

**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 5. Oktober 2009 über den am 17. März 2008 eingelangten Antrag der Kammer für Arbeiter und Angestellte für ... (AK ...) für **Frau A** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bei den **sonstigen Arbeitsbedingungen** gemäß **§ 3 Z 6 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung), bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 7 GIBG**, im Falle einer **sexuellen Belästigung durch Dritte**, es die **Arbeitgeberin, X GmbH 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 die **Verletzung des Benachteiligungsverbot**es gemäß **§ 13 GIBG** durch die Arbeitgeberin, **X GmbH**, sowie im Weiteren durch eine **sexuelle Belästigung** gemäß **§ 6 Abs. 1 Z 3 GIBG** durch einen **Dritten, Herrn B**, nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK-/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008), zu folgendem

Prüfungsergebnis:

1. Der Senat I der GBK gelangt zur Ansicht, dass Frau A nicht durch Herrn B gemäß § 6 Abs. 1 Z 3 GIBG sexuell belästigt worden ist.
2. Der Senat I der GBK kommt zur Ansicht, dass Frau A nicht von der 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 gelangt zur Auffassung, dass Frau A nicht durch die X GmbH gemäß § 3 Z 6 GIBG bei den sonstigen Arbeitsbedingungen auf Grund des Geschlechtes diskriminiert worden ist.

4. **Weiters kommt der Senat I der GBK zur Ansicht, dass Frau A nicht durch die X GmbH gemäß § 3 Z 7 GIBG bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Grund des Geschlechts diskriminiert worden ist.**
5. **Der Senat I der GBK gelangt im Weiteren zur Auffassung, dass Frau A nicht auf Grund des Geschlechts durch Verletzung des Benachteiligungsverbots gemäß § 13 GIBG durch die X GmbH diskriminiert worden ist.**

Entscheidungsgründe:

Im Antrag der AK ... wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Antragstellerin am 3. September 2007 ein Arbeitsverhältnis bei der 1. Antragsgegnerin (X GmbH) begründet habe. Die Arbeit habe sie allerdings in der Firma Y zu erbringen. Der unmittelbare Vorgesetzte bei der Firma Y sei der 2. Antragsgegner, Herr B, gewesen. Kurz nach Beginn des Arbeitsverhältnisses habe der 2. Antragsgegner der Antragstellerin fast täglich unerwünschte Komplimente gemacht und habe private Einladungen ausgesprochen. Außerdem habe der 2. Antragsgegner ihr kleine Geschenke gemacht und ihr gegenüber immer wieder seine Zuneigung bekundet. Obwohl die Antragstellerin diese Geschenke immer abgelehnt habe, habe der 2. Antragsgegner ihr diese trotzdem auf den Schreibtisch gelehnt. Der 2. Antragsgegner habe die Antragstellerin sehr oft in sein Büro zitiert und sie nach ihrem Privatleben ausgefragt. So habe er wissen wollen, ob sie einen Freund habe oder verheiratet sei. Bei diesen Gesprächen habe er sie als „Engel“ bezeichnet, sie wäre sein Leben und würde sie am liebsten heiraten. Körperliche Grenzen habe er z.B. dadurch überschritten, dass der 2. Antragsgegner die Antragstellerin während Erklärungen am PC am Oberschenkel, an der Hüfte und an den Armen berührt und ihre Hände gestreichelt habe. Wiederholt sei es dazu gekommen, dass der 2. Antragsgegner sie gegen ihren Willen umarmt oder ihr Küsse aufgedrängt habe. Die Annäherungsversuchen und Belästigungen seien von der Antragstellerin höflich aber unmissverständlich zurückgewiesen worden, sie sei allerdings um Sorge um ihren Arbeitsplatz um diplomatisches Vorgehen bemüht gewesen. Allerdings sei ihre Zurückweisung von diesem ignoriert und er habe sein Verhalten fortgesetzt. Manchmal habe die Antragstellerin den Eindruck gehabt, dass der 2. Antragsgegner alkoholisiert gewesen sei.

Mittlerweile sei die Antragstellerin bereits so verzweifelt gewesen, dass sie ihm am 19. November 2007 mittels E-Mail ihre Kündigung zu Monatsende angekündigt habe. Der 2. Antragsgegner habe sich geweigert, die Kündigung anzunehmen, und habe sie gebeten, zu bleiben. Er habe ihr versprochen, sein Verhalten zu ändern. Da die Antragstellerin auf die Arbeit angewiesen sei, habe sie über den gewünschten Beendigungstermin hinaus gearbeitet.

Es sei auf der Weihnachtsfeier am 21. Dezember 2007 zu folgendem Vorfall gekommen:

Bei der Feier sei ein Bekannter der Antragstellerin anwesend gewesen. Sie habe sich mit ihm unterhalten, zum Abschied sei es zu Wangenküssen gekommen. Die Antragstellerin habe dann kurz den Raum verlassen. Als sie zurückgekommen sei, sei außer ihrem Vorgesetzten niemand mehr anwesend gewesen. Der 2. Antragsgegner sei äußerst aggressiv gewesen, habe die Antragstellerin lautstark beschimpft und sie als Schlampe bezeichnet. Außerdem sei er ihr gegenüber tätlich geworden. Fluchtartig habe sie die Firma verlassen. Sie sei so geschockt und verängstigt gewesen, dass sie sich einige Tage nicht aus ihrer Wohnung getraut habe. Auf Grund dieses Ausnahmezustandes sei sie nicht fähig gewesen, eine/n Arzt/Ärztin aufzusuchen. Die Freundin der Antragstellerin, Frau C, habe sie völlig verängstigt in deren Wohnung vorgefunden. In einer schriftlichen Stellungnahme habe Frau C dargelegt, dass sie die Antragstellerin nicht nur geschockt, sondern auch deutlich körperlich beeinträchtigt vorgefunden habe. Am 27. Dezember 2007 habe Frau C die Antragstellerin zu ihrem Arbeitgeber, Herrn D, bei der X GmbH gefahren. An diesem Tag sei nur ein kurzes Gespräch mit der Frau ihres Arbeitgebers, Frau E, möglich gewesen, da Herr D einen Termin wahrgenommen habe. Am nächsten Tag sei sie nochmals zu ihrer Arbeitgeberin gekommen, um ihn über die Sachlage zu informieren. Die Antragstellerin habe wissen wollen, in welcher Filiale sie ihren Dienst antreten solle. Herr D habe ihr versprochen, sich bei ihr zu melden und bekannt zu geben, wo sie in Zukunft eingesetzt werde.

Einige Tage später habe die Antragstellerin jedoch die Arbeitsbescheinigung erhalten, in der ihr eine arbeitnehmer/innenseitige Kündigung unterstellt worden sei. Die 1. Antragsgegnerin beziehe sich dabei auf das E-Mail der Antragstellerin vom 19. November 2007 und werde von der 1. Antragsgegnerin als Kündigung der Arbeitnehmerin gedeutet.

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

Der Geschäftsführer der 1. Antragsgegnerin, Herr D, sei ... und wickle seine Geschäfte im Rahmen der 1. Antragsgegnerin ab. Sein Unternehmer sei Franchisenehmerin der Firma „Y GmbH“, und schließe somit im Namen der Y GmbH Geschäfte ab. Der 2. Antragsgegner sei selbstständiger Finanzdienstleister und ebenfalls für die Firma Y GmbH tätig. Es bestehe kein Arbeits- oder Dienstverhältnis zur 1. Antragsgegnerin. Die Antragstellerin sei Arbeitnehmerin der 1. Antragsgegnerin gewesen und habe in deren Büro ... gearbeitet. Dieses Büro werde neben dem 2. Antragsgegner auch noch von anderen selbstständigen Finanzdienstleistern/innen zur Ausübung ihrer Tätigkeit benutzt.

Die Antragstellerin habe bereits, wie dies aus einem E-Mail ersichtlich sei, am 19. November 2009 selbst gekündigt.

Die besagte Feier am 21. Dezember 2007 habe in diesen Räumlichkeiten nach der Arbeitszeit stattgefunden und sei rein privat gewesen.

Die 1. Antragsgegnerin halte fest, dass der Geschäftsführer von den sexuellen Belästigungen und Annäherungsversuchen des 2. Antragsgegners erstmals am 28. Dezember 2007 durch die Antragstellerin erfahren habe. Gleichzeitig habe sie sich für ihr tagelanges Fernbleiben vom Arbeitsplatz entschuldigt. Die Antragstellerin hätte, wie mit dem 2. Antragsgegner vereinbart, am 22. Dezember 2007 zur Arbeit erscheinen sollen, um den Freitag, den 28. Dezember 2007, einzuarbeiten. Am Montag, 24. Dezember 2007, und am Donnerstag, 27. Dezember 2007, sei sie ebenfalls der Arbeit unentschuldigt ferngeblieben. Der Geschäftsführer habe der Antragstellerin klargemacht, dass eine Beschäftigung in einem anderen Büro nicht möglich sei und er ihre Kündigung vom 19. November 2007 weiterhin als aufrecht betrachte. Bei den wöchentlichen Besprechungen des Geschäftsführers, die jeden Freitag im Büro ... stattgefunden hätten, hätte die Antragstellerin jedes Mal Gelegenheit gehabt, ihn darüber zu informieren. Die Antragstellerin habe - im Gegenteil dazu - immer wieder lobend das gute Arbeitsverhältnis mit dem 2. Antragsgegner erwähnt. Es sei für die 1. Antragsgegnerin unverständlich, dass die Antragstellerin wegen den von ihr beschriebenen Verletzungen keine ärztliche Hilfe in Anspruch genommen habe.

In der auf Ersuchen von Senat I der GBK übermittelten Stellungnahme des 2. Antragsgegners bestritt dieser die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe und trat diesen wie folgt entgegen:

Plüschtiere, die sie als Werbegeschenke immer wieder für die Kunden/innen bzw. deren Kinder bekommen würden, habe der 2. Antragsgegner auf Bitte der Antragstellerin ihr mit weiteren Werbegeschenken für ihre zwei Neffen ... mitgegeben. Der 2. Antragsgegner gebe ehrlich zu, dass er zwei- bis dreimal ihr Frühstück gekauft habe, da die Antragstellerin ihm auch öfters Frühstück, wie Topfengolatschen, gebracht habe. Es entspreche ebenso den Tatsachen, dass sie beide ein- bis zweimal die Woche in einem nahen Restaurant namens „Goldengel“ Mittag essen. Einmal habe er, einmal sie das Mittagessen bezahlt. Die Einladungen habe sie nie abgewiesen, im Gegenteil sei sie auch mit anderen Mitarbeitern zusammen mit ihm essen gegangen.

Der 2. Antragsgegner habe niemals körperliche Grenzen überschritten. Er habe die Antragstellerin nie am Oberschenkel oder an der Schulter in sexueller Weise berührt. Die gelegentlichen Umarmungen der Antragstellerin bei der Begrüßung oder Verabschiedung, je nachdem wie sie aufgelegt gewesen sei, habe er nie als sexuell empfunden.

Zu der Weihnachtsfeier am 21. Dezember 2007 sei folgendes anzumerken: Der im Antrag erwähnte Bekannter der Antragstellerin sei ein Mitarbeiter aus einem anderen Büro gewesen, Herr F, den sie nach eigener Darstellung erst an diesem Abend kennen gelernt habe. Erst als sich um ca. 22:30 Uhr die Versammlung aufgelöst habe, habe es ein minutenlanges Geschmuse zwischen den beiden gegeben. Es sei jedenfalls kein harmloses Abschiedsküsschen gewesen. Es sei auch noch die Begleiterin von Herrn F anwesend gewesen. Als für ihn der Spaß zu weit gegangen sei, habe er alle drei gebeten zu gehen. Herr F und seine Begleiterin hätten gemeinsam das Büro verlassen. Da die Antragstellerin total betrunken gewesen sei, habe er den Büroschlüssel von ihr verlangt, da er Angst um den Schlüssel gehabt habe. Sie habe jemanden telefonisch gebeten, sie abzuholen. Sein Angebot sie nach unten zu begleiten, habe die Antragstellerin schroff abgelehnt. Die Antragstellerin habe bereits davor per E-Mail gekündigt.

Die Antragstellerin habe regelmäßig den Eindruck erweckt, betrunken zu sein. Der 2. Antragsgegner vermute, dass sie in ihrer Tasche Alkohol gehabt habe, da die Antragstellerin am Nachmittag nicht mehr aufrecht gehen habe können. Außerdem

sei die Antragstellerin fast immer zu spät gekommen. Eine Bekannte ihrer Mutter habe ihn einmal telefonisch vor der Antragstellerin gewarnt.

Nach der Weihnachtsfeier sei sie weder am 22. Dezember noch am 24. Dezember (Arbeitstag) noch am 27. Dezember 2007 zur Arbeit erschienen. Sie habe sich einfach drei Tage nicht gemeldet. Es sei jedem/r Arbeitnehmer/in zumutbar bzw. dessen/deren Pflicht im Falle einer Verhinderung, sich bei der Firma zu melden. Die Telefonnummer stehe in allen Verzeichnissen und auf den Visitenkarten.

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

Der Senat I der GBK hat erwogen:

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts durch eine sexuelle Belästigung durch einen Dritten, Herrn B, gemäß **§ 6 Abs. 1 Z 3 GIBG** verwirklicht worden ist, ist zunächst folgendes zu bemerken:

Sexuelle Belästigung ist jede Form von unerwünschtem Verhalten sexueller Natur, das sich in unerwünschter verbaler, nicht-verbaler oder physischer Form äußert und das bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird. Nach § 6 Abs. 1 GIBG ist nur jene sexuelle Belästigung gemäß dem GIBG als eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts zu werten, die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis des betroffenen Arbeitnehmers/der betroffenen Arbeitnehmerin erfolgt. Das Diskriminierungsgebot richtet sich primär gegen die Arbeitgeber/innen bzw. gegen dessen/deren Vertreter/innen, die dieses Verbot verletzen, oder wenn im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis unter anderem auch Dritte belästigen, wie beispielsweise Arbeitskollegen/-innen oder Vorgesetzte. Der/Die unmittelbare Belästiger/in haftet verschuldensunabhängig.

Gemäß § 6 Abs. 2 GIBG liegt eine sexuelle Belästigung dann vor, wenn ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten gesetzt wird, das die Würde einer Person beeinträchtigt, für die betroffene Person unerwünscht, unangebracht oder anstößig ist. Hier wird auf das subjektives Empfinden abgestellt. Das heißt, ob er oder sie

persönlich ein nach objektiven Kriterien die Würde verletzendes Verhalten als unangebracht, unerwünscht oder anstößig empfindet.

Der Begriff „Verhalten“ ist dabei weit zu definieren und umfasst neben körperlichen Handlungen auch verbale und nonverbale Verhaltensweisen. Die Ablehnung eines bestimmten Verhaltens muss jedoch nicht unbedingt ausdrücklich, sondern kann auch schlüssig erklärt werden, etwa durch Abwenden oder eine sonstige schlüssige Geste. An die Ablehnung darf kein so hoher Maßstab gesetzt werden, dass sie erst dann als solche gilt, wenn sie vom/von der Belästiger/in wahrgenommen werden will. Ein die Würde beeinträchtigendes Verhalten setzt ein gewisses Mindestmaß an Intensität voraus, wobei allerdings ein gröberer Übergriff oder fortgesetztes Verhalten selbst bei kleineren Übergriffen dieses erreicht. Auf die Motivation für eine Belästigung kommt es grundsätzlich nicht an. Es wird allerdings vorausgesetzt, dass ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten gesetzt wurde, das die Würde der Person beeinträchtigt.

Abschließend ist folgendes festzuhalten: Zur Erfüllung des vom GIBG definierten Tatbestandes der sexuellen Belästigung ist weder Vorsatz des/der Belästiger/in zu belästigendem Verhalten noch dessen/deren Absicht, tatsächlich sexuelle Handlungen setzen zu wollen, erforderlich. Der Tatbestand der sexuellen Sphäre verlangt ein Verhalten, das im Zusammenhang mit der sexuellen Sphäre steht und für den/die Belästiger/in erkennbar, von der belästigten Person nicht erwünscht ist.

Bei der Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes sah sich der Senat I der GBK mit sehr widersprüchlichen Aussagen der beteiligten Personen konfrontiert.

Im Ermittlungsverfahren gab die Antragstellerin an, dass der 2. Antragsgegner immer wieder Annäherungsversuche gemacht und versucht habe, sie zu küssen. Außerdem habe er sie gestreichelt, ihr Kosenamen („Schatzi“) gegeben und Komplimente gemacht. Besonders schockierend und belastend sei der Übergriff des 2. Antragsgegners auf der Weihnachtsfeier gewesen. Der 2. Antragsgegner habe sie geohrfeigt, an den Haaren gezogen, wobei sich die Antragstellerin auch am Knie verletzt habe.

Demgegenüber hat der Antragsgegner in seinem Vorbringen den Vorwurf der sexuellen Belästigung stets abgestritten. Er habe ihr gegenüber keine Annäherungsversuche gemacht. Das Werbematerial (Plüschtiere, Schlüsselanhänger, etc.) seien für ihre beiden Neffen gewesen. Er habe dafür von der Antragstellerin Gegengeschenke erhalten.

Auf der Weihnachtsfeier hätten die Antragstellerin und ein anderer Mitarbeiter sich geküsst. Es sei ihm das Ganze zu weit gegangen. Deshalb habe der 2. Antragsgegner Herrn F, dessen Bekannte und die Antragstellerin „rausgeschmissen“ und die Feier beendet. Die Antragstellerin sei sehr betrunken gewesen und habe durch die Glastür gehen wollen. Er habe versucht, sie davon abzuhalten, wobei er dann von ihr auf Schlimmste beschimpft worden sei. Erst Wochen später sei sie zur Polizei gegangen und habe Anzeige gegen ihn erstattet. Das Verfahren sei gegen ihn jedoch eingestellt worden.

Der erkennende Senat verweist in diesem Zusammenhang 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 Antraggeber/in obliegt es dann bei der Berufung auf §§ 6 oder 7 GIBG zu beweisen, dass es Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die vom/von der Beklagten glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

Die Antragstellerin konnte in ihrer Befragung dem erkennenden Senat nicht ausreichend schlüssig glaubhaft machen, dass der 2. Antragsgegner wiederholt einen unerwünschten, unangebrachten sowie anstößigen Körperkontakt gesucht hat, oder es auch zu unerwünschten Komplimenten und Einladungen gekommen ist. Die Angaben der Antragstellerin stehen im Widerspruch zu den an den 2. Antragsgegner geschriebenen E-Mails, die einen sehr überschwänglichen Inhalt haben. In einem dem erkennenden Senat vorliegenden E-Mail vom 18. Oktober 2007 hat die Antragstellerin an den 2. Antragsgegner geschrieben, dass sie nie so gern mit jemanden zusammengearbeitet hat wie mit ihm. Dem Senat I der GBK fiel insbesondere die Vermischung von Beruflichem und Privatem auf beiden Seiten auf. Im Ermittlungsverfahren konnte die Antragstellerin die von ihr vorgebrachten Übergriffe durch den 2. Antragsgegner nicht näher konkretisieren und ist auf diese nur kurz eingegangen. Die Übergriffe wurden für den erkennenden Senat nicht deutlich gemacht. Die Antragstellerin stützt sich in ihrem Vorbringen vor allem auf die von ihr behauptete Körperverletzung durch den 2. Antragsgegner.

Es stellte sich daher die Frage, ob der Vorfall auf der Weihnachtsfeier eine sexuelle Belästigung iSd § 6 GIBG darstellt. Aus den vorliegenden Unterlagen und den befragten Auskunftspersonen ergab sich für den erkennenden Senat, dass es zu einem Gewaltakt gekommen ist, der durch den 2. Antragsgegner erfolgt ist. Die

Angaben des 2. Antragsgegners waren für den Senat I der GBK wenig glaubhaft. Die Schilderung des 2. Antragsgegners, dass die Antragstellerin auf der Weihnachtsfeier betrunken gewesen sei und mit dem Kopf durch eine Glastür im Büro laufen habe wollen, und nur noch vom 2. Antragsgegners zurückgehalten werden konnte, riefen Zweifel in Hinblick auf die Richtigkeit seiner Angaben hervor. Seine Ausführungen sind in Hinblick auf die Aussagen der befragten Auskunftspersonen eigenartig, da diese übereinstimmend angaben, dass im Büro ... Holztüren und keine Glastüren vorhanden seien. Es ist nach Ansicht des erkennenden Senates zu Handgreiflichkeiten durch den 2. Antragsgegners gekommen, bei dem die Antragstellerin Verletzungen davon getragen hat. Dieser Gewaltakt hat sowohl den gesamten Antrag der Antragstellerin als auch das gesamte Ermittlungsverfahren dominiert. Der Senat I der GBK konnte aus den Schilderungen der Antragstellerin keine Übergriffe in die sexuelle Sphäre, und damit die für die Erfüllung des Tatbestandes nötigen belästigenden Elemente erkennen. Eine abschließende Beurteilung dieser Handgreiflichkeiten liegt bei den für Strafsachen zuständigen Gerichten.

Es liegt somit **keine sexuelle Belästigung** des 2. Antragsgegners gegenüber der Antragstellerin vor.

Hinsichtlich der ... verlangten Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts 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, 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 Fürsorgepflicht (vgl. § 1157 ABGB, § 18 Abs. 4 AngG) aufgefordert, in seinem/ihrem Betrieb Maßnahmen zu setzen, um die sexuelle Integrität und die Intimsphäre der Arbeitnehmer/innen zu schützen und wahren. Hierfür stehen dem/der Arbeitgeber/n 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 erst niemals zum Nachteil für die betroffene Person auswirken. Nach dem GIBG gesteht die Verpflichtung für den/die Arbeitgeber/in zur Schaffung angemessener Abhilfe. Eine sexuelle Belästigung durch eine/n Mitarbeiter/in ist eine Form von Arbeitnehmer/infehlverhalten, 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 der 2. Antragsgegner die Antragstellerin nicht sexuell belästigt hat. Es fehlte somit für den erkennenden Senat die für die Erfüllung des Tatbestandes der mangelnden Abhilfe iSd § 6 Abs. 1 Z 2 GIBG erforderliche sexuelle Belästigung durch eine/n Dritte/n.

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

Hinsichtlich der beantragten Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bei den sonstigen Arbeitsbedingungen gemäß § 3 Z 6 GIBG durch die 1. Antragsgegnerin, X GmbH, ist festzuhalten, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß Art. 1 Abs. 1 der RL 76/207/EWG auch in Bezug auf die Arbeitsbedingungen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union verwirklicht werden muss.

Gemäß § 3 Z 6 GIBG darf niemand im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis bei den sonstigen Arbeitsbedingungen unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden. Der Begriff der „sonstigen Arbeitsbedingungen“ ist im GIBG selbst nicht weiter definiert. Ziel des Gesetzgebers war es jedoch, alle Diskriminierungen, die im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis vorkommen können, vom Gleichbehandlungsgebot des GIBG zu umfassen. Beim Begriff der sonstigen Arbeitsbedingungen handelt es sich folglich um einen Auffangtatbestand, der weit auszulegen ist. Unter dem Begriff „sonstige Arbeitsbedingungen“ werden unter anderem die allgemeine Situation am Arbeitsplatz, die Ausstattung desselben, die

entgegengebrachte Wertschätzung sowie alle mit dem Arbeitsverhältnis verbundenen Umstände verstanden.

Im Zuge des Verfahrens konnte die 1. Antragsgegnerin dem Senat I der GBK davon überzeugen, dass die Antragstellerin bei den sonstigen Arbeitsbedingungen nicht ungleich behandelt worden ist.

Die Arbeitgeberin hat eine Verwendung aller nötigen Arbeitsmittel der Antragstellerin wie den übrigen Beschäftigten ermöglicht. Als die Antragstellerin im Büro ... zu arbeiten begonnen hat, wurden für sie ein neuer Schreibtisch und ein neuer Bürosessel angeschafft. Ansonsten wurden ihr sämtliche Büromaterialien beigelegt. Die Arbeitsleistungen der Antragstellerin wurden von der 1. Antragsgegnerin sehr geschätzt. So hat der Geschäftsführer seine Wertschätzung für die geleistete Arbeit der Antragstellerin in der mündlichen Befragung geäußert. Ebenso hat sich die Antragstellerin positiv über ihre Arbeit geäußert, ihr hat die Arbeit gefallen. Der Senat I der GBK hat auf Grund des durchgeführten Verfahrens den Eindruck gewonnen, dass der Antragsgegner seinen Pflichten aus dem GIBG nachgekommen ist, um der Antragstellerin ein angenehmes Arbeitsklima zu ermöglichen.

Es liegt daher **keine Diskriminierung** auf Grund des Geschlechts bei den **sonstigen Arbeitsbedingungen** gegenüber der Antragstellerin vor.

Zur Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts 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 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 wurde das Arbeitsverhältnis der Antragstellerin durch Kündigung der 1. Antragsgegnerin beendet. Auf Grund der Bestimmungen des GIBG darf es bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu keinerlei Diskriminierung kommen. Der

Senat I der GBK überprüfte daher die Motive des Antraggegners für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Im § 12 Abs. 2 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 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.

Im vorliegenden zu beurteilenden Fall wurde die Antragstellerin durch die 1. Antragsgegnerin gekündigt. Die 1. Antragsgegnerin konnte im Laufe des Verfahrens dem Senat I der GBK glaubhaft darlegen, dass er aus wirtschaftlichen Gründen die Kündigung ausgesprochen hat, weil die Antragstellerin unentschuldig von der Arbeit ferngeblieben ist. Aus den vorliegenden Unterlagen war ersichtlich, dass die Antragstellerin in einer E-Mail vom 19. November 2007 dem 2. Antragsgegner ihre Kündigung mitgeteilt hat. Da die Kündigung eine empfangsbedürftige Willensäußerung ist, wird ein wirksamer Ausspruch durch den Zugang der Kündigung bedingt. Die 1. Antragsgegnerin hat – nach übereinstimmenden Angaben der befragten Auskunftspersonen – Kenntnis von der Kündigung der Antragstellerin erlangt. Nach dem Zugang der Kündigung kann diese einseitig nicht mehr widerrufen werden, weil das Arbeitsverhältnis durch die rechtsgestaltende Wirkung der Kündigung in ein Auflösungsstadium eingetreten ist. Eine Rücknahme der Kündigung kann nur noch im beiderseitigen Einvernehmen erfolgen. Die 1. Antragsgegnerin hat die arbeitnehmerseitige Kündigung nicht akzeptiert, da der Geschäftsführer davon ausgegangen ist, dass die Kündigung im Affekt erfolgt ist und die Antragstellerin als Mitarbeiterin nicht verlieren wollte. Die Antragstellerin hat dieser Vorgehensweise stillschweigend zugestimmt und hat nicht zu arbeiten aufgehört.

Nach dem Vorfall ist die Antragstellerin verletzungsbedingt weder am 24. Dezember 2007 noch an den darauffolgenden Arbeitstagen zur Arbeit erschienen. Es ist natürlich verständlich, dass die Antragstellerin auf Grund des Vorfalls auf der Weihnachtsfeier nicht zur Arbeit erscheinen konnte. Es ist allerdings der Antragstellerin zumutbar, für ihre krankheitsbedingte Dienstverhinderung sowohl die

1. Antragsgegnerin davon zu informieren als auch eine Krankmeldung ihrer Arbeitgeberin zu übermitteln. Die Antragstellerin brachte zu ihrer Rechtfertigung vor, dass sie ihr Handy mit den Kontaktdaten verloren habe und niemanden am 24. Dezember 2007 mehr erreichen habe können. Die Kontaktdaten der 1. Antragsgegnerin hätten von der Antragstellerin (oder von ihrer Freundin, die bei ihr war) aus dem Telefonbuch herausgesucht bzw. bei der Telefonauskunft nachgefragt werden können. Es wäre ihre Pflicht als Arbeitnehmerin gewesen, ihr Fernbleiben ihrer Arbeitgeberin zur Kenntnis zu bringen (z.B. Telefon, Fax, E-Mail).

Der Antragsgegner selbst hätte gerne das Arbeitsverhältnis mit der Antragstellerin fortgeführt, wenn dieser eine andere Wahl gehabt hätte.

Abschließend ist festzuhalten, dass die 1. Antragsgegnerin auf Grund des unentschuldigtem Fernbleibens der Antragstellerin von der Arbeit die Kündigung ausgesprochen hat. Aus diesem – auch für den Senat I – nachvollziehbaren Grund wurde das Arbeitsverhältnis beendet. Es ergaben sich für den Senat I der GBK im Verfahren keinerlei Anhaltspunkte, dass dem nicht so sein könnte.

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

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

Das Benachteiligungsverbot gemäß § 13 GIBG bezieht sich auf jegliche Reaktion des/der Arbeitgebers/-in auf eine Beschwerde wegen einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts oder die Einleitung des Verfahrens. Es geht dabei nicht nur um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern auch um andere Formen der Benachteiligung, wie das Übergehen von Beförderung, Versetzung, Nichterhalten von Gehaltserhöhungen und anderes mehr. Die benachteiligende Reaktion des/der Arbeitgebers/-in muss in einem plausiblen Zusammenhang mit dem Auftreten des/der Arbeitnehmers/-in stehen, wobei auch ein gewisser zeitlicher Konnex gegeben sein muss.

Auf Grund des vorliegenden Sachverhaltes und der Schilderungen der mündlich befragten Auskunftspersonen wurde nach Ansicht des Senates I der GBK keine Verletzung des Benachteiligungsverbotes verwirklicht. Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses der Antragstellerin ist aus rein wirtschaftlichen Gründen erfolgt. Es ist der Auflösung des Arbeitsverhältnisses kein besonderer Vorfall

vorausgegangen, der eine Verletzung des § 13 GIBG indizieren würde. Die Kündigung der Antragstellerin ist – wie bereits dargelegt – aus rein wirtschaftlichen Gründen erfolgt, und nicht als eine Reaktion auf eine Ablehnung durch die Antragstellerin. Die Kündigung der Antragstellerin wurde vom Geschäftsführer nicht angenommen. Das Arbeitsverhältnis blieb im beiderseitigen Einverständnis aufrecht, da die Antragstellerin für die 1. Antragsgegnerin keine Mitarbeiterin war, und auch die Antragstellerin dann doch im Büro ... weiterarbeiten wollte. Die Kündigung wurde erst nach ihrem unentschuldigtem Fernbleiben durch die 1. Antragsgegnerin ausgesprochen. Die 1. Antragsgegnerin hat sich aus der Sicht des Senates I der GBK offensichtlich um die Antragstellerin bemüht.

Aus Sicht des Senat I der GBK ist es daher zu **keiner Verletzung des Benachteiligungsverbotes** gegenüber der Antragstellerin gekommen.

Wien, 5. Oktober 2009

Mag.a Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK