts bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG durch die X GmbH diskriminiert worden ist.
6. Der Senat I der GBK gelangt im Weiteren von Amts wegen zur Auffassung, dass Frau A auf Grund des Geschlechts durch Verletzung des Benachteiligungsverbots gemäß § 13 GIBG durch die X GmbH diskriminiert worden ist.

Entscheidungsgründe:

Im Antrag der GAW wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Antragstellerin von Jänner 2009 bis zum 30. Juni 2010 bei der 1. Antragsgegnerin beschäftigt gewesen sei. Das Dienstverhältnis sei mit 11. Mai 2010 durch Dienstgeberkündigung beendet worden. Die Antragstellerin sei zunächst im Sekretariat tätig gewesen. Sie habe dabei bereits in geringem zeitlichen Ausmaß einfache grafische Tätigkeiten vorgenommen, vor allem im Hinblick auf die Monatsaktionen „...“. Zu Beginn ihrer Tätigkeit sei sie laut Dienstvertrag in Verwendungsgruppe (VG) 3/5 Dienstjahre eingereiht worden. Es sei ein monatliches Bruttogehalt von € 1.700,- vereinbart worden, wobei eine Überstundenpauschale (8 Überstunden pro Monat) darin enthalten gewesen sei. Diese sei mit 1. Jänner 2010 gestrichen worden, und somit habe das weitere Entgelt auf €1.725,- betragen.

Im Februar 2010 sei sie in eine andere Abteilung versetzt worden, wo sie in weiterer Folge für die Grafik der Verpackung und somit für das Design der Produkte des Unternehmens zuständig gewesen sei. Eine Gehaltsanhebung oder Umreihung sei nicht vorgenommen worden. Sie sei dort dem 2. Antragsgegner unterstellt worden. Die Zusammenarbeit sei derart gestaltet gewesen, dass der 2. Antragsgegner Zertifikate und Informationen bereitgestellt habe, die sie zur Erledigung ihrer Aufgaben benötigt habe. Zu Beginn sei das Arbeitsverhältnis zwischen ihr und dem 2. Antragsgegner gut gewesen. Von Anfang an habe er jedoch anzügliche Späße gemacht.

Immer wieder habe er ihr mitgeteilt, er müsse jetzt unter den Tisch kriechen, und habe so versucht, ihr auf die Beine oder unter den Rock zu schauen. Die Antragstellerin habe von einer Situation berichtet, bei der sie wegen eines Geburtstagesfestes ein auffälligeres Outfit mit einer Tiger-Strumpfhose angehabt habe. Auch an diesem Tag sei der 2. Antragsgegner unter den Tisch mit dem Vorwand gekrochen, etwas zu suchen.

Die Frau vom 2. Antragsgegner habe ebenfalls im Unternehmen gearbeitet, allerdings in einer anderen Abteilung. Die Antragstellerin sei immer wieder Situationen ausgesetzt gewesen, in denen der 2. Antragsgegner am Telefon zu seiner Frau gemeint habe, „Er hätte nun sehr schöne Ausblicke“ und dabei in den Ausschnitt der Antragstellerin geblickt habe.

Im Büro, in dem die Antragstellerin gearbeitet habe, habe sich ein Werkzeughammer befunden, der mit einem orangefarbenen Gummi überzogen sei. Der 2. Antragsgegner habe dazu des Öfteren angemerkt, „sie solle sich das Teil doch für schöne Stunden mit nach Hause nehmen“. Einmal habe die Antragstellerin zu einer Kollegin bemerkt, dass der Kaffee aus dem Automat aussehe wie ein Cocktail in ihrer Stammdiskotheek. Man würde diesen „B 52“ oder „Blow Job“ nennen. Bei diesem Gespräch sei der 2. Antragsgegner anwesend gewesen. Ab diesem Zeitpunkt sei es immer wieder im Beisein der Antragstellerin zu Bemerkungen wie, „er würde sich nun eine Befriedigung holen“, gekommen, wenn er Kaffee getrunken habe. Im April 2010 sei es zu einer für die Antragstellerin als sehr massiven Übergriff empfundene Situation gekommen. Sie habe ein Design für eine Verpackung überlegt. Dabe sei diskutiert worden, dass eventuell auch ein Bild zu platzieren wäre. Der 2. Antragsgegner habe dazu gemeint, sie solle doch sich auf der Verpackung im Bikini präsentieren. Dies habe er auch im Beisein des Geschäftsführers der 1. Antragsgegnerin, Herrn C, wiederholt. Dieser habe sich jedoch in keiner Weise zu dieser Aussage seines Mitarbeiters gegenüber der Antragstellerin geäußert. Neben der von ihr zunehmend als belastend empfundene Arbeitssituation habe die Antragstellerin feststellen müssen, dass der 2. Antragsgegner begonnen habe, ihr die notwendigen Informationen, die sie für ihre Arbeit benötigt habe, nicht oder nicht mehr rechtzeitig zu übermitteln. Trotz Bemühungen der Antragstellerin habe sie vor einem Urlaubsantritt im Mai 2010 unverschuldet liegen gelassenen Designs wegen eines Krankenstandes nicht fertig stellen können. Trotzdem sei die Antragstellerin von Herrn C wegen ihres Gesundheitszustandes nach Hause geschickt worden. In ihrer Post habe sich am 12. Mai

2010 ein Abholschein mit Absender der 1. Antragsgegnerin befunden. Erst am Abend sei es ihr gelungen, Herrn C telefonisch zu erreichen. Dieser habe ihr mitgeteilt, dass es sich bei diesem Brief um eine Kündigung handle, weil ihre Arbeit unerledigt geblieben sei. Dennoch habe Herr C die Antragstellerin beschwichtigt und habe gemeint, da sie den Brief nun noch nicht abgeholt hätte, solle sie nach dem Urlaub wieder zurückkommen. Man würde noch einmal darüber reden.

In weiterer Folge habe sich die Antragstellerin von 15.-24. Mai 2010 im Urlaub befunden. Am 25. Mai 2010 habe sie das Schriftstück von der Post abgeholt. Sie sei aber am nächsten Tag an einer Darmgrippe erkrankt, und habe sich bis 31. Mai 2010 krank melden müssen. Am 31. Mai 2010 habe sie mit Herrn C das vor ihrem Urlaub telefonisch vereinbarte Gespräch geführt. Dabei habe Herr C der Antragstellerin mitgeteilt, dass die neuen Grafiker zu teuer wären. Er würde es daher bevorzugen, wenn die Antragstellerin ihre Arbeit wieder aufnehmen würde, da sie „billiger wäre“. Die Antragstellerin habe Herrn C in diesem Gespräch auch mitgeteilt, dass sie sich vom 2. Antragsgegner belästigt fühle, und sie nicht mehr mit ihm zusammen arbeiten wolle. Daraufhin habe Herr C erwidert, dass der 2. Antragsgegner sehr wichtig für die Firma sei. Herr C habe ihr als Ausweichmöglichkeit eine Tätigkeit im Büro angeboten. Die Kündigung sei allerdings nicht zurück genommen worden. Die Antragstellerin habe daher ihren Resturlaub in Anspruch genommen und habe wegen der weiterhin belastenden Situation am 8. Juni 2010 bis zum Ende ihrer Beschäftigung einen Krankenstand in Anspruch nehmen müssen.

In der auf Ersuchen vom Senat I der GBK übermittelten Stellungnahme der rechtsfreundlichen Vertretung der 1. Antragsgegnerin und des 2. Antragsgegners bestritten diese die im Verlangen vorgebrachten Vorwürfe und trat diesen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Der 2. Antragsgegner habe niemals vorgeschlagen, dass die Antragstellerin sich auf einem Produkt im Bikini abbilden lassen solle. Tatsache sei, dass es ein Gespräch gegeben habe, wobei erörtert worden sei, ähnlich wie ein Konkurrenzprodukt werbemäßig durch Frauen auf der Verpackung attraktiver zu gestalten.

Die Getränkebezeichnung „Blow Job“ sei definitiv von der Antragstellerin gegenüber dem 2. Antragsgegner abgegeben worden, nicht gegenüber einer Arbeitskollegin. Was schon daher logisch erscheine, weil der 2. Antragsgegner dies ja sonst nicht gehört haben müsste. In Gegenwart von Herrn C seien nie über die Getränkebe-

zeichnung „Blow Job“ Bemerkungen gemacht worden, auch nicht nach der Kündigung. Die Antragstellerin habe gegenüber Herrn C auch niemals geäußert, dass sie sich belästigt fühle und er Abhilfehandlungen setzen solle. Mangels Kenntnisnahme gehe auch der Vorwurf gegenüber der 1. Antragsgegnerin ins Leere. Wer von einer Tatsache keine Kenntnis habe, könne auch nicht für Abhilfe sorgen.

Des Weiteren werde festgehalten, dass die Antragstellerin nicht als Grafikerin aufgenommen worden sei. Sie sei nicht Grafikerin gewesen, habe lediglich grafische Hilfeleistungen erbracht und sei ihr Entgelt durchaus angemessen gewesen. Dass der Grafiker „D“ stundenweise lediglich € 12,- erhalten habe, sei durch entsprechende Honorarnoten im Verfahren jederzeit nachweisbar. Die Antragstellerin sei ebenso durch den 2. Antragsgegner nicht an der Fertigstellung ihrer Arbeit behindert worden. Die Arbeitsabläufe seien ganz normal gewesen, die angeführten technischen Details (Barcodes) habe sie selbst herzustellen gehabt. Die Behauptung, dass diesbezügliche geschlechtsspezifische Zusammenhänge bestehen würden, sei völlig aus der Luft gegriffen. Der 2. Antragsgegner habe auch niemals geäußert, dass er nicht mit einer Frau zusammenarbeiten wollen würde.

Abschließend werde vorgebracht, dass die Antragstellerin wegen mangelnder Leistung bzw. mangelnder Erfolge der von ihr erbrachten Dienstleistungen (Tätigkeiten) gekündigt worden sei. Wenn auch möglicherweise Herr C die Wichtigkeit des 2. Antragsgegners für das Unternehmen betont habe, woran er sich allerdings nicht bewusst erinnern könne, so könne dies nie im Zusammenhang mit einem Bericht über sexuelle Belästigungen geschehen sein, da ja ein derartiger Bericht nie an ihn herangetragen worden sei. Es würden daher keine diskriminierenden Gründe für die Kündigung vorliegen, sondern normale wirtschaftliche Betriebserfordernisse. Letztlich werde bemerkt, dass im Betrieb ständig alle Türen offen stehen würden, sodass die meisten Geschehnisse und Ereignisse von mehreren Mitarbeitern/innen wahrgenommen werden können.

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.

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.¹

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. h. Äußerungen, Gesten etc.). Ein Verhalten ist am ehesten dann der sexuellen Sphä-

¹ Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 6 Rz 12.

re 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 Zurschaustellung der Genitalien, sexueller Nötigung und Vergewaltigung.²

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.³

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.

Die Antragstellerin brachte vor, dass sich die sexuellen Belästigungen durch den 2. Antragsgegner durch dessen anzüglichen Bemerkungen, in dem er unter anderem wiederholt den Kaffee als „Blow Job“ bezeichnet habe und das Kaffee holen damit kommentiert habe, sich nun eine Befriedigung zu holen, und der Äußerung in Anwesenheit des Geschäftsführers der 1. Antragsgegnerin, dass sich die Antragstellerin zwecks Umsatzsteigerung auf der Verpackung im Bikini ablichten lassen solle, geäußert hätten. Des Weiteren sei ihr der 2. Antragsgegner auch körperlich zu nahe getreten, in dem er unter den Tisch gekrochen, um angeblich etwas zu suchen. Dies habe die Antragstellerin für einen Vorwand gehalten, da er wiederholt geäußert habe, am liebsten unter ihren Tisch zu kriechen, umso sich ihre Beine anzusehen bzw. unter ihren Rock zu sehen.

² 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.

³ Vgl. OLG Wien 19.1.2005, 9 Ra 163/04p.

Da sie als alleinerziehende Mutter Angst um ihren Arbeitsplatz gehabt habe, habe sie zunächst nicht auf die Anzüglichkeiten des 2. Antragsgegners reagiert. Nachdem sie sich Rat bei einer Arbeitskollegin und einer Freundin geholt habe, habe sich die Antragstellerin zu wehren begonnen, in dem sie ihm freche Antworten gegeben habe. Daraufhin sei der 2. Antragsgegner immer garstiger zu ihr geworden.

Der 2. Antragsgegner, Mitarbeiter der 1. Antragsgegnerin, bestritt sowohl in der schriftlichen Stellungnahme als auch der mündlichen Befragung teilweise das Vorbringen der Antragstellerin. So gab der 2. Antragsgegner in der Befragung zu, dass er schon gesagt habe, sich einen „Blow Job“ zu holen, wenn er sich den Kaffee geholt habe. Der 2. Antragsgegner habe dies in sein Vokabular einfließen lassen, nachdem die Antragstellerin den Kaffee ihm gegenüber so bezeichnet habe. Er habe diese Bezeichnung gleich seinen Kollegen/innen weitererzählt. Alle anderen im Verlangen der GAW vorgebrachten Vorwürfe wie auch den Vorfall mit dem Gummihammer weise er entschieden von sich. Allerdings räumte er ein, dass sich die Antragstellerin durch seine Bemerkung über die Bikini-Werbung betroffen gefühlt haben könnte. Gleichzeitig betonte der 2. Antragsgegner, den Angaben der Antragstellerin keinerlei Glauben zu schenken

Die Antragstellerin habe ihm einmal erzählt, dass sie grundsätzlich ihre früheren Arbeitgeber/innen verklage. Das sei wahrscheinlich auch der Grund für die von ihr gegen ihn erhobenen Vorwürfe. Sie erwarte von ihm – neben dem Geschäftsführer der 1. Antragsgegnerin, noch am ehesten Schadenersatz zu erhalten.

Auf Nachfrage des Senat I der GBK beim 2. Antragsgegner, wie er den das Verhältnis zwischen ihm und der Antragstellerin gewesen sei. In diesem Zusammenhang verwies der 2. Antragsgegner auf eine Geburtstagskarte und ein Geburtstagsgeschenk der Antragstellerin. Die Antragstellerin habe ihm demnach eine DVD – Avatar – und eine begleitende Geburtstagskarte geschenkt, obwohl er von ihr auf Grund der Kündigung durch die 1. Antragsgegnerin nichts geschenkt haben wollte. Er habe das Geschenk und die Karte jedoch erst Monate später geöffnet. Die Karte könne er leider nicht vorlegen, die habe er weggeworfen. Dies bedauere er sehr, da die Antragstellerin darin betont habe, dass sie die ganze Sache bedauere und ihn gern habe. Er könne sich nicht mehr daran erinnern, ob er die Karte vor oder nach dem Schreiben der GBK weggeworfen habe.

Die Widersprüchlichkeiten der Angaben durch den 2. Antragsgegner konnten die befragten Auskunftspersonen weder beseitigt noch aufgeklärt werden. Keine der befragten Auskunftspersonen konnte sich an die besagte Geburtstagskarte erinnern bzw. den Inhalt der Karte bestätigen. Es zeigte sich vielmehr, dass die Angaben des 2. Antragsgegners nicht der Wahrheit entsprochen haben. Auch die sonstigen erhobenen Vorwürfe konnte der 2. Antragsgegner nicht ausräumen. Die Antragstellerin konnte demgegenüber ihre Anschuldigungen gegen den 2. Antragsgegner ausreichend glaubhaft machen.

Der Vorwurf des 2. Antragsgegners, dass die Antragstellerin dieses Verfahren nur deshalb gegen seine Person (sowie die 1. Antragsgegnerin) angestrebt, weil sie entsprechende Schadenersatzzahlungen durch ihn erhofft habe. Dieser Vorwurf geht angesichts des im GIBG vorgesehenen Mindestschadenersatzes für sexuelle Belästigung sowie angesichts der derzeitigen Spruchpraxis österreichischer Gerichte zur Schadenersatzhöhe in die Leere. Im Übrigen wird angemerkt, dass Entscheidungen der GBK nicht von rechtsverbindlicher Natur sind, aber eine Abweichung von der Entscheidung der GBK in einem allfälligen Gerichtsverfahren gemäß § 61 GIBG begründungspflichtig ist.

Der Senat I der GBK betont, dass, wenn wie im gegenständlichen Fall, die getätigten Äußerungen bzw. die getätigten Handlungen eines Dritten für die betroffene Person ein erträgliches Maß überschritten haben und es hierdurch zu einer Beeinträchtigung ihrer Würde gekommen ist, eindeutig die Grenze zwischen anzüglichen Scherzen und unzulässiger Belästigung überschritten worden ist. Es kommt sehr häufig vor, dass Arbeitnehmer/innen aus Sorge um ihren Arbeitsplatz verbale und auch körperliche Übergriffe über einen längeren Zeitraum tolerieren, obwohl diese Übergriffe – bei Würdigung aller Umstände – eine verbotene sexuelle Belästigung darstellen.

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

Hinsichtlich der von der R-GAW verlangten Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts durch die **1. Antragsgegnerin, 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 kol-

lektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages **angemessene Abhilfe zu schaffen**, ist Nachstehendes festzuhalten:

Der/Die Arbeitgeber/in ist auf Grund der ihm/ihr obliegenden allgemeinen Fürsorgepflicht⁴ aufgefordert, in seinem/ihrem Betrieb Maßnahmen zu setzen, um die sexuelle Integrität und die Intimsphäre der Arbeitnehmer/innen zu schützen und wahren⁵. Präventiv sollte von den Arbeitgebern/innen eine „Unternehmenskultur“ entwickelt werden, nach der Belästigungen aller Art grundsätzlich verpönt sind, damit es nach Möglichkeit nicht zu Belästigungen kommt⁶. Nach dem GIBG besteht die Verpflichtung für den/die Arbeitgeber/in zur Schaffung angemessener Abhilfe. Eine sexuelle Belästigung durch eine/n Mitarbeiter/in ist eine Form von Arbeitnehmer/innenfehlverhalten, die den/die Arbeitgeber/in verpflichtet, sich damit zu befassen, wie er/sie es bei jeder Form von Fehlverhalten eines/einer Mitarbeiter/in tun sollte. Es bedarf daher Maßnahmen, die geeignet sind, die belästigte Person vor weiteren Übergriffen in deren sexuelle Sphäre zu verhindern.

Die Antragstellerin erklärte in der mündlichen Befragung nochmals, dass der Geschäftsführer bei der Bemerkung des 2. Antragsgegners hinsichtlich der Bikini-Werbung durch ihre Person anwesend gewesen sei. Der Geschäftsführer habe nichts gegen die Übergriffe des 2. Antragsgegners unternommen, obwohl sie ihn darum gebeten habe. Im Zuge der Kündigung habe die Antragstellerin ihre Vorwürfe gegen den 2. Antragsgegners noch einmal bekräftigt. Der Geschäftsführer stellte dies wiederum in Abrede. Er habe einerseits keinerlei sexuelle Belästigung durch den 2. Antragsgegner wahrgenommen, andererseits habe die Antragstellerin nie ihn um Unterstützung gegenüber dem 2. Antragsgegner gebeten.

Die Antragstellerin konnte in der mündlichen Befragung glaubhaft machen, dass sie um Intervention gebeten habe. Dies sei jedoch von der 1. Antragsgegnerin ignoriert worden. Es wurden von der Arbeitgeberin keinerlei Schritte zum Schutz der sexuellen

⁴ vgl. § 1157 ABGB sowie § 18 Abs. 4 AngG, dazu OGH 26.8.2004, 8 ObA 3/04 f, ZAS 2005/44 (Posch); ARD 5608/13/2005 (Adamovic).

⁵ OGH 5.4.2000, 9 ObA 292/99 b, DRdA 2001/15 (Smutny); 17.3.2004, 9 ObA 143/03 z, DRdA 2005/26 (Eichinger); 26.5.2004, 9 ObA 64/04 h, ARD 5552/20/2004; Ziehensack, Praxiskommentar zum VBG (2004) § 32 Rz 119, 141f.

⁶ vgl. Mazal, Belästigung in der Arbeitswelt – Abhilfe durch Unternehmenskultur! ecolex 2009, 460 (461).

Integrität der Antragstellerin gesetzt. Der Geschäftsführer hat nicht einmal versucht, die Behauptungen der Antragstellerin zu überprüfen bzw. diesen nachzugehen. Eine derartige Vorgehensweise durch eine Arbeitgeberin, deren Arbeitnehmerin eine sexuelle Belästigung durch einen Dritten behauptet, entspricht nicht dem GIBG. Nach der anzüglichen und unpassenden Äußerung durch den 2. Antragsgegner über Biki-ni-Werbung hätte die 1. Antragsgegnerin entsprechende Abhilfemaßnahmen (z.B. Abmahnung des 2. Antragsgegners) treffen müssen. Auch nach Meldung der weiteren Belästigungen durch die Antragstellerin sind keine Maßnahmen gesetzt worden, die GIBG entsprechen. Die erforderliche Abhilfe ist trotz Kenntnis der Vorwürfe durch die Antragstellerin unterblieben.

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

Hinsichtlich der Überprüfung der Verwirklichung des Tatbestandes einer Diskriminierung auf Grund des **Geschlechtes** bei der **Festsetzung des Entgelts** gemäß **§ 3 Z 2 GIBG** durch die **1. Antragsgegnerin, X GmbH**, ist Folgendes festzuhalten:

Niemand darf auf Grund des Geschlechtes bei der Festsetzung des Entgelts unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden. Es ist jede benachteiligende Differenzierung als Diskriminierung zu sehen, die ohne sachliche Rechtfertigung erfolgt.

Der Entgeltbegriff ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) weit zu fassen, sodass man darunter alle Leistungen versteht, die ein/e Arbeitnehmer/in als Gegenleistung für das Zurverfügungstellung seiner/ihrer Arbeitskraft an den/die Arbeitgeber/in erhält.

Insoweit sich eine betroffene Person auf einen Diskriminierungstatbestand iSd §§ 3, 4, 6 oder 7 GIBG beruft, hat sie diesen gemäß § 12 Abs. 12 GIBG glaubhaft zu machen. Dem/Der Beklagten obliegt es bei der Berufung auf §§ 3 oder 4 GIBG zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder das andere Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist oder ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.

Die Antragstellerin brachte vor, im Vergleich zu ihrem männlichen Kollegen, Herrn E, der vor die grafischen Arbeiten erledigt habe, für eine gleiche bzw. gleichwertige Tätigkeit ein geringeres Grundgehalt erhalten zu haben. Mit der Übernahme dieses Tätigkeitsbereich sei ihr Gehalt nicht angehoben worden. Das genaue Gehalt ihres Vorgängers kenne sie nicht. Der Geschäftsführer habe aber zu ihr gemeint, dass sie billiger als ihr männlicher Vorgänger sei. Da er alle Gehälter der Mitarbeiter/innen kenne, gehe sie davon aus, dass der Grundgehalt von Herrn E höher sei. Sie sei zwar als kaufmännische Angestellte angestellt worden, sei aber dann als Grafikerin eingesetzt worden. Sie verfüge eine fünfjährige grafische Ausbildung und habe vor ihrer Beschäftigung bei der 1. Antragsgegnerin als Grafikerin gearbeitet.

Im Verlangen der GAW wird hierzu im Wesentlichen ausgeführt, dass männliche Grafiker anscheinend mit einem höheren Grundgehalt einsteigen würden. Auch der frei beruflich beschäftigte Grafiker namens „D“ habe mehr als sie verdient. Auch ihr Nachfolger verdiene mehr als die Antragstellerin. Sowohl in der schriftlichen Stellungnahme als auch der mündlichen Befragung entgegnete die 1. Antragsgegnerin, dass der Gehaltsunterschied zu Herrn E und den nunmehrigen Grafiker sich aus der Unterschiedlichkeit der Tätigkeiten ergeben würde.

Die Gleichheit bzw. Gleichwertigkeit dieser Positionen wurde von der 1. Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang ausdrücklich bestritten ebenso wie das Vorbringen, dass man dem Grafiker namens „D“ € 30,- in der Stunde bezahlt habe, es seien lediglich € 12,- in der Stunde gewesen.

Aus weiteren durchgeführten Befragungen ging für den Senat I der GBK hervor, dass von gleichen bzw. gleichwertigen Funktionen der Beteiligten nicht ausgegangen werden kann. Die männliche Vergleichsperson, Herr E, hat neben den grafischen Arbeiten die EDV und die Büroorganisation inne gehabt, wohingegen die Antragstellerin daneben Assistenzaufgaben erledigt hat. Die Antragstellerin sollte nach der Vorstellung der 1. Antragsgegnerin erst zur firmeneigenen Grafikerin aufgebaut werden. Laut den befragten Auskunftspersonen seien die grafischen Arbeiten, wenn sie angefallen seien, einfach mitbetreut worden. Mittlerweile werde der grafische Bereich durch einen eigens dafür angestellten Grafiker professionell betreut.

Die höhere Einstufung von Herrn E ist daher sachlich gerechtfertigt. Der Grafiker namens „D“ ist nach Ansicht von Senat I der GBK auch nicht mit der Antragstellerin

vergleichbar, da er die grafischen Arbeiten hauptberuflich - und auf selbstständiger Basis - für die 1. Antragsgegnerin erledigt hat. Die grafischen Arbeiten haben nur einen Teil der Arbeit der Antragstellerin ausgemacht.

Der Senat I der GBK hält auf Grundlage der getätigten Aussagen der Auskunftspersonen und nach eingehender Durchsicht der vorgelegten Unterlagen zusammenfassend fest, dass die Antragstellerin ein niedrigeres Grundgehalt erhalten hat.

Auf Grund der glaubwürdigen Argumente der Antragsgegnerin, wonach Herr E mit höherwertigen Aufgaben als die Antragstellerin hatte, ist die Festsetzung unterschiedlicher Grundgehälter für den erkennenden Senat sachlich nachvollziehbar.

Es ist der Antragsgegnerin nach Ansicht des erkennenden Senates daher gelungen zu beweisen, dass die Antragstellerin in ihren Tätigkeiten entsprechendes Grundgehalt erhalten hat.

Eine **Diskriminierung** auf Grund des **Geschlechtes** bei der **Festsetzung des Entgelts** liegt daher **nicht** vor.

Hinsichtlich der Überprüfung der Verwirklichung des Tatbestandes einer Diskriminierung auf Grund des **Geschlechtes** bei den **sonstigen Arbeitsbedingungen** gemäß **§ 3 Z 6 GIBG** durch die **1. Antragsgegnerin, X GmbH**, ist folgendes festzuhalten:

Der Begriff der „sonstigen Arbeitsbedingungen“ ist im GIBG selbst nicht weiter definiert. Ziel des Gesetzgebers war es jedoch, alle Diskriminierungen, die im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis vorkommen können, vom Gleichbehandlungsgebot des GIBG zu umfassen. Beim Begriff der „sonstigen Arbeitsbedingungen“ handelt es sich folglich um einen Auffangtatbestand, der weit auszulegen ist. Unter dem Begriff „sonstige Arbeitsbedingungen“ werden unter anderem die allgemeine Situation am Arbeitsplatz, die Ausstattung desselben, die entgegengebrachte Wertschätzung sowie alle mit dem Arbeitsverhältnis verbundenen Umstände verstanden.

Die Antragstellerin brachte vor, dass ihr vom 2. Antragsgegner während ihrer Beschäftigung für die 1. Antragsgegnerin wichtigen Informationen für ihre grafischen Arbeiten grundlos vorenthalten worden seien. Barcodes für die Verpackungen habe sie vom 2. Antragsgegner erst verspätet erhalten.

Die 1. Antragsgegnerin trat diesen Vorwürfen entgegen und argumentierte im Wesentlichen, dass es die Aufgabe der Antragstellerin gewesen sei, die Barcodes herzustellen. Auch habe sich der 2. Antragsgegner nie geweigert, mit der Antragstellerin zusammenzuarbeiten. Der 2. Antragsgegner gab ebenso an, dass er der Antragstellerin nie Informationen vorenthalten habe.

Den glaubwürdigen Aussage der Antragstellerin folgend, gelangte der erkennende Senat zu der Auffassung, dass die Antragstellerin für die nicht fristgerechte Umsetzung ihrer grafischen Arbeiten verantwortlich gemacht worden ist. Die Argumentation der Antragstellerin, dass der 2. Antragsgegner ab dem Zeitpunkt, wo sie sich gegen die sexuellen Übergriffe gewehrt habe, von Informationen abgeschnitten worden sei, erscheint glaubhafter, insbesondere im Lichte der vorliegenden sexuellen Belästigung und der unterlassenen Abhilfe durch die Arbeitgeberin, als die Entgegnungen der 1. Antragsgegnerin und des 2. Antragsgegners.

Des Weiteren erscheint dem Senat I der GBK der herrschende Umgangston, den sich der unmittelbare Vorgesetzte, der 2. Antragsgegner, gegenüber der Antragstellerin bedient hat, als zu locker, und nicht als für den Büroalltag passend und angemessen.

Eine **Diskriminierung** auf Grund des **Geschlechtes** bei den sonstigen Arbeitsbedingungen gegenüber der Antragstellerin liegt somit vor.

Die Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des **Geschlechtes** bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** durch die **1. Antragsgegnerin, X GmbH**, verwirklicht worden ist, wurde folgender Beurteilung unterzogen:

Das Gleichbehandlungsgebot gemäß § 3 GIBG schließt eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis auf Grund des Geschlechtes aus. Mit der Formulierung „im Zusammenhang“ ist auch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses umfasst. Der Begriff „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ enthält weder eine Beschränkung auf eine bestimmte Art des Arbeitsverhältnisses noch auf eine bestimmte Art der Beendigung. Unter diese Bestimmung fällt daher die einseitige Beendigung, also auch jene durch Kündigung und Entlassung.

Im vorliegenden Fall wurde das Arbeitsverhältnis der Antragstellerin durch eine Kündigung seitens der Antragsgegnerin aufgelöst.

Die Antragstellerin brachte vor, sich auf Grund ihres Geschlechtes für diskriminiert zu erachten, da sie in zeitlichem Zusammenhang mit ihrer Zurückweisung der sexuellen Belästigungen durch den 2. Antragsgegner und der daraus resultierenden Vorenthaltung von wichtigen Informationen, wodurch der Antragstellerin eine fristgerechte Fertigstellung ihrer Arbeit unmöglich worden sei, gekündigt worden sei.

Die 1. Antragsgegnerin bestritt das Vorbringen der Antragstellerin und entgegnete, dass die Antragstellerin grundsätzlich Schwierigkeiten damit gehabt habe, die vorgegebenen Fertigstellungstermine einzuhalten, sie es an Eigeninitiative habe vermissen lassen sowie ihre Entwürfe nicht regelmäßig vorgelegt habe. Dies sei Teil der ihr neu zugewiesenen Arbeit gewesen. Da ihre frühere Arbeit wegefallen sei und es zudem wirtschaftlich schwere Zeiten gewesen seien, sei eine Weiterbeschäftigung nicht wirtschaftlich tragbar gewesen.

Der erkennende Senat kam nach eingehender Prüfung des Sachverhaltes zur Ansicht, dass, dem glaubwürdigeren Argument der Antragstellerin folgend, wonach das Verhalten des 2. Antragsgegners – Vorenthaltung wichtiger technischer Informationen und Ablehnung einer weiteren Zusammenarbeit mit der Antragstellerin – für die Kündigung ausschlaggebend gewesen sind, von einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes auszugehen ist.

Der 2. Antragsgegner gab in seiner Befragung an, dass im Zuge der Kündigung der Antragstellerin gefragt worden sei, ob er bei der Antragstellerin Potential sehe, dass die ihr aufgetragenen Aufgaben erledigen könne. Seiner Einschätzung nach könne die Antragstellerin ihre Aufgaben nicht erledigen, weil sie einfach nicht wolle. Er selbst hat in der Befragung aber ausgeschlossen, für die Kündigung verantwortlich zu sein. Dieser Einschätzung kann der erkennende Senat allerdings nicht folgen. Wenn die Geschäftsführung beim zuständigen Vorgesetzten nachfragt, ob man bei der Antragstellerin Entwicklungspotential sieht, und dies verneint wird, hat das selbstverständlich Einfluss auf die Entscheidung bzgl. einer allfälligen Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Geschäftsführung mit der Antragstellerin. Ansonsten hätte die Geschäftsführung nicht beim 2. Antragsgegner nachgefragt.

Auf Grund der Vorkommnisse in Zusammenhang mit den sexuellen Belästigungen durch den 2. Antragsgegner ist davon auszugehen, dass der 2. Antragsgegner zuungunsten der Antragstellerin interveniert hat. Es ist für den Senat I der GBK befremdlich, dass sich die Arbeitgeberin insbesondere auf die Meinung des 2. Antragsgegners gestützt hat, der über keine grafische Fachexpertise verfügt, aber dennoch die Fähigkeiten der Antragstellerin im grafischen Bereich beurteilt hat. Dass die Antragstellerin über eine grafische Ausbildung und eine entsprechende Ausbildung verfügt, ist dem vorliegenden Lebenslauf zu entnehmen, der auch der Arbeitgeberin bekannt war. Angemerkt wird von Senat I der GBK, dass die Antragstellerin derzeit als Grafikerin beschäftigt ist.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des GIBG konnte seitens der Antragstellerin daher glaubhaft gemacht werden, dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses jedenfalls im Hinblick auf das Geschlecht der Antragstellerin und somit auf Grund von nach dem GIBG diskriminierenden Motiven erfolgt ist.

Es liegt eine **Diskriminierung** auf Grund des **Geschlechtes** bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** durch die 1. Antragsgegnerin vor.

Zur Beurteilung des beantragten Tatbestandes der **Verletzung des Benachteiligungsverbot**es 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.

Wie bereits dargelegt, wurde das Arbeitsverhältnis nach Ansicht des erkennenden Senates auf Grund der Beschwerde der Antragstellerin beendet. Die Antragstellerin hat im Zuge ihre Kündigung in einem Gespräch mit dem Geschäftsführer nochmals die Übergriffe durch den 2. Antragsgegner angesprochen. Davor hat es geheißen, dass man sie doch an einer Position im Unternehmen behalten könnte. Davon war später keine Rede mehr. Der Senat I der GBK kam daher im Weiteren zur Auffassung, dass die Kündigung eine benachteiligende Reaktion der Antragsgegnerin iSd § 13 GIBG darstellt.

Aus Sicht des Senates I der GBK ist es somit zu einer **Verletzung des Benachteiligungsverbotes** 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.

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 folgende **Vorschläge zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes** der **1. Antragsgegnerin, X GmbH**, und dem **2. Antragsgegner, Herrn B**, erteilt und aufgefordert, die Diskriminierung zu beenden:

- Leistung eines angemessenen Schadenersatzes durch die 1. Antragsgegnerin und dem 2. Antragsgegner, sowie
- Schulung der Führungskräfte der 1. Antragsgegner im Bereich des GIBG und zum Thema „(Sexuelle) Belästigung“,
- Die Mitarbeiter/innen sollen durch die Verantwortlichen der 1. Antragsgegnerin ermutigt werden, den/die Belästiger/in in die Schranken zu weisen und ihnen, für den Fall von Belästigungen, die Unterstützung der Arbeitgeber/in zuzusichern. Es sollte ein Schreiben der Geschäftsleitung geben, in dem klargestellt wird, dass sexuelle Belästigung sowie jegliche Verletzung des GIBG nicht toleriert wird und gleichzeitig präventiv auf die Arbeitsatmosphäre zu achten, die von gegenseitigem Respekt getragen ist.
- Erstellung einer Information zum Thema „Sexuelle Belästigung“ durch die 1. Antragsgegnerin, die sie allen Mitarbeiter/innen zukommen lässt.
- Es sind allfällige Vorfälle und Beschwerden ernst zu nehmen. Bei Vorliegen bzw. im Wiederholungsfall entsprechende disziplinarische Maßnahmen zu setzen. Die Führungskräfte sollen im Weiteren aufgefordert werden, im Falle einer Beschwerde sofort einzugreifen. Der Beschwerde ist in jedem Fall nachzugehen.
- Bei Unsicherheiten bzw. Unklarheiten, die sich bei der Einhaltung des GIBG ergeben könnten, sollte sich die 1. Antragsgegnerin an eine/n Experten/in des GIBG, wie z.B. die im Senat I der GBK vertretenen Interessenvertretungen sowie die GAW, wenden.

Wien, 4. September 2012

Mag.^a Silvia Schmid

Stellvertretende Vorsitzende des Senates I der GBK