

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 22. November 2023 über den am 10. Juli 2022 eingelangten Antrag von **A (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** (BGBl I Nr 66/2004 idgF) und **durch schuldhaftes Unterlassen des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin im Falle einer sexuellen Belästigung durch Dritte eine nach den gesetzlichen Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages angemessene Abhilfe zu schaffen** gemäß **§ 6 Abs 1 Z 2 GIBG** durch die **Z GmbH (Erstantragsgegnerin)** sowie **durch eine sexuelle Belästigung durch Dritte** gemäß **§ 6 Abs 1 Z 3 GIBG** durch **Y (Zweitantragsgegner)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl II Nr 396/2004 idgF), zu GZ GBK I/1091/22, zu folgendem

PRÜFUNGSERGEBNIS:

1. **A ist aufgrund des Geschlechtes durch eine sexuelle Belästigung durch Dritte gemäß § 6 Abs 1 Z 3 GIBG durch Y diskriminiert worden.**
2. **A ist aufgrund des Geschlechtes durch schuldhaftes Unterlassen des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin im Falle einer sexuellen Belästigung durch Dritte eine nach den gesetzlichen Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages angemessene Abhilfe zu schaffen gemäß § 6 Abs 1 Z 2 GIBG durch die Z GmbH diskriminiert worden.**
3. **A ist aufgrund des Geschlechtes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG durch die Z GmbH diskriminiert worden.**

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

VORBRINGEN

¹ Vgl. zB VfSlg. 19.321.

Im **Antrag** wurde im Wesentlichen Folgendes vorgebracht:

Die Antragstellerin sei von 2. Juni bis 1. Juli 2022 bei der Erstantragsgegnerin als Küchengehilfin beschäftigt gewesen.

Mitte Mai 2022 habe sie sich für eine Stelle bei der Erstantragsgegnerin beworben. Am 16. Mai 2022 habe sie erfolgreich ein Probearbeiten im Restaurant „X“ – eines der Lokale der Erstantragsgegnerin – absolviert. Am Ende des Probetages sei vereinbart worden, dass sie mit 2. Juni 2022 angestellt werden sollte.

In der Zwischenzeit habe sie zwei Dienste übernommen.

Nach einem der Dienste, am 28. Mai 2022 sei sie gemeinsam mit dem Zweitantragsgegner – dem Küchenchef des „X“ – einen Teil ihres Heimweges mit der ... Bahn gefahren. Während dieser Fahrt habe er ihr zwischen die Beine gefasst und versucht, sie zu umarmen.

Am 2. Juni 2022 – dem offiziellen Beginn des Arbeitsverhältnisses – sei es zu folgendem Vorfall im Restaurant „X“ gekommen: Der Zweitantragsgegner habe ihr gezielt und unmissverständlich an ihre Brust gefasst. Sie habe danach die Geschäftsführung des Lokals, W darüber informiert und mit ihr ein klärendes Gespräch für den 6. Juni 2022 vereinbart. Die Antragstellerin habe den Wunsch geäußert, bis zu dem Gespräch nicht mehr mit dem Küchenchef arbeiten zu wollen.

Am 6. August [*richtigerweise Juni*] 2022 habe sich die Antragstellerin mit W, ihrem Ehemann, der Schwägerin der Antragstellerin, B, und dem Bruder der Antragstellerin, C, im Restaurant „D“ getroffen. Dort sei vereinbart worden, dass die Antragstellerin im Restaurant „D“ an der Schank sowie im Restaurant „E“ (beides ebenfalls Lokale der Erstantragsgegnerin) probearbeiten solle und dann im weiteren Verlauf in einem der beiden Lokale ihre Arbeit fortsetzen könne. W habe außerdem gesagt, dass sobald Ersatz gefunden werde, der Zweitantragsgegner gekündigt werde und bis dahin nur männliche Kollegen mit ihm gemeinsam arbeiten sollen.

Am 8. Juni 2022 habe die Antragstellerin zur Probe im „D“ gearbeitet. Sie habe nach diesem Tag keine Information erhalten, ob sie die Stelle bekomme und auch mehr als eine Woche lang keine Dienste zugewiesen bekommen. Schlussendlich sei die Stelle im „D“ mit einer anderen Person besetzt worden und die Antragstellerin habe eine Absage erhalten.

Am 17. Juni 2022 habe ihr Probearbeiten im „E“ stattgefunden.

Am 22. Juni 2022 habe die Antragstellerin eine Jobzusage für die Stelle im „E“ per WhatsApp gerichtet an ihre Schwägerin B erhalten.

Vom 24. Juni bis 30. Juni 2022 habe sie drei Dienste im „E“ verrichtet. Trotz mehrmaliger Nachfrage sei ihr kein schriftlicher Vertrag ausgestellt worden.

Am 1. Juli 2022 habe sie schlussendlich die Geschäftsführung des „E“ darüber informiert, dass sie nach Hause gehen könne, da die Stelle besetzt sei und keine weiteren Personen gebraucht

werden, und dass sie sich den Lohn für die gearbeiteten Tage am 10. Juli 2022 abholen solle.

Die Antragstellerin habe erfahren, dass der Zweitantragsgegner immer noch im „X“ arbeite. Die Antragstellerin habe hingegen nach seinem Übergriff und ihrer Meldung, dass sie im Zusammenhang mit ihrem Arbeitsverhältnis von einem Mitarbeiter sexuell belästigt worden sei, über einen längeren Zeitraum keine Dienste verrichten dürfen, sei dann für eine sehr kurze Zeit in ein anderes Lokal versetzt worden und letztendlich sei mit Sicherheit damit in Zusammenhang stehend ihr Arbeitsverhältnis beendet worden.

Die Antragstellerin sei dadurch für den gesamten Monat Juni nicht beim AMS gemeldet gewesen und habe in diesem Zeitraum beinahe kein Einkommen bezogen.

Darüber hinaus konkretisierte die Antragstellerin ihren Antrag 8. November 2022 wie folgt:

Erst der Stellungnahme der Erstantragsgegnerin habe sie entnommen, dass die verschiedenen Lokale nicht – wie ihr in verschiedenen Gesprächen suggeriert worden sei – dem gleichen Unternehmen zuzuordnen seien, sondern von drei verschiedenen GmbHs betrieben werden (alle drei GmbHs weisen jedoch denselben Hauptgesellschafter aus). Durch Einsicht in das Firmenbuch habe sich herausgestellt, dass das Lokal D von der „D Z1D GmbH“, ..., und das Lokal E von der „Z2EGmbH“, ..., betrieben werde.

Da die Antragstellerin (nach Rücksprache mit der Gleichbehandlungsanwaltschaft) die juristische Verantwortung für die Beendigung ihres Dienstverhältnisses dennoch bei der bereits als Erstantragsgegnerin angeführten Z GmbH sehe, belasse sie den Antrag dahingehend und ergänze die oben genannten GmbHs nicht als Antragsgegnerinnen. Wenn die drei Lokale nicht zusammengehörig seien (entgegen der Aussage ihrer ehemaligen Chefin, die gemeint habe: „Die gehören zu uns“) sei sie nicht – wie gedacht – in eine gleichwertige Position in einer anderen Niederlassung versetzt worden, sondern sei ihr lediglich die Chance auf ein potenzielles neues Dienstverhältnis mit einem anderen Dienstgeber vermittelt worden.

Damit sei im Zusammenhang mit ihrer Beschwerde wegen sexueller Belästigung nicht nur mangelnde Abhilfe geleistet, sondern eben auch ihr Dienstverhältnis mit der Erstantragsgegnerin gegen ihren Willen (die Antragstellerin habe keiner Beendigung zugestimmt, sondern maximal ihrer „Versetzung“ in ein anderes Lokal) und entgegen den Bestimmungen des GIBG beendet worden.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der rechtsfreundlichen Vertretung der Erstantragsgegnerin übermittelten **Stellungnahme** vom 8. September 2022 bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Die Antragstellerin habe der Betriebsleiterin des Lokales „X“ am 2. Juni 2022 mitgeteilt, dass sie vom Koch sexuell belästigt worden sei. Weiters habe sie mitgeteilt, dass sie bis zu einem

vereinbarten klärenden Gespräch am 6. Juni 2022 nicht mehr mit dem Koch zusammenarbeiten wolle.

Der Koch sei zur Rede gestellt worden und habe die Ausführungen der Antragstellerin bestritten.

Am 6. Juni 2022 sei mit der Antragstellerin auf deren Wunsch hin vereinbart worden, dass das Arbeitsverhältnis zur Erstantragsgegnerin beendet werde und sie stattdessen im Restaurant „D“ an der Schank arbeiten sollte.

Das Restaurant „D“ werde nicht von der Erstantragsgegnerin betrieben.

Nachdem der Betriebsleiter des Restaurants „D“ mit der Arbeitsleistung der Antragstellerin nicht zufrieden gewesen sei, sei vereinbart worden, dass sie in einem weiteren Lokal, welches ebenfalls nicht von der Erstantragsgegnerin betrieben werde, dem „E“ arbeiten sollte. Auch der dortige Betriebsleiter sei jedoch mit der Arbeitsleistung nicht zufrieden gewesen. Es sei daher zur Kündigung gekommen.

Die Kündigung der Antragstellerin in den Lokalen „D“ und „E“ sei ausschließlich deshalb erfolgt, da man mit der Arbeitsleistung nicht zufrieden gewesen sei. Der Umstand des Streites mit dem Koch und der möglicherweise stattgefundenen sexuellen Belästigung durch diesen haben keine Rolle gespielt.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der rechtsfreundlichen Vertretung des Zweitantragsgegners übermittelten **Stellungnahme** vom 2. August 2022 bestritt dieser die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Die gegen den Zweitantragsgegner erhobenen Vorwürfe, dass er der Antragstellerin während der Fahrt in der ... Bahn zwischen die Beine gefasst und versucht habe, sie zu umarmen, sowie am 2. Juni 2022 im Restaurant „X“ an die Brust gefasst habe, seien falsch.

Der Zweitantragsgegner würde so eine Belästigung nie machen und es sei ihm auch nicht verständlich, warum er beschuldigt werde. Darüber hinaus sei anzumerken, dass sich in der ... Bahn und auch im Restaurant mehrere Personen im gleichen Waggon bzw. Raum aufgehalten haben und es auch Videokameras gebe.

PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen der Antragstellerin, der Erstantragsgegnerin und des Zweitantragsgegners sowie die mündliche Befragung der Antragstellerin und des Zweitantragsgegners vom 3. Oktober 2023. Die rechtsfreundliche Vertretung der Erstantragsgegnerin teilte am 29. September 2023 telefonisch mit, dass die Erstantragsgegnerin nicht an einer Befragung teilnehmen werde. Der Senat sah daher von einer

weiteren Ladung ab. Als weitere Auskunftsperson wurde B am 3. Oktober 2023 befragt. Die Auskunftsperson W erschien am 3. Oktober 2023 entschuldigt nicht und am 22. November 2023 unentschuldigt nicht. Da sie im Vorfeld des Befragungstermins am 22. November 2023 auf mehrere Nachfragen des Senates nicht reagiert hatte, sah der Senat von einer weiteren Ladung ab. Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf den Arbeitsvertrag der Antragstellerin vom 1. Juni 2022 und die WhatsApp Kommunikation zwischen der Antragstellerin und W im Zeitraum von 13. Mai bis 16. Juni 2022.

BEGRÜNDUNG²

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

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

[...]

7. bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses“

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

[...]

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

3. durch Dritte in Zusammenhang mit seinem/ihrem Arbeitsverhältnis belästigt wird oder

[...]

(2) Sexuelle Belästigung liegt vor, wenn ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten gesetzt wird, das die Würde einer Person beeinträchtigt oder dies bezweckt, für die betroffene Person unerwünscht, unangebracht oder anstößig ist und

1. eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betroffene Person schafft oder dies bezweckt oder

2. der Umstand, dass die betroffene Person ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten seitens des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin oder von Vorgesetzten oder Kolleg/inn/en zurückweist oder duldet, ausdrücklich oder stillschweigend zur Grundlage

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

einer Entscheidung mit Auswirkungen auf den Zugang dieser Person zur Berufsausbildung, Beschäftigung, Weiterbeschäftigung, Beförderung oder Entlohnung oder zur Grundlage einer anderen Entscheidung in der Arbeitswelt gemacht wird.

[...]“

Generell ist zur Frage des Beweismaßes und der Beweislastverteilung im GBK-Verfahren anzumerken, dass eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne des GIBG beruft, diesen glaubhaft zu machen hat. Insoweit genügt daher nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (OGH) eine „Bescheinigung“ der behaupteten Tatsachen, wobei jedoch der bei der GBK zu erreichende Überzeugungsgrad gegenüber der beim „Regelbeweis“ geforderten „hohen Wahrscheinlichkeit“ auf eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ herabgesenkt ist.

Vereinfacht gesagt muss mehr für die Darstellung des Antragstellers/der Antragstellerin sprechen als dagegen.³

Dem Antragsgegner/der Antragsgegnerin obliegt dann zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes von ihm/ihr glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.

Bei einer (sexuellen) Belästigung gilt davon abweichend, dass es dem Antragsgegner/der Antragsgegnerin zu beweisen obliegt, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die von ihm/ihr glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung des Vorwurfes, die Antragstellerin sei von ihrem Vorgesetzten durch Berührungen ihres Oberschenkels und ihrer Brust sowie durch eine ungewünschte Umarmung sexuell belästigt worden und habe, nachdem sie sich bei ihrer Arbeitgeberin über sein Verhalten beschwert habe und ihr zwecks räumlicher Trennung vorgeschlagen worden sei, in zwei anderen Lokalen einen Probearbeitstag zu absolvieren, diesem Vorschlag in der Annahme, es handle sich um Niederlassungen desselben Unternehmens zugestimmt, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem **Sachverhalt** aus:

Die Antragstellerin war ab 1. Juni 2022 bei der Erstantragsgegnerin als Küchengehilfin im Restaurant „X“ beschäftigt, wobei sie am 16. Mai 2022 ein Probearbeiten absolvierte und bis zu ihrem Dienstantritt zwei Dienste übernahm.

Der Zweitantragsgegner war als Küchenchef im Restaurant „X“ tätig und der Vorgesetzte der Antragstellerin.

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

Nach dem Dienst am 28. Mai 2022 fuhr die Antragstellerin gemeinsam mit dem Zweitantragsgegner einen Teil ihres Heimweges mit der ... Bahn. Nicht festgestellt werden konnte, dass der Zweitantragsgegner im Zuge dieser ... Bahnfahrt den Oberschenkel der Antragstellerin berührt hat. Bei der Verabschiedung umarmte der Zweitantragsgegner die Antragstellerin. Die Antragstellerin wusste nicht, wie sie reagieren soll und blieb während der Umarmung ruhig stehen.

Am 2. Juni 2022 kam es zu einem Vorfall in der Küche. Die Antragstellerin trug an diesem Tag ein T-Shirt mit einem Foto darauf. Der Zweitantragsgegner berührte im Brustbereich das Foto und fragte, wer diese Personen seien. Die Antragstellerin informierte ihren Bruder, C. Die Schwägerin der Antragstellerin, B, verständigte am selben Tag die Betriebsleiterin des Restaurants „X“, W, und es wurde ein Gespräch für den 6. Juni 2022 im Restaurant „D“ vereinbart. Die Antragstellerin äußerte zudem den Wunsch, bis zu dem Gespräch nicht mehr mit dem Zweitantragsgegner arbeiten zu wollen.

An dem Gespräch am 6. Juni 2022 nahmen die Antragstellerin, W, deren Ehemann, der Bruder und die Schwägerin der Antragstellerin teil. Es wurde vereinbart, dass die Antragstellerin im Restaurant „D“ und im Restaurant „E“ zur Probe arbeiten soll. Der Antragstellerin wurde in diesem Gespräch der Eindruck vermittelt, dass es sich um zum selben Unternehmen gehörige Lokale handelt und sie somit in eine gleichwertige Position in einer anderen Niederlassung versetzt wird. Weiters teilte W mit, dass der Zweitantragsgegner gekündigt werde, sobald Ersatz gefunden werde, und bis dahin nur männliche Kollegen mit ihm gemeinsam arbeiten sollen.

Am 8. Juni 2022 arbeitete die Antragstellerin zur Probe im Restaurant „D“. Auf Nachfrage teilte W der Antragstellerin am 10. Juni 2022 per WhatsApp mit, dass sie auf Urlaub sei und gerade erfahren habe, *„dass die Stelle im D nicht mehr frei ist, weil sie jemand mit viel Erfahrung in der Schank gefunden haben. Aber du kannst gerne im E in der Küche arbeiten und wenn im D bei der Schank wieder eine Stelle frei ist, gebe ich dir Bescheid.“*

Am 17. Juni 2022 fand das Probearbeiten im Restaurant „E“ statt.

Am 22. Juni 2022 erhielt die Antragstellerin eine Jobzusage für die Stelle im „E“ per WhatsApp gerichtet an ihre Schwägerin B. Vom 24. Juni bis 30. Juni 2022 verrichtete sie drei Dienste.

Trotz mehrmaliger Nachfrage wurde ihr kein schriftlicher Vertrag ausgestellt. Am 1. Juli 2022 wurde die Antragstellerin schließlich von der Geschäftsführung des „E“ darüber informiert, dass die Stelle besetzt sei und keine weiteren Personen gebraucht werden.

Die Antragstellerin brachte in Erfahrung, dass der Zweitantragsgegner hingegen weiterhin im Restaurant „X“ arbeitete.

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

1. Es liegt **eine Diskriminierung** aufgrund **des Geschlechtes durch eine sexuelle Belästigung durch Dritte** gemäß **§ 6 Abs 1 Z 3 GIBG** durch den **Zweitantragsgegner** vor.

Als Dritte iSd § 6 GIBG kommen vom Arbeitgeber/von der Arbeitgeberin und der belästigten Person verschiedene Personen in Betracht. Im Fall des § 6 Abs 1 Z 3 GIBG sind das zB Arbeitskollegen/Arbeitskolleginnen der belästigten Person, Vorgesetzte, Geschäftspartner/Geschäftspartnerinnen oder Kunden/Kundinnen des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin.⁴

Der Zweitantragsgegner ist Dritter iSd § 6 Abs 1 Z 3 GIBG, da er der Vorgesetzte der Antragstellerin war. Die verfahrensgegenständlichen Berührungen auf der Brust fanden während der Arbeitszeit statt, die unerwünschte Umarmung fand am Heimweg von der Arbeit statt. Es handelt sich folglich um mit dem Arbeitsverhältnis verbundene Umstände.

Unter dem Begriff des der sexuellen Sphäre zugehörigen Verhaltens sind nach den Erläuterungen zum GIBG „körperliche, verbale und nicht verbale Verhaltensweisen“ zu verstehen, so beispielsweise körperliche Kontakte gegen den Willen der Betroffenen, wobei „bereits“ Begrapschen“ die Toleranzgrenze überschreitet⁵, „zufällige“ Körperberührungen⁶ und erzwungene Umarmungen⁷. Letztlich ist es einzelfallabhängig, ob ein bestimmtes Verhalten bereits der sexuellen Sphäre zugehörig ist, wobei auf eine Betrachtung des Gesamtgeschehens abzustellen ist.⁸

Im vorliegenden Fall schilderte die Antragstellerin glaubhaft, dass ihr Vorgesetzter sie im Zuge der Verabschiedung bei der ... Bahn Station am 28. Mai 2022 unerwünscht umarmte und sie während des Dienstes am 2. Juni 2022 mehrmals auf der Brust berührte, indem er auf ein auf dem T-Shirt befindliches Foto griff. Dadurch setzte er ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten.

Um von einer sexuellen Belästigung iSd § 6 Abs 2 GIBG sprechen zu können, muss durch ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten des Weiteren die Würde einer Person beeinträchtigt oder deren Beeinträchtigung zumindest bezweckt werden.⁹ Ein die Würde verletzendes Verhalten liegt erst ab einem gewissen Mindestmaß an Intensität vor. Anders zu sehen ist dies aber unter Umständen dann, wenn zwar die einzelnen Belästigungshandlungen nicht das gebotene Mindestmaß an Intensität erreichen, dafür aber immer wieder erfolgen.¹⁰ Ob die Würde einer Person beeinträchtigt wird, ist nach einem objektiven Maßstab zu beurteilen.

Objektiv betrachtet war das Verhalten des Zweitantragsgegners geeignet, die Würde der Antragstellerin zu beeinträchtigen, da er nicht davon ausgehen kann, dass es in Ordnung ist, eine

⁴ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 9.

⁵ Vgl. *Posch in Rebhahn/GIBG*, §§ 6-7 Rz 37.

⁶ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 20.

⁷ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 20.

⁸ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 20.

⁹ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 21.

¹⁰ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 24.

Mitarbeiterin ungefragt auf der Brust zu berühren oder zu umarmen. Die geforderte Intensität ist gegeben, da die Berührung auf der Brust für sich gesehen bereits das Mindestmaß erfüllt. Generell ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass an das Verhalten des Zweitantragsgegners aufgrund seiner Vorgesetztenfunktion – auch im Sinne einer Vorbildwirkung im Unternehmen – ein strengerer Maßstab gelegt werden kann.

Hinzu kommt das subjektive Kriterium, dass nach § 6 Abs 2 GIBG das belästigende Verhalten für die betroffene Person unerwünscht, unangebracht oder anstößig sein muss. Ein Verhalten ist dann unerwünscht, wenn es gegen den Willen oder ohne Einverständnis der betroffenen Person erfolgt. Einzelne Menschen sollen selbst bestimmen, welches Verhalten für sie noch akzeptabel ist und welches Verhalten sie bereits als beleidigend empfinden. Durch die Unerwünschtheit wird eine sexuelle Belästigung von freundschaftlichem Verhalten, das willkommen und gegenseitig ist, unterschieden.¹¹ Es muss allerdings für den Belästiger/die Belästigterin erkennbar sein, dass das Verhalten für die betroffene Person unerwünscht ist, wobei dies aus der Sicht eines objektiven Betrachters zu beurteilen ist.¹²

Was das ablehnende Verhalten der betroffenen Person betrifft, so dürfen an dieses keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Die ausdrückliche oder stillschweigende Zurückweisung oder Ablehnung eines sexuell belästigenden Verhaltens durch die betroffene Person ist nämlich keine Tatbestandsvoraussetzung der sexuellen Belästigung iSd GIBG. Eine irgendwie geartete Verpflichtung oder Obliegenheit der betroffenen Person, ein auf die sexuelle Sphäre bezogenes Verhalten abzulehnen, besteht daher nicht.¹³ Demnach ist ein Verhalten nicht erst dann abgelehnt und somit unerwünscht, wenn sich die betroffene Person lautstark zur Wehr setzt.¹⁴

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die Haftung des/der unmittelbaren Belästigers/Belästigterin grundsätzlich verschuldensunabhängig ist. Subjektive Elemente auf Seite des Belästigers/der Belästigterin bleiben daher außer Betracht. Es ist demnach unerheblich, ob er/sie die Absicht hatte, zu belästigen.¹⁵

Im vorliegenden Fall widersetzte sich die Antragstellerin nicht ausdrücklich der Umarmung und den Berührungen auf der Brust. Sie schilderte jedoch glaubhaft, dass sie bei der Umarmung ruhig stehen belieben sei, da sie nicht gewusst habe, was sie machen solle. Nach dem Vorfall mit dem T-Shirt kontaktierte sie ihren Bruder und suchte in weiterer Folge auch das Gespräch mit der Betriebsleiterin W. Das subjektive Kriterium ist somit erfüllt, da das sexuelle Verhalten des Zweitantragsgegners offensichtlich gegen den Willen der Antragstellerin erfolgte. Auch wenn die Antragstellerin die Unerwünschtheit nicht bereits in der Situation selbst

¹¹ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 25.

¹² Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 26; ErläutRV 735 BlgNR 18. GP 33.

¹³ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 26.

¹⁴ OLG Wien 19.1.2005, 9 Ra 163/04 p.

¹⁵ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 12.

ausdrücklich oder stillschweigend gezeigt hat, hätte der Zweitantragsgegner aus objektiver Sicht von der Unerwünschtheit seines Verhaltens ausgehen müssen, da unsittliche Berührungen im Arbeitskontext generell unangebracht sind.

Das Verhalten muss weiters eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betroffene Person schaffen oder dies bezwecken. Die „Arbeitsumwelt“ wird häufig erst durch mehrere Belästigungshandlungen im beschriebenen Sinn beeinflusst und verändert. Allerdings kann auch schon eine einzelne Belästigungshandlung derart schwerwiegend und in ihren Auswirkungen nachhaltig sein, dass damit für die betroffene Person ein einschüchterndes, feindseliges oder demütigendes Umfeld geschaffen wird.¹⁶

Durch die gegenständlichen Vorfälle wurde die Arbeitsumwelt der Antragstellerin beeinträchtigt. Sie schilderte in der mündlichen Befragung glaubhaft, dass sie nach den Berührungen in der Küche ganz große Angst gehabt habe, dass er, wenn sie wieder mit ihm am Rückweg vom Restaurant in der Nacht oder am Abend unterwegs sei, etwas Schlimmeres mache. Die Auskunftsperson B bestätigte glaubhaft, dass die Antragstellerin am 2. Juni 2022 geweint habe, ziemlich aufgelöst und verängstigt gewesen sei und zu ihr gesagt habe, dass sie in dieses Lokal nicht mehr hineingehen möchte. Die Arbeitsfähigkeit der Antragstellerin wurde somit beeinträchtigt. Es liegt auf der Hand, dass die Zusammenarbeit mit einer Person, die die Betroffene gegen den Willen berührt, eine demütigende Arbeitsumwelt schafft.

Der Antragstellerin gelang es, in ihrem schriftlichen Antrag und ihrer mündlichen Befragung hinsichtlich der Berührungen auf der Brust und der unerwünschten Umarmung den glaubhaften Anschein einer sexuellen Belästigung darzulegen. Sie schilderte das Erlebte auf eine schlüssige und nachvollziehbare Weise.

Daher verlagerte sich die Beweislast auf den Zweitantragsgegner.

Der Zweitantragsgegner bestritt in seiner Stellungnahme und der nachfolgenden mündlichen Befragung den Vorwurf, die Antragstellerin während der ... Bahnfahrt am Oberschenkel berührt zu haben, und verwies mehrmals darauf, die Kameraaufnahmen sichten zu lassen. Er sprach außerdem im Gegensatz zu der Antragstellerin von zwei gemeinsamen Fahrten, wobei sie einmal schräg gegenübergesessen seien und einmal die Antragstellerin gesessen und er gestanden sei. Beide Male seien sie mit dem Handy beschäftigt gewesen.

Die Situation mit dem T-Shirt bestätigte der Zweitantragsgegner in der mündlichen Befragung insofern, dass er die Antragstellerin gefragt habe, ob es ein Familienfoto sei. Somit trug die Antragstellerin an diesem Tag ein T-Shirt mit einem Foto darauf. Allerdings bestritt der Zweitantragsgegner, die Antragstellerin angefasst zu haben.

Auf die Umarmung anlässlich der Verabschiedung am Heimweg ging er in der mündlichen Befragung hingegen nicht weiter ein, sondern führte zu der Situation im Wesentlichen aus, dass

¹⁶ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 28.

er mit der Antragstellerin auf die ... Bahn gewartet habe, da sich am ...platz Betrunkene aufgehalten haben und sein Bus zwei Minuten nach der ... Bahn gekommen sei. Die ... Bahn sei gekommen, die Antragstellerin habe „dankeschön, dankeschön“ gesagt und sei zur Bahn gegangen. Er sei mit seinem Bus nach Hause gefahren.

In gleichbehandlungsrechtlichen Verfahren geht es häufig um Situationen, in denen es keine Zeugen sowie Zeuginnen oder sonstigen Beweismittel gibt und daher Aussage gegen Aussage steht. Gerade dann ist die Glaubwürdigkeit der aussagenden Personen eine zentrale Frage für die entscheidenden Gremien.¹⁷

In Bezug auf die Glaubwürdigkeit fällt insbesondere die Schilderung des Zweitantragsgegners auf, wonach die Antragstellerin am 2. Juni 2022 nur 45 Minuten am Arbeitsplatz gewesen sei und die andere Zeit telefoniert habe.

Die Antragstellerin brachte vor, nach dem Vorfall ihren Bruder kontaktiert zu haben. Weiters liegt dem Senat eine WhatsApp Nachricht von W vom 2. Juni 2022, 16:40 Uhr, vor, in dem sie ein Gespräch am nächsten Tag vorschlägt, damit ihr die Antragstellerin erzählt, was passiert sei.

Die Antragstellerin war zum Zeitpunkt ihrer Beschäftigung bei der Erstantragsgegnerin laut der Auskunftsperson B erst seit einigen Monaten in Österreich und verfügte über Deutschsprachkenntnisse auf A1-Niveau, was die Arbeitssuche, noch dazu während der Corona-Pandemie, erschwerte. Es erscheint für den Senat nicht nachvollziehbar, warum die Antragstellerin sich dem Vorwurf falscher Anschuldigungen hätte aussetzen und ihren Arbeitsplatz riskieren hätte sollen. Die zeitliche Abfolge – direkte Kontaktaufnahme mit dem Bruder und der Betriebsleiterin am 2. Juni – legt für den Senat vielmehr nahe, dass der Darstellung der Antragstellerin Glauben zu schenken ist.

Das weitere Vorbringen der Antragstellerin, der Zweitantragsgegner habe sich einige Tage zuvor bei der ... Bahn mit einer Umarmung verabschieden wollen, erscheint vor dem Hintergrund, dass die Initiative für die gemeinsame Heimfahrt von ihm ausgegangen sein soll – was er in der mündlichen Befragung jedenfalls nicht bestritt –, ebenfalls nicht aus der Luft gegriffen.

Zusammenfassend vermochte der Zweitantragsgegner nicht, die glaubhafte Aussage der Antragstellerin hinsichtlich der Berührungen auf der Brust und der unerwünschten Umarmung zu entkräften.

Die Berührung am Oberschenkel im Zuge der ... Bahnfahrt konnte aufgrund von widersprüchlichen Aussagen zu den genauen Umständen – Häufigkeit des gemeinsamen Heimweges, Sitzanordnung – nicht festgestellt werden.

¹⁷ Vgl. *Wagner*, Getrennte Befragung im Arbeitsrecht, DRdA 2014, 266.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es dem Zweitantragsgegner nicht gelungen ist zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die von ihm vorgebrachten Tatsachen betreffend die Berührungen des T-Shirts der Antragstellerin im Brustbereich und die unerwünschte Umarmung im Zuge der Verabschiedung bei der ... Bahn Station der Wahrheit entsprechen.

2. Es liegt eine **Diskriminierung** aufgrund des **Geschlechtes durch schuldhaftes Unterlassen des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin im Falle einer Belästigung durch Dritte eine nach den gesetzlichen Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages angemessene Abhilfe zu schaffen** gemäß **§ 6 Abs 1 Z 2 GIBG** durch die **Erstantragsgegnerin** vor.

§ 6 Abs 1 Z 2 GIBG enthält eine Konkretisierung der allgemeinen Fürsorgepflicht. Danach haben Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen auch dafür zu sorgen, dass die Persönlichkeitssphäre der in den Betrieb eingegliederten Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen nicht durch Belästigungen durch Dritte beeinträchtigt wird. Sie sind zum unverzüglichen Einschreiten verpflichtet, wenn sexuelle Belästigungen hervorkommen, zum einen, um die Betroffenen nicht der Gefahr weiterer Belästigungen auszusetzen, zum anderen aber auch, um sich nicht selbst dem Vorwurf auszusetzen, nicht wirksam für angemessene Abhilfe gesorgt zu haben.

„Angemessen“ ist die Abhilfe dann, wenn sie geeignet ist, die belästigte Person vor weiteren Belästigungen zu schützen. Um angemessene Abhilfe zu schaffen, bedarf es der Ermahnung, Verwarnung, Versetzung, Kündigung oder allenfalls Entlassung der belästigenden Person, wobei nach herrschender Rechtsprechung das jeweils gelindeste Mittel zu wählen ist. Es ist eine Handlung des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin gefordert, die weitere Belästigungen mit sofortiger Wirkung und effizient verunmöglicht.¹⁸

Um ein schuldhaftes Unterlassen annehmen zu können, muss dem Arbeitgeber/der Arbeitgeberin das Vorliegen einer Abhilfe gebietenden Situation entweder bekannt oder zumindest erkennbar sein. Der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin haftet daher nicht, wenn er/sie von der Belästigung eines Arbeitnehmers/einer Arbeitnehmerin weder wusste noch wissen musste. Für eine Haftung des Arbeitgebers genügt Fahrlässigkeit. Bei „Erkennbarkeit“ kommt es auf eine besondere „Bekanntgabe“ durch die betroffene Person nicht mehr an.¹⁹

Als Vorfrage war hier zunächst zu klären, ob die von der Antragstellerin vorgebrachten Vorfälle als sexuelle Belästigung eingestuft werden konnten. Wie unter Punkt 1. ausgeführt, kam der Senat zu dem Ergebnis, dass der Antragstellerin geglaubt und festgestellt werden konnte, dass

¹⁸ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 6 Rz 10.

¹⁹ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 6 Rz 13.

sie von dem Zweitantragsgegner durch Berührungen auf der Brust und eine unerwünschte Umarmung sexuell belästigt wurde.

Im nächsten Schritt war zu überprüfen, ob die Erstantragsgegnerin von der sexuellen Belästigung durch den Zweitantragsgegner gewusst hat oder wissen hätte müssen. Hierzu brachte die Antragstellerin glaubhaft vor, dass die Betriebsleiterin W am 2. Juni 2022 zunächst telefonisch und in weiterer Folge am 6. Juni 2022 im Rahmen des Gespräches im Restaurant „D“ über die Vorwürfe informiert worden sei.

Als Nachweis legte die Antragstellerin eine WhatsApp Kommunikation zwischen ihr und W vom 2. Juni 2022 vor, in der es um die Terminvereinbarung ging. Zudem bestätigte die Auskunftsperson B den zeitlichen Ablauf.

Folglich war der Betriebsleiterin ab 2. Juni 2022 die Abhilfe gebietende Situation erkennbar.

Im Gespräch am 6. Juni 2022 wurde vereinbart, dass die Antragstellerin in zwei anderen Restaurants zur Probe arbeiten kann, um nicht mehr auf den Zweitantragsgegner treffen zu müssen. Der Antragstellerin konnte glaubhaft darlegen, dass ihr hierbei von W der Eindruck vermittelt worden sei, dass sie lediglich an einen anderen Betriebsstandort versetzt werde, weshalb sie der Vorgehensweise zugestimmt habe. Tatsächlich handelte es sich jedoch um eine Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses.

Den Zweitantragsgegner trafen keine arbeitsrechtlichen Konsequenzen. Er ist laut seinen Ausführungen in der mündlichen Befragung weiterhin im Restaurant, das mittlerweile unter einem anderen Namen geführt wird, als Sous Chef tätig.

Die Antragstellerin konnte somit den Vorwurf der mangelnden Abhilfe in ihrem schriftlichen Vorbringen sowie ihrer mündlichen Befragung glaubhaft darlegen.

Daher verlagerte sich die Beweislast auf die Erstantragsgegnerin, der es jedoch nicht gelang, den Gegenbeweis zu erbringen.

Weder der Geschäftsführer der Erstantragsgegnerin noch die in die Gespräche involvierte Betriebsleiterin W erschienen zu einer mündlichen Befragung, weshalb der Senat keinen persönlichen Eindruck der Auskunftspersonen gewinnen konnte. Die schriftlichen Ausführungen der Erstantragsgegnerin reichten nicht aus, den Senat zu überzeugen, dass die Antragstellerin der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses zugestimmt hat.

Mit dem – aufgrund der Aussagen der befragten Auskunftspersonen und vorgelegten Unterlagen nicht haltbarem – Argument, eine Beschäftigung in den anderen Restaurants sei an der mangelnden Arbeitsleistung der Antragstellerin gescheitert, versucht die Erstantragsgegnerin von dem Umstand abzulenken, dass die von der Betriebsleiterin gewählte Vorgehensweise keinesfalls den Anforderungen an eine angemessene Abhilfe iSd § 6 Abs 1 Z 2 GIBG entspricht.

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

3. Es liegt **eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** durch die **Erstantragsgegnerin** vor.

Der Begriff der „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ im § 3 Z 7 GIBG ist nicht auf eine bestimmte Art des Arbeitsverhältnisses oder eine bestimmte Art der Beendigung beschränkt und ist daher weit zu verstehen. Vom Geltungsbereich des GIBG sind somit auch Probearbeitsverhältnisse und befristete Arbeitsverhältnisse erfasst.²⁰

Die Antragstellerin konnte den Vorwurf, ihr Arbeitsverhältnis mit der Erstantragsgegnerin sei im Zusammenhang mit ihrer Beschwerde wegen sexueller Belästigung gegen ihren Willen beendet worden, glaubhaft darlegen.

Die Darstellung der Antragstellerin und der Auskunftsperson B, dass davon gesprochen worden sei, dass es die gleiche Familie sei, die mehrere Lokale habe, ist für den Senat glaubhaft. Wie unter Punkt 2. ausgeführt, ging die Antragstellerin folglich davon aus, dass es sich lediglich um eine Versetzung an einen anderen Standort handelte und sie deshalb ihre Zustimmung zu Probearbeiten in den beiden Lokalen gab. Es ist für den Senat aus mehreren Gründen nachvollziehbar, warum bei der Antragstellerin dieser Eindruck entstanden ist. Sowohl das Einstellungsgespräch der Antragstellerin, als auch das Gespräch am 6. Juni 2022 fanden im Restaurant „D“ statt, obwohl die Antragstellerin für eine Tätigkeit im Restaurant „X“ eingestellt wurde. Auch der Zweitantragsgegner sprach in seiner Befragung davon, dass er zeitweilig in das Lokal „D“ gewechselt hat und seine Chefin bei Bedarf Mitarbeiter oder Mitarbeiterinnen von anderen Lokalen anforderte. Hinzu kommt, dass W – obwohl sie der Antragstellerin letztlich am 30. Juni 2022 schrieb, dass sie nicht für das E zuständig sei – nach dem Gespräch am 6. Juni 2022 für die Antragstellerin Termine für die Probearbeiten in den beiden Lokalen vereinbarte und weiter mit ihr in Kontakt blieb. Schließlich geht aus den Firmenbuchauszügen der Z1D GmbH und der Z2E GmbH hervor, dass der Geschäftsführer der Erstantragsgegnerin Gesellschafter ist und in der Vergangenheit auch deren Geschäftsführer war.

Wie oben ausgeführt, konnte das schriftliche Vorbringen der Erstantragsgegnerin den Senat hingegen nicht überzeugen, dass die Antragstellerin der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses zugestimmt hat.

²⁰ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 137.

Für den Senat ergibt sich aus der zeitlichen Abfolge ein direkter Zusammenhang zwischen der Beschwerde über das sexuell belästigende Verhalten des Zweitantragsgegners und der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Erstantragsgegnerin.

Die einschlägige Literatur hält hierzu fest, dass wenn die Zurückweisung eines der sexuellen Sphäre zugehörigen Verhaltens ausdrücklich oder stillschweigend zur Grundlage einer nachteiligen Entscheidung mit Auswirkungen auf den Zugang dieser Person zur Weiterbeschäftigung gemacht wird, neben der sexuellen Belästigung auch eine Diskriminierung nach § 3 vorliegen kann.²¹

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es der Erstantragsgegnerin nicht gelungen ist zu beweisen, dass ausschließlich sachliche Motive – sondern vielmehr die Beschwerde – für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Antragstellerin ausschlaggebend waren.

VORSCHLAG

Gemäß **§ 12 Abs 3 GBK/GAW-Gesetz** hat der Senat, wenn er der Auffassung ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, dem Arbeitgeber/der Arbeitgeberin oder in Fällen in Zusammenhang mit einer sonstigen Diskriminierung in der Arbeitswelt dem/der für die Diskriminierung Verantwortlichen schriftlich einen Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes zu übermitteln und ihn/sie aufzufordern, die Diskriminierung zu beenden. Für die Umsetzung des Vorschlags ist eine Frist von zwei Monaten zu setzen. Wird einem Auftrag nach Abs 3 nicht entsprochen, kann gemäß **§ 12 Abs 4 GBK/GAW-Gesetz** jede der im jeweiligen Senat vertretenen Interessensvertretungen beim zuständigen Arbeitsgericht oder Zivilgericht auf Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes klagen.

Da der Senat I der GBK zur Auffassung gelangt ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, werden die **Erstantragsgegnerin, Z GmbH**, der **Zweitantragsgegner, Y**, gemäß § 12 Abs 3 GBK/GAW-Gesetz aufgefordert, die Diskriminierung zu beenden, und wird folgender **Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes** erteilt:

Leistung eines angemessenen Schadenersatzes.

Wien, 22. November 2023

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK

²¹ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 30.