

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 26. Jänner 2021 über den am 17. Mai 2018 eingelangten Antrag der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **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), in eventu **durch eine Verletzung des Benachteiligungsverbot**es gemäß **§ 13 GIBG** bzw. **§ 6 Abs. 2 Z 2 GIBG**, und **durch eine sexuelle Belästigung durch den/die ArbeitgeberIn** gemäß **§ 6 Abs. 1 Z 1 GIBG** durch die **Z GmbH (Antragsgegnerin)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idgF), zu GZ GBK I/823/18, zu folgendem

PRÜFUNGSERGEBNIS:

1. **A ist aufgrund des Geschlechtes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG durch die Z GmbH diskriminiert worden.**
2. **A ist aufgrund des Geschlechtes durch eine sexuelle Belästigung durch den/die ArbeitgeberIn gemäß § 6 Abs. 1 Z 1 GIBG durch die Z GmbH diskriminiert worden.**

Dies ist eine gutachterliche Feststellung. Es handelt sich hierbei im Sinne der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes<sup>1</sup> nicht um einen Bescheid.

VORBRINGEN

Im Antrag wurde im Wesentlichen Folgendes vorgebracht:

Die Antragstellerin sei seit 2. November 2017 bei der Antragsgegnerin im Einzelhandelsgeschäft „Y Supermarkt“ für ... Lebensmittel im Ausmaß von 15 Wochenstunden angestellt gewesen. Die Antragstellerin sollte eigentlich nur dafür zuständig sein, Ware auszuräumen, sie sei aber dann überall eingeteilt worden, auch an der Kassa und der Fleischtheke. Eigentümer und ihr Vorgesetzter sei X gewesen. Es sei der erste Job der Antragstellerin in Österreich ge-

---

<sup>1</sup> Vgl. z.B. VfSlg. 19.321.

wesen, und sie habe sich sehr bemüht ihre Arbeit gut zu machen. Sie habe zwei Kinder, weshalb ihr das Einkommen sehr wichtig sei. X und sie haben sich in gebrochenem Englisch, ... oder Deutsch unterhalten.

Zu Beginn des Arbeitsverhältnisses habe X ihre gute Arbeit per SMS gelobt – auch außerhalb der Arbeitszeiten. Etwa nach einem Monat habe er begonnen, ihr per SMS Komplimente zu machen. Er habe ihr geschrieben, dass er sie umarmen wolle, da sie so hübsch sei. Er habe auch während der Arbeit begonnen ihr via „Google Translate“ auf Englisch Komplimente zu machen. Er habe gesagt, er träume davon sie zu küssen. Nach Beginn der Annäherungen versuchte die Antragstellerin, ihren Vorgesetzten zu meiden. Sie habe ihm zu verstehen gegeben, dass sie verheiratet und nicht an einer persönlichen Beziehung interessiert sei. Er habe dies jedoch nicht akzeptiert und habe sie aufgefordert, seine SMS zu beantworten. Sie habe behauptet, ihr Handy sei kaputt. Daraufhin sei er ihr im Geschäft hinterhergelaufen und habe immer wieder auf sein Handy gedeutet. Danach habe er zu ihr gesagt, sie müsse seine Nachrichten löschen, denn es sei ihr Geheimnis.

Nach einiger Zeit habe er auch angefangen, sie bei jeder Gelegenheit flüchtig zu berühren, beispielsweise, wenn er ihr Geld übergab. Einmal habe er sie gefragt: „Stehst du auf Sex?“.

Am Mittwoch, den 31. Jänner 2018, habe die Antragstellerin die zweite Schicht gehabt. Das Geschäft sei sehr groß und der Pausenraum befinde sich ganz hinten. Sie sei in den Pausenzeiten rauchen gegangen und traf X im Pausenraum. Als sie an ihm vorbei in die Küche gehen wollte, habe er sie bei der Hand gepackt, sie zu sich gezogen und an sich gedrückt. Er habe sich an ihr gerieben und an ihr gerochen. Sie habe versucht ihn wegzudrücken, er habe aber nicht losgelassen. Er habe gefragt, ob er auf ihre Brust greifen dürfe. Sie habe das abgelehnt, woraufhin er gedeutet habe, dass es im Raum keine Kamera gäbe. Sie habe versucht, ihn wegzuschieben. Er habe ihr gedeutet, dass ihn das kränke. Daraufhin habe sie sich aus seiner Umarmung lösen und den Raum verlassen können. Nach etwa drei Stunden habe sie wieder eine Rauchpause gemacht. Er habe sie gebeten, zu ihm zu kommen. Er habe sie an sich gezogen und umarmt. Am Ende des Tages habe er gefragt, ob sie sauer auf ihn sei und sie habe das bejaht. Er habe sich daraufhin per SMS entschuldigt und geschrieben, es würde nicht wieder vorkommen.

Einige Tage später habe er sie dazu aufgefordert, die SMS zu löschen. Er habe sie durch das ganze Geschäft verfolgt, um ihr Handy zu überprüfen. Die Antragstellerin habe Angst bekommen und sei schließlich auf das WC gegangen, wo sie die SMS gelöscht habe. Danach habe sie ihm das Handy gezeigt. Leider habe sie keine Sicherungskopie angefertigt. Ein späterer Versuch, die SMS wiederherstellen zu lassen, habe nicht funktioniert.

X habe ihr weiterhin Komplimente gemacht und sie wiederholt scheinbar zufällig berührt. Er habe unter anderem gesagt, dass er glücklich sei, wenn sie da sei und traurig, wenn sie nicht da sei.

Die Antragstellerin habe versucht, sich im Geschäft nicht alleine aufzuhalten, da sie Angst vor einem weiteren Übergriff gehabt habe. Schließlich habe sie es einer Kollegin erzählt. Diese habe berichtet, dass „Komplimente“ per SMS durch X schon vorgekommen seien, dass die betreffende Kollegin sich jedoch geschmeichelt gefühlt habe. Die Kollegin habe in der Folge darauf geachtet, dass die Antragstellerin in der Pause nicht alleine gewesen sei.

Am Samstag, den 3. März 2018 um 16 Uhr, also zwei Stunden vor Ende des Dienstes, seien nur mehr X, die Antragstellerin und zwei weitere Kolleginnen im Geschäft gewesen. Die Antragstellerin sei in die Küche gegangen, um einen Gurkeneimer auszuwaschen, da habe ihr X an die Hüfte gegriffen. In diesem Moment sei eine Kollegin aus dem WC gekommen, und X sei erstarrt. Die Kollegin habe die Küche verlassen, die Antragstellerin habe auch hinauswollen, doch er habe sie zu sich gezogen und gesagt, sie solle ihn küssen und habe versucht sie zu küssen. Die Antragstellerin habe „Nein, lass mich los!“ gesagt. In diesem Augenblick sei die Kollegin an der Küchentür vorbeigegangen. Die Antragstellerin habe die Küche verlassen und die Kollegin darauf angesprochen, was passiert sei. Die Antragstellerin habe Angst gehabt, dass die Kollegin die Situation missverstanden haben könnte. Diese hätte jedoch verstanden, dass es nicht einvernehmlich, sondern ein Übergriff gewesen sei. Sie habe gesagt, sie habe schon vorher beobachtet, dass X sich für die Antragstellerin interessiere.

Am Montag, den 5. März 2018 habe die Antragstellerin ihren Krankenstand aufgrund der psychischen Belastung gemeldet. Am Freitag, den 4. Mai 2018 erhielt sie die Arbeitgeber-Kündigung per Post und zugleich per Facebook-Nachricht.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerin übermittelten Stellungnahme vom 4. Juli 2018 bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Einleitend sei darauf hinzuweisen, dass es der Antragstellerin einzig und allein darauf ankomme, Kapital aus dem gegenständlichen Verfahren zu schlagen und habe sich diese Vermutung noch zusätzlich durch ihre Ausführungen in der Einleitung ihres Antrags, in der sie vermeint, dass ihr „Einkommen sehr wichtig ist“, bestätigt.

Richtig sei, dass die Antragstellerin am 2. November 2017 begonnen habe, im „Y Supermarkt“, welcher vom Antragsgegner geführt werde, im Ausmaß von 15 Wochenstunden zu arbeiten.

Zutreffend ist, dass die Antragstellerin beauftragt wurde, die Ware aus und in die Regale wieder einzuräumen. Unrichtig sind die Behauptungen, dass sie in der Fleisch- und Feinkostabteilung gearbeitet habe. Sie war lediglich dazu eingeteilt, an der Kassa mitzuarbeiten.

Es mag zutreffen, dass es sich bei der gegenständlichen Anstellung im Supermarkt des Antragsgegners um die erste Arbeit der Antragstellerin in Österreich gehandelt hat. Dies wurde vom Antragsgegner aber nicht überprüft.

Richtig sei, dass X als Geschäftsführer der Antragsgegnerin auftrete und den „Y Supermarkt“ in unterschiedlichen Aufgabenbereichen für vor allem ... Spezialitäten betreibe und der Geschäftsbetrieb des Antragsgegners derart aufgestellt sei, dass zwischen zehn und fünfzehn Mitarbeiter, auch saisonbedingt, als Angestellte im Supermarkt tätig seien.

Vor allem als kleiner „Familienbetrieb“ habe der Antragsgegner das Interesse daran, dass sämtliche Mitarbeiter bei ihrer Tätigkeit zufrieden seien und werde ausreichend dafür Sorge getragen, dass Pausen eingehalten werden, sodass das Betriebsklima optimal für alle Mitarbeiter eingerichtet sei.

Es gebe einen eigenen Pausenraum, in dem die Mitarbeiter ihre Freizeit von den Tätigkeiten genießen können, doch müsse dort das Rauchverbot strikt eingehalten werden. Es dürfe im gesamten Supermarkt, also einschließlich auch im Pausenraum, welcher unmittelbar an den Lagerraum angrenze, nicht geraucht werden. Dies auch deshalb, zumal dies mit einem negativen Aspekt für die frischen Lebensmittel verbunden wäre. Ausdrücklich darauf hinzuweisen sei, dass alle Mitarbeiter die strikte Anweisung erhalten hätten, in den Geschäftsräumen nicht zu rauchen und dies strikt untersagt sei. Es sei somit unwahr, wenn die Antragstellerin behauptete, sie habe im Pausenraum geraucht. Jeder Verstoß würde freilich für den Antragsgegner unzumutbar erscheinen, zumal ein Supermarkt mit frischen Lebensmitteln betrieben werde und dies jedenfalls gegen jegliche behördlichen Auflagen verstoßen würde. Hätte die Antragstellerin im Pausenraum, wie sie behauptet habe, geraucht, wäre dies wohl ein Grund gewesen, sie zu entlassen.

Dem Antragsgegner sei es wichtig und lege er höchsten Wert darauf, dass er die Privatsphäre sämtlicher Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen respektiere. Die nunmehrigen Anschuldigungen haben ihn vor allem auch persönlich getroffen, zumal er die Handlungen, welche die Antragstellerin behauptete, nicht begangen habe. Er hege höchsten Respekt vor allen Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen und würde niemals gegenüber irgendeinem Mitarbeiter oder irgendeiner Mitarbeiterin sexuelle Belästigungen im speziellen oder sonstige Belästigungen im Allgemeinen unternehmen.

Der Antragsgegner befinde sich in einer aufrechten Lebensbeziehung zu W und sei Vater von zwei minderjährigen Kindern namens V, geb. am 29. Oktober 2016, und U, geb. am 22. April 2012.

Die Lebensgefährtin des Antragsgegners sei ebenfalls im Geschäft beschäftigt und gäbe es somit schon deshalb überhaupt keinen Grund, weshalb der Antragsgegner in auch nur irgendeiner Art und Weise andere Mitarbeiterinnen im Allgemeinen und die Antragstellerin im Spezi-

ellen sexuell belästigen würde. Solche Annäherungen, welche vom Antragsgegner zutiefst abgelehnt würden, würden insbesondere dazu beitragen, die Beziehung zu seiner Lebensgefährtin und zu seinen Kindern zu gefährden und sei dies dem Antragsgegner durchaus bewusst. Er habe sich schon deshalb nie in irgendeiner Art und Weise anderen Mitarbeiterinnen angenähert.

Dies sei von sämtlichen Mitarbeiterinnen im Geschäftsbetrieb des Antragsgegners sehr gerne zu bestätigen. Sie könnten bezeugen, dass sich der Antragsgegner ihnen gegenüber immer höflich und korrekt als Dienstgeber verhalten habe und sich auch nie irgendwem angenähert habe.

Nicht nachvollziehbar sei darüber hinaus, dass sich die Antragstellerin, hätte der Antragsgegner solche Handlungen ihr gegenübergesetzt, was allerdings bestritten werde, dann nicht seiner Lebensgefährtin, welche ebenfalls im Supermarkt arbeite, anvertraut und ihr das angebliche Fehlverhalten des Antragsgegners mitgeteilt hätte. Dies sei völlig lebensfremd und bestätige nur nochmals die Unglaubwürdigkeit der Behauptungen der Antragstellerin.

Weiters werde darauf hingewiesen, dass der Großteil des Supermarkts von Kunden frequentiert werde und wäre es für die Reputation des gesamten Unternehmens unzumutbar, wenn im Geschäftsbetrieb auch nur irgendwelche Annäherungen unternommen würden.

Darüber hinaus sei es gänzlich unmöglich, dass sich nur eine Mitarbeiterin alleine im Geschäft aufhalte und seien sämtliche Türen im Geschäftsbetrieb geöffnet, sodass es nicht einmal annähernd möglich wäre, wie von der Antragstellerin behauptet, sexuelle Belästigungen oder Belästigungen, in welcher Art auch immer, auszuführen.

Ausdrücklich bestritten werden die Behauptungen bezüglich des Vorfalls am 31. Jänner 2018. Auch sei in der Küche nicht einmal eine Tür eingebaut. Wenn der Antragsgegner sich der Antragstellerin nur in irgendeiner Art und Weise genähert bzw. sie geküsst hätte, hätte er jederzeit von einem anderen Mitarbeiter „ertappt“ werden können, freilich auch von seiner Lebensgefährtin, was für sein Privatleben massive Konsequenzen gehabt hätte. Es habe sohin schon gar kein Motiv und keine Veranlassung gegeben, sich hier auch nur in irgendeiner Art und Weise der Antragstellerin anzunähern. Die Antragstellerin behaupte diese Unwahrheiten anscheinend bloß, wie bereits einleitend angeführt, um sich finanzielle Vorteile aus dem bereits aufgelösten Dienstverhältnis verschaffen zu können.

Richtig sei, dass der Antragsgegner ab und zu SMS an die Antragstellerin geschrieben habe, dies habe jedoch nur dazu gedient, um allenfalls die Dienstenteilung zu regeln. Manchmal sei es so gewesen, dass die Antragstellerin kurzfristig durch ihr Kind frei gebraucht habe. Einmal sei beispielsweise mit dem Antragsteller auch die Thematik bezüglich der anderen Mitarbeiter, mit denen die Antragstellerin immer wieder Schwierigkeiten hatte, diskutiert worden und habe er allenfalls hier via SMS ausgleichend wirken wollen.

Niemals habe er aber via SMS irgendwelche sexuellen Anspielungen gemacht. Auch habe es niemals Aufforderungen gegeben, SMS zu löschen. Es habe hierfür keine Notwendigkeit und keinen Anlass gegeben, zumal der Inhalt der SMS immer nur dienstlichen Charakter gehabt hätte.

Auch habe es keinen Grund gegeben, warum der Antragsgegner die Antragstellerin unter Druck setzen hätte sollen. Es sei eigenartig, weshalb die Antragstellerin dem Antragsgegner zeigen hätte sollen, dass sie die SMS gelöscht habe und handle es sich hier offensichtlich um eine nachträgliche Schutzbehauptung.

Ebenfalls sei nicht nachvollziehbar, wieso die Antragstellerin, hätte sich das Ganze so ereignet, wie von ihr behauptet, was allerdings ausdrücklich bestritten werde, die SMS nicht vorher jemanden weitergeleitet habe, bevor sie diese dann angeblich am Klo gelöscht habe. Hierfür hätte sie durchwegs die Möglichkeit gehabt. Ihre behauptete Vorgehensweise sei komplett lebensfremd und stelle bloß erneut eine unsubstantiierte Schutzbehauptung dar.

Darüber hinaus seien die Behauptungen nicht nachvollziehbar, der Antragsgegner hätte die Antragstellerin flüchtig berührt. Auch werde die Antragstellerin darlegen müssen, wann der Antragsgegner ihr Geld übergeben hätte, da sämtliche Löhne auf ihr Konto überwiesen worden seien. Die Antragstellerin habe nie mit Bargeld zu tun gehabt, außer wenn sie einmal aus hilfswiese an der Kassa gesessen sei. Es habe aber auch keinen Grund gegeben, wieso der Antragsteller ihr Bargeld übergeben hätte sollen.

Jedenfalls beantrage der Antragsgegner die Einvernahme sämtlicher Mitarbeiterinnen zum Beweis dafür, dass sich die Antragstellerin einerseits gar nicht anvertraut habe und dass es auch niemals vorgekommen sei, dass der Antragsgegner sich gegenüber der Antragstellerin oder sonstigen Mitarbeitern in auch nur irgendeiner Art angenähert habe.

Dies sei auch deshalb wichtig, um den behaupteten Vorfall vom 3. März 2018 zu widerlegen und möge die Antragstellerin dartun, wer die Kollegin gewesen sei, die aus dem WC gekommen und angeblich den Antragsgegner mit der Antragstellerin ertappt habe.

Auch sei es gänzlich unrichtig, dass der Antragsgegner nach dem angeblichen Vorfall die Antragstellerin noch an sich herangezogen und versucht habe, sie zu küssen. Dies wäre bei diesem behaupteten peinlichen Vorfall, der aber ausdrücklich bestritten werde, wohl nicht die richtige Handlungsweise gewesen.

Jedenfalls wäre es so gewesen, dass wenn diese Annäherungsversuche tatsächlich so stattgefunden hätten, was aber bestritten werde, dies offensichtlich auch anderen Mitarbeitern aufgefallen wäre.

Vielmehr sei es so gewesen, dass sich andere Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen an den Antragsgegner gewendet hätten und ihm mitgeteilt hätten, dass die Antragstellerin ihre Arbeit

nicht ordentlich mache. Bestritten werden daher auch die Behauptungen der Antragstellerin, sie habe ihre Arbeit gut geleistet.

Richtig sei zwar, dass der Antragsgegner die Antragstellerin zunächst möglicherweise zu Beginn des Arbeitsverhältnisses gelobt habe, um ihr Unsicherheiten zu nehmen. Dies freilich deshalb, zumal er ein sorgfältiger Dienstgeber sei. Mit keinem Wort habe er aber erwähnt und Anspielung darüber gemacht, wie „fesch“ sie sei und habe er ihr auch keinerlei Komplimente gemacht. Diese Behauptungen würden jeglicher Grundlage entbehren.

Leider habe der Antragsgegner erkennen müssen, dass die Antragstellerin nicht wirklich in der Lage gewesen sei, die ihr aufgetragenen Arbeiten sorgfältig zu erledigen und sei ihre Arbeit durchwegs fehlerhaft gewesen.

Es habe auch immer wieder Schwierigkeiten mit anderen Mitarbeitern und Arbeitskolleginnen gegeben und habe es die Antragstellerin nicht wirklich geschafft, sich in den Dienstbetrieb zu integrieren. Der Antragsgegner habe sogar feststellen müssen, dass die Antragstellerin Lebensmittel aus dem Geschäftsbetrieb des Antragsgegners gestohlen habe und sie von diesem in Anwesenheit von Zeugen sogar auf frischer Tat ertappt worden sei. Obwohl dies an und für sich ein sofortiger Kündigungsgrund gewesen wäre, habe sich der Antragsgegner bereit erklärt, dies vor allem unter dem Gesichtspunkt, dass ihm die Antragstellerin mitgeteilt habe, dass sie auf die Anstellung angewiesen sei und eben ein Einkommen vor allem für ihre Kinder benötige, das Dienstverhältnis weiter aufrecht zu erhalten.

Richtig sei, dass die Antragstellerin am 5. März 2018 den Krankenstand angetreten habe und dieser in weiterer Folge immer wieder verlängert worden sei. Der Grund des Krankenstandes sei dem Antragsgegner bis zuletzt nicht bekannt gewesen und habe sie ihm vorher nie persönlich gesagt, dass sie sich diskriminiert, beleidigt oder als Dienstnehmerin nicht angemessen geachtet fühle.

Da der Antragsgegner in weiterer Folge keinen Bedarf mehr für die Antragstellerin gehabt hätte, sei richtigerweise mit 2. Mai 2018 schriftlich die Kündigung ausgesprochen worden.

Es liege keine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots vor, da die Antragstellerin vom Antragsgegner in keiner Weise diskriminiert worden sei, weder aufgrund des Geschlechts durch die von ihr behauptete, aber nicht stattgefundenene, sexuelle Belästigung, noch durch sonstige Handlungen des Antragsgegners.

Bestritten werden aus all den obgenannten Gründen auch die Behauptungen, dass die Kündigung ausschließlich infolge einer diskriminierenden Beendigung des Dienstverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG erfolgt sei. Auch sei eine Verletzung des Benachteiligungsgebots nicht erfolgt.

Die Kündigung sei lediglich deshalb erfolgt, da es für den Antragsgegner keinen weiteren Bedarf für die Antragstellerin im Geschäftsbetrieb gegeben habe und das Vertrauensverhältnis

durch das Fehlverhalten der Antragstellerin massiv zerstört gewesen sei. Letztendlich sei ihre dienstliche Tätigkeit nicht ausreichend gewesen, die von ihr vorgenommen Tätigkeiten nicht sorgfältig und fehlerhaft, und sei daher die Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses für den Antragsgegner nicht mehr zumutbar gewesen und habe die Antragstellerin die Treuepflicht zu ihrem Dienstgeber mehrfach nicht eingehalten.

## PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin sowie die mündliche Befragung der Antragstellerin vom 15. Dezember 2020 und von X (informierter Vertreter der Antragsgegnerin) vom 26. Jänner 2021. Als weitere Auskunftspersonen wurden B und C am 15. Dezember 2020 befragt.

## BEGRÜNDUNG<sup>2</sup>

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*

*1. vom/von der Arbeitgeber/in selbst sexuell belästigt wird [...]*

*(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 [...]“*

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 §§ 3 und 6 GIBG beruft, diesen glaubhaft zu machen hat. Insoweit genügt daher nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (OGH) eine „Bescheinigung“ der be-

---

<sup>2</sup> Im weiteren Verlauf werden (akademische) Titel nicht weiter angeführt.



haupteten 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/der Antragstellers/Antragstellerin sprechen als dagegen.<sup>3</sup> Dem/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/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 vom Geschäftsführer der Antragsgegnerin verbal und körperlich sexuell belästigt worden und sei aufgrund der Zurückweisung seiner Annährungsversuche ihr Arbeitsverhältnis beendet worden, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem Sachverhalt aus:

Die Antragstellerin war von 2. November 2017 bis 12. Mai 2018 im Ausmaß von 15 Wochenstunden als Regalbetreuerin bei der Antragsgegnerin beschäftigt. Ihre Aufgaben umfassten das Auslegen von Ware, die Mitarbeit an der Theke und Kassa.

Bei der Antragsgegnerin waren mehrere Mitarbeiterinnen beschäftigt, die untereinander ... sprachen. Mit dem Vorgesetzten wurde hauptsächlich in Englisch, teilweise in gebrochenem Deutsch oder ... kommuniziert.

Ansprechperson für die Mitarbeiterinnen im Geschäft war C, die seit 2016 bei der Antragsgegnerin beschäftigt ist. X war jeden Tag im Geschäft anwesend.

Abgelaufene Ware (Lebensmittel) durfte von den Mitarbeiterinnen mit nach Hause genommen werden.

In einem persönlichen Gespräch hat die Antragstellerin C von den unerwünschten Komplimenten, SMS und Berührungen durch den Antragsgegner erzählt. Am 3. März 2018 rief die Antragstellerin bei C an und berichtete, dass es der Chef mit seiner „Anmache“ übertrieben hat. Die Antragstellerin war ab 5. März 2018 aufgrund der psychischen Belastung im Krankenstand.

Am 4. Mai 2018 erhielt die Antragstellerin die Kündigung durch den Arbeitgeber per Post und zugleich per Facebook-Nachricht.

---

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

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

1. Es liegt **eine Diskriminierung** aufgrund **des Geschlechtes durch eine sexuelle Belästigung durch den/die ArbeitgeberIn** gemäß **§ 6 Abs. 1 Z 1 GIBG** vor.

Der Begriff „ArbeitgeberIn“ ist im Arbeitsrecht kaum determiniert, auch nicht im GIBG. Nach dem hier durch die Bezugnahme auf das Arbeitsverhältnis zu Grunde zu legenden arbeitsvertraglichen ArbeitgeberInnen-Begriff ist als ArbeitgeberIn jede Person anzusehen, die im Rahmen des Arbeitsvertrags über die Arbeitskraft einer anderen Person verfügt. Ist der/die ArbeitgeberIn eine juristische Person, ist dieser das Verhalten ihrer vertretungsbefugten Organe (Vorstandsmitglieder, GeschäftsführerIn, etc.) unmittelbar zuzurechnen.<sup>4</sup>

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 unsittliche Redensarten<sup>5</sup>, anzügliche – sei es auch in „Komplimente“ verpackte – Bemerkungen über Figur und sexuelles Verhalten im Privatleben, „zufällige“ Körperberührungen und erzwungene Umarmungen<sup>6</sup>.

Um von einer sexuellen Belästigung iSd § 6 Abs. 2 sprechen zu können, muss durch ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten des Weiteren die Würde einer Person beeinträchtigt oder deren Beeinträchtigung zumindest bezweckt werden.<sup>7</sup> Ein die Würde verletzendes Verhalten liegt erst ab einem gewissen Mindestmaß an Intensität vor. Nach den Gesetzesmaterialien zum ArbBG sollen Beispiele wie das Nachpfeifen oder die unerwünschte Einladung zum Kaffee oder zum Essen „grundsätzlich“ nicht genügen, um bereits die Voraussetzung der Verletzung der Würde und damit den Tatbestand der sexuellen Belästigung zu erfüllen. Anders zu sehen ist dies aber uU dann, wenn zwar die einzelnen Belästigungshandlungen nicht das gebotene Mindestmaß an Intensität erreichen, dafür aber immer wieder erfolgen.<sup>8</sup>

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

Hinzu kommt das subjektive Kriterium, dass das belästigende Verhalten für die betroffene Person unerwünscht, unangebracht oder anstößig sein muss (§ 6 Abs. 2). Ein Verhalten ist dann unerwünscht, wenn es gegen den Willen oder ohne Einverständnis der betroffenen Person erfolgt. Einzelne Menschen sollen selbst bestimmen, welches Verhalten für sie noch ak-

---

<sup>4</sup> Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG<sup>2</sup> (2021) § 6 Rz 7.

<sup>5</sup> Vgl. *Posch* in *Rebhahn/GIBG*, §§ 6-7 Rz 76f.

<sup>6</sup> Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG<sup>2</sup> (2021) § 6 Rz 20.

<sup>7</sup> Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG<sup>2</sup> (2021) § 6 Rz 21.

<sup>8</sup> Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG<sup>2</sup> (2021) § 6 Rz 24.

zeptabel 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.<sup>9</sup>

Schon die Gesetzesmaterialien zum ArbBG betonen, dass für den/die BelästigerIn erkennbar sein muss, dass das Verhalten für die betroffene Person unerwünscht ist. An das ablehnende Verhalten der betroffenen Person dürfen jedoch keine allzu hohen Ansprüche gestellt werden. Dabei geht es keinesfalls um eine Ablehnungspflicht, sondern äußerstenfalls – beschränkt auf Grenzfälle, missverständliche Situationen etc. – um eine Ablehnungsobliegenheit. Abgelehnt und damit unerwünscht ist ein Verhalten keineswegs erst dann, wenn sich die betroffene Person lautstark zur Wehr setzt; die Ablehnung eines bestimmten Verhaltens kann auch schlüssig erfolgen.<sup>10</sup>

Weitere Tatbestandsvoraussetzung des § 6 Abs. 2 Z 1 ist, dass ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten gesetzt wird, das eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betroffene Person schafft oder dies bezweckt. Meistens wird die „Arbeitsumwelt“ erst durch mehrere Belästigungshandlungen im beschriebenen Sinn beeinflusst und verändert. Doch wie schon oben erwähnt, kann bereits eine einzelne Belästigungshandlung derartig schwerwiegend und in ihren Auswirkungen nachhaltig sein, dass damit für die betroffene Person ein einschüchterndes, feindseliges oder demütigendes Umfeld geschaffen wird.<sup>11</sup> Durch körperliche Kontakte gegen den Willen der betroffenen Person (sog. „Begrapschen“) wird im Allgemeinen die Toleranzgrenze überschritten.<sup>12</sup>

Sexuelle Belästigung liegt somit vor, wenn ein objektiv der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten gesetzt wird, das die Würde einer Person beeinträchtigt oder dies bezweckt, und dieses Verhalten objektiv eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betroffene Person schafft oder dies bezweckt. Hinzu kommt das subjektive Kriterium, dass für die betroffene Person dieses Verhalten ein unerwünschtes, unangebrachtes oder anstößiges darstellt.

Das Verhalten von X ist der Antragsgegnerin als Arbeitgeberin iSd § 6 Abs. 1 Z 1 GIBG zuzurechnen, da er deren Geschäftsführer ist.

Der Geschäftsführer der Antragsgegnerin hat ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten gesetzt, das die Würde der Antragstellerin beeinträchtigte, indem er insbesondere unerwünscht Komplimente und Annäherungen gegenüber der Antragstellerin gemacht hat. Die geforderte Intensität ist hier jedenfalls gegeben, da selbst, wenn bestimmte der vorgebrachten Belästigungshandlungen für sich gesehen nicht das gebotene Mindestmaß an Intensität

---

<sup>9</sup> Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG<sup>2</sup> (2021) § 6 Rz 25.

<sup>10</sup> Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG<sup>2</sup> (2021) § 6 Rz 26.

<sup>11</sup> Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG<sup>2</sup> (2021) § 6 Rz 28.

<sup>12</sup> Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG<sup>2</sup> (2021) § 6 Rz 29.

erreichen würden, wiederkehrend ein belästigendes Verhalten seitens des Geschäftsführers gesetzt wurde.

Das Verhalten des Geschäftsführers der Antragsgegnerin war auch unerwünscht für die Antragstellerin, was sich darin zeigte, dass sich die Antragstellerin einer Kollegin anvertraute und die Handlungen des Geschäftsführers jedenfalls zum Teil abwehrte.

Weiters ist die Voraussetzung, dass eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitswelt für die betroffene Person geschaffen werden muss/bezweckt wird, erfüllt.

Die Antragstellerin fühlte sich, wie festgestellt, aufgrund des wiederholten belästigenden Verhaltens des Geschäftsführers der Antragsgegnerin nicht mehr wohl in der Arbeit und ging ab 5. März 2018, dem auf die letzte Belästigung folgenden Montag, in Krankenstand.

Der Antragstellerin gelang es, im vorliegenden Fall den glaubhaften Anschein einer sexuellen Belästigung darzulegen. Denn ihre Schilderung – der Geschäftsführer der Antragsgegnerin habe insbesondere anzügliche Bemerkungen gemacht, Nachrichten geschickt, unerwünschte Komplimente gemacht und sie berührt bzw. umarmt – ließ darauf schließen, dass sie vom Geschäftsführer der Antragsgegnerin im Zusammenhang mit ihrem Arbeitsverhältnis sexuell belästigt wurde. Dass das Verhalten des Geschäftsführers der Antragsgegnerin für die Antragstellerin unerwünscht war und sie sich aufgrund des Umstandes, dass der Geschäftsführer immer wieder Verhaltensweisen setzte, die sie als unangebracht empfand, nicht mehr wohl in der Arbeit fühlte, konnte diese bei ihrer mündlichen Befragung durch den Senat glaubwürdig und nachvollziehbar darlegen. Bei dieser Befragung kam auch die persönliche Betroffenheit der Antragstellerin zum Ausdruck.

Die Auskunftsperson C bestätigte das Vorbringen der Antragstellerin darüber hinaus insofern, als sie aussagte, dass die Antragstellerin ihr von unerwünschten SMS und verbalen Belästigungen durch den Geschäftsführer erzählt habe. Die Auskunftsperson erschien dem Senat als besonders glaubwürdig, da sie bereits seit mehreren Jahren für die Antragsgegnerin arbeitet und sich ihre Aussagen auf das Fehlverhalten ihres Vorgesetzten bezogen.

Daher verlagerte sich die Beweislast auf die Antragsgegnerin.

Der Geschäftsführer der Antragsgegnerin bestritt die Vorwürfe pauschal und konnte die glaubwürdigen Aussagen der Antragstellerin nicht entkräften. Seine Aussagen waren weder glaubwürdig noch plausibel. Zusammengefasst geht der Senat somit davon aus, dass der Geschäftsführer der Antragsgegnerin durch die von ihm getätigten Äußerungen und Handlungen, objektiv ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten gesetzt hat, das aufgrund der Intensität geeignet war, die Würde der Antragstellerin zu beeinträchtigen, für die Antragstellerin persönlich unerwünscht war und zudem objektiv geeignet war, eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt zu schaffen.

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

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

Nachdem die Antragstellerin die sexuelle Belästigung durch ihren Vorgesetzten gemeldet hatte, war sie ab dem darauffolgenden Montag (5. März) aufgrund der starken psychischen Belastung im Krankenstand. Die Antragstellerin konnte in ihrer glaubwürdigen Aussage auch durch den zeitlichen Ablauf einen klaren Zusammenhang zwischen der Ablehnung der sexuellen Belästigung und der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses herstellen.

Die Argumente des Geschäftsführers der Antragsgegnerin, dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der mangelnden Leistung der Antragstellerin bzw. dem Verdacht eines Ladendiebstahls in Zusammenhang stehen würde, konnten den Senat I der GBK nicht überzeugen. Laut Aussage der Auskunftsperson C war die Arbeitsleistung der Antragstellerin gut und wurde während des Arbeitsverhältnisses zu keinem Zeitpunkt beanstandet. Laut übereinstimmender Aussage der Antragstellerin und der Auskunftspersonen C war es bei der Antragsgegnerin üblich und gestattet, dass Mitarbeiterinnen abgelaufene Lebensmittel nach Hause nehmen durften. Eine Anzeige wegen Ladendiebstahls war keiner der befragten Personen bekannt.

Die diesbezüglichen Aussagen des Geschäftsführers der Antragsgegnerin hingegen waren widersprüchlich und konfus. Er sprach davon, dass er mehrere Personen beim Ladendiebstahl erwischt habe, auch die Antragstellerin, und die Sache für ihn, nachdem sich diese bei ihm entschuldigt hatten, erledigt gewesen sei. Eine Anzeige wurde nicht erstattet, einen Grund, warum der Geschäftsführer der Antragsgegnerin dies unterließ, blieb er in seiner Befragung schuldig.

Auch was die Form der Beendigung des Arbeitsverhältnisses betraf, waren die Aussagen des Geschäftsführers der Antragsgegnerin nicht schlüssig. In seiner Befragung hat er von einer Kündigung durch die Antragstellerin gesprochen, aktenkundig ist hier jedoch die Kündigung durch die Arbeitgeberin.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs. 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es der Antragsgegnerin nicht gelungen ist zu beweisen, dass ausschließlich sachliche Motive für die Kündigung 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/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, wird die **Antragsgegnerin, Z GmbH**, 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, 26. Jänner 2021

Dr.<sup>in</sup> Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK