

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 19. Oktober 2010 über das am 8. Juni 2009 eingelangte Verlangen der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **Frau A** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes 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** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) **angemessene Abhilfe** zu schaffen sowie bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** durch die Arbeitgeberin, **X**, 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 kommt zur Ansicht, dass Frau A nicht durch schuldhaftes Unterlassen, im Falle einer sexuellen Belästigung durch Dritte angemessene Abhilfe zu schaffen, gemäß § 6 Abs. 1 Z 2 GIBG vom X diskriminiert worden ist.
2. Im Weiteren gelangt der Senat I der GBK zur Ansicht, dass Frau A auf Grund des Geschlechts bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG durch das X diskriminiert worden ist.

Entscheidungsgründe:

Im Verlangen der GAW wird im Wesentlichen vorgebracht, dass Frau A (Antragstellerin) eine vom X ausgebildete ... sei. Sie habe ein von 14. August 2008 bis 13. Dezember 2008 befristetes Dienstverhältnis zur X (Antragsgegnerin) gehabt. Die Befris-

tung von sechs Monaten habe dabei zur Überprüfung der Eignung gedient. In dieser Zeit seien der Antragstellerin verschiedene Ausbilder zugeteilt worden, welche sie auch beurteilt hätten. Anfangs habe die Antragstellerin täglich eine andere Zuteilung erhalten, dann habe sie Herrn B fix zugeteilt bekommen. Sie habe das Verhalten von Herrn B als so belastend empfunden, dass sie ein Gespräch mit der Dienstleitung geführt habe, und um eine andere Zuteilung gebeten habe, was ihr auch gewährt worden sei. Ihr nächster Ausbilder sei Herr C gewesen, dem sie insgesamt vom 4. September 2008 bis 17. November 2008 zugeteilt gewesen sei. Anfangs habe es keine Probleme mit Herrn C gegeben, bald jedoch habe er begonnen, ihre Intimsphäre körperlich und verbal zu verletzen. Dadurch habe sich die Antragstellerin sexuell belästigt gefühlt, habe jedoch zunächst nichts unternommen, da sie eine schlechte Beurteilung und negative Konsequenzen für ihr Arbeitsverhältnis gefürchtet habe. Nach Ende der Zuteilung zu Herrn C habe sie sich schließlich einer Arbeitskollegin anvertraut, die ihr geraten habe, sich an einen „Peer“ zu wenden. Die sogenannten „Peers“ hätten die Aufgabe, als Vertrauenspersonen zu agieren. Es sei aus diesem Grund zu einem Gespräch mit Herrn D im November 2008 gekommen, bei welchem die Antragstellerin die Vorkommnisse geschildert habe. Herr D habe gemeint, dass es das Beste sei, die Dienstführung zu informieren, was auch geschehen sei. Die Antragstellerin habe nach dem Wunsch der Bereichsleitung, die am selben Abend von der Dienstführung informiert worden sei, sämtliche Geschehnisse in einem E-Mail zusammengefasst und habe dieses an die Bereichsleitung übermittelt. Am nächsten Tag habe die Antragstellerin erfahren, dass Herr C entlassen worden sei. Der Bereichsleiter, Herr Mag. (FH) E, habe ihr zudem eine Arbeitspsychologin zur Verfügung gestellt und habe auch eine Gesprächsrunde sämtlicher hauptamtlich beschäftigter Frauen mit der Arbeitspsychologin anberaumt. Dieses allgemeine Gespräch am 9. Dezember 2008 habe jedoch einen für die Antragstellerin sehr unangenehmen und belastenden Verlauf genommen. Ihr sei von den anderen weiblichen Beschäftigten vorgeworfen worden, dass den Frauen durch ihr Handeln nun ein Gegenwind seitens der männlichen Belegschaft drohen würde und es sei ihr Unruhestiftung unterstellt worden. Es sei der Antragstellerin insbesondere vorgeworfen worden, dass sie dafür verantwortlich sei, dass ein langjähriger Mitarbeiter gehen müsse, weil sie sich beschwert habe. Hilfe von Seiten der Arbeitspsychologin oder des Betriebsrates, der ebenfalls anwesend gewesen sei, habe es nicht gegeben. In der Zwischenzeit sei die Antragstellerin ihrer Arbeitstätigkeit wie üblich nachgegangen. Sie habe von den ihr

zugeteilten Ausbildnern, Herrn F und Herrn G, nur positive Rückmeldungen erhalten und habe aus diesem Grund mit einer Freigabe ... gerechnet und somit einem Übergang ihres befristeten Dienstverhältnisses in ein unbefristetes. Am 10. Dezember 2008 sei es zu einem Gespräch zwischen der Antragstellerin und Herrn Mag. (FH) E gekommen. Dabei habe dieser erklärt, dass der von ihr geschilderte Vorfall nur der letzte Anstoß gewesen sei, um das Dienstverhältnis mit Herrn C zu beenden. Er habe sie außerdem gefragt, ob sie sich bereit fühle, ihre Arbeitstätigkeit ... alleinverantwortlich zu übernehmen, was sie bejaht habe. Die Antragstellerin habe dies als Zeichen dafür genommen, dass die Freigabe unmittelbar bevor stehe. Am 11. Dezember 2008 sei die Antragstellerin wieder zu Herrn Mag. (FH) E gerufen worden. Zuvor habe sie noch ein positives Feedback von ihrem Ausbildner an diesem Tag, Herrn H, erhalten. Dieser habe gemeint, dass er ihre Freigabe ebenfalls empfehlen würde. Herr Mag. (FH) E habe der Antragstellerin jedoch mitgeteilt, dass ihr Dienstverhältnis nicht verlängert werden würde. Er habe ausgeführt, dass dies nach Gesprächen mit dem Personalmanagement und der Geschäftsleitung gemeinsam vereinbart worden sei. Der Grund liege in den Unstimmigkeiten im Team und dem Druck, der von Seiten der anderen weiblichen Beschäftigten auf die Antragstellerin ausgeübt werden würde. Eine Beendigung sei in diesem Fall besser für sie.

Die Antragstellerin habe kein Interesse gehabt, ihren Arbeitsplatz zu verlieren und habe auf Grund ihrer Leistungen und den positiven Rückmeldungen keinen Grund gesehen, an der Verlängerung ihres Dienstvertrages zu zweifeln. Die Antragstellerin habe die Beendigung vielmehr als Bestrafung dafür empfunden, sich ihrem Arbeitgeber anvertraut und die sexuelle Belästigung thematisiert zu haben. Einige Tage nach dem letzten Gespräch mit Herrn Mag. (FH) E habe die Antragstellerin mit Herrn F telefoniert, der zu diesem Zeitpunkt nicht gewusst habe, dass das Dienstverhältnis nicht verlängert worden sei. Er habe ihr berichtet, dass sowohl er als auch Herr G positive Beurteilungen zur Freigabe abgegeben hätten. Auf Nachfrage der Antragstellerin bei Herrn I und Frau J, die für das Infomanagement zuständig seien, sowie bei der Dienstführung und der Personalabteilung nach diesen Beurteilungen sei ihr mitgeteilt worden, dass es diese nicht gebe. Eine Einsicht in den Personalakt sei ihr verweigert worden. In der Folge habe sie sich an die GAW gewandt.

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

Den Ausführungen der GAW werde widersprochen. Weder habe durch die Dienstgeberin eine Diskriminierung der Antragstellerin stattgefunden, noch sei eine sexuelle Belästigung toleriert worden. Es stimme auch nicht, dass die Dienstgeberin es versäumt hätte, geeignete Abhilfe zu schaffen. Der Sachverhalt werde im Verlangen der GAW verzerrt wiedergeben. Die zunächst an die GAW abgegebene Stellungnahme sei in einigen Punkten allgemein gehalten worden, da einerseits die fehlende psychische Belastbarkeit der Antragstellerin, andererseits Aussagen von Kolleginnen, die zunächst ja ein durchaus freundschaftliches Verhältnis zu der Antragstellerin gehabt hätten, nicht breit getreten werden sollten, und zwar im Sinne der Antragstellerin selbst. Zur besseren Verständlichkeit werde zunächst eine inhaltliche Erklärung der Nichtverlängerung des befristeten Dienstverhältnisses der Antragstellerin vorangestellt. In Replik auf das Schreiben an die GAW, in dem die Antragsgegnerin ausgeführt habe, dass die ... geforderte psychische Belastbarkeit einer Weiterbeschäftigung leider entgegenstehe, werde auch von der GAW die Vorgaben ... nicht in Frage gestellt. ... Die „geistige Eignung“ umfasse neben der Intelligenz auch eine grundsätzliche psychische Stabilität sowie die Fähigkeit, entsprechende Strategien zur persönlichen Bewältigung der psychischen Anforderungen des Berufs bzw. der Tätigkeiten zu entwickeln und Sorge für die eigene Psychohygiene tragen zu können¹. Der Übergang vom befristeten zum unbefristeten Dienstverhältnis gehe mit einem signifikanten Wechsel in der Verantwortung der ... einher. So stehe ihm/ihr während des Zeitraumes der Befristung ein/e erfahrener ... als Ausbilder/in zur Seite, dann müsse er/sie fortan alleinverantwortlich in Stresssituationen kompetent und rasch über die richtige Versorgung von Patienten entscheiden. Gesundheit und Leben der Patienten/innen hänge von den Entscheidungen der ... ab. Die Antragsgegnerin habe ... eine Verpflichtung gegenüber der Allgemeinheit, bei der Auswahl ... entsprechend sorgfältig vorzugehen. Die verzerrte Wiedergabe der Geschehnisse zeige sich schon, soweit ohne Einsichtnahmen in die Beilagen beurteilbar, an der Darstellung des Gespräches zwischen Herrn K, Vater der Antragstellerin, und Herrn Mag. (FH) E. Abgesehen von einer nicht nachvollziehbaren Motivation, warum Herr E als Bereichs-

¹ ...

leiter sagen hätte sollen, dass die Nichtverlängerung eine generalpräventive Disziplinierungsmaßnahme darstellen hätte sollen, bleibe unklar, woher die Dienstgeberin, wenn nicht von Herrn K, von der wegen der Magersucht der Antragstellerin gescheiterten Karriere als Kindergärtnerin erfahren hätte sollen. Ohne Einsichtnahme in die entsprechende Beilage könne nicht geklärt werden, ob die von der GAW referenzierte Beilage persönlich von Herrn K verfasst worden sei oder eine Niederschrift der Antragstellerin darstelle. Es obliege daher der Behörde, Überlegungen anzustellen, ob Herr K allenfalls eine geänderte Darstellung des Sachverhaltes seiner Tochter kommuniziert habe, um etwa einen Konflikt mit ihr wegen unangenehmen Wahrheiten aus dem Weg zu gehen. Wenn die GAW weiters ausführe, dass bei der Antragstellerin keinerlei gesundheitliche Beeinträchtigung mehr vorliege, so sei dem entgegenzuhalten, dass nicht fehlende körperliche Gesundheit, sondern die mangelnde psychische Belastbarkeit der Antragstellerin den alleinigen Grund für die Nichtverlängerung des Dienstverhältnisses darstelle. In diesem Zusammenhang werde darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin selbst angeführt habe, noch immer Schwierigkeiten zu haben, regelmäßig zu essen, so im Zusammenhang mit einem suizidalen Patienten. Die Antragstellerin selbst habe Zweifel geäußert, ob sie das öfters könne. Hinsichtlich der Narben von Selbstverletzungen werde die Stellungnahme dahin präzisiert, dass Kolleginnen der Antragstellerin auch während des Dienstverhältnisses Verletzungen gesehen hätten. Auch hätten sie ihr die Inanspruchnahme von psychologischer Hilfe empfohlen. Nach der Einschätzung eines Ausbildners verfüge die Antragstellerin im Dienst über eine labile Persönlichkeit und ein schwaches Durchsetzungsvermögen. Es werde daher dem Vorbringen der GAW ausdrücklich widersprochen, dass sie nur positive Rückmeldungen ihrer Ausbildner bekommen hätte. Vielmehr habe ihr im Zusammenhang mit Stresssituationen offenbar immer wieder gesagt werden müssen: „Trau Dich!“ Ein anderer Ausbilder habe bemerkt, dass sie von Patienten/innen immer weit weggestanden sei, „da man sich dabei ja etwas holen könne“.

In zeitlicher Nähe sei richtig, dass das zeitliche Bekanntwerden der Vorfälle mit Herrn C in zeitlicher Nähe mit dem Auslaufen des befristeten Dienstverhältnisses der Antragstellerin liege. Dies sei aber nicht von Dienstgeberseite zu beeinflussen gewesen. So werde in der Darstellung der GAW selbst ausgeführt, dass die Vorfälle rund um Herrn C bereits bald nach Beginn der Zuteilung, somit wohl noch im September, begonnen hätten, sich die Antragstellerin aber erst nach Ende der Zuteilung, somit

nach dem 17. November 2008 einer Arbeitskollegin anvertraut habe. Die GAW gestehe selbst zu, dass die Dienstgeber/in sich umgehend von Herrn C getrennt habe. Davon getrennt sei die Beurteilung der Eignung der Antragstellerin zur ... zu sehen. Es müsse der Antragsgegnerin bei der Auswahl ihrer ... erlaubt sein, zum Schutz der Patienten/innen, aber auch zum Schutz der eingesetzten Personen selbst, den strengen Anforderungen ... Rechnung tragen. Ausschließlich aus dieser Verantwortung heraus habe das Dienstverhältnis mit der Antragstellerin leider nicht fortgesetzt werden können. Es sei bedauerlich, dass der Versuch, ihr dies in schonender Weise beizubringen, ohne im Detail auf die aufgetretenen psychischen Probleme zu dringen, als Vorwand für einen Diskriminierungsvorwurf diene. Es werde der GAW vehement widersprochen, dass auch nur einer der vorgeworfenen Tatbestände verwirklicht worden wäre. Die Entscheidung der Geschäftsleitung, das Dienstverhältnis mit der Antragstellerin nicht zu verlängern, sei ausschließlich mit der mangelnden Eignung aufgrund der sachlichen Vorgaben ... begründet. Ein/e Patient/in würde wenig Verständnis für Schäden infolge einer stressbedingten Fehlbehandlung aufbringen, wenn eine ... im Wissen um die mangelnde Belastbarkeit angestellt werde. Als Dienstgeberin seien sie aber auch gegenüber einer Mitarbeiterin verantwortlich und dürfen sie nicht zu ihrem Schaden einem psychisch sehr belastenden Beruf aussetzen, wenn sich in der Probephase die Überforderung so klar zeige wie durch Selbstverletzungen, aktuell problematische Essgewohnheiten, Ängste vor den Einsätzen und Patienten/innen und dergleichen. Auf den im ...dienst bestehenden Zugang zu gefährlichen Geräten und Substanzen sei dabei ebenfalls hinzuweisen. Ausdrücklich widersprochen werde der Darstellung der GAW, dass Herr Mag. (FH) E die Nichtverlängerung des Dienstverhältnisses damit begründet habe, dass die Antragstellerin im Unternehmen „Unruhe gestiftet“ habe. Die Unhaltbarkeit der Behauptung, dass die Nichtverlängerung eine Bestrafung für „Unruhestiftung“ darstelle, zeige sich schon daran, dass unmittelbar nach Bekanntwerden und Überprüfung der Vorfälle dem Dienstnehmer, Herrn C, die fristlose Entlassung ausgesprochen worden sei. Allein die Vielzahl der in kürzester Zeit eingeleiteten Maßnahmen, zeige wie sehr sich die Dienstgeberin um Abhilfe bemüht habe: Nutzung des Peer-Systems, Einbindung des Betriebsrates, Einbindung einer externen Arbeitspsychologin mit dem Angebot einer auch nach Beendigung des Dienstverhältnisses hinausgehende Betreuung, sofortige Aufklärung der Vorfälle, sofortige und schärfste dienstrechtliche Konsequenzen, Klarstellung gegenüber Betriebsrat und Abteilungsleitern/innen, dass ein derartiges

Fehlverhalten in keinem Fall geduldet werde. Darüber hinaus habe ein von der Arbeitspsychologin moderiertes Gespräch stattgefunden, das ja auch von der GAW angeführt werde. Inhaltlich werde dazu auch um den Preis eines Verfahrensnachteils nicht Stellung genommen. Den Teilnehmern/innen sei vor Beginn Vertraulichkeit zugesichert worden Es würde den Wert eines solchen Gesprächsangebotes für alle Zukunft vernichten, wenn sich die Dienstgeberin nicht an seine Zusagen halten würde. Sehr wohl werde aber der Darstellung widersprochen, dass die Antragsgegnerin ihre Dienstnehmer/innen nicht zur Achtung und Toleranz angehalten hätte. Im Gegenteil habe der Geschäftsführer gegenüber den Mitarbeitern/innen, dem Betriebsrat und gegenüber dem Bereichsleiter unmissverständlich klargestellt, dass sexuelle Belästigungen im Unternehmen nicht geduldet werden. Sollten sich derartige Vorfälle wiederholen, werde der Sachverhalt geprüft und bei Stichhaltigkeit mit gleicher Härte geahndet. Zutreffend sei lediglich, dass unter einzelnen Mitarbeitern Unsicherheit bestanden habe, ob sie künftig bei Diensten oder Ausbildungsdiensten mit weiblichen Kolleginnen befürchten müssten, der Gefahr einer grundlosen Entlassung ausgesetzt zu sein; auch dies sei aber im Gespräch mit Betriebsrat und Abteilungsleitern/innen geklärt worden.

Es sei in diesem Zusammenhang auch darauf hin zu weisen, dass der größere Teil der Antragsgegnerin weiblich dominiert ist und die Mehrzahl der Dienstnehmer/innen Frauen seien. Im Führungsteam der Unternehmen der Antragsgegnerin seien sieben von vierzehn Bereichen weiblich geleitet. Es sei der Geschäftsführung daher seit jeher ein besonderes Anliegen, auf einen sensiblen Umgang im Zusammenhang mit Genderfragen Acht zu geben. Mit Bedacht auf die weibliche Mehrzahl unserer Dienstnehmer/innen könnten wir uns auch nur den Anschein einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes gar nicht leisten. Unabhängig vom verfahrensgegenständlichen Vorfall bemühe sich die Antragsgegnerin um eine ständige Verbesserung seiner Strukturen, um mit Krisensituationen besser umgehen zu können. So bestehe mittlerweile ein Angebot zur Teilnahme an Workshops zu verschiedenen Themen wie Burnout oder Suchtverhalten. Ein Handbuch für Führungskräfte mit Richtlinien zum richtigen Verhalten in der Krisenbewältigung sei in Ausarbeitung, wobei ein Kapitel auch das Verhalten in möglichen Fällen von sexueller Belästigung behandelt. Gerade dieses Handbuch sei ein Beispiel einer Parallelentwicklung, mit einem nur scheinbaren zeitlichen Konnex. Tatsächlich hätten die Vorarbeiten zur Implementierung dieser Maßnahme bereits vor mehr als einem Jahr begonnen, wegen des Erfordernisses

einer konzernweiten Koordination habe das Projekt erst im Winter in die Realisierungsphase treten können.

Das Verfahren vor der GBK ist vertraulich und wird nichtöffentlich durchgeführt. Das den Abschluss des Verfahrens bildende Prüfungsergebnis wird auf der Grundlage der im Verfahren vorgelegten Unterlagen und in der mündlichen Befragung getätigten Aussagen der Auskunftspersonen erstellt. Auf Grund der Vertraulichkeit des Verfahrens werden die einzelnen Auskunftspersonen im Prüfungsergebnis nicht näher bezeichnet.

Der Senat I der GBK hat erwogen:

Hinsichtlich der von der GAW verlangten Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts durch die Arbeitgeberin, X, 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 Fürsorgepflicht² aufgefordert, in seinem/ihrem Betrieb Maßnahmen zu setzen, um die sexuelle Integrität und die Intimsphäre der Arbeitnehmer/innen zu schützen und wahren³. 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 kommt⁴.

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,

² 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).

³ 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.

⁴ vgl. Mazal, Belästigung in der Arbeitswelt – Abhilfe durch Unternehmenskultur! Ecolex 2009, 460 462).

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/inehülverhalten, 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 Antragsgegnerin erstmalig von den Vorwürfen der Antragstellerin, durch Herrn C belästigt worden zu sein, im November 2008 erfahren hat. Die Antragstellerin hat die sexuellen Belästigungen nicht früher gemeldet, da sie Angst gehabt habe, von der Antragsgegnerin nicht übernommen zu werden. Sie sei von einer positiven Beurteilung ihres Ausbildners, Herrn C, abhängig.

Alle befragten Auskunftspersonen bestätigten, dass der Leiter ..., Herr Mag. (FH) E sofort nach dem Bekanntwerden der Vorwürfe die Antragstellerin um eine schriftliche Stellungnahme gebeten hat um den Sachverhalt aufzuklären. Als Abhilfemaßnahme wurde das Arbeitsverhältnis mit Herrn C unverzüglich beendet. Es wurde von der Antragsgegnerin eine Entlassung, die schärfste Sanktion eines/r Arbeitgebers/in, ausgesprochen. Als weitere Abhilfemaßnahmen wurde die Antragstellerin aus ihrem bisherigen Dienstrad herausgenommen und einem neuen Dienstrad zugeteilt. Außerdem wurde ihr die Möglichkeit einer Dienstfreistellung angeboten.

Schließlich wurde sämtlichen weiblichen hauptamtlich ... Beschäftigten – einschließlich der Antragstellerin – zur Aufarbeitung der Vorfälle eine Arbeitspsychologin zur Seite gestellt. An diesem Gespräch hat ebenso der Betriebsrat teilgenommen. Der Inhalt dieses Gesprächs wurde vertraulich behandelt.

Von der Firmenleitung aus wurden die einzelnen Führungskräfte (z.B. Bereichsleiter/innen, Abteilungsleiter/innen, Einsatzleiter/innen, Betriebsrat etc.) über die Entlassung und über die Umstände, wie es dazu gekommen ist, informiert. Es wurden alle Führungskräfte darüber informiert, dass (sexuelle) Belästigungen bei der Antragsgegnerin unerwünscht sind und nicht toleriert werden.

Der Senat I der GBK konnte sich im Laufe des Verfahrens davon überzeugen, dass es der Antragsgegnerin ein Anliegen ist, den Frauenanteil ... deutlich anzuheben. Es war der Antragsgegnerin sehr wichtig, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um der

Antragstellerin weiterzuhelfen. Aus diesem Grund habe die Antragsgegnerin für sich keinen Spielraum gesehen, als die fristlose Entlassung von Herrn C auszusprechen. Die Signalwirkung wäre ansonsten fatal gewesen, wenn man nicht rigoros durchgegriffen hätte. Dass allerdings die Begleitmaßnahmen bei den anderen ... nicht geholfen haben, ändert nichts daran, dass die Antragsgegnerin alles in Rahmen ihrer Möglichkeiten unternommen hat, die Antragstellerin zu unterstützen und sie vor weiteren Übergriffen zu schützen.

Aus der Sicht des erkennenden Senates wäre es wünschenswert, wenn alle Arbeitgeber/innen eine solche Sorgfalt im Zusammenhang mit Abhilfemaßnahmen bei (sexuellen) Belästigungen walten lassen würden.

Die Antragsgegnerin ist somit unverzüglich gegen den Belästiger eingeschritten, als die sexuelle Belästigung bekannt geworden ist und hat für eine angemessene Abhilfe iSd GIBG gesorgt⁵.

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

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

Das Gleichbehandlungsgebot gemäß § 3 GIBG schließt eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis auf Grund des Geschlechts 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 ist das befristete Arbeitsverhältnis der Antragstellerin nicht in ein unbefristetes übergegangen.

Auf Grund des vorliegenden Verlangens wurden insbesondere die Umstände des Auslaufens der Befristung und die Nichtübernahme in ein fixes Arbeitsverhältnis im

⁵ vgl. OGH 17.3.2004, 9 ObA 143/03z, DRdA 2005/26 (Eichinger).

Zusammenhang mit der Meldung der sexuellen Belästigungen durch Herrn C an die Antragsgegnerin auf eine mögliche Diskriminierung nach dem GIBG überprüft.

In der jüngsten Novelle des GIBG wurde in Hinblick auf die Rechtsprechung des OGH auch im Gesetz klargestellt, dass der Diskriminierungsschutz bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch bei der Beendigung eines befristeten Arbeitsverhältnisses gilt. Ebenso wurden nun bei der diskriminierenden Nichtverlängerung von befristeten Arbeitsverhältnissen die Sanktionen des GIBG an jene bei diskriminierender Beendigung angepasst. §12 Abs. 7 letzter Satz GIBG räumt Arbeitnehmer/innen nunmehr ein Wahlrecht ein. Bei einer diskriminierenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses können sie diese entweder so wie bisher anfechten oder die Beendigung gegen sich gelten lassen, aber dafür den Schaden – sowohl Vermögensschaden als auch immateriellen Schaden – aus der diskriminierenden Beendigung geltend machen. Dieses Wahlrecht wurde bereits in der Literatur befürwortet⁶.

Die Antragsgegnerin hat in ihrem Vorbringen eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes zurückgewiesen. Der Grund für die Nichtübernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis sei die mangelnde Eignung der Antragstellerin für den Beruf ... gewesen. Dies habe nichts mit der Meldung der sexuellen Belästigungen von Herrn C zu tun. Die Antragstellerin habe nicht die ... geforderten Voraussetzungen erfüllt.

In ... werden folgende Voraussetzungen aufgezählt:

1. Eigenberechtigt,
2. Die für die Erfüllung der Pflichten ... erforderliche gesundheitliche Eignung und Vertrauenswürdigkeit,
3. Über die erforderlichen Sprachkenntnisse verfügen,
4. Erbringung eines Qualifikationsnachweises ...,
5. Absolvierung von Fortbildungen ...,
6. Erfolgreiche Absolvierung der Rezertifizierungen ...

Zwei Mitarbeiter/innen hätten dem Leiter ... von Selbstverletzungen der Antragstellerin und von ihren Schwierigkeiten regelmäßig zu essen berichtet. Außerdem habe die Antragstellerin ihre Anamnese in einem allgemeinen Internetforum gepostet.

Die Antragsgegnerin rechtfertigte in der mündlichen Befragung die Nichtübernahme der Antragstellerin in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis insbesondere damit, dass man erst zu Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses vom psychosozialen Hintergrund der Antragstellerin erfahren habe. Der Vater der Antragstellerin hätte diesen

⁶ Kletecka in Rebhahn/GIBG, § 12 Rz 50

dem Leiter ... auch bestätigt. Daneben habe es drei negative Beurteilungen von den Ausbildern der Antragstellerin gegeben.

Im Verlangen der GAW wurde die sachliche Rechtfertigung der Antragsgegnerin stark bezweifelt. Laut Antragstellerin seien nur sie und eine Arbeitskollegin, Frau L, die ihr in Zusammenhang mit den sexuellen Belästigungen durch Herrn C beigestanden habe, nicht in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen worden.

Im § 12 Abs. 12 GIBG ist die Beweislastverteilung geregelt. 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 §§ 3 oder 4 GIBG zu beweisen, dass es nach Abwägung aller Umstände wahrscheinlich ist, dass ein anderes vom/von Antragsgegner/in glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder das andere Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne des § 5 Abs. 2 GIBG vorliegt.

Das Ermittlungsverfahren ergab, dass nach Entlassung von Herrn C im Team ... Unruhe geherrscht hat. Dies wurde von allen befragten Auskunftspersonen bestätigt. In einem dem erkennenden Senat vorliegenden Aktenvermerk von Herrn Mag. (FH) E vom 12. Dezember 2008 über ein Gespräch wurde ebenfalls das schlechte Klima ... auf Grund dieses Vorfalles bestätigt. Das Verhältnis zwischen den weiblichen Mitarbeiterinnen ... und der Antragstellerin sei völlig zerrissen, und dadurch sei die Antragstellerin völlig isoliert gewesen. Diese Angaben wurden von einer weiteren Auskunftsperson bestätigt, die auch die aggressive Stimmung beim Gespräch mit der Arbeitspsychologin und dem Betriebsrat in der Befragung angeführt hat. Die Befragungen bestätigten dies insofern, als dass zahlreiche Mitarbeiter von ihren weiblichen Kolleginnen gegen die Antragstellerin und Frau L aufgestachelt bzw. vor beiden gewarnt worden sind.

In diesem Licht sind die dem Senat I der GBK vorliegende Aktenvermerke einiger Ausbildner bzw. Kollegen/innen der Antragstellerin zu sehen. Die negativen Beurteilungen stammten von Herrn C, Herrn B und Herrn M. Herr B war allerdings nur ein paar Tage der Ausbildner der Antragsteller. Ihre Zuteilung zu Herrn B ist auf Grund von einer Beschwerde der Antragstellerin beendet worden. Herr C hat die Antragstellerin sexuell belästigt und wurde deswegen fristlos entlassen. Herr M ist nur in der Ausbildungszeit drei- oder viermal mit der Antragstellerin ... gefahren. In ihrem befris-

teten Arbeitsverhältnis hatte sie nichts mit Herrn M zu tun, da sie in einem anderen Dienstrad gefahren ist.

Zum Aktenvermerk von Frau N ist festzuhalten, dass diese nicht mit der Antragstellerin ... gefahren ist. Sie hat somit die Situation niemals unmittelbar selbst erleben können. Frau N war die Freundin von Herrn O, der unter anderem mit der Antragstellerin gefahren ist, und auch ein Freund von Herr M gewesen ist. Dem Senat I der GBK erschienen deshalb diese Angaben als wenig glaubwürdig. Die Situation erschien vielmehr so, dass es im Team ... durch die – für diese plötzliche – Entlassung zu einer großen Unruhe und Verunsicherung gekommen ist. Angst vor einem Arbeitsplatzverlust hat zwar nicht geherrscht, es stand aber die Befürchtung im Raum, dass sich eine derartige Vorgehensweise wiederholen würde. Die vorliegenden Aktenvermerke und negativen Beurteilungen sind nach Ansicht des Senates I der GBK in dieser Art und Weise entstanden, um die Antragstellerin, die für zahlreiche Kollegen/innen offensichtlich eine Unruhestifterin war, loszuwerden.

Es war daher vollkommen unverständlich, dass sich die Führungsebene nicht selbst einen persönlichen Eindruck über die Behauptungen der Kollegen/innen über die Antragstellerin gemacht haben. Es genügt nicht, den Betriebsrat vorzuschicken, damit dieser sich die in einem Internetforum stehenden Bilder anzusehen. Derartige schwerwiegende Vorwürfe – wie Selbstverstümmelung – zumindest müssen in einem persönlichen Gespräch geklärt werden. Es handelt sich zwar um eine sehr intime bzw. persönliche Angelegenheit, wenn diese allerdings zur Begründung für die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses herangezogen wird, reicht es nicht aus, sich auf Angaben Dritter zu verlassen, ohne diese selbst zu überprüfen.

Die Antragstellerin hat nicht nur die Ausbildung ... erfolgreich absolviert, sie hat auch die Aufnahmekriterien für die hauptamtliche Tätigkeit – einschließlich des psychologischen Tests – erfüllt. Es gab nachweislich bis zur Meldung der sexuellen Belästigungen und der daraus resultierenden Entlassung von Herrn C keinerlei Beanstandungen an der Arbeit der Antragstellerin. Den drei negativen Beurteilungen standen vier positive Beurteilungen gegenüber. Die befragten Auskunftspersonen bestätigten, dass die Antragstellerin für den Beruf ... sehr wohl geeignet gewesen wäre, nur ihre Ortskenntnisse wären verbesserungswürdig gewesen.

Bei aller Wertschätzung des Senates I der GBK für die Arbeit der Antragsgegnerin hätte diese im vorliegenden Fall mehr Sorgfalt walten lassen müssen. In Hinblick auf die bisherigen Leistungen der Antragstellerin wäre die Antragsgegnerin besser bera-

ten gewesen, die Möglichkeit einer nochmaligen Befristung zu nutzen, um sich der Fähigkeiten eines/r Mitarbeiters/in zu versichern. Diese Möglichkeit besteht laut OGH, ohne dass man Gefahr läuft Kettenarbeitsverträge abzuschließen. Der Senat I der GBK sieht in Hinblick auf die höchstgerichtliche Judikatur eine sachliche Rechtfertigung für eine zweite Befristung des Arbeitsverhältnisses. Diese Befristung hätte von der Antragsgegnerin genützt werden können, um tatsächlich zu überprüfen, ob die Antragstellerin für diesen Beruf geeignet ist oder nicht.

Es reicht nicht aus, sich auf Aussagen von Dritten zu stützen, ohne diese auf ihren Wahrheitsgehalt zu überprüfen. Die von der Antragsgegnerin gewählte Vorgehensweise war für den erkennenden Senat insofern nicht nachvollziehbar, da man zuvor bei den Abhilfemaßnahmen auf Grund der sexuellen Belästigungen größtmögliche Sorgfalt walten lassen.

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

Wien, 19. Oktober 2010

Dr.in Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK