

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 18. Juni 2024 über den am 7. März 2023 eingelangten Antrag der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **A (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes durch schuldhaftes Unterlassen des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin im Falle einer sexuellen Belästigung durch Dritte eine nach den gesetzlichen Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages angemessene Abhilfe zu schaffen** gemäß **§ 6 Abs 1 Z 2 GIBG** (BGBl I Nr 66/2004 idgF) und **durch eine Verletzung des Benachteiligungsverbotes** gemäß **§ 13 iVm § 3 Z 6 GIBG** durch die **Z GmbH (Erstantragsgegnerin)** sowie **durch eine sexuelle Belästigung durch Dritte** gemäß **§ 6 Abs 1 Z 3 GIBG** durch **Y (Zweittragsgegner)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl II Nr 396/2004 idgF), zu GZ GBK I/1144/23, zu folgendem

PRÜFUNGSERGEBNIS:

1. **A ist nicht aufgrund des Geschlechtes durch eine sexuelle Belästigung durch Dritte gemäß § 6 Abs 1 Z 3 GIBG durch Y diskriminiert worden.**
2. **Der Antrag, ob A 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 wurde, konnte von Senat I der GBK nicht behandelt werden, da die mangelnde Abhilfe nur überprüft werden kann, wenn eine Person durch eine Dritte/einen Dritten aufgrund des Geschlechtes sexuell belästigt wurde und der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin nicht ausreichend Abhilfe geleistet hat, um sie vor dieser sexuellen Belästigung zu schützen.**
3. **A ist nicht aufgrund des Geschlechtes durch eine Verletzung des Benachteiligungsverbotes gemäß § 13 iVm § 3 Z 6 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

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

Die Antragstellerin war von 1. März 2022 bis 28. Februar 2023 in der Antragsgegnerin beschäftigt.

Bei ihrer Einstellung sei die Antragstellerin im Lager Erstantragsgegnerin in Ort1 tätig gewesen. Mit 3. Oktober 2022 habe der Zweitantragsgegner seine Tätigkeit als Standortleiter angetreten. Er habe damals Gespräche mit der gesamten Belegschaft geführt, für die er zuständig sein sollte. Er habe zu dieser Zeit auch erfahren, dass die Antragstellerin sich an ihrem Arbeitsort im Lager nicht wohlfühlt habe, dass sie beabsichtigt habe, deshalb zu kündigen und habe ihr im Gespräch die Stelle als seine Unterstützung angeboten, in der es darum gegangen sei, Sekretariatstätigkeiten zu erledigen.

Am Schluss des Gespräches habe er erwähnt, dass seine letzte Freundin 22 gewesen sei und, dass er nur mit jüngeren Leuten gut auskäme. Die Antragstellerin sei damals 19 gewesen. Sie schätze das Alter des Zweitantragsgegners auf über 40.

Der Zweitantragsgegner habe betreffend die Stelle als seine Unterstützung auch Gespräche mit B, einer Kollegin der Antragstellerin. Diese habe allerdings bereits damals zu der Antragstellerin gemeint, dass sie den Eindruck habe, dass der Zweitantragsgegner unbedingt die Antragstellerin als seine Sekretärin wolle und dass dies aus ihrer Sicht „komisch“ sei.

Bereits in den ersten zwei Wochen seiner Tätigkeit sei es dazu gekommen, dass der Zweitantragsgegner der Antragstellerin vorgeschlagen habe, dass die Belegschaft im Sommer gemeinsam baden gehen könne. Bei diesem Gespräch seien allerdings lediglich er und die Antragstellerin im Raum gewesen.

Am 19. Oktober 2022 habe der Zweitantragsgegner der Antragstellerin mitgeteilt, dass er für den Fenstertag am 26. Oktober 2022 nicht nach Graz nach Hause fahren wolle, da er am nächsten Tag arbeiten müsse und sie gefragt, ob sie mit ihm mit den Hunden spazieren gehen wolle. Sie habe dies ihrem Freund erzählt, da es ihr sehr unangenehm gewesen sei und auch erwähnt, dass B ebenfalls der Meinung sei, dass der Zweitantragsgegner sich bei ihr „zuwihaut“. Die Antragstellerin und ihre Familie haben das Auto des Zweitantragsgegners am 26. Oktober 2022 am See1 gesehen, wo sie auch spazieren gewesen seien.

Die Antragstellerin und der Zweitantragsgegner haben im Rahmen ihrer Zusammenarbeit unter anderem darüber gesprochen, dass er früher zwei Tattoo Studios, eines in Stadt2 und eines

¹ Vgl. zB VfSlg. 19.321.

in Stadt³, gehabt habe. Die Antragstellerin erinnere sich daran, dass der Name der Studios Englisch gewesen sei und der Zweitantragsgegner die Geschäfte nun nicht mehr habe. Er habe ihr von seiner Festplatte Tattoos gezeigt, welche er im Zusammenhang mit dieser Tätigkeit gestochen gehabt habe.

Da er ihr Vorgesetzter gewesen sei, habe sie ihn gefragt, ob es in Ordnung sei, wenn sie für einen Tattoo-Termin eine halbe Stunde bis Stunde früher gehe. Er habe gemeint, dass das ginge und sie gefragt, was sie sich stechen lassen wolle. Sie habe ihm das Motiv auf Pinterest gezeigt. Daraufhin habe er sie gefragt, was das Tattoo koste und was jenes am Oberarm gekostet habe. Als sie geantwortet habe, habe er gemeint, dass das sehr teuer sei und angeboten, dass er sie nach der Arbeit gratis tätowieren könne. Grinsend habe er ergänzt: „An einer Stelle, an der noch kein Tätowierer war.“ Sie habe die Geschichte am nächsten Tag ihren Eltern erzählt.

Nach einem anderen Gespräch habe er auf ihr Gesäß gestarrt, als sie den Raum verlassen habe. Sie habe dies bemerkt, da sie sich noch einmal umgedreht habe. Ein anderes Mal sei er sich vor ihr mit der Hand in die Hose gefahren und habe sich am Genitalbereich gekratzt.

Die Antragstellerin habe sich durch die Zusammenarbeit mit dem Zweitantragsgegner so belastet gesehen, dass sie nicht mehr schlafen habe können und schlussendlich krank geworden sei. In einem Gespräch mit dem Betriebsrat der Arbeiter und Arbeiterinnen habe dieser gemeint, dass bereits ein Vorfall betreffend dem Zweitantragsgegner gemeldet worden sei (Anm.: Das sei somit ihr damaliger Wissensstand gewesen, wobei über die Richtigkeit der Behauptung keine Aussage getätigt werden solle.). Der Betriebsrat habe gemeint, sie solle die Polizei und ihn sofort anrufen, falls etwas passiere.

Die Antragstellerin habe damit den Eindruck gehabt, dass es Grund zu Annahme gäbe, dass der Zweitantragsgegner gefährlich sei, diesbezügliche Informationen ihr nicht mitgeteilt werden und sich nicht mehr getraut, in die Arbeit zurückzukehren. Sie habe die Geschäftsleitung kontaktiert und um ein Gespräch gebeten, in der Hoffnung, dass diese tätig werden würde, sie von dem Zweitantragsgegner trennen und dessen Verhalten sanktionieren würde.

Im Gespräch, welches daraufhin am 16. November 2022 stattgefunden habe, sei ihr mitgeteilt worden, dass sie zurück ins Lager versetzt werden solle und so nicht mehr mit dem Zweitantragsgegner zusammenarbeiten würde. Sie habe geäußert, dass sie dies als beruflichen Rückschritt wahrnehme, im Lager nicht ausgelastet sei und den Vorschlag daher ablehne. Die Antragstellerin habe es als äußerst ungerecht empfunden, dass sie belästigt worden sei und als Ergebnis der Meldung ihrer Belästigung nun an einen Dienstort versetzt werden solle, an welchem sie sich nicht wohlfühle, während das Verhalten des Zweitantragsgegners für diesen keine Folgen gehabt habe. Sie habe daher am 28. November 2022 zum 28. Februar 2023 gekündigt und sich an die GAW gewandt. Diese habe Interventionsschreiben an die Erstantragsgegnerin sowie den Zweitantragsgegner verfasst, zu welchen die Erstantragsgegnerin und der

Zweitrantragsgegner Stellung genommen haben.

Für die Antragstellerin sei nicht verständlich, warum man annehme, ihre Aussagen seien gelogen. Für sie sei diese Anstellung ideal in puncto Standort und Tätigkeit gewesen. Sie habe sogar die Möglichkeit gehabt, ihren Hund mitzunehmen, was für sie einen besonderen Stellenwert habe. Sie hätte dieses Arbeitsverhältnis gerne noch weiter fortgesetzt und habe ausschließlich deshalb gekündigt, weil sie sich weder den Grenzüberschreitungen des Zweitrantragsgegners aussetzen, noch in das Lager zurückversetzt werden habe wollen.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der rechtsfreundlichen Vertretung der Erstantragsgegnerin übermittelten **Stellungnahme** vom 2. Mai 2023 bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen zusammengefasst wie folgt entgegen:

Die Antragstellerin habe die Erstantragsgegnerin erstmals am 7. November 2022 mittels E-Mail über ihre Vorwürfe gegen den Zweitrantragsgegner informiert. Die Geschäftsführerin der Erstantragsgegnerin, Dr.ⁱⁿ X, habe der Antragstellerin unverzüglich (nach Kenntnisnahme dieser E-Mail) am 8. November 2022 per E-Mail mitgeteilt, dass die Erstantragsgegnerin ihre Vorwürfe sehr ernst nehme und die Antragstellerin zu einem persönlichen Gespräch eingeladen.

Am 16. November 2022 habe ein persönliches Gespräch zwischen der Geschäftsführung der Erstantragsgegnerin und der Antragstellerin stattgefunden, an dem auch eine von der Antragstellerin gewählte Vertrauensperson sowie der Vorsitzende des Betriebsrates für Angestellte, W, teilgenommen haben. Die Antragstellerin habe in diesem Gespräch ihre Vorwürfe gegen den Zweitrantragsgegner geschildert. Die Geschäftsführung der Erstantragsgegnerin habe der Antragstellerin versichert, dass ihr als Arbeitgeberin an einer professionellen und unabhängigen Aufklärung des Sachverhaltes gelegen sei, die Einleitung eines Mediationsverfahrens vorgeschlagen und den Betriebsrat mit der Suche eines geeigneten Mediators sowie der Vorbereitung der für die Mediation erforderlichen Maßnahmen beauftragt.

Die Geschäftsführung der Erstantragsgegnerin habe umgehend den Zweitrantragsgegner mit den Vorwürfen der Antragstellerin konfrontiert. Am 24. November 2023 habe ein persönliches Gespräch zwischen der Geschäftsführung der Erstantragsgegnerin, dem Zweitrantragsgegner und W stattgefunden. Im Zuge dieses Gespräches habe der Zweitrantragsgegner sämtliche Vorwürfe in Abrede gestellt und erläutert, warum die einzelnen Vorwürfe seines Erachtens unwahr und/oder unglaubwürdig seien. Die Geschäftsführung der Erstantragsgegnerin habe in diesem Gespräch auch dem Zweitrantragsgegner die Abhaltung eines Mediationsverfahrens vorgeschlagen, dem der Zweitrantragsgegner umgehend zugestimmt habe.

Am 28. November 2022 habe die Antragstellerin ihr Arbeitsverhältnis zur Erstantragsgegnerin mit Wirkung zum 28. Februar 2023 gekündigt.

Am 28. Dezember 2022 habe die Antragstellerin der Erstantragsgegnerin eine Meldung übermittelt, wonach ihre Arbeitsunfähigkeit bereits mit 23. Dezember 2022 geendet gehabt habe. Obwohl die Antragstellerin seit 24. Dezember 2022 unentschuldigt (weiterhin) ihrem Arbeitsplatz ferngeblieben sei und damit gegebenenfalls auch ein Entlassungsgrund vorgelegen sei, habe die Erstantragsgegnerin vor dem Hintergrund der laufenden Maßnahmen auf entsprechende Schritte verzichtet und der Antragstellerin trotz ihrer unentschuldigten Abwesenheit auch ihr Gehalt weitergezahlt.

Erst am 9. Jänner 2023 habe die Antragstellerin der Erstantragsgegnerin eine (weitere) Arbeitsunfähigkeitsmeldung per 9. Jänner 2023 übermittelt.

Die Antragstellerin habe bis zum Ende ihres Arbeitsverhältnisses ihre Arbeit nicht wieder aufgenommen und sei demnach seit der Information der Geschäftsführung über ihre Vorwürfe gegen den Zweitantragsgegner nicht mehr an ihrem Arbeitsort gewesen.

Am 18. Jänner 2023 habe das von der Erstantragsgegnerin initiierte Mediationsverfahren mit einem ersten Mediationsgespräch unter Teilnahme der Antragstellerin begonnen.

Am 1. Februar 2023 habe die Antragstellerin dem Mediator mitgeteilt, dass sie an dem laufenden Mediationsverfahren nicht mehr teilnehmen werde, weil der Zweitantragsgegner nach ihren Informationen sein Arbeitsverhältnis zur Erstantragsgegnerin gekündigt habe.

Die Behauptung der Antragstellerin, sie wäre von der Erstantragsgegnerin nach deren Information über ihre Vorwürfe gegen ihren Willen versetzt worden, sei unrichtig.

Die Geschäftsführung der Erstantragsgegnerin habe nach Information über die Vorwürfe und dem Gespräch mit der Antragstellerin am 16. November 2022 (noch vor dem Gespräch mit dem Zweitantragsgegner) als erste Abhilfemaßnahme angeboten, dass die Antragstellerin (nach Beendigung ihrer Arbeitsunfähigkeit) wieder ihrer ursprünglich ausgeübten Tätigkeit als „kaufmännische Assistenz“ im „Lager/Magazin“ des Standortes Ort1, und damit räumlich getrennt vom Zweitantragsgegner, übernehmen könne.

Diese von der Erstantragsgegnerin gesetzte und iSd § 6 Abs 1 Z 2 GIBG angemessene und verhältnismäßige Abhilfemaßnahme sei weder eine (unzulässige) Versetzung noch eine sonstige benachteiligende Maßnahme und damit kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot bei sonstigen Arbeitsbedingungen gemäß § 13 GIBG iVm § 3 Z 6 GIBG.

Die Antragstellerin sei von der Erstantragsgegnerin laut Arbeitsvertrag vom 8. Februar/13. Februar 2022 als „kaufmännische Assistenz“ am Standort Ort1 aufgenommen worden und sei als solche seit 1. März 2022 (räumlich) im „Lager/Magazin“ des Standortes Ort1 tätig gewesen. Im Oktober 2022 sei die Antragstellerin über ihren eigenen Wunsch räumlich vom „Lager/Magazin“ in das Hauptgebäude am Standort Ort1 gewechselt und habe dort bis zu ihrer Arbeitsunfähigkeitsmeldung am 7. November 2022 – wie zuvor im „Lager/Magazin“ – kaufmännischen Assistenz Tätigkeiten ausgeübt. Die Behauptung der Antragstellerin, sie wäre

im Oktober 2022 von der Erstantragsgegnerin in das „Sekretariat des Zweitantragsgegners“ versetzt worden, sei unrichtig. Der damalige räumliche Bereichswechsel in das Hauptgebäude des Standortes Ort1 sei über ausdrücklichen Wunsch der Antragstellerin erfolgt, die ihre arbeitsvertraglich vorgesehene Tätigkeit („kaufmännische Assistenz“) seitdem nicht mehr im „Lager/Magazin“, sondern im Hauptgebäude des Standortes Ort1 ausgeübt habe; die Stelle einer „Assistenz/Sekretärin“ des Standortleiters Ort1 habe damals nicht existiert.

Die GAW führe im Antrag aus, dass die Antragstellerin ihre „Versetzung“ (richtig: das Angebot, wieder im „Lager/Magazin“ zu arbeiten) als beruflichen Rückschritt wahrgenommen und den Vorschlag daher abgelehnt habe. Damit bestätige die Antragstellerin, dass keine „Versetzung“ seitens der Erstantragsgegnerin vorgelegen sei, sondern nur einen Vorschlag der Erstantragsgegnerin an ihrem ursprünglichen Arbeitsort zu arbeiten, den die Antragstellerin aus subjektiven Gründen abgelehnt habe.

Selbst unter der Annahme, dass eine Weisung des Arbeitgebers vorgelegen habe, wäre es weder zu einer Änderung des arbeitsvertraglichen Arbeitsortes noch zu einer Änderung der arbeitsvertraglich vorgesehenen Tätigkeit und damit im Sinne der Judikatur auch zu keiner Versetzung, sondern lediglich zu einem räumlichen Wechsel in einen anderen Bereich des arbeitsvertraglich vereinbarten Arbeitsortes (Standort Ort1) gekommen.

Die Antragstellerin übersehe im Zusammenhang mit ihrem Benachteiligungsvorwurf iSd § 13 GIBG jedoch, dass die Frage, ob im Einzelfall eine Benachteiligung iSd § 13 GIBG vorliege, nach der hL und der Judikatur des OGH (u. a. ObA 113/11z) nach einem objektiven Maßstab zu beurteilen ist. Es reiche nicht aus, dass die betroffene Arbeitnehmerin ein bestimmtes Verhalten ihres Arbeitgebers/ihrer Arbeitgeberin lediglich subjektiv als benachteiligend empfinde. Dem Begriff „Benachteiligung“ sei ein Mindestmaß an negativen Auswirkungen auf die Lebenssituation der betroffenen Personen immanent (vgl. auch *Hopf/Mayr/Eichinger/Erlner*, GIBG² (2021) § 13 Rz 9 mwN).

Eine Benachteiligung durch die Erstantragsgegnerin liege gegenständlich nicht vor, weil nach einem objektiven Maßstab das für eine Benachteiligung erforderliche Mindestmaß an negativen Auswirkungen auf die Lebenssituation der Antragstellerin nicht vorliege. Der der Antragstellerin seitens der Erstantragsgegnerin angebotene Wechsel ihres Arbeitsortes in das „Lager/Magazin“ desselben Standortes sei mit der Erbringung derselben fachlichen Tätigkeiten („kaufmännische Assistenz“) verbunden gewesen, wie an ihrem Arbeitsort im Hauptgebäude des Standortes und stelle objektiv betrachtet auch keinen beruflichen Rückschritt dar. Dass die Antragstellerin dies allenfalls subjektiv so empfunden und sich an ihrem ursprünglichen Arbeitsort „nicht wohlfühlt“ haben möge, ändere nichts daran, dass der gegenständliche Vorschlag der Erstantragsgegnerin nach den Umständen des Falls an sich keine Viktimisierungshandlung iSd § 13 GIBG darstelle.

Zur Behauptung, es wäre beim Zweitantragsgegner bereits ein ähnlicher Vorfall gemeldet worden, sei festzuhalten, dass sich der Vorwurf einer Belästigung durch den Zweitantragsgegner seitens einer Mitarbeiterin im Jahr 2019 als unwahr erwiesen habe. Eine damalige Kollegin habe sämtliche Vorwürfe gegen den Zweitantragsgegner im Nachhinein mit dem Ausdruck ihres Bedauerns zurückgenommen und – auch gegenüber der Geschäftsführung der Erstantragsgegnerin – bestätigt, dass sie diese aufgrund eines Streits mit dem Zweitantragsgegner (über Zollformalitäten im Rahmen von Maschinentransfers in die Schweiz) erfunden gehabt habe. Die sei der Antragstellerin auch in ihrem Gespräch mit der Geschäftsführung der Erstantragsgegnerin mitgeteilt worden.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der rechtsfreundlichen Vertretung des Zweitantragsgegners übermittelten **Stellungnahme** vom 27. April 2023 bestritt dieser die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Der Zweitantragsgegner verweise auf sein bisheriges Vorbringen in seiner Stellungnahme vom 27. Jänner 2023 und bestreite auch sämtliche im Antrag der GAW vom 27. März 2023 erhobenen Vorwürfe vollinhaltlich. Dazu im Einzelnen:

Die Antragstellerin habe bei der Erstantragsgegnerin nicht „Sekretariatsarbeiten“ verrichtet und der Zweitantragsgegner habe der Antragstellerin nicht „Sekretariatsarbeiten“ angeboten. Richtig sei und außer Streit gestellt werde, dass sich die Antragstellerin an ihrem Arbeitsort im Lager (Magazin) nicht wohlfühlt und beabsichtigt habe, deshalb zu kündigen, sollte sie ihre (bisherige) Tätigkeit als kaufmännische Assistentin nicht außerhalb des Lagers bzw. eben im Hauptgebäude weiter verrichten können (die Antragstellerin habe bereits zuvor einer Arbeitskollegin mitgeteilt gehabt, einen neuen Arbeitgeber gefunden zu haben).

Diesen Wunsch habe die Antragstellerin durch eine Arbeitskollegin (B) an den Zweitantragsgegner als neuen Standortleiter herantragen lassen (und nicht umgekehrt) und er sei diesem Wunsch nachgekommen. Es sei also nicht so gewesen, wie es die Antragstellerin offenkundig darzustellen versuche, dass der Zweitantragsgegner der Antragstellerin angeboten habe, ihn in seiner Nähe zu „unterstützen“.

Die nun erstmals aufgestellte Behauptung der Antragstellerin, seine „letzte Freundin“ sei 22 Jahre alt gewesen, sei frei erfunden; sie sei auch falsch (und ungeachtet dessen auch nicht relevant). Bezeichnend sei, dass die Antragstellerin diese Behauptung bisher weder im betrieblichen Vorverfahren noch gegenüber der GAW aufgestellt habe.

Den angeblichen Eindruck von B könne sich der Zweitantragsgegner nicht erklären, sei es doch sie gewesen, die den Wunsch der Antragstellerin an den Zweitantragsgegner herangetragen habe. Der Zweitantragsgegner habe die Antragstellerin in diesem Zeitpunkt persönlich noch gar nicht gekannt (!), weshalb auch völlig ungläubwürdig sei, wieso der Zweitantragsgegner

eine „Präferenz“ für die Antragstellerin gehabt haben solle. Der Zweitantragsgegner habe B und der Antragstellerin die Wahl gelassen bzw. diesen freigestellt, wer künftig wo arbeiten wolle, wobei sich B eben für den Arbeitsplatz im Bereich Fuhrpark Management entschieden habe.

Der Zweitantragsgegner habe nie vorgeschlagen, dass „die Belegschaft im Sommer gemeinsam baden gehen könne“ (auch wäre eine solche Äußerung im Übrigen nicht relevant, es sei denn, man unterstelle, der Zweitantragsgegner hätte die Absicht gehabt, beim „gemeinsamen Baden“ die ganze Belegschaft oder die Antragstellerin in Anwesenheit der ganzen Belegschaft belästigen zu wollen). Es sei völlig unverständlich, wie die Antragstellerin zu einer solchen Behauptung gelange. (Auch) Diese Behauptung sei unwahr und frei erfunden.

Sowohl die Behauptung der Antragstellerin, der Zweitantragsgegner habe sie gefragt, ob sie mit ihm am 26. Oktober 2022 mit den Hunden spazieren gehen wolle sowie die Behauptung, sein Auto (?) sei am 26. Oktober 2022 am See1, wo die Antragstellerin mit ihrer Familie spazieren gewesen sei, gesehen worden, sei schlicht tatsachenwidrig. Der Zweitantragsgegner habe diese Frage nicht gestellt, er sei auch am 26. Oktober 2022 nicht mit seinem Auto am See1 gewesen. Auch diese Behauptungen seien tatsachenwidrig und erfunden. Der Zweitantragsgegner sei am 26. Oktober 2022 mit seinem Auto an der Tankstelle Ort3 tanken gewesen, das sei 239 km entfernt vom See1.

Auch die Behauptung, der Zweitantragsgegner habe mit der Antragstellerin darüber gesprochen, dass er früher zwei Tattoo-Studios in Stadt2 und Stadt3 gehabt habe (?!), sei tatsachenwidrig und frei erfunden. Der Antragsgegner sei nicht Tätowierer und auch nicht Inhaber irgendwelcher Tattoo-Studios und sei es nicht gewesen, wo auch immer. Er habe dies auch nicht behauptet und er habe der Antragstellerin auch nicht von ihm gestochene Tattoos von seiner Festplatte oder sonst wo – zuvor sei es angeblich am Mobiltelefon oder PC gewesen – gezeigt. Auch diese Behauptung falle der Antragstellerin offenbar zum ersten Mal ein, jedenfalls lese der Zweitantragsgegner zum ersten Mal davon, zuvor sei davon nicht die Rede gewesen, und zwar weder im betrieblichen Mediationsverfahren noch im ersten Schreiben der GAW.

Der Zweitantragsgegner stelle außer Streit, dass ihn die Antragstellerin – und zwar am 19. Oktober 2022 – gefragt habe, ob sie „für einen Tattoo-Termin“ freie Zeit haben könne und dem Zweitantragsgegner das von ihr gewünschte Tattoo-Motiv gezeigt habe. Die Antragstellerin habe am 19. Oktober 2022 dafür allerdings einen (ganzen) Urlaubstag beantragt, und zwar für den 31. Oktober 2022. Es sei nicht darum gegangen, dass die Antragstellerin an einem Tag „eine halbe Stunde früher gehen könne“. Sie habe dem Zweitantragsgegner aus Eigenem, also unaufgefordert, das Motiv für das Tattoo auf ihrem Smartphone gezeigt. Die Behauptung der Antragstellerin, der Zweitantragsgegner hätte sie belästigt, sei völlig unglaubwürdig: Solch intime Details offenbare man gerade nicht seinem Vorgesetzten, den man als aufdringlich oder gar sexuell belästigend empfinde und dessen Nähe man nicht suche.

Völlig aus der Luft gegriffen sei – wie bereits vorgebracht – die Behauptung, er könne die Antragstellerin „gratis tätowieren“, dies mit der „grinsenden Bemerkung, an einer Stelle, an der noch kein Tätowierer war“. Diese Bemerkung sei weder ausdrücklich noch sinngemäß gefallen und frei erfunden.

Es sei auch unwahr, dass der Zweitantragsgegner auf das Gesäß der Antragstellerin „gestarrt“ habe. Selbst nach dem Vorbringen der Antragstellerin, sie hätte dies erst „beim Umdrehen“ bemerkt, ergebe sich jedenfalls – also selbst wenn es richtig wäre –, dass er nicht mit Belästigungsvorsatz „gestarrt“ haben könne. Man könne nicht unbemerkt „hinter dem Rücken“ belästigen.

Unwahr – und ebenso kreditschädigend – sei die Behauptung, der Zweitantragsgegner sei sich vor der Antragstellerin „mit der Hand in die Hose gefahren“ und habe „sich am Genitalbereich gekratzt“. Er könne sich nicht erklären, wie die Antragstellerin zu einer solchen Behauptung gelange.

Es werde als grob tatsachenwidrig bestritten, dass die Antragstellerin deshalb krank geworden sei, weil sie sich durch die von ihr behaupteten Vorfälle stark „belastet“ gefühlt habe. Die Antragstellerin habe sich nach den dem Zweitantragsgegner zugetragenen Informationen bereits vor Oktober 2022 mehrmals im Krankenstand befunden. Völlig unverständlich sei die aus der Luft gegriffene unsubstantiierte Behauptung, der Zweitantragsgegner sei „gefährlich“.

Aufgrund der von der Antragstellerin erhobenen Vorwürfe sei bei der Erstantragsgegnerin ein betriebsinternes Mediationsverfahren sofort eingeleitet worden, wobei der Zweitantragsgegner sich zur Teilnahme bereit erklärt und auch daran teilgenommen habe, die Antragstellerin das betriebliche Mediationsverfahren jedoch abgebrochen bzw. nicht mehr in Anspruch nehmen habe wollen – dies mit der Begründung, der Zweitantragsgegner habe ohnedies schon gekündigt (!). Die Absicht der Antragstellerin, dem Zweitantragsgegner, aus welchen Gründen immer, etwas „heimzuzahlen“, liege auf der Hand. Wäre der Antragstellerin tatsächlich daran gelegen, den Konflikt friedlich zu lösen, hätte sie sich wohl nicht so verhalten. Die Antragstellerin habe das Mediationsverfahren und den gemeinsamen Termin am 7. Februar 2023 laut Information des Mediators mit der Begründung abgesagt, der Zweitantragsgegner „habe im Unternehmen gekündigt“. Wenn es ihre Intention gewesen sei, den Zweitantragsgegner aus dem Arbeitsverhältnis zu drängen, so habe sie ihr Ziel mittlerweile erreicht: der Zweitantragsgegner habe nach drei Jahrzehnten sein Arbeitsverhältnis mit der Antragsgegnerin nicht zuletzt wegen dieses Verfahrens beendet.

Richtig sei, dass die Geschäftsführung der Erstantragsgegnerin der Antragstellerin, nachdem diese Belästigungsvorwürfe erhoben gehabt habe, in einem Gespräch im November 2022 eine räumliche Trennung vom Zweitantragsgegner vorgeschlagen bzw. ihr wieder ihren bisherigen Arbeitsplatz im Lager angeboten habe, die Antragstellerin dies jedoch abgelehnt habe, weil sie dies als „beruflichen Rückschritt“ empfunden habe. Die Verantwortung der Antragstellerin

stehe nicht im Einklang mit ihren sonstigen Behauptungen: sie habe einen anderen Arbeitsort als, wie bisher, im Lager gewünscht gehabt (und nicht der Zweitantragsgegner!) – und zwar im Hauptgebäude, und habe auch nicht mehr zurück gewollt, weil es ihr im Lager nie gefallen bzw. sie sich dort belästigt gefühlt habe.

Die Anstellung sei für die Antragstellerin nie „ideal“ gewesen: sie habe sich bereits im Lager unwohl und sich auch – zu Unrecht – vom Zweitantragsgegner belästigt gefühlt. Es werde bestritten, dass sie ihr Arbeitsverhältnis wegen einer „Grenzüberschreitung“ des Zweitantragsgegners beendet habe. Sie habe ihrem eigenen Vorbringen folgend bereits zuvor vorgehabt, das Arbeitsverhältnis zu kündigen (sie habe auch gegenüber einer Arbeitskollegin bereits vor Oktober 2022 geäußert, einen neuen Arbeitsplatz gefunden zu haben), habe aber vorerst nicht gekündigt, weil sie ihren Arbeitsplatz in das Hauptgebäude verlegen habe dürfen.

Der Zweitantragsgegner habe die Antragstellerin nie sexuell oder sonst wie belästigt. Er habe auch nie, wie die Antragstellerin unrichtig behaupte, die Absicht gehabt, der Antragstellerin näher zu kommen und/oder sie „unerwünscht“ einzuladen.

Die von der Antragstellerin erhobenen Vorwürfe der Belästigung beschränken sich im Wesentlichen auf drei relevante Vorfälle: (i) das angebliche „Starren“ auf das Gesäß, das die Antragstellerin nur beim Umdrehen, also offenbar zufällig bemerkt habe (es fehle selbst nach dem Vorbringen der Antragstellerin am Belästigungsvorsatz), (ii) das angebliche Greifen in den (eigenen) Genitalbereich, das die Antragstellerin bemerkt haben wolle (dass der Antragsgegner damit die Antragstellerin belästigen habe wollen, bringe diese nicht einmal vor) und (iii) die angebliche Bemerkung, der Antragsgegner habe Dritte „an Stellen, an denen noch kein Tätowierer war“ tätowiert – diese Behauptung sei frei erfunden.

Bezeichnend für die Unglaubwürdigkeit der Antragstellerin sei, dass sie nun erstmals zugestehe, dass sie ihr eigenes Tattoos selbst – und nicht der Zweitantragsgegner – zum Thema gemacht und das Motiv des Tattoos sogar dem Zweitantragsgegner gezeigt habe: es sei kaum vorstellbar, dass man sich so gegenüber einem Vorgesetzten verhalte, der sich angeblich „zuwihaut“ oder gar sexuell belästigend verhalte. Hinter dieser Anzeige können nur finanzielle Motive oder Gram über den Zweitantragsgegner als Vorgesetzten stecken.

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 von Mag. V (informierter Vertreter der Erstantragsgegnerin) vom 19. März 2024 sowie des Zweitantragsgegners vom 18. Juni 2024. Als weitere Auskunftspersonen wurden W, C und D am 19. März 2024 sowie E und Dr.ⁱⁿ X am 28. Mai 2024 befragt. Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf den Arbeitsvertrag der Antragstellerin vom 8./13. Februar 2022, die WhatsApp-Nachricht der Antragstellerin an ihren Freund, F, vom 19. Oktober 2022, das E-Mail der Antragstellerin an die Geschäftsführung der Erstantragsgegnerin vom 7. November 2022, das Gesprächsprotokoll der Erstantragsgegnerin mit der Antragstellerin vom 16. November 2022, das Gesprächsprotokoll der Erstantragsgegnerin mit dem Zweitantragsgegner vom 24. November 2022, die Stellungnahme der Erstantragsgegnerin an die GAW vom 23. Jänner 2023 sowie die Stellungnahme des Zweitantragsgegners an die GAW vom 27. Jänner 2023.

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

[...]

6. bei den sonstigen Arbeitsbedingungen,

[...]“

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

[...]

3. durch Dritte in Zusammenhang mit seinem/ihrer 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 Im weiteren Verlauf werden (akademische) Titel nicht weiter angeführt.

[...]“

„§13. Als Reaktion auf eine Beschwerde darf ein/e Arbeitnehmer/in durch den/die Arbeitgeber/in innerhalb des betreffenden Unternehmens (Betriebes) oder auf die Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebotes nicht entlassen, gekündigt oder anders benachteiligt werden. Auch ein/e andere/r Arbeitnehmer/in, der/die als Zeuge/Zeugin oder Auskunftsperson in einem Verfahren auftritt oder eine Beschwerde eines/einer anderen Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin unterstützt, darf als Reaktion auf eine solche Beschwerde oder auf die Einleitung eines solchen Verfahrens zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebotes nicht entlassen, gekündigt oder anders benachteiligt werden. § 12 gilt sinngemäß.“

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, ihr Vorgesetzter habe sie durch unerwünschte Einladungen sowie sexuell konnotierte Aussagen und Gesten belästigt, als Abhilfemaßnahme sei ihr von der Arbeitgeberin eine Versetzung auf ihren vorherigen Arbeitsplatz angeboten worden, was jedoch eine Verschlechterung gewesen wäre, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem **Sachverhalt** aus:

Die Antragstellerin war von 1. März 2022 bis 28. Februar 2023 bei der Erstantragsgegnerin als Kaufmännische Assistenz am Standort Ort1 beschäftigt. Sie war ursprünglich im Lager und mit der Übernahme der Standortleitung durch den Zweitantragsgegner ab 4. Oktober 2022 als dessen Assistentin tätig.

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

Der Zweitantragsgegner übernahm am 3. Oktober 2022 die Leitung des Standortes Ort1 und erfuhr am selben Tag von B, dass die Antragstellerin sich im Lager aufgrund diskriminierender Sprüche und sexueller Andeutungen der Lagermitarbeiter und Monteure unwohl fühlte. Er stellte daher B und der Antragstellerin frei, zu entscheiden, wer von ihnen jeweils die Assistenz für das Fuhrparkmanagement und die Standortleitung übernehmen möchte. Am selben Tag teilte B dem Zweitantragsgegner mit, dass die Antragstellerin die Assistenz der Standortleitung und sie das Fuhrparkmanagement übernehmen werde.

Der Zweitantragsgegner war im Oktober, bis zu der Krankmeldung der Antragstellerin mit E-Mail vom 25. Oktober 2022, an folgenden Tagen am Standort Ort1 anwesend: 3. Oktober – hier kam es noch zu keinem Kontakt mit der Antragstellerin –, 4. Oktober, 11. bis 13. Oktober, 19. Oktober und 24. Oktober 2022 – wobei die Antragstellerin an diesem Tag nicht an ihrem Arbeitsplatz erschien.

Der Zweitantragsgegner saß im Büro gegenüber der Türe. Er starrte der Antragstellerin beim Verlassen des Büros nicht auf ihr Gesäß.

Der Zweitantragsgegner griff sich im Beisein der Antragstellerin nicht in einer sexuell anzüglichen Weise mit der Hand in die Hose.

Der Zweitantragsgegner sprach mit der Antragstellerin über seine Tätigkeit im Ausland. Außerdem erzählte er der Antragstellerin von seiner Tochter, die in Südostasien lebt, und zeigte ihr ein Foto mit seiner Tochter. Nicht festgestellt werden konnte der Grad der Bekleidung des Zweitantragsgegners auf diesem Foto.

Am 19. Oktober 2022 hatte der Zweitantragsgegner Termine am Standort in Ort1 und traf erst am Nachmittag auf die Antragstellerin. Sie beantragte bei dieser Gelegenheit einen Urlaubstag für den 31. Oktober 2022, da sie einen Termin für eine Tätowierung hatte. Der Zweitantragsgegner erkundigte sich daraufhin nach dem Motiv und der Stelle, an der die Antragstellerin das Tattoo plante. Die Antragstellerin zeigte ihm das Motiv und nannte ihm als Stelle für die Tätowierung den Oberschenkel. Der Zweitantragsgegner, der selbst eine Tätowierung hat, erzählte der Antragstellerin daraufhin, dass er einen super Tätowierer in Stadt2 kenne.

Ebenfalls am 19. Oktober 2022 fand ein Gespräch zwischen der Antragstellerin und dem Zweitantragsgegner betreffend deren Hunde statt. Der Zweitantragsgegner hat zwei Hunde und verfügt über eine Sondergenehmigung, diese mit an seinen Arbeitsplatz zu nehmen. Die Antragstellerin wollte ihren Welpen ebenfalls mitnehmen, weshalb der Zweitantragsgegner vorschlug, dass sie ihren Hund an einem Freitag – jenem Tag, an dem der Zweitantragsgegner nie vor Ort war – probeweise mitnehmen sollte. Zudem schlug er vor, dass sich die Hunde, wenn der Welpe der Antragstellerin größer sei, auf dem Freigelände des Standortes kennenlernen, damit es im Büro kein Problem mit dem Revierverhalten der Hunde gebe. Für den 26. Oktober 2022 war kein Treffen geplant, da der Zweitantragsgegner nach Hause ... fuhr.

Die Antragstellerin tauschte sich laufend mit B über das Verhalten ihres Vorgesetzten aus und erzählte im Laufe der Zeit auch ihren Eltern davon.

Am 24. Oktober 2022 erschien die Antragstellerin nicht an ihrem Arbeitsplatz. B teilte dem Zweitantragsgegner auf Nachfrage mit, dass sich die Antragstellerin nicht wohlfühle, sie habe Bauchschmerzen. Am 25. Oktober 2022 meldete sich die Antragstellerin abends per E-Mail krank.

In weiterer Folge wandte sich die Antragstellerin mit einer Beschwerde über den Zweitantragsgegner an die Betriebsräte E und W sowie die Geschäftsführung der Erstantragsgegnerin.

Am 16. November 2022 fand ein Gespräch zwischen der Antragstellerin, dem Geschäftsführer V und der damaligen Geschäftsführerin X im Beisein von W und einer Vertrauensperson der Antragstellerin statt. Im Zuge dieses Termins schlug Geschäftsführer V der Antragstellerin vor, dass sie ihre Arbeit nach ihrer Genesung wieder am Arbeitsplatz im Lager in Ort1 mit jenem Aufgabenbereich antreten soll, welchen sie bei ihrer Einstellung innegehabt hatte. Die Antragstellerin verdeutlichte, dass sie die Rückkehr an ihren Arbeitsplatz im Lager als benachteiligend empfinde und sie sich durch die anfallenden Tätigkeiten ihres Aufgabenbereiches nicht ausgelastet fühle.

Die Antragstellerin kündigte schließlich am 28. November 2022 mit Wirkung zum 28. Februar 2023.

Der Zweitantragsgegner, der bereits im August 2022 gekündigt hatte und seine Beschäftigung aufgrund des Ersuchens, die Standortleitung in Ort1 zu übernehmen, für drei Monate verlängerte, schied schließlich ebenfalls aus dem Unternehmen aus.

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

1. Es liegt **keine 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 war von 3. Oktober 2022 bis zu der Kündigung der Antragstellerin deren Vorgesetzter und ist somit als Dritter iSd § 6 Abs 1 Z 3 GIBG zu qualifizieren.

Unter dem Begriff des der sexuellen Sphäre zugehörigen Verhaltens sind nach den Erläuterun-

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

gen zum GIBG „körperliche, verbale und nicht verbale Verhaltensweisen“ zu verstehen, so beispielsweise unsittliche Redensarten, unerwünschte Einladungen mit eindeutiger Absicht.⁵ Letztlich ist es einzelfallabhängig, ob ein bestimmtes Verhalten bereits der sexuellen Sphäre zugehörig ist, wobei auf eine Betrachtung des Gesamtgeschehens abzustellen ist.⁶

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.⁷ 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.⁸ Ob die Würde einer Person beeinträchtigt wird, ist nach einem objektiven Maßstab zu beurteilen.

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.⁹ Es muss allerdings für den Belästiger/die Belästigerin erkennbar sein, dass das Verhalten für die betroffene Person unerwünscht ist, wobei dies aus der Sicht eines objektiven Betrachters zu beurteilen ist.¹⁰

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.¹¹ Demnach ist ein Verhalten nicht erst dann abgelehnt und somit unerwünscht, wenn sich die betroffene Person lautstark zur Wehr setzt.¹²

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die Haftung des/der unmittelbaren Belästigers/Belästigerin grundsätzlich verschuldensunabhängig ist. Subjektive Elemente auf Seite des

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 21.

⁸ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 24.

⁹ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 25.

¹⁰ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 26; ErläutRV 735 BlgNR 18. GP 33.

¹¹ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 26.

¹² OLG Wien 19.1.2005, 9 Ra 163/04 p.

Belästigers/der Belästigerin bleiben daher außer Betracht. Es ist demnach unerheblich, ob er/sie die Absicht hatte, zu belästigen.¹³

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.¹⁴

Die Aussage, man könne seine Mitarbeiterin nach der Arbeit gratis tätowieren, an einer Stelle, an der noch kein Tätowierer gewesen sei, das Starren auf das Gesäß einer Mitarbeiterin, der Griff in die Hose und das Kratzen im Genitalbereich in Gegenwart einer Mitarbeiterin, das Zeigen eines Fotos, auf dem der Vorgesetzte mit nacktem Oberkörper zu sehen ist sowie die private Einladung eines Vorgesetzten zu einem Spaziergang, weisen allesamt eine sexuelle Konnotation auf und sind damit grundsätzlich als ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten zu qualifizieren.

Objektiv betrachtet ist das von der Antragstellerin geschilderte Verhalten des Zweitantragsgegners geeignet, die Würde einer Mitarbeiterin zu beeinträchtigen, da es sich um in die Privat- bzw. Intimsphäre eingreifende Äußerungen und Verhaltensweisen handelt. Durch die mehrmalige Tötigung derartiger Handlungen wird auch das Mindestmaß an Intensität erfüllt.

Dass die Antragstellerin das Verhalten des Zweitantragsgegners subjektiv als unerwünscht empfand, ergibt sich für den Senat aus der Kommunikation der Antragstellerin mit ihrem Freund am 19. Oktober 2022, dem Umstand, dass sie sich ihrer Kollegin B und ihren Eltern anvertraute, in weiterer Folge an die Betriebsräte E und W wandte und schließlich das Gespräch mit der Geschäftsführung der Erstantragsgegnerin suchte.

Die von der Antragstellerin geschilderten Äußerungen und Verhaltensweisen des Zweitantragsgegners sind darüber hinaus grundsätzlich geeignet, die Arbeitsumwelt einer Mitarbeiterin zu beeinträchtigen. Es war für den Senat im konkreten Fall augenscheinlich, dass der Antragstellerin die Situation naheging und sie auch zum Zeitpunkt der mündlichen Befragung noch erkennbar betroffen war.

Da sich im Ermittlungsverfahren durch die Aussagen der befragten Auskunftspersonen bestätigte, dass bei den von der Antragstellerin geschilderten Belästigungsvorwürfen ausschließlich sie und der Zweitantragsgegner anwesend waren, kam bei der Überprüfung des Vorbringens dem unmittelbaren Eindruck dieser beiden Personen durch den Senat eine entscheidende Rolle zu.

¹³ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erlar, GIBG² (2021) § 6 Rz 12.

¹⁴ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erlar, GIBG² (2021) § 6 Rz 28.

Dem Zweitantragsgegner gelang es, das Vorbringen der Antragstellerin zu entkräften. Seine Schilderungen in der mündlichen Befragung waren für den Senat glaubhaft und schlüssig.

So legte er glaubhaft dar, dass er sich zwar im Zuge des Urlaubsantrages mit der Antragstellerin über das Motiv und die Stelle der geplanten Tätowierung austauschte, jedoch die anzügliche Äußerung, er könne sie nach der Arbeit gratis tätowieren, an einer Stelle, an der noch kein Tätowierer gewesen sei, nicht getätigt hat. Vor dem Hintergrund, dass der Zweitantragsgegner kein Tätowierer ist, fehlt jeglicher Anknüpfungspunkt für eine derartige Aussage. Es ist daher für den Senat glaubhaft, dass der Zweitantragsgegner die anzügliche Aussage nicht getätigt hat.

Dem Zweitantragsgegner gelang es weiters, glaubhaft darzulegen, dass es sich bei der Unterhaltung über die Hunde nicht um eine private Einladung mit eindeutiger Absicht handelte. Die Nachricht der Antragstellerin an ihren Freund am 19. Oktober 2022 legt nahe, dass sie die Intention des Zweitantragsgegners dahingehend deutete. Die mündlichen Ausführungen des Zweitantragsgegners, dass es darum gegangen sei, sich im Außenbereich des Firmengeländes mit den Hunden zu treffen, um zu testen, ob sie sich vertragen und dementsprechend zukünftig gemeinsam im Büro sein können, waren für den Senat jedoch nachvollziehbar und lebensnahe. Der Unterhaltung war somit keine anzügliche Komponente inhärent.

Dem Griff in die Hose und an den Genitalbereich trat der Zweitantragsgegner entschieden entgegen. In Zusammenschau der Ausführungen erscheint es dem Senat plausibel, dass es zwar zu einer Situation gekommen sein kann, bei der der Zweitantragsgegner sich im Beisein der Antragstellerin an die Hose gefasst hat, dann jedoch in der von ihm geschilderten Absicht, sich das Hemd zu richten und nicht um ein anzügliches Verhalten zu setzen. Es ist für den Senat zwar nachvollziehbar, dass in einer derartigen Situation für die Antragstellerin subjektiv ein anderer Eindruck entstehen kann. Die Aussage des Zweitantragsgegners war für den Senat allerdings stimmig, weshalb seiner Darstellung zu glauben war und auch hier für den Senat die belästigende Dimension der Handlung fehlte.

Der Zweitantragsgegner und die Antragstellerin schilderten übereinstimmend, dass sich der Schreibtisch des Zweitantragsgegners gegenüber der Bürotüre befand. Die Sitzposition des Zweitantragsgegners legt für den Senat nahe, dass er direkt in Blickrichtung von hereinkommenden und hinausgehenden Personen und in Blickhöhe von deren Körpermitte saß. Diese örtlichen Gegebenheiten mögen zwar geeignet sein, den von der Antragstellerin vorgebrachten Eindruck zu vermitteln, für den Senat ergaben sich im Ermittlungsverfahren jedoch keine Anhaltspunkte, dass der Zweitantragsgegner bewusst auf ihr Gesäß gestarrt hat und damit ein nach dem GIBG verpöntes Verhalten setzte.

Generell weist der Senat darauf hin, dass gerade von einer Führungsperson, die eine Mitarbeiterin noch nicht lange kennt, das Zeigen von privaten Fotos als unangebracht empfunden

werden kann. Auf den konkreten Fall bezogen konnte der Zweitantragsgegner jedoch aufgrund der glaubhaften Beschreibung des Settings – Urlaubsfoto mit der Tochter – überzeugend darlegen, dass es sich um kein anzügliches Foto handelte. Da dem Senat das besagte Foto nicht vorliegt und dementsprechend keine Aussage darüber getroffen werden kann, ob und in welchem Ausmaß der Oberkörper des Zweitantragsgegners bekleidet war, traf der Senat hierzu eine Negativfeststellung.

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

2. Es liegt **keine Diskriminierung** aufgrund **des Geschlechtes durch eine Verletzung des Benachteiligungsverbot**es gemäß **§ 13 iVm § 3 Z 6 GIBG** durch die **Erstantragsgegnerin** vor.

Gemäß § 13 GIBG darf als Reaktion auf eine Beschwerde innerhalb des Unternehmens (Betriebes) oder auf die Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebotes ein Arbeitnehmer/eine Arbeitnehmerin durch den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin nicht entlassen, gekündigt oder anders benachteiligt werden.

Der Regelungszweck des Benachteiligungsverbot (,,Viktimisierungsverbot“) ist somit eine Verstärkung des Rechtsschutzes für jene Arbeitnehmer/Arbeitnehmerinnen, die sich in eigener Sache oder im Interesse von Arbeitskollegen/Arbeitskolleginnen mit rechtlich anerkannten Mitteln gegen (vermutliche) Diskriminierungen durch ihre Arbeitgeber/Arbeitgeberinnen zur Wehr setzen.

Das Gesetz sieht für eine Beschwerde iSd § 13 GIBG keine bestimmte Form vor.¹⁵ Die benachteiligende Reaktion des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin muss in einem plausiblen Zusammenhang mit dem Auftreten des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin stehen, wobei auch ein gewisser zeitlicher Konnex gegeben sein muss.¹⁶

§ 13 GIBG zählt drei unzulässige Viktimisierungshandlungen auf: Entlassungen, Kündigungen und vom Gesetzgeber nicht näher präzierte andere Benachteiligungen. Andere Benachteiligungen können zB die Ausgestaltung der konkreten Arbeitsbedingungen betreffen.¹⁷

Eine Diskriminierung bei den sonstigen Arbeitsbedingungen nach § 3 Z 6 GIBG kann beispielsweise dann vorliegen, wenn eine Person auf Grund des Geschlechts unmittelbar oder mittelbar in folgenden Situationen bzw. in Bezug auf folgende Angelegenheiten benachteiligt wird: Zuweisung des konkreten Einsatzbereichs, Zuweisung von untergeordneten und monotonen

¹⁵ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erlner, GIBG² (2021) § 13, Rz 14.

¹⁶ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erlner, GIBG² (2021) § 13 Rz 33.

¹⁷ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erlner, GIBG² (2021) § 13 Rz 9.

Tätigkeiten, Zuweisung von Arbeiten und Aufgabenbereichen, die weder der Qualifikation noch dem Arbeitsvertrag entsprechen.¹⁸

Neben der Generalklausel nach § 3 Satz 1 GIBG („Auf Grund des Geschlechtes ... darf ... niemand ... diskriminiert werden“) wird mit § 3 Z 6 GIBG praktisch eine zweite Generalklausel geschaffen, von der alle weiteren („sonstigen“) Arbeitsbedingungen erfasst sind, denen nicht schon ein bestimmter (anderer) Diskriminierungstatbestand aus dem Katalog des § 3 GIBG zugeordnet ist. § 3 Z 6 GIBG ist somit ein weit auszulegender Auffangtatbestand, der sowohl die rechtlichen als auch die faktischen Rahmenbedingungen für die Leistungserbringung der Arbeitnehmer/Arbeitnehmerinnen im laufenden Arbeitsverhältnis umfasst.¹⁹

Ob im Einzelfall eine Benachteiligung nach § 13 GIBG vorliegt, ist nach einem objektiven Maßstab zu beurteilen. Es reicht daher nicht aus, dass ein bestimmtes Verhalten des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin von der betroffenen Person subjektiv als benachteiligend empfunden wird. Denn dem Begriff „Benachteiligung“ ist ein Mindestmaß an negativen Auswirkungen auf die Lebenssituation der betroffenen Personen immanent.²⁰

Von der Antragstellerin wurde glaubhaft vorgebracht, dass sie den Vorschlag des Geschäftsführers der Erstantragsgegnerin, sie als Abhilfemaßnahme zurück an ihren ursprünglichen Arbeitsplatz zu versetzen, als benachteiligend empfunden hat. Aufgrund der vorangegangenen Ausführungen ist eine verschlechternde Versetzung vom Begriff der sonstigen Arbeitsbedingungen erfasst, da kein anderer Diskriminierungstatbestand aus dem Katalog des § 3 GIBG anwendbar ist.

Die Antragstellerin konnte den Vorwurf einer Benachteiligung nach § 13 GIBG, dass sie aufgrund ihrer Beschwerde über die sexuelle Belästigung verschlechternd versetzt worden wäre, glaubhaft darlegen.

Damit verlagerte sich die Beweislast auf die Erstantragsgegnerin.

Die Erstantragsgegnerin konnte für den Senat glaubhaft und nachvollziehbar entkräften, dass der Vorschlag, die Antragstellerin an ihren ursprünglichen Arbeitsplatz zurück zu versetzen, eine Verschlechterung dargestellt hätte, da es sich um keine minderwertigeren Tätigkeiten, die zu dem Berufsprofil der Antragstellerin in einem deutlichen Widerspruch stehen, handelte. Vielmehr hätte der Stammarbeitsplatz dem Arbeitsvertrag der Antragstellerin entsprochen und zu einer örtlichen Trennung des Zweitantragsgegners und der Antragstellerin geführt.

Unter der Berücksichtigung dieser Ausführungen gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es der Erstantragsgegnerin nach § 13 iVm § 12 Abs 12 GIBG gelungen ist zu beweisen, dass ausschließlich sachliche Motive für die geplante Zuweisung des ursprünglichen Arbeitsplatzes

¹⁸ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 3 Rz 133.

¹⁹ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 3 Rz 132.

²⁰ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 13 Rz 9; OGH 9 ObA 113/11z.

ausschlaggebend waren. Eine Verletzung des Benachteiligungsverbot es gemäß § 13 GIBG war daher zu verneinen.

Wien, 18. Juni 2024

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK