

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 23. März 2021 über den am 3. Dezember 2018 eingelangten Antrag der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **A (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes durch schuldhaftes Unterlassen des/der ArbeitgeberIn im Falle einer sexuellen Belästigung durch Dritte eine nach den gesetzlichen Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages angemessene Abhilfe zu schaffen** gemäß **§ 6 Abs 1 Z 2 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idgF) sowie einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idgF) durch die **Z GmbH (Antragsgegnerin)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idgF), zu GZ GBK I/866/18, zu folgendem

PRÜFUNGSERGEBNIS:

1. **A ist aufgrund des Geschlechtes durch schuldhaftes Unterlassen des/der ArbeitgeberIn im Falle einer sexuellen Belästigung durch Dritte eine nach den gesetzlichen Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages angemessene Abhilfe zu schaffen gemäß § 6 Abs 1 Z 2 GIBG durch die Z GmbH diskriminiert worden.**
2. **A ist aufgrund des Geschlechtes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG durch die Z GmbH diskriminiert worden.**

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

Der zugleich eingebrachte Antrag betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes durch eine sexuelle Belästigung durch Dritte gemäß § 6 Abs. 1 Z 3 GIBG durch Y wurde von der Antragstellerin am 8. Mai 2019 zurückgezogen.

¹ Vgl. z.B. VfSlg. 19.321.

VORBRINGEN

Im Antrag wurde im Wesentlichen Folgendes vorgebracht:

Die Antragstellerin sei seit 1. Juni 2018 bei der Z GmbH als Lagerlogistikerin angestellt gewesen. Im Arbeitsvertrag sei eine einmonatige Probezeit sowie darüber hinaus eine Befristung bis 30. September 2018 festgelegt gewesen. Am 17. Mai 2018, als die Antragstellerin im Zuge eines Probearbeitstages im Unternehmen gewesen sei, habe ein zukünftiger Kollege, Y, sie mit einem Kuss auf beide Wangen begrüßt, was sie als unpassend und unangenehm empfunden habe.

Nach ihrem Arbeitsbeginn am 1. Juni 2018 sei der Antragstellerin von ihrer Vorgesetzten, X, empfohlen worden, auch viel im Lager zu arbeiten, um mehr über die Arbeit und vor allem die Produkte des Unternehmens zu erfahren. Dieser Empfehlung sei die Antragstellerin gefolgt. Am 12. Juni 2018 sei sie im Zuge ihrer Arbeit im Lager vor dem Computer gestanden, um etwas auszudrucken. Dies habe Y zum Anlass genommen, ihren Rock hochzuheben und anzumerken, dass die Antragstellerin „ja keinen Tanga“ trage, sondern normale Unterwäsche, obwohl dies gar nicht so aussehe. Als die Antragstellerin daraufhin schnell ihren Rock wieder nach unten gezogen und ihn schockiert gefragt habe, was das solle und was mit ihm los sei, habe er nur geantwortet, dass sie das Ganze vergessen solle.

Die Antragstellerin habe sofort ihrer Kollegin B von dem Vorfall berichtet und sei am nächsten Tag zum Geschäftsführer ihres Arbeitgebers, W, gegangen, um von dem Vorfall zu berichten. Dieser habe zunächst gemeint, dass so ein Verhalten nicht geduldet werde und daraufhin mit Y gesprochen. Nach diesem Gespräch habe Y kurz vor Arbeitsende die Antragstellerin aufgesucht und sich betont laut entschuldigt — sodass es auch die Vorgesetzten hören haben können — allerdings sofort danach die Antragstellerin leise gefragt, warum sie es weitererzählt habe und dass der „kleine Spaß“ doch zwischen ihnen beiden hätte bleiben sollen. Die Antragstellerin sei über diese Aussage fassungslos gewesen, da der Vorfall für sie absolut kein Spaß gewesen sei, sondern ein überfallsartiges, ihre Intimsphäre massiv verletzendes Verhalten von Y und sie aus dieser Bemerkung erkannt habe, dass seine Entschuldigung nicht ernst gemeint gewesen sei.

In den nächsten Tagen habe sich Y der Antragstellerin gegenüber feindselig verhalten, sie angeschrien und ihr entweder gar keine oder falsche Informationen weitergegeben. Die Antragstellerin habe sich diese plötzliche Verhaltensänderung damit erklärt, dass er wegen ihrer Meldung wütend auf sie gewesen sei. Da sie selbst neu am Arbeitsplatz und von Informationen Y abhängig gewesen sei, habe sie durch dessen Verhalten ihre Arbeit nicht ordnungsgemäß verrichten können. Sie habe X am 14. Juni 2018 angerufen, die sich zu diesem Zeitpunkt im Urlaub befunden habe und ihr über den Vorfall und das Verhalten Y berichtet sowie dessen Folgen für sie. X habe der Antragstellerin vorgeschlagen, dass sie am folgenden Tag, Freitag, den 15.

Juni, zu Hause bleiben solle und X sich nach ihrem Urlaub am Montag, 18. Juni 2018, um die Situation kümmern würde.

Am 18. Juni 2018 habe X mit Y gesprochen, der den Vorfall bestätigt und gemeint habe, dass er es bereuen würde. Dennoch habe er die Antragstellerin für sein Verhalten mitverantwortlich gemacht und behauptet, dass sie mit ihm geflirtet und über ihren Körper gesprochen habe. Dies habe nicht der Wahrheit entsprochen. Die Antragstellerin habe lediglich ein einziges Mal, im Zuge einer Bitte, eine Palette wegzuschieben, dies gegenüber Y damit begründet, dass sie nicht dünn genug sei, um zu einer Schachtel zu gelangen. Die Antragstellerin sei fassungslos darüber gewesen, dass Y in Anwesenheit ihrer Vorgesetzten Unwahrheiten über sie erzählt und Behauptungen aufgestellt habe, die sie in ein schlechtes Licht rücken würden.

Am 19. Juni 2018 sei es schließlich zu einem gemeinsamen Gespräch zwischen der Antragstellerin und Y sowie ihrer Vorgesetzten gekommen und es seien dann seitens des Unternehmens drei „Lösungsvorschläge“ präsentiert worden: Entweder sie würden weiterhin zusammenarbeiten, einer von beiden oder beide „müsste/n gehen“. Die Antragstellerin habe angemerkt, dass sie nicht nur wegen der Belästigungen nicht mit Y eng zusammenarbeiten könne, sondern auch, da es unmöglich wäre, ihre Leistung ohne vollständige Informationsweitergabe seitens Y zu erbringen. Sie habe gesagt, dass es ihrer Meinung nach durchaus möglich sei weiterzuarbeiten, wenn Y im Lager an eine andere Position versetzt werden würde, da er dann nicht mehr ihre Hauptansprechperson sein würde.

Es seien weitere „Lösungsvorschläge“ des Arbeitgebers gefolgt – etwa ein von DI V ausgesprochenes Angebot, gemeinsam mit Y eine Psychotherapie auf Firmenkosten zu machen, was die Antragstellerin abgelehnt habe. Schließlich sei der Antragstellerin eine Bestätigung vorgelegt worden, dass der Arbeitgeber „alle zur Verfügung stehenden Mittel“ genutzt hätte, um den Vorfall zu lösen. Die Antragstellerin sei gedrängt worden, diese Bestätigung zu unterschreiben, was sie dann unter Druck auch getan habe. Gleich nach Unterschreiben des Dokuments sei der Antragstellerin von GF W mitgeteilt worden, dass es zwar sehr bedauerenswert sei, man jedoch ihr Dienstverhältnis beenden müsse. Auch DI V habe betont, dass dies schade sei, da die Antragstellerin sehr gut ins Team passe und immer fröhlich sei.

Die Antragstellerin habe sich daraufhin an die Arbeiterkammer und die Gleichbehandlungsanwaltschaft gewandt. In dem darauffolgenden Briefwechsel habe jedoch keine Einigung erzielt werden können, im Gegenteil, es habe sich gezeigt, dass die Z GmbH sogar Falschbehauptungen in Bezug auf die Antragstellerin vorgebracht habe, wie etwa, dass man sie gefragt hätte, was sie an Stelle der Arbeitgeberin machen würde oder dass ihr Lebensgefährte angekündigt hätte in das Unternehmen zu kommen und Y „eine aufzulegen“.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der rechtsfreundlichen Vertretung der Antrags-

gegnerin übermittelten Stellungnahme vom 21. Jänner 2019 bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Richtig sei, dass die Antragstellerin seit 1. Juni 2018 bei der Zweitantragsgegnerin, wie im Antrag der Gleichbehandlungsanwaltschaft dargestellt, im Rahmen eines befristeten Dienstverhältnisses beschäftigt gewesen und eine einmonatige Probezeit vereinbart worden sei.

Der Umstand, dass die Antragsgegnerin im Zuge eines Probearbeitstages von ihrem zukünftigen Kollegen Y mit einem Kuss auf beide Wangen begrüßt worden sei und sie dies als unpassend und unangenehm empfunden habe, sei von der Antragstellerin gegenüber der Unternehmensleitung der Antragsgegnerin nicht zur Sprache gebracht worden.

Das Dienstverhältnis zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin habe am 1. Juni 2018 begonnen. Die Einstellung der Antragstellerin sei erfolgt, da eine Mitarbeiterin der Antragsgegnerin, B, mit Anfang September aufgrund ihrer Schwangerschaft zu karenzieren gewesen sei und die Aufgabenfelder im Unternehmen daher neu zu verteilen und das Team durch einen neuen Mitarbeiter/eine neue Mitarbeiterin zu verstärken gewesen sei. Es habe somit die dringende Notwendigkeit bestanden, dass die Antragstellerin sich rasch einarbeite und alle Bereiche des Unternehmens kennenlerne.

Die Antragsgegnerin beschäftige sich insbesondere mit der Wiederverwertung, der Entsorgung und der Weiterveräußerung von Komponenten von großen ...anlagen und mit der Betriebsberatung. Die Antragsgegnerin verfüge insgesamt über neun Mitarbeiter, die Büroflächen betragen rund 100 m² inklusive der Sanitärräume, wobei drei Büroräume vorhanden seien. Zusätzlich verfüge die Antragsgegnerin über Lagerräumlichkeiten.

Im Zuge ihrer Einschulung habe die Antragstellerin auch mit Y zusammengearbeitet. Bei Y handle es sich um einen erfahrenen Mitarbeiter der Antragsgegnerin bei dem bis zum gegenständlichen Vorfall, weder was seine Arbeitsleistung noch seinen Umgang mit seinen Kollegen und Kolleginnen betroffen habe, irgendein Anlass zu Beanstandungen bestanden habe.

Nach einigen Tagen der Arbeitstätigkeit der Antragstellerin sei der Geschäftsführer der Antragsgegnerin davon in Kenntnis gesetzt worden, dass Y die Antragstellerin dadurch belästigt habe, dass er ihren Rock hochgehoben habe. Der Geschäftsführer der Antragsgegnerin, W, habe hierauf Y zur Rede gestellt. Ungeachtet des Umstandes, dass dieser den Vorfall und die Vorgeschichte dazu anders dargestellt habe, habe GF W ihm gegenüber unmissverständlich klargestellt, dass ein solches Verhalten unter keinen Umständen tolerabel sei. Es sei eine Abmahnung ausgesprochen und Y mitgeteilt worden, dass ein weiterer Vorfall seine umgehende Entlassung zur Folge haben werde. Darüber hinaus sei er aufgefordert worden, sich bei der Antragstellerin zu entschuldigen.

Zum Zwecke der Aussprache und Entschuldigung haben sich die Antragstellerin und Y auf die Rampe vor den Büroräumlichkeiten begeben. GF W habe daher nicht wahrnehmen können, was zwischen der Antragstellerin und Y gesprochen worden und wie er sich entschuldigt habe.

Y und die Antragstellerin haben dann vorerst ihre Arbeit fortgesetzt.

In weiterer Folge habe GF W festgestellt, dass offenbar weiterhin Spannungen zwischen der Antragstellerin und Y bestanden haben unter denen auch die Arbeitsleistung gelitten habe. Es sei daher mit den beiden Beteiligten und DI V und X ein gemeinsames Gespräch abgehalten worden, um eine Deeskalation der angespannten Situation zu erreichen. GF W habe seinen Mitgesellschafter DI V und seine leitende Mitarbeiterin X um die Abhaltung des Gespräches ersucht, um eine zwanglose und offene Diskussion unter Kollegen ohne Anwesenheit des Chefs zu versuchen.

Trotz eines rund zweistündigen intensiven Gespräches habe keine Versöhnung zwischen der Antragstellerin und Y erreicht werden können, wobei die Antragstellerin auch mitgeteilt habe, sie könne die Entschuldigung von Y nicht akzeptieren. Aufgrund der Erkenntnis, dass die Angelegenheit hoch emotional aufgeladen gewesen sei, habe DI V auch angeboten, auf Firmenkosten der Antragstellerin allein oder gemeinsam mit Y professionelle psychologische Hilfe zur Verfügung zu stellen, was aber ebenfalls von der Antragstellerin abgelehnt worden sei.

GF W habe dann noch ein persönliches Gespräch mit der Antragstellerin geführt und sie unter anderem auch gefragt, was sie an seiner Stelle noch tun würde, um ihr ein weiteres friktionsfreies Arbeiten zu ermöglichen. Die Antragstellerin habe GF W daraufhin mitgeteilt, man könne ohnehin nichts mehr tun, was sich GF W dann auch schriftlich bestätigen habe lassen. Ein Druck, diese Erklärung zu unterschreiben, sei von GF W gegenüber der Antragstellerin nicht ausgeübt worden, sondern solle die Bestätigung lediglich der Dokumentation des Umstandes dienen, dass auch die Antragstellerin selbst keine Vorschläge über ein Vorgehen machen habe können, die ihre weitere friktionsfreie Tätigkeit im Unternehmen der Zweitantragsgegnerin ermöglichen würde.

Wie bereits einleitend festgestellt, handle es sich beim Unternehmen der Antragsgegnerin um ein kleines Unternehmen, bei dem ein ständiger Kontakt zwischen allen Mitarbeitern stattfinde und auch stattfinden müsse. Auch die Größe der Räumlichkeiten bedinge es, dass sich die Mitarbeiter immer wieder begegnen würden. Eine Versetzung von Y oder der Antragstellerin in der Form, dass sich die Beiden nicht mehr begegnen würden, sei daher schon aus diesem Grund nicht möglich gewesen.

Da die Antragstellerin weder nach einem intensiven Gespräch unter Kollegen noch in einem Gespräch mit dem Geschäftsführer der Antragsgegnerin W bereit gewesen sei, ihre Arbeitstätigkeit im Rahmen der Möglichkeiten des Betriebes fortzusetzen und auch externe psychologische Hilfe auf Kosten ihres Dienstgebers abgelehnt habe, habe sich die Antragsgegnerin

letztendlich entschlossen, das Arbeitsverhältnis zur Antragstellerin in der Probezeit aufzulösen.

Die Auflösung sei nicht erfolgt, weil sich die Antragstellerin über das unangemessene Verhalten des Y beschwert habe, sondern weil trotz intensiver Bemühungen keine Lösung gefunden werden habe können, die eine Weiterbeschäftigung der Antragstellerin ermöglicht hätte. Die dargestellten Bemühungen der Antragsgegnerin als Dienstgeber würden zeigen, dass der Vorfall und die damit verbundene Verletzung der Intimsphäre der Antragstellerin seitens der Antragsgegnerin ernst genommen und alle zumutbaren Schritte unternommen worden seien, eine Versöhnung herbeizuführen und ein gemeinsames Weiterarbeiten zu ermöglichen. Dies sei aber an der kategorischen Ablehnung sämtlicher Vorschläge der Antragsgegnerin durch die Antragstellerin gescheitert.

Es sei nochmals darauf hinzuweisen, dass es sich bei Y um eine Schlüsselarbeitskraft und einen erfahrenen Mitarbeiter der Antragsgegnerin handle, bei dem es weder im Zusammenhang mit sexuellen Belästigungen noch sonst bis zum gegenständlichen Vorfall zu irgendwelchen Zwischenfällen gekommen sei. Die Geschäftsleitung der Antragsgegnerin habe auch keine Wahrnehmungen darüber, dass Y nach seiner Entschuldigung die Antragstellerin „geschnitten“ hätte.

Insgesamt habe die Antragsgegnerin, was offenbar auch unstrittig sei, alle erdenklichen zumutbaren Bemühungen unternommen, die berechtigte Irritierung der Antragstellerin aufgrund einer unvertretbaren Unbesonnenheit des Y auszuräumen und wieder ein für alle Mitarbeiter akzeptables Arbeitsumfeld im Rahmen der bestehenden Möglichkeiten zu schaffen. Ein diskriminierendes Verhalten der Antragsgegnerin gegenüber der Antragstellerin liege somit nicht vor.

PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat I der GBK stützt sein Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin sowie die mündliche Befragung der Antragstellerin und von W (informierter Vertreter der Antragsgegnerin) vom 23. März 2021. Als weitere Auskunftspersonen wurden X und B am 23. März 2021 befragt.

BEGRÜNDUNG²

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

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

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

[...]

7. bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses“.

„§ 6. (1) Eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes liegt auch vor, wenn eine Person

[...]

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

(2) Sexuelle Belästigung liegt vor, wenn ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten gesetzt wird, das die Würde einer Person beeinträchtigt oder dies bezweckt, für die betroffene Person unerwünscht, unangebracht oder anstößig ist und

- 1. eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betroffene Person schafft oder dies bezweckt oder*
- 2. der Umstand, dass die betroffene Person ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten seitens des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin oder von Vorgesetzten oder Kolleg/inn/en zurückweist oder duldet, ausdrücklich oder stillschweigend zur Grundlage einer Entscheidung mit Auswirkungen auf den Zugang dieser Person zur Berufsausbildung, Beschäftigung, Weiterbeschäftigung, Beförderung oder Entlohnung oder zur Grundlage einer anderen Entscheidung in der Arbeitswelt gemacht wird.“*

Generell ist zur Frage des Beweismaßes und der Beweislastverteilung im GBK-Verfahren anzumerken, dass eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne der §§ 3 und 6 GIBG beruft, diese glaubhaft zu machen hat. Insoweit genügt daher nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (OGH) eine „Bescheinigung“ der behaupteten Tatsachen, wobei jedoch der bei der GBK zu erreichende Überzeugungsgrad gegenüber der beim „Regelbeweis“ geforderten „hohen Wahrscheinlichkeit“ auf eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ herabgesenkt ist.

Vereinfacht gesagt muss mehr für die Darstellung des/der Antragstellers/Antragstellerin sprechen als dagegen.³ Dem/der AntragsgegnerIn obliegt dann zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes von ihm/ihr glaubhaft gemachtes Motiv

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

für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.

Bei einer (sexuellen) Belästigung gilt davon abweichend, dass es dem/der AntragsgegnerIn zu beweisen obliegt, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die von ihm/ihr glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung des Vorwurfes, die Antragstellerin sei von ihrem Kollegen sexuell belästigt worden und in der Folge sei ihr Arbeitsverhältnis in der Probezeit beendet worden, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem Sachverhalt aus:

Die Antragstellerin war ab 1. Juni 2018 bei der Antragsgegnerin als Lagerlogistikerin angestellt. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um ein kleines Unternehmen mit neun MitarbeiterInnen, 100m² Bürofläche und zirka 3000 bis 4000m² Lagerfläche. Im Arbeitsvertrag wurde eine einmonatige Probezeit sowie eine Befristung bis 30. September 2018 festgelegt. Am 17. Mai 2018, war die Antragstellerin im Zuge eines Probearbeitstages im Unternehmen anwesend. Im Zuge dieses Probetages hat ihr zukünftiger Kollege, Y, der im Lager tätig war, sie mit einem Kuss auf beide Wangen begrüßt, was sie als unpassend und unangenehm empfand. Diesen Vorfall hat die Antragstellerin der Unternehmensleitung der Antragsgegnerin nicht gemeldet.

Da die Antragstellerin sich im Unternehmen möglichst schnell einarbeiten sollte, wurde ihr nach ihrem Arbeitsbeginn am 1. Juni 2018 von ihrer unmittelbaren Vorgesetzten, X, empfohlen alle Bereiche des Unternehmens kennenzulernen und somit auch im Lager zu arbeiten, um die Abläufe im Unternehmen bestmöglich nachvollziehen zu können.

Zu diesem Zeitpunkt arbeiteten vier bis fünf Personen im Lager. Y war Hauptverantwortlicher Lagermitarbeiter für das Projekt, für das auch die Antragstellerin tätig war. Die Antragstellerin war mehrheitlich im Büro tätig.

Am 12. Juni 2018 ist die Antragstellerin im Lager vor dem Computer gestanden, um etwas auszudrucken. Währenddessen hob ihr Kollege, Y, ihren Rock hoch und vermerkte, dass die Antragstellerin keinen Tanga trägt, sondern normale Unterwäsche, obwohl das nicht so aussieht. Die Antragstellerin zog daraufhin ihren Rock schnell wieder nach unten und fragte Y schockiert, was das soll und was mit ihm los ist. Y erwiderte darauf, dass sie das Ganze vergessen soll.

Die Antragstellerin hat sofort danach ihrer Kollegin B von dem Vorfall berichtet und hat am nächsten Tag den Geschäftsführer der Antragsgegnerin, W, davon in Kenntnis gesetzt. Der Geschäftsführer der Antragsgegnerin hat hierauf Y zur Rede gestellt. GF W hat ihm gegenüber eine Abmahnung ausgesprochen und ihm mitgeteilt, dass ein weiterer Vorfall seine umgehende Entlassung zur Folge haben wird. Darüber hinaus wurde Y dazu aufgefordert, sich bei der Antragstellerin zu entschuldigen. Die Entschuldigung fand ohne den Geschäftsführer statt.

Y entschuldigte sich zwar, stellte aber im Zuge des Gespräches auch die Antragstellerin zur Rede, warum sie zum Vorgesetzten gegangen ist, da es doch nur ihr kleiner Spaß war. In den nächsten Tagen verhielt sich Y der Antragstellerin gegenüber feindselig und gab ihr entweder gar keine oder falsche Informationen weiter. Die Antragstellerin war jedoch von den Informationen Y abhängig und konnte aufgrund dessen Verhaltens ihre Arbeit nicht mehr ordnungsgemäß verrichten.

Am 14. Juni 2018 hat die Antragstellerin X angerufen, die sich zu diesem Zeitpunkt im Urlaub befand und ihr über den Vorfall und das Verhalten Y berichtet. X stellte die Antragstellerin für den folgenden Tag frei und sagte ihr zu, sich der Situation anzunehmen, sobald sie am 18. Juni 2018 aus dem Urlaub zurück ist. Am 18. Juni 2018 sprach X mit Y, der den Vorfall bestätigte. Y stellte die Situation sowohl in seinem Gespräch mit dem Geschäftsführer, als auch im Gespräch mit X anders dar, und behauptete, dass die Antragstellerin für sein Verhalten mitverantwortlich gewesen ist, da sie mit ihm geflirtet und über ihren Körper gesprochen hat. Dies entsprach nicht der Wahrheit. Im Gespräch mit Y war lediglich einmal kurz der Körper der Antragstellerin Thema, als sie ihn bat eine Palette im Lager wegzuschieben, da sie nicht dünn genug ist, um zu einer Kiste zu gelangen.

Anschließend fand ein Gespräch zwischen dem Mitgesellschafter V, X, der Antragstellerin und Y statt. Dort entschuldigte sich Y erneut, wobei die Antragstellerin aufgrund der bereits aufgeheizten Stimmung diese Entschuldigung nicht annahm. Es wurden drei Lösungsvorschläge präsentiert: sie arbeiten weiter zusammen, eine/r von beiden muss gehen oder beide müssen gehen. Weiters wurde der Antragstellerin eine externe Psychotherapie auf Kosten des Unternehmens angeboten. Ob diese Therapie einzeln oder mit Y stattfinden sollte, konnte nicht festgestellt werden. Die Antragstellerin lehnte diesen Vorschlag ab.

In einem weiteren Gespräch mit GF W, ließ dieser die Antragstellerin eine Bestätigung unterzeichnen, dass die Antragsgegnerin alle erdenklichen zur Verfügung stehenden Mittel genutzt hätte, um den Vorfall zu lösen. Ob die Antragstellerin gedrängt wurde diese Bestätigung zu unterzeichnen, konnte nicht festgestellt werden. Anschließend sprach der Geschäftsführer W die Beendigung des Dienstverhältnisses der Antragstellerin in der Probezeit aus.

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

1. Es liegt **eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes durch schuldhaftes Unterlassen des/der ArbeitgeberIn im Falle einer sexuellen Belästigung durch Dritte eine nach den gesetzlichen Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages angemessene Abhilfe zu schaffen gemäß § 6 Abs 1 Z 2 GIBG** vor.

§ 6 Abs. 1 Z 2 GIBG enthält eine Konkretisierung der allgemeinen Fürsorgepflicht. Danach haben ArbeitgeberInnen auch dafür zu sorgen, dass die Persönlichkeitssphäre der in den Betrieb eingegliederten ArbeitnehmerInnen nicht durch Belästigungen durch Dritte beeinträchtigt

wird. Sie sind zum unverzüglichen Einschreiten verpflichtet, wenn sexuelle Belästigungen hervorkommen, zum einen, um die Betroffenen nicht der Gefahr weiterer Belästigungen auszusetzen, zum anderen aber auch, um sich nicht selbst dem Vorwurf auszusetzen, nicht wirksam für angemessene Abhilfe gesorgt zu haben.

„Angemessen“ ist die Abhilfe dann, wenn sie geeignet ist, die belästigte Person vor weiteren Belästigungen zu schützen. Um angemessene Abhilfe zu schaffen, bedarf es der Ermahnung, Verwarnung, Versetzung, Kündigung oder allenfalls Entlassung der belästigenden Person, wobei nach herrschender Rechtsprechung das jeweils gelindeste Mittel zu wählen ist. Es ist eine Handlung des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin gefordert, die weitere Belästigungen mit sofortiger Wirkung und effizient verunmöglicht.⁴ Als ultima ratio darf das belästigende Verhalten unter Umständen auch mit der sofortigen Entlassung der belästigenden Person – nicht aber der belästigten Person – beantwortet werden.⁵

Um ein schuldhaftes Unterlassen annehmen zu können, muss dem/der ArbeitgeberIn das Vorliegen einer Abhilfe gebietenden Situation entweder bekannt oder zumindest erkennbar sein. Der/Die ArbeitgeberIn haftet daher nicht, wenn er/sie von der Belästigung eines Arbeitnehmers/einer Arbeitnehmerin weder wusste noch wissen musste. Für eine Haftung des Arbeitgebers genügt Fahrlässigkeit. Bei „Erkennbarkeit“ kommt es auf eine besondere „Bekanntgabe“ durch die betroffene Person nicht mehr an.⁶

Die Antragstellerin konnte den Vorwurf der mangelnden Abhilfe durch die Antragsgegnerin in ihrem schriftlichen Vorbringen sowie ihrer mündlichen Befragungen glaubhaft darlegen. Weiters wurde die Belästigung von Y bestätigt. Damit verlagerte sich die Beweislast auf die Antragsgegnerin.

Es ist von der Antragsgegnerin unbestritten, dass sich die Antragstellerin mit dem Vorwurf der sexuellen Belästigung durch ihren Kollegen Y erstmals am 13. Juni 2018 an den Geschäftsführer, W, sowie am 14. Juni 2018 an ihre Vorgesetzte, X, gewandt hat.

Die Antragsgegnerin legte ausführlich dar, welche Schritte sie in weiterer Folge gesetzt hat. Folglich waren die Maßnahmen zu überprüfen, die von der Antragsgegnerin gesetzt wurden, um die Belästigungen aufzuklären bzw. zu unterbinden. Die erste Maßnahme, die als Reaktion auf die Vorwürfe getätigt wurde, war das Gespräch zwischen Geschäftsführer W und Y, in dem dieser verwarnt wurde und aufgeklärt wurde, dass ein weiterer Vorfall dieser Art seine umgehende Entlassung zur Folge haben wird. Ebenso wurde er aufgefordert, sich bei der Antragstellerin zu entschuldigen. Nachdem die Antragstellerin nachfolgend Feindseligkeiten Y ausgesetzt war und die Stimmung dadurch zunehmend schlechter wurde, konnte der Konflikt dadurch nicht bereinigt werden.

⁴ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger, *GIBG* (2021) § 6 Rz 10.

⁵ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger, *GIBG* (2021) § 6 Rz 14.

⁶ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger, *GIBG* (2021) § 6 Rz 13.

Es folgte seitens der Antragsgegnerin ein Gespräch mit dem Mitgesellschafter V, X, der Antragstellerin und Y, in dem den Beteiligten eine externe Psychotherapie auf Firmenkosten angeboten wurde.

Nach Ansicht des Senates waren jedoch die gewählten Mittel nicht geeignet, die Antragstellerin ausreichend zu schützen. Der Senat stimmte zwar überein, dass es angemessen war, den betreffenden Mitarbeiter nach einem einmaligen Vergehen nicht zu kündigen. Es wurden jedoch keine weiteren Maßnahmen in Betracht gezogen, die ein Verbleiben der Antragstellerin im Unternehmen ermöglicht hätten. Es wurde die Möglichkeit, Y von dem von der Antragstellerin betreuten Projekt abzuziehen bzw. die Hauptverantwortung dieses Projektes einem anderen Lagermitarbeiter zu übertragen, damit die Antragstellerin weniger Berührungspunkte mit ihrem Belästiger hätte, nicht einmal in Betracht gezogen, sondern schlichtweg von der Antragsgegnerin einseitig erkannt, dass dies nicht möglich ist und keine Besserung bringen würde. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass die Antragsgegnerin alle Möglichkeiten, angemessen Abhilfe zu schaffen, ausgenutzt hat. Die Befragungen der Auskunftspersonen GF W und B ergaben, dass es die Aufgabe der Antragstellerin war, im Büro eine Lieferung vorzubereiten, dann ins Lager zu gehen, um in einem kurzen Gespräch die betreffenden Unterlagen zu übergeben. Nach Abschluss der Arbeiten im Lager, musste der zuständige Lagermitarbeiter die Unterlagen zurück ins Büro bringen und gegebenenfalls eine Unterschrift einholen. Warum die Möglichkeit, dass ein/e andere/r MitarbeiterIn die Übergabe im Lager und im Büro durchführt beziehungsweise ein anderer Lagermitarbeiter als Ansprechperson für die Antragstellerin ernannt wird, als Lösungsmöglichkeiten nicht mal in Betracht gezogen wurden, erschloss sich dem Senat nicht. Nach Ansicht des Senates wäre es zwar aufgrund der räumlichen Gegebenheiten im Unternehmen wahrscheinlich nicht möglich gewesen, das Aufeinandertreffen der Antragstellerin und Y komplett zu verhindern, es wäre jedoch möglich gewesen Abläufe zu finden, die den Kontakt der Antragstellerin zu ihrem Belästiger minimiert hätten. Es hätte somit eine entsprechende Abhilfe dargestellt, zu versuchen, die Berührungspunkte der Antragstellerin mit ihrem Belästiger zu reduzieren. Diese Möglichkeiten wurden seitens der Antragsgegnerin nicht in Betracht gezogen.

Weiters wurde von der Antragsgegnerin dargestellt, dass es der Antragstellerin oblag, eine der wenigen, von der Antragsgegnerin präsentierten Lösungsmöglichkeiten, anzunehmen. Es wurde somit die Verantwortung der Lösungsfindung auf das Belästigungsoffer abgewälzt.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs. 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es der Antragsgegnerin nicht gelungen ist zu beweisen, dass er alle notwendigen und zumutbaren Maßnahmen ergriffen hat, um angemessene Abhilfe zu leisten.

2. Es liegt **eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG** vor.

Der Begriff der „Beendigung des AV“ im § 3 Z 7 GIBG ist nicht auf eine bestimmte Art des AV oder eine bestimmte Art der Beendigung beschränkt und ist daher weit zu verstehen. Vom Geltungsbereich des GIBG sind somit auch ProbeAV und befristete AV erfasst.⁷

Die Antragstellerin konnte den Vorwurf, ihr Dienstverhältnis wurde aufgrund ihrer Beschwerde über die sexuelle Belästigung ihres Kollegen in der Probezeit aufgelöst, in ihrem schriftlichen Vorbringen sowie ihrer mündlichen Befragungen glaubhaft darlegen. Damit verlagerte sich die Beweislast auf die Antragsgegnerin.

Die Antragsgegnerin brachte vor, dass, nachdem die Antragstellerin die von der der Antragsgegnerin vorgebrachten Lösungsvorschläge nicht annahm, die Beendigung der Antragstellerin in der Probezeit der einzige Weg war, der ihr offenstand. Hierbei handelt es sich um eine Täter-Opfer-Umkehr, weil die Verantwortung der Fortführung des Arbeitsverhältnisses auf die Antragstellerin abgewälzt wurde und schließlich zu ihrer Beendigung geführt hat. Nachdem bereits oben thematisiert wurde, dass nach Ansicht des Senates die Auflösung des Dienstverhältnisses in der Probezeit keine adäquate Abhilfemaßnahme darstelle, besteht hiermit ebenso keine sachliche Rechtfertigung für die Beendigung des Dienstverhältnisses der Antragstellerin. Die Antragsgegnerin konnte keine sachlichen Gründe für die Beendigung nennen, beispielsweise eine mangelnde Arbeitsleistung der Antragstellerin. Die Auskunftspersonen vermittelten durchwegs das Bild, dass man mit der Arbeitsleistung der Antragstellerin zufrieden war. Gegenteiliges wurde von der Antragsgegnerin auch nicht vorgebracht.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs. 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es der Antragsgegnerin nicht gelungen ist zu beweisen, dass ausschließlich sachliche Motive ausschlaggebend für die Beendigung des Dienstverhältnisses der Antragstellerin waren.

VORSCHLAG

Gemäß **§ 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz** hat der Senat, wenn er der Auffassung ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, dem/der ArbeitgeberIn oder in Fällen in Zusammenhang mit einer sonstigen Diskriminierung in der Arbeitswelt dem/der für die Diskriminierung Verantwortlichen schriftlich einen Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes zu übermitteln und ihn/sie aufzufordern, die Diskriminierung zu beenden. Für die Umsetzung des Vorschlags ist eine Frist von zwei Monaten zu setzen. Wird einem Auftrag nach Abs. 3 nicht entsprochen, kann gemäß **§ 12 Abs. 4 GBK/GAW-Gesetz** jede der im jeweiligen Senat vertretenen Interessensvertretungen beim zuständigen Arbeitsgericht oder Zivilgericht auf Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes klagen.

⁷ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 3 Rz 137.

Da der Senat I der GBK zur Auffassung gelangt ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, wird die **Antragsgegnerin, Z GmbH**, gemäß § 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz aufgefordert, die Diskriminierung zu beenden, und wird folgender **Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes** erteilt:

1. Leistung eines angemessenen Schadenersatzes.

Wien, 23. März 2021

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK