

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 28. Februar 2023 über den am 26. November 2021 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), **durch eine sexuelle Belästigung durch den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin gemäß § 6 Abs 1 Z 1 GIBG**, **durch schuldhaftes Unterlassen des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin im Falle einer Belästigung durch Dritte eine nach den gesetzlichen Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages angemessene Abhilfe zu schaffen gemäß § 6 Abs 1 Z 2 GIBG** und **durch eine Verletzung des Benachteiligungsverbotes gemäß § 13 GIBG** durch die **Z GmbH (Antragsgegnerin)** sowie **durch eine sexuelle Belästigung durch den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin gemäß § 6 Abs 1 Z 1 GIBG** durch **Geschäftsführer Y** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl II Nr 396/2004 idgF), zu GZ GBK I/1049/21, zu folgendem

PRÜFUNGSERGEBNIS:

1. **A ist aufgrund des Geschlechtes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG durch Z GmbH diskriminiert worden.**
2. **A ist aufgrund des Geschlechtes durch eine sexuelle Belästigung durch den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin gemäß § 6 Abs 1 Z 1 GIBG durch Z GmbH diskriminiert worden.**
3. **A ist nicht aufgrund des Geschlechtes durch eine Verletzung des Benachteiligungsverbotes gemäß § 13 GIBG durch Z GmbH diskriminiert worden.**
4. **Der Antrag, ob A aufgrund des Geschlechtes durch eine sexuelle Belästigung durch den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin gemäß § 6 Abs 1 Z 1 GIBG durch Y diskriminiert wurde, wurde von Senat I der GBK nicht behandelt, da sich die Überprüfung einer Diskriminierung gemäß § 6 Abs 1 Z 1 GIBG gegen den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin richtet. Y ist Geschäftsführer der Z GmbH. Sein Verhalten ist der Arbeitgeberin, Z GmbH, unmittelbar zuzurechnen.**
5. **Der Antrag auf Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund 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 wurde nicht behandelt, da die mangelnde Abhilfe nur dann überprüft werden kann, wenn eine Person durch eine Dritte/einen Dritten sexuell belästigt wurde (Z 3) und der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin nicht ausreichend Abhilfe geleistet hat, um sie vor dieser sexuellen Belästigung zu schützen.

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 sei 23 Jahre alt und Anfang 2021 nach Stadt 1 gezogen. Sie studiere Eventmanagement. Sie sei am 3. September 2021 ihre Beschäftigung als Projektmanagerin im Bereich Eventmanagement bei der Antragsgegnerin angetreten. Der Dienstvertrag unterliege laut der Antragsgegnerin keinem Kollektivvertrag. Die Antragstellerin sei von ihrer neuen Tätigkeit begeistert gewesen, da sie schnell damit betraut worden sei, eigenständig Projekte zu konzipieren. Y sei Geschäftsführer und ihr unmittelbarer Vorgesetzter gewesen, mit dem sie viel zusammengearbeitet habe.

Den jovialen Umgang im Unternehmen habe sie zunächst als angenehm empfunden, weil sie den Umgang zunächst als freundlich und herzlich empfunden habe. So sei es etwa üblich gewesen, dass sich Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen aller Hierarchiestufen zur Begrüßung umarmen. Dazu sei zu sagen, dass im Unternehmen mehrere junge Frauen arbeiten. Neben der Antragstellerin jeweils eine junge Frau in den Bereichen Marketing (B), Personalvermittlung (C), und Assistenz von Y (D). Das Leitungsteam sei hingegen rein männlich.

Gleich zu Beginn ihrer Beschäftigung habe die Antragstellerin ein Konzept für ... erstellt und Y habe gewollt, dass sie es ihm im Meetingraum vorstelle, um die anderen Kollegen und Kolleginnen nicht bei ihrer Arbeit zu stören. Die Antragstellerin habe sich dort auf die Couch gesetzt. Y habe sich so dicht daneben gesetzt, dass sie sich berührt haben. Darauf habe die Antragstellerin erzählt, dass sie wegen ihrem Verlobten nach Stadt 1 gekommen sei, und hier keine Familie habe. Dass sie sehr verliebt sei und mit ihrem Verlobten eine Familie gründen wolle. Y habe nur „Aha, ok.“ geantwortet und weggeschaut. Die Antragstellerin sei dann mit dem Gesäß weggerutscht, habe sich mit dem Oberkörper zu ihm gedreht und ihre Präsentation gemacht.

¹ Vgl. zB VfSlg. 19.321.

Sie habe am selben Tag mit ihrem Verlobten, E, vereinbart, dass er sie abholen solle. Gegen 17 Uhr habe sie zu Y gesagt, dass sie jetzt gehen werde und ihr Verlobter sie abhole. Y habe gesagt, er würde auch gleich gehen und käme mit runter. Bei der Verabschiedung habe er die Antragstellerin vor E auf die Wangen geküsst, was sie als unpassend und provokant empfunden habe. Sie habe es danach mit E besprochen. Dieser habe es auch komisch gefunden.

Zu einem der ersten gemeinsamen Termine seien Y und die Antragstellerin mit dem Auto gefahren. Wahrscheinlich sei es der Termin in ... gewesen, etwa in der zweiten Woche ihrer Beschäftigung. Auf dem Weg zum Auto habe er ihr die Eingangstür des Büros aufgehalten. Als sie durchgegangen sei, habe er ihr ans Gesäß gefasst. Bei der Autofahrt habe er ihr die Hand auf den Oberschenkel gelegt, sowohl bei der Hin- als auch bei der Rückfahrt.

Diese Situation habe sich bei späteren Autofahrten wiederholt, wenn sie dabei alleine gewesen seien. Mal habe er seine Hand auf ihren Oberschenkel gelegt, mal habe er ihn gestreichelt, mal habe er ihn gedrückt.

Das sei der Antragstellerin sehr unangenehm gewesen. Aber sie habe sich nicht getraut, etwas zu sagen. Außerdem habe sie aus dem fahrenden Auto nicht weggekonnt. Nach einiger Zeit habe er die Hand wieder weggenommen.

Etwa Mitte September habe die Antragstellerin ein Konzept für eine ...-Veranstaltung erstellt. Sie seien wieder alleine im Meetingraum gewesen. Die Antragstellerin sei auf dem Sofa gesessen und Y habe sich wieder dicht neben sie gesetzt. Sie habe den Laptop auf den Knien gehabt und die Präsentation geöffnet. Da habe er ihren Oberschenkel gestreichelt. Die Antragstellerin habe sich weggedreht. Da habe er die Hand weggenommen.

Er habe die Antragstellerin auch mindestens zwei Mal „Süße“ genannt, einmal als eine Art Lob, nachdem sie über ihren Austausch mit einem Kunden gesprochen gehabt habe.

Y sei morgens meist der erste im Büro gewesen. Als die Antragstellerin einmal etwa Ende September als zweite hereingekommen sei, habe sie seitlich an seinem Tisch vorbeimüssen. Da habe sie gespürt, dass er sie flüchtig am Gesäß berührt habe. Er habe so getan, als wäre nichts gewesen.

Ein paar Tage später, Ende September/Anfang Oktober, sei sie wieder als zweite ins Büro gekommen. Er sei auf seinem Platz gesessen, die Antragstellerin habe guten Morgen gesagt, da habe er sie an der Hüfte gefasst und sie an sich gedrückt. Dabei habe er seinen Kopf zwischen ihre Brüste gedrückt. Er habe den Kopf rechts links bewegt und dabei ein Geräusch mit dem Mund gemacht. Die Antragstellerin sei ausgewichen und habe sich an ihren Platz gesetzt. Es sei ihr extrem unangenehm gewesen, sie habe ihr Gesicht rot werden gefühlt. Sie habe nichts gesagt, sondern losgearbeitet. Sie habe sehnlich darauf gewartet, dass die anderen Kollegen und Kolleginnen kämen.

Etwa zu derselben Zeit habe Y der Antragstellerin vorgeschlagen, gemeinsam auf eine Dienstreise nach Portugal zu fliegen, um Hotels für mögliche ...-Veranstaltungen zu besichtigen. Die Antragstellerin habe abgesagt, da sie nicht so lange mit ihm alleine sein habe wollen.

Am Donnerstag, den 7. Oktober 2021, seien Y und die Antragstellerin auf dem Weg zu einem Meeting im ..., gewesen. Im Auto habe er wieder auf ihren Oberschenkel gefasst und ihr ein Kommentar in die Richtung: „Du musst nicht heiraten.“ gemacht. Dabei habe er sie vielsagend angeblickt. Sie haben auch über das künftige Stundenmaß der Antragstellerin gesprochen. Da sie vor Beginn des Uni-Semesters vorübergehend im Ausmaß von 40 Stunden gearbeitet gehabt habe, und der Semesterbeginn bevorstanden sei, habe die Antragstellerin um eine Reduktion auf die laut Dienstvertrag vereinbarten 20 Stunden ersucht. Y habe jedoch darum gebeten, dass die Antragstellerin 32 Stunden arbeiten solle. Sie habe eingewilligt, aber unter der Bedingung eines höheren Gehaltes. Er habe das Thema vertagt.

Am selben Tag nach Dienstschluss habe die Antragstellerin ihren Regenschirm im Büro vergessen und sei zurückgegangen, um ihn zu holen. Als sie im engen Flur auf Y getroffen sei, habe er sie an sich gedrückt und zu küssen versucht. Sie habe ihn gerade noch wegdrücken können, wodurch es nicht zum Kuss gekommen sei. Nach dem Vorfall habe sie sich mit E getroffen und ihm weinend und aufgelöst davon berichtet.

Gleich danach habe sie Y eine WhatsApp-Nachricht mit folgendem Inhalt geschrieben: *„Hey! Ich liebe diesen Job und arbeite gerne für dich, aber wenn du mich noch einmal versuchst zu küssen oder mich anzufassen dann kündige ich!! Den Budgetplan werde ich heute wegen meiner mentalen Verfassung nicht mehr machen können!“* Y habe geantwortet: *„Okay sorry wollte dir nicht zu nahe treten / Okay“*, kurz darauf: *„Wollte dich nie Küssen“* und kurz danach: *„Hab mit X geredet und sollten uns sofort zusammensetzen um Missverständnisse aus der Welt zu schaffen / Und auch uns heutiges Gespräch um Auto abzuschließen“*. Die Antragstellerin habe nur „Okay“ geantwortet.

Das Gespräch mit dem Personalleiter, X, habe am nächsten Tag, den 8. Oktober 2021, im Meetingraum stattgefunden. Nach einer kurzen Begrüßung habe X damit eingeleitet, zu sagen, dass er Y schon lange kenne und dass er ein guter Freund von ihm sei. Er hätte „so etwas“ nie mit böser Absicht getan. Er habe auch gesagt, er habe „sowas“ in der Musikbranche schon mehrmals erlebt. Er würde sowas hier nicht dulden. Herr Y sagte, es tue ihm leid, wenn er ihr falsche Signale gesendet habe. Der Griff auf den Oberschenkel sei freundschaftlich gemeint gewesen. Das seien alles Missverständnisse. Die Antragstellerin habe erwidert: *„Für mich ist das kein Missverständnis, wenn man jemanden versucht zu küssen.“* X habe gesagt, die Antragstellerin habe ja so eine offene und nette Art, da müsse sie auch selbst in Zukunft aufpassen damit. Y habe erzählt, dass er es in seiner Kindheit schwer gehabt habe. Seine Mutter sei früh gestorben. Es könne sein, dass er deshalb unbewusst Nähe suche. Er habe keine einfache Kindheit gehabt, da es Vorfälle zwischen seinen Eltern gegeben habe. Genau deshalb würde

er sowas niemals selber tun. Die Antragstellerin habe ihr Mitgefühl ausgedrückt. X habe gesagt: *„Wir sollten uns übers Wochenende Gedanken machen, ob wir so weiter zusammenarbeiten können.“* Er habe gemeint, man dürfe sich jetzt im Office künftig nicht mehr umarmen oder sonst anfassen. Die Antragstellerin habe für eine sehr unangenehme und kühle Situation gesorgt. Da habe die Antragstellerin begonnen, zu weinen. Y habe gesagt, *„Ich umarme dich jetzt lieber nicht.“* und gelacht. X habe gesagt, das sei kein Kündigungsgrund, aber die Antragstellerin solle sich Gedanken machen, ob sie so weiterarbeiten wolle. Zwischen Y und ihr werde es ja jetzt sehr unangenehm werden. Sie solle sich überlegen, ob sie so weiterarbeiten wolle. Sie würden sich auch überlegen, ob sie weiter mit ihr zusammenarbeiten könnten. Y habe noch das Gespräch aus dem Auto über ihr Gehalt aufgreifen wollen. X habe ihn aufgehalten mit den Worten: *„Nein, das machen wir jetzt nicht.“* Sie haben der Antragstellerin keine Fragen zum Sachverhalt gestellt. Sie haben weder nach ihrem Befinden, noch nach ihren Bedürfnissen nach dem Vorfall gefragt.

Y habe ihr den Rest des Tages freigegeben. Damit sei der Termin beendet gewesen. Für die folgende Woche sei vereinbart gewesen, dass die Antragstellerin Zeitausgleich nehmen würde.

Am nächsten Tag, Samstag, den 9. Oktober, habe die Antragstellerin den Personalleiter per WhatsApp ersucht, ein schriftliches Protokoll der Vorfälle aufzusetzen. Dabei habe sie explizit angeführt, welche Übergriffe sie dokumentieren habe wollen: *„streicheln am Oberschenkel, anfassen am Po und Hüfte, Knuddeln, Gesicht an meine Brust drücken als ich gestanden habe und er gesessen hat und der Versuch mir auf den Mund zu küssen“*. Sie habe auch eine Bestätigung darüber erbeten, dass die Vorfälle keine Auswirkungen auf ihre berufliche Laufbahn haben und kein Kündigungsgrund sein würden. Der Personalleiter habe zunächst eine mündliche Besprechung erbeten, da er das so *„blanko ohne Absprache“* nicht zusagen könne. Da die Antragstellerin auf ihren geplanten Zeitausgleich verwiesen habe, habe er dann geantwortet, dass er einen Vermerk mit dem Inhalt machen könne, dass der Vorfall keine Auswirkungen auf Anstellung, Dienstzeugnis o.ä. haben werde. Der Vermerk könne aber *„keine genaue Darstellung der Umstände“* beinhalten, da diese *„bis zu einem gewissen Grad streitbar“* seien. Y sähe das *„nicht direkt so“*, und hätte sich erklärt und entschuldigt. Zudem sei ihm selbst das Umarmen im Büro ein Dorn im Auge und er wisse, dass es nicht allein von Y ausgegangen, sondern beidseitig gewesen sei. Das müsste er dann genauso vermerken und das *„entwick[le] sich dann in die falsche Richtung“*. Er habe eine weitere Besprechung gemeinsam mit der Assistentin von Y vorgeschlagen. Die Antragstellerin habe diese Darstellung ausdrücklich zurückgewiesen. Sie habe der Gleichsetzung der im Büro üblichen Umarmungen mit den sexuellen Belästigungen widersprochen, sowie dem Versuch, sie dadurch als Mitverursacherin darzustellen. Sie habe den Unterschied zwischen Umarmungen und Streicheln, Anfassen und Küssen noch einmal ausdrücklich festgestellt. Sie habe festgehalten, dass die Behauptung einer *„Beidseitigkeit“* keine Bereitschaft zur Lösung des Konfliktes erkennen lasse.

Ab dem 18. Oktober 2021 habe sich die Antragstellerin im Krankenstand befunden. Sie sei in Folge der Vorfälle und der Reaktion auf die Meldung gesundheitlich nicht dazu in der Lage gewesen, ihrer Dienstpflicht nachzukommen.

Sie habe sich zur Beratung an die GAW gewandt, welche ein Schreiben an Y und die Antragsgegnerin aufgesetzt habe. Dieses sei am 18. Oktober 2021 versandt worden. Es habe eine Darstellung des von der Antragstellerin geschilderten Sachverhalts samt der Einschätzung enthalten, dass vermutlich eine sexuelle Belästigung sowie mangelnde Abhilfe und Benachteiligung vorliege. Die GAW habe eine vergleichsweise Bereinigung des Falles vorgeschlagen. Aufgrund der Tatsache, dass Y Geschäftsführer und unmittelbarer Vorgesetzter der Antragstellerin sei, und aufgrund der Schwere der Vorfälle, sei es der Antragstellerin nicht zuzumuten, weiterhin mit ihm zusammenzuarbeiten. Ihr vorrangiges Ziel sei es, weitere Berufserfahrung zu sammeln, und sich durch die Belästigungen nicht am Aufbau einer Karriere behindern zu lassen. Die GAW habe daher vorgeschlagen, die Antragstellerin unter Fortzahlung ihrer vollen Bezüge dienstfreizustellen, ihr eine vorzügliches Dienstzeugnis auszustellen und ihr Vorschläge zu unterbreiten, bei welchen Unternehmen sie sich für eine künftige Beschäftigung bewerben könne. Dabei seien insbesondere Unternehmen zu berücksichtigen, die in der Branche einen besonders guten Ruf hätten, die als gute Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen bekannt seien und/oder in denen Frauen Führungsrollen bekleiden. Zudem habe die GAW empfohlen, bei der Antragsgegnerin eine Schulung zum Thema Diskriminierung, Belästigung und Abhilfe für das gesamte Team durchzuführen.

Am 5. November 2021 habe die GAW ein Schreiben des Rechtsvertreters der Antragsgegnerin und Y erhalten. Darin seien sämtliche Belästigungshandlungen durch Y bestritten worden. Stattdessen sei vorgebracht worden, dass die Antragstellerin die Vorfälle erfunden habe, nachdem sie für ihre Arbeitsweise kritisiert worden sei.

Der GAW sei zudem unterstellt worden, sie habe ausgeführt, dass körperliche Berührungen wie Umarmungen von Anfang an von der Antragstellerin ausgegangen seien. Dies sei unrichtig. Im Interventionsschreiben sei wie in diesem Antrag ausgeführt worden, dass der Antragstellerin der joviale Umgang bei der Antragsgegnerin zunächst angenehm gewesen sei. In der Stellungnahme sei weiters der Antragstellerin unterstellt worden, dass sie *„diese im Betrieb üblichen Umgangsformen noch zu intensivieren trachtete und besonders betonte“*.

Zu dem versuchten Kuss am 7. Oktober sei in der Stellungnahme nur angeführt worden, dass es sich um eine unrichtige Behauptung der Antragstellerin handle. Dennoch werde angeführt, dass die Antragsgegnerin sofort angeboten hätte, die Angelegenheit zu klären. Aufgrund der unrichtigen Vorwürfe der Antragstellerin stünden Y und der Antragsgegnerin Ansprüche auf Unterlassung, Widerruf und Schadenersatz zu. Des Weiteren könne dargelegt werde, welche Bedeutung Themen wie Diskriminierung und Prävention bei der Antragsgegnerin hätten. Dennoch werde bis 12. November 2021 ein Vorschlag zur außergerichtlichen Lösung übermittelt.

Am 12. November 2021 sei die Übermittlung des Angebots aufgrund urlaubsbedingter Abwesenheit um eine Woche verschoben worden.

Am 15. November 2021 habe die Antragstellerin von der Antragsgegnerin per E-Mail ein Kündigungsschreiben erhalten. Zunächst sei der Antragstellerin darin „*aufgrund der Vorkommnisse*“ die fristlose Entlassung ausgesprochen worden. Sie habe gegenüber der Geschäftsführung „*strafrechtlich relevante Anschuldigungen*“ getätigt. Man behalte sich rechtliche Schritte gegen sie vor. Urlaub und Überstunden seien abgebaut, zudem bestehe ein nicht weiter definiertes Konkurrenzverbot.

Im nächsten Absatz sei die fristlose Entlassung für ungültig und unbeabsichtigt erklärt und die soeben ausgesprochene Entlassung zurückgenommen und eine Kündigung zum 31. Dezember 2021 ausgesprochen worden.

Auf Nachfrage der GAW und nach Rücksprache mit seinem Mandanten habe der Rechtsanwalt von Y telefonisch angegeben, dass die ursprünglich ausgesprochene Entlassung ein Fehler seines Mitarbeiters gewesen sei. Die GAW habe argumentiert, dass es sich jedenfalls in beiden Fällen um eine Benachteiligung im Sinne des GIBG handle.

Trotz der Unterbreitung mehrerer Vergleichsanbote sei es der GAW nicht gelungen, eine Lösung zu erreichen. Zuletzt habe Y durch seinen Anwalt eine einvernehmliche Beendigung mit Ende November angeboten. Dies habe die Antragstellerin nicht angenommen, da es keine adäquate Entschädigung oder sonstige Verantwortungsübernahme dargestellt habe.

Mit Schreiben vom 11. Jänner 2022 **ergänzte** die GAW den **Sachverhalt** wie folgt:

Der Antragstellerin sei von der Antragsgegnerin im Dezember 2021 kein Entgelt ausbezahlt worden. Nachträglich seien ihr Anfang Jänner zwei Lohn-/Gehaltsabrechnungen per E-Mail gesandt worden. Diese weisen für Dezember 2021 und den 13. Monatsbezug 2021 jeweils negative Summen aus.

Dies sei als weiteres Element der Benachteiligung iSd § 13 GIBG durch die Antragsgegnerin zu werten, wohl als Reaktion auf die Einbringung des Prüfungsantrages an die GBK.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerin übermittelten **Stellungnahme** vom 22. Februar 2022 bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Auslösendes Ereignis für die gegenständliche Anzeige sei eine berechtigte Kritik des Geschäftsführers an der Arbeitsweise und an der Arbeitserledigung der Antragstellerin gewesen. Nachdem die Antragstellerin zum wiederholten Male Vorgaben bei den ihr übertragenen Arbeiten

nicht eingehalten habe, habe der Geschäftsführer Y berechtigte Kritik geübt. Die Antragstellerin sei daraufhin in den Krankenstand gegangen und in der Folge habe die Antragsgegnerin ein Beschwerdeschreiben der GAW vom 18. Oktober 2021 erhalten.

Die Antragsgegnerin lege besonderen Wert auf den Umstand, dass in ihrem modernen Unternehmen Themen wie Diskriminierung und Prävention sowie Etablierung einer Unternehmenskultur des Respekts und der Gleichbehandlung von größter Bedeutung seien. Diese Grundsätze seien von der Geschäftsleitung, aber auch von den anderen Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen immer besonders hochgehalten und gelebt.

Durch die unrichtigen und durchsichtigen Äußerungen der Antragstellerin entstehe ein völlig falscher Eindruck.

Tatsächlich werde durch die unglaubwürdigen, unberechtigten Vorwürfe der Antragstellerin massiv in die Rechtssphäre der Antragsgegnerin eingegriffen.

Zu den Behauptungen im Einzelnen:

Im Team der Antragsgegnerin sei es zu üblichen körperlichen Berührungen gekommen, wie Umarmungen, die keine wie immer geartete sexuelle Komponente haben bzw. die von der Antragstellerin nunmehr behauptete Dimension. Diese körperlichen Berührungen seien im Gegenteil sogar von der Antragstellerin im Team besonders betont worden.

Im Unternehmen arbeiten, abgesehen von der Antragstellerin, noch weitere zwei Mitarbeiterinnen, die etwa im gleichen Alter seien wie die Antragstellerin. Die Behauptung, dass im Unternehmen viele junge Frauen arbeiten, sei so nicht richtig. Zudem sei zu erwähnen, dass eine der beiden Mitarbeiterinnen die Assistentin des Geschäftsführers sei und diesen schon seit der Gründung des Unternehmens begleite. Die zweite junge Mitarbeiterin sei Abteilungsleiterin.

Die Behauptungen der Antragstellerin betreffend sexuell diskriminierender Verhaltensweisen seien falsch.

Die Behauptungen betreffend eines Kusses auf die Wange oder Streicheln des Oberschenkels entsprechen nicht den tatsächlichen Umständen. Tatsächlich habe die Antragstellerin die „Bussi-Bussi-Begrüßungen oder Verabschiedungen“ bzw. diese kurzen platonischen und üblichen Körperkontakte im Team gesucht und werden diese nunmehr in einer Art und Weise dargestellt, wie sie niemals stattgefunden haben. Dies gelte auch für die behaupteten Autofahrten, die völlig problemlos entgegen der Darstellung der Antragstellerin verlaufen seien.

Y habe sich auch niemals neben die Antragstellerin gesetzt und sie am Oberschenkel angefasst. Auch diese Behauptung entspreche nicht der Wahrheit.

In den Meetingräumlichkeiten seien immer andere Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen anwe-

send und in den Büroräumlichkeiten habe die Antragstellerin ihren eigenen Arbeitsplatz (Einzelplatz). Ein Anfassen am Gesäß habe es niemals gegeben und sei dies von der Antragstellerin nicht einmal im Schlichtungsgespräch behauptet worden.

Auch die weitere Behauptung bei der Begrüßung entspreche nicht der Wahrheit und habe nie stattgefunden.

A habe stets darauf gedrängt, viel über ihr privates Leben zu erzählen und auch Rat des Geschäftsführers Y gesucht. Sie habe ihm auch erzählt, dass sie sich nach einem Monat Kennenlernen bereits verlobt hätte und habe immer wieder das Thema gezielt auf private Angelegenheiten gerichtet. Dieses Verhalten habe die Antragstellerin auch gegenüber anderen Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen (zB B) gezeigt.

Es könne keine Rede davon sein, dass Y „gefliirtet“ hätte. Die unrichtige Aussage der Antragstellerin und das stets korrekte Verhalten des Geschäftsführers Y könne durch Zeugen und Zeuginnen jederzeit bestätigt werden.

Im Übrigen sei vorweg vereinbart gewesen, dass die Antragstellerin im ersten Monat 40 Wochenstunden arbeite und ab Oktober die Stunden auf 20 reduziert werden, da die Universität ab Oktober starte. Die Ummeldung von 40 auf 20 Stunden sei bei der Assistentin der Antragsgegnerin, D, auch hinterlegt gewesen und erfolgt. Der Dienstvertrag sei von der Antragstellerin ausdrücklich so gewünscht und auch unterschrieben worden. Danach sei von der Antragstellerin der Vorschlag bzw. die Anfrage gekommen, ob sie nicht doch 30 oder 32 Stunden arbeiten könne, da ihre Aufgabe mehr Zeit in Anspruch nehmen würde als 20 Stunden pro Woche. Y habe die Antragstellerin darauf hingewiesen, dass die Belastung von 30 Stunden nicht zu unterschätzen sei, da sie daneben studiere und es zu keiner Vernachlässigung des Studiums kommen sollte. Auch D habe der Antragstellerin den Vorschlag gemacht, 25 Stunden zu arbeiten, da sich das mit ihrem Studium besser ausgehen würde. Eine entsprechende Anpassung des Gehaltes sei besprochen worden. Daraufhin habe Y D den Vorschlag gemacht, dass sich X die Gehälter für die verschiedenen Wochenstunden ausrechnen werde und sich die Antragstellerin noch Zeit nehme, um sich über das Ausmaß der genauen Stunden Gedanken zu machen.

Nachdem die Antragstellerin ihre unrichtigen Vorwürfe aufgestellt habe, habe die Antragsgegnerin sofort angeboten, die Angelegenheit vollständig zu klären und auch aufzuarbeiten, insbesondere auch zu klären, warum sich die Antragstellerin zu derartig unrichtigen Anschuldigungen veranlasst sehe (diesen Umstand könne auch der Personalleiter X bestätigen).

Zusammengefasst sei es daher die Antragstellerin, die nach fachlicher Kritik an ihrer Arbeit plötzlich die Behauptungen aufgestellt habe, sie sei sexuell belästigt worden. Zuvor habe sie die im Büro üblichen Begrüßungs- und Verabschiedungsrituale gelobt und gesucht. Von sexuellen Belästigungen oder gar von Streicheln, Anfassen und Küssen, so wie die Antragstellerin dies versuche nunmehr im Nachhinein darzustellen, könne keine Rede sein und haben diese

Vorfälle nicht stattgefunden. Die Antragstellerin transportiere mit diesen unrichtigen Behauptungen auch von Anfang an Geldforderungen.

PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin sowie die mündliche Befragung der Antragstellerin und von Geschäftsführer Y (informierter Vertreter der Antragsgegnerin) vom 17. Jänner 2023. Als weitere Auskunftspersonen wurden X und E am 28. Februar 2023 befragt. Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf den Dienstvertrag der Antragstellerin vom 6. September 2021, die WhatsApp-Kommunikation zwischen der Antragstellerin und Y (undatiert), die WhatsApp-Kommunikation zwischen der Antragstellerin und X (undatiert), das Interventionsschreiben der GAW vom 18. Oktober 2021, die Stellungnahme der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerin an die GAW vom 5. November 2021, die Arbeitsunfähigkeitsmeldung vom 18. Oktober 2021, die Überweisung der Antragstellerin zu einem Facharzt/einer Fachärztin für Psychiatrie vom 8. November 2021, das Kündigungsschreiben vom 15. November 2021, die Stellungnahme von B vom 22. November 2021, die Stellungnahme von C (undatiert), die Stellungnahme von D (undatiert), die Stellungnahme von X (undatiert), die Stellungnahme von F (undatiert), die Lohn-/Gehaltsabrechnung Dezember 2021, die Lohn-/Gehaltsabrechnung Monat 13 2021 sowie den Code of Conduct der Antragsgegnerin.

BEGRÜNDUNG²

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

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

[...]

7. bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses“

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

1. vom/von der Arbeitgeber/in selbst sexuell belästigt wird,

[...]“

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

(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.*

[...]“

„§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.

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

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

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung des Vorwurfes, die Antragstellerin habe durch den Geschäftsführer der Antragsgegnerin wiederholt körperliche sexuelle Belästigungen im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses erfahren, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem **Sachverhalt** aus:

Die Antragstellerin war ab 6. September 2021 bei der Antragsgegnerin. Laut Dienstvertrag war die Antragstellerin für 20 Wochenstunden beschäftigt. Vor Beginn des Wintersemesters im Oktober war sie jedoch in einem Ausmaß von 40 Wochenstunden tätig.

Am 7. Oktober 2021 kam es während einer Autofahrt zu einem Geschäftstermin zu einem Gespräch zwischen der Antragstellerin und dem Geschäftsführer der Antragsgegnerin über das zukünftige Stundenausmaß der Antragstellerin. Das Gespräch wurde vertagt.

Nicht festgestellt werden konnte, ob es in weiterer Folge nochmals zu einem Gespräch kam und ein vom Dienstvertrag abweichende Stundenausmaß vereinbart wurde.

Y ist Inhaber der Antragsgegnerin und als deren Geschäftsführer tätig.

Im Unternehmen herrschte ein familiäres, freundschaftliches Klima. So war es üblich, dass sich Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen aller Hierarchiestufen zur Begrüßung und Verabschiedung umarmten.

Neben der Antragstellerin waren drei weitere Frauen, D, C und B, im Unternehmen beschäftigt.

Im Laufe des Arbeitsverhältnisses ereigneten sich mehrere für die Antragstellerin belastende Vorfälle. Bei diesen Situationen waren keine Kollegen und Kolleginnen anwesend.

Y setzte sich zu Beginn der Tätigkeit der Antragstellerin bei der Besprechung einer Präsentation so nahe zu ihr hin, dass sie sich berührten. Bei einer weiteren Besprechung einer Präsentation streichelte er sie am Oberschenkel. Ebenso berührte er die Antragstellerin im Zuge mehrerer Autofahrten zu Geschäftsterminen am Oberschenkel. Er berührte bei zwei Gelegenheiten – während er ihr die Türe aufhielt und während sie an seinem Arbeitsplatz vorbeiging – das Gesäß der Antragstellerin. Bei einer weiteren Gelegenheit, als die Antragstellerin an seinem Arbeitsplatz vorbeiging, berührte er sie an ihrer Hüfte, zog sie an sich und drückte sein Gesicht an ihre Brust. Zuletzt versuchte er sie am 7. Oktober 2021 bei einer Umarmung auf den Mund zu küssen.

Nach dem Vorfall am 7. Oktober 2021 schrieb die Antragstellerin am selben Abend um 17:42 Uhr per WhatsApp an Y: *„Hey! Ich liebe diesen Job und arbeite gerne für dich, aber wenn du*

mich noch einmal versuchst zu küssen oder mich anzufassen dann kündige ich!! Den Budgetplan werde ich heute wegen meiner mentalen Verfassung nicht mehr machen können!!

Y antwortete:

„Okay sorry wollte dir nicht zu nahe treten“ (17:46 Uhr)

„Okay“ (17:46 Uhr)

„Wollte dich nie Küssen [sic] !!!!“ (17:55 Uhr)

„Hab mit X [sic] geredet und sollten uns sofort zusammensetzen um Missverständnisse aus der Welt zu schaffen“ (18:02 Uhr)

„Und auch uns [sic] heutiges Gespräch um [sic] Auto abzuschließen“ (18:02 Uhr)

Die Antragstellerin antwortete um 18:18 Uhr mit „Okay“.

Am 8. Oktober 2021 fand ein Gespräch zwischen der Antragstellerin, dem Personalleiter X und dem Geschäftsführer Y statt. In diesem Gespräch entschuldigte sich Y für das Zunahekommen und falls die Antragstellerin sein Verhalten in irgendeiner Form falsch wahrgenommen hat.

Am 9. Oktober 2021 schrieb die Antragstellerin um 16:01 Uhr per WhatsApp an X: *„Hey X! Ich bitte euch ein schriftliches Dokument aufzusetzen in dem ihr die Vorfälle (streicheln am Oberschenkel, anfassen am Po und Hüfte, Knuddeln, Gesicht an meine Brust drücken als ich gestanden habe und er gegessen hat und der Versuch mir [sic] auf den Mund zu küssen) mit Datum festhältet. Zudem, dass es keine Auswirkungen haben wird auf meine berufliche Laufbahn und kein Kündigungsgrund ist.“*

X antwortete darauf um 8:32 Uhr (Datum nicht ersichtlich): *„kann da so nicht blanko ohne Absprache zusagen. Bis nachher!“* Die Antragstellerin schrieb um 9:01 Uhr, *„Okay! Ich bin diese Woche auf Zeitausgleich, das haben Y und D mir vor 4 Wochen zugesagt“*. Woraufhin X um 9:43 Uhr antwortete: *„Alles klar!! Grundsätzlich kann ich dir zusagen das wir einen Vermerk machen können das [sic] der Vorfall keine Auswirkung auf deine Anstellung bei uns haben wird oder auf das Dienstzeugnis etc. Der Vermerk kann aber keine genaue Darstellung der Umstände beinhalten da diese bis zu einem gewissen Grad streitbar sind. wie beim vorigen Treffen besprochen, sieht Y dies nicht direkt so und hat sich dir gegenüber erklärt und für das zu nahe kommen entschuldigt, wie ich erwähnt habe war mir dieses umarmen im Büro von Vorhinein ein Dorn im Auge und ich weiss das es nicht allein von ihm in erster Linie ausgegangen ist sondern beidseitig war. Das müssten wir dann genau so vermerken und das entwickelt sich dann in die falsche Richtung. Wir können uns gerne nochmal nächste Woche zusammensetzen, D würde dem auch beiwohnen und das in aller Ruhe besprechen, Per Text etc macht das wenig Sinn. LG, X“* Daraufhin entgegnete die Antragstellerin: *„Ich bin nicht mit dem Inhalt des Vermerks einverstanden. Denn es steht überhaupt in keinem Verhältnis eine Umarmung im Büro, die auch üblich ist, mit einer sexuellen Handlung ins Verhältnis zu setzen und am Ende mich als*

die Mitverursacherin darzustellen. Vor allem bei dem küssen hat es nicht an der Handlung gefehlt sondern an dem Erfolg, da ich ihn weggedrückt habe. Die Grenze vom umarmen zum streicheln, anfassen und küssen ist eine ganz gewaltige, die ich nie überschritten habe. (...)“

Ab dem 18. Oktober 2021 befand sich die Antragstellerin im Krankenstand und wurde am 8. November 2021 von der behandelnden Ärztin für Allgemeinmedizin an einen Facharzt/eine Fachärztin für Psychiatrie überwiesen.

Am 18. Oktober 2021 richtete die GAW ein Schreiben mit dem von der Antragstellerin geschilderten Sachverhalt, einer rechtlichen Einschätzung und dem Vorschlag einer vergleichweisen Bereinigung der Angelegenheit an die Antragsgegnerin.

Am 5. November 2021 übermittelte die rechtsfreundliche Vertretung der Antragsgegnerin eine Stellungnahme an die GAW. Darin wurden sämtliche Belästigungshandlungen durch Y bestritten. Dennoch wurde angekündigt, einen Vorschlag zu einer außergerichtlichen Lösung bis 12. November 2021 zu übermitteln.

Mit Schreiben vom 15. November 2021 wurde der Antragstellerin die fristlose Entlassung mit der Begründung, sie habe strafrechtlich relevante Anschuldigungen gegenüber der Geschäftsführung getätigt, die nicht der Wahrheit und den gegebenen Umständen entsprechen, ausgesprochen. Die Entlassung wurde im selben Schreiben für ungültig und unbeabsichtigt erklärt und in eine arbeitgeberseitige Kündigung zum 31. Dezember 2021 umgewandelt.

Anfang Jänner 2022 erhielt die Antragstellerin die Lohn-/Gehaltsabrechnungen für Dezember 2021 und den 13. Monatsbezug 2021, welche jeweils negative Summen auswiesen.

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

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

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

Unter dem Begriff des der sexuellen Sphäre zugehörigen Verhaltens sind nach den Erläuterungen zum GIBG „körperliche, verbale und nicht verbale Verhaltensweisen“ zu verstehen, so beispielsweise körperliche Kontakte gegen den Willen der Betroffenen⁴ – etwa „zufällige“ Körperberührungen, „Begrapschen“, Po-Kneifen⁵, erzwungene Umarmungen und Küsse⁶ sowie das Streicheln von Brust und Gesäß⁷.

Letztlich ist einzelfallabhängig, ob ein bestimmtes Verhalten bereits der sexuellen Sphäre zugehörig ist, wobei auf eine Betrachtung des Gesamtgeschehens abzustellen ist.⁸

Der Geschäftsführer der Antragsgegnerin hat ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten gesetzt, indem er sich bei der Besprechung einer Präsentation so nahe zu der Antragstellerin hinsetzte, sodass sie sich berührten, die Antragstellerin bei einer weiteren Besprechung und im Zuge mehrerer Autofahrten zu Geschäftsterminen am Oberschenkel berührte, die Antragstellerin, während er ihr die Türe aufhielt und während sie an seinem Arbeitsplatz vorbeiging, jeweils am Gesäß berührte, die Antragstellerin, als sie an seinem Arbeitsplatz vorbeiging, an ihrer Hüfte berührte, an sich zog und sein Gesicht an ihre Brust drückte sowie im Zuge einer Umarmung versuchte, die Antragstellerin auf den Mund zu küssen. Dabei handelt es sich um eine körperliche Verhaltensweise, welche der sexuellen Sphäre zugehörig ist.

Um von einer sexuellen Belästigung iSd § 6 Abs 2 GIBG sprechen zu können, muss durch ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten des Weiteren die Würde einer Person beeinträchtigt oder deren Beeinträchtigung zumindest bezweckt werden.⁹ Ein die Würde verletzendes Verhalten liegt erst ab einem gewissen Mindestmaß an Intensität vor. Ob die Würde einer Person beeinträchtigt wird, ist nach einem objektiven Maßstab zu beurteilen.¹⁰

Objektiv betrachtet eignete sich das Verhalten des Geschäftsführers der Antragsgegnerin, die Würde der Antragstellerin zu beeinträchtigen, da er nicht davon ausgehen konnte, dass es angemessen und in Ordnung ist, ungefragt den Oberschenkel, das Gesäß und die Hüfte seiner Mitarbeiterin zu berühren, das Gesicht auf die Brust zu drücken sowie zu versuchen, ihr einen Kuss zu geben. Ein Griff auf den Oberschenkel, das Gesäß und die Hüfte, eine Berührung der Brust mit dem Gesicht und ein Kussversuch sind dazu geeignet, die Würde einer Person im Allgemeinen zu verletzen. Die Mindestintensität ist durch die körperliche Berührung erfüllt, insbesondere da diese durch den Geschäftsführer und unmittelbaren Vorgesetzten der Antragstellerin erfolgten.

⁴ Vgl. *Mazal* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), Gleichbehandlungsgesetz § 7 Rz 37.

⁵ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 20.

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

⁷ Vgl. *Posch* in *Rebhahn/GIBG*, §§ 6-7 Rz 76.

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

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

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

Hinzu kommt das subjektive Kriterium, dass nach § 6 Abs 2 GIBG das belästigende Verhalten für die betroffene Person unerwünscht, unangebracht oder anstößig sein muss. Ein Verhalten ist dann unerwünscht, wenn es gegen den Willen oder ohne Einverständnis der betroffenen Person erfolgt. Einzelne Menschen sollen selbst bestimmen, welches Verhalten für sie noch akzeptabel ist und welches Verhalten sie bereits als beleidigend empfinden. Durch die Unerwünschtheit wird eine sexuelle Belästigung von freundschaftlichem Verhalten, das willkommen und gegenseitig ist, unterschieden.¹¹ Bei Überprüfung der Unerwünschtheit ist daher zunächst die innere Einstellung der von der Handlung betroffenen Person zu erforschen. 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.¹²

Die ausdrückliche oder stillschweigende Zurückweisung oder Ablehnung eines sexuell belästigenden Verhaltens durch die betroffene Person ist hingegen 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. Demnach ist ein Verhalten nicht erst dann abgelehnt und somit unerwünscht, wenn sich die betroffene Person lautstark zur Wehr setzt.¹³ Viele Belästigte antizipieren, dass sie bei offensiver Gegenwehr mit zusätzlichen negativen Konsequenzen rechnen müssen und wählen oft defensive Formen der Gegenwehr, die das Problem nicht benennen.¹⁴

Das Verhalten des Geschäftsführers der Antragsgegnerin war für die Antragstellerin klar unerwünscht und unangebracht. Die Antragstellerin äußerte ihre Ablehnung der Berührungen vorerst nonverbal, in dem sie während der Besprechungen vom Geschäftsführer wegrückte oder sich wegdrehte, und in späterer Folge ausdrücklich, indem sie dem Geschäftsführer über WhatsApp mitteilte, dass sie kündige, wenn er noch einmal versuche, sie zu küssen oder anzufassen. Die Unerwünschtheit solcher Berührungen durch einen Vorgesetzten sind objektiv erkennbar. Es lagen keine Anhaltspunkte für eine Erwünschtheit der Berührungen vor.

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.¹⁵

Das Verhalten muss weiters eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betroffene Person schaffen oder dies bezwecken. Die „Arbeitsumwelt“ wird häufig

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

¹² Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 6 Rz 26; 114 ErläutRV 735 BlgNR 18. GP 33.

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

¹⁴ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 6 Rz 15.

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

erst durch mehrere Belästigungshandlungen im beschriebenen Sinn beeinflusst und verändert. Allerdings kann auch schon eine einzelne Belästigungshandlung derart schwerwiegend und in ihren Auswirkungen nachhaltig sein, dass damit für die betroffene Person ein einschüchterndes, feindseliges oder demütigendes Umfeld geschaffen wird.¹⁶ Die betroffene Person wird dazu gebracht etwas zu tun, was sie aus sich heraus nicht wollte, beispielsweise indem sie ihr Kommunikationsverhalten ändert und sich aus geselligen Gesprächsrunden zurückzieht¹⁷. Sie fühlt sich in ihrer Bewegungsfreiheit am Arbeitsplatz eingeschränkt und steht unter permanenter Anspannung. Belästigungen können eine erhebliche Beeinträchtigung der Rechte der Betroffenen im beruflichen, wirtschaftlichen und sozialen Leben bedeuten.¹⁸ Körperliche Kontakte gegen den Willen der betroffenen Person überschreiten im Allgemeinen die Toleranzgrenze. Zu beachten ist allerdings, dass es nicht nur um den Schutz der körperlichen Integrität vor unerwünschten sexuellen Handlungen geht, sondern auch um die psychische Verletzbarkeit, die Beeinträchtigung der Würde und Persönlichkeitsverletzungen.¹⁹

Die Antragstellerin fühlte sich aufgrund der Vorfälle während ihrer Arbeit unwohl. Nach dem Kussversuch am 7. Oktober 2021 erzählte sie ihrem Verlobten aufgelöst von dem Vorfall und war emotional sehr mitgenommen. Da sie die Situation belastete, suchte sie nach dem Gespräch am 8. Oktober 2021 mit dem Personalleiter und dem Geschäftsführer Rat bei ihrem Bruder, der Jus studiert. In weiterer Folge kontaktierte sie die GAW und nahm psychologische Beratung in Anspruch. Von einem früheren Vorgehen nahm die Antragstellerin aufgrund von zunächst bestehenden Bedenken und Sorgen um ihre Anstellung Abstand. Das Zuwarten ist lebensnah sowie nachvollziehbar und ändert an der Beurteilung der negativen Beeinflussung der Arbeitsumwelt nichts.

Der Begriff „Arbeitgeber/Arbeitgeberin“ ist im Arbeitsrecht kaum determiniert, auch nicht im GIBG. Nach dem hier durch die Bezugnahme auf das Arbeitsverhältnis zu Grunde zu legenden arbeitsvertraglichen Arbeitgeber/Arbeitgeberinnen-Begriff ist als Arbeitgeber/Arbeitgeberin jede Person anzusehen, die im Rahmen des Arbeitsvertrags über die Arbeitskraft einer anderen Person verfügt. Ist der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin eine juristische Person, ist dieser das Verhalten ihrer vertretungsbefugten Organe (Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer/Geschäftsführerin, etc.) unmittelbar zuzurechnen.²⁰

Das Verhalten von Y ist der Antragsgegnerin als Arbeitgeberin iSd § 6 Abs 1 GIBG zuzurechnen, da er deren Geschäftsführer ist. Die von der Antragstellerin vorgebrachten Vorfälle fanden während der Arbeitszeit statt. Der verlangte Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis ist somit gegeben.

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

¹⁷ Vgl. *Mazal in Windisch-Graetz*, Gleichbehandlungsgesetz § 7 Rz 20a, 32a.

¹⁸ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 15, §7 Rz 18.

¹⁹ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 29/1.

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

Der Antragstellerin gelang es nach Ansicht des Senates glaubhaft den Anschein einer Diskriminierung darzulegen. Dabei überzeugte insbesondere, dass kein Motiv für eine falsche Anschuldigung durch die Antragstellerin ersichtlich war. Zugleich fürchtete die Antragstellerin die Konsequenzen für ihre Beschäftigung bei der Antragsgegnerin und entschied sich trotz dieser Gefahr für eine Beschwerde, da sie stark von der Situation belastet war.

Die Beweislast verlagerte sich daher auf die Antragsgegnerin.

Der Geschäftsführer der Antragsgegnerin vermochte den Senat nicht von seiner Glaubwürdigkeit zu überzeugen. In der Stellungnahme wurden die Vorfälle von der Antragsgegnerin pauschal abgestritten. Die Erklärungen von Y zur Umarmung am 7. Oktober 2021 und den nachfolgenden WhatsApp-Nachrichten an die Antragstellerin, wertete der Senat als Schutzbehauptung. Das Argument, wonach er mit den Aussagen „*Okay sorry wollte dir nicht zu nahe treten*“ und „*Wollte dich nie Küssen [sic]*“ ausdrücken wollte, dass er ihr nicht das Gefühl vermitteln wollte, erscheint dem Senat nicht lebensnahe.

Die glaubhafte und nachvollziehbare Aussage von C, insbesondere ihre Schilderung bezüglich des Verhaltens von Y („*Er ist auf einen zugekommen und hat einen umarmt.*“ und er sei „*ein Umarmmer*“), der von der Antragsgegnerin bei den Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen eingeholten Stellungnahmen („*Man weiß, dass es gelesen wird. Es war jetzt nicht 100% frei.*“, „*Ich glaube, ich habe es relativ – möglichst – neutral geschrieben. Ich war eher genervt davon, dass ich das machen muss.*“), als auch ihres persönlichen Eindrucks zum Umgang mit Belästigungsvorwürfen im Unternehmen, bestärkte den Senat in seiner Sichtweise.

Die glaubhaften Ausführungen von E betreffend die Verabschiedung zwischen Y und der Antragstellerin in seiner Anwesenheit, bei der Y der Antragstellerin einen Kuss auf die Wange gab, und seinen Wahrnehmungen zum Verhalten der Antragstellerin nach dem Kussversuch am 7. Oktober standen in Übereinstimmung mit den Darlegungen der Antragstellerin und bestärkten ebenfalls deren Glaubwürdigkeit.

Die schriftlichen und mündlichen Ausführungen von X sowie die schriftlichen Ausführungen von D, B und F vermochten die Glaubwürdigkeit der Antragstellerin nicht zu untergraben. Da sie bei den vorgebrachten Vorfällen nicht anwesend waren, konnten sie keine entscheidenden Wahrnehmungen schildern. Aus ihren Schilderungen konnte weder das Vorliegen noch das Fehlen der Vorfälle geschlossen werden.

B und D betonten in ihren Stellungnahmen, dass die Antragstellerin einen freundschaftlichen Umgang mit Y gepflegt habe und auf ihn zugegangen sei, wie auf andere Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen. Dazu ist aus Sicht des Senates festzuhalten, dass Y der Geschäftsführer des Unternehmens und der direkte Vorgesetzte der Antragstellerin war. Es erscheint naheliegend, wenn eine Mitarbeiterin eine gute Beziehung zu ihrem Vorgesetzten aufbauen möchte, und

schließt nicht aus, dass es von Y zu einem Verhalten gekommen ist, das die Grenze der Antragstellerin überschritten hat. Diesem Umstand wird in § 6 GIBG mit dem subjektiven Kriterium der Unerwünschtheit Rechnung getragen.

Die Ausführungen von F konnten den Senat nicht überzeugen. Die Formulierung „*Etwas eigenartig fand ich dass sie uns von Anfang an mit Umarmungen Begrüßen [sic] wollte dies hat sich mir gegenüber aber nach kurzer zeit [sic] gelegt*“ suggeriert, dass Umarmungen erst mit der Antragstellerin Eingang ins Unternehmen fanden, was in einem Widerspruch zu den Stellungnahmen der Antragsgegnerin an die GAW und den Senat steht, in denen bestätigt wurde, dass es sich bei den Umarmungen um im Betrieb übliche Umgangsformen handelte. Dies wurde auch durch die Aussagen von Y und X bestätigt.

Die schriftlichen und mündlichen Ausführungen der Auskunftsperson X, wonach Umarmungen von der Antragstellerin ausgegangen seien und nicht von Y, sind für den Senat nicht glaubhaft. Sie stehen in einem Widerspruch zu der Aussage des Geschäftsführers „*Bei mir gab es Umarmungen – die waren initiiert auch von A.*“. Somit schloss Y gerade nicht aus, dass es auch von seiner Seite zu Umarmungen gekommen ist. Die Darstellung des Gespräches am 8. Oktober 2021 durch X blieb für den Senat unklar und wenig aussagekräftig in Bezug darauf, was genau besprochen wurde und wofür sich Y entschuldigt hat. So sprach X in der mündlichen Befragung beispielsweise ein bestätigendes Tätscheln des Oberschenkels an, wobei aus seinen weiteren – ausschweifenden – Ausführungen nicht hervorging, ob er damit lediglich den Vorwurf der Antragstellerin wiedergab oder die Berührung am Oberschenkel umdeutete. Bestätigend für das Vorbringen der Antragstellerin waren hingegen seine Ausführungen, in denen er ein Zunahekommen per se nicht ausschloss. Seine Erklärung mit den räumlichen Gegebenheiten wertete der Senat hingegen als Schutzbehauptung, da beispielsweise bei der von der Antragstellerin beschriebenen Situation, bei der Y im Büro an seinem Schreibtisch saß, nicht nachvollziehbar ist, wie es zu einer unbeabsichtigten Berührung am Gesäß der Antragstellerin gekommen sein soll.

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.

Der Begriff der „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ im § 3 Z 7 GIBG ist nicht auf eine bestimmte Art des Arbeitsverhältnisses oder eine bestimmte Art der Beendigung beschränkt und

ist daher weit zu verstehen. Vom Geltungsbereich des GIBG sind somit auch Probearbeitsverhältnisse und befristete Arbeitsverhältnisse erfasst.²¹

Die Antragstellerin konnte den Vorwurf, ihr Arbeitsverhältnis wurde aufgrund ihrer Beschwerde über die sexuelle Belästigung des Geschäftsführers der Antragsgegnerin arbeitgeberseitig beendet, glaubhaft darlegen.

Damit verlagerte sich die Beweislast auf die Antragsgegnerin.

Die Antragsgegnerin konnte keine sachlichen Gründe für die Beendigung vorweisen. Das Argument der mangelnden Arbeitsleistung der Antragstellerin geht insofern ins Leere, als die Aussagen des Geschäftsführers der Antragsgegnerin den Eindruck vermittelten, dass er eine Weiterbeschäftigung der Antragstellerin anstrebte. So sagte er etwa über ein Kritikgespräch mit Antragstellerin, bei dem es um Privatgespräche während der Arbeitszeit gegangen sei, aus: *„Wir werden das schon schaffen. Wir werden schon einen Weg finden, wie wir sie zu Eventmanagerin machen, dass sie auf den Festivals mitwirken kann. Das war auch immer meine Intention und meine Motivation. Weil es bringt mir auch nichts, Mitarbeiter anzustellen und dann zu sagen: Bringt nichts. In der Form hat sie nicht so viel Erfahrung mitgebracht, aber im Endeffekt war es für uns das Ziel, dass wir sie in die Richtung bekommen, dass sie als Eventmanagerin tätig werden kann.“* Darauf weist auch der Umstand, dass die Antragstellerin über die Probezeit hinaus beschäftigt und von der Antragsgegnerin bestätigt wurde, dass es Gespräche über das zukünftige Arbeitsausmaß der Antragstellerin gab. Der Geschäftsführer führte in seiner Befragung dazu aus: *„Mir wäre lieber gewesen, wenn sie mehr gearbeitet hätte, dann hätten wir uns weiter vorbereiten können auf die Festivals und Großveranstaltungen.“*

Der Senat schließt aus der Bezugnahme auf *„gegenüber der Geschäftsführung strafrechtlich relevante Anschuldigungen“* im Kündigungsschreiben, dass sich die ursprüngliche Intention, die Antragstellerin weiter zu beschäftigen, erst zu dem Zeitpunkt änderte, als die Antragstellerin sich über das Verhalten des Geschäftsführers beschwerte und sich in weiterer Folge zur Beratung an die GAW wandte.

Hierzu hält die einschlägige Literatur fest, dass wenn die Zurückweisung eines der sexuellen Sphäre zugehörigen Verhaltens ausdrücklich oder stillschweigend zur Grundlage einer nachteiligen Entscheidung mit Auswirkungen auf den Zugang dieser Person zur Weiterbeschäftigung gemacht wird, neben der sexuellen Belästigung auch eine Diskriminierung nach § 3 vorliegen kann.²²

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 Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausschlaggebend waren.

²¹ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 3 Rz 137.

²² Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 6 Rz 30.

3. Es liegt **keine Diskriminierung** aufgrund **des Geschlechtes durch eine Verletzung des Benachteiligungsverbotes** gemäß **§ 13 GIBG** 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 Benachteiligungsverbotes ist somit eine Verstärkung des Rechtsschutzes für jene Arbeitnehmer/Arbeitnehmerinnen, die sich in eigener Sache oder im Interesse von Arbeitskollegen und Arbeitskolleginnen mit rechtlich anerkannten Mitteln gegen (vermutliche) Diskriminierungen durch ihre Arbeitgeber/Arbeitgeberinnen wenden. 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.²³ Das Benachteiligungsverbot nach § 13 GIBG richtet sich sohin gegen Repressalien des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin gegenüber dem Arbeitnehmer/der Arbeitnehmerin, die sich auf unterschiedliche Art – entweder in eigener Sache oder im Fremdinteresse – gegen vermutliche vorangegangene Diskriminierungen zur Wehr setzen.²⁴

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 dem betroffenen Arbeitnehmer/von der betroffenen Arbeitnehmerin subjektiv als benachteiligend empfunden wird. Denn dem Begriff „Benachteiligung“ ist ein Mindestmaß an negativen Auswirkungen auf die Lebenssituation der betroffenen Personen immanent.

Die Antragstellerin warf der Antragsgegnerin vor, dass ihr als Folge dessen, dass sie gegen die sexuelle Belästigung durch den Geschäftsführer der Antragsgegnerin vorging – insbesondere aufgrund der Einbringung des Antrages an Senat I der GBK – im Dezember 2021 kein Entgelt ausbezahlt wurde, weshalb eine Diskriminierung der Antragstellerin aufgrund des Geschlechtes durch eine Verletzung des Benachteiligungsverbotes grundsätzlich in Frage käme.

Die Antragstellerin hat diesen Vorwurf in der schriftlichen Antragsergänzung auch glaubwürdig dargestellt, allerdings gelang es ihr bei der mündlichen Befragung nicht, den vorgebrachten Vorwurf glaubhaft zu machen.

Der Dienstvertrag der Antragstellerin sieht ein Beschäftigungsausmaß von 20 Wochenstunden vor. Vor Beginn des Wintersemesters war die Antragstellerin für 40 Wochenstunden eingesetzt. Am 7. Oktober 2021 kam es während der Autofahrt zu einem Kundentermin zu einem

²³ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 13 Rz 33.

²⁴ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 13 Rz 1.

Gespräch über das zukünftige Stundenausmaß der Antragstellerin, das jedoch vertagt wurde. Mangels eines Nachweises, dass es im Nachgang zu diesem Gespräch zu einer vom Dienstvertrag abweichenden Vereinbarung gekommen ist, geht der Senat davon aus, dass die auf den Gehaltszetteln ausgewiesenen Negativsummen daraus resultieren, dass das Gehalt rückwirkend für die Monate Oktober bis Dezember an das im Dienstvertrag vereinbarte Stundenanmaß angepasst wurde.

Der Senat kam zu dem Ergebnis, dass es der Antragstellerin nicht gelungen ist glaubhaft zu machen, dass die Rückverrechnung des Gehalts in einem Zusammenhang mit der Beschwerde steht.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs 12 GIBG verlagerte sich die Beweislast daher nicht auf die Antragsgegnerin und das Beweisdefizit geht zu Lasten der Antragstellerin.

VORSCHLAG

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

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

- 1. Leistung eines angemessenen Schadenersatzes,**
- 2. Schulung über das Gleichbehandlungsgesetz und**
- 3. Ergänzung des Code of Conduct um gleichbehandlungsrelevante Punkte.**

Wien, 28. Februar 2023

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK