

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 13. Februar 2024 über den am 14. Oktober 2022 eingelangten Antrag der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für Ing.ⁱⁿ A (**Antragstellerin**) betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes bei den sonstigen Arbeitsbedingungen** gemäß **§ 3 Z 6 GIBG** (BGBl I Nr 66/2004 idgF), **durch eine geschlechtsbezogene Belästigung durch den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin** gemäß **§ 7 Abs 1 Z 1 GIBG** und **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 **§ 7 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/1111/22, zu folgendem

PRÜFUNGSERGEBNIS:

1. Ing.ⁱⁿ A ist nicht aufgrund des Geschlechtes bei den sonstigen Arbeitsbedingungen gemäß § 3 Z 6 GIBG durch die Z GmbH diskriminiert worden.
2. Ing.ⁱⁿ A ist nicht aufgrund des Geschlechtes durch eine geschlechtsbezogene Belästigung durch den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin gemäß § 7 Abs 1 Z 1 GIBG durch die Z GmbH diskriminiert worden.
3. Der Antrag, ob Ing.ⁱⁿ A aufgrund des Geschlechtes 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 § 7 Abs 1 Z 2 GIBG durch die Z GmbH diskriminiert wurde, konnte von Senat I der GBK nicht behandelt werden.

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

VORBRINGEN

¹ Vgl. zB VfSlg. 19.321.

Im **Antrag** wurde zusammengefasst Folgendes vorgebracht:

Die Antragstellerin sei seit 1.12.2015 als Junior Einkäuferin bei der Antragsgegnerin beschäftigt gewesen. Das Arbeitsverhältnis habe durch Kündigung der Antragstellerin zum 31.8.2022 geendet.

Der Grund für ihre Kündigung nach siebenjähriger Firmenzugehörigkeit liege in den im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses widerfahrenen Kränkungen, die sie in Zusammenhang mit ihrer Transgendereigenschaft sehe.

Im Laufe ihres Arbeitsverhältnisses sei sie auf Grund ihres Geschlechtes fortgesetzt abgewertet worden. Sie sei unzählige Male mit als abwertend empfundenen Aussagen bezugnehmend auf ihr Geschlecht und mit falschen Anreden als Mann durch eine Vielzahl von firmeninternen sowie firmenexternen Personen konfrontiert worden. Diese können in dieser Häufung nicht, wie von der Antragsgegnerin beschrieben, als Missverständnisse, Irrtümer oder Unachtsamkeit gewertet werden. Zudem hätten Belästigungen durch Y und X stattgefunden.

Zwar werden der Antragstellerin in der ... übermittelten Stellungnahme der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerin fachliche Kompetenz attestiert, jedoch sei ihr nach ihrem Empfinden nicht der Respekt und die Wertschätzung entgegengebracht worden, die sich jeder Mensch erwarten dürfe. Die Antragstellerin habe beinahe bis zum Ende ihres Arbeitsverhältnisses versucht, die als kränkend empfundenen Aspekte so gut es geht auszublenden, um eine gute Arbeitsleistung erbringen zu können und ihren Arbeitsplatz zu erhalten. Das Vertrauen, mit diesem höchstpersönlichen und sehr sensiblen Thema an die ihr nicht sehr vertraute Geschäftsführung heranzutreten, habe sie nicht aufbringen können.

Sehr wohl habe sie jedoch den Rat und die Unterstützung ihres unmittelbaren Vorgesetzten, Herrn W, gesucht, obwohl ihr auch dies sehr schwergefallen sei. Dieser sei nicht nur persönlich, sondern auch fachlich und organisatorisch ihre berufliche Bezugsperson gewesen. Sie habe ihn sehr respektiert, weshalb sein Verhalten sie umso mehr getroffen habe. Konkret habe sie ihn darauf hingewiesen, dass die Sachbearbeiterin von ..., B, und auch andere Personen sie mit männlicher Anrede ansprechen. Sie habe Herrn W gesagt, es sei kein Problem, wenn dies einmal versehentlich passiere, problematisch sei es für sie aber, wenn Personen dies vorsätzlich machen. Sie habe ihn um Unterstützung ersucht und ihn gefragt, was sie machen könne, da sie sich der Situation ausgeliefert und ohnmächtig fühle. Er habe nur gemeint, dass dies ein zwischenmenschliches Problem sei. Sie habe das Gefühl, dass W keine Lösung für ihr Problem gesehen habe. Sie wisse nicht, ob er dem Hilfeersuchen weiter nachgegangen sei oder Maßnahmen zu ihrem Schutz ergriffen habe. Die Anrede als Herr durch verschiedene Personen sei jedoch auch nach diesem Gespräch weiterhin erfolgt.

Wenn in der Stellungnahme bestritten werde, dass W ihr Vorgesetzter gewesen sei, sei festzuhalten, dass er Procurement Manager und die Antragstellerin seine weisungsgebundene Mitarbeiterin gewesen sei. Dies gehe auch aus dem Auditbericht 2019 hervor. In eben diesem

Auditbericht werde sie zweimal an unterschiedlichen Stellen mit männlichem Vornamen bezeichnet.

Herr V habe das Team gekannt und die Argumentation in der Stellungnahme, dass es sich um einen Fehler wie bei anderen Personen, deren Namen ebenso falsch geschrieben worden seien, handle, sei nicht überzeugend. Einzig bei der Antragstellerin sei dieser Fehler zweimal erfolgt, vor allem ihren Vornamen betreffend. Es dürfe grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass der Name und auch die unterschiedliche Bedeutung hinsichtlich des Geschlechtes bei den Namen ... und ... auch außerhalb des deutschen Sprachraumes bekannt sei. Für sie sei dies eindeutig so zu werten, dass an ihre Person in der männlichen Form gedacht worden sei.

W sei der Antragstellerin gegenüber weisungsbefugt und in sämtlichen, das Team betreffenden Angelegenheiten Ansprechperson gegenüber der Geschäftsführung und der Personalabteilung gewesen. Die wesentlichen Entscheidungen seien von ihm getroffen worden. Auch wenn er im Organigramm nicht offiziell als Führungskraft aufscheine, habe er faktisch dennoch diese Funktion innegehabt und seine Untätigkeit hinsichtlich der Bitte der Antragstellerin um Unterstützung sei der Antragsgegnerin zuzurechnen. Aufgrund dieser Untätigkeit sowie auch aufgrund des Verhaltens Ws selbst sei die Antragstellerin über eine lange Zeitspanne hindurch mit sehr nachteiligen Arbeitsbedingungen konfrontiert gewesen.

W habe etwa folgende Aussagen getroffen: „Sei einmal in Deinem Leben ehrlich“, „Du wärst eine Frau zum Heiraten, wenn Du nicht die Eigenheiten hättest, von denen ich weiß“, „Du weißt heutzutage nicht mehr, ob die Frau immer eine Frau war“, „Wer dich kennt, muss aufpassen, du solltest nach Deutschland oder in die USA auswandern“, „So bewegt sich nur ein Mann“, „Die anderen wissen, um deine Schwachstellen“ und die Antragstellerin solle „versuchen aus der Grauzone herauszukommen“, sie solle „beichten gehen“, in Bezug auf ihre heller werdende Stimme „Das Glas ist halb voll“, kurz vor seinem Ruhestand, dass es ihm „leid tut“, dass sie ein Problem mit dem „Urvertrauen“ habe und ob sie wirklich glaube, dass „niemand etwas gemerkt“ habe, weil sie „immer alleine auf Urlaub“ geht und „nie etwas über ihr Privatleben“ erzählt, im Zusammenhang mit dem schroffen Verhalten Us „Das Verhalten von Herrn U war eine Frechheit, eine Frau würde sich nicht so behandeln lassen“, „Du bist der Beste, ah, die Beste“. Die Antragstellerin habe ihm auch erzählt, dass sie eine Operation gehabt habe, jedoch nicht welche. Sie habe die Befürchtung, dass er über ihre persönliche Situation auch mit vielen Personen in- und außerhalb des Unternehmens gesprochen habe.

Der Antragstellerin sei von einigen Personen, die sie länger kennen, bestätigt worden, dass ihre Stimmlage in den letzten Jahren heller geworden sei. Im Unternehmen habe man ihre Geschlechtsumwandlung auch deshalb vermuten können, da ihr im Personalakt aufliegendes Maturazeugnis eine Zweitschrift sei. Zudem sei ihr männlicher Vorname bis 2016 beim Finanzamt eingetragen gewesen. Die Antragstellerin sei davon ausgegangen, dass dieser wie bei der

Sozialversicherung automatisch geändert werde und habe schließlich selbst die Änderung vorgenommen. Sie vermute, dass die Antragsgegnerin auch auf diesem Weg Kenntnis von der Geschlechtsumwandlung erhalten haben könnte.

Die Notwendigkeit der Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses bedeute für sie auch neue Zeiten der Arbeitssuche und den Verlust eines interessanten Arbeitsplatzes, auf dem sie unter anderen Umständen realistische Karrierechancen gehabt hätte.

Es sei wirklichkeitsfremd, dass sich ein Mensch, der mit der schwierigen Lebenssituation konfrontiert sei, im falschen Körper geboren zu sein, unter Umständen wie den geschilderten, in dem es fortlaufend zu Witzeleien und lustigen Anspielungen bezogen auf das Geschlecht komme, nicht vertrauten Personen und in ihrem Fall Männern mit diesen Problemen anvertraue. Auch die Tatsache, dass zwei Geschäftsführer in ihrer Gegenwart einschlägige zweideutige Anspielungen gemacht haben, habe ihr diesen Weg verunmöglicht. Diese Anspielungen seien dem Unternehmen direkt gemäß § 7 Absatz 1 Ziffer 1 GIBG zuzurechnen.

Die Erklärung hinsichtlich des Fotos für den Weltfrauentag sei nachvollziehbar und sie könne diese so stehen lassen. Verwehren möchte sie sich jedoch gegen die Argumentation, dass falsche Anreden in einem stressigen Arbeitsalltag passieren können. Diese falschen Anreden erfolgten über einen langen Zeitraum hindurch von einer Vielzahl an Personen und von manchen auch nach ihrem Hinweis auf ihr weibliches Geschlecht.

Eine Beweisführung, dass ihre Geschlechtsumwandlung im Unternehmen bekannt gewesen sei, sei ihr nicht möglich. Sie sei jedoch der Meinung, dass ihre Ausführungen das Vorliegen einer Diskriminierung glaubhaft machen.

Ihr sei bewusst, dass Ansprüche hinsichtlich einiger der Abwertungen bereits verjährt seien. Von einer Antragstellung gegen die Vielzahl der Personen, die ihr gegenüber Abwertungen getätigt haben, möchte sie absehen. Sie verbinde jedoch mit dieser Antragstellung die Hoffnung, dass durch das Verfahren bei der Gleichbehandlungskommission die von ihr erlebten und äußerst subtilen Abwertungen, denen sie über einen langen Zeitraum hindurch ausgesetzt gewesen sei, sichtbar werden und in ihrem ehemaligen Arbeitsumfeld über die theoretisch zur Verfügung stehenden Beschwerdetools hinaus ein höheres Bewusstsein für diskriminierende Situationen und die damit verbundenen nachteiligen Folgen für die betroffenen Personen entstehe.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerin übermittelten **Stellungnahme** vom 7.12.2022 bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe und trat ihnen zusammengefasst wie folgt entgegen:

Die Ausführungen der Antragstellerin seien unzutreffend und werden von der Antragsgegner-

rin ausdrücklich zurückgewiesen. Die Antragstellerin sei von 1.12.2015 bis 30.11.2016 als Junior Einkäuferin sowie von 1.12.2016 bis 31.8.2022 als Einkäuferin bei der Antragsgegnerin beschäftigt gewesen. Während ihrer siebenjährigen Anstellung sei sie von ihren Kolleginnen und Kollegen sowie Vorgesetzten sehr geschätzt worden und habe stets einen zufriedenen Eindruck vermittelt.

Die Antragsgegnerin sei Teil eines international operierenden Konzerns mit Hauptsitz in Ein wertschätzender und respektvoller Umgang mit den und unter den Mitarbeitenden zähle zu den expliziten Zielen der Antragsgegnerin. Zudem gehöre es zu den Leitgedanken, die geschlechtliche und sexuelle Vielfalt sowie Individualität der einzelnen Mitarbeitenden nicht nur zu akzeptieren, sondern Vielfalt vielmehr als wesentlichen Bestandteil der Unternehmenskultur zu etablieren. Die Antragsgegnerin habe hierzu sowie zur Verhinderung jeglicher Diskriminierungen die notwendigen Rahmenbedingungen geschaffen (z.B. Verhaltenskodex, Whistleblowing-Hotline, anonyme Umfragen, etc.).

Die Antragsgegnerin habe bis zum Schreiben der Gleichbehandlungsanwaltschaft vom 16.9.2022 keinerlei Kenntnis von den behaupteten Vorfällen gehabt. Dieser Umstand sei darauf zurückzuführen, dass die Antragstellerin – wie sie in ihrem Antrag vom 14.10.2022 selbst umfassend zugestehe – niemals an die Geschäftsführung der Antragsgegnerin herangetreten sei, um die von ihr behaupteten Vorfälle offenzulegen. Der Antragsgegnerin sei daher zu keinem Zeitpunkt bekannt oder bewusst gewesen, dass die Antragstellerin während ihrer Anstellung von geschlechtsbezogenen Belästigungen betroffen gewesen sein soll. Die Antragsgegnerin selbst habe keine Belästigungshandlungen gesetzt. Sie sei mangels Kenntnis auch nicht dazu in der Lage, geeignete Maßnahmen zur Verhinderung behaupteter Belästigung aufgrund des Geschlechtes zu setzen oder angemessene Abhilfe zu schaffen. Der Antragsgegnerin sei nicht einmal bekannt gewesen, dass die Antragstellerin eine Geschlechtsumwandlung hinter sich habe. Auch der Vermerk „Zweitschrift“ am Maturazeugnis lasse in keiner Weise auf eine Geschlechtsumwandlung schließen. Viel wahrscheinlicher seien Fälle wie der Verlust des Originals.

Dass viele der Vorwürfe auf Missverständnissen und besondere – wenn auch nachvollziehbare – Sensibilität durch die Antragstellerin zurückzuführen seien dürften, zeige sich nicht zuletzt daran, dass die Ausführungen rund um das Foto des Women's Day nicht mehr aufrechtgehalten werden, nachdem die Antragstellerin eine Erklärung dafür erhalten habe. Bis vor kurzem sah sie diesen „Vorfall“ noch als sicheres Zeichen einer Belästigung und habe gemeint, die Einzige gewesen zu sein, die nicht auf dem Foto war.

Unanwendbarkeit des § 3 Z 6 GIBG:

Die Antragstellerin mache unter anderem auch eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes in Bezug auf die sonstigen Arbeitsbedingungen nach § 3 Z 6 GIBG geltend. Selbst wenn die

von der Antragstellerin beschriebenen Vorfälle stattgefunden hätten – was von der Antragsgegnerin ausdrücklich bestritten werde – wären diese nicht unter den Tatbestand des § 3 Z 6 GIBG zu subsumieren. Übliche Anwendungsfälle seien beispielsweise die Art der Ausübung des Weisungsrechts, die Ausgestaltung des Arbeitsplatzes, konkrete Arbeitsaufgaben, die Einteilung der Arbeitszeit, etc. In keinem dieser oder vergleichbarer Punkte sei die Antragstellerin gegenüber ihren Kolleginnen und Kollegen ungleich behandelt worden. Daher liege keine Diskriminierung bezüglich der sonstigen Arbeitsbedingungen vor. Offenbar argumentiere die Antragstellerin dies auch nur, um die Großteils eingetretene Verjährung (drei Jahre bei Diskriminierung statt einem Jahr bei Belästigung) zu umgehen.

Vorwürfe betreffend Y:

Herr Y sei von 2.10.2014 bis 13.2.2018 als selbstständig vertretungsbefugter Geschäftsführer für die Antragsgegnerin tätig gewesen. Der von der Antragstellerin geschilderte Vorfall aus dem Jahr 2016/2017 sei der Antragsgegnerin nicht bekannt und habe von dieser auch nicht verifiziert werden können. Dies sei jedoch auch unerheblich, da ein allfälliger Anspruch binnen eines Jahres nach § 12 Abs 11 iVm § 15 Abs 1 GIBG geltend zu machen wäre und daher bereits verjährt sei.

Schon aufgrund von Verjährung könne keine der Antragsgegnerin als Arbeitgeberin zurechenbare geschlechtsbezogene Belästigung nach § 7 Abs 1 Z 1 GIBG vorliegen. Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Vorwurf erübrige sich daher. Die Antragsgegnerin bestreite aber, dass sich dieser Vorfall ereignet habe.

Vorwürfe betreffend X:

Herr X sei derzeit selbstständig vertretungsbefugter Geschäftsführer der Antragsgegnerin. Bei der fehlerhaften Anrede (... anstatt ...) in der E-Mail des Geschäftsführers an Herrn U vom 27.6.2022 handle es sich lediglich um einen in der Hektik des Geschäftsalltags nicht unüblichen Tippfehler. Herr X sei am 27.6.2022 bei einem Lieferantentermin in Ungarn gewesen und habe dringende Bestellanforderungen in Vorbereitung einer Kundenabnahme benötigt. Die Antragstellerin habe Herrn X ein Angebot eines Lieferanten für die Bestellung von Produkten per E-Mail geschickt, welches dieser an Herrn U weitergeleitet habe. Aufgrund des Zeitdrucks habe er sich bei der Anrede vertippt und Herrn U als ... angesprochen. Tippfehler bei schnellem Arbeiten würden vorkommen; dass aufgrund des Zeitdrucks eine Prüfung des rein internen Mails unterblieben sei, komme ebenso vor. Abgesehen davon, dass Herr X von der Geschlechtsumwandlung der Antragstellerin keine Kenntnis gehabt habe, hätte er es auch gerade in dieser Situation mit Sicherheit nicht im Sinn gehabt, die Gelegenheit just für einen Seitenhieb gegen die Antragstellerin zu nutzen. Es sei vielmehr darum gegangen, die Projektbedürfnisse so schnell wie möglich zu erfüllen. Dem habe die gesamte Aufmerksamkeit des Herrn X gegolten. Hinzu komme, dass diesem E-Mail drei direkt an die Antragstellerin gerichtete E-Mails vorausgegangen, in welchen sie stets korrekt angesprochen worden sei.

Es liege daher auch hier keine der Antragsgegnerin als Arbeitgeberin zurechenbare geschlechtsbezogene Belästigung nach § 7 Abs 1 Z 1 GIBG vor.

Vorwürfe betreffend W:

Herr W sei bis 30.11.2021 als dienstältester Mitarbeiter im Einkaufsteam, welchem unter anderem die Antragstellerin angehört habe, tätig gewesen. Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin sei Herr W jedoch nicht ihr Vorgesetzter im Sinne eines Arbeitgebers gewesen. Er habe insbesondere keinerlei Kompetenz und Entscheidungsmacht in Personalangelegenheiten gehabt. Die Arbeitgeberfunktion sei lediglich der Geschäftsführung der Antragsgegnerin, und damit zuletzt Herrn X, zugekommen.

Einer juristischen Person als Arbeitgeberin werde das Verhalten ihrer vertretungsbefugten Organe (i.e. Vorstand, Geschäftsführer) unmittelbar zugerechnet. Darüber hinaus werde einer juristischen Person als Arbeitgeberin auch das Verhalten eines betrauten Gehilfen zugerechnet, dem die Erfüllung der Arbeitgeberfunktion entweder ausdrücklich oder stillschweigend übertragen worden sei. Herr W sei nie Geschäftsführer der Antragsgegnerin gewesen. Zudem sei er auch zu keinem Zeitpunkt ein zur selbstständigen Geschäftsführung berufener Stellvertreter gewesen. Weder hatte er eine entsprechende Stellung gegenüber anderen Mitarbeitenden, noch seien ihm Befugnisse in Personalangelegenheiten übertragen worden. Auch aus der Positionsbeschreibung „Procurement Manager“ im internen Auditbericht, daher Verantwortlicher im Bereich der Strategie zur Beschaffung von Produkten und Dienstleistungen, lasse sich eine solche Stelle nicht ableiten. An dieser Einordnung ändere auch die Tatsache nichts, dass die Antragstellerin Herrn W als dienstältesten Mitarbeiter des Einkaufsteams als ihren Vorgesetzten empfunden habe.

Hieraus folge, dass der Antragsgegnerin daher auch kein Verhalten des Herrn W zugerechnet werden könne. Dieser sei vielmehr als Dritter im Sinne des § 7 Abs 1 Z 3 GIBG einzuordnen. Dieses Ergebnis sei auch sachgerecht, wäre es doch ausufernd, wenn sämtliche Mitarbeitenden, die auch nur im Ansatz eine höhere Position im jeweiligen Unternehmen ausüben, der Arbeitgeberin ohne Weiteres zugerechnet und diese so leicht haftbar gemacht werden könne. Dies gelte umso mehr, da die Antragstellerin ihre allfälligen Ansprüche auch direkt gegen den Belästiger nach § 7 Abs 1 Z 3 GIBG geltend machen könne.

Aus diesem Grund seien die beschriebenen Vorfälle bzw. Vorwürfe gegen Herrn W nicht der Antragsgegnerin als Arbeitgeberin zuzurechnen und begründen daher auch keine geschlechtsbezogene Belästigung nach § 7 Abs 1 Z 1 GIBG. Das Verhalten der Antragstellerin sei auch insofern nicht nachvollziehbar, als sie – auf Basis ihrer Schilderungen – wohl erkennen hätte müssen, dass Herr W nicht helfen werde. Spätestens im Zeitpunkt dieser Erkenntnis hätte sie sich aber an den eigentlich hierfür zuständigen Geschäftsführer oder auch an die Personalverantwortliche Frau T wenden können. Das habe sie aber laut eigener Aussage nicht getan. Herr W bestreite jedenfalls die vorgeworfenen Aussagen gegenüber der Antragstellerin.

Im Übrigen halte offensichtlich auch die Antragstellerin Herrn W für keinen Vertreter der Antragsgegnerin. Im Rahmen der Verbesserung vom 28.10.2022 habe sie auf die Frage, wer sie seitens des Arbeitgebers belästigt habe, nur die beiden Geschäftsführer, nicht aber Herrn W angegeben. Letztlich richte sich die Beschwerde wohl nur gegen die Antragsgegnerin, weil dort der größere Haftungsfond vermutet werde. Die Antragstellerin hätte nämlich ihrer Ankündigung entsprechend auch direkt gegen Herrn W vorgehen können. Das habe sie aber laut ihrem eigenen Antrag nicht gemacht.

Keine Fürsorgepflichtverletzung:

Sämtliche von der Antragstellerin erhobenen Vorwürfe gegen die Antragsgegnerin selbst als auch gegen ihre Kolleginnen und Kollegen sowie die Lieferantinnen und Lieferanten der Antragsgegnerin stehen im diametralen Gegensatz zu der von der Antragsgegnerin gelebten wertschätzenden, inklusiven und stets diskriminierungsfreien Unternehmenskultur. Ein respektvoller und achtsamer Umgang mit den und unter den Mitarbeitenden werde nicht zuletzt aufgrund des für alle Mitarbeitenden der Antragsgegnerin verbindlichen Code of Ethics and Business Conduct großgeschrieben. Nicht nur dieser Regelkatalog, sondern auch zusätzliche präventive Maßnahmen wie die Einrichtung einer Whistleblowing Hotline und die unterjährigen Mitarbeitendenbefragungen und -gespräche zeigen, dass die Antragsgegnerin eine Unternehmenskultur etabliert habe, in der Belästigungen aller Art verpönt seien und denen bei Kenntnis der Antragsgegnerin auch entsprechend entgegengewirkt werden würde.

Die Antragstellerin habe während ihrer siebenjährigen Beschäftigung bei der Antragsgegnerin jederzeit die Möglichkeit gehabt, mit den ihr vermeintlich widerfahrenen Diskriminierungsvorwürfen entweder in anonymer Form oder im Zuge eines persönlichen Gesprächs an den Geschäftsführer Herrn X oder die Personalleiterin Frau T heranzutreten. Vielmehr habe sich die Antragstellerin entschieden – trotz Kenntnis der von der Antragsgegnerin etablierten Maßnahmen zur Förderung einer wertschätzenden Unternehmenskultur – „die als kränkend empfundenen Aspekte so gut es geht auszublenden“ und dieses „höchstpersönliche und sehr sensible Thema“ für sich zu behalten. Die Antragstellerin gebe in ihrem Antrag vom 14.10.2022 damit ausdrücklich zu, dass sie weder die Geschäftsführung der Antragsgegnerin noch eine der Antragsgegnerin zurechenbaren Person über ihre Geschlechtsumwandlung und/oder die ihr vermeintlich widerfahrenen geschlechtsbezogenen Belästigungen informiert habe. Wenn sie über dieses Thema lieber mit einer Frau als einem Mann gesprochen hätte, wäre ihr auch die Personalchefin, Frau T, jederzeit zur Verfügung gestanden. Dass sich die Antragstellerin niemandem anvertrauen habe wollen, könne der Antragsgegnerin nicht zum Vorwurf gemacht werden. Ferner stehe dieses Zugeständnis der Antragstellerin im offenkundigen Widerspruch zu ihrem Vorwurf, dass die Antragsgegnerin trotz vermeintlicher Kenntnis von der Geschlechtsumwandlung sowie den Diskriminierungen keine geeigneten Maßnahmen zur Abhilfe getroffen hätte.

Nach § 7 Abs 1 Z 2 GIBG bedürfe es nämlich für die Annahme eines schuldhaften Unterlassens, dass der Arbeitgeberin das Vorliegen einer Abhilfe gebietenden Situation entweder bekannt oder zumindest erkennbar sein musste. Die Arbeitgeberin hafte jedoch nicht, wenn sie von der geschlechtsbezogenen Belästigung weder wusste noch wissen musste und daher auch objektiv keine Veranlassung für allfällige Abhilfemaßnahmen bestanden habe. Folglich seien die Voraussetzungen für eine schuldhafte Fürsorgepflichtverletzung der Antragsgegnerin nach § 7 Abs 1 Z 2 GIBG nicht gegeben.

PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin sowie die mündliche Befragung der Antragstellerin und des Geschäftsführers X (informierter Vertreter der Antragsgegnerin) vom 9.1.2024. Als weitere Auskunftspersonen wurden Y, C und D am 9.1.2024 sowie W am 13.2.2024 befragt. Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf den Dienstvertrag der Antragstellerin, die Stellenbeschreibung der Antragstellerin bei der Antragsgegnerin, die Bewerbungsunterlagen der Antragstellerin einschließlich ihr Reifeprüfungszeugnis in Zweitschrift, das Kündigungsschreiben der Antragstellerin vom 18.7.2022, einen Bescheid vom 28.1.2008 betreffend die Namenänderung, einen Befundbericht vom 8.10.2007, ein Konvolut an E-Mails an die Antragstellerin mit fälschlicher Anrede der Antragstellerin in männlicher Form, ein E-Mail der Antragstellerin an B vom 1.6.2021, ein E-Mail Xs vom 27.6.2022, eine eidesstattliche Erklärung Xs vom 7.12.2022, ein Organigramm der Antragsgegnerin aus dem Jahr 2015 und 2017, eine Abgangsbescheinigung der Antragstellerin der ... vom 9.8.2012, ein Auditbericht der Antragsgegnerin aus dem Jahr 2019, ein Konvolut an Urlaubs- und Zeitausgleichsanträgen der Antragstellerin, Performance Appraisals der Antragstellerin, den Code of Ethics and Business Conduct der Antragsgegnerin, einen Auszug aus dem online Befragungstool der Antragsgegnerin („... Survey“), das Interventionsschreiben der Gleichbehandlungsanwältin vom 16.9.2022 und die darauf replizierende Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 7.10.2022.

BEGRÜNDUNG²

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

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

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

6. bei den sonstigen Arbeitsbedingungen,

(...)“

„§ 7. (1) Eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes liegt auch vor, wenn eine Person durch geschlechtsbezogene Verhaltensweisen

1. vom/von der Arbeitgeber/in selbst belästigt wird,
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) Geschlechtsbezogene Belästigung liegt vor, wenn ein geschlechtsbezogenes Verhalten gesetzt wird, das die Würde einer Person beeinträchtigt oder dies bezweckt, für die betroffene Person unerwünscht 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 eine geschlechtsbezogene Verhaltensweise seitens des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin oder 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 und Entlohnung oder zur Grundlage einer anderen Entscheidung in der Arbeitswelt gemacht wird.

(...)“

Generell ist zur Frage des Beweismaßes und der Beweislastverteilung im GBK-Verfahren anzumerken, dass eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne des 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

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

für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.

Bei einer (sexuellen) Belästigung gilt davon abweichend, dass es dem 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, einer Diskriminierung im Zusammenhang mit der Transgendereigenschaft der Antragstellerin, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem **Sachverhalt** aus:

Die Antragstellerin war von 1.12.2015 bis 30.11.2016 als Junior Einkäuferin sowie von 1.12.2016 bis 31.8.2022 als Einkäuferin bei der Antragsgegnerin beschäftigt. Die Antragsgegnerin ist im Bereich der ... Anlagen tätig und Teil eines international operierenden Konzerns mit Hauptsitz in Das Dienstverhältnis endete durch Kündigung der Antragstellerin.

Die Antragstellerin vollzog einen Geschlechtswechsel von Mann zu Frau, ihr Namenswechsel von „...“ zu „...“ ist seit 2008 rechtsgültig beschieden.

W war bis zu seiner Pensionierung am 1.12.2021 im Einkaufsteam der Antragsgegnerin beschäftigt, dem auch die Antragstellerin angehörte. In seiner Rolle als Procurement Manager arbeitete er eng mit der Antragstellerin zusammen und war als dienstältester Kollege erster Ansprechpartner der Antragstellerin, hatte ihr gegenüber jedoch keine Vorgesetztenfunktion inne. Vorgesetzter der Antragstellerin war zunächst S und später X, welcher auch Urlaubs- und Zeitausgleichsanträge der Antragstellerin genehmigte und Mitarbeitendenbeurteilungen („Performance Appraisals“) durchführte.

B war Sachbearbeiterin im Bereich Ersatzteile bei der ... GmbH, einer Lieferantin der Antragsgegnerin und adressierte die Antragstellerin in einem E-Mail vom 1.6.2021 fälschlich mit „Sehr geehrter Herr ...“. Obwohl die Antragstellerin ihr am selben Tag mitteilte eine Frau zu sein, adressierte B die Antragstellerin erneut am 2.6.2021 in männlicher Form. Weitere Anreden der Antragstellerin in männlicher Form durch firmenexterne Personen erfolgten durch E-Mails von E am 20.11.2018, F am 20.11.2018, G am 10.11.2021 und 1.8.2022, H am 30.3.2022, J am 29.4.2022, I am 17.5.2022 sowie durch K am 21.7.2022.

Die Antragstellerin bat W um Unterstützung hinsichtlich der falschen Anreden als „Herr ...“ in den E-Mail von B. W verwies darauf, dass die Antragstellerin dies mit Lieferantinnen und Lieferanten selbst ausmachen muss. Die Antragstellerin erzählte W, dass sie eine Operation hinter sich habe, ohne diese näher zu spezifizieren.

In einem internen Auditbericht vom 11.6.2019, erstellt durch V von Z2 als Auditor, wird die Antragstellerin als „...“ (männlicher Vorname) geführt.

Während eines geschäftlichen Termins in Ungarn adressierte X den Kollegen der Antragstellerin U in einem E-Mail vom 27.6.2022, mit „Hallo ...“ (weiblicher Vorname). Das E-Mail erging in CC auch an die Antragstellerin.

Zur Förderung einer diskriminierungsfreien Unternehmenskultur hat die Antragsgegnerin einen verbindlichen Code of Ethics and Business Conduct, eine Whistleblowing Hotline, unterjährigen Befragungen und Gespräche mit Mitarbeitenden sowie eine anonymisierte Feedback-Umfrage über ein Online-Tool mit Fragen zum Betriebsklima („... Survey“).

Die Antragsgegnerin war mit der Arbeitsleistung der Antragstellerin zufrieden und stellte Aufstiegsmöglichkeiten in Aussicht.

Im Zuge ihrer Bewerbung bei der Antragsgegnerin übermittelte die Antragstellerin ihr Reifeprüfungszeugnis in einer Zeitschrift.

Nicht festgestellt werden konnte, ob der damalige Geschäftsführer Y 2016/17 zur Antragstellerin gesagt hat „..., du hast dich sehr verändert, hast dein Geschlecht gewechselt“, als diese im Schreibtischsessel von W saß.

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

1. Es liegt **keine Diskriminierung** aufgrund **des Geschlechtes bei den sonstigen Arbeitsbedingungen** gemäß **§ 3 Z 6 GIBG** durch die die **Z GmbH** vor.

Gemäß § 3 Z 6 GIBG darf niemand aufgrund des Geschlechtes bei den sonstigen Arbeitsbedingungen diskriminiert werden. Zum Verbot der Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes ist zunächst anzumerken, dass dieses wegen der weiten Auslegung auch Benachteiligungen von Transgenderpersonen erfasst.⁴ Beim Begriff der „sonstigen Arbeitsbedingungen“ handelt es sich um einen Auffangtatbestand, der weit auszulegen ist.⁵ Er umfasst neben den rechtlichen auch die faktischen Rahmenbedingungen für die Leistungserbringung der Arbeitnehmer/Arbeitnehmerinnen im laufenden Arbeitsverhältnis.⁶ Es werden darunter u.a. die Schwere (Erschwerung) der Arbeitsleistung und die Wertschätzung im Betrieb verstanden.⁷ Andere Beispiele sind eine Benachteiligung in Bezug auf: die Gewährung und Einteilung von Urlaub und Karenz, die Einteilung der Arbeitszeit, das Image, die Wertschätzung und Minderung des Ansehens im Betrieb, der Wechsel von Vollzeit- auf Teilzeitbeschäftigung, Leistungsbeurteilungen uvm.⁸

⁴ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 5/4 mit weiteren Nachweisen.

⁵ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 132.

⁶ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 129.

⁷ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 133.

⁸ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 133.

Zwar konnte die Antragstellerin den Sachverhalt in ihrer mündlichen Befragung glaubhaft darlegen und teils mit schriftlichen Unterlagen, allen voran E-Mails in welchen sie fälschlicherweise von firmenexternen Personen in männlicher Form adressiert wurde („Misgendering“), untermauern, allerdings ist dieses Vorbringen nach Ansicht des Senates nicht vom Anwendungsbereich der sonstigen Arbeitsbedingungen gem § 3 Z 6 GIBG umfasst. Der Senat hielt die Antragstellerin auch in Bezug auf die Äußerungen Ws für glaubwürdig, erkennt aber auch darin keine geschlechtsbezogene Diskriminierung bei den sonstigen Arbeitsbedingungen gem § 3 Z 6 GIBG, sondern allenfalls eine geschlechtsbezogene Belästigung. Hinsichtlich der fehlerhaften Nennung des Vornamens der Antragstellerin durch V der Z2 im internen Auditbericht, ging der Senat von einem Schreibfehler aus, da es keine Hinweise dafür gab, dass dieser von der Geschlechtsumwandlung der Antragstellerin Kenntnis hatte und den Vornamen bewusst falsch schrieb. Es gelang der Antragstellerin in der mündlichen Befragung auch sonst nicht, ihr diesbezügliches Vorbringen einer geschlechtsbezogenen Diskriminierung bei den sonstigen Arbeitsbedingungen weiter zu substantiieren.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs 12 GIBG gelangte der Senat zur Ansicht, dass es der Antragstellerin nicht gelungen ist, eine Diskriminierung durch die Antragsgegnerin glaubhaft zu machen. Daher kommt es zu keiner Beweislastverlagerung gemäß § 12 Abs 12 GIBG und geht dieses Beweisdefizit folglich zu Lasten der Antragstellerin.

2. Es liegt **keine Diskriminierung** aufgrund **des Geschlechtes durch eine Belästigung durch den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin** gemäß **§ 7 Abs 1 Z 1 GIBG** durch die **Z GmbH** vor.

Die geschlechtsbezogene Belästigung bezieht sich sowohl auf das biologische Geschlecht an sich, d. h. auf die Unterscheidung zwischen Mann und Frau (aber auch auf alle Varianten der Geschlechtsentwicklung gegenüber männlich oder weiblich [Intergeschlechtlichkeit]), als auch auf daran anknüpfende Rollenzuweisungen. Unter geschlechtsbezogenes Verhalten sind jene Verhaltensweisen zu subsumieren, die die Betroffenen aufgrund ihres Geschlechtes belästigen, die aber nichts mit sexuellem Verhalten zu tun haben. Kern der Belästigung im Sinne des § 7 GIBG ist das Abzielen auf das bloße Geschlecht.⁹ Damit sollen „Mobbingformen“ vermieden werden, denen eine verpönte Geschlechterabwürdigung innewohnt.¹⁰ Auch abwertende Äußerungen im Zusammenhang mit der Transidentität einer betroffenen Personen können grundsätzlich den Tatbestand erfüllen.

Die Belästigungshandlung kann weiters durch Dritte, etwa Arbeitskollegen/Arbeitskolleginnen oder durch den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin selbst gesetzt werden (§ 7 Abs 1 Z 1 GIBG).

⁹ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 7 Rz 3.

¹⁰ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 7 Rz 3.

Handelt es sich bei dem Arbeitgeber/der Arbeitgeberin um eine juristische Person, so ist dieser das Verhalten ihrer vertretungsbefugten Organe zuzurechnen.¹¹

Die Antragstellerin legte in diesem Zusammenhang ein E-Mail des Geschäftsführers X vom 27.6.2022 vor, in welchem dieser einen Kollegen der Antragstellerin fälschlicherweise mit „...“ (weiblicher statt männlicher Vorname) adressiert. Die Antragstellerin war in diesem E-Mail in CC gesetzt.

Für den Senat erfüllt dieser Vorfall den Tatbestand des § 7 Abs 1 Z 1 GIBG nicht. Zunächst führte X glaubhaft in seiner Befragung aus, von der Transidentität der Antragstellerin keine Kenntnis gehabt zu haben. Vielmehr stellt die Anrede des männlichen Kollegen als „...“ einen während einer Dienstreise unterlaufener Flüchtigkeitsfehler dar. Die diesbezüglich vorgelegten Unterlagen der Antragstellerin, wonach verschiedenste im Zuge des Bewerbungsprozesses übermittelte oder vorgezeigte Unterlagen ihren Geschlechtswechsel nahelegen, ließen nach Ansicht des Senates einen solchen Rückschluss nicht zu. Da keine weiteren Vorwürfe gegen X vorgebracht wurden und die Antragstellerin vielmehr selbst aussagte, X habe sich im Hinblick auf ihre Transidentität „nie was anmerken lassen“ und sie nie „darauf angesprochen“, ist auch nicht von einer Würdeverletzung in der tatbestandsmäßig geforderten Mindestintensität auszugehen. Dies auch deshalb, da die Antragstellerin selbst nicht Adressatin der falschen Anrede war.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs 12 GIBG gelangte der Senat erneut zur Ansicht, dass es der Antragstellerin nicht gelungen ist, eine Diskriminierung durch die Antragsgegnerin glaubhaft zu machen. Daher kommt es zu keiner Beweislastverlagerung gemäß § 12 Abs 12 GIBG und geht dieses Beweisdefizit folglich zu Lasten der Antragstellerin.

Die vorgebrachte Belästigung durch Y konnte vom Senat auf Sachverhaltsebene nicht festgestellt werden.

3. Der Antrag, ob eine **Diskriminierung 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 **§ 7 Abs 1 Z 2 GIBG** durch die **Z GmbH** vorliegt, konnte von Senat I der GBK **nicht behandelt** werden.

Zum Vorbringen der Antragstellerin, W habe keine Abhilfemaßnahmen gesetzt und damit § 7 Abs 1 Z 2 GIBG zuwidergehandelt, ist der Vollständigkeit halber festzuhalten, dass sich die Abhilfepflicht iSd § 7 Abs 1 Z 2 GIBG an den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin richtet und mangels Arbeitgeberfunktion Ws gegenständlich nicht einschlägig ist. Vorgesetzter der Antragstellerin war zunächst S und später X, was sich etwa auch daran erkennen lässt, dass dieser, und nicht

¹¹ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 7, RIS-Justiz RS0123580.

W, Urlaubs- und Zeitausgleichsanträge der Antragstellerin genehmigte. Die Bezeichnung als „Procurement Manager“ in der Signatur Ws vermag daran nichts zu ändern. Dass eine Abhilfepflichtverletzung durch X vorliege, wurde von der Antragstellerin nie behauptet und auch für den Senat zeigte die Befragung Xs deutlich, dass dieser keine Kenntnis der Abhilfe gebietenden Situation hatte bzw. haben musste.

Abschließend ist es dem Senat wichtig festzuhalten, dass die Antragstellerin auf den Senat einen glaubwürdigen Gesamteindruck machte und deutlich wurde, dass ihre Beschäftigung bei der Antragsgegnerin im Hinblick auf ihre Transidentität zu einem erheblichen Leidensdruck führte. Dieser mündete schließlich in der Kündigung der Antragstellerin, obwohl ihr gute Karriereöglichkeiten bei der Antragsgegnerin eingeräumt wurden. Vor allem das Vorbringen in Bezug auf W erschien dem Senat problematisch. So konnte die Antragstellerin seine Äußerungen glaubhaft nacherzählen, wohingegen die Gegendarstellung Ws, von nichts zu wissen und sich an nichts erinnern zu können, pauschal und wenig glaubwürdig wirkte, dies auch im Hinblick auf die enge Zusammenarbeit der Antragstellerin mit W. Der Senat geht vielmehr davon aus, dass W, im Gegensatz zu X, sehr wohl Kenntnis über den Geschlechtswechsel der Antragstellerin hatte. Eine Ausweitung des Antrags auf W war von der Antragstellerin jedoch ausdrücklich nicht gewünscht. Obgleich im gegenständlichen Fall eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nicht vorliegt, möchte der Senat seinem Verständnis gegenüber dem Anliegen und der Situation der Antragstellerin Ausdruck verleihen.

Wien, 13. Februar 2024

Mag.^a Stefanie Mandl, MA

Stv. Vorsitzende des Senates I der GBK