



DISSERTATION

Titel der Dissertation

MOBBING

**Mobbing, Belästigung und andere unerwünschte Verhaltensweisen
am Arbeitsplatz. Arbeits- und schadenersatzrechtliche Ansprüche.**

Verfasser

Mag. iur. Thomas Majoros

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2009

Studienkennzahl lt.

A >083 101<

Studienblatt:

Dissertationsgebiet lt.

Rechtswissenschaften

Studienblatt:

Betreuerin / Betreuer:

Ao. Univ. Prof. Dr. Martin Risak

Thomas Majoros

MOBBING

**Mobbing, Belästigung und andere unerwünschte Verhaltensweisen
am Arbeitsplatz. Arbeits- und schadenersatzrechtliche Aspekte**

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis

Literaturverzeichnis

Einleitung

- I. Relevanz des Themas
 1. Allgemeines
 2. Empirische Studien
 3. Definition
 4. Gesetzliche Regelungen?
- II. Untersuchungsgegenstand
 1. Die Rechtsprechung
 2. Die Literatur
 3. Meinungsstand
 4. Offene Fragen
- III. Vorgangsweise

Mobbing, Belästigung und andere unerwünschte Verhaltensweisen am Arbeitsplatz.
Arbeits- und schadenersatzrechtliche Aspekte

- I. Was ist Mobbing? Definitionen und Forschungsergebnisse der Sozialwissenschaften.
 1. Allgemeines
 2. Definition des Mobbing-Begriffs
 3. Erscheinungsformen von Mobbing
 - 3.1. Typische Mobbinghandlungen
 - 3.2. Mobbingverlauf nach *Leymann*
 - 3.3 Empirische Untersuchungen
 - 3.3.1 Untersuchung in Schweden (*Leymann*)
 - 3.3.2 Untersuchung in Österreich (*Niedl*)
 - 3.3.3 Untersuchung in Deutschland (*Meschkatat/Stackelbeck/Langenhoff*)

3.3.4 EU-weit durchgeführte Untersuchungen (Dublin-Stiftung)

4. Folgen von Mobbing

4.1 Untersuchung in Schweden (*Leymann*)

4.2 Untersuchung in Deutschland (*Meschkatat/Stackelbeck/Langenhoff*)

4.3 EU-weit durchgeführte Untersuchungen (Dublin-Stiftung)

5. Psychische Belastungen am Arbeitsplatz im Allgemeinen

5.1 Allgemeines, Begriff

5.2 Konflikte

5.3 Burnout

5.4. (Sexuelle) Belästigung

5.5 Empirische Untersuchungen

5.5.1 Deutsche Untersuchungen zu sexueller Belästigung

5.5.2 Vierte Europäische Erhebung über die Arbeitsbedingungen (Dublin-Stiftung)

6. Zusammenfassung

II. Rechtliche Relevanz von Mobbing – Mobbing als Rechtsbegriff?

1. Allgemeines

2. Mobbing als gesetzlicher Tatbestand?

2.1.Österreich

2.2. Europäische Union

3. Relevanz des Mobbingbegriffs in der (österreichischen) Rechtsprechung

4. Schlussfolgerungen

5. Zusammenfassung

III. Rechtswidrigkeit von Mobbing und anderen unerwünschten Verhaltensweisen am Arbeitsplatz – Versuch einer Abgrenzung

1. Allgemeines

2. Grundsätzliches zu Verpflichtungen in der „Arbeitswelt“

2.1. Unterscheidung Schuldverhältnisse aufgrund Rechtsgeschäft / unmittelbar aufgrund Gesetz

2.2. Persönlichkeitsrecht

2.3. Verpflichtung des Arbeitgebers, Fürsorgepflicht

2.4. Verpflichtung des Arbeitnehmers - Treuepflicht

2.5. Pflichten Arbeitnehmer untereinander?

2.5.1. Problem

2.5.2. Zivilrechtliche Grundlagen

2.5.3. Arbeitsrechtlicher Meinungsstand

2.5.4. Eigene Ansicht

3. Erörterung nach Fallgruppen, Übersicht

4. Tatbestände des Strafrechts und allgemeinen Schadenersatzrechts

4.1. Tatbestände des Strafrechts

4.1.1. Allgemeines

4.1.2. Einzelne Tatbestände

4.1.2.1. Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben

4.1.2.2. Strafbare Handlungen gegen die Freiheit

4.1.2.3. Strafbare Handlungen gegen die Ehre

4.1.2.4. Verletzungen der Privatsphäre und bestimmter Berufsgeheimnisse

4.1.2.5. Strafbare Handlungen gegen fremdes Vermögen

4.1.2.6. Strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung

4.1.2.7. Sonstige Strafbare Handlungen

4.2. Tatbestände des allgemeinen Schadenersatzrechts

4.2.1. Allgemeines

4.2.2. Einzelne Tatbestände

4.2.2.1. Körperverletzung

4.2.2.2. Geschlechtliche Selbstbestimmung

4.2.2.3. Wahrung der Privatsphäre

4.2.2.4. Ehre

4.2.2.5. Sachschäden, Schäden am Vermögen

5. Mobbing

5.1. Mobbing durch Arbeitgeber

5.1.1. „Aktives“ und „passives“ Mobbing durch Arbeitgeber

5.1.2. Abgrenzung der Rechtswidrigkeit bei „aktivem Mobbing“

5.1.2.1. Problem

5.1.2.2. Aussagen der österreichischen Rechtsprechung

5.1.2.3. Aussagen der deutschen Rechtsprechung

Exkurs: Missbräuchliche Rechtsausübung durch den Arbeitgeber als Mobbing

1. Problem

2. bisheriger Meinungsstand

2.1. Allgemeines

- 2.2. Besonderheiten im Arbeitsrecht
- 3. Konsequenzen für „Mobbingsachverhalte“
- 5.1.2.4. Schlussfolgerungen
- 5.1.3. Abgrenzung der Rechtswidrigkeit bei „passivem Mobbing“ durch den Arbeitgeber
 - 5.1.3.1. Problem
 - 5.1.3.2. Bisheriger Meinungsstand
 - 5.1.3.3. Eigene Ansicht
- 5.2. Mobbing durch Arbeitnehmer
- 6. Belästigung iS GIBG/BehEinstG
 - 6.1. Einleitung
 - 6.2. Sexuelle Belästigung
 - 6.3. „Sonstige“ Belästigung
 - 6.4. Verhältnis sexuelle / geschlechtsbezogene Belästigung
 - 6.5. Tatbestandselemente der Belästigung
 - 6.5.1. Beeinträchtigung der Würde
 - 6.5.1.1. Problem
 - 6.5.1.2. Bisheriger Meinungsstand
 - 6.5.1.3. Eigene Ansicht
 - 6.5.2. „Unerwünscht, unangebracht oder anstößig“
 - 6.5.3. „Einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt“
 - 6.5.3.1. Problem
 - 6.5.3.2. Bisheriger Meinungsstand
 - 6.5.3.3. Eigene Ansicht
 - 6.2.4.4. Konkrete Beispiele aus der Judikatur
 - 6.2.4.5. Abschließende Bemerkung
- 7. Belästigung außerhalb GIBG/BehEinstG
 - 7.1. Problem
 - 7.2. Bisheriger Meinungsstand
 - 7.3. Eigene Ansicht
- 8. Unerwünschte Verhaltensweisen „unterhalb der Schwelle zur Belästigung“
 - 8.1. Problem
 - 8.2. Bisheriger Meinungsstand
 - 8.3. Eigene Ansicht

9. Zusammenfassung

IV. Arbeitsrechtliche Konsequenzen für den Arbeitgeber

1. Allgemeines

2. Ermahnung

3. Versetzung

3.1. Grundsätzliches

3.2. Arbeitsvertragliche Ebene

3.3. Betriebsverfassungsrechtliche Ebene

3.4. Anwendung auf unerwünschte Verhaltensweisen am Arbeitsplatz

4. Kündigung

4.1. Allgemeines

4.2. Anwendung auf unerwünschte Verhaltensweisen am Arbeitsplatz

4.2.1. Allgemeiner Kündigungsschutz

4.2.2. Besonderer Kündigungsschutz

5. Entlassung

5.1. Allgemeines

5.2. Entlassungsgründe bei Angestellten

5.2.1. Übersicht

5.2.2. Entlassungsgrund der Vertrauensunwürdigkeit

5.2.2.1. Grundsätzliches

5.2.2.2. Beispiele

5.2.3. Entlassungsgrund der Aufforderung zum Ungehorsam

5.2.3.1. Grundsätzliches

5.2.3.2. Beispiele

5.2.4. Entlassungsgrund der Tötlichkeiten, Verletzungen der Sittlichkeit oder erheblichen Ehrverletzungen

5.2.4.1. Grundsätzliches

5.2.4.2. Tötlichkeiten

5.2.4.3. Verletzungen der Sittlichkeit

5.2.4.4. Erhebliche Ehrverletzungen

5.3. Entlassungsgründe bei Arbeitern

5.4. Besonderer Entlassungsschutz

6. Zusammenfassung

V. Arbeitsrechtliche Konsequenzen für den Arbeitnehmer

1. Unterlassungs- bzw Erfüllungsansprüche

1.1. Problem

1.2. Bisheriger Meinungsstand

1.3. Eigene Ansicht

2. Leistungsverweigerungsrecht

2.1. Problem

2.2. Bisheriger Meinungsstand

2.3. Eigene Ansicht

3. Austrittsrecht

3.1. Allgemeines

3.2. Austrittsgründe, Übersicht

3.3. Austrittsgrund der Unfähigkeit zur Fortsetzung der Dienstleistung

3.4. Austrittsgrund der Gesundheitsgefährdung

3.5. Austrittsgrund der Gefährdung der Sittlichkeit

3.6. Austrittsgrund der Verletzung wesentlicher Vertragsbestimmungen

3.7. Austrittsgrund der Verweigerung von Schutzpflichten

3.8. Austrittsgrund der Tötlichkeiten, Verletzungen der Sittlichkeit oder erheblicher Ehrverletzungen

3.8.1. Tatbestand

3.8.2. Zurechnung

3.8.2.1. Problem

3.8.2.2. Bisheriger Meinungsstand

3.8.2.3. Eigene Ansicht

4. Zusammenfassung

VI. Rechte des Betriebsrates

1. Übersicht

2. Allgemeine Befugnisse

2.1. Allgemeines

2.2. Zusammenhang mit unerwünschten Verhaltensweisen am Arbeitsplatz

2.2.1. Überwachung

2.2.2. Intervention

2.2.3. Bewertung

2.2.4. Betriebsvereinbarungstatbestände

2.2.4.1. Übersicht

2.2.4.2. Allgemeine Ordnungsvorschriften, die das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb regeln (§ 97 Abs 1 Z 1 ArbVG)

2.2.4.3. Maßnahmen zur menschengerechten Arbeitsgestaltung (§ 97 Abs 1 Z 9 ArbVG)

2.2.4.4. Betriebliches Beschwerdewesen (§ 97 Abs 1 Z 20 ArbVG)

2.2.4.5. Abschließende Bemerkung

3. Mitwirkung in personellen Angelegenheiten

3.1. Allgemeines

3.2. Zusammenhang mit unerwünschten Verhaltensweisen am Arbeitsplatz

3.2.1. Disziplinarmaßnahmen

3.2.1.1. Disziplinarordnung

3.2.1.2. Disziplinarmaßnahmen

3.2.1.3. Bewertung

3.2.2. Mitwirkung bei Versetzungen

3.2.3. Mitwirkung in wirtschaftlichen Angelegenheiten

4. Zusammenfassung

VII. Schadenersatzrechtliche Konsequenzen

1. Einleitung

1.1. Elemente des Schadenersatzrechts

1.2. Problemfall – Mehrzahl von Tätern

1.2. Anwendung auf unerwünschte Verhaltensweisen am Arbeitsplatz

2. Ansprüche des Arbeitnehmers

2.1. Allgemeines

2.2. Haftung des Arbeitgebers für Verhalten anderer Personen

2.2.1. Organe / Repräsentanten

2.2.2. Grundsätzliches zur Gehilfenhaftung

2.2.3. Erfüllungsgehilfenhaftung und Fürsorgepflicht

2.2.3.1. Problem

2.2.3.2. Bisheriger Meinungsstand

2.2.3.3. Eigene Ansicht

2.3. Sozialversicherungsrechtliche Besonderheiten

2.3.1. „Dienstgeberhaftungsprivileg“

2.3.1.1. Grundsätzliches

2.3.1.2. Anwendung auf Mobbing / Belästigung

2.3.2. „Legalzession“

2.4. Regressansprüche gegen Arbeitgeber

2.5. Einzelne Anspruchsgrundlagen

2.5.1. Körperverletzung

2.5.2. Verletzung an der Ehre

2.5.3. Sachschäden

2.5.4. „Reine Vermögensschäden“

2.5.5. Sonstige Rechtsverletzungen

2.6.. Sonderfall Schadenersatz bei Belästigungen

2.6.1. Grundsätzliches

2.6.2. Europarechtliche Vorgaben

2.6.3. Relevanz des Verschuldens

2.6.4. Bemessung des Schadenersatzes

2.6.4.1. Problem

2.6.4.2. Bisheriger Meinungsstand

Aussagen zum „alten“ GIBG

Aussagen zum „neuen“ GIBG

2.6.4.3. Eigene Ansicht

Ausgangssituation

Kriterien zur Schadensbemessung

2.7. Ersatz ideeller Schäden in sonstigen Fällen?

3. Ansprüche des Arbeitgebers

3.1. „Primäre“ Schadenersatzansprüche des Arbeitgebers gegenüber ArbeitnehmerInnen

3.2. Regressansprüche des Arbeitgebers

4. Zusammenfassung

Zusammenfassung

Anhang

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl	Amtsblatt
Abs	Absatz
AHG	Amtshaftungsgesetz
aM	anderer Meinung
AngG	Angestelltengesetz
Anm	Anmerkung
APSG	Arbeitsplatzsicherungsgesetz
ARD	ARD-Betriebsdienst
Arb	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
Art	Artikel
ASchG	ArbeitnehmerInnenschutzgesetz
ASGG	Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
AVRAG	Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz
ASoK	Arbeits- und Sozialrechtskartei
BAG	Berufsausbildungsgesetz
BehEinstG	Behinderteneinstellungsgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
bspw	beispielsweise
bzw	beziehungsweise
ca	circa
ders	derselbe
dh	das heißt
DHG	Dienstnehmerhaftpflichtgesetz
DRdA	Das Recht der Arbeit
DSG 2000	Datenschutzgesetz 2000

E	Entscheidung
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
Erl	Erläuterung(en)
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen
f	und der (die) folgende
ff	und die fortfolgenden
FN	Fußnote
FS	Festschrift
G	Gesetz
gem	gemäß
GewO 1859	Gewerbeordnung 1859
GIBG	Gleichbehandlungsgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
hA	herrschende(r) Ansicht
hL	herrschende(r) Lehre
hM	herrschende(r) Meinung
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
ieS	im engeren Sinne
infas	Informationen aus dem Arbeits- und Sozialrecht
insb	insbesondere
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des/der
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinne

iZm	im Zusammenhang mit
JB	Juristische Blätter
Kap	Kapitel
LG	Landesgericht
LGBl	Landesgesetzblatt
lit	litera
Lit	Literatur
mE	meines Erachtens
MSchG	Mutterschutzgesetz
mwN	mit weiteren Nachweisen
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Deutschland)
ÖGB	Österreichischer Gewerkschaftsbund
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
Pkt	Punkt
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randzahl
StGB	Strafgesetzbuch
stRsp	ständige Rechtsprechung
SWK	Österreichische Steuer- und Wirtschaftskartei

SZ	Entscheidungen des österreichischen obersten Gerichtshofs in Zivil- und Justizverwaltungssachen
tlw	teilweise
ua	unter anderem
UrlG	Urlaubsgesetz
uU	unter Umständen
v	vom
va	vor allem
VBG	Vertragsbedienstetengesetz
vgl	vergleiche
VKG	Väter-Karenzgesetz
VO	Verordnung
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
Z	Ziffer
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
zB	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung
zT	zum Teil

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- Adamovic*, Mobbing und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, ARD 5608/13/2005
- Aicher* in *Rummel*, ABGB I³ (2000)
- Marion Binder*, Mobbing aus arbeitsrechtlicher Sicht (1999)
- Binder* in *Löschnigg*, AngG II⁸ (2007)
- Binder*, Die Verzahnung von Arbeits- und Zivilrecht, ZAS 2008/24
- Binder*, AVRAG (2001)
- Brodil* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap X (Loseblatt)
- Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991)
- Bydlinski*, Der Ersatz ideellen Schadens als sachliches und methodisches Problem, JBI 1965, 173 und 237
- Bydlinski*, Vertragliche Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter, JBI 1960
- Bydlinski*, Der immaterielle Schaden in der österreichischen Rechtsentwicklung, in FS von *Caemmerer* (1978), 785
- Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht, III³ (2005)
- Cerny* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht III³ (2005)
- Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzensgeld⁹ (2008)
- Eichinger*, Rechtsfragen zum Gleichbehandlungsgesetz (1993)
- Engelbrecht* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap XVI (Loseblatt)
- Esser/Wolmerath/Niedl*, Mobbing. Der Ratgeber für Betroffene (1999)
- Firlej*, Versetzung eines Profifußballers zu den Amateuren, DRdA 2003, 183
- Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ (1998)
- Friedrich* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG (2005)
- Gahleitner*, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007/24
- Gahleitner* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht, III³ (2005)
- Grillberger* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ (1998)
- Hess-Knapp*, Sexuelle Belästigung jugendlicher ArbeitnehmerInnen, insb von Lehrlingen, und die Rechtsfolgen, DRdA 2009, 163
- Holzer/Reissner*, AVRAG² (2006)
- Hopf*, Belästigung in der Arbeitswelt in FS Bauer/Maier/Petrag (2004), 147
- Hopf*, Belästigungsschutz neu, RdW 2004, 601

Jabornegg, Kein Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers? in FS Schwarz (1991), 89

Karner/Koziol, Der Ersatz ideellen Schadens im Österreichischen Recht und seine Reform (2003)

Kastner, Psychische Belastungen, Anforderungen und Beanspruchungen in einem Betrieb – Von der Analyse zur Intervention, in Psychische Belastungen am Arbeitsplatz, Fachtagung des Gesundheitswesens der Volkswagen AG in Kooperation mit der Bundesanstalt für Arbeitsschutz- und Arbeitsmedizin und dem Projektträger im DLR (2003)

Kerschner, DHG (2004)

Kietaibl, Die Versetzung aus arbeitsrechtlicher Sicht, ZAS 2005/11

Klein, Anm zu OGH 8 Ob A 187/97a, DRdA 1998/21

Kletecka in Rebhahn, GIBG (2005)

Kolodej, Mobbing - Psychoterror am Arbeitsplatz und seine Bewältigung² (2005)

Koziol, Haftpflichtrecht I³ (1997)

Koziol, Haftpflichtrecht II² (1984)

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³ (2006)

Krejci in Rummel, ABGB I³ (2000)

Krejci/Böhler in Tomandl, System des österreichischen Sozialversicherungsrechts (Loseblatt)

Leymann, Mobbing – Psychoterror am Arbeitsplatz und wie man sich dagegen wehren kann (1993)

Leymann (Hrsg), Der neue Mobbing-Bericht (1995)

Leymann, Einführung: Mobbing. Das Konzept und seine Resonanz in Deutschland, in *Leymann* (Hrsg), Der neue Mobbing-Bericht (1995) 13

Leymann, Wenn Mobbing krank macht. Die posttraumatische Stressbelastung und ihre Folgen, in *Leymann* (Hrsg), Der neue Mobbing-Bericht (1995) 42

Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ (2003)

Löschnigg (Hrsg), AngG II⁸ (2007)

Löschnigg in Löschnigg, AngG II⁸ (2007)

Majoros, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadenersatzes im Gleichbehandlungsgesetz, DRdA 2007, 515

Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht (2006)

Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG (2005)

Marhold, Kommentar zu OGH 24.10.1978, 4 Ob 91/78, ZAS 1979, 177

Massl, LG St. Pölten: Austritt wegen der Gefährdung der Gesundheit durch Mobbing, DRdA 200, 435

Mayer-Maly, Das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitnehmern (bei traditioneller Einzelarbeit), in *Tomandl*, Innerbetriebliche Arbeitnehmerkonflikte aus rechtlicher Sicht (1977) 59

Mazal/Risak (Hrsg), Das Arbeitsrecht (Loseblatt)

Meschkatat/Stackelbeck/Langenhoff, Der Mobbing-Report, Repräsentativstudie für die Bundesrepublik Deutschland⁶

Mitgutsch, Rechtliche Bewertung und Handlungsmöglichkeiten, in *Esser/Wolmerath/Niedl*, Mobbing. Der Ratgeber für Betroffene (1999), 207

Mosler in *Tomandl*, ArbVG (2007)

Mosler in *Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht* (2006)

Neumayr/Reissner (Hrsg), *Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht* (2006)

Niedl, Mobbing/Bullying am Arbeitsplatz (1995)

Niedl, Wem nützt Mobbing? Psychoterror am Arbeitsplatz und die Personalwirtschaft von Unternehmen, in *Leymann* (Hrsg), Der neue Mobbing-Bericht (1995) 55

Nestler, Mobbing am Arbeitsplatz (2001)

Oberhofer, Arbeitskollegen- und Regreßhaftung gegenüber Sozialversicherungsträger als „Risikoschaden“, DRdA 1995, 1.

Poppelreuter/Mierke, Psychische Belastungen am Arbeitsplatz, Ursachen-Auswirkungen-Handlungsmöglichkeiten², (2005)

Posch, Anm zu OGH Ob A 3/04f, ZAS 2005, 241

Posch in *Rebhahn*, GIBG (2005)

Rauch, Arbeitsrechtliche Folgen von Mobbing, ASoK 2007, 373

Rauch, Mobbing aus arbeitsrechtlicher Sicht, ASoK 2002, 332

Rebhahn (Hrsg), GIBG (2005)

Rebhahn/Kietaibl in *Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht* (2006)

Reischauer in *Rummel*, ABGB II³ (2007)

Reissner, Austritt eines Fußballtrainers auf Grund von Mobbing, DRdA 2005, 277

Reissner in *Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht* (2006)

Resch, Anmerkungen zur arbeitsrechtlichen Beschäftigungspflicht, DRdA 1991, 424

Rummel (Hrsg), *Kommentar zum ABGB I* (2000), *II* (2002-2005)

Schindler, Zur Umsetzung des EU-Rechts in Österreich (Teil II), DRdA 2003, 523

Schnorr, Probleme des allgemeinen sozialen Kontaktes zwischen Arbeitnehmern eines Betriebes, in *Tomandl*, Innerbetriebliche Konflikte aus rechtlicher Sicht (1977) 21

Schrammel in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁵ (2008)

Schrammel, Haftungsminderung „bei“ Erbringung der Dienstleistungen, ZAS 1985, 203

Schrank in *Tomandl*, ArbVG (2007)

W. Schwarz, Die Beschäftigungspflicht im Arbeitsverhältnis, in FS Floretta (1983) 415

Smutny/Hopf, Mobbing – auf dem Weg zum Rechtsbegriff“? RdA 2003, 110

Smutny/Hopf, Ausgemobbt! (2003)

Smutny/Mayr, GIBG (2001)

Spielbühler/Grillberger in *Floretta/Spielbühler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ (1998)

Strasser/Jabornegg, ArbVG³ (1999)

Strasser, Das Recht des Dienstnehmers auf Beschäftigung, ÖJZ 1954, 60

Strasser, Der immaterielle Schaden im österreichischen Recht (1964)

Sturm/Körper in *Mazal/Risak*, das Arbeitsrecht, Kap VIII (Loseblatt)

Tinhofer, Die kollektivrechtlichen Aspekte der Versetzung, ZAS 2005/12

Welser, Bürgerliches Recht II¹³ (2007)

Tomandl, ArbVG (2007)

Tomandl (Hrsg), Innerbetriebliche Arbeitnehmerkonflikte aus rechtlicher Sicht (1977)

Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts (Loseblatt)

Tomandl in *Tomandl*, System des österreichischen Sozialversicherungsrechts (Loseblatt)

Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht II⁵ (2008)

Vierte Europäische Erhebung über die Arbeitsbedingungen, Europäische Stiftung zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen (Dublin, 2008)

Windisch-Graetz in *Rebhahn*, GIBG (2005)

Windisch-Graetz, Arbeitnehmerschutz und Sanktionenkatalog, in *Resch*, Arbeitnehmerschutz: Schutz für Gesundheit, Sittlichkeit und Vermögen (2005), 34

Windisch-Graetz in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap XIII (Loseblatt)

Windisch-Graetz in *Zeller* Kommentar zum Arbeitsrecht (2006)

Windisch-Graetz, Probleme der Mehrfachdiskriminierung in der Arbeitswelt, DRdA 2005, 242

Wolmerath, Mobbing. Rechtshandbuch für die Praxis³ (Baden-Baden 2007)

EINLEITUNG

I. Relevanz des Themas

1. Allgemeines

Über das Thema Mobbing am Arbeitsplatz wird häufig diskutiert. Obwohl Vieles bei dieser Diskussion missverstanden (nicht jeder Konflikt am Arbeitsplatz ist „Mobbing“) und dieser Begriff teilweise inflationär verwendet wird, handelt es sich hier tatsächlich um ein Problem, das keinesfalls unterschätzt werden darf. Die Folgen sind nämlich sowohl für den einzelnen Betroffenen als auch den jeweiligen Arbeitgeber und letztlich auch für die Allgemeinheit beträchtlich: Mobbingopfer leiden häufig an psychischen Beschwerden wie Konzentrationsproblemen, Gedächtnisstörungen, Selbstzweifel, Selbstunsicherheit, Depressionen, Antriebslosigkeit, Weinkrämpfe, Gefühlen der Verzweiflung, Suizidgedanken, paranoiden Zuständen, Übersensibilität, gereizten, aggressiven Stimmungen, Hektik, Rastlosigkeit, Alpträumen und „Flashbacks“ belastender Situationen.¹ Für den Arbeitgeber entstehen Produktionsausfälle, zB durch Krankheit, sowie weitere wirtschaftliche Verluste, indem viele der „Mitarbeiter“ gar nicht mehr „mitarbeiten“, sondern *aussteigen* – bis hin zur inneren Kündigung. Aber auch für die Gesellschaft entstehen beträchtliche Kosten für ärztliche Betreuung, Bearbeitung und Versorgung über die Krankenversicherung, Rehabilitationsversuche, Frührenten usw.²

2. Empirische Studien

Dass es sich hier nicht um „bloße“ Einzelfälle handelt, belegen empirische Studien:

Eine in Schweden durchgeführte Befragung von rund 2500 Personen im Alter von 18 bis 65 Jahren, die während der letzten zwölf Monate Lohnarbeit geleistet hatten, ergab, dass 3,5% der Befragten durch eine oder mehrere Mobbinghandlungen belästigt wurden, und zwar mindestens einmal die Woche während mindestens eines halben Jahres. *Leymann* zieht daraus den Schluss, dass hochgerechnet durchschnittlich jeder vierte Schwede, der in das Arbeitsleben eintritt, wenigstens

¹ *Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzengeld⁹ (2008) 47. Zu den Mobbingfolgen siehe bspw auch *Kolodej*, Mobbing – Psychoterror am Arbeitsplatz und seine Bewältigung² (2005) 109 und *Leymann*, Mobbing – Psychoterror am Arbeitsplatz und wie man sich dagegen wehren kann (1993) 107.

² *Leymann*, Mobbing (1993) 107; siehe dazu bspw auch *Kolodej*, Mobbing 115.

einmal während seiner Berufslaufbahn gemobbt wird³. Bei einer im Auftrag der Europäischen Stiftung zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen (Dublin-Stiftung) durchgeführten und im Jahr 2000 veröffentlichten Untersuchung gaben 8% von 21.500 befragten ArbeitnehmerInnen in der Europäischen Union an, in den letzten 12 Monaten an ihrem Arbeitsplatz Mobbing ausgesetzt gewesen zu sein⁴. Die Ergebnisse dieser Untersuchung fanden auch Niederschlag in der EntschlieÙung des Europäischen Parlaments vom 20.9.2001 zu Mobbing am Arbeitsplatz⁵.

Die erhöhte Sensibilität – auch der Öffentlichkeit - für dieses Thema ist daher zu begrüÙen.

3. Definition

Sucht man nach einer einheitlichen Definition des Begriffs „Mobbing“, wird man jedoch enttäuscht. Es gibt die unterschiedlichsten Definitionen, wobei sich diese nur teilweise überschneiden. Eine auch heute noch sehr gebräuchliche Definition stammt vom deutsch-schwedischen Mobbingforscher *Heinz Leymann*: *„Der Begriff Mobbing beschreibt negative kommunikative Handlungen, die gegen eine Person gerichtet sind (von einer oder mehreren anderen) und die sehr oft über einen längeren Zeitraum hinaus vorkommen und damit die Beziehung zwischen Täter und Opfer kennzeichnen“*⁶.

Welchem Ansatz man nun letztlich folgt, kennzeichnend ist jedenfalls die Systematik der Schikanen (im Gegensatz zum zufälligen, anlassbezogenen Konflikt), verbunden mit einer gewissen Häufigkeit und Dauer der Handlungen. Verfolgt wird die Isolation und schließlich der Ausschluss der gemobbteten Person, sei es von einem speziellen

³ *Leymann*, Mobbing (1993) 84.

⁴ Europäisches Parlament, Bericht des Ausschusses für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten über Mobbing am Arbeitsplatz vom 16.7.2001 samt Stellungnahme des Ausschusses für die Rechte der Frau und Chancengleichheit vom 26.6.2001 (2001/2339(INI), A5-0283/2001.

⁵ 2001/239(INI), A5-0283/2001.

⁶ *Leymann*, Mobbing (1993) 21. Eine etwas abgeänderte Definition findet sich auch in *Leymann*, Der neue Mobbing-Bericht (1995) 18. Zu weiteren Definitionen siehe bspw *Kolodej*, Mobbing 21 mwN; *Nestler*, Mobbing am Arbeitsplatz (2001) 15 mwN oder *Marion Binder*, Mobbing aus arbeitsrechtlicher Sicht (1999), 24 mwN.

Tätigkeitsfeld, sei es aus dem Unternehmen oder der Organisation zur Gänze⁷. Mobbing kann sowohl von einer einzelnen Person als auch von einer Personengruppe betrieben werden. Kennzeichnend sind ungleiche Machtstrukturen in hierarchischer oder faktischer Hinsicht (Chefin gegen untergeordnete MitarbeiterIn / viele gegen eineN). Gemobbt wird aber grundsätzlich in alle Richtungen der Arbeitshierarchie, also sowohl von Vorgesetzten gegenüber Untergebenen als auch umgekehrt und unter MitarbeiterInnen derselben hierarchischen Ebene oder in Mischformen⁸.

4. Gesetzliche Regelungen?

Gibt es aber auch gesetzliche Regelungen, die an den Begriff „Mobbing“ anknüpfen?

Derzeit findet man lediglich Regelungen in Verordnungen, nämlich in „Frauenförderungsplänen“ (Verordnungen der einzelnen Bundesministerien für den jeweiligen Geltungsbereich), wonach angeordnet wird, dass Vorgangsweisen, welche die Würde des Menschen verletzen, wie ... insbesondere Mobbing ... zu unterlassen sind, sowie Regelungen in Lehrplänen, wonach Mobbing als zu berücksichtigender Inhalt geregelt ist.

Immerhin – der Begriff ist zumindest dem Verordnungsgesetzgeber nicht unbekannt. Eine Definition desselben sucht man allerdings ebenso vergeblich wie eine Regelung im Gesetzesrang („Gesetz“ im formellen Sinn), in der das Wort Mobbing auch nur erwähnt wird.

Dessen ungeachtet kommt dem tatsächlichen Phänomen Mobbing eine erhebliche rechtliche Relevanz zu, wie letztlich auch der mittlerweile dazu vorhandenen Diskussion in der (primär) arbeitsrechtlichen Judikatur und Literatur zu entnehmen ist. Inhaltlich geht es dabei um die Frage, welche Rechtsfolgen (Ansprüche wie Verpflichtungen) Mobbing am Arbeitsplatz für die Betroffenen, insbesondere für „Täter“, „Opfer“, Arbeitgeber und Belegschaftsorgane nach sich zieht. Das Problem Mobbing kann man selbstverständlich nicht mit juristischen Mitteln allein bekämpfen.

⁷ *Smutny/Hopf*, Mobbing – auf dem Weg zum Rechtsbegriff? DRdA 2003, 110.

⁸ *Smutny/Hopf*, DRdA 2003, 110 mwN.

Sowohl zur Prävention als auch zur Bewältigung von bereits entstandenen Problemsituationen bedarf es in hohem Maße der Heranziehung von Erkenntnissen anderer Wissenschaftszweige. Die dabei zu treffenden Maßnahmen sind aber immer – jedenfalls auch – aus dem rechtlichen Blickwinkel zu betrachten. Dazu ist es jedoch notwendig, für die in diesem Zusammenhang auftauchenden Rechtsfragen Lösungen zu entwickeln.

II. Untersuchungsgegenstand

1. Die Rechtsprechung

Eine grundsätzliche Auseinandersetzung der Judikatur mit der rechtlichen Relevanz des tatsächlichen Phänomens Mobbing fehlt bisher, jedenfalls in Österreich. Es gibt zwar – beginnend mit dem Jahr 1997 - mittlerweile durchaus einige oberstgerichtliche Entscheidungen, die sich mit Mobbing befassen, dabei werden jedoch vorwiegend Einzelaspekte behandelt.

Umfangreicher ist die bisherige Auseinandersetzung mit diesem Problem in der deutschen Judikatur⁹, auf die im Rahmen der vorliegenden Untersuchung ebenfalls einzugehen sein wird.

2. Die Literatur

In Österreich gibt es bereits wissenschaftliche Untersuchungen zu den juristischen Fragenstellungen in diesem Zusammenhang. Zu nennen sind hier bspw die Monographien von *Marion Binder*, *Mobbing aus arbeitsrechtlicher Sicht* (1999) und *Nestler*, *Mobbing am Arbeitsplatz* (2001) sowie die Abhandlung von *Smutny/Hopf*, *Mobbing – auf dem Weg zum Rechtsbegriff?*¹⁰. Neben einigen arbeitsrechtlichen Abhandlungen sowie Entscheidungsbesprechungen¹¹ ist dann insbesondere das als

⁹Siehe dazu etwa die zahlreichen Nachweise in *Wolmerath*, *Mobbing – Rechtshandbuch für die Praxis*³ (2007).

¹⁰ DRdA 2003, 110.

¹¹ Siehe dazu *Rauch*, *Arbeitsrechtliche Folgen von Mobbing*, ASoK 2007, 373; ders., *Mobbing aus arbeitsrechtlicher Sicht*, ASoK 2002, 332; sowie bspw auch *Gahleitner*, *Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis*, ZAS 2007/24; *Reissner*, *Austritt eines Fußballtrainers auf Grund von Mobbing*, DRdA 2005, 277; *Hopf*, *Belästigung in der Arbeitswelt in FS Bauer/Maier/Petrag* (2004), 147; ders., *Belästigungsschutz neu*, RdW 2004, 601; *Firlei*, *Versetzung eines Profifußballers zu den Amateuren*,

Praxisratgeber vorgesehene Werk *Smutny/Hopf, Ausgemobbt!* (2003) hervorzuheben, welches auch eine ebenso leicht verständliche wie umfangreiche Darstellung der bis zu diesem Zeitpunkt ergangenen österreichischen und deutschen Judikatur enthält. Ansonsten findet man zahlreiche Behandlungen dieses Themas aus vorwiegend psychologischer Sicht¹².

3. Meinungsstand

Übereinstimmung besteht in Literatur und Judikatur darüber, dass ein Verhalten des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer, das den Begriff Mobbing verwirklicht, jedenfalls in Folge Verletzung der Fürsorgepflicht¹³ rechtswidrig ist und dies Ansprüche des Arbeitnehmers auslösen kann (wie etwa das Recht zum vorzeitigen Austritt¹⁴ oder Ansprüche auf Schadenersatz¹⁵). Geklärt ist auch, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, einem Arbeitnehmer beizustehen, wenn dieser von einem Arbeitskollegen gemobbt wird; tut er dies nicht, verletzt er wiederum seine Fürsorgepflicht. Darüber hinaus kann auch der „mobbende“ Arbeitskollege jedenfalls dann schadenersatzrechtlich in Anspruch genommen werden, wenn er deliktisch handelt (wenn er also Angriffe auf absolut geschützte Rechtsgüter wie Gesundheit, Ehre oder Eigentum tätigt). Mobbinghandlungen von ArbeitnehmerInnen verstoßen gegen die „Treuepflicht“ (Interessenwahrungspflicht) des Arbeitnehmers und berechtigen den Arbeitgeber zur Ergreifung arbeitsrechtlicher Sanktionen bis hin zur Entlassung. Unstrittig ist auch, dass Mobbing bzw einzelne Mobbinghandlungen ausdrücklich geregelte gesetzliche Tatbestände erfüllen können (wie etwa den Belästigungstatbestand im Gleichbehandlungsgesetz (GIBG)¹⁶ sowie im Behinderteneinstellungsgesetz (BehEinstG)¹⁷ und/oder schadenersatzrechtliche bzw strafrechtliche Tatbestände.

DRdA 2003, 183.

¹² Siehe dazu etwa *Kolodej, Mobbing*, mwN.

¹³ § 18 AngG, § 1157 ABGB.

¹⁴ § 26 AngG, § 1162 ABGB, § 82a GewO 1859; auch die Gesundheitsgefährdung durch Mobbing an sich kann einen vorzeitigen Austritt rechtfertigen.

¹⁵ §§ 1295 ff ABGB.

¹⁶ §§ 6, 7, 21 GIBG.

¹⁷ § 7d BehEinstG.

4. Offene Fragen

Bisher noch wenig erörtert wurde die grundsätzliche Frage, unter welchen Voraussetzungen ein unerwünschtes Verhalten am Arbeitsplatz im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bzw. Arbeitnehmer untereinander generell – also unabhängig von der Verwirklichung des Mobbingbegriffs – rechtswidrig ist. Diese Frage ist zunächst anhand von Kriterien zu beantworten, welche der Rechtsordnung selbst zu entnehmen sind. Erkenntnisse aus anderen Disziplinen (etwa wie hier der Psychologie) können dabei durchaus relevant sein¹⁸, dürfen aber nicht als primärer Anknüpfungspunkt verwendet werden. Andernfalls hinge das Ergebnis der vorzunehmenden rechtlichen Würdigung eines bestimmten Sachverhaltes von der Verwirklichung eines aus der Psychologie stammenden und – in erster Linie – von ihr definierten Begriffs ab, der gesetzlich nicht geregelt ist¹⁹.

Dabei ist zunächst an vorhandene gesetzliche Bestimmungen anzuknüpfen und dann zu fragen, unter welchen Voraussetzungen auch andere – nicht ausdrücklich geregelte – Verhaltensweisen rechtswidrig sind. Damit kann auch der Versuch unternommen werden, das in der Literatur – etwa für nicht in den Geltungsbereich des GIBG bzw. des BehEinstG fallende Belästigungen – zu Recht kritisierte Schutzdefizit²⁰ zu vermeiden (soweit dies bei gegebener Rechtslage möglich ist).

Ausgehend von gesetzlichen Regelungen bzw. von der Judikatur entwickelten Grundsätzen soll versucht werden, Abgrenzungskriterien zu gewinnen, unter welchen Voraussetzungen unerwünschte Verhaltensweisen am Arbeitsplatz rechtswidrig sind und welche Folgen dies im Einzelnen nach sich zieht – unabhängig davon, wie ein solches Verhalten nun genannt wird. Dabei ist auch zwischen dem Verhältnis Arbeitgeber zu Arbeitnehmer und Arbeitnehmer untereinander (gerade bei letzterem sind durchaus noch viele Fragen ungeklärt) zu differenzieren.

¹⁸ Im Sinne von *Winkler*, Rechtstheorie und Erkenntnislehre. Kritische Anmerkungen zum Dilemma von Sein und Sollen aus geistesgeschichtlicher und erkenntnistheoretischer Sicht (1990) kommt – entgegen dem Dogma der „Reinen Rechtslehre“ *Kelsens* – der Welt des Faktischen im Recht eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zu. Die Auslegung von Rechtsnormen ohne Verständnis der damit geregelten „Tatsachenwelt“ ist kaum vorstellbar.

¹⁹ Sieht man von den bereits angeführten partiellen Erwähnungen in einigen Verordnungen ab, welche aber in der Diskussion über die rechtlichen Aspekte von Mobbing praktisch keine Rolle spielen.

²⁰ *Gahleitner*, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis; *Hopf*, Belästigung in der Arbeitswelt in FS Bauer/Maier/Petrag (2004), 147; *Hopf*, Belästigungsschutz neu, RdW 2004, 601.

III. Vorgangsweise

Zunächst soll ein Überblick über die wichtigsten Definitionen des Begriffs Mobbing sowie einige empirische Forschungsergebnisse zu dessen Auswirkungen und Erscheinungsformen gegeben werden. Da es sich bei der vorliegenden Untersuchung um eine juristische Arbeit handelt, beschränkt sich diese auf eine Wiedergabe lediglich der wesentlichsten Aussagen aus den Bereichen der Psychologie bzw Verhaltensforschung.

Sodann wird die Frage behandelt, in wie weit diesem Begriff rechtliche Relevanz zukommt. Zu dieser Fragestellung wird der bisherige Meinungsstand in der juristischen (insbesondere arbeitsrechtlichen) Literatur und Judikatur zum Phänomen Mobbing und dessen Rechtsfolgen überblicksweise dargestellt.

Zu untersuchen ist auch, in wie weit ausdrückliche gesetzliche Regelungen für Verhaltensweisen, welche entweder als einzelne Mobbinghandlungen anzusehen sind, oder zumindest als „mobbingähnliche“ Tatbestände betrachtet werden können, bestehen. Den im GIBG sowie im BehEinstG geregelten Tatbeständen der „Belästigung“ sowie die Stellungnahmen dazu in Literatur sowie Judikatur wird dabei ein besonderer Stellenwert eingeräumt.

Anknüpfend an den – insoweit wiederzugebenden – bisherigen Meinungsstand wird ausführlich die Frage untersucht, unter welchen Voraussetzungen eine unerwünschte Verhaltensweise am Arbeitsplatz – unabhängig von deren Bezeichnung - rechtswidrig ist. Schließlich sind – ausgehend von diesen Kriterien - die einzelnen Rechtsfolgen im Verhältnis Arbeitnehmer/Arbeitgeber und Arbeitnehmer untereinander sowohl in arbeitsrechtlicher als auch in schadenersatzrechtlicher Hinsicht zu untersuchen.

**Mobbing, Belästigung und andere unerwünschte Verhaltensweisen
am Arbeitsplatz. Arbeits- und schadenersatzrechtliche Aspekte**

I. Was ist Mobbing? Definitionen und Forschungsergebnisse der Sozialwissenschaften.

1. Allgemeines

Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit ist zunächst der sowohl in der (vorwiegend arbeitsrechtlichen) Judikatur und Literatur immer wieder verwendete Begriff „Mobbing“, der jedoch (jedenfalls in Österreich) nicht gesetzlich definiert ist und den der österreichische Gesetzgeber (sieht man von einigen Verordnungen ab) auch gar nicht verwendet. Der Begriff „Mobbing“ stammt aus der Psychologie bzw Verhaltensforschung und wird dort auch definiert. Um die mögliche rechtliche Relevanz eines als „Mobbing“ zu qualifizierenden Verhaltens untersuchen zu können, ist es im ersten Schritt notwendig, zu fragen, was darunter üblicherweise zu verstehen ist. Auch wenn es die Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist, Kriterien für die Rechtswidrigkeit von unerwünschten Verhaltensweisen am Arbeitsplatz (wie diese auch immer genannt werden mögen) zu erstellen, der Mobbing-Begriff somit nicht primärer Anknüpfungspunkt dieser Untersuchung sein wird, so bedarf dessen Verwendung durch die Judikatur (und juristische) Literatur einer Erläuterung, was üblicherweise darunter verstanden wird. Im Folgenden werden somit einige der anzutreffenden Definitionen erläutert.

In einem weiteren Schritt bedarf es einer Darstellung, in welchen Ausformungen und in welcher Häufigkeit das Phänomen „Mobbing“ tatsächlich auftritt und welche Folgen es nach sich zieht. In diesem Zusammenhang werden Ergebnisse einzelner Untersuchungen im europäischen Raum dargestellt.

Da sich die vorliegende Arbeit nicht auf das Phänomen „Mobbing“ allein, sondern auch auf andere unerwünschte Verhaltensweisen am Arbeitsplatz erstreckt, werden letztlich auch empirische Untersuchungen zu anderen Arten psychischer Belastungen am Arbeitsplatz erläutert.

2. Definition des Mobbing-Begriffs

Der Begriff „Mobbing“ stammt vom englischen Wort „mob“; dieses bedeutet (als Substantiv) soviel wie „Horde“, „Schar“, „Haufen“ oder „Bande“ bzw (als Verb „to mob“) „sich stürzen auf ...“²¹. Im angelsächsischen Sprachgebrauch hat sich für das Phänomen des Psychoterrors am Arbeitsplatz auch der Begriff „bullying“ etabliert. Im US-amerikanischen Kontext ist zudem die Bezeichnung „(sexual) harassment“ gebräuchlich²².

Im wissenschaftlichen Zusammenhang wurde der Begriff „Mobbing“ vom Verhaltensforscher *Konrad Lorenz* im Jahre 1958 erstmals im Rahmen der vergleichenden Verhaltensforschung unter Tieren verwendet. *Lorenz* charakterisierte mit dem Begriff „Mobbing“ ein Angriffsverhalten einer Gruppe gegen ein einzelnes Wesen, das deren Schutz diene (zB Angriffsverhalten einer Gruppe von Enten gegenüber einem Fuchs)²³. In weiterer Folge verwendete der schwedische Mediziner *Peter-Paul Heinemann* den Begriff „Mobbing“ im Bereich der Humanbeziehungen. Sein Buch „Mobbing – Gruppengewalt unter Kindern und Erwachsenen“ (1972) machte den Begriff „Mobbing“ einer breiten Bevölkerungsschicht bekannt.²⁴ Die Auswirkungen systematischer Feindseligkeiten am Arbeitsplatz wurden erstmals vom amerikanischen Universitätsprofessor *Brodsky* 1976 in seinem Werk „The harassed worker“ (zu Deutsch: „Der gequälte Mitarbeiter“) dokumentiert.²⁵

Die Verwendung des Begriffes „Mobbing“ für gezielten Psychoterror am Arbeitsplatz geht auf den deutsch-schwedischen Arbeitspsychologen und Betriebswirt *Heinz Leymann* zurück. In einer von *Leymann/Gustavsson* im Jahre 1984 veröffentlichten Untersuchung über schikanierte Arbeitnehmer/innen in Schweden wurde dieser Begriff in diesem Zusammenhang erstmals verwendet. Der schwedischen Arbeitspsychologie ist dann auch die rasche Verbreitung der Thematik

²¹ PONS Globalwörterbuch Englisch-Deutsch (2007).

²² *Kolodej*, Mobbing 21.

²³ *Kolodej*, Mobbing 21; *Niedl*, Mobbing/Bullying 12.

²⁴ *Kolodej*, Mobbing 21; *Niedl*, Mobbing/Bullying 12; *Niedl* in *Leymann* 55.

²⁵ *Niedl* in *Leymann* 55; *Niedl*, Mobbing/Bullying 16.

zuzuschreiben.²⁶ Systematische Schikanen durch Vorgesetzte werden auch als „Bossing“ bezeichnet²⁷.

Eine der populärsten Definitionen des Begriffs „Mobbing“ stammt von *Leymann*: *„Der Begriff Mobbing beschreibt negative kommunikative Handlungen, die gegen eine Person gerichtet sind (von einer oder mehreren anderen) und die sehr oft und über einen längeren Zeitraum hinaus vorkommen und damit die Beziehung zwischen Täter und Opfer kennzeichnen“*.²⁸ Ein wenig später hat *Leymann* diesen Begriff im Sinne der von der Gesellschaft gegen psychosozialen Stress und Mobbing geprägten offiziellen Definition erweitert: *„Unter Mobbing wird eine konfliktbelastete Kommunikation am Arbeitsplatz unter Kollegen oder zwischen Vorgesetzten und Untergebenen verstanden, der die angegriffenen Person unterlegen ist (1) und von einer oder einigen Personen systematisch, oft (2) und während längerer Zeit (3) mit dem Ziel und/oder dem Effekt des Ausstoßes aus dem Arbeitsverhältnis (4) direkt oder indirekt angegriffen wird und dies als Diskriminierung empfindet.“*²⁹

Es gibt eine Unzahl von verschiedenen Definitionen dieses Begriffs.³⁰ Herausgegriffen seien lediglich zwei weitere Definitionen.

Niedl definiert Mobbing folgendermaßen: *„Unter Mobbing am Arbeitsplatz werden Handlungen einer Gruppe oder eines Individuums verstanden, denen von einer Person, die diese Handlungen als gegen sie gerichtet wahrnimmt, ein feindseliger, demütigender oder einschüchternder Charakter zugeschrieben wird. Die Handlungen müssen häufig auftreten und über einen längeren Zeitraum andauern. Die betroffene Person muss sich zudem aufgrund wahr genommener sozialer, ökonomischer, physischer oder psychischer Charakteristika außerstande sehen, sich zu wehren oder dieser Situation zu entkommen.“*³¹

²⁶ *Kolodej*, Mobbing 21; *Niedl*, Mobbing/Bullying 16; *Niedl* in *Leymann* 55.

²⁷ *Nestler*, Mobbing 17 mwN.

²⁸ *Leymann*, Mobbing 21.

²⁹ *Leymann* in *Leymann* 18.

³⁰ Siehe zu den verschiedenen Definitionen etwa *Kolodej*, Mobbing 23; *Niedl*, Mobbing/Bullying 18.

³¹ *Niedl*, Mobbing/Bullying, 23.

Kolodej definiert Mobbing so: „Der Begriff Mobbing beschreibt eine Konflikteskalation am Arbeitsplatz, bei der das Kräfteverhältnis zu Ungunsten einer Partei verschoben ist. Diese Konfliktpartei ist systematisch feindseligen Angriffen ausgesetzt, die sich über einen längeren Zeitraum erstrecken, häufig auftreten und zu maßgeblichen individuellen und betrieblichen Schädigungen führen können.“³²

Bereits aus den exemplarisch herausgegriffenen Begriffsdefinitionen wird – wie bereits *Smutny/Hopf* in ihrer Untersuchung Mobbing – auf dem Weg zum Rechtsbegriff?³³ festgehalten haben – ersichtlich, dass es bisher keine einheitliche Mobbingdefinition gibt, im Wesentlichen jedoch bestimmte Voraussetzungen mit teils unterschiedlicher Gewichtung oder Ausrichtung unstrittig sind.

Für die weitere Arbeit wird an die von *Smutny/Hopf* als wesentliche Merkmale von „Mobbing“ herausgearbeiteten Elemente angeknüpft, nämlich:

- *„die Systematik der Schikanen (im Gegensatz zum zufälligen, anlassbezogenen Konflikt),*
- *verbunden mit einer gewissen Häufigkeit und Dauer der Handlungen.*
- *Verfolgt wird die Isolation und schließlich der Ausschluss der gemobbten Person, sei es von einem speziellen Tätigkeitsfeld, sei es aus dem Unternehmen oder der Organisation zur Gänze.*
- *Diesbezüglich unterscheidet sich Mobbing jedenfalls von einem allgemein schlechten Betriebsklima.“³⁴*

³² *Kolodej, Mobbing, 24.*

³³ DRdA 2003, 110

³⁴ *Smutny/Hopf, DRdA 2003, 110 (2.1).*

3. Erscheinungsformen von Mobbing

3.1. Typische Mobbinghandlungen

Leymann hat bereits 1993 typische Mobbinghandlungen aufgezählt. Diese 45 beschriebenen Handlungen wurden von ihm in fünf Gruppen eingeteilt:

- „1. Angriffe auf die Möglichkeiten, sich mitzuteilen*
- 2. Angriffe auf die sozialen Beziehungen*
- 3. Angriffe auf das soziale Ansehen*
- 4. Angriffe auf die Qualität der Berufs- und Lebenssituation*
- 5. Angriffe auf die Gesundheit“*

Für die von ihm durchgeführten statistischen Untersuchungen, bei denen man genaue Grenzen ziehen muss, hat er folgende Definition gewählt: *„Mobbing ist dann gegeben, wenn einer oder mehrere von 45 genau beschriebenen Handlungen über ein halbes Jahr oder länger, mindestens einmal pro Woche vorkommen.“³⁵*

Diese 45 Handlungen sind nach Leymann nun folgende:

- „1. Angriffe auf die Möglichkeit, sich mitzuteilen:*
 - Der Vorgesetzte schränkt die Möglichkeiten ein, sich zu äußern.*
 - Man wird ständig unterbrochen.*
 - Kollegen schränken die Möglichkeiten ein, sich zu äußern.*
 - Anschreien oder lautes Schimpfen.*
 - Ständige Kritik an der Arbeit.*
 - Ständige Kritik am Privatleben.*
 - Telefonterror.*
 - Mündliche Drohungen.*
 - Schriftliche Drohungen.*
 - Kontaktverweigerung durch abwertende Blicke oder Gesten.*
 - Kontaktverweigerung durch Andeutungen, ohne dass man etwas direkt ausspricht.*

³⁵ Leymann, Mobbing 22.

2. Angriffe auf die sozialen Beziehungen:

- *Man spricht nicht mehr mit dem/ der Betroffenen.*
- *Man lässt sich nicht ansprechen.*
- *Versetzung in einen Raum weitab von den Kollegen.*
- *Den Arbeitskollegen/ innen wird verboten, den/die Betroffenen/n anzusprechen.*
- *Man wird „wie Luft“ behandelt.*

3. Auswirkungen auf das soziale Ansehen:

- *Hinter dem Rücken des Betroffenen wird schlecht über ihn gesprochen.*
- *Man verbreitet Gerüchte.*
- *Man macht jemanden lächerlich.*
- *Man verdächtigt jemanden, psychisch krank zu sein.*
- *Man will jemanden zu einer psychiatrischen Untersuchung zwingen.*
- *Man macht sich über eine Behinderung lustig.*
- *Man imitiert den Gang, die Stimme oder Gesten, um jemanden lächerlich zu machen.*
- *Man greift die politische oder religiöse Einstellung an.*
- *Man macht sich über das Privatleben lustig.*
- *Man macht sich über die Nationalität lustig.*
- *Man zwingt jemanden, Arbeiten auszuführen, die das Selbstbewusstsein verletzen.*
- *Man beurteilt den Arbeitseinsatz in falscher und kränkender Weise.*
- *Man stellt die Entscheidungen des/ der Betroffenen in Frage.*
- *Man ruft ihm/ ihr obszöne Schimpfworte oder andere entwürdigende Ausdrücke nach.*
- *Sexuelle Annäherungen oder verbale sexuelle Angebote.*

4. Angriffe auf die Qualität der Berufs- und Lebenssituation:

- *Man weist dem Betroffenen keine Arbeitsaufgaben zu.*
- *Man nimmt ihm jede Beschäftigung am Arbeitsplatz, so dass er sich nicht einmal selbst Aufgaben ausdenken kann.*
- *Man gibt ihm sinnlose Arbeitsaufgaben.*
- *Man gibt ihm Aufgaben weit unter seinem eigentlichen Können.*
- *Man gibt ihm ständig neue Aufgaben.*
- *Man gibt ihm „kränkende“ Aufgaben.*

- Man gibt dem Betroffenen Arbeitsaufgaben, die seine Qualifikation übersteigen, um ihn zu diskriminieren.

5. Angriffe auf die Gesundheit:

- Zwang zu gesundheitsschädlichen Arbeiten.
- Androhung körperlicher Gewalt.
- Anwendung leichter Gewalt, zum Beispiel um jemanden einen „Denkzettel“ zu verpassen.
- Körperliche Misshandlungen.
- Man verursacht Kosten für den/die Betroffene, um ihm/ihr zu schaden.
- Man richtet physischen Schaden im Heim oder am Arbeitsplatz des/ der Betroffenen an.
- Sexuelle Handgreiflichkeiten.“

3.2. Mobbingverlauf nach Leymann

Leymann teilte einen typischen Verlauf in vier Phasen ein:

- „1. Konflikte, einzelne Unverschämtheiten und Gemeinheiten
2. Übergang zu Mobbing und Psychoterror
3. Rechtsbrüche durch Über- und Fehlgriffe der Personalverwaltung
4. Ausschluss aus der Arbeitswelt“³⁶

In weiterer Folge erweiterte er dieses Modell um eine fünfte Phase, wobei sich nach Leymann für sämtliche traumatisierende Opfersituationen folgendes Gedankenmodell aufzeigen ließe:

„Phase 1:

Eine gefahrenträchtige Situation stellt sich ein (beim Mobbing: ein Konflikt; in der Bank: ein bewaffneter Raubüberfall; eine Vergewaltigung/ eine Feuersbrunst).

³⁶ Leymann, Mobbing, 59.

Phase 2:

Es geschieht eine psychische Traumatisierung, die die Möglichkeit der Stigmatisierung in sich trägt.

Phase 3:

Bei seinem Versuch, sich wieder einzugliedern, widerfährt dem Opfer Rechtsverdrehung, Rechtsentzug, Unverständnis, Abweisung, Schuldzusprechung und Ähnliches – das Opfer wird weiterhin stigmatisiert.

Phase 4:

Ärzte, Psychiater, Psychologen, etc. wählen aus unzureichendem Wissen solche Diagnosen, die weiterhin stigmatisieren und schuldzuschreibend wirken.

Phase 5:

Das Opfer gleitet in eine Paria-Situation hinein. Sein weiterer sozialer Überlebenskampf wird falsch gedeutet und ihm zur Last gelegt. Mehr noch: Dieser verzweifelte Überlebenskampf und das dabei gezeigte Verhalten überzeugt die Umwelt davon, dass (!) die Person an irgendwelchen Charakterfehlern leidet.³⁷

3.3 Empirische Untersuchungen

3.3.1 Untersuchung in Schweden (Leymann)

Leymann selbst führte unter Verwendung des von ihm entwickelten standardisierten Fragebogens (Fragebogen LIPT= Leymann Inventory for Psychological Terrorization) eine umfangreiche Untersuchung in Schweden durch. Aus der schwedischen Bevölkerung wurde ein repräsentativer Querschnitt von 3.507 Individuen aus der arbeitenden Bevölkerung ausgewählt. 2.438 Personen willigten in eine Teilnahme ein. Diese für 1990 durchgeführte Untersuchung zeigte, dass 3,5% der Befragten durch eine oder mehrere Mobbinghandlungen belästigt wurden, und zwar mindestens einmal die Woche während mindestens eines halben Jahres. *Leymann* zieht daraus den Schluss, dass bei einer angenommenen durchschnittlichen Dauer des Arbeitslebens von 30 Jahren das Lebensrisiko 1 zu 4 ist, mindest einmal und

³⁷ *Leymann* in *Leymann* 46.

wenigstens 6 Monate lang gemobbt zu werden, wobei sich diese Zahlen nur auf die frühe Mobbingphase beziehen.³⁸ *Leymann* kommt bei einer Auswertung der Untersuchungsergebnisse zum Resultat, dass Frauen und Männer im Großen und Ganzen gleich oft Mobbingopfer sein können, wobei das Risiko bei Frauen eher ein wenig höher liegt. Auch bei den Altersgruppen ergibt sich nach *Leymann* kein signifikanter Unterschied, wenn auch die Gruppen 21 bis 30 Jahre und 31 bis 40 Jahre einen etwas höheren Anteil an Mobbingopfern aufweisen als die drei Altersgruppen 41 bis 50 Jahre, 51 bis 60 Jahre und über 61 Jahre.³⁹ Während *Leymann* 1993 noch feststellt, dass Mobbing bei Angestellten im Unterrichtswesen öfter vorzukommen scheint, während das Mobbingrisiko in Handelsbetrieben sowie im Produktions- und Gesundheitswesen vergleichsweise gering zu sein scheint, ebenso in Privatunternehmen⁴⁰, zieht er 1995 nach weiteren Untersuchungen den Schluss, dass Berufe des öffentlichen Dienstes bzw Angestelltenberufe ein größeres Mobbingrisiko zu bergen scheinen als jene in den Produktionsbetrieben.⁴¹

3.3.2 Untersuchung in Österreich (*Niedl*)

Niedl führte in Österreich Untersuchungen an einem privatwirtschaftlichen Forschungsinstitut mit 251 Beschäftigten sowie einem Krankenhaus mit 1.264 Beschäftigten, welches dem Bereich der öffentlichen Verwaltung zuzuordnen ist, durch. Da hier etwa 70% der Befragten nicht geantwortet haben, musste bei der Auswertung der Ergebnisse ein Mittelwert geschätzt werden. Demnach war im Forschungsinstitut zwischen mindestens 4,4% und maximal 17,5% der Mitarbeiter von Mobbing betroffen, in der Krankenanstalt bewegte sich dieser Prozentsatz zwischen mindestens 7,8% und maximal 26,6%.⁴² *Niedl* konnte keine signifikanten Unterschiede im Hinblick auf das Geschlecht bei den gemobbten Beschäftigten feststellen.⁴³ Im Hinblick auf das Alter der untersuchten Personen ergab sich im Krankenhaus ein signifikanter Zusammenhang zur Mobbingbetroffenheit. Eine überdurchschnittliche Betroffenheit zeigte sich dabei in der Gruppe der Beschäftigten zwischen 21 und 30 Jahren mit 43,3% Anteil an der Gesamtzahl der Gemobbten. Ihr

³⁸ *Leymann* in *Leymann* 19; *Leymann*, Mobbing 84.

³⁹ *Leymann*, Mobbing 85.

⁴⁰ *Leymann*, Mobbing 85.

⁴¹ *Leymann* in *Leymann* 20.

⁴² *Niedl*, Mobbing/Bullying 99; *Niedl* in *Leymann* 59.

⁴³ *Niedl*, Mobbing/Bullying 102.

folgte die Altersgruppe der 51 bis 60 jährigen. Die geringste Betroffenheit erlebten hingegen Personen zwischen 41 bis 50 Jahren. Im Forschungsinstitut ließ sich die anteilmäßig größte Gruppe von gemobbten Personen in der Altersgruppe der 31 bis 40-jährigen ausmachen; ihr folgten jüngere Beschäftigte zwischen 21 und 30 Jahren. Die geringste Betroffenheit zeigte sich hingegen im Bereich der Altersgruppe der 41 bis 50-jährigen.⁴⁴

3.3.3 Untersuchung in Deutschland (*Meschkutat/Stackelbeck/Langenhoff*)

Eine Ende 2000/Anfang 2001 durchgeführte Repräsentativstudie für die Bundesrepublik Deutschland brachte folgende Ergebnisse:

74 der insgesamt 2765 erwerbstätigen Befragten wurden zum Zeitpunkt der Befragung gemobbt. Damit lag die querschnittsbezogene aktuelle Mobbingquote in der erwerbstätigen Bevölkerung bei 2,7%. Werden die Befragten, die auch in der Vergangenheit am Arbeitsplatz gemobbt wurden, hinzugezählt, so ergibt sich eine Gesamtzahl von 495 Mobbingbetroffenen. Daraus resultiert eine gesamte Betroffenheitsquote von 11,3% der erwerbsfähigen Bevölkerung. Somit ist ca jede neunte Person im erwerbsfähigen Alter schon mindestens einmal im Verlauf ihrer Erwerbstätigkeit gemobbt worden. Für das Jahr 2000 konnte ermittelt werden, dass insgesamt 5,5% der erwerbstätigen Bevölkerung im Laufe des Jahres von Mobbing betroffen waren. Die durchschnittliche Mobbingdauer aller Fälle des Jahres 2000 lag bei 6,7 Monaten.⁴⁵

Die Studie konnte signifikante Unterschiede bei den Geschlechtern feststellen: Aktuell wurden 3,5% der erwerbstätigen Frauen gegenüber 2,0% der erwerbstätigen Männer gemobbt. Das aktuelle Mobbingrisiko für Frauen war somit um 75% höher als das von Männern. Bei einer Zusammenfassung der aktuellen mit den vergangenen Mobbingfällen im Bezug zur Bevölkerung im erwerbsfähigen Alter ergab sich eine Betroffenheitsquote von 12,9% der Frauen gegenüber 9,6% der

⁴⁴ *Niedl*, Mobbing/Bullying 104.

⁴⁵ *Meschkutat/Stackelbeck/Langenhoff*, Mobbing-Report (2005) 24.

Männer. Damit zeigte sich für Frauen im Alter von 15 bis 65 Jahren ein um 34% höheres Gesamtrisiko, im Bereich von Mobbing betroffen zu sein.⁴⁶

Hinsichtlich des Alters ergab sich, dass der Anteil der Betroffenen unter den Erwerbstätigen im Alter von 25 bis 34 Jahren sowie zwischen 35 und 44 Jahren mit jeweils 2,6% gleich groß war. Die geringste Quote fand sich in den Altersgruppen 45 bis 54 Jahre (2,2%). Einem leicht erhöhten Mobbringrisiko war mit 2,9% die Altersgruppe der 55-jährigen und älteren Mitarbeiter/innen ausgesetzt. Am stärksten betroffen waren jedoch die unter 25-jährigen.⁴⁷

Eine Differenzierung nach Berufsgruppen ergab, dass das mit Abstand größte Mobbingrisiko die Sozialen Berufe wie Sozialarbeiter/innen, Sozialpädagogen/innen, Erzieher/innen, etc tragen (2,8-faches Risiko). Immer noch doppelt so hoch wie der Durchschnitt war das Mobbingrisiko von Verkaufspersonal und Fachleuten aus Banken, Bausparkassen und Versicherungen. Techniker/innen waren mit einem 1,8-fachen Risiko konfrontiert. Bei den „übrigen Gesundheitsberufen“ betrug das Mobbing-Risikofaktor 1,6, dicht gefolgt von den Rechnungskaufleuten und Informatiker/innen (1,5) sowie den Büroberufen, kaufmännischen Angestellten (1,3). Unterdurchschnittliche Mobbingrisiken zeigen sich bei Groß- und Einzelhandelskaufleuten, Ein- und Verkaufsfachleuten (0,5), Reinigungs- und Entsorgungsberufen (0,5), Berufen des Landverkehrs (0,3) und landwirtschaftlichen Berufen (0,1).⁴⁸

Bei den einzelnen Wirtschaftszweigen wies das höchste Mobbingrisiko der ausgewiesenen Branchen das Verlagsgewerbe, Druckgewerbe, Vervielfältigung von bespielten Ton-, Bild- und Datenträgern auf: Es war 2,2-mal so hoch wie der Durchschnitt aller Branchen. Werte zwischen 2,1 und 1,5 wiesen Holzgewerbe (2,1), Kreditgewerbe (2) und Herstellung von Geräten der Elektrizitätserzeugung, Verteilung und Ähnliche auf. Ebenfalls überdurchschnittliche Risiken von Mobbing betroffen zu sein, entfielen auf Beschäftigte in den Branchen Erbringung von Dienstleistungen überwiegend für Unternehmen (1,4), Gesundheits- Veterinär- und Sozialwesen (1,4) und Öffentliche Verwaltung, Verteidigung und Sozialversicherung

⁴⁶ Meschkutat/Stackelbeck/Langenhoff, Mobbing-Report 26.

⁴⁷ Meschkutat/Stackelbeck/Langenhoff, Mobbing-Report 27.

⁴⁸ Meschkutat/Stackelbeck/Langenhoff, Mobbing-Report 29.

(1,2). Unter dem Durchschnitt lag dem gegenüber das Mobbingrisiko im Einzelhandel sowie in Landwirtschaft und gewerblicher Jagd.⁴⁹

3.3.4 EU-weit durchgeführte Untersuchungen (Dublin-Stiftung)

Eine EU-weit durchgeführte Untersuchung, die von der Europäischen Stiftung zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen (Dublin-Stiftung) durchgeführt und im Dezember 2000 veröffentlicht wurde, brachte folgende Ergebnisse: 8% der Untersuchten gaben an, in den letzten 12 Monaten unter Mobbing am Arbeitsplatz gelitten zu haben. Danach waren Frauen dem Mobbing in höherem Maße als Männer ausgesetzt (9% gegenüber 7%). Überlassene Arbeitskräfte waren ebenfalls mehr als festangestellte Mitarbeiter Mobbing ausgesetzt. Der Anteil der unter Mobbing leidenden war nach dieser Untersuchung in der Öffentlichen Verwaltung am Größten (13%), auch im Dienstleistungsbereich und im Handel (11%) und bei den Banken (10%) zeigte sich ein hoher Prozentsatz. Die Untersuchungsergebnisse fußten auf Direktbefragungen von 21.500 Arbeitnehmern in den Mitgliedsstaaten.⁵⁰

Eine von der Dublin-Stiftung im Jahr 2005 durchgeführte Erhebung in allen 25 EU-Mitgliedsstaaten⁵¹ kam zu ähnlichen Ergebnissen, wobei Unterschiede in den Prozentsätzen wegen der gegenüber der „dritten Erhebung“ (2000) geänderten Fragestellung⁵² nicht aussagekräftig sind. Im Jahr 2005 gaben etwa 5% der Beschäftigten an, in den letzten 12 Monaten gemobbt worden zu sein. Die einzelnen Werte reichen von 17% in Finnland und 12% in den Niederlanden bis 2% in Italien und Bulgarien, wenngleich sich diese Unterschiede auch mit der unterschiedlichen kulturellen Einstellung und dem unterschiedlichen Maß an Sensibilisierung für das Thema erklären lassen⁵³. Österreich lag hier mit 5% im Durchschnitt⁵⁴. Frauen sind

⁴⁹ Meschkutat/Stackelbeck/Langenhoff, Mobbing-Report, 33 f.

⁵⁰ Zitiert nach: Europäisches Parlament, Bericht des Ausschusses für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten über Mobbing am Arbeitsplatz vom 16.7.2001 samt Stellungnahme des Ausschusses für die Rechte der Frau und Chancengleichheit vom 26.6.2001 (2001/2339(INI), A5-0283/2001).

⁵¹ Vierte Europäische Erhebung über die Arbeitsbedingungen, Europäische Stiftung zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen (Dublin, 2008) 35.

⁵² Während 2000 nach „Einschüchterung“ gefragt wurde, wurde 2005 gezielt der Begriff „Mobbing“ verwendet; gleichzeitig wurde aber zusätzlich die Frage nach „Androhung körperlicher Gewalt“ gestellt.

⁵³ Vierte Erhebung Dublin-Stiftung 37.

(wieder EU-weit) mit 6% häufiger Mobbing ausgesetzt als Männer mit 4%. Am höchsten ist die Betroffenheit bei jüngeren Frauen (8% der Frauen unter 30 Jahre). In größeren Unternehmen (über 250 Beschäftigte) ist die Betroffenheit am höchsten (8%). Im Erziehungs- und Unterrichtswesen, im Gesundheits- und Sozialwesen und im Hotel- und Gaststättenwesen kommt Mobbing überdurchschnittlich häufig vor⁵⁵.

4. Folgen von Mobbing

Was sind nun die Konsequenzen für die Mobbing-Betroffenen? Auch dazu gibt es empirische Untersuchungsergebnisse.

4.1 Untersuchung in Schweden (Leymann)

Leymann berichtet, dass bei der von ihm landesweit durchgeführten schwedischen Untersuchung über Mobbing im Arbeitsleben von den Betroffenen zahlreiche Stresssymptome angegeben wurden. Da nach den Beobachtungen von *Leymann* Mobbing oft viel länger als die von der statistischen Definition (von ihm) geforderten sechs Monate andauert (die durchschnittliche Mobbingzeit beträgt laut *Leymann* einviertel Jahre), zieht er den Schluss, dass sich die Stresssymptome in Folge des lang anhaltenden sozialen Drucks und der immer bedrohlicher werdenden Situation weiter ausbreiten, dass also immer mehr psychische und psychosomatische Störungen auftreten. Nach *Leymann* haben klinische Untersuchungen bei Patienten, die Mobbing seit mehr als einem Jahr ausgesetzt waren, eine Vielzahl von Symptomen ergeben. Aus den vereinzelt, eher unspezifischen Stresssymptomen erwachse – so *Leymann* – nach etwa einem halben Jahr anhaltenden Mobbing ein manifestes psychisches Problem. Setzt sich die soziale Ausgrenzung des Opfers weiter fort, dann – so *Leymann* – greifen die Störungen immer weiter um sich und entwickeln sich allmählich, nach etwa einem Jahr, zu einer generellen Angststörung. Hält die Qual an, besteht das Risiko, dass die Angstzustände sowie die psychischen Spannungssyndrome, zu denen sie geführt haben, chronisch werden. *Leymann* nimmt auf Basis klinischer Erfahrung an, dass dies etwa nach dem zweiten bis

⁵⁴ Vierte Erhebung Dublin-Stiftung 111.

⁵⁵ Vierte Erhebung Dublin-Stiftung 37.

vierten Mobbingjahr eintritt, wobei dies einherzugehen scheint mit starken Beeinträchtigungen der Persönlichkeit.⁵⁶

Leymann präzisiert den von ihm angenommenen Krankheitsverlauf wie folgt:

„Bei Beginn des Mobbing: Sofort oder schon nach wenigen Tagen erzeugt der soziale Stress psychosomatische Symptome des Unwohlseins. Patienten berichten immer wieder von Magen-/Darmproblemen, leichteren Depressionen, Schlafstörungen und ähnlichen früh auftretenden Stresssymptomen [...]

Nach ca. einem halben Jahr Mobbing: Spätestens nach dieser Zeit und unter der Voraussetzung, dass (!) eine Traumareaktion noch nicht abgeklungen ist, kann man von behandlungsbedürftigen posttraumatischen Belastungen reden [...]

Nach ca 1 bis 2 Jahren: Angesichts des fortlaufenden und eskalierenden sozialen Drucks [...] kann man aufgrund klinischer Beobachtungen annehmen, daß sich die mentalen und psychosomatischen Symptome vertiefen und ausbreiten [...]

Nach 2 bis 4 Jahren: Die psychischen Beschwerden scheinen innerhalb dieses Zeitraums [...] chronische Verläufe anzunehmen. Diese scheinen entweder in eine depressive Entwicklung überzugehen, hin und wieder von `Protestwellen` mit fieberndem Tätigkeitsdrang unterbrochen, um das Berufsleben vielleicht doch noch zu retten oder es entwickelt sich im Gegensatz eine Obsession mit querulantisches Vorzeichen und Hyperaktivität, hin und wieder von einer depressiven Pause unterbrochen. In dieser späten Phase können veränderte Persönlichkeitszüge entstehen, vermutlich, weil der Patient sich der Situation des Ausgestoßenseins gegen seinen Willen anpassen muß [...]"⁵⁷

⁵⁶ Leymann, Mobbing 110.

⁵⁷ Leymann in Leymann 47.

4.2 Untersuchung in Deutschland (*Meschkutat/Stackelbeck/Langenhoff*)

Die von *Meschkutat/Stackelbeck/Langenhoff* durchgeführte Repräsentativstudie für die Bundesrepublik Deutschland brachte folgende Ergebnisse hinsichtlich der Folgen von Mobbing:

Mehr als zwei Drittel der Befragten wurde durch das Mobbing bei der Arbeit demotiviert bzw reagierte mit gesteigertem Misstrauen. Nervosität und zunehmende Verunsicherung gaben ca 60% an. Bei über 50% führte das Mobbing auf der Arbeitsebene zu Konzentrationsmängeln sowie Leistungs- und Denkblockaden. Ebenfalls über die Hälfte der Befragten litt unter Angstzuständen, verlor an Selbstvertrauen, zweifelte an den eigenen Fähigkeiten, zog sich zurück, entwickelte Ohnmachtsgefühle und kündigte innerlich. 41,2% fühlten sich in Folge des Mobblings gereizt und aggressiv und in einem Viertel der Fälle entwickelten die Betroffenen diffuse Schuldgefühle.⁵⁸

Die zunächst durchgeführte telefonische Befragung ergab zu den abgeschlossenen Mobbingfällen, dass insgesamt 43,9 % der Betroffenen in Folge des Mobblings krank wurden. 2,1 % der Befragten erkrankten länger als 6 Wochen, das entsprach knapp der Hälfte (48,9 %) aller Erkrankten. Die in weiterer Folge durchgeführte schriftliche Befragung ergab sodann, dass sich bei 86,6 % der Betroffenen das Mobbing auf das physische und psychische Wohlbefinden auswirkte. Von kurzfristiger Krankheit waren 36,6 % betroffen, längerfristig erkrankte jeder Dritte, davon über die Hälfte bis zu 5 Monaten, ca ein Viertel 6-11 Monate und ca jeder Fünfte über ein Jahr. 18,6 % traten in Folge des Mobblings eine Kur an, ca jeder sechste Betroffene begab sich zur stationären Behandlung in ein Krankenhaus bzw in eine Klinik und ein Drittel der Gemobbten nahmen therapeutische Hilfe in Anspruch. Angeführt wurden Beschwerden wie Schlafstörungen, Kopfschmerzen, Migräneanfälle, Atemnot, Lähmungserscheinungen und Neurodermitis bis hin zu schwerwiegenden – chronisch verlaufenden – Krankheiten, wie beispielsweise Depressionen, Erkrankungen im Magen- und Darmbereich sowie Herz-/Kreislauf- und Krebserkrankungen.⁵⁹

⁵⁸ *Meschkutat/Stackelbeck/Langenhoff*, Mobbingreport 77.

⁵⁹ *Meschkutat/Stackelbeck/Langenhoff*, Mobbingreport 79.

Hinsichtlich arbeitsvertragsrechtlicher Schritte gegenüber den von Mobbing Betroffenen (!) gab in der telefonischen Befragung ca jeder Dritte an, dass es zu einer freiwilligen Versetzung innerhalb des Unternehmens kam. Für 22,5 % war die Belastung so unerträglich, dass sie ihrerseits das Arbeitsverhältnis durch Kündigung beendeten. 14,8 % der Mobbingbetroffenen wurden gekündigt und 8,2 % zwangsweise auf einen anderen Arbeitsplatz bzw in eine andere Abteilung versetzt. Bei der schriftlichen Befragung stellte sich heraus, dass bei 19,4 % das Mobbing keine unmittelbaren Folgen für das Arbeitsverhältnis hatte, während 25,2 % der Befragten eine bzw mehrere Abmahnungen erhielten; bei 21,9% wurde eine Kündigung des Arbeitsvertrages angedroht. In 8,7 % der Fälle wurde das Arbeitsverhältnis einvernehmlich beendet und auf 6,7 % der Betroffenen wurde Druck ausgeübt, eine einvernehmliche Auflösung zu unterschreiben.⁶⁰

Hinsichtlich arbeitsrechtlicher Schritte des Arbeitgebers gegen Mobber gaben bei der telefonischen Befragung 11,1% an, dass die Mobber im Betrieb versetzt wurden, 8,2% wurden gekündigt. Bei der schriftlichen Befragung gaben 6 von 10 Betroffenen an, dass das Mobbing für die Mobber keine Folgen nach sich zog. Bei einem Vergleich der Folgen für die Betroffenen mit den Folgen für die Mobber ergibt sich daher, dass die Konsequenzen für die Gemobbten hinsichtlich Arbeitssituation bzw Arbeitsverhältnis qualitativ und quantitativ deutlich höher waren.⁶¹

4.3 EU-weit durchgeführte Untersuchungen (Dublin-Stiftung)

Die im Dezember 2000 veröffentlichte Erhebung der Dublin-Stiftung kam zum Ergebnis, dass Personen, die unter Mobbing zu leiden haben, Stress wesentlich mehr als die Arbeitnehmer insgesamt ausgesetzt sind. Unter den Mobbing ausgesetzten Personen gaben 47 % an, dass die Arbeit mit Stress verbunden ist, während dies nur 28 % aller Befragten behaupteten. Auch ist gesundheitlich bedingtes Fehlen der Personen, die Mobbing ausgesetzt sind, häufiger (34 %) als bei den Befragten insgesamt (23 %).⁶²

⁶⁰ Meschkutat/Stackelbeck/Langenhoff, Mobbingreport 79.

⁶¹ Meschkutat/Stackelbeck/Langenhoff, Mobbingreport 91

⁶² Zitiert nach: Europäisches Parlament, Bericht des Ausschusses für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten über Mobbing am Arbeitsplatz vom 16.7.2001 samt Stellungnahme

Auch die im Jahr 2005 durchgeführte Erhebung der Dublin-Stiftung kam zu ähnlichen Ergebnissen. Danach klagen Beschäftigte, die von Gewalt, Mobbing oder sexueller Belästigung am Arbeitsplatz betroffen sind, häufiger über arbeitsbedingte Gesundheitsbeeinträchtigungen. Insbesondere der Anteil der Beschäftigten, die über psychosoziale Symptome wie Schlafstörungen, Angst und Reizbarkeit berichten, ist unter der genannten Personengruppe um das Vierfache höher als bei anderen Beschäftigten. Auch wird über vermehrte körperliche Beschwerden wie Magenschmerzen und eine erhöhte Stressbelastung berichtet⁶³.

5. Psychische Belastungen am Arbeitsplatz im Allgemeinen

5.1 Allgemeines, Begriff

Psychische Belastungen am Arbeitsplatz können verschiedenste Ursachen haben, Mobbing ist nur eine davon. Da Gegenstand dieser juristischen Untersuchung nicht ausschließlich Mobbingverhalten sein wird, soll im Folgenden auch kurz auf das Problem der psychischen Belastungen am Arbeitsplatz im Allgemeinen eingegangen werden.

Unter den Begriff „psychische Belastung“ werden Phänomene subsumiert, „die den psychischen Apparat in Anspruch nehmen. Belastung kennzeichnet zunächst alles, was außerhalb unserer Haut existiert und innerhalb unserer Haut zu den Beanspruchungsphänomenen führt. Letztlich können psychische im Gegensatz zu physischen Belastungen nur im Rückgriff auf psychische Prozesse und Strukturen beschrieben werden.“⁶⁴ Unter Belastungen werden „objektive, von außen her auf den Menschen einwirkende Größen und Faktoren verstanden, bspw Lärm- oder Informationsvielfalt.“ Beanspruchungen hingegen sind „subjektive Folgen derartiger Belastungen im Menschen und auf den Menschen, zB Stressreaktionen.“⁶⁵

des Ausschusses für die Rechte der Frau und Chancengleichheit vom 26.6.2001 (2001/2339(INI), A5-0283/2001.

⁶³ Vierte Erhebung Dublin-Stiftung (2008) 40f.

⁶⁴ *Kastner* in Psychische Belastungen am Arbeitsplatz (2003) 49.

⁶⁵ *Poppelreuter/Mierke*, Psychische Belastungen am Arbeitsplatz (2005) 15.

Ursachen für Belastungen, aus denen sich möglicherweise psychische Beanspruchungen ergeben, können in den Anforderungen der Arbeitsaufgabe, den Arbeitsmitteln und der Arbeitsumwelt, sozialen und Organisationsfaktoren sowie gesellschaftlichen Faktoren liegen.⁶⁶

Von Interesse sind idZ Formen psychosozialer Belastungen. Beispiele dafür sind etwa Mobbing, Konflikte, Burn-out (als Ursache und Folge von Belastungen) sowie (sexuelle) Belästigung. Das Phänomen Mobbing wurde bereits dargestellt. Im Folgenden soll noch kurz auf die übrigen Beispiele psychosozialer Belastung eingegangen werden.

5.2 Konflikte

Wie aus den bisherigen Ausführungen hervorgeht, kann aus Konflikten am Arbeitsplatz Mobbing entstehen. Umgekehrt erfüllt aber nicht jeder Konflikt die Begriffsdefinition von Mobbing. Dennoch können Konflikte am Arbeitsplatz – auch wenn sie sich nicht zu Mobbing auswachsen - für die davon Betroffenen eine erhebliche Belastung darstellen.

Zu unterscheiden sind Konflikte innerhalb einer Person (intrapersonelle Konflikte, bspw Rollen- oder Entscheidungskonflikte) von solchen zwischen Personen (interpersonelle Konflikte, bspw Verteilungs-, Ziel-, Sach- oder Beziehungskonflikte).⁶⁷

Nach *Poppelreuter/Mierke* sind (interpersonelle) „Konflikte [...] Spannungssituationen in denen zwei oder mehr von einander abhängige oder aufeinander angewiesene Personen oder Parteien versuchen, ihre jeweils eigenen Vorstellungen, Interessen oder Ziele zu vertreten oder zu verwirklichen. Die Konfliktparteien sind sich dabei ihrer Gegnerschaft bewusst. Die Austragung ist in der Regel durch negative Emotionen und Effekte begleitet.“⁶⁸

⁶⁶ *Poppelreuter/Mierke*, Psychische Belastungen am Arbeitsplatz 16.

⁶⁷ *Poppelreute/Mierke* Psychische Belastungen am Arbeitsplatz 68 mwn.

⁶⁸ *Poppelreuter/Mierke* Psychische Belastungen am Arbeitsplatz 68.

5.3 Burnout

„Burn-out“ bedeutet „ausbrennen“ oder „ausgefahren sein“. Mit diesem Begriff bezeichnet man das Phänomen, dass „ursprünglich motivierte und engagierte Mitarbeiter ihre Einstellung und ihr Verhalten verändern und zu demotivierten Kollegen werden, die ihren eigenen Leistungsstandard nicht mehr halten können. Dabei kommt es bei den Betroffenen zu körperlichen Symptomen wie Erschöpfung, Kopfschmerzen, Schlaflosigkeit aber auch zu negativen Gemüthsstimmungen und einer distanzierten bis zynischen Einstellung.“⁶⁹

5.4. (Sexuelle) Belästigung

Im Unterschied zu den übrigen dargestellten Beispielen psychosozialer Belastungen am Arbeitsplatz wurde das Phänomen (sexuelle bzw. aus bestimmten Motiven erfolgte) Belästigung vom österreichischen Gesetzgeber rechtlich definiert⁷⁰.

Hervorzuheben ist dabei, dass bei diesen rechtlichen Definitionen lediglich solche unerwünschten, die Würde beeinträchtigenden etc Verhaltensweisen erfasst werden, welche entweder der sexuellen Sphäre zugehören (sexuelle Belästigung) oder aus bestimmten, vom Gemeinschaftsrecht und den innerstaatlichen Rechtsvorschriften als „verpönt“ angesehenen Motiven (Geschlecht, ethnische Zugehörigkeit, Religion oder Weltanschauung, Alter, sexuelle Orientierung, Behinderung) gesetzt werden. Für den/die Betroffene/n macht es aber selbstverständlich keinen Unterschied, aus welchen Motiven er/sie belästigt wird. Die Beeinträchtigung der Würde und die Auswirkungen sowohl auf das Arbeitsumfeld als auch auf die psychische wie physische Befindlichkeit – und somit auch die Schutzwürdigkeit - des/der Betroffenen sind ident.

Mobbing, welches aus den genannten Motiven ausgeübt wird, ist gleichzeitig auch „Belästigung“ iSd GIBG bzw des BehEinstG. Da es bei einer Belästigung – im Gegensatz zu Mobbing - jedoch nicht auf eine Dauerhaftigkeit des unerwünschten

⁶⁹ Poppelreuter/Mierke, Psychische Belastungen am Arbeitsplatz 75.

⁷⁰ §§ 6,7, 21 GIBG; § 7d BehEinstG.

Verhaltens ankommt (bereits einmalige Handlungen können darunter fallen), ist nicht jede Belästigung gleichzeitig auch Mobbing.

5.5 Empirische Untersuchungen

5.5.1 Deutsche Untersuchungen zu sexueller Belästigung

Eine im Auftrag des deutschen Bundesministeriums für Jugend, Frauen, Familie und Gesundheit durchgeführte Studie⁷¹ brachte zum Ausmaß sexueller Belästigung auf deutschen Arbeitsplätzen folgende Ergebnisse: Eine Befragung von 1.204 Arbeitnehmerinnen aus unterschiedlichen Tätigkeitsbereichen zeigte, dass 93 % der Befragten Erfahrungen mit sexueller Belästigung am Arbeitsplatz gemacht hatten. Lässt man dabei jene Verhaltensweisen beiseite, die von weniger als 50 % als Belästigung angesehen wurden (anzügliche Witze, hinterher Pfeifen, anstarren, zufällige Körperberührungen), ergibt sich immer noch, dass 72 % aller Befragten sexueller Belästigung am Arbeitsplatz ausgesetzt waren. Konkret wurde von folgenden Handlungen berichtet: anzügliche Bemerkungen über Figur oder Sexualleben (jede zweite Befragte); unerwünschte Einladungen mit eindeutiger Absicht, „Po-Kneifen“ oder pornographische Darstellungen am Arbeitsplatz (jede dritte Befragte); überraschend an die Brust fassen (jede fünfte Befragte); aufgedrängte Küsse oder belästigende Briefe und Telefonate (jede sechste Befragte); Aufforderung zum Geschlechtsverkehr (jede zehnte Befragte); Androhung beruflicher Nachteile bei Verweigerung des Geschlechtsverkehrs (jede zwanzigste Befragte); gewaltsames Zwingen zu sexuellen Handlungen (jede dreißigste Befragte).⁷²

Eine im Jahr 2000 durchgeführte Befragung von 1.062 Auszubildenden an Münchner Berufsschulen⁷³ brachte das Ergebnis, dass bereits 42% der minderjährigen Auszubildenden und 49% der 18-19jährigen (bei den über 19jährigen waren es dann

⁷¹ Holzbecher/Braszeit/Müller/Plogstedt, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz (1990), zitiert nach Poppelreuter/Mierke, Psychische Belastungen am Arbeitsplatz 87.

⁷² Holzbecher/Braszeit/Müller/Plogstedt (1990), zitiert nach Poppelreuter/Mierke, Psychische Belastungen am Arbeitsplatz 87.

⁷³ DGBJ, Sexuelle Belästigung am Ausbildungsplatz – Ergebnisse einer Umfrage unter weiblichen Lehrlingen (2000), zitiert nach Poppelreuter/Mierke, Psychische Belastungen am Arbeitsplatz 88.

etwas weniger) sexuell belästigt worden waren. An Belästigungshandlungen wurden vor allem anzügliche Bemerkungen (44%), Po-Kneifen oder –Klapsen (27%), unerwünschte Einladungen mit eindeutiger Absicht (19%) sowie das Zeigen pornographischer Bilder (18%) genannt.⁷⁴

Die Belästigungshandlungen wurden mehrheitlich von gleichgestellten männlichen Arbeitskollegen oder Auszubildenden begangen; am zweithäufigsten waren die Belästiger entweder Vorgesetzte oder Ausbildner (jeweils 20%).⁷⁵

Hinsichtlich Auswirkungen auf Gesundheit und berufliche Situation berichteten die Opfer über chronische Kopfschmerzen, Schweißausbrüche, Magenbeschwerden, gravierende Schlaf- und Essstörungen, sowie – als langfristige Folgen - die Ablehnung des eigenen Körpers, selbst zugeführte körperliche Verletzungen und Depressionen.⁷⁶

5.5.2 Vierte Europäische Erhebung über die Arbeitsbedingungen (Dublin-Stiftung)

Die bereits zitierte Vierte Europäische Erhebung über die Arbeitsbedingungen der Dublin-Stiftung (durchgeführt im Jahr 2005) brachte zum gesamten Themenbereich Gewalt, Mobbing, sexuelle Belästigung und Diskriminierung am Arbeitsplatz EU-weit folgende Ergebnisse:

Die Frage *„Sind Sie persönlich in den letzten 12 Monaten bei der Arbeit mit folgenden Situationen konfrontiert worden?“* wurde – in Prozentsätzen der befragten Personen dargestellt – bejaht:⁷⁷

Androhung von körperlicher Gewalt: 6

Körperliche Gewalt durch Kollegen/Mitarbeiter oder durch andere Personen: 5

Mobbing: 5

⁷⁴ DBJ (2000), zitiert nach *Poppelreuter/Mierke*, Psychische Belastungen am Arbeitsplatz 88.

⁷⁵ *Holzbecher/Braszeit/Müller/Plogstedt* (1990); DGBJ (2000); beide zitiert nach *Poppelreuter/Mierke*, Psychische Belastungen am Arbeitsplatz 89.

⁷⁶ *Holzbecher/Braszeit/Müller/Plogstedt* (1990), zitiert nach *Poppelreuter/Mierke*, Psychische Belastungen am Arbeitsplatz, 89.

⁷⁷ Vierte Erhebung Dublin-Stiftung, 35.

Sexuelle Diskriminierung: 1

Sexuelle Belästigung: 2

Benachteiligung aufgrund Ihres Alters: 3

Benachteiligung aufgrund Ihrer Nationalität: 1

Benachteiligung aufgrund Ihrer ethnischen Zugehörigkeit: 1

Benachteiligung aufgrund Ihrer Religion: 1

Benachteiligung aufgrund einer Behinderung: <1

Benachteiligung aufgrund der sexuellen Orientierung: <1

Für Österreich sind folgende Ergebnisse dokumentiert (wobei genaue Zahlen zu sexueller Diskriminierung, Benachteiligung aufgrund Nationalität, ethnische Zugehörigkeit, Religion, Behinderung und sexuelle Orientierung bei den Länderdaten bedauerlicherweise nicht angeführt sind):

Androhung von körperlicher Gewalt: 4,6

Körperliche Gewalt durch Kollegen: 1,8

Körperliche Gewalt durch andere Personen: 2,6

Mobbing: 5

Sexuelle Belästigung: 1,8

Benachteiligung aufgrund des Alters: 3,2

Während – so die EU-weite Auswertung der Erhebung – das Auftreten verschiedener Formen von Gewalt, Mobbing, sexueller Belästigung und Diskriminierung am Arbeitsplatz in den Jahren 1995 bis 2005 weitgehend stabil geblieben sei, scheine sich bei der Konfrontation mit körperlicher Gewalt eine Zunahme abzuzeichnen (von 4% auf 6%). Sind Beschäftigte körperlicher Gewalt ausgesetzt, so geht diese eher von Personen außerhalb des Betriebes (4%) als von Kollegen bzw Mitarbeitern (2%) aus.⁷⁸

Was das Problem sexuelle Belästigung betrifft, sind Frauen dreimal so oft damit konfrontiert wie Männer, wobei die Gruppe der Frauen unter 30 Jahren mit 6% am meisten betroffen ist. Ebenso sind Frauen mit einem befristeten Arbeitsvertrag und

⁷⁸ Vierte Erhebung Dublin-Stiftung, 36.

Beschäftigte von Arbeitskräfteüberlassern häufiger sexueller Belästigung ausgesetzt als Frauen mit unbefristetem Arbeitsvertrag (5% zu 2%).⁷⁹

6. Zusammenfassung

Eine der populärsten Definitionen des Begriffes „Mobbing“ stammt vom deutsch-schwedischen Arbeitspsychologen und Betriebswirt *Heinz Leymann*: *„Der Begriff Mobbing beschreibt negative kommunikative Handlungen, die gegen eine Person gerichtet sind (von einer oder mehreren anderen) und die sehr oft und über einen längeren Zeitraum hinaus vorkommen und damit die Beziehung zwischen Täter und Opfer kennzeichnen“.*

Für die weitere Arbeit wird an die von *Smutny/Hopf* als wesentliche Merkmale von „Mobbing“ herausgearbeiteten Elemente angeknüpft, nämlich:

- *„,die Systematik der Schikanen (im Gegensatz zum zufälligen, anlassbezogenen Konflikt),*
- *verbunden mit einer gewissen Häufigkeit und Dauer der Handlungen.*
- *Verfolgt wird die Isolation und schließlich der Ausschluss der gemobbten Person, sei es von einem speziellen Tätigkeitsfeld, sei es aus dem Unternehmen oder der Organisation zur Gänze.*
- *Diesbezüglich unterscheidet sich Mobbing jedenfalls von einem allgemein schlechten Betriebsklima.“*

Leymann teilte einen typischen Mobbingverlauf in vier Phasen ein:

- „1. Konflikte, einzelne Unverschämtheiten und Gemeinheiten*
- 2. Übergang zu Mobbing und Psychoterror*
- 3. Rechtsbrüche durch Über- und Fehlgriffe der Personalverwaltung*
- 4. Ausschluss aus der Arbeitswelt“*

In weiterer Folge erweiterte er dieses Modell um eine zusätzliche Phase (vor *„Ausschluss aus der Arbeitswelt“*: Fehldiagnosen durch Ärzte, Psychiater und Psychologen, die weiter schuldzuschreibend und stigmatisierend wirken).

⁷⁹ Vierte Erhebung Dublin-Stiftung (2008), 38.

Empirische Untersuchungen belegen, dass es sich bei Mobbing um ein weit verbreitetes Problem mit erheblichen Folgen für den unmittelbar Betroffenen (sowohl in gesundheitlicher Hinsicht als auch hinsichtlich des Arbeitsplatzes) handelt, wobei auch nachteilige Folgen für den Arbeitgeber (etwa durch Krankenstände oder Ausscheiden von Mitarbeitern) damit verbunden sind.

Psychische Belastungen am Arbeitsplatz können verschiedenste Ursachen haben. Mobbing ist nur eine davon. Formen psychosozialer Belastungen sind neben Mobbing etwa Konflikte, Burn-out (als Ursache und Folge von Belastungen) sowie (sexuelle) Belästigung.

II. Rechtliche Relevanz von Mobbing – Mobbing als Rechtsbegriff?

1. Allgemeines

Wie bereits gezeigt wurde, stammen sowohl der Begriff Mobbing als auch dessen Definitionen aus der Psychologie bzw Arbeitsmedizin. Zu untersuchen ist, inwieweit es sich hier auch um einen Rechtsbegriff handelt.

2. Mobbing als gesetzlicher Tatbestand?

2.1.Österreich

In Österreich gibt es – wie in den meisten anderen Staaten in Europa auch – keinen eigenen gesetzlichen „Mobbing-Tatbestand“. Schweden war das erste Land der EU, das spezifische rechtliche Maßnahmen gegen „Mobbing“ ergriffen hat. Auch in Frankreich gibt es gesetzliche Bestimmungen zur Bekämpfung von „Mobbing“.⁸⁰ Verwendet man im „Rechtsinformationssystem“ des BKA („RIS“) zum österreichischen Bundesrecht den Suchbegriff „Mobbing“, findet man folgende Treffer:

- § 4 Frauenförderungsplan für die Parlamentsdirektion
- Anl 9 Lehrpläne – kath. Religionsunterricht an Hauptschulen, AHS, BHS, BMS, Berufsschulen
- § 2 Frauenförderungsplan für das Justizresort für den Zeitraum bis 01. Jänner 2010
- § 3 Frauenförderungsplan des BMSK
- § 5 Frauenförderungsplan für den Wirkungsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit
- § 7 Frauenförderungsplan des Justizresort für den Zeitraum bis 01. Jänner 2010
- § 4 Frauenförderungsplan BMGSJ
- § 9 Frauenförderungsplan des Bundesministeriums für Finanzen
- § 3 Frauenförderungsplan für das BMLFUW

⁸⁰ Siehe dazu etwa *Smutny/Hopf*, DRdA 2003, 110 (2.3.2).

- § 7 Frauenförderungsplan für das Bundeskanzleramt

Ähnliche Rechtsquellen findet man fallweise auch auf landesgesetzlicher Ebene.

Bei all diesen Normen handelt es sich um solche im Verordnungsrang, somit Gesetze im „materiellen“, nicht jedoch im „formellen“ Sinn. Bei den „Frauenförderungsplänen“ geht es in diesem Zusammenhang darum, dass herabwürdigende Verhaltensweisen wie bspw Mobbing zu unterlassen sind. Bei den „Lehrplänen“ ist „Mobbing“ als Lehrinhalt geregelt.

Eine Definition dieses Begriffes enthalten diese Bestimmungen nicht. Diese wird vielmehr vorausgesetzt. Es handelt sich hier auch nicht um gesetzliche Tatbestände, welche an das Vorliegen von „Mobbing“ (zivil-, straf- oder verwaltungsrechtliche) Sanktionen knüpfen. Es wird aber immerhin ersichtlich, dass der Begriff „Mobbing“ dem österreichischen (Verordnungs-) Gesetzgeber nicht unbekannt ist. Auch in den Materialien zum „neuen“ mit 01.07.2004 in Kraft getretenen Gleichbehandlungsgesetz findet sich der Begriff „Mobbing“. Der Gesetzgeber qualifiziert darin die (nunmehr erstmals ausdrücklich untersagte und sanktionierte) geschlechtsbezogene Belästigung als eine „Erscheinungsform von Mobbing“ (was insofern etwas unscharf ist, als „Mobbing“ notwendigerweise ein Verhalten mit einem gewissen „Dauerelement“ verlangt, während eine Belästigung auch ein einmaliges Ereignis sein kann).⁸¹

2.2. Europäische Union

Auch auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts gibt es (derzeit) noch keine verbindlichen Rechtsakte, welche den Begriff „Mobbing“ definieren oder daran Sanktionen knüpfen würden.

Eine **Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20.09.2001 zu Mobbing am Arbeitsplatz**⁸² forderte sowohl die Mitgliedstaaten als auch die Organe der Europäischen Union auf, entsprechende Maßnahmen zur Bekämpfung von

⁸¹ ErIRV 307, 499 BlgNR 22. GP. Siehe dazu auch die kritischen Ausführungen von *Posch* in ZAS 2005, 241 (267).

⁸² 2001/239 (InI), A5 0283/2001.

„Mobbing“ zu treffen. Diese EntschlieÙung ging zurück auf einen Bericht des Ausschusses für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten über Mobbing am Arbeitsplatz vom 16.07.2001.⁸³

Wörtlich wurde in dieser EntschlieÙung bspw ausgeführt:

„Das Europäische Parlament,

[...]

1. ist der Auffassung, dass das Mobbing, dessen wahres Ausmaß derzeit nicht bekannt ist, ein ernstes Problem im Arbeitsleben darstellt, das größere Aufmerksamkeit und verstärkte Bemühungen um seine Beseitigung verdient, wobei auch neue Formen der Bekämpfung erarbeitet werden müssen;

[...]

7. betont, dass das Problem des Mobbing am Arbeitsplatz in der Union vielfach wahrscheinlich noch immer unterschätzt wird und eine Reihe von Argumenten für gemeinschaftliche Bemühungen auf Unionsebene sprechen, [...].

8. fordert die Kommission auf, [...] sich auch mit der Notwendigkeit von Gesetzgebungsinitiativen in dieser Richtung zu befassen;

[...]

10. fordert die Mitgliedstaaten auf, im Hinblick auf die Bekämpfung von Mobbing und sexueller Belästigung am Arbeitsplatz ihre bestehende Gesetzgebung zu überprüfen und gegebenenfalls zu ergänzen sowie die Definition des Mobbing zu überprüfen und einheitlich zu charakterisieren;

11. betont ausdrücklich die Verantwortung der Mitgliedstaaten und der gesamten Gesellschaft für Mobbing und Gewalt am Arbeitsplatz und sieht hier den Hauptschwerpunkt der Bekämpfungsstrategie;

12. empfiehlt den Mitgliedstaaten, Unternehmen, öffentliche Hand und Sozialpartner zu verpflichten, wirksame Präventionspolitiken durchzuführen, ein System des Erfahrungsaustauschs vorzusehen und geeignete Verfahren zur Lösung des Problems für die von Mobbing-Handlungen Betroffenen zu ermitteln und zu verhindern, dass sich diese wiederholen; [...]

13. fordert die Kommission auf, eine Präzisierung bzw Erweiterung des Anwendungsbereichs der Rahmenrichtlinie über die Gesundheit und Sicherheit am

⁸³ 2001/2339 (InI) A5-0283/2001.

Arbeitsplatz oder die Ausarbeitung einer neuen Rahmenrichtlinie als rechtliches Instrument zur Bekämpfung des Mobbing [...] zu erwägen; [...]

[...]

19. fordert dazu auf zu erkunden, in welchem Maße Konsultationen auf Gemeinschaftsebene zwischen den Sozialpartnern dazu beitragen können, das Mobbing am Arbeitsplatz zu bekämpfen, und dabei die Arbeitnehmerorganisationen einzubeziehen;

20. fordert die Sozialpartner in den Mitgliedstaaten untereinander sowie auf Gemeinschaftsebene auf, eigene Konzepte zur Bekämpfung von Mobbing und Gewalt am Arbeitsplatz zu entwickeln und nach dem Prinzip des „best practice“ einen Erfahrungsaustausch darüber zu führen;

[...]“

In der Mitteilung der Kommission – Anpassung an den Wandel von Arbeitswelt und Gesellschaft: eine neue Gemeinschaftsstrategie für Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz 2002-2006⁸⁴ findet sich zum Thema Mobbing Folgendes:

„[...]

2.3. Wandel der Gefahren

[...]

So ist zu beobachten, dass die Krankheiten, die zu den neu auftretenden Gesundheitsproblemen gezählt werden, etwa Stress, Depressionen oder Angstzustände, sowie Gewalt am Arbeitsplatz, Mobbing und Einschüchterung allein 18% der mit der Arbeit verbundenen Gesundheitsprobleme ausmachen, von denen ein Viertel einen Arbeitsausfall von zwei Wochen oder mehr zur Folge haben. [...]

[...]

3.1. Für ein globales Konzept des Wohlbefindens bei der Arbeit

[...]

3. Prävention sozialer Risiken. Stress, Mobbing, Depression, Angstzustände, Risiken in Verbindung mit Alkohol-, Drogen- und Arzneimittelabhängigkeit müssten Gegenstand spezifischer Maßnahmen sein, die sich in ein globales Konzept unter Hinzuziehung der Gesundheitssysteme einfügen.

[...]

⁸⁴ KOM/2002/0118.

3.3.1. Den juristischen und institutionellen Rahmen anpassen

[...]

2. Berücksichtigung neuer Risiken. Die Zunahme der psychosozialen Beschwerden und Krankheiten führt zu neuen Herausforderungen im Bereich Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz, da die Verbesserung des Wohlbefindens bei der Arbeit durch sie einen Rückschlag erleidet. Die vielfältigen Formen des Mobbing und der Gewalt am Arbeitsplatz bilden heute ein besonderes Problem, weshalb Legislativmaßnahmen gerechtfertigt erscheinen. Dabei kann man vom Acquis der kürzlich erlassenen Richtlinien auf der Grundlage von Artikel 13 EG-Vertrag ausgehen, in denen der Begriff der Belästigung definiert wird und Rechtsbehelfe festgelegt werden.

[...]

Die Kommission wird

[...]

- Angemessenheit und Umfang eines Gemeinschaftsinstruments betreffend Mobbing und Gewalt am Arbeitsplatz prüfen;

[...]“

Verbindliche Rechtsakte auf Gemeinschaftsebene bestehen hinsichtlich des Problems der Belästigung (allerdings nur wenn diese im Zusammenhang mit dem Geschlecht, der „Rasse“ oder ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung stehen). Diesbezügliche – an die Mitgliedstaaten gerichtete – Verpflichtungen zur Umsetzung finden sich in der RL 2000/43/EG („AntirassismusRL“)⁸⁵, der RL 2000/78/EG („GleichstellungsrahmenRL“)⁸⁶ und in der RL 2002/73/EG („ÄnderungsRL zur GleichbehandlungsRL“)⁸⁷.

Das Thema Belästigung und Gewalt am Arbeitsplatz findet sich etwa auch in der **Mitteilung der Kommission** an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „Die Arbeitsplatzqualität verbessern und die Arbeitsproduktivität steigern: Gemeinschaftsstrategie für Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz 2007-2012“

⁸⁵ ABI L 180 S 22.

⁸⁶ ABI L 303 S 16.

⁸⁷ ABI L 269 S 15.

vom 21.2.2007⁸⁸, worin die Kommission „die Bedeutung von Verhandlungen der Sozialpartner über die Verhütung von Gewalt und Belästigung am Arbeitsplatz [unterstreicht] und [...] die Sozialpartner [auffordert], Konsequenzen aus der Evaluierung der Umsetzung der Rahmenvereinbarung auf europäischer Ebene über Stress am Arbeitsplatz zu ziehen.“ (7.2 Förderung der psychischen Gesundheit am Arbeitsplatz).

In der **Entschließung des Rates zu einer neuen Gemeinschaftsstrategie für Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz** (2007-2012) vom 18.6.2007⁸⁹ werden die Sozialpartner aufgefordert, „über die Verhütung von Gewalt und Belästigung am Arbeitsplatz weiter zu verhandeln und der Bewertung der Umsetzung der Rahmenvereinbarung auf europäischer Ebene über Stress am Arbeitsplatz Rechnung zu tragen (II, 10 e).

In der **Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. Januar 2008** zu der Gemeinschaftsstrategie für Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz 2007-2012⁹⁰ wird daran erinnert, „*dass Sicherheits- und Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz nicht auf körperliche Arbeit beschränkt sind [und] fordert, dass den Ursachen, die dem Auftreten geistiger Krankheiten zugrunde liegen, der geistigen Gesundheit, den Suchterkrankungen und den psychischen Risiken am Arbeitsplatz wie Stress, Belästigung und Mobbing sowie Gewalt mehr Beachtung geschenkt wird und dass außerdem Maßnahmen der Arbeitgeber zur Förderung einer guten körperlichen und geistigen Gesundheit stärker in den Vordergrund gerückt werden;*“ (48). Weiters begrüßt das Europäische Parlament, „*dass die Sozialpartner kürzlich eine Rahmenvereinbarung gegen Belästigung und Gewalt am Arbeitsplatz geschlossen haben; bedauert jedoch, dass das Problem der Gewalt durch Dritte in dieser Vereinbarung ausgespart bleibt; fordert deshalb die Sozialpartner auf, eine Konsultation zu diesem Thema durchzuführen;*“ (51).

Am 26.4.2007 haben die Europäischen Sozialpartner das erwähnte **Rahmenabkommen gegen Gewalt am Arbeitsplatz** („*Framework Agreement on Harassment and Violence at Work*“) unterzeichnet. Diese – als Kompromisstext

⁸⁸ KOM(2007) 62.

⁸⁹ 10244/07.

⁹⁰ 2007/2146(INI).

zustande gekommene - Vereinbarung sieht Maßnahmen zur Prävention, Identifikation und Lösung der Probleme von Belästigung und Gewalt am Arbeitsplatz vor und ist von den Mitgliedern der Europäischen Sozialpartner umzusetzen.

Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang insb noch die **RL 89/391/EWG („ArbeitsschutzrahmenRL“)**⁹¹, welche Verpflichtungen der ArbeitgeberInnen enthält, Maßnahmen hinsichtlich Sicherheit und Gesundheitsschutz der ArbeitnehmerInnen zu treffen und die bestehenden Arbeitsbedingungen zu verbessern⁹², sowie die – (noch) nicht rechtsverbindliche – Charta der Grundrechte der Europäischen Union⁹³, insb deren Art 1 (Würde des Menschen) und Art 31 (gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen).

3. Relevanz des Mobbingbegriffs in der (österreichischen) Rechtsprechung

Der Begriff Mobbing findet sich immer wieder in der – vorwiegend arbeitsrechtlichen – Judikatur. In den bisherigen Entscheidungen ging es bspw um Unterlassungsansprüche bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch Veröffentlichungen aus dem Disziplinarakt in der Hauszeitschrift des Arbeitgebers⁹⁴; verspäteten Austritt wegen Gesundheitsgefährdung durch Mobbing⁹⁵; der Abgrenzung von Mobbing zu bloßen „Sticheleien“ bzw gelegentlicher Kritik⁹⁶; das Recht zum vorzeitigen Austritt bei gesundheitsgefährdenden fortgesetzten Schikanen durch die unmittelbare Vorgesetzte und Unterlassen von Schritten zur Beseitigung dieses Missstands durch die weiteren Vorgesetzten trotz mannigfacher Ersuchen⁹⁷; den Beginn der Verjährungsfrist für Schadenersatzansprüche bei seelischen Schmerzen wegen Mobbing⁹⁸; die Verletzung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers durch unzureichende Hilfestellung bei aufgetretenem Mobbing⁹⁹; die Abgrenzung von Mobbing zu noch nicht als Schikane anzusehenden – wenn auch je nach der

⁹¹ ABI L 183 S 1.

⁹² Siehe insb Art 6 Abs 1.

⁹³ 2000/C 364/01.

⁹⁴ OGH 8 ObA 187/97a, DRdA 1998/21 (*Klein*) = ARD 4875/6/97.

⁹⁵ OGH 8 ObA 2285/96d, ARD 4842/19/97.

⁹⁶ OGH 8 ObA 285/97p, ARD 4906/6/98 = RdW 1998, 98 = DRdA 1998, 139.

⁹⁷ LG St. Pölten 30 Cga 83/97m, Arb 11.751 = ARD 5114/2/2000; siehe dazu auch die Entscheidungsbesprechung von *Massl*, DRdA 2000, 435.

⁹⁸ OGH 1 Ob 59/01k, ZVR 2001/89.

⁹⁹ OLG Wien 8 Ra 349/99y, ARD 5223/11/2001.

betroffenen Person unterschiedliche – Reaktionen auf „kleine Vergehen und Fehler“ von Mitarbeitern, solange es an einem sachlichen Grund für das Einschreiten des Vorgesetzten nicht mangelt und dessen Maßnahmen nicht als unverhältnismäßig anzusehen sind¹⁰⁰; der Verneinung von Schadenersatzansprüchen aus Mobbing bei Fehlen der Kausalität zwischen dem Verhalten des Vorgesetzten und den Gesundheitsstörungen des Arbeitnehmers¹⁰¹; die Verneinung eines Entlassungsgrundes bei ehrenrührigen Äußerungen als Reaktion auf Mobbing¹⁰²; die Zulässigkeit des Rechtsweges bei Amtshaftungsansprüchen wegen Verletzung der Fürsorgepflicht des öffentlichrechtlichen Dienstgebers iZm Mobbing durch einen anderen Beamten,¹⁰³ die Schadenersatzpflicht des „Beschäftigers“ im Falle der Verletzung seiner Fürsorgepflicht bei unsachlichen Belästigungen der in seinen Betrieb eingegliederten (hier: überlassenen) Arbeitnehmer durch andere Arbeitnehmer¹⁰⁴ oder die Verwirkung der Rechte aus einer Konkurrenzklausel im Fall von Mobbing durch den Dienstgeber.¹⁰⁵ Daneben finden sich noch Entscheidungen zu Verfahren, in denen lediglich „Mobbing“ behauptet wurde, ohne dies substantiiert zu begründen bzw ohne dass sich im festgestellten Sachverhalt Anhaltspunkte dafür ergeben hätten.

4. Schlussfolgerungen

Dass ein Begriff aus dem Bereich anderer Wissenschaften stammt, bedeutet nicht zwangsläufig, dass es sich nicht (auch) um einen Rechtsbegriff handeln kann. Dies wäre der Fall, wenn solche Begriffe von der Rechtsordnung verwendet werden und somit deren Sinn im Wege der Gesetzesauslegung zu ermitteln ist. Dann wird im Zweifel der maßgebliche allgemeine Sprachgebrauch jener der fraglichen Wissenschaft sein, dem dieser Begriff entstammt, sofern im Hinblick auf die spezifischen juristischen Zwecke, für die der Begriff verwendet wird, nicht eine gewisse Modifikation erforderlich ist.¹⁰⁶

¹⁰⁰ OGH 29.1.2002, 1 Ob 12/02z, RIS-Justiz.

¹⁰¹ ASG Wien 2 Cga 76/00k, bestätigt durch OLG Wien 8 Ra 9/02f, ARD 5414/7/2003.

¹⁰² OGH 8 ObA 196/02k, DRdA 2003/18 = infas 2003, A 26 = ARD 5381/10/2003 = Arb 12.273.

¹⁰³ OGH 9 ObA 32/03a, ecolex 2003/319.

¹⁰⁴ OGH 8 ObA 3/04t, ZAS 2005/4 (*Posch*) = DRdA 2005/37 (*Resch*) = ecolex 2005/66 = ARD 5608/5/2005 = infas 2005, A5 = Arb 12.459; siehe dazu auch *Adamovic*, Mobbing und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, ARD 5608/13/2005.

¹⁰⁵ OGH 10 Ob 37/07z, JBl 2009, 41 = RdW 2008/502 = ARD 5897/5/2008.

¹⁰⁶ Vgl *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff², 438.

Einen gesetzlichen Mobbingtatbestand gibt es in Österreich nicht. Der Begriff Mobbing ist dem Gesetzgeber zwar nicht fremd (wie einigen Verordnungen zu entnehmen ist), er wird aber gesetzlich weder definiert noch werden direkt an ihn relevante gesetzliche Folgen geknüpft. Mobbing ist somit kein von der österreichischen Rechtsordnung definierter Begriff. Dort wo er – ausnahmsweise – verwendet wird, ist er im Sinne der Definitionen der Sozialwissenschaften zu verstehen.

In Bezug auf die in dieser juristischen Untersuchung relevanten Fragestellungen handelt es sich somit bei Mobbing um keinen Rechtsbegriff (iS eines von der österreichischen Rechtsordnung verwendeten Begriffs). Dennoch kommt ihm rechtliche Relevanz zu. Dies wird deutlich, wenn man dessen häufige Verwendung in der (vorwiegend arbeitsrechtlichen) Judikatur berücksichtigt. Diese Relevanz besteht darin, dass an ein in der Tatsachenwelt vorkommendes Phänomen, welches (ausschließlich) in den empirischen Wissenschaften definiert wird, rechtliche Konsequenzen nach sich zieht. Diese Konsequenzen ergeben sich aus gesetzlichen Tatbeständen, welche den Begriff „Mobbing“ nicht verwenden, aufgrund ihres Sinngehaltes jedoch auch (zumindest teilweise) auf Mobbing anwendbar sind.

5. Zusammenfassung

In Österreich gibt es – wie in den meisten anderen Staaten in Europa auch – keinen eigenen gesetzlichen „Mobbing-Tatbestand“.

Auch auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts gibt es (derzeit) noch keine verbindlichen Rechtsakte, welche den Begriff „Mobbing“ definieren oder daran Sanktionen knüpfen würden. Eine Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20.09.2001 zu Mobbing am Arbeitsplatz forderte sowohl die Mitgliedstaaten als auch die Organe der Europäischen Union auf, entsprechende Maßnahmen zur Bekämpfung von „Mobbing“ zu treffen.

In der österreichischen Judikatur findet der Begriff „Mobbing“ seit dem Jahr 1997 in der vorwiegend arbeitsrechtlichen Judikatur häufig Verwendung. Obwohl es sich (von

hier nicht relevanten Ausnahmen abgesehen) bei Mobbing um keinen Rechtsbegriff handelt, kommt ihm als in der Tatsachenwelt auftretendes und (ausschließlich) in den empirischen Wissenschaften definiertes Phänomen insofern rechtliche Relevanz zu, als derartige Verhaltensweisen (zumindest teilweise) rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

III. Rechtswidrigkeit von Mobbing und anderen unerwünschten Verhaltensweisen am Arbeitsplatz – Versuch einer Abgrenzung

1. Allgemeines

Das Ziel der folgenden Untersuchung ist es, darzustellen, unter welchen Voraussetzungen unerwünschte Verhaltensweisen am Arbeitsplatz rechtswidrig sind. Nach einigen grundsätzlichen Überlegungen über die Rechtsgrundlage derartiger Handlungs- bzw. Unterlassungspflichten in der „Arbeitswelt“ soll anhand von Fallgruppen untersucht werden, welche Verhaltensanforderungen sich im Verhältnis Arbeitgeber zu Arbeitnehmer sowie Arbeitnehmer untereinander ergeben. Auch bei jenen Verhaltensweisen, die nicht explizit einem gesetzlichen Tatbestand entsprechen, sollen taugliche Abgrenzungskriterien gesucht werden.

2. Grundsätzliches zu Verpflichtungen in der „Arbeitswelt“

2.1. Unterscheidung Schuldverhältnisse aufgrund Rechtsgeschäft/unmittelbar aufgrund Gesetz

Schuldverhältnisse gründen sich entweder auf ein Rechtsgeschäft oder unmittelbar auf das Gesetz. Zu den rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen gehören sowohl Verträge als auch einseitige Rechtsgeschäfte. Gesetzliche („außervertragliche“) Schuldverhältnisse sind bspw Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung, aus „erlittener Beschädigung“ (Haftung aus deliktischer Schadenszufügung) oder das vorvertragliche Schuldverhältnis.¹⁰⁷

Gerade für den Bereich des Schadenersatzrechts ist es bedeutsam, ob eine Vertrags- oder Deliktshaftung vorliegt. *„Deliktshaftung ist die Haftung, die sich aus der Verletzung einer Verhaltenspflicht ergibt, die für jedermann und gegenüber jedermann besteht. Vertragshaftung bedeutet, daß (!) ein Vertragspartner für die Vertragsverletzung dem andern Teil Ersatz leisten muß (!)“.*¹⁰⁸ Der Unterschied besteht in den Sorgfaltsanforderungen, im Ausmaß der Haftung, in der

¹⁰⁷ Vgl *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 13 mwN.

¹⁰⁸ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 337.

Gehilfenhaftung sowie in der Beweislastverteilung. Auch für das vorvertragliche Schuldverhältnis gelten die Grundsätze der Vertragshaftung.¹⁰⁹ Während sich im Falle eines Vertragsverhältnisses die wechselseitigen Verpflichtungen aus demselben ergeben, sind diese außerhalb vertraglicher Beziehungen aus der Gefährdung bzw Verletzung von absoluten Rechten (vor allem Leben, Gesundheit, Freiheit und Eigentum), der Verletzung sog Schutzgesetze oder dem Verbot vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung abzuleiten.¹¹⁰

Sowohl für Art und Umfang wechselseitiger Verhaltenspflichten ist es somit von Bedeutung, ob zwischen den beteiligten Personen vertragliche (allenfalls vorvertragliche) Beziehungen bestehen. Während dies im Verhältnis Arbeitnehmer/Arbeitgeber unzweifelhaft der Fall ist, bedarf das Verhältnis Arbeitnehmer untereinander noch einer näheren Untersuchung.

2.2. Persönlichkeitsrecht

Unerwünschte Verhaltensweisen am Arbeitsplatz berühren (ab einer gewissen „Erheblichkeitsschwelle“) häufig die Persönlichkeitsrechte des jeweils Betroffenen.

„Zentralnorm“ der Persönlichkeitsrechte ist § 16 ABGB. Gem dem 1. Satz dieser Bestimmung hat jeder Mensch angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten. Konkretisierungen dieser Persönlichkeitsrechte erfolgen dann in einzelnen Bestimmungen (Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, § 1325 ABGB; Recht auf Freiheit, § 1329 ABGB; Namensrecht, § 43 ABGB; Recht auf Ehre, § 1330 ABGB; Recht am eigenen Bild, § 78 UrhG etc). Strittig ist, ob sich aus § 16 ABGB ein „allgemeines Persönlichkeitsrecht“¹¹¹ ergibt oder ob lediglich von einzelnen Persönlichkeitsrechten auszugehen ist.¹¹² Übereinstimmung besteht dahingehend, dass es sich hier zwar um eine grundsätzliche Frage handelt, deren praktische Bedeutung jedoch gering ist, da in beiden Fällen jeweils geprüft werden muss, ob und unter welchen Voraussetzungen und wie weit der jeweilige Persönlichkeitsbereich Schutz

¹⁰⁹ Vgl *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 337 mwN.

¹¹⁰ Vgl *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 338 mwN.

¹¹¹ IdS etwa *Aicher* in *Rummel* I³ § 16 Rz 14.

¹¹² So die hL, siehe etwa *Koziol*, Haftpflichtrecht II² RZ 6.

genießt.¹¹³

Die Persönlichkeitsrechte gewähren schon bei der Gefahr einer Verletzung einen Unterlassungsanspruch. Ist der Eingriff schon erfolgt, so hat der Verletzte gegen den schuldhaft handelnden Täter das Recht auf Schadenersatz und ohne Rücksicht auf Verschulden das Recht auf Beseitigung des durch den Eingriff verursachten Zustandes.¹¹⁴ Notwendig ist in allen Fällen die Abwägung der wechselseitigen Interessen, zumal hier die Problematik des gegenseitigen Verhältnisses zwischen dem Schutze des einen und der Freiheit der anderen angesprochen ist: Die Freiheit des einen ist jeweils die Unfreiheit des anderen.¹¹⁵ Der jeweilige Schutzzumfang hängt vor allem davon ab, ob die Interessen klare Konturen aufweisen, ob sie offenkundig sind und welcher Rang den Interessen von der Rechtsordnung zugesprochen wird. Die Verletzung von Rechten wie jene auf Leben, körperliche Unversehrtheit und Freiheit indiziert dabei die Rechtswidrigkeit.¹¹⁶

Unter Berufung auf § 16 ABGB werden noch weitere Persönlichkeitsrechte anerkannt:

Das Recht am gesprochenen Wort verbietet heimliche Tonbandaufnahmen auch ohne Veröffentlichung derselben, obwohl lediglich die Weitergabe an einen Dritten gem § 120 Abs 2 StGB strafbar ist. Unter Berufung insb auf *Koziol*¹¹⁷ führte der OGH in einer E aus dem Jahr 1992 aus, dass *„eine heimliche Aufnahme durch den Gesprächspartner den Interessen des Sprechenden widerspricht, da flüchtige, keineswegs wohlüberlegte Worte festgehalten werden, daß (!) allein schon durch die Möglichkeit der Verbreitung die Vertraulichkeit des Gesprächs zerstört wird und die heimliche Aufnahme in jedes Gespräch Mißtrauen einführen würde“*, weshalb *„die heimliche Aufnahme auch einer geschäftlichen Besprechung unter vier Augen durch den Gesprächspartner“* rechtswidrig sei¹¹⁸. Das „Recht am gesprochenen Wort“

¹¹³ Siehe dazu etwa *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im Österreichischen Recht und seine Reform (2003) 33 f mwN

¹¹⁴ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³, 83 mwN

¹¹⁵ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³, 84 mwN.

¹¹⁶ *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens, 34; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ RZ 4.

¹¹⁷ *Koziol*, Haftpflichtrecht I², 13.

¹¹⁸ OGH 9 Ob A 215/92, Arb 11.047 = infas 1993, A 39 = ARD 4415/13/92 = DRdA 1993, 143 = RdW 1993, 82 = JBI 1993, 338 = ZASB 1993, 5 = ÖJZ 1993/38; idS auch 3 Ob

umfasst auch das Recht, ein unzutreffendes, verkürztes oder manipuliertes Zitat zu verhindern¹¹⁹.

Das – schon vor Inkrafttreten des § 1328a ABGB vertretene - Recht auf Wahrung der Geheimsphäre schützt gegen das Eindringen in die Privatsphäre und gegen die Verbreitung rechtmäßig erlangter Informationen aus der und über die Geheimsphäre. Schutzgegenstand ist die Privatheit der Person und ihrer nicht für die Öffentlichkeit bestimmten Äußerungen. Rechtsverletzungen sind bspw das Abhören von Telefongesprächen, geheime Bildaufnahmen im privaten Bereich oder das Veröffentlichen von Einzelheiten über das Privatleben oder über die sich ihrer Natur nach nicht in der Öffentlichkeit abspielende berufliche Tätigkeit¹²⁰.

Vertreten wird auch ein Schutz vor Verwendung eines Namens zu Reklamezwecken sowie ein Recht auf „Namensanonymität“ (der Name einer Person darf von Dritten nicht in Zusammenhängen erwähnt werden, zu deren Erwähnung der Namensträger keinen sachlichen Anlass gegeben hat.)¹²¹

Aus dem geht hervor, dass sowohl aus zahlreichen Einzelbestimmungen als auch aus einer Fortbildung durch die Judikatur und Lehre die Persönlichkeit des Einzelnen in vielfältiger Hinsicht geschützt ist. Dieser Schutz spielt gerade im Arbeitsleben, insb im Verhältnis Arbeitgeber/Arbeitnehmer (dort konkretisiert durch die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers) eine große Rolle. Aber auch für die Frage allfälliger Verhaltenspflichten der Arbeitnehmer untereinander sind – wie noch zu zeigen sein wird – die Persönlichkeitsrechte von Bedeutung.

2.3. Verpflichtung des Arbeitgebers, Fürsorgepflicht

Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers wird als die Konkretisierung des Persönlichkeitsrechts (§ 16 ABGB) für das Verhältnis Arbeitgeber/Arbeitnehmer angesehen.¹²² Sowohl die Fürsorge- als auch die Treuepflicht sind

131/00m, EFSIlg 91.774.

¹¹⁹ OGH 4 Ob 227/04t, MR 2005, 49.

¹²⁰ Aicher in *Rummel*³ § 16 Rz 24 mwN.

¹²¹ Aicher in *Rummel*³ § 16 Rz 23 mwN.

¹²² Klein, DRdA 1998/21; weitergehend zum Persönlichkeitsschutz im Arbeitsrecht Schnorr,

Erscheinungsformen der aus jedem Vertrag entspringenden Schutzpflichten. In Dauerschuldverhältnissen, vor allem im Arbeitsverhältnis, haben sie allerdings eine besonders intensive Ausprägung erfahren. Den Arbeitgeber trifft deshalb eine umfassende Fürsorgepflicht, weil „der in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliederte Arbeitnehmer in erhöhtem Maße den verschiedenen Gefahren der Arbeitgebersphäre ausgesetzt und zufolge der persönlichen Abhängigkeit in seiner Dispositionsfreiheit erheblich eingeschränkt ist“.¹²³

Gesetzlich positiviert ist die Fürsorgepflicht in § 1157 ABGB sowie in § 18 AngG. Beide Bestimmungen regeln allerdings nur Teilbereiche der Fürsorgepflicht. So bestimmt § 1157 Abs 1 ABGB, dass der Dienstgeber die Dienstleistungen so zu regeln und bezüglich der von ihm beizustellenden oder beigestellten Räume und Gerätschaften auf seine Kosten dafür zu sorgen hat, dass das Leben und die Gesundheit des Dienstnehmers, soweit es nach der Natur der Dienstleistung möglich ist, geschützt werden. Gem § 18 Abs 1 AngG ist der Dienstgeber verpflichtet, auf seine Kosten alle Einrichtungen bezüglich der Arbeitsräume und Gerätschaften herzustellen und zu erhalten, die mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der Dienstleistung zum Schutze des Lebens und der Gesundheit der Angestellten erforderlich sind. Ausdrücklich geregelt werden weiters Überlassung von Wohnräumen, die Zurverfügungstellung von Arbeitsräumen und Maßnahmen zur Wahrung der Sittlichkeit.

Weitere Regelungen im Zusammenhang mit der Fürsorgepflicht finden sich bspw im Arbeitnehmerschutzgesetz (ASchG), Dienstnehmerhaftpflichtgesetz (DNHG), Urlaubsgesetz (UrlG) oder im Gleichbehandlungsgesetz (GIBG).

Die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht steht sowohl in Zusammenhang mit dem Persönlichkeitsrecht (§ 16 ABGB bzw die entsprechenden Konkretisierungen) als auch den verfassungsrechtlich geschützten Grundrechten. Der Arbeitgeber hat „die Arbeitsbedingungen so zu gestalten, dass das Leben und die Gesundheit des Arbeitnehmers möglichst geschützt und auch andere Interessen des Arbeitnehmers

Erfüllung arbeitsvertraglicher Pflichten und Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers, in FS Strasser (1983), 97.

¹²³ *Binder* in *Löschnigg*, AngG II⁸ Rz 1 zu § 18.

gewahrt werden¹²⁴. Der Arbeitgeber hat somit bei der Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses auf die gesundheitlichen, religiösen, sittlichen, persönlichen und vermögensrechtlichen Interessen des Arbeitnehmers in zumutbarer Weise Rücksicht zu nehmen“¹²⁵. Die Fürsorgepflicht ist bei der Auslegung arbeitsrechtlicher Vorschriften zu berücksichtigen¹²⁶.

Bei der Bestimmung von Art und Umfang der Fürsorgepflicht sind die schutzwürdigen Interessen des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers gegeneinander abzuwägen.¹²⁷ Die Fürsorgepflicht besteht jedenfalls bei aufrechter Dienstverhältnis, teilweise auch darüber hinaus¹²⁸. Vorvertragliche Pflichten des Arbeitgebers werden teilweise als Ausformungen der Fürsorgepflicht gesehen¹²⁹, teilweise werden diese auf allgemein zivilrechtliche Grundsätze (wie bspw culpa in contrahendo) gestützt¹³⁰.

Was ist nun der konkrete Inhalt der Fürsorgepflicht?

Hinsichtlich Schutzes des Lebens und der Gesundheit der Arbeitnehmer ist zunächst an § 1157 Abs 1 ABGB anzuknüpfen (siehe oben). Der Arbeitgeber hat somit für den möglichen Schutz zu sorgen. Hier kommt es auf das erforderliche Ausmaß der orts- und branchenüblichen Vorkehrungen an; sofern nicht ohnehin gesetzliche Sondervorschriften bestehen, entscheidet das nach Treu und Glauben Übliche bzw bestimmt sich der Umfang der Fürsorgepflicht nach der Verkehrsauffassung oder einer betrieblichen Übung. Kann sich der Dienstgeber aus finanziellen Gründen einen solchen Schutz nicht leisten, muss die Durchführung der gefährlichen Tätigkeiten unterbleiben.¹³¹ Zur Konkretisierung dienen sodann die Bestimmungen des ASchG oder Gesetze zum Schutz bestimmter Dienstnehmergruppen (KJBG, BAG, MuttSchG, APSG, NSchG, etc).

Hinsichtlich des (mit dem Gedanken des Gesundheitsschutzes im Zusammenhang

¹²⁴ Grillberger in Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I⁴, 330.

¹²⁵ Schrammel in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht II⁵, 190.

¹²⁶ Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht, 213.

¹²⁷ Binder in Löschnigg, AngG II⁸ Rz 8 zu § 18.

¹²⁸ Mosler in ZellKomm, Rz 11 ff zu § 18 AngG; Binder in Löschnigg, AngG II⁸ Rz 29 ff zu § 18.

¹²⁹ Binder in Löschnigg, AngG II⁸ Rz 29 ff zu § 18.

¹³⁰ Mosler in ZellKomm, Rz 11 ff zu § 18 AngG mwN.

¹³¹ Krejci in Rummel I³ § 1157 RZ 9.

stehenden) Urlaubsrechts sind die Bestimmungen des UrlG maßgeblich. Mit dem Gesundheitsschutz ebenfalls im Zusammenhang stehen die Bestimmungen des AZG bzw des ARG. Kommt es zu Tätlichkeiten zwischen Arbeitskollegen, hat der Arbeitgeber entsprechende Abhilfe zu schaffen. Dabei sind – je nach Einzelfall – die entsprechend notwendigen Maßnahmen (zB Ermahnung, Versetzung, usw) zu setzen¹³².

Der aus der Fürsorgepflicht resultierende Persönlichkeitsschutz umfasst insb die Bereiche Sittlichkeit, Religions- und Gewissensfreiheit, Intimsphäre und Privatleben, Meinungsfreiheit, Ehre, Gleichbehandlung und Datenschutz. Der Schutz der Sittlichkeit bezieht sich vor allem auf die Verschiedenheit der Geschlechter, wobei auch Jugendliche besonders schutzbedürftig sind. Der Dienstgeber hat weiters dafür zu sorgen, dass die Geschlechtsehre, die sexuelle Integrität und die Intimsphäre der Dienstnehmer nicht gefährdet werden.¹³³ Dem Schutz vor sexueller Belästigung dienen die Bestimmungen der §§ 6, 12 GIBG. Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts sind nach den §§ 1 ff GIBG untersagt.

Die Religions- und Gewissensfreiheit bezieht sich vor allem auf das Weisungsrecht des Arbeitgebers, welches bei Konflikten mit der eigenen Überzeugung des Dienstnehmers Einschränkungen erfährt.¹³⁴ Auch hier erfolgte hinsichtlich des Diskriminierungsverbotes eine Konkretisierung durch das GIBG (§§ 16 ff). Weil der Dienstnehmer seine Pflichten nur unter Einsatz seiner Person erfüllen kann, hat der Dienstgeber auf die Intimsphäre und das Privatleben des Dienstnehmers gebührend Rücksicht zu nehmen. Einschränkungen, etwa hinsichtlich äußeres Auftreten, Kleidung, Haartracht oder außerdienstliches Verhalten, sind nur zulässig, wenn dies sachlich gerechtfertigt ist und somit die Treuepflicht des Dienstnehmers die Rücksichtnahme von Unternehmensinteressen gebietet.¹³⁵ Aus diesem Grund dürfen auch grafologische Gutachten oder psychologische Testverfahren nicht ohne Zustimmung des Dienstnehmers durchgeführt werden.¹³⁶ Kontrollmaßnahmen, welche die Menschenwürde verletzen (etwa optische Kontrollen des

¹³² OGH 9 Ob A 230/02t, Arb 12.276 = DRdA 2003, 557 (*Risak*) = RdW 2003/516 = ARD 5403/9/2003; OLG Linz 13 Ra 6/88, Arb 10.703 = ARD 4072/27/89.

¹³³ *Krejci* in *Rummel*³ § 1157 Rz 23; *Binder* in *Löschnigg*, AngG II⁸ RZ 65 ff zu § 18.

¹³⁴ *Krejci* in *Rummel*³ § 1157 Rz 24; *Löschnigg* in *Löschnigg*, AngG II⁸ RZ 63 f zu § 18.

¹³⁵ *Krejci* in *Rummel*³ § 1157 Rz 25.

¹³⁶ *Krejci* in *Rummel*³ § 1157 Rz 26.

Freizeitverhaltens, der Waschräume und Toiletten, eine geheime Kontrolle der Benützung des Betriebstelefon, entwürdigende oder exzessive Kontrollen) sind in jedem Fall unzulässig.¹³⁷

Aus der Fürsorgepflicht wurde auch der sogenannte arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz entwickelt. Dieser verbietet es dem Dienstgeber, einzelne Dienstnehmer (oder auch Gruppen von Dienstnehmern) willkürlich bzw aus sachfremden Gründen schlechter zu behandeln als die Mehrheit der übrigen Dienstnehmer mit im Wesentlichen gleichen Voraussetzungen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz bezieht sich sowohl auf Entgeltansprüche als auch sonstige Ansprüche (bspw Beförderungen oder Zeitausgleich und Urlaub).¹³⁸

Auf die ausdrücklichen Diskriminierungsverbote im GIBG (Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung) sowie im BehEinstG (Diskriminierung aufgrund einer Behinderung) sei hingewiesen.

Hinsichtlich Datenschutzes bestehen umfangreiche Bestimmungen im DSG 2000.

In der Lehre wurde auch ein Recht auf Beschäftigung angenommen, da die Nichtbeschäftigung eines Arbeitnehmers grundsätzlich die Persönlichkeit beeinträchtigt¹³⁹. Die Judikatur ist diesem Ansatz bisher bedauerlicherweise nicht gefolgt und nimmt ein Recht auf Beschäftigung – von den wenigen ausdrücklich im Gesetz geregelten Fällen (§§ 9, 18 BAG, § 21 SchauspG) abgesehen - nur in Ausnahmefällen an (bspw wenn dadurch ein Qualifikationsverlust zu befürchten ist, wie dies etwa bei einem Chirurgen¹⁴⁰, einem Piloten¹⁴¹ oder einem Berufsfußballer¹⁴² der Fall sein kann).

¹³⁷ *Krejci in Rummel*³ § 1157 Rz 27; *Mosler in ZellKomm*, Rz 84 zu § 18 mwN.

¹³⁸ *Krejci in Rummel*³ § 1157 Rz 32 ff; *Binder in Löschnigg*, AngG II⁸ Rz 82 ff zu § 18.

¹³⁹ Siehe dazu insb *Strasser*, Das Recht des Dienstnehmers auf Beschäftigung, ÖJZ 1954, 60; *W. Schwarz*, Die Beschäftigungspflicht im Arbeitsverhältnis, in FS Floretta (1983) 415; *Resch*, Anmerkungen zur arbeitsrechtlichen Beschäftigungspflicht, DRdA 1991, 424.

¹⁴⁰ OGH 9 Ob A 2263/96, DRdA 1997, 207 (*Resch*).

¹⁴¹ OGH 9 Ob A 2247/96, DRdA 1997, 227.

¹⁴² OGH 9 Ob A 121/06v, DRdA 2007/49 (*Brodil*) = ZAS 2008/12 (*Thomas*) = ASoK 2007, 199 (*Marhold-Weinmeier*).

Gegenstand der Fürsorgepflicht ist auch das Vermögen des Arbeitnehmers. So hat der Dienstgeber vom Dienstnehmer eingebrachte Sachen zu schützen, haftet für Schäden am vom Dienstnehmer im Interesse des Dienstgebers eingesetzten Eigentum (etwa Verwendung des eigenen Kfz auf Dienstfahrten), ist der Dienstgeber zur Rechnungslegung verpflichtet und treffen ihn hinsichtlich der Entgeltansprüche Pflichten zur Aufklärung bzw Anleitung.¹⁴³

2.4. Verpflichtung des Arbeitnehmers - Treuepflicht

Unter Treuepflicht versteht man die „Respektierung des unternehmerischen Tätigkeitsbereichs sowie dessen Organisationswerten und Chancen (Goodwill), die der Arbeitnehmer kennen lernt und nicht für seine Zwecke ausnützen bzw nicht gefährden oder beeinträchtigen darf“. Es geht also um den Schutz betrieblicher Interessen und nicht um „Treue“ in persönlicher oder ethischer Hinsicht.¹⁴⁴ Die Treuepflicht ist eine vertragliche Nebenpflicht und ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen auf Grund rechtsgeschäftlichen Kontaktes bzw einer Vertragsbeziehung. Diese Pflichten sind beim Arbeitsvertrag deshalb stärker ausgeprägt, da der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer in weiten Bereichen Einblick in seinen Betrieb gewährt und ihm die Wahrung betrieblicher Interessen anvertraut.¹⁴⁵ Die Treuepflicht lässt sich auch durch Rechtsanalogie aus sondergesetzlichen Bestimmungen ableiten, die den Arbeitnehmer ausdrücklich zur Wahrung von betrieblichen Interessen verpflichten. Im Einzelfall ist der genaue Inhalt der Treuepflicht durch Interessenabwägung zu ermitteln, wobei auch grundrechtlich geschützte Interessen zu berücksichtigen sind.¹⁴⁶ Ausdrückliche gesetzliche Regelungen im Hinblick auf diese „Treuepflicht“ finden sich nur vereinzelt. So ist im § 76 GewO 1859 die Verpflichtung zur „Treue, Folgsamkeit und Achtung“ (einschränkend im Sinne einer Betriebsbezogenheit zu interpretieren) festgelegt. Zu erwähnen sind weiters etwa das in § 7 AngG geregelte Konkurrenzverbot, die Verschwiegenheitsverpflichtung gem § 76 GewO 1859 sowie die Entlassungstatbestände der Geschenkannahme und der Untreue (§ 27 Z 1 AngG). Inhaltlich geht es hauptsächlich um Unterlassungspflichten; der Dienstnehmer ist

¹⁴³ *Krejci in Rummel*³, § 1157 Rz 39 ff; *Binder in Löschnigg*, AngG II⁸ Rz 111 ff zu§ 18.

¹⁴⁴ *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰, 256

¹⁴⁵ *Rebhahn/Kietaibl in ZellKomm*, Rz 34 zu § 1153 ABGB.

¹⁴⁶ *Rebhahn/Kietaibl in ZellKomm*, Rz 34 zu § 1153 ABGB.

somit verpflichtet, betriebliche Interessen nachteilig beeinflussende Handlungen zu unterlassen. Nur in wenigen Fällen umfasst die Treuepflicht auch die Pflicht zu einem positiven Tun, bspw dann, wenn der Arbeitnehmer in Ausnahmesituationen an sich nicht geschuldete Dienste zu leisten hat¹⁴⁷ oder wenn es darum geht, den Arbeitgeber vor drohenden Schäden zu warnen bzw zur Beseitigung von eintretenden Schäden beizutragen¹⁴⁸.

Grundsätzlich ist die Treuepflicht an ein aufrechtes Arbeitsverhältnis geknüpft. Verpflichtungen aus der Treuepflicht können sich jedoch im Einzelfall auch schon vor der Aufnahme der tatsächlichen Arbeit ergeben bzw über das Ende des aufrechten Arbeitsverhältnisses hinaus fortwirken. Die Treuepflicht kann Auswirkungen sowohl auf das dienstliche wie auf das außerdienstliche Verhalten enthalten¹⁴⁹.

2.5. Pflichten Arbeitnehmer untereinander?

2.5.1. Problem

Wie noch zu zeigen sein wird, sind Belästigungen bzw ähnliche unerwünschte Verhaltensweisen in Folge Verletzung der Treuepflicht jedenfalls im Verhältnis Arbeitgeber/Arbeitnehmer rechtswidrig. Der Arbeitgeber selbst ist es daher, der zunächst die Abstellung derartiger Verhaltensweisen fordern kann.

Fraglich ist, ob – von Fällen deliktischer Schädigung (Angriffe auf absolut geschützte Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit, Eigentum, Freiheit, Ehre) abgesehen – hier auch unmittelbare Pflichten im Verhältnis der DienstnehmerInnen untereinander bestehen. Im Gegensatz zum Verhältnis Arbeitgeber zu Arbeitnehmer, welches durch das Bestehen eines Arbeitsvertrages charakterisiert ist, besteht zwischen den Arbeitnehmern untereinander kein derartiges Vertragsverhältnis.

Es liegt somit der Schluss nahe, dass der Arbeitnehmer außerhalb von Eingriffen in absolut geschützte Rechtsgüter darauf angewiesen ist, an die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zu appellieren, damit dieser durch Weisung bzw erforderlichenfalls

¹⁴⁷ *Brodil* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap X, Rz 76.

¹⁴⁸ *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 257

¹⁴⁹ *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht 105.

durch entsprechende arbeitsrechtliche Sanktionen das unerwünschte Verhalten des Arbeitskollegen abstellt. Besonders unbefriedigend ist die Situation dann, wenn der Dienstgeber seiner Fürsorgepflicht nicht nachkommt. Auch für den Sorgfaltsmaßstab, den der einzelne Arbeitnehmer von seinem Arbeitskollegen fordern kann, ist dies von besonderer Bedeutung (was sich wiederum auf allfällige Schadenersatzpflichten auswirkt).

Zu prüfen ist daher, ob der Arbeitsvertrag ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (konkret: der Arbeitskollegen) ist.

2.5.2. Zivilrechtliche Grundlagen

Beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter handelt es sich nach *Bydlinski* um eine „Abart des Vertrages zugunsten Dritter, bei dem eben nicht die Hauptleistung, sondern nur die vertragliche Sorgfaltspflicht zugunsten des Dritten ausbedungen wird“¹⁵⁰. In Betracht kommen dabei nur Rechtsgüter des Dritten, „deren Kontakt mit der Leistung vorhersehbar war und deren Verletzung eben aufgrund dieses Kontaktes erfolgte“. Es muss auch ein „evidentes Interesse des Gläubigers an den Rechtsgütern des Dritten bestehen. Dies kann dann der Fall sein, wenn vereinbart ist, dass die Hauptleistung an den Dritten zu erbringen ist oder wenn der Gläubiger dem Dritten zur Fürsorge verpflichtet ist.“¹⁵¹

Nach der Rsp erscheint dann, wenn der Dritte ohnehin gegen einen der beiden Kontrahenten vertragliche Ansprüche hat, die Annahme erweiterter Schutz- und Sorgfaltspflichten gegen dessen Erfüllungsgehilfen nicht geboten. Der Erfüllungsgehilfe haftet daher nur deliktisch¹⁵².

Nach *Koziol* ist der Vertrag zwischen einem Geschäftsherrn und seinem Erfüllungsgehilfen aus diesem Grund regelmäßig keine Vereinbarung mit Schutzwirkung zugunsten des Gläubigers des Geschäftsherrn. Überdies solle der Dienstnehmer davor bewahrt werden, dass alle Vertragspartner seines Dienstgebers

¹⁵⁰ *Bydlinski*, Vertragliche Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter, JBl 1960, 359 (360).

¹⁵¹ *Bydlinski*, Vertragliche Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter, JBl 1960, 359 (362). idS etwa auch OGH 7 Ob 72/74, JBl 1974, 573 = SZ 47/72.

¹⁵² OGH 2 Ob 133/78, JBl 1980, 39 (*Koziol*).

stets Ansprüche gegen ihn geltend machen können. Erwägenswert wäre jedoch, ob „nicht dann, wenn der Gehilfe ein selbständiger Unternehmer ist und dieser die Erbringung der Leistung zugunsten des Gläubigers verspricht, auch Schutz- und Sorgfaltspflichten zugunsten des Leistungsempfängers anzunehmen sind“. Dafür spreche, dass „der Anspruch des Geschädigten gegen den Gehilfen nur eine Abkürzung bedeute. Der Geschädigte hätte Ersatzansprüche gegen den Geschäftsherrn und diesem stünden wiederum Rückgriffsmöglichkeiten gegen den Gehilfen zu; letzterer habe also jedenfalls den Schaden zu tragen“¹⁵³.

Auch nach *Kerschner*¹⁵⁴ und *Reischauer*¹⁵⁵ ist der Dienstvertrag idR kein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, insb der Kunden des Dienstgebers.

2.5.3. Arbeitsrechtlicher Meinungsstand

Bereits *Mayer-Maly* gelangte zum Ergebnis, dass der Arbeitsvertrag als Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte anzusehen sei, der den eintretenden Arbeitnehmer allgemein mit Schutzpflichten seinen Arbeitskollegen gegenüber belaste. Orientiere man sich am Eigeninteresse des Arbeitgebers an der Unversehrtheit der Rechtsgüter der Arbeitskollegen des Eintretenden, umfasse die Schutzpflicht allerdings nur das „Arbeitgeberinteresse am Betriebsfrieden, an der Arbeitsfähigkeit der Arbeitskollegen und an der Freiheit von Haftungen und Freistellungsansprüchen“. Es greife dagegen nicht ein, „wenn durch mangelnde Verschwiegenheit Umstände offenbar werden, die nur die Persönlichkeitssphäre eines Arbeitskollegen berühren“. Auch entfalle es, wenn Sonderbestimmungen eine Haftung des Arbeitgebers ausschließen¹⁵⁶.

*Marhold*¹⁵⁷ schloss sich dieser Ansicht an. *Marion Binder*¹⁵⁸ sieht (konkret was Mobbing unter Arbeitskollegen betrifft) insb unter Berufung auf *Mayer-Maly* ebenfalls direkte Verhaltenspflichten im Verhältnis ArbeitnehmerInnen untereinander.

¹⁵³ *Koziol*, Haftpflichtrecht I, 90.

¹⁵⁴ *Kerschner*, DHG (2004), Rz 16 zu § 3; ders JBl 1991, 250; aM *Fischer*, ZAS 1970, 10.

¹⁵⁵ *Reischauer* in *Rummel* 3 Rz 4 zu § 1313.

¹⁵⁶ *Mayer-Maly*, Das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitnehmern (bei traditioneller Einzelarbeit), in *Tomandl*, Innerbetriebliche Arbeitnehmerkonflikte aus rechtlicher Sicht (1977) 59 (72).

¹⁵⁷ *Marhold*, Kommentar zu OGH 24.10.1978, 4 Ob 91/78, ZAS 1979, 177.

¹⁵⁸ *Marion Binder*, Mobbing, 83 ff.

Spielbüchler/Grillberger meinen dazu, dass das Interesse des Arbeitgebers auch die Beziehung der Arbeitnehmer untereinander vermittelt. Ihm seien alle zur Verträglichkeit und zum anständigen und gesitteten Benehmen verpflichtet. Er sei „der gemeinsame Partner aller einzelnen Arbeitsverträge, die auch den Schutz dritter Personen bezwecken“. Die primäre Wurzel solcher Pflichten ist nach *Spielbüchler/Grillberger* „das eigennützige Interesse des Arbeitgebers am reibungslosen Betrieb.“ Da der Arbeitgeber „seine Arbeitnehmer vor wechselseitigen Angriffen in Schutz zu nehmen hat, kommt auch deren Interesse mit zur Geltung und kann nach den Regeln über die Schutzwirkung für Dritte Rechtswirkungen zwischen den Arbeitnehmern erzeugen“.¹⁵⁹

Der OGH hielt in der E 9 Ob A 206/92¹⁶⁰ im Falle einer Arbeitskräfteüberlassung noch fest, dass der Mangel einer direkten Vertragsbeziehung zwischen Beschäftiger und Arbeitskraft nicht daran hindere, dass es Schutzpflichten zugunsten des jeweiligen Dritten (hier: Beschäftiger bzw überlassener Arbeitnehmer) gäbe.

In der E 9 Ob A 80/04m¹⁶¹ schloss sich der OGH der von der hL vertretenen Ansicht an, dass der Dienstvertrag (von besonderen Fallkonstellationen abgesehen) kein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter sei. Der im konkreten Fall zwischen dem Arbeitskräfteüberlasser und seinem Arbeitnehmer abgeschlossene Dienstvertrag entfalte daher keine Schutzwirkungen zugunsten von Stammarbeitnehmern im Beschäftigertbetrieb.

2.5.4. Eigene Ansicht

Sieht man sich die von Lehre und Judikatur herausgearbeiteten Voraussetzungen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter an, so treffen diese mE jedenfalls auf das Verhältnis zu anderen Arbeitnehmern desselben Arbeitgebers (aber auch zu im Betrieb – etwa aufgrund einer Arbeitskräfteüberlassung – eingegliederten „fremden“ Arbeitnehmern) zu. In all diesen Fällen ist ein Kontakt mit den Rechtsgütern des Dritten vorhersehbar. Verletzungen dieser Rechtsgüter

¹⁵⁹ *Spielbüchler/Grillberger* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴, 192.

¹⁶⁰ DRdA 1993/37 (*Ritzberger-Moser*).

¹⁶¹ ZAS 2005/45 (*Schmaranzer*).

erfolgen jedenfalls dann, wenn ein Zusammenhang mit der gemeinsamen Arbeit besteht, aufgrund dieses Kontaktes. Aufgrund der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber allen in seinen Betrieb eingegliederten Arbeitnehmern besteht auch ein evidenten Interesse des Arbeitgebers an den Rechtsgütern des Dritten (der anderen Arbeitnehmer). Ein deckungsgleicher Anspruch des geschädigten Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitgeber (welcher einer Schutzwirkung zu seinen Gunsten ausschließen würde) besteht idR nicht; dies wäre nur dann der Fall, wenn der schädigende Arbeitskollege im Verhältnis zum geschädigten Arbeitnehmer Erfüllungsgehilfe des Arbeitgebers wäre oder ihm aus sonstigen Gründen zurechenbar ist. Ansonsten kommt eine Haftung des Arbeitgebers nur in Betracht, wenn er seine Fürsorgepflicht verletzt. In allen anderen Fällen ist der geschädigte Arbeitnehmer auf Ersatzansprüche gegen seinen Arbeitskollegen angewiesen und sollte mE nicht auf rein deliktische Anspruchsgrundlagen beschränkt werden. Der wesentliche Unterschied zum Kunden des Dienstgebers besteht in dessen deckungsgleichem Anspruch gegen den Unternehmer selbst sowie im Fehlen einer (im Verhältnis Arbeitgeber/Arbeitnehmer bestehenden) Fürsorgepflicht.

Im Ergebnis ist mE somit der Dienstvertrag als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten der Arbeitskollegen des jeweiligen Arbeitnehmers anzusehen. Entgegen der E OGH 9 Ob A 80/04m (siehe oben) gilt dies auch für das Verhältnis überlassene Arbeitnehmer zu Stammarbeitnehmer des Beschäftigers. Einzuschränken ist dies jedoch auf jene Rechtsgüter, an deren Einhaltung der Arbeitgeber ein Interesse hat (etwa weil der betriebliche Ablauf berührt sein kann oder seine Fürsorgepflicht berührt wird, womit sowohl die Persönlichkeit als auch das eingebrachte Vermögen des Arbeitnehmers betroffen sind). Weiters muss ein Zusammenhang mit den arbeitsvertraglichen Pflichten bestehen, der im Einzelfall durchaus strittig sein kann. ME sind die Voraussetzungen eines derartigen Zusammenhanges nicht derart restriktiv zu sehen, wie dies bspw bei der „Erfüllungsgehilfenhaftung“ gem § 1313a ABGB angenommen wird. Obwohl die Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter insb deshalb entwickelt wurde, um zu einer vertraglichen Haftung des Gehilfen zu gelangen, geht es bei den Schutzpflichten des Arbeitnehmers aus seinem Arbeitsvertrag nicht um Fragen iZm der Haftung eines Erfüllungsgehilfen (dort besteht tatsächlich die Notwendigkeit, eine Haftung für fremdes Verschulden nur in engen Grenzen zuzulassen), sondern um eine Haftung für eigenes Verhalten.

Ein mittelbarer (jedoch nicht bloß äußerer bzw zufälliger) Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis sollte daher ausreichend sein. Belästigungs- sowie Mobbinghandlungen fallen mE daher jedenfalls darunter, sofern die Ursache nicht eine rein private ist und diese Handlungen nur zufälligerweise am Arbeitsplatz gesetzt werden.

Selbst wenn man zum gegenteiligen Ergebnis gelangt, so zwingt das Verhältnis der Arbeitnehmer untereinander jedenfalls zu erhöhten Sorgfaltspflichten. Diese befinden sich (verbunden durch ihren Arbeitsvertrag mit dem Arbeitgeber, die gemeinsame Arbeit bzw die gemeinsame Eingliederung in den Betrieb) in einer spezifischen Gemeinschaft. Diese Gemeinschaft führt dazu, dass ArbeitnehmerInnen einander regelmäßig begegnen und in der Regel einen erheblichen Teil ihrer Zeit miteinander verbringen. Der Sorgfaltsmaßstab muss hier – selbst wenn man lediglich von deliktischen Anspruchsgrundlagen ausgeht - im Hinblick auf den Schutz der Persönlichkeitsrechte ein höherer sein. Wie bereits ausgeführt, wird der Schutzzumfang der Persönlichkeitsrechte vom Gesetzgeber nicht starr definiert, sondern durch unbestimmte Gesetzesbegriffe und Generalklauseln flexibel umschrieben. Die Abgrenzung erfolgt dann jeweils durch die Vornahme entsprechender Interessenabwägungen und unter Berufung auf die Generalklausel des § 16 ABGB (auch unter Berücksichtigung der mittelbaren Drittwirkung der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Grundrechte). Auch die etwa im GIBG zum Ausdruck kommenden Grundwertungen des Gesetzgebers und die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz bzw dessen Interesse an einem friktionsfreien Arbeitsalltag sind in die Abwägung mit einzubeziehen.

Diese Überlegungen gelten jedenfalls auch für jene Rechtsgüter des Arbeitnehmers, an denen der Arbeitgeber trotz Vorliegens eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter kein evidentes Interesse hat und die somit lediglich die Sphäre des betroffenen Arbeitnehmers berühren. Dies wäre bspw dann der Fall, wenn die mangelnde Verschwiegenheit eines Arbeitnehmers dazu führt, dass Umstände offenbar werden, die nur die Persönlichkeitssphäre eines Arbeitskollegen berühren oder wenn Sonderbestimmungen eine Haftung des Arbeitgebers ausschließen.¹⁶²

¹⁶² Zu diesen Beispielen siehe *Mayer-Maly*, Das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitnehmern, 59 (72).

3. Erörterung nach Fallgruppen, Übersicht

Anknüpfend an die bisherigen grundsätzlichen Erwägungen soll anhand von Fallgruppen geprüft werden, welche konkreten Verhaltenspflichten sich sowohl im Verhältnis Arbeitgeber/Arbeitnehmer als auch zwischen Arbeitnehmern untereinander ergeben.

Folgende Fallgruppen bilden den Gegenstand der weiteren Untersuchung:

- Tatbestände des Strafrechts und allgemeinen Schadenersatzrechts
- Mobbing
- Belästigung iS GIBG/BehEinstG
- Belästigung außerhalb GIBG/BehEinstG
- unerwünschte Verhaltensweisen „unterhalb der Schwelle zur Belästigung“

4. Tatbestände des Strafrechts und allgemeinen Schadenersatzrechts

4.1. Tatbestände des Strafrechts

4.1.1. Allgemeines

Verhaltensweisen, welche unmittelbar gegen strafrechtliche Normen verstoßen, werden von der Rechtsordnung unabhängig vom Bestehen einer Vertragsbeziehung untersagt und entsprechend sanktioniert (wobei im Einzelfall eine solche Vertragsbeziehung – etwa bei Unterlassungsdelikten – sehr wohl eine Rolle spielen kann). In der Praxis bereiten strafrechtswidrige Verhaltensweisen am Arbeitsplatz iZm den hier gegenständlichen zivil- und arbeitsrechtlichen Fragestellungen eher geringe Schwierigkeiten, zumal es sich idR um derart gravierende Pflichtverstöße

handelt, dass deren Rechtswidrigkeit geradezu auf der Hand liegt. Im Folgenden soll daher lediglich ein kurzer Überblick über die wichtigsten in Betracht kommenden Tatbestände gegeben werden.

4.1.2. Einzelne Tatbestände

4.1.2.1. Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben

Gem § 83 Abs 1 StGB ist mit einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen, wer einen anderen am Körper verletzt oder an der Gesundheit schädigt. Gemäß Abs 2 dieser Bestimmung ist zu bestrafen, wer einen anderen am Körper misshandelt und dadurch fahrlässig verletzt oder an der Gesundheit schädigt. § 84 StGB betrifft die schwere Körperverletzung, § 85 StGB die Körperverletzung mit schweren Dauerfolgen, § 86 StGB die Körperverletzung mit tödlichem Ausgang und § 87 StGB die absichtliche schwere Körperverletzung. Gem § 88 Abs 1 StGB ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen zu bestrafen, wer fahrlässig einen anderen am Körper verletzt oder an der Gesundheit schädigt.

4.1.2.2. Strafbare Handlungen gegen die Freiheit

Gem § 105 StGB ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen, wer einen anderen mit Gewalt oder durch gefährliche Drohung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt. § 106 StGB behandelt die schwere Nötigung.

Wer einen anderen gefährlich bedroht, um ihn in Furcht und Unruhe zu versetzen, ist gem § 107 Abs 1 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen. Unter einer gefährlichen Drohung ist gem § 74 Abs 1 Z 5 StGB eine Drohung mit einer Verletzung an Körper, Freiheit, Ehre oder Vermögen zu verstehen, die geeignet ist, dem Bedrohten mit Rücksicht auf die Verhältnisse und seine persönliche Beschaffenheit oder die Wichtigkeit des angedrohten Übels begründete Besorgnisse einzuflößen; ohne Unterschied, ob das angedrohte Übel gegen den Bedrohten selbst, gegen dessen Angehörige oder gegen andere unter seinen Schutz gestellte oder ihm persönlich nahe stehende Personen gerichtet ist.

§ 107a (beharrliche Verfolgung – „Stalking“) wurde durch die Novelle BGBl I 2006/56 eingeführt. Danach ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen, wer eine Person widerrechtlich beharrlich verfolgt. Beharrlich verfolgt eine Person, wer in einer Weise, die geeignet ist, sie in ihrer Lebensführung unzumutbar zu beeinträchtigen, eine längere Zeit hindurch fortgesetzt

1. ihre räumliche Nähe aufsucht,
2. im Wege einer Telekommunikation oder unter Verwendung eines sonstigen Kommunikationsmittels oder über Dritte Kontakt zu ihr herstellt,
3. unter Verwendung ihrer personenbezogenen Daten Waren oder Dienstleistungen für sie bestellt oder
4. unter Verwendung personenbezogener Daten Dritte veranlasst, mit ihr Kontakt aufzunehmen.

4.1.2.3. Strafbare Handlungen gegen die Ehre

Die §§ 111 ff StGB behandeln strafbare Handlungen gegen die Ehre. Den Tatbestand des § 111 Abs 1 StGB verwirklicht, wer einen anderen in einer für einen Dritten wahrnehmbaren Weise einer verächtlichen Eigenschaft oder Gesinnung zeugt oder eines unehrenhaften Verhaltens oder eines gegen die guten Sitten verstoßenden Verhaltens beschuldigt („üble Nachrede“). § 115 Abs 1 StGB (Beleidigung) begeht, wer öffentlich oder vor mehreren Leuten einen anderen beschimpft, verspottet, am Körper misshandelt oder mit einer körperlichen Misshandlung bedroht. Eine Handlung wird in diesem Sinne vor mehreren Leuten begangen, wenn sie in Gegenwart von mehr als zwei vom Täter und vom Angegriffenen verschiedenen Personen begangen wird und diese sie wahrnehmen können.

4.1.2.4. Verletzungen der Privatsphäre und bestimmter Berufsgeheimnisse

Verletzungen der Privatsphäre und bestimmter Berufsgeheimnisse sind durch die §§ 118 ff StGB geschützt. Eine Verletzung des Briefgeheimnisses (§ 118 Abs 1 und 2 StGB) begeht, wer einen nicht zu seiner Kenntnisnahme bestimmten verschlossenen Brief oder ein anderes solches Schriftstück öffnet bzw wer, um sich

oder einem anderen unbefugt Kenntnis vom Inhalt eines nicht zu seiner Kenntnisnahme bestimmten Schriftstücks zu verschaffen,

1. ein verschlossenes Behältnis, in dem sich ein solches Schriftstück befindet, öffnet oder
2. ein technisches Mittel anwendet, um seinen Zweck ohne Öffnen des Verschlusses des Schriftstückes oder des Behältnisses zu erreichen.

Eine Unterdrückung von Briefen begeht gem Abs 3 dieser Bestimmung, wer einen Brief oder ein anderes Schriftstück vor Kenntnisnahme durch den Empfänger unterschlägt oder sonst unterdrückt.

§ 118a regelt die Strafbarkeit widerrechtlicher Zugriffe auf ein Computersystem (Zugang zu einem Computersystem, über das der Täter nicht oder nicht allein verfügen darf, durch Verletzung spezifischer Sicherheitsvorkehrungen am Computersystem mit dem Zweck der Zuwendung eines Vermögensvorteils oder der Zufügung eines Nachteiles); § 119 StGB regelt die Verletzung des Telekommunikationsgeheimnisses (Anbringen oder Empfangsbereitmachen einer Vorrichtung an einer Telekommunikationsanlage oder an einem Computersystem mit der Absicht, sich oder einem anderen Unbefugten vom Inhalt einer Nachricht Kenntnis zu verschaffen); § 119a StGB das missbräuchliche Abfangen von Daten (durch Benützung einer Vorrichtung, die an einem Computersystem angebracht oder sonst empfangsbereit gemacht wurde oder Auffangen der elektromagnetischen Abstrahlung eines Computersystems); § 120 StGB den Missbrauch von Tonbandaufnahme- oder Abhörgeräten (Benützung eines solchen Gerätes, um sich oder einem anderen Unbefugten von einer nicht öffentlichen und nicht zu seiner Kenntnisnahme bestimmten Äußerung eines Dritten einem anderen Kenntnis zu verschaffen bzw Zugänglichmachen oder Veröffentlichung einer Tonaufnahme einer nicht öffentlichen Äußerung eines anderen ohne dessen Einverständnis).

4.1.2.5. Strafbare Handlungen gegen fremdes Vermögen

Die §§ 125 ff StGB regeln strafbare Handlungen gegen fremdes Vermögen. Darunter fallen etwa die Sachbeschädigung gem § 125 StGB, die schwere Sachbeschädigung (§ 126 StGB), die Datenbeschädigung gem § 126a StGB (Löschen, Verändern oder sonst Unbrauchbarmachen von automationsunterstützt verarbeiteten, übermittelten

oder überlassenen Daten, über die der Täter nicht oder nicht allein verfügen darf) oder die Störung der Funktionsfähigkeit eines Computersystems gem § 126b StGB (durch Eingabe oder Übermittlung von Daten). § 127 StGB normiert die Strafbarkeit eines Diebstahls (mit den Qualifikationen der §§ 128 ff StGB), § 133 StGB Veruntreuung, § 134 StGB Unterschlagung, § 135 StGB dauernde Sachentziehung und – um ein weiteres Beispiel zu nennen - § 144 StGB Erpressung.

4.1.2.6. Strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung

An strafbaren Handlungen gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung (§§ 201 ff StGB) kommen etwa in Betracht die Vergewaltigung (§ 201 StGB), die geschlechtliche Nötigung (§ 202 StGB) oder die sexuelle Belästigung gem § 218 StGB. Der Straftatbestand der sexuellen Belästigung gem § 218 Abs 1 StGB ist weitaus enger gefasst als der zivilrechtliche Belästigungstatbestand des § 6 GIBG und setzt voraus, dass der Täter eine Person durch eine geschlechtliche Handlung an ihr oder vor ihr unter Umständen, unter denen dies geeignet ist, berechtigtes Ärgernis zu erregen, belästigt (Abs 1) oder öffentlich und unter Umständen, unter denen sein Verhalten geeignet ist, durch unmittelbare Wahrnehmung berechtigtes Ärgernis zu erregen, eine geschlechtliche Handlung vornimmt (Abs 2). In beiden Fällen ist der Täter mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen (im Fall des Abs 1 nur auf Verlangen der belästigten Person).

4.1.2.7. Sonstige Strafbare Handlungen

Von Relevanz können weiters etwa die Delikte der Urkundenunterdrückung gem § 229 StGB oder der Datenverwendung in Gewinn- oder Schädigungsabsicht gem § 51 DSG 2000 sein.

4.2. Tatbestände des allgemeinen Schadenersatzrechts

4.2.1. Allgemeines

Das Schadenersatzrecht regelt, unter welchen Voraussetzungen ein eingetretener Schaden von einem anderen zu tragen (von ihm zu „ersetzen“) ist¹⁶³. Die Rechtswidrigkeit eines schädigenden Verhaltens kann sich zunächst aus konkreten Verhaltensnormen („Schutzgesetzen“) ergeben, bspw den Regeln der Straßenverkehrsordnung. Diese „Schutzgesetze“ untersagen ein Verhalten, das abstrakt gefährlich ist, ohne dass es auf eine konkrete Gefährdung ankommt. Generell werden durch die Rechtsordnung (auch ohne konkrete Verhaltensanordnungen) die sogenannten „absoluten Rechte“ geschützt (insb Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum). Verletzungen dieser Rechtsgüter indizieren die Rechtswidrigkeit des schädigenden Verhaltens. Ob ein bestimmtes (schädigendes) Verhalten tatsächlich rechtswidrig ist oder nicht, ist in erster Linie nach der Verkehrsüblichkeit und der allgemeinen sozialen Erfahrung zu beurteilen¹⁶⁴. Gem § 1295 Abs 2 ABGB sind auch die vorsätzliche sittenwidrige Schadenszufügung sowie die missbräuchliche Rechtsausübung rechtswidrig.

Im Folgenden sollen jene schadenersatzrechtlichen Tatbestände überblicksweise dargestellt werden, welche im Zusammenhang mit unerwünschten Verhaltensweisen am Arbeitsplatz stehen können. Obwohl diese gesetzlichen Normen primär die Rechtsfolge bestimmter Verhaltensweisen (nämlich die Schadenstragung) und nicht die Frage der Rechtswidrigkeit zum Gegenstand haben, wird aus Gründen der Praktikabilität bei dieser Untersuchung zunächst an diese ausdrücklich geregelten gesetzlichen Tatbestände (und an die zu deren Abgrenzung – und somit auch zur Frage der Rechtswidrigkeit – entwickelten Grundsätze) angeknüpft. Auf die daraus für den Betroffenen ableitbaren Rechtsfolgen soll in späterer Folge noch eingegangen werden.

¹⁶³ *Welser*, Bürgerliches Recht II ¹³, 299.

¹⁶⁴ *Welser*, Bürgerliches Recht II ¹³, 312.

4.2.2. Einzelne Tatbestände

4.2.2.1. Körperverletzung

Nach § 1325 ABGB besteht im Falle einer Körperverletzung Anspruch auf Ersatz der Heilungskosten, des Verdienstentganges und auf angemessenes Schmerzensgeld.

Körperverletzung iS dieser Bestimmung ist jede Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit und Unversehrtheit.¹⁶⁵ Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um eine Beschädigung des Organismus iS eines Eingriffes (äußere Verletzung/Wunde oder innere Verletzung) oder um eine Funktionsstörung innerer Lebensvorgänge (Herbeiführung oder Verschlimmerung einer Krankheit) handelt. Umfasst sind sowohl körperliche als auch geistig-seelische Leiden.¹⁶⁶ Störungen der Gehirn- und Nervenfunktionen wie zB Schlaflosigkeit, Aufregungszustände oder Erregungszustände aller Art fallen ebenfalls darunter. Auch das bloße Verursachen von Schmerzen, etwa durch Schläge, ist eine Körperverletzung, auch wenn der Körper dadurch keine nachteilige Veränderung erleidet. Ist eine physische Beeinträchtigung nicht mit Schmerzen verbunden (zB Haare abschneiden), liegt dennoch eine „Körperverletzung“ iSd § 1325 ABGB vor. § 1325 ABGB ist somit weiter als § 83 StGB.¹⁶⁷ Bei psychischen Beeinträchtigungen ist nicht erforderlich, dass diese die Folge einer physischen Beeinträchtigung sind. Es muss sich aber um eine massive Einwirkung in die psychische Sphäre handeln. Eine solche liegt jedenfalls dann vor, wenn aus ärztlicher Sicht eine Behandlung erforderlich ist, somit nicht damit zu rechnen ist, dass die Folgen von selbst abklingen, oder wenn zu befürchten ist, dass ohne Behandlung eine dauernde gesundheitliche Störung zurückbleibt. Psychische Beeinträchtigungen lediglich in Form von Unbehagen oder Unlustgefühlen sind keine Körperverletzung.¹⁶⁸

Da § 1325 ABGB vor allem den Umfang des Ersatzes regelt¹⁶⁹, ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Verletzung der körperlichen bzw geistigen

¹⁶⁵ *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 115 mwN.

¹⁶⁶ *Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzensgeld⁹ 96 mwN.

¹⁶⁷ *Reischauer* in *Rummel* II³ Rz 1 zu § 1325 mwN.

¹⁶⁸ *Reischauer* in *Rummel* II³ Rz 1 zu § 1325 mwN.

¹⁶⁹ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 339.

Unversehrtheit rechtswidrig ist, anhand der unter 4.2.1. angesprochenen Kriterien zu prüfen. Die Verletzung des „absoluten Rechts“ Gesundheit indiziert jedenfalls auch die Rechtswidrigkeit des schädigenden Verhaltens. Der Tatbestand der Körperverletzung kann sich dabei auch aus dem Zusammenhang mehrerer Einzelhandlungen ergeben. Gerade bei Mobbing wird dies häufig der Fall sein: Einzelne Mobbinghandlungen mögen jede für sich betrachtet zwar unerwünscht, aber noch sozialadäquat und daher noch nicht rechtswidrig sein. Auch wird jede einzelne dieser Handlungen nicht geeignet sein, eine Gesundheitsschädigung herbeizuführen. Erst durch die Systematik, Dauer und Häufigkeit derartiger Verhaltensweisen, mit dem Ziel der Isolation bzw des Ausschlusses der gemobbten Person (siehe die Definition des Mobbingbegriffs) werden diese in ihrer Gesamtheit zu rechtswidrigen Handlungen, welche schwerste psychische Beeinträchtigungen herbeiführen können (im Detail wird darauf noch einzugehen sein).

4.2.2.2. Geschlechtliche Selbstbestimmung

Schadenersatz bei Verletzungen der geschlechtlichen Selbstbestimmung wird durch § 1328 ABGB geregelt. Tatbestand ist der Missbrauch zur „Beiwohnung“ oder sonst zu geschlechtlichen Handlungen durch eine strafbare Handlung bzw sonst durch Hinterlist, Drohung oder Ausnutzung eines Abhängigkeits- oder Autoritätsverhältnisses. In diesen Fällen sind der erlittene Schaden und der „entgangene Gewinn“ zu ersetzen sowie eine angemessene Entschädigung für die erlittene Beeinträchtigung zu leisten.

Schutzzweck dieser Bestimmung ist die Willensfreiheit bzgl der Geschlechtssphäre. Geschützt sind sowohl Frauen als auch Männer; erfasst werden ebenso heterosexuelle wie gleichgeschlechtliche Handlungen.¹⁷⁰ Unter „strafbaren Handlungen“ sind alle Straftatbestände zu verstehen, welche die Verfügung über die Geschlechtssphäre zumindest mittelbar schützen wollen, somit in erster Linie die Sexualstrafdelikte der §§ 201 ff StGB¹⁷¹. Ein „Abhängigkeits- oder Autoritätsverhältnis“ kann rechtlicher oder faktischer (zB wirtschaftlicher) Natur sein. Erfasst sind bspw das Verhältnis des Dienstgebers (aber uU auch von

¹⁷⁰ *Reischauer in Rummel*³ § 1328 Rz 1 mwN.

¹⁷¹ *Reischauer in Rummel*³ § 1328 Rz 4.

Betriebsratsmitgliedern) zu DienstnehmerInnen. Die „Ausnutzung“ eines Abhängigkeitsverhältnisses erfordert den Einsatz einer wenn auch nur tatsächlichen Überlegenheit der Stellung des Täters als Mittel, maßgebenden Einfluss auf den Entschluss des Opfers auszuüben¹⁷². Zu betonen ist, dass die Tatbestandsmerkmale des § 1328 ABGB (welcher nicht nur für die „Arbeitswelt“ gilt) wesentlich enger gefasst sind als jene der sexuellen Belästigung nach § 6 GIBG. Die Tatbestände des § 1328 ABGB und des § 6 GIBG können gleichzeitig erfüllt sein. In diesem Fall kann der/die betroffene DienstnehmerIn seine/ihre Ansprüche auf beide Normen stützen, wobei es jedoch zu keiner Doppelliquidierung kommen darf.¹⁷³

4.2.2.3. Wahrung der Privatsphäre

§ 1328a ABGB schützt das Recht auf Wahrung der Privatsphäre. Wer rechtswidrig und schuldhaft in die Privatsphäre eines Menschen eingreift oder Umstände aus der Privatsphäre eines Menschen offenbart oder verwertet, hat ihm den dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Bei erheblichen Verletzungen der Privatsphäre umfasst der Ersatzanspruch auch eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

Zur Privatsphäre zählen jedenfalls die intime Sphäre eines Menschen, seine spezifischen Interessen, Neigungen und Gewohnheiten, die Ausdruck seiner Persönlichkeit sind. Es geht somit um Umstände, die nicht für die Öffentlichkeit bestimmt sind, wie bspw um das Intimleben, die geschlechtliche Orientierung, private Lebensumstände die nur einem eingeschränkten Kreis von Personen bekannt sind (etwa das Familienleben) oder Umstände betreffend den Werdegang bzw die Entwicklung der Person oder bestimmte Ereignisse in ihrem Leben¹⁷⁴. Beispiele eines Eingriffes in die Privatsphäre sind etwa die heimliche Tonbandaufnahme eines Vieraugengesprächs, geheime Bild- oder Videoaufnahmen im Privatbereich, das Öffnen bzw Lesen privater Post durch einen Unbefugten, das rechtswidrige Abhören von privaten Telefonaten oder das Lesen privater Korrespondenz am Computer.¹⁷⁵ Nicht zur Privatsphäre gehören Umstände und Informationen, die einem Geschäfts-

¹⁷² *Reischauer in Rummel*³ § 1328 Rz 7 mwN.

¹⁷³ *Reischauer in Rummel*³ § 1328 Rz 31 mwN

¹⁷⁴ *Reischauer in Rummel*³ § 1328a Rz 3.

¹⁷⁵ *Reischauer in Rummel*³ § 1328a Rz 6 mwN.

oder Betriebsgeheimnis unterliegen.¹⁷⁶ Die Begriffe „offenbaren“ und „verwerten“ sind dabei iSd einschlägigen strafrechtlichen Bestimmungen zu verstehen: Ein Geheimnis offenbart, wer es einem oder mehreren anderen oder der Öffentlichkeit mitteilt oder zugänglich macht. Ein Geheimnis verwertet, wer seine Kenntnis materiell ausnützt.¹⁷⁷

Verstöße gegen die Privatsphäre kommen primär im Verhältnis Arbeitgeber/Arbeitnehmer vor. Hier werden dem Arbeitgeber durch dessen Fürsorgepflicht (und deren Konkretisierungen) Handlungs- bzw. Unterlassungspflichten auferlegt, deren Nichtbeachtung (auch) zu einer Schadenshaftung führen kann. Aber auch zwischen Arbeitskollegen kommen derartige Verhaltensweisen vor und sind auch häufig Teile einer „Mobbingstrategie“. Die Rechtswidrigkeit liegt aber hier bereits bei einem einmaligen Verstoß vor.

4.2.2.4. Ehre

§ 1330 ABGB schützt das Rechtsgut der Ehre. Gem Abs 1 dieser Bestimmung besteht Anspruch auf Schadenersatz, wenn jemandem durch Ehrenbeleidigung ein wirklicher Schaden oder Entgang des Gewinnes verursacht worden ist. Abs 2 behandelt die „Kreditschädigung“. Danach besteht Anspruch auf Schadenersatz (sowie Anspruch auf Widerruf und Veröffentlichung desselben), wenn jemand Tatsachen verbreitet, die den Kredit, den Erwerb oder das Fortkommen eines anderen gefährden und deren Unwahrheit er kannte oder kennen musste.

Die Ehrenbeleidigung ist ein Angriff auf die Würde eines Menschen zB durch Beschimpfung, Kränkung und Verspottung.¹⁷⁸ Tatbestandsmäßig ist somit jedes der Ehre – verstanden als Personenwürde iSd § 16 ABGB – nahe tretende Verhalten. Dabei geht es um die Einschätzung der Person durch ihre Umwelt, somit um ihre soziale Wertstellung innerhalb der Gemeinschaft. Das Recht auf Ehre zählt zu den absoluten Rechten und wirkt als solches gegen jedermann. Obwohl zum Kernbereich der „Ehrenbeleidigung“ (Abs 1) Beschimpfungen und Verspottungen iSd § 115 StGB zählen, ist strafgerichtliche Tatbestandsmäßigkeit nicht Voraussetzung für das Vorliegen einer zivilrechtlichen Ehrenbeleidigung. Die Verbreitung einer unrichtigen

¹⁷⁶ *Reischauer in Rummel*³ § 1328a Rz 3 mwN.

¹⁷⁷ *Reischauer in Rummel*³ § 1328a Rz 6 mwN.

¹⁷⁸ *Welser*, Bürgerliches Recht II, 349 mwN.

Tatsache kann zugleich Ehrenbeleidigung sein; auch die Verbreitung einer richtigen Tatsache, wenn der Mitteilende den Betroffenen „offensichtlich kränken oder schädigen will bzw die Interessen des anderen unnötig verletzt werden, also kein überwiegendes Informationsbedürfnis der Allgemeinheit oder doch des Mitteilungsempfängers vorliegt“.¹⁷⁹ Da es sich um eine herabsetzende Bewertung handelt, kann die Ehrenbeleidigung nicht durch einen „Wahrheitsbeweis“ gerechtfertigt werden. Zulässig ist jedoch eine angemessene und sachliche Kritik.¹⁸⁰ Die Judikatur verlangt als Tatbestandsvoraussetzung des § 1330 Abs 1 ABGB, dass die ehrverletzende Äußerung der Umwelt (also nicht nur dem Verletzten selbst) zur Kenntnis gelangt, da eine Ehrverletzung nur vorliegen könne, wenn sich an der Einschätzung des Verletzten durch seine Umwelt etwas geändert habe.¹⁸¹ Nach *Reischauer* sind Äußerungen, die bloß den wirtschaftlichen Ruf (nicht aber die Ehre) betreffen, nur dann geeignet den Betroffenen zu schädigen, wenn sie gegenüber Dritten gemacht werden. Eine Ehrenbeleidigung könne dem Betroffenen jedoch ideellen Schaden zufügen. Obwohl die psychische Beeinträchtigung nicht abzugelten sei, ändere dies nichts daran, dass der Betroffene in seinem absoluten Recht Ehre beeinträchtigt werde und ihm daher ein Unterlassungsanspruch zustehe.¹⁸²

Von einer Kreditschädigung bzw Rufschädigung iSd Abs 2 spricht man, wenn jemand unwahre Tatsachen verbreitet, die den Kredit, den Erwerb oder das Fortkommen eines anderen gefährden. Es handelt sich somit nicht um Werturteile (Abs 1), sondern um Umstände, die einem Beweis zugänglich sind, über deren Wahrheit oder Unwahrheit somit gestritten werden kann. Dass diese Tatsachen auch ehrenrührig sind, ist nicht erforderlich. Haftbar wird sowohl, wer diese Tatsachen erfindet als auch, wer sie nur berichtet.¹⁸³

Ehrverletzungen sind häufig Ausgangspunkt für arbeitsrechtliche Auseinandersetzungen, insb hinsichtlich daran anschließender Entlassungs- bzw Austrittserklärungen, wobei jedoch auch Ehrverletzungen „unter vier Augen“ mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen verbunden sind, da diese bereits den

¹⁷⁹ *Reischauer in Rummel*³, § 1330 Rz 1 mwN.

¹⁸⁰ *Welser*, Bürgerliches Recht II, 349 mwN.

¹⁸¹ OGH 25.1.1996, MR 1997, 202 = SZ 69/12.

¹⁸² *Reischauer in Rummel*³, § 1330 Rz 1.

¹⁸³ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 350 mwN.

Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag widersprechen. Nach der hier vertretenen Auffassung begründet der Arbeitsvertrag Schutzpflichten zugunsten Dritter (der jeweiligen Arbeitskollegen), weshalb auch zwischen Arbeitskollegen ein höherer Maßstab abzulegen ist und auch hier Ehrverletzungen, welche nicht die von der hM für § 1330 ABGB geforderte Mindestpublizität erfüllen, rechtswidrig sind. Zu beachten sind hier jedoch die Umstände des Einzelfalls, insb der jeweilige Umgangston im Betrieb. Geringfügige - als Einzelhandlungen noch sozialadäquate und hinzunehmende - Angriffe auf die Ehre können, wenn sie wiederholt erfolgen, uU erst in ihrer Gesamtheit rechtswidrig sein. IdS begründet auch hier gerade die systematische Wiederholung derartiger Verhaltensweisen mit dem Ziel der Isolation des Betroffenen (Mobbing) deren Rechtswidrigkeit.

4.2.2.5. Sachschäden, Schäden am Vermögen

Bei Zerstörung oder Beschädigung von Sachen ist (wenn gem § 1323 ABGB eine Wiederherstellung des vorigen Standes nicht „tunlich“ ist), gem § 1332 ABGB der gemeine Wert zu ersetzen. Wurde der Schaden durch eine strafbare Handlung, aus Mutwillen oder Schadenfreude herbeigeführt, ist gem § 1331 ABGB der Wert der besonderen Vorliebe zu ersetzen.¹⁸⁴

Davon zu unterscheiden sind die „bloßen“, „reinen“ oder „primären“ Vermögensschäden. Hier handelt es sich um nachteilige Folgen des Vermögens, die beim Geschädigten eintreten, ohne dass sie Folge der Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts (insb Leben, Gesundheit, Eigentum, Freiheit, Ehre) des Geschädigten sind. Während somit bspw ein Sachschaden oder der Verdienstentgang im Falle einer Körperverletzung jedenfalls zu ersetzen sind, werden „bloße Vermögensschäden“ nur ausnahmsweise ersetzt. Eine solche Haftung kommt etwa in Betracht im Rahmen der Vertragshaftung bzw der Verletzung sonstiger schuldrechtlicher Sonderbeziehungen, tlw bei sog „Schutzgesetzen“ iSd § 1311 ABGB oder bei vorsätzlich sittenwidrigem Verhalten gem § 1295 Abs 2 ABGB.¹⁸⁵

¹⁸⁴ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 352 mwN.

¹⁸⁵ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 314 mwN.

Die Frage der Haftung für Vermögensschäden (insb Verdienstentgang) als Folge von unerwünschten Verhaltensweisen am Arbeitsplatz wird in späterem Zusammenhang noch zu erörtern sein. Hier ist zunächst auf Handlungen hinzuweisen, welche die Beschädigung von (bspw vom Arbeitnehmer mitgebrachten) Sachen zur Folge haben. Derartige Handlungen sind (ob sie nun vom Arbeitgeber oder einem Arbeitskollegen gesetzt werden) rechtswidrig. Während fahrlässige Sachbeschädigungen strafrechtlich nicht sanktioniert werden, sind diese zivilrechtlich untersagt und müssen somit nicht hingenommen werden. Mutwillige Beschädigungen können Teil eines Mobbingverhaltens sein, sind aber bereits bei einmaligem Auftreten rechtswidrig.

5. Mobbing

5.1. Mobbing durch Arbeitgeber

5.1.1. „Aktives“ und „passives“ Mobbing durch Arbeitgeber

Bei Mobbing durch den Arbeitgeber sind zwei Varianten zu unterscheiden.

- Von „aktivem“ Mobbing durch den Arbeitgeber spricht man dann, wenn der Arbeitgeber selbst oder eine ihm direkt zurechenbare Person Mobbinghandlungen gegen einen Arbeitnehmer setzt.
- „Passives“ Mobbing durch den Arbeitgeber ist dann gegeben, wenn der Arbeitgeber es unterlässt, einem Arbeitnehmer, der durch einen Arbeitskollegen oder eine dritte Person gemobbt wird, beizustehen.

In beiden Fällen verletzt der Arbeitgeber seine Fürsorgepflicht aus dem Arbeitsverhältnis.¹⁸⁶

Durch Mobbing wird in das durch § 16 ABGB geschützte Persönlichkeitsrecht eingegriffen.¹⁸⁷ Die im § 1157 ABGB bzw § 18 AngG geregelte Fürsorgepflicht des

¹⁸⁶ Nestler, Mobbing 47; Binder, Mobbing 72; Smutny/Hopf, DRdA 2003, 110 (213); Rauch, ASoK 2007, 373; OGH 8 Ob A 3/04f, Arb 12.459 = ZAS 2005, 241 (Posch) = DRdA 2005/37 (Resch) = ecolex 2005/66 = ARD 5608/5/2005 = infas 2005; Klein, DRdA 1998/21; LG St. Pölten 30 Cga 83/97m, Arb 11.751 = ARD 5114/2/2000.

Arbeitgebers wird als der arbeitsrechtliche Reflex des Schutzes der Persönlichkeitsrechte im § 16 ABGB angesehen¹⁸⁸. Jedenfalls umfasst die Fürsorgepflicht auch die Persönlichkeit des Arbeitnehmers und nicht nur punktuell einzelne Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit, Sittlichkeit und Eigentum.¹⁸⁹

Setzt nun ein Arbeitgeber selbst Mobbinghandlungen, verletzt er seine Fürsorgepflicht gem § 1157 Abs 1 ABGB bzw § 18 AngG. Es kann ein derartiges Verhalten auch Bestimmungen einzelner Spezialgesetze (wie etwa jene des GIBG) verletzen.¹⁹⁰ Dabei können sowohl der Mobbingprozess als Gesamtheit als auch einzelne Mobbinghandlungen jeweils für sich betrachtet als rechtswidrig angesehen werden.¹⁹¹

Wird ein Arbeitnehmer von einem oder mehreren anderen Arbeitnehmern (oder auch von Dritten, wie etwa Kunden des Arbeitgebers) gemobbt, ist der Arbeitgeber kraft seiner Fürsorgepflicht dazu angehalten dem Arbeitnehmer beizustehen und das Mobbing zu unterbinden.¹⁹²

5.1.2. Abgrenzung der Rechtswidrigkeit bei „aktivem Mobbing“

5.1.2.1. Problem

Schwierigkeiten bereitet die Abgrenzung im Einzelfall, ob ein bestimmtes, von einem Betroffenen als „Mobbing“ bezeichnetes Verhalten rechtswidrig ist oder nicht. Eine solche Abgrenzung ist aber Voraussetzung für die Beurteilung, ob bzw welche Ansprüche der von „aktivem Mobbing“ seines Arbeitgebers betroffene Arbeitnehmer geltend machen kann bzw welche Abwehrmechanismen es dagegen gibt.

¹⁸⁷ *Binder*, Mobbing 36; *Nestler*, Mobbing 51; OGH 8 Ob A 187/97a, DRdA 1998/21 (*Klein*) = ARD 4875/6/97.

¹⁸⁸ *Klein*, DRdA 1998/21; *Nestler*, Mobbing 52 mwN; *Binder*, Mobbing 67 mwN.

¹⁸⁹ *Nester*, Mobbing 48 mwN; *Binder*, Mobbing 73 mwN.

¹⁹⁰ *Nestler*, Mobbing 49; *Binder*, Mobbing 76.

¹⁹¹ *Binder*, Mobbing 76.

¹⁹² *Nestler*, Mobbing 50 mwN; *Binder*, Mobbing 78 mwN; OGH 8 Ob A 3/04f, Arb 12.459 = ZAS 2005, 241 (*Posch*) = DRdA 2005/37 (*Resch*) = ecolex 2005/66 = ARD 5608/5/2005 = infas 2005/A5; LG St. Pölten 30 Cga 83/97m, Arb 11.751 = ARD 5114/2/2000.

5.1.2.2. Aussagen der österreichischen Rechtsprechung

Unter Berufung auf „Mobbing“ wurde die Rechtswidrigkeit bejaht:

- Die Veröffentlichung von Auszügen aus einem Disziplinarakt in einer Mitarbeiter-Information durch zwei Vorstandsdirektoren als Mitglieder einer Disziplinarkommission (der OGH sprach hier von einer „Aspekte eines Mobbing aufweisenden diskriminierenden Vorgangsweise des Arbeitgebers“.¹⁹³
- Die Nichtübermittlung von Unterlagen, Falschinformation, Erteilung ungeeigneter Weisungen im Zusammenhang mit der im Anschluss an die Betriebsübernahme erfolgten Ankündigung des Geschäftsführers gegenüber einer Arbeitnehmerin, sie käme zu teuer und werde nicht mehr lange beschäftigt sein.¹⁹⁴
- Schikanöse Behandlung eines leitenden Angestellten durch Zuweisung im Wesentlichen nur mehr „mindererer Tätigkeiten“, Nichtbezahlung einer vereinbarten Überstundenpauschale, Drohung mit Kündigung falls der Arbeitnehmer nochmals in den Krankenstand gehen würde (dies nach einer Therapie wegen einer Hepatitis-C-Erkrankung) und „Ausrichten lassen“ dass der Arbeitnehmer „in den Arsch getreten gehöre“; dies alles mit der Folge, dass sich die übrigen Arbeitnehmer von ihm nichts mehr sagen ließen und die Situation für den Arbeitnehmer unerträglich wurde.¹⁹⁵

¹⁹³ OGH 8 Ob A 187/97a, DRdA 1998/21 (*Klein*) = ARD 4875/6/97. Mobbing im eigentlichen Sinn lag hier aufgrund des fehlenden Dauercharakters nicht vor.

¹⁹⁴ OGH 8 Ob A 196/02k, Arb 12.273 = DRdA 2003/18 = infas 2003, A 26 = ARD 5381/10/2003.

¹⁹⁵ OGH 37/07z, JBl 2009, 41 = RdW 2008/502 = ARD 5897/5/2008.

Die unter Berufung auf „Mobbing“ behauptete Rechtswidrigkeit wurde verneint:

- „Sticheleien“ im Zusammenhang mit der Tätigkeit eines Arbeitnehmers im Betriebsrat bzw die gelegentliche Kritik am Arbeitnehmer.¹⁹⁶
- Nicht feststellbare Schikanen bzw bewusste Benachteiligungen; problematischen Persönlichkeitsstruktur des Arbeitnehmers, der sich subjektiv durch wirtschaftlich begründete Maßnahmen bzw durch die Nichterfüllung unerfüllbarer Forderungen benachteiligt fühlte, das bei ihm über einige Monate eine „depressive Verstimmung mit Somatisierungstendenz bei selbstzufriedener und dominierender Persönlichkeitsstruktur mit Selbstkritikschwäche“ eintrat.¹⁹⁷
- Arbeitnehmer, der seiner beruflichen Aufgabe nicht gewachsen war und damit weiteren Mitarbeitern die Arbeit erschwerte; Einbringen von Persönlichkeitsmerkmalen und Reaktionsmuster durch den Arbeitnehmer, die zur Eskalation des Geschehens einen wesentlichen Beitrag leisteten; paranoide Deutungsversuche im Sinne von Hypothesenbildungen.¹⁹⁸
- Versetzung eines Dienstnehmers, weil ein Vermittlungsversuch des Dienstgebers scheiterte (und nicht – wie vom Kläger vorgebracht – um auf ihn hierarchischen Druck auszuüben).¹⁹⁹
- Fehlende Konkretisierung der Mobbingvorwürfe bzw des damit im Zusammenhang stehenden Klagsvorbringens.²⁰⁰

¹⁹⁶ OGH 8 Ob A 285/97p, ARD 4906/6/98 = DRdA 1998, 139.

¹⁹⁷ OGH 9 Ob A 241/01h, ARD 5321/27/2002; ähnlich auch OGH 18.10.2000, 9 Ob A 209/00a.

¹⁹⁸ OGH 29.01.2002, 1 Ob 12/02z, RIS-Justiz.

¹⁹⁹ OGH 22.12.2004, 8 Ob A 105/04f, RIS-Justiz.

²⁰⁰ OGH 9 Ob A 94/05x, ARD 5667/3/2006; 3.8.2005, 9 Ob A 100/05d, RIS-Justiz; 9.5.2007, 9 Ob A 58/07f, RIS-Justiz.

5.1.2.3. Aussagen der deutschen Rechtsprechung

Umfangreicher als in Österreich sind die deutschen Stellungnahmen, insb der Judikatur, zur Abgrenzung und den Rechtsfolgen von Mobbing.²⁰¹

Erstmals im Jahr 1997 definierte das Bundesarbeitsgericht (BAG) Mobbing folgendermaßen: *„Mobbing ist das systematische Anfeinden, Schikanieren und Diskriminieren von Arbeitnehmern untereinander oder durch Vorgesetzte“*.²⁰²

Das Bundessozialgericht (BSG) definierte Mobbing als *„einen sich über längere Zeit hinziehenden Konflikt zwischen der gemobbten Person und Personen seines gesellschaftlichen Umfeldes, in dessen Verlauf der/die Gemobbte verbal attackiert, in den Möglichkeiten zur Kommunikation eingeschränkt, in den sozialen Beziehungen angegriffen und in seinem Ansehen herabgesetzt“* wird.²⁰³

Das Landesarbeitsgericht (LAG) Thüringen definierte im Jahr 2001 im arbeitsrechtlichen Sinn Mobbing als *„fortgesetzte, aufeinander aufbauende oder ineinander übergreifende, der Anfeindung, Schikane oder Diskriminierung dienende Verhaltensweisen, die nach Art und Ablauf im Regelfall einer übergeordneten, von der Rechtsordnung nicht gedeckten Zielsetzung förderlich ist und jedenfalls in ihrer Gesamtheit das allgemeine Persönlichkeitsrecht und andere ebenso geschützte Rechte, wie die Ehre oder die Gesundheit des Betroffenen verletzen“*.²⁰⁴

In einer weiteren E aus dem Jahr 2001 hielt das LAG Thüringen fest, dass es sich beim Begriff Mobbing nicht um einen juristischen Tatbestand handelt, sondern um einen *„Sammelbegriff für Verhaltensweisen, die je nach Sachlage für die Betroffenen rechtliche, gesundheitliche und wirtschaftliche Auswirkungen haben können und mit wachsender Zunahme im gesellschaftlichen Leben soziologische Folgen nach sich ziehen“*.²⁰⁵

²⁰¹ siehe dazu bspw die Nachweise bei *Wolmerath*, Mobbing (2007); *Smutny/Hopf*, DRdA 2003, 110 oder *Smutny/Hopf*, Ausgemobbt! (2003).

²⁰² BAG 15.1.1997, 7 ABR 14/96, NZA 1997, 781.

²⁰³ BSG 14.2.2001, B 9 VG 4/00R, zitiert nach *Smutny/Hopf*, DRdA 2003, 110 (FN 79).

²⁰⁴ LAG Thüringen 15.2.2001, 5 Sa 102/00, NZA-RR2001, 577 = AuR 2007, 226 (*Etzel*) = ARD 5287/10/2002.

²⁰⁵ LAG Thüringen 10.4.2001, 5 Sa 403/00, AuA 2001, 280 = AuR 2001, 237 = BB 2001,

Das LAG Baden-Württemberg hielt in einer E aus dem Jahr 2001 fest, dass Mobbing erkennbar bezwecke, die Betroffenen zu isolieren und damit letztlich zur Aufgabe des Arbeitsplatzes zu bewegen.²⁰⁶

In einer E aus dem Jahr 2002 wurde vom Bundesgerichtshof (BGH) der Begriff Mobbing im Zusammenhang damit verwendet, dass Vorgesetzte Untergebene systematisch fortgesetzt beleidigen, schikanieren und diskriminieren.²⁰⁷

Das LAG Hamm folgte in einer E aus dem Jahr 2002 der Begriffsbestimmung des LAG Thüringen²⁰⁸, während das LAG Schleswig-Holstein sich an der Mobbing-Definition von *Leymann* orientierte und auch festhielt, dass nicht jede Auseinandersetzung oder Meinungsverschiedenheit den Begriff „Mobbing“ erfüllen könne.²⁰⁹

In seiner E vom 10.4.2001²¹⁰ führte das LAG Thüringen aus, dass sich *„die rechtliche Einordnung dieser Verhaltensweisen ausschließlich danach beurteilt, ob der Tatbestand einer Rechtsvorschrift erfüllt ist, aus der sich die gewünschte Rechtsfolge ableiten lässt. Es geht in der Regel primär um Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrecht, der Ehre, der Gesundheit des Betroffenen und darauf gestützte Abwehr-, Schadenersatz- und gegebenenfalls Schmerzensgeldansprüche. Ob ein nach arbeitsrechtlichem Verständnis für die Annahme von Mobbing erforderliches systematisches Anfeinden, Schikanieren und Diskriminieren vorliegt, hängt immer von den Umständen des Einzelfalles ab. Dabei ist eine Abgrenzung zu dem im gesellschaftlichen Umgang im Allgemeinen üblichen oder rechtlich erlaubten und deshalb hinzunehmenden Verhalten erforderlich. Von jedermann hinzunehmende neckende oder spöttische Bemerkungen können den Rahmen der sozialen Adäquanz überschreiten, wenn sie fortgesetzt wiederholt werden, immer nur den*

1358 = ARD 5249/1/2001 = NZA-NR 2001, 247.

²⁰⁶ LAG Baden-Württemberg 27.7.2001, 5 Sa 72/01; zitiert nach *Smutny/Hopf*, DRdA 2003, 110 (FN 84).

²⁰⁷ BGH 1.8.2002, III ZR 277/01, NJW 2002, 3172 = NZA 2002, 1214 = MDR 2002, 1368.

²⁰⁸ LAG Hamm 25.6.2002, 18 (11) Sa 1295/01, NZA-RR 2003/8.

²⁰⁹ LAG Schleswig-Holstein 19.3.2002, 3 Sa 1/02, NZA-RR 2002, 457.

²¹⁰ AuA 2001/208 = AuR 2001, 237 = BB 2001, 1358 = ARD 5249/1/2001 = NZA-RR 2001, 347.

selben Mitarbeiter betreffen und von diesem erkennbar nicht (mehr) als Spaß aufgefasst werden und deshalb nicht dem Scherz, sondern nur der Schikane dienen. Dem gegenüber kann es selbst bei groben Beleidigungen an dem für ein systematisches Handeln erforderlichen Zusammenhang fehlen, wenn diese vereinzelt geblieben sind, zeitlich weit auseinander liegen oder aus anderen Gründen keinen Bezug zueinander aufweisen. Solche Handlungen unterliegen“ – so das LAG Thüringen – „dann nur einer auf sich selbst beschränkten rechtlichen Beurteilung“.

Auch das LAG Baden-Württemberg hielt in seiner E aus dem Jahr 2001 fest, dass sich im Regelfall erst aufgrund einer Vielzahl von einzelnen Vorgängen und deren Beurteilung im Gesamtzusammenhang (nicht jedoch anhand von einzelnen Verhaltensweisen) beurteilen lasse, ob ein Fall von Mobbing vorliegt.²¹¹

Das OLG Stuttgart hielt in einer E aus dem Jahr 2003²¹² fest, dass auch dann, „wenn durch die einzelnen Handlungen für sich gesehen eine Haftung wegen der mit Mobbing verbundenen Beeinträchtigung nicht eintritt, die Gesamtheit der Handlungen zu einer Haftung aufgrund der sich verbindenden Systematik und ihres Fortsetzungszusammenhangs begründen kann. Zwischen den einzelnen Handlungen muss im juristischen Sinne eine Fortsetzung im Zusammenhang bestehen, wobei es nur dann keiner Mindestlaufzeit der Handlungen oder einer Handlungsfrequenz bedarf, wenn die Wirkungen der Einzelhandlungen fortdauern“.

Exkurs: Missbräuchliche Rechtsausübung durch den Arbeitgeber als Mobbing

1. Problem

Um eine Grenze zwischen noch zulässiger und bereits missbräuchlicher Ausübung der dem Arbeitgeber zustehenden Rechte (Erteilung von Weisungen, Ausübung von Gestaltungsrechten, Kontrolle der Mitarbeiter) ziehen zu können, ist auf die Rechtsfigur der „sittenwidrigen Schädigung“ sowie der „missbräuchlichen Rechtsausübung“ (§ 1295 Abs 2 ABGB) einzugehen.

²¹¹ LAG Baden-Württemberg 27.7.2001, 5 Sa 72/01, zitiert nach *Smutny/Hopf*, Mobbing, DRdA 2003, 110 (FN 92).

²¹² OLG Stuttgart 28.7.2003, 4 U 51/03, NVwZ-RR 2003, 715.

2. Bisheriger Meinungsstand

2.1. Allgemeines

Gem § 1295 Abs 2 ABGB haftet, wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise absichtlich Schaden zufügt; wenn dies in Ausübung eines Rechtes geschieht, jedoch nur dann, wenn die Ausübung des Rechtes offenbar den Zweck hat den anderen zu schädigen. Unter „gute Sitten“ wird dabei der „Inbegriff des im Gesetz zwar nicht ausdrücklich ausgesprochenen Rechts, das sich jedoch aus der richtigen Betrachtung der rechtlichen Interessen ergibt“, verstanden. Die guten Sitten umfassen sowohl die allgemeinen Rechtsprinzipien als auch die allgemein anerkannten Normen der Ethik²¹³. Das Verhalten muss, um sittenwidrig iSd § 1295 Abs 2 ABGB zu sein, Grundprinzipien der Rechtsordnung widersprechen²¹⁴. Ein sittenwidriges Verhalten iSd wird vor allem dann gesehen, wenn die Handlung „gerade den Zweck hat, einen anderen zu schädigen und kein schutzwürdiges Interesse des Handelnden gegeben ist.“²¹⁵ Im Gegensatz zu Fällen „schlichter Rechtswidrigkeit“ muss Schädigungsabsicht gegeben sein, wobei bedingter Vorsatz ausreichend ist.²¹⁶

„Missbräuchliche Rechtsausübung“ kann vorliegen, weil „das mit der Rechtsausübung verbundene Interesse bzw der damit verbundene Zweck verwerflich ist (Schikane bzw schikaneähnliche Tatbestände); weil geschützte Ausübungsinteressen fehlen bzw die Rechtsausübung zweckwidrig ist; weil ein krasses Missverhältnis der beteiligten Interessen zugunsten dessen besteht, der sich auf sein Recht beruft; oder weil der Erwerb eines Rechts oder einer tatsächlichen Position mit Rechtsfolgen missbilligt wird; oder weil der Handelnde ein widersprüchliches Verhalten setzt oder sein missbilligtes Verhalten die Verwirkung seines Rechts erfordert“²¹⁷. „Schikane“ liegt nach neuerer Rsp dann vor, wenn der Schädigungszweck so augenscheinlich im Vordergrund steht, dass andere Ziele der

²¹³ *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 95 mwN.

²¹⁴ *Reischauer* in *Rummel*³ Rz 56 zu § 1295.

²¹⁵ *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 97 mwN.

²¹⁶ *Reischauer* in *Rummel*³ Rz 58 zu § 1295 mwN.

²¹⁷ *Krejci* in *Rummel*³ Rz 138a zu § 879.

Rechtsausübung völlig in den Hintergrund treten²¹⁸. Schikane ist nur eine Erscheinungsform missbräuchlicher Rechtsausübung. Generell wird unter „Rechtsmissbrauch“ ein „ganz krasses Missverhältnis“ zwischen den Interessen des Rechtsausübenden und den beeinträchtigten Interessen des davon Betroffenen verstanden. Letztlich geht es darum, die „zwischen den Parteien bestehende Interessenlage zu würdigen und die im Hinblick darauf angemessenen Rechtsfolgen in Abweichung von den Regelungsmustern der einschlägigen speziellen Rechtsnormen zu finden“²¹⁹.

2.2. Besonderheiten im Arbeitsrecht

Kündigungen eines Dienstverhältnisses können unter bestimmten Voraussetzungen wegen Sittenwidrigkeit nichtig sein²²⁰. Die Sittenwidrigkeit kann sich dabei nur aus den Motiven des Kündigenden ergeben, weil die Kündigung selbst nur den neutralen Zweck haben kann, das Arbeitsverhältnis aufzulösen. Ob der Beweggrund sittenwidrig ist, ist nach den zu § 879 ABGB herausgebildeten Grundsätzen zu beurteilen²²¹. Eine Kündigung wäre somit dann sittenwidrig, wenn ihr Beweggrund gänzlich unsachlich und insb aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes zu missbilligen ist²²²; etwa wegen des Religionsbekenntnisses oder aus politischen Motiven [diesbezüglich siehe nunmehr die speziellere Norm des § 17 Abs 1 Z 7 GIBG]; sittenwidrig wäre auch eine Kündigung, die erkennbar zum Zweck ausgesprochen wurde, dem Kläger Schaden zuzufügen²²³. Nach der Rsp stellt die mangelnde das allgemeine Arbeitsklima gefährdende Integrationsfähigkeit des Arbeitnehmers keineswegs ein unsachliches Motiv zur Beendigung des

²¹⁸ *Krejci in Rummel*³, Rz 138b zu § 879 mwN.

²¹⁹ *Krejci in Rummel*³, Rz 138c zu § 879 mwN

²²⁰ Zur Nichtigkeit einer Kündigung siehe bspw *Engelbrecht in Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap XVI, Rz 93 mwN; *Schrammel in Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁵, 260 mwN; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰, 471 mwN; *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht, 277 f mwN; *Spielbüchler/Grillberger in Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴, 374 mwN.

²²¹ OGH 9 Ob A 200/93 mwN, Arb 11.107 = DRdA 1994/9 (*Floretta*) = ZAS 1995/7 (*Reissner*) = infas 1994, A 60 = wbl 1994, 55 = ecolex 1993, 844 = RdW 1994, 86 = ARD 4526/11/94; 9 Ob A 76/94, ARD 4573/26/94 = RdW 1994, 359.

²²² OGH 8 Ob A 25/02p ARD 5397/1/2003 = RdW 2003/173 = ASoK 2003, 278 = DRdA 2003, 177 = DRdA 2003, 178 = infas 2003 A 14; Ob A 76/94 ARD 4573/26/94 = RdW 1994, 359.

²²³ OGH Ob A 76/94 ARD 4573/26/94 = RdW 1994, 359.

Arbeitsverhältnisses dar. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers kann, so der OGH, keineswegs so weit gehen, den Arbeitnehmer vor jeder im Alltag nicht ungewöhnlichen Konfrontation mit Arbeitskollegen zu schützen. Im konkreten Fall wurde die Kündigung somit nicht als sittenwidrig angesehen²²⁴. Auch die von einem Dienstnehmer einer katholischen Organisation in einem offenen Brief geübte Kritik an der von der katholischen Kirche eingenommenen, moralistisch-rigorosen Haltung zur Frage der Empfängnisverhütung könne, so der OGH, nicht als willkürliches und sachfremdes Kündigungsmotiv qualifiziert und somit die Kündigung auch nicht als sittenwidrig angesehen werden²²⁵. Auch die Auflösung eines Dienstverhältnisses während einer durch einen Arbeitsunfall bedingten Arbeitsverhinderung (hier: während der Probezeit) ist nicht sittenwidrig²²⁶.

Auch Weisungen des Dienstgebers stehen unter dem Schikaneverbot²²⁷, daher bspw auch Versetzungen²²⁸.

Der Arbeitgeber kann sich im Falle einer nichtigen Vereinbarung über eine Verlängerung der höchstzulässigen Normarbeitszeit durch gesetzwidrige längere Durchrechnung nicht auf die eigene Unredlichkeit berufen und eine kollektivvertragliche Verfallsfrist für Überstunden geltend machen²²⁹. Ebenso ist eine Berufung auf eine Verfallsklausel im Kollektivvertrag nicht zulässig, wenn der Arbeitgeber seiner Verpflichtung, eine ordnungsgemäße Lohnabrechnung zu legen, beharrlich verletzt²³⁰.

²²⁴OGH 8 Ob A 262/97f, infas 1998 A 79 = ARD 4921/14/98 = DRdA 1998, 359.

²²⁵ OGH 9 Ob A 31/95 Arb 11.381 = DRdA 1996/3 (*Kalb*) = ZAS 1996/15 (*Koizar*) = ARD 4678/14/95 = RdW 1995, 478 = ARD 4691/9/95 = wbl 1995, 507 = SWK 1996, B 40.

²²⁶ OGH 9 Ob A 154/03t, Arb 12.392 = DRdA 2005/4 (*Eypeltauer*) = RdW 2004/321 = ARD 5492/10/2004.

²²⁷ OGH 9 Ob A 248/89 wbl 1990, 79 = ARD 4127/14/89 = ÖJZ 1989/269 = infas 1990, A 25; 8 Ob A 276/98s, Arb 11.861 = ARD 5050/32/99 = infas 1999, A 96.

²²⁸ *Kietaibl*, Die Versetzung aus arbeitsrechtlicher Sicht, ZAS 2005/11.

²²⁹ OGH 9 Ob A 107/03f, DRdA 2004, 171 = RdW 2004/88 = ARD 5468/9/2004 = wbl 2004/120 = infas 2004, A 13.

²³⁰ OGH 9 Ob A 92/01x, infas 1986, A 50 = DRdA 1986, 148 = RdW 1985, 380 = ARD-HB 1986, 286; 8 Ob A 227/00s, ARD 5263/12/2001 = RdW 2002/159; 9 Ob A 59/94 Arb 11.180 = RdW 1994, 319 = ARD 4572/33/94 = ZASB 1994, 17 = infas 1994, A 161 = DRdA 1994, 522 = DRdA 1994, 525.

3. Konsequenzen für „Mobbingsachverhalte“

Somit können Verhaltensweisen, welche grundsätzlich der Ausübung eines (Gestaltungs-)Rechts des Dienstgebers dienen (Weisungen des Dienstgebers, etwa hinsichtlich der zu verrichtenden Arbeiten, der näheren Umstände der Erbringung derselben, Versetzungen, etc), aber auch andere Rechtshandlungen (Verwarnungen bzw Ermahnungen, Anbot von Vertragsbedingungen, Auflösung des Dienstverhältnisses, etc), wenn sie missbräuchlich ausgeübt werden, rechtswidrig sein. In diese Kategorie fallen etwa Handlungen, die das Ziel haben, den betroffenen Dienstnehmer/In zu „zermürben“, um diesen zur Aufgabe seines Dienstverhältnisses zu bewegen, ihm Schaden zuzufügen, etc.

Derartige Problemstellungen ergeben sich etwa dann, wenn das „Opfer“ von Belästigungs- bzw Mobbinghandlungen versetzt oder gekündigt wird, um nicht etwa einen belästigenden Vorgesetzten bzw mehrere ArbeitnehmerInnen, die gemeinschaftlich als „Täter“ auftreten, entfernen zu müssen. Zu berücksichtigen ist auch, dass es in vielen Mobbingfällen gelingt, das „Opfer“ letztlich als „Täter“ hinstellen mit der Begründung, dieses sei in Wahrheit der „Störenfried“ bzw hätte die gegen ihn gesetzten Handlungsweisen selbst zu verantworten. Eine derartige Versetzung oder Kündigung des Betroffenen würde in krasser Weise der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers widersprechen. Bereits daraus ergibt sich die Rechtswidrigkeit einer derartigen Maßnahme (wenngleich der Arbeitgeber grundsätzlich zu einer Versetzung bzw Kündigung berechtigt ist). Bei einer Versetzung ergibt sich daraus, dass diese in einem derartigen Fall aufgrund ihrer Rechtswidrigkeit nicht zu beachten ist (wenngleich der Arbeitnehmer – jedenfalls in aus rechtlichen und/oder Beweisfragen nicht eindeutigen Situationen - gut beraten ist, diese zunächst unter Protest zu befolgen und die Rechtmäßigkeit gerichtlich klären zu lassen, da er ansonsten aufgrund der dabei auftretenden schwierigen Abgrenzungsfragen das Risiko einer Entlassung eingeht). Anders wäre dies dann zu sehen, wenn die Versetzung zum Schutz des betroffenen Arbeitnehmers gedacht ist und dieser gegen die Versetzung nichts einzuwenden hat. Eine Kündigung ist allein wegen Verletzung der Fürsorgepflicht dennoch wirksam, der Arbeitnehmer ist in diesen Fällen auf das ihm zustehende Anfechtungsrecht im Rahmen des allgemeinen Kündigungsschutzes angewiesen. Lediglich bei Sittenwidrigkeit einer

Kündigung wäre diese von vornherein nichtig, wobei die Nichtigkeit mit Feststellungsklage geltend gemacht werden müsste. Somit wären Kündigungen, welche vorwiegend in der Absicht, den Arbeitnehmer zu schädigen oder aus sonstigen gänzlich unsachlichen Motiven ausgesprochen werden, sittenwidrig und daher absolut nichtig. Würde bspw ein Arbeitnehmer vom Arbeitgeber systematisch schikaniert und dann als quasi letzte Mobbinghandlung eine Kündigung ausgesprochen, wäre diese Kündigung wegen Sittenwidrigkeit nichtig.

Hinzuweisen sei hier auch auf das leider immer wieder vorkommende Phänomen, dass ArbeitnehmerInnen gerade dann, wenn sie wegen Mobbinghandlungen anderer ArbeitnehmerInnen den Arbeitgeber um Unterstützung bitten, als vermeintlicher „Störenfried“ gekündigt werden. Eine derartige Kündigung kann als „Motivkündigung“ iSd § 105 Abs 3 Z 1 lit i (Kündigung wegen der offenbar nicht unberechtigten Geltendmachung vom Arbeitgeber in Frage gestellter Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis durch den Arbeitnehmer) anfechtbar sein. Unter „Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis“ sind nicht nur finanzielle Ansprüche, sondern auch sonstige Leistungs- bzw Unterlassungsansprüche, wie zB Gewährung des Urlaubsanspruches oder Unterlassung einer gesetzwidrigen Überstundenanordnung zu verstehen. Die Geltendmachung ist an keinerlei Formvorschriften gebunden, sie kann mündlich, schriftlich, aber auch konkludent erfolgen²³¹. Die Geltendmachung muss „offenbar nicht unberechtigt“ sein: Die Geltendmachung von Ansprüchen wäre etwa unberechtigt, wenn keinerlei Anhaltspunkt für irgendwelche Rechtsgrundlagen (Gesetz, Kollektivvertrag, Betriebsvereinbarung, Arbeitsvertrag) vorhanden ist, sondern der Arbeitnehmer bloß Wünsche äußert oder Forderungen erhebt, die Arbeitsbedingungen nach seinen Vorstellungen zu gestalten. Das Wort „offenbar“ macht deutlich, dass Unklarheiten oder unterschiedliche Auffassungen über den Bestand von Ansprüchen den Anfechtungsgrund keineswegs ausschließen. Dem Arbeitnehmer kann nicht zugemutet werden, vor der Geltendmachung von seiner Meinung nach bestehenden Ansprüchen erst langwierige Untersuchungen zur Rechtslage anzustellen. Nur wenn ohne jeden Zweifel erkennbar ist, dass kein Anspruch besteht, ist die Geltendmachung „offenbar nicht berechtigt“²³². Wird somit

²³¹ *Gahleitner in Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller, Arbeitsverfassungsrecht III*³ Rz 31 zu § 105

²³² *Gahleitner in Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller, Arbeitsverfassungsrecht III*³ Rz 31 zu § 105; OGH 9 Ob A 9/02t, DRdA 2003/12 (*Trost*) = ARD 5346/33/2002 = ASoK 2003, 243.

vom Arbeitnehmer (zumindest schlüssig) die Einhaltung der Fürsorgepflicht eingefordert, indem dieser auf ihm gegenüber gesetzte Mobbinghandlungen hinweist und den Arbeitgeber um Unterstützung bittet, und wird eine derartige Unterstützung entweder von vornherein verweigert oder werden bloße „Alibiaktionen“ gesetzt und stattdessen der Arbeitnehmer gekündigt, liegt eine anfechtbare „Motivkündigung“ vor.

5.1.2.4. Schlussfolgerungen

Sowohl der österreichischen – noch viel mehr jedoch der deutschen – Judikatur sind zahlreiche auch für die Praxis taugliche Abgrenzungsmerkmale zu entnehmen. Auffallend ist, dass die deutsche Judikatur weitgehend um eine Definition des Begriffs Mobbing bemüht ist, obwohl der deutsche Gesetzgeber – ebenso wenig wie der österreichische – einen eigenen „Mobbingtatbestand“ nicht kennt. Trotz der mE dagegen grundsätzlich anzumeldenden Bedenken (die Judikatur definiert einen aus der „Tatsachenwelt“ kommenden Begriff, um daran Rechtsfolgen zu knüpfen) lassen sich diesen E dennoch Kriterien zur Abgrenzung entnehmen. In den jüngeren E werden dann auch ausdrücklich juristische Parameter herangezogen, um die Rechtswidrigkeit bestimmter als „Mobbing“ bezeichneter Verhaltensweisen zu beurteilen.

Bei einer Abgrenzung der Rechtswidrigkeit von als Mobbing bezeichneten Verhaltensweisen ist nicht die Definition des Begriffs „Mobbing“ durch die Psychologie bzw Arbeitsmedizin der Beurteilungsmaßstab, sondern Kriterien, die der Rechtsordnung selbst zu entnehmen sind. Im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist dies somit primär (wenn nicht ohnehin deliktische Tatbestände erfüllt sind) die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Die vom Juristen vorgefundene Mobbingdefinition durch die empirischen Wissenschaften dient somit nicht als Kriterium zur Abgrenzung der Rechtswidrigkeit, sondern als Abgrenzung bestimmter typisierter Fallgruppen.

Was sind nun die auf ihre rechtlichen Eigenschaften zu untersuchenden Fallgruppen?

Wie bereits ausgeführt, wird hier an die von *Smutny/Hopf* als wesentliche Merkmale von „Mobbing“ herausgearbeiteten Elemente angeknüpft, nämlich:

- *„die Systematik der Schikanen (im Gegensatz zum zufälligen, anlassbezogenen Konflikt),*
- *verbunden mit einer gewissen Häufigkeit und Dauer der Handlungen.*
- *Verfolgt wird die Isolation und schließlich der Ausschluss der gemobbten Person, sei es von einem speziellen Tätigkeitsfeld, sei es aus dem Unternehmen oder der Organisation zur Gänze.*
- *Diesbezüglich unterscheidet sich Mobbing jedenfalls von einem allgemein schlechten Betriebsklima.“²³³*

Handlungen, die „systematische Schikanen“ sind, mit dem Ziel und/ oder dem Effekt andere auszugrenzen bzw auszuschließen, überschreiten in jedem Fall die Grenze dessen, was der/ die betroffene Dienstnehmer/In noch hinzunehmen hat. Wird ein derartiges Verhalten vom Dienstgeber gesetzt, verletzt er damit seine Fürsorgepflicht. Gerade der Zusammenhang vieler Einzelhandlungen, welche jede für sich betrachtet allenfalls noch als „harmlos“ einzustufen sind, ermöglicht es hier, die Rechtswidrigkeit aufzuzeigen. Sofern es sich um Verhaltensweisen handelt, welche derart gravierend sind, dass sie bereits bei einmaligem Auftreten unter ausdrücklich geregelte Tatbestände subsumiert werden können, liegt die Rechtswidrigkeit auf der Hand. Probleme bereiten aber gerade jene Sachverhalte, bei denen Verhaltensweisen auftreten, welche für sich betrachtet durchaus noch sozialadäquat, wenn auch unerwünscht, sind (Kontaktvermeidung, „wie Luft behandeln“, „nicht grüßen“, „ruppiger“ oder „schroffer“ aber - noch - nicht ausfälliger Umgangston, häufiges Zurechtweisen von Mitarbeitern etc). Werden derartige Handlungen jedoch mit dem Ziel gesetzt, einen anderen zu schikanieren, ihn gezielt auszugrenzen oder ihn gar dazu zu bewegen, freiwillig das Arbeitsumfeld zu verlassen, verletzt der Dienstgeber bereits seine Fürsorgepflicht und liegt somit ein rechtswidriges Verhalten vor. Dasselbe gilt für missbräuchliche bzw schikanöse Rechtshandlungen des Arbeitgebers.

Der Diskussion um den „Mobbingbegriff“ ist es zu verdanken, derartige Zusammenhänge aufgezeigt zu haben.

²³³ *Smutny/Hopf*, DRdA 2003, 110 (2.1).

5.1.3. Abgrenzung der Rechtswidrigkeit bei „passivem Mobbing“ durch den Arbeitgeber

5.1.3.1. Problem

Noch bedeutend schwieriger ist die Abgrenzung der Rechtswidrigkeit bei „passivem Mobbing“. Dazu bedarf es nämlich einer Festlegung, was der Arbeitgeber im Fall von Mobbing durch Arbeitskollegen im Einzelnen kraft seiner Fürsorgepflicht tun muss, um dem betroffenen Arbeitnehmer beizustehen.

5.1.3.2. Bisheriger Meinungsstand

Generell zum Problem von Konflikten zwischen Arbeitnehmern im Betrieb betont *Schnorr* die Verpflichtungen des Arbeitgebers, zur Lösung derartiger Konflikte beizutragen. Danach „gebietet es die Fürsorgepflicht dem Arbeitgeber, von den Mitteln personeller Innovation Gebrauch zu machen, dh für eine optimale Personalstruktur zu sorgen, durch Erziehungsprozesse die sozialen Kontakte zu verbessern und durch geeignete Schlichtungsmaßnahmen interpersonale Konflikte zu beseitigen.“²³⁴

Zur Abgrenzung der Rechtswidrigkeit von „passivem Mobbing“ in der deutschen Literatur sei auf die Beiträge von *Däubler*, *Mobbing und Arbeitsrecht*²³⁵, *Gralka*, *Mobbing und Arbeitsrecht*²³⁶ sowie *Dieball*, *Mobbing und Arbeitsrecht* hingewiesen²³⁷. *Däubler* und *Dieball* verneinen im Fall eines von seinen Arbeitskollegen systematisch „wie Luft behandelten“ Arbeitnehmers, der daraufhin an Depressionen erkrankte, zwar Schadenersatzansprüche gegenüber den Arbeitskollegen, gelangen jedoch aufgrund arbeitsvertraglicher Pflichten zu einer Haftung des Arbeitgebers, der sich das Verhalten des Vorgesetzten (mangelndes

²³⁴ *Schnorr*, Probleme des allgemeinen sozialen Kontaktes zwischen Arbeitnehmern eines Betriebes, in *Tomandl*, Innerbetriebliche Konflikte aus rechtlicher Sicht (1977) 21 (32).

²³⁵ BB 1995, 1347.

²³⁶ BB 1995, 2651.

²³⁷ BB 1996, 483.

Einschreiten bzw tlw Beteiligung am Mobbing) zurechnen lassen müsse. Im Gegensatz dazu ist für *Gralka* das „wie Luft behandeln“ des Arbeitnehmers auch im Verhältnis Arbeitgeber/Arbeitnehmer rechtlich nicht relevant.

*Marion Binder*²³⁸ meint dazu, dass es dem Arbeitgeber zumutbar ist, gegen eine „Nicht-Kommunikation“ unter Arbeitnehmern einzuschreiten (etwa durch das Führen eines Gespräches mit den Tätern und den Versuch, sie sie von ihrem Verhalten abzubringen), wenn dadurch Arbeitsabläufe beeinträchtigt werden oder das Betriebsklima darunter leidet.

Zum – insoweit vergleichbaren – Problem der Abhilfemaßnahmen bei sexueller Belästigung führte *Eichinger*²³⁹ (unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien) aus, dass die Angemessenheit der Abhilfe nur dann gegeben ist, wenn die ergriffenen Maßnahmen geeignet sind, um vor weiteren Belästigungen zu schützen und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Allerdings komme es – so *Eichinger* – dabei auf die Relation zur Intensität der Belästigung an. Bei besonders gravierenden Fällen werde der Arbeitgeber sofort mit Entlassung reagieren müssen. Ist der Belästiger hingegen zB ein Kunde oder Geschäftspartner des Arbeitgebers, seien andere Abhilfemaßnahmen geboten (etwa dienstliche Kontakte zwischen dem belästigten Arbeitnehmer und dem Belästiger nach Möglichkeit auszuschließen).

In diesem Sinne sollte der Arbeitgeber nach *Marion Binder* bei arbeitsrechtlichen Maßnahmen grundsätzlich mit den mildesten, wie Ermahnung oder Versetzung beginnen, wobei – „im Sinne der Verhältnismäßigkeit - jeweils das Ausmaß der Mobbinghandlung selbst und ihre Folgen für das Opfer bei der Wahl der Maßnahme berücksichtigt werden sollten.“ Im Zusammenhang mit Mobbing nennt *Marion Binder* bspw folgende Maßnahmen: „Entfernung falscher Angaben, wie zB schriftliche Rügen, Verwarnungen und Abmahnungen aus der Personalakte des Betroffenen, Wiederherstellung des `guten Rufes` des Betroffenen durch eine entsprechende Mitteilung am schwarzen Brett, in der Hauszeitschrift oder einem Rundschreiben“. ²⁴⁰

²³⁸ *Binder*, Mobbing 82.

²³⁹ *Eichinger*, Rechtsfragen zum Gleichbehandlungsgesetz (1993) 100 mwN.

²⁴⁰ *Binder*, Mobbing 82.

Ebenfalls hinsichtlich Belästigungen hält *Posch*²⁴¹ (unter Berufung auf *Hopf*²⁴²) fest, dass die Abhilfe nur dann als angemessen bezeichnet werden kann, wenn sie noch andauernde Belästigungen unterbricht und dafür Sorge trägt, dass es in Zukunft zu keinen Belästigungen mehr kommt, der/die Belästigte somit vor weiteren Belästigungen geschützt werden muss. Der Arbeitgeber müsse dabei nach *Posch* entsprechend seiner betrieblichen Organisationsgewalt jene Mittel einsetzen, die ihm dafür zur Verfügung stehen. Je nach Verhältnismäßigkeit ergäbe sich daher die Pflicht zur „Abmahnung“, zur Verwarnung, Versetzung oder Entlassung. Die Verhältnismäßigkeit werde sich nach der Intensität des Eingriffs sowie den Aussichten des Erfolgs der Abhilfe richten müssen.²⁴³

*Smutny/Hopf*²⁴⁴ betonen iZm Mobbing die Notwendigkeit rascher und entschlossener Erhebungen durch den Arbeitgeber. Unter Umständen genüge schon die „Offenlegung des Konflikts und das Signal, dass (ein weiteres Mobbing) im Betrieb nicht geduldet wird, um das Mobbinggeschehen wieder zu beenden.

In folgenden Fällen sah die (österreichische) Judikatur eine Verletzung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers:

- Belästigungen eines Arbeitnehmers durch seine Arbeitskollegen wegen dessen geschlechtlicher Orientierung (Beschimpfungen und Verspottungen) und mangelnde Hilfestellung durch den Beschäftigten, in dessen Betrieb der Arbeitnehmer eingegliedert war.²⁴⁵
- Fortgesetzte Schikanen einer Vertragsbediensteten durch ihre unmittelbare Vorgesetzte, wodurch sie in eine psychogene Depression mit massivem psychosomatischem Beschwerdebild gestürzt wurde und ihre weiteren Vorgesetzten trotz mannigfachen Ersuchen keine Schritte zur Beseitigung dieses Missstands unternahmen.²⁴⁶

²⁴¹ *Posch* in *Rebhahn*, GIBG, Rz 51 zu §§ 6-7.

²⁴² *Hopf* in FS Bauer/Maier/Petrag 163.

²⁴³ *Posch* in *Rebhahn*, GIBG, Rz 51 zu §§ 6-7.

²⁴⁴ *Smutny/Hopf*, *Ausgemobbt!* (2003) 144 f.

²⁴⁵ OGH 8 Ob A 3/04f, Arb 12.459 = ZAS 2005, 241 (*Posch*) = DRdA 2005/37 (*Resch*) = *ecolex* 2005/66 = ARD 5608/5/2005 = *infas* 2005, A5.

²⁴⁶ LG St. Pölten 30 Cga 83/97m, Arb 11.751 = ARD 5114/2/2000 – siehe dazu auch *Massl*,

- Reaktion des Geschäftsführers auf die Beschwerden eines Arbeitnehmers, am Arbeitsplatz attackiert, verspottet und lächerliche gemacht zu werden, lediglich dadurch, dass er mit den anderen Arbeitnehmern sprach, wenn sich dadurch deren Verhalten nicht änderte und es zu weiteren Ehrverletzungen kam.²⁴⁷

Der deutschen Judikatur sind dazu folgende Aussagen zu entnehmen:

- Hinsichtlich der Pflichten des Arbeitgebers führte das LAG Thüringen aus, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, *„das allgemeine Persönlichkeitsrecht der bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer nicht selbst durch Eingriffe in deren Persönlichkeits- oder Freiheitssphäre zu verletzen, diese vor Belästigungen durch Mitarbeiter oder Dritte, auf die er einen Einfluss hat, zu schützen, einen menschengerechten Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen und die Arbeitnehmerpersönlichkeit zu fördern“*.²⁴⁸
- Die Pflichtwidrigkeit des Arbeitgebers bzw eines ihm zurechenbaren Arbeitnehmers wurde vom LAG Nürnberg bei fehlerhaften Weisungen des Vorgesetzten, wie die Arbeitsleistung zu erbringen ist, verneint. Der Arbeitgeber ist auch nicht aus Gründen der Fürsorgepflicht gegenüber dem Arbeitnehmer gehalten, die sachliche Richtigkeit der Weisungen des Vorgesetzten zu prüfen (im konkreten Fall wurden geltend gemachte Schadenersatzansprüche des Arbeitnehmers, der sich die fehlerhaften Weisungen so zu Herzen genommen hat, dass er hiervon arbeitsunfähig geworden ist, gegenüber dem Arbeitgeber abgewiesen).²⁴⁹

LG St. Pölten: Austritt wegen der Gefährdung der Gesundheit durch Mobbing, DRdA 200, 435.

²⁴⁷ OLG Wien 8 Ra 349/99y, ARD 5223/11/2001.

²⁴⁸ LAG Thüringen 10.4.2001, 5 Sa 403/00, AuA 2001, 280 = AuR 2001, 237 = BB 2001, 1358 = ARD 5249/1/2001.

²⁴⁹ LAG Nürnberg 2.7.2002, 6 (3) Sa 145/91, NZA-RR 2003, 121.

5.1.3.3. Eigene Ansicht

Unstrittig ist, dass der Arbeitgeber bei Verhaltensweisen von Arbeitskollegen, welche nach den gängigen Definitionen als „Mobbing“ bezeichnet werden können, zu Abhilfemaßnahmen verpflichtet ist.

Das in der Praxis häufig größte Problem ist es, dieses Mobbing zu erkennen. Einerseits gelingt es „Mobbern“ sehr oft, ihre Opfer als die eigentlich Schuldigen hinzustellen; andererseits sind Mobbing-situationen nicht immer leicht von „normalen“ Konflikten am Arbeitsplatz zu unterscheiden (jedenfalls für einen nicht ständig unmittelbar bei den Kontrahenten anwesenden Arbeitgeber). Auch könnte die Behauptung eines Arbeitnehmers, von einem Kollegen „gemobbt“ zu werden, selbst eine Intrige bzw Teil einer eigenen Mobbingstrategie sein. Um entscheiden zu können, ob tatsächlich „Mobbing“ (bzw eine andere rechtswidrige Verhaltensweise) vorliegt, von wem dieses ausgeht, wer daran in welcher Weise beteiligt ist und in welchem Stadium sich dieses befindet – was die Grundlage für die Auswahl weiterer Maßnahmen ist – muss der Arbeitgeber zunächst den Sachverhalt ausführlich ermitteln. Gerade hier geschehen oft die ersten und folgenschwersten Fehler, wenn etwa Problemsituationen übergangen werden oder der Sachverhalt nur unzureichend erhoben wird. Reine (in der Praxis leider immer wieder anzutreffende) „Alibiaktionen“ bzw nur cursorische „Erhebungen“, die – notwendigerweise – damit enden, dass in Wahrheit nichts festgestellt werden kann (und somit auch nichts unternommen wird) entsprechen selbstverständlich nicht dem, was durch die Fürsorgepflicht geboten ist, wenn der Arbeitgeber mit der Behauptung von Mobbing konfrontiert wird. Hier wird eine intensive Befragung aller beteiligten Personen sowie greifbarer Zeugen durch den Arbeitgeber selbst oder eine von ihm beauftragte Person (wobei allerdings auf die Würde gerade des fraglichen „Opfers“ Rücksicht zu nehmen ist) notwendig sein. Sinnvollerweise wird hier auch der Betriebsrat und – wenn es sich um eine nur schwer zu durchschauende Problemsituation handelt – auch ein externer Berater beizuziehen sein.

Stellt sich heraus, dass eine Mobbing-situation vorliegt, ist zu unterscheiden, in welchem Stadium sich diese befindet. In einem frühen Stadium können Mechanismen der Streitschlichtung (noch) etwas zur Problemlösung beitragen.

Hier stellt sich die Frage, inwieweit die Beteiligten verpflichtet sind, an der Erhebung des Sachverhaltes sowie an Mechanismen der Streitschlichtung mitzuwirken.

Eine derartige Mitwirkung ist mE jedenfalls durch die Treuepflicht des Dienstnehmers geboten. (Massive) Konflikte im Allgemeinen und Mobbing im Besonderen beeinträchtigen sowohl das Befinden der beteiligten (sowie auch der nicht daran beteiligten) Arbeitnehmer im Betrieb als auch die Ordnung im Betrieb und den Arbeitsablauf. Der Arbeitgeber hat in zweifacher Hinsicht ein massives Interesse an der Lösung derartiger Situationen: Einerseits möchte er nachteilige Auswirkungen auf den Betrieb hintanhaltend; andererseits muss er Beeinträchtigungen seiner Arbeitnehmern aufgrund der ihn treffenden Fürsorgepflicht abwenden. Dazu ist er aber nur in der Lage, wenn alle Arbeitnehmer (auch jene, welche selbst in keiner Weise pflichtwidrig gehandelt haben, sofern deren Teilnahme notwendig ist) an der Aufklärung sowie an der Problemlösung mitwirken. Einzuschränken ist dies selbstverständlich dahingehend, dass derartige Interventionen verhältnismäßig zu sein haben und keine Beeinträchtigung der Würde bzw der Persönlichkeit des Einzelnen darstellen.

Dabei ist insb strikt darauf zu achten, nicht (nochmals) in die Integrität des Mobbingopfers einzugreifen (etwa durch direkte und unerwünschte Konfrontation mit weiteren Angriffen seitens des „Mobbbers“; vom Betroffenen nicht erwünschtes Preisgeben persönlicher Umstände – etwa psychischer Beschwerden oder Reaktionen auf der Gefühlsebene, insbesondere in Gegenwart des Kontrahenten; Versuche, die Schuld beim Opfer zu finden, etc). Wenngleich Mobbing-situationen häufig aus Konflikten (bei welchen die „Schuldfrage“ meist eine müßige ist) entstehen, sind Mobbinghandlungen stets ein unzulässiger Umgang mit Konflikten oder unerwünschten Verhaltensweisen und/oder Charaktereigenschaften anderer. Die „Schuld“ an einem Konflikt mag daher – sofern man von einer solchen überhaupt sprechen kann – durchaus geteilt sein; es mag auch ein späteres Mobbingopfer seine/ihre Arbeitskollegen durch bestimmte Handlungen gegen sich aufgebracht haben. Derartige Situationen mögen vielfältige Reaktionen rechtfertigen (direkte Aussprache, Beschwerde beim Vorgesetzten, „Aus dem Weg Gehen“), keinesfalls aber iSd der gängigen Mobbingdefinitionen systematische Schikanen. Hinter dem

„Mobbing“ liegende Probleme mögen daher erörterungsbedürftig sein; von einer „geteilten Schuld“ am Mobbing zu sprechen, wäre jedoch ein neuerlicher unzulässiger Eingriff in die Würde des Betroffenen. Wenn daher Mobbing vorliegt, ist (trotz Versuchen einer Konfliktlösung) mE jedenfalls mit einer Ermahnung des Täters vorzugehen, um sowohl im Einzelfall als auch für die Zukunft sowie die übrigen Arbeitnehmer im Betrieb klarzustellen, dass derartige Verhaltensweisen als pflichtwidrig erkannt und keinesfalls toleriert werden.

Befindet sich das „Mobbing“ bereits in einem fortgeschrittenen Stadium und hat es bspw bereits erhebliche Übergriffe in die Integrität des Betroffenen gegeben, sind Mechanismen der Konfliktlösung nicht mehr zielführend und würden lediglich stigmatisierend auf das Opfer wirken. Hier sind arbeitsrechtliche Sanktionen gegen den „Mobber“ zu setzen. Welche Sanktionen in Betracht kommen, soll noch erörtert werden. Es ist jedenfalls iSd von Lehre und Judikatur herausgearbeiteten Grundsätze der Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit zu beachten und ein wirksamer Schutz des vom Mobbing Betroffenen zu gewährleisten.

5.2. Mobbing durch Arbeitnehmer

Setzt ein Arbeitnehmer gegenüber einem Arbeitskollegen Mobbinghandlungen, verletzt er dadurch jedenfalls seine Treuepflicht (Interessenwahrungspflicht) gegenüber seinem Arbeitgeber, da dessen Interessen dadurch beeinträchtigt werden.²⁵⁰ Der Arbeitgeber hat unbestreitbar ein Interesse daran, dass die betriebliche Zusammenarbeit seiner Mitarbeiter zumindest soweit funktioniert, dass seine unternehmerischen Ziele nicht beeinträchtigt werden. Werden andere ArbeitnehmerInnen belästigt bzw werden Handlungen gesetzt, welche diese als Beeinträchtigung ihres Arbeitsumfeldes empfinden, so wirkt sich dies in aller Regel negativ auf den Arbeitsablauf bzw auf das betriebliche Gefüge aus. Insoweit wird aber jedenfalls auch die Treuepflicht des Arbeitnehmers (iSd der bereits dargestellten Definitionen) berührt. Hier ist dann durch Abwägung der wechselseitigen Interessen zu klären, ob bereits eine Verletzung derselben gegeben ist.

²⁵⁰ *Nestler*, Mobbing 46 mwN; *Binder*, Mobbing 84 mwN.

Selbst wenn durch derartige Verhaltensweisen nicht unmittelbar die Interessen des Arbeitgebers beeinträchtigt werden (weil etwa die Arbeitsleistung der betroffenen MitarbeiterInnen nicht verringert wird), hat der Arbeitgeber kraft seiner Fürsorgepflicht dennoch den betroffenen ArbeitnehmerInnen beizustehen und muss dieses Verhalten abstellen. Tut er dies nicht, kann er selbst schadenersatzpflichtig werden. Dadurch wird zumindest mittelbar die Interessensphäre des Arbeitgebers beeinträchtigt, weshalb auch hier das Unterlassen derartiger Verhaltensweisen unter die Treuepflicht subsumiert werden kann. IdS verwirklicht auch gem § 27 Z 6 AngG ein Angestellter einen Entlassungsgrund, wenn er sich Tätigkeiten, Verletzungen der Sittlichkeit oder erhebliche Ehrverletzungen gegen den Dienstgeber, dessen Stellvertreter, deren Angehörige oder gegen Mitbedienstete zu Schulden kommen lässt. Ebenso ist gem § 82 lit g GewO 1859 ein Entlassungsgrund gegeben, wenn sich ein Arbeiter einer groben Ehrenbeleidigung, Körperverletzung oder gefährlichen Drohung gegen den Gewerbeinhaber oder dessen Hausgenossen, oder gegen die übrigen Hilfsarbeiter schuldig macht. Auch hier geht der Gesetzgeber von einer gegenüber dem Arbeitgeber bestehenden Unterlassungspflicht des Arbeitnehmers aus, wenngleich das unzulässige Verhalten unmittelbar gegen einen Arbeitskollegen gerichtet ist. IdS fasst daher *Schrammel* zutreffend zusammen, „dass der Arbeitnehmer kraft seiner Treuepflicht in zumutbarer Weise auf die unternehmerischen Interessen seines Arbeitgebers Bedacht zu nehmen und sich diesem, dessen Angehörigen und seinen Arbeitskollegen gegenüber anständig zu verhalten hat.“²⁵¹

Zur Frage, inwieweit aus dem Arbeitsvertrag auch Schutzpflichten der Arbeitnehmer untereinander entstehen, wurde bereits ausführlich Stellung genommen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Arbeitsvertrag ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (der jeweiligen Arbeitskollegen), sodass durch Mobbinghandlungen gegenüber Arbeitskollegen auch gegen Rechtspflichten zwischen den beteiligten Arbeitnehmern untereinander verstößt (selbst dann, wenn kein absolutes Recht beeinträchtigt wird). Die zum Themenbereich „aktives Mobbing“ durch den Arbeitgeber herausgearbeiteten Grundsätze können sinngemäß auch für die Abgrenzung der Verhaltenspflichten des Arbeitnehmers herangezogen werden.

²⁵¹ *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 25, 194.

6. Belästigung iS GIBG/BehEinstG

6.1. Einleitung

Das mit 01.07.2004 in Kraft getretene „neue“ Gleichbehandlungsgesetz (GIBG)²⁵² enthält umfassende Diskriminierungsverbote am Arbeitsplatz (und teilweise darüber hinaus). Während es bis dahin nur Diskriminierungsverbote am Arbeitsplatz aus Gründen des Geschlechts gab, ist nunmehr eine Ungleichbehandlung in der „Arbeitswelt“ auch aus Gründen der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder der Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung untersagt.²⁵³

Das GIBG verbietet Diskriminierungen aus den erwähnten Motiven im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis, bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, der Festsetzung des Entgelts, der Gewährung freiwilliger Sozialleistungen, bei Maßnahmen der Aus- und Weiterbildung und Umschulung, beim beruflichen Aufstieg, bei den sonstigen Arbeitsbedingungen sowie bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses (§§ 3, 17 GIBG). Weiters sind derartige Ungleichbehandlungen beim Zugang zur Berufsberatung, Berufsausbildung, beruflichen Weiterbildung und Umschulung außerhalb eines Arbeitsverhältnisses; bei der Mitgliedschaft und Mitwirkung einer Arbeitnehmer/ innen/ - oder Arbeitgeber/innen – Organisation sowie bei den Bedingungen für den Zugang zu selbständiger Erwerbstätigkeit untersagt (§§ 4, 18 GIBG). Untersagt sind weiters Belästigungen (§§ 7, 21 GIBG) einschließlich der sexuellen Belästigung (§ 6

²⁵² BGBl I 2004/ 66, idF BGBl I 2008/98.

²⁵³ Zum GIBG siehe etwa *Rebhahn* (Hrsg), Gleichbehandlungsgesetz (2005); *Heidinger/Frank - Thomasser/Schmid*, Antidiskriminierung (2004); *Sturm/Körper* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap VIII, Die Gleichbehandlungspflichten im Arbeitsrecht; *Tomandl/Schrammel* (Hrsg), Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote (2005); *Majoros*, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadenersatzes im Gleichbehandlungsgesetz, DRdA 2007, 515; ders, Das „neue“ Gleichbehandlungsgesetz, ARD 5732/7/2006; *Mayr*, Diskriminierungen im betrieblichen Alltag, DRdA 2009, 153; *Hess-Knapp*, Sexuelle Belästigung jugendlicher ArbeitnehmerInnen, insb von Lehrlingen, und die Rechtsfolgen, DRdA 2009, 163; *Krejci*, Antidiskriminierung, Privatautonomie und Arbeitnehmerschutz, DRdA 2005, 383 und 501; *Sturm*, Richtlinienumsetzung im neuen Gleichbehandlungsgesetz und Gleichbehandlungskommissions-/Gleichbehandlungsanwaltschaftsgesetz, DRdA 2004, 574; Neues Gleichbehandlungsgesetz, ARD 5598/2/2004; *Hopf*, Belästigungsschutz neu, RdW 2004, 601; *Hopf*, Belästigung in der Arbeitswelt in FS Bauer/Maier/Petrag (2004), 147; *Schindler*, Zur Umsetzung des EU-Rechts in Österreich (Teil II), DRdA 2003, 523; *Naderhirn*, Die geplante Neuregelung des Gleichbehandlungsgesetzes, RdW 2003, 710.

GIBG).²⁵⁴ Durch eine Novellierung des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinstG), in Kraft getreten mit 01.01.2006²⁵⁵ wurden Diskriminierungsverbote in der Arbeitswelt aus Gründen einer Behinderung geregelt. Mit all diesen Gesetzgebungsmaßnahmen sind – in Erfüllung europarechtlicher Vorgaben, nämlich der RL 2000/43/EG („Antirassismus-Richtlinie“)²⁵⁶, der RL 2000/78/EG („Gleichstellungsrahmen-Richtlinie“)²⁵⁷ und der RL 2002/73/EG („Gender-Gleichstellungs-Richtlinie“)²⁵⁸ – weitere Bestimmungen zum Schutz vor Diskriminierungen (insbesondere) am Arbeitsplatz in Kraft getreten.

Als Rechtsfolgen der Verletzung dieser Gleichbehandlungsgebote sieht das GIBG (§§ 12, 26, 35 GIBG) teilweise Ansprüche auf Herstellung des diskriminierungsfreien Zustandes, teilweise einen Ersatz des durch die Diskriminierung verursachten Vermögensschadens sowie eine „Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung“ vor. Im Falle einer diskriminierenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses besteht ein Anfechtungsrecht. Bei Belästigungen hat der/die Betroffene ebenfalls Anspruch auf Ersatz des (materiellen und) immateriellen Schadens. Für Schadenersatzansprüche sieht das Gesetz tlw Höchst- bzw Mindestbeträge vor. Im geänderten Bundes-Gleichbehandlungsgesetz²⁵⁹ (B-GBG) finden sich Diskriminierungsverbote hinsichtlich (öffentlich- und zivilrechtlicher)

²⁵⁴ Ungleichbehandlungen aus Gründen der ethnischen Zugehörigkeit sind auch in „sonstigen Bereichen“ unzulässig; seit 01.08.2008 sind darüber hinaus Ungleichbehandlungen aufgrund des Geschlechts beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen untersagt.

²⁵⁵ BGBl I 2005/ 82 idF BGBl I 2008/67.

²⁵⁶ Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.06.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl 2000 L 180 S 22.

²⁵⁷ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl 2000 L 303 S 16.

²⁵⁸ Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.09.2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl 2002 L 269 S 15 (siehe auch die Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05.07.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABl 2006 L 204 S 23, sowie die Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl 2004 L 373 S 37).

²⁵⁹ BGBl I 2004/65.

Arbeitsverhältnisse und freier Dienstverhältnisse zum Bund. Landesgesetzliche Regelungen bestehen für Beschäftigungsverhältnisse zu den Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden sowie für das Arbeitsleben in der Land- und Forstwirtschaft. Ähnliche Regelungen enthalten auch die §§ 7a bis 7r BehEinstG, wobei der Geltendmachung von Ansprüchen bei Gericht ein Schlichtungsverfahren beim Bundessozialamt „vorgeschaltet“ wurde.

6.2. Sexuelle Belästigung

Der historisch älteste Tatbestand ist jener der „sexuellen Belästigung“.

Gemäß § 6 Abs 1 GIBG liegt eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts auch vor, wenn eine Person sexuell belästigt wird (nämlich vom Arbeitgeber selbst, durch Dritte im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis bzw der „sonstigen Arbeitswelt“ oder wenn es der Arbeitgeber schuldhaft unterlässt, bei Belästigung durch Dritte angemessene Abhilfe zu schaffen).

Von Bedeutung ist die Definition des Abs 2: Danach liegt eine sexuelle Belästigung vor, wenn ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten gesetzt wird, das die Würde einer Person beeinträchtigt oder dies bezweckt, für die betroffene Person unerwünscht, unangemessen oder anstößig ist und eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betroffene Person schafft oder dies bezweckt (Z 1) oder der Umstand, dass die betroffene Person ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten zurückweist oder duldet, zur Grundlage einer Entscheidung in der Arbeitswelt gemacht wird (Z 2).

Gem Abs 3 liegt eine Diskriminierung auch bei Anweisung zur sexuellen Belästigung einer Person vor.

Ein ausdrückliches Verbot sexueller Belästigung wurde erstmals mit 01.01.1993 in das damals bestehende Gleichbehandlungsgesetz eingefügt (§ 2 Abs 1a und 1b GIBG)²⁶⁰. Die darin enthaltene Definition wurde auch vom

²⁶⁰ BGBl 1992/833. Siehe zum damals geltenden Tatbestand bspw *Tinhofer*, Sexuelle Belästigung durch den Geschäftsführer einer GmbH, RdW 1994, 248.

„neuen“, mit 01.07.2004 in Kraft getretenen Gleichbehandlungsgesetz²⁶¹ in dessen § 6 Abs 2 in geringfügig modifizierter Form übernommen (erweitert wurden auch die Tatbestände bzw deren Anwendungsbereich).

Mit 01.08.2008 wurde diese Bestimmung insofern geändert, als eine sexuelle Belästigung auch vorliegt, wenn die Beeinträchtigung der Würde bzw das Schaffen einer einschüchternden, feindseligen oder demütigenden Arbeitsumwelt „bezweckt“ wird. Grund für diese Novellierung war eine Anpassung an gemeinschaftsrechtliche Vorgaben; es sollten damit auch solche Verhaltensweisen erfasst werden, welche eine Belästigung bloß bezwecken, ohne dass dies von der betroffenen Person subjektiv so empfunden wird²⁶².

Gemeinschaftsrechtlich wird die sexuelle Belästigung definiert als *„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, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen und Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.“* (Art 2 Abs der RL 76/207/EWG, geändert durch RL 2002/73/EG; Art 2 Abs 1 der RL 2006/54/EG).

Voraussetzung der sexuellen Belästigung ist zunächst ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten. Irrelevant ist es dabei, ob eine Person des anderen oder desselben Geschlechts belästigt wird.²⁶³ Das Verhalten ist sowohl in Bezug auf die körperliche Integrität der betroffenen Person, ihre geschlechtliche Selbstbestimmung, aber auch ihre psychische Verletzbarkeit im körperlich-sexuellen Bereich zu prüfen²⁶⁴. „Verhalten“ ist dabei weit zu interpretieren und umfasst jede bewusste Lebensäußerung, sowohl körperliche Handlungen als auch verbale und non-verbale Verhaltensweisen wie bspw Gesten, Blicke, Zeigen bzw Weiterleiten pornographischer Darstellungen oder Pin-Up-Fotos, etc²⁶⁵. Die Erscheinungsformen

²⁶¹ BGBl I 2004/ 66.

²⁶² Erl RV, 307 Blg NR 22.GP.

²⁶³ Posch in Rebhahn, GIBG (2005), Rz 19 zu §§ 6-7.

²⁶⁴ Posch in Rebhahn, GIBG (2005), Rz 19 zu §§ 6-7 mwN; Smutny/Mayr, GIBG (2001), 321 mwN.

²⁶⁵ Posch in Rebhahn, GIBG (2005), Rz 19 zu §§ 6-7 mwN; Smutny/Mayr, GIBG (2001), 321 mwN.

sind vielfältig und reichen von Hinterher pfeifen, dem Erzählen anzüglicher Witze, (nur scheinbar) zufälligen Körperberührungen, anzüglichen – sei es auch in „Komplimenten“ verpackten - Bemerkungen über Figur und sexuelles Verhalten im Privatleben bis hin zu unerwünschten Einladungen mit eindeutiger Absicht, Po-Kneifen, dem Konfrontiert werden mit pornographischen Bildern, aufgedrängten Küssen, der Androhung beruflicher Nachteile bei sexueller Verweigerung, der Zurschaustellung männlicher Genitalien, sexueller Nötigung und Vergewaltigung²⁶⁶. Dabei geht es idR nicht um fehlgeleitete Zuneigung, gestörte Triebsteuerung oder sexuelle Befriedigung, sondern um sexuell gefärbte Machtausübung und Demütigung der Opfer²⁶⁷. Sexuelle Belästigung ist primär Ausdruck von Hierarchien und Machtausübung. Sexualität wird eingesetzt, um Macht zu demonstrieren und auszuüben²⁶⁸.

6.3. „Sonstige“ Belästigung

Erstmals mit 01.07.2004 wurde neben der sexuellen Belästigung auch jede mit einem der im „neuen“ GIBG verpönten Differenzierungskriterien im Zusammenhang stehende Belästigung untersagt (geschlechtsbezogene Belästigung, § 7 GIBG; Belästigung aufgrund ethnischer Zugehörigkeit, Religion oder Weltanschauung, Alter oder sexuelle Orientierung, § 21 GIBG). Hier wird jeweils eine mit dem jeweiligen Umstand im Zusammenhang stehende Verhaltensweise gesetzt und damit die bereits im § 6 GIBG genannten Folgen bewirkt oder bezweckt. Der Unterschied liegt somit lediglich darin, dass die Belästigung nicht durch ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten, sondern ein geschlechtsbezogenes oder auf die ethnische Zugehörigkeit, Religion oder Weltanschauung, Alter oder sexuelle Orientierung bezogenes Verhalten erfolgt. Belästigungen, die durch ein im Zusammenhang mit einer Behinderung gesetztes Verhalten gesetzt wird, sind gem § 7d BehEinstG untersagt.

Nach den Mat kommen verschiedene Verhaltensweisen in Frage wie bspw

²⁶⁶ *Smutny/Mayr*, GIBG (2001), 319 mwN.

²⁶⁷ *Posch in Rebhahn*, GIBG (2005), Rz 36 zu §§ 6-7; OGH 9 Ob A 143/03, Arb 12.426 = DRdA 2005/26 (*Eichinger*) = infas 2004, A 53 = ZAS-Judikatur 2005/2 = RdW 2004/637 = ARD 5523/5/2004 = ASoK 2005, 73; *Gahleitner*, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007/24 (148) mwN.

²⁶⁸ *Hop in FS Bauer/Maier/Petrag* 147 (162).

sprachliche Äußerungen und Gesten oder Verfassen, Zeigen und Verbreiten von schriftlichen Äußerungen, Bildern oder sonstigem Material. Diese müssen schwerwiegend sein und insgesamt eine störende oder feindselige Arbeitsumwelt bewirken (oder – in der Fassung ab 01.08.2008 – bloß bezwecken)²⁶⁹.

Gemeinschaftsrechtlich wird die (geschlechtsbezogene oder aufgrund ethnischer Zugehörigkeit, Religion oder Weltanschauung, Alter, sexueller Orientierung oder Behinderung erfolgte) Belästigung definiert als *„unerwünschte Verhaltensweisen ...[welche mit den genannten Gründen in Zusammenhang stehen] ... und bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.“* (Art 2 Abs 3 der RL 2000/78/EG; Art 2 Abs 3 der RL 2000/43/EG; Art 2 Abs 2 der RL 76/207/EG, geändert durch RL 2002/73/EG; Art 2 Abs 1 lit c der RL 2006/54/EG.)

Bei den „sonstigen“ Belästigungstatbeständen tritt an die Stelle eines der sexuellen Sphäre zugehörigen Verhaltens ein geschlechtsbezogenes Verhalten (geschlechtsbezogene Belästigung gem § 7 GIBG) bzw ein Verhalten, das mit ethnischer Zugehörigkeit, Religion oder Weltanschauung, Alter, sexueller Orientierung oder Behinderung in Zusammenhang steht (Belästigung gem § 21 GIBG, Belästigung gem § 7d BehEinstG).

Die „ethnische Zugehörigkeit“ bezieht sich nach den Gesetzesmaterialien auf „Gemeinsamkeiten von Menschen, die sich auf Grund ihrer Hautfarbe, Herkunft, Religion, Sprache, Kultur oder Sitten ergibt.“²⁷⁰ Ethnien sind „imaginierte Gemeinschaften, die durch Selbst- und Fremdzuschreibung entstehen und ihre Identität in erster Linie auf kulturellen Merkmalen und Weltbildern aufbauen“. ²⁷¹

Wie in den Mat festgehalten wird, ist „Religion“ nicht auf Kirchen und anerkannte Religionsgemeinschaften beschränkt. Religion umfasst jedes religiöse, konfessionelle Bekenntnis bzw die Zugehörigkeit zu einer Kirche oder

²⁶⁹ RV 307 Blg NR 22.GP.

²⁷⁰ RV 307 BlgNR 22. GP.

²⁷¹ Windisch-Graetz in Rebhahn, GIBG, Rz 7 zu § 17.

Glaubensgemeinschaft. ²⁷²

Unter „Weltanschauung“ iSd § 21 iVm § 17 GIBG sind areligiöse Anschauungen gemeint (religiöse Anschauungen werden vom Begriff „Religion“ abgedeckt). Weltanschauungen sind „Deutungsauffassungen in der Form persönlicher Überzeugungen von der Grundstruktur, Modalität und Funktion des Weltganzen“.²⁷³ Strittig ist, ob bzw inwieweit damit auch politische Überzeugungen gemeint sind.²⁷⁴

Diskriminierungen (einschließlich Belästigungen) aufgrund des Alters können bei Anknüpfen an jedes Lebensalter gegeben sein. Der Begriff des „Alters“ ist somit in einem neutralen Sinn. Das Diskriminierungsverbot wirkt somit in beide Richtungen; verboten sind daher auch Diskriminierungen aufgrund jugendlichen Alters.²⁷⁵

Der Begriff „sexuelle Orientierung“ bezeichnet die Präferenz bei der sexuellen „Objektwahl“ und wird allgemein als „heterosexuell, homosexuell und bisexuell“ definiert.²⁷⁶

Unter einer „Behinderung“ versteht man gem § 3 BehEinstG die „Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden körperlichen, geistigen oder psychischen Funktionsbeeinträchtigung oder Beeinträchtigung der Sinnesfunktionen, die geeignet ist, die Teilhabe am Arbeitsleben zu erschweren. Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von mehr als voraussichtlich sechs Monaten.“

6.4. Verhältnis sexuelle / geschlechtsbezogene Belästigung

Gem § 6 Abs 1 GIBG liegt eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts auch im Falle einer sexuellen Belästigung vor. Die sexuelle Belästigung gem § 6 GIBG ist somit – ebenso wie die geschlechtsbezogene Belästigung gem § 7 GIBG - eine Form der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Sie ist nach den Mat ein Spezialfall

²⁷² RV 307 BlgNR 22. GP.

²⁷³ Windisch-Graetz in Rebhahn, GIBG, Rz 20 zu § 17.

²⁷⁴ Windisch-Graetz in Rebhahn, GIBG, Rz 21 ff zu § 17 mwN.

²⁷⁵ Windisch-Graetz in Rebhahn, GIBG, Rz 35 f zu § 17 mwN.

²⁷⁶ Windisch-Graetz in Rebhahn, GIBG, Rz 41 zu § 17 mwN.

der geschlechtsbezogenen Belästigung.²⁷⁷ Fraglich ist die Abgrenzung der beiden Belästigungstatbestände.

Unter einem geschlechtsbezogenem Verhalten sind jene Verhaltensweisen zu verstehen, welche die Betroffenen aufgrund ihres Geschlechts belästigen bzw diskriminieren. Auch hier ist es irrelevant, ob eine Person des anderen oder desselben Geschlechts betroffen ist. Vorstellbar sind etwa ständige Bevorzugungen eines Geschlechts mit dem Argument, dem anderen Geschlecht sei die Arbeit nicht zumutbar oder schlicht abwertende Äußerungen in Bezug auf das Geschlecht²⁷⁸. Während unter sexuellem Verhalten jene Verhaltensweisen zu verstehen sind, die auf den körperlichen Bereich abzielen, sind unter geschlechtsbezogenem Verhalten jene Verhaltensweisen zu subsumieren, welche die Betroffenen aufgrund ihres Geschlechts belästigen. Bei § 6 GIBG ist die sexuelle Tätigkeit und alles, was damit verbunden sein kann, Kern der Belästigung, bei § 7 GIBG das Abzielen auf das bloße Geschlecht (dh Mann/Frau).²⁷⁹ Die Abgrenzung ist hier schwierig. Nach *Posch* hat geschlechtsbezogenes Verhalten nichts mit sexuellem Verhalten zu tun. So käme es bspw bei einem anzüglichen Witz oder einer Bemerkung auf die Intention an. Belästigt der Witz oder die Bemerkung aufgrund der Tatsache des sexuellen Hintergrunds, sei von einer sexuellen Belästigung auszugehen. Sei jedoch der sexuelle Hintergrund nicht belästigend bzw diskriminierend und trete die Differenzierung oder Herabwürdigung eines Geschlechts in den Vordergrund, so handle es sich um den Tatbestand der geschlechtsbezogenen Belästigung²⁸⁰. Auch *Hopf* weist darauf hin, dass die geschlechtsbezogene Belästigung zwar einen Geschlechtsbezug, jedoch nichts mit der sexuellen Sphäre zu tun hat.²⁸¹

²⁷⁷ RV 307 B1gNR 22. GP.

²⁷⁸ *Posch* in *Rebhahn*, GIBG, Rz 21 zu §§ 6-7.

²⁷⁹ *Posch* in *Rebhahn*, GIBG, Rz 12 zu §§ 6-7.

²⁸⁰ *Posch* in *Rebhahn*, GIBG, Rz 12 zu §§ 6-7.

²⁸¹ *Hopf*, Belästigungsschutz neu, RdW 2004, 601 (604).

6.5. Tatbestandselemente der Belästigung

6.5.1. Beeinträchtigung der Würde

6.5.1.1. Problem

Der Begriff der Belästigung setzt weiters voraus, dass die Würde einer Person beeinträchtigt oder eine solche Beeinträchtigung bezweckt wird. Zu klären ist die Bedeutung dieses Tatbestandsmerkmals

6.5.1.2. Bisheriger Meinungsstand

Vorausgesetzt wird ein gewisses Mindestmaß an Intensität des Verhaltens.²⁸² Mit dem Hinweis auf die Würde ist zum Schutz von Leben und Gesundheit der Schutz psychischer Integrität bzw der Ehre iWS hinzu getreten. Abzustellen ist daher einerseits auf die Persönlichkeitsrechte iSd § 16 ABGB des Belästigten und dessen Recht zur Selbstbestimmung, Identität und Integrität und andererseits auf die objektive Möglichkeit zur Einflussnahme des Belästigers auf die Interessen des Belästigten²⁸³. Ein einmaliges Nachpfeifen, ein sexistischer Witz, eine unerwünschte Essenseinladung etc reichen dazu nicht aus. Allerdings kann das fortgesetzte Verhalten selbst bei kleineren Übergriffen (zB fortlaufende Telefonanrufe, Anzüglichkeiten auf Körpermerkmale) sehr wohl die nötige Intensität erreichen²⁸⁴. Werden somit wiederholt Belästigungshandlungen gesetzt, die jede für sich genommen die geforderte Intensität nicht erfüllen würden, insgesamt aber hinreichen, so ist auch in diesem Fall von einer Beeinträchtigung der persönlichen Würde auszugehen. Einzelnen betrachtet oder in Zusammenschau muss jedenfalls eine gewisse Intensität erreicht sein²⁸⁵. Abzustellen ist dabei nach hM auf objektive Umstände; auf das subjektive Empfinden der Beteiligten kommt es nicht an. Empfindlichkeiten Einzelner über das als normal geltende Maß hinaus sind somit

²⁸² *Posch in Rebhahn*, GIBG, Rz 23 zu §§ 6-7; *Smutny/Mayr*, GIBG, 322; *Hopf*, RdW 2004, 601 (604) mwN.

²⁸³ *Posch in Rebhahn*, GIBG, Rz 23 zu §§ 6-7 mwN.

²⁸⁴ *Smutny/Mayr*, GIBG, 322 mwN.

²⁸⁵ *Posch in Rebhahn*, GIBG, Rz 24 zu §§ 6-7 mwN.

nicht tatbestandsmäßig²⁸⁶. Allerdings ist dann, wenn die Beeinträchtigung der Würde vom Belästiger lediglich bezweckt (aber nicht bewirkt) wird, insofern ein subjektiver Maßstab anzulegen, als es auf die Absicht des Belästigers (und nicht die Wirkung) ankommt.

6.5.1.3. Eigene Ansicht

ME ist fraglich, ob aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben (die RL sprechen jeweils von der Würde „*der betreffenden Person*“) iS einer richtlinienkonformen Interpretation nicht auch auf das subjektive Empfinden des Belästigten Rücksicht zu nehmen ist. Der Wortlaut der innerstaatlichen Normen („*Würde einer Person*“) und die Mat sprechen zunächst nicht dafür. Da der Gesetzeswortlaut hier jedoch zumindest nicht zwingend subjektive Elemente ausschließt, wäre insoweit eine richtlinienkonforme Auslegung – so eine solche notwendig ist - zulässig. Richtig ist aber zweifellos, dass ein die persönliche Würde beeinträchtigendes Verhalten ein Mindestmaß an Intensität voraussetzt und dies objektiv zu beurteilen ist²⁸⁷. Welches Verhalten im Einzelfall die Würde verletzt, ist aber nur sehr schwer objektivierbar. Hier kann lediglich ein Rahmen abgesteckt werden, um Bagatellfälle auszuschneiden, bei denen eine Verletzung der Würde aus objektiver Sicht nicht in Betracht kommt. Ansonsten spielt die subjektive Einschätzung und auch die von Mensch zu Mensch unterschiedliche Empfindlichkeit eine große Rolle. Die Würde wird gerade dann verletzt, wenn diese unterschiedlichen Grenzen – soweit diese (objektiv) erkennbar sind und es sich nicht um (aus objektiver Sicht als solche zu beurteilende) Bagatellfälle handelt - überschritten werden. Auf die subjektive Einschätzung des Belästigten ist daher mE in einem gewissen Ausmaß (jedenfalls zur Abgrenzung im Einzelfall) Bedacht zu nehmen. Auch das bereits in den RL enthaltene (und nunmehr auch vom nationalen Gesetzgeber übernommene) alternative Tatbestandselement, dass die Verletzung der Würde der betreffenden Person bloß bezweckt wird, spricht mE für eine Berücksichtigung auch subjektiver Elemente. Gerade die Unterscheidung zwischen bloß bezweckter und tatsächlich bewirkter Verletzung der Würde zeigt, dass es auf die „Bewirkung“ bei der konkret betroffenen Person ankommt; ist (aus subjektiv in der Person des Betroffenen gelegenen Gründen)

²⁸⁶ Posch in *Rebhahn*, GIBG, Rz 24 zu §§ 6-7 mwN.

²⁸⁷ *Eichinger*, Rechtsfragen 103.

deren Würde nicht verletzt worden, hat aber der Belästiger eine solche Wirkung bezweckt (indem er ein Verhalten gesetzt hat, bei welchem man aus objektiver Sicht eine solche Wirkung annehmen könnte), liegt eben dennoch eine Belästigung vor. Dass es hier auf subjektive Elemente beim Betroffenen ankommt, ergibt sich mE daraus, dass ein Verhalten, welches objektiv nicht geeignet ist, die Würde eines anderen zu verletzen (und diese Wirkung somit nur subjektiv in der Vorstellung des Belästigers hat) nicht tatbestandsmäßig sein kann, zumal es nicht der erkennbare Zweck der Belästigungstatbestände ist, derartige (sowohl objektiv als auch aus der Sicht des „Belästigten“) unbedenkliche Handlungen zu untersagen und darüber hinaus zu sanktionieren.

6.5.2. „Unerwünscht, unangebracht oder anstößig“

Weitere Voraussetzung ist, dass das Verhalten für die betreffende Person unerwünscht, unangebracht oder anstößig ist. Auch dieses Tatbestandselement ist auslegungsbedürftig.

Hier wird auf das subjektive Empfinden des Betroffenen abgestellt²⁸⁸. Einzuschränken wäre dies nur dann, wenn „die betreffende Person mit krass überspitzten (Moral-)Vorstellungen ins Feld ziehen würde, obwohl es grundsätzlich den Anforderungen eines die Würde achtenden Arbeitsplatzes entsprechen sollte, auch bei höherer Sensibilität gegenüber beeinträchtigenden Eingriffen den Anspruch erheben zu können, ungehindert von derartigen Belästigungen arbeiten zu können“²⁸⁹. Für die belästigende Person muss erkennbar sein, dass das Verhalten für die betroffene Person unerwünscht ist, wobei an das ablehnende Verhalten der betroffenen Person jedoch keine hohen Ansprüche gestellt werden dürfen²⁹⁰. Die Abgrenzung ist auch hier schwierig. Zu berücksichtigen sind dabei auch die Persönlichkeit des Betroffenen²⁹¹; dessen Angst vor weiteren Demütigungen aufgrund seiner Abwehr ebenso wie die Tatsache, dass Betroffene (gerade von sexuellen) Übergriffen „derart überrascht und in Panik versetzt werden, dass sie

²⁸⁸ *Posch in Rebhahn*, GIBG, Rz 25 zu §§ 6-7; *Smutny/Mayr*, GIBG 322.

²⁸⁹ *Smutny/Mayr*, GIBG 322 f.

²⁹⁰ *Smutny/Mayr*, GIBG 323 mwN; idS auch *Posch in Rebhahn*, GIBG, Rz 25 ff zu §§ 6-7 mwN.

²⁹¹ *Posch in Rebhahn*, GIBG, Rz 28 f.

häufig überhaupt nicht reagieren“²⁹² als auch bestehende Weisungszusammenhänge²⁹³. Den Belästigten kann hier eine Ablehnungsobliegenheit im Hinblick auf das belästigende Verhalten treffen, die von der Erheblichkeit des Eingriffes abhängt. Bei besonders gravierenden Eingriffen ist eine solche Ablehnung nicht zu verlangen. Je weniger eindeutig das Verhalten des Belästigers jedoch als Belästigung anzusehen ist, desto eher ist dem/der Belästigten eine Ablehnung zuzumuten.²⁹⁴ Eine Ablehnung [*sofern man eine solche im Einzelfall für erforderlich hält*] ist aber jedenfalls auch dann erkennbar, wenn aus dem Verhalten der oder des Betroffenen für einen objektiven Beobachter die Ablehnung hinreichend deutlich geworden ist. Ein passives Verhalten („zögerndes, zurückhaltendes Geschehenlassen gegenüber einem drängenden, durchsetzungsfähigen Belästiger, insb einem Vorgesetzten“) kann daher uU ausreichend sein, eine ablehnende Haltung erkennen zu lassen.²⁹⁵

6.5.3. „Einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt“

6.5.3.1. Problem

Schließlich wird gefordert, dass das gesetzte Verhalten eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betreffende Person schafft oder dies bezweckt oder (bei der sexuellen Belästigung) der Umstand, dass die betroffene Person ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten zurückweist oder duldet, zur Grundlage einer Entscheidung in der Arbeitswelt gemacht wird. Während die zweite Variante (Grundlage für Entscheidung in der Arbeitswelt) noch relativ klar umrissen ist, ist die erste Variante (einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt) in höchstem Maße unbestimmt und auslegungsbedürftig.

²⁹² *Smutny/Mayr*, GIBG, 323.

²⁹³ *Posch in Rebhahn*, GIBG, Rz 28.

²⁹⁴ *Posch in Rebhahn*, GIBG, Rz 26 mwN.

²⁹⁵ *Posch in Rebhahn*, GIBG, Rz 30 mwN.

6.5.3.2. Bisheriger Meinungsstand

Smutny/Mayr stellen darauf an, ob die Situation am Arbeitsplatz für die belästigte Person letztlich unerträglich wird.²⁹⁶ Nach *Posch* ist von einer einschüchternden, feindseligen oder demütigenden Arbeitsumwelt nach objektiven Kriterien dann auszugehen, „wenn ArbeitnehmerInnen in ihrem kollegialen Umfeld oder im Umgang mit Vorgesetzten derart negativ beeinträchtigt sind, dass sie ihre Arbeitskraft nicht mehr entfalten können“.²⁹⁷

6.5.3.3. Eigene Ansicht

Beide Definitionen scheinen mir zu eng gefasst. Weder kann es mE darauf ankommen, ob die Situation unerträglich wird (wobei darauf hinzuweisen ist, dass sich *Smutny/Mayr* auf die sexuelle Belästigung beziehen und davon sprechen, ob die Situation *letztlich* unerträglich wird) noch erscheint mir die Entfaltung der Arbeitskraft als einziges Kriterium sachgerecht. Es sind durchaus Beeinträchtigungen der Arbeitsumwelt denkbar, die sich massiv auf das Wohlbefinden des/der Betroffenen auswirken, ohne dass dies zwingend einen Einfluss auf die Entfaltung der Arbeitskraft haben muss. Entscheidend ist, ob durch das Verhalten eines/einer anderen für den/die betroffene/n ArbeitnehmerIn am Arbeitsplatz eine Situation geschaffen wird, welche sich in einem nicht bloß unerheblichen Ausmaß auf das Wohlbefinden dieser Person auswirkt bzw eine solche Wirkung bloß bezweckt wird. Das Abstellen lediglich auf objektive Kriterien erscheint mir weder sachgerecht noch vom Gesetzeswortlaut gefordert. Das subjektive Empfinden des/der Betroffenen sollte auch hier – sofern es für den/die BelästigerIn erkennbar ist – entscheidend sein; wengleich eindeutig übertriebene Reaktionen auszuschneiden sind.

²⁹⁶ *Smutny/Mayr*, GIBG 324.

²⁹⁷ *Posch* in *Rebhahn*, GIBG, Rz 32.

6.2.4.4. Konkrete Beispiele aus der Judikatur:

Sexuelle Belästigung wurde in folgenden konkreten Fällen angenommen:

- Unerwünschte sexuelle Anspielungen des Geschäftsführers der Arbeitnehmerin gegenüber (Bemerkungen über ihre Figur, Schilderungen seiner sexuellen Vorlieben), Abringen eines „Bruderschaftskusses“ auf den Mund, Griff auf das Knie, Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Probemonat mit der Bemerkung „Du hattest eine große Chance, du hast sie aber nicht genützt.“²⁹⁸
- Die Verwendung des Wortes „pudern“ als Bezeichnung für Geschlechtsverkehr durch einen Arbeitskollegen bei einer Firmenweihnachtsfeier.²⁹⁹
- Aneinanderdrücken zweier, wenngleich angezogener Körper, Kuss mit halb geöffneten Mund auf den Mund einer Arbeitnehmerin gegen deren Willen, die auch zuvor keine Anstalten gesetzt hatte, ein derartiges Verhalten zu wünschen.³⁰⁰
- Die Äußerung eines Arbeitskollegen auf einer Weihnachtsfeier „Dich werd ich sicher nicht pudern“.³⁰¹
- Aufforderung der Arbeitnehmerin durch den Arbeitgeber, sich mit ihm im Lager- und Umkleideraum hinzulegen, In-Aussicht-Stellen von Besuchen bei ihr, Erzählen von sexuellen Erlebnissen, Prahlen mit der außergewöhnlichen Größe seines Penis, wiederholte unsittliche Berührungen mit eindeutig sexuellem Bezug.³⁰²
- Arbeitnehmer zieht Arbeitnehmerin einmal am Pullover und greift ihr ein anderes Mal in den Ausschnitt.³⁰³
- Herabsetzende ordinäre Äußerungen mit eindeutig sexuellem Bezug eines

²⁹⁸ OGH 9 Ob A 18/08z, ecolex 2008/353 = ZAS-Judikatur 2008/145 = ASoK 2008, 440 = wbl 2008/254 = DRdA 2008, 527 = infas 2008, A 84.

²⁹⁹ ASG Wien 15 Cga 108/06w, ARD 5817/7/2007.

³⁰⁰ ASG Wien 27 Cga 74/05g, ZAS-Judikatur 2007/119 = ARD 5765/1/2007.

³⁰¹ ASG Wien 15 Cga 108/06w, ARD 5720/4/2006.

³⁰² OGH 9 Ob A 112/05v, Arb 12.554 = ÖJZ 2002/2 (EvBl) = DRdA 2006/26 (*Trost*) = ecolex 2005/453 = RdW 2006/550 = ARD 5667/2/2006 = ASoK 2006, 114 = infas 2006, A 11 = JBl 2006, 261 = DRdA 2005, 547.

³⁰³ OGH 9 Ob A 64/04h, Arb 12.448 = ARD 5552/20/2004.

Vorarbeiters gegenüber Arbeitnehmerinnen.³⁰⁴

- Mehrmaliger Gebrauch ordinärer eindeutiger Worte gegenüber einer Arbeitskollegin, unsittliche Anträge, welche unerwünscht waren und abgelehnt wurden.³⁰⁵
- Rücksichtslose und brutale Ausnützung des bestehenden Abhängigkeitsverhältnisses für das Erreichen sexueller Ziele mit körperlichen und verbalen Attacken.³⁰⁶
- Öffnen der Hose und Aufforderung zum Geschlechts- und Oralverkehr.³⁰⁷
- Mehrfache Aufforderung zu intimen Beziehungen, Hüftumarmung, Brustberührung und Festhalten zum Kussversuch trotz eindeutiger Zurückweisung.³⁰⁸
- Berührung am Oberschenkel trotz Abmahnung.³⁰⁹

„Sonstige“ Belästigungen wurden in folgenden Fällen angenommen:

- Kitzeln und Stupsen einer Mitarbeiterin durch den Geschäftsführer (geschlechtsbezogene Belästigung).³¹⁰
- Regelmäßige Verspottung eines Arbeitnehmers wegen seiner Homosexualität mit obszönen Ausdrücken von Arbeitnehmern eines Geschäftspartners seines Dienstgebers (Belästigung aufgrund sexueller Orientierung, wäre aber gleichzeitig auch sexuelle Belästigung).³¹¹
- Rauer und harter Umgangston gegenüber einer untergebenen Arbeitnehmerin, Erteilung von Weisungen in einem unangebrachten Ton, Gehässigkeiten, herabwürdigende Behandlung und Beschimpfungen, wobei das Verhalten „darauf beruhte dass sie [die Arbeitnehmerin, Anm] eine Frau

³⁰⁴ OGH 9 Ob A 143/03z, Arb 12.426 = DRdA 2005/26 (*Eichinger*) = infas 2004, A 53 = RdW 2004/637 = ARD 5523/5/2004 = ASoK 2005, 73 = ZAS-Judikatur 2005/2.

³⁰⁵ OGH 9 Ob A 319/00b, Arb 12.070 = DRdA 2001/16 = ARD 5232/8/2001 = RdW 2001/634 = infas 2001, A 61 = ASoK 2001, 230 = ecolex 2001, 220 = DRdA 2001, 452.

³⁰⁶ OGH 8 Ob A 188/98z, ZAS 2000, 20 (*Brodil*) = DRdA 2000, 50 (*Eichinger*) = RdW 1999/6 = JBl 1999, 538.

³⁰⁷ OGH 8 Ob A 132/00w, Arb 12.050 = ecolex 2002, 224.

³⁰⁸ ASG Wien 24 Cga 230/97m, ARD 4970(5/98).

³⁰⁹ ASG Wien 19 Cga 182/94 ARD 4803/1/96.

³¹⁰ OLG Wien 8 Ra 147/06f, ARD 5815/3/2007.

³¹¹ LG Salzburg 18 Cga 120/05t, 18 Cga 121/05i, ARD 5732/6/2006.

ist“.³¹²

6.2.4.5. Abschließende Bemerkung

Die ausdrückliche gesetzliche Regelung der „Belästigung“ ist aus Gründen der Rechtssicherheit sowie der Rechtsdurchsetzung in jedem Fall zu begrüßen. Auch die Festlegung eines (verschuldensunabhängigen) immateriellen Schadenersatzes³¹³ macht diese Tatbestände – im Zusammenhang mit den geregelten Mindestersatzbeträgen und der Beweiserleichterung³¹⁴ - zu praktikablen Instrumenten gegen derartige Verhaltensweisen³¹⁵. Zu bemerken ist jedoch, dass Belästigungen (und Diskriminierungen im Allgemeinen) nicht allgemein, sondern nur hinsichtlich bestimmter Motive ausdrücklich geregelt wurden. Hier ist *Hopf* zu folgen, wonach eine unterschiedliche Behandlung der Betroffenen in bloßer Abhängigkeit von den zufälligen Motiven der jeweiligen Belästiger/Innen sachlich nicht gerechtfertigt ist, die einheitliche Rechtsanwendung beeinträchtigt und eine neue Ungleichbehandlung schafft.³¹⁶

7. Belästigung außerhalb GIBG/BehEinstG

7.1. Problem

Verhaltensweisen, die unter die in den §§ 6,7,21 GIBG sowie § 7d BehEinstG enthaltene Definition der Belästigung subsumiert werden können, sind aufgrund ausdrücklich gesetzlich geregelter Tatbestände als rechtswidrig anzusehen. Allerdings wurden hier nur bestimmte Arten von Belästigungen ausdrücklich geregelt – nämlich die „sexuelle Belästigung“ und die Belästigung aus bestimmten Motiven (Geschlecht, Alter, sexuelle Orientierung, Religion oder Weltanschauung, ethnischer Zugehörigkeit, Behinderung).

³¹² OGH 8 Ob A 59/08x, infas 2009, A 7 = ZAS-Judikatur 2009/5 = ARD 5922/5/2008 = RdW 2009/238 = ecolex 2009/26 = DRdA 2009, 150 = ASoK 2009, 78.

³¹³ § 12 Abs. 11, § 26 Abs. 11 GIBG, § 7e Abs. 1 BEinstG

³¹⁴ § 12 Abs. 12, § 26 Abs. 12 GIBG, § 7p BEinstG

³¹⁵ Wenngleich die vom Gemeinschaftsrecht geforderte „abschreckende“ Wirkung durch die in der Praxis tatsächlich zugesprochenen Schadenersatzbeträge (jedenfalls bisher) kaum erreicht wird.

³¹⁶ *Hopf*, RdW 2004, 601; *Hopf* in FS Bauer/Maier/Petrag 147; siehe dazu auch *Gahleitner*, ZAS 2007/ 24.

7.2. Bisheriger Meinungsstand

Zu Recht wird hier in der Literatur bemängelt, dass diese Eingrenzung auf bestimmte Arten von Belästigungen eine neue Ungleichbehandlung schafft und das Problem der Belästigung nur lückenhaft erfasst.³¹⁷ Völlig richtig bemerkt hier etwa *Hopf*, dass Belästigungen keine Gründe brauchen und sich auch nicht auf solche beschränken, sondern – grundlos - jede/n treffen können. *Hopf* führt weiters aus, dass zur „Schadensbegrenzung“ ... im Hinblick auf das in den Gesetzesmaterialien erklärte Ziel, „die gesamte Arbeitswelt diskriminierungsfrei zu stellen“, eine weite Auslegung Platz zu greifen haben (wird).³¹⁸ *Gahleitner* weist darauf hin, dass derartige Handlungen seitens des Dienstgebers rechtswidrig wären.³¹⁹ Nach der Entscheidung des OGH 26.08.2004, 8 Ob A 3/04f ³²⁰ ist der Dienstgeber überdies aufgrund seiner Fürsorgepflicht (ohne Rückgriff auf gleichbehandlungsrechtliche Regelungen) verpflichtet, derartige Belästigungen seitens Arbeitskollegen abzustellen.

7.3. Eigene Ansicht

Auszugehen ist zunächst davon, dass eine Ausweitung der Bestimmungen des GIBG sowie des BehEinstG auf nicht geregelte Tatbestände im Wege der Auslegung nicht möglich ist, da für die Auslegung der Wortlaut die äußerste Grenze darstellt. Eine analoge Anwendung der Bestimmungen des GIBG durch Gesetzesanalogie scheidet ebenso aus, da der Gesetzgeber – in Entsprechung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben – bestimmte Arten von Belästigungen (aus bestimmten Motiven) ausdrücklich regeln wollte. Eine planwidrige, vom Gesetzgeber hinsichtlich der im GIBG explizit geregelten Tatbestände nicht bedachten Lücke³²¹ ist nicht anzunehmen. In Betracht käme allenfalls eine Rechtsanalogie hinsichtlich der Beurteilung die Würde verletzender Verhaltensweisen, die aber nur dann notwendig sein wird, wenn sich deren Unzulässigkeit (konkret im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses) nicht ohnehin aus bestehenden (wenn auch unbestimmt

³¹⁷ Siehe dazu *Hopf*, RdW 2004, 601 (606); *Hopf* in FS Bauer/ Maier/ Petrag, 147 (174); *Gahleitner*, ZAS 2007/24.

³¹⁸ *Hopf*, RdW 2004, 601 (606); *Hopf* in FS Bauer/ Maier/ Petrag 147 (174).

³¹⁹ *Gahleitner*, ZAS 2007/24.

³²⁰ Arb 12.459=ZAS 2005, 241 (*Posch*)=DRdA 2005/37 (*Resch*)=ecolex 2005/66=ARD 5608/5/2005= infas 2005, A5.

³²¹ Siehe dazu *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff², 472 ff.

gefassten) Rechtsnormen ergibt.

Die Frage ist jedenfalls, ob nun eine Belästigung, die aus anderen als den in den genannten Bestimmungen geregelten Gründen erfolgt, von dem/ der Dienstnehmer/In hinzunehmen ist. Um diese Frage beantworten zu können, ist an die Persönlichkeitsrechte im Allgemeinen sowie an die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im Speziellen anzuknüpfen. Belästigungen, wie sie im GlBG bzw im BEinstG definiert sind, berühren die Persönlichkeitsrechte des/der jeweils Betroffenen – und zwar auch dann, wenn derartige Belästigungen aus anderen Motiven, wie sie in den genannten Bestimmungen erfasst sind, erfolgen und auch dann, wenn diese Verhaltensweisen nicht ohnehin ausdrücklich geregelte straf- und/oder schadenersatzrechtlichen Tatbestände erfüllen. Mögen derartige Verhaltensweisen außerhalb eines Arbeitsverhältnisses zwar unerwünscht und unangebracht, aber (noch) nicht rechtswidrig sein, so ist hier unter Berücksichtigung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ein anderer Maßstab anzulegen. Wie bereits gezeigt, wird der Schutz des Persönlichkeitsrechts (sowohl bei Auslegung der gesetzlich normierten Tatbestände als auch bei deren Ausweitung, insbesondere unter Berufung auf § 16 ABGB) unter Abwägung der jeweils einander gegenüberstehenden Interessen definiert. In diesem Sinne kommt die Judikatur auch zu gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten Persönlichkeitsrechten. Was die Fürsorgepflicht des Dienstgebers betrifft, gelangen Lehre und Judikatur (ausgehend von der bestehenden Vertragsbeziehung und der Schutzbedürftigkeit des Dienstnehmers) ebenfalls zu weitergehenden Handlungs- bzw Unterlassungspflichten des Dienstgebers. Im Sinne dieser Pflichten sind Handlungen, welche unter dem Begriff der "Belästigung" im Sinne des GlBG bzw des BEinstG zu subsumieren sind (und zwar auch dann, wenn diese aus anderen als den dort genannten Motiven erfolgen!), jedenfalls als krasse Verletzung der Fürsorgepflicht anzusehen. Der Dienstgeber ist daher verpflichtet, derartige Verhaltensweisen zu unterlassen.

Aus der Fürsorgepflicht des Dienstgebers ergibt sich aber auch, dass dieser verpflichtet ist, Belästigungen seiner Dienstnehmer/Innen durch ArbeitskollegInnen – aber auch dritter Personen (etwa Kunden des Dienstgebers) – abzuwenden. Auch hier würde es den von Lehre und Judikatur entwickelten Grundsätzen der

Fürsorgepflicht widersprechen, wenn der Dienstgeber nichts unternehmen würde, um derartige Beeinträchtigungen seiner Dienstnehmer/Innen zu verhindern.

Nach der hier vertretenen Auffassung, wonach der Arbeitsvertrag als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (des jeweiligen Arbeitskollegen) anzusehen ist, bestehen im Verhältnis der Arbeitnehmer untereinander (unabhängig von der Frage ob absolute Rechte verletzt werden) Unterlassungspflichten. „Belästigungen“ durch Arbeitskollegen sind daher auch außerhalb des GIBG sowie des BehEinstG Verstöße gegen Verpflichtungen, welche direkt zwischen Arbeitnehmer untereinander bestehen.

8. Unerwünschte Verhaltensweisen „unterhalb der Schwelle zur Belästigung“

8.1. Problem

Fraglich ist nun, ob auch unerwünschte Verhaltensweisen am Arbeitsplatz, welche unterhalb der „Schwelle“ zur Belästigung anzusiedeln sind, bereits als rechtswidrig angesehen werden können. Hier besteht tatsächlich die Gefahr, dass in zwischenmenschliche Bereiche eingegriffen wird und unter Berufung auf das Persönlichkeitsrecht rechtliche Ge- bzw Verbote konstruiert werden, welche der Rechtsordnung nicht zu entnehmen sind und letztlich in die Persönlichkeit des jeweils Anderen ohne ausreichende rechtliche Grundlage eingreifen. Zu denken wäre dabei etwa an den Umgangston von Dienstnehmer/Innen untereinander und eines Vorgesetzten bzw eines Dienstgebers zu seinen untergebenen Mitarbeiter/Innen oder eine allenfalls bestehende „Konfliktfreudigkeit“ oder gar „Unverträglichkeit“ dieser Personen. Derartige Verhaltensweisen können, müssen aber nicht als „Belästigung“ im Sinne der obgenannten Definition anzusehen sein.

8.2. Bisheriger Meinungsstand

Was beispielsweise die „Unverträglichkeit“ von Dienstnehmer/Innen betrifft, wird eine solche als „personenbedingter Kündigungsgrund“ im Sinne des allgemeinen Kündigungsschutzes gemäß § 105 ArbVG angesehen. Hier ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Rechtfertigung einer Kündigung trotz wesentlicher Beeinträchtigung der Interessen des Dienstnehmers aus in der Person des Dienstnehmers gelegenen Gründe nicht zwingend in einem rechtswidrigen Verhalten desselben begründet sein muss. Bspw können die mangelnde Eignung eines Dienstnehmers für eine bestimmte Tätigkeit oder Krankenstände in besonders hohem Ausmaß als „personenbedingte Kündigungsgründe“ angesehen werden – in all diesen Fällen sind diese Umstände dem Dienstnehmer nicht vorzuwerfen. Auch führen Konflikte zwischen Mitarbeitern untereinander (in derartigen Fällen wird in der Praxis gerne mit einer „Unverträglichkeit“ eines bestimmten Mitarbeiters argumentiert) nicht automatisch zum Vorliegen eines Kündigungsgrundes im Sinne des § 105 ArbVG.

Eine „Unverträglichkeit“ wurde von der Judikatur bspw in folgenden Fällen angenommen:

In der E OGH 8 Ob A 208, 209/95³²² ging es um eine Mitarbeiterin, die versuchte, andere MitarbeiterInnen hinauszuekeln, da sie in diesen eine Gefahr für ihr Zusatzeinkommen sah, wobei sie diese bei der Zentrale und diversen Kunden verleumdete.

Die Entscheidung OGH 9 Ob A 242/97³²³ behandelte die Kündigung eines Arztes, der wiederholt zornig, erregt und cholerisch aufgetreten ist, keine Bereitschaft gezeigt hat Streit beizulegen, nach Eintreten der Streitsituation bei der Patientenübergabe im Rahmen der Intensivmedizin (anstatt der bisher üblichen mündlichen Information) nur mehr für alle beteiligten Personen unverständliche schriftliche Notizen verfasste (wodurch zumindest die Gefahr schwerster Schäden für die Patienten bestand), was zu einer Spaltung unter den KollegInnen und zu

³²² ARD 4687/9/95 = SWK 1996, B 40.

³²³ ARD 4898/2/97 = infas 1998, A 25

diversen Unterschriftenaktionen führte, und der Dienstnehmer einer ihm angebotenen Versetzung nicht zustimmte.

In der Entscheidung OGH 9 Ob A 146/93³²⁴ ging es um den Leiter einer chirurgischen Abteilung, der die Oberärzte in den Morgenbesprechungen mit so lauter Stimme zurecht wies, dass dies als „Schreien“ empfunden werden konnte (wobei aus diesem Grund ein Arzt erwog, die Krankenanstalt zu verlassen), mit einem anderen Kollegen teilweise lautstark geführte Auseinandersetzungen hatte (woraufhin auch dieser erwog, die Krankenanstalt zu verlassen und eine weitere Ärztin sich erheblich belastet fühlte), auch das Arbeitsverhältnis zu den in der Aufnahmekanzlei beschäftigten Dienstnehmern durch das Verhalten des Klägers belastet war, ein Kollege erklärte, dass er (wegen dem Kläger) den Druck nicht mehr aushalte und jeden Tag mit Angst in das Krankenhaus gehe, weil er nicht wisse, was heute wieder passiere und der Kläger schließlich trotz Androhung der Kündigung zu keinem Gespräch mit seiner Vorgesetzten zur Bereinigung der Situation bereit war.

Wie der OGH in der E 9 Ob A 143/03z³²⁵ festhielt, ist sexuelle Belästigung (hier durch herabsetzende und ordinäre Äußerungen eines Vorarbeiters) jedenfalls als „personenbezogener Kündigungsgrund“ anzusehen (im konkreten Fall war das Vorliegen eines hier gegebenen Entlassungsgrundes nicht zu prüfen, da eine Entlassung nicht ausgesprochen wurde).

Selbst persönliche Spannungen zwischen Mitarbeitern oder zwischen Mitarbeitern und Dienstgeber allein sind nach der Judikatur keine personenbezogene Kündigungsgründe (siehe etwa EA Linz Re 83/78³²⁶ – Generationsprobleme zwischen einem jungen Firmeninhaber und einem 56jährigen Betriebsingenieur; OGH 9 Ob A 248/89³²⁷ – gespannte Beziehungen, welche die persönliche Zusammenarbeit beeinträchtigen, ohne dass feststeht, dass der Grund beim Arbeitnehmer liegt). Im Falle von Konflikten ist der Arbeitgeber im Rahmen seiner

³²⁴ Arb 11.109 = DRdA 1994/29 (*Eypeltauer*) = RdM 1994/7 (*Kopetzki*) = ARD 4515/4/93 = wbl 1994, 162 = ecolex 1993, 846 = DRdA 1994, 171.

³²⁵ Arb 12.426 = DRdA 2005/26 (*Eichinger*) = infas 2004, A 53 = ZAS-Judikatur 2005/2 = RdW 2004/637 = ARD 5523/5/2004 = ASoK 2005, 73.

³²⁶ Arb 9769.

³²⁷ Wbl 1990, 79 = ARD 4127/14/89 = ÖJZ 1989/269 = infas 1990, A 25.

Fürsorgepflicht jedenfalls verpflichtet von geeigneten Formen des Konfliktmanagements Gebrauch zu machen³²⁸.

Einen Versuch, „soziales Fehlverhalten“ zu bewerten, hat *Schnorr* unternommen³²⁹. *Schnorr* fasst diese Verhaltensbewertungen in vier unterschiedliche Tatbestandsgruppen zusammen:

„1. Grundrechtlich geschützte Positionen“ (Persönlichkeits- und Intimsphäre, körperliche und seelische Integrität einschließlich Ehre, religiöse, weltanschauliche und politische Meinungsfreiheit). Bei diesen wäre dem individuellen Interesse der Vorrang vor sozialen Verhaltensmustern einzuräumen.

„2. Sozialisationsmängel“ („Wünschenswerte Verhaltensmuster, deren Fehlen beim einzelnen Arbeitnehmer den sozialen Kontakt zu anderen Arbeitnehmern zwar erschwert, die aber die betriebliche Zusammenarbeit nicht unmöglich machen.“) An Beispielen nennt *Schnorr* mangelnde Kontaktfreudigkeit, „Streberei bis hin zu Kriecherei“, Intrigen und Vorurteile. Rechtliche Sanktionen sind erst dann gerechtfertigt, wenn ein Kooperationsmangel vorliegt (siehe unten).

„3. Kooperationsmängel.“ (Der durch den Betriebszweck bedingte organisatorische Arbeitsablauf wird durch das Verhalten gegenüber Arbeitskollegen unmöglich). Da „der Wille zur Kooperation mit anderen Arbeitnehmern zur Erreichung des Betriebszweckes ... als eine dem Arbeitsvertrag immanente Vertragspflicht angesehen werden“ muss, sind „Verletzungen dieser Pflicht ... daher als Verletzungen des Arbeitsvertrages zu werten“. An Beispielen nennt *Schnorr* unter Berufung auf die Rechtsprechung die Verhetzung der Arbeitskollegen einschließlich der Verleitung zum rechtswidrigen Streik, die Weigerung mit bestimmten anderen Arbeitnehmern zusammenzuarbeiten, die Weigerung einen anderen Arbeitnehmer als Vorgesetzten anzuerkennen, Streitereien mit Arbeitskollegen im Zustand wiederholter Trunkenheit im Dienst oder auch die Ausnützung der Vorgesetztereigenschaft um politisch andersdenkende Untergebene zu

³²⁸ *Schnorr*, Probleme des allgemeinen sozialen Kontaktes zwischen Arbeitnehmern eines Betriebes 21

³²⁹ *Schnorr*, Probleme des allgemeinen sozialen Kontaktes zwischen Arbeitnehmern 21 (26 ff).

diskriminieren.

„4. Diskriminierungseffekte.“ Diese liegen vor, wenn „ein Arbeitnehmer von seiner sozialen Rolle, die er zu spielen gewillt ist, durch äußere Einwirkung ausgeschlossen wird“. Als Beispiel nennt Schnorr etwa die Ausgrenzung eines Arbeitnehmers von sozialen Vorteilen wie verbilligten Theaterkarten oder Betriebsveranstaltungen durch Vorenthaltung der entsprechenden Informationen. Hier erfordert es die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im Zusammenhalt mit dem Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers, „aktiv dafür zu sorgen, dass einzelne Arbeitnehmer nicht durch andere von ihrer sozialen Rolle ausgeschlossen, diskriminiert und diffamiert werden.“

8.3. Eigene Ansicht

In den zu 8.2. zitierten vom OGH zu beurteilenden Fällen handelte es sich um Verhaltensweisen von Dienstnehmern, welche – jedenfalls im Verhältnis zum Dienstgeber, dessen Interessen hier nachteilig berührt werden – als rechtswidrig anzusehen sind. Letztlich werden hier aber auch die Interessen der betroffenen Arbeitskolleg/Innen berührt, die unter der „Behandlung“ ihres Vorgesetzten/Mitarbeiters zu leiden haben. Sieht man von der Entscheidung OGH 9 Ob A 242/97x ab, wird man die in den erwähnten Judikaturbeispielen behandelten Vorfälle bereits als „Belästigung“ im Sinne der gesetzlichen Definition zu bezeichnen haben.

Der Fall des Arztes, der „wiederholt zornig, erregt und cholerisch aufgetreten ist, keine Bereitschaft gezeigt hat, den Streit beizulegen, ...“ (OGH 9 Ob A 242/97x) ist nicht zwingend als „Belästigung“ zu verstehen. Dieses Verhalten ist zwar für die betroffenen Personen unerwünscht und schafft eine einschüchternde bzw feindselige Arbeitsumwelt, in wie weit hier die Würde tatsächlich beeinträchtigt wird, geht aber jedenfalls aus der Entscheidungsbegründung nicht hervor. Tatsächlich sind es gerade jene Fälle, bei welchen DienstnehmerInnen eine erhöhte Konfliktbereitschaft bzw massive Defizite im sozialen Bereich aufweisen, deren rechtliche Fassung Schwierigkeiten bereitet. Bei den meisten tatsächlich aufgetretenen Konflikten ist es auch kaum möglich, zu beurteilen, wem nun tatsächlich ein Vorwurf gemacht werden kann. Konflikte sind Bestandteil des Zusammenlebens und ergeben sich zwangsläufig aus den verschiedenen, teilweise einander widersprechenden,

Interessen aller Betroffenen. Letztlich kommt es darauf an, wie diese Konflikte ausgetragen werden und ob dabei Verhaltensweisen gesetzt werden, welche sachlich nicht mehr gerechtfertigte Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte des jeweils anderen sind. „Anschreien“ wird nun nicht nur unerwünscht und unangebracht sein, sondern (abhängig vom jeweiligen Umgangston und den konkreten Umständen des Einzelfalls) in vielen Fällen auch die Würde einer Person beeinträchtigen, womit eine Belästigung vorliegt. In wie weit nun auch ein „zorniges“ bzw. „cholerisches“ Verhalten zwingend darunter zu subsumieren ist, ist jedoch fraglich. Hier sind unterschiedliche Temperamente zu berücksichtigen bzw. kommt es auf die jeweilige Situation, in welcher derart reagiert wird ebenso an, wie auf das tatsächliche Verhalten, das hier gesetzt wird. Auch dann, wenn die Grenze zur Belästigung dabei (mangels Beeinträchtigung der Würde) noch nicht überschritten wird, ist ein derartiges Verhalten dennoch (jedenfalls wenn es nicht nur vereinzelt, sondern wiederholt gesetzt wird) in aller Regel unerwünscht und schafft eine demütigende bzw. feindselige Arbeitsumwelt. Wird ein derartiges Verhalten vom Dienstgeber gesetzt, ist es aus den bereits entwickelten Grundsätzen der Fürsorgepflicht als rechtswidrig anzusehen. Setzt ein Dienstnehmer (vorgesetzt oder „gleichgestellt“) ein derartiges Verhalten gegenüber seinen Arbeitskollegen/ Arbeitskolleginnen, verletzt er dadurch nicht nur seine Pflichten gegenüber dem Dienstgeber, sondern ist der Dienstgeber auch verpflichtet, ein derartiges Verhalten abzustellen. Die Grenze zwischen (noch) hinzunehmenden und bereits rechtswidrigen Verhaltensweisen ist hier jedoch nur sehr schwer zu ziehen. Bei schwerwiegenden Beeinträchtigungen werden einmalige Handlungen bereits rechtswidrig sein, ansonsten wird man auf die Dauer abzustellen haben.

Die von *Schnorr* herausgearbeiteten Grundsätze sind mE taugliche Abgrenzungskriterien gerade für gesetzlich nicht ausdrücklich geregelte Verhaltensweisen. Manche der davon erfassten Verhaltensweisen sind „Belästigungen“ iSd gesetzlichen Definitionen (auch wenn diese nicht in einem der ausdrücklich geregelten Motive begründet sind), andere erfüllen sonstige gesetzliche Tatbestände (Eingriffe in absolut geschützte Rechtsgüter). Manche Verhaltensweisen, die nicht darunter fallen aber iSd Abgrenzung von *Schnorr* bereits über bloße „Sozialisationsmängel“ hinausgehen, sind aus den dargestellten Gründen jedenfalls im Verhältnis zum Arbeitgeber infolge Verletzung arbeitsvertraglicher

Pflichten rechtswidrig. Im Verhältnis Arbeitnehmer untereinander sind mE trotz der hier vertretenen Auffassung, dass es sich beim Arbeitsvertrag um einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (des jeweiligen Arbeitskollegen) handelt, lediglich solche Verhaltensweisen (iSd der Einteilung von *Schnorr* schwerwiegende „Kooperationsmängel“, jedenfalls aber „Diskriminierungseffekte“) als Verletzungen von zwischen den beteiligten Arbeitnehmern selbst bestehenden Unterlassungspflichten anzusehen, wenn eine direkte Beeinträchtigung des Arbeitskollegen vorliegt.

Insoweit durch derartige Verhaltensweisen auch eine – zumindest eine gewisse „Erheblichkeitsschwelle“ überschreitende – Beeinträchtigung der Arbeitskollegen gegeben ist, hat der Arbeitgeber aufgrund seiner Fürsorgepflicht diese Verhaltensweisen zu unterbinden. Aber auch für vom Arbeitgeber selbst gesetzte Handlungen sind diese Grundsätze sinngemäß anzuwenden.

9. Zusammenfassung

Aus der Fürsorgepflicht des Dienstgebers ergibt sich, dass dieser gegenüber seinen DienstnehmerInnen - jedenfalls was eigene Handlungen und die Abwehr von Handlungen anderer DienstnehmerInnen betrifft – zu mehr verpflichtet ist, als dies außerhalb eines Arbeitsverhältnisses gefordert werden kann.

Werden von einem Arbeitnehmer andere ArbeitnehmerInnen belästigt bzw werden Handlungen gesetzt, welche diese als Beeinträchtigung ihres Arbeitsumfeldes empfinden, verletzt dieser jedenfalls seine gegenüber dem Arbeitgeber bestehende Treupflicht.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Dienstvertrag als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten der Arbeitskollegen des jeweiligen Arbeitnehmers anzusehen. Daraus resultieren insb höhere Sorgfaltsanforderungen an das Verhalten der ArbeitnehmerInnen untereinander. Selbst wenn man diese Schutzwirkung zugunsten Dritter verneint, zwingt das in der betrieblichen Gemeinschaft begründete Verhältnis der Arbeitnehmer untereinander jedenfalls zu erhöhten Sorgfaltspflichten.

Aus gesetzlichen Tatbeständen des Schadenersatz- und Strafrechts lässt sich die Rechtswidrigkeit bestimmter Verhaltensweisen ableiten. Diesbezüglich ist insb auf die (schadenersatzrechtlichen) Tatbestände der Körperverletzung (§ 1325 ABGB), der geschlechtlichen Selbstbestimmung (§ 1328 ABGB), der Verletzung der Privatsphäre (§ 1328a ABGB), der Ehrenbeleidigung bzw Kreditschädigung (§ 1330 ABGB) sowie der Zerstörung oder Beschädigung von Sachen (§§ 1331, 1332 ABGB) hinzuweisen.

Jene Sachverhalte, die gewöhnlich als „Mobbing“ bezeichnet werden, sind jedenfalls im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses aufgrund der Fürsorgepflicht des Dienstgebers iVm dem Persönlichkeitsrecht (§ 16 ABGB) und dem „Schikaneverbot“ (§ 1295 Abs 2 ABGB) als rechtswidrig zu qualifizieren. Handlungen, die „systematische Schikanen“ sind, mit dem Ziel und/ oder dem Effekt andere auszugrenzen bzw. auszuschließen, überschreiten in jedem Fall die Grenze dessen, was der betroffene Dienstnehmer noch hinzunehmen hat. Wird ein derartiges Verhalten vom Dienstgeber gesetzt, verletzt er damit seine Fürsorgepflicht; ebenso wenn es der Dienstgeber unterlässt, solche Handlungen anderer DienstnehmerInnen abzustellen.

Das mit 01.07.2004 in Kraft getretene „neue“ Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) verbietet ua „Belästigungen“ in der „Arbeitswelt“ aus Gründen des Geschlechts, der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder der Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung.

Belästigungen, wie sie im GIBG bzw im BehEinstG definiert sind, berühren die Persönlichkeitsrechte des jeweils Betroffenen – und zwar auch dann, wenn derartige Belästigungen aus anderen Motiven, wie sie in den genannten Bestimmungen erfasst sind, erfolgen. Der Dienstgeber ist aufgrund seiner Fürsorgepflicht jedenfalls verpflichtet, derartige Verhaltensweisen zu unterlassen und Belästigungen seiner DienstnehmerInnen aller Art durch ArbeitskollegInnen – aber auch dritte Personen (etwa Kunden) – abzuwenden.

Andere unerwünschte Verhaltensweisen am Arbeitsplatz, welche unterhalb der „Schwelle“ zur Belästigung anzusiedeln sind, können im Verhältnis

Arbeitgeber/Arbeitnehmer (tlw aber auch im Verhältnis zwischen Arbeitskollegen) ebenfalls als rechtswidrig angesehen werden, insoweit dadurch eine erhebliche Beeinträchtigung des einzelnen Arbeitnehmers/Arbeitskollegen gegeben ist.

IV. Arbeitsrechtliche Konsequenzen für den Arbeitgeber

1. Allgemeines

Wie bereits dargestellt, ist der Arbeitgeber aufgrund seiner Fürsorgepflicht angehalten, Mobbing und andere unerwünschte Verhaltensweisen am Arbeitsplatz (insb Belästigungen) abzustellen, um seine ArbeitnehmerInnen vor entsprechenden Beeinträchtigungen zu bewahren. Dazu steht ihm grundsätzlich das gesamte „Instrumentarium“ arbeitsrechtlicher Sanktionen zur Verfügung. Er ist jedenfalls angehalten, geeignete Maßnahmen zu treffen, wobei dies je nach Schwere des Verstoßes bzw den jeweiligen Umständen des Einzelfalles (beteiligte Personen, Ursachen und Auswirkungen der Belästigung, etc) differenziert zu betrachten ist. Weiters muss die getroffene Maßnahme verhältnismäßig sein, dh das am wenigsten eingriffsintensive Mittel, das zum Erfolg führt. Reine „Alibiaktionen“, bei denen von vornherein nicht damit zu rechnen ist, dass sie zu einer Lösung beitragen können, genügen selbstverständlich nicht. Im Folgenden soll untersucht werden, welche arbeitsrechtlichen Sanktionen in Betracht kommen und unter welchen Voraussetzungen diese als berechtigt anzusehen sind. Vorauszuschicken ist, dass der Arbeitgeber zunächst selbstverständlich verpflichtet ist, den Sachverhalt entsprechend aufzuklären, da nur dann eine Sanktionierung überhaupt in Betracht kommt.

2. Ermahnung

Die „niedrigstschwellige“ Reaktionsmöglichkeit des Arbeitgebers ist zunächst die Ermahnung bzw Verwarnung. Zu unterscheiden ist hier eine „schlichte“ Verwarnung von einer Verwarnung als Disziplinarmaßnahme. Die Verhängung von Disziplinarmaßnahmen bedarf einer besonderen Rechtsgrundlage. Das Abgrenzungskriterium zwischen Disziplinarmaßnahme und schlichter Verwarnung liegt „in dem gegenüber der Verwarnung zusätzlichen Sanktionscharakter der Disziplinarmaßnahme, die über die individualrechtliche Sanktion hinausgeht“.³³⁰ Im Gegensatz zur Verwarnung als Disziplinarmaßnahme bedarf die „schlichte“ Verwarnung bzw Ermahnung weder eines besonderen Verfahrens noch besonderer

³³⁰ Cerny in Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller, Arbeitsverfassungsrecht III³, Rz 1 zu § 102.

Rechtsgrundlagen. Hier besteht auch grundsätzlich kein Mitwirkungsrecht des Betriebsrates (sieht man von allfälligen Informations- oder Beratungsrechten ab, die hier unter Umständen hineinspielen könnten). Einzige Voraussetzung ist, dass der Arbeitnehmer sich tatsächlich pflichtwidrig verhalten hat (da ansonsten eine Verwarnung nicht gerechtfertigt wäre). Derartige Ermahnungen bzw Verwarnungen sind dann zielführend, wenn es sich nicht um derart gravierende Pflichtverstöße handelt, welche auch ohne vorherige Verwarnung zu einer sofortigen Entlassung berechtigen würden. Sowohl für das Vorliegen eines Entlassungstatbestandes als auch eines „personenbedingten Kündigungsgrundes“ ist es sehr oft von Bedeutung, ob der Arbeitgeber Verwarnungen ausgesprochen hat, wobei dem Arbeitnehmer gegenüber zum Ausdruck zu bringen ist, dass ein derartiges Verhalten nicht hingenommen wird und er mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen zu rechnen hat. Gerade bei eher subtilen Formen von Verhaltensweisen bzw solchen, deren soziale Inadäquanz unter Umständen nicht offensichtlich ist, wird eine vorherige Verwarnung geboten sein, um weitere arbeitsrechtliche Sanktionen setzen zu können.

3. Versetzung

3.1. Grundsätzliches

Es gehört zu den Gestaltungsrechten des Arbeitgebers, den konkreten Inhalt der vom Arbeitnehmer zu verrichtenden Tätigkeiten jeweils durch Weisung festzulegen bzw diese gegebenenfalls auch zu ändern. Diese Weisungsbefugnis (sowohl hinsichtlich des Inhaltes der Arbeitspflicht als auch hinsichtlich Arbeitsablauf, Arbeitszeit, Arbeitsort und arbeitsbezogenem Verhalten) ist wesentlicher Bestandteil des Arbeitsverhältnisses. Wie bei jedem Dauerschuldverhältnis, bei welchem die geschuldete Leistung nicht von vornherein „erfolgsbezogen“ definiert wird (dies wäre bei einem „Zielschuldverhältnis“, etwa einem Werkvertrag, der Fall), schuldet der Dienstnehmer die Zurverfügungstellung seiner Arbeitskraft für eine bestimmte Zeit und wird der Inhalt der Arbeitspflicht (die zwar im Arbeitsvertrag umschrieben, idR aber nicht in allen Details festgelegt ist) jeweils vom Arbeitgeber durch Weisung konkretisiert. Selbst dann, wenn die Arbeitsbedingungen im Arbeitsvertrag bereits derart präzise umschrieben sind, dass sich bei der Arbeiterbringung selbst die Erteilung von Weisungen erübrigt oder der Arbeitnehmer selbst über ausreichende

Erfahrungen, Fähigkeiten und Kenntnisse verfügt, um die vereinbarte Tätigkeit ausführen zu können, ist zumindest einer "stille Autorität" des Arbeitgebers gegeben.

3.2. Arbeitsvertragliche Ebene

Dass es hinsichtlich des Inhaltes der Arbeitspflicht bzw der näheren Umstände deren Erbringung zu Veränderungen kommen kann, liegt in der Natur der Sache. Derartige Veränderungen können jedoch bereits ein solches Ausmaß annehmen, dass man von einer „Versetzung“ sprechen muss. Zu unterscheiden ist hier die Ebene des Arbeitsvertrages von der betriebsverfassungsrechtlichen Ebene. Auf der arbeitsvertraglichen Ebene ist lediglich zu prüfen, ob eine Versetzung der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer (allenfalls auch schlüssig) getroffenen Vereinbarung über die geschuldete Tätigkeit widerspricht. Ist dies der Fall, ist die Versetzung ohne Zustimmung des Arbeitnehmers unzulässig.

3.3. Betriebsverfassungsrechtliche Ebene

Der Begriff der „Versetzung“ ist gesetzlich in § 101 ArbVG geregelt - dort aber nur im Zusammenhang mit den Mitwirkungsbefugnissen des Betriebsrates. Unter Versetzung idS versteht man die dauernde Einreihung eines Arbeitnehmers auf einen anderen Arbeitsplatz. Der Begriff des Arbeitsplatzes ist jedoch nicht nur örtlich oder räumlich zu verstehen, sondern umfasst auch den Tätigkeitsbereich des Arbeitnehmers. Von einer Versetzung kann man daher dann sprechen, wenn entweder der Arbeitsort oder der inhaltliche Arbeitsbereich des Arbeitnehmers nicht nur unwesentlich verändert wird. Werden allerdings nur die Entgeltbedingungen verändert, ohne dass damit eine Änderung des Tätigkeitsbereiches verbunden ist, liegt keine Versetzung vor. Ebenso ist eine bloße Einschränkung des Tätigkeitsbereiches des Arbeitnehmers oder die Zuweisung eines anderen Arbeitraumes am selben Arbeitsort keine Versetzung. Eine Versetzung liegt auch bei einer wesentlichen Änderung der Arbeitszeiteinteilung ohne Änderung des Arbeitsortes oder des Arbeitsbereiches vor.³³¹

³³¹ *Cerny* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht III³ Rz 2 zu § 101 mwN; *Reissner* in *Zellkomm*, Rz 3 ff zu § 101 mwN; *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG (2007), Rz 8 ff zu § 101 ArbVG mwN; *Strasser/Jabornegg*, ArbVG³ (1999), Rz 6 u E 7 ff zu § 101 ArbVG.

Liegt eine Versetzung im Sinne des § 101 ArbVG vor und ist diese „dauernd“ (für einen Zeitraum von voraussichtlich nicht weniger als 13 Wochen), ist diese vor deren Durchführung dem Betriebsrat mitzuteilen. Auf Verlangen ist darüber zu beraten. Ist mit der Einteilung auf einen anderen Arbeitsplatz eine Verschlechterung der Entgelt- oder sonstigen Arbeitsbedingungen verbunden, so bedarf sie zu ihrer Rechtswirksamkeit der (vorherigen) Zustimmung des Betriebsrates. Erteilt der Betriebsrat die Zustimmung nicht, so kann sie durch Urteil des Gerichtes ersetzt werden. Das Gericht hat die Zustimmung zu erteilen, wenn die Versetzung sachlich gerechtfertigt ist. Bei der Prüfung, ob eine Verschlechterung vorliegt, kommt es auf eine Gesamtbeurteilung und Abwägung der konkreten Situation vor und nach der Versetzung nach objektiven Gesichtspunkten an. Ist mit einer Versetzung sowohl eine Verschlechterung als auch eine Verbesserung der Situation des Arbeitnehmers verbunden, so sind diese gegeneinander abzuwägen. Weggefallene Arbeiterschwernisse sind dabei aber nicht mit verringertem Entgelt auszugleichen. Unter den „sonstigen Arbeitsbedingungen“ versteht man ist die allgemeine Situation am Arbeitsplatz, dessen Beschaffenheit, Sicherheit oder Gefahr, die Schwere der Arbeitsleistung, die Länge der Anreise, die Vertrautheit des Arbeitnehmers mit den Arbeitsbedingungen, oder auch das mit der Tätigkeit verbundene Image.³³²

Die Frage der betriebsverfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Versetzung ist strikt zu trennen von der Frage, ob diese auch arbeitsvertraglich zulässig ist. Für die arbeitsvertragliche Beurteilung der Versetzung ist nicht entscheidend, ob die Versetzung verschlechternd im Sinne des § 101 ArbVG ist, sondern – wie bereits ausgeführt - ob sie durch den Inhalt des Arbeitsvertrages gedeckt ist. Umgekehrt unterliegen auch vertragskonforme Versetzungen unter den im ArbVG normierten Voraussetzungen dem Mitwirkungsrecht des Betriebsrates.³³³

Die fehlende Zustimmung des Betriebsrates kann durch ein Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes ersetzt werden. Bei einer Klage des Betriebsinhabers auf

³³² *Cerny* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht III³ Rz 6 zu § 101 mwN; *Reissner* in *Zellkomm*, Rz 29 ff zu § 101 mwN; *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG, Rz 26 ff zu § 101 mwN; *Strasser/Jabornegg*, ArbVG³, Rz 14 ff u E 35 ff zu § 101.

³³³ *Cerny* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht III³, Rz 3 zu § 101 mwN; *Reissner* in *Zellkomm*, Rz 8 ff zu § 101 mwN; *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG, Rz 1 ff zu § 101 mwN; *Strasser/Jabornegg*, ArbVG³, Rz 4 u E 20 ff zu § 101.

ersatzweise Erteilung der Zustimmung zur Versetzung hat das Gericht jeweils nach den Umständen des Einzelfalles zu prüfen, ob trotz Verweigerung der Zustimmung des Betriebsrat die Versetzung sachlich gerechtfertigt ist. Das Gericht hat also eine Interessenabwägung zwischen dem Schutz des Arbeitnehmers vor einer dauernden Verschlechterung seiner Entgelt- oder sonstigen Arbeitsbedingungen und den betrieblichen Interessen an der Durchführung der Versetzung vorzunehmen. Nur wenn sich aus dieser Interessenabwägung der Vorrang der betrieblichen Interessen ergibt, darf das Gericht der Versetzung zustimmen. Das wird idR dann der Fall sein, wenn der Betriebsinhaber Gründe für die Versetzung nachweisen kann, die auch eine Kündigung oder sogar die Entlassung des Arbeitnehmers rechtfertigen würden.³³⁴

3.4. Anwendung auf unerwünschte Verhaltensweisen am Arbeitsplatz

Anhand dieser Kriterien ist zu prüfen, ob vom Arbeitgeber einseitig angeordnete Veränderungen hinsichtlich des Tätigkeitsbereiches eines Arbeitnehmers zulässig sind. Derartige Veränderungen können etwa zielführend sein, um einen Arbeitnehmer, welcher unerwünschte Verhaltensweisen am Arbeitsplatz setzt, von betroffenen ArbeitnehmerInnen zu trennen. Inwieweit dies eine angemessene Sanktion ist, wird insb von der Schwere des Verstoßes und dessen Auswirkungen abhängen. Problematisch sind jedoch Versetzungen des „Opfers“. Gerade Mobbingfälle enden sehr oft damit, dass nicht der „Täter“ sondern das „Opfer“ versetzt, diszipliniert und/oder gekündigt wird. Derartige Versetzungen können dann, wenn dadurch der Betroffene geschützt werden soll (und dieser selbst zustimmt oder zumindest nichts dagegen einzuwenden hat) gerechtfertigt sein. Ansonsten ist aber fraglich, warum ein von Mobbing bzw Belästigung betroffener Arbeitnehmer – und nicht der bzw die „Täter“ - gezwungen sein soll, seinen Arbeitsplatz zu wechseln (damit hat dann das Mobbing in Wahrheit sein Ziel, nämlich den Betroffenen aus der Gemeinschaft hinauszudrängen, erreicht!).³³⁵

³³⁴ *Cerny* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht III³ RZ 8 zu § 101 mwN; *Reissner* in *Zellkomm*, Rz 39 ff zu § 101 mwN; *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG, Rz 49 ff zu § 101 mwN; *Strasser/Jabornegg*, ArbVG³, Rz 23 zu § 101; zu den Kriterien für die Ausübung des Zustimmungsrechts siehe auch *Tinhofer*, Die kollektivrechtlichen Aspekte der Versetzung, ZAS 2005/12.

³³⁵ Siehe idZ auch die zutreffende Bemerkung von *Hess-Knapp*, Sexuelle Belästigung jugendlicher ArbeitnehmerInnen, DRdA 2009, 163 (166), wonach im Falle einer sexuellen

Ob der geplanten Versetzung eines Arbeitnehmers wegen den von ihm gesetzten unerwünschten Verhaltensweisen am Arbeitsplatz aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht (vom Betriebsrat oder allenfalls - nach Erhebung einer Klage - vom Gericht) zuzustimmen ist, ergibt sich aus einer Abwägung der wechselseitigen Interessen, der Art und Gravität der Vorfälle, dem notwendigen Schutz des von derartigen Verhaltensweisen betroffenen Dienstnehmers sowie allfälliger sonst möglicher Maßnahmen. Bei geringgradigen Verstößen bzw nicht eindeutigen Konfliktsituationen wird man vom Dienstgeber verlangen müssen, zuvor andere Mechanismen zur Problemlösung einzusetzen (Gespräch mit den Beteiligten, allenfalls Versuche einer Streitschlichtung).

4. Kündigung

4.1. Allgemeines

Der Ausspruch einer Kündigung bedarf grundsätzlich (von Fällen des besonderen Kündigungsschutzes abgesehen) keines bestimmten Grundes. Unter Einhaltung der gesetzlich bzw kollektivvertraglich und/oder einzelvertraglich festgesetzten Kündigungsfristen und -termine kann ein auf unbestimmte Zeit eingegangenes Arbeitsverhältnis sowohl vom Arbeitgeber als auch vom Arbeitnehmer gekündigt werden (im Falle einer Befristung kann unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls eine Kündigungsmöglichkeit gesondert vereinbart werden). Stellt sich heraus, dass der belästigende Arbeitnehmer sein Verhalten nicht ändert bzw liegt ein derart gravierender Verstoß vor, dass eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr gewünscht wird (ohne dass ein Entlassungsgrund gegeben ist), ist die Auflösung des Dienstverhältnisses durch Kündigung zielführend. Im Falle des Einverständnisses des Dienstnehmers besteht hier auch die Möglichkeit einer einvernehmlichen Auflösung. Auch hier sei darauf hingewiesen, dass die Kündigung des „Opfers“, welche in der Praxis allzu oft die „Lösung“ gerade von Mobbingkonflikten ist, aus rechtlicher Sicht mehr als problematisch ist.

Belästigung die Versetzung des Opfers sehr problematisch ist, „weil die belästigte Person dies als Sanktionierung der Öffentlichmachung der sexuellen Belästigung erlebt“.

Zu beachten sind bei Kündigungen insb die Bestimmungen des allgemeinen Kündigungsschutzes. Gem § 105 ArbVG können Kündigungen in „betriebsratpflichtigen“ Betrieben (unabhängig davon ob ein solcher Betriebsrat besteht oder nicht) vom gekündigten Dienstnehmer bei Gericht angefochten werden. Eine derartige Anfechtung besteht gem § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG dann, wenn diese Kündigung aus bestimmten „verpönten“ Motiven ausgesprochen wird (etwa wegen des Beitrittes oder der Mitgliedschaft zu Gewerkschaften, wegen der Tätigkeit in Gewerkschaften, wegen der Bewerbung um eine Mitgliedschaft zum Betriebsrat, wegen der offenbar nicht unberechtigten Geltendmachung vom Arbeitgeber in Frage gestellter Ansprüche, etc.). Auf derartige „Motivkündigungen“ soll in diesem Zusammenhang ebenso wenig eingegangen werden wie auf das „betriebsverfassungsrechtliche Vorverfahren“ gem § 105 Abs 1 und 2 ArbVG.

Hervorgehoben sei die Anfechtungsmöglichkeit wegen „Sozialwidrigkeit“ gem § 105 Abs. 3 Z 2 ArbVG. Danach kann die Kündigung angefochten werden, wenn diese sozial ungerechtfertigt und der gekündigte Arbeitnehmer bereits sechs Monate im Betrieb oder Unternehmen, dem der Betrieb angehört, beschäftigt ist. Sozial ungerechtfertigt ist eine Kündigung, die wesentliche Interessen des Arbeitnehmers beeinträchtigt, es sei denn, der Betriebsinhaber erbringt den Nachweis, dass die Kündigung entweder durch Umstände, die in der Person des Arbeitnehmers gelegen sind und die betrieblichen Interessen nachteilig berühren oder durch betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen, begründet ist. Die Judikatur stellt bei der Frage, ob wesentliche Interessen des Arbeitnehmers beeinträchtigt sind bspw ab auf die Möglichkeit der Wahrung eines einigermaßen gleichwertigen Arbeitsplatzes, auf das Alter des Arbeitnehmers, die Dauer der Betriebszugehörigkeit oder den Verlust allfälliger dienstzeitabhängiger Ansprüche. Zu berücksichtigen sind die gesamten wirtschaftlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers, wie Vermögen, Sorgepflichten, Schulden (soweit diese – abhängig von deren Entstehungsgrund - berücksichtigungswürdig sind) sowie Einkommen des Ehegatten. Eine Beeinträchtigung wesentlicher Interessen ist nur dann gegeben, wenn die durch die Kündigung bewirkte Schlechterstellung ein solches Ausmaß erreicht, dass sie eine „fühlbare, ins Gewicht fallende Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Lage zur Folge hat, ohne dass aber eine soziale Notlage oder eine

Existenzgefährdung eintreten müsste“.³³⁶ Liegt eine derartige wesentliche Interessenbeeinträchtigung vor, ist in weiterer Folge zu prüfen, ob ein „personenbezogener“ oder „betriebsbedingter“ Kündigungsgrund gegeben ist. In diesem Fall ist eine Abwägung der Interessen von Dienstnehmer und Dienstgeber vorzunehmen und zu prüfen, ob die Kündigung gerechtfertigt ist.³³⁷

Ein individueller Kündigungsschutz besteht für Sicherheitspersonen, Sicherheitsfachkräfte, Arbeitsmediziner (§ 9 AVRAG) sowie für ArbeitnehmerInnen, welche bestimmte im AVRAG vorgesehene Karenzierungen oder Teilzeit in Anspruch genommen haben (§ 15 AVRAG). Wird in diesen Fällen eine Kündigung oder Entlassung im Zusammenhang bzw wegen der betreffenden Funktion oder Maßnahme ausgesprochen wird, kann diese bei Gericht angefochten werden. Anfechtungsrechte bestehen auch bei Kündigungen aufgrund des Geschlechts (§ 12 Abs 7 GIBG), aufgrund ethnischer Zugehörigkeit, Religion oder Weltanschauung, Alter oder sexueller Orientierung (§ 26 Abs 7 GIBG) sowie bei Kündigungen aufgrund einer Behinderung (§ 7 f BehEinstG).

Bestimmte Dienstnehmergruppen genießen einen besonderen Kündigungsschutz. In diesen Fällen ist eine Kündigung nur dann zulässig, wenn ein bestimmter Grund vorliegt und entweder das Gericht oder eine Verwaltungsbehörde der Kündigung zustimmt. Liegt ein solcher Kündigungsgrund nicht vor bzw stimmt das Gericht / die Verwaltungsbehörde nicht zu, ist das Dienstverhältnis weiterhin aufrecht. Verwiesen sei dabei auf den besonderen Kündigungsschutz von Belegschaftsvertretern (§§ 120 ff ArbVG), Präsenz- und Zivildienern (§§ 12 ff APSG), begünstigten Behinderten (§ 8 BehEinstG), (werdenden) Müttern bzw Eltern in Karenz/Elternteilzeit (§§ 10, 15 n MSchG, §§ 7, 8 f VKG), Lehrlingen (§ 15 BAG), Hausbesorgern mit Dienstwohnung (§ 18 HausbG), Vertragsbediensteten (§§ 32 ff VBG, Vertragsbedienstetengesetze der Länder), bei Inanspruchnahme von

³³⁶ *Gahleitner in Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller, Arbeitsverfassungsrecht III*³ Rz 34 zu § 105 mwN; *Reissner in Zellkomm, Rz 144 ff zu § 101 mwN; Strasser/Jabornegg, ArbVG*³, E 164 ff zu § 105.

³³⁷ *Gahleitner in Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller, Arbeitsverfassungsrecht III*³ Rz 33 zu § 105 mwN; *Reissner in Zellkomm, Rz 228 ff zu § 101 mwN; Strasser/Jabornegg, ArbVG*³, E 332 ff zu § 105.

Familienhospizkarenz (§ 15a AVRAG) bzw einen allenfalls kollektiv- bzw. einzelvertraglich vereinbarten Kündigungsschutz³³⁸.

4.2. Anwendung auf unerwünschte Verhaltensweisen am Arbeitsplatz

4.2.1. Allgemeiner Kündigungsschutz

Im Zusammenhang mit dem allgemeinen Kündigungsschutz können unerwünschte Verhaltensweisen eines Arbeitnehmers am Arbeitsplatz als „personenbedingte Kündigungsgründe“ von Bedeutung sein. Gemeint sind damit nicht nur Umstände in der Person des Arbeitnehmers im engeren Sinn (wie zB geminderte Leistungsfähigkeit infolge Unfalles oder chronischer Krankheit), sondern auch Umstände im Verhalten des Arbeitnehmers (wie zB Pflichtverletzungen, Unpünktlichkeit, erhebliche Minderleistungen, ungebührliches Verhalten gegenüber Vorgesetzten oder Mitarbeitern usw)³³⁹. Es muss sich um Umstände handeln, die negative Auswirkungen auf den Betrieb in seiner Eigenschaft als eine dem Zweck der Leistungserbringung gewidmete Organisation haben³⁴⁰. Diese personenbezogenen Gründe, die einer Weiterbeschäftigung entgegenstehen, müssen nicht so gravierend sein wie Entlassungsgründe, sie müssen aber eine Weiterbeschäftigung für den Arbeitgeber doch in erheblichem Ausmaß als nachteilig erscheinen lassen³⁴¹.

Siehe dazu insb die idZ bereits im Kapitel III. 8.2. zitierten E OGH 8 Ob A 208, 209/95³⁴², 9 Ob A 242/97x³⁴³, 9 Ob A 146/93³⁴⁴, 9 Ob A 143/03z³⁴⁵, EA Linz Re 83/78³⁴⁶, OGH 9 Ob A 248/89³⁴⁷:

³³⁸ Zum besonderen Kündigungsschutz siehe bspw *Weiß* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap XIX; *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2⁵, 262 ff; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰, 488 ff; *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht, 331 ff; *Spielbüchler/Grillberger* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴, 391 ff.

³³⁹ *Strasser/Jabornegg*, ArbVG³ (1999), Rz 75 zu § 105.

³⁴⁰ *Strasser/Jabornegg*, ArbVG³ (1999), Rz 76 zu § 105.

³⁴¹ *Gahleitner* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht III⁴ Rz 41 zu § 105.

³⁴² ARD 4687/9/95 = SWK 1996, B 40.

³⁴³ ARD 4898/2/97 = infas 1998, A 25

³⁴⁴ Arb 11.109 = DRdA 1994/29 (*Eypeltauer*) = RdM 1994/7 (*Kopetzki*) = ARD 4515/4/93 = wbl 1994, 162 = ecolex 1993, 846 = DRdA 1994, 171.

³⁴⁵ Arb 12.426 = DRdA 2005/26 (*Eichinger*) = infas 2004, A 53 = ZAS-Judikatur 2005/2 =

- OGH 8 Ob A 208, 209/95³⁴⁸: Mitarbeiterin, die versuchte, andere MitarbeiterInnen hinauszuekeln, da sie in diesen eine Gefahr für ihr Zusatzeinkommen sah, wobei sie diese bei der Zentrale und diversen Kunden verleumdete.
- OGH 9 Ob A 242/97³⁴⁹: Arzt, der ua wiederholt zornig, erregt und cholerisch aufgetreten ist und keine Bereitschaft zeigte, Streit beizulegen.
- OGH 9 Ob A 146/93³⁵⁰: Leiter einer chirurgischen Abteilung, der seine Untergebenen mit lauter Stimme zurecht wies bzw lautstarke Auseinandersetzungen führte, wodurch diese erwogen, das Dienstverhältnis zu beenden.
- OGH 9 Ob A 143/03z³⁵¹: Sexuelle Belästigung durch herabsetzende und ordinäre Äußerungen eines Vorarbeiters.

Immer dann, wenn durch unerwünschte Verhaltensweisen (bspw im sozialen Umgang mit anderen Mitarbeitern) die betrieblichen Interessen des Arbeitgebers nachteilig berührt werden, kommt ein „personenbezogener Kündigungsgrund“ in Betracht. Es ist dann im Einzelfall zu klären, ob die Kündigung trotz Vorliegen einer wesentlichen Beeinträchtigung der Interessen des gekündigten Arbeitnehmers gerechtfertigt ist. Dabei ist vom Gericht eine Interessenabwägung vorzunehmen, wobei die jeweiligen Interessen einander objektiv und nicht nach subjektiven Beurteilungen der Parteien gegenüberzustellen sind.³⁵² Bei Verhaltensweisen, die bereits einen Entlassungstatbestand verwirklichen (wie idR sexuelle Belästigung, Mobbing oder bestimmte strafrechtswidrige Handlungen) besteht für eine Interessenabwägung keine Veranlassung. Bei sonstigen unerwünschten Verhaltensweisen (insb weniger gravierende Belästigungen oder Verhaltensweisen,

RdW 2004/637 = ARD 5523/5/2004 = ASoK 2005, 73.

³⁴⁶ Arb 9769.

³⁴⁷ Wbl 1990, 79 = ARD 4127/14/89 = ÖJZ 1989/269 = infas 1990, A 25.

³⁴⁸ ARD 4687/9/95 = SWK 1996, B 40.

³⁴⁹ ARD 4898/2/97 = infas 1998, A 25

³⁵⁰ Arb 11.109 = DRdA 1994/29 (*Eypeltauer*) = RdM 1994/7 (*Kopetzki*) = ARD 4515/4/93 = wbl 1994, 162 = ecolex 1993, 846 = DRdA 1994, 171.

³⁵¹ Arb 12.426 = DRdA 2005/26 (*Eichinger*) = infas 2004, A 53 = ZAS-Judikatur 2005/2 = RdW 2004/637 = ARD 5523/5/2004 = ASoK 2005, 73.

³⁵² *Gahleitner* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht III ⁴ Rz 53 mwN.

welche die Schwelle der Belästigung noch nicht erreichen – bspw „Unverträglichkeit“) ist zu beurteilen, ob es eher dem Arbeitgeber zuzumuten ist, das Dienstverhältnis fortzusetzen als dem Arbeitnehmer die Beendigung. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber den von Verhaltensweisen ihres Arbeitskollegen betroffenen Arbeitnehmern ist hier ebenfalls zu berücksichtigen: Der Arbeitgeber ist verpflichtet, je nach Art und Ausmaß der Beeinträchtigung seiner Arbeitnehmer geeignete Maßnahmen zu treffen. Wenngleich hier zunächst das Gespräch mit dem „störenden“ Arbeitnehmer zu suchen bzw allenfalls auch ein Streitschlichtungsverfahren zu versuchen ist, muss dem Arbeitgeber jedenfalls bei erheblichen Beeinträchtigungen der übrigen Arbeitnehmer die Möglichkeit bleiben, in letzter Konsequenz das Dienstverhältnis aufzulösen.

Zu betonen ist, dass persönliche Spannungen zwischen Mitarbeitern oder zwischen Mitarbeitern und Dienstgeber allein (ohne dass der Grund beim gekündigten Arbeitnehmer liegt) keine personenbezogenen Kündigungsgründe sind³⁵³ und der Arbeitgeber bei Konflikten im Rahmen seiner Fürsorgepflicht verpflichtet ist, von geeigneten Formen des Konfliktmanagements Gebrauch zu machen³⁵⁴.

4.2.2. Besonderer Kündigungsschutz

Auch im Falle eines besonderen Kündigungsschutzes können unerwünschte Verhaltensweisen am Arbeitsplatz eine (nur aus bestimmten Gründen und unter bestimmten Voraussetzungen zulässige) Kündigung rechtfertigen. Die Voraussetzungen dafür sind jedoch strenger zu sehen, da die gesetzlich geregelten Kündigungsgründe nicht mit dem allgemeinen Kündigungsschutz verglichen werden können.

Folgende Arbeitnehmergruppen sind davon betroffen:

Betriebsratsmitglieder (ebenso unter bestimmten Voraussetzungen Ersatzmitglieder, Mitglieder von Wahlvorständen und Wahlwerber, Jugendvertrauensräte und

³⁵³ EA Linz Re 83/78Arb 9769; OGH 9 Ob A 248/89, Wbl 1990, 79 = ARD 4127/14/89 = ÖJZ 1989/269 = infas 1990, A 25.

³⁵⁴ *Schnorr*, Probleme des allgemeinen sozialen Kontaktes zwischen Arbeitnehmern eines Betriebes 21

Behindertenvertrauenspersonen) dürfen bei sonstiger Rechtsunwirksamkeit nur bei Vorliegen bestimmter wichtiger Gründe und nach vorheriger Zustimmung des Gerichtes gekündigt werden (§§ 120 ff ArbVG). Gründe die zu einer Kündigung berechtigen sind gem § 121 ArbVG die fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit, dauernde Arbeitsunfähigkeit sowie beharrliche Pflichtenverletzung. IdZ kommt lediglich der Kündigungsgrund der beharrlichen Pflichtenverletzung in Betracht. Dieser ist jedoch nur bei erheblichem Fehlverhalten gegeben, welches zudem „beharrlich“ sein muss (indem es trotz Ermahnung wiederholt wurde oder sich bereits beim ersten Mal durch besondere Nachdrücklichkeit, Unnachgiebigkeit oder Hartnäckigkeit ausdrückte)³⁵⁵. „Mobbing“ und sexuelle Belästigung wird darunter subsumiert werden können, andere unerwünschte Verhaltensweisen dann, wenn sie eine gewisse Erheblichkeitsschwelle übersteigen und es vorherige Ermahnungen gegeben hat.

Sowohl für werdende Mütter (ab Bekanntgabe der Schwangerschaft) als auch für DienstnehmerInnen in Karenz und DienstnehmerInnen, welche Teilzeitbeschäftigung beanspruchen, besteht gem den §§ 10, 12, 15n MSchG bzw 7, 8f VKG ein Kündigungsschutz. Dies bedeutet, dass eine Kündigung grundsätzlich nur mit vorheriger Zustimmung des Gerichts ausgesprochen werden darf. Kündigungsgründe iZm unerwünschten Verhaltensweisen sind nicht geregelt – hier ist der Arbeitgeber auf das Vorliegen eines Entlassungsgrundes angewiesen.

Begünstigte Behinderte (Behinderte mit einem Grad der Behinderung von mindestens 50%), die zum Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung länger als sechs Monate beschäftigt sind (Ausnahmen: Feststellung der Behinderteneigenschaft in dieser Zeit wegen eines Arbeitsunfalles, Arbeitsplatzwechsel innerhalb eines Konzerns) dürfen nur nach vorheriger Zustimmung des Behindertenausschusses gekündigt werden (§ 8 BehEinstG). Kündigungsgründe sind etwa die fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit des Dienstnehmers, dauernde Dienstunfähigkeit oder beharrliche Pflichtenverletzung. In besonderen Ausnahmefällen (in der Praxis sehr selten) kann eine Zustimmung auch nachträglich erteilt werden. Bei Ausspruch der Kündigung ist eine Frist von jedenfalls

³⁵⁵ *Schneller* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht III ³ Rz 11 zu § 121 mwN.

vier Wochen einzuhalten. Der Kündigungsschutz ist ähnlich dem von Betriebsratsmitgliedern, weshalb auf die Ausführungen dazu verwiesen wird.

Präsenzdiener/Zivildiene: Eine Kündigung bedarf ab der Mitteilung der Einberufung (Zuweisung) bis grundsätzlich einen Monat nach Beendigung des Präsenz- oder Zivildienstes (mit Ausnahmeregelungen) gem den §§ 12 ff Arbeitsplatzsicherungsgesetz (APSG) der vorherigen Zustimmung des Gerichts. Eine einvernehmliche Auflösung während des Kündigungsschutzes bedarf gem § 16 APSG der Schriftform sowie einer Bescheinigung des Arbeits- und Sozialgerichts oder der Arbeiterkammer über die erfolgte Rechtsbelehrung. IdZ relevante Kündigungsgründe sind nicht geregelt, weshalb der Arbeitgeber auch hier auf das Vorliegen eines Entlassungsgrundes angewiesen ist.

Hausbesorger, deren Dienstverhältnis vor dem 30.6.2000 begründet wurde und denen eine Dienstwohnung zusteht, können nur aus bestimmten im § 18 Hausbesorgergesetz (HausbG) angeführten Gründen gekündigt werden. Die Kündigung hat gem § 22 HausbG gerichtlich zu erfolgen.

5. Entlassung

5.1. Allgemeines

Im Gegensatz zur Kündigung bedarf die vorzeitige Beendigung des Dienstverhältnisses eines bestimmten Grundes. Hier soll von der vorzeitigen Beendigung durch den Arbeitgeber (Entlassung) die Rede sein. In späterer Folge wird dann die vorzeitige Beendigung durch den Dienstnehmer (gerechtfertigter vorzeitiger Austritt) behandelt. Sowohl Austritts- als auch Entlassungsgründe müssen unverzüglich geltend gemacht werden.

Die Entlassungsgründe für Angestellte sind im § 27 AngG, jene für (gewerbliche) Arbeiter in § 82 GewO 1859 geregelt. Weitere Entlassungsgründe finden sich in Sondergesetzen wie etwa dem Schauspielergesetz (§ 38 SchauspG), dem Hausbesorgergesetz (§ 29 HausbG) oder dem Vertragsbedienstetengesetz (§ 34

VBG). Subsidiär anzuwenden ist § 1162 ABGB (der jedoch keine nähere Beschreibung der „wichtigen Gründe enthält“).

Welche Entlassungsgründe kommen nun bei Belästigungshandlungen iwS bzw damit vergleichbaren Verhaltensweisen zur Anwendung?

5.2. Entlassungsgründe bei Angestellten

5.2.1. Übersicht

Für Angestellte sind dies primär die Entlassungsgründe der Vertrauensunwürdigkeit (§ 27 Z 1 letzter Fall AngG), der beharrlichen Weigerung der Dienstleistung bzw. der Befolgung von Weisungen (§ 27 Z 4 zweiter Fall AngG), der Verleitung anderer Bediensteter zum Ungehorsam (§ 27 Z 4 letzter Fall AngG) und der Entlassungsgrund der Tätlichkeiten, Verletzungen der Sittlichkeit oder erheblichen Ehrverletzungen (§ 27 Z 6 AngG).

5.2.2. Entlassungsgrund der Vertrauensunwürdigkeit

5.2.2.1. Grundsätzliches

Nach stRsp ist dieser Entlassungsgrund gegeben, wenn zufolge des Verhaltens des Arbeitnehmers vom Standpunkt vernünftigen dienstlichen und geschäftlichen Ermessens die objektiv gerechtfertigte Befürchtung besteht, dass die Interessen und Belange des Dienstgebers durch den Angestellten gefährdet sind. Objektiv bedeutet in diesem Zusammenhang, es kommt nicht auf die subjektive Vorstellung des konkreten Arbeitgebers, sondern auf die Verkehrsauffassung unter Berücksichtigung des Einzelfalls an³⁵⁶. Durch das Verhalten des Angestellten muss nach der „gewöhnlichen Anschauung der beteiligten Kreise das Vertrauen des Arbeitgebers derart schwerwiegend erschüttert werden, dass ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann“. Entscheidend für die Vertrauensunwürdigkeit ist eine „Vertrauensverwirkung“. Es darf also nicht bloß eine leichte Vertrauenserschütterung vorliegen. Nicht jede Pflichtwidrigkeit führt daher zur

³⁵⁶ Grillberger in Löschnigg, AngGII⁸ Rz 21 zu § 27 mwN.

Vertrauensunwürdigkeit.³⁵⁷ Das Verhalten des Arbeitnehmers muss pflichtwidrig und schuldhaft sein, wobei Fahrlässigkeit genügt. Schädigungsabsicht oder der Eintritt eines konkreten Schadens sind nicht erforderlich³⁵⁸. Im Gegensatz zum ähnlich gelagerten Entlassungsgrund des § 82 lit d GewO 1859 bedarf es bei Angestellten keiner Strafbarkeit des als vertrauensunwürdig zu bezeichnenden Verhaltens. Die Vertrauensunwürdigkeit enthält zwar kein Tatbestandsmerkmal der Beharrlichkeit, weshalb es grundsätzlich keiner vorherigen Ermahnung oder Verwarnung durch den Arbeitgeber bedarf, insbesondere wenn der Pflichtenverstoß für den Arbeitnehmer offensichtlich und leicht erkennbar war.³⁵⁹

5.2.2.2. Beispiele

In der Rechtsprechung wurde unter ausdrücklicher Berufung auf die Vertrauensunwürdigkeit ein Entlassungsgrund bspw bei folgenden Sachverhalten (welche hinsichtlich für andere MitarbeiterInnen unerwünschter Verhaltensweisen am Arbeitsplatz relevant sein können) angenommen:

- Entlassung eines Arbeitnehmers, der wiederholt, und obwohl er auch schon unter Androhung einer Lösung des Dienstverhältnisses im Wiederholungsfall verwarnt wurde, als Pfleger in einem Krankenhaus im Bereich der Kinder- und Jugendheilkunde insb gegenüber minderjährigen PatientInnen, aber auch Kolleginnen ein „distanzloses“ Verhalten an den Tag legte, das regelmäßig einen Bezug zur Intimsphäre hatte³⁶⁰;
- Lenker eines Schulbusses, der sich einer minderjährigen Schülerin gegenüber in unsittlicher Weise näherte³⁶¹;
- Angestellter, der einen von ihm zu betreuenden Kunden des Arbeitgebers ohne jeden ersichtlichen Grund in besonders verabscheuungswürdiger Weise beleidigt hat³⁶²;

³⁵⁷ Friedrich in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG (2005), Rz 72 zu § 27 mwN.

³⁵⁸ Grillberger in Löschnigg, AngGII8 Rz 22 zu § 27 mwN.

³⁵⁹ Friedrich in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG, Rz 82 zu § 27 mwN.

³⁶⁰ OGH 8 Ob A 9/06s, ARD 5697/6/2006 = RdW 2006/610.

³⁶¹ OGH 4 Ob 128/84, DRdA 1985, 223 = infas 1985, A 77 = REDOK 14.090 = ARD-HB 1986, 302.

³⁶² OGH 4 Ob 3/84, DRdA 1984, 465 = REDOK 13.981.

- Im Stationsdienst eines Rehabilitationszentrums beschäftigter Pflegehelfer, der einen halbseitig gelähmten Patienten in äußerst rüder Art und Weise behandelte und – als er deswegen von der Leiterin des Pflegedienstes zur Rede gestellt wurde – ein aggressives und mit Drohungen verbundenes Verhalten an den Tag legte³⁶³.

Eingriffe in Persönlichkeitsrechte anderer Personen (Arbeitgeber bzw Vorgesetzte, Kunden des Arbeitgebers, ArbeitskollegInnen) werden somit von der Rechtsprechung - sofern eine gewisse „Erheblichkeitsschwelle“ überschritten wird - unter den Entlassungsgrund der Vertrauensunwürdigkeit subsumiert. Belästigungen (gleichgültig, ob diese in den Anwendungsbereich des GIBG bzw des BehEinstG fallen), systematische Schikanen im Sinne von „Mobbinghandlungen“, Ehrenbeleidigungen, Körperverletzungen, etc verwirklichen idR diesen Entlassungstatbestand. Je nach Schwere des Vorfalles wird man eine vorherige Verwarnung des Arbeitnehmers verlangen müssen. Gerade in jenen Fällen, bei denen entweder die Pflichtwidrigkeit zwar erkennbar, aber nicht gerade zu offensichtlich ist, bzw wenn es sich um eher geringfügige Verstöße handelt, wird man auf die Häufigkeit derartige Vorfälle und das Vorliegen einer Verwarnung abstellen müssen.

„Mobbing“ war Gegenstand von zwei deutschen Entscheidungen:

„Mobbing“ – so das LAG Thüringen – „kann auch ohne Abmahnung und unabhängig davon, ob es in diesem Zusammenhang zu einer Störung des Betriebsfriedens gekommen ist, eine Entlassung rechtfertigen, wenn dadurch das allgemeine Persönlichkeitsrecht, die Ehre oder die Gesundheit des Mobbingopfers in schwerwiegender Weise verletzt werden. Je intensiver das Mobbing erfolgt, umso schwerwiegender und nachhaltiger wird die Vertrauensgrundlage für die Fortführung des Arbeitsverhältnisses gestört. Muss der Mobbingtäter erkennen, dass Mobbing zur Erkrankung des Opfers geführt hat und setzt er ungeachtet dessen das Mobbing

³⁶³ OGH 9 Ob A 130/01k, infas 2001, A 95 = RdW 2002/36 = ASoK 2002, 60 = ARD 5260/30/2001.

fort, kann für eine auch nur vorübergehende Weiterbeschäftigung des Täters regelmäßig kein Raum mehr bestehen“.³⁶⁴

„Das von einem Arbeitnehmer ausgehende Mobbing ist“ – so das LAG Sachsen-Anhalt – „an sich geeignet einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung abzugeben. Da es sich allerdings auch bei Mobbing um steuerbares Verhalten des Arbeitnehmers handelt, ist eine Abmahnung vor Ausspruch der Kündigung nicht generell entbehrlich. Dies ist jedenfalls dann erforderlich, wenn durch sie die Wiederherstellung des Vertrauens erwartet werden kann“.³⁶⁵

Entlassungsgrund der beharrlichen Weigerung zur Dienstleistung bzw. Weisungsbefolgung:

Dieser Entlassungsgrund bezieht sich primär auf die Arbeitsleistung selbst bzw. diesbezüglich erteilte Weisungen an den Arbeitnehmer. IZm Belästigungen bzw. sonstigen unerwünschten Verhaltensweisen am Arbeitsplatz wird dieser Tatbestand daher nur in Ausnahmefällen greifen.

Denkbar sind aber Verstöße gegen Weisungen, die sich nur mittelbar auf die zu verrichtenden Dienste (und somit primär auf das sonstige, wenn auch mit der Arbeitsleistung im Zusammenhang stehende Verhalten) beziehen. So wurde von der Rsp bspw. ein Entlassungstatbestand grundsätzlich bejaht:

- Laufende Übertretung eines strikten Alkoholverbotes, welches unter Bedachtnahme auf die Art der vom Arbeitnehmer auszuführenden Arbeiten als Bauspengler gerechtfertigt ist³⁶⁶;
- Bewusstes Zuwiderhandeln gegen das vom Arbeitgeber verfügte (und wegen der zur Bewältigung der Arbeit notwendigen Konzentration gerechtfertigte) allgemeine Verbot, während der Arbeit Radio zu spielen;³⁶⁷

³⁶⁴ LAG Thüringen 15.2.2001, 5 Sa 102/00, NZA-RR 2001, 577 = AuR 2002, 226 (Ettzel) = ARD 5287/10/2002.

³⁶⁵ LAG Sachsen-Anhalt 27.1.2000, 9 Sa 473/99, zitiert nach *Smutny/Hopf*, DRdA 2003, 110 (FN 116, 117).

³⁶⁶ OGH 8 Ob A 17/01k, ASoK 2001, 373 = ARD 5232/2/2001 = wbl 2002/22.

³⁶⁷ OGH 4 Ob 23/85 Arb 10.412 = RdW 1985, 318 = infas 1985 A 101 = ARD-HB 1986, 268 = REDOK 602.

- Beharrlicher Weigerung, die Anordnung des Dienstgebers, eine auffallende Goldkette im allgemeinen Bankbereich nicht sichtbar über dem Hemd zu tragen;³⁶⁸
- Wiederholter trotz Abmahnung erfolgter Verstoß gegen das Verbot, bei dienstlichen LKW-Fahrten mit Sexhotlines zu telefonieren³⁶⁹.

Wenngleich die genannten E mit der hier zu behandelnden Frage unerwünschter (zwischenmenschlicher) Verhaltensweisen am Arbeitsplatz grundsätzlich nichts zu tun haben, wird daraus ersichtlich, dass ein Verstoß gegen Weisungen, das Verhalten der ArbeitnehmerInnen untereinander betreffend, als Entlassungsgrund in Betracht kommt. Notwendig ist bei diesem Entlassungstatbestand aber jedenfalls eine „Beharrlichkeit“. Das heißt nach stRsp, in dem Verhalten des Angestellten muss die Nachhaltigkeit, Unnachgiebigkeit oder Hartnäckigkeit des auf die Nichtbefolgung der arbeitsvertraglichen Pflichten bzw gerechtfertigten Anordnungen gerichteten Willens zum Ausdruck kommen. Dem Entlassungsgrund ist es somit immanent, dass er entweder besonders nachhaltig oder durch längere Zeit trotz mehrmaliger Ermahnung wiederholt begangen wird. ³⁷⁰ Liegen wiederholte Pflichtverletzungen vor, muss der Arbeitgeber eine Verwarnung (Ermahnung) erteilen. Eine Ermahnung ist insb dann erforderlich, wenn der Arbeitgeber das bisherige Verhalten toleriert hat, es aber für die Zukunft nicht mehr dulden will.³⁷¹

5.2.3. Entlassungsgrund der Aufforderung zum Ungehorsam

5.2.3.1. Grundsätzliches

Diesen Entlassungstatbestand verwirklicht, wer andere Bedienstete zum Ungehorsam gegen den Dienstgeber zu verleiten sucht. Dies ist dann vor allem gegeben, wenn der Angestellte seine Arbeitskollegen, zu Handlungen oder Unterlassungen auffordert, die, würde er sie selbst begehen, seine Entlassung

³⁶⁸ OGH 8 Ob A 195/98d, Arb 11.830 = DRdA 2000/13 (*Firlei*) = ASoK 1999, 294 = infas 1999, A 65 = ARD 5019/2/99 = RdW 1999, 422 = DRdA 1999, 393.

³⁶⁹ OGH 9 Ob A 248/02i, Arb 12.277 = DRdA 2004/8 (*Schneller*) = ASoK 2003, 387 = RdW 2003/337 = infas 2003, A 42 = ARD 5388/3/2003 = wbl 2003/172 = DRdA 2003, 286.

³⁷⁰ *Friedrich* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG, RZ 328 zu § 27 mwN.

³⁷¹ *Grillberger* in *Löschnigg*, AngGII⁸ Rz 134 zu § 27 mwN.

rechtfertigen würden.³⁷² Der Entlassungsgrund setzt vorsätzliches Handeln voraus, wobei der Versuch genügt. Allerdings ist eine Mindestintensität der Beeinflussung notwendig.³⁷³

5.2.3.2. Beispiele

Folgende Beispiele aus der Judikatur seien angeführt:

- Ist durch eine Aufforderung zur Unterlassung der Arbeitsleistung eine intensive negative Beeinflussung dahingehend, der Angestellte solle nicht einmal die den Umständen nach angemessenen Dienste leisten nicht zu befürchten, so rechtfertigt dieses Verhalten wohl einen erheblichen Vertrauensverlust durch den Dienstgeber. Die Beeinträchtigung seiner Interessen durch den Angestellten ist aber nicht so schwerwiegend, dass ihm die weitere Zusammenarbeit mit ihm auch für die Zeit der Kündigungsfrist nicht mehr zumutbar wäre³⁷⁴.
- Der Tatbestand der Anstiftung zum Ungehorsam ist bspw auch dann erfüllt, wenn eine Arbeitnehmerin ihre Kolleginnen ersucht, einen geringfügigen Verstoß (der als solcher keinen Entlassungsgrund darstellt) nicht der Filialleiterin zu erzählen³⁷⁵.

Dieser Entlassungstatbestand wird vor allem in Fällen von „Mobbing von unten“ relevant sein. In derartigen Fällen, wenn Arbeitnehmer/innen sich gemeinschaftlich den Anordnungen ihrer Vorgesetzten bzw des Arbeitgebers widersetzen (sofern diese Anweisungen gerechtfertigt sind), wäre das „Aufwiegeln“ der KollegInnen darunter subsumierbar. Eine gewisse Mindestintensität muss jedoch in jedem Fall gegeben sein, da ansonsten jede Diskussion über betriebliche Anordnungen mit einer Entlassungssanktion bedroht wäre. Auch sind das Ausmaß und die Bedeutung der (gemeinschaftlich) unterlassenen Arbeitsleistung zu berücksichtigen.

³⁷² Friedrich in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG, RZ 398 zu § 27 mwN.

³⁷³ Grillberger in Löschnigg, AngGII⁸ Rz 141 zu § 27 mwN.

³⁷⁴ OGH 14 Ob 68/86, DRdA 1986, 434 = RdW 1986, 379 = infas 1986, A 133 = REDOK 9367.

³⁷⁵ OGH 9 Ob A 384/97d, DRdA 1999/21 (Pfeil) = infas 1998, A 109 = ARD 4949/1/98 = ASoK 1998, 380.

5.2.4. Entlassungsgrund der Tötlichkeiten, Verletzungen der Sittlichkeit oder erheblichen Ehrverletzungen

5.2.4.1. Grundsätzliches

Dieser Entlassungstatbestand ist erfüllt, wenn der Angestellte sich Tötlichkeiten, Verletzungen der Sittlichkeit oder erhebliche Ehrverletzungen gegen den Dienstgeber, dessen Stellvertreter, deren Angehörige oder gegen Mitbedienstete zu Schulden kommen lässt.

5.2.4.2. Tötlichkeiten

Unter „Tötlichkeiten“ wird von der Rechtsprechung jede schuldhaft, objektiv gegen den Körper gerichtete Handlung definiert, wobei es auf die mit der Handlung verbundene Absicht ebenso wenig ankommt wie auf die Strafbarkeit, einen Verletzungserfolg, das Motiv oder die Erheblichkeit der Tathandlung. Ebenso kommt es nicht notwendiger Weise darauf an, dass es tatsächlich zu einer Gefährdung der Ordnung und Disziplin am Arbeitsplatz gekommen ist.³⁷⁶ Die Tötlichkeit muss vorsätzlich erfolgen und in einem Zusammenhang mit der Dienstleistung stehen.³⁷⁷ Entscheidend ist die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auch nur für die Dauer der Kündigungsfrist. Wesentlich dabei sind das Motiv der Tötlichkeit zwischen Arbeitskollegen, das Verhalten der Beteiligten davor und danach sowie die Frage, ob sich ein Vorfall während der Arbeit bzw in Gegenwart von Kunden des Arbeitgebers ereignete.³⁷⁸

IdS wurde von der Rsp der Entlassungsgrund der Tötlichkeit bspw in folgenden Fällen bejaht:

- Wenn ein Ehegatte Sachen vom Schreibtisch der Ehegattin (der Arbeitgeberin) wirft und sie damit in Gegenwart von Angestellten herabsetzt. Dies stellt auch unter Berücksichtigung der Ehekrise, in der sich die Streitparteien

³⁷⁶ Friedrich in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG, RZ 414 zu § 27 mwN.

³⁷⁷ Grillberger in *Löschnigg*, AngGII⁸ Rz 155 zu § 27 mwN.

³⁷⁸ OGH 9 Ob A 230/02t, Arb 12.276 = DRdA 2003/51 (*Risak*) = ASoK 2003, 387 = ARD 5403/9/2003 = RdW 2003/516 = infas 2003, A 39 = DRdA 2003, 285.

befinden, eine so schwere Dienstpflichtverletzung dar, dass die Arbeitgeberin diesen Vorfall mit dem sofortigen Abbruch der dienstlichen Beziehungen beantworten darf.³⁷⁹

- Das Festhalten einer Arbeitskollegin gegen ihren Willen unter Zufügung eines Kratzers und einer Blutunterlaufung.³⁸⁰
- Das Nachwerfen eines Bündels verschmutzter Wäsche im Zuge einer Auseinandersetzung.³⁸¹
- Eine tätliche Ehrverletzung, wie zB eine Ohrfeige, ist auch bei einem groben Umgangston im Betrieb nicht gerechtfertigt; in diesem Fall bedarf es – im Gegensatz zum Entlassungsgrund der beharrlichen Pflichtenverletzung – keiner vorherigen Ermahnung.³⁸²

5.2.4.3. Verletzungen der Sittlichkeit

Unter einer Verletzung der Sittlichkeit sind unzüchtige, also die Sittlichkeit in sexueller Beziehung verletzende Handlungen zu verstehen. Bloße Verletzungen des gebotenen Anstandes und der Sitte genügen nicht.³⁸³ Es muss sich somit um eine konkrete Beeinträchtigung anderer Personen und nicht bloß um Verstöße gegen tradierte Vorstellungen handeln. Sexuelle Belästigung stellt aber jedenfalls einen Entlassungstatbestand dar (wobei idR sowohl die Tatbestände der Verletzung der Sittlichkeit als auch der erheblichen Ehrverletzung und der Vertrauensunwürdigkeit gegeben sind)³⁸⁴.

³⁷⁹ OGH 4 Ob 64/85 infas 1986, A 66 = ZASB 1986, 1 = ARD-HB 1986, 181.

³⁸⁰ OGH 9 Ob A 40/91, ARD 4260/4/91.

³⁸¹ OGH 8 Ob A 8/98d, Arb 11.698 = RdW 1998, 695 = ZASB 1998, 25 = ARD 4971/8/98.

³⁸² OGH 8 Ob A 21/06f, ASoK 2007, 78 = ARD 5712/15/2006.

³⁸³ Friedrich in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG, RZ 428 zu § 27 mwN.

³⁸⁴ OGH 9 Ob A 15/01y, ecolex 2001/286 = ARD 5275/47/2002 = infas 2001, A 86 = DRdA 2001, 452; 9 Ob A 292/99b, Arb 12.009 = DRdA 2001/15 (*Smutny*) = DRdA 2000, 422 = wbl 2000/313 = infas 2000, A 111 = ARD 5152/5/2000 = ASoK 2001, 101 = ecolex 2000/294 = RdW 2000/670; 9 Ob A 64/04h, Arb 12.448 = ARD 5552/20/2004; 9 Ob A 2217/96, RdW 1997, 297 = ARD 4823/17/97; 9 Ob A 319/00b, Arb 12.070 = DRdA 2001/16 (*Smutny*) = ARD 5232/8/2001 = RdW 2001/634 = infas 2001, A 61 = ASoK 2001, 230 = ecolex 2001/220 = DRdA 2001, 452; ASG Wien 27 Cga 160/03a, Arb 12.397 = ZAS-Judikatur 2005/11.

5.2.4.4. Erhebliche Ehrverletzungen

Darunter fallen Handlungen, die geeignet sind das Ansehen und die soziale Wertschätzung des Betroffenen durch Geringschätzung, Vorwurf einer niedrigen Gesinnung, übler Nachrede, Verspottung oder Beschimpfung herabzusetzen und auf diese Weise das Ehrgefühl des Betroffenen zu verletzen³⁸⁵. Die Ehrverletzung muss erheblich, dh sie muss nach ihrer Art und den Umständen, unter denen sie erfolgt, so schwerwiegend sein, dass ein Mensch mit normalem Ehrgefühl nur mit dem sofortigen Abbruch der Beziehungen reagieren kann. Das Verhalten muss sowohl objektiv dazu geeignet sein, das Ehrgefühl des Betroffenen zu verletzen, als auch konkret subjektiv ehrverletzend gewirkt haben. Strafbarkeit ist nicht erforderlich³⁸⁶. Es muss ferner Verletzungsabsicht gegeben sein³⁸⁷. Werden ehrenrührige Tatsachen nicht in beleidigender Absicht, sondern zur Wahrung berechtigter Interessen, in Ausübung berechtigter Kritik oder in einer subjektiv begründeten unter angemessener Schonung erstatteten Anzeige vorgebracht, ist der Tatbestand der erheblichen Ehrverletzung nicht erfüllt. ³⁸⁸ Eine grobe Ehrverletzung kann entschuldbar sein, wenn sie als Reaktion auf eine vorhergehende Provokation oder auf eine demütigende Behandlung durch den Arbeitgeber oder eines Vorgesetzten erfolgt³⁸⁹. Zu berücksichtigen ist weiters der im Betrieb übliche Umgangston, wobei auch ein ungezwungener Umgangston nicht gröbere Ehrverletzungen rechtfertigen kann.³⁹⁰

Beispiele für erhebliche Ehrverletzungen:

- Sexuelle Belästigung.
- Die wahrheitswidrige Behauptung einer Arbeitnehmerin gegenüber einem Dritten, ein verheirateter Arbeitskollege habe gegen ihren Willen mehrmals versucht, mit ihr zu schmusen und zu schlafen.³⁹¹

³⁸⁵ Friedrich in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG, RZ 438 zu § 27 mwN.

³⁸⁶ Friedrich in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG, RZ 438 zu § 27 mwN.

³⁸⁷ Grillberger in Löschnigg, AngGII8, Rz 162 zu § 27 mwN.

³⁸⁸ Friedrich in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG, RZ 439 zu § 27 mwN.

³⁸⁹ Grillberger in Löschnigg, AngGII8, Rz 166 zu § 27 mwN.

³⁹⁰ Friedrich in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG, RZ 440 zu § 27 mwN.

³⁹¹ OGH 9 Ob A 186/89, Arb 10.813 = ARD 4170/18/89 = wbl 1989, 344 = infas 1990 A 34 = RdW 1990, 90 = DRdA 1990, 142.

- Äußerungen, der Betriebsratsvorsitzende und andere bestimmt bezeichnete Mitarbeiter des Arbeitgebers seien kriminell bzw hätten kriminelle Handlungen begangen.³⁹²
- Ehrenbeleidigung („Götzzitat“) gegenüber Mitarbeitern, die im Auftrag des Dienstgebers den Krankenstand der Dienstnehmerin kontrollieren sollten, mit vorangegangenen weiteren verbalen Entgleisungen der Dienstnehmerin („Nazimethoden“, „Horrormethoden“) und der Ankündigung, die Dauer künftiger Krankenstände im Zusammenhang mit der Wiedererlangung ihrer früheren Dienstzeit sehen zu wollen.³⁹³
- Die Bezeichnung eines Betriebsratsmitgliedes als „Arbeiterverräter“.³⁹⁴
- Nicht jedoch: Eine unter Kraftfahrerkollegen abgegebene und nicht gegen den Arbeitgeber gerichtete Unmutsäußerung über Büromitarbeiter, dass „sie im Büro lauter Trotteln“ seien und dass ihnen der Buchhalter und Lohnverrechner „das Geld stehle“, wobei es in den letzten Monaten immer wieder zu erheblichen Verzögerungen bei der Auszahlung gekommen ist und der Buchhalter dem Arbeitnehmer statt einer Abrechnung lediglich eine Akontozahlung angeboten hat.³⁹⁵
- Auch nicht: Einmalige ehrenrührige Äußerung einer Mitarbeiterin als Reaktion auf Mobbing ist aufgrund ihres berechtigten Interesses, gegen diese Verhaltensweisen, (noch) kein Entlassungsgrund.³⁹⁶

5.3. Entlassungsgründe bei Arbeitern

Für Arbeiter kommen folgende in § 82 GewO 1859 geregelte Entlassungstatbestände in Betracht:

- Strafbare Handlungen, die den Arbeitnehmer des Vertrauens unwürdig erscheinen lassen (§ 82 lit d GewO 1859)
- Beharrliche Pflichtenvernachlässigung (§ 82 lit f 2. F GewO 1859)

³⁹² OGH 9 Ob A 49/95, ARD 4692/27/95 = ARD 4690/20/95 = SWK 1996, B 76.

³⁹³ OGH 9 Ob A 100/98s, ARD 4999/5/99.

³⁹⁴ OGH 4 Ob 101/73, Arb 9188 = ZAS 1974, 145 (Müller) = SozM IA/d, 1079.

³⁹⁵ OGH 9 Ob A 127/91, infas 1992, A 19 = ARD 4314/17/91.

³⁹⁶ OGH 8 Ob A 196/02k, Arb 12.273 = RdW 2003/172 = DRdA 2003/18 = infas 2003, A 26 = ASoK 2003, 248 = ARD 5381/10/2003 = DRdA 2003, 178.

- Verleitung zu Ungehorsam, zur Auflehnung gegen den Gewerbeinhaber, zu unsittlichen oder gesetzwidrigen Handlungen (§ 82 lit f 3. F GewO 1859)
- Grober Ehrenbeleidigung, Körperverletzung oder gefährliche Drohung (§ 82 lit g GewO 1859).

Die Tatbestände ähneln jenen im § 27 AngG, weshalb auf die Ausführungen dazu verwiesen wird. Im Gegensatz zu § 27 Z 1 AngG berechtigt eine „Vertrauensunwürdigkeit“ gem § 82 lit d GewO 1859 nur bei Vorliegen einer strafbaren Handlung zur Entlassung. Bei § 82 GewO 1859 handelt es sich um eine taxative Aufzählung; dort nicht ausdrücklich genannte Entlassungsgründe können somit – auch wenn sie diesen gleichwertig sind – nicht zur Rechtfertigung einer Entlassung herangezogen werden.

5.4. Besonderer Entlassungsschutz

Vergleichbar dem besonderen Kündigungsschutz gibt es auch bei manchen Arbeitnehmergruppen einen besonderen Entlassungsschutz. Entlassungen, welche nicht aus bestimmten Gründen bzw ohne (vorherige oder nachträgliche) Zustimmung des Gerichts erfolgen, sind unwirksam,

Mitglieder und (unter bestimmten Voraussetzungen) Ersatzmitglieder des Betriebsrates, Mitglieder von Wahlvorständen und Wahlwerber, Jugendvertrauensräte, Behindertenvertrauenspersonen. In Betracht kommt idZ eine Entlassung (mit vorheriger oder – bei den genannten Tatbeständen auch – nachträglicher Zustimmung des Gerichts) wenn das Betriebsratsmitglied

- sich einer mit Vorsatz begangenen, mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedrohten oder einer mit Bereicherungsvorsatz begangenen gerichtlich strafbaren Handlung schuldig machte, sofern die Verfolgung von Amts wegen oder auf Antrag des Betriebsinhabers zu erfolgen hat (§ 122 Abs 1 Z 2 ArbVG); oder
- sich Tätlichkeiten oder erhebliche Ehrverletzungen gegen den Betriebsinhaber, dessen im Betrieb tätige oder anwesende Familienangehörige oder Arbeitnehmer des Betriebes zuschulden kommen lässt, sofern durch dieses Verhalten eine sinnvolle Zusammenarbeit zwischen

Betriebsratsmitglied und Betriebsinhaber nicht mehr zu erwarten ist (§ 122 Abs 1 Z 5 ArbVG).

Werdende Mütter, DienstnehmerInnen während Karenz bzw Elternteilzeit: Eine Entlassung (nach vorheriger Zustimmung des Gerichts) wäre idZ gerechtfertigt, wenn der/die DienstnehmerIn

- die ihr auf Grund des Arbeitsverhältnisses obliegenden Pflichten schuldhaft gröblich verletzt (§ 12 Abs 2 Z 1 MSchG)
- sich Tätlichkeiten oder erhebliche Ehrverletzungen gegen den Dienstgeber, dessen im Betrieb (Haushalt) tätige oder anwesende Familienangehörige oder Dienstnehmer des Betriebes (Haushalts) zuschulden kommen lässt (§ 12 Abs 2 Z 4 MSchG); oder
- sich einer gerichtlich strafbaren Handlung, die nur vorsätzlich begangen werden kann und mit einer mehr als einjährigen Freiheitsstrafe bedroht ist, oder einer mit Bereicherungsvorsatz begangenen gerichtlich strafbaren Handlung schuldig macht (§ 12 Abs 2 Z 5 MSchG).

Gem § 15 Berufsausbildungsgesetz (BAG) darf das (befristet abgeschlossene) Lehrverhältnis nur aus bestimmten Gründen und unter Einhaltung der Schriftform vorzeitig aufgelöst werden. Eine einvernehmliche Lösung bedarf – wie bei Präsenz- oder Zivildienern – einer Bescheinigung über die erfolgte Rechtsbelehrung. An Auflösungsgründen iZm unerwünschten Verhaltensweisen am Arbeitsplatz kommen in Betracht:

- Strafbare Handlung die zur Vertrauensunwürdigkeit führt
- Tätliche oder erheblich wörtliche Beleidigung oder gefährliche Bedrohung des Lehrberechtigten oder dessen Betriebs- bzw Haushaltsangehörigen
- Verleitung zur Nichtbefolgung von betrieblichen Anordnungen, zu unordentlichem Lebenswandel oder zu unsittlichen oder gesetzwidrigen Handlungen
- Verletzung von Verpflichtungen aus dem Lehrvertrag trotz wiederholter Ermahnungen

6. Zusammenfassung

Die „niedrigschwellige“ Reaktionsmöglichkeit des Arbeitgebers auf unerwünschte Verhaltensweisen am Arbeitsplatz ist zunächst die Ermahnung bzw. Verwarnung.

Versetzungen des „Täters“ können etwa zielführend sein, um einen Arbeitnehmer, welcher unerwünschte Verhaltensweisen am Arbeitsplatz setzt, von betroffenen ArbeitnehmerInnen zu trennen. Zu beachten sind dabei der Versetzungsschutz des § 101 ArbVG sowie Grenzen des Einzelarbeitsvertrages.

Als weitere Sanktion kommt die Kündigung des „belästigenden“ Arbeitnehmers in Betracht. IdZ ist das Vorliegen eines „personenbedingten Kündigungsgrundes“ iSd „allgemeinen Kündigungsschutzes“ gem § 105 Abs. 3 Z 2 ArbVG zu prüfen, wenn durch unerwünschte Verhaltensweisen (bspw im sozialen Umgang mit anderen Mitarbeitern) die betrieblichen Interessen des Arbeitgebers nachteilig berührt werden.

Die schwerwiegendste Sanktion ist die Entlassung. Im Gegensatz zur Kündigung bedarf die vorzeitige Beendigung des Dienstverhältnisses eines bestimmten Grundes. Bei Belästigungshandlungen iwS bzw damit vergleichbaren Verhaltensweisen sind bei Angestellten primär die Entlassungsgründe der Vertrauensunwürdigkeit (§ 27 Z 1 letzter Fall AngG), der beharrlichen Weigerung der Dienstleistung bzw. der Befolgung von Weisungen (§ 27 Z 4 zweiter Fall AngG), der Verleitung anderer Bediensteter zum Ungehorsam (§ 27 Z 4 letzter Fall AngG) und der Entlassungsgrund der Tätlichkeiten, Verletzungen der Sittlichkeit oder erheblichen Ehrverletzungen (§ 27 Z 6 AngG) berührt. Für Arbeiter kommen folgende in § 82 GewO 1859 geregelte Entlassungstatbestände in Betracht: strafbare Handlungen, die den Arbeitnehmer des Vertrauens unwürdig erscheinen lassen (§ 82 lit d GewO 1859); beharrliche Pflichtenvernachlässigung (§ 82 lit f 2. F GewO 1859); Verleitung zu Ungehorsam, zur Auflehnung gegen den Gewerbeinhaber, zu unsittlichen oder gesetzwidrigen Handlungen (§ 82 lit f 3. F GewO 1859); grobe Ehrenbeleidigung, Körperverletzung oder gefährliche Drohung (§ 82 lit g GewO 1859).

V. Arbeitsrechtliche Konsequenzen für den Arbeitnehmer

1. Unterlassungs- bzw Erfüllungsansprüche

1.1. Problem

Liegt eine rechtswidrige Verhaltensweise eines anderen Arbeitnehmers bzw des Arbeitgebers vor, hat der betroffene Arbeitnehmer zunächst einen Anspruch auf Unterlassung derartiger Verhaltensweisen, der auch gerichtlich durchgesetzt werden kann. Der Betroffene hat die Möglichkeit einer vorbeugenden Unterlassungsklage, wenn eine künftige Verletzung der Unterlassungspflicht zu befürchten ist. Die Unterlassungsklage setzt kein Verschulden voraus, wohl aber die unmittelbar drohende Gefährdung oder – bei schon erfolgtem Eingriff – Wiederholungsgefahr³⁹⁷.

Besteht die Verletzung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers darin, bestimmte rechtswidrige Verhaltensweisen anderer Arbeitnehmer nicht zu unterbinden, kommt ein entsprechender Leistungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber in Betracht. Inwieweit ein Erfüllungsanspruch betreffend die Fürsorgepflicht tatsächlich gegeben ist, ist strittig.

1.2. Bisheriger Meinungsstand

Während ein Teil der Lehre dies lediglich von der Individualisierbarkeit des Rechts bzw vom Schutzzweck der Norm abhängig macht³⁹⁸, will dies ein anderer Teil der Lehre auf jene Fälle beschränken, in denen der Arbeitnehmer (ausnahmsweise) ein Recht auf Beschäftigung hat. Dem Arbeitnehmer würde daher idR lediglich das Recht zur Leistungsverweigerung bzw zum vorzeitigen Austritt verbleiben.³⁹⁹

³⁹⁷ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 25 f mwN.

³⁹⁸ *Resch*, ArbeitnehmerInnenschutzgesetz 6; *Pfeil* in *Schwimann*³ § 1157 Rz 30; *Binder* in *Löschnigg*, AngG II⁸, Rz 258 zu § 18.

³⁹⁹ *Krejci* in *Rummel* I³, Rz 47 zu § 1157; *Reissner* in *ZellKomm*, Rz 128 zu § 18 AngG.

1.3. Eigene Ansicht

ME ist diese Einschränkung nicht sachgerecht, zumal nicht jede Fürsorgepflichtverletzung zu einem Leistungsverweigerungs- bzw Austrittsrecht führt (hier kommt es auf Art und Ausmaß der Fürsorgepflichtverletzung sowie der Beeinträchtigung des betroffenen Arbeitnehmers an).

Auch werden bei der Beurteilung, ob im Einzelfall die Voraussetzungen des Leistungs- bzw des Austrittsrechts gegeben sind, durchaus unterschiedliche Ergebnisse vertretbar sein, womit der Arbeitnehmer trotz eines rechtswidrigen Verhaltens des Arbeitgebers dem Risiko einer gerechtfertigten Entlassung (bzw eines ungerechtfertigten Austritts) ausgesetzt ist.

Gerade in jenen Fällen, in denen die Verletzung der Fürsorgepflicht darin liegt, rechtswidrige Handlungen anderer Arbeitnehmer abzustellen, steht das Ergebnis der Verletzung einer Unterlassungspflicht für den betroffenen Arbeitnehmer zumindest sehr nahe: In beiden Fällen möchte er erreichen, dass für ihn unerwünschte Verhaltensweisen unterbleiben. Weshalb man ihm zwar einen Unterlassungsanspruch gegenüber dem unmittelbaren Arbeitskollegen, nicht aber einen Anspruch auf Einhaltung der Fürsorgepflicht gegenüber dem Arbeitgeber einräumen sollte, ist nicht nachvollziehbar.

Gerade für den ausdrücklich geregelten Bereich der Belästigung (§§ 6,7,21 GIBG, § 7d BehEinstG) wäre es mE ein unerträglicher Wertungswiderspruch, wenn man trotz der erkennbaren Absicht des Gesetzgebers, derartigen Belästigungen wirksam entgegenzutreten, dem betroffenen Arbeitnehmer nicht die Möglichkeit geben würde, die Einhaltung der Fürsorgepflicht durch den Arbeitgeber auch tatsächlich (notfalls auch gerichtlich) einzufordern und ihn darauf verweisen würde, er könne (unter dem Risiko einer Entlassung) seine Arbeitsleistung zurückbehalten, vorzeitig austreten (wieder mit dem Risiko eines ungerechtfertigten Austritts, jedenfalls aber mit dem Nachteil des Verlustes seines Arbeitsplatzes) bzw (wenn weitere Belästigungen aufgetreten sind) Schadenersatzansprüche wegen Verletzung der Fürsorgepflicht

geltend machen. Richtigerweise wird man hier dem betroffenen Arbeitnehmer einen Erfüllungsanspruch zugestehen müssen.

Dasselbe muss dann aber auch bei Belästigungen gelten, die aus anderen Motiven als denen im GIBG bzw BehEinstG genannten erfolgen, zumal die Beeinträchtigung für den Betroffenen dieselbe ist. Inwieweit dies auch bei anderen unerwünschten Verhaltensweisen der Fall ist, die nicht als „Belästigung“ bezeichnet werden können (bei denen der Arbeitgeber aber dennoch kraft seiner Fürsorgepflicht zu reagieren hat), ist fraglich. ME wird es hier auf das Ausmaß der Beeinträchtigung ankommen. Ist diese als derart erheblich einzustufen, dass eine „einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt“ bzw für den betroffenen Arbeitnehmer vergleichbarer Zustand geschaffen wird⁴⁰⁰, wird man ihm gleichfalls einen Anspruch auf Einhaltung der Fürsorgepflicht einzuräumen haben.

2. Leistungsverweigerungsrecht

2.1. Problem

Fraglich ist, unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitgeber entgegen der ihn treffenden Fürsorgepflicht Belästigungen bzw andere unerwünschte Verhaltensweisen von Arbeitskollegen nicht unterbindet, berechtigt ist, die Arbeitsleitung zu verweigern.

2.2. Bisheriger Meinungsstand

Dem Arbeitnehmer steht bei Verletzung der Fürsorgepflicht grundsätzlich das Recht zu, seine eigene Arbeitsleistung zu verweigern⁴⁰¹. Dieses Recht besteht nach *Mosler* jedenfalls bei gravierenderen Fällen, wobei der Arbeitgeber allerdings zuerst gelindere Mittel zu ergreifen haben wird (insb Aufforderung an den Arbeitgeber,

⁴⁰⁰ Womit nicht zwingend eine Belästigung gegeben ist, da dies nicht durch ein die Würde des Betroffenen beeinträchtigendes Verhalten verursacht werden kann.

⁴⁰¹ Siehe dazu insb *Krejci* in *Rummel* I³ Rz 49 zu § 1157 mwN; *Mosler* in *ZellKomm*, Rz 128 zu § 18 AngG mwN; *Posch* in *Rebhahn*, GIBG (2005), Rz 65 zu §§ 6-7; *Binder*, *Die Verzahnung von Arbeits- und Zivilrecht*, ZAS 2008/24 (166 ff); *Binder* in *Löschnigg*, AngG II⁸, Rz 261 zu § 18 mwN; *Jabornegg*, *Kein Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers?* in FS Schwarz (1991) 89.

Verständigung des Betriebsrates)⁴⁰². Nach *Posch* kommt es darauf an, ob die Weiterarbeit für den Arbeitnehmer unzumutbar wird und eine Interessenabwägung zu Lasten des Arbeitgebers ausfällt. Hat eine Belästigung für den Arbeitnehmer das Maß der Unzumutbarkeit erreicht, so habe er dies dem Arbeitgeber aufgrund seiner Treuepflicht zu melden und könne er in der Folge – bis zur Behebung der unerträglichen Situation – die Arbeit berechtigterweise unterlassen. Wann das Maß der Unzumutbarkeit für den einzelnen Arbeitnehmer erreicht ist, sei nach objektiver Beurteilung zu ermitteln.⁴⁰³ Auch *Binder* knüpft das Leistungsverweigerungsrecht an die Unzumutbarkeit weiterer Dienstleistungen, was einen entsprechend schwerwiegenden Eingriff voraussetze⁴⁰⁴. Wolle der Arbeitnehmer von seinem Arbeitsverweigerungsrecht Gebrauch machen, so habe er dies grundsätzlich dem Arbeitgeber anzukündigen. Lediglich dann, wenn der Arbeitgeber hartnäckig und konsequent bspw gegen Arbeitnehmervorschriften verstoße, erübrige sich eine vorausgehende Aufforderung. Sollte der Arbeitnehmer nicht auf den Grund seiner Arbeitsverweigerung hingewiesen haben, jedoch das rechtfertigende Faktum vorliegen, so sei die vom Arbeitgeber ausgesprochene Entlassung ungerechtfertigt, den Arbeitnehmer treffe jedoch ein Mitverschulden an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses, weshalb die entlassungsabhängigen Entschädigungsansprüche (§ 29 AngG, § 1162b ABGB) nur teilweise oder überhaupt nicht zustünden (§ 32 AngG, § 1162c ABGB). In Fällen eines betrieblichen Notstandes müsse vom Arbeitnehmer dennoch die vertragsgemäße Arbeit eingefordert werden können, solange andere organisatorische Maßnahmen ausscheiden und sich der Arbeitnehmer nicht selbst gefährde.⁴⁰⁵

Zu beachten ist auch die Bestimmung des § 8 Abs 1 AVRAG, wonach Arbeitnehmer, die bei ernster und unmittelbarer Gefahr für Leben und Gesundheit den Gefahrenbereich verlassen dürfen, deswegen nicht benachteiligt werden dürfen. Wird ein Arbeitnehmer deswegen gekündigt, kann er gem Abs 2 diese Kündigung oder Entlassung binnen einer Woche nach Zugang bei Gericht anfechten. Die Verhältnisse, unter denen und in deren Rahmen die Arbeit erbracht wird, müssen

⁴⁰² *Mosler* in *ZellKomm*, Rz 128 zu § 18 AngG.

⁴⁰³ *Posch* in *Rebhahn*, GIBG, Rz 65 zu §§ 6-7.

⁴⁰⁴ *Binder* in *Löschnigg*, AngG II⁸ Rz 261 zu § 18 mwN; siehe dazu auch *Binder*, ZAS 2008/24 (168) sowie *Windisch-Graetz*, Arbeitnehmerschutz und Sanktionenkatalog, in *Resch*, Arbeitnehmerschutz: Schutz für Gesundheit, Sittlichkeit und Vermögen (2005) 34 mwN.

⁴⁰⁵ *Binder*, ZAS 2008/24 (168 f).

geeignet sein, den Arbeitnehmer erheblich und gegenwärtig zu gefährden. Dabei kommt es nicht darauf an, woher die Gefährdung droht. Das Gefährdungspotential muss jedenfalls erheblich und das Integritätsinteresse des Arbeitnehmers gravierend bedroht sein⁴⁰⁶. Es muss sich um eine Situation handeln, in der bei ungehindertem Ablauf des Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit der Eintritt eines Ereignisses droht, welches zur Verletzung von Rechtsgütern des Arbeitnehmers führt. Die Gefahr muss konkret bestehen, weshalb es nicht um eine abstrakte Beurteilung anhand statistischer Wahrscheinlichkeiten geht sondern um die individuelle Situation des betroffenen Arbeitnehmers⁴⁰⁷. Der „Gefahrenbereich“ ist nach der konkreten Gefahrenlage zu bestimmen. Dieser kann auf einen Raum oder bestimmte Raumeinheiten beschränkt sein, aber auch das gesamte Werksgelände umfassen⁴⁰⁸. Die Bestimmung des § 8 AVRAG stellt primär auf Gefahren aufgrund der Verletzung von Arbeitnehmerschutzvorschriften ab. Gesundheitsgefährdungen etwa durch Mobbing bzw Belästigungshandlungen könnten aber in extremen Fällen ebenfalls darunter subsumiert werden, wobei zu beachten ist, dass derartige Handlungen idR erst bei einer gewissen Dauerhaftigkeit zu gesundheitlichen Beeinträchtigungen führen.

2.3. Eigene Ansicht

Die Voraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechts bei Verletzung der Fürsorgepflicht können im Einzelfall durchaus strittig sein. ME ist fraglich, inwieweit tatsächlich in allen Fällen eine „Unzumutbarkeit“ weiterer Arbeitsleistungen vorliegen muss, zumal dies bereits Voraussetzung für das Vorliegen eines gerechtfertigten vorzeitigen Austritts aus dem Dienstverhältnis wäre. Dies hätte auch die Konsequenz, dem Arbeitgeber das Recht einzuräumen, auf die Erfüllung der Arbeitspflicht zu bestehen, obwohl er selbst (infolge Nichtbeachtung der Fürsorgepflicht) rechtswidrig handelt und bei Erbringung weiterer Arbeitsleistungen eine Beeinträchtigung des Dienstnehmers gegeben ist. Zumindest bei erheblichen Beeinträchtigungen des Dienstnehmers wird man daher mE nicht auf das Kriterium der Unzumutbarkeit abstellen sondern eine Interessenabwägung durchführen müssen. Liegt bereits Unzumutbarkeit vor, die bereits zu einem vorzeitigen Austritt

⁴⁰⁶ *Binder*, AVRAG (2001), Rz 11 zu § 8.

⁴⁰⁷ *Holzer/Reissner*, AVRAG² Rz 7 zu § 8.

⁴⁰⁸ *Binder*, AVRAG (2001), Rz 12 zu § 8.

berechtigten würde, besteht aber wiederum keine Veranlassung für eine derartige Interessenabwägung bzw geht diese zu Gunsten des Arbeitnehmers aus. Gehen Belästigungshandlungen nicht vom Arbeitgeber selbst sondern von Arbeitskollegen oder Dritten (bspw Kunden des Arbeitgebers) aus, müssen diese dem Arbeitgeber zumindest bekannt sein, da ansonsten keine Verletzung der Fürsorgepflicht vorliegt. Inwieweit Handlungen bzw Unterlassungen anderer Arbeitnehmer (über die Mitglieder von zur Vertretung von juristischen Personen berufenen Organen hinausgehend) dem Arbeitgeber direkt zurechenbar sein können, wird im Zusammenhang mit dem Austrittsrecht des Arbeitnehmers näher erläutert.

3. Austrittsrecht

3.1. Allgemeines

Das „Pendant“ zum Entlassungsrecht des Arbeitgebers ist das Austrittsrecht des Arbeitnehmers. Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ist dieser berechtigt, mit sofortiger Wirkung das Arbeitsverhältnis zu beenden - dies bei Wahrung seiner Ansprüche (Entgeltansprüche wie bei Kündigung durch Dienstgeber, somit insb Kündigungsentschädigung, Urlaubersatzleistung und Abfertigung „alt“). Die Austrittsgründe sind für Angestellte im § 26 AngG geregelt. Für (gewerbliche) Arbeiter finden sich Austrittsgründe im § 82 a GewO 1859. Sowohl Austritts- als auch Entlassungsgründe müssen unverzüglich geltend gemacht werden.

3.2. Austrittsgründe, Übersicht

Als Austrittsgründe, welche im Zusammenhang mit Belästigungen am Arbeitsplatz in Betracht kommen, sind insbesondere anzuführen: Unfähigkeit zur Fortsetzung der Dienstleistung (26 Z 1 1. F AngG); Gefährdung der Gesundheit (§ 26 Z 1 2. F AngG, § 82a lit a GewO 1859) oder Sittlichkeit (§ 26 Z 1 2. F AngG); Verletzung wesentlicher Vertragsbestimmungen durch den Arbeitgeber (26 Z 2 letzter Fall AngG, § 82a lit d 2. F GewO 1859); Verweigerung des Dienstgebers, den ihm zum Schutzes des Lebens, der Gesundheit oder Sittlichkeit des Arbeitnehmers gesetzlich obliegenden Verpflichtungen nachzukommen (§ 26 Z 3 AngG); Tätlichkeiten, erhebliche Ehrverletzungen (§ 26 Z 4 1. F AngG, § 82a lit b GewO 1859) bzw

Verletzungen der Sittlichkeit des Dienstgebers gegen den Arbeitnehmer oder dessen Angehörige (§ 26 Z 4 1. F AngG), Verweigerung des Dienstgebers, den Angestellten gegen solche Handlungen eines Mitbediensteten oder eines Angehörigen des Dienstgebers zu schützen (§ 26 Z 4 zweiter Fall AngG) oder Verleitung zu unsittlichen oder gesetzwidrigen Handlungen (§ 82a lit c GewO 1859).

3.3. Austrittsgrund der Unfähigkeit zur Fortsetzung der Dienstleistung

Unfähigkeit zur Fortsetzung der Dienstleistung liegt jedenfalls vor, wenn der Gesundheitszustand den Arbeitnehmer auf nicht absehbare Zeit zur Erbringung der Dienstleistung unfähig macht⁴⁰⁹. Unfähigkeit setzt voraus, dass die Krankheit dauerhaft ist, also in absehbarer Zeit mit einer Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit nicht zu rechnen ist. Nach der Rsp ist hier die Frist für den Krankengeldanspruch von 26 Wochen (§ 139 Abs 1 ASVG) als annähernde Richtlinie heranzuziehen.⁴¹⁰ Bei der Dienstunfähigkeit des Arbeitnehmers iSd § 26 Z 1 erster Fall AngG kommt es auf die konkreten Tätigkeiten des Arbeitnehmers an. Es genügt, dass der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Austrittserklärung zur Fortsetzung der arbeitsvertraglich vereinbarten bzw. bei Fehlen einer solchen konkreten Vereinbarung einer angemessenen Dienstleistung unfähig ist, er also die Vertragspflichten nicht mehr erfüllen kann. Dabei können nicht nur physische, sondern auch psychische Umstände den Austritt rechtfertigen.⁴¹¹ Ein derartiger Austrittsgrund kommt nur dann in Betracht, wenn der Arbeitnehmer in Folge von Belästigungs- bzw. Mobbinghandlungen bereits arbeitsunfähig geworden ist. Dies wird nur in Extremfällen in Betracht kommen, wobei es dann nicht auf ein Verschulden bzw. die Ursache der Arbeitsunfähigkeit ankommt.

3.4. Austrittsgrund der Gesundheitsgefährdung

Für diesen Austrittsgrund ist der Eintritt eines konkreten Gesundheitsschadens nicht erforderlich. Es genügt, wenn bei einer Fortsetzung der Dienstleistung ein gesundheitlicher Schaden in absehbarer Zeit zu befürchten ist. Ob der

⁴⁰⁹ Grillberger in Löschnigg, AngGII⁸, Rz 4 zu § 26 mwN.

⁴¹⁰ Grillberger in Löschnigg, AngGII⁸, Rz 5 zu § 26 mwN.

⁴¹¹ Friedrich in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG, Rz 7 zu § 26 mwN.

Gesundheitsschaden physischer oder psychischer Natur, spielt keine Rolle.⁴¹² Wesentlich ist aber jedenfalls, dass die Bedrohung der Gesundheit bereits zum Zeitpunkt der Austrittserklärung bestand. Maßgeblich ist auch nicht die subjektive Einschätzung des Arbeitnehmers; vielmehr bedarf es einer objektiv feststellbaren, gegenwärtigen Gesundheitsbedrohung.⁴¹³ Der Arbeitnehmer ist nach hA verpflichtet, den Arbeitgeber vor seinem Austritt entsprechend aufzuklären, damit dieser in der Lage ist, eine andere zumutbare und vertragskonforme Arbeit anzubieten bzw sonst Abhilfe zu schaffen. Eine derartige Aufklärung ist dann nicht erforderlich, wenn dem Arbeitgeber die Gesundheitsbeeinträchtigung ohnehin bekannt ist oder ein geeigneter Ersatzarbeitsplatz nicht vorhanden ist.⁴¹⁴ Der Austrittsgrund ist auch gegeben, wenn bei Fortsetzen der Arbeit eine langsame, aber stetig fortschreitende Verschlechterung des Gesundheitszustandes zu erwarten ist.⁴¹⁵ Krankheitsverursachend können auch Begleitumstände der Arbeitsleistung sein, wie etwa die Nichteinhaltung von Sicherheitsvorschriften⁴¹⁶ oder Belastungen durch schwierige Arbeitsbedingungen und Herabsetzungen sowie Verbalinjurien seitens des Firmeninhabers⁴¹⁷. IdS wurde auch der vorzeitige Austritt einer Arbeitnehmerin, die aufgrund fortgesetzter Schikanen durch ihre unmittelbare Vorgesetzte in eine psychogene Depression mit massivem psychosomatischen Beschwerdebild gestürzt wurde, wobei ihre weiteren Vorgesetzten trotz mehrfachen Ersuchens keine Schritte zur Beseitigung dieses Missstandes unternahmen und daher eine Weiterbeschäftigung zu einer schweren depressiven Erkrankung geführt hätte, als gerechtfertigt angesehen.⁴¹⁸ Insoweit Mobbing bzw Belästigungen zu einer Gesundheitsgefährdung führt, kommt somit der Austrittsgrund des § 26 Z 1 2. F AngG in Betracht.

⁴¹² Grillberger in Löschnigg, AngGII⁸, Rz 9 zu § 26 mwN.

⁴¹³ Friedrich in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG, Rz 10 zu § 26 mwN.

⁴¹⁴ Grillberger in Löschnigg, AngGII⁸, Rz 15 ff zu § 26 mwN.

⁴¹⁵ OGH 9 Ob A 297/01v, ecolex 2002/114 = infas 2002 A 52 = ZASB 2002, 17 = ARD 5351/14/2002 = ASoK 2002, 388 = RdW 2002/468 = DRdA 2002, 244.

⁴¹⁶ OGH 8 ObA 278/98k, infas 1999 A 97 = ARD 5047/20/99 = ecolex 1999/259 = DRdA 1999, 393 = RdW 2000/163.

⁴¹⁷ OGH 9 Ob A 71/89 DRdA 1990, 71 = ARD 4090/15/89 = infas 1990 A 10.

⁴¹⁸ LG St Pölten 30 Cga 83/97m, Arb 11.751=ARD 5114/2/2000; siehe dazu auch *Massl*, DRdA 2000, 435.

3.5. Austrittsgrund der Gefährdung der Sittlichkeit

Dieser Austrittsgrund setzt keine Verletzung der Sittlichkeit voraus; es genügt die Gefährdung bzw konkrete und objektive Bedrohung.⁴¹⁹ Dabei kommt es nicht auf die subjektiven Empfindungen des austretenden Arbeitnehmers an, sondern auf objektive Gesichtspunkte⁴²⁰. Der Begriff Sittlichkeit wird traditionell auf die Geschlechtssphäre bezogen⁴²¹. IdS wurde bspw die Beschäftigung von Jugendlichen unter 18 Jahren mit dem Verkauf „anstößiger“ Literatur und Filme (Beschäftigung in einem Sexshop) darunter subsumiert⁴²². Insoweit durch Belästigungen eine Gefährdung der Sittlichkeit iSd Judikatur zu § 26 Z 3 AngG gegeben ist, kommt dieser Austrittsgrund in Betracht.

3.6. Austrittsgrund der Verletzung wesentlicher Vertragsbestimmungen

Nicht jede Vertragsverletzung begründet ein Austrittsrecht des Arbeitnehmers, vielmehr ist es erforderlich, dass die Vertragsverletzung „wesentlich“ ist. Bei der Beurteilung dieses unbestimmten Rechtsbegriffes kommt es wiederum entscheidend darauf an, dass die Vertragsverletzung so schwerwiegend ist, dass dem Arbeitnehmer die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Befristung oder Kündigungsfrist unter den gegebenen Umständen nicht zugemutet werden kann.⁴²³ Unter „Vertragsbestimmungen“ sind nicht bloß einzelvertraglich vereinbarte Pflichten des Arbeitgebers zu verstehen. Auch durch Gesetz, Kollektivvertrag oder sonstige Normen der kollektiven Rechtsgestaltung begründete Pflichten sind davon umfasst. Es kommt lediglich darauf an, ob durch eine Pflichtverletzung des Arbeitgebers die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist.⁴²⁴

⁴¹⁹ Grillberger in Löschnigg, AngGII⁸ Rz 18 zu § 26.

⁴²⁰ Friedrich in Marhold/Burgstaller/Preyer, Rz 34 zu § 26 mwN.

⁴²¹ Grillberger in Löschnigg, AngGII⁸ Rz 19 zu § 26 mwN.

⁴²² OGH 4 Ob 118/79 Arb 9853 = DRdA 1981/15 (Rabobsky) = DRdA 1980, 333 = ARD-HB 1981, 412 = ARD-HB 1981, 488.

⁴²³ Friedrich in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG, Rz 110 zu § 26 mwN.

⁴²⁴ Grillberger in Löschnigg, AngGII⁸ Rz 40 zu § 26 mwN.

Als solche „wesentliche Vertragsverletzung“ wurde bspw (das Beharren auf) eine rechtswidrige Versetzung⁴²⁵, insb auf eine untergeordnete Position⁴²⁶ bzw wenn diese als „Degradierung“ bezeichnet werden kann⁴²⁷, oder die Anordnung von Überstunden in eklatanter Verletzung der Bestimmungen des AZG⁴²⁸.

Daraus wird ersichtlich, dass bspw die Verweigerung, einem von Belästigung bzw. Mobbing betroffenen Arbeitnehmer beizustehen (oder gar die Belästigung durch den Arbeitgeber selbst), einen Austrittsgrund verwirklicht. Diesbezüglich sei auch auf die zum Austrittsgrund der Gesundheitsgefährdung zitierte E des LG St Pölten 30 Cga 83/97m hingewiesen.

3.7. Austrittsgrund der Verweigerung von Schutzpflichten

Dieser Austrittsgrund ist verwirklicht, wenn sich der Dienstgeber weigert, den ihm zum Schutze des Lebens, der Gesundheit oder Sittlichkeit des Angestellten gesetzlich obliegenden Verpflichtungen nachzukommen. Auch hier können nur wesentliche Gesetzesverletzungen, die eine weitere Zusammenarbeit auch nur für die Dauer der Kündigungsfrist ausschließen, die vorzeitige Beendigung rechtfertigen. Dabei sind sowohl Art und Schwere der Gesetzesverletzung als auch die Umstände, unter denen sie begangen wurde zu berücksichtigen.⁴²⁹ Ob der Arbeitnehmer verpflichtet ist, den Arbeitgeber vor seinem Austritt auf die Pflichtverletzung hinzuweisen bzw ihn aufzufordern, sich gesetzeskonform zu verhalten, hängt davon ab, ob es sich lediglich um geringfügige oder eklatante Verstöße handelt bzw ob sich aus dem Verhalten des Arbeitgebers ergibt, dass er seinen Pflichten nicht nachkommen will⁴³⁰. Dem Arbeitgeber müssen aber gesetzwidrige Zustände (etwa wenn es sich um rechtswidrige Verhaltensweisen anderer Mitarbeiter handelt) zumindest bekannt sein, da nur dann überhaupt von einer „Verweigerung“ von

⁴²⁵ OGH 9 Ob A 165/89 infas 1989 A 124 = RdW 1989, 372 = ARD 4098/14/89 = DRdA 1989, 424; 9 Ob A 34/88 ARD 4006/8/88 = DRdA 1988, 352 = infas 1988 A 67; 9 Ob A 147/89 ARD 4110/13/89 = RdW 1989, 372.

⁴²⁶ OGH 9 Ob A 19/92 ARD 4369/24/92 = SWK 1994 B 6.

⁴²⁷ OGH 9 Ob A 91/92 ZAS 1993/2 (*Gruber*) = ARD 4388/7/92 = ecolex 1992, 722 = ZASB 1992, 21.

⁴²⁸ OGH 9 Ob A 7/95 Arb 11.352 = DRdA 1995/48 (*Grießer*) = ZAS 1996/21 (*Schindler*) = infas 1995 A 55 = DRdA 1995, 270 = ecolex 1995, 359 = ARD 4655/21/95.

⁴²⁹ *Friedrich* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG, Rz 131 zu § 26 mwN.

⁴³⁰ *Grillberger* in *Löschnigg*, AngGII⁸ Rz 48 f zu § 26 mwN.

Schutzpflichten gesprochen werden kann. Beispiele dafür sind etwa eklatante Verletzungen des AZG⁴³¹ oder die Verletzung der Bestimmung des § 23 Abs 1 KJB (Beschäftigung eines minderjährigen Jugendlichen in einem Sexshop)⁴³². In diesem Sinne wird die Unterlassung der Hilfeleistung durch den Arbeitgeber im Falle von Belästigungen bzw. Mobbinghandlungen anderer Arbeitnehmer/innen jedenfalls bei erheblichen Beeinträchtigungen zum Austritt berechtigen.

3.8. Austrittsgrund der Tätlichkeiten, Verletzungen der Sittlichkeit oder erheblicher Ehrverletzungen

3.8.1. Tatbestand

Diesen Austrittsgrund verwirklicht der Arbeitgeber, wenn er sich Tätlichkeiten, Verletzungen der Sittlichkeit oder erhebliche Ehrverletzungen gegen den Angestellten oder dessen Angehörige zuschulden kommen lässt oder sich weigert, den Angestellten gegen solche Handlungen eines Mitbediensteten oder eines Angehörigen des Dienstgebers zu schützen. Zu den Begriffen der Tätlichkeiten, Verletzung der Sittlichkeit und erhebliche Ehrverletzungen siehe die Ausführungen zum Entlassungsgrund der Tätlichkeiten, Verletzungen der Sittlichkeit oder erheblichen Ehrverletzungen.

Unter Heranziehung des § 26 Z 4 AngG wurde von der Rsp die Berechtigung des Austritts bspw in folgenden Fällen bejaht:

- Austritt eines Fußballtrainers wegen ungebührlicher Äußerungen des Vereinspräsidenten in der Öffentlichkeit, mit denen die Grenzen sachlicher Kritik überschritten wurden⁴³³.
- Das Anschreien von Mitarbeitern in unsachlicher und herabsetzender Weise.⁴³⁴

⁴³¹ OGH 9 Ob A 7/95 Arb 11.352 = DRdA 1995/48 (*Grießer*) = ZAS 1996/21 (*Schindler*) = infas 1995 A 55 = DRdA 1995, 270 = ecolex 1995, 359 = ARD 4655/21/95.

⁴³² OGH 4 Ob 118/79 Arb 9853 = DRdA 1981/15 (*Rabovsky*) = DRdA 1980, 333 = ARD-HB 1981, 412 = ARD-HB 1981, 488.

⁴³³ OGH 9 Ob A 42/05z, infas 2006, A 49 = ARD 5685/5/2006 = ASoK 2006, 329 = wbl 2006/225 = ecolex 2006/250.

⁴³⁴ OGH 9 Ob A 332/00i, ecolex 2001/218 = ARD 5223/10/2001 = RdW 2002/40 = infas

- Die Äußerung der im Rahmen des Betriebes beschäftigten Ehefrau des Arbeitgebers zu einer Angestellten in gehobener Stellung „Sie sind schon das Letzte“, wenn der Arbeitgeber selbst anwesend war und diese Äußerungen offenbar billigte⁴³⁵.
- Geringfügige Tätlichkeit, die keine körperliche Schädigung zur Folge hat (gewaltsames „An-die-Wand-Drücken“ und Versetzen einer Ohrfeige)⁴³⁶.
- Sexuelle Belästigung, wobei hier die Obliegenheit zur unverzüglichen Geltendmachung des Austrittsgrundes aufgrund der Situation des Opfers einer verständnisvollen Anwendung bedarf⁴³⁷.
- Nicht jedoch: Die Verwendung des Ausdruckes „Würstel“ im Fall der Unzufriedenheit mit Arbeitsleistungen, wenn der Geschäftsführer diesen Ausdruck auch gegenüber seinen im Betrieb beschäftigten Familienangehörigen verwendete, wobei er dies aber nicht ernst meinte und vom Empfänger – auch von der austretenden Arbeitnehmerin – genau so verstanden wurde⁴³⁸.
- Auch nicht: Sachliche, nicht in beleidigender Form vorgebrachte Kritik des Arbeitgebers an der Arbeitsleistung oder an der fachlichen Eignung des Arbeitnehmers, selbst wenn sie objektiv unrichtig und irrtümliche erfolgte⁴³⁹.
- Antwortet der Arbeitgeber auf die Frage eines anderen Arbeitgebers, ob er den Arbeitnehmer haben könne, er gebe dafür noch einen Betrag drauf, ist dies keine erhebliche Ehrverletzung iSd § 26 Z 4 AngG⁴⁴⁰.

2001, A 56 = ASoK 2001, 229.

⁴³⁵ OGH 9 Ob A 120/88 infas 1989 A 94 = ARD 4017/10/88.

⁴³⁶ OGH 15 Cga 16/87 Arb 10.688 = ARD 4093/12/89 = ZASB 1989, 2.

⁴³⁷ OGH 9 Ob A 112/05v, Arb 12.554 = DRdA 2006 /26 (*Trost*) = ÖJZ 2006/2 0 ecollex 2005/453 = RdW 2006/550 = ARD 5667/2/2006 = ASoK 2006, 114 = infas 2006 A 11 = JBI 2006, 261 = DRdA 2005, 547.

⁴³⁸ OGH 9 Ob A 341/00p, ARD 5236/52/2001.

⁴³⁹ OGH 4 Ob 36/82 mwN, Arb 10.106 = DRdA 1982, 422 = ARD-HB 1983, 391 = REDOK 475 = SWK 1983, K 95.

⁴⁴⁰ OGH 4 Ob 36/82 Arb 10.106 = DRdA 1982, 422 = ARD-HB 1983, 391 = REDOK 475 = SWK 1983, K 95.

3.8.2. Zurechnung

3.8.2.1. Problem

Fraglich ist, wer als „Dienstgeber“ iSd § 26 Z 4 AngG zu gelten hat. Davon hängt ab, welches Verhalten diesem zurechenbar ist und zu einem Austrittsgrund führen kann.

3.8.2.2. Bisheriger Meinungsstand

„Dienstgeber“ ist zunächst der Geschäftsinhaber (bei juristischen Personen die vertretungsbefugten Organe)⁴⁴¹. Weiters zählen dazu aber auch Personen, die kraft ihrer Befugnisse und ihrer Stellung zur selbständigen Ausübung von Unternehmer- und insb Arbeitgeberfunktionen berechtigt sind⁴⁴². Als „Repräsentant“ des Arbeitgebers zählt bspw ein Aufsichtsratsmitglied iZm einer in seinen Aufgabenbereich fallenden Tätigkeit⁴⁴³, nicht jedoch (in den jeweils den E konkret zugrunde liegenden Sachverhalten) der Leiter einer von vielen Filialen eines österreichweit agierenden Handelsunternehmens⁴⁴⁴ oder der mit der Leitung eines Büros als weisungsberechtigter Vorgesetzter betraute Angestellte ohne Prokura und Handlungsvollmacht⁴⁴⁵. *Grillberger* hält die von der Judikatur vorgenommene Abgrenzung für nicht unproblematisch. Wer von einem Mitglied des Aufsichtsrates oder von einem nicht geschäftsführenden Gesellschafter einer GmbH beleidigt werde, müsse vorher um Abhilfe beim Vorstand oder Geschäftsführer ersuchen. Das

⁴⁴¹ OGH 4 Ob 101/78 Arb 9764 = DRdA 1981/5 (*Migsch*) = ARD-HB 1980, 491 = DRdA 1979, 331; 9 Ob A 90/98w, Arb 11.711 = ARD 4944/12/98 = DRdA 1998, 360 = infas 1998, A 108; 9 Ob A 56/92 Arb 11.022 = DRdA 1992/52 (*Andexlinger*) = RdW 1993, 48 = ecolex 1992, 578 = DRdA 1992, 382 = ARD 4374/12/92 = infas 1992 A 119.; 9 Ob A 241/94, DRdA 1996/7 (*Geist*) = RdW 1995, 439 = ZASB 1995, 13 = infas 1995 A 81 = ARD 4668/15/95.

⁴⁴² OGH 4 Ob 101/78 Arb 9764 = DRdA 1981/5 (*Migsch*) = ARD-HB 1980, 491 = DRdA 1979, 331; 9 Ob A 90/98w, Arb 11.711 = ARD 4944/12/98 = DRdA 1998, 360 = infas 1998 A 108; 9 Ob A 241/94, DRdA 1996/7 (*Geist*) = RdW 1995, 439 = ZASB 1995, 13 = infas 1995, A 81 = ARD 4668/15/95.

⁴⁴³ OGH 9 Ob A 241/94 DRdA 1996/7 (*Geist*) = RdW 1995, 439 = ZASB 1995, 13 = infas 1995 A 81 = ARD 4668/15/95.

⁴⁴⁴ OGH 9 Ob A 90/98w, Arb 11.711 = ARD 4944/12/98 = DRdA 1998, 360 = infas 1998 A 108; 9 Ob A 241/94, DRdA 1996/7 (*Geist*) = RdW 1995, 439 = ZASB 1995, 13 = infas 1995, A 81 = ARD 4668/15/95.

⁴⁴⁵ OGH 4 Ob 101/78 Arb 9764 = DRdA 1981/5 (*Migsch*) = ARD-HB 1980, 491 = DRdA 1979, 331; 9 Ob A 90/98w, Arb 11.711 = ARD 4944/12/98 = DRdA 1998, 360 = infas 1998 A 108.

sei sowohl aus der Sicht des Angestellten wie auch aus der Sicht des Vorstands oder Geschäftsführers etwas viel verlangt. Es gehe nicht um die Zurechnung von Schadenersatzansprüchen oder um Vertretungsfragen, sondern darum, ob jemand `Mitbediensteter` ist oder kraft seiner Stellung als Arbeitgeber bewertet werden soll. Ob zB ein Filialleiter auch Prokura oder Handlungsvollmacht besitzt oder nicht, sollte dafür nicht entscheidend sein.⁴⁴⁶ Nach *Geist* ist die Heranziehung der (eher weiter gefassten) Repräsentantenhaftung idZ „insofern nicht glücklich, als sie von ihrem Ansatz her das Ziel hat, die schadenersatzrechtliche Zurechnung im deliktischen Bereich über den als zu eng empfundenen § 1315 ABGB zu erweitern; hier geht es aber um die Abgrenzung von Ehrverletzungen des Arbeitgebers (...) von solchen der Mitbediensteten (...) bzw solchen von nicht zur AG-Sphäre gehörenden Personen im vertraglichen Bereich. Für dieses spezifische Problem ist die pauschale Übernahme der Repräsentantenhaftungsgrundsätze nicht geeignet.“⁴⁴⁷

3.8.2.3. Eigene Ansicht

Richtig ist, dass es bei der Zurechnung iSd § 26 Z 4 AngG nicht um eine solche iSd Schadenshaftung geht. Eine direkte Anwendung der Grundsätze der Repräsentantenhaftung ist daher tatsächlich nicht angezeigt. Zu lösen ist vielmehr die Frage, wer als „Dienstgeber“ iSd genannten Bestimmung (im Gegensatz zu bloßen „Mitbediensteten“) anzusehen ist. Diesbezüglich geben aber die von Lehre und Judikatur entwickelten Grundsätze zur Repräsentantenhaftung ebenso Anhaltspunkte wie die bspw zur Auslegung des Begriffes „leitender Angestellter“ iSd § 36 Abs 2 Z 3 ArbVG entwickelten Kriterien. Auch in diesen Fällen geht es um die Abgrenzung von Personen, die der Unternehmer- bzw Betriebsinhabersphäre zugehören. Für das Verhältnis Arbeitnehmer/Arbeitgeber kommt es mE darauf an, ob es sich um eine Person handelt, die in Vertretung des Arbeitgebers dessen Funktionen in derart umfassender Weise ausübt, dass sie dem Arbeitnehmer als „alter ego“ des Arbeitgebers gegenübertritt. Dafür wird die gerade zu § 36 Abs 2 Z 3 ArbVG primär herangezogene „Personalhoheit“ eine bedeutende Rolle spielen, zumal leitende Angestellte, die ohne Rücksprache selbständig

⁴⁴⁶ *Grillberger* in *Löschnigg*, AngGII⁸ Rz 52 zu § 26.

⁴⁴⁷ *Geist*, Glosse zu OGH 9 Ob A 241/94 DRdA 1996/7.

Personalentscheidungen treffen und kommunizieren können, gegenüber dem Arbeitnehmer als Arbeitgeber in Erscheinung treten.

4. Zusammenfassung

Liegt eine rechtswidrige Verhaltensweise eines anderen Arbeitnehmers bzw des Arbeitgebers vor, hat der betroffene Arbeitnehmer zunächst einen Anspruch auf Unterlassung derartiger Verhaltensweisen, der auch gerichtlich durchgesetzt werden kann.

Besteht die Verletzung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers darin, bestimmte rechtswidrige Verhaltensweisen anderer Arbeitnehmer nicht zu unterbinden, kommt ein entsprechender Leistungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber in Betracht.

Dem Arbeitnehmer steht bei Verletzung der Fürsorgepflicht grundsätzlich das Recht zu, seine eigene Arbeitsleistung zu verweigern.

Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ist der Arbeitnehmer berechtigt, mit sofortiger Wirkung das Arbeitsverhältnis zu beenden. Als Austrittsgründe, welche im Zusammenhang mit Belästigungen am Arbeitsplatz in Betracht kommen, sind insbesondere anzuführen: Unfähigkeit zur Fortsetzung der Dienstleistung (§ 26 Z 1 1. F AngG); Gefährdung der Gesundheit (§ 26 Z 1 2. F AngG, § 82a lit a GewO 1859) oder Sittlichkeit (§ 26 Z 1 2. F AngG); Verletzung wesentlicher Vertragsbestimmungen durch den Arbeitgeber (§ 26 Z 2 letzter Fall AngG, § 82a lit d 2. F GewO 1859); Verweigerung des Dienstgebers, den ihm zum Schutzes des Lebens, der Gesundheit oder Sittlichkeit des Arbeitnehmers gesetzlich obliegenden Verpflichtungen nachzukommen (§ 26 Z 3 AngG); Tätlichkeiten, erhebliche Ehrverletzungen (§ 26 Z 4 1. F AngG, § 82a lit b GewO 1859) bzw Verletzungen der Sittlichkeit des Dienstgebers gegen den Arbeitnehmer oder dessen Angehörige (§ 26 Z 4 1. F AngG), Verweigerung des Dienstgebers, den Angestellten gegen solche Handlungen eines Mitbediensteten oder eines Angehörigen des Dienstgebers zu schützen (§ 26 Z 4 zweiter Fall AngG) oder Verleitung zu unsittlichen oder gesetzwidrigen Handlungen (§ 82a lit c GewO 1859).

VI. Rechte des Betriebsrates

1. Übersicht

Die Bestimmungen des Arbeitsverfassungsgesetzes (ArbVG) sehen weitgehende Mitwirkungsrechte der Belegschaft vor. Diese Mitwirkungsrechte werden durch deren Organe (insb durch den Betriebsrat, der die Interessen der Arbeitnehmer wahrzunehmen hat, soweit nicht gemäß § 113 ArbVG andere Organe zuständig sind) ausgeübt. Die Belegschaftsorgane haben ihre Tätigkeit tunlichst ohne Störung des Betriebs zu vollziehen. Ziel ist ein Interessenausgleich zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebs (§ 39 ArbVG).

Die Befugnisse der Arbeitnehmerschaft werden im ArbVG eingeteilt in Allgemeine Befugnisse (§§ 89 bis 93), Mitwirkung in sozialen Angelegenheiten (§§ 94 bis 97), Mitwirkung in personellen Angelegenheiten (§§ 98 bis 107) und Mitwirkung in wirtschaftlichen Angelegenheiten (§§ 108 bis 112). Sämtliche Mitwirkungsrechte können letztlich für die Prävention von bzw die Intervention bei unerwünschten Verhaltensweisen am Arbeitsplatz (des Arbeitgebers oder von Arbeitskollegen) von Bedeutung sein, weshalb im Folgenden diese Mitwirkungsrechte überblicksweise dargestellt werden.

2. Allgemeine Befugnisse

2.1. Allgemeines

Neben dem Recht, die Einhaltung der die Arbeitnehmer betreffenden Rechtsvorschriften zu überwachen (insb Einsichtsrecht in Aufzeichnungen über Bezüge sowie in Personalakten – in letztere nur mit Einverständnis des Arbeitnehmers; Überwachung von Arbeitnehmerschutzvorschriften, Sozialversicherung etc), einem allgemeinen Interventions- und Informationsrecht (über Angelegenheiten, welche die Interessen der Arbeitnehmer des Betriebs berühren), hat der Betriebsinhaber den Betriebsrat insbesondere darüber zu informieren, welche Arten von personenbezogenen Arbeitnehmerdaten er automationsunterstützt aufzeichnet und welche Verarbeitungen und Übermittlungen

er vorsieht. Auf Verlangen kommt dem Betriebsrat hier ein Überprüfungsrecht zu (siehe dazu §§ 89 bis 91 ArbVG).

Besondere Bedeutung kommt vor allem dem Beratungsrecht zu: Gem § 92 ArbVG mindestens vierteljährlich und auf Verlangen monatlich gemeinsame Beratungen über laufende Angelegenheiten, allgemeine Grundsätze der Betriebsführung sowie über die Gestaltung der Arbeitsbeziehungen. Auf Verlangen sind dem Betriebsrat die erforderlichen Unterlagen auszuhändigen. Beide Seiten haben das Recht, Vertreter der jeweiligen kollektivvertragsfähigen Körperschaften beizuziehen, wenn es um wichtige Angelegenheiten mit erheblichen Auswirkungen auf die Belegschaft (bspw. Betriebsänderungen) geht. Ein besonderes Beratungsrecht besteht auch in allen Angelegenheiten der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes (§ 92a ArbVG).

Neben einer Mitwirkung in Angelegenheiten der betrieblichen Berufsausbildung und Schulung sowie einer Mitwirkung an betrieblichen Wohlfahrtseinrichtungen und den vielfältigen Möglichkeiten zum Abschluss von – „disponiblen“ - Betriebsvereinbarungen kommt hier vor allem dem „Zustimmungsrecht“ des Betriebsrats große Bedeutung zu: Die §§ 96 und 96a ArbVG sehen vor, dass bestimmte Maßnahmen des Betriebsinhabers zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des Betriebsrats in Form einer Betriebsvereinbarung bedürfen (Einführung einer betrieblichen Disziplinarordnung, von Personalfragebögen, Kontrollmaßnahmen welche die Menschenwürde berühren, Leistungslöhnen, Systemen zur automationsunterstützten Ermittlung, Verarbeitung und Übermittlung von personenbezogenen Daten des Arbeitnehmers oder von System zur Beurteilung von Arbeitnehmern).

2.2. Zusammenhang mit unerwünschten Verhaltensweisen am Arbeitsplatz

2.2.1. Überwachung

Gem § 89 ArbVG hat der Betriebsrat das Recht, die Einhaltung der die Arbeitnehmer des Betriebes betreffenden Rechtsvorschriften zu überwachen.

Insbesondere steht ihm zu

- in die vom Betrieb geführten Aufzeichnungen deren Führung durch Rechtsvorschriften vorgesehen ist (insb über die Bezüge der Arbeitnehmer) Einsicht zu nehmen und sie zu überprüfen;
- die Einhaltung der für den Betrieb geltenden Kollektivverträge, der Betriebsvereinbarungen und sonstiger arbeitsrechtlicher Vereinbarungen zu überwachen;
- die Durchführung und Einhaltung der Vorschriften über den Arbeitnehmerschutz, über die Sozialversicherung, über eine allfällige betriebliche Altersversorgung sowie über die Berufsausbildung zu überwachen und zu diesem die betrieblichen Räumlichkeiten, Anlagen und Arbeitsplätze besichtigen;
- mit Einverständnis des Arbeitnehmers Einsicht in dessen Personalakten zu nehmen.

Das Überwachungsrecht ist umfassend zu verstehen. Es bezieht sich nicht nur auf Gesetze, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung und behördliche Rechtsakte sondern auch auf alle sonstigen arbeitsrechtlichen Vereinbarungen wie schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen Betriebsrat und Betriebsinhaber. Erfasst sind aber nur die Rechtsvorschriften, die die Arbeitnehmer in ihrer Arbeitnehmereigenschaft betreffen, also insb auch solche des Arbeits-, Sozial- und Steuerrechts, uU auch des Datenschutz-, Gewerbe- und Insolvenzrechts⁴⁴⁸.

2.2.2. Intervention

Gem § 90 ArbVG hat der Betriebsrat das Recht, in allen Angelegenheiten, die die Interessen der Arbeitnehmer berühren, beim Betriebsinhaber und erforderlichenfalls bei den zuständigen Stellen außerhalb des Betriebes entsprechende Maßnahmen zu beantragen und die Beseitigung von Mängeln zu verlangen. Insbesondere ist der Betriebsrat berechtigt,

⁴⁴⁸ *Mosler in Tomandl, ArbVG, Rz 3 zu § 89 mwN; Cerny in Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller, ArbVG III³ Rz 2 zu § 89; Reissner in ZellKomm, Rz 12 zu § 89 ArbVG.*

- Maßnahmen zur Einhaltung und Durchführung der die Arbeitnehmer des Betriebes betreffenden Rechtsvorschriften (§ 89) zu beantragen;
- Vorschläge zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen, der betrieblichen Ausbildung, zur Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten sowie zur menschengerechten Arbeitsgestaltung zu erstatten;
- sonstige Maßnahmen zugunsten der Arbeitnehmer des Betriebes zu beantragen.

Der Betriebsinhaber ist überdies verpflichtet, den Betriebsrat auf dessen Verlangen in allen Angelegenheiten, die die Interessen der Arbeitnehmer des Betriebes berühren, anzuhören.

Dabei handelt es sich (im Gegensatz zu § 89 ArbVG) um keine Pflichtbefugnis, die Ausübung des Interventionsrechts steht vielmehr im Ermessen des Betriebsrates. Die Rechte sind zunächst beim Betriebsinhaber geltend zu machen, erforderlichenfalls auch bei den zuständigen außerbetrieblichen Stellen. Eine bestimmte Form ist nicht vorgeschrieben. Das Interventionsrecht steht grundsätzlich dem Betriebsrat bzw dem nach § 113 ArbVG zuständigen Belegschaftsorgan (jeweils als Kollegialorgan) zu. Die konkrete Durchführung der Intervention hat idR durch den Betriebsratsvorsitzenden bzw dessen Stellvertreter zu erfolgen, wobei gem § 69 ArbVG eine Delegation möglich ist⁴⁴⁹. Mit dem Interventionsrecht des Betriebsrates ist eine Anhörungspflicht des Betriebsinhabers verknüpft. Dieser ist daher verpflichtet, das Vorbringen des Betriebsrates entgegenzunehmen. Die Anhörungspflicht wird nur dann erfüllt, wenn dem Betriebsrat ein kompetenter Gesprächspartner gegenübersteht. Der Betriebsinhaber wird daher Gespräche mit dem Betriebsrat idR selbst oder durch einen bevollmächtigten Vertreter zu führen haben⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ Mosler in Tomandl, ArbVG, Rz 2 zu § 90.

⁴⁵⁰ Cerny in Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller, ArbVG III³ Rz 7 zu § 90.

2.2.3. Bewertung

Die hier genannten Überwachungs- und Interventions- bzw Anhörungsrechte bilden die Grundlage für ein informelles Tätigwerden der Belegschaftsorgane im Falle unerwünschter Verhaltensweisen am Arbeitsplatz. Durch die sehr weit gefasste Umschreibung dieser Mitwirkungsrechte und das Fehlen eines formalisierten Verfahrens ist die notwendige Flexibilität für ein den jeweiligen Umständen angepasstes Einschreiten gegeben. In vielen Fällen werden es auch informelle Gespräche zur Aufklärung des Sachverhaltes und zum Versuch einer Problemlösung sein, die den Betroffenen weiter helfen. Was hier jedoch fehlt, sind rechtlich durchsetzbare Sanktionen für den Fall, dass derartige Interventionen zu keinem Ergebnis führen. Hier sind die Belegschaftsorgane auf ihre faktische Machtstellung im Betrieb bzw jener der Interessenvertretungen der ArbeitnehmerInnen angewiesen. Ansonsten verbleiben idZ noch die sich aufgrund anderer Rechtsvorschriften ergebenden Möglichkeiten zur gerichtlichen Geltendmachung (individualarbeitsrechtlicher) Ansprüche (siehe dazu insb das Recht der „kollektiven Feststellungsklage“ gem § 54 Abs 1 ASGG) oder die Möglichkeit, die Hilfe von Verwaltungsbehörden in Anspruch zu nehmen (etwa bei Verstößen gegen arbeitnehmerschutzrechtliche Vorschriften). Problematisch ist auch die Situation, wenn die Belegschaftsorgane nicht für einen betroffenen Arbeitnehmer intervenieren oder bspw ein Belegschaftsorgan selbst „mobbt“. Praktikable Möglichkeiten, ein pflichtgemäßes Verhalten zu erzwingen, stehen dem betroffenen Arbeitnehmer nicht zur Verfügung.

2.2.4. Betriebsvereinbarungstatbestände

2.2.4.1. Übersicht

Gemäß § 97 ArbVG können ua in folgenden Angelegenheiten (die für unerwünschte Verhaltensweisen am Arbeitsplatz von Relevanz sein können) zwischen Betriebsrat und Betriebsinhaber Betriebsvereinbarungen abgeschlossen werden:

1. Allgemeine Ordnungsvorschriften, die das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb regeln;

9. Maßnahmen zur menschengerechten Arbeitsgestaltung;
20. betriebliches Beschwerdewesen;

Im erstgenannten Fall (Z 1) entscheidet auf Antrag des Betriebsrates oder des Betriebsinhabers die Schlichtungsstelle, wenn über den Abschluss, die Änderung oder die Beendigung einer Betriebsvereinbarung keine Einigung zustande kommt. In den anderen hier genannten Fällen ist eine „Zwangsschlichtung“ nicht vorgesehen.

In der Folge ist zu untersuchen, inwieweit es sich hier um taugliche Tatbestände zur Prävention bzw Intervention im Falle unerwünschter Verhaltensweisen am Arbeitsplatz handelt.

2.2.4.2. Allgemeine Ordnungsvorschriften, die das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb regeln (§ 97 Abs 1 Z 1 ArbVG)

Grundsätzlich hat der Arbeitgeber (im Rahmen gesetzlicher bzw einzelvertraglicher und kollektivrechtlicher Schranken) die Möglichkeit, das Verhalten seiner Mitarbeiter durch Weisung zu regeln. Zu beachten sind dabei selbstverständlich die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers sowie sonstige gesetzliche, kollektivrechtliche und arbeitsvertragliche Grenzend es Weisungsrechts. Handelt es sich um generelle, somit alle ArbeitnehmerInnen des Betriebes oder bestimmte nach generell-abstrakten Merkmalen umschreibbare Mitarbeitergruppen umfasste Weisungen, kommt der Abschluss einer (sowohl vom Betriebsinhaber als auch vom Betriebsrat erzwingbaren) Betriebsvereinbarung gem § 97 Abs 1 Z 1 ArbVG in Betracht.

Unter „Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb“ ist nicht die Erfüllung der Arbeitspflicht selbst, sondern das für die Erfüllung der Arbeitspflicht erforderliche bzw damit zusammenhängende Verhalten, aber auch generell das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb gemeint⁴⁵¹. Das Arbeitnehmerverhalten kann durch die Betriebsvereinbarung im Verhältnis zum Betriebsinhaber und den Vorgesetzten, den Arbeitskollegen, den Kunden und Geschäftsgläubigern, insb Lieferanten, sowie

⁴⁵¹ *Strasser/Jabornegg, ArbVG*³ Rz 8 zu § 97.

generell gegenüber dem Publikum und der Öffentlichkeit gesteuert werden⁴⁵². Mögliche Inhalte wären bspw Regelungen bzgl des Rauchens, allgemeine Bekleidungsvorschriften (soweit dies zulässig ist), sonstige Verhaltensvorschriften im Betrieb (wie etwa ein Alkoholverbot oder das Verbot bestimmte Räume zu betreten), die Regelung einer Parkplatzordnung, Kontrollmaßnahmen die nicht die Menschenwürde berühren, die Verpflichtung zum Tragen von Personalausweisen oder Formvorschriften hinsichtlich bestimmter Melde- und Nachweispflichten⁴⁵³.

Der Tatbestand des § 97 Abs 1 Z 1 ArbVG eignet sich daher zum Abschluss einer Betriebsvereinbarung, in welcher allgemeine Verhaltensregeln der Mitarbeiter untereinander bzw der Mitarbeiter gegenüber Vorgesetzten und dem Dienstgeber geregelt werden. Damit kann versucht werden, einen Verhaltenskodex aufzustellen um Belästigungen, Mobbing bzw mobbingähnliche Handlungen, aber auch allgemein als unerwünscht angesehene und das Betriebsklima bzw das Wohlbefinden des einzelnen Arbeitnehmers belastende Verhaltensweisen einzudämmen. Nicht umfasst vom Tatbestand der Z 1 wäre das Verhalten des Arbeitgebers selbst („Verhalten der Arbeitnehmer“) sowie das Verhalten jener Personen, die gem § 36 Abs 2 ArbVG nicht als Arbeitnehmer iSd Betriebsverfassung gelten, somit insb der Mitglieder des zur Vertretung der juristischen Person berufenen Organs (§ 36 Abs 2 Z 1 ArbVG) sowie der „leitenden Angestellten“ iSd § 36 Abs 2 Z 2 ArbVG (wobei hier die von Lehre und Judikatur gezogenen engen Grenzen bei der Definition des „leitenden Angestellten“ zu beachten sind). Diesbezügliche Regelungen kämen nur „freie Betriebsvereinbarungsinhalte“ in Betracht. Nicht umfasst vom Tatbestand der Z 1 wäre auch die Regelung von Sanktionen, da lediglich Vorschriften über das „Verhalten“ selbst, nicht jedoch daran anknüpfende Folgen darunter subsumiert werden können (diesbezüglich wäre die – nicht erzwingbare – Mitwirkung bei Disziplinarmaßnahmen gem § 96 Abs 1 Z 1 ArbVG betroffen). Auch die Einrichtung von Verfahren zur Konfliktlösung oder Konsultationsmechanismen würde nicht mehr unter diesen Tatbestand fallen.

⁴⁵² *Binder* in *Tomandl*, ArbVG, Rz 7 zu § 97.

⁴⁵³ Siehe dazu etwa die Übersicht bei *Preiss* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, ArbVG III³, Rz 5 zu § 97 mwN.

2.2.4.3. Maßnahmen zur menschengerechten Arbeitsgestaltung (§ 97 Abs 1 Z 9 ArbVG)

Unter „Arbeitsgestaltung“ sind sowohl die Ausgestaltung der Arbeitspflicht in Bezug auf Art, Ort und Zeit als auch das „Immaterielle“ der Arbeitsbeziehung (etwa die Verbesserung des Betriebsklimas, Formen inhaltlich bereichernden Arbeitseinsatzes und der Ausbau der direkten Mitwirkungsrechte des einzelnen Arbeitnehmers) gemeint⁴⁵⁴.

Anwendungsbeispiele sind etwa Verbesserungen der betrieblichen Ausstattung, die Aufklärung der Arbeitnehmer über die Bedeutung ihrer Arbeitsleistung oder Gründe für ihre Veränderung, regelmäßige Gespräche zur Erörterung allfälliger betrieblicher Probleme, die Übertragung verantwortungsvoller Aufgaben anstatt monotoner Arbeit, die Fortentwicklung der betrieblichen Arbeitsorganisation oder Maßnahmen zur Verbesserung des Arbeitsklimas⁴⁵⁵. Generell können Fragen des Betriebsklimas oder der Personalführung unter den Begriff „menschengerechte Arbeitsgestaltung“ subsumiert werden⁴⁵⁶. Zur Vermeidung von psychosozialen Belastungsfaktoren ist die betriebliche Belegschaftsstruktur so zu organisieren, dass zwischenmenschliche Konfliktsituationen weitestgehend vermieden werden⁴⁵⁷.

Dieser Betriebsvereinbarungstatbestand bietet somit sehr weitreichende Möglichkeiten einer Prävention von unerwünschten Verhaltensweisen am Arbeitsplatz. Soweit die gesetzlich geregelten Mitwirkungsrechte der Belegschaftsvertretung nicht erweitert werden (dies wäre aufgrund des absolut zwingenden Charakters der Normen der Betriebsverfassung unzulässig; Erweiterungen der Mitwirkungsrechte wären nur durch kollektivvertragliche Regelungen gem § 2 Abs Z 5 ArbVG möglich), können etwa auch Regelungen zur Konfliktlösung getroffen werden. Hier müsste es sich jedoch um informelle Maßnahmen handeln (mögen diese auch institutionalisiert werden), etwa

⁴⁵⁴ *Binder* in *Tomandl*, ArbVG, Rz 132 zu § 97 mwN.

⁴⁵⁵ *Binder* in *Tomandl*, ArbVG, Rz 138 zu § 97 mwN.

⁴⁵⁶ *Preiss* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, ArbVG III³, Rz 15 zu § 97.

⁴⁵⁷ *Binder* in *Tomandl*, ArbVG (2007), Rz 138 zu § 97 mwN. IdZ siehe auch *Hopf* in FS Bauer/Maier/Petrag 147 ff.

regelmäßige Gespräche über aktuelle Vorfälle, die gemeinsame Erarbeitung von Mechanismen zur Streitschlichtung, die Einführung von Mediationsverfahren, die Installierung einer betrieblichen Anlaufstelle unter Mitwirkung des Betriebsrates oder einer gemeinsamen „Mobbingkommission“ (sofern diese keine Entscheidungsbefugnisse hat und das Gestaltungsrecht des Arbeitgebers dadurch nicht eingeschränkt wird).

2.2.4.4. Betriebliches Beschwerdewesen (§ 97 Abs 1 Z 20 ArbVG)

Dieser Tatbestand ist die Grundlage für eine generelle nähere Ausgestaltung des gem § 37 Abs 2 ArbVG⁴⁵⁸ vorgesehenen Beschwerderechts der einzelnen Arbeitnehmer. In solchen Betriebsvereinbarungen können insb speziell Verfahren für die Ausübung des Beschwerderechtes vorgesehen werden⁴⁵⁹. Geregelt werden können somit das im Verhältnis zum Betriebsinhaber einzuhaltende Verfahren, insb die Anrufung einer bestimmten Beschwerdestelle. Eine derartige Betriebsvereinbarung wirkt normativ und gewährt dem Arbeitnehmer ein subjektives Recht auf Entgegennahme und Behandlung seiner Beschwerde⁴⁶⁰. Mögliche Inhalte sind bspw die Einrichtung einer Beschwerdestelle (etwa einer paritätisch besetzten Beschwerdekommision), an die sich der Arbeitnehmer direkt wenden kann, die Installierung eines anonymen „Beschwerdebrieffkastens“ sowie die Art der Erledigung von Beschwerden⁴⁶¹. Auch hier wäre eine Sanktionierung von gegen andere Mitarbeiter (insb Vorgesetzte) eingebrachte Beschwerden nicht umfasst, da hier bereits der Tatbestand des Disziplinarwesens gem § 96 Abs 1 Z 1 ArbVG berührt wird.

Auch das „betriebliche Beschwerdewesen“ bietet Möglichkeiten, unerwünschten Verhaltensweisen am Arbeitsplatz entgegenzuwirken.

⁴⁵⁸ Gem § 37 Abs 2 ArbVG können die Arbeitnehmer Anfragen, Wünsche, Beschwerden, Anzeigen oder Anregungen beim Betriebsrat, bei jedem seiner Mitglieder und beim Betriebsinhaber vorbringen.

⁴⁵⁹ *Strasser/Jabornegg*, ArbVG³, Rz 82 zu § 97.

⁴⁶⁰ *Binder in Tomandl*, ArbVG, Rz 346 zu § 97.

⁴⁶¹ *Binder in Tomandl*, ArbVG, Rz 347 zu § 97 mwN.

2.2.4.5. Abschließende Bemerkung

In Summe gesehen bieten die Tatbestände des § 97 Abs 1 Z 1 ArbVG (allgemeine Ordnungsvorschriften, die das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb regeln), des § 97 Abs 1 Z 9 ArbVG (Maßnahmen zur menschengerechten Arbeitsgestaltung) sowie des § 97 Abs 1 Z 20 (betriebliches Beschwerdewesen) durchaus eine taugliche Grundlage für Regelungen zur Prävention von bzw Intervention bei Mobbing, Belästigungen und anderen unerwünschten Verhaltensweisen in Form einer Betriebsvereinbarung.

3. Mitwirkung in personellen Angelegenheiten

3.1. Allgemeines

Neben einem Informationsrecht über den künftigen Bedarf an Arbeitnehmern bzw nähere Daten über geplante Einstellungen oder die beabsichtigte Aufnahme der Beschäftigung von überlassenen Arbeitskräften (jeweils mit Beratungsrecht des Betriebsrats, siehe §§ 98,99 ArbVG) ist hier etwa die Mitwirkung bei der Festsetzung von Leistungsentgelten im Einzelfall (§ 100 ArbVG) sowie die Mitwirkung bei Versetzungen zu (§ 101 ArbVG, siehe Kapitel 4.1.3). Daneben gibt es noch Mitwirkungsrechte bei Verhängung von Disziplinarmaßnahmen (§ 102 ArbVG), bei der Vergabe von Werkswohnungen (§ 103 ArbVG) und bei Beförderungen (§ 104 ArbVG). Von zentraler Bedeutung sind die Mitwirkungsrechte bei einvernehmlichen Lösungen (§ 104a ArbVG) und das Recht, Kündigungen bzw Entlassungen bei Gericht anzufechten (§ 105 ArbVG).

3.2. Zusammenhang mit unerwünschten Verhaltensweisen am Arbeitsplatz

3.2.1. Disziplinarmaßnahmen

3.2.1.1. Disziplinarordnung

Die Einführung einer betrieblichen Disziplinarordnung bedarf gem § 96 Abs 1 Z 1 ArbVG der Zustimmung des Betriebsrates in Form einer Betriebsvereinbarung.

Verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung, kann diese nicht bei der Schlichtungsstelle erzwungen werden.

Eine Disziplinarordnung ist eine generell-abstrakte Regelung für die Verhängung von Disziplinarmaßnahmen, es geht also um allgemeine und nicht nur auf einen Einzelfall bezogene Vorschriften. Disziplinarordnungen enthalten idR einerseits materielle Bestimmungen, dh eine Aufzählung der möglichen Pflichtverletzungen und den entsprechenden Sanktionen (Strafen). Andererseits können aber auch Verfahrensvorschriften hinsichtlich der Einrichtung und Besetzung von Disziplinarkommissionen, der Durchführung von Disziplinarverfahren, Verhandlungen und Verhängung von Sanktionen getroffen werden⁴⁶².

3.2.1.2. Disziplinarmaßnahmen

Disziplinarmaßnahmen werden bei Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers verhängt und verfolgen einen spezial- und generalpräventiven Zweck. Sowohl der konkret gegen seine Pflichten verstoßende Arbeitnehmer als auch die übrigen Beschäftigten sollen vor zukünftigem Fehlverhalten abgehalten werden. Die Disziplinarmaßnahme fügt ein (materielles und/oder ideelles) Übel zu und drückt einen Tadel aus, wodurch sie sich grundlegend von einer Konventionalstrafe unterscheidet, welche einen pauschalierten Schadensausgleich bezweckt⁴⁶³. Disziplinarmaßnahmen sind alle Maßnahmen des Arbeitgebers zur Wahrung oder Wiederherstellung der betrieblichen Ordnung, mit denen dem Arbeitnehmer ein Nachteil zugefügt oder zumindest angedroht wird.⁴⁶⁴ Als Disziplinarmaßnahmen kommen bspw Verwarnungen und Verweise, Entgeltkürzung und Geldstrafe, Vorrückungsaufschub oder Beförderungsausschluss in Betracht⁴⁶⁵.

Das Abgrenzungskriterium zwischen Disziplinarmaßnahme und schlichter Verwarnung liegt in dem gegenüber der Verwarnung zusätzlichen Sanktionscharakter der Disziplinarmaßnahme, die über die individualrechtliche

⁴⁶² *Preiss* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, ArbVG III³, Rz 5 zu § 96.

⁴⁶³ *Binder* in *Tomandl*, ArbVG, Rz 10 zu § 96 mwN.

⁴⁶⁴ OGH 9 Ob A 51/95, Arb 11.396 = DRdA 1996, 31 (*Marhold*) = DRdA 1995, 422 = ZAS 1995, 197 (*Andexlinger*) = infas 1995 A 101 = RdW 1996, 76 = ARD 4680/28/95.

⁴⁶⁵ Siehe dazu im Detail *Binder* in *Tomandl*, ArbVG, Rz 17 ff zu § 96 mwN.

Sanktion hinausgeht. Ausschlaggebend ist dabei der mit der Maßnahme verfolgte Zweck. Während die schlichte Abmahnung „schwergewichtig zukunftsbezogen gestaltet ist und der Arbeitgeber damit seine vertraglichen Rügerechte ausübt, den Arbeitnehmer zu vertragsgerechtem zukünftigen Verhalten anzuhalten und vor Konsequenzen für den Bestand oder Inhalt des Arbeitsverhältnisses bei weiteren Verletzungen zu warnen, ist die Disziplinarmaßnahme auf die Sanktionierung des beanstandeten Verhaltens selbst gerichtet“⁴⁶⁶.

Strittig ist, ob Versetzungen, Kündigungen und Entlassungen zulässige Disziplinarmaßnahmen sein können. Die überwiegende Lehre und die Judikatur verneinen dies, wobei der OGH jedoch die Knüpfung einer Entlassung an das Erfordernis eines vorausgehenden Disziplinarverfahrens (jedenfalls bei arbeitsvertraglicher Unkündbarkeit) zulässt⁴⁶⁷. Damit liegt jedoch keine eigentliche Disziplinarmaßnahme vor sondern eine Einschränkung des Entlassungsrecht.

Die Verhängung einer Disziplinarmaßnahme ist gem § 102 ArbVG nur zulässig, wenn sie in einem Kollektivvertrag oder einer Betriebsvereinbarung vorgesehen ist. Darüber hinaus bedarf die konkrete Verhängung im Einzelfall der Zustimmung entweder des Betriebsrates oder einer entsprechenden Entscheidung von Seiten einer mit Zustimmung des Betriebsrates eingerichteten Stelle (insb Disziplinarkommission). Die Zustimmung des Betriebsrates zur Einrichtung der Stelle muss in Form einer Betriebsvereinbarung erfolgen⁴⁶⁸. Disziplinarerkenntnisse unterliegen der vollen gerichtlichen Überprüfung, sowohl hinsichtlich deren Inhalts als auch hinsichtlich Verfahrensmängel⁴⁶⁹.

3.2.1.3. Bewertung

Disziplinarmaßnahmen können – sofern die Voraussetzungen zu ihrer Verhängung gegeben sind – taugliche Reaktionen auf „Mobbing“, Belästigung bzw vergleichbare Pflichtverletzungen sein. Damit kann der Belegschaft signalisiert werden, dass derartige Verhaltensweisen nicht toleriert werden, was wiederum generalpräventive

⁴⁶⁶ Cerny in Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller, ArbVG III³ Rz 1 zu § 102.

⁴⁶⁷ Siehe dazu Binder in Tomandl, ArbVG, Rz 23 ff zu § 96 mwN.

⁴⁶⁸ Reissner in ZellKomm, Rz 12 f zu § 102 ArbVG mwN.

⁴⁶⁹ Cerny in Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller, ArbVG III³, Rz 5 zu § 102 mwN.

Wirkung hat. Umgekehrt kann dieses Instrumentarium aber auch zu mobbingähnlichen Vorgangsweisen missbraucht werden⁴⁷⁰. Ob eine Disziplinarordnung die Grundlage sachgerechter Sanktionen sein kann, hängt einerseits von deren Qualität und andererseits von den mit ihrer Durchsetzung betrauten Personen auf betrieblicher Ebene ab. Sowohl die Formulierung der zu sanktionierenden Tatbestände als auch die Auswahl der Sanktionen und die Regelung des einzuhaltenden Verfahrens sind hier von großer Bedeutung.

Abgesehen von den eingeschränkten Voraussetzungen, Disziplinarmaßnahmen zu verhängen (Bestehen einer Disziplinarordnung iSd § 96 Abs 1 Z 1 ArbVG; Zustimmung des Betriebsrates bzw Einrichtung einer Disziplinarcommission, Durchführung eines Disziplinarverfahrens) können damit gerade jene Fälle nicht erfasst werden, bei denen es weniger um die „Schuldfrage“ als um die Lösung einer interpersonellen Konfliktsituation geht. Dazu würde es aber Mechanismen zur Konfliktlösung bedürfen, was gerade nicht Gegenstand einer Disziplinarordnung ist. In schwerwiegenden Fällen (bei denen auch der Sachverhalt hinreichend geklärt ist) wird ohnehin kein Weg an der Auflösung des Dienstverhältnisses mit dem „Belästiger“ vorbeiführen, womit sich Disziplinarmaßnahmen ohnehin erübrigen.

3.2.2. Mitwirkung bei Versetzungen

Siehe dazu Kap IV.3.

3.2.3. Mitwirkung in wirtschaftlichen Angelegenheiten

Neben einem Informations-, Interventions- und Beratungsrecht in wirtschaftlichen Belangen des Betriebs (§ 108 ArbVG) sind es hier vor allem die Mitwirkung bei Betriebsänderungen (§ 109 ArbVG), die Mitwirkung im Aufsichtsrat (§ 110 ArbVG) sowie der Einspruch gegen die Wirtschaftsführung (§ 111 ArbVG) und die Anrufung der staatlichen Wirtschaftskommission (§ 112 ArbVG).

⁴⁷⁰ Siehe etwa den Fall der Veröffentlichung von Inhalten eines Disziplinarverfahrens als „Mitarbeiterinformation“ (8 Ob A 187/97a, DRdA 1998/21 [Klein]=ARD 4875/6/97).

4. Zusammenfassung

Ausgewählte Mitwirkungsbefugnisse des Betriebsrates im Zusammenhang mit Prävention von/Intervention bei unerwünschten Verhaltensweisen am Arbeitsplatz sind insb gem § 89 ArbVG das Recht, die Einhaltung der die Arbeitnehmer des Betriebes betreffenden Rechtsvorschriften zu überwachen sowie gem § 90 ArbVG das Recht, in allen Angelegenheiten, die die Interessen der Arbeitnehmer berühren, beim Betriebsinhaber und erforderlichenfalls bei den zuständigen Stellen außerhalb des Betriebes entsprechende Maßnahmen zu beantragen und die Beseitigung von Mängeln zu verlangen (der Betriebsinhaber ist überdies verpflichtet, den Betriebsrat auf dessen Verlangen in allen Angelegenheiten, die die Interessen der Arbeitnehmer des Betriebes berühren, anzuhören).

Die Einführung einer betrieblichen Disziplinarordnung (welche ua Disziplinarmaßnahmen bei Belästigungen oder Mobbinghandlungen vorsehen könnte) bedarf gem § 96 Abs 1 Z 1 ArbVG der Zustimmung des Betriebsrates in Form einer Betriebsvereinbarung. Die Verhängung einer Disziplinarmaßnahme ist gem § 102 ArbVG nur zulässig, wenn sie in einem Kollektivvertrag oder einer Betriebsvereinbarung (iSd § 96 Abs 1 Z 1 ArbVG) vorgesehen ist. Darüber hinaus bedarf die konkrete Verhängung im Einzelfall der Zustimmung entweder des Betriebsrates oder einer entsprechenden Entscheidung von Seiten einer mit Zustimmung des Betriebsrates eingerichteten Stelle (insb Disziplinarkommission).

(Sonstige) Betriebsvereinbarungstatbestände zur Prävention bzw Intervention iZm Mobbing, Belästigung und anderen unerwünschten Verhaltensweisen wären insb Allgemeine Ordnungsvorschriften, die das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb regeln (§ 97 Abs 1 Z 1 ArbVG); Maßnahmen zur menschengerechten Arbeitsgestaltung (§ 97 Abs 1 Z 9 ArbVG) sowie betriebliches Beschwerdewesen (§ 97 Abs 1 Z 20 ArbVG).

Von Bedeutung idZ ist auch die Mitwirkung bei Versetzungen (§ 101 ArbVG).

VII. Schadenersatzrechtliche Konsequenzen

1. Einleitung

1.1. Elemente des Schadenersatzrechts

Bei der Frage nach schadenersatzrechtlichen Konsequenzen unerwünschter Verhaltensweisen am Arbeitsplatz ist zu unterscheiden, zwischen welchen Personen Ansprüche bestehen können. Hier ist sowohl das Verhältnis Arbeitnehmer untereinander als auch das Verhältnis Arbeitnehmer/Arbeitgeber zu betrachten - in all diesen Fällen geht es zunächst um Ansprüche des betroffenen Arbeitnehmers/der betroffenen Arbeitnehmerin. Zu denken ist aber auch an Schäden des Arbeitgebers bzw. an Regressansprüche im Verhältnis Arbeitgeber/Arbeitnehmer bzw umgekehrt.

Voraussetzung für einen Schadenersatzanspruch ist zunächst, dass ein ersatzfähiger Schaden vorliegt. Gem § 1293 ABGB ist „Schade“ jeder Nachteil, der jemandem am Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist. Davon unterscheidet sich der Entgang des Gewinnes, den jemand nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwarten hat. Zu unterscheiden ist somit der „positive Schaden“ (Beschädigung oder Zerstörung einer Sache, Aufwand wegen einer schädigenden Handlung) vom entgangenen Gewinn (Verhinderung einer Vermögensvermehrung). Positiver Schaden und entgangener Gewinn bilden zusammen das „Interesse“.⁴⁷¹ Während bei leichter Fahrlässigkeit nur der „positive Schaden“ zu ersetzen ist, kann bei grober Fahrlässigkeit „volle Genugtuung“ (positiver Schaden und entgangener Gewinn) verlangt werden (§§ 1323, 1324 ABGB). Zu unterscheiden sind weiters Vermögensschaden und ideeller Schaden. Der ideelle oder immaterielle Schaden schlägt sich nicht in einer Vermögensminderung nieder („Gefühlsschaden“).⁴⁷² Unter welchen Bedingungen der Ersatz eines ideellen Schadens in Betracht kommt, soll später noch erörtert werden.

Zu prüfen ist sodann die Kausalität des schädigenden Verhaltens zum eingetretenen Schaden. Ein Verhalten (ein Umstand) ist ursächlich für einen Erfolg, wenn es ihn

⁴⁷¹ Vgl *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 304 mwN.

⁴⁷² Vgl *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 305 mwN.

herbeigeführt bzw bewirkt hat. Dabei sind alle Bedingungen, die zum Eintritt des Erfolges geführt haben, gleichwertig (Äquivalenztheorie“), es wird auch nicht zwischen Anlass und Ursache unterschieden. Die Kausalität wird nach der Formel von der „conditio sine qua non“ geprüft: „Ein Verhalten ist ursächlich für einen Erfolg, wenn es nicht weggedacht werden kann, ohne dass dann der Erfolg wegfiel“. ⁴⁷³ Erst in einem weiteren Schritt wird im Sinne der Adäquanztheorie eine Einschränkung der Ersatzpflicht vorgenommen: „Adäquanz (Adäquität) liegt vor, wenn die Ursache ihrer allgemeinen Natur nach für die Herbeiführung eines Erfolges wie des eingetretenen noch geeignet erscheint und der Erfolg nicht nur wegen einer ganz außergewöhnlichen Verkettung von Umständen eingetreten ist.“⁴⁷⁴

1.2. Problemfall – Mehrzahl von Tätern

Problematisch sind jene Fälle, bei denen nicht festgestellt werden kann, welcher von mehreren „Tätern“ durch sein Verhalten den Schaden herbeigeführt hat. Unproblematisch ist die Beurteilung dann, wenn mehrere Personen **gemeinschaftlich und vorsätzlich** einen Schaden herbeiführen (zB durch Zusammenwirken bei der Ausführung der Tat oder durch Anstiftung). In diesen Fällen sind diese Mittäter iwS, sie haften solidarisch. Haben die Schädiger nicht gemeinschaftlich und vorsätzlich, sondern getrennt oder nur fahrlässig gehandelt, so haftet, wenn die Anteile sich bestimmen lassen, jeder nur für den von ihm verursachten Schaden. Bei Unbestimmbarkeit der Anteile haftet jeder Täter für das Ganze.⁴⁷⁵

Problematisch sind weiters die Fälle der alternativen und kumulativen Kausalität. Bei der **alternativen Kausalität** geht es darum, dass nur einer von mehreren möglichen Tätern für einen Erfolg ursächlich gewesen kann, aber nicht feststellbar ist, ob es der eine oder der andere war. Die hM nimmt hier analog zu § 1302 ABGB eine Solidarhaftung aller möglichen Täter an, wenn sie alle rechtswidrig, schuldhaft und „konkret gefährlich“ gehandelt haben.⁴⁷⁶ Wurden mehrere Handlungen gesetzt, von denen jede einzelne den schädigenden Erfolg herbeigeführt hätte, spricht man von

⁴⁷³ Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 309 mwN.

⁴⁷⁴ Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 311 mwN.

⁴⁷⁵ Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 326 mwN.

⁴⁷⁶ Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 334 mwN

kumulativer Kausalität. Die hM nimmt auch hier eine solidarische Haftung an.⁴⁷⁷ Von **überholender Kausalität** spricht man, wenn ein Ereignis einen Schaden herbeiführt, den später ein anderes Ereignis ebenfalls verursacht hätte. Nach der Rsp haftet jener, der die nachteilige Veränderung real herbeigeführt hat. Bei Vorhandensein einer Schadensanlage („Anlageschäden“) hat der Täter jedoch nur den durch die Vorverlegung des Schadens entstehenden Nachteil zu ersetzen.⁴⁷⁸

1.2. Anwendung auf unerwünschte Verhaltensweisen am Arbeitsplatz

Es ist somit zunächst zu prüfen, ob die unerwünschte Verhaltensweise am Arbeitsplatz im Sinne der Äquivalenztheorie **kausal** für einen eingetretenen Schaden gewesen ist. Soweit es sich um gesundheitliche Beeinträchtigungen handelt, ist diese Frage in aller Regel aufgrund eines medizinischen Sachverständigengutachtens zu klären. Wenn der Arbeitnehmer bspw persönlichkeitsbedingt an Gesundheitsstörungen leidet, besteht keine Kausalität zwischen dem Verhalten des Vorgesetzten und den Gesundheitsstörungen und ein Schadenersatzanspruch muss versagt bleiben.⁴⁷⁹ Sodann ist zu fragen, ob das Verhalten im Sinne der Adäquanztheorie seiner Natur nach für den Eintritt der psychischen Beeinträchtigung nicht völlig ungeeignet erscheint. Auch hier sind Erkenntnisse aus der Medizin bzw der Psychologie heranzuziehen. Gerade die Ergebnisse der „Mobbingforschung“ haben bspw gezeigt, dass derartige schikanöse Verhaltensweisen (noch dazu, wenn sie über einen tatsächlich längeren Zeitraum gesetzt werden) nicht nur in Ausnahmefällen geeignet sind, psychische Beeinträchtigungen mit Krankheitswert herbeizuführen.

Einzustehen ist für einen Schaden nur, wenn das Verhalten des Schädigers als rechtswidrig einzustufen ist. Die **Rechtswidrigkeit** kann sich aus dem Verstoß gegen konkrete Verhaltensnormen („Schutzgesetze“ iSd § 1311 ABGB) oder aus der Verletzung sog absoluter Rechte ergeben. Zu diesen zählen vor allem Leben, Gesundheit, Freiheit und Eigentum. Die Verletzung eines absoluten Rechts indiziert die Rechtswidrigkeit des Verhaltens, das zu diesem Erfolg geführt hat. Welches Verhalten jedoch tatsächlich noch erlaubt oder wegen seiner Gefährlichkeit schon

⁴⁷⁷ Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 335 mwN.

⁴⁷⁸ Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 336 mwN.

⁴⁷⁹ OLG Wien 8 Ra 9/02f, ARD 5414/7/2003.

verboten ist, richtet sich primär nach der Verkehrsauffassung und der allgemeinen sozialen Erfahrung. ⁴⁸⁰ „Reine“ oder „primäre“ Vermögensschäden sind nachteilige Veränderungen im Vermögen des Geschädigten, die nicht die Folge der Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes dieses Geschädigten sind. Diese werden dann ersetzt, wenn Schutzgesetze derartige Schädigungen verbieten, wenn ein vorsätzlich sittenwidriges Verhalten iSd § 1295 Abs 2 ABGB vorliegt sowie bei Haftungen aus Verträgen bzw sonstigen schuldrechtlichen Sonderbeziehungen⁴⁸¹.

Die Rechtswidrigkeit ist anhand der in Kapitel III aufgezeigten Kriterien - je nach Verhältnis Arbeitnehmer / Arbeitgeber oder Arbeitnehmer untereinander - zu prüfen, wobei auch allfällige Rechtfertigungsgründe (Notwehr, Notstand, zulässige Selbsthilfe oder Einwilligung des Verletzten) berücksichtigt werden müssen. Zu beachten ist sodann auch der Rechtswidrigkeitszusammenhang (bzw der Schutzzweck der übertretenen Norm). Wenn eine Norm ein Verhalten verbietet, sollen damit bestimmte Schäden verhindert werden. Übertritt jemand die Verbotsnorm und verursacht er dadurch einen Schaden, so wird er ersatzpflichtig, wenn sich die dem Verbot zugrunde liegende Gefahr realisiert hat, nicht aber dann, wenn ein ganz anderer Schaden eingetreten ist; für seinen Ersatz fehlt der Rechtswidrigkeitszusammenhang. Aufgrund eines rechtswidrigen Verhaltens ist also nur für jene Schäden zu haften, welche die übertretene Verhaltensnorm nach ihrem Schutzzweck gerade verhindern wollte. ⁴⁸²

Voraussetzung für einen Schadenersatz ist auch ein **Verschulden** des Schädigers. Verschulden ist die Vorwerfbarkeit des rechtswidrigen Verhaltens. Diese ist nur gegeben, wenn der Täter nach seinen subjektiven Fähigkeiten in der Lage war, die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens einzusehen und sich dieser Einsicht gemäß zu verhalten. Die Verschuldensformen sind Vorsatz und Fahrlässigkeit. Wesentlich ist beim Vorsatz, dass der Schaden „mit Wissen und Willen“ herbeigeführt wird, wobei auch das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zum Begriff des Vorsatzes gehört. Es gibt mehrere Arten des Vorsatzes: Der Täter kann in der Absicht handeln, den Erfolg herbeizuführen (dolus directus, dolus specialis), er kann mit dem sicheren Wissen handeln, dass der Erfolg eintreten wird (dolus principalis), er kann den Erfolg nur für

⁴⁸⁰ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 312 mwN.

⁴⁸¹ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 314 mwN.

⁴⁸² *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 316 mwN.

möglich halten und sich mit der möglichen Verwirklichung abfinden (dolus eventualis). Fahrlässigkeit ist die Außerachtlassung der gehörigen Sorgfalt.⁴⁸³ Gemäß § 1298 ABGB hat der Schädiger im Falle der Verletzung einer Verpflichtung aus Vertrag bzw einer gesetzlichen Sonderbeziehung zu beweisen, dass ihn daran kein Verschulden trifft. Diese Beweislastumkehr wird von der hM auch bei Verletzung von Schutz- und Sorgfaltspflichten, die Pflichten in contrahendo und die Verletzung von „Schutzgesetzen“ herangezogen.⁴⁸⁴

2. Ansprüche des Arbeitnehmers

2.1. Allgemeines

Treten unerwünschte Verhaltensweisen am Arbeitsplatz (wie bspw Mobbing oder Belästigung) auf, kann es zu einer Schädigung des betroffenen Arbeitnehmers kommen. Die Schäden können vielfältig sein: Denkbar sind etwa Schäden an der Gesundheit (insb psychische Beeinträchtigungen) – mit allen damit verbundenen auch vermögensrechtlichen Konsequenzen wie Heilungskosten, Verdienstentgang etc.; am Eigentum (wenn dem Arbeitnehmer gehörende Sachen beschädigt werden); an der Ehre oder am Vermögen (bspw Einkommensverlust durch Intrige eines Arbeitskollegen). Ersatzansprüche können sich dabei gegen Arbeitskollegen ebenso wie gegen den Arbeitgeber richten. Zunächst soll auf allgemeine Fragen iZm Schadenersatzansprüchen betroffener Arbeitnehmer eingegangen werden; sodann werden einzelne mögliche Anspruchsgrundlagen geprüft.

2.2. Haftung des Arbeitgebers für Verhalten anderer Personen

2.2.1. Organe / Repräsentanten

Fraglich ist, wessen Verhalten sich der Arbeitgeber zurechnen lassen muss. Neben jenen Fällen, bei denen der Arbeitgeber selbst rechtswidrig handelt (etwa in dem er rechtswidrige Verhaltensweisen selbst setzt oder es unterlässt rechtswidrige Verhaltensweisen anderer Arbeitnehmer/innen abzustellen) kommt auch eine

⁴⁸³ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 319 mwN.

⁴⁸⁴ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 320 mwN.

Haftung für rechtswidriges Verhalten anderer Personen in Betracht. Da juristische Personen nicht selbst sondern nur durch ihre Organe handeln können, haften sie nach hM für deren Verschulden⁴⁸⁵. Die hL und neuere Rsp sehen als Organ nicht nur die satzungsgemäß berufenen Vertreter sondern jeden Repräsentanten an, der eine leitende Stellung mit selbständigem Wirkungsbereich innehat⁴⁸⁶. Die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht des Täters ist dabei nicht entscheidend. Repräsentant ist vielmehr jeder, der eine leitende Stellung mit selbständigem Wirkungsbereich inne hat, also in verantwortlicher, leitender oder überwachender Funktion Tätigkeiten für die juristische Person ausübt⁴⁸⁷. Als „Repräsentanten“ wurden bspw die Obleute, Mitglieder des Vorstands bzw allenfalls auch Ressortsprecher und Klubobleute (nicht jedoch „einfache Abgeordnete“) einer politischen Partei⁴⁸⁸, der eine Straßenbaustelle betreuende bauleitende Ingenieur⁴⁸⁹ oder der Direktor einer Schule bzw der für Schulbauten zuständige Repräsentant⁴⁹⁰ angesehen. Das Verhalten all dieser Personen führt somit direkt zu einem Schadenersatzanspruch gegen den Arbeitgeber, unabhängig davon, ob dieser davon gewusst hat, er dieses Verhalten verhindern konnte etc.

2.2.2. Grundsätzliches zur Gehilfenhaftung

Daneben kommen aufgrund der §§ 1313a und 1315 ABGB noch weitere Zurechnungen in Betracht. Gem § 1313a ABGB haftet derjenige, der einem anderen zu einer Leistung verpflichtet ist, für das Verschulden seines Erfüllungsgehilfen wie für sein eigenes. Voraussetzung für eine Erfüllungsgehilfenhaftung ist eine rechtliche Sonderbeziehung. Primär versteht man darunter vertragliche Schuldverhältnisse, aber auch gesetzliche Verpflichtungen, die gegenüber einer bestimmten anderen Person bestehen, wie etwa Unterhaltungspflichten, Schadenersatzpflichten oder die Pflicht zur Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Die Bestimmung des § 1313a ABGB ist aber nicht nur dann anzuwenden, wenn der Gehilfe zur Erfüllung

⁴⁸⁵ Siehe bspw *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 375 mwN.

⁴⁸⁶ *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 377 mwN. *Aicher* in *Rummel* I³, Rz 26 zu § 26 mwN; *Reischauer* in *Rummel* II³ Rz 2a zu § 1315 mwN; *Harrer* in *Schwimann* VI³ Rz 19 zu § 1315 mwN.

⁴⁸⁷ OGH 7 Ob 271/02g mwN, ecolex 2004/200 = MietSlg 55.002.

⁴⁸⁸ OGH 6 Ob 153/97m, SZ 10/150.

⁴⁸⁹ OGH 2 Ob 107/98v, JBl 1998, 713 = RdW 1998, 664.

⁴⁹⁰ OGH 4 Ob 18/84 ZAS 1985/4.

der Hauptleistungspflicht eingesetzt wird; auch die Heranziehung zur Erfüllung von mit dem Schuldverhältnis verbundenen Schutz- Sorgfalts- und Aufklärungspflichten sowie die Heranziehung eines Gehilfen beim Vertragsabschluss fällt darunter.⁴⁹¹ Nach hM haftet der Geschäftsherr idZ nur für jene Schäden, die bei Erfüllung vom Gehilfen zu erfüllenden Pflicht, nicht aber für jene, die bloß gelegentlich dieser Erfüllung verursacht werden. Bei der Schädigung gelegentlich der Erfüllung besteht nur ein äußerer, nur durch Zeit und Ort begründeter Zusammenhang, der für eine „Erfüllungsgehilfenhaftung“ nicht ausreicht.⁴⁹² Nach hM muss vielmehr ein innerer Zusammenhang zwischen der schädigenden Handlung des Gehilfen und der Erfüllung des Vertrages bestehen⁴⁹³. *Koziol* zieht die Grenze folgendermaßen: „Da nun das Gehilfenverschulden ein schwächeres Haftungselement als das Eigenverschulden ist, muß die Grenze deshalb viel enger gezogen werden. Es sind nicht bloß ganz unvorhersehbare Schadensfolgen auszuschließen, sondern die Haftung des Geschäftsherrn ist nur für die typischen nachteiligen Folgen, die ganz allgemein bei Einsatz eines Gehilfen zu erwarten sind, zu bejahen“⁴⁹⁴. Bei Verletzung von Schutzpflichten verneint *Koziol* unter Berufung auf *Larenz* eine Erfüllungsgehilfenhaftung dann, wenn der Schaden „auf einem selbständigen, durch den haftungsbegründenden Vorgang nicht herausgeforderten Entschluss eines Dritten beruht, der ihn deshalb allein zu verantworten hat“. Im Ergebnis kommt *Koziol* somit zu einem Entfall der Haftung gem § 1313a ABGB iZm mit der Erfüllung von Schutzpflichten bei Vorsatz des Gehilfen⁴⁹⁵. Ansonsten kommt eine Haftung gemäß § 1315 ABGB in Betracht, nämlich für eine untüchtigen oder (mit Wissen des Arbeitgebers) gefährlichen Besorgungsgehilfen.

2.2.3. Erfüllungsgehilfenhaftung und Fürsorgepflicht

2.2.3.1. Problem

Wenn die Erfüllungsgehilfenhaftung gem § 1313a ABGB auch bei der Übertragung der Schutz- und Sorgfaltspflichten anzunehmen ist, stellt sich die Frage, inwieweit

⁴⁹¹ *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 337 mwN.

⁴⁹² *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 343 mwN.

⁴⁹³ *Harrer* in *Schwimann* VI³, Rz 22 zu § 1313a mwN.

⁴⁹⁴ *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 345.

⁴⁹⁵ *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 345 f mwN.

hier eine Haftung des Arbeitgebers für das Verhalten seiner Arbeitnehmer in Betracht kommt.

2.2.3.2. Bisheriger Meinungsstand

In der Literatur wird dazu vertreten, dass sich der Arbeitgeber gegenüber seinen Arbeitnehmern zur Erfüllung seiner Schutz- und Sorgfaltspflichten jeweils anderer Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfen bedient und somit gem § 1313a ABGB für deren Verschulden haftet.⁴⁹⁶ Der OGH hat die Frage, inwieweit eine Erfüllungsgehilfenhaftung im Rahmen der Fürsorgepflicht gegeben ist, in einer E aus dem Jahr 1978 offen gelassen⁴⁹⁷. In einer E des OLG Innsbruck aus dem Jahr 1993 wurde eine solche Haftung grundsätzlich bejaht⁴⁹⁸ (in der daraufhin ergangenen E des OGH wurde diese Frage dann aufgrund angenommener Gefährdungshaftung nicht mehr behandelt). In einer E des OLG Linz aus dem Jahr 2007⁴⁹⁹ wurde diese Frage iZm nachteiligen Auskünften über eine ehemalige Arbeitnehmerin ebenfalls diskutiert. Im konkreten Fall wurde eine solche Erfüllungsgehilfenhaftung jedoch vom Berufungsgericht verneint, da die Auskunft gebende Vorgesetzte nur „gelegentlich“, nicht aber „bei“ Erfüllung von Schutzpflichten gehandelt habe. Das Dienstverhältnis der klagenden Arbeitnehmerin habe bereits mehrere Monate vor dieser Auskunft geendet. Zwar gebe es trotzdem noch Nachwirkungen etwa iZm der Verpflichtung zur Ausstellung eines Dienstzeugnisses, worum es hier jedoch nicht gegangen sei. In der darauf ergangenen E des OGH wurden sodann nurmehr mögliche Ansprüche aus einer Repräsentantenhaftung sowie eines allfälligen Organisationsverschuldens erörtert. In einer E aus dem Jahr 2008 hielt der OGH fest, dass im Falle einer sexuellen Belästigung durch den Geschäftsführer einer GmbH dieses Verhalten der juristischen Person unmittelbar zuzurechnen ist, weshalb die belästigte

⁴⁹⁶ Siehe dazu bspw *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 234; *Spielbüchler/Grillberger* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴, 349; *Grillberger*, Die Haftung bei Arbeitsunfällen unter Arbeitskollegen, DRdA 1974, 259; *Kletecka* in *Rebhahn*, GIBG, Rz 13 f zu § 12.

⁴⁹⁷ OGH 4 Ob 16/78 Arb 9703 = DRdA 1979/14 (*Grillberger*) = ZAS 1982/6 = DRdA 1978, 362 = ÖJZ 1979/25 = JBI 1979, 382 = SWK 1981, B I 42.

⁴⁹⁸ OLG Innsbruck 12.1.1993, 5 Ra 222/92 (als Berufungsentscheidung zit nach OGH 9 Ob A 109/93, DRdA 1994/27 [*Oberhofer*]).

⁴⁹⁹ OLG Linz 22.5.2007, 11 Ra 5/07w (als Berufungsentscheidung zit nach OGH 9 Ob A 104/07w09/93 infas 2008, A 50 = ASoK 2008, 357 = ARD 5581/5/2008 = ecolex 2008/244 = ZAS-Judikatur 2008/119 = JBI 2008, 734 = DRdA 2008, 442 = RdW 2008/558).

Arbeitnehmerin weder andere Organe der GmbH noch Organe deren Muttergesellschaft um Abhilfe ersuchen muss. Der Geschäftsführer handelte als Belästiger nicht nur deliktisch, sondern verletzte durch sein Tun auch die vertragliche Fürsorgepflicht der von ihm vertretenen GmbH. Sowohl dann, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer selbst belästigt, als auch dann, wenn er einer allfälligen Belästigung durch Dritte nicht auf angemessene Weise abhilft, verletzt er seine Fürsorgepflicht durch eigenes Verhalten. Dass eine juristische Person als Arbeitgeber ihre Fürsorgepflicht nicht selbst wahrnehmen könne, heiße – so der OGH nicht, dass sie keine Fürsorgepflicht treffe. treffe sie aber eine diesbezügliche Pflicht, dann könne sie diese auch verletzen. Dabei seien die von ihr mit der Wahrnehmung der Fürsorgepflicht betrauten natürlichen Personen als Erfüllungsgehilfen anzusehen. ⁵⁰⁰

2.2.3.3. Eigene Ansicht

Eine Erfüllungsgehilfenhaftung hinsichtlich Ausübung der Fürsorgepflicht ist mE insoweit gegeben, als es sich um die Übertragung von den Arbeitgeber selbst treffenden Pflichten, also idZ der Fürsorgepflicht handelt. Nur dann wird der Gehilfe „mit Willen des Schuldners im Rahmen der dem Schuldner obliegenden Verbindlichkeit“⁵⁰¹ tätig.⁵⁰² Erfüllungsgehilfe kann somit nur sein, wem Aufgaben im Rahmen der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers übertragen wurden, was idR nur bei Vorgesetzten der Fall sein wird. Abzugrenzen sind aber auch im Sinne der obigen Ausführungen Schädigungen „bei“ von solchen „gelegentlich“ der Erfüllung der Fürsorgepflicht. Während eine Erfüllungsgehilfenhaftung bspw bei von Vorgesetzten begangenen (jedenfalls vorsätzlichen) Belästigungshandlungen mE somit idR nicht anzunehmen sein wird⁵⁰³, wäre dies etwa bei Unterlassung der Hilfeleistung seitens eines Vorgesetzten bei Belästigung durch Arbeitskollegen oder sonstige Dritte sehr wohl der Fall.

⁵⁰⁰ OGH 9 Ob A 18/08z, ecolex 2008/353 = ASoK 2008, 440 = ZAS-Judikatur 2008/145 = wbl 2008/254 = DRdA 2008, 527 = infas 2008, A 84.

⁵⁰¹ *Koziol*, Haftpflichtrecht II⁴, 340.

⁵⁰² IdS auch *Oberhofer*, Arbeitskollegen- und Regreßhaftung gegenüber Sozialversicherungsträger als „Risikoschaden“, DRdA 1995, 1.

⁵⁰³ IdS (jedenfalls für den Bereich des GIBG) auch *Kletecka in Rebahn*, GIBG, Rz 15 zu § 12, der darauf hinweist, dass nach dem GIBG der Arbeitgeber nur dann haftet, wenn er es schuldhaft unterlassen hat, eine angemessene Abhilfe zu schaffen; aA *Reischauer in Rummel* II³ Rz 25 zu § 1328.

2.3. Sozialversicherungsrechtliche Besonderheiten

2.3.1. „Dienstgeberhaftungsprivileg“

2.3.1.1. Grundsätzliches

Wird ein Dienstnehmer infolge eines Arbeitsunfalles oder durch eine Berufskrankheit am Körper verletzt, haftet der Dienstgeber gem § 333 Abs 1 ASVG lediglich dann, wenn er den Arbeitsunfall oder die Berufskrankheit vorsätzlich verursacht hat. Liegt Vorsatz vor, vermindert sich der Schadenersatzanspruch gem Abs 2 um die Leistungen aus der gesetzlichen Unfallversicherung. Dieses „Dienstgeberhaftungsprivileg“ kommt gem Abs 4 auch den gesetzlichen oder bevollmächtigten Vertretern des Unternehmers sowie dem „Aufseher im Betrieb“ zugute. Unter „Aufseher im Betrieb“ versteht man eine Person, die „für das Zusammenspiel persönlicher und technischer Kräfte verantwortlich“ sein muss, der „ein gewisser Pflichtenkreis und eine mit Selbständigkeit verbundene Stellung zukommt“ und der „eigene Verantwortung über einen organisatorischen Teil des Betriebes“ trägt. Dem „Aufseher im Betrieb“ muss somit eine gewisse Weisungsbefugnis und damit auch Fürsorgepflicht gegenüber anderen Dienstnehmern übertragen.⁵⁰⁴ Auf sonstige Arbeitskollegen, die einen Arbeitsunfall verursachen, wird das „Dienstgeberhaftungsprivileg“ nicht analog angewandt. Auch aus § 3 DHG ergibt sich keine Beschränkung des Ersatzanspruches eines geschädigten Arbeitnehmers gegenüber einem Arbeitskollegen, der kein „Aufseher im Betrieb“ ist.⁵⁰⁵ Das „Dienstgeberhaftpflichtprivileg“ kommt gem Abs 3 dieser Bestimmung dann nicht zur Anwendung, wenn der Arbeitsunfall durch ein Verkehrsmittel eingetreten ist, für dessen Betrieb aufgrund gesetzlicher Vorschrift eine erhöhte Haftpflicht besteht. Der Dienstgeber haftet hier nur bis zur Höhe der Haftpflichtsumme (es sei denn, der Versicherungsfall wurde von ihm vorsätzlich verursacht). Gem § 334 Abs 1 ASVG hat der Dienstgeber bzw der „Aufseher im Betrieb“ den Trägern der Sozialversicherung alle nach diesem Gesetz zu gewährenden Leistungen zu ersetzen, wenn er den Arbeitsunfall oder die Berufskrankheit vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht hat.

⁵⁰⁴ *Krejci/Böhler in Tomandl, System 475 mwN.*

⁵⁰⁵ *Krejci/Böhler in Tomandl, System 477 f mwN.*

Arbeitsunfälle sind gem § 175 Abs 1 ASVG Unfälle, die sich im örtlichen, zeitlichen und ursächlichen Zusammenhang mit der die Versicherung begründenden Beschäftigung ereignen. Abs 2 dieser Bestimmung erweitert die Definition um Unfälle, die sich bspw auf mit der Beschäftigung zusammenhängenden Wegen oder Tätigkeiten ereignen. § 176 ASVG enthält eine Aufzählung von den Arbeitsunfällen gleichgestellten Unfällen (bspw Teilnahme an Betriebsversammlungen oder Schulungen). Von einem „Unfall“ kann nur gesprochen werden, wenn die Gesundheitsschädigung durch ein plötzliches, dh zeitlich begrenztes Ereignis bewirkt wurde. „Plötzlichkeit“ bedeutet nicht Einmaligkeit. Auch kurz aufeinander folgende Einwirkungen, die nur in ihrer Gesamtheit einen Körperschaden bewirken, sind noch als „plötzlich“ anzusehen, wenn sie sich bspw innerhalb einer Arbeitsschicht oder eines Dienstauftrages, der sich auf zwei Tage Einsatz erstreckte, ereignet haben.⁵⁰⁶ „Unfall ist somit ein zeitlich begrenztes Ereignis, das zu einer Körperverletzung geführt hat.“⁵⁰⁷

Als Berufskrankheiten gelten gem § 177 Abs 1 ASVG die in der Anlage 1 zu diesem Gesetz bezeichneten Krankheiten unter den dort angeführten Voraussetzungen, wenn sie durch Ausübung der die Versicherung begründenden Beschäftigung in einem in Spalte 3 der Anlage bezeichneten Unternehmen verursacht sind. Ist eine Krankheit ihrer Art nach nicht in Anlage 1 enthalten, kann der Träger der Unfallversicherung mit Zustimmung des Bundesministers für soziale Verwaltung im Einzelfall aufgrund gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnisse feststellen, dass diese Krankheit ausschließlich oder überwiegend durch die Verwendung schädigender Stoffe oder Strahlen bei einer vom Versicherten ausgeübten Beschäftigung entstanden ist. Somit ist nicht jede Krankheit, die im Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit steht, eine „Berufskrankheit“; nur bestimmte, vom Gesetzgeber (oder im Einzelfall unter bestimmten Voraussetzungen festgestellte) aufgezählte Krankheiten fallen darunter. Es handelt sich dabei etwa um Erkrankungen durch bestimmte schädigende Substanzen, Hauterkrankungen, Drucklähmungen der Nerven, durch Lärm verursachte Schwerhörigkeit oder (bei

⁵⁰⁶ Tomandl in Tomandl, System 271 mwN.

⁵⁰⁷ Tomandl in Tomandl, System 271 mwN.

bestimmten Branchen) Infektionskrankheiten⁵⁰⁸. Psychische Erkrankungen (welche bspw die Folge von schwerwiegenden Belästigungen sein können) fallen bspw nicht darunter⁵⁰⁹.

2.3.1.2. Anwendung auf Mobbing / Belästigung

Fraglich ist, inwieweit das „Dienstgeberhaftungsprivileg auf Belästigungen bzw Mobbingsachverhalte anwendbar ist. Dazu ist zunächst zu prüfen, ob ein Arbeitsunfall bzw eine Berufskrankheit vorliegt.

Eine „Berufskrankheit“ iZm Belästigungen bzw ähnlichen Verhaltensweisen scheidet (von eher konstruierten Fällen abgesehen) in aller Regel aus. Vorstellbar wäre dies allenfalls insofern, dass Mobbing zu einer der in der Anlage zu § 177 ASVG aufgelisteten Berufskrankheiten führt (worunter aber typische Mobbingfolgen wie bspw Depressionen oder andere psychische Erkrankungen gerade nicht fallen).

Ob ein „Arbeitsunfall“ vorliegt, wird primär davon abhängen, ob ein zeitlich begrenztes Ereignis gegeben ist. Dies kann bei einmaligen (oder mehrmaligen, aber noch in einem engen zeitlichen Konnex zueinander stehenden) Belästigungshandlungen der Fall sein. Schwerwiegende (insb sexuelle) Belästigungen, die bereits unter diesen Voraussetzungen zu einer gesundheitlichen Beeinträchtigung führen, könnten somit als „Arbeitsunfall“ qualifiziert werden.

Fraglich ist, inwieweit hier ein Kausalzusammenhang zwischen Gesundheitsschädigung und Erwerbstätigkeit besteht. Bei Belästigungen durch den Arbeitgeber selbst wird dies idR gegeben sein, sofern es sich nicht um einen bloß zufälligen Zusammenhang handelt. Bei Belästigungen durch dritte Personen ist dies differenzierter zu sehen. Nach *Posch* ist hier (anknüpfend an die Judikatur des deutschen BSG) darauf abzustellen, „ob die jeweilige Erwerbstätigkeit oder die Art

⁵⁰⁸ Siehe dazu im Detail Anlage 1 zu ASVG, Liste der Berufskrankheiten (§ 177 ASVG).

⁵⁰⁹ Nach der E OGH 10 Ob S 105/04w, SVSlg 53.305 = SSV-NF 19/72 = JBl 2006, 468 = ARD 5675/10/2006 = ZAS-Judikatur 2006/73 bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken dagegen, dass sich der Gesetzgeber nicht dazu entschließen konnte, jede Krankheit als Berufskrankheit anzuerkennen, die als Folge arbeitsbedingter Einwirkungen auftreten kann. Eine derart bewusst lückenhafte Regelung liege im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers.

des Betriebes eine Belästigung wesentlich begünstigt oder diese überhaupt erst ermöglicht haben“.⁵¹⁰ Dies wäre etwa bei Arbeitnehmerinnen eines „Hostessen-Services“ oder eines Nachtlokals jedenfalls gegeben. Da Belästigungen aber auch an anderen Arbeitsplätzen stattfinden, dürfe der Gedanke der Machtausübung, der in den allermeisten Fällen Motivation für die Belästigung darstellt, nicht unterbewertet werden. Es sei daher zu fragen, ob die Arbeitnehmerin jedenfalls belästigt worden wäre oder ob die Idee hinter der Belästigung eine mit dem Arbeitsverhältnis verbundene Machtdemonstration ist. Der erforderliche innere Zusammenhang liege danach nur vor, falls die Beweggründe des Angreifers in Umständen begründet sind, die in Verbindung mit der versicherten Tätigkeit des Verletzten stehen. Unter innerem Zusammenhang sei demnach zu verstehen, dass die Erwerbstätigkeit „Auslöser“ für die Belästigung ist. Damit solle eine Abgrenzung zwischen „privat“ und „betrieblich“ geschaffen werden. „Hätte es im privaten Bereich genauso zu sexuellen Übergriffen kommen können wie im betrieblichen Umfeld, so ist der innere Zusammenhang mit der Erwerbstätigkeit nicht gegeben und die Belästigung nicht als Arbeitsunfall zu qualifizieren“.⁵¹¹ Folgt man dieser mE überzeugenden Ansicht, dann kommt hier die Annahme eines Arbeitsunfalles (welcher auch Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung nach den §§ 172 ff ASVG nach sich ziehen kann) in Betracht. Für den Fall, dass derartige Handlungen vom Dienstgeber selbst oder einen „Aufseher im Betrieb“ ausgehen, wird aber idR dennoch eine Haftung zu bejahen sein, weil derartige Handlungen ohne Vorsatz kaum vorstellbar sind. Lediglich wenn es um die vom Dienstgeber unterlassene Abhilfe geht, könnte sich diese Frage (da es solches Untätigbleiben auch auf Fahrlässigkeit beruhen kann) stellen. Hier wird von *Posch* mE sehr überzeugend ausgeführt, dass dies insofern zu einem absurden Ergebnis führen würde, als gerade bei massiven sexuellen Übergriffen (bei welchen es zu Gesundheitsschädigungen kommen kann) der Arbeitgeber von einer Haftung befreit wäre, während dies bei Fällen geringer Intensität nicht der Fall wäre. Nach *Posch* ist daher zu überlegen, ob die Schadenersatzpflicht des § 12 Abs 11 GIBG als *lex specialis* den allgemeinen Ausschlussgrund des § 333 ASVG durchbricht.⁵¹² ME sind die Schadenersatzpflichten des § 12 Abs 11 GIBG sowie des § 26 Abs 11 GIBG generell als *leges speciales* gegenüber dem § 333 ASVG anzusehen (auch für den Fall einer „nicht vorsätzlichen“ direkten Belästigung durch den Arbeitgeber). Die

⁵¹⁰ *Posch* in *Rebhahn*, GIBG, Rz 70 zu §§6,7 mwN.

⁵¹¹ *Posch* in *Rebhahn*, GIBG, Rz 70 f zu §§6,7.

⁵¹² *Posch* in *Rebhahn*, GIBG, Rz 75 zu §§6,7.

Anwendung des Dienstgeberhaftungsprivilegs würde mit dem erkennbaren (und durch die Richtlinie vorgegebenen) Zweck des GIBG, Belästigungen wirksam und abschreckend zu sanktionieren, nicht in Einklang zu bringen sein. Bei zeitlich begrenzten Belästigungen außerhalb des Bereichs des GIBG bzw des BehEinstG wäre das „Dienstgeberhaftpflichtprivileg“ – so unbefriedigend das Ergebnis auch ist – jedoch anzuwenden. Ausscheiden wird dieses aber bei allen Verhaltensweisen, die sich über einen längeren Zeitraum (also bspw über die genannte Dauer einer Arbeitsschicht) erstrecken und erst durch deren Wiederholung zu (psychischen) Beeinträchtigungen führt (wenn diese nicht zu einem plötzlichen Ereignis, bspw einem Suizidversuch, führen). Folgen von „Mobbing“ werden daher nur ausnahmsweise unter das „Dienstgeberhaftpflichtprivileg“ fallen.

2.3.2. „Legalzession“

Gem § 332 Abs 1 ASVG gehen Ersatzansprüche von Versicherten gegenüber dem Schädiger insoweit auf den Sozialversicherungsträger, als dieser Leistungen zu erbringen hat. Schmerzensgeldansprüche sind aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung davon ausgenommen. Hier liegt eine Legalzession vor, dh die Forderung geht auf einen neuen Gläubiger von Gesetzes wegen über, sodass es keiner besonderen Abtretung bedarf.⁵¹³ Diese tritt nicht erst ein, wenn der Sozialversicherungsträger Leistungen tatsächlich erbringt, sondern grundsätzlich bereits dann, wenn der Versicherungsfall eingetreten ist.⁵¹⁴ Die Frage, welche Ansprüche übergehen, wird nach dem sog „Kongruenzprinzip“ gelöst. Dieses besagt, dass von der Legalzession nur solche Haftpflichtansprüche erfasst sind, die der Deckung des Schadens dienen, den auch die Sozialversicherung liquidieren soll.⁵¹⁵ Verlangt wird idS sowohl eine persönliche als auch eine sachliche und zeitliche Kongruenz. Die persönliche Kongruenz besagt, dass nur solche Schadenersatzansprüche übergehen, die dem Versicherten aus eigenem Recht gegen den Schädiger zustehen⁵¹⁶. Sachliche Kongruenz liegt vor, wenn beide Ansprüche (Sozialversicherungs- und Schadenersatzanspruch) darauf abzielen,

⁵¹³ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 128.

⁵¹⁴ *Krejci/Böhler* in *Tomandl*, System 462 mwN.

⁵¹⁵ *Krejci/Böhler* in *Tomandl*, System 444 mwN.

⁵¹⁶ *Krejci/Böhler* in *Tomandl*, System 445 mwN.

denselben Schaden zu decken.⁵¹⁷ Dabei entsprechen bspw die Sachleistungen im Rahmen der Krankenbehandlung den Schadenersatzansprüchen hinsichtlich Heilbehandlung sowie die Geldleistungen (insb Krankengeld, Versehrtenrente, Pensionsleistungen aus dem Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit) jenen hinsichtlich Verdienstentgang.⁵¹⁸ Die Ansprüche müssen auch zeitlich kongruent sein, dh sie müssen für denselben Zeitraum zustehen.⁵¹⁹ Der Versicherungsträger kann den auf ihn übergegangenen Schadenersatzanspruch gem § 332 Abs 5 ASVG gegen einen Dienstnehmer, der im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses in demselben Betrieb wie der Geschädigte beschäftigt war nur dann geltend machen, wenn der Versicherungsfall vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht wurde oder wenn dieser durch ein Verkehrsmittel verursacht wurde, für dessen Betrieb aufgrund gesetzlicher Vorschrift eine erhöhte Haftpflicht besteht. Da sowohl Belästigungen als auch Mobbing, wenn sie zu Schäden führen, idR als vorsätzliche (jedenfalls aber grob fahrlässige) Schadenszufügungen anzusehen sind, werden die auf den Versicherungsträger übergegangenen Ansprüche idR auch beim Schädiger geltend gemacht werden können.

2.4. Regressansprüche gegen Arbeitgeber

Wird ein Arbeitnehmer wegen unerwünschter Verhaltensweisen am Arbeitsplatz von einem Arbeitskollegen schadenersatzrechtlich in Anspruch genommen, stellt sich die Frage, ob hier Regressansprüche gegenüber dem Arbeitgeber bestehen. Solche Ansprüche könnten aufgrund der Bestimmungen des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes (DHG) bestehen.

Gem § 3 DHG hat ein Dienstnehmer dann, wenn er zum Ersatz des Schadens herangezogen wird, den er bei Erbringung seiner Dienstleistungen einem Dritten zugefügt hat, hat er grundsätzlich einen Regressanspruch gegenüber seinem Dienstgeber, wenn der Dienstgeber selbst aufgrund der Bestimmungen der §§ 1313a bis 1316 ABGB (oder aufgrund einer anderen gesetzlichen Bestimmung) gegenüber dem Dritten ersatzpflichtig wäre. Inwieweit hier tatsächlich ein Regressanspruch

⁵¹⁷ *Krejci/Böhler in Tomandl*, System 445 mwN.

⁵¹⁸ Vgl *Krejci/Böhler in Tomandl*, System 446 mwN.

⁵¹⁹ *Krejci/Böhler in Tomandl*, System 451 mwN.

besteht, ist in der Judikatur noch nicht geklärt. Insoweit der Dienstnehmer jedoch als Erfüllungsgehilfe bei Erfüllung der Fürsorgepflicht des Dienstgebers handelt und dabei einen Schaden verursacht, wird eine Haftung des Dienstgebers gem § 1313a ABGB gegeben sein (siehe dazu Kapitel 5.2.2). In diesem Fall kommt dann aber ein Regressanspruch gem § 3 DHG in Betracht. Voraussetzung dafür ist jedoch zunächst, dass die Schädigung „bei Erbringung der Dienstleistung“ erfolgt ist. Es muss der Schadenseintritt in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen.⁵²⁰ Während in der Lehre (insb von *Schrammel*) für eine restriktive Interpretation eingetreten wird und unter Berücksichtigung der Wertungen des DHG, insb der bei der Haftungsminderung heranzuziehenden Kriterien (wie bspw Höhe des Entgelts oder Schadensgeneigtheit der Tätigkeit) nur jene Tätigkeiten einbeziehen will, die unter Leitung und Verfügung des Dienstgebers erfolgen, den vom Dienstgeber durch Abschluss des Arbeitsvertrages angestrebten Erfolg bewirken sollen und somit fremdnützig erbracht werden⁵²¹, bezieht die Rsp bspw „private“ Tätigkeiten dann ein, wenn ein erlaubtes, übliches oder sozialadäquates Verhalten, das mit der eigentlichen Dienstleistung nichts zu tun hat, unmittelbare Schadensursache ist (etwa kurzfristige Unterbrechungen der Arbeitsleistung durch Rauchen, Essen, Trinken, Einnahme von Medikamenten, etc).⁵²² Nach *Windisch-Graetz* ist die Einbeziehung an sich privater Tätigkeiten in den Anwendungsbereich des DHG dann gerechtfertigt, „wenn sich trotz der an sich privaten Tätigkeit ein spezifisch betriebliches Risiko verwirklicht, etwa der Dienstgeber angewiesen hat, Arbeitsgeräte mit nach Hause zu nehmen, Gedränge in der Kantine etc.“⁵²³ Weiters darf es sich nicht um vorsätzliche Schädigungen handeln, da gem § 3 Abs 2 DHG ein Regressanspruch nur im Falle fahrlässiger Schadensverursachung gegeben ist (wobei im Falle grober Fahrlässigkeit ein teilweiser und im Falle leichter Fahrlässigkeit auch ein gänzlicher Regress in Betracht kommt). Bei (aktiven) Belästigungshandlungen werden diese Voraussetzungen idR nicht gegeben sein: Unter Berücksichtigung der aufgezeigten Kriterien wird hier (aus Sicht des Schädigers, im Gegensatz zum Geschädigten) in aller Regel nur ein mittelbarer Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis bzw den typischen Gefahren

⁵²⁰ *Windisch-Graetz* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap XIII Rz 29 ff mwN.

⁵²¹ Siehe insb *Schrammel*, Haftungsminderung „bei“ Erbringung der Dienstleistungen, ZAS 1985, 203; im Ergebnis ähnlich *Kerschner*, DHG, Rz 22 zu § 1; vgl auch *Windisch-Graetz* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap XIII Rz 30.

⁵²² OGH 9 Ob A 34/06z, ecolex 2006/12.

⁵²³ *Windisch-Graetz* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap XIII Rz 31.

des Arbeitslebens bestehen. Auch wird bei derartigen Verhaltensweisen idR Vorsatz vorliegen. Anders könnte dies jedoch bei unterlassener Abhilfe durch Vorgesetzte sein: Bei fahrlässigen Schädigungen, wenn die Abhilfe zum Aufgabenbereich des Vorgesetzten gehört hätte, kommt ein Regressanspruch gegenüber dem Dienstgeber gem § 3 DHG in Betracht. Der Dienstnehmer müsste hier jedenfalls gem § 3 Abs 1 DHG dem Dienstgeber jedenfalls rechtzeitig Mitteilung zu machen und ihm im Fall der gerichtlichen Inanspruchnahme den Streit zu verkünden. Voraussetzung für einen Regressanspruch ist gem Abs 3, dass er den Anspruch des Dritten entweder im Einverständnis mit dem Dienstgeber oder aufgrund eines rechtskräftigen Urteils erfüllt hat. Auf leichter Fahrlässigkeit beruhende Ersatz- und Regressansprüche zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer (und umgekehrt) erlöschen gem § 6 DHG, wenn sie nicht binnen sechs Monaten nach Ablauf des Tages, an dem sie erhoben werden können, gerichtlich (durch Klage oder Einrede) geltend gemacht werden.

Vertreten wird in der Lehre überdies eine Schadensüberwälzung von Sach- und Vermögensschäden, die ein Dienstnehmer einem Arbeitskollegen zugefügt hat, auf den Arbeitgeber nach der Risikohaftung gem § 1014 ABGB, sofern sich in der Schädigung des Arbeitskollegen ein typisches Betriebsrisiko verwirklicht hat. Ist die Schädigung jedoch nur gelegentlich der Arbeitsleistung passiert, kann der Schadenersatz nicht auf den Dienstgeber überwält werden.⁵²⁴ Da im Falle der Anwendung der Risikohaftung die Bestimmungen des DHG analog angewendet werden,⁵²⁵ ist hier das Verschulden des Dienstnehmers zu berücksichtigen. Demgemäß kommt eine Schadensüberwälzung jedenfalls bei Vorsatz nicht in Betracht.

⁵²⁴ Windisch-Graetz in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht, Kap XIII Rz 71 mwN.

⁵²⁵ Windisch-Graetz in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht, Kap XIII Rz 52 mwN.

2.5. Einzelne Anspruchsgrundlagen

2.5.1. Körperverletzung

Treten durch Mobbing psychische Beeinträchtigungen mit „Krankheitswert“ auf, sind diese somit behandlungsbedürftig (bzw. ärztlich diagnostizierbar und medizinisch fassbar), kommt ein Schadenersatzanspruch wegen Körperverletzung in Frage.⁵²⁶

Anspruchsgrundlage ist hier § 1325 ABGB. Danach hat, wer jemanden an seinem Körper verletzt, diesem die Heilungskosten, den entgangenen (bzw. zukünftig entgehenden) Verdienst und ein angemessenes Schmerzensgeld zu ersetzen.

Zu ersetzen sind dem geschädigten Arbeitnehmer/der geschädigten Arbeitnehmerin zunächst die Heilungskosten. Da diese in der Regel von der gesetzlichen Krankenversicherung abgedeckt sind, tritt hier gemäß § 332 ASVG im Schädigungszeitpunkt ein Forderungsübergang ein.

Das ebenfalls zu ersetzende Schmerzensgeld wird in der Regel anhand eines einzuholenden medizinischen Sachverständigengutachtens je nach „Schmerzperioden“ (gestaffelt in „leichte“, „mittelgradige“ und „starke“ Schmerzen) zuerkannt. Bei seelischen Schmerzen wird deren Quantifizierung in Analogie zur Gliederung der körperlichen Schmerzen definiert wie folgt:

- „Bei starken seelischen Schmerzen vermag sich der Betroffene von diesen überhaupt nicht zu lösen, ist diesen total ausgeliefert und daher auch zu keiner nutzbringenden Tätigkeit fähig, dh. die seelischen Schmerzen sind so vordergründig, dass sie den gesamten Bewusstseinsraum einnehmen.“
- Bei mittelgradigen seelischen Schmerzen halten die Fähigkeiten, irgendwelche Aktivitäten in beruflicher oder anderer Hinsicht durchzuführen und das Unvermögen hierzu einander die Waage; da bedeutet, dass die Tätigkeiten zwar möglich, jedoch deutlich beeinträchtigt sind.

⁵²⁶ Rauch, ASoK 2007, 373 (4.1.); Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, Das Schmerzensgeld⁹, 157; Smutny/Hopf, DRdA 2003, 110 (3.5); Smutny/Hopf, Ausgemobbt! (2003), 123 ff; zum Schadenersatz bei Mobbing allgemeine siehe auch Mitgutsch in Esser/Wolmerath/Niedl (1999), 218 ff.

- Bei leichten seelischen Schmerzen besteht nur eine geringe Behinderung der Arbeitsfähigkeit, da leichte seelische Schmerzen nur zwischenzeitig und nebenbei auftreten; das bedeutet beispielsweise, dass Depressivität, Ängste und Befürchtungen ausreichend vom Betroffenen bewältigt werden können.⁵²⁷

Zu ersetzen ist weiters der Verdienstentgang (sowohl der bisher entgangene, als auch der zukünftig entgehende Verdienst). Dieser ist Form einer Rente in Höhe des tatsächlich entgangenen Verdienstes (konkrete Schadensberechnung) zu gewähren. Nur aus wichtigen Gründen kann eine Abfindung in Kapital verlangt werden. Ersetzt wird jeder Vermögensnachteil aus der Verringerung bzw dem Entfall von Einkünften, auch aus dem Verlust beruflicher Aufstiegschancen. Unter bestimmten Voraussetzungen kann auch eine abstrakte Rente zuerkannt werden, die von einem konkret nachweisbaren Verdienstentgang unabhängig ist.⁵²⁸ Auch beim Verdienstentgang tritt gem § 332 ASVG im Ausmaß des von der gesetzlichen Sozialversicherung zu gewährenden Ausgleiches für derartige Schäden ein Forderungsübergang ein.

Die dreijährige Verjährungsfrist beginnt mit jenem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Ersatzberechtigte Kenntnis vom gesamten anspruchsründenden Sachverhalt erlangte. Die ist jener Zeitpunkt, zu dem der psychische Krankheitszustand, den der betroffene Arbeitnehmer auf das Mobbing zurückführt, bekannt wird.⁵²⁹ Als Schädiger kommen sowohl der unmittelbare „Täter“ (mobbender Arbeitnehmer oder Arbeitgeber) als auch der „passiv mobbende“ Arbeitgeber (wenn dieser entgegen seiner Fürsorgepflicht das Mobbingverhalten anderer Arbeitnehmer nicht unterbindet) in Frage. Wie der OGH ausdrücklich festgehalten hat, können Erschöpfungszustände und Depressionen, welche darauf zurückzuführen sind, dass der Arbeitgeber Belästigungen anderer Arbeitnehmer nicht unterbunden hat, eine ausreichende Grundlage für Schadenersatzansprüche bieten.⁵³⁰ Im Zusammenhang mit dem Amtshaftungsrecht hat der OGH bereits mehrmals ausgesprochen, dass die

⁵²⁷ *Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzengeld⁹, 142 f mwN.

⁵²⁸ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 343 mwN.

⁵²⁹ OGH 1 Ob 59/01k, ZVR 2001/89.

⁵³⁰ OGH 8 ObA 3/04f, Arb 12.495 = ZAS 2005, 241 (*Posch*) = DRdA 2005/37 (*Resch*) = ARD 5608/5/2005 = infas 2005, A5.

Verletzung der Fürsorgepflicht durch Vorgesetzte gegenüber den ihnen unterstellten Beamten Schadenersatzansprüche nach dem Amtshaftungsgesetz (AHG) auslösen kann. So wurde bspw das Vorbringen eines Klägers, der seine Schadenersatzansprüche (finanzielle Nachteile aus einer unterbliebenen Beförderung) auf die Verletzung der Fürsorgepflicht stützte (Mobbinghandlungen eines anderen Beamten gegenüber dem Kläger wurde nicht Einhalt geboten, wodurch dieser an einer Tätigkeit in einer bestimmten Verwendungsgruppe gehindert worden sei) als mögliche Anspruchsgrundlage gesehen.⁵³¹ Auch können nach der Rsp Amtshaftungsansprüche auf Körperverletzung durch Mobbing gegründet werden (wenngleich in den konkreten Fällen ein solcher Anspruch abgelehnt wurde)⁵³².

2.5.2. Verletzung an der Ehre

Verletzungen an der Ehre werden schadenersatzrechtlich durch § 1330 ABGB sanktioniert. § 1330 Abs 1 ABGB behandelt die „Ehrenbeleidigung“, während § 1330 Abs 2 ABGB die so genannte „Kreditschädigung“ regelt. Zu den einzelnen Tatbestandelementen siehe Kapitel 3.2.1.5.

Im Falle einer Ehrenbeleidigung gebührt Ersatz des Vermögensschadens (des positiven Schadens und des entgangenen Gewinnes), jedoch kein Ersatz ideeller Schäden.⁵³³ Weiters hat der Geschädigte einen (verschuldensunabhängigen) Anspruch auf Unterlassung⁵³⁴. Im Falle einer Kreditschädigung besteht über diese Ansprüche hinaus gem § 1330 Abs 2 ABGB auch ein Anspruch auf den Widerruf der unwahren Behauptung und auf dessen Veröffentlichung. Für eine nicht öffentlich vorgebrachte Mitteilung, deren Unwahrheit der Mitteilenden nicht positiv kennt, haftet der Erklärende nicht, wenn er oder der Empfänger an ihr ein berechtigtes Interesse hatte. Bei der Kreditschädigung trifft den Kläger die Beweislast für die Unrichtigkeit der Tatsachenbehauptung; ist die Kreditschädigung gleichzeitig auch als Ehrenbeleidigung zu werten oder wurde dabei gegen ein Strafgesetz verstoßen, hat der Schädiger die Richtigkeit der von ihm aufgestellten Behauptung zu beweisen.⁵³⁵

⁵³¹ OGH 9 ObA 32/03a, *ecolex* 2003/319.

⁵³² OGH 29.1.2002, 1 Ob 12/02z; OGH 1 Ob 59/01k, *ZVR* 2001/89.

⁵³³ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 349.

⁵³⁴ *Reischauer in Rummel* II³, Rz 3 zu § 1330 mwN.

⁵³⁵ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 351 mwN.

2.5.3. Sachschäden

Bei Verletzungen des Eigentums (Beschädigung bzw Zerstörung von Sachen) besteht Anspruch auf Ersatz des gemeinen Wertes der Sache zur Zeit der Schädigung (§ 1332 ABGB). Unter „gemeinen Wert“ versteht man zumeist den Wiederbeschaffungswert. Hat eine Sache keinen Verkehrswert, so sind idR die Kosten ihrer Neuherstellung maßgebend; allerdings abzüglich eines Selbstbehalts wegen ihres Alters oder ihrer Abnutzung.⁵³⁶ Wurde der Schaden mit besonders qualifiziertem Vorsatz, nämlich durch eine strafbare Handlung, aus Mutwillen oder Schadenfreude herbeigeführt, so ist der Wert der besonderen Vorliebe zu ersetzen (§ 1331 ABGB). Dieses so genannte „Affektionsinteresse“ liegt in der besonderen Gefühlsbeziehung des Geschädigten zur Sache.⁵³⁷

Hinzuweisen ist auch auf die Risikohaftung des Dienstgebers. Nach hM haftet der Dienstgeber aufgrund einer analogen Anwendung von § 1014 ABGB verschuldensunabhängig für Eigenschäden des Dienstnehmers, wenn dieser sein Eigentum oder das eines Dritten im Interesse und zum Nutzen des Dienstgebers eingesetzt hat. Voraussetzung dafür ist, dass sich in der Schädigung ein spezifisches Risiko der Tätigkeit des Dienstnehmers verwirklicht hat („arbeitsadäquate Schäden“). Dem Dienstnehmer gebührt hier der Ersatz von Sach- und Vermögensschäden.⁵³⁸ Inwieweit die Risikohaftung des Arbeitgebers analog § 1014 ABGB auch für Personenschäden in Betracht kommt, ist strittig.⁵³⁹ Für die den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildenden unerwünschten Verhaltensweisen am Arbeitsplatz (insb Belästigung und Mobbing) wird die Risikohaftung idR nicht von Relevanz sein.

⁵³⁶ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 352 mwN.

⁵³⁷ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 352 mwN.

⁵³⁸ Siehe dazu bspw *Windisch-Graetz* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap XIII Rz 46 mwN.

⁵³⁹ *Windisch-Graetz* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap XIII Rz 49 f mwN.

2.5.4. „Reine Vermögensschäden“

Wie bereits ausgeführt, sind „reine“ oder „primäre“ Vermögensschäden (Vermögensschäden, die nicht die Folge der Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes sind), nur bei Verletzung von Vertragspflichten, Verpflichtungen aus sonstigen schuldrechtlichen Sonderbeziehungen, bei Verletzung von Schutzgesetzen (sofern diese die Zufügung derartiger Schäden verbieten) sowie bei vorsätzlich sittenwidriger Schädigung gem § 1295 Abs 2 ABGB zu ersetzen. Somit kommt deren Ersatz - vom zuletzt genannten Fall des § 1295 Abs 2 ABGB abgesehen – nur im Verhältnis Arbeitnehmer/Arbeitgeber in Betracht, da nur hier ein Vertragsverhältnis vorliegt. Auch wenn Schädigungen im Verhältnis Arbeitnehmer untereinander als Verletzung einer dem Arbeitsvertrag immanenten Schutzwirkung zugunsten Dritter (der übrigen Arbeitnehmer) angesehen werden können (siehe dazu Kapitel 3.3.5.4), wird die Einbeziehung des „bloßen Vermögens“ dritter Personen in den Schutzbereich bestritten. Begründet wird dies damit, dass die Beziehung zwischen dem Schuldner und dem Dritten schwächer ist als jene mit dem Gläubiger, weshalb nur zwischen diesen Personen auch der Schutz des bloßen Vermögens (für deren Schädigung idR nicht zu haften ist) gerechtfertigt ist.⁵⁴⁰

2.5.5. Sonstige Rechtsverletzungen

Eine vollzählige „Auflistung“ sämtlicher möglicher Anspruchsgrundlagen würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen, da unerwünschte Verhaltensweisen am Arbeitsplatz sehr vielseitig auftreten können und hier etwa auch sondergesetzliche Regelungen zu berücksichtigen wären. Hinzuweisen sei aber bspw auf Ersatzansprüche bei Freiheitsberaubung gemäß § 1329 ABGB, auch Ansprüche im Falle der Verletzung der geschlechtlichen Selbstbestimmung gemäß § 1328 ABGB sowie Ansprüche auf Schadenersatz nach dem DSG 2000. Hinzuweisen ist auch auf zahlreiche Strafbestimmungen, die als Privatanklagedelikte konzipiert sind, bei denen es somit der Betroffene in der Hand hat, ein Strafverfahren einzuleiten oder nicht. Siehe dazu insbesondere die §§ 111 ff StGB (strafbare Handlungen gegen die Ehre).

⁵⁴⁰ *Koziol Haftpflichtrecht II*², 87 mwN.

2.6. Sonderfall Schadenersatz bei Belästigungen⁵⁴¹

2.6.1. Grundsätzliches

„Belästigungen“, welche den Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 6,7,21 GIBG bzw § 7d BehEinstG erfüllen, sind kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung schadenersatzrechtlich sanktioniert. Hier besteht gem § 12 Abs 11, § 26 Abs 11 GIBG sowie gem § 7i BeheinstG gegenüber dem Belästiger sowie (wenn die Belästigung vom Arbeitgeber selbst ausgeht oder dieser es schuldhaft unterlässt derartige Belästigungen abzustellen) gegenüber dem Arbeitgeber ein (grundsätzlich verschuldensunabhängiger) Anspruch auf Ersatz des erlittenen Schadens. Soweit der Nachteil nicht nur in einer Vermögenseinbuße besteht, hat die betroffene Person zum Ausgleich der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung Anspruch auf angemessenen Schadenersatz. Trotz der etwas unklaren Formulierung besteht ein Anspruch auf immateriellen Schadenersatz unabhängig vom Vorliegen eines Vermögensschadens⁵⁴². Als Mindestersatz für diesen immateriellen Schaden sieht das Gesetz einen Betrag von € 720,00 vor. Gem § 12 Abs 12, § 26 Abs 12 GIBG sowie gem § 7p BehEinstG hat der/die Betroffene im Prozess die Belästigung glaubhaft zu machen. Dem Beklagten obliegt es „zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlich ist, dass die vom/von der Beklagten glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.“ Diese Bestimmung ist richtlinienkonform zu interpretieren⁵⁴³, sodass es – sofern dem Kläger die Glaubhaftmachung einer Belästigung gelingt – dem Beklagten obliegt, zu beweisen, dass er tatsächlich nicht belästigt hat⁵⁴⁴. Ansprüche auf Schadenersatz wegen Belästigung sind gem den §§ 15, 29 GIBG innerhalb einer Frist von einem Jahr gerichtlich geltend zu machen. Auch § 7k BehEinstG sieht eine Frist von einem Jahr vor, hier ist jedoch zuvor beim Bundessozialamt ein Schlichtungsverfahren durchzuführen, wobei die Einleitung dieses Schlichtungsverfahrens die Frist zur gerichtlichen Geltendmachung hemmt (bis drei Monate nach Zustellung einer

⁵⁴¹ Die Ausführungen in diesem Kap orientieren sich im Wesentlichen an jene in *Majoros*, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadens im Gleichbehandlungsgesetz, DRdA 2007, 515. Der Schriftleitung sei für die Genehmigung gedankt.

⁵⁴² *Sturm/Körper* in *Mazal/Risak*, das Arbeitsrecht, Kap VIII Rz 167; *Kletecka* in *Rebhahn*, GIBG, Rz 54 zu § 12.

⁵⁴³ *Sturm/Körper* in *Mazal/Risak*, das Arbeitsrecht, Kap VIII Rz 79 mwN.

⁵⁴⁴ *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*, Rz 19 zu § 12 GIBG mwN.

Bestätigung des Bundessozialamtes, dass keine gütliche Einigung erzielt werden konnte).

2.6.2. Europarechtliche Vorgaben

Besondere Anforderungen und gleichzeitig Hilfestellungen zur Auslegung der innerstaatlichen Normen sind hier den „EU-Antidiskriminierungs-Richtlinien“ zu entnehmen⁵⁴⁵.

Das GIBG wurde in Umsetzung der europäischen „Antidiskriminierungs-Richtlinien“ erlassen⁵⁴⁶. Die Gerichte sind zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegungen und Anwendung des Gleichbehandlungsgesetzes verpflichtet⁵⁴⁷. Dies bedeutet, dass alle nach dem nationalen Recht gegebenen Möglichkeiten einzusetzen sind, um die Richtlinien auch zwischen Privaten zur Geltung zu bringen. Insbesondere müssen die im nationalen Recht bestehenden Möglichkeiten zur Rechtsfortbildung voll eingesetzt werden, wobei auch davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber die Richtlinien umfassend umsetzen wollte (außer er sagt ausdrücklich anderes)⁵⁴⁸. Die „Antidiskriminierungs-Richtlinien“ verlangen von den Mitgliedsstaaten die Festlegung von „wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen“ bei Verletzung der aus den Richtlinien erwachsenen Verpflichtungen⁵⁴⁹. So ist es bspw nach der Judikatur des EuGH unzulässig, für einen Anspruch auf Schadenersatz wegen Diskriminierung die Voraussetzung des Verschuldens aufzustellen oder diesen Schadenersatz mit einer Höchstgrenze zu beschränken, wenn der Bewerber bei diskriminierungsfreier Auswahl die zu besetzende Position erhalten hätte⁵⁵⁰. Eine

⁵⁴⁵ Siehe dazu und zu den folgenden Ausführungen *Majoros*, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadens im Gleichbehandlungsgesetz, DRdA 2007, 515.

⁵⁴⁶ Siehe dazu etwa *Sturm*, Richtlinienumsetzung im neuen Gleichbehandlungsgesetz und Gleichbehandlungskommissions-/ Gleichbehandlungsanwaltschaftsgesetz, DRdA 2004, 574; *Runggaldier*, Das neue Antidiskriminierungsrecht der EU - Bestandsaufnahme und Kritik, in FS Doralt (2004), 525; *Egger*, Die neuen Antidiskriminierungsrichtlinien der EU, DRdA 2003, 302; *Birk*, Neuere Entwicklungen des europäischen Arbeitsrechts, DRdA 2002, 455; *Schindler*, Zur Umsetzung des EU-Rechts in Österreich (Teil II), DRdA 2003, 523.

⁵⁴⁷ *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG, § 1 Rz 16 mwN.

⁵⁴⁸ *Rebhahn*, GIBG, Rz 17 mwN.

⁵⁴⁹ RL 2000/78/EG, Abs 35 d Erw, Art 17; RL 2000/43/EG, Abs 26 d Erw, Art 15; RL 2002/73/EG, Abs 22 d Erw, Art 8d; RL 2006/54/EG, Abs 35 d Erw, Art. 18.

⁵⁵⁰ EuGH 22.04.1997, C-180/95, Draehmpaehl, Slg 1997, I-02195, DRdA 1998, 71 = ASoK,

rein symbolische Entschädigung würde den Erfordernissen der Richtlinie ebenfalls nicht entsprechen⁵⁵¹. Die Voraussetzungen eines auf das Gemeinschaftsrecht gestützten Entschädigungsanspruches dürfen auch nicht ungünstiger sein als jene, die im Rahmen der vergleichbaren innerstaatlichen Regelungen vorgesehen sind⁵⁵².

2.6.3. Relevanz des Verschuldens⁵⁵³

*Kletecka*⁵⁵⁴ meint, der vorgesehene Mindestersatz sei nur bei Vorliegen eines Verschuldens zu rechtfertigen. Die Bestimmungen der §§ 12, 26 und 35 GIBG sehen Verschulden als Voraussetzung jedoch nicht vor. ME besteht für eine derartige theologische Reduktion keine Notwendigkeit, da eine dem Wortlaut der Bestimmung widersprechende Absicht des Gesetzgebers nicht zu ersehen ist. Die von der Richtlinie geforderte „abschreckende“ Wirkung wird gerade durch den Mindestersatz und die Verschuldensunabhängigkeit gewährleistet. Generell meint *Kletecka*⁵⁵⁵, ein ideeller Schaden käme nur bei Verschulden und Überschreiten der Erheblichkeitsschwelle in Betracht, um den Systembruch [*mit den übrigen Bestimmungen des österreichischen Schadenersatzrechts*] nicht total werden zu lassen. Auch hier besteht mE keine Notwendigkeit für eine teleologische Reduktion des GIBG. Ein gewisser „Systembruch“ ergibt sich aus den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben („wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen“); diese Vorgaben sind innerstaatlich umzusetzen, auch wenn sich ein Spannungsverhältnis zu anderen innerstaatlichen Normen ergibt. Würde man nur den Ersatz des materiellen Schadens vorschreiben, wäre dies allein nicht „abschreckend“. Der EuGH verlangt aber einen „verschuldensunabhängigen“ Schadenersatz. Dabei ist der Judikatur des EuGH nicht zu entnehmen, dass hier eine Differenzierung bei den verschiedenen Arten des Schadenersatzes vorzunehmen sei. Die Grundwertung, dass die Notwendigkeit ein Verschulden nachzuweisen die praktische Wirksamkeit der Grundsätze der Gleichbehandlung wesentlich beeinträchtigen würde, betrifft in

1997, 266 (*Gahleitner*); hinsichtlich des verschuldensunabhängigen Schadenersatzes bereits EuGH 08.11.1990, Rs 177/88, Dekker, Slg 1990, I-03941.

⁵⁵¹ EuGH 10.04.1984, Rs 14/83, von Colson und Kamann, Slg 1984, 01891.

⁵⁵² EuGH 21.09.1989, RS 68/88, Kommission/Griechenland, Slg 1989, 03965.

⁵⁵³ Siehe dazu und zu den folgenden Ausführungen *Majoros*, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadens im Gleichbehandlungsgesetz, DRdA 2007, 515.

⁵⁵⁴ *Kletecka in Rebhahn*, GIBG, § 12, Rz 24 und 54.

⁵⁵⁵ *Kletecka in Rebhahn*, GIBG, § 12, Rz 20 ff.

Wahrheit sowohl den materiellen als auch den immateriellen Schadenersatz. Auch eine „Erheblichkeitsschwelle“ findet sich nicht im GIBG. Gerade die Normierung eines Mindestersatzes spricht dafür, dass man auch geringfügige Beeinträchtigungen in einer „wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Wirkung“ sanktionieren wollte. Darüber hinaus würde die letztlich kaum zu lösende Frage, wann eine (nicht definierte) „Erheblichkeitsschwelle“ überschritten ist oder nicht, die Sanktionen des GIBG in weiten Teilen ihrer wirksamen Anwendbarkeit berauben.

2.6.4. Bemessung des Schadenersatzes

2.6.4.1. Problem

Während der zu ersetzende Vermögensschaden noch einigermaßen nachvollziehbar bemessen werden kann, stößt die Bemessung des immateriellen Schadens auf große Schwierigkeiten. Die Höhe eines derartigen ideellen Schadens ist kaum objektivierbar, Anhaltspunkte wie etwa durch medizinische Sachverständigengutachten festzustellende „Schmerzperioden“ (welche die Festsetzung des gem § 1325 ABGB im Falle einer Körperverletzung zu ersetzenden Schmerzensgeldes wesentlich erleichtern) fehlen hier. Es bedarf somit Kriterien, welche bei der Schadensfestsetzung gem § 273 ZPO herangezogen werden können.⁵⁵⁶

2.6.4.2. Bisheriger Meinungsstand

Aussagen zum „alten“ GIBG

Schon das „alte“ GIBG sah in seinem § 2a als Rechtsfolge für Diskriminierungen Schadenersatz vor, wobei auch ein immaterieller Schaden gefordert werden konnte. Zur damals bereits geregelten sexuellen Belästigung sind einige Entscheidungen ergangen, in welchen die Judikatur Kriterien für die Schadensbemessung entwickelt

⁵⁵⁶ Siehe dazu und zu den folgenden Ausführungen *Majoros*, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadens im Gleichbehandlungsgesetz, DRdA 2007, 515.

hat⁵⁵⁷. Danach gilt die in stRsp für die Bewertung immateriellen Schadens vorgenommene Globalbemessung auch im Bereich der Gleichbehandlungsgesetze (es sind also auch etwa nicht die im Gesetz vorgesehenen „Mindestersatzbeträge“ mit der Anzahl der Belästigungshandlungen zu multiplizieren, sondern es ist eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen). Die Bemessung des immateriellen Schadens wegen sexueller Belästigung am Arbeitsplatz hat sich im Rahmen der sonst im Schadenersatzrecht angewandten Grundsätze zu halten⁵⁵⁸. Dem GIBG sei zwar eine bedeutsame Vorreiterrolle zugekommen, jedoch könne nicht davon gesprochen werden, der Gesetzgeber habe ein Sonderrecht schaffen wollen. Gerade aufgrund der vorgenommenen Gesetzesharmonisierung könne nicht unterstellt werden, die Ausnützung des aufgrund Arbeitsvertrages gegebenen Autoritätsverhältnisses sollte grundsätzlich anders beurteilt werden als jene außerhalb der Arbeitswelt, etwa im Bereich der Familie oder der Schule. Als maßgebliche Kriterien wurden Art und Intensität der Gesamtheit der Belästigungen sowie die dadurch hervorgerufene einschüchternde und demütigende Arbeitsatmosphäre angesehen. Die Festlegung einer Untergrenze für relativ geringfügige Belästigungen dürfe nach Ansicht des OGH nicht dazu führen, bei steigender Intensität zu entsprechend höheren Schadenersatzbeträgen zu kommen als sie außerhalb des Anwendungsbereiches des Gesetzes gegeben wären. Es würden andernfalls unverhältnismäßige Wertungswidersprüche entstehen, wenn etwa der Fall bedacht würde, dass derselbe Täter einmal als Arbeitgeber seine Arbeitnehmerin sexuell missbraucht und ein anderes Mal eine ihm sonst, etwa als Pflegekind, anvertraute Person. Der Wille des Gesetzgebers bei Einziehung der Untergrenze kann vernünftigerweise nur dahin gedeutet werden, aufgrund der Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses mit den dadurch gegebenen täglichen, oft intensiven und unausweichlichen Begegnungen, aus präventiven Gründen der Bagatellisierung sexueller Belästigungen entgegenzuwirken. Dem Arbeitnehmer sollte bereits in einem relativ frühen Anfangsstadium die Möglichkeit gegeben werden, sich effektiv zur Wehr zu setzen ohne deshalb fürchten zu müssen, trotz erwiesenen sexuellen Übergriffs und Vorliegens der sonstigen vom Gesetz geforderten Voraussetzungen auf dessen

⁵⁵⁷ Siehe die Judikaturübersichten bei *Smutny/Mayr*, Gleichbehandlungsgesetz (2001) 149 ff; *Gahleitner*, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007, 148; *Rummel* in *Rummel*, § 1328 Rz 28.

⁵⁵⁸ OGH 21.01.1999, 8 ObA 188/98z, JBl 1999, 538 = ZAS 2000, 20 (*Brodil*) = RdW 1999/6 = DRdA 2000, 50 (*Eichinger*); 8 ObA 132/00w, Arb.12.050 = ecolex 2001, 224

relative Geringfügigkeit verwiesen zu werden⁵⁵⁹. Die von der Judikatur bisher zugesprochenen Schadenersatzbeträge aufgrund sexueller Belästigung bewegten sich im Bereich von € 545,00 bis € 4.360,00⁵⁶⁰. Die Höhe dieser Beträge wurde zuletzt etwa von *Gahleitner* als zu niedrig kritisiert, um wirklich eine abschreckende Wirkung zu erreichen⁵⁶¹. Angesichts Art, Intensität und Dauer der jeweils festgestellten Belästigungen sowie der Folgen für das Opfer ist tatsächlich fraglich, ob hier den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts entsprochen wurde.

Aussagen zum „neuen“ GIBG

In der – soweit ersichtlich - ersten rechtskräftigen Entscheidung zum „neuen“ GIBG – jedenfalls zu den „neuen“ Diskriminierungstatbeständen - (LG Salzburg 14.7.2006, 18 Cga 120/05t, 18 Cga 121/05i)⁵⁶² ging es um die Belästigung eines homosexuellen

⁵⁵⁹ OGH 8 ObA 188/98z, JBl 1999, 538 = ZAS 2000, 20 (*Brodil*) = RdW 1999/6 = DRdA 2000, 50 (*Eichinger*).

⁵⁶⁰ € 545,00 / ATS 7.500 bei Oberschenkelberührung trotz Abmahnung (ASG Wien, ARD 4803/1/96); € 1.453,00 / ATS 20.000 bei mehrfacher Aufforderung zu intimen Beziehungen über einen Monat, Hüftumarmung, Brustberührung und Festhalten zum Kussversuch trotz eindeutiger Zurückweisung (ASG Wien, ARD 4970/5/98); € 1.817,00 / ATS 25.000 bei Öffnen der Hose und Aufforderung zum Geschlechts- und Oralverkehr (OGH 8 ObA 132/00w, Arb 12.050 = *ecolex* 2001, 224); € 2.000,00 bei Aneinanderdrücken und Kuss auf den Mund als einmalige Belästigung (ASG Wien, ARD 5765/1/2007); € 3.634,00 / ATS 50.000 bei rücksichtsloser und brutaler Ausnützung des bestehenden Abhängigkeitsverhältnisses für das Erreichen sexueller Ziele mit körperlichen und verbalen Attacken (OGH 8 ObA 188/98z, JBl 1999, 538 = ZAS 2000, 20 [*Brodil*] = RdW 1999/6 = DRdA 2000, 50 [*Eichinger*]); € 3.634,00 bei wiederholten Belästigungshandlungen trotz eindeutiger Ablehnung in relativ kurzen Abständen, welche Ängste und beachtliche psychosomatische Störungen auslösten (OGH 9 ObA 119/02v, *ecolex* 2002, 909); € 4.360,00 bei massiven Übergriffen während eines Zeitraumes von mehr als eineinhalb Jahren an einer 16-jährigen Dienstnehmerin, psychosomatische Beschwerden der Dienstnehmerin, Nervosität, Depressionen (OLG Wien, ARD 5447/3/2003).

⁵⁶¹ *Gahleitner*, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007, 148. *Gahleitner* verweist auch darauf, dass bei Entschädigungen nach dem Mediengesetz tendenziell höhere Beträge zugesprochen werden als etwa bei sexueller Belästigung (FN 27 mwN). *Mazal* meinte in seiner Anmerkung zur Entscheidung OGH 23.10.2000, 8 ObA 132/00w, *ecolex* 2001, dass aus Sicht der Klägerin das Urteil des Berufungsgerichtes als Provokation aufgefasst werden musste, begrüßte aber dann zur Entscheidung OGH 9 ObA 119/02v, *ecolex* 2002, 909 die Anhebung der Höhe des immateriellen Schadenersatzes durch die Judikatur. Auch *Eichinger* meint in ihrer Besprechung der Entscheidung OGH 8 Ob A 188/98z, DRdA 2000, 50, dass man über die Angemessenheit des der Klägerin im Anlassfall letztlich zugesprochenen Ersatzbetrages von ATS 50.000 angesichts der doch massiven Übergriffe und hartnäckigen Nachstellungen des Beklagten unterschiedlicher Auffassung sein kann (*Eichinger*, aaO, 55).

⁵⁶² ARD 5732/6/2006; der Autor war am Verfahren beteiligt

LKW-Fahrers durch zwei Arbeitskollegen über einen längeren Zeitraum. In der zur Frage des Vorliegens einer Belästigung sehr sorgfältig begründeten Entscheidung wird hinsichtlich der Bemessung des immateriellen Schadens an die bisherige Rsp zur sexuellen Belästigung angeknüpft, wonach der Schadenersatz für die Belästigung nach Dauer, Art und Intensität der Gesamtheit der Belästigungen, denen ein Arbeitnehmer ausgesetzt ist, und unter Berücksichtigung der dadurch hervorgerufenen einschüchternden und demütigenden Arbeitsatmosphäre im Wege einer Globalbemessung nach den auch sonst im Schadenersatzrecht angewandten Grundsätzen auszumessen ist. Da der Kläger in diesem Verfahren ausdrücklich nur den Mindestbetrag von € 400,00 gefordert hatte (aufgrund Art, Intensität und Dauer der Belästigungshandlungen wäre ihm jedenfalls ein Vielfaches dieses Betrages zugestanden), finden sich keine weiteren Ausführungen zur Höhe des Ersatzes⁵⁶³.

In der Entscheidung des LG für ZRS Wien 30.3.2007, 35 R 68/07w, 35 R 104/07i, hatte das Gericht über einen geltend gemachten Anspruch auf Schadenersatz wegen Diskriminierung aufgrund ethnischer Zugehörigkeit in „sonstigen Bereichen“ (§§ 30 ff GIBG) zu entscheiden. Die Klägerin war als Kundin mit den Worten „an Ausländer verkaufen wir nicht“ und unter Anwendung körperlicher Gewalt (Faustschlag ins Gesicht, Fußtritt in den Rücken) aus dem von ihr aufgesuchten Geschäftslokal gedrängt worden. Vom begehrten Schadenersatz in der Höhe von € 4.000,00 wurde lediglich ein Teilbetrag von € 800,00 zugesprochen. Das Gericht hielt dazu fest, dass auf die in Artikel 15 (Sanktionen) der RL 2000/43/EG angeführten Kriterien zurückzugreifen ist und daher die Sanktionen, die auch Schadenersatzleistungen an die Opfer umfassen können, wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen. Bedenke man, dass nach der überwiegenden österreichischen Rechtsprechung der Schadenersatz für einen Tag Freiheitsentziehung mit € 100,00 bemessen werde, habe der Gesetzgeber offensichtlich bei der Untergrenze von € 400,00- auch Pönalelemente mit einfließen lassen, sodass dadurch eine abschreckende Wirkung im Sinne der RL erzielt werden solle. Ob die zuerkannten Schadenersatzleistungen wirksam sind, könne sich nach Auffassung des

⁵⁶³ Da es dem Kläger in diesem Verfahren ausschließlich um die nachhaltige Abstellung dieser Belästigungen und um die prinzipielle Frage der Unzulässigkeit derartiger Verhaltensweisen ging, begehrte er bewusst nur den im § 21 Abs 11 GIBG vorgesehenen „Mindestbetrag“. Es wird somit die Aufgabe künftiger Verfahren sein, die Höhe des in derartigen Fällen zustehenden immateriellen Schadenersatzes anhand der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu klären.

erkennenden Senates jedoch erst in einem allfälligen an das Titelverfahren anschließenden Vollstreckungsverfahren herausstellen. Ein Betrag von € 800,00 erschien dem LG für ZRS Wien „unter Bedachtnahme auf die Schadenersatzbeträge bei Freiheitsentziehung“ im konkreten Fall angemessen. Angesichts der doch sehr massiven Diskriminierungshandlung (Diskriminierung gem § 31 Abs 1 Z 4 GIBG, Belästigung gem § 34 GIBG, Anwendung körperlicher Gewalt, Tätlichkeiten) erscheint der zugesprochene Betrag (auch im Verhältnis zum „Mindestbetrag“ von € 400,00, der bereits für sehr geringfügige Belästigungen zuzusprechen ist) als wenig abschreckend⁵⁶⁴.

In einer E vom 5.6.2008 hielt der OGH fest, dass der durch eine sexuelle Belästigung verursachte immaterielle Schaden nach der Rsp im Wege einer Globalbemessung für die durch die (fortgesetzte) Belästigung geschaffene Situation in ihrer Gesamtheit – und nicht für jede einzelne Belästigungshandlung gesondert – nach den auch sonst im Schadenersatzrecht angewandten Grundsätzen auszumessen ist. Dabei läge es nahe, insbesondere auf die Dauer der Diskriminierung und die Erheblichkeit der Beeinträchtigung Bedacht zu nehmen. Für mehrmalige sexuelle Belästigungen in einem Zeitraum von etwas weniger als vier Monaten (Versuch, die Arbeitnehmerin auf den Mund zu küssen; anzügliche reden; Griff auf das Knie) erhielt die Klägerin von den Unterinstanzen den von ihr geltend gemachten Betrag von € 1.500,00 zugesprochen, was der OGH als nicht überhöht ansah.⁵⁶⁵

Auf dieselben Grundsätze der Schadensbemessung weist der OGH auch in einer E vom 2.9.2008 hin. Dabei betont er, dass die Anhebung sämtlicher Mindestgrenzen des immateriellen Schadenersatzes im GIBG durch die Novelle BGBl I 2008/98 den schon auf § 2a Abs 7 GIBG 1979 zurückreichenden Gedanken, dass die normierte Untergrenze der Bagatellisierung der Belästigung entgegenwirken soll. Mit dieser Novelle habe – so der OGH – der Gesetzgeber klargestellt, dass dieser Gedanke für

⁵⁶⁴ Weshalb hier gerade auf die Freiheitsentziehung Bedacht genommen wurde, erscheint schwer nachvollziehbar, ist doch eine Diskriminierung bzw Belästigung schwer zu vergleichen mit einer Beschränkung der körperlichen Bewegungsfreiheit für eine bestimmte Zeitdauer. Im Sinne der Grundsätze der Judikatur zum „alten“ GIBG kommt es bei einer Belästigung auf andere Kriterien an als bei einer Freiheitsentziehung. Auch ist die Wirksamkeit bei der Bemessung der Schadenshöhe durch das Titelgericht und nicht erst im Vollstreckungsverfahren zu beurteilen.

⁵⁶⁵ OGH 9 Ob A 18/08z, ecolex 2008/353 = ASoK 2008, 440 = ZAS-Judikatur 2008/145 = wbl 2008/254 = DRdA 2008, 527 = infas 2008, A 84.

alle Belästigungsformen in gleichem Maße gilt. Im konkreten Fall (geschlechtsbezogene Belästigung durch rauen und harten Umgangston, Erteilung von Weisungen in unangebrachtem Ton, Gehässigkeiten, herabwürdigende Behandlung und Beschimpfungen in einem Zeitraum von etwa einem Jahr) sah der OGH den zugesprochenen Betrag von € 2.500,00 nicht als überhöht an.⁵⁶⁶

2.6.4.3. Eigene Ansicht

Ausgangssituation

Auszugehen ist von den Anforderungen der „Antidiskriminierungs-Richtlinien“ (wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen). Wenn der Gesetzgeber des GIBG nun in mehreren Fällen einen Mindestersatz vorsieht⁵⁶⁷, so soll damit sicher gestellt sein, dass auch bei geringfügigen Diskriminierungen, bei welchen der ideelle Schaden unter Umständen lediglich mit einem Bagatellbetrag zu zuzusprechen ist, der als gerade noch abschreckend anzusehen ist. Der Mindestbetrag soll präventiv wirken, also nicht nur Schaden ersetzen, sondern auch abschrecken. Dies sowohl im Sinne einer Spezial- als auch im Sinne einer Generalprävention⁵⁶⁸. Dem Gesetzgeber ist somit bewusst, dass im Sinne der von der Richtlinie geforderten „abschreckenden“ Wirkung – jedenfalls im Bereich geringfügiger Diskriminierungen – ein über den tatsächlich erlittenen Schaden hinausreichender Ersatz zu gewähren ist. Würde man in Fällen einer geringfügigen Diskriminierung den (über dem tatsächlich erlittenen Schaden liegenden) „Mindestbetrag“ zusprechen, jedoch dann, wenn der tatsächliche Schaden diesem „Mindestbetrag“ entspricht, ebenfalls nur diesen als Ersatz gewähren, käme man bei der Schadensbemessung innerhalb des GIBG zu Wertungswidersprüchen. Die Höhe des bei schwerwiegenderen Diskriminierungen zuzusprechenden Ersatzes muss daher, um unsachliche Differenzierungen innerhalb des GIBG zu vermeiden, in einem angemessenen Verhältnis zum „Mindestbetrag“ stehen. Dass es dabei zu einem gewissen Spannungsverhältnis zu Schadenersatzansprüchen außerhalb des Anwendungsbereiches des GIBG kommen kann, ist nicht zu vermeiden und liegt in

⁵⁶⁶ OGH 8 Ob A 59/08x, infas 2009 A 7 = ZAS-Judikatur 2009/5 = ARD 5922/5/2008 = RdW 2009/238 = ecolex 2009/26 = DRdA 2009, 150 = ASoK 2009, 78.

⁵⁶⁷ § 12 Abs 1 Z 1, Abs 5 Z 1, Abs 11, § 25 Abs 1 Z 1, Abs 5 Z 1, Abs 11, § 35 Abs 2 GIBG.

⁵⁶⁸ *Reischauer in Rummel*, § 1328 RZ 28 mwN.

den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben begründet. Insofern erscheint die Zurückhaltung der Judikatur zum „alten“ GIBG nicht gerechtfertigt. Wenn der im GIBG geregelte immaterielle Schadenersatz angesichts der Grundsätze des österreichischen Schadenersatzrechts somit einen gewissen Systembruch bedeutet⁵⁶⁹, so ist dies jedenfalls gemeinschaftsrechtlich vorgegeben.

*Krejci*⁵⁷⁰ spricht davon, dass all dies ... dem System des österr Schadenersatzrechts widerspreche und auch verfassungsrechtliche Fragen aufwerfe; diese allerdings angereichert um den Aspekt gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben, die auch unser Verfassungsrecht nicht ignorieren darf. Zwar betont bspw *Kletecka*⁵⁷¹, dass das österreichische Schadenersatzrecht auch vom Präventionszweck und dem Sanktionsgedanken geprägt ist. Der Präventionsgedanke spielt insofern eine Rolle, als bereits das Bestehen einer Schadenersatzpflicht selbst eine gewisse general- und spezialpräventive Wirkung hat. Den Sanktionsgedanken kann man durch die Berücksichtigung des Verschuldens (§ 1324 ABGB) verwirklicht sehen⁵⁷². Diese Überlegungen finden dann aber bei der konkreten Schadensbemessung praktisch keine eigenständige Bedeutung; hier wird dann auf den Ausgleich des tatsächlich erlittenen Schadens abgestellt.⁵⁷³ Die Vorgaben der RL (insb das Erfordernis einer „abschreckenden Wirkung“) sind jedenfalls in dieser Ausprägung neu für unser Rechtssystem und bringen ein gewisses pönales Element. *Kletecka* räumt selbst ein, dass angesichts der RL der Ersatz unter Umständen auch über den tatsächlich eingetretenen Schaden hinausgeht. Zwar weist *Kletecka* zu Recht darauf hin, Art 6 Abs 2 der RL 2002/73/EG verlange, dass der Ersatz auf eine dem erlittenen Schaden

⁵⁶⁹ Siehe etwa *Kletecka* in *Rebhahn*, Gleichbehandlungsgesetz, § 12, Rz 23.

⁵⁷⁰ *Krejci*, Antidiskriminierung, Privatautonomie und Arbeitnehmerschutz, DRdA 2006, 512.

⁵⁷¹ *Kletecka* in *Rebhahn*, Gleichbehandlungsgesetz, § 12, RZ 24.

⁵⁷² Zum Präventions- und Sanktionsgedanken siehe etwa *Koziol*, Haftpflichtrecht I, Rz 15 ff; zu den Rechtsfolgen bei Verletzung ideeller Interessen siehe etwa *Strasser*, Immaterieller Schaden, 14 ff.

⁵⁷³ So ist das im § 1325 ABGB geregelte Schmerzensgeld weder Strafe noch Sühne. Es soll Vorteile für die Nachteile gewähren und ein Ausgleich zur Gewährung von Daseinsfreuden sein, zumindest sollen für entzogene Lebensfreude auf andere Weise gewisse Annehmlichkeiten und Erleichterungen verschafft werden. Es ist (idS) Genugtuung für alles Ungemach, das der Verletzte im ideellen Bereich erdulden musste bzw muss. Es soll das Gefühl der Beeinträchtigung bzw auch das (etwaige) Gefühl einer Minderwertigkeit nehmen und so das gestörte Gleichgewicht der Persönlichkeit (zumindest tlw) wieder herstellen (*Reischauer* in *Rummel*, § 1325, RZ 43, unter Bezugnahme insb auf *Strasser*, Immaterieller Schaden 18 und die Rsp).

angemessene Art und Weise geschehen müsse, eine Entkoppelung des Ersatzes von der Schadenshöhe daher auch von der RL nicht angestrebt werde⁵⁷⁴. Der tatsächlich erlittene Schaden bildet daher selbstverständlich die Grundlage des Ersatzes, bei der Bemessung ist aber auch auf die ebenfalls in Art 6 Abs 2 der RL geforderte abschreckende Wirkung Bedacht zu nehmen, wodurch eine Überschreitung des tatsächlichen Schadens in vielen Fällen unvermeidbar ist⁵⁷⁵.

Kriterien zur Schadensbemessung

Was sind nun konkret Kriterien für die Bemessung des im GIBG vorgesehenen immateriellen Schadens? Dem Wortlaut des GIBG ist diesbezüglich nichts zu entnehmen. Etwas aufschlussreicher ist hier das Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz (BGStG). § 9 Abs 4 BGStG regelt ausdrücklich, worauf bei der Bemessung der Höhe des Schadenersatzes Bedacht zu nehmen ist, nämlich insbesondere auf die Dauer der Diskriminierung, die Schwere des Verschuldens, die Erheblichkeit der Beeinträchtigung und Mehrfachdiskriminierungen. Zur deutschen Rechtslage (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) wird hinsichtlich der Bemessung des als Rechtsfolge für Diskriminierungen geregelten Schadenersatzes vertreten, dass diese an den Gesichtspunkten zu orientieren ist, die zum Ausgleich der Diskriminierung wesentlich sind, wie Art, Schwere und Nachwirkung der Diskriminierung, abschreckende Wirkung gegenüber Arbeitgeber iSv Verhaltenssteuerung, Alter und Arbeitsplatz des Beschäftigten oder Bewerbers, bei Bewerbung allgemeine Aussicht auf berufliche Verbesserung der Stellung und Entgang einer anderen Position wegen unterbliebener Bewerbung⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ *Kletecka in Rebhahn*, GIBG, § 12 Rz 24.

⁵⁷⁵ Nicht völlig außer Acht zu lassen ist hier auch die bereits seit längerer Zeit geführte Diskussion über die – auch im internationalen Vergleich - Angemessenheit der generell in Österreich zugesprochenen Schadenersatzbeträge, insb im Bereich des Schmerzensgeldes (siehe dazu etwa *Karner/Koziol*, Der Ersatz immateriellen Schadens, 132 ff mwN; *Greiter*, Der Ersatz immaterieller Schäden, Zukunftsvisionen unter Berücksichtigung der Entwicklung in anderen Ländern, AnwBl 2002, 442; *Prisching*, Immaterieller Schadenersatz in Österreich und den USA [2003], 52.).

⁵⁷⁶ *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch (2007), AGG 15, Rz 6; zur deutschen Rechtslage siehe bspw auch *Schiek*, Gleichbehandlungsrichtlinien der EU – Umsetzung im deutschen Arbeitsrecht, NZA 2004, 873; *Maier-Reimer*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Zivilrechtsverkehr, NJW 2006, 2577; noch zum „alten“ GIBG siehe die rechtsvergleichenden

Die von der Judikatur zum „alten“ GIBG hinsichtlich der sexuellen Belästigung entwickelten Kriterien (Dauer, Art und Intensität der Gesamtheit der Belästigungen, denen ein Arbeitnehmer ausgesetzt ist, Berücksichtigung der dadurch hervorgerufenen einschüchternden und demütigenden Arbeitsatmosphäre, Globalbemessung) sind ein wesentlicher Anknüpfungspunkt. Bei jenen Diskriminierungen, welche nicht Belästigungen sind, sind die mit der jeweiligen Diskriminierung verbundenen Folgen für den/die Betroffene/n zu berücksichtigen. Obwohl es hinsichtlich des ohnehin zu ersetzenden materiellen Schadens nicht zu einer „Doppelliquidierung“ kommen darf, wird die Höhe dieses materiellen Schadens in vielen Fällen doch zumindest ein gewisses Indiz für das Ausmaß des damit verbundenen ideellen Schadens sein. Dieser wird aber letztlich auch von anderen Faktoren abhängen (ideelle Bedeutung der vorenthaltenen Stelle, Entgeltleistung oder Beförderung; persönliche Verhältnisse der/des Betroffenen; Ausmaß und Begleitumstände der Diskriminierung; Enttäuschung berechtigter Erwartungen des Betroffenen; mit Diskriminierung verbundene Vertrauenserschütterung; udgl – siehe auch die zur deutschen Rechtslage entwickelten Kriterien).

Zu fragen ist jedoch, ob für die gemeinschaftsrechtlich geforderte „abschreckende Wirkung“ nicht noch andere Kriterien heranzuziehen sind. Es ist somit zu fragen, wie muss ein Schaden der Höhe nach bemessen sein, damit er auf den Schädiger und die Allgemeinheit abschreckend wirkt. *Schindler* meint dazu, dass Schadenersatzansprüche nur dann abschreckend sind, wenn unter Berücksichtigung des durchschnittlichen Risikos „erwischt“ zu werden, Diskriminierung unwirtschaftlich wird.⁵⁷⁷ Tatsächlich wird eine Sanktion in vielen Fällen nur dann wirklich abschreckend sein, wenn sie zumindest teilweise über den Ausgleich des tatsächlich erlittenen Schadens hinausgeht. Wenn das Schlimmste, das einem Schädiger passieren kann, der Ausgleich des von ihm tatsächlich verursachten Schadens ist, wobei weder feststeht, dass das Opfer diesen Schaden geltend macht bzw damit bei Gericht „durchdringt“ (auch die im GIBG vorgesehenen Beweiserleichterungen nehmen der Klägerin/dem Kläger nicht das Prozessrisiko), kann – abhängig von den

Ausführungen von *Hopf/Smutny*, Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses – Schadenersatz trotz fehlender „Bestqualifikation“? DRdA 2002, 99.

⁵⁷⁷ *Schindler*, Zur Umsetzung des EU-Rechts in Österreich, Teil II DRdA 2003, 523 (5.4)

näheren Umständen - nur sehr eingeschränkt von einer „abschreckenden“ Wirkung gesprochen werden.

Ein Parameter dafür ist zunächst die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Diskriminierenden: Die präventive Wirkung der Verpflichtung zur Zahlung eines bestimmten Geldbetrages hängt in erheblichem Maß von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit desjenigen ab, der diesen Betrag zu bezahlen hat. Das Problem liegt hier natürlich im Prozessualen (das Opfer einer Diskriminierung wird vielfach nicht in der Lage sein, diesbezüglich ein Vorbringen zu erstatten, es wird daher idR Sache des Beklagten sein, seine/ihre unterdurchschnittliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zu behaupten und unter Beweis zu stellen).

Ein weiteres Kriterium ist der Grad des Verschuldens: Je schwerer das Verschulden ist, desto stärker ist die Zurechnung zum „Diskriminierer“ und desto höher wird der immaterielle Schadenersatz (auch über den tatsächlich erlittenen Schaden hinaus) zu bemessen zu sein, um auf den Schädiger und die Allgemeinheit tatsächlich eine abschreckende Wirkung zu haben. Relevant ist weiters die Frage, ob der „Diskriminierer“ derartige Handlungen bereits in der Vergangenheit wiederholt gesetzt hat. Entgegen *Reischauer*⁵⁷⁸ kommt es dabei mE nicht darauf an, ob diese Handlungen gem den kurzen Fristen des GIBG (welche im Übrigen auch hinsichtlich ihrer Europarechtskonformität zu hinterfragen sind⁵⁷⁹ bereits verjährt sind. Innerhalb dieser Verjährungsfristen liegende Vorfälle sind jedenfalls im Rahmen der vorzunehmenden Globalbemessung zu berücksichtigen. Auch bei einem Dauerverhalten (immer wieder vorkommende Belästigungen) wird man, so *Reischauer*, auch länger zurückliegende Vorfälle berücksichtigen müssen. Dies betrifft aber zunächst die Frage, welcher tatsächlich erlittene Schaden auszugleichen ist. Für die Frage, was darüber hinaus aus Gründen der Spezial- und Generalprävention getan werden muss, sind mE auch andere, an sich bereits verjäherte Vorfälle erschwerend ins Kalkül zu ziehen, solange diese nicht derart lange zurückliegen, dass eine Berücksichtigung sachlich nicht gerechtfertigt wäre. Allerdings dürfen nur Verhaltensweisen berücksichtigt werden, die sich (auch) gegen dasselbe Opfer gerichtet haben. Gegenteilige Grundsätze des öffentlichen

⁵⁷⁸ *Reischauer* in *Rummel*, § 1328 Rz 28.

⁵⁷⁹ Siehe dazu etwa *Kletecka* in *Rebhahn*, GIBG, § 15, Rz 2 ff.

Strafrechts dürfen für das Privatrecht nicht übernommen werden⁵⁸⁰. Von Bedeutung ist weiters die Frage, ob es zu einer Art von Schuldeinsicht gekommen ist bzw es nach Beendigung der Belästigung/Diskriminierung seit längerer Zeit zu keinen derartigen Vorfällen mehr gekommen. Auch „Mehrfachdiskriminierungen“ iW S (Diskriminierungen aufgrund mehrerer Motive; aber – über den Begriff iE S hinausreichend - auch Sachverhalte, die sowohl den Tatbestand einer Belästigung als auch einer „sonstigen Diskriminierung“ verwirklichen; „motivbezogene“ Belästigung, welche gleichzeitig als sexuelle Belästigung anzusehen ist) sind entsprechend schadens erhöhend zu berücksichtigen⁵⁸¹. Letztlich ist auch die Höhe eines allenfalls durch die Diskriminierung erlangten Vorteiles ins Kalkül zu ziehen. Es geht dabei nicht um bereicherungsrechtliche Ansprüche (diese könnten aus dem Titel des Schadenersatzes nicht gefordert werden), aber um eine Berücksichtigung auch dieser Komponente im Wege der vorzunehmenden Globalbemessung des immateriellen Schadens aus Gründen der Spezial- und Generalprävention⁵⁸².

⁵⁸⁰ *Reischauer* in *Rummel*, § 1328 Rz 28.

⁵⁸¹ Im Sinne der „Globalbemessung“ ist mE *Windisch-Graetz* zu folgen, wonach es hier zu keiner Kummulierung der Mindestbeträge, sondern zu der Festsetzung eines einheitlichen Betrages zu kommen hat, wobei jedoch die Tatsache der Mehrfachdiskriminierung sich entsprechend erhöhend auszuwirken hat (*Windisch-Graetz*, Probleme der Mehrfachdiskriminierung in der Arbeitswelt, DRdA 2005, 242; für eine Kummulierung *Gahleitner*, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007, 155).

⁵⁸² Aufsehen erregt haben die „Caroline von Monaco-Entscheidungen“ des deutschen BGH. Hier wurden Caroline von Monaco für unzulässige Veröffentlichungen von „Paparazzi-Fotos“ namhafte Geldbeträge zugesprochen (DM 200.000 und DM 150.000). Der BGH begründete dies damit, dass es sich bei derartigen Geldentschädigungen nicht um ein Schmerzensgeld im eigentlichen Sinne handle, sondern um einen Anspruch sui generis. Anders als beim konventionellen Schmerzensgeld stehe bei dieser Sanktion eigener Art nicht der Schadensausgleich, sondern die Genugtuung des Opfers und die Prävention im Vordergrund, weshalb der erzielte Pressegewinn bei der Festsetzung der Schadenssumme ausreichend zu berücksichtigen sei (BGH in BGHZ 128, 1 = NJW 1995, 861 = JZ 1995, 360 (*Schlechtriem*) = LM § 823 (Ah) BGB Nr 119 (*Ehmann*) = ERPI 1997, 237 (Westermann) (Caroline von Monaco I). Siehe dazu die ausführliche Darstellung und Kritik von *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, 27 ff. Wenngleich man über die Angemessenheit der zugesprochenen Beträge tatsächlich streiten kann, ist der Berücksichtigung des (bewusst) erzielten Vorteiles aus präventiven Gründen grundsätzlich zuzustimmen. Bemerkenswert ist auch die zitierte Aussage des Vorsitzenden des entscheidenden Senates *Steffen*, dass „das Schmerzensgeld ... ruhig schmerzen“ soll (*Karner/Koziol*, Ersatz ideellen Schadens, FN 99).

2.7. Ersatz ideeller Schäden in sonstigen Fällen?

Nicht jeder Schaden schlägt sich in einer Vermögensminderung nieder. Wenn eine Körperverletzung mit Schmerzen verbunden ist (§ 1325 ABGB) oder eine Sache zerstört wird, zu der der Eigentümer eine besondere Beziehung hat (§ 1331), kann ein „nachteiliges Gefühl“, ein „Gefühlsschaden“ entstehen, der nicht in Geld messbar ist und ideeller oder immaterieller Schaden genannt wird⁵⁸³. Der Ersatz eines derartigen immateriellen Schadens (Nachteile, die zu keiner Verringerung des in Geld messbaren Vermögens führen⁵⁸⁴) ist aber nicht nur in den obgenannten Fällen möglich. So gebührt ein immaterieller Schadenersatz grundsätzlich auch bei geschlechtlichem Missbrauch (§ 1328 ABGB idF BGBl 1996/759), Verletzung der Privatsphäre (§ 1328a ABGB) oder Freiheitsentziehung (§ 1329 ABGB, Artikel 7 BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit). Außerhalb des ABGB finden sich Ansprüche auf immateriellen Schadenersatz in den §§ 6 ff MedG, 87 Abs 2 UrhG, § 150 Abs 4 PatG, § 53 Abs 4 MarkschG, § 34 MuschG, § 41 GMG, § 33 DSG 2000, § 31 e KSchG, § 16 Abs 2 UWG und § 8 Abs 3 MRG sowie diversen Gefährdungshaftungsnormen.

In der Lehre bestehen unterschiedliche Auffassungen darüber, ob auch in den nicht ausdrücklich geregelten Fällen ein Anspruch auf immateriellen Schadenersatz besteht. *Strasser*⁵⁸⁵ leitet aus dem Schadensbegriff des § 1293 ABGB ab, dass ideeller Schaden auch in den nicht ausdrücklich genannten Fällen, und zwar auch bei leichter Fahrlässigkeit, zu ersetzen ist. Er begründet dies damit, dass § 1293 ABGB zwischen Schäden an Vermögen, Rechten oder Person unterscheidet und der Schadensbegriff dieser Bestimmung somit über den Vermögensschaden hinausgeht. Immer dann, wenn der Gesetzgeber über den zu berücksichtigen Schaden nichts aussagt, was im Widerspruch zu § 1293 ABGB steht, bestimme diese Bestimmung

⁵⁸³ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 305; zum immateriellen Schaden im Besonderen siehe etwa *Strasser*, Der immaterielle Schaden im österreichischen Recht (1964); *Bydlinski*, Der Ersatz ideellen Schadens als sachliches und methodisches Problem, JBl 1965, 173 und 237; *Bydlinski*, Der immaterielle Schaden in der österreichischen Rechtsentwicklung, in FS *von Caemmerer* (1978), 785; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ (1997), 73; *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, 15.ÖJT, II/1 (2003).

⁵⁸⁴ *Koziol*, Haftpflichtrecht I, Rz 2/102.

⁵⁸⁵ *Strasser*, Immaterieller Schaden 35 und 48; ders JBl 1965, 573 und 1975, 648; ders DRdA 1983, 241.

daher den Umfang des Ersatzes.

*Bydlinsk*⁵⁸⁶ und *Kozio*⁵⁸⁷ meinen unter Berufung auf §§ 1323, 1324 ABGB, dass bei Fehlen von Sondervorschriften der Ersatz des immateriellen Schadens bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit zu erfolgen hat⁵⁸⁸. Begründet wird dies damit, dass in § 1323 ABGB bei der „vollen Genugtuung“ (wenn somit der Ersatz über den „erlittenen Schaden“ als „eigentliche Schadloshaltung“ hinausgeht) neben dem entgangenen Gewinn auch die „Tilgung der verursachten Beleidigung“ vorgesehen ist. Diese „Tilgung der verursachten Beleidigung“ sei als Ersatz des ideellen Schadens zu verstehen. Da „volle Genugtuung“ gem § 1324 ABGB bei grober Fahrlässigkeit gebührt, stünde in derartigen Fällen stets ein Ersatz des ideellen Schadens zu, wenn nichts anderes gesetzlich geregelt ist. Allerdings wäre nicht jeder ideelle Schaden zu ersetzen. Es müssten vielmehr Anhaltspunkte vorhanden sein, die eine gewisse Objektivierung des Schadens zulassen.

Während im 19. Jahrhundert der Ersatz des ideellen Schadens in vergleichsweise großzügigem Ausmaß gewährt wurde, wurde ein derartiger ideeller Schaden etwa ab der Jahrhundertwende vom OGH nur mehr in den ausdrücklich geregelten Fällen zugesprochen⁵⁸⁹. Dieser Standpunkt der Judikatur wurde in den sog „Trauerschmerz-Entscheidungen“ wieder relativiert, wonach im Falle grob schuldhaften Verhaltens die Trauer über die Tötung eines nahen Angehörigen ersatzfähig ist (auch wenn dieser Schmerz nicht „Krankheitswert“ hat)⁵⁹⁰. Der OGH hat hier eine Gesetzeslücke angenommen und hat im Rahmen einer Gesamtbeurteilung insb aus mehreren gesetzlichen Tatbeständen, in denen ein ideeller Schadenersatz ausdrücklich geregelt ist, sowie unter Berücksichtigung des § 1324 ABGB einen ideellen Schadenersatz zugesprochen.

⁵⁸⁶ *Bydlinski*, JBl 1965, 173.

⁵⁸⁷ *Koziol*, Haftpflichtrecht, Rz 11/4.

⁵⁸⁸ Siehe dazu auch *Karner/Koziol*, Ersatz ideellen Schadens 18; *Reischauer* in Rummel, § 1324 RZ 11.

⁵⁸⁹ *Karner/Koziol*, Ersatz ideellen Schadens 18; *Reischauer* in Rummel, § 1324 RZ 11.

⁵⁹⁰ OGH 2 Ob 84/01v, JBl 2001, 660 = ZVR 2001/73 (*Karner*) = *ecolex* 2001, 668 (*Helmich*) = ASoK 2001, 323 (*Stärker*); 2 Ob 141/04f, ZVR 294; siehe dazu auch *Karner/Koziol*, Ersatz ideellen Schadens 21 und 81; für einen Ersatz auch bei leichter Fahrlässigkeit *Reischauer* in *Rummel*, § 1325 RZ 5a.

Anknüpfend an die „Trauerschmerzentscheidungen“ sowie die Lehrmeinungen von *Bydlinski* und *Koziol* ließe sich mE ein ideeller Schadenersatz in schwerwiegenden Fällen von Belästigung am Arbeitsplatz, die in vorsätzlichen und systematischen Schikanen mit dem Ziel, den Betroffenen auszugrenzen bzw auszuschließen bestehen und sich über einen längeren Zeitraum hinziehen („Mobbing“ am Arbeitsplatz), argumentieren. Derartige Schikanen (in der Literatur auch „Psychoterror am Arbeitsplatz“ genannt) führen häufig zu psychischen Beschwerden mit Krankheitswert, jedenfalls aber zu massiven Beeinträchtigungen des Wohlbefindens und der Leistungsfähigkeit. Hier erscheint mir die Gewährung eines ideellen Schadenersatzes für die objektiv nachvollziehbare Beeinträchtigung des Wohlbefindens (auch wenn diese nicht „Krankheitswert“ erreicht) sachgerecht, sofern (was idR der Fall sein wird) vorsätzliche Schädigung vorliegt. In diesem Fall wäre mE sowohl eine ausreichende Objektivierung des Schadens als auch eine ausreichende Zurechnung zum Schädiger gegeben, um iSd § 1324 ABGB zu einer Haftung für ideellen Schaden zu gelangen.

3. Ansprüche des Arbeitgebers

3.1. „Primäre“ Schadenersatzansprüche des Arbeitgebers gegenüber ArbeitnehmerInnen

Im Zusammenhang mit unerwünschten Verhaltensweisen am Arbeitsplatz können auch dem Arbeitgeber selbst Schäden entstehen. Zu denken ist hier bspw an Krankenstände eines an seiner (physischen oder psychischen) Gesundheit geschädigten Arbeitnehmers; Kosten der Beiziehung eines externen Beraters; Bündelung von Ressourcen (des Arbeitgebers selbst oder seiner Mitarbeiter, insb von Vorgesetzten) zur Konfliktbereinigung bzw Abstellung unerwünschter Verhaltensweisen; Umsatzverluste durch Ausfall von Mitarbeitern bzw Verschlechterung des Arbeitsklimas etc. Es stellt sich die Frage, inwieweit der Arbeitgeber für diese Schäden vom rechtswidrig handelnden Arbeitnehmer Ersatz verlangen kann.

In diesen Fällen handelt es sich um beim Arbeitgeber eingetretene Vermögensschäden. Jedenfalls im Verhältnis Arbeitgeber/Arbeitnehmer besteht die

Rechtswidrigkeit in der Verletzung der dem Arbeitsvertrag immanenten Treuepflicht (Interessenwahrungspflicht) des Arbeitnehmers, sodass die für eine Ersatzpflicht geforderte Rechtswidrigkeit (abhängig vom konkreten Verhalten des schädigenden Arbeitnehmers) grundsätzlich gegeben ist. Zu prüfen ist aber jeweils der Rechtswidrigkeitszusammenhang, somit die Frage, ob sich die einem bestimmten Verbot zugrundeliegende Gefahr realisiert hat oder ob ein ganz anderer Schaden eingetreten ist. Diese vor allem für den Fall der Verletzung von Schutzgesetzen bedeutsame Frage nach dem Schutzzweck hat auch in der Vertragshaftung Bedeutung. Hier entscheidet der Zweck der vertraglichen Pflichten über den Umfang der zu ersetzenden Schäden. Wieweit der Normzweck reicht, ist eine Auslegungsfrage im Einzelfall.⁵⁹¹

Bei der Entgeltfortzahlung ist die Beurteilung insofern unproblematisch, als hier selbst bei rechtswidriger Verletzung eines Arbeitnehmers an seiner Gesundheit durch einen nicht beim Arbeitgeber beschäftigten Dritten (etwa bei einem Verkehrsunfall) nach hL und jüngerer Rsp der Schädiger zum Ersatz der durch Legalzession (analog § 1358 ABGB, § 67 VersVG) infolge der Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers auf diesen übergeleiteten Forderung verpflichtet ist.⁵⁹² Aussagen der Rsp über derartige Schadensüberwälzungen im Fall der Schädigung durch einen Arbeitskollegen fehlen bisher; mE ist diese aber jedenfalls zu bejahen, zumal beim Arbeitnehmer noch die Verletzung einer Pflicht aus dem Arbeitsvertrag hinzukommt – allerdings wird hier eine Mäßigung des Schadenersatzanspruches des Arbeitgebers aufgrund der Bestimmungen des DHG in Betracht kommen.⁵⁹³

Bei den übrigen angesprochenen Schäden des Arbeitgebers werden die Probleme sowohl in der Beurteilung der Kausalität als auch des Rechtswidrigkeitszusammenhanges liegen. Weiters wird zu prüfen sein, inwieweit ein (auch unter Berücksichtigung der Kausalitätsfrage) exakt bezifferbarer Schaden vorliegt. Hinsichtlich der Beiziehung eines externen Beraters wird eine Ersatzpflicht

⁵⁹¹ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 316 f mwN.

⁵⁹² Siehe dazu bspw *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 333 f mwN; *Windisch-Graetz* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap XIII Rz 24 mwN.

⁵⁹³ IdS auch *Windisch-Graetz* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap XIII Rz 24 unter Berufung auf *Pircher*, Entgeltfortzahlungsfälle: Schadenersatzanspruch des Arbeitgebers gegen den eigenen schädigenden Arbeitnehmer, ZAS 1997, 65.

(so diese notwendig war und auf das schädigende Verhalten des Dienstnehmers zurückgeführt werden kann⁵⁹⁴) grundsätzlich in Betracht kommen. In den übrigen Fällen („interne“ Kosten, Umsatzrückgänge) wird eine Ersatzpflicht wohl nur in besonders gelagerten Sachverhaltskonstellationen angedacht werden können.

Ein Sonderproblem sind Schäden die der Arbeitgeber insofern erleidet, als er infolge Verletzung seiner Fürsorgepflicht nicht gegen Mobbing bzw Belästigungen eingeschritten ist und vom Arbeitnehmer zur Haftung herangezogen wird. Auch hier stellt sich die Frage, inwieweit der Arbeitgeber vom (unmittelbar) belästigenden bzw mobbenden Arbeitnehmer Ersatz (hinsichtlich der von ihm zu leistenden Zahlungen) verlangen kann. Sofern (was idR der Fall sein wird) beide solidarisch haften, wird am gem § 896 ABGB von einer Schadensteilung (im Zweifel zur Hälfte) ausgehen müssen.

Die besprochenen Schäden sind jeweils unmittelbare Schäden („Eigenschäden“) des Dienstgebers⁵⁹⁵, bei deren Ersatz § 2 DHG zu berücksichtigen ist. Danach kann das Gericht aus Gründen der Billigkeit den Ersatz im Falle fahrlässiger Schädigung („aus Versehen“) mäßigen, bei bloß leichter Fahrlässigkeit auch zur Gänze erlassen. Dies kommt aber nur dann in Betracht, wenn der Schaden „bei Erbringung der Dienstleistungen“ zugefügt wurde.

3.2. Regressansprüche des Arbeitgebers

Weitere Schäden, die dem Arbeitgeber entstehen können, sind immer dann anzunehmen, wenn dieser für das Verhalten eines anderen Arbeitnehmers einzustehen hat. Hier sind jene Fälle zu subsumieren, bei denen das Verhalten eines Arbeitnehmers als „Machthaber“ oder als Erfüllungsgehilfe bei der Fürsorgepflicht dem Arbeitgeber zuzurechnen ist. In all diesen Fällen kommt ein Regressanspruch

⁵⁹⁴ Zu berücksichtigen ist dabei jedoch, dass der Dienstgeber aufgrund seiner Fürsorgepflicht grundsätzlich zur Klärung von Konfliktsituationen verpflichtet ist. Die Kosten von Konfliktlösungsmechanismen (wie etwa Beiziehung eines Mediators) hat somit zunächst der Dienstgeber selbst zu tragen. Eine Überwälzung auf einen (oder mehrere schädigende) Arbeitnehmer wird nur dann möglich sein, wenn sich diese Kosten eindeutig auf rechtswidrige Verhaltensweisen zurückführen lassen.

⁵⁹⁵ Siehe dazu *Windisch-Graetz* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap XIII Rz 20 ff mwN.

des Arbeitgebers gegenüber dem unmittelbar handelnden Arbeitnehmer in Betracht. § 4 DHG sieht hier wiederum die Möglichkeit einer Mäßigung des Regresses bei fahrlässiger Schädigung bzw eines gänzlichen Erlasses bei bloß leichter Fahrlässigkeit vor. Die Anwendung des § 4 DHG hängt auch hier davon ab, ob die Schädigung „bei Erbringung der Dienstleistung“ erfolgt ist. In diesem Fall ist weiters Voraussetzung, dass der Schaden des Dritten im Einverständnis mit dem Dienstnehmer oder aufgrund eines rechtskräftigen Urteiles ersetzt wurde (siehe dazu auch die Ausführungen im Kapitel 5.2.4).

4. Zusammenfassung

Da sich der Arbeitgeber gegenüber seinen Arbeitnehmern zur Erfüllung seiner Schutz- und Sorgfaltspflichten jeweils anderer Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfen bedient, haftet er somit gem § 1313a ABGB für deren Verschulden, sofern sich um die Übertragung von den Arbeitgeber selbst treffenden Pflichten, also idZ der Fürsorgepflicht, handelt.

Wird ein Dienstnehmer infolge eines Arbeitsunfalles oder durch eine Berufskrankheit am Körper verletzt, haftet der Dienstgeber sowie der „Aufseher im Betrieb“ gem § 333 Abs 1 ASVG lediglich dann, wenn er den Arbeitsunfall oder die Berufskrankheit vorsätzlich verursacht hat. Auch bei Belästigungen kommt die Annahme eines Arbeitsunfalles in Betracht, sofern damit eine Körperverletzung verbunden ist. Für den Fall, dass derartige Handlungen vom Dienstgeber selbst oder einen „Aufseher im Betrieb“ ausgehen, wird aber idR dennoch eine Haftung zu bejahen sein.

Gem § 332 Abs 1 ASVG gehen Ersatzansprüche von Versicherten gegenüber dem Schädiger insoweit auf den Sozialversicherungsträger über, als dieser Leistungen zu erbringen hat. Schmerzensgeldansprüche sind aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung davon ausgenommen. Dabei gehen lediglich in persönlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht kongruente Ansprüche über.

Wird ein Arbeitnehmer wegen unerwünschter Verhaltensweisen am Arbeitsplatz von einem Arbeitskollegen schadenersatzrechtlich in Anspruch genommen, können Regressansprüche gegenüber dem Arbeitgeber gem § 3 DHG bestehen. Voraussetzung dafür wäre ein unmittelbarer Zusammenhang mit dem

Dienstverhältnis, eine grundsätzliche Haftung des Arbeitgebers gegenüber dem Dritten (hier: Arbeitskollegen) gem § 1313a ABGB und lediglich fahrlässige Schädigung.

Konkrete Anspruchsgrundlagen für einen geschädigten Dienstnehmer können etwa solche aus Körperverletzung (§ 1325 ABGB), Ehrenbeleidigung bzw Kreditschädigung (§ 1330 ABGB), Sachschäden (§§ 1331, 1332 ABGB) oder (unter eingeschränkten Voraussetzungen) „reine Vermögensschäden“ sein. Eine bedeutende Anspruchsgrundlage für ideellen Schadenersatz findet sich insb in § 12 Abs 11 ABGB, § 21 Abs 11 ABGB sowie § 7i BehEinstG (Schadenersatz wegen Belästigung).

Im Zusammenhang mit unerwünschten Verhaltensweisen am Arbeitsplatz können auch dem Arbeitgeber selbst Schäden entstehen („Eigenschäden“ des Dienstgebers), bei deren Ersatz § 2 DHG zu berücksichtigen ist. Danach kann das Gericht aus Gründen der Billigkeit den Ersatz im Falle fahrlässiger Schädigung („aus Versehen“) mäßigen, bei bloß leichter Fahrlässigkeit auch zur Gänze erlassen. Dies kommt aber nur dann in Betracht, wenn der Schaden „bei Erbringung der Dienstleistungen“ zugefügt wurde.

Weitere Schäden, die dem Arbeitgeber entstehen können, sind immer dann anzunehmen, wenn dieser für das Verhalten eines Arbeitnehmers gem § 1313a ABGB einzustehen hat. § 4 DHG sieht hier die Möglichkeit einer Mäßigung des Regresses des Arbeitgebers bei fahrlässiger Schädigung bzw eines gänzlichen Erlasses bei bloß leichter Fahrlässigkeit vor. Die Anwendung des § 4 DHG hängt auch hier insb davon ab, ob die Schädigung „bei Erbringung der Dienstleistung“ erfolgt ist.

Zusammenfassung

I. Was ist Mobbing? Definitionen und Forschungsergebnisse der Sozialwissenschaften.

Eine der populärsten Definitionen des Begriffes „Mobbing“ stammt vom deutsch-schwedischen Arbeitspsychologen und Betriebswirt *Heinz Leymann*: *„Der Begriff Mobbing beschreibt negative kommunikative Handlungen, die gegen eine Person gerichtet sind (von einer oder mehreren anderen) und die sehr oft und über einen längeren Zeitraum hinaus vorkommen und damit die Beziehung zwischen Täter und Opfer kennzeichnen“.*

Für die weitere Arbeit wird an die von *Smutny/Hopf* als wesentliche Merkmale von „Mobbing“ herausgearbeiteten Elemente angeknüpft, nämlich:

- *„die Systematik der Schikanen (im Gegensatz zum zufälligen, anlassbezogenen Konflikt),*
- *verbunden mit einer gewissen Häufigkeit und Dauer der Handlungen.*
- *Verfolgt wird die Isolation und schließlich der Ausschluss der gemobbten Person, sei es von einem speziellen Tätigkeitsfeld, sei es aus dem Unternehmen oder der Organisation zur Gänze.*
- *Diesbezüglich unterscheidet sich Mobbing jedenfalls von einem allgemein schlechten Betriebsklima.“*

Leymann teilte einen typischen Mobbingverlauf in vier Phasen ein:

- „1. Konflikte, einzelne Unverschämtheiten und Gemeinheiten*
- 2. Übergang zu Mobbing und Psychoterror*
- 3. Rechtsbrüche durch Über- und Fehlgriffe der Personalverwaltung*
- 4. Ausschluss aus der Arbeitswelt“*

In weiterer Folge erweiterte er dieses Modell um eine zusätzliche Phase (vor *„Ausschluss aus der Arbeitswelt“*: Fehldiagnosen durch Ärzte, Psychiater und Psychologen, die weiter schuldzuschreibend und stigmatisierend wirken).

Empirische Untersuchungen belegen, dass es sich bei Mobbing um ein weit verbreitetes Problem mit erheblichen Folgen für den unmittelbar Betroffenen (sowohl

in gesundheitlicher Hinsicht als auch hinsichtlich des Arbeitsplatzes) handelt, wobei auch nachteilige Folgen für den Arbeitgeber (etwa durch Krankenstände oder Ausscheiden von Mitarbeitern) damit verbunden sind.

Psychische Belastungen am Arbeitsplatz können verschiedenste Ursachen haben. Mobbing ist nur eine davon. Formen psychosozialer Belastungen sind neben Mobbing etwa Konflikte, Burn-out (als Ursache und Folge von Belastungen) sowie (sexuelle) Belästigung.

II. Rechtliche Relevanz von Mobbing – Mobbing als Rechtsbegriff?

In Österreich gibt es – wie in den meisten anderen Staaten in Europa auch – keinen eigenen gesetzlichen „Mobbing-Tatbestand“.

Auch auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts gibt es (derzeit) noch keine verbindlichen Rechtsakte, welche den Begriff „Mobbing“ definieren oder daran Sanktionen knüpfen würden. Eine EntschlieÙung des Europäischen Parlaments vom 20.09.2001 zu Mobbing am Arbeitsplatz forderte sowohl die Mitgliedstaaten als auch die Organe der Europäischen Union auf, entsprechende Maßnahmen zur Bekämpfung von „Mobbing“ zu treffen.

In der österreichischen Judikatur findet der Begriff „Mobbing“ seit dem Jahr 1997 in der vorwiegend arbeitsrechtlichen Judikatur häufig Verwendung. Obwohl es sich (von hier nicht relevanten Ausnahmen abgesehen) bei Mobbing um keinen Rechtsbegriff handelt, kommt ihm als in der Tatsachenwelt auftretendes und (ausschließlich) in den empirischen Wissenschaften definiertes Phänomen insofern rechtliche Relevanz zu, als derartige Verhaltensweisen (zumindest teilweise) rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

III. Rechtswidrigkeit von Mobbing und anderen unerwünschten Verhaltensweisen am Arbeitsplatz – Versuch einer Abgrenzung

Aus der Fürsorgepflicht des Dienstgebers ergibt sich, dass dieser gegenüber seinen DienstnehmerInnen - jedenfalls was eigene Handlungen und die Abwehr von Handlungen anderer DienstnehmerInnen betrifft – zu mehr verpflichtet ist, als dies außerhalb eines Arbeitsverhältnisses gefordert werden kann.

Werden von einem Arbeitnehmer andere ArbeitnehmerInnen belästigt bzw werden Handlungen gesetzt, welche diese als Beeinträchtigung ihres Arbeitsumfeldes empfinden, verletzt dieser jedenfalls seine gegenüber dem Arbeitgeber bestehende Treuepflicht.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Dienstvertrag als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten der Arbeitskollegen des jeweiligen Arbeitnehmers anzusehen. Daraus resultieren insb höhere Sorgfaltsanforderungen an das Verhalten der ArbeitnehmerInnen untereinander. Selbst wenn man diese Schutzwirkung zugunsten Dritter verneint, zwingt das in der betrieblichen Gemeinschaft begründete Verhältnis der Arbeitnehmer untereinander jedenfalls zu erhöhten Sorgfaltspflichten.

Aus gesetzlichen Tatbeständen des Schadenersatz- und Strafrechts lässt sich die Rechtswidrigkeit bestimmter Verhaltensweisen ableiten. Diesbezüglich ist insb auf die (schadenersatzrechtlichen) Tatbestände der Körperverletzung (§ 1325 ABGB), der geschlechtlichen Selbstbestimmung (§ 1328 ABGB), der Verletzung der Privatsphäre (§ 1328a ABGB), der Ehrenbeleidigung bzw Kreditschädigung (§ 1330 ABGB) sowie der Zerstörung oder Beschädigung von Sachen (§§ 1331, 1332 ABGB) hinzuweisen.

Jene Sachverhalte, die gewöhnlich als „Mobbing“ bezeichnet werden, sind jedenfalls im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses aufgrund der Fürsorgepflicht des Dienstgebers iVm dem Persönlichkeitsrecht (§ 16 ABGB) und dem „Schikaneverbot“ (§ 1295 Abs 2 ABGB) als rechtswidrig zu qualifizieren. Handlungen, die „systematische Schikanen“ sind, mit dem Ziel und/ oder dem Effekt andere auszugrenzen bzw. auszuschließen, überschreiten in jedem Fall die Grenze dessen,

was der betroffene Dienstnehmer noch hinzunehmen hat. Wird ein derartiges Verhalten vom Dienstgeber gesetzt, verletzt er damit seine Fürsorgepflicht; ebenso wenn es der Dienstgeber unterlässt, solche Handlungen anderer DienstnehmerInnen abzustellen.

Das mit 01.07.2004 in Kraft getretene „neue“ Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) verbietet ua „Belästigungen“ in der „Arbeitswelt“ aus Gründen des Geschlechts, der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder der Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung.

Belästigungen, wie sie im GIBG bzw im BehEinstG definiert sind, berühren die Persönlichkeitsrechte des jeweils Betroffenen – und zwar auch dann, wenn derartige Belästigungen aus anderen Motiven, wie sie in den genannten Bestimmungen erfasst sind, erfolgen. Der Dienstgeber ist aufgrund seiner Fürsorgepflicht jedenfalls verpflichtet, derartige Verhaltensweisen zu unterlassen und Belästigungen seiner DienstnehmerInnen aller Art durch ArbeitskollegInnen – aber auch dritte Personen (etwa Kunden) – abzuwenden.

Andere unerwünschte Verhaltensweisen am Arbeitsplatz, welche unterhalb der „Schwelle“ zur Belästigung anzusiedeln sind, können im Verhältnis Arbeitgeber/Arbeitnehmer (tlw aber auch im Verhältnis zwischen Arbeitskollegen) ebenfalls als rechtswidrig angesehen werden, insoweit dadurch eine erhebliche Beeinträchtigung des einzelnen Arbeitnehmers/Arbeitskollegen gegeben ist.

IV. Arbeitsrechtliche Konsequenzen für den Arbeitgeber

Die „niedrigschwellige“ Reaktionsmöglichkeit des Arbeitgebers auf unerwünschte Verhaltensweisen am Arbeitsplatz ist zunächst die Ermahnung bzw Verwarnung.

Versetzungen des „Täters“ können etwa zielführend sein, um einen Arbeitnehmer, welcher unerwünschte Verhaltensweisen am Arbeitsplatz setzt, von betroffenen ArbeitnehmerInnen zu trennen. Zu beachten sind dabei der Versetzungsschutz des § 101 ArbVG sowie Grenzen des Einzelarbeitsvertrages.

Als weitere Sanktion kommt die Kündigung des „belästigenden“ Arbeitnehmers in Betracht. IdZ ist das Vorliegen eines „personenbedingte Kündigungsgründe“ iSd „allgemeinen Kündigungsschutzes“ gem § 105 Abs. 3 Z 2 ArbVG zu prüfen, wenn durch unerwünschte Verhaltensweisen (bspw im sozialen Umgang mit anderen Mitarbeitern) die betrieblichen Interessen des Arbeitgebers nachteilig berührt werden.

Die schwerwiegendste Sanktion ist die Entlassung. Im Gegensatz zur Kündigung bedarf die vorzeitige Beendigung des Dienstverhältnisses eines bestimmten Grundes. Bei Belästigungshandlungen iwS bzw damit vergleichbaren Verhaltensweisen sind bei Angestellten primär die Entlassungsgründe der Vertrauensunwürdigkeit (§ 27 Z 1 letzter Fall AngG), der beharrlichen Weigerung der Dienstleistung bzw. der Befolgung von Weisungen (§ 27 Z 4 zweiter Fall AngG), der Verleitung anderer Bediensteter zum Ungehorsam (§ 27 Z 4 letzter Fall AngG) und der Entlassungsgrund der Tätlichkeiten, Verletzungen der Sittlichkeit oder erheblichen Ehrverletzungen (§ 27 Z 6 AngG) berührt. Für Arbeiter kommen folgende in § 82 GewO 1859 geregelte Entlassungstatbestände in Betracht: strafbare Handlungen, die den Arbeitnehmer des Vertrauens unwürdig erscheinen lassen (§ 82 lit d GewO 1859); beharrliche Pflichtenvernachlässigung (§ 82 lit f 2. F GewO 1859); Verleitung zu Ungehorsam, zur Auflehnung gegen den Gewerbeinhaber, zu unsittlichen oder gesetzwidrigen Handlungen (§ 82 lit f 3. F GewO 1859); grobe Ehrenbeleidigung, Körperverletzung oder gefährliche Drohung (§ 82 lit g GewO 1859).

V. Arbeitsrechtliche Konsequenzen für den Arbeitnehmer

Liegt eine rechtswidrige Verhaltensweise eines anderen Arbeitnehmers bzw des Arbeitgebers vor, hat der betroffene Arbeitnehmer zunächst einen Anspruch auf Unterlassung derartiger Verhaltensweisen, der auch gerichtlich durchgesetzt werden kann.

Besteht die Verletzung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers darin, bestimmte rechtswidrige Verhaltensweisen anderer Arbeitnehmer nicht zu unterbinden, kommt ein entsprechender Leistungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber in Betracht.

Dem Arbeitnehmer steht bei Verletzung der Fürsorgepflicht grundsätzlich das Recht zu, seine eigene Arbeitsleistung zu verweigern.

Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ist der Arbeitnehmer berechtigt, mit sofortiger Wirkung das Arbeitsverhältnis zu beenden. Als Austrittsgründe, welche im Zusammenhang mit Belästigungen am Arbeitsplatz in Betracht kommen, sind insbesondere anzuführen: Unfähigkeit zur Fortsetzung der Dienstleistung (26 Z 1 1. F AngG); Gefährdung der Gesundheit (§ 26 Z 1 2. F AngG, § 82a lit a GewO 1859) oder Sittlichkeit (§ 26 Z 1 2. F AngG); Verletzung wesentlicher Vertragsbestimmungen durch den Arbeitgeber (26 Z 2 letzter Fall AngG, § 82a lit d 2. F GewO 1859); Verweigerung des Dienstgebers, den ihm zum Schutzes des Lebens, der Gesundheit oder Sittlichkeit des Arbeitnehmers gesetzlich obliegenden Verpflichtungen nachzukommen (§ 26 Z 3 AngG); Tätlichkeiten, erhebliche Ehrverletzungen (§ 26 Z 4 1. F AngG, § 82a lit b GewO 1859) bzw Verletzungen der Sittlichkeit des Dienstgebers gegen den Arbeitnehmer oder dessen Angehörige (§ 26 Z 4 1. F AngG), Verweigerung des Dienstgebers, den Angestellten gegen solche Handlungen eines Mitbediensteten oder eines Angehörigen des Dienstgebers zu schützen (§ 26 Z 4 zweiter Fall AngG) oder Verleitung zu unsittlichen oder gesetzwidrigen Handlungen (§ 82a lit c GewO 1859).

VI. Rechte des Betriebsrates

Ausgewählte Mitwirkungsbefugnisse des Betriebsrates im Zusammenhang mit Prävention von/Intervention bei unerwünschten Verhaltensweisen am Arbeitsplatz sind insb gem § 89 ArbVG das Recht, die Einhaltung der die Arbeitnehmer des Betriebes betreffenden Rechtsvorschriften zu überwachen sowie gem § 90 ArbVG das Recht, in allen Angelegenheiten, die die Interessen der Arbeitnehmer berühren, beim Betriebsinhaber und erforderlichenfalls bei den zuständigen Stellen außerhalb des Betriebes entsprechende Maßnahmen zu beantragen und die Beseitigung von Mängeln zu verlangen (der Betriebsinhaber ist überdies verpflichtet, den Betriebsrat auf dessen Verlangen in allen Angelegenheiten, die die Interessen der Arbeitnehmer des Betriebes berühren, anzuhören).

Die Einführung einer betrieblichen Disziplinarordnung (welche ua Disziplinarmaßnahmen bei Belästigungen oder Mobbinghandlungen vorsehen könnte) bedarf gem § 96 Abs 1 Z 1 ArbVG der Zustimmung des Betriebsrates in Form einer Betriebsvereinbarung. Die Verhängung einer Disziplinarmaßnahme ist gem § 102 ArbVG nur zulässig, wenn sie in einem Kollektivvertrag oder einer Betriebsvereinbarung (iSd § 96 Abs 1 Z 1 ArbVG) vorgesehen ist. Darüber hinaus bedarf die konkrete Verhängung im Einzelfall der Zustimmung entweder des Betriebsrates oder einer entsprechenden Entscheidung von Seiten einer mit Zustimmung des Betriebsrates eingerichteten Stelle (insb Disziplinarkommission).

(Sonstige) Betriebsvereinbarungstatbestände zur Prävention bzw Intervention iZm Mobbing, Belästigung und anderen unerwünschten Verhaltensweisen wären insb Allgemeine Ordnungsvorschriften, die das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb regeln (§ 97 Abs 1 Z 1 ArbVG); Maßnahmen zur menschengerechten Arbeitsgestaltung (§ 97 Abs 1 Z 9 ArbVG) sowie betriebliches Beschwerdewesen (§ 97 Abs 1 Z 20 ArbVG).

Von Bedeutung idZ ist auch die Mitwirkung bei Versetzungen (§ 101 ArbVG).

VII. Schadenersatzrechtliche Konsequenzen

Da sich der Arbeitgeber gegenüber seinen Arbeitnehmern zur Erfüllung seiner Schutz- und Sorgfaltspflichten jeweils anderer Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfen bedient, haftet er somit gem § 1313a ABGB für deren Verschulden, sofern sich um die Übertragung von den Arbeitgeber selbst treffenden Pflichten, also idZ der Fürsorgepflicht, handelt.

Wird ein Dienstnehmer infolge eines Arbeitsunfalles oder durch eine Berufskrankheit am Körper verletzt, haftet der Dienstgeber sowie der „Aufseher im Betrieb“ gem § 333 Abs 1 ASVG lediglich dann, wenn er den Arbeitsunfall oder die Berufskrankheit vorsätzlich verursacht hat. Auch bei Belästigungen kommt die Annahme eines Arbeitsunfalles in Betracht, sofern damit eine Körperverschädigung verbunden ist. Für den Fall, dass derartige Handlungen vom Dienstgeber selbst oder einen „Aufseher im Betrieb“ ausgehen, wird aber idR dennoch eine Haftung zu bejahen sein.

Gem § 332 Abs 1 ASVG gehen Ersatzansprüche von Versicherten gegenüber dem Schädiger insoweit auf den Sozialversicherungsträger über, als dieser Leistungen zu erbringen hat. Schmerzensgeldansprüche sind aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung davon ausgenommen. Dabei gehen lediglich in persönlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht kongruente Ansprüche über.

Wird ein Arbeitnehmer wegen unerwünschter Verhaltensweisen am Arbeitsplatz von einem Arbeitskollegen schadenersatzrechtlich in Anspruch genommen, können Regressansprüche gegenüber dem Arbeitgeber gem § 3 DHG bestehen. Voraussetzung dafür wäre ein unmittelbarer Zusammenhang mit dem Dienstverhältnis, eine grundsätzliche Haftung des Arbeitgebers gegenüber dem Dritten (hier: Arbeitskollegen) gem § 1313a ABGB und lediglich fahrlässige Schädigung.

Konkrete Anspruchsgrundlagen für einen geschädigten Dienstnehmer können etwa solche aus Körperverschädigung (§ 1325 ABGB), Ehrenbeleidigung bzw Kreditschädigung (§ 1330 ABGB), Sachschäden (§§ 1331, 1332 ABGB) oder (unter eingeschränkten Voraussetzungen) „reine Vermögensschäden“ sein. Eine

bedeutende Anspruchsgrundlage für ideellen Schadenersatz findet sich insb in § 12 Abs 11 GIBG, § 21 Abs 11 GIBG sowie § 7i BehEinstG (Schadenersatz wegen Belästigung).

Im Zusammenhang mit unerwünschten Verhaltensweisen am Arbeitsplatz können auch dem Arbeitgeber selbst Schäden entstehen („Eigenschäden“ des Dienstgebers), bei deren Ersatz § 2 DHG zu berücksichtigen ist. Danach kann das Gericht aus Gründen der Billigkeit den Ersatz im Falle fahrlässiger Schädigung („aus Versehen“) mäßigen, bei bloß leichter Fahrlässigkeit auch zur Gänze erlassen. Dies kommt aber nur dann in Betracht, wenn der Schaden „bei Erbringung der Dienstleistungen“ zugefügt wurde.

Weitere Schäden, die dem Arbeitgeber entstehen können, sind immer dann anzunehmen, wenn dieser für das Verhalten eines Arbeitnehmers gem § 1313a ABGB einzustehen hat. § 4 DHG sieht hier die Möglichkeit einer Mäßigung des Regresses des Arbeitgebers bei fahrlässiger Schädigung bzw eines gänzlichen Erlasses bei bloß leichter Fahrlässigkeit vor. Die Anwendung des § 4 DHG hängt auch hier insb davon ab, ob die Schädigung „bei Erbringung der Dienstleistung“ erfolgt ist.

Anhang

Übersicht Judikatur zum Thema Mobbing

OGH 13.02.1997, 8 Ob A 2285/96d⁵⁹⁶ – vorzeitiger Austritt wegen Mobbing, Unverzüglichkeit

Der Kläger hatte seinen vorzeitigen Austritt aus dem Dienstverhältnis (hilfsweise) auch darauf gestützt, dass er der Firmenleitung wiederholt von groben, unter anderem die Sicherheit betreffenden Mängeln Mitteilung gemacht habe, was jedoch nicht zur Behebung der Mängel, sondern zu Vergeltungsmaßnahmen ihm gegenüber geführt habe und zwar durch „Job-Mobbing“, Ausgrenzung, psychischen Terror, Verwerfung begründeter Verbesserungsvorschläge und Missachtung technischer und menschlicher Sicherheitsbestimmungen sowie Verletzung ordentlicher kaufmännischer Gebarung durch die Verantwortlichen. Die Summe der geltend gemachten Missstände und deren Nichtbehebung hätte dabei eine Gesundheitsgefährdung bewirkt, weil er verpflichtet gewesen wäre, die wahrgenommenen Sicherheitsverletzungen der Behörde anzuzeigen und so einem Interessenkonflikt ausgesetzt worden sei. Der OGH sah im konkreten Fall den vorzeitigen Austritt als verspätet an, weil der Grundsatz der Unverzüglichkeit der vorzeitigen Auflösung aus wichtigem Grund insoweit auch für Dauertatbestände wie Mobbing gilt. Das Unterbleiben der Auflösungserklärung müsse zur zwingenden Annahme des Vorliegens eines Verzichtes oder zum Wegfall des Tatbestandmerkmals der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung führen. Auch im Falle des Vorliegens einer Gesundheitsgefährdung durch den vom Arbeitnehmer behaupteten Interessenkonflikt hätte für ihn spätestens mit Antritt seines Krankenstandes das Vorliegen eines Austrittsgrundes erkennbar sein müssen und wäre daher etwa mit diesem Zeitpunkt geltend zu machen gewesen.⁵⁹⁷

OGH 26.06.1997, 8 Ob A 187/97a⁵⁹⁸ – Verletzung der Ehre durch diskriminierende Vorgangsweise iZm einem Disziplinarverfahren

Der Kläger war im fraglichen Zeitraum Leiter des Geschäftsbereiches des zentralen Kundengeschäfts einer Bank. Im Zusammenhang mit notleidend gewordenen Kommerzkrediten leitete seine Arbeitgeberin gegen ihn nach den Bestimmungen des Kollektivvertrages für die Angestellten der österreichischen H-Banken ein Disziplinarverfahren ein. Die paritätisch, dh mit je zwei von der Arbeitgeberin und von der Belegschaftsvertretung entsandten Mitgliedern, zusammengesetzte Disziplinarkommission verneinte mit Entscheidung vom 23.06.1994 die zahlreichen Schuldfragen hinsichtlich der gegenüber dem Kläger vom Disziplinaranwalt erhobenen Vorwürfe. Die beiden von der Arbeitgeberin entsandten Beklagten beauftragten den Disziplinaranwalt mit der Herausgabe einer Mitarbeiterinformation, in der neben der Mitteilung der Versetzung des Klägers in die Abteilung

⁵⁹⁶ ARD 4842/19/97.

⁵⁹⁷ Hier besteht mE zumindest ein Spannungsverhältnis zur hRsp hinsichtlich vorzeitige Beendigung bei Dauertatbeständen.

⁵⁹⁸ DRdA 1998/21 (Klein)=ARD 4875/6/97.

Kredittechnik eine umfängliche Darstellung des Disziplinarverfahrens gegen den Kläger samt zwei faksimilierten Protokollen und dem (freisprechenden) Disziplinarerkenntnis und weiteren Auszügen enthalten waren. Der OGH verpflichtete die beiden Beklagten, derartige Veröffentlichungen aus dem Disziplinarakt zu unterlassen. Wie der OGH festhielt, hat ein vom Arbeitgeber ins Treffen geführtes Informationsinteresse gegenüber dem Interesse des Arbeitnehmers an der Wahrung seines - durch die Aspekte eines Mobbing aufweisende, diskriminierende Vorgangsweise des Arbeitgebers gefährdeten – sozialen Ansehens im Betrieb zurückzutreten. Auch das Verbreiten wahrer Tatsachen greift jedenfalls dann rechtswidrig in den Schutzbereich des Betroffenen ein, wenn dessen Interessen unnötig verletzt werden, also kein überwiegendes Informationsbedürfnis der Allgemeinheit oder doch des Mitteilungsempfängers vorliegt. Das Recht auf Ehre ist ein Persönlichkeitsrecht im Sinne des § 16 ABGB und genießt als solches absoluten Schutz gegen jedermann. Droht die Gefahr einer Verletzung, so steht bei Wiederholungsgefahr auch ohne Vorliegen der für Widerruf und Veröffentlichung gemäß § 1330 Abs 2 ABGB normierten Voraussetzungen ein Unterlassungsanspruch zu.

OGH 18.09.1997, 8 Ob A 285/97p⁵⁹⁹ – Selbstkündigung wegen „Sticheleien“ und gelegentlicher Kritik an der Arbeitsleistung

In dieser Entscheidung hielt der OGH fest, dass „Sticheleien“ im Zusammenhang mit der Tätigkeit der Klägerin im Betriebsrat bzw die gelegentliche Kritik an der Klägerin weit von dem auch als Terror am Arbeitsplatz bezeichneten „Mobbing“ entfernt sind. „Mobbing“ sei ein vielfach plakativ gebrauchtes neues Wort für ein schon früher bekanntes arbeitsrechtliches Phänomen. Den Arbeitgeber treffe darüber hinaus nicht ein aus der Fürsorgepflicht sich ergebender Kontrahierungszwang zur einvernehmlichen Auflösung oder zur Zahlung einer Abfertigung im Fall einer Kündigung durch den Arbeitnehmer, der bei der Auflösung auch nicht auf das Vorhandensein eines Austrittsgrundes hingewiesen hat.

LG St Pölten 02.07.1998, 30 Cga 83/97m⁶⁰⁰ – vorzeitiger Austritt wegen Gesundheitsgefährdung durch Mobbing

Wurde eine Vertragsbedienstete aufgrund fortgesetzter Schikanen durch ihre unmittelbare Vorgesetzte in eine psychogene Depression mit massivem psychosomatischen Beschwerdebild gestürzt, unternahmen ihre weiteren Vorgesetzten trotz mehrfachen Ersuchens keine Schritte zur Beseitigung dieses Missstandes und hätte daher eine Weiterbeschäftigung der Vertragsbediensteten zu einer schweren depressiven Erkrankung geführt, so sind damit die gesetzlichen Voraussetzungen des § 34 Abs 5 VBG (vorzeitiger Austritt) erfüllt. Der (in früheren oberstgerichtlichen Entscheidungen

⁵⁹⁹ ARD 4906/6/98=DRdA 1998, 139=RdW 1998, 98.

⁶⁰⁰ Arb 11.751=ARD 5114/2/2000; siehe dazu auch *Massl*, LG St Pölten: Austritt wegen Gefährdung der Gesundheit durch Mobbing, DRdA 2000, 435.

geäußerten) Rechtsansicht, dass ein vorzeitiger Austritt nach § 34 Abs 5 VBG nur bei Gesundheitsgefährdung durch die Dienstleistung an sich berechtigt sei, kann nicht gefolgt werden.

OLG Wien 28.02.2000, 8 Ra 349/99y⁶⁰¹ – Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

Der Geschäftsführer reagierte auf die Beschwerden des Arbeitnehmers, am Arbeitsplatz in ungeziemender Weise attackiert, verspottet und lächerlich gemacht zu werden, lediglich damit, dass er mit den anderen Arbeitnehmern sprach. Das OLG Wien hielt fest, dass ein bloßes Gespräch nicht ausreicht, wenn sich dadurch das Verhalten der Beleidiger nicht ändert und es zu weiteren Ehrenverletzungen gegenüber dem Arbeitnehmer kommt. Im Rahmen der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ist es vielmehr dessen Aufgabe, den Angestellten gegen solche Handlungen seiner Mitbediensteten zu schützen.

OGH, 18.10.2000, 9 Ob A 209/00a – vorzeitiger Austritt wegen behaupteter (nicht festgestellter) Mobbinghandlungen

Der Kläger begründete seinen vorzeitigen Austritt aus dem Dienstverhältnis damit, dass er die Arbeit ohne Schaden für seine Gesundheit nicht mehr habe fortsetzen können. Die Beklagte habe aber auch ihre Fürsorgepflichten verletzt, indem sie den Kläger trotz dessen Arbeitsüberlastung zu arbeitszeitrechtlich verbotenen Überstunden angehalten habe. Weiters habe die Geschäftsführung der beklagten Partei die guten Sitten durch Beschimpfungen des Klägers und Ausübung von Psychoterror verletzt. So sei systematisch versucht worden, den Kläger zu provozieren und ihn zu einer freiwilligen Aufgabe seines Arbeitsplatzes zu veranlassen, um einer anderen Mitarbeiterin die Stelle des Klägers verschaffen zu können. Das Erstgericht stellte fest, dass das Verhältnis des Klägers zu seinen Mitarbeitern solange gut war, als diese ihre Arbeiten so verrichteten, wie der Kläger es wünschte. Wenn allerdings Mitarbeiter eigene Vorschläge machten und Arbeiten anders ausführten, gab der Kläger diesen Mitarbeitern lautstark zu verstehen, dass sie die Arbeiten so zu verrichten hätten wie er dies wünscht. Er wollte während der Zeit seiner Beschäftigung im Betrieb der beklagten Partei den Eindruck vermitteln, die wichtigste Person im Unternehmen (nach dem Seniorchef) zu sein. Einer neu eingestellten Mitarbeiterin warf der Kläger vor, ein Spitzel der Arbeitgeberin zu sein. Während des Krankenstandes des Klägers entwickelte sich ein reger Schriftverkehr zwischen dem Kläger und der beklagten Partei, wobei vor allem der Kläger mit zunehmender Dauer des Krankenstandes und mit zunehmender Anzahl der Schreiben bzw Faxen einen immer rauerem Ton anschlug. Grund des Krankenstandes des Klägers war ein Burn-Out Syndrom. Die Ursache für den Erschöpfungszustand war einerseits die Situation am Arbeitsplatz, andererseits auch die belastende Situation im Wohnblock des Klägers, wo es immer wieder zu Streitigkeiten zwischen ihm und seinen Nachbarn gekommen war. Beide Rechtsmittelinstanzen verneinten die vom Kläger behaupteten Mobbing-Vorwürfe. Weder

⁶⁰¹ ARD 5223/11/2001.

konnten Schikanen noch Beschimpfungen bzw die Ausübung unzulässigen psychischen Drucks auf den Kläger festgestellt werden.

OGH 27.03.2001, 1 Ob 59/01k⁶⁰² – Abweisung einer Amtshaftungsklage wegen Mobbing aufgrund Verjährung

Der Kläger beehrte mit seiner Amtshaftungsklage den Zuspruch von Schmerzensgeld, weil er als Beamter der Republik Österreich durch mehr als sechs Monate einem feindseligen Verhalten (Mobbing) ausgesetzt gewesen sei und daher wiederholend traumatisierende Handlungen am Arbeitsplatz habe erdulden müssen, ohne dass der Dienstnehmer in Wahrnehmung seiner Fürsorgepflicht für Abhilfe gesorgt hätte. Dadurch sei eine posttraumatische Belastungsstörung, eine reaktive Depression und ein phobisches Syndrom verursacht worden, was schließlich zur Dienstunfähigkeit geführt habe. Der OGH stellte fest, dass auch bei seelischen Schmerzen wegen Mobbing die dreijährige Verjährungsfrist mit dem Zeitpunkt beginnt, in dem der Ersatzberechtigte Kenntnis vom gesamten anspruchsbegründenden Sachverhalt erlangt. Im konkreten Fall sei der als Klagegrund herangezogene psychische Krankheitszustand spätestens ab dem 03.07.1995 vorhanden gewesen, der Kläger habe darüber schon seit 1996 Bescheid gewusst und dieses Leiden bereits damals auf die Belastungen an seinen ehemaligen Arbeitsplatz zurückgeführt. Die am 15.05.2000 eingebrachte Amtshaftungsklage war somit in Folge von Verjährung abzuweisen.

OGH 10.10.2001, 9 Ob A 241/01h⁶⁰³ – vorzeitiger Austritt wegen behaupteter (nicht festgestellter) Mobbinghandlungen

Der Kläger hatte sein Recht vorzeitig auszutreten damit begründet, dass er arbeitsunfähig gewesen sei, weil ihn sein Arbeitgeber monatelang gemobbt habe. Dem gegenüber konnte nicht festgestellt werden, dass der Kläger in irgendeiner Art schikaniert bzw bewusst benachteiligt worden wäre. Der Kläger genoss gegenüber anderen Mitarbeitern eine Reihe von Privilegien und fühlte sich nur aufgrund seiner problematischen Persönlichkeitsstruktur subjektiv durch wirtschaftlich begründete Maßnahmen bzw durch die Nichterfüllung unerfüllbarer Forderungen so benachteiligt, dass bei ihm über einige Monate eine „depressive Verstimmung mit Somatisierungstendenz bei selbstzufriedener und dominierter Persönlichkeitsgrundstruktur mit Selbstkritikschwäche“ eintrat. Überdies wurde (in Übereinstimmung mit dem eingeholten Sachverständigengutachten) festgestellt, „dass der Kläger jederzeit durch Aufbringung von entsprechendem Verständnis und entsprechender Akzeptanz der Tatsache, dass seine Forderungen nicht immer erfüllbar sind, eine andere Sichtweise des Zustandes hätte herbeiführen können.“ Damit ist dem Kläger der Beweis, dass er „ohne erweislichen Schaden für seine Gesundheit die Arbeit nicht fortsetzen“ hätte können (§ 82 a lit. a GewO 1859), nicht gelungen.

⁶⁰² ZVR 2001/89.

⁶⁰³ ARD 5321/27/2002.

OGH 29.01.2002, 1 Ob 12/02z – Abweisung einer Amtshaftungsklage wegen behaupteter (nicht festgestellter) Mobbinghandlungen

Der Kläger stützte den von ihm erhobenen Amtshaftungsanspruch auf die Behauptung, einer schikanösen Behandlung durch dienstliche Vorgesetzte („Mobbing“) ausgesetzt gewesen zu sein. Er sei deshalb psychisch erkrankt und dienstunfähig geworden. Festgestellt wurde, dass sich beim Kläger eine „klinisch relevante Symptomatik im Sinn einer depressiv ängstlichen Symptomatik und ausgeprägterer psychosomatischer Störungen (Schlafstörung, funktionelle Herzbeschwerden)“ entwickelt hat und dieser Zustand sehr eng mit der emotionalen Stresssituation im Rahmen des Konfliktes am Arbeitsplatz zusammen hängt. In Ermangelung einer schon vorher vorhandenen „gravierenden psychischen Erkrankung“ sei somit ein natürlicher Kausalkonnex zwischen der die Dienstunfähigkeit auslösenden Erkrankung des Klägers und dessen Situation am Arbeitsplatz erwiesen. Es könne jedoch nicht festgestellt werden, ob irgendwelche (offenkundig konkret fassbaren) Verhaltensweisen von Organen der Beklagten kausal waren. Es steht jedoch fest, dass der Kläger seiner beruflichen Aufgabe nicht gewachsen war und damit weiteren Mitarbeiterinnen die Arbeit erschwerte. Es gab auch immer wieder Dienstbesprechungen, die vom Vorgesetzten zur Vermeidung von Streit „auf Diskussionsbasis geführt und in denen auch die Probleme des Klägers erörtert wurden“, der Kläger brachte jedoch durch seine „erhöhte Sensitivität und die Neigung zu projektiver Erlebnisverarbeitung ... Persönlichkeitsmerkmale und Reaktionsmuster in den Konflikt“ ein, die sich für eine mögliche „Konfliktbewältigung als ungeeignet erwiesen“ und „zur Eskalation des Geschehens einen wesentlichen Beitrag leisteten“. Im Rahmen dieser Problematik kam es zu „paranoiden Deutungsversuchen des Klägers im Sinn von Hypothesenbildungen“. Der Ansicht des Klägers, seine Behandlung durch dienstliche Vorgesetzte entspreche „insgesamt absolut typischen Methoden des Mobbing und der Schikane“, war somit nicht beizutreten. Während seiner Dienstzuteilung wurde der Kläger allerdings vom dort amtierenden Vorgesetzten besonders aufmerksam beobachtet. Allein die je nach der betroffenen Person unterschiedliche Reaktion des Vorgesetzten auf „kleine Vergehen und Fehler“ von Mitarbeitern ist nicht schon als Schikane gegenüber den von einer schärferen Sanktion betroffenen Mitarbeitern anzusehen, solange es an einem sachlichen Grund für das Einschreiten des Vorgesetzten nicht mangelt und dessen Maßnahmen angesichts der dafür ausschlaggebenden Gründe nicht als unverhältnismäßig anzusehen sind. Sieht der Vorgesetzte über solche Leistungsmängel bestimmter Dienstnehmer hinweg, so können andere Dienstnehmer daraus nicht für sich das Recht ableiten, dass auch die ihnen anzulastenden „kleinen Vergehen und Fehler“ ungerügt bleiben. Auch der Umstand, dass der Vorgesetzte vom Kläger „besonders viel“ verlangte ist – im Rahmen bestehender Dienstpflichten – noch keine Schikane.

OLG Wien, 20.02.2002, 8 Ra 9 02f⁶⁰⁴ – Kausalität zwischen Mobbing und Gesundheitsstörungen

Um Schadenersatzansprüche (hier aufgrund von Mobbing) geltend machen zu können, bedarf es grundsätzlich eines Schadens, der Kausalität des Verhaltens des Schädigers zum Eintritt des Schadens, der Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Schädigers und eines Verschuldens. Wenn der Arbeitnehmer persönlichkeitsbedingt an Gesundheitsstörungen leidet, besteht keine Kausalität zwischen dem Verhalten des Vorgesetzten und den Gesundheitsstörungen, weshalb ein Schadenersatzanspruch daher versagt bleiben muss.

OGH 17.10.2002, 8 Ob A 196/02k⁶⁰⁵ – (Einmalige) ehrenrührige Äußerung als Reaktion auf Mobbing (noch) kein Entlassungsgrund

Im Zusammenhang mit der im Anschluss an die Betriebsübernahme erfolgten Ankündigung des Geschäftsführers gegenüber einer Arbeitnehmerin, sie käme zu teuer und werde nicht mehr lange beschäftigt sein, sind in der folgenden Nichtübermittlung von Unterlagen, der falschen Information und der Erteilung ungeeigneter Weisungen typische Mobbinghandlungen des Geschäftsführers zu erblicken. Diese Mobbinghandlungen lassen das Ziel, die Arbeitnehmerin systematisch auszugrenzen, ihre Stellung im Betrieb zu untergraben und sie aus dem Arbeitsverhältnis zu drängen, als naheliegend erscheinen. Es besteht ein berechtigtes Interesse der Arbeitnehmerin, gegen diese Verhaltensweisen aufzutreten. Dadurch, dass die Klägerin ein Schreiben an die Geschäftsführer von teilweise direkt bzw indirekt bei der beklagten beteiligten Gesellschafter verfasste, worin sie ihre Probleme mit dem Geschäftsführer der Beklagten umfangreich darstellte und meinte, sie sei „kalt angelogen“ worden, mag zwar die Grenze der Beeinträchtigung der Ehre des Betroffenen überschritten sein. Dennoch ist ausgehend von den nachgewiesenen Umständen, die zu dieser Äußerung führten und dem eingeschränkten besonders betroffenen Adressatenkreis noch nicht davon auszugehen, dass dieses einmalige Verhalten die Schwere eines Entlassungsgrundes erreichte.

OGH 23.04.2003, 9 Ob A 32/03a⁶⁰⁶ – Zulässigkeit des Rechtsweges für Amtshaftungsklagen wegen Mobbing

Die Klägerin stützte ihr Begehren auf Schadenersatz darauf, dass die beklagte Partei Mobbinghandlungen eines Vorgesetzten für dessen Verhalten sie einzustehen habe, nicht unterbunden habe, wodurch eine höherwertige Tätigkeit verhindert worden sei. Aus einer unterbliebenen Beförderung können im ordentlichen Rechtsweg geltend zu machende Amtshaftungsansprüche abgeleitet werden, wenn sie auf einen Missbrauch der eingeräumten

⁶⁰⁴ In Bestätigung der E ASG Wien 24.9.2001, 2 Cga 76/00k, ARD 5414/7/2003.

⁶⁰⁵ Arb 12.273=DRdA 2003/18=infas 2003, A 26=ARD 5381/10/2003.

⁶⁰⁶ ecolex 2003/319 (*Mazal*).

Befugnisse eines Organs zurückzuführen sind. Zur Erfüllung hoheitsrechtlicher Aufgaben gehören auch Fürsorgepflichten der Vorgesetzten und ihrer Beauftragten gegenüber anderen Beamten. Verletzt der öffentlich-rechtliche Dienstgeber seine gesetzliche Pflicht gegenüber einem Beamten, so haftet der Rechtsträger für die sich daraus ergebenden finanziellen Nachteile eines anderen Beamten nach Amtshaftungsrecht. Somit war die hier strittige Zulässigkeit des Rechtsweges für den geltend gemachten Schadenersatzanspruch zu bejahen.

OGH 26.08.2004, 8 Ob A 3/04f⁶⁰⁷ – Schadenersatz wegen Fürsorgepflicht bei Belästigung durch andere Arbeitnehmer

Der Kläger, ein Vertragsbediensteter der Gemeinde Wien, war nach dem Wiener Zuweisungsgesetz der Beklagten als Straßenbahnfahrer zur Dienstleistung zugewiesen. Er wurde wegen seiner Lebensgemeinschaft mit einem gleichgeschlechtlichen Partner gemobbt. Der OGH stellte fest, dass schon die allgemeine Fürsorgepflicht es dem Arbeitgeber gebietet, dafür zu sorgen, dass die Persönlichkeitssphäre seiner Arbeitnehmer nicht durch unsachliche Belästigungen (Mobbing) durch andere Arbeitnehmer beeinträchtigt wird. Diese Verpflichtung wird auch auf den erstreckt, in dessen Betrieb der Arbeitnehmer in abhängiger Weise eingegliedert ist. Gesetzliche (hier: landesgesetzliche) Diskriminierungs- bzw. Belästigungsverbote aufgrund sexueller Orientierung waren im entscheidungsrelevanten Zeitraum (noch) nicht erlassen worden. Stützt der Kläger sein Schadenersatzbegehren (auch) darauf, dass er durch „Belästigungen“ und den Umstand, dass die Beklagte diese trotz seiner Aufforderung nicht unterbunden hätte, an Erschöpfungszuständen und Depressionen mit komprimierten Schmerzperioden von zumindest 30 Tagen leide, vermag dafür – so der OGH - unter den Voraussetzungen des Schadenersatzrechtes eine Verletzung der allgemeinen Fürsorgepflicht eine ausreichende Grundlage bieten.

OGH 22.12.2004, 8 Ob A 105/04f - Versetzung

Der Kläger bestritt in seiner außerordentlichen Revision die Zulässigkeit seiner Versetzung als Landesbediensteter damit, dass diese willkürlich erfolgt sei und eine unzulässige „Mobbing- bzw. Bossinghandlung“ darstelle. Nach den bindenden Feststellungen der Vorinstanzen erfolgte die Versetzung des Klägers jedoch nicht um auf ihn „hierarchischen Druck“ auszuüben, sondern weil ein Vermittlungsversuch des Landesschulinspektors zwischen dem Kläger und dem Direktor jener Hauptschule, in welcher der Kläger als Lehrer unterrichtete, gescheitert war. Die außerordentliche Revision des Klägers wurde daher vom OGH zurückgewiesen.

⁶⁰⁷ Arb 12.459=ZAS 2005, 241 (*Posch*)=DRdA 2005/37 (*Resch*)=ecolex 2005/66=ARD 5608/5/2005= infas 2005, A5.

OGH 29.06.2005, 9 Ob A 94/05⁶⁰⁸ – Konkretisierungspflicht bei Berufung auf Mobbing

Das Vorbringen des Klägers erschöpfte sich im Wesentlichen in der Behauptung, dass die Beklagten in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken ein Verhalten gesetzt hätten, das als „Mobbing“ zu qualifizieren sei und den Kläger körperlich und psychisch geschädigt habe. Aufforderungen dieses Vorbringen zu konkretisieren, wurden mit Hinweisen auf die Parteienvernehmung und auf Urkunden („Mobbingtagebuch“) beantwortet. Abgesehen davon, dass Angaben in der Parteienvernehmung und Verweise auf Urkunden konkrete Prozessbehauptungen nicht ersetzen können, enthielten auch die vom Kläger vorgelegten Urkunden nichts anderes als stichwortartige Anmerkungen, die zum Teil sprachlich überhaupt keinen nachvollziehbaren Sinn ergaben. Wenngleich die Behauptungslast eines sich auf Mobbing berufenen Klägers nicht überspannt werden dürfe, sei der Kläger – so der OGH - trotz der Aufforderung durch das Erstgericht, sein Vorbringen zu präzisieren, konkrete Behauptungen zur Darlegung seines Standpunktes schuldig geblieben.

OGH 03.08.2005, 9 Ob A 100/05d – Konkretisierungspflicht bei Berufung auf Mobbing

Soweit der Kläger im Rahmen seiner außerordentlichen Revision die angeblich mangelnde Auseinandersetzung mit seinen Behauptungen des „Mobbings“ rügt, ist dem – so der OGH - entgegenzuhalten, dass sich der Kläger wohl allgemein auf ein solches Vorgehen von Mitarbeitern berufen hat, jedoch keinen konkreten Zusammenhang mit dem Abschluss der verfahrensgegenständlichen Auflösungsvereinbarung herstellen konnte.

OGH 30.03.2006, 8 Ob A 6/06z – Behauptung einer Mobbingsituation zur Rechtfertigung einer Pflichtverletzung

Das Begehren des Klägers auf Feststellung des aufrechten Bestandes seines Dienstverhältnisses als Oberarzt wurde rechtskräftig abgewiesen. Tragende Begründung dafür war, dass der Kläger sich dadurch grob pflichtwidrig verhielt, dass er ohne relevanten Grund den Operationsaal vor Beendigung einer anspruchsvollen Dickdarmkrebsoperation verließ, ohne sich zu vergewissern, ob ein zur Fertigstellung der Operation fähiger Arzt den Patienten übernehmen würde. Der Kläger brachte vor, dass es sich bei der Gestaltung des Termin für die Operation um eine „konstruierte Angelegenheit“ des Primars gehandelt habe, der den Kläger habe loswerden wollen und ihn in Kenntnis jenes Termins, der den Kläger veranlasst habe die Operation vor Fertigstellung zu beenden, zur Operation eingeteilt habe. Der Primar habe gezielt eine unklare Situation herbeiführen wollen.

⁶⁰⁸ ARD 5667/3/2006

Dabei übersieht – so der OGH – der Kläger, dass das Berufungsgericht im Vorverfahren im Rahmen seiner rechtlichen Beurteilung auf die vom Kläger behauptete „Mobbingsituation“ einging und zum rechtlichen Ergebnis gelangte, dass die Konfliktsituation zwischen dem Kläger und dem Primar, welche der Arbeitgeber durch Vermittlungsgespräche, Supervision und Meditation vergeblich zu bereinigen versucht habe, ebenso wenig wie der gewählte Termin für die Operation geeignet sei, diese Vorgangsweise des Klägers zu rechtfertigen. Der für die Kündigung maßgebliche Vorwurf an den Kläger habe nicht darin bestanden, dass er einen ungünstig festgesetzten Operationstermin missachtet habe, sondern dass er ohne triftigen Grund einen Patienten während einer Operation ohne ausreichende Betreuung zurückgelassen habe.

OGH 09.05.2007, 9 Ob A 58/07f – Behauptung einer Mobbingsituation zur Rechtfertigung einer Pflichtverletzung

Die Auslegung des Klagevorbringens durch die Vorinstanzen, wonach sich schon aus diesem kein schlüssiger Zusammenhang zwischen behaupteten früheren „Mobbinghandlungen“ einerseits und den zur Entlassung führenden Umständen andererseits, insbesondere in Form einer gezielten Provozierung des Klägers, ergibt, war nach Ansicht des OGH nachvollziehbar und jedenfalls vertretbar. Selbst wenn man davon ausgeht, dass der Kläger im Recht war, als er ohne Hinweis auf eine vorgeschriebene noch nicht beendete Ruhezeit den Antritt eines Fluges ablehnte, war somit die Rechtsauffassung des Berufungsgerichtes nicht zu bemängeln, dass die gegenüber einem Vertreter der Arbeitgeberin verwendeten rüden Kraftausdrücke den Tatbestand des § 27 Z 6 AngG erfüllten und die Beklagte zur Entlassung berechtigten.

OGH 15.1.2008, 10 Ob 37/07t⁶⁰⁹ – Verwirkung der Rechte aus einer Konkurrenzklausele wegen Mobbing durch den Arbeitgeber

Ein leitender Angestellter wurde vom Arbeitgeber dadurch schikaniert, dass ihm im Wesentlichen nur mehr „mindere Tätigkeiten“ zugewiesen wurden, ihm mit der Kündigung gedroht wurde wenn er nochmals in den Krankenstand gehen würde (dies nach einer Therapie wegen einer Hepatitis-C-Erkrankung), ihm durch den Geschäftsführer einer anderen Firma ausgerichtet wurde, das er „in den Arsch getreten gehöre“, ihm eine vereinbarte Überstundenpauschale nicht mehr ausbezahlt wurde. Durch das Verhalten des Arbeitgebers, das auch dazu führte, dass die anderen Arbeitnehmer „den Beklagten als einen von ihnen sahen und sich von ihm nichts mehr sagen ließen“, traten beim Angestellten psychische Probleme auf. Da die Situation für den Angestellten unerträglich wurde, kündigte er das Dienstverhältnis. Der OGH wies das Klagebegehren des Arbeitgebers auf Zahlung einer Konventionalstrafe wegen Verletzung der vereinbarten Konkurrenzklausele ab, da der

⁶⁰⁹ OGH 10 Ob 37/07z, JBl 2009, 41 = RdW 2008/502 = RdW 2008/397 = ARD 5897/5/2008.

Arbeitgeber iSd § 37 Abs 1 AngG dem Angestellten durch schuldhaftes Verhalten begründeten Anlass zur Kündigung gegeben hat. Auf die Konkurrenzklausel könne sich der Kläger – so der OGH - als „mobbender“ Arbeitgeber somit nicht berufen.

Kurzzusammenfassung

Über das Thema Mobbing am Arbeitsplatz wird häufig diskutiert. Obwohl Vieles bei dieser Diskussion missverstanden (nicht jeder Konflikt am Arbeitsplatz ist „Mobbing“) und dieser Begriff teilweise inflationär verwendet wird, handelt es sich hier tatsächlich um ein Problem, das keinesfalls unterschätzt werden darf. In Österreich gibt es jedoch – wie in den meisten anderen europäischen Staaten auch - derzeit keine gesetzlichen Regelungen, die an den (vorwiegend in der Psychologie bzw. Arbeitsmedizin definierten) Begriff „Mobbing“ anknüpfen.

Dennoch besteht in Literatur und Judikatur Übereinstimmung darüber, dass (aktives bzw – hinsichtlich des Arbeitgebers auch „passives“) Mobbing eine Verletzung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bzw. der Treuepflicht des Arbeitnehmers darstellt, woraus sich arbeits- und schadenersatzrechtliche Konsequenzen ergeben können (insbesondere Recht zum vorzeitigen Austritt bzw. Entlassung, Ansprüche auf Schadenersatz). Unstrittig ist auch, dass Mobbing bzw einzelne Mobbinghandlungen ausdrücklich geregelte gesetzliche Tatbestände erfüllen können (wie etwa den Belästigungstatbestand im Gleichbehandlungsgesetz (GlBG) sowie im Behinderteneinstellungsgesetz (BehEinstG) und/oder schadenersatzrechtliche bzw strafrechtliche Tatbestände.

Bisher noch wenig erörtert wurde die grundsätzliche Frage, unter welchen Voraussetzungen ein unerwünschtes Verhalten am Arbeitsplatz im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bzw Arbeitnehmer untereinander generell – also unabhängig von der Verwirklichung des Mobbingbegriffs – rechtswidrig ist. Bei der Untersuchung dieser (den Hauptteil der vorliegenden Arbeit bildenden) Frage wird zunächst an vorhandene gesetzliche Bestimmungen angeknüpft und dann gefragt, unter welchen Voraussetzungen auch andere – nicht ausdrücklich geregelte – Verhaltensweisen rechtswidrig sind. Ausgehend von gesetzlichen Regelungen bzw von der Judikatur entwickelten Grundsätzen wird somit versucht, Abgrenzungskriterien zu gewinnen, unter welchen Voraussetzungen unerwünschte Verhaltensweisen am Arbeitsplatz rechtswidrig sind und welche Folgen dies sowohl in arbeitsrechtlicher als auch in schadenersatzrechtlicher Hinsicht nach sich zieht – unabhängig davon, wie ein solches Verhalten nun genannt wird. Dabei wird auch

zwischen dem Verhältnis Arbeitgeber zu Arbeitnehmer und Arbeitnehmer untereinander (gerade bei letzterem sind durchaus noch viele Fragen ungeklärt) differenziert. Den im GIBG sowie im BehEinstG geregelten Tatbeständen der „Belästigung“ sowie die Stellungnahmen dazu in Literatur sowie Judikatur wird dabei ein besonderer Stellenwert eingeräumt.

Lebenslauf

Mag. Thomas Majoros

Rechtsanwalt

Walfischgasse 12/3, 1010 Wien

Tel. 01 / 95 77 887; Fax 01 / 95 77 887-20

Email: majoros@dmw-law.at; www.dmw-law.at

Ausbildung:

Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien, Abschluss 1994 (Magister der Rechtswissenschaften); 1995 Gerichtspraxis

Beruflicher Werdegang:

Rechtsanwaltsanwärter in den Kanzleien Teicht & Jöchel (Mai 1996 bis Februar 2000) sowie Cerha, Hempel & Spiegelfeld (März bis Dezember 2000);

1999 Rechtsanwaltsprüfung; 2001 Eintragung in die Liste der Rechtsanwälte;

Mitarbeit als Rechtsanwalt in den Kanzleien Burgstaller & Preyer; Graf, Maxl & Pitkowitz (Jänner bis Oktober 2001) sowie Lansky, Ganzger & Partner (November 2001 bis Dezember 2004); Jänner 2005 Gründungspartner der Kanzlei Dietrich Majoros Marchl Rechtsanwälte (seit Ende 2009 Dietrich Majoros Walzel Rechtsanwälte).

Spezialgebiete:

Individuelles und kollektives Arbeitsrecht; Sozialrecht.

Publikationen/Vortragstätigkeit:

Majoros/Marchl/Walzel/Dietrich, Handbuch für Führungskräfte, 2007 (Mitherausgeber und Mitautor);

Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar, Loseblatt (Mitautor);

W.Geppert, Sozialversicherung in der Praxis, Loseblatt (Mitautor);

Majoros, Vorzeitige Beendigung der Tätigkeitsdauer des Betriebsrats durch Verlust der Betriebsidentität, RdW 2008/425;

Majoros, Versetzung von Mitgliedern eines „Betriebsabteilungsrates“, ecolex 2008, 64;

Majoros, Der Arbeitnehmer als Urheber, DRdA 2009, 161;
Majoros, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadens im Gleichbehandlungsgesetz, RdA 2007, 515;
Majoros, Das „neue“ Gleichbehandlungsgesetz – Redaktionelle Anmerkungen zu LG Salzburg, 18 Cga 120/05t, ARD 5732/7/2006;
Majoros, Konkludente Austritte im Arbeitsrecht, ecolex 2005, 549;
Majoros, Kündigung, Dienstfreistellung und Urlaub, RdA 2005, 454;
Majoros, Auftragnehmerwechsel bei Großküche als Betriebsübergang (Anm. zu EuGH 20. 11. 2003, C-340/01), RdA 2004, 189;
Majoros, Konkludenz und betriebliche Übung (Anm. zu OGH 4.12.2002, 9 Ob A 176/02a), ecolex 2003, 351;
Majoros, Arbeitsrechtliche Fragen bei Betriebseinschränkung bzw. Betriebstilllegung (Checkliste), ecolex 2002, 372;
Autor verschiedener Artikel zum Arbeits- und Sozialrecht in „Der Standard – Wirtschaft & Recht“;
Vortragender bei Fachseminaren im Bereich Arbeits- und Sozialrecht.