

Senat I der Gleichbehandlungskommission
Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz
(BGBl. Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 98/2008)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 22. Jänner 2013 über das am 20. September 2010 eingelangte Verlangen der **Gleichbehandlungs-anwaltschaft (GAW)** für **Frau A (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des **Geschlechtes** bei den **sonstigen Arbeitsbedingungen** gemäß **§ 3 Z 6 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 98/2008; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung), bei der **Be- endigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** und durch eine **Verlet- zung des Benachteiligungsverbotes** gemäß **§ 13 GIBG** durch die **X GmbH (1. An- tragsgegnerin)** sowie durch eine **sexuelle Belästigung** gemäß **§§ 6 Abs. 1 Z 1 und Z 3** durch **Herrn B (2. Antragsgegner)**, im Weiteren auf Grund des **Geschlechtes** und des **Alters** im Falle einer **Belästigung durch Dritte**, es die **Arbeitgeberin, X GmbH, unterlassen** hat, eine auf Grund gesetzlicher Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages gemäß **§§ 7 Abs. 1 Z 2 GIBG und 21 Abs. 1 Z 4 GIBG angemessene Abhilfe** zu schaffen, durch die nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleich- behandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004), zu folgendem

Prüfungsergebnis

1. Der Senat I der GBK kommt zur Ansicht, dass Frau A auf Grund ihres Ge- schlechtes durch die X GmbH durch schuldhaftes Unterlassen im Falle einer Belästigung durch Dritte angemessene Abhilfe zu schaffen gemäß § 7 Abs. 1 Z 2 GIBG diskriminiert worden ist.
2. Der Senat I der GBK kommt zur Ansicht, dass Frau A auf Grund ihres Alters durch die X GmbH. durch schuldhaftes Unterlassen im Falle einer Belästi-

gung durch Dritte angemessene Abhilfe zu schaffen gemäß § 21 Abs. 1 Z 2 GIBG diskriminiert worden ist.

3. Der Senat I der GBK kommt weiters zur Ansicht, dass Frau A gemäß §§ 6 Abs. 1 Z 1 und 3 GIBG durch Herrn B sexuell belästigt worden ist.
4. Die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bei den sonstigen Arbeitsbedingungen gemäß § 3 Z 6 GIBG, bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG sowie durch eine Verletzung des Benachteiligungsverbot es gemäß § 13 GIBG durch die X GmbH wurden von der GAW im Laufe des Verfahrens zurückgezogen.

Es handelt sich hierbei im Sinne der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (VfGH)¹ nicht um einen (Feststellungs-)Bescheid, sondern um eine unverbindliche gutachterliche Feststellung.

Prüfungsgrundlagen

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf die Vorbringen der Antragstellerin, der 1. Antragsgegnerin und des 2. Antragsgegners.

Vorbringen

Im Antrag der GAW wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Antragstellerin von 1. Mai 2002 bis 30. März 2010 bei der 1. Antragsgegnerin als Kellnerin beschäftigt gewesen sei. Inhaber und Geschäftsführer der Firma sei der 2. Antragsgegner gewesen. Die Firma sei im März 2010 der Lebensgefährtin des 2. Antragsgegners, Frau C, überschrieben worden.

Die Antragstellerin sei gemeinsam mit Frau D, der ehemaligen Ehefrau des 2. Antragsgegners, tätig gewesen. Frau D habe von Montag bis Freitag von 9:00 bis 16:00 Uhr, die Antragstellerin Dienstag, Donnerstag und Freitag von 16:00 bis ca. 2:00 Uhr früh, sowie Sonntag von 8:30 bis 24:00 Uhr gearbeitet. Der 2. Antragsgegner sei zu Beginn des Dienstverhältnisses immer nur sonntags ins Kaffeehaus gekommen.

Bereits im Jahr 2005, nachdem die Antragstellerin im Jänner ihren Freund durch Tod

¹ vgl. z.B. VfSlg. 19.321

verloren gehabt hatte, sei es zu Vorfällen mit dem 2. Antragsgegner gekommen. Er habe ihr immer wieder zwischen die Beine gefasst, direkt in die Unterhose, und dazu bemerkt „Du brauchst es ja auch“.

An einem Sonntag im Juli 2005 sei es zu folgendem Vorfall gekommen: Die Antragstellerin habe durch Aufforderung des 2. Antragsgegners zwischen 13:00 und 14:00 Uhr eine höhere Menge Alkohol zu sich genommen. Es hätten sich keine Gäste im Lokal befunden. Nachdem sie betrunken gewesen sei, habe er sie aufgefordert, sie solle seinen Penis in den Mund nehmen und ihren Rock heben. Anschließend habe er auch sexuelle Handlungen mit ihr durchgeführt. Die Antragstellerin habe diese Handlungen erduldet und sich auf Grund des Alkoholeinflusses nicht im Stande gesehen, sich dagegen auszusprechen.

Nach diesem Ereignis sei es weiterhin immer wieder zu sexuellen Anspielungen und Übergriffen durch den 2. Antragsgegner gekommen. So habe er ihr immer wieder unter den Rock gegriffen, direkt in die Unterwäsche, und dabei gesagt „ich muss schauen wie es dem Katzi geht, ich muss das riechen.“ Weiters habe er ihr befohlen „die Beine breit zu machen“. Die Antragstellerin habe immer wieder klargestellt, dass sie diese Handlungen nicht möchte, seine Handlungen ignoriert und versucht sich verbal gegen diese Übergriffe zu wehren. Sie fühlte sich außerdem unter Druck gesetzt, weil der 2. Antragsgegner ihr gegenüber immer wieder die Bemerkung fallen gelassen habe, dass sie in ihrem Alter sowieso keine Anstellung mehr finden würde. Dadurch habe sich die Antragstellerin auch existenziell bedroht gefühlt.

Es sei auch immer wieder zu nächtlichen Telefonanrufen gekommen. Der 2. Antragsgegner habe dabei zur Antragstellerin gemeint, dass er mit ihr in ein Hotel gehen möchte und dass er in einer halben Stunde bei ihr wäre, um sie abzuholen. Die Antragstellerin habe regelmäßig vorgetäuscht nicht alleine zu sein, um den Aufforderungen ausweichen zu können.

Im August 2009 habe die Antragstellerin ihrer Kollegin Frau D erzählt, dass sie sexuellen Belästigungen durch den 2. Antragsgegner ausgesetzt wäre. Diese habe dazu gemeint, es hätte sie gewundert, wenn er es nicht auch bei ihr (Anm. der Antragstellerin) probieren würde. Frau D habe dies nicht für sich bewahrt und darüber entgegen dem ausdrücklichen Willen der Antragstellerin mit dem 2. Antragsgegner gesprochen. Die Belästigungen hätten nur für einen kurzen Zeitraum aufgehört.

Am 26. Februar 2010 sei die Antragstellerin, in Anwesenheit des 2. Antragsgegners, massiv von einem Gast namens E beschimpft worden. Er habe sie „alter Trampel“ genannt und gemeinte „Du Alte, Du, wie lange brauchst Du denn, dass Du vier Getränke herstellst“. Weiters habe er gemeint, „er wolle ihr den Schädel abreißen“. Die Antragstellerin habe den 2. Antragsgegner gefragt, ob sie nicht vor diesem Mann geschützt werden sollte, daraufhin habe dieser gesagt, dass dies sein bester Gast wäre und sie sein Verhalten akzeptieren müsste.

Am 26. März 2010 habe sich folgendes ereignet: Die Antragstellerin habe sich um 7:00 Uhr früh immer noch in ihrer Arbeitsstelle befunden um die Abrechnung fertig zu stellen. Der 2. Antragsgegner habe sie daraufhin aufgefordert, in die Küche zu kommen. Dort habe er seine Hose geöffnet, seinen Penis herausgezogen und gemeint sie solle zärtlich zu ihm sein. Dabei habe er ihre Hand genommen und sie zu seinem Penis geführt. Er habe dabei gesagt, dass er nun nicht mehr ihr Chef wäre (Anm. die Firma sei zu diesem Zeitpunkt bereits auf seine Lebensgefährtin überschrieben gewesen) und dass sie nun ein Verhältnis haben könnten. Die Antragstellerin habe versucht sich aus dieser Situation zu befreien und den 2. Antragsgegner darauf hingewiesen, dass er eine Lebensgefährtin hätte.

In der auf Ersuchen von Senat I der GBK übermittelten Stellungnahme der rechtsfreundlichen Vertretung für die 1. Antragsgegnerin, X GmbH, und den 2. Antragsgegner, Herrn B, bestritten diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe.

Der Senat I geht von folgendem Sachverhalt aus:

Eingangs wird darauf hingewiesen, dass auf Grund der Vertraulichkeit des Verfahrens im Weiteren die einzelnen Auskunftspersonen und die vorgelegten Unterlagen nicht näher bezeichnet werden.

Der 2. Antragsgegner hat sowohl sexuelle Handlungen gesetzt als auch sexuell konnotierte Aussagen gegenüber der Antragstellerin getätigt.

Die Antragstellerin brachte ihre Vorwürfe nach Auffassung des Senates I der GBK glaubhaft und in sich schlüssig vor. Hingegen ließen unklare bzw. widersprüchliche Aussagen des 2. Antragsgegners den erkennenden Senat an dessen Glaubwürdigkeit zweifeln.

So gab der 2. Antragsgegners in seiner mündlichen Befragung u.a. auf Frage, ob es zwischen ihm und der Antragstellerin zu sexuellen Handlungen gekommen sei, eingangs an „eigentlich nicht“.

Des Weiteren konnte der 2. Antragsgegner keine klaren Angaben über die Häufigkeit und die Uhrzeit, zu der er im Lokal anwesend gewesen ist, machen.

Vielmehr wurde sowohl im schriftlichen als auch im mündliche Vorbringen der Antragsgegner/innen nach Ansicht des Senates I der GBK hauptsächlich versucht, den Vorwürfen der Antragstellerin dadurch entgegenzutreten, indem von der Antragstellerin das Bild einer auf Grund ihres fragwürdigen Lebenswandels nicht schützenswerten Person gezeichnet wurde.

Der erkennende Senat hält hierzu fest, dass es nicht Gegenstand des Verfahrens ist, die persönlichen Lebensumstände der Antragstellerin zu überprüfen. Diese werden auch nicht als Entscheidungsgrundlage herangezogen, da ein Verhalten wie jenes des 2. Antragsgegners, das die Willensfreiheit und Selbstbestimmung eines Menschen bezüglich der Geschlechtssphäre verletzt, dadurch auch niemals gerechtfertigt werden könnte.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs. 12 GIBG kam der Senat I der GBK daher zu dem Ergebnis, dass den Ausführungen der Antragstellerin zu folgen war, wonach der 2. Antragsgegner im Laufe ihres Arbeitsverhältnisses mehrmals die vorgebrachten sexuell konnotierten Aussagen und Berührungen getätigt und sowohl in seiner Funktion als Geschäftsführer als auch nach Ende seiner Geschäftsführertätigkeit sexuelle Handlungen gegenüber der Antragstellerin gesetzt hat.

Das Verhalten des 2. Antragsgegners störte die Antragstellerin.

Hinsichtlich dieses Umstandes bezieht sich der Senat I der GBK ebenfalls auf die weitaus glaubwürdigeren Ausführungen der Antragstellerin, wonach sie dem 2. Antragsgegner gesagt habe, dass sie sein Verhalten nicht wolle, und zudem Frau D erzählt habe, dass sie sexuellen Belästigungen durch den 2. Antragsgegner ausgesetzt wäre und mit ihm noch einmal reden würde, wenn er nicht damit aufhören würde.

Es ist zu einer geschlechtsbezogenen Belästigung durch einen Gast gekommen, gegen die seitens der 1. Antragsgegnerin trotz Ersuchen der Antragstellerin keine Abhilfe geleistet worden ist.

Es erscheint dem erkennenden Senat glaubwürdig, dass die Antragstellerin von einem Gast namens E als „Trampel“ beschimpft worden ist.

Zwar wurde seitens der 1. Antragsgegnerin bestritten, dass es zu Beschimpfungen durch Gäste gekommen sei, allerdings spricht ein weiterer Vorfall, in dem die Antragstellerin körperlich attackiert worden ist und dies auch zur Anzeige gebracht hat, dafür, dass im Lokal der 1. Antragsgegnerin ein rauer Umgangston seitens der Gäste geherrscht hat.

Hinsichtlich der Frage, ob der 1. Antragsgegnerin bekannt war, dass es zu der Beschimpfung gekommen ist und sie daher Abhilfemaßnahmen hätte setzen müssen, konnte die 1. Antragsgegnerin das Vorbringen der Antragstellerin nicht widerlegen, weshalb der erkennende Senat davon ausgeht, dass der 2. Antragsgegner in seiner damaligen Funktion als Geschäftsführer der 1. Antragsgegnerin bei der Aussage anwesend gewesen und dem Ersuchen der Antragstellerin, er solle mit dem Gast sprechen und sie beschützen, nicht nachgekommen ist.

Es ist zudem zu einer altersbezogenen Belästigung durch einen Gast gekommen, gegen die seitens der 1. Antragsgegnerin trotz Ersuchen der Antragstellerin keine Abhilfe geleistet worden ist.

Ebenso erscheint es dem Senat I der GBK aus den genannten Gründen glaubwürdig, dass der Gast namens E die Antragstellerin in Anwesenheit des damaligen Geschäftsführers der 1. Antragsgegnerin mit den Worten „Du Alte, wie lange brauchst du denn, dass du vier Getränke herstellst“ beschimpft hat und der Geschäftsführer entgegen dem Ersuchen der Antragstellerin nichts dagegen unternommen hat.

Rechtliche Überlegungen

Sexuelle Belästigung liegt vor, wenn ein objektiv in die sexuelle 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.

Der/Die unmittelbare Belästiger/in haftet grundsätzlich verschuldensunabhängig. Subjektive Elemente auf Seite des/der Belästigers/Belästigerin bleiben daher außer Betracht. Es ist demnach unerheblich, ob diese/r die Absicht hatte, zu belästigen.²

Werden gegenüber einer Mitarbeiterin vom Geschäftsführer bzw. von einem Dritten sexuelle Handlungen sowie sexuell konnotierte Berührungen und Aussagen getätigt, stellt dies eine **sexuelle Belästigung** iSd §§ 6 Abs. 1 Z 1 und Z 3 GIBG dar.³

Der Tatbestand der geschlechtsbezogenen Belästigung bezieht sich neben dem biologischen Geschlecht an sich, d.h. der Unterscheidung zwischen Frau und Mann, auch auf daran anknüpfende Rollenzuweisungen.⁴

Unter geschlechtsbezogenem Verhalten sind jene Verhaltensweisen zu verstehen, die die betroffene Person auf Grund ihres Geschlechts belästigen, die aber nichts mit sexuellem Verhalten zu tun haben.

Wird eine Mitarbeiterin von einem Gast daher als „Trampel“ bezeichnet, stellt dies eine stereotype Benachteiligung dar, die als Belästigung gemäß § 7 Abs. 1 Z 3 GIBG zu qualifizieren ist.

§ 7 Abs. 1 Z 2 GIBG enthält eine Konkretisierung der allgemeinen Fürsorgepflicht.⁵ Danach haben Arbeitgeber/innen auch dafür zu sorgen, dass die Persönlichkeitssphäre der in den Betrieb eingegliederten Arbeitnehmer/innen nicht durch Belästigungen durch Dritte⁶ beeinträchtigt wird.

„Angemessen“ ist die Abhilfe dann, wenn sie geeignet ist, die belästigte Person vor weiteren Belästigungen zu schützen.

Um ein schuldhaftes Unterlassen annehmen zu können, muss dem/der Arbeitgeber/in das Vorliegen einer Abhilfe gebietenden Situation entweder bekannt oder zumindest erkennbar sein. Der/Die Arbeitgeber/in haften daher nicht, wenn sie von der Belästigung eines/einer Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin weder wussten noch wissen mussten und daher aus ihrer Sicht für allfällige Abhilfemaßnahmen keine Veranlas-

² Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG § 6 Rz 12.

³ Vgl. OGH 5.6.2008, 9 ObA 18/08 z.

⁴ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 7 Rz 3.

⁵ Siehe dazu § 1157 ABGB, § 18 Abs. 4 AngG etc.

⁶ Dritte iSd § 7 Abs. 1 Z 3 GIBG sind z.B. Arbeitskollegen/Arbeitskolleginnen, Vorgesetzte, Geschäftspartner/innen oder Kunden/Kundinnen des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin.

sung bestand. Liegt zumindest Erkennbarkeit vor, kommt es auf eine besondere „Bekanntgabe“ durch die betroffene Person nicht mehr an, um die Abhilfeverpflichtung des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin auszulösen.⁷

Da die 1. Antragsgegnerin trotz Kenntnis des belästigenden Verhaltens des Gastes und dem Ersuchen der Antragstellerin, dagegen vorzugehen, nichts unternommen hat, liegt nach Ansicht des erkennenden Senates ein **schuldhaftes Unterlassen** der 1. Antragsgegnerin im Falle einer **geschlechtsbezogenen Belästigung** durch Dritte **angemessene Abhilfe** gemäß § 7 Abs. 1 Z 2 GIBG zu schaffen vor.

Beim Kriterium „Alter“ ist grundsätzlich das biologische Alter gemeint. Es sind alle Arbeitnehmer/innen unabhängig von einem Mindest- oder Höchstalter und unabhängig von einem konkreten Alter geschützt.⁸

Äußert ein Gast gegenüber einer Arbeitnehmerin „Du Alte, wie lange brauchst du denn, dass du vier Getränke herstellst“, handelt es sich somit um eine Äußerung, die geeignet ist, die Leistungsfähigkeit einer Person auf Grund ihres fortgeschrittenen Alters in Frage zu stellen. Dies ist als Belästigung gemäß § 21 Abs. 1 Z 3 GIBG zu qualifizieren.

Hinsichtlich § 21 Abs. 1 Z 2 GIBG wird auf die Ausführungen zu § 7 Abs. 1 Z 2 GIBG verwiesen.

Nach Ansicht des erkennenden Senates liegt im gegenständlichen Fall daher zudem ein **schuldhaftes Unterlassen** der 1. Antragsgegnerin im Falle einer **altersbezogenen Belästigung** durch Dritte **angemessene Abhilfe** gemäß § 21 Abs. 1 Z 2 GIBG **zu schaffen** vor.

Vorschlag

Gemäß **§ 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz** hat der Senat, wenn er der Auffassung ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, dem/der Arbeitgeber/in schriftlich einen Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes zu übermitteln und ihn/sie aufzufordern, die Diskriminierung zu beenden. Für die

⁷ Vgl. ebd. § 6 Rz 13.

⁸ Vgl. ebd. § 17 Rz 53f.

Umsetzung des Vorschlags ist eine Frist von zwei Monaten zu setzen. Wird einem Auftrag nach **§ 12 Abs. 4 GBK/GAW-Gesetz** nicht entsprochen, kann 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 seitens des erkennenden Senates gemäß § 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz folgender **Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes** der 1. Antragsgegnerin, **X GmbH**, und dem 2. Antragsgegner, **Herrn B**, erteilt und diese aufgefordert, die Diskriminierung zu beenden:

Leistung eines angemessen, abschreckenden Schadenersatzes.

Wien, 22. Jänner 2013

Dr.ⁱⁿ Nicole Hofmann

Stellvertretende Vorsitzende des Senates I der GBK