

Senat III der Gleichbehandlungskommission

Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz

GBK III/267/20

Der Senat III der Gleichbehandlungskommission (GBK) beim Bundeskanzleramt gelangte am ... über den am ... eingelangten Antrag von **Frau A** (in der Folge „Antragstellerin“), vertreten durch die Anwältin für die Gleichbehandlung ohne Unterschied des Geschlechts oder der ethnischen Zugehörigkeit in sonstigen Bereichen, betreffend die Überprüfung einer sexuellen Belästigung durch den Antragsgegner

Herrn X

gemäß § 31 Abs. 1 iVm § 35 Abs. 1 Gleichbehandlungsgesetz (in der Folge GIBG; idF BGBl. I Nr. 16/2020) nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz (idF BGBl. I Nr. 107/2013) iVm § 11 Gleichbehandlungskommissions-GO (idF BGBl. II Nr. 275/2013) **zur Auffassung, dass**

durch den Antragsgegner eine sexuelle Belästigung der Antragstellerin vorliegt.

Der Sachverhalt stellte sich laut Antrag im Wesentlichen wie folgt dar:

Die Antragstellerin sei seit längerer Zeit beim Antragsgegner in therapeutischer Behandlung. Wegen Beschwerden nach einem Autounfall habe sie am ... einen Termin im Massageinstitut des Antragsgegners wahrgenommen.

Nachdem der Antragsgegner die Massageliege heruntergefahren habe (üblicherweise ein Hinweis auf das Ende der Massageeinheit), habe sich die Antragstellerin ein dafür zur Verfügung stehendes Tuch über ihren Oberkörper gezogen. Der Antragsgegner habe sie daraufhin gefragt, ob er sie denn nun nicht mehr „angreifen“ dürfe, was sie als Fortsetzung der therapeutischen Behandlung gedeutet habe. Der Antragsgegner habe das Tuch wieder nach unten gezogen und begonnen, zuerst ihre Schultern, dann ihre Brüste seitlich und schließlich beide Brüste mittig zu massieren. Dabei habe er auch ihre Brustwarzen angefasst.

Die Antragstellerin sei von diesen Übergriffen überrumpelt und vor Entsetzen zunächst sprachlos gewesen. Sie habe die Augen nicht geöffnet. Als der Antragsgegner versucht habe, sie auf den Mund zu küssen, habe sie sich abrupt aufgesetzt und mit einem deutlichen „Nein“ zur Wehr gesetzt.

Die Antragstellerin habe sich dann so schnell wie möglich angezogen. Nach Vorwürfen an den Antragsgegner, wie er so etwas habe tun können und sie ihn nie dazu eingeladen hätte, habe sich dieser entschuldigt und gemeint, dass sie für diese Sitzung nicht zu zahlen brauche. Die Antragstellerin habe das Massageinstitut rasch verlassen.

Der Antragsgegner habe sich kurze Zeit später telefonisch bei der Antragstellerin gemeldet, da er gerne zur persönlichen Aussprache eine Psychotherapieeinheit bei ihr in Anspruch genommen hätte. Es ginge ihm nicht gut und er wolle diese Einheit auch bezahlen, „dann hätten sie beide etwas davon“. Die Antragstellerin sei auf diesen Wunsch aufgrund der eigenen Betroffenheit durch den Übergriff sowie aus naturgemäßer Befangenheit als ehemalige Kundin nicht eingegangen und habe das Telefonat beendet. Sie habe den Übergriff des Antragsgegners im Massageinstitut als massive Demütigung erlebt, sei seither sehr aufgewühlt und im

Alltag spürbar belastet, und habe massive Schlafstörungen. Danach habe sie sich bei einem männlichen Masseur nicht mehr wohl und sicher genug gefühlt.

Mit Schreiben an die GAW vom ... wies der Antragsgegner über seine anwaltliche Vertretung sämtliche Vorwürfe zurück. Die Antragstellerin sei Kundin des Massageinstituts gewesen. Ihm sei die schwer angeschlagene psychische Verfassung der Antragstellerin aufgefallen und er habe sie auch diesbezüglich ärztlich weiterverweisen wollen. Nach seinen Informationen könne sie ihre eigene Ordination nicht fortführen, weswegen er Flyer von ihr in seinem Institut aufstellte und ihr preislich entgegengekommen sei, da sie angegeben habe, große Geldsorgen zu haben und auf Spenden von Freunden angewiesen zu sein. Sie habe geweint und gezittert bei den Terminen und sei immer wieder zu ihm gekommen, obgleich ihr Problem, wie er auch oftmals angesprochen habe, kein muskuläres gewesen sei und sei.

Richtig sei, dass sie nach einer längeren Pause erneut bei ihm vorstellig geworden sei. Die Pause habe sich durch seine rund dreimonatige Fortbildung in Thailand ergeben. Darüber habe er mit der Antragstellerin gesprochen, auch über neu erlernte Griffe. Schließlich habe er nach Einholung der Zustimmung der Antragstellerin einen Griff der thailändischen Ölmassage angewendet, bei welchem zunächst seitlich und dann mittig der Brüste behandelt werde. Die Antragstellerin habe dies geschehen lassen ohne einen Abbruch zu wünschen. Schließlich habe sie sich nach der Behandlung dagegen ausgesprochen, weswegen ihr der Antragsgegner entgegengekommen sei und sie auch für die Sitzung nichts bezahlt habe.

Absolut unrichtig sei, dass der Antragsgegner versucht haben soll, die Antragstellerin zu küssen. Richtig sei, dass er und die Antragstellerin sich sowohl begrüßt als auch verabschiedet hätten mit einem Küsschen auf jeweils die Wange. Hierfür sei seine Mitarbeiterin Jenny Chen Zeugin.

Er sehe in seiner Vorgehensweise absolut kein Problem mit dem GIBG oder anderen Rechtsnormen, weswegen sämtlich Ansprüche zurückgewiesen würden. Angeschlossen waren bild-

liche Darstellungen der Massagetechnik sowie 4 Zertifikate über Ausbildungen des Antragsgegners vom ... und ... in englischer Sprache. Die 16 Bilder zeigen bei bedeckter Brust einer Frau jeweils Griffe im Schulterbereich bis zur Brustabdeckung sowie mittig beim Schlüsselbein und einmal unter dem Nacken, aber keine Griffe an den Seiten der Brüste, den Rippen, unterhalb oder in der Mitte zwischen den Brüsten.

Mit Email vom ...an die GAW gab der Antragsgegner über seine rechtsfreundliche Vertretung bekannt, dass nicht ... als Zeugin werde aussagen können, sondern

Vom Antragsgegner langte beim Senat III der GBK keine Stellungnahme ein.

In der Sitzung des Senates III am ... wurden die Antragstellerin und der Antragsgegner befragt:

Die Antragstellerin erläuterte in ihrer Befragung im Wesentlichen, dass sie das Massageinstitut des Antragsgegners im ... nach einem schweren Autounfall ... erstmals aufgesucht habe wegen ihrer Haltung und der Wirbelsäule. Insgesamt sei sie 13-mal dort gewesen. Nach einer REHA-bedingten Pause habe sie auf Grund von Schmerzen am ... wegen eines Termins dort angerufen und diesen vom Antragsgegner erstaunlicherweise noch am gleichen Vormittag erhalten. Dort habe sie nur den Antragsgegner angetroffen, kein Personal, auch nicht seine Frau, mit der er das Institut gemeinsam führe und die sie von früheren Besuchen dort kenne, wie auch seine Kinder. Sie habe sich wie immer zunächst bis auf die Unterhose ausgezogen und ein Tuch um ihren Körper gewickelt. Dies sei üblich, da sie mit Öl behandelt werde. Es sei an dem Tag von Beginn an ein bisschen eigenartig gewesen, weil er sie wieder mit einer Umarmung begrüßt habe, was ihr unangenehm gewesen sei, als sie nur noch in ein Tuch eingewickelt gewesen sei. Sie habe sich gedacht, dass er sich vielleicht so freue, sie wiederzusehen. Dann habe er vorgeschlagen, dass er sie in ihrer Praxis, wenn sie dort ein Massagebett habe, massieren könne, was für sie günstiger käme. Sie habe abgelehnt, weil sie das auf keinen Fall wollte, habe sich aber noch immer nichts dabei gedacht. Dann sei sie massiert worden. Das laufe meistens gleich ab.

Die Massage habe in Bauchlage begonnen und sei dann in der Rückenlage fortgesetzt worden. Nach einer gewissen Zeit habe der Antragsgegner das Massagebett wieder hinuntergefahren. Die Antragstellerin habe gedacht, die Massage sei vorüber und habe sich mit einem Tuch zugedeckt. Der Antragsgegner habe gefragt, ob er sie jetzt nicht mehr angreifen dürfe. Sie habe gesagt, sie habe geglaubt, dass die Massage schon vorüber sei. Er aber habe das Ende der Massage verneint und habe weitergemacht. Dann habe er plötzlich hinter ihr stehend begonnen an den Flanken zu massieren und auf einmal rund um die Brüste. Sie habe die Augen wie immer bei der Massage geschlossen gehabt und sich gedacht: „Was wird das jetzt?“ Gesagt habe sie vorerst nichts. Dann sei die Massage mittiger geworden und auf einmal habe der Antragsgegner an der Brustwarze der Antragstellerin gezogen. Sie sei zuerst erstarrt gewesen. Im letzten Moment, da habe der Antragsgegner der Antragstellerin einen Kuss auf den Mund gedrückt, da habe sie „Nein!“ gesagt und sei aufgesprungen. Sie habe mit zwei, drei Sekunden Verzögerung auf den Griff an die Brustwarze reagiert.

Der Antragsgegner sei daraufhin weggesprungen, habe die Hände hochgehoben und gesagt: „Ich mach ja eh nichts, ich mach ja eh nichts!“ Die Antragstellerin habe sich in ein Tuch eingewickelt und habe dem Antragsgegner dann gesagt, dass sie das so arg finde, dass er so etwas mache. Sie habe ihn nie dazu eingeladen. Der Antragsgegner habe noch gefragt, dass das eine gehe und das andere nicht? Das sei für sie überhaupt noch einmal schlimmer gewesen, weil sie die Aussage so interpretiert habe, dass er gemeint hätte, dass das Brüste-Massieren gehe, das Küssen aber nicht. Sie habe erwidert, dass ihr wohl eine Reaktionszeit zuzugestehen sei. Sie sei überrascht worden und entsetzt gewesen, wie er auf so eine Idee komme, er kenne ihre Geschichte. Dann habe sich der Antragsgegner entschuldigt. Sie wollte sich nicht vor ihm anziehen und habe sich ihr Gewand nicht zu nehmen getraut. Er habe ihr helfen wollen, ihr Gewand zu nehmen und sie dann bei der Schulter berührt, was sie sich verboten habe. Sie habe ihn dann des Raums verwiesen, weil sie sich alleine anziehen wolle. Er sei hinausgegangen. Als sie sich etwas gefasst gehabt habe, habe sie ihn darauf hingewiesen, dass man nicht

Psychotherapeut sein müsse, um zu wissen, dass man keine sexuellen Handlungen in die Behandlung einbringen dürfe und dass sie das nicht wolle und das nicht in Ordnung sei. Der Antragsgegner habe dann gesagt, dass sie die Behandlung nicht bezahlen müsse.

Nach dem Verlassen des Instituts habe sie eine berufliche Besprechung absagen müssen, weil sie dazu nicht in der Lage gewesen wäre. Sie habe den Vorfall bei diesem Telefongespräch ausführlich besprochen, sich weinend niedersetzen müssen und noch verschiedene Freundinnen angerufen. Zur Polizei habe sie nicht gehen wollen, das habe sich auch irgendwie schrecklich angefühlt. Sie habe dann den Rat angenommen, sich über das Massageinstitut zu beschweren, bei der Berufsvertretung und von dort den Rat bekommen, sich an die GAW zu wenden.

Als die Antragstellerin zuhause gewesen sei, habe sie auf einmal der Antragsgegner angerufen und um einen Termin bei ihr gebeten, da es ihm sehr schlecht gehe. Die Antragstellerin sei sprachlos gewesen und habe überhaupt nichts sagen können. Der Antragsgegner habe gemeint, dass er ihr gerne alles in einem persönlichen Gespräch erklären würde. Er hätte Schwierigkeiten mit seiner Frau gehabt und würde sich in Scheidung befinden. Er würde diesen Termin auch bezahlen, dann hätte die Antragstellerin auch was davon. Die Antragstellerin habe geantwortet, dass sie das zwar registriere, jetzt aber nicht sprechen könne, sie weine seit drei Stunden und habe dann das Gespräch beendet. Sie habe den Vorschlag so arg empfunden und mit anderen besprechen müssen.

Am ... habe sie einen Termin mit einem ihr aus der REHA-Zeit bekannten Masseur ausgemacht, aber sich dort nicht entkleiden und von ihm massieren lassen können. Sie hätte mit diesem eine Stunde lang nur über diesen Vorfall gesprochen, sich aber nicht von einem Mann behandeln lassen können. Auch mit einem Arzt habe es sich ähnlich verhalten. Sie fühle sich total unwohl und nicht mehr sicher bei der Behandlung durch Männer. Sie könne diesen nicht mehr vertrauen, weil ihr totales Vertrauen in den Antragsgegner so enttäuscht worden sei.

Die Antragstellerin habe gewusst, dass der Antragsgegner in Thailand Massagekurse besucht habe, er habe sie aber nie gefragt, ob sie so einer Massage im Brustbereich zustimme. Die Antragstellerin hätte nie in eine Brustmassage eingewilligt und habe damit nie gerechnet. Sie

sei die ganze Zeit per Sie mit dem Antragsgegner gewesen, beide hätten sie auch nie mit Wangenküsschen begrüßt. Lediglich einmal habe er sie im Sommer in den Arm genommen, als sie viel geweint habe, das sei für sie situativ ok gewesen. Sie habe sich zuvor nie vor ihm gefürchtet. Beruflich habe sie Nachteile auf Grund dieses Vorfalls, weil sie Seminarzusammenarbeit mit Männern nicht mehr ertrage und auch traumatisierte Patientinnen als Psychotherapeutin nicht mehr betreuen könne, weil sie ihre eigene Betroffenheit und Befangenheit mitbringe. Gegenüber Männern sei sie enorm misstrauisch geworden. Sie weiche auch räumlich der Gasse, in der sich das Institut des Antragsgegners befinde, aus.

Der Antragsgegner erläuterte in seiner Befragung im Wesentlichen, dass er die Antragstellerin am gegenständlichen Tag empfangen und sie ins Massagezimmer geführt habe. Es sei noch eine Mitarbeiterin anwesend gewesen. Die Antragstellerin habe sich alleine ausgezogen und sich wie üblich in Bauchlage auf das Massagebett gelegt. Zwischen ihnen sei es üblich gewesen sich bei der Begrüßung zu umarmen und einander auf die Wange zu küssen. Diese Art der Begrüßung sei nach der ersten Behandlung von der Antragstellerin ausgegangen. Beim Begrüßen und Verabschieden habe er sie immer umarmt, Wange an Wange.

Nach kurzer Zeit sei er in das Massagezimmer zurückgekommen und habe eine halbstündige Massage durchgeführt, während der sie sich auch unterhalten hätten. Er habe ihr erzählt, dass er in Thailand war, und dort viele neue Techniken gelernt habe. Die Antragstellerin sei seit etwa einem Jahr bei ihm wegen starker Nackenschmerzen auf Grund eines Autounfalls in Behandlung gewesen, zuvor habe er immer halbstündige Rückenmassagen von der Lendenwirbelsäule bis zum Nacken bei ihr gemacht, und zwar drucklos wegen ihrer Schmerzen. Zum Schluss der Rückenmassage habe er entschieden, eine neue Behandlung, welche er in Thailand gelernt habe, zum ersten Mal bei der Antragstellerin anzuwenden. Dafür habe er sie sich von der Bauchlage in die Rückenlage umdrehen lassen. Auch habe er ihr gesagt, dass er sie massieren würde, dass er einen Teil der thailändischen Ölmassage durchführen würde, und gefragt, ob er das dürfe. Um welche Art der Massage es sich handeln würde, habe er nicht

erwähnt. Er habe sie dann zugedeckt und sich vor Ihren Kopf hingesezt und den Tisch abgesenkt. Dann habe er den Brustmuskel freigemacht und mit der Brustmuskelmassage begonnen.

Brustmuskelmassagen mache er regelmäßig bei Schulterbeschwerden und Schultergürtelbeschwerden. Normalerweise behandle er das mithilfe von Akupressur und arbeite dabei mit starkem Daumen und Ellenbogen. Aber weil die Antragstellerin keinen Druck vertragen habe, habe er bis dato keine passende Technik für sie gehabt. Die Behandlung der Brustmuskulatur mit der Thaiölmassage sei eine sehr sanfte, weswegen der Antragsgegner die Idee gehabt habe, dass sie für die Antragstellerin gut passen könnte.

Die Brustmuskulatur werde in seinem Institut standardmäßig massiert, fast bei jeder Massage, auch wenn sie zu Bereichen gehöre, die sonst nicht so gerne massiert werden, wie auch die glottale Muskulatur (bei Kehlkopf und Stimmbändern) und die beim Popo.

Bei der Brustmassage werde der Teil unter dem Schlüsselbein freigemacht und eingeölte Hände würden großflächig daraufgelegt. Dann würden die Hände auseinandergeführt und seitlich von der Brust dann zurück, wobei die Hände zu Fäusten geformt würden. Anschließend würden die Hände gedreht mit einem leichten Druck auf den Brustmuskel, wieder geöffnet und zwischen den Brüsten wieder zurückgeführt. Dann würden die Hände wieder zu Fäusten geschlossen und öffnen sich anschließend seitlich. Dies würde drei bis vier Minuten wiederholt. Der Antragsgegner habe während dieser Massage aber nie die Brustwarzen der Antragstellerin berührt.

Auch während dieser Zeit hätten sie sich unterhalten. Zum Schluss der Massage habe die Antragstellerin gesagt, dass der Antragsgegner bei dieser Behandlung seine Grenzen überschritten habe und sie nicht mehr zur Behandlung kommen würde.

Der Antragsgegner habe die Antragstellerin während dieser Behandlung nicht auf den Mund geküsst und es auch nicht versucht. Um die Brustmuskulatur zu entspannen, richte er sich am Ende der Behandlung auf und drücke auf die Schulter gegen das Bett.

Am selben Tag habe dann der letzte Kontakt mit der Antragstellerin stattgefunden. Der Antragsgegner habe sie angerufen, um ein klärendes Gespräch zu führen, da er sie als Klientin nicht habe verlieren wollen. Die Antragstellerin habe aber nicht mehr mit ihm geredet, sie habe gesagt, sie sei nicht mehr bereit mit ihm zu sprechen und habe ein Gespräch abgelehnt. Die Idee, zu anderen Mitarbeitern des Instituts zu kommen, werde sie sich überlegen und sich vielleicht melden, aber das wollte sie nicht mehr.

Der Senat III der Gleichbehandlungskommission hat folgenden Sachverhalt festgestellt:

Der Senat III hatte den Fall einer unmittelbaren Diskriminierung der Antragstellerin gemäß § 31 Abs. 1 iVm § 35 Abs. 1 leg.cit. zu prüfen, nämlich, ob durch den Antragsgegner eine sexuelle Belästigung der Antragstellerin vorliegt.

Die relevanten Gesetzesstellen des hier zu behandelnden Gleichbehandlungsgesetzes (GIBG) bestimmen Folgendes:

*§ 30. (1) Für das Merkmal des Geschlechts gelten die Bestimmungen dieses Abschnittes für Rechtsverhältnisse einschließlich deren Anbahnung und Begründung und für die Inanspruchnahme oder Geltendmachung von Leistungen außerhalb eines Rechtsverhältnisses beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum, ,
sofern dies in die unmittelbare Regelungskompetenz des Bundes fällt.*

§ 31. (1) Auf Grund des Geschlechts oder der ethnischen Zugehörigkeit darf niemand unmittelbar oder mittelbar beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum, diskriminiert werden. Diskriminierungen von Frauen auf Grund von Schwangerschaft oder Mutterschaft sind unmittelbare Diskriminierungen auf Grund des Geschlechts.

§ 32. (1) Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person auf Grund eines in § 31 genannten Grundes in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

(2) Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen eines Geschlechts oder Personen, die einer ethnischen Gruppe angehören, in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich.

(3) Eine Diskriminierung liegt auch bei Anweisung einer Person zur Diskriminierung vor.

§ 35. (1) Unerwünschte, unangebrachte oder anstößige Verhaltensweisen, die im Zusammenhang mit einem der Gründe nach § 31 oder der sexuellen Sphäre stehen, und bezwecken oder bewirken,

1. dass die Würde der betroffenen Person verletzt wird und
2. ein einschüchterndes, feindseliges, entwürdigendes, beleidigendes oder demütigendes Umfeld für die betroffene Person geschaffen wird, gelten als Diskriminierung.

§ 38. (1) Bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 31 hat die betroffene Person Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens und eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

(3) Insoweit sich im Streitfall die betroffene Person auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne der §§ 31 oder 35 beruft, hat er/sie diesen glaubhaft zu machen. Dem/der Beklagten obliegt es bei Berufung auf § 31 zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne des § 32 Abs. 2 oder des § 33 vorliegt. Bei Berufung auf § 35 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.

Daraus ergab sich unter Anwendung dieser Beweislastregel bei gleicher Wahrscheinlichkeit beider Darstellungen folgender Sachverhalt:

Am ... hat die Antragstellerin - nach einer mehrmonatigen Pause, weil der Antragsgegner in Thailand Ausbildungen absolvierte - das Massageinstitut des Antragsgegners zum wiederholten Male besucht. Über telefonische Nachfrage hatte sie vom Antragsgegner noch um 11.00 Uhr des gleichen Tages einen Massagetermin für ihre unfallbedingten Nacken- und Schulterschmerzen erhalten. Zum Ausziehen hat der Antragsgegner die Antragstellerin ins Massagezimmer geführt und dort allein gelassen. Anschließend, als sie nur in ein Tuch eingewickelt war, hat er sie mit einer Umarmung begrüßt, die der Antragstellerin zwar unangenehm war, die sie aber als Gefühlsüberschwang nach seiner Rückkehr und nicht als unerwünschte Annäherung interpretierte. Seinen Vorschlag, sie zukünftig günstiger in ihrer Praxis zu massieren, lehnte sie ab. Die Antragstellerin hat sich danach auf das Massagebett zuerst auf den Bauch gelegt. Der Antragsgegner hat sodann eine halbstündige Massage von Schulter- und Nackenpartie durchgeführt, während der sie sich auch über seine Reise und ihre Beschwerden unterhielten. Zuletzt wurde sie auch in Rückenlage an Nacken und Schulter massiert.

Gegen Ende der Massage hat der Antragsgegner entschieden, im Rahmen der Ölmassage eine neue Behandlung anzuwenden, welche er in Thailand gelernt hat. Eine explizite Aufklärung darüber, dass im Rahmen dieser Massagetechnik auch der Intimbereich der Brüste der Antragstellerin berührt werden könnte, fand nicht statt.

Für diese Massagetechnik hat der Antragsgegner das Bett abgesenkt. Die Antragstellerin dachte deshalb vorerst die Behandlung sei zu Ende und deckte sich mit dem Tuch zu. Der Antragsgegner hat sich vor Ihren Kopf auf den Tisch gesetzt und angesichts der Bedeckung gefragt, ob er sie jetzt nicht mehr angreifen dürfe. Dann hat er den Brustmuskel freigemacht und mit der Brustmuskelmassage unter dem Schlüsselbein begonnen. Dafür hat er die eingeölte Hände großflächig aufgelegt, auseinandergeführt und seitlich der Brüste nach unten und zwischen den Brüsten wieder zurückgeführt (rund um die Brüste), wobei die Hände zu Fäusten geformt und wieder geöffnet wurden. Dabei kam er auch mittig der Brüste an die Brustwarzen

an und beendete diese Brustmassage mit einer leichten Berührung des Mundes der Antragstellerin. Diese hatte die Augen geschlossen und war vorerst überrascht und erstarrt, sagte aber in Reaktion auf die Berührung am Mund „nein“ und sprang auf. Der Antragsgegner wich zurück und sagte, er würde eh nichts mehr tun und ging zuerst davon aus, dass sie sich nur gegen den Kuss, nicht gegen die Brustmassage gewehrt habe, was die Antragstellerin noch mehr aufbrachte. Sie hielt ihm entgegen, dass sie wohl Zeit haben dürfe zu reagieren. Dann entschuldigte sich der Antragsgegner bei ihr und wollte ihr helfen, ihr Gewand zu nehmen und berührte die Antragstellerin bei der Schulter. Diese verwehrte sich dagegen und wies ihn aus dem Raum, woraufhin er sich entfernte. Beim Verlassen des Instituts wies ihn die Antragstellerin noch daraufhin, dass er wissen müsse, dass man keine sexuellen Handlungen in die Behandlung einbringe, dass sie das nicht wolle und dass das nicht in Ordnung sei. Der Antragsgegner verzichtete daraufhin auf eine Bezahlung der Massage.

Die Antragstellerin war durch die Berührung ihrer Brüste und den Kuss geschockt, aufgebracht, fühlte sich gedemütigt, zutiefst verletzt und in ihrem Vertrauen schwerst getäuscht. Sie weinte stundenlang. In der Folge ist sie Männern gegenüber äußerst misstrauisch, tut sich schwer in der beruflichen Zusammenarbeit mit diesen, kann Missbrauchsfälle als Psychotherapeutin nicht mehr behandeln und hat ein gestörtes Verhältnis zu Masseurern. Selbst die Behandlung durch männliche Ärzte bedarf langer Gespräche bis sie eine Behandlung durch diese zulassen kann.

Dass der Antragsgegner während der Brustmassage gezielt an den Brustwarzen der Antragstellerin gezogen hätte, konnte nicht festgestellt werden und wurde im Antrag auch nicht behauptet. Nicht festgestellt werden konnte weiters, dass der Antragsgegner die Antragstellerin während der Massage auf den Mund geküsst hat, auch im Antrag wird diesbezüglich nur ein Versuch behauptet. Dass der Antragsgegner während der Massage die Brüste der Antragstellerin intensiv berührt hat, folgt hingegen auch aus seiner eigenen Aussage. Das Vorbringen seiner rechtsfreundlichen Vertretung an die GAW, dass der Antragsgegner die psychisch schwer angeschlagene Antragstellerin ärztlich weiterverweisen habe wollen und auch oftmals angesprochen habe, dass ihr Problem kein muskuläres sei, wurde durch dessen Aussage vor

dem Senat ebenso wenig bestätigt, wie dass er sie über die neu erlernten Griffe im Brustbereich aufgeklärt und ihre Zustimmung dazu eingeholt habe. Eine solche Aufklärung hielt er vielmehr für unnötig, weil es sich seiner Meinung nach bei der Brustmassage um eine standardmäßige Behandlung – zumindest in seinem Institut - gehandelt habe.

Der Senat III der Gleichbehandlungskommission hat erwogen:

Der Senat III bejahte in seiner Sitzung vom ... die Frage der sexuellen Belästigung der Antragstellerin durch den Antragsgegner iSd § 35 Abs. 1 leg.cit.

Gemäß § 35 Abs. 1 leg.cit. sind sexuelle Belästigungen aufgrund des Geschlechts beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, verboten. Vom Diskriminierungsverbot erfasst sind Rechtsverhältnisse, einschließlich deren Anbahnung und Begründung, und die Inanspruchnahme von Leistungen außerhalb eines Rechtsverhältnisses.

Der Antragsgegner betreibt ein Massageinstitut, dessen Dienstleistungen ein unbestimmter Personenkreis in Anspruch kann. Diese stehen daher der Öffentlichkeit zur Verfügung. Die Antragstellerin hat mit dem Antragsgegner einen Behandlungsvertrag geschlossen, der Sachverhalt ist daher vom Geltungsbereich des GIBG umfasst.

Sexuelle Belästigung ist jede Form von unerwünschtem Verhalten sexueller Natur, das sich in verbaler, nicht-verbaler oder physischer Form äußert und das bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betroffenen Person verletzt wird und ein einschüchterndes, feindseliges, entwürdigendes, beleidigendes oder demütigendes Umfeld für die betroffene Person geschaffen wird.

Dazu wird auf das subjektive Empfinden der betroffenen Person abgestellt, nämlich darauf, ob sie oder er persönlich ein nach objektiven Kriterien die Würde verletzendes im Zusammenhang mit der sexuellen Sphäre stehendes Verhalten als unangebracht, unerwünscht oder anstößig empfindet. Der Tatbestand der sexuellen Belästigung verlangt ein Verhalten, das im

Zusammenhang mit der sexuellen Sphäre steht und aus der Situation erkennbar von der belästigten Person nicht erwünscht ist.

Der Begriff „Verhalten“ ist dabei weit zu definieren und umfasst neben körperlichen Handlungen auch verbale und nonverbale Verhaltensweisen. Die Unerwünschtheit eines bestimmten Verhaltens muss jedoch nicht unbedingt ausdrücklich dargetan werden, sondern kann auch schlüssig erklärt werden, etwa durch Abwenden oder eine sonstige schlüssige Geste, oder sich aus der Situation ergeben. Keinesfalls wird damit eine „Ablehnungspflicht“ gefordert. An die Ablehnung darf kein so hoher Maßstab gesetzt werden, dass sie erst dann als solche gilt, wenn sie vom/von der Belästiger/in wahrgenommen wird.

Auf die Motivation für eine Belästigung kommt es grundsätzlich nicht an. Es wird nur vorausgesetzt, dass ein objektiv der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten gesetzt wurde, das die Würde der Person beeinträchtigt. Ein die Würde beeinträchtigendes Verhalten setzt ein gewisses Mindestmaß an Intensität voraus, wobei allerdings ein fortgesetztes Verhalten selbst bei kleineren Übergriffen dieses erreichen kann.

Zur Erfüllung des vom Gleichbehandlungsgesetz definierten Tatbestandes der sexuellen Belästigung ist somit weder Vorsatz des Belästigers/der Belästigerin zu belästigendem Verhalten noch dessen/deren Absicht, tatsächlich sexuelle Handlungen setzen zu wollen, erforderlich. Der Tatbestand ist daher grundsätzlich verschuldensunabhängig. Subjektive Elemente auf Seite der Belästiger/innen bleiben somit grundsätzlich völlig außer Betracht.

Zu den Beweislastregeln des Gleichbehandlungsgesetzes ist anzumerken, dass gemäß § 38 Abs. 3 leg.cit. eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne des § 35 Abs. 1 leg.cit. beruft, diesen glaubhaft zu machen hat. Dem/der Antragsgegner/in obliegt es bei Berufung auf § 35 Abs. 1 leg.cit. zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die vom/von der Antragsgegner/in glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

In diesem Zusammenhang kommt der mündlichen Befragung der Beteiligten und dem Eindruck, den der erkennende Senat von ihnen gewinnt, eine Schlüsselrolle bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Vorbringens zu.

Die Antragstellerin schilderte in ihrer mündlichen Befragung die erhobenen Vorwürfe der sexuellen Belästigung in sich schlüssig und nahezu widerspruchsfrei, wenn auch leicht verstärkt gegenüber dem Vorbringen im Antrag. Dass dieser Vorfall in ihrer subjektiven Wahrnehmung und Erinnerung sich so zugetragen hat, stellte sich für den Senat nachvollziehbar und glaubwürdig dar. Allerdings hat die Antragstellerin ihre emotionale Betroffenheit auch in solch einem sich mehr und mehr vergrößernden Maße gezeigt, welche im Vergleich zu den Empfindungen einer Durchschnittsperson und zum Geschehenen eher als überhöht zu bewerten wäre und mehr den Folgen einer massiven Gewalttat entsprechen würde. Indes trat kein objektivierbares Indiz hervor, dass sich der Vorfall nicht so zugetragen haben könnte, wie ihn die Antragstellerin schildert. Die Antragstellerin konnte dem erkennenden Senat in ihrer Befragung darlegen, dass der Antragsgegner einen - ihr über die Maßen - unerwünschten, unangebrachten sowie anstößigen Körperkontakt im Zuge der Massage vollzog, indem er sie ohne Vorwarnung mit beiden Händen an den Brüsten jeweils seitlich und mittig intensiv streichend (kreisend) berührte, was er auch nicht in Abrede stellt. Die Darstellungen der Parteien divergieren lediglich dahingehend, ob er auch die Brustwarzen berührte und abschließend mit den Lippen ihren Mund berührte. Den Kern des sexuellen Verhaltens (nämlich die intensive Berührung ihrer Brüste durch Umkreisen mit offener Hand und Faust im Wechsel) schildert auch er; ebenso gibt er zu, dass er vorweg hierüber weder aufgeklärt noch eine Zustimmung zu diesem Eindringen in die sexuelle Intimsphäre der Antragstellerin eingeholt hat. Dass er vermeinte, dessen nicht zu bedürfen, weil es sich um eine „lege artis“ durchgeführte Behandlung gehandelt habe, ist irrelevant, weil es nicht auf den Vorsatz, sexuelle Handlungen setzen zu wollen, ankommt. Insoweit ist der Antragstellerin daher die Glaubhaftmachung einer sexuellen Belästigung gelungen. Dafür reicht es, dass ein Sachverhalt erwiesen wird, der nach der allgemeinen Lebenserfahrung auf einen typischen Geschehensablauf hindeutet.

Der Antragsgegner schilderte den Ablauf der Massage aus seiner Sicht ebenfalls nahezu widerspruchsfrei und glaubwürdig. Dass der Antragsgegner die Antragstellerin über die Absicht der Anwendung einer neuen Massagetechnik - welche seiner Darstellung nach Berührungen im Intimbereich nach sich zieht - nicht explizit aufgeklärt hat, weil das nicht lege artis sei und „er das nie tue“, scheint dem Senat wenig lebensnah und nimmt seiner Verhaltensweise, die objektiv zu beurteilen ist, auch nicht den Zusammenhang mit der sexuellen Sphäre. Unangekündigte intensive umkreisende Berührungen beider Brüste einer Klientin im Rahmen einer Massage wegen Nacken- und Schulterschmerzen stehen jedenfalls im Zusammenhang mit der sexuellen Sphäre der Frau und verletzen deren Würde, wenn sie zuvor nicht darüber aufgeklärt und ihr so die Möglichkeit genommen wird, solche Berührungen präventiv abzulehnen und so zu verhindern. Auch steht diese Aussage des Antragsgegners vor dem Senat im Widerspruch zur schriftlichen Stellungnahme seiner rechtsfreundlichen Vertretung vom 28. Februar 2020, in der von einer „Einholung der Zustimmung“ der Antragstellerin zu dieser Massagetechnik gesprochen und damit wohl implizit auch schon die Notwendigkeit einer solchen aufgezeigt wird. Nach dem persönlichen Eindruck vor dem Senat scheint es auch wenig wahrscheinlich, dass die Antragstellerin einer intensiven umkreisenden Berührung ihrer Brüste durch den Antragsgegner zugestimmt hätte. Zu authentisch schien ihre Ablehnung von Berührungen im Intimbereich. Insoweit gelingt dem Antragsgegner der Beweis der Glaubhaftmachung anderer Tatsachen, die mit höherer Wahrscheinlichkeit gegen das Vorliegen einer sexuellen Belästigung sprechen, nicht, können doch schon „zufällige“ Körperberührungen im Intimbereich Erscheinungsformen sexueller Belästigung darstellen.

Für den Senat sind die Darstellungen des Geschehenen, sowohl von der Antragstellerin als auch vom Antragsgegner, als gleich wahrscheinlich zu bewerten. Ein „voller Beweis“ des Vorliegens einer sexuellen Belästigung in der durch die Antragstellerin vor dem Senat behaupteten Form liegt für den erkennenden Senat nicht vor. Obwohl weder der Tatsachenvortrag der Antragstellerin noch des Antragsgegners zur Gänze bewiesen werden konnte (non liquet), ist gemäß der Beweislastregel im Gleichbehandlungsgesetz und der zugrundeliegenden Richtlinie

(RL 2004/113/EG) eine sexuelle Belästigung der Antragstellerin durch den Antragsgegner festzustellen.

Dem Antragsgegner ist es nach Ansicht des Senates III nicht gelungen, den Vorwurf einer sexuellen Belästigung gemäß § 35 Abs. 1 leg.cit. zu entkräften. Gemäß § 38 Abs. 3 leg.cit. obliegt es dem/der Beklagten bei Berufung auf § 35 leg.cit. zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die vom/von der Beklagten glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

Der Senat III kam daher zur Auffassung, dass durch den Antragsgegner eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes durch eine sexuelle Belästigung der Antragstellerin gemäß § 31 Abs. 1 iVm § 35 Abs. 1 Gleichbehandlungsgesetz vorliegt.

Der Senat III der Gleichbehandlungskommission hält es daher für notwendig, dass der Antragsgegner sich mit der geltenden Rechtslage vertraut macht, das Gleichbehandlungsgesetz respektiert und in Hinkunft alle Menschen, ungeachtet ihres Geschlechts, gleichbehandelt.

Bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes hat die betroffene Person Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens und eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung. Demgemäß muss die Schadenersatzleistung wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Der Senat III der Gleichbehandlungskommission empfiehlt daher dem Antragsgegner einen dementsprechenden Schadenersatz an die Antragstellerin zu leisten.

20. Mai 2021

Dr.ⁱⁿ Maria Wais

(Vorsitzende)

Hinweis: Gemäß § 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz sind die Vorschläge der Gleichbehandlungskommission binnen zwei Monaten umzusetzen. Wenn einem Auftrag gemäß § 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz (siehe obige Vorschläge des Senates III) nicht binnen zwei Monaten entsprochen wird, kann jede im Senat III vertretene Interessenvertretung gemäß § 12 Abs. 4 GBK/GAW-Gesetz auf Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes klagen.