

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 15. März 2011 über den am 9. April 2009 eingelangten Antrag der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **Frau A** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des **Geschlechtes** sowie auf Grund der **ethnischen Zugehörigkeit** bei der **Festsetzung des Entgelts** gemäß den **§§ 3 Z 2 und 17 Abs. 1 Z 2 GIBG**, bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß den **§§ 3 Z 7 und 17 Abs. 1 Z 7 GIBG**, durch schuldhaftes **Unterlassen** der **Arbeitgeberin, X GmbH (1. Antragsgegnerin)**, im Falle einer (sexuellen) Belästigung durch Dritte gemäß den **§§ 6 Abs. 1 Z 2 und 21 Abs. 1 Z 2 GIBG** eine auf Grund gesetzlicher Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages **angemessene Abhilfe** zu schaffen, durch eine **sexuelle Belästigung durch Dritte** gemäß **§ 6 Abs. 1 Z 3** durch **Herrn B (4. Antragsgegner)** sowie durch eine **Belästigung durch Dritte** gemäß **§ 21 Abs. 1 Z 3 GIBG** durch **Herrn C (2. Antragsgegner)** sowie durch **Frau D (3. Antragsgegnerin)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008), zu folgendem

Prüfungsergebnis:

1. Der Senat I der GBK gelangt zur Auffassung, dass Frau A nicht auf Grund des Geschlechtes bei der Festsetzung des Entgelts gemäß § 3 Z 2 GIBG durch die X GmbH diskriminiert worden ist.
2. Weiters kommt der Senat I der GBK zur Ansicht, dass Frau A auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Festsetzung des Entgelts gemäß § 17 Abs. 1 Z 2 GIBG durch die X GmbH diskriminiert worden ist.

3. Der Senat I der GBK kommt weiters zur Auffassung, dass Frau A nicht auf Grund des Geschlechtes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG durch die X GmbH diskriminiert worden ist.
4. Weiters gelangt der Senat I der GBK zur Ansicht, dass Frau A auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 7 GIBG durch die X GmbH diskriminiert worden ist.
5. Der Senat I der GBK gelangt außerdem zur Ansicht, dass Frau A durch Herrn B gemäß § 6 Abs. 1 Z 3 GIBG sexuell belästigt worden ist.
6. Der Senat I der GBK kommt weiters zur Auffassung, dass Frau A durch Herrn C auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit gemäß § 21 Abs. Z 3 GIBG belästigt worden ist.
7. Weiters gelangt der Senat I der GBK zur Ansicht, dass Frau A nicht durch Frau D auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit gemäß § 21 Abs. 1 Z 3 GIBG belästigt worden ist.
8. Der Senat I der GBK kommt weiters zur Auffassung, dass Frau A nicht auf Grund des Geschlechtes durch schuldhaftes Unterlassen im Falle einer sexuellen Belästigung durch Dritte angemessene Abhilfe zu schaffen gemäß § 6 Abs. 1 Z 2 GIBG durch die X GmbH diskriminiert worden ist.
9. Im Weiteren gelangt der Senat I der GBK zur Auffassung, dass Frau A nicht auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit durch schuldhaftes Unterlassen im Falle einer Belästigung durch Dritte angemessene Abhilfe zu schaffen gemäß § 21 Abs. 1 Z 2 GIBG durch die X GmbH diskriminiert worden ist.

Entscheidungsgründe:

Im Antrag der GAW wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass Frau A (Antragstellerin), geb. ... in .../Togo, seit September 2001 in Österreich lebe und sei ab Februar 2005 bei der X GmbH (1. Antragsgegnerin), zunächst als Büroangestellte im Bereich Customer Services, tätig gewesen. Im September 2005 habe sie die Abteilung gewechselt und sei bis Jänner 2009 als Assistentin im Einkauf von Frau D (3. Antragsgegnerin) tätig gewesen. Die Antragstellerin sei von Beginn an äußerst engagiert in

ihrer Tätigkeit gewesen, was auch von ihrer Vorgesetzten, der 3. Antragsgegnerin, immer wieder lobend hervorgehoben worden sei. Im Unternehmen sei es üblich gewesen, dass Gehaltsverhandlungen von jedem/r Mitarbeiter/in selber mit der Geschäftsführung geführt werden müssen. Erstmals habe die Antragstellerin im Herbst 2006 bei einem Mitglied der Geschäftsführung, Herrn E, um eine Gehaltserhöhung ersucht, da sie mit ihrem Gehalt unzufrieden gewesen sei. Die Antragstellerin sei dies insbesondere aufgefallen, da ihre Vorgängerin als Assistentin der 3. Antragsgegnerin, Frau F, mehr verdient habe, wie eine Kollegin ihr erklärt habe. Bei dem Gespräch mit Herrn E habe sie angeführt, dass sie nicht verstehe, wieso die Beschäftigten im Lager mehr verdienen würden als sie und es keinerlei Prämie oder Belohnung für sie gebe, obwohl andere Mitarbeiter/innen solche erhalten würden. Herr E habe jegliche außerkollektivvertragliche Erhöhung ihres Gehalts abgelehnt. Die Antragstellerin habe, obwohl ihre Vorgesetzte, die 3. Antragsgegnerin, äußerst zufrieden mit ihr gewesen sei, und sie immer wieder ermutigt habe, wegen einer besseren Bezahlung die Geschäftsführung aufzusuchen, auch keine Prämien erhalten. In den Folgejahren habe sich die Antragstellerin weiterhin um eine bessere Entlohnung bemüht. Sie habe von anderen Mitarbeitern/innen gehört, dass es Prämienzahlungen und kollektivvertragliche Überzahlungen gebe, nach welchem System die Geschäftsführung hier vorgegangen sei und ob es Kriterien gegeben habe, sei für sie aber nicht herauszufinden gewesen. Die Antragstellerin habe ihrer Vorgesetzten, der 3. Antragsgegnerin, des Öfteren ihre Unzufriedenheit darüber mitgeteilt. Diese habe im Mai 2008, nach einem Gespräch mit ihrem neuen Vorgesetzten, Herrn C (2. Antragsgegner), mitgeteilt, dass sie doch froh sein solle, dass sie überhaupt Arbeit habe und sie sonst nirgends so eine gute Arbeit finden würde. Andere Mitarbeiter/innen hätten immer wieder über ihr Äußeres und ihre Kleidung getuschelt und sie habe zu hören bekommen, dass man nicht verstehen könne, wie sie sich mit ihrem Gehalt so gut anziehen könne - sie müsse wohl noch einem „lukrativen Gewerbe“ nachgehen. Von einer mittlerweile aus dem Unternehmen ausgeschiedenen Mitarbeiterin namens K sei die Antragstellerin direkt gefragt worden, ob sie Drogen verkaufe. Der 2. Antragsgegner habe sie von 2006-2008 wiederholt gefragt, ob sie mit reichen Männern ausgehe. Die 3. Antragsgegnerin habe sie zwischen 2005 und 2008 immer wieder gefragt, ob sie nebenbei etwas machen würde, um sich teure Urlaube leisten zu kön-

nen. Sie habe sich auch immer wieder abfällig gegenüber Menschen mit schwarzer Hautfarbe geäußert, indem sie beispielsweise gesagt habe: „Schwarze arbeiten nichts, hängen den ganzen Tag herum und leben von unseren Steuern.“ Es sei unter anderem auch zu der Situation gekommen, dass der 2. Antragsgegner die Antragstellerin um eine Kopie gebeten habe und als sie scherzhaft gemeint habe, dass das fünf Euro kosten würde, habe dieser erwidert, dass er nicht gedacht habe, dass sie „so billig sei“. Für die Antragstellerin seien diese Aussagen demütigend und unerwünscht gewesen, vor allem die Verknüpfung ihrer Person mit Drogenhandel und die laufenden Anspielungen auf Prostitution. Sie habe keinerlei Unterstützung von ihren Vorgesetzten erhalten, teilweise seien diese sogar selbst beteiligt gewesen. Als die Antragstellerin sich über unangebrachte Äußerungen seitens ihrer Kollegen beschwert habe, habe der 2. Antragsgegner sie darauf aufmerksam gemacht, dass sie aufpassen solle, dass sie nicht noch mehr Zoff mit den Kollegen bekomme. Ihre Gehaltsforderungen seien auch 2008 weiterhin ignoriert worden und der 2. Antragsgegner habe im April 2008 gemeint, als sie mit ihm über eine Gehaltsanpassung gesprochen habe, dass sie ohnehin so viel verdienen würde wie die Lagerarbeiter und das Reinigungsteam, und dass dies ausreichend sei. Die Antragstellerin habe dies als ungerechtfertigt empfunden, da sie höherwertige Tätigkeiten ausgeführt habe. Bei einem Gespräch mit einem der Beschäftigten im Lager, Herrn G, habe sie diesem ihren Verdienst mitgeteilt. Er habe darauf erwidert: „Schwester, das tut weh“ und habe ihr berichtet, dass er mehr verdienen würde als sie. Im Jahr 2008 sei dann ein anderer Mitarbeiter des Lagers bereits nach kurzer Zeit als Angestellter umgestuft worden, er habe im Zuge dessen auch eine Gehaltserhöhung erhalten. Im Herbst 2007 sei es neuerlich zu einem Gespräch mit Herrn E gekommen, in welchem die Antragstellerin diesen auch darüber informiert habe, welche Äußerungen ihr gegenüber gefallen seien, oder von welchen Äußerungen sie durch andere Kolleginnen erfahren habe. Sie habe dabei deutlich gemacht, dass dies für sie entwürdigend sei. Außerdem habe sie wiederum ihre mangelnde Gehaltsentwicklung angesprochen, habe ihre Leistungen dargelegt und habe eine Erhöhung ihres Entgelts verhandeln wollen. Herr E habe sie ausgelacht und habe sich wiederum geweigert. Zu Frau H habe er gesagt, dass die Antragstellerin keine Gehaltserhöhung brauchen würde, weil sie genug Geld hätte, was man an ihrer teuren Kleidung und ihrem Lebensstil

sehen würde. Das Arbeitsklima habe sich zunehmend für die Antragstellerin verschlechtert, was sich auch auf ihren gesundheitlichen Zustand ausgewirkt habe. Man habe ihr nahe gelegt, sich eine neue Arbeit zu suchen, was sie jedoch zurückgewiesen habe. Noch im Krankenstand habe sie am 25. November 2008 per E-Mail die Kündigung erhalten. Am 1. Dezember 2008 sei die Antragstellerin wieder an ihrer Arbeitsstätte erschienen. Sie habe nicht mehr in ihr Büro zurück gedurft, ihr Schreibtisch sei leer geräumt gewesen und ihre persönlichen Sachen seien verschwunden. Der 2. Antragsgegner habe sie angewiesen, im Lager zu arbeiten. Die Antragstellerin habe diese Arbeit nur unter Protest angetreten. Einer der Lagerarbeiter, Herr B (4. Antragsgegner), habe an diesem Tag zu ihr gesagt, dass er „immer auf ihren Arsch gucken“ müsse, ob sie ihm sagen könne, wieso. Da es im Lager sehr kalt gewesen sei, sei die Antragstellerin erneut erkrankt. Sie habe sich in der Folge an die GAW gewandt, welche am 2. Jänner 2009 ein Interventionsschreiben an die 1. Antragsgegnerin gerichtet habe. Am 2. Februar 2009 habe die GAW die angeforderte Stellungnahme durch die rechtsfreundliche Vertretung, Herrn RA Dr. I, erhalten.

In der auf Ersuchen von Senat I der GBK übermittelten Stellungnahme der rechtsfreundlichen Vertretung der 1. Antragsgegnerin, des 2. Antragsgegners und der 3. Antragsgegnerin bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe und trat diesen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Das Gehaltsschema der 1. Antragsgegnerin sei als Konzernvorgabe von der österreichischen Geschäftsleitung nicht beeinflussbar. Die Gehaltserhöhungen der Antragstellerin seien höher ausgefallen, als die im Schnitt der übrigen Mitarbeiter/innen der 1. Antragsgegnerin und insbesondere höher als die ihrer Vorgesetzten, der 3. Antragsgegnerin. Die Antragstellerin zitiere eine Äußerung eines Lagerarbeiters, Herrn G, welcher ein Missverhältnis zum eigenen Gehalt festgestellt hätte. Diesbezüglich sei zur Erläuterung auszuführen, dass sich das höhere Einkommen des Herrn G ausschließlich dadurch ergebe, dass dieser auch zahlreiche Wochenenddienste und Überstunden geleistet habe. Die 1. Antragsgegnerin stelle von ihrem Lager aus die Patienten/innenversorgung in ganz Österreich im Permanenzbetrieb, also 7 Tage die Woche zu 24 Stunden sicher. Dem gegenüber hätten für die Antragstellerin geregelte Büroarbeitszeiten gegolten. Es würden in Wahrheit Ursache und Auswirkungen

vertauscht werden. Wie bereits ausgeführt, habe die Arbeitsleistung der Antragstellerin gegen Ende des Dienstverhältnisses erheblich nachgelassen, da sich diese (bei nachträglicher Betrachtung) subjektiv unterbezahlt gefühlt habe, wodurch aber die Grundlage für deutlichere Gehaltserhöhungen weggefallen sei. Die Gehaltsentwicklung der Antragstellerin sei daher im Vergleich der Gehaltsentwicklung der übrigen Mitarbeiter/innen, der ihrer Vorgängerin, der ihrer Vorgesetzten oder der des Lagerarbeiters, Herrn G, nicht zu beanstanden gewesen. Es falle nicht in den Verantwortungsbereich der 1. Antragsgegnerin, wenn die Antragstellerin unter Umständen über berufliche Fähigkeiten verfüge, welche sie in ihrem konkreten Aufgabengebiet nicht einsetzen können. Es obliege auch nicht der Beurteilung der 1. Antragsgegnerin, welche Einkommensmöglichkeiten die Antragstellerin bei anderen beruflichen Verwendungen vorfinden würde. Tatsache sei, dass ihr Einkommen bei der 1. Antragsgegnerin ausschließlich nach objektiven Kriterien bestimmt gewesen sei und mit der Gehaltssituation im Unternehmen übereingestimmt habe. Dass ihre eigene Vorgesetzte, wie die Leiterin des Bereiches Human Resources sowie ihre Vorgängerin weiblichen Geschlechtes und weiters die 1. Antragsgegnerin einen großen Anteil von Mitarbeitern mit Migrationshintergrund, die aus mehreren Kontinenten stammen beschäftige, sei der beste Beweis dafür, dass auch die Antragstellerin in keinster Weise gehaltsmäßig diskriminiert worden sei. Der anlassgebende Antrag, offensichtlich basierend auf ergänzenden Angaben der Antragstellerin, weise auffällige Abweichungen zum Schreiben der GAW vom 2. Jänner 2009, ebenfalls auf Grundlage der Angaben der Antragstellerin, auf. Die Abweichungen würden in einem hohen Maße taktisch motiviert wirken. Die Antragstellerin unterstelle der 3. Antragsgegnerin folgende Äußerung: *„Sie äußert sich immer wieder abfällig gegenüber Menschen mit schwarzer Hautfarbe, indem sie beispielsweise sagte: „Schwarze arbeiten nichts, hängen den ganzen Tag herum und leben von unseren Steuern.“* Diese Aussage sei klischeehaft, passe überhaupt nicht zur österreichischen Situation der Ausländerdiskriminierung und stimme - siehe nunmehrige Stellungnahme der 3. Antragsgegnerin - überhaupt nicht mit deren Erfahrungshorizont überein. Die 3. Antragsgegnerin gebe an, sich nie negativ über Farbige geäußert zu haben, zumal sie bis zum Kennenlernen der Antragstellerin nie mit Farbigen Kontakt gehabt habe. Bei der 3. Antragsgegnerin würden schlichtweg jede Erfahrungen mit Menschen mit schwarzer Haut-

farbe fehlen. Sie habe nicht die geringste Veranlassung gehabt, Menschen mit schwarzer Hautfarbe mit Schmarotzertum In Verbindung zu bringen.

Es stehe der massive Verdacht im Raum, dass die Antragstellerin ihre Erzählung mit erfundenem Inhalt ausgeschmückt habe, um sich für ihre letztlich doch ökonomisch motivierte Antragstellung eine vermeintlich bessere Ausgangsposition zu verschaffen. Die nächste taktisch motivierte Sachverhaltserweiterung durch die Antragstellerin finde sich in ihrer nunmehrigen Behauptung, Herr E, hätte eine Gehaltserhöhung aus subjektiven Kriterien abgelehnt. Es werde behauptet, dass die Beschwerde über angebliche Diskriminierungen dem Geschäftsführer bei diesem Gespräch im Herbst 2007 vorgetragen worden wäre. Die Antragstellerin sei nunmehr offensichtlich in Kenntnis, dass es von besonderer rechtlicher Relevanz sei, wenn entscheidungsbefugte Organe von einer Diskriminierung Kenntnis erlangen. Herr E weise beide Vorwürfe vehement von sich, also sowohl, dass ihm eine Beschwerde zugetragen worden wäre und er nicht reagiert hätte, als auch dass er aus unsachlichen Kriterien der Antragstellerin eine Gehaltserhöhung verweigert hätte. Aus rechtlichen Erwägungen sei noch auszuführen, dass der nunmehr behauptete Diskriminierungsgrund weder die Hautfarbe noch das weibliche Geschlecht gewesen wäre, sondern ein geringer wirtschaftlicher Bedarf. In den angeschlossenen Mails werde darauf verwiesen, dass die 3. Antragsgegnerin besondere Kollegialität zu der ihr unterstellten Mitarbeiterin, und zwar der Antragstellerin, bewiesen hätte, dass diese Kollegialität von der Antragstellerin aber nicht in derselben Weise erwidert worden sei. Im Anlassschriftsatz werde ausgeführt, dass nach soziologischen Studien schwarze Frauen besonders stark von Sexismus und Rassismus betroffen seien. Die 1. Antragsgegnerin erhebe massiven Protest gegen diese Form der Argumentation. Es sei jedes Vorurteil, egal aus welcher Motivation, abzulehnen. Der Versuch auf die Beweiswürdigung eines richterlichen Organes mit statistischen Werten Einfluss zu nehmen, sei auch eine Form der Anwendung von Vorurteilen. Auch wenn es Statistiken darüber gebe, dass in Kärnten mehr ledige Kinder geboren werden würden, als im Burgenland, die Kriminalitätsrate von in Österreich lebenden Rumänen/innen höher sei als die von Luxemburgern/innen oder Schweizern/innen, müsste jede/r Staatsanwalt/Staatsanwältin mit dienstrechtlichen Konsequenzen rechnen, wenn er/sie in einem zu prüfenden Einzelfall die Wahrscheinlichkeit der Täterschaft eines/r Beschul-

digten mit Statistiken zu belegen versuchen würde. Die 1. Antragsgegnerin sei allerdings davon überzeugt, dass sich das erkennende Gericht nicht von Statistiken, die im Einzelfall nichts anderes als ein Vorurteil wären, beeinflussen lasse. Die 1. Antragsgegnerin sei die Tochter eines weltweit agierenden Konzerns. Diesem sei wie jedem großen Unternehmen bekannt, dass sich Mitarbeiter/innen mit ihren Problemen ihren unmittelbaren Vorgesetzten nicht immer anvertrauen könnten. Es gebe daher bei der 1. Antragsgegnerin sowie bei den Schwesterunternehmen im Ausland das System der anonymen, gebührenfreien Mitteilung oder Beschwerde sogar rund um die Uhr, bezeichnet Alert Line der 1. Antragsgegnerin. Es liege bei der 1. Antragsgegnerin jedoch kein Hinweis dafür vor, dass sich die Antragstellerin jemals an die Alert Line der 1. Antragsgegnerin gewandt hätte.

In der auf Ersuchen von Senat I der GBK übermittelten Stellungnahme der rechtsfreundlichen Vertretung des 4. Antragsgegners bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe und trat diesen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Der von der Antragstellerin gegenüber dem 4. Antragsgegner geäußerte Vorwurf der sexuellen Diskriminierung entbehre jeglicher Grundlage und werde entschieden bestritten. Der 4. Antragsgegner habe mit der Antragstellerin de facto dienstlich kaum und außerdienstlich gar nichts zu tun gehabt. Diese habe nämlich im Lagerbüro gemeinsam mit der 3. Antragsgegnerin gearbeitet. Dem 4. Antragsgegner sei der Umstand der Kündigung der Antragstellerin zu Ohren gekommen, ebenso dass diese dann keinen Zutritt zum Büro gehabt habe. Am 1. Dezember 2008 habe die Antragstellerin dann dem 4. Antragsgegner im Lager erklärt, dass sie ab jetzt hier arbeite, worauf der 4. Antragsgegner erwidert habe: „Na, dann muss ich Dich jetzt wohl jeden Tag hier sehen.“ Da keinerlei negative Vorkommnisse zwischen dem 4. Antragsgegner und der Antragstellerin zuvor stattgefunden hätten, habe es für den 4. Antragsgegner auch keinerlei Grund gegeben, sich in irgendeiner Form abfällig sich gegenüber der Antragstellerin zu äußern. Jedenfalls sei durch den 4. Antragsgegner niemals ein Wortlaut in der Richtung von „Ich muss immer auf Deinen Arsch gucken“ erfolgt. Bei den oben tatsächlich getätigten Worten des 4. Antragsgegners seien auch ca. 4 Personen in unmittelbarer Nähe des Gespräches gewesen, woraus ebenfalls hervorgehe, dass ein Wortlaut, wie von der Antragstellerin behauptet worden

sei, lebensfremd sei. Letztendlich müsse angemerkt werden, dass die Gattin des 4. Antragsgegners ebenfalls bei der 1. Antragsgegnerin tätig sei und am selben Tag wie der 4. Antragsgegner ebenfalls Dienst gehabt habe. Der 4. Antragsgegner sei seit 11 Jahren, seine Gattin seit 16 Jahren, bei der 1. Antragsgegnerin Angestellte/r in einem Bereich des Lagers tätig. Er habe sich bis dato in keinsten Weise irgendetwas zuzuschulden kommen lassen, und sei schon gar nicht wegen irgendwelcher sexuellen Belästigungen aufgefallen. Daher sei die Antragstellerin dahingehend unglaubwürdig, Dies auch umso mehr, als zum einen der 4. Antragsgegner in seinem Arbeitsbereich laufend im Bereich der Reinigung, der Dispatcher und der Außendienstmitarbeiter/innen mit Frauen zu tun habe und mit diesen allen ein korrektes Verhältnis pflege, zum anderen die Antragstellerin an ihrem letzten tatsächlichen Arbeitstag offensichtlich Streit und Aggression gegenüber ihren Vorgesetzten gehabt habe und aufgrund der Frustration, ihren alten Arbeitsplatz nicht mehr betreten zu können, jedwede Äußerung gegenüber ihr als persönliche Attacke aufgefasst habe. Es scheine jedenfalls der Verdacht nahezuliegen, dass die Antragstellerin durch die Nennung mehrerer Haftungsträger/innen, im Hinblick auf einen angemessenen Schadenersatz, die ihr durch die wohl berechtigte Kündigung entstandenen Vermögenseinbußen entsprechend kompensieren mochte,

Das Verfahren vor der GBK ist vertraulich und wird nichtöffentlich durchgeführt. Das den Abschluss des Verfahrens bildende Prüfungsergebnis wird auf der Grundlage der im Verfahren vorgelegten Unterlagen und der in der mündlichen Befragung 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 Geschlechts durch eine **sexuelle Belästigung** durch den 4. 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 Dritte¹ 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.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. 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

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.

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.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.

Für den erkennenden Senat ist nach Durchführung des Verfahrens der von der Antragstellerin erhobene Vorwurf hinsichtlich der körperlichen sexuellen Belästigung nachvollziehbar. Die Schilderungen der Antragstellerin waren für den erkennenden Senat glaubwürdig, in sich schlüssig und ohne widersprüchliche Angaben. So konnte die Antragstellerin in ihrer mündlichen Befragung glaubhaft machen, dass der 4. Antragsgegner unerwünschte, unangebrachte sowie anstößige Bemerkung gegenüber der Antragstellerin getätigt hat.

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, für die betroffene Person unerwünscht, unangebracht oder anstößig ist. Hier wird auf das subjektives Empfinden abgestellt. Das bedeutet, dass darauf abge-

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

stellt wird, ob die belästigte Person persönlich nach objektiven Kriterien ein die Würde verletzendes Verhalten als unangebracht, unerwünscht oder anstößig empfindet.

Der Begriff „Verhalten“ ist dabei weit zu definieren und umfasst neben körperlichen Handlungen auch verbale und nonverbale Verhaltensweisen.

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 (Beweislast).

Die Antragstellerin hat die Bemerkung des 4. Antragsgegners auch nach ihren subjektiven Empfindungen als Verletzung ihrer Intimsphäre angesehen hat und dies dem 2. Antragsgegner deutlich zu verstehen gegeben, dass sie derartige Bemerkungen nicht wünsche. Der 4. Antragsgegner hat in seiner Befragung nochmals bestritten, die Äußerung, dass er „immer auf ihren Arsch gucken“ müsse, getätigt zu haben. Er habe mit der Antragstellerin immer einen guten Kontakt gehabt. Es habe nie Probleme gegeben. Er habe nichts über das Hinterteil der Antragstellerin gesagt, dass möglicherweise von der Antragstellerin falsch verstanden hätte werden können. Eine der befragten Auskunftspersonen gab zum Vorwurf der Antragstellerin gegen den 4. Antragsgegner an, dass die Antragstellerin ihr von diesem Vorfall erzählt habe. Der 4. Antragsgegner sei ein sehr netter Kollege gewesen. Der 4. Antragsgegner wollte sie trösten, aber die Antragstellerin habe dies wahrscheinlich in den falschen Hals bekommen. An diesem Tag sei die Antragstellerin in das Lager versetzt worden. Die Äußerung vom 4. Antragsgegner sei einfach das i-Tüpfelchen gewesen.

Auf Grund der durchgeführten Befragungen konnte der 4. Antragsgegner den Senat I der GBK nicht davon überzeugen, die inkriminierte Äußerung nicht getätigt zu haben. Auch wenn diese Äußerung zum Trost bzw. zur Aufmunterung gemacht worden ist, stellt sie trotzdem eine verbale sexuelle Belästigung iSd § 6 GIBG dar. Der 4. Antragsgegner hat durch sein Verhalten sowohl die im Arbeitnehmer/innenschutzgesetz

(ASchG) vorgesehene Sittlichkeitsgrenze, als auch die persönliche Intimsphäre der Antragstellerin verletzt.

Nach Ansicht des Senates I der GBK liegt somit eine **sexuelle Belästigung** durch den 4. Antragsgegner gegenüber der Antragstellerin vor.

Hinsichtlich der von der 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 kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages **angemessene Abhilfe zu schaffen**, ist Nachstehendes festzuhalten:

Der/Die Arbeitgeber/in ist auf Grund der ihm/ihr obliegenden allgemeinen Fürsorgepflicht⁵ aufgefordert, in seinem/ihrem Betrieb Maßnahmen zu setzen, um die sexuelle Integrität und die Intimsphäre der Arbeitnehmer/innen zu schützen und wahren⁶. 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 kommt⁷. 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 1. Antragsgegnerin erklärte in der mündlichen Befragung, dass es im Unternehmen ein Alert-Line gegeben habe, an die sich die Mitarbeiter/innen unter anderem bei Gesetzesverletzungen wenden könnten. Laut dem 2. Antragsgegner wurde eine diesbezügliche Information an alle Mitarbeiter/innen per Mail mit dem Zusatz ver-

⁵ 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).

⁶ 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.

⁷ vgl. Mazal, Belästigung in der Arbeitswelt – Abhilfe durch Unternehmenskultur! ecolex 2009, 460 (461).

schickt, dass man sich daneben auch an die Personalabteilung wenden könne. Jede/r eintretende Mitarbeiter/in erhalten die gesamten Firmenpolicies, darunter auch Policies über Mobbing und Belästigung, die durchzulesen und als gelesen gegenzuzeichnen seien. Beschwerden über eine sexuelle Belästigung durch den 4. Antragsgegner durch die Antragstellerin seien während ihrer Beschäftigung bei der 1. Antragsgegnerin weder bei der Geschäftsführung noch bei der Personalabteilung eingelangt. Die Antragstellerin hat in ihrem Vorbringen nie davon gesprochen, sich über den 4. Antragsgegner bei ihren Vorgesetzten bzw. der Personalabteilung beschwert zu haben.

Die 1. Antragsgegnerin konnte deshalb mangels Kenntnis des Vorfalls keine entsprechenden Abhilfemaßnahmen setzen.

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

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund der **ethnischen Zugehörigkeit** durch eine **Belästigung** nach **§ 21 Abs. 1 Z 3 GIBG** durch den 2. Antragsgegner, Herrn C, verwirklicht worden ist, ist zunächst Nachstehendes zu bemerken:

Hinsichtlich des vom Gesetzgeber verwendeten unbestimmten Gesetzesbegriffes „ethnische Zugehörigkeit“ ist anzumerken, dass dieser iSd RL 2000/43/EG vom 29. Juli 2000 nicht so verstanden werden darf, dass es auf biologische Verwandtschaftsverhältnisse ankommt, die zu einer bestimmten Volksgruppe bestehen⁸.

Die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage des GIBG betonen, dass der Begriff der ethnischen Zugehörigkeit entsprechend weit auszulegen sei. Weiters wird festgestellt, dass „es sich um eine Definition ethnischer Diskriminierung handle, die sich stärker kulturell orientiert. Personen werden diskriminiert, weil sie als fremd wahrgenommen werden, weil sie auf Grund bestimmter Unterschiede von der regionalen Mehrheit als nicht zugehörig angesehen werden. Sie knüpft überwiegend an Unterschiede an, die auf Grund von Abstammungs- oder Zugehörigkeitsmythen als

⁸ RV 307 BlgNR. 22. GP, 14

natürlich angesehen werden die die betroffenen Personen nicht ändern können. Häufige Erscheinungsformen sind Diskriminierung wegen der Hautfarbe und anderer äußerer Merkmale sowie wegen der als fremd angesehenen Muttersprache. Auch bei Ethnien handelt es sich um imaginierte Gemeinschaften, die durch Bekenntnis oder Fremdzuschreibung entstehen können und sich nicht allein auf biologische oder sonstige tatsächliche Unterscheidungen stützen können. Sie bezieht sich auf Gemeinsamkeiten von Menschen, die sich auf Grund ihrer Hautfarbe, Herkunft, Religion, Sprache, Kultur oder Sitten ergibt.“⁹

Eine Belästigung iSd § 21 GIBG liegt vor, wenn eine unerwünschte Verhaltensweise, die mit einem der Gründe in § 17 GIBG im Zusammenhang steht, gesetzt wird und die Würde einer Person verletzt, die für die betroffene Person unerwünscht, unangebracht und anstößig ist, und ein einschüchterndes, feindseliges, entwürdigendes, beleidigendes oder demütigendes Umfeld für die betroffene Person schafft. Verhalten ist hier weit zu interpretieren. Es umfasst sowohl körperliche Handlungsweisen als auch verbale oder nonverbale Verhaltensweisen. Darunter versteht man sowohl sprachliche Äußerungen wie Witze, Bezeichnungen als auch Gesten sowie das Verteilen von Bildern oder sonstigem Material.

Gemäß § 26 Abs. 12 GIBG hat eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand iSd §§ 17, 18 oder 21 GIBG beruft, diesen glaubhaft zu machen. Dem/Der Beklagten obliegt es bei der Berufung auf § 21 GIBG, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die vom/von der Beklagten glaubhaft gemachter Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

Der gegen den 2. Antragsgegner erhobene Vorwurf, dass er der Antragstellerin gegenüber Äußerungen getätigt habe, die geeignet waren, diese auf Grund ihrer ethnischen Zugehörigkeit zu belästigen, konnte durch das Vorbringen des 2. Antragsgegners nicht entkräftet werden. Die Schilderungen der Antragstellerin, wonach der 2. Antragsgegner sie gefragt habe, ob ihr Freund reich sei bzw. die Situation, in der der 2. Antragsgegner die Antragstellerin um eine Kopie gebeten habe und diese scherzhaft gemeint habe, dass das € 5,- kosten würde, und er darauf erwidert habe, dass er nicht gedacht habe, dass sie „so billig sei“, waren für den erkennenden Senat glaub-

⁹ RV 307 BlgNR. 22. GP, 14; vgl. Windisch-Graetz in Rebhahn GIBG, § 17 Rz 6

würdig, nachvollziehbar und in sich schlüssig. In der mündlichen Befragung bestätigte der 2. Antragsgegner, dass er die Antragstellerin gefragt habe, ob ihr Freund reich sei. Er sei auch für den Fuhrpark zuständig. Er bemerke daher, wenn firmenfremde Autos vorfahren würden. Ihr Freund sei ein großes Auto gefahren. Das sei aufgefallen, und aus diesem Grund habe der 2. Antragsgegner nachgefragt. Hinsichtlich des Vorfalls mit den Kopien gab der 2. Antragsgegner an, dass er auf ihre Äußerung, dass die Kopie € 5,- kosten würden, erwidert habe, dass dies eh billig sei. Seine Antwort habe sich lediglich auf die Kopien bezogen, und nicht auf die Antragstellerin. Die Antragstellerin habe sich nie bei ihm darüber beschwert. Er habe sogar von ihr zu Weihnachten 2008 ein schönes Weihnachtsfest gewünscht bekommen. Eine Auskunftsperson gab in der mündlichen Befragung an, dass die Antragstellerin ihr von diesen Vorfällen erzählt habe. Diese Vorwürfe seien für diese Auskunftsperson absolut glaubwürdig. Sie habe die Antragstellerin niemals dabei „ertappt“, dass sie gelogen hätte. Sie selbst habe die Gerüchte, dass die Antragstellerin einen reichen Freund habe, und dass ihr Drogenhandel unterstellt worden sei, gehört. Für sich allein betrachtet mögen diese Bemerkungen „harmlos“ sein, allerdings aus der Gesamtbetrachtung sowie aus der subjektiven Sicht der Antragstellerin suggerieren diese Bemerkungen ein ganz bestimmtes, negatives und diskriminierendes Bild von der Antragstellerin.

Dem Senat I der GBK erschien deshalb das Vorbringen des 2. Antragsgegners als nicht glaubwürdig. Bei Abwägung aller vorliegenden Umstände ist es jedoch nach Ansicht vom Senat I der GBK wahrscheinlicher, dass die von der Antragstellerin glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen. Der Einwand, dass die Antragstellerin ihm nie ein schönes Weihnachtsfest gewünscht hätte, wenn sie tatsächlich belästigt worden sei, wurde nicht als ausreichend angesehen. Es ist 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 sich nicht sofort beschwert

hat, sondern zunächst ihrer Arbeit weiter nachgegangen ist und ihrem Vorgesetzter gegenüber weiterhin äußerst korrekt umgegangen ist. Diese Intention verfolgt auch der österreichische Gesetzgeber, der im § 29 Abs.1 GIBG eine Verjährungsfrist von einem Jahr für die Geltendmachung von Ansprüchen auf Grund einer Belästigung vorsieht. In der herrschenden Judikatur¹⁰ und Lehre¹¹ herrscht ebenso die Auffassung, dass Belästiger/innen Belästigungen bzw. Sexualität einsetzen, um ihre Macht zu missbrauchen. Der Tatbestand der Belästigung stellt stets einen Eingriff in die Menschenwürde der belästigten Personen dar, der inakzeptabel ist.

Die Antragstellerin wurde somit auf Grund der **ethnischen Zugehörigkeit** durch den 2. Antragsgegner **belästigt**.

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund der **ethnischen Zugehörigkeit** durch eine **Belästigung** nach **§ 21 Abs. 1 Z 3 GIBG** durch die 3. Antragsgegnerin, Frau D, verwirklicht worden ist, ist zunächst Nachstehendes zu bemerken:

Im Ermittlungsverfahren konnte die Antragstellerin nicht im Sinne der im GIBG vorgesehenen Beweislastverteilung ausreichend glaubhaft darlegen, dass die 3. Antragsgegnerin die ihr im Verlangen der GAW vorgeworfenen Äußerungen getätigt zu haben. Eine der befragten Auskunftspersonen gab an, dass sie derartige Äußerungen nicht von der 3. Antragsgegnerin gehört habe. Auch gegenüber dem erkennenden Senat konnte die 3. Antragsgegnerin glaubhaft darlegen, dass sie sich zunächst gut mit der Antragstellerin verstanden habe. Das Verhältnis habe sich erst im Zuge des Wunsches der Antragstellerin nach einer Gehaltserhöhung verschlechtert. Der Grund für die Verschlechterung des Verhältnisses zwischen den beiden Arbeitskolleginnen lag darin, dass die Antragstellerin gegenüber der Geschäftsleitung vorgebracht haben sollte, dass sie auch die Arbeiten der 3. Antragsgegnerin übernommen habe und diese nunmehr nichts tue. Dieses Zerwürfnis hat nach Durchführung des Verfahrens aber nichts mit der ethnischen Zugehörigkeit der Antragstellerin zu tun. Die in der Befragung der Antragstellerin zusätzlich vorgebrachten Vorwürfe, dass die

¹⁰ vgl. 9 ObA 18/08z, 9 ObA 143/03z, 9 ObA 292/99b

¹¹ vgl. Linde, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, BB 1994, 2412 (2415)

3. Antragsgegnerin schlecht hinter ihren Rücken geredet habe und diese vermutet habe, dass die Antragstellerin einen extra lukrativen Geschäft nachgehe, konnten im Laufe des Verfahrens nicht bestätigt werden.

Die Antragstellerin wurde somit **nicht** auf Grund der **ethnischen Zugehörigkeit** durch die 3. Antragsgegnerin **belästigt**.

Bezüglich der von der GAW verlangten Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund der ethnischen Herkunft durch die 1. Antragsgegnerin, X GmbH, gemäß **§ 21 Abs. 1 Z 2 GIBG**, ob diese es **schuldhaft unterlassen** hat, im Falle einer **Belästigung** durch Dritte, eine auf Grund gesetzlicher Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages **angemessene Abhilfe zu schaffen**, ist im Wesentlichen auf die Ausführungen zu § 6 Abs. 1 Z 2 GIBG zu verweisen.

Aus den Befragungen der Auskunftspersonen ergibt sich, dass sich die Antragstellerin gegenüber dem früheren Geschäftsführer über die 3. Antragsgegnerin beschwert hat. Die Beschwerden der Antragstellerin haben jedoch „nur“ fachliche Belange betroffen. Im Fall der 3. Antragsgegnerin wurde von Seiten des erkennenden Senates keine Belästigung iSd § 21 Abs. 1 Z 3 GIBG festgestellt, wodurch eine Prüfung iSd 21 Abs. Z 2 zu entfallen hat. Im Weiteren hat der Senat I der GBK überprüft, ob eine mangelnde Abhilfe auf Grund der vorliegenden Belästigung durch den Antragsgegner vorgelegen ist. Eine Verletzung der Sorgfaltspflicht konnte aus dem Vorbringen der beteiligten Personen nicht festgestellt werden, da die Beschwerden der Antragstellerin sich nicht auch auf den 2. Antragsgegner bezogen haben, wodurch ihre Arbeitgeberin keine Kenntnis über die belästigenden Äußerungen des 2. Antragsgegners erlangen konnte. Mangels Kenntnis der Vorfälle konnte die 1. Antragsgegnerin als Arbeitgeberin ihrer gesetzlichen Verpflichtung zur Schaffung angemessener Abhilfe iSd GIBG, da mit dieser Verpflichtung des/der Arbeitgebers/in das Diskriminierungsopfer gerade vor weiteren diskriminierenden Handlungen durch den/die Belästiger/in geschützt werden soll, nicht nachkommen. Der Antragstellerin hat keine der im Unternehmen vorgesehenen Beschwerdemöglichkeiten in Anspruch genommen.

Es liegt somit **kein schuldhaftes Unterlassen der 1. Antragsgegnerin** im Falle einer **Belästigung** durch Dritte auf Grund der **ethnischen Zugehörigkeit** 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. Art. 141 EG-Vertrag verbietet nicht nur eine direkte, sondern auch eine indirekte Diskriminierung, wobei das Geschlecht als offizielles Unterscheidungsmerkmal verwendet wird. Unter der indirekten, mittelbaren, Diskriminierung versteht der EuGH eine Unterscheidung, die zwar an einem vom Geschlecht verschiedenen Kriterium ansetzt, in ihrem Ergebnis aber wesentlich mehr Angehörige des einen als des anderen Geschlechts betrifft. Es kommt dabei nicht auf die Diskriminierungsabsicht an¹². Gemäß Art. 141 Abs. 2 EG-Vertrag fallen unter den Begriff „Entgelt“ neben dem üblichen Grund- und Mindestlohn auch alle sonstigen Vergütungen, die der/die Arbeitgeber/in auf Grund eines Arbeitsverhältnisses dem/der Arbeitnehmer/in unmittelbar oder mittelbar in bar oder in Sachleistungen zahlt. Nach dem EuGH fallen unter dem Entgeltbegriff unter anderem Löhne, Zulagen oder auch Prämien. Der Entgeltbegriff ist daher 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.

Die Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand iSd §§ 3, 4, 6 oder 7 GIBG beruft, hat er/sie diesen gemäß § 12 Abs. 12 GIBG glaubhaft zu machen. Dem/Der Beklagten obliegt es bei Berufung auf §§ 3 oder 4 GIBG zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlich ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlagge-

¹² Tomandl „Arbeitsrecht I“, 5. Aufl., S. 238

bend war oder das andere Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die ausübende Tätigkeit ist oder ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.

Voraussetzung, um zu überprüfen, ob der Grundsatz des gleichen Entgelts beachtet wird, ist die Nachvollziehbarkeit des Entlohnungssystems und seiner einzelnen Entgeltbestandteile. Hierzu ist festzuhalten, dass es dem/der Arbeitgeber/in obliegt, das Gleichbehandlungsgebot in seinem/ihrem Unternehmen umzusetzen. Eine echte Transparenz, die wirksame Kontrolle erlaubt, ist nur dann gewährleistet, wenn dieser Grundsatz für jeden einzelnen Bestandteil des den Arbeitnehmern/innen gezahlten Entgelts gilt, und nicht nur im Wege einer Gesamtbetrachtung der diesen gewährten Vergütungen angewandt wird¹³. Es sind deshalb geschlechtsneutrale Systeme der Arbeitsbewertung heranzuziehen. In diesen Systemen stehen die Anforderungen an Wissen und Können, an die Verantwortung, an sozialer Kompetenz sowie Belastungen im Mittelpunkt. Die vorgenommene Bewertung hat umfassend, einheitlich abgefasst, sachlich, eindeutig und verständlich zu sein. Ein solches geschlechtsneutrales Arbeitsbewertungssystem muss den Arbeitnehmern/innen bekannt gemacht werden. Objektive Rechtfertigungsgründe für eine systematische Benachteiligung von Frauen durch ein völlig undurchschaubares Entlohnungssystem hat der/die Arbeitgeber/in zu beweisen¹⁴.

Zur Beurteilung der Frage, ob eine Diskriminierung bei der Festsetzung des Entgelts vorliegt, hat der Senat I der GBK die einzelnen Gehaltsbestandteile der Antragstellerin auf eine allfällige geschlechtsspezifische Diskriminierung untersucht.

Es ging insbesondere um die Frage, ob die Antragstellerin im Vergleich zu ihren männlichen Kollegen, Herrn G und Herrn J, bzw. ihrer Vorgängerin, Frau F, bei der Festsetzung des Entgelts schlechter gestellt worden ist, oder ob das Gehalt der Antragstellerin dem GIBG entsprechend festgesetzt worden ist. Die Antragstellerin hat sich auf das Gleichbehandlungsgebot iSd § 3 GIBG berufen und hat vorgebracht, dass ihre schlechtere Bezahlung bei gleicher Qualifikation und gleicher Tätigkeit eine verbotene Diskriminierung auf Grund des Geschlechts darstellt. Die Antragstellerin

¹³ EuGH-Urteil vom 27.5.2004, Rs. C-285/02 – „Elsner-Lakenberg“

¹⁴ Tomandl „Arbeitsrecht I“ 5. Aufl., S. 241

brachte insbesondere vor, dass ihr Monatsgehalt sowohl geringer als das der beiden männlichen Vergleichspersonen als auch ihrer Vorgängerin war. Im Unternehmen gebe es kein transparentes Gehaltsschema.

Die Personalchefin der 1. Antragsgegnerin bestritt in der mündlichen Befragung erneut die Vorwürfe der Antragstellerin. Die Antragstellerin sei mit dem Gehalt, das sie für ihre vorhergehende Tätigkeit im Customer Service erhalten habe, in den Einkauf gewechselt. Da sie in diesem Bereich keine Vorbildung bzw. keine relevante Berufserfahrung gehabt habe, habe man sich zunächst anschauen wollen, wie sich die Antragstellerin im Einkauf entwickle, um dann nochmals zu entscheiden. Eine der befragten Auskunftspersonen gab an, dass für allfällige Gehaltserhöhung das Mitarbeiter/innengespräch eine wesentliche Grundlage sei. Die 1. Antragsgegnerin sei ein amerikanischer Konzern. Es werde jedem Land neben den kollektivvertraglichen Erhöhungen eine bestimmte Summe genehmigt, um die dann die Gehälter aller Mitarbeiter/innen erhöht worden seien. Individuelle Gehaltserhöhungen durften ein gewisses Maximum nicht überschreiten. Da man bei der 1. Antragsgegnerin nicht den Eindruck gehabt habe, dass die Antragstellerin ihre Arbeit überdurchschnittlich gut erledige, habe sie die überkollektivvertraglichen Gehaltserhöhungen bekommen, aber keine Gehaltserhöhungen, die über die Konzernvorgaben gegangen wären. Es werde hierbei Rücksprache mit den unmittelbaren Vorgesetzten gehalten.

Hierzu ist festzuhalten, dass es dem/der Arbeitgeber/in obliegt, dass Gleichbehandlungsgebot in seinem/ihrem Unternehmen umzusetzen. Er/Sie soll auf Grund der Wertigkeit der Tätigkeiten ein ausgewogenes Gehaltsschema im Unternehmen schaffen. Es ist daher bei der Festsetzung des Entgelts eines/einer Arbeitnehmers/in stets vom tatsächlichen Inhalt der Tätigkeit auszugehen.

Nach Durchführung des Ermittlungsverfahrens steht es für den erkennenden Senat außer Frage, dass die Antragstellerin und die im Verfahren genannten männlichen Vergleichspersonen nicht die gleiche bzw. gleichartige Tätigkeit verrichtet haben. Die zum Vergleich herangezogenen männlichen Kollegen haben nicht als Assistentkraft im Einkauf gearbeitet, beide waren vielmehr als Mitarbeiter im Lager beschäftigt. Diese Tätigkeit umfasst neben administrativen, körperliche Arbeiten sowie Wochenenddienste. Aus diesem Grund haben die Antragstellerin und die männliche Ver-

gleichsperson keine gleiche bzw. gleichartige Tätigkeit iSd § 5 GIBG geleistet. Die Definition der unmittelbaren Diskriminierung in § 5 GIBG baut im Wesentlichen auf dem Konzept einer Vergleichsperson auf. Vor der Neufassung dieser Begriffsbestimmung wurde verlangt, dass der/die Arbeitgeber/in eine Vergleichsperson - einen Mann oder eine Frau – tatsächlich beschäftigt oder zumindest früher beschäftigt hat. Die GleichberRL und § 5 GIBG verlangen diesen Vergleich auch dann, wenn der/die Arbeitgeber/in ein/e Arbeitnehmer/in des anderen Geschlechts weder beschäftigt noch je beschäftigt hat, und damit das Vorliegen einer hypothetischen Vergleichsperson¹⁵. Die Relevanz der hypothetischen Vergleichsperson ändert allerdings nichts daran, dass unmittelbare Diskriminierung eine Ungleichbehandlung in einer „vergleichbaren Situation“ verlangt. Dies geht auf die grundlegende Judikatur des EuGH, wonach eine Diskriminierung vorliegt, wenn unterschiedliche Vorschriften auf gleiche Sachverhalte angewandt werden oder wenn dieselbe Vorschrift auf ungleiche Sachverhalte angewandt wird¹⁶. Zu vergleichen ist daher mit Arbeitnehmern/innen, die sich einer vergleichbaren Lage befinden. Weiters wurde von der Antragstellerin vorgebracht, dass ihre Vorgängerin im Vergleich zu ihr – trotz der geringeren Wochenarbeitszeit von 30 Stunden – mehr verdient habe. Es ist richtig, dass die Antragstellerin die gleiche Tätigkeit wie Frau F ausgeübt hat. Teil I des GIBG schließt jedoch einen Vergleich zwischen zwei Frauen als Vergleichsperson aus. Aus diesem Grund konnte der Senat I der GBK nicht näher auf den Vorwurf der geschlechtsspezifischen Diskriminierung bei der Festsetzung des Entgelts eingehen.

Es liegt folglich **keine Diskriminierung** auf Grund des Geschlechts bei der **Festsetzung des Entgelts** gegenüber der Antragstellerin vor.

Hinsichtlich der Überprüfung der Verwirklichung des Tatbestandes einer Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Festsetzung des Entgelts ge-

¹⁵ vgl. § 5 Abs. 1 GIBG :“Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person auf Grund ihres Geschlechtes in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

¹⁶ z.B. EuGH vom 9.11.1993, C-132/92, „Birds Eye Walls; EuGH vom 13.2.1996, C-342/93, „Gillespie“, EuGH vom 27.10.1998, C-411/96, „Boyle“; EuGH vom 30.6.1998, C-394/96, „Brown“; EuGH vom 31.5.2001, C-122/99;

mäß **§ 17 Abs. 1 Z 2 GIBG** durch die 1. Antragsgegnerin, X GmbH, ist Folgendes festzuhalten:

Nach § 17 Abs. 1 GIBG darf niemand auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden. Nach § 19 GIBG liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person auf Grund eines in § 17 GIBG genannten Grundes in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einer ethnischen Gruppe angehören, oder Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung, eines bestimmten Alters oder mit einer bestimmten sexuellen Orientierung gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich. Eine Diskriminierung liegt auch bei einer Anweisung zur Diskriminierung vor.

Hinsichtlich des vom Gesetzgeber verwendeten unbestimmten Gesetzesbegriffes „ethnische Zugehörigkeit“ ist anzumerken, dass dieser iSd RL 2000/43/EG vom 29. Juli 2000 nicht so verstanden werden darf, dass es auf biologische Verwandtschaftsverhältnisse ankommt, die zu einer bestimmten Volksgruppe bestehen. Die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage des GIBG betonen daher entsprechend weit auszulegen ist, und es sich bei dem verwendeten Terminus um eine kulturell orientierte Definition ethnischer Diskriminierung handelt. Demzufolge ist vor allem auf die Wahrnehmung einer Person als „fremdartig“ durch eine (regionale) Mehrheit abzustellen und jeweils ein Vergleich im Einzelfall anzustellen. Auch bei Ethnien handelt es sich um imaginierte Gemeinschaften, die durch Bekenntnis oder Fremdzuschreibung entstehen können und sich nicht allein auf biologische oder sonstige tatsächliche Unterscheidungen stützen können. Sie bezieht sich auf Gemeinsamkeiten von Menschen, die sich auf Grund ihrer Hautfarbe, Herkunft, Religion, Sprache, Kultur oder Sitten ergibt (RV 307 BlgNR. 22. GP, 14). Eine häufige Erscheinungsform sind Diskriminierungen wegen eines äußerlichen Merkmals, wie zum

Beispiel einer als fremd angesehenen Muttersprache oder die Hautfarbe. Es handelt sich hierbei um Merkmale, die die Betroffenen nicht ändern können.

Da das Gleichbehandlungsgebot auf Grund der ethnischen Herkunft gemäß § 17 Abs. 1 Z 2 GIBG jenem dem auf Grund des Geschlechts und des Alters bestehenden Gleichbehandlungsgebots weitgehend entspricht, wird daher auf die bereits dargelegten Ausführungen zu § 3 Z 2 GIBG verwiesen. Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn ein/e Arbeitnehmer/in auf Grund seiner/ihrer ethnischen Herkunft in einer vergleichbaren Situation gegenüber einer anderen Person benachteiligt wird. Bei einer mittelbaren Diskriminierung werden dem Anschein nach neutrale Kriterien angewendet, die Angehörige einer bestimmten Altersgruppe benachteiligen. Gemäß § 26 Abs. 12 GIBG hat eine betroffene Person, die sich auf dem Diskriminierungsstatbestand gemäß §§ 17, 18 oder 21 GIBG beruft, diesen glaubhaft zu machen. Dem/Der Beklagten obliegt es zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlich ist, dass es ein anderes als vom/von der Beklagten glaubhaft gemachten Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund gemäß §§ 19 Abs. oder 20 GIBG vorliegt. Gemäß § 20 Abs. 1 GIBG liegt demnach keine Diskriminierung vor, wenn bei Ungleichbehandlung auf Grund der ethnischen Herkunft auf Grund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt und sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.

Ergänzend ist zu betonen, dass die in § 17 Abs. 1 GIBG genannten Merkmale – d.h. im folgenden Fall, die ethnische Zugehörigkeit - im Allgemeinen keine relevanten Kriterien für Entscheidungen über die Festsetzung des Entgelts sind.

Vorweg wird festgehalten, dass die Antragstellerin österreichische Staatsbürgerin ist. Die Möglichkeit, dass sich die Antragstellerin auf den Diskriminierungsstatbestand der ethnischen Diskriminierung iSd § 17 Abs. 1 GIBG berufen kann, liegt daran, dass die Antragstellerin einen Migrationshintergrund hat. Die Antragstellerin ist aus Togo nach Österreich geflüchtet, wurde in Österreich als Flüchtling anerkannt und bekam in weiterer Folge die österreichische Staatsbürgerschaft. Dadurch ist die Antragstellerin durch den § 17 Abs. 1 GIBG geschützt und kann daher sich auf diesen Diskriminie-

rungstatbestand berufen. Im Weiteren wird auf die bereits erfolgten Ausführungen in § 3 Z 2 GIBG hingewiesen. Es ist nunmehr die Aufgabe des Senates I der GBK zu überprüfen, ob die von der Antragsgegnerin vorgenommene Entlohnung der Antragstellerin transparent, durch objektive Fakten untermauert und sachlich nachvollziehbar ist.

Der Grundsatz der Entgeltgleichheit gilt für jeden Entgeltbestandteil. Es ist daher nicht zulässig, beispielsweise durch Zulagen andere Diskriminierungen bei der Festsetzung des Entgelts, z.B. beim Grundgehalt, auszugleichen¹⁷. Unter dem weit gefassten Entgeltbegriff fällt nach der EuGH-Judikatur¹⁸ u.a. Grundgehalt, Prämie, Sonderprämien, Abfertigung, die Zahlung von Beiträgen zu einem Altersversorgungssystem durch den/die Arbeitgeber/in, Betriebspension.

Die Vermutung der Diskriminierung ist dadurch zu widerlegen, dass die Unterscheidung bei Abwägung aller Umstände sachlich gerechtfertigt und folglich es wahrscheinlicher ist, dass ein anderes Motiv für die unterschiedliche Entlohnung ausschlaggebend war. Im Sinne der im GIBG vorgesehenen Beweislastverteilung hätte die Antragsgegnerin darlegen müssen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlich 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 1. Antragsgegnerin hat sich in ihrem Vorbringen insbesondere auf die größere berufliche Erfahrung und bessere berufliche Ausbildung von Frau F, der Vorgängerin der Antragstellerin, berufen, wodurch man ihr im Vergleich zur Antragstellerin ein höheres Grundgehalt ausbezahlt habe. Frau F hat laut den Senat I der GBK vorliegenden Unterlagen eine Handelschule besucht und hatte zwei Jahre Berufserfahrung, bevor sie als Assistentin der Antragsgegnerin gearbeitet hat. Laut den befragten Auskunftspersonen und den vorliegenden Unterlagen hatte Frau F bessere PC-

¹⁷ vgl. EuGH vom 17.5.1990, Rs. 262/88, „Barber“; EuGH vom 30.3.2000, C 26/98, „Jämställdhetsombudsmannen“; EuGH vom 26.6.2001, C-381/99 „Brunnhöfer“; EuGH vom 27.5.2004, C-285/02, „Elsner-Lakenberg“

¹⁸ vgl. Smutny/Mayr 237 f mwN.

Kenntnisse als die Antragstellerin. Dieser erklärliche Gehaltsunterschied hat sich aus der unterschiedlichen branchenspezifischeren Ausbildung und Berufserfahrung von Frau F ergeben. Dieser Gehaltsunterschied hat nach der Einarbeitungsphase weiterbestanden und wurde nicht ausgeglichen, obwohl man dies der Antragstellerin angekündigt hat und die unmittelbare Vorgesetzte, die 3. Antragsgegnerin, mit ihrer Arbeitsleistung zufrieden gewesen ist. Im Unternehmen werden Gehaltsverhandlungen zwischen dem/r jeweiligen Mitarbeiter/in und der Geschäftsführung geführt. Für eine Gehaltsveränderung ist das Mitarbeiter/ingespräch von wesentlicher Bedeutung. Ein positives Feedback des/r Vorgesetzten beeinflusst eine mögliche Gehaltserhöhung. Im vorliegenden Fall gab es widersprüchliche Angaben darüber, wer mit der Antragstellerin das Mitarbeiter/ingespräch geführt hat. Der ehemalige Geschäftsführer sagte aus, dass die Antragstellerin ihr Mitarbeiter/ingespräch mit dem 2. Antragsgegner geführt habe. Die 3. Antragsgegnerin hat dies in ihrer Aussage bestätigt, wohingegen der 2. Antragsgegner dem erkennenden Senat mitgeteilt hat, dass das Mitarbeiter/ingespräch mit der Antragstellerin von der 3. Antragsgegnerin durchgeführt worden sei. Der ehemalige Geschäftsführer gab zu den Gründen, wieso man der Antragstellerin keine über die Konzernvorgaben individuell hinausgehende Gehaltserhöhung gewährt hat, an, dass die Antragstellerin an sich die ihr übertragenen Aufgaben zur Zufriedenheit erledigt habe, aber sie habe ihre Arbeit nicht überdurchschnittlich erledigt. Es sei von der Geschäftsführung Rücksprache mit dem 2. Antragsgegner gehalten worden, der eine Gehaltserhöhung abgelehnt habe. Vom 2. Antragsgegner wird dagegen behauptet, dass die 3. Antragsgegnerin die Gehaltserhöhung abgelehnt habe. Diese Angaben erschienen dem Senat I der GBK nicht glaubwürdig. Es muss in einem Unternehmen dieser Größe klar geregelt sein, wer mit wem das Mitarbeiter/ingespräch führt, da das Feedback aus diesem Gespräch für eine allfällige Gehaltserhöhung herangezogen wird. Dass die Geschäftsführung bei den unmittelbaren Vorgesetzten ihre Bewertung der Arbeitsleistung der Antragstellerin nachgefragt hat, erscheint lebensnah und wurde vom früheren Geschäftsführer bestätigt. Der Senat I GBK hat in seiner Prüfung festgestellt, dass der 2. Antragsgegner die Antragstellerin belästigt hat, es ist daher nachvollziehbar, dass dieser sich negativ über die Arbeitsleistungen der Antragstellerin geäußert hat

Laut den Angaben einer Auskunftsperson gab es bei der Antragstellerin Schwierigkeiten bei der Auszahlung des Gehaltsbestandteils Überstunden. Diese Auskunftsperson gab sehr glaubwürdig an, dass der Antragstellerin von der 3. Antragsgegnerin soviel Arbeit übertragen worden sei, dass diese unweigerlich über die Normalarbeitszeit habe arbeiten müssen. Von der 3. Antragsgegnerin sei ihr allerdings verboten worden, Überstunden zu machen. Soweit sie wisse, habe es im Unternehmen nur bei der Antragstellerin Probleme bei der Bezahlung von Überstunden gegeben. Da bei der 1. Antragsgegnerin sehr viele unterschiedliche Nationalitäten arbeiten würden, die allesamt keine Probleme mit ihrem Gehalt bzw. Auszahlung von Überstunden hätten, könne sie die Ursache dieser Probleme nur auf die „dunkle“ Hautfarbe der Antragstellerin zurückführen. Einen anderen Grund als diesen könne es nicht geben, da die Antragstellerin ihrer Ansicht nach immer eine sehr fleißige Mitarbeiterin gewesen sei.

Dieser Ansicht schließt sich der erkennende Senat an. Diese Rechtsansicht wird durch die Tatsache bekräftigt, dass dem Senat keine Kriterien für eine objektive und transparente Gehaltsfindung von Seiten der 1. Antragsgegnerin dargelegt worden sind. Ein intransparentes und nicht objektives Gehaltsschema ist Indiz auf eine allfällige Entgeltdiskriminierung. Im Verfahren ist es der Antragsgegnerin jedoch nicht gelungen, den Senat I der GBK davon zu überzeugen, dass sachliche Gründe für das niedrigere Grundgehalt der Antragstellerin bestanden haben. Das Gehalt Bruttogehalt der Antragstellerin hat 2005 € 1.400,-/40 Stunden betragen, demgegenüber hat das Gehalt von Frau F 2005 € 1.320,-/30 Stunden betragen. Wenn man das Gehalt von Frau F auf 40 Wochenstunden aufrechnet, kommt man auf € 1.760,-. Laut Angaben der 3. Antragstellerin war Frau F auf Grund ihrer Ausbildung in der Handelschule eine gute Mitarbeiterin, jedoch war die Antragstellerin die intelligentere Mitarbeiterin, die sich nach einiger Zeit gut eingearbeitet hat. Dies wurde durch eine weitere Auskunftsperson bestätigt. Die Geschäftsleitung selbst hat der Antragstellerin zugesagt, bei erfolgreicher Einarbeitung ihr Gehalt anzuheben. Wie bereits dargelegt hat sich die Antragstellerin von den anderen Mitarbeitern/innen nur auf Grund ihrer Hautfarbe unterschieden. Auf Grund der stattgefundenen Belästigungen gegen die Antragstellerin und der Tatsache, dass die **1. Antragsgegnerin** nicht nachweisen konnte, dass andere sachliche Gründe für die ungleiche Bezahlung vorgelegen sind, liegt eine

diskriminierende Gehaltsfestsetzung auf Grund der **ethnischen Zugehörigkeit** vor.

Der 1. Antragsgegnerin wird deshalb dringend empfohlen, in Zukunft für die Transparenz und Nachvollziehbarkeit der Gehälter im Unternehmen zu sorgen und bestehende Verträge daraufhin zu überprüfen.

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. Auf Grund des im § 12 Abs. 12 GIBG festgelegten Beurteilungsmaßstabes hat der Antragsteller gegenüber dem Senat I der GBK ihr Vorbringen glaubhaft zu machen und der 1. Antragsgegnerin obliegt es, darzulegen, dass keine Diskriminierung erfolgt ist.

Im vorliegenden Fall wurde das Arbeitsverhältnis der Antragstellerin durch eine Kündigung der 1. Antragsgegnerin aufgelöst. Die 1. Antragsgegnerin hat in ihrem schriftlichen Vorbringen darauf hingewiesen, dass keine Diskriminierung vorliegt, die Kündigung sei ausschließlich aus in der Person der Antragstellerin gelegenen leistungsbezogenen Gründen erfolgt. Die Arbeitsleistung der Antragstellerin habe stark nachgelassen, dies habe im Spätherbst 2008 zu einem Gespräch zwischen der 3. Antragsgegnerin und der Antragstellerin geführt. Es sei ihr von der 3. Antragsgegnerin klagemacht worden, dass eine Kündigung durch die 1. Antragsgegnerin drohe, wenn sie nicht wieder ihre Arbeitsleistungen erreiche. Die Arbeitsleistung sei trotzdem nicht besser geworden.

Im Verfahren zeigte sich, dass die schlechtere Arbeitsleistung, die fehlende Motivation und die längeren Krankenstände ausschlaggebend für die Beendigung gewesen sind. Die Antragstellerin hat selbst angegeben, dass auf Grund der Vorkommnisse ihre Arbeitsleistung nachgelassen habe.

Der Senat I GBK hat auf Grund der Vorfälle gegenüber der Antragstellerin Verständnis, dass die Arbeitsleistung und die Motivation der Antragstellerin nachgelassen hat. Die 1. Antragsgegnerin konnte dem Senat I der GBK gegenüber somit den Beweislastregeln des GIBG folgend darlegen, dass es zu keiner geschlechtsspezifischen Diskriminierung der Antragstellerin gekommen ist.

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

Die Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf **Grund der ethnischen Zugehörigkeit** bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 17 Abs. 1 Z 7 GIBG** durch die 1. Antragsgegnerin verwirklicht worden ist, wurde folgender Beurteilung unterzogen:

Nach § 17 Abs. 1 GIBG darf niemand auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden. Bezüglich des Gesetzesbegriffes „ethnische Zugehörigkeit“ wird auf die Ausführungen zu § 21 Abs. 1 Z 3 GIBG verwiesen. Ergänzend ist zu betonen, dass die in § 17 Abs. 1 GIBG genannten Merkmale - d.h. im folgenden Fall, die ethnische Herkunft - im Allgemeinen keine relevanten Kriterien für Entscheidungen über die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses sind. Bei der Auflösung eines Arbeitsverhältnisses muss deshalb außer Betracht bleiben, dass ein/e Mitarbeiter/in eines dieser geschützten Merkmale aufweist¹⁹. Es kann allerdings ein Ausnahmetatbestand des § 20 GIBG vorliegen oder eine positive Maßnahme zur Förderung der Gleichstellung in Bezug auf ein geschütztes Merkmal ergriffen werden.

Dem Senat I der GBK oblag es zu überprüfen, ob die 1. Antragsgegnerin in ihrem Vorbringen darlegen konnte, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes als das von der Antragstellerin glaubhaft vorgebrachte Motiv (Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit) für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund iSd §§ 19 oder 20 GIBG vorliegt.

¹⁹ vgl. Windisch-Graetz in Rebhahn, GIBG, § 17 Rz 1.

Die 1. Antragsgegnerin hat in ihrem Vorbringen darauf hingewiesen, dass keine Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit vorliegt, die Kündigung sei ausschließlich aus in der Person der Antragstellerin gelegenen leistungsbezogenen Gründen erfolgt.

Für den Senat I der GBK erscheint dieses Argument auf Grund der vorliegenden glaubhaften Aussage der Antragstellerin und der anderen befragten Auskunftspersonen nicht glaubwürdig, da es zu zahlreichen abfälligen Äußerungen gegenüber der Antragstellerin durch einen ihrer Vorgesetzten, den 2. Antragsgegner gekommen ist. Wie bereits dargelegt, wurden der Antragstellerin auf sehr subtile Art und Weise von Prostitution bis Drogenhandel die gängigen Klischees einer dunkelhäutigen Frau unterstellt. Des Weiteren war das Verhältnis zwischen der Antragstellerin und der 3. Antragsgegnerin angespannt bzw. gestört. Dies zeigte sich ganz klar darin, dass sich beide Vorgesetzten 2008 gegen eine Gehaltserhöhung ausgesprochen haben. Dies wurde in der Stellungnahme der 1. Antragstellerin angegeben bzw. in den Aussagen bestätigt. Es ist daher als sehr lebensnah anzunehmen, dass sich die Personalabteilung bzw. die Geschäftsführung bei den beiden zuständigen Vorgesetzten nach der Arbeitsleistung der Antragstellerin erkundigt hat, bzw. es sogar zu Beschwerden über die Antragstellerin gekommen ist. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses steht nach Ansicht des Senates in unmittelbarem Zusammenhang mit den Beschwerden der Antragstellerin auf Grund der Entgeltdiskriminierung auf Grund ihrer ethnischen Zugehörigkeit. Es wurde im Vorbringen der 1. Antragsgegnerin auch bestätigt, dass die Antragstellerin noch im aufrechten Dienstverhältnis darauf hingewiesen worden ist, dass Stellenbewerbungen in einem noch ungekündigten Arbeitsverhältnis aussichtsreicher wären. Bei der 1. Antragsgegnerin arbeiten zahlreiche Personen mit Migrationshintergrund. Die Antragstellerin stach als einzige farbige Mitarbeiterin hervor, die im Arbeitsverhältnis immer wieder Belästigungen ihrer Kollegen/innen ausgesetzt war. Die Eskalation der Situation führte schließlich dazu, dass die Antragstellerin mit ihrer Arbeitsleistung nachgelassen hat und auf Grund des Ermittlungsverfahrens davon auszugehen ist, dass auf Grund des Vorbringens ihres Vorgesetzten, der offensichtlich ein Problem mit ihrer Hautfarbe hatte, und unmittelbarem Vorgesetzten, deren gute Zusammenarbeit auf Grund der Gehaltswünsche der Antragstellerin beendet hat, es zu Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Antragstellerin somit

aus dem GIBG widersprechenden Gründen gekommen ist. Nach Ansicht des Senates ist die Beendigung des Arbeitsverhältnisses als Reaktion auf die Zurückweisung der Gehaltsforderungen der Antragstellerin, die ihr auf Grund ihrer Hautfarbe nicht gewährt worden ist, anzusehen.

Es liegt daher eine Diskriminierung auf Grund der **ethnischen Zugehörigkeit** bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gegenüber der Antragstellerin vor.

Wien, 15. März 2011

Dr.ⁱⁿ Sabine Stvan-Jagoda

Stellvertretende Vorsitzende des Senates I der GBK