

**Senat I der Gleichbehandlungskommission**  
**Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz**  
(BGBl. Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 107/2013)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 10. Dezember 2019 über den am 26. Jänner 2018 eingelangten Antrag von **A (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes durch eine sexuelle Belästigung durch den/die ArbeitgeberIn** gemäß **§ 6 Abs. 1 Z 1 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idgF; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) durch **B (Antragsgegner)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idgF), zu GZ GBK I/806/18, zu folgendem

Prüfungsergebnis

**Der Senat I der GBK kommt zur Auffassung, dass A aufgrund des Geschlechtes durch eine sexuelle Belästigung gemäß § 6 Abs. 1 Z 1 GIBG durch B diskriminiert worden ist.**

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 der Antragstellerin wurde im Wesentlichen Folgendes vorgebracht:

Die Antragstellerin sei von 15. Dezember bis 22. Dezember 2017 bei der Firma des B (Inhaber des Eissalons XY, ...) als Servicekraft beschäftigt gewesen. Das Arbeitsverhältnis sei vom Arbeitgeber in der Probezeit gelöst worden. Sie habe auf Aufforderung des Antragsgegners während des Arbeitsverhältnisses eine Tafel ständig neu beschreiben müssen. Dies habe sie alle 1,5 Stunden tun müssen und habe dabei auf einem Regal knien bzw. stehen müssen. Der Antragsgegner und ein zweiter Mann seien dabei ständig hinter ihr gestanden und hätten laufend sexuelle Äußerungen über ihr Hinterteil getätigt, wie zum Beispiel, dass dies ein geiler Arsch sei und dieser gut zum Nageln wäre. Weiters habe der Antragsgegner mit seiner Hand

---

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

immer so eine Bewegung gemacht, wie wenn er ihr auf das Hinterteil hauen würde. Diese Äußerungen und Handlungen seien direkt von ihrem Chef bzw. ihrem Arbeitgeber, d.h. dem Antragsgegner, getätigt worden.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK vom Antragsgegner übermittelten Stellungnahme vom 5. März 2018 bestritt dieser die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Der Antragsgegner möchte sich kurzhalten und antworte daher sehr direkt: Es handle sich bei der Antragstellerin um eine notorische Lügnerin, die nun noch versuche, Geld rauszuschlagen. Der Mitarbeiter C sei anwesend gewesen und könne zur beschriebenen Situation Stellung nehmen. Die Antragstellerin habe die Probeweche für den Job bei ihm nicht überlebt. Ihr Mann sei die Arbeitszeit über immer vor dem Geschäft gesessen oder sei im Store gestanden, daher, und aufgrund von dubiosen Geschichten mit Kind verloren, Waffe am Kopf, Probleme, Drohungen und dem Hauptgrund: Er habe sich vor ihr geграust — wie auch seine Mitarbeiter — sie sei fett, unhygienisch und einfach furchtbar grauslich, deswegen sei das Dienstverhältnis nicht verlängert worden. Die Antragstellerin sei von seiner Lebenspartnerin, seinem Idealbild einer Frau, weit entfernt. Er denke, das schildere die Situation zu 100%. Alles dem Antrag entsprechend sei erfunden und erlogen.

### Prüfungsgrundlagen

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen der Antragstellerin und des Antragsgegners sowie die mündliche Befragung der Antragstellerin vom 10. Dezember 2019 und den vorgelegten Dienstzettel der Antragstellerin. Des Weiteren wurde D am 10. Dezember 2019 durch den Senat I der GBK als Auskunftsperson befragt. Der Antragsgegner ist trotz zweimaliger Ladung nicht zu einer Befragung erschienen, auf seine neuerliche Ladung wurde gem. § 12. Abs. 2 GBK-GO verzichtet. Mangels zu ermittelnder Kontaktdaten zwecks Ladung wurde auf die vom Beweisbeschluss umfasste Auskunftsperson, C, verzichtet.

### Begründung

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

*„§ 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. *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*
4. *durch Dritte außerhalb eines Arbeitsverhältnisses (§ 4) 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 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 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 § 6 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/der Antragstellers/Antragstellerin sprechen als dagegen.<sup>2</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.

---

<sup>2</sup> Vgl. OGH 9 ObA 144/14p, Arb 13.203 mit weiteren Nachweisen.

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung der Vorwürfe der Antragstellerin, ihr Vorgesetzter habe die Grenzen einer professionellen Arbeitsbeziehung überschritten, u.a. permanente „zufällige“ bzw. „unvermeidliche“ Berührungen am Gesäß bzw. an der Hüfte, die aufgezwungenen Küsse, das Zu-Nahe-Kommen, das Versenden von aufdringlichen Nachrichten und pornografischen Videos, die anzüglichen und abwertenden Bemerkungen bzw. vermeintlichen Komplimente über Figur und Äußeres und andere Machtdemonstrationen, etwa in Form des „Anbietens“ der Antragstellerin an Kunden, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem Sachverhalt aus:

Die Antragstellerin war vom 15. Dezember bis 22. Dezember 2017 beim Antragsgegner, der einen Eissalon betreibt, beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis wurde im Probemonat durch den Antragsgegner beendet. Im Zuge ihres Arbeitsverhältnisses bei der Antragsgegnerin kam es wiederholt zu fragwürdigen „Komplimenten“ (wie „geiler Arsch“) und fragwürdigen sexuellen Bemerkungen, dass die Antragstellerin gut zum „Nageln“ ist.

Die Auskunftsperson bestätigte die verbalen sexuellen Belästigungen. Berührungen und dergleichen hat es nicht gegeben. Dies hat sowohl die Antragstellerin als auch die befragte Auskunftsperson, D, bestätigt.

Im vorliegenden Fall gab es neben der Antragstellerin auch eine Person, die die Vorfälle unmittelbar wahrgenommen hat. D berichtete, dass er selbst die sexuell konnotierten Kommentare des Antragsgegners gehört hat, da er vor Ort war. Der Antragsgegner bestätigte, dass D den ganzen Tag vor Ort war.

In rechtlicher Hinsicht ist der Sachverhalt wie folgt zu beurteilen:

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>3</sup>

Aufgrund dieser Ausführungen ist der Antragsgegner auf jeden Fall vom Arbeitgeber-Begriff umfasst, da er als Inhaber des Eissalons über die Arbeitskraft der Antragstellerin verfügte.

---

<sup>3</sup> Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 6 Rz 7.

Unter einem der sexuellen Sphäre zugehörigen Verhalten sind nach den Erläuterungen zum GIBG „körperliche, verbale und nicht verbale Verhaltensweisen“ zu verstehen, so beispielsweise unsittliche Redensarten<sup>4</sup>, anzügliche – sei es auch in „Komplimente“ verpackte – Bemerkungen über die Figur oder „Begrapschen“ bzw. Po-Kneifen<sup>5</sup>.

Ob die Würde einer Person beeinträchtigt wird, ist nach einem objektiven Maßstab zu beurteilen. Hinzu kommt das subjektive Kriterium, dass für die betroffene Person dieses Verhalten ein unerwünschtes, unangebrachtes oder anstößiges darstellt. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die Haftung des/der unmittelbaren Belästigers/Belästigerin grundsätzlich verschuldensunabhängig ist. Subjektive Elemente auf Seite des Belästigers/der Belästigerin bleiben daher außer Betracht. Es ist demnach unerheblich, ob er/sie die Absicht hatte, zu belästigen.<sup>6</sup>

Je nach Massivität des Verhaltens können wiederholte Verhaltensweisen oder auch ein einmaliger Zwischenfall den Tatbestand der sexuellen Belästigung erfüllen, wenn er entsprechend schwerwiegend ist.

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.<sup>7</sup>

Insoweit sich die betroffene Person auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne des §§ 3, 4, 6 oder 7 GIBG beruft, hat er/sie diesen gemäß § 12 Abs. 12 GIBG glaubhaft zu machen. Bei Berufung auf §§ 6 oder 7 obliegt es dem/der Beklagten zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die vom/von der Beklagten glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

Dem Senat kam die Aufgabe zu, die Glaubwürdigkeit der beteiligten Personen zu beurteilen. Der mündlichen Befragung der Beteiligten und dem Eindruck, den der erkennende Senat von ihnen gewinnt, kommt eine Schlüsselrolle bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Vorbringens zu.

Die Antragstellerin wiederholte im mündlichen Vorbringen die erhobenen Vorwürfe gegen den Antragsgegner ohne Widerspruch zu den Angaben im Antrag und konnte somit die Vorwürfe der sexuellen Belästigung glaubhaft machen. Zudem erschien die Antragstellerin dem Senat in der Befragung als sehr authentisch und auch persönlich betroffen, insbesondere

---

<sup>4</sup> Vgl. *Posch* in *Rebhahn/GIBG*, §§ 6-7 Rz 76f.

<sup>5</sup> Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger*, *GIBG* (2009) § 6 Rz 7.

<sup>6</sup> Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger*, *GIBG* (2009) § 6 Rz 12.

<sup>7</sup> Vgl. *ebd.* § 6 Rz 28.

die Tatsache, dass der Antragsgegner als Rechtfertigung für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses vorgebracht hat, sie sei „unhygienisch“. Die subjektive Betroffenheit der Antragstellerin war auch nach der langen Zeit, die seit dem Einbringen des Antrages verstrichen ist, für den Senat deutlich wahrnehmbar.

Da der Antragsgegner trotz zweimaliger, nachweislich zugestellter, Ladung nicht zur Befragung erschienen ist, wurde gem. § 12 Abs. 2 GBK-GO auf eine weitere Ladung verzichtet. Sein Nicht-Erscheinen vor dem Senat wurde in die Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Antragsgegners einbezogen. Seine schriftliche Stellungnahme an den Senat wurde den von der Antragstellerin im Antrag erhobenen Vorwürfen gegenübergestellt. Die dort verwendeten Argumente wurden vom Senat I der GBK der zur Befragung erschienenen Auskunftsperson vorgehalten und konnten im Ergebnis durch dessen glaubwürdige Aussage entkräftet werden.

Eine Bestätigung der Vorwürfe der Antragstellerin sieht der Senat in der Aussage der Auskunftsperson zur Frage, was an Belästigungen vorgefallen ist, als gegeben an. Weder die Auskunftsperson noch die Antragstellerin haben in ihren Angaben übertrieben oder etwas ausgeschmückt. Beide bestätigten, dass es zu keinen körperlichen Übergriffen gekommen ist. Nach Auffassung des Senates zeichnet das schriftliche Vorbringen des Antragsgegners ein klares Bild seines Verhaltens als Vorgesetzter und der fehlenden Distanz seiner Arbeitnehmerin gegenüber. Die vom Antragsgegner getätigten, im Verfahren durch die Aussagen der Antragstellerin und der Auskunftsperson bestätigten, Bemerkungen stellen eine der sexuellen Sphäre zugehörige Verhaltensweise dar. Diese Verhaltensweisen haben die subjektive Grenze der Antragstellerin überschritten und waren für sie unerwünscht. Dies hat auch die Auskunftsperson dadurch untermauert, dass diese den Antragsgegner darauf hingewiesen hat, derartige Bemerkungen in Zukunft zu unterlassen.

Hierzu hält der Senat fest, dass die Zurückweisung oder Ablehnung eines sexuell belästigenden Verhaltens durch die Antragstellerin keine Tatbestandsvoraussetzung der sexuellen Belästigung darstellt. Die Reaktion der Antragstellerin: das Zurückweisen von Bemerkungen, das Ersuchen, sich doch professionell zu verhalten, zeigt eindeutig, dass das vom Antragsgegner gesetzte Verhalten von ihr nicht erwünscht war. Dass die Antragstellerin nicht sofort das Arbeitsverhältnis von sich aus im Probemonat beendet hat, begründete diese damit, dass sie auf das Gehalt angewiesen war. Auch dieser Umstand spricht für die Glaubwürdigkeit der Antragstellerin, die diesen Arbeitsplatz aus finanziellen Gründen unbedingt benötigt hat. Auch der Vorwurf des Antragsgegners, die Antragstellerin sei nur auf Geld aus, konnte nicht bestätigt werden. Im Verfahren vor der GBK wird kein Schadenersatz zugesprochen. Der Senat kann, wenn er zur Feststellung einer Diskriminierung gelangt, einen rechtsunverbindlichen Vorschlag auf Leistung eines angemessenen Schadenersatzes erstellen.

Die Vorfälle waren zudem dazu geeignet, die Würde der Antragstellerin zu verletzen und für die Antragstellerin eine einschüchternde, feindselige bzw. demütigende Arbeitsumwelt zu schaffen.

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

### 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 der **Antragsgegner, B**, 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, 10. Dezember 2019

Mag.<sup>a</sup> Stefanie Mandl

Stv. Vorsitzende des Senates I der GBK