

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 4. Oktober 2011 über den am 12. Februar 2010 von **Herrn A (Antragsteller)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des **Geschlechtes** durch eine **sexuelle Belästigung** gemäß **§ 6 Abs. 1 Z 3 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) durch **Frau B (2. Antragsgegnerin)**, sowie im Falle einer **sexuellen Belästigung bzw. Belästigung durch Dritte**, es die **Arbeitgeberin durch schuldhaftes Unterlassen** gemäß **§ 6 Abs. 1 Z 2 GIBG angemessene Abhilfe** zu schaffen bzw. bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** durch die **X GmbH (1. Antragsgegnerin)**, nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004), zu folgendem

Prüfungsergebnis:

1. Der Senat I der GBK gelangt zur Ansicht, dass Herr A durch Frau B gemäß § 6 Abs. 1 Z 3 GIBG sexuell belästigt worden ist.
2. Der Senat I der GBK kommt zur Ansicht, dass Herr A nicht durch die X GmbH durch schuldhaftes Unterlassen im Falle einer sexuellen Belästigung durch Dritte angemessene Abhilfe zu schaffen gemäß § 6 Abs. 1 Z 2 GIBG diskriminiert worden ist.
3. Im Weiteren gelangt der Senat I der GBK zur Ansicht, dass Herr A auf Grund des Geschlechts bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG durch die X GmbH diskriminiert worden ist.

Entscheidungsgründe:

In dem vom Antragsteller eingebrachten Verlangen wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass dieser vom 18. Jänner 2010 bis zum 29. Jänner 2010 bei der 1. Antragsgegnerin beschäftigt gewesen sei. Das Arbeitsverhältnis sei am 29. Jänner 2010 seitens der 1. Antragsgegnerin während des Probemonats beendet worden. Folgendes habe sich zugetragen: Er habe am 18. Jänner 2010 seinen ersten Arbeitstag bei der 1. Antragsgegnerin gehabt. Die Firma produziere ... und betreibe ... ein weltweites Callcenter, indem Native Speaker gesucht worden seien. Er sei als Callcenter Mitarbeiter eingestellt worden. Zu Beginn sollten der Antragsteller und alle anderen neuen Kollegen/innen ein dreimonatiges Training absolvieren. Der Antragsteller sollte in das ... Team eingegliedert werden. Sein „Supervisor“ in diesem Team habe Herr C geheißen. Am Dienstag, den 19. Jänner 2010, sei der Antragsteller der Mittagspause in die Küche gegangen, um sich einen Kaffee zu machen und habe dort eine ihm noch unbekannte Frau getroffen. Sie habe ihn gefragt, ob er A sei. Der Antragsteller habe die Frage bejaht und habe sie nach ihrem Namen gefragt. Sie habe darauf gesagt: „B, and I`m your worst nightmare“. Der Antragsteller sei geschockt und gekränkt gewesen. Er habe den Grund ihrer Aussage nicht verstanden, da bisher jede/r in der Firma sehr freundlich zu ihm gewesen sei. Kurz danach habe der Antragsteller sie (ihr Name sei B, 2. Antragsgegnerin) auf den Vorfall angesprochen und habe sie gefragt, ob dies ein Scherz gewesen sein sollte. Sie habe ihm geantwortet: „I don` t joke. You can see that I have no wrinkles, can` t you.“ Danach habe der Antragsteller seinen Trainer, Herrn D, auf das Geschehene angesprochen. Dieser habe mit seinen Augen gerollt und habe ihm erzählt, dass so etwas nicht das erste Mal vorkomme und dass er es nicht ernst nehmen solle. Herr D habe gemeint, er würde mit Herrn C, dem ... Supervisor, über die Sache sprechen. Auch während des Unterrichts - vor seinen neuen Arbeitskollegen/innen - habe Herr C noch über die Sache gesprochen. Am nächsten Tag, den 20. Jänner 2010, sei Herr C auf den Antragsteller zugekommen und habe ihn gebeten, mit ihm in seinem Zimmer über das Geschehene zu reden. Daraufhin habe der Antragsteller ihm erneut erzählt, was geschehen sei. Laut Herrn C sei die 2. Antragstellerin eine schwierige Person aber eine gute Arbeiterin. Dem Antragsteller würde keinerlei Schuld treffen. Der Antragsteller habe diese Aussage als unprofessionell und unakzeptabel empfunden. Herr C habe ihm zugestimmt. Er habe dem Antragsteller deshalb angeboten, ein Mediationsgespräch mit ihm und der 2. Antragsgegnerin zu führen. Der Antragsteller habe dem zunächst zugestimmt. Später habe er sich jedoch anders entschieden, da er sich

nicht schuldig gefühlt habe und habe Herrn C mitgeteilt, dass es ihm lieber wäre, wenn er alleine mit ihr reden würde. Dieser sei einverstanden gewesen. Da bis Freitag, den 22. Jänner 2010, keine Nachricht von C gekommen sei, wie das Gespräch gelaufen sei, sei der Antragsteller zur Human Resources Managerin, Frau E, gegangen und habe ihr die Vorkommnisse geschildert. Sie habe ihm gesagt, dass er sich in dieser Angelegenheit an Herrn F, dem Call Center Supervisor, wenden solle und danach erst an sie. Am 26. Jänner 2010 sei Herr C zum Antragsteller gekommen und habe ihn gefragt, warum dieser über seinen Kopf hinweg gehandelt habe und zur HR-Abteilung gegangen sei. Der Antragsteller habe sich Klarheit verschaffen wollen, da man ihm nicht über das Gespräch mit der 2. Antragsgegnerin Bescheid gegeben habe. Herr C habe gemeint, dass der Antragsteller in jedem Fall zu ihm kommen solle.

Am 27. Jänner 2010 habe sich der Antragsteller in der Früh in der Küche mit seinem Arbeitskollegen, Herrn G, unterhalten. Er habe ihn gefragt, wie er nach Wien gekommen sei; ob er einfach den Finger auf die Landkarte gegeben habe. In diesem Moment habe die 2. Antragsgegnerin gesagt, die auch in der Küche gewesen sei: „I can put my finger in better places than a map.“ Der Antragsteller habe nicht glauben können, was er soeben gehört habe, habe deshalb die Aussage ignoriert und habe sich weiter mit seinem Kollegen unterhalten. Ein paar Minuten später habe sie gesagt: „I do have testicles but I'm too lazy to use them.“ Am selben Tag habe der Antragsteller Herrn D auf die erneuten Aussagen der 2. Antragsgegnerin angesprochen. Am nächsten Tag, den 28. Jänner 2010 habe er auch Herrn C das Geschehene mitgeteilt. Dieser habe erneut versprochen, mir der 2. Antragsgegnerin zu sprechen und sie zu fragen, warum sie derartige Sachen zum Antragsteller sage. Am Freitag, den 29. Jänner 2010 sei der Antragsteller, als er in die Arbeit gekommen ist, habe Herrn F ihn in sein Büro gerufen, der ihn gebeten habe, ihm in die HR-Abteilung zu folgen. Dort habe man dem Antragsteller mitgeteilt, dass man sein Probendienstverhältnis kündigen werde. Der Antragsteller habe dieses Vorgehen unfair gefunden. Er habe sich nichts zu Schulden kommen lassen. Herr F habe ihm erklärt, dass er das spezielle Bauchgefühl habe, dass er hier nicht gut reinpassen würde.

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

Richtig sei, dass der Antragsteller vom 18. Jänner 2010 bis zum 29. Jänner 2010 bei der 1. Antragsgegnerin beschäftigt gewesen sei und dass das Dienstverhältnis innerhalb der Probezeit durch die 1. Antragsgegnerin aufgelöst worden sei. Grund der Beendigung des Dienstverhältnisses sei jedoch nicht der vom Antragsteller geschilderte Sachverhalt gewesen. Der Antragsteller habe sich in der gesamten Zeit seiner Tätigkeit bei der 1. Antragsgegnerin in einem Training als Callcentermitarbeiter befunden. Die 1. Antragsgegnerin habe im Rahmen der Ausbildung feststellen müssen, dass der Antragsteller weder über die notwendigen technischen noch die notwendigen persönlichen Qualifikationen verfüge, welche als Mitarbeiter eines technischen Callcenters notwendig seien, um am Telefon Kunden/innen bei technischen Problemen mit den von der 1. Antragsgegnerin hergestellten Produkten behilflich zu sein. Hinsichtlich der vom Antragsteller behaupteten Äußerungen der 2. Antragsgegnerin sei anzumerken, dass es sich um einen milieubedingten Umgangston im Bereich des Callcenters handeln würde. Die 1. Antragsgegnerin habe dem Antragsteller ein Mediationsgespräch mit der 2. Antragsgegnerin angeboten, welches der Antragsteller aber abgelehnt hat. Die 2. Antragsgegnerin sei seitens der 1. Antragsgegnerin nach dem gegenständlichen Vorfall auch dahingehend abgemahnt worden, sich hinkünftig eines sachlicheren Umganges zu bedienen. Die 1. Antragsgegnerin habe im Rahmen ihrer Möglichkeiten auf die vom Antragsteller erhobenen Vorwürfe reagiert. Die Beendigung des Dienstverhältnisses sei deshalb erfolgt, da sich bereits im Rahmen des Trainings abgezeichnet habe, dass der Antragsteller die für seine Tätigkeit erforderlichen Fähigkeiten nicht besitze und auf Grund seiner Persönlichkeit nicht in das bestehende Team passe. Eine Wiedereinstellung des Antragstellers komme aufgrund seiner mangelnden Kompetenz nicht in Frage. Die Lösung des Probedienstverhältnisses wäre auch ohne den vom Antragsteller geschilderten Sachverhalt erfolgt, da er nicht über die notwendigen technischen Fähigkeiten zur Ausübung der geplanten Tätigkeit verfüge.

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

Die Behauptung einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts sei im gegenständlichen Zusammenhang jedenfalls ausgeschlossen und diene offensichtlich als Vorwand, um die Beendigung des Dienstverhältnisses durch die 1. Antragsgegnerin im

Probemonat zu bekämpfen. In keiner Weise könne behauptet werden, dass die 2. Antragsgegnerin unfreundlich zum Antragsteller gewesen sei. Es werde festgehalten, dass grundsätzlich ein amikales Verhältnis zwischen den Mitarbeitern/innen der 1. Antragsgegnerin am Standort ... bestehe. Im gegenständlichen Team würden Personen verschiedenen Geschlechts und verschiedener nationaler Herkunft zusammenarbeiten, ohne dass es im Vorfeld jemals zu wie auch immer gearteten Problemen gekommen wäre. Der Vorwurf, die 2. Antragsgegnerin sei „schwierig“, sei völlig aus der Luft gegriffen. Vielmehr sei die 2. Antragsgegnerin als überaus kollegiale und freundliche Mitarbeiterin bekannt. Wenn der Antragsteller offensichtlich einen - in keiner Weise sexuell bzw. geschlechterbezogen gemeinten - Scherz der 2. Antragsgegnerin falsch aufgefasst haben mag, so bedauere dies die 2. Antragsgegnerin, habe dies jedoch zu keiner Zeit beabsichtigt, noch durch den Inhalt ihrer Äußerungen dafür Anlass gegeben. Festzuhalten sei, dass der Antragsteller auch der 2. Antragsgegnerin zu keiner Zeit mit seinem Verständnis der gegenständlichen Äußerung konfrontiert und ihr solcher Art die Möglichkeit gegeben habe, ein allfälliges Missverständnis aus der Welt zu schaffen, sodass die nunmehrige Darstellung mehr als überraschend sei. Einen Hinweis, dass der Antragsteller sich von der 2. Antragsgegnerin „belästigt“ gefühlt hätte, habe sich ebenso wenig erhalten. Demgemäß sei die 2. Antragsgegnerin auch entsprechend überrascht und auch persönlich von den Vorwürfen durch den Antragsteller getroffen gewesen, wobei die Reaktion des Antragstellers mehr als verwunderlich gewesen sei, wonach verschiedene, hinsichtlich des wiedergegebenen Wortlauts angebliche Äußerungen unrichtig bei den Vorgesetzten der 2. Antragsgegnerin deponiert worden seien, ohne ihr überhaupt die Möglichkeit zu geben, zu der Angelegenheit Stellung zu nehmen. Festzuhalten sei weiters, dass die gegenständlichen Beschwerden jedenfalls unberechtigt erfolgt seien und die 2. Antragsgegnerin - wenngleich sie allfällige Missverständnisse bedauere - zu keiner Zeit Äußerungen getätigt habe, welche objektiv als Angriff oder Beleidigung, geschweige den als „sexuelle Belästigung“ zu werten gewesen seien und auch niemals beabsichtigt habe, den Antragsteller In irgendeiner Weise anzugreifen.

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 **Geschlechtes** durch eine **sexuelle Belästigung** durch die 2. Antragsgegnerin, Frau 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 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

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.

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 vom Erzählen freizügiger Witze, anzüglichen – sei es auch in „Komplimente“ verpackte – Bemerkungen über Figur und sexuelles Verhalten im Privatleben bis hin zu unerwünschten Einladungen mit eindeutiger Absicht, dem Versenden einschlägiger E-Mails oder SMS, dem Konfrontiertwerden mit pornografischen Bildern und Texten, „zufälligen“ Körperberührungen, „Begrapschen“, Po-Kneifen, aufgedrängten Küssen, erzwungenen Umarmungen, dem Versprechen beruflicher Vorteile bei sexueller Willigkeit, der Androhung beruflicher Nachteile bei sexueller Verweigerung, der Zur-schaustellung der Genitalien, sexueller Nötigung und Vergewaltigung.³

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

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

Für den erkennenden Senat ist nach Durchführung des Verfahrens der vom Antragsteller erhobene Vorwurf der sexuellen Belästigung nachvollziehbar. Die Schilderungen des Antragstellers waren für den erkennenden Senat glaubwürdig und in sich schlüssig. So konnte der Antragsteller in seiner mündlichen Befragung glaubhaft machen, dass die 2. Antragsgegnerin den Antragsteller durch unerwünschte, unange-

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

brachte sowie anstößige Äußerungen verbal sexuell belästigt hat. Der Antragsteller hat die Bemerkungen der 2. Antragsgegnerin nach seinem subjektiven Empfindungen als Verletzung seiner Intimsphäre angesehen, und dies ausdrücklich zum Ausdruck gebracht. Mehrere Auskunftspersonen bestätigten, dass der Antragsteller ihnen von den Vorfällen berichtet und sich darüber beschwert habe. Der Antragsteller gab in der Befragung an, dass es laut Herrn D nicht das erste Mal sei, dass die 2. Antragsgegnerin derartige Bemerkungen mache. Beim 2. Vorfall sei sein junger Arbeitskollege dabei gewesen, der seine Angaben bestätigen könne.

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

Die 2. Antragsgegnerin hat in ihrem Vorbringen stets dem vom Antragsteller vorgebrachten Vorwurf der sexuellen Belästigung widersprochen. Sie habe den Antragsteller nicht sexuell belästigt. Den 2. Vorfall vom 27. Jänner in Zusammenhang mit den Fingern und der Landkarte habe die 2. Antragsgegnerin in ihrer Befragung völlig in Abrede gestellt. Dies sei eine Lüge des Antragstellers.

Ihre Bemerkungen seien bloß als Scherz aufzufassen gewesen. Wenn ihr bewusst gewesen wäre, dass sich der Antragsteller dadurch verletzt gefühlt habe, hätte sie sich sofort dafür entschuldigt. Es gebe im Englischen ein Sprichwort, dass man sage, wer man sei, und dann nachfrage, wer der andere sei. Das Gegenüber sage dasselbe. Das sei eine übliche ... Begrüßungsart. Es sei einfach nur eine spaßige Art gewesen, sich zu begrüßen. Die 2. Antragsgegnerin habe eigentlich nicht vorgehabt, dass sie sich als sein schlimmster Albtraum vorstelle. Es sei einfach eine Reaktion auf seine Frage, „Und Sie sind?“, gewesen. Sie habe das natürlich nicht so gemeint. Das sei lediglich ein Scherz gewesen. Vielleicht habe er das falsch verstanden. Der zweite Vorfall sei ein Scherz über sie selber gewesen. Dies sei nicht direkt an ihn gerichtet gewesen. Sie habe einfach zu dem Gespräch, das die beiden gehabt hätten, einen Kommentar hinzugefügt. Die beiden seien hinter ihr gestanden. Wenn die 2.

Antragsgegnerin sein schockiertes Gesicht gesehen hätte, hätte sie sich sofort entschuldigt. Ihre Äußerung habe keinerlei sexuellen Bezug gehabt. Bei dem, was sie gesagt habe, könnte man jedes andere Wort einsetzen.

Festzuhalten ist, dass der 1. Vorfall keinerlei sexuellen Inhalt hat, und daher auch objektiv keine sexuelle Belästigung darstellt. Anders verhält sich mit dem 2. Vorfall, der eindeutig einen sexuellen Inhalt hat, und daher durch den Senat I der GBK einer Überprüfung unterzogen worden ist.

Da im vorliegenden Fall von Seiten des Antragstellers und von Seiten der 2. Antragsgegnerin zum Teil widersprüchliche Angaben vorgebracht worden sind, wurden vom Senat I der GBK etliche Auskunftspersonen befragt, um sich ein konkretes Bild vom Sachverhalt machen zu können, und so letztlich die Widersprüchlichkeiten in diesem Fall aufzulösen. Nach Durchführung des Ermittlungsverfahrens dürfte im Callcenter mitunter ein raueres Betriebsklima geherrscht haben. Die 2. Antragsgegnerin bestätigte die Einschätzung des erkennenden Senates, in dem sie in ihrer Befragung angab, dass im Callcenter ab und zu Schimpfwörter bzw. sehr derbe Ausdrücke unter den Mitarbeitern/innen fallen würden. Die 2. Antragsgegnerin habe nichts gesagt, was nicht schon bereits 1000 Mal in der Firma gesagt worden sei. Auch für sie als Frau sei es mitunter nicht leicht.

Die 2. Antragsgegnerin hat in ihrer Aussagen bestätigt, dass sie zwar Bemerkungen in Richtung des Antragstellers gemacht habe, sie aber diese Äußerungen nicht in Bezug auf den Antragsteller gemacht habe. Dazu komme, dass dieser ihre Bemerkung in ganz anderer Art und Weise verstanden habe.

Die 2. Antragsgegnerin hat sich selbst als eine sehr lustige Person bezeichnet. Sie hat immer wieder versucht ihre Bemerkungen, als bloßen Scherz abzutun. Die befragten Auskunftspersonen bestätigten, dass die 2. Antragsgegnerin gegenüber dem Antragsteller Bemerkungen gemacht habe, wobei sie sich nicht ganz genau an den Wortlaut erinnern konnten.

Die Mitarbeiter/innen in diesem Unternehmen kommen aus sehr vielen verschiedenen Ländern. Man versteht schon alleine deshalb einen Scherz auch nicht immer auf gleicher Weise. Pointen werden länderweise zum Teil völlig anders verstanden. Dass der Antragsteller einen völlig anderen Sinn für Humor hat, dürfte der 2. Antragsgegnerin nach der Aufregung mit ihrer äußerst eigenwilligen Begrüßung des Antragstel-

lers bewusst gewesen sein. Die 2. Antragsgegnerin hätte in Kenntnis dessen anders agieren müssen.

Der Senat I der GBK möchte daher festhalten, dass, wenn wie im gegenständlichen Fall, die getätigte Äußerungen der 2. Antragsgegnerin für die betroffene Person ein erträgliches Maß überschritten haben und es hierdurch zu einer Beeinträchtigung seiner Würde gekommen ist, eindeutig die Grenze zwischen anzüglichen Scherzen und unzulässiger Belästigung überschritten worden ist. Auf Grund der dem erkennenden Senat vorliegenden Aussagen der befragten Auskunftspersonen und Unterlagen konnte die 2. Antragsgegnerin den Senat I der GBK daher nicht davon überzeugen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die von ihr glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

Nach Ansicht des Senates I der GBK liegt somit eine **sexuelle Belästigung** durch die 2. Antragsgegnerin gegenüber dem Antragsteller vor.

Hinsichtlich der vom Antragsteller 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:

Eine wesentliche Intention des GIBG ist die Schaffung einer diskriminierungsfreien Arbeitsumwelt. Der/Die Arbeitgeber/in ist deshalb 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.

⁵ vgl. § 1157 ABGB, § 18 Abs. 4 AngG sowie OGH 26.8.2004, 8 Ob 3/04f, ZAS 2005/44 (Posch); ARD 5608/13/2005 (Adamovic).

⁶ OGH 5.4.2000, 9 ObA 292/99b, DRdA 2001/15 (Smutny); 17.3.2004, 9 ObA 143/03z, DRdA 2005/26 (Eichinger); 26.5.2004, 9 ObA 64/04h, ARD 5552/20/2004; Ziehensack, Praxiskommentar zum VBG (2004) § 32 Rz 141 f.

⁷ vgl. Mazal, Belästigung in der Arbeitswelt – Abhilfe durch Unternehmenskultur! Ecolex 2009, 460 462).

Hierfür stehen dem/der Arbeitgeber/in auf Grund seiner/ihrer betrieblichen Organisationsgewalt ausreichend Mittel zur Verfügung. Ist der/die Belästiger/in Mitarbeiter/in, kommen räumliche Sicherheitsvorkehrungen oder aber etwa der Ausschluss dienstlicher Kontakte in Frage. Dem/Der Arbeitgeber/in steht die ganze Bandbreite von der Rüge über Abmahnung bis hin zur Kündigung offen. Um die Fortsetzung einer sexuellen Belästigung zu unterbinden, hat der/die Arbeitgeber/in nach Prüfung der Sachlage über die entsprechenden Sanktionen zu entscheiden, die der Schwere des Fehlverhaltens angemessen sind (z.B. Versetzung, Freistellung, Gehaltskürzung, Abmahnung, Herabsetzung des Dienstgrades, Hausverbot, Kündigung, Entlassung). Eine sexuelle Belästigung durch Dritte darf sich niemals zum Nachteil für die betroffene Person auswirken. 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/inehlerverhalten, 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.

Das Ermittlungsverfahren ergab, dass die 1. Antragsgegnerin erstmalig vom 2. Vorfall, durch den der Antragsteller durch die 2. Antragsgegnerin sexuell belästigt worden ist, im Schreiben des Senates der GBK Kenntnis erlangt hat. Zu diesem Zeitpunkt war der Antragsteller nicht mehr im Unternehmen beschäftigt. Sie hat jedoch sofort Maßnahmen zur Aufklärung dieses Vorfalles gesetzt. Die 2. Antragsgegnerin wurde sofort vom Dienst suspendiert. Die 1. Antragsgegnerin hat zwecks Aufklärung der Vorkommnisse von allen Beteiligten Informationen über den 2. Vorfall eingeholt. Erst nach Abschluss der Ermittlungen durfte die 2. Antragsgegnerin wieder ihren Dienst antreten, wobei die 2. Antragsgegnerin eine schriftliche Verwarnung von der 1. Antragsgegnerin erhalten hat. Man hat ihr deutlich zu verstehen gegeben, dass von Unternehmensseite ein derartiges Verhalten nicht toleriert wird.

Auf Grund der Vorgehensweise der 1. Antragsgegnerin beim 1. Vorfall, der per se keine sexuelle Belästigung darstellt, und der Vorgehensweise der 1. Antragsgegnerin nach dem Bekanntwerden des 2. Vorfalls ist davon auszugehen, dass die 1. Antragsgegnerin umso mehr bei früheren Kenntnis des 2. Vorfalls Abhilfemaßnahmen gesetzt hätte. Alle befragten Auskunftspersonen bestätigten, dass der Callcenterleiter des Antragstellers sich sofort nach dem Bekanntwerden der Vorwürfe des An-

tragstellers hinsichtlich des 1. Vorfalles um Aufklärung des Sachverhalts bemüht hat. Es wurde dem Antragsteller ein Mediationsgespräch angeboten, dass dieser jedoch abgelehnt hat. Auch von Seiten der Personalabteilung wurde ein Gespräch mit der 2. Antragsgegnerin darüber geführt, dass eine derartige Begrüßung für eine Vorgesetzte völlig unpassend war.

Auf weitere Interventionsmaßnahmen durch seine Arbeitgeberin hat der Antragsteller nach seinen eigenen Angaben verzichtet. In der mündlichen Befragung gab der Antragsteller an, dass er der Meinung gewesen sei, dass das eine interne Angelegenheit sei und dies intern gelöst bzw. gehandhabt werden soll. Aus Wunsch des Antragstellers kam es zu keiner unmittelbaren Aussprache unter den beteiligten Personen.

Aus Sicht des erkennenden Senates ist die 1. Antragsgegnerin somit unverzüglich nach Kenntnis des Vorwurfes der sexuellen Belästigung gegen die 2. Antragsgegnerin eingeschritten, und hat für eine angemessene Abhilfe iSd GIBG gesorgt⁸.

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

⁸ vgl. OGH 17.3.2004, 9 ObA 143/03z, DRdA 2005/26 (Eichinger).

Im vorliegenden Fall wurde das Arbeitsverhältnis des Antragstellers im Probemonat aufgelöst. Die 1. Antragsgegnerin hat in ihrem schriftlichen Vorbringen darauf hingewiesen, dass keine Diskriminierung vorliegt, die Kündigung sei ausschließlich aus in der Person des Antragstellers gelegenen leistungsbezogenen Gründen erfolgt. Der Antragsteller habe weder über die notwendigen technischen noch die notwendigen persönlichen Qualifikationen verfügt, welche als Mitarbeiter eines technischen Callcenters notwendig seien, um am Telefon Kunden/innen bei technischen Problemen mit den von der 1. Antragsgegnerin hergestellten Produkten behilflich zu sein. Nach Ansicht der 1. Antragsgegnerin und der Vorgesetzten des Antragstellers habe dieser nicht ins bestehende Team gepasst.

Die Darstellung der 1. Antragsgegnerin wurde vom Senat I der GBK als Schutzbehauptung eingestuft. Demgegenüber wurde das Vorbringen des Antragstellers als sehr glaubwürdig angesehen. Die Behauptungen des Antragstellers wurden durch die Befragungen bestätigt. Das Vorbringen der Arbeitgeberinnenseite war widersprüchlich. Mangelnde technische Kenntnisse konnten nicht der Grund für die Beendigung gewesen sein. Eine der befragten Auskunftspersonen zeigte sich vom technischen Wissen des Antragstellers beeindruckt. Die Kollegen/innen, die mit ihm direkt Kontakt hatten, teilten dem erkennenden Senat mit, dass er über gute technische Kenntnisse verfügt hat. Es wurde dem Antragsteller von Seiten der 1. Antragsgegnerin unterstellt, dass er möglicherweise mit wütender Kundschaft nicht umgehen kann. Es dürfte von Seite der Arbeitgeberin die Auffassung bestanden haben, dass er auf Grund der von ihm gegen die 2. Antragsgegnerin erhobenen Vorwürfe zu zart besaitet sei.

Der Senat I der GBK hält es für sehr problematisch, dass die Antragsgegnerin ihre Entscheidung, das Arbeitsverhältnis mit dem Antragsteller aufzulösen, auf dieser Annahme basiert hat. Aus den vorliegenden Unterlagen ist nicht hervorgegangen, dass man das erprobt bzw. überprüft hätte. Der Antragsteller hat sich noch in der Trainingsperiode befunden. Er hatte noch gar keinen Kunden/innenkontakt. Es besteht sehr wohl ein Unterschied, ob man eine wütende Kundschaft am Telefon hat, oder wenn man mit einer Kollegin zu tun hat, die zum Teil „unter der Gürtellinie liegende“ Aussagen macht.

In seiner langjährigen Erfahrung konnte der Senat I der GBK bei Beendigungen in Zusammenhang mit einer sexuellen Belästigung feststellen, dass es zu Diskriminie-

rungen kommt. Mitarbeiter/innen, die eine (sexuelle) Belästigung melden, werden sehr häufig als problematische Personen dargestellt. Es wird mangelnde Leistungsfähigkeit unterstellt, und aus diesem Grund wird das Dienstverhältnis letztlich beendet. Dies ist auch im zu überprüfenden Fall passiert.

Der Antragsteller konnte dem Senat I der GBK gegenüber somit den Beweislastregeln des GIBG folgend darlegen, dass es zu geschlechtsspezifischen Diskriminierung des Antragstellers gekommen ist, wohingegen es der 1. Antragsgegnerin nicht gelungen ist, den Gegenbeweis zu erbringen.

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

Der Senat I der GBK empfiehlt der 1. Antragsgegnerin, auf einen besseren Umgangston im Unternehmen unter den Mitarbeitern/innen zu achten. Eine Unternehmenskultur, die sich durch ein partnerschaftliches Verhalten am Arbeitsplatz auszeichnet, bildet die Basis für ein positives innerbetriebliches Arbeitsklima und ist damit eine wichtige Voraussetzung für den wirtschaftlichen Erfolg eines Unternehmens.⁹ Diskriminierungen jeglicher Art stellen am Arbeitsplatz eine schwerwiegende Störung des Arbeitsfriedens dar und gelten als Verstöße gegen die Menschenwürde.

Wien, 4. Oktober 2011

Dr.ⁱⁿ Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK

⁹ AK Wien, Musterbetriebsvereinbarung über Antidiskriminierung und partnerschaftliches Verhalten am Arbeitsplatz