

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 19. Oktober 2021 über den am 8. Juli 2019 eingelangten Antrag von A (**Antragstellerin**) betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes durch schuldhaftes Unterlassen des Arbeitgebers/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) und aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit **durch schuldhaftes Unterlassen des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin im Falle einer Belästigung durch Dritte eine nach den gesetzlichen Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages angemessene Abhilfe zu schaffen** gemäß § 21 Abs 1 Z 2 GIBG 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/917/19, zu folgendem

PRÜFUNGSERGEBNIS:

1. A ist nicht aufgrund des Geschlechtes durch schuldhaftes Unterlassen des Arbeitgebers/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 nicht aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit durch schuldhaftes Unterlassen des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin im Falle einer Belästigung durch Dritte eine nach den gesetzlichen Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages angemessene Abhilfe zu schaffen gemäß § 21 Abs 1 Z 2 GIBG durch die Z GmbH diskriminiert worden.
3. Der Antrag betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung bei den sonstigen Arbeitsbedingungen gemäß § 3 Z 6 GIBG durch die Z GmbH wurde unter § 6 Abs 1 Z 2 GIBG mitbehandelt.

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

Die zugleich eingebrachten Anträge betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes durch schuldhaftes Unterlassen des Arbeitgebers/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, aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit durch schuldhaftes Unterlassen des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin im Falle einer Belästigung durch Dritte eine nach den gesetzlichen Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages angemessene Abhilfe zu schaffen gemäß § 21 Abs 1 Z 2 GIBG und der Antrag betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG durch die Y GmbH wurden von der Antragstellerin am 25. Juni 2020 zurückgezogen.

Die zugleich eingebrachten Anträge betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes durch eine sexuelle Belästigung durch Dritte gemäß § 6 Abs 1 Z 3 GIBG und aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit durch eine Belästigung durch Dritte gemäß § 21 Abs 1 Z 3 GIBG durch X wurden von der Antragstellerin am 14. Juli 2020 zurückgezogen.

VORBRINGEN

Im Antrag wurde im Wesentlichen Folgendes vorgebracht:

Die Antragstellerin brachte vor, sie sei von 21. September 2018 bis 3. Mai 2019 bei der Firma Y (Überlasser) beschäftigt gewesen. Von Beginn an sei sie an die Antragsgegnerin (Beschäftigterin) als Arbeiterin in der Produktion überlassen worden.

Im Zusammenhang mit ihrem Arbeitsverhältnis liege eine Diskriminierung im Sinne des Gleichbehandlungsgesetzes vor. Folgendes habe sich zugetragen:

Als ihre Kontaktperson bei der Antragsgegnerin sei X genannt worden. Dieser sei auch ihr Vorgesetzter in der Produktion gewesen. Sie habe mit 8. April 2019 eine einvernehmliche Auflösung zum 11. April 2019 unterschrieben. Da sie jedoch einen befristeten Vertrag bis zum 3. Mai 2019 gehabt habe, habe das Dienstverhältnis am 3. Mai 2019 geendet.

Im November 2018 habe X begonnen, sie immer wieder zu fragen: „Warum bist so traurig?“ bzw. „Warum bist du so glücklich? Du arbeitest so, als würdest du einschlafen.“ Sie habe geantwortet: „Ich habe ja dieselbe Stückzahl wie die anderen — was mache ich falsch?“ Diese

¹ Vgl. zB VfSlg. 19.321.

Vorgehensweise von X habe sich circa einen Monat lang hingezogen und dann habe dies aufgehört.

Im Jänner 2019 habe X die Lohnzettel verteilt und zu ihr gesagt: „Du wohnst in der ... Gasse — nächstes Mal, wenn ich fortgehe, komme ich zu dir übernachten — das lasse ich mir nicht entgehen.“ Sie habe daraufhin nichts sagen können.

Im Februar 2019 habe X erfahren, dass die Antragstellerin Urlaub nehmen möchte, da sie heiraten werde. Hier habe er gemeint: „Das kann ja nicht sein, du betrügst mich, ha!“. Zu diesem Zeitpunkt habe sie sich nur ihren Kolleginnen anvertraut.

Am 27. März 2019 habe sie X wegen des Kernurlaubs angesprochen. Sie als Leiharbeiterin hätte vielleicht keinen Urlaub bekommen können und daraufhin habe sie gesagt: „Ich habe keine Kinder, bin nicht verheiratet und daher flexibel.“ Er habe darauf gesagt: „Willst du welche?“ — Sie: „Was, wie?“ — Er: „Kinder, ich habe schon zwei, ich bin Profi, du kannst es gerne ausprobieren.“ Sie sei rot geworden und davongelaufen.

Sie habe sich dann gleich einen Termin mit ihrem Betriebsrat W ausgemacht. Vor diesem Termin sei jedoch noch ein Vorfall geschehen.

Am 3. April 2019 habe X sie auf ihre Tätowierung angesprochen: „Was ist das?“ Sie habe gesagt: „Eine neue Tätowierung.“ Dann habe er die Tätowierung aus der Nähe betrachtet und gesagt: „Der schaut aus, wie ein Affe.“ Daraufhin habe sie gesagt: „Dies ist mein verstorbener Vater.“ und er habe „aha“ geantwortet und sei weitergegangen.

Dann habe sie ihren Termin beim Betriebsrat gehabt und W alles erzählt. Es habe dann ein Gespräch mit X und V (Vorgesetzte von X) gegeben. X habe das meiste abgestritten und gemeint, er habe es nicht so gemeint und sie solle Spaß verstehen. Allerdings habe X dann von V eine Verwarnung erhalten. Die Antragstellerin habe dies allerdings nur von ihren Kollegen/Kolleginnen erfahren.

Am 4. April 2019 habe sie einen Termin bei der Arbeiterkammer Niederösterreich gehabt und diese habe mit der Antragsgegnerin Kontakt aufgenommen.

Seit dem Gespräch mit V habe sie auch eine ganz andere Arbeit verrichten müssen und sei von den anderen Kolleginnen getrennt alleine gewesen. Die Supervisorin U sei nach dem Gespräch mit V jede halbe Stunde zu ihr gekommen und habe gesagt: „Tu nicht so, als wärst du vergewaltigt worden und schäm dich.“ U habe verschiedene Kolleginnen gegen sie aufgehetzt und diese haben gegen sie bei V aussagen sollen. Sie hätte V dann angesprochen und diese habe gemeint, sie sei irre.

Wirklich enttäuscht und tatsächlich entsetzt sei die Antragstellerin daher vom Verhalten der Antragsgegnerin, welche deren Fürsorgepflichten den Arbeitnehmern/Arbeitnehmerinnen gegenüber in keiner Weise nachgekommen sei und durch deren Verhalten bei ähnlich gela-

gerten Vorfällen, welche zeitlich vor dem die Antragstellerin betreffenden Vorfall gelegen hätten, nicht im ausreichenden Maße reagiert habe und hiermit das gegenständliche Fehlverhalten des X erst möglich gemacht habe. Der Antragstellerin sei es nicht möglich gemacht worden, an einem gleichwertigen Arbeitsplatz ihre Arbeit fortzuführen, eine arbeitspsychologische Hilfe sei ihr nicht angeboten worden.

Die Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 17. Oktober 2019 sei dermaßen unrichtig und verletzend, dass diese Stellungnahme tatsächlich eine weitere Diskriminierung darstelle, welche die Antragstellerin zutiefst getroffen habe. Es werde suggeriert, X nehme derartige Fragestellungen nur vor, um sicherzustellen, dass der Gemütszustand von traurig wirkenden Mitarbeitern nicht auf arbeitstechnische Belange zurückzuführen sei, um welcher sich X annehmen würde. Hier werde der eigentliche Täter zum Wohltäter gemacht. Tatsachen würden verdreht, verletzende Übergriffe geradezu bagatellisiert werden. Es werde behauptet, die Antragstellerin sei ihrer Arbeitspflicht nicht nachgegangen, ständig beim Telefonieren, Plaudern, etc. erwischt worden. Die Antragstellerin sei hierdurch ihrer Arbeit nicht nachgegangen und habe Unruhe durch Beschimpfungen und ständiges Verlassen des Arbeitsplatzes in die Abteilung gebracht. Hier werde durch völlig unpassende und unrichtige Vorwürfe das Opfer zur Täterin gemacht.

Die Antragstellerin habe durch die Antragsgegnerin keine Unterstützung erfahren, durch das nach Kenntnis der Übergriffe durch verantwortliche Mitarbeiter der Antragsgegnerin getätigte Verhalten sei die Antragstellerin zusätzlich gedemütigt und psychisch belastet worden. Die Antragstellerin sei lediglich in einen Krankenstand gedrängt worden. Eine ähnliche Vorgangsweise habe die Antragsgegnerin auch zuvor bei B zutage gelegt, welche gleichfalls von X belästigt worden sei und welcher gleichfalls keine Unterstützung durch die Antragsgegnerin zuteilwurde.

Da die Situation nicht besser geworden sei, sei sie am 12. April 2019 in Krankenstand gegangen.

Am 12. April 2019 habe sie dann ihren Dienstgeber Mag. T von der Firma Y angerufen und ihren Krankenstand gemeldet. Dieser habe schon von den Vorfällen gewusst und einen Termin mit ihr vereinbaren wollen. Sie sei dann am 15. April 2019 in die Firma nach Ortschaft 1 gefahren und habe dort mit Mag. T (dieser komme öfters in den Beschäftigterbetrieb) gesprochen. Sie habe ihm nochmals alles erzählt und er habe gemeint, dies sei gar nicht gut und sie stehen ihr bei. „Wir von der Firma Y sind hier nicht verantwortlich, wir haben ja nichts gemacht, es war ja Herr X und dieser ist von der Firma Z. Wir wollen keine Probleme und Sie würden uns helfen, wenn Sie die einvernehmliche Auflösung unterschreiben. Diese ist allerdings rückdatiert mit 11. April 2019. Es handelt sich um eine Schutzkündigung für Sie und diese ist für beide das Beste. Ferner würde die Überlasserfirma Ihnen helfen, einen neuen Job zu finden.“

Warum die Antragstellerin diese Vereinbarung unterschrieben habe, könne sie nicht mehr sagen; sie habe allerdings schon Angst gehabt, nur an die Firma zu denken. Sie brauche dann nie wieder zu kommen und dort X zu sehen.

Dann habe sie wieder einen Termin bei der Arbeiterkammer gehabt. Da sie einen befristeten Vertrag bis 3. Mai 2019 gehabt habe, habe ihr die Kammer geholfen, die Ansprüche bis dahin zu bekommen. Bezüglich der zu prüfenden Diskriminierung habe ihr die Kammer gesagt, sie solle einen Antrag auf Feststellung machen.

Gegen X habe es immer mehrere Beschwerden gegeben und sie sei nicht die Einzige gewesen. Im Jänner sei eine andere Mitarbeiterin durch X gekündigt worden, weil sie diesen sexuell belästigt haben soll.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der Antragsgegnerin übermittelten Stellungnahme vom 4. Oktober 2019 bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Die Antragsgegnerin brachte vor, dass der vorliegende Sachverhalt aus ihrer Sicht von der Antragstellerin nicht wahrheitsgetreu wiedergegeben worden sei und von ihr richtiggestellt werde. Des Weiteren würden alle, aus ihrer Sicht, relevanten Auskunftspersonen genannt und etwaige Beweismittel übermittelt werden.

Die Antragstellerin sei bei der Firma Y (Überlasser) von 21. September 2018 bis 3. Mai 2019 beschäftigt gewesen. Im Zeitraum vom 21. September 2018 bis 12. April 2019 sei die Antragstellerin der Antragsgegnerin (Beschäftiger) überlassen und dort in der Produktion (Abteilung 1 ...) eingesetzt worden. Am 12. April 2019 habe die Antragstellerin den Betrieb der Antragsgegnerin um 12.16 Uhr verlassen und sich anschließend krankgemeldet.

Betreffend das Ereignis im November 2018: X sei nach eigenen Angaben lediglich seinen Fürsorgepflichten als direkter Vorgesetzter nachgegangen und habe sich um die nach außen ersichtlichen Gemütszustände bzw. Allgemeinverfassung seiner Mitarbeiter/Mitarbeiterinnen angenommen. Da die Antragstellerin des Öfteren äußerst traurig gewirkt habe, habe X sie besorgt gefragt: „Warum bist du so traurig?“ Diese Frage habe X jedoch allen Mitarbeitern/Mitarbeiterinnen gestellt, bei welchen eine offensichtliche Traurigkeit ersichtlich ist, um sicherzustellen, dass der Gemütszustand nicht auf arbeitstechnische Belange zurückzuführen sei, um welche sich X annehmen würde.

Um sicherzustellen, dass der Antragstellerin ihre Tätigkeit gefällt, sei ihr auch folgende Frage von X gestellt worden: „Bist du glücklich in der Arbeit?“ Auch diese Frage habe X allen Mitarbeitern gestellt, um bei Verneinung mögliche Maßnahmen treffen zu können. X bestreite folgende Aussage getätigt zu haben: „Du arbeitest so, als würdest du einschlafen.“

In Bezug auf das Ereignis im Jänner 2019 bestreite X nicht, diese Aussage getätigt zu haben. Diese Aussage sei jedoch nach seinen Angaben lediglich als Witz getätigt worden und habe in keinster Weise eine Belästigung darstellen sollen. X habe sich für diese Aussage im gemeinsamen Gespräch am 9. April 2019 entschuldigt. Dies sei von den Anwesenden bestätigt worden. Anwesende beim Gespräch seien gewesen: W (Betriebsrat), S (Betriebsrat Stellvertreterin), V (Leitung Produktion ...), X (Bereichsleiter ... Kontrolle ...), Antragstellerin (Arbeiterin in Abteilung ... Kontrolle).

Zum Ereignis im Februar 2019: X bestreite die Aussage: „Das kann ja nicht sein, du betrügst mich, ha!“ getätigt zu haben. Er habe das Urlaubsansuchen, wie bei allen Mitarbeitern, geprüft (um sicherzustellen, dass an den angesuchten Tagen genügend Mitarbeiter/Mitarbeiterinnen verfügbar sind) und anschließend kommentarlos genehmigt.

Zum Ereignis am 27. März 2019: Auch hier bestreite X, diese Aussagen getätigt zu haben. Korrekt sei, dass eine Unsicherheit bezüglich der Möglichkeit während der Kernurlaubszeit Urlaub zu beanspruchen, bestanden habe. Da das Unternehmen im Zeitraum vom 8. Juli 2019 bis zum 16. August 2019 Kernurlaubszeit habe und in diesem Zeitraum bereits viele langjährige bzw. fest beschäftigte Arbeiter um Urlaub angesucht hätten, seien die Leiharbeitskräfte gebeten worden, nach Möglichkeit nicht während der Kernurlaubszeit ihren Urlaubsanspruch zu verbrauchen.

Laut dem Arbeiterbetriebsrat W sei die Antragstellerin erstmals am 8. April 2019 an den Betriebsrat herangetreten und habe ihm die Vorfälle geschildert. W sei nach dem Gespräch mit der Antragstellerin an V (Produktionsleitung ... und direkte Vorgesetzte von X) herangetreten, um ihr von den geschilderten Vorfällen und den im Raum stehenden Beschuldigungen zu berichten. Daraufhin sei unverzüglich ein Termin für ein Gespräch mit allen Beteiligten am 9. April 2019 vereinbart worden.

Zum Ereignis am 3. April 2019: X habe bestätigt, die Antragstellerin nach ihrer Tätowierung gefragt zu haben und ebenso folgende Aussage getroffen zu haben: „Die Tätowierung schaut aus, wie ein Affe.“ X sei sich der Hintergründe und der besonderen Bedeutung dieser Tätowierung nicht bewusst gewesen und habe die Aussage lediglich als Spaß getätigt. X habe sich für diese Aussage im gemeinsamen Gespräch am 9. April 2019 entschuldigt. Dies könne von den Anwesenden bestätigt werden: W (Betriebsrat), S (Betriebsrat Stellvertreterin), V (Leitung Produktion ...), X (Bereichsleiter ... Kontrolle ...), A (Arbeiterin in Abteilung ... Kontrolle).

Wie bereits geschildert hätten W und S erstmals am 8. April 2019 von den Vorfällen von der Antragstellerin erfahren. W sei nach dem Gespräch mit der Antragstellerin sofort an V (Produktionsleitung ... und direkte Vorgesetzte von X) herangetreten, um ihr von den geschilderten Vorfällen und den im Raum stehenden Beschuldigungen zu berichten.

Daraufhin sei unverzüglich ein Termin für ein Gespräch mit allen Beteiligten am 9. April 2019

vereinbart worden. Das gemeinsame Gespräch habe wie geplant am 9. April 2019 stattgefunden und X habe sich für die Aussage im Jänner 2019 bezüglich der Übernachtung und für die Aussage am 3. April 2019 bezüglich der Tätowierung von der Antragstellerin entschuldigt und versichert solche Aussagen zukünftig zu unterlassen. Dies könne von W, S und von V bestätigt werden.

X habe den Vorfall mit der Antragstellerin nach dem Gespräch am 9. April 2019 unverzüglich persönlich Mag. T von der Firma Y gemeldet. Dieser habe nach eigenen Angaben zu diesem Zeitpunkt erstmals von dem Sachverhalt erfahren.

Um weiteren Kontakt zwischen der Antragstellerin und X zu vermeiden, habe V am 9. April 2019 der Antragstellerin eine sofortige Versetzung in die andere Produktionshalle ... (Abteilung 2 ...) vorgeschlagen. Die Antragstellerin habe diesen Vorschlag jedoch abgelehnt.

Daraufhin habe V X ersucht, jeglichen Kontakt zu vermeiden und weitere Anweisungen sollten ausschließlich durch die Supervisorin U durchgeführt werden. Die Antragstellerin habe nicht wie von ihr behauptet eine andere Tätigkeit durchführen müssen und sei auch nicht von den anderen Kollegen getrennt worden. Laut Aussagen von U und V habe die Antragstellerin ihre gewohnte Arbeitstätigkeit an ihrem gewohnten Arbeitsplatz verrichtet. Ebenso seien von U keine Kollegen/Kolleginnen gegen die Antragstellerin aufgehetzt worden. Die Antragstellerin habe jedoch versucht, Verbündete unter den Kollegen/Kolleginnen zu finden und habe versucht, diese gegen X aufzuhetzen. Nachdem die Kollegen/Kolleginnen sich jedoch auch nach mehrmaligen Versuchen von der Antragstellerin nicht gegen X ausgesprochen hätten, seien die Kollegen/Kolleginnen von der Antragstellerin beschimpft worden (Zeugen: C, D). Ebenso sei die Antragstellerin ihrer Arbeitspflicht nicht nachgegangen und sei ständig beim Telefonieren, Plaudern, etc. erwischt worden. Daraufhin sei die Antragstellerin höflich von U gebeten worden, wieder ihrer Arbeitstätigkeit nachzugehen. U habe die Antragstellerin ebenso mehrmals täglich nach ihrem Wohlbefinden gefragt. Die Antragstellerin habe die Anweisungen von U jedoch nicht befolgt, sei ihrer Arbeit nicht nachgegangen und habe ständige Unruhe durch Beschimpfungen und ständiges Verlassen des Arbeitsplatzes in die Abteilung gebracht. U habe danach noch mehrmals versucht, die Antragstellerin zu beruhigen und sie gebeten, private Dinge außerhalb der Arbeitszeit zu regeln. U bestätige, folgende Aussage getätigt zu haben: „Beruhige dich bitte und tu nicht so als wärst du vergewaltigt worden.“

Am 10. April 2019 sei X von V sowohl mündlich als auch schriftlich für die von ihm getätigten Aussagen verwarnt und bei Wiederholung auf Konsequenzen hingewiesen worden. Am 12. April 2019 sei die Antragstellerin ebenso nicht ihrer Arbeitstätigkeit nachgegangen und lediglich in der Abteilung herumgelaufen. Die Antragstellerin sei dann aus nicht bekannten Gründen in die Gießerei (ohne Schutzkleidung) gegangen. Als U sich nicht mehr zu helfen gewusst habe, habe sie V verständigt. Diese sei in die Gießerei gegangen, um die Antragstellerin zu beruhigen und habe mit ihr zu W gewollt. Die Antragstellerin habe diesen Termin jedoch nicht

wahrgenommen und verkündet, dass sie jetzt nach Hause gehe und sich krankmelde. Um 12:16 Uhr habe die Antragstellerin am 12. April 2019 das Unternehmen verlassen und sich anschließend krankgemeldet. Dieser Tag sei zugleich ihr letzter Arbeitstag bei der Antragsgegnerin gewesen.

Die Arbeiterkammer habe mit der Antragsgegnerin bezüglich dieses Sachverhaltes keinen Kontakt aufgenommen.

Abschließend sei festzuhalten, dass X seit 14. Mai 2012 im Unternehmen der Antragsgegnerin tätig sei und keine weiteren Vorwürfe gegen ihn vorliegen. Die ehemalige Mitarbeiterin B, welche X laut der Antragstellerin sexuell belästigt haben soll und deshalb laut ihr gekündigt worden sei, sei aufgrund ihrer unzureichenden Arbeitsleistung nicht mehr für das Unternehmen der Antragstellerin tätig.

W habe am 16. Oktober 2019 dem Antragsgegnervertreter nachträglich mitgeteilt, dass die im Gespräch am 7. Oktober 2019 geschilderte Version doch etwas anders gelagert sei. Laut dem Betriebsrat (W und S) habe die Antragstellerin am 3. April 2019 erstmalig bezüglich der getätigten Aussagen von X Kontakt aufgenommen. W sei laut eigenen Angaben am 4. April 2019 von der Arbeiterkammer angerufen worden und habe dieser bestätigt, dass er notwendige Schritte einleiten werde.

PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin sowie die mündliche Befragung der Antragstellerin vom 19. Oktober 2021 und von Ing. R (informierter Vertreter der Antragsgegnerin) vom 24. August 2021. Als weitere Auskunftspersonen wurden X und W am 24. August 2021 sowie Q und V, MSc am 19. Oktober 2021 befragt. Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf die von der Antragsgegnerin vorgelegte schriftliche Verwarnung von X vom 10. April 2019.

BEGRÜNDUNG²

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

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

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

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. [...]"

„§21. (1) Eine Diskriminierung nach § 17 liegt auch vor, wenn eine Person [...]

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

(2) Belästigung liegt vor, wenn eine unerwünschte Verhaltensweise, die mit einem der Gründe nach § 17 im Zusammenhang steht, gesetzt wird,

1. die die Würde der betroffenen Person verletzt oder dies bezweckt,

2. die für die betroffene Person unerwünscht, unangebracht oder anstößig ist und

3. die ein einschüchterndes, feindseliges, entwürdigendes, beleidigendes oder demütigendes Umfeld für die betroffene Person schafft oder dies bezweckt. [...]"

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 §§ 6, 21 GIBG beruft, diesen 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 Antragstellers/der Antragstellerin sprechen als dagegen.³ Dem Antragsgegner/der Antragsgegnerin obliegt dann zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes von ihm/ihr glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.

Bei einer (sexuellen) Belästigung gilt davon abweichend, dass es dem Antragsgegner/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 Antragsgegnerin habe es schuldhaft unterlassen im Falle einer sexuellen Belästigung und einer Belästigung jeweils durch Dritte angemessene Abhilfe zu schaffen, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem Sachverhalt aus:

Die Antragstellerin war seit 21. September 2019 bei der Y GmbH beschäftigt. Seit Beginn ihres Dienstverhältnisses wurde sie an die Antragsgegnerin überlassen und war dort in der Abteilung 1 ... tätig. Als ihre dortige Ansprechperson und ihr Vorgesetzter fungierte X (Bereichsleiter 1).

Ab November 2018 kam es vermehrt zu für die Antragstellerin unangenehmen Situationen, ausgelöst durch Aussagen ihres Vorgesetzten. So meinte er ihr gegenüber unter anderem: „Du arbeitest so, als würdest du einschlafen.“ Im Zuge einer Lohnzettel-Verteilung im Jänner 2019 kündigte X als Anspielung auf ihre Wohnadresse an, dass er das nächste Mal, wenn er fortgehe, zu ihr übernachten komme, denn das lasse er sich nicht entgehen. Als X im Februar 2019 erfahren hatte, dass die Antragstellerin heiraten werde, meinte er, sie würde ihn betrügen. Am 27. März 2019 kam es zu einem Gespräch zwischen der Antragstellerin und X bezüglich der Kern-Urlaubszeit. Als die Antragstellerin erwähnte, keine Kinder zu haben, erkundigte sich ihr Vorgesetzter, ob sie welche möchte. Er teilte ihr mit, bereits zwei Kinder zu haben, Profi zu sein und meinte, sie könne es gerne ausprobieren, woraufhin die Antragstellerin errötet davonlief und einen Termin mit dem Betriebsrat W vereinbarte. Am 3. April 2019 sprach X die Antragstellerin auf ihre neue Tätowierung an und bemerkte: „Der schaut aus wie ein Affe.“ Die Antragstellerin erklärte ihm im Anschluss, dass es sich dabei um ihren verstorbenen Vater handelte. Er erwiderte: „Aha“ und ging weiter.

Am 3. April 2019 wandte sich die Antragstellerin an den Betriebsrat und wenige Tage später wurde ein Gesprächstermin vereinbart. Am 4. April 2019 hatte die Antragstellerin einen Termin bei der Arbeiterkammer Die Arbeiterkammer erkundigte sich kurz darauf beim Betriebsrat, ob er den Vorfall weiterleiten würde.

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

Am 8. April 2019 fand das Gespräch zwischen der Antragstellerin und dem Betriebsrat W und seiner Stellvertreterin S statt, in dem sie die gesamte Situation erstmals näher schilderte.

Am darauffolgenden Tag erreichte W V (Leitung Produktion ...) telefonisch und es fand noch am selben Tag ein Gespräch statt, bei dem neben der Antragstellerin und X auch W und die Personalleiterin V anwesend waren. Dabei ging hervor, dass X die gefallenen Aussagen nicht so gemeint hatte. Seiner Meinung nach hätte die Antragstellerin Spaß verstehen sollen.

Der Antragstellerin wurde angeboten, in eine andere Abteilung zu wechseln. Aufgrund ihrer niedrigen Qualifikationen kam nur ein weiterer Bereich in Frage, während sich eine allfällige Versetzung von X aufgrund seines umfangreicheren Aufgabenbereichs schwieriger gestaltet hätte. Das Angebot, den Arbeitsplatz zu wechseln, wobei es sich um dieselbe Tätigkeit bei gleicher Bezahlung mit räumlicher Distanz zu X gehandelt habe, lehnte die Antragstellerin ab.

Parallel dazu hatte das überlassende Unternehmen angeboten, einen alternativen Arbeitsplatz zu suchen. Die Antragstellerin nahm in der Folge auch ein Vorstellungsgespräch wahr.

Im Anschluss an das Gespräch wurde der Geschäftsführer der Antragsgegnerin über den Vorfall informiert.

Am 10. April 2019 wurde X durch V schriftlich verwarnt, wobei unter anderem festgehalten worden war, dass sich die Antragstellerin durch diverse Bemerkungen von X sexuell belästigt fühlte und er darauf hingewiesen wurde, derartige Bemerkungen sofort zu unterlassen. X habe sich bei der Antragstellerin entschuldigt und versichert, dass sich solche Vorfälle nicht mehr ereignen werden. Sollte es dennoch zu Vorfällen kommen, müsse X mit Konsequenzen betreffend seine Position als Bereichsleiter rechnen. Von dieser Verwarnung erfuhr die Antragstellerin über ihre Kolleginnen.

Nicht festgestellt werden konnte, ob die Vorarbeiterin U der Antragstellerin vorgeworfen hatte, sie tue so, als ob sie vergewaltigt worden wäre.

Da sich die Situation aus Sicht der Antragstellerin nicht verbessert hatte, begab sie sich ab 12. April 2019 in Krankenstand.

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

1. Es liegt **keine Diskriminierung** aufgrund **des Geschlechtes durch schuldhaftes Unterlassen des Arbeitgebers/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.

Unter dem Begriff des der sexuellen Sphäre zugehörigen Verhaltens sind nach den Erläuterungen zum GIBG „körperliche, verbale und nicht verbale Verhaltensweisen“ zu verstehen. Die

Erscheinungsformen sind vielfältig. So handelt es sich beispielsweise um anzügliche Bemerkungen über sexuelles Verhalten im Privatleben bis hin zu unerwünschten Einladungen mit eindeutiger Absicht. Es ist auf eine Betrachtung des Gesamtgeschehens abzustellen und hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, ob ein bestimmtes Verhalten bereits der sexuellen Sphäre zugehörig ist.⁴

Um von einer sexuellen Belästigung iSd § 6 Abs 2 sprechen zu können, muss durch ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten des Weiteren die Würde einer Person beeinträchtigt oder deren Beeinträchtigung zumindest bezweckt werden.⁵ Ein die Würde verletzendes Verhalten liegt erst ab einem gewissen Mindestmaß an Intensität vor. Nach den Gesetzesmaterialien zum ArbBG sollen Beispiele wie das Nachpfeifen oder die unerwünschte Einladung zum Kaffee oder zum Essen „grundsätzlich“ nicht genügen, um bereits die Voraussetzung der Verletzung der Würde und damit den Tatbestand der sexuellen Belästigung zu erfüllen. Anders zu sehen ist dies aber unter Umständen dann, wenn zwar die einzelnen Belästigungshandlungen nicht das gebotene Mindestmaß an Intensität erreichen, dafür aber immer wieder erfolgen.⁶

Das belästigende Verhalten muss für die betroffene Person weiters unerwünscht, unangebracht oder anstößig sein (§ 6 Abs 2). Ein Verhalten ist dann unerwünscht, wenn es gegen den Willen oder ohne Einverständnis der betroffenen Person erfolgt. Einzelne Menschen sollen selbst bestimmen, welches Verhalten für sie noch akzeptabel ist und welches Verhalten sie bereits als beleidigend empfinden. Durch die Unerwünschtheit wird eine sexuelle Belästigung von freundschaftlichem Verhalten, das willkommen und gegenseitig ist, unterschieden.⁷

Was das ablehnende Verhalten der betroffenen Person betrifft, so dürfen an dieses keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Demnach ist ein Verhalten nicht erst dann abgelehnt und somit unerwünscht, wenn sich die betroffene Person lautstark zur Wehr setzt. Möglich ist es auch, dass die Ablehnung eines konkreten Verhaltens schlüssig erfolgt.⁸

Weitere Tatbestandsvoraussetzung des § 6 Abs 2 Z 1 ist, dass ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten gesetzt wird, das eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betroffene Person schafft oder dies bezweckt. Meistens wird die „Arbeitsumwelt“ erst durch mehrere Belästigungshandlungen im beschriebenen Sinn beeinflusst und verändert. Doch wie schon oben erwähnt, kann bereits eine einzelne Belästigungshandlung derartig schwerwiegend und in ihren Auswirkungen nachhaltig sein, dass damit für die betroffene Person ein einschüchterndes, feindseliges oder demütigendes Umfeld geschaffen wird.⁹

§ 6 Abs 1 Z 2 GIBG enthält eine Konkretisierung der allgemeinen Fürsorgepflicht. Danach haben Arbeitgeber/Arbeitgeberinnen auch dafür zu sorgen, dass die Persönlichkeitssphäre der

⁴ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG (2021) § 6 Rz 20.

⁵ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG (2021) § 6 Rz 21.

⁶ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG (2021) § 6 Rz 24.

⁷ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG (2021) § 6 Rz 25.

⁸ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG (2021) § 6 Rz 26.

⁹ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG (2021) § 6 Rz 28.

in den Betrieb eingegliederten Arbeitnehmer/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.¹⁰

Um ein schuldhaftes Unterlassen annehmen zu können, muss dem Arbeitgeber/der Arbeitgeberin das Vorliegen einer Abhilfe gebietenden Situation entweder bekannt oder zumindest erkennbar sein. Der Arbeitgeber/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.¹¹

Demnach galt es, als Vorfrage zu beantworten, ob eine sexuelle Belästigung vorlag. Die von X getätigte Aussage, dass er sich das nicht entgehen lasse, nach dem Fortgehen bei der Antragstellerin zu übernachten, konnte zweifelsohne als anzügliche Bemerkung qualifiziert werden, obgleich sie als „Kompliment“ verpackt sein mag. Auch, dass er es als „betrügen“ bezeichnete, als er erfuhr, dass die Antragstellerin heiraten wollte, fällt in einer Kontext-Betrachtung unter anzügliche Bemerkungen über das sexuelle Verhalten im Privatleben. Als unerwünschte Einladung mit eindeutiger Absicht war Xs Frage, ob die Antragstellerin „es mit ihm als Profi ausprobieren wolle, Kinder zu bekommen“, einzustufen.

Der Senat gelangte zu dem Ergebnis, dass von einer sexuellen Belästigung durch X ausgegangen werden konnte. Die Aussagen von X waren unbestrittenermaßen der sexuellen Sphäre zuzurechnen. Sowohl aus dem schriftlichen als auch dem mündlichen Vorbringen der Antragstellerin ging hervor, dass das Verhalten ihres Vorgesetzten für sie unerwünscht und unangenehm war. Zudem war sein Verhalten geeignet, die Würde der Antragstellerin zu beeinträchtigen und eine einschüchternde, feindselige und demütigende Arbeitsumwelt zu schaffen. Auch die Intensität war bei einer Beurteilung des Gesamtgeschehens ausreichend. Folglich lag eine Abhilfe gebietende Situation vor.

Im nächsten Schritt war zu überprüfen, ob die Antragsgegnerin von der sexuellen Belästigung durch X gewusst hat oder wissen hätte müssen. Hierzu brachte die Antragstellerin glaubhaft vor, sich am 3. April 2019 an den Betriebsrat gewandt zu haben, woraufhin sie ihm am 8. April

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

¹¹ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG (2021) § 6 Rz 13.

2019 näher von den Vorfällen berichten konnte. Die Antragsgegnerin als ihr damaliger Beschäftigungsbetrieb habe zwar Maßnahmen ergriffen, diese seien der Antragstellerin zufolge aber nicht ausreichend gewesen.

Nach Ansicht des Senats konnte sie durch ihre Ausführungen glaubhaft den Anschein einer Diskriminierung darlegen, weshalb sich die Beweislast auf die Antragsgegnerin verlagerte.

Die Antragsgegnerin stellte außer Streit, dass sie am 3. April 2019 von den Vorwürfen einer (sexuellen) Belästigung erfahren hatte. Somit war zu überprüfen, ob die von der Antragsgegnerin gesetzten Maßnahmen angemessen waren, um die Antragstellerin vor weiteren Übergriffen zu schützen.

Die Antragsgegnerin legte ausführlich dar, welche Schritte sie in weiterer Folge – direkt, nachdem sie in Kenntnis gesetzt worden war – im Rahmen ihrer Einflussmöglichkeiten setzte, um eine geeignete Lösung zu finden. Den glaubwürdigen Ausführungen von R, W, X und V war zu entnehmen, dass der Betriebsrat W prompt Kontakt mit der zuständigen Personalleiterin V aufgenommen hatte, um sie ebenfalls zu informieren und mögliche Maßnahmen zu besprechen. Binnen kürzester Zeit – zwischen 8. und 10. April 2019 – fanden zwei innerbetriebliche Gespräche zur Klärung statt und wurde X bereits schriftlich verwarnet. Gleichzeitig wurde der Antragstellerin ein möglicher Jobwechsel mit gleicher Bezahlung und Tätigkeit innerhalb des Betriebs der Antragsgegnerin angeboten, welchen diese allerdings ablehnte. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es aufgrund der Qualifikationen der Antragstellerin im vorliegenden Fall nur eine konkrete Möglichkeit gab, ihr eine ähnliche Aufgabe zu beschaffen, während es sich schwieriger gestaltet hätte, für X einen neuen Arbeitsplatz als Abhilfemöglichkeit zu finden.

Insbesondere die Aussagen von R, W und V stimmten inhaltlich überein, wobei erwähnt wird, dass V zum Zeitpunkt ihrer Befragung nicht mehr bei der Antragsgegnerin tätig war und nicht der Eindruck einer internen Absprache erweckt wurde. R beschrieb glaubwürdig und nachvollziehbar, dass seine Tür immer offenstand und in der zugrundeliegenden Situation schnellstmöglich gehandelt worden war. Auch W reagierte unmittelbar, nachdem das Anliegen der Antragstellerin an ihn herangetragen wurde und informierte V, um ein gemeinsames Gespräch zu vereinbaren. V verfasste noch am darauffolgenden Tag eine schriftliche Verwarnung. Nachdem die Antragstellerin ab 12. April 2019 aufgrund ihrer psychischen Belastung in Krankenstand ging und nicht mehr in den Betrieb zurückkehrte, konnte die Antragsgegnerin ab diesem Zeitpunkt keine weiteren Maßnahmen am Arbeitsplatz vornehmen.

Hinzu kam, dass sich die Antragstellerin betreffend die Zeitlinie und Chronologie zum Teil in Widersprüchen verstrickt hatte. Insbesondere die Schilderungen, dass sich ihre Kolleginnen binnen kürzester Zeit gegen sie verbündet hätten und sie 2,5 Wochen eine andere Tätigkeit – sogenanntes „Handbrechen“ – verrichten habe müssen, konnte der Senat nur wenig nachvollziehen, da die Antragsgegnerin keine 2,5 Wochen, bevor sie das Unternehmen verlassen hatte, von den Vorfällen erfahren hatte und das Angebot, in eine andere Abteilung zu wechseln erst drei Tage vor Antritt des Krankenstands ausgesprochen worden war. Diesbezüglich

glaubte der Senat, dass V im gemeinsamen Gespräch erwähnt hatte, eine neue Position für die Antragstellerin finden zu wollen.

Auch wenn der Antragstellerin geglaubt wurde, dass sie von Kolleginnen anstelle von V über die schriftliche Verwarnung in Kenntnis gesetzt wurde, hat die Antragsgegnerin aus Sicht des Senates die ihr zur Verfügung stehenden Mittel ergriffen.

Nachdem U, der die Bemerkung, dass die Antragstellerin „nicht so tun solle, als ob sie vergewaltigt worden sei“ zugeschrieben wurde, nicht aussagte, konnte dieses Verhalten nicht festgestellt und eine diesbezügliche Abhilfe betreffend die notwendige Aufklärung und Bewusstseinsbildung im Team durch die Führungsebene nicht geprüft werden.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es der Antragsgegnerin gelungen ist zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die von ihr vorgebrachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

2. Es liegt **keine Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit durch schuldhaftes Unterlassen des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin im Falle einer Belästigung durch Dritte eine nach den gesetzlichen Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages angemessene Abhilfe zu schaffen** gemäß **§ 21 Abs 1 Z 2 GIBG** vor.

Adressaten/Adressatinnen der Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit sind Personen, die als fremd wahrgenommen werden, weil sie auf Grund bestimmter Unterschiede von der regionalen Mehrheit als nicht zugehörig angesehen werden. Eine unterschiedliche Behandlung knüpft überwiegend an Unterschiede an, die auf Grund von Abstammungs- oder Zugehörigkeitsmythen als natürlich angesehen werden und die die betroffenen Personen nicht ändern können. Häufige Erscheinungsformen sind Diskriminierungen wegen der Hautfarbe und anderer äußerer Merkmale sowie wegen einer als fremd angesehenen Muttersprache oder Kultur.¹²

Die Bestimmungen des GIBG zur Belästigung (hier §§ 7 und 21 GIBG) haben gemeinsam, dass sie greifen, wenn eine Verhaltensweise, die mit einem der Diskriminierungsgründe in Zusammenhang steht, gesetzt wird, die die Würde einer Person beeinträchtigt oder dies bezweckt, für die betroffene Person unerwünscht ist und eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betroffene Person schafft oder dies bezweckt.

Ob die Würde einer Person beeinträchtigt wird, ist nach einem objektiven Maßstab zu beurteilen. Hinzu kommt das subjektive Kriterium, dass dieses Verhalten für die betroffene Person unerwünscht, unangebracht oder anstößig ist. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass

¹² Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG (2021) § 17 Rz 15.

die Haftung des/der unmittelbaren Belästigers/Belästigerin grundsätzlich verschuldensunabhängig ist. Subjektive Elemente auf Seite des Belästigers/der Belästigerin bleiben daher außer Betracht. Es ist demnach unerheblich, ob er/sie die Absicht hatte, zu belästigen.¹³

Je nach Massivität des Verhaltens können wiederholte Verhaltensweisen oder auch ein einmaliger Zwischenfall den Tatbestand der Belästigung erfüllen, wenn er entsprechend schwerwiegend ist.

Das Verhalten muss weiters gleichsam wie bei einer sexuellen Belästigung eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betroffene Person schaffen oder dies bezwecken.¹⁴ Die „Arbeitsumwelt“ wird häufig erst durch mehrere Belästigungshandlungen im beschriebenen Sinn beeinflusst und verändert. Wie aber bereits erwähnt, kann auch schon eine einzelne Belästigungshandlung derart schwerwiegend und in ihren Auswirkungen nachhaltig sein, dass damit für die betroffene Person ein einschüchterndes, feindseliges oder demütigendes Umfeld geschaffen wird.¹⁵

Gemäß § 21 Abs 1 Z 2 GIBG liegt eine Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit auch vor, wenn eine Person durch den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin dadurch diskriminiert wird, dass er/sie es schuldhaft unterlässt, im Falle einer Belästigung durch Dritte (Z 3) eine auf Grund gesetzlicher Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages angemessene Abhilfe zu schaffen.

§ 21 Abs 1 Z 2 GIBG enthält wie § 6 Abs 1 Z 2 GIBG eine Konkretisierung der allgemeinen Fürsorgepflicht, weshalb diesbezüglich auf die Ausführungen unter Punkt 2 verwiesen werden kann.

„Angemessen“ ist die Abhilfe dann, wenn sie geeignet ist, die belästigte Person vor weiteren Belästigungen zu schützen. Um ein schuldhaftes Unterlassen annehmen zu können, muss dem Arbeitgeber/der Arbeitgeberin das Vorliegen einer Abhilfe gebietenden Situation so auch im Falle einer Belästigung entweder bekannt oder zumindest erkennbar sein.

Als Vorfrage war auch in diesem Zusammenhang zunächst zu klären, ob der Vorfall als Belästigung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit eingestuft werden konnte.

Xs Bemerkung, dass die neue Tätowierung der Antragstellerin einem Affen gleiche und seine unbeeindruckte Reaktion auf den Hinweis der Antragstellerin, dass es sich bei dem der Tätowierung zugrundeliegenden Motiv um ihren verstorbenen Vater handelte, war ein Indiz für eine Belästigung, die auf die Abstammung und insbesondere äußere Merkmale, die als fremd angesehen werden, abstellte. Der Senat glaubte dem Vorbringen der Antragstellerin betreffend diesen Vorfall und bejahte somit die zugrundeliegende Belästigung.

In Bezug auf eine angemessene Abhilfe durch die Antragsgegnerin war allerdings auf oben Gesagtes zu verweisen. Auch betreffend diese Belästigung kam der Senat zu dem Schluss, dass

¹³ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG (2021) § 6 Rz 12.

¹⁴ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG (2021) § 6 Rz 8.

¹⁵ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG (2021) § 6 Rz 28.

die Antragsgegnerin im Hinblick auf die Chronologie der Vorfälle äußerst rasche Maßnahmen organisiert hat und der Antragstellerin das Gefühl gegeben hatte, hinter ihr zu stehen. Aufgrund der Tatsache, dass sie ihren Krankenstand zwei Tage nach der schriftlichen Verwarnung angetreten hatte und die Antragsgegnerin daher auch aus Zeitgründen nur eingeschränkte Möglichkeiten hatte, weitere Schritte einzuleiten, um die Antragstellerin zu unterstützen, kam der Senat zu dem Ergebnis, die ausreichende Abhilfe auch in diesem Antragspunkt zu bejahen.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 26 Abs 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es der Antragsgegnerin gelungen ist zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die von ihr vorgebrachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

Wien, 19. Oktober 2021

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK