

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 28. Juni 2011 über das am 6. Oktober 2009 eingelangte Verlangen der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **Frau Mag.^a A (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung), im Falle einer **sexuellen Belästigung durch Dritte**, es die **Arbeitgeberin unterlassen** hat, eine auf Grund gesetzlicher Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages gemäß **§ 6 Abs. 1 Z 2 GIBG angemessene Abhilfe** zu schaffen sowie durch eine **Verletzung des Benachteiligungsverbot**es gemäß **§ 13 GIBG** durch die Arbeitgeberin, **X GmbH (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 kommt zur Ansicht, dass Frau Mag.^a A nicht durch die X GmbH bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG diskriminiert worden ist.
2. Der Senat I der GBK kommt zur Ansicht, dass Frau Mag.^a 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. Der Senat I der GBK kommt zur Ansicht, dass Frau Mag.^a A nicht durch die X GmbH durch eine Verletzung des Benachteiligungsverbotes gemäß § 13 GIBG diskriminiert worden ist.

Entscheidungsgründe:

Im Verlangen der GAW wird im Wesentlichen vorgebracht, dass die Antragstellerin von 2. März bis 6. April 2009 bei der Antragsgegnerin am Standort ..., 1020 Wien, beschäftigt gewesen sei. Ihr Aufgabengebiet habe in der die Annahme diverser Wetten am Counter des Wettbüros bestanden.

Während ihres Probemonats sei sie zunächst immer gemeinsam mit dem Filialleiter („Herrn B“) oder dem Filialleiterstellvertreter („Herrn C“) am Counter tätig gewesen. Bereits kurz nach Aufnahme ihrer Tätigkeit bei der Antragsgegnerin sei es von Seiten eines Kunden immer wieder zu für die Antragstellerin unangenehmen Bemerkungen, in der er sie wiederholt mit „schöne Frau“ angesprochen habe, gekommen. Bei diesem Kunden habe es sich um einen ca. ...-jährigen Stammkunden des Wettbüros, der nahezu täglich zu denselben Zeiten (...) hauptsächlich ... und ...wetten, sowie ...wetten ... abgeschlossen habe, gehandelt.

Am Dienstag, den 31. März 2009, habe sich die Antragstellerin zum ersten Mal alleine an ihrem Arbeitsplatz befunden, da sich der Filialleiter im Urlaub und der Stellvertreter im Krankenstand befunden hätten. Auch an diesem Tag sei der Stammkunde ins Wettbüro gekommen und habe zunächst mit Bemerkungen wie „Ich will dir zeigen, wie du gute Frau wirst“, oder „... wie du glückliche Frau wirst“ begonnen, die Antragstellerin anzusprechen. Dabei habe er ihr im Zuge der Wettannahme wiederholt die Hand und über den Arm gestreichelt, mit der sie seine, auf einem Zettel notierten, Wetten gehalten habe. Er sei dabei immer höher entlang ihres Armes gegangen. Die Antragstellerin habe von Anfang an deutlich signalisiert, dass dieses Verhalten für sie unerwünscht gewesen sei und gemeint, dass sie sich wehren würde, wenn er nicht sofort aufhören würde. Dabei sei sie mit ihrem Drehsessel hinter ihrem Arbeitspult weiter zurückgerutscht um eine Distanz zu dem Kunden zu schaffen und sich vor weiteren Übergriffen zu schützen.

Am 1. April 2009 habe die Antragstellerin ihren freien Tag gehabt, am 2. April 2009 habe sie dem Personalchef, Herrn D, den Vorfall gemeldet, der die Filiale an diesem Tag besucht habe. Ihr Filialleiter habe sich nach wie vor auf Urlaub befunden und es sei ihr nicht möglich gewesen, einen früheren Gesprächstermin zu erreichen. Bei diesem Gespräch sei auch die Gebietsleiterin, Frau E, anwesend gewesen. Die Antragstellerin habe sich erkundigt, wie sie mit einer derartigen Situation umgehen sollte und um Hilfe gebeten. Herr D habe ihr mitgeteilt, dass es sich bei dem Kunden um

einen Stammkunden handeln würde, sie sich daher nicht wehren könnte und dass sie überdies diesen Stammkunden mit ihrem ablehnenden Verhalten beleidigt hätte. Weiters habe er der Antragstellerin vorgeworfen, dass er von einem ihrer Kollegen erfahren habe, dass sie den Stammkunden geschlagen und belästigt haben solle.

Am Tag darauf habe die Antragstellerin vom Filialleiterstellvertreter den Auftrag erhalten, ihre Kassa vor dem eigentlichen Dienstschluss abzurechnen, das Wochenende trotz zuvor gegenteiliger Einteilung frei zu nehmen und am Montag in die Zentrale zu kommen.

Am 6. April 2009 habe sich die Antragstellerin in der Zentrale in Schwechat bei Herrn D gemeldet. Dort habe dieser ihr mitgeteilt, dass man das Arbeitsverhältnis auflösen wolle. Herr D habe eine einvernehmliche Lösung des Dienstverhältnisses vorgeschlagen. Die Antragstellerin habe dem nicht zugestimmt und sei daraufhin dienstgeberseitig zum 30. April 2009 mit sofortiger Freistellung gekündigt worden. Auf Nachfrage nach dem Grund der Kündigung, sei ihr mitgeteilt worden, dass sie nicht in die Firma passen würde, da sie zuviel hinterfragen würde.

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

Die Antragsgegnerin habe erst mit dem Schreiben der GAW vom 26. August 2009 Kenntnis von der von der Antragstellerin behaupteten sexuellen Belästigung durch einen Kunden während des Dienstverhältnisses erfahren. Die Antragsgegnerin habe eine eigene Sicherheitsabteilung eingerichtet, die von Mitarbeitern in Notfällen zu kontaktieren und zu verständigen sei. Selbstverständlich sei die Sicherheitsabteilung nicht nur bei Überfällen zu verständigen, sondern bei jedem Vorfall, bei dem die Sicherheit oder Integrität eines Kunden oder Mitarbeiters verletzt oder gefährdet werde. Die Antragstellerin habe die Sicherheitsabteilung nie kontaktiert und über den behaupteten Vorfall verständigt. Laut Aussage der Mitarbeiter D und E sei ihnen von der Antragstellerin beim Filialbesuch am 2. April 2009 der nunmehr behauptete Vorfall einer sexuellen Belästigung durch einen Kunden nicht zur Kenntnis gebracht worden, sondern sei von der Antragstellerin global Beschwerde über die Umgangsformen der Kunden, insbesondere von Kunden mit Migrationshintergrund, erhoben

worden. Da die Beschwerden lautstark in Anwesenheit betroffener Kunden vorgebracht worden seien, sei das Gespräch abgebrochen worden.

Der Kundenstock der Antragsgegnerin setze sich aus allen Bevölkerungsschichten zusammen, wobei ein hoher Anteil migrantischer Herkunft sei. In den Wettbüros würden Sportwetten abgeschlossen und Sportveranstaltungen live und aufgezeichnet über Bildschirme übertragen werden. Es herrsche daher eine gewisse Hektik und ein rauerer Umgangston und es komme auch zu Unmutsäußerungen von Kunden, wenn sie Wetten verlieren oder sich über den Verlauf einer auf den Bildschirmen übertragenen Sportveranstaltung ärgern würden, die allerdings nicht gegen das Personal gerichtet seien. Die Umgangsformen von Kunden in Wettbüros seien naturgemäß nicht mit den Umgangsformen von Kunden in Handelsbetrieben vergleichbar. Diese Umgangsformen entsprächen offensichtlich nicht den Vorstellungen der Antragstellerin.

Es sei bereits vor dem 2. April 2009 zu Kundenbeschwerden über die Antragstellerin gekommen, weiters habe es auch Beschwerden von Arbeitskollegen gegeben, dass sie von der Antragstellerin mit Erzählungen aus ihrer Privatsphäre behelligt werden würden, sowie die Beschwerde einer Mitarbeiterin, dass sie aus nichtigem Anlass von der Antragstellerin schwer beleidigt worden sei. Aus allen diesen Gründen habe sich der für Personalfragen zuständige Mitarbeiter D entschlossen, das Dienstverhältnis mit der Antragstellerin zu beenden.

Die Antragstellerin sei daher am 6. April 2009 in die Zentrale nach ... vorgeladen worden, es sei ihr die einvernehmliche Auflösung des Dienstverhältnisses vorgeschlagen worden. Da sie eine einvernehmliche Auflösung abgelehnt habe, sei die ordentliche Kündigung ausgesprochen und die Antragstellerin mit vollen Bezügen bis zum Ende des Dienstverhältnisses dienstfrei gestellt worden.

Zusammenfassend sei zu sagen, dass die Antragsgegnerin bis zum Ende des Dienstverhältnisses keine Kenntnis von der nunmehr behaupteten sexuellen Belästigung durch einen Kunden gehabt habe und daher auch keine Reaktionen setzen habe können, dass die Antragsgegnerin nicht gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen und das Dienstverhältnis aus betrieblichen Gründen ohne irgendeine Verletzung des Gleichbehandlungsgesetzes aufgelöst habe.

Das Verfahren vor der GBK ist vertraulich und wird nichtöffentlich durchgeführt. Das den Abschluss des Verfahrens bildende Prüfungsergebnis wird auf der Grundlage

der im Verfahren vorgelegten Unterlagen und in der mündlichen Befragung getätigten Aussagen der Auskunftspersonen erstellt. Auf Grund der Vertraulichkeit des Verfahrens werden die einzelnen Auskunftspersonen im Prüfungsergebnis nicht näher bezeichnet.

Der Senat I der GBK hat erwogen:

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

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

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

Die Antragstellerin brachte vor, dass ihr Arbeitsverhältnis wegen ihrer Beschwerde, von einem Kunden sexuell belästigt worden zu sein, beendet worden sei.

Die Antragsgegnerin argumentierte demgegenüber im Wesentlichen, dass die Antragstellerin fachlich und auf Grund ihres Verhaltens gegenüber Kollegen und Kolleginnen sowie Kunden und Kundinnen nicht entsprochen habe. Die Einschulungsphase sei in Ordnung gewesen. Nach drei Wochen sei die Einschulungsphase im Dienst zu zweit vorbei und der Gebietsleiter würde vorbeikommen und das Wissen überprüfen. Die Antragstellerin habe diesen Test „holprig“ bestanden, weshalb sie danach alleine gearbeitet habe. Erst dann seien die Probleme aufgetreten.

Die vorgebrachten Argumente wurden von einer Auskunftsperson weitestgehend bestätigt. Eine weitere befragte Auskunftsperson äußerte sich dahingehend, dass während der Einschulungsphase eigentlich immer alles gepasst habe, die Antragstellerin jedoch schon „schusselig“ gewesen sei.

Nach eingehender Prüfung der vorliegenden Aussagen der befragten Auskunftspersonen und Unterlagen gelangte der Senat I der GBK zur Auffassung, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die von der Antragsgegnerin glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen und die Antragstellerin nicht auf Grund ihrer Beschwerde, sondern aus sachlichen Gründen gekündigt worden ist.

Es liegt daher **keine Diskriminierung** bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** vor.

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des **Geschlechtes** durch die **Arbeitgeberin**, 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**, verwirklicht worden ist, ist zunächst folgendes zu bemerken:

§ 6 Abs. 1 Z 2 GIBG enthält eine Konkretisierung der allgemeinen Fürsorgepflicht.¹ Danach haben Arbeitgeber/innen auch dafür zu sorgen, dass die Persönlichkeitsphäre der in den Betrieb eingegliederten Arbeitnehmer/innen nicht durch Belästigungen durch andere Arbeitnehmer/innen beeinträchtigt wird.² Neben der Vornahme der im Einzelfall gebotenen Abhilfemaßnahmen sind Arbeitgeber/innen gut beraten, schon präventiv eine „Unternehmenskultur“ zu entwickeln, in der Belästigungen aller Art grundsätzlich verpönt sind und es möglichst gar nicht so weit kommt.³

„Angemessen“ ist die Abhilfe dann, wenn sie geeignet ist, die belästigte Person vor weiteren Belästigungen zu schützen. Hierfür stehen dem/der Arbeitgeber/in auf Grund seiner/ihrer betrieblichen Organisationsgewalt und Stellung im Arbeitsverhält-

¹ Siehe dazu § 1157 ABGB, § 18 Abs. 4 AngG etc.

² OGH 26.8.2004, 8 Ob 3/04f, ZAS 2005/44 (Posch); ARD 5608/13/2005 (Adamovic); VwGH 21.9.2005, 2002/09/0135.

³ Vgl. Mazal, Belästigung in der Arbeitswelt – Abhilfe durch Unternehmenskultur! ecolex 2009, 460 (462).

nis ausreichende Mittel zur Verfügung, die nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit anzuwenden sind.⁴

Das Ersuchen um Abhilfe ist jedenfalls an den/die Arbeitgeber/in – bei juristischen Personen an das vertretungsbefugte Organ (Vorstandsmitglied, Geschäftsführer/in etc.) – oder an jene Person zu richten, die vom/von der Arbeitgeber/in mit der Wahrnehmung der Fürsorgepflicht im Allgemeinen bzw. der Abhilfe im Speziellen betraut wurde. Es bleibt Arbeitgeber/innen selbstverständlich unbenommen, die Abhilfeverpflichtung zu delegieren; der allfälligen Haftung für die unterlassene Abhilfe können sie sich damit aber nicht „entledigen“.⁵

Um ein schuldhaftes Unterlassen annehmen zu können, muss dem/der Arbeitgeber/in das Vorliegen einer Abhilfe gebietenden Situation entweder bekannt oder zumindest erkennbar sein. Der/Die Arbeitgeber/in haften daher nicht, wenn sie von der sexuellen Belästigung eines/einer Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin weder wussten noch wissen mussten und daher aus ihrer Sicht für allfällige Abhilfemaßnahmen keine Veranlassung bestand. Liegt zumindest Erkennbarkeit vor, kommt es auf eine besondere „Bekanntgabe“ durch die betroffene Person nicht mehr an, um die Abhilfeverpflichtung des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin auszulösen.⁶

Die Antragstellerin gab an, Herrn D, im Beisein von Frau E, am 2. April 2010 erzählt zu haben, dass ein Stammkunde ihr Komplimente gemacht habe, dass sie ihm gefallen würde, sich ihr auch über den Tresen hinweg genähert und ihr auf die Hand gegriffen habe. Die Antragstellerin habe Herrn D gefragt, wie sie sich in einem derartigen Fall verhalten solle, wieweit sie sich das gefallen lassen solle bzw. ob sie ihn auch der Filiale verweisen dürfe, falls es zu einem tatsächlichen Übergriff kommen sollte.

Die Antragstellerin schilderte in der mündlichen Befragung weiters, dass Frau E angeboten habe, in den nächsten Tagen in der Filiale vorbeizukommen und persönlich mit ihm zu reden. Herr D habe dann nicht weiter darauf reagiert.

Die Antragsgegnerin erklärte demgegenüber, dass sich die Antragstellerin bei dem Gespräch allgemein über Kunden/Kundinnen und Kollegen/Kolleginnen beschwert habe.

⁴ RV 735 BlgNR 18. GP 32f.

⁵ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 6 Rz 10

⁶ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 6 Rz 13

Zusammenfassend hält der erkennende Senat fest, dass das Ermittlungsverfahren ergeben hat, dass die Antragstellerin gegenüber Herrn D und Frau E von Komplimenten eines Kunden gesprochen hat. Nicht belegt werden konnte hingegen, dass für die Antragsgegnerin auf Grund der Schilderungen der Antragstellerin von einer sexuellen Belästigung auszugehen gewesen wäre.

Es zeigte sich für den Senat I der GBK jedoch, dass seitens der Gebietsleiterin Frau E unabhängig davon die Bereitschaft bestanden hat, persönlich mit dem betreffenden Kunden zu sprechen. Dies wurde von der Antragstellerin selbst gegenüber dem erkennenden Senat so angegeben.

Dass lediglich der ebenfalls anwesende Personalchef Herr D nicht auf die Ausführungen der Antragstellerin reagiert haben sollte, kann der Antragsgegnerin nach Meinung des Senates I der GBK nicht sogleich als mangelnde Abhilfe ausgelegt werden. Es ist nämlich davon auszugehen, dass Herr D und Frau E auf Grund ihrer Funktionen gleichermaßen berechtigt waren, für die Antragsgegnerin Fürsorgepflichten und Abhilfemaßnahmen wahrzunehmen.

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

Zur Beurteilung des beantragten Tatbestandes der **Verletzung des Benachteiligungsverbot**es gemäß **§ 13 GIBG** ist Nachstehendes festzuhalten:

Das Benachteiligungsverbot gemäß § 13 GIBG bezieht sich auf jegliche Reaktion des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin auf eine Beschwerde wegen einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes oder die Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebotes. Es geht dabei nicht nur um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern auch um andere Formen der Benachteiligung, wie das Absehen von einer in Aussicht gestellten Beförderung, Versetzung, Nichterhalten von Gehaltserhöhungen und anderes mehr.

Der Regelungszweck des Benachteiligungsverbotes ist somit eine Verstärkung des Rechtsschutzes für jene Arbeitnehmer/innen, die sich in eigener Sache oder im Interesse von Arbeitskollegen und Arbeitskolleginnen mit rechtlich anerkannten Mitteln gegen vermutliche Diskriminierungen durch ihre Arbeitgeber/innen wenden. Die be-

nachteiligende Reaktion des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin muss in einem plausiblen Zusammenhang mit dem Auftreten des Arbeitnehmers bzw. der Arbeitnehmerin stehen, wobei auch ein gewisser zeitlicher Konnex gegeben sein muss. Ob im Einzelfall eine Benachteiligung nach § 13 GIBG vorliegt, ist nach einem objektiven Maßstab zu beurteilen. Es reicht daher nicht aus, dass ein bestimmtes Verhalten des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin von dem betroffenen Arbeitnehmer bzw. der betroffenen Arbeitnehmerin subjektiv als benachteiligend empfunden wird.

Arbeitnehmer/innen, die eine Verletzung des Benachteiligungsverbotes in einem Rechtsstreit geltend machen, können sich nach § 13 letzter Satz GIBG auf die im § 12 Abs. 12 GIBG festgelegte Erleichterung der Beweisführung stützen.

Wie bereits dargelegt, wurde das Arbeitsverhältnis der Antragstellerin nach Ansicht des erkennenden Senates nicht auf Grund ihrer Beschwerde über eine sexuelle Belästigung durch einen Kunden beendet. Der Senat I der GBK kam daher im Weiteren zur Auffassung, dass die Kündigung keine benachteiligende Reaktion der Antragsgegnerin iSd § 13 GIBG darstellt.

Aus Sicht des Senates I der GBK ist es somit zu **keiner Verletzung des Benachteiligungsverbotes** durch die Antragsgegnerin gekommen.

Wien, 28. Juni 2011

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK