

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 11. Oktober 2023 über den am 12. Juli 2022 eingelangten Antrag der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **A (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund **des Geschlechtes durch eine sexuelle Belästigung durch den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin gemäß § 6 Abs 1 Z 1 iVm § 6 Abs 2 Z 1** (BGBl I Nr 66/2004 idgF) und auf Grund eines **Naheverhältnisses zu einer Person wegen deren ethnischer Zugehörigkeit durch eine Belästigung durch den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin gemäß § 21 Abs 1 Z 1 iVm § 21 Abs 4 iVm § 17 Abs 1 GIBG** sowie auf Grund **des Geschlechtes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG**, in eventu gemäß **§ 6 Abs 1 Z 1 iVm § 6 Abs 2 Z 2 GIBG** und auf Grund eines **Naheverhältnisses zu einer Person wegen deren ethnischer Zugehörigkeit gemäß § 17 Abs 1 Z 7 iVm § 19 Abs 4 GIBG** durch die **Z AG (Y) (Antragsgegnerin)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl II Nr 396/2004 idgF), zu GZ GBK I/1092/22-M, zu folgendem

PRÜFUNGSERGEBNIS:

1. **A ist auf Grund des Geschlechtes durch eine sexuelle Belästigung durch den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin gemäß § 6 Abs 1 Z 1 iVm § 6 Abs 2 Z 1 GIBG durch die Z AG (Y) diskriminiert worden.**
2. **A ist nicht auf Grund eines Naheverhältnisses zu einer Person wegen deren ethnischer Zugehörigkeit durch eine Belästigung durch den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin gemäß § 21 Abs 1 Z 1 iVm § 21 Abs 4 iVm § 17 Abs 1 GIBG durch die Z AG (Y) diskriminiert worden.**
3. **A ist nicht auf Grund des Geschlechtes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG durch die Z AG (Y) diskriminiert worden.**
4. **A ist nicht auf Grund eines Naheverhältnisses zu einer Person wegen deren ethnischer Zugehörigkeit bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs 1 Z 7 iVm § 19 Abs 4 GIBG durch die Z AG (Y) diskriminiert worden.**
5. **A ist nicht auf Grund des Geschlechtes durch eine sexuelle Belästigung durch den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin gemäß § 6 Abs 1 Z 1 iVm § 6 Abs 2 Z 2 GIBG durch die Z AG (Y) diskriminiert worden.**

Dies ist eine gutachterliche Feststellung. Es handelt sich hierbei im Sinne der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes¹ nicht um einen Bescheid.

VORBRINGEN

Im **Antrag** wurde zusammengefasst Folgendes vorgebracht:

Die Antragstellerin habe von Anfang Oktober 2021 bis 12. Jänner 2022 bei der Z AG in der Filiale 1 gearbeitet und sei dort in der Obst- und Gemüseabteilung tätig gewesen. Der Filialleiter, Y, habe bald nach ihrem Arbeitsbeginn mit diversen Belästigungen begonnen.

So habe er ihren türkischen Freund Mehmet genannt, obwohl sie ihm mehrmals gesagt habe, dass er B heiße. Y habe seinen Namen jedoch immer wieder falsch und in einer abwertenden Weise erwähnt, wie „ja eh klar, ein Mehmet.“ Weiter habe er begonnen, unangebrachte Bemerkungen über ihre Figur zu machen etwa, dass ihre Oberschenkel schon dick seien. Zunächst habe die Antragstellerin versucht, die Situation zu überspielen, um ihrer Arbeit nachgehen zu können, in dem sie gelacht und erwidert habe, er sei nur neidisch, weil er so dünne Beine habe. Auch wenn die Antragstellerin in ihrer Hilflosigkeit darüber gelacht habe, haben sie derartige Aussagen verletzt und seien ihr bei der Arbeit unangenehm gewesen. Y habe seine Aussagen noch weiter gesteigert und ihr Gesäß als „Melonenarsch“ bezeichnet.

Immer wieder habe die Antragstellerin in weiterer Folge bemerkt, dass Y ihr deutlich auf ihr Gesäß geschaut habe, wenn er hinter ihr gestanden sei. Anfangs habe sie ihm einmal klar gesagt, er soll nicht derartig auf ihren Po starren. Außerdem habe sie öfter ein längeres T-Shirt angezogen, um dieses bis über ihr Gesäß ziehen zu können.

Einmal sei sie in das Büro zu Y gegangen, um sich nach ihrer nächsten Arbeitsaufgabe zu erkundigen. Er sei neben ihr auf dem Stuhl gesessen und habe seitlich immer wieder auf ihr Gesäß geschaut. Die Antragstellerin habe sich immer mehr weggedreht, woraufhin er gesagt habe „ja zeig doch, is ja ned so schlimm“. Dann habe Y sie aufgefordert, etwas von der Pinnwand vorzulesen. Dafür hätte sich die Antragstellerin so hinstellen müssen, dass er ihr deutlich auf ihr Gesäß hätte starren können. Dies sei der Antragstellerin zu viel geworden, da insbesondere auch deutlich gewesen sei, dass sie nichts Arbeitsrelevantes hätte vorlesen sollen und sie sei rückwärts aus dem Zimmer gegangen.

Eines Tages habe sie die Küche im Pausenraum saubergemacht und bemerkt, wie Y hinter ihr zu lachen angefangen habe. Sie habe ihn gefragt, was los sei und er habe geantwortet, sie solle auf ihr Handy schauen. Y habe unmittelbar davor ein Foto von ihrem Gesäß gemacht und ihr über WhatsApp geschickt. Die Antragstellerin habe sofort erklärt, dass er das Foto löschen solle und es nicht lustig sei. Y habe nur gemeint, er habe es eh schon gelöscht, damit seine

¹ Vgl. zB VfSlg. 19.321.

Frau es nicht sehe.

Die Antragstellerin sei von dem Verhalten angewidert gewesen und habe sich gedemütigt gefühlt. Sie habe versucht, möglichst nicht mit ihm alleine in einem Raum zu sein und sich bei der Arbeit immer unwohler gefühlt, da sie ständig Angst vor weiteren derartigen Situationen oder verletzenden Aussagen gehabt habe.

Im Dezember sei die Antragstellerin einmal einen Tag krank gewesen. Wieder zurück in der Arbeit habe sie ihre Z App benötigt, jedoch ihr Passwort nicht mehr gehabt und daher Y um Unterstützung gebeten. Dieser habe nur gemeint, er mache das schon. Als die Antragstellerin ihn nach dem neuen Passwort gefragt habe, habe er laut gesagt „megapo01“.

In weiterer Folge haben sich bei der Antragstellerin auch körperlich negative Folgen gezeigt. Sie habe sich ständig nervös und unwohl gefühlt und drei Wochen durchgehend extrem starke Kopfschmerzen bei der Arbeit gehabt. An einem Montag habe sie Y geschrieben, dass sie krank sei, weil ihre Kopfschmerzen derart stark waren, dass sie nicht einmal die Augen habe öffnen können.

Nach zwei Tagen habe sich ihr Zustand gebessert und sie sei am Mittwoch, 12. Jänner 2022, wieder in die Arbeit gefahren. Als sie am Ende ihres Dienstes wieder nach Hause gehen habe wollen, habe sie ihr Vorgesetzter der Obst- und Gemüseabteilung ins Büro zu Y geholt. Dieser habe erklärt, dass es nicht gehe, dass sie wegen Kopfschmerzen zu Hause bleibe und er sie kündigen möchte.

Dieses Gespräch sei für die Antragstellerin völlig überraschend gekommen. Nie habe es vorher eine Kritik oder Verwarnung in Bezug auf ihre Arbeit gegeben. Während die Antragstellerin noch völlig perplex seine Aussage verarbeitet habe, habe er sie gefragt, ob sie in die Feinkost wechseln wolle. Die Antragstellerin habe nur knapp erwidert, dass dies nichts für sie sei. Daraufhin habe Y festgestellt, „passt, dann eine einvernehmliche Kündigung“ und ihr bereits den Zettel zum Unterschreiben vorgelegt.

Die Situation sei für die Antragstellerin völlig unerwartet gekommen und alles sei unglaublich schnell gegangen. Ihr Vorgesetzter habe nichts gesagt und sie habe sich Y völlig hilflos ausgeliefert gefühlt. Die Antragstellerin habe gedacht, es handle sich um eine Arbeitgeberkündigung, da Y zunächst ja davon gesprochen habe, dass er sie kündigen möchte. Sie habe sich demnach vor vollendete Tatsachen gestellt gefühlt und die „vermeintliche“ Arbeitgeberkündigung unterschrieben. Es sei ihr in dem Moment nicht bewusst gewesen, dass es sich um eine einvernehmliche Kündigung gehandelt habe.

Bevor die Antragstellerin gegangen sei, habe Y noch zu ihr gemeint, dass dies ihr letzter Arbeitstag sei aber sie sich gerne wieder melden könne, wenn sie ihr Leben wieder in den Griff bekomme habe.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerin übermittelten **Stellungnahme** vom 31. Oktober 2022 bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen zusammengefasst wie folgt entgegen:

Es sei richtig, dass die Antragstellerin als Filialmitarbeiterin beschäftigt gewesen sei und das Dienstverhältnis zum 12. Jänner 2022 im Einvernehmen aufgelöst worden sei. Auf das Dienstverhältnis gelange der Kollektivvertrag für Handelsangestellte zur Anwendung.

Die im Antrag erhobenen Vorwürfe gegenüber in der Filiale 1 tätigen Mitarbeitern, insbesondere gegenüber Filialleiter Y seien der Antragsgegnerin unbekannt gewesen. Die Antragstellerin habe sich soweit bekannt weder an den Betriebsrat noch an sonstige Dienstvorgesetzte hinsichtlich der behaupteten Vorwürfe gewandt. Selbstverständlich wäre es ihr möglich gewesen, sich jederzeit an den Vertriebsmanager als Dienstvorgesetzten des Marktmanagers Y vertrauensvoll zu wenden.

Auf Grund der Vorwürfe seien von Seiten des Dienstvorgesetzten von Y, X, Einzelgespräche geführt worden. Die entsprechenden Erhebungen seien in der Filiale durchgeführt worden und insbesondere die anwesenden Filialmitarbeitenden zu den Vorwürfen und hier insbesondere zum Verhalten des Marktmanagers Y befragt worden. Dazu sei auszuführen, dass kein einziger Mitarbeiter hier irgendwelche Vorwürfe gegen den Marktmanager bestätigt habe und es bisher auch keine ähnlich gearteten Vorfälle gegeben habe.

Selbstverständlich sei auch Y mit den erhobenen Vorwürfen konfrontiert worden: Dieser bestreitet die Vorwürfe vehement und weist darauf hin, dass generell in der Filiale ein kollegialer und lockerer Umgangston geherrscht habe. Er habe die Antragstellerin aber definitiv weder verbal belästigt noch sich dieser gegenüber in sonstiger Weise anzüglich verhalten. Er bestreitet insbesondere Worte wie „Melonenarsch“ zu der Antragstellerin gesagt zu haben und sichert zu, dass auch sonst kein Mitarbeiter sich in dieser Weise in seiner Anwesenheit derart geäußert habe. Auch die sonstigen Vorwürfe werden von diesem vehement bestritten.

Y sei selbstverständlich vorsorglich darauf hingewiesen worden, dass er auf den Umgangston mit den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern in der Filiale zu achten habe. Er sei auch mit dem nunmehr vorliegenden Foto aus der WhatsApp Korrespondenz konfrontiert worden. Y habe zwar versichert, dass dies als Scherz unter Kollegen gemeint gewesen sei. Ihm sei auch nicht ersichtlich gewesen, dass das von Seiten der Antragstellerin anders verstanden worden sei. Er sei aber dennoch darüber aufgeklärt worden, dass dies insbesondere im Hinblick auf seine Position als Dienstvorgesetzter nicht zu tolerieren sei und entsprechend verwarnt worden. Derartiges Verhalten werde von Seiten der Antragsgegnerin nicht toleriert. Y habe jedoch versichert, dass diese Umstände in keinerlei Zusammenhang mit der Beendigung des Dienstverhältnisses stehen.

Was die Beendigung angehe, habe es mit der Antragstellerin schon im Vorfeld wiederholte

Gespräche auf Grund ihrer Arbeitsleistung gegeben. Es sei daher nicht nachvollziehbar, weshalb für die Antragstellerin dieses Gespräch überraschend gewesen sein soll. Hier seien ausschließlich fachliche Gründe maßgeblich gewesen. Die Antragstellerin habe sich mit dem Start im Oktober sehr gut entwickelt, jedoch auch sehr schnell wieder nachgelassen. Sie sei für die Obst- und Gemüseeigenproduktionen zuständig gewesen. Es habe sehr wohl Gespräch, insbesondere auch mit ihrem Dienstvorgesetzten, gegeben, da die Antragstellerin den Kunden immer wieder und immer öfter keine einwandfreie Ware anbieten habe wollen. Der Marktmanager habe die Antragstellerin darauf aufmerksam gemacht, dass eine Zusammenarbeit so nicht weiter funktioniere. Es sei ihr auch eine Stelle in der Feinkost angeboten worden, um sie als Mitarbeiterin nicht zu verlieren. Dieses Angebot habe sie abgelehnt.

Die Antragstellerin sei darüber aufgeklärt worden, dass sie eine Lösung im beiderseitigen Einvernehmen unterschreibe und sie dadurch auch keine Kündigungsfrist habe. Dem Gespräch habe auch ein Zeuge beigewohnt. Das E-Mail von Herrn W bestätige diesen Ablauf. Die Kündigung sei jedoch keineswegs wegen der jetzt vorgeworfenen Anschuldigungen erfolgt.

PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin sowie die mündliche Befragung der Antragstellerin, Y und X (informierte Vertreter der Antragsgegnerin) vom 11. Oktober 2023. Als weitere Auskunftspersonen wurden W und V am 11. Oktober 2023 befragt.

Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf das WhatsApp-Foto vom 29. Dezember 2021, die einvernehmliche Kündigung vom 12. Jänner 2022, das Protokoll der einvernehmlichen Dienstauflösung von W vom 10. August 2022, das Protokoll der Mitarbeitergespräche von X vom 29. Juli 2022, die Verwarnung von Y vom 28. Oktober 2022 und den Aktenvermerk von Betriebsrätin V (vorgelegt am 2. Oktober 2023).

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

[...]

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

7. bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses“

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

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

[...]

(2) Sexuelle Belästigung liegt vor, wenn ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten gesetzt wird, das die Würde einer Person beeinträchtigt oder dies bezweckt, für die betroffene Person unerwünscht, unangebracht oder anstößig ist und

1. eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betroffene Person schafft oder dies bezweckt 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.

[...]“

„§ 17. (1) Auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung darf im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, [...]“

„§ 19. [...]“

(4) Eine Diskriminierung liegt auch vor, wenn eine Person auf Grund ihres Naheverhältnisses zu einer Person wegen deren ethnischer Zugehörigkeit, deren Religion oder Weltanschauung, deren Alters oder deren sexueller Orientierung diskriminiert wird.“

„§ 21. (1) Eine Diskriminierung nach § 17 liegt auch vor, wenn eine Person

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

[...]

(4) Eine Diskriminierung liegt auch vor, wenn eine Person auf Grund ihres Naheverhältnisses zu einer Person wegen deren ethnischer Zugehörigkeit, deren Religion oder Weltanschauung, deren Alters oder deren sexueller Orientierung belästigt wird.“

Generell ist zur Frage des Beweismaßes und der Beweislastverteilung im GBK-Verfahren anzumerken, dass eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne des 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.

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 einer (sexuellen) Belästigung und einer Beendigungsdiskriminierung, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem **Sachverhalt** aus:

Die Antragstellerin war von Anfang Oktober 2021 bis 12. Jänner 2022 bei der Antragsgegnerin in der Filiale 1 beschäftigt. Sie wurde von Montag bis Samstag von 5 Uhr bis 10 Uhr in der Obst- und Gemüseabteilung unter Abteilungsleiter W eingesetzt. Die Filiale 1 wurde im Herbst 2021 eröffnet, weshalb die Antragstellerin zu Beginn ihrer Beschäftigung mit dem Einräumen und später mit der Eigenproduktion betraut war.

Der Marktmanager Y kommentierte mehrfach die Figur der Antragstellerin, allen voran ihr Gesäß. Am 29. Dezember 2021 machte er im Pausenraum ein Foto von dem Gesäß der Antragstellerin und schickte ihr dieses Foto auf WhatsApp. Die Antragstellerin forderte ihn umgehend auf, das Foto zu löschen. Zudem äußerte sich Y zur Herkunft des damaligen Freundes der Antragstellerin und kommentierte dessen türkischen Migrationshintergrund.

Das Arbeitsverhältnis mit der Antragstellerin wurde am 12. Jänner 2022 einvernehmlich im Beisein von W und Y aufgelöst. Ein vorangehendes Angebot eines Wechsels von der Obst- und Gemüseabteilung in die Feinkostabteilung lehnte die Antragstellerin ab. Als Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses wurde der Leistungsabfall genannt, zumal der Antragstellerin, trotz wiederholter Kritik und Hinweise durch W, Fehler bei der Zusammenstellung der Obst- und Gemüsebecher aus der Eigenproduktion unterliefen.

Im Sommer 2022 wurde Y mit den Vorwürfen konfrontiert und es wurden filialinterne Befragung durch den Vertriebsmanager X und die zuständige Betriebsrätin V durchgeführt. Eine schriftliche Verwarnung Ys auf Grund des Fotos folgte am 28. Oktober 2022.

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

Seit der Beendigung des gegenständlichen Arbeitsverhältnisses war die Antragstellerin noch in zwei weiteren Z-Filialen beschäftigt, wobei sie das Arbeitsverhältnis in beiden Fällen im Probemonat auflöste.

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

1. Es liegt **eine Diskriminierung** auf Grund **des Geschlechtes durch eine sexuelle Belästigung durch den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin** gemäß **§ 6 Abs 1 Z 1 iVm § 6 Abs 2 Z 1 GIBG** vor.

Um von einer sexuellen Belästigung iSd § 6 Abs 2 GIBG sprechen zu können, muss durch ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten die Würde einer Person in einem gewissen Mindestmaß an Intensität beeinträchtigt werden oder die Beeinträchtigung zumindest bezweckt werden.⁴ Ob die Würde einer Person beeinträchtigt wird, ist nach einem objektiven Maßstab zu beurteilen. Hinzu kommt das subjektive Kriterium, dass das belästigende Verhalten für die betroffene Person unerwünscht, unangebracht oder anstößig sein muss. 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.⁵ 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.⁶

Zudem stellt § 6 Abs 2 Z 1 darauf ab, dass ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten gesetzt wird, das eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betroffene Person schafft oder dies bezweckt. Die „Arbeitsumwelt“ wird häufig erst durch mehrere Belästigungshandlungen im beschriebenen Sinn beeinflusst, wobei auch schon eine einzelne Belästigungshandlung derartig schwerwiegend sein kann. Durch sexuelle Übergriffe entsteht regelmäßig ein belastendes Arbeitsklima, das die Arbeitsfähigkeit der Betroffenen beeinträchtigt. Sie fühlen sich in ihrer Bewegungsfreiheit am Arbeitsplatz eingeschränkt und stehen unter dauernder Anspannung. Bei sexueller Belästigung geht es in aller Regel – entgegen einer verbreiteten Fehlannahme – nicht um sexuelle Befriedigung des Belästigers bzw. der Belästigerin, sondern vielmehr um sexuell gefärbte Machtausübung.⁷

Y setzte ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten, indem er das Gesäß der Antragstellerin ohne deren Einwilligung fotografierte und mehrfach anzügliche Bemerkungen über ihre

⁴ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 21.

⁵ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 25.

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

⁷ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 28.

Figur, insbesondere ihr Gesäß, machte. Die Antragstellerin konnte in ihrer Befragung vor dem Senat glaubhaft vermitteln, dass dies ihrerseits unerwünscht war. Dies kommunizierte sie Y auch, etwa indem sie ihn aufforderte, das Foto umgehend zu löschen. Das Fotografieren des Gesäßes in Zusammenschau mit den fortgesetzten Kommentaren über die Figur der Antragstellerin ist zudem geeignet, die Würde einer Person in der tatbestandsmäßig geforderten Mindestintensität zu verletzen. Durch das beschriebene Verhalten wurde im konkreten Fall zudem eine für die Antragstellerin einschüchternde Arbeitsumwelt geschaffen. So fühlte sich die Antragstellerin zusehends unwohl an ihrem Arbeitsplatz und zeigte negative körperliche Folgen.

Die Belästigungshandlung kann schließlich durch Dritte, etwa Arbeitskollegen/Arbeitskolleginnen oder durch den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin selbst gesetzt werden (§ 6 Abs 1 GIBG). Handelt es sich bei dem Arbeitgeber/der Arbeitgeberin um eine juristische Person, so ist dieser das Verhalten ihrer vertretungsbefugten Organe zuzurechnen.⁸ Gleichmaßen haftet die juristische Person als Arbeitgeber/Arbeitgeberin für die sexuelle Belästigung durch Personen, die, ohne Organ zu sein, kraft ihrer Befugnisse und ihrer Stellung gegenüber anderen Arbeitnehmern/Arbeitnehmerinnen zur „selbständigen Ausübung von Unternehmer- und insbesondere Arbeitgeberfunktionen berechtigt“⁹ sind und die sexuelle Belästigung damit in einem inneren Zusammenhang steht.¹⁰

Im vorliegenden Fall wird Y der Arbeitgeberin iSd § 6 Abs 1 Z 1 GIBG zugerechnet, zumal er als Marktmanager insbesondere das Beendigungsgespräch mit der Antragstellerin führte und damit Arbeitgeberfunktionen gegenüber der Antragstellerin ausübte.

Für den Senat war im Rahmen der Prüfung der Glaubhaftmachung insbesondere das vorgelegte Foto des Gesäßes der Antragstellerin und die unbestrittene Urheberschaft Ys an selbigem ausschlaggebend. Vor diesem Hintergrund war es für den Senat auch glaubwürdig, dass Y bereits in vorhergehenden Situationen die Figur der Antragstellerin in anzüglicher Weise kommentierte. Somit gelang es der Antragstellerin im vorliegenden Fall den glaubhaften Anschein einer sexuellen Belästigung darzulegen. Daher verlagerte sich die Beweislast auf die Antragsgegnerin.

Die Ausführungen Ys zum Zustandekommen des Fotos erachtete der Senat als widersprüchlich und wenig glaubwürdig. So wurde in der schriftlichen Stellungnahme der Antragsgegnerin zunächst vorgebracht, das Foto sei als „Scherz“ gemeint gewesen. In der mündlichen Befragung führte Y hingegen aus, er habe das Foto auf die Bitte der Antragstellerin gemacht, da diese wissen habe wollen, ob sie einen Fleck am Gesäß habe. Zunächst ist festzuhalten, dass subjek-

⁸ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 7, RIS-Justiz RS0123580.

⁹ OGH 9 ObA 19/21s, DRdA-InfAs 2021/177 S 382 (Kaltschmid), mit weiteren Nachweisen.

¹⁰ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 44.

tive Elemente auf Seite des Belästigers, wie die Intention einen Scherz zu machen, außer Betracht bleiben und es demnach unerheblich ist, ob dieser die Absicht hatte, zu belästigen.¹¹ Ungeachtet dessen erschien auch die Begründung, das Foto sei auf Wunsch der Antragstellerin entstanden, im gegenständlichen Zusammenhang lebensfremd und wenig glaubwürdig. Dies auch deshalb, da die Position der Antragstellerin auf dem Foto nicht darauf schließen lässt, dass sie sich fotografieren lassen habe wollen.

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.

Zusammengefasst geht der Senat somit davon aus, dass Y durch die von ihm getätigten Handlungen objektiv ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten gesetzt hat, das in seiner Intensität geeignet war, die Würde der Antragstellerin zu beeinträchtigen, für die Antragstellerin persönlich unerwünscht war und zudem eine einschüchternde Arbeitsumwelt schuf.

2. Es liegt **keine Diskriminierung auf Grund eines Naheverhältnisses zu einer Person wegen deren ethnischer Zugehörigkeit durch eine Belästigung durch den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin** gemäß § 21 Abs 1 Z 1 iVm § 21 Abs 4 iVm § 17 Abs 1 GIBG vor.

§ 21 Abs 4 GIBG stellt darauf ab, dass eine Person auf Grund ihres Naheverhältnisses zu einer Person wegen deren ethnischer Zugehörigkeit, deren Religion oder Weltanschauung, deren Alters oder deren sexueller Orientierung belästigt wird. Der Diskriminierungsschutz nach dem GIBG beschränkt sich folglich nicht auf das Verbot der Belästigung von Personen, die selbst das geschützte Merkmal tragen, sondern umfasst auch Diskriminierungen auf Grund der engen Verbindung zu dieser Person. Dabei kommen als Merkmalsträger insb. im selben Haushalt lebenden nahen Familienangehörigen des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin in Betracht. Die Tatbestandsmäßigkeit der sog. Diskriminierung durch Assoziierung erfordert die Kausalität des Naheverhältnisses für die Belästigung.¹²

Es gelang der Antragstellerin in ihrer mündlichen Befragung nicht, die in ihrem Antrag vorgebrachte Diskriminierung durch Assoziierung zu substantiieren. Zwar schilderte die Antragstellerin, Y habe ihren damaligen Freund „wegen der Nationalität sehr schlecht geredet“ und ihn beim falschen Namen genannt. Nach Ansicht des Senates blieb die Antragstellerin jedoch in ihrem diesbezüglichen Vorbringen zu unkonkret und vermochte es nicht, die für eine Belästigung erforderlichen allgemeinen Voraussetzungen des § 21 Abs 2 GIBG, allen voran die Würdeverletzung der Antragstellerin in der geforderten Mindestintensität, glaubhaft zu machen.

¹¹ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erlor*, GIBG² (2021) § 6 Rz 7 Rz 12.

¹² Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erlor*, GIBG² (2021) § 21 Rz 10 ff und EuGH C-303/06, *Coleman*, ECLI:EU:C:2008:415.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 26 Abs 12 GIBG ist es der Antragstellerin nicht gelungen ist, eine Belästigung durch Assoziierung durch Y glaubhaft zu machen. Daher kommt es zu keiner Beweislastverlagerung gemäß § 26 Abs 12 GIBG und das Beweisdefizit geht folglich zu Lasten der Antragstellerin.

3. Es liegt **keine Diskriminierung** auf Grund **des Geschlechtes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** vor.

Gemäß § 3 Z 7 GIBG darf niemand auf Grund des Geschlechtes, insbesondere unter Bezugnahme auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat, im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses diskriminiert werden.

Der Begriff der „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ ist grundsätzlich nicht auf eine bestimmte Art des Arbeitsverhältnisses oder eine bestimmte Art der Beendigung beschränkt und ist weit zu verstehen.¹³ Nach der Judikatur des OGH ist auch eine einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht schon als solche von der Anwendung des Gleichbehandlungsgebots ausgenommen. Die Tatbestandsmäßigkeit erfordert jedoch, dass die einvernehmliche Auflösung in geschlechtsdiskriminierender Weise gehandhabt wird.¹⁴

Die Antragstellerin konnte die vorgebrachten Vorwürfe in ihrer Befragung nicht weiter konkretisieren. Es gelang ihr insbesondere nicht, den Diskriminierungsgrund Geschlecht sowie die geschlechtsdiskriminierende Handhabung der einvernehmlichen Auflösung ausreichend zu substantiieren und damit die in ihrem Antrag angeführten Vorkommnisse glaubhaft zu machen.

Dennoch ist festzuhalten, dass der Ablauf des Beendigungsgespräches mit der Antragstellerin nach Ansicht des Senates kritisch zu sehen ist. Zwar wurde der Antragstellerin erklärt, dass es sich um eine einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses handelte, jedoch zeigte die Befragung der Antragstellerin deutlich, dass sie sich mit der Einordnung der Situation überfordert sah. Die Besonderheit der Sachlage und Schwere ihrer Rechtsfolgen gebietet es daher nach Ansicht des Senates sicherzugehen, dass die Arbeitnehmerin die Rechtsnatur der Beendigung durchdringt und die Möglichkeit hat, etwaige Rückfragen zu stellen, selbst wenn eine Rechtsbelehrung ieS keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses ist. Für den Senat ebenfalls fragwürdig war die Aussage der Betriebsrätin V, wonach diese im Rahmen des Beendigungsgespräches telefonisch zugezogen wurde, zumal die Antragstellerin in glaubwürdiger Weise darlegte, dass dieses Telefonat nie stattgefunden hat. Ob die Betriebsrätin, wie in der Anmerkung auf der Auflösungsvereinbarung vom 12. Jänner 2022 notiert, „im Beisein der Antragstellerin telefonisch informiert wurde“, konnte vom Senat nicht festgestellt werden. Ein Zusammenhang mit einer Verletzung des GIBG in dem

¹³ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 137.

¹⁴ Vgl. OGH 29.8.2011, 9 ObA 63/11x und *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 3 Rz 139.

Sinne, dass die einvernehmliche Auflösung des Dienstverhältnisses geschlechtsdiskriminierend gehandhabt wurde, wird darin vom Senat I der GBK jedenfalls nicht gesehen.

Der von der Antragstellerin gewonnene Eindruck führte daher im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs 12 GIBG zur Ansicht, dass es der Antragstellerin nicht gelungen ist, eine Belästigung durch Y glaubhaft zu machen. Daher kommt es zu keiner Beweislastverlagerung gemäß § 12 Abs 12 GIBG und geht dieses Beweisdefizit folglich zu Lasten der Antragstellerin.

4. Es liegt **keine Diskriminierung** auf Grund eines **Naheverhältnisses zu einer Person wegen deren ethnischer Zugehörigkeit bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 17 Abs 1 Z 7 iVm § 19 Abs 4 GIBG** vor.

Gemäß § 17 Abs 1 Z 7 iVm § 19 Abs 4 GIBG darf niemand auf Grund eines Naheverhältnisses zu einer Person wegen deren ethnischer Zugehörigkeit, deren Religion oder Weltanschauung, deren Alters oder deren sexueller Orientierung bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses diskriminiert werden.

Die Antragstellerin konnte in ihrer Befragung das Vorbringen einer Beendigungsdiskriminierung auf Grund eines Naheverhältnisses zu einer Person wegen deren ethnischer Zugehörigkeit nicht weiter konkretisieren. Eine genaue Prüfung des Vorbringens kann im Übrigen mit Verweis auf Punkt 3. unterbleiben, wonach auch die Glaubhaftmachung des Tatbestandselements der „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ durch diskriminierende Handhabung der einvernehmlichen Auflösung nicht gelungen ist.¹⁵

Das Beweisdefizit des § 26 Abs 12 GIBG geht folglich zulasten der Antragstellerin.

5. Es liegt **keine Diskriminierung** auf Grund **des Geschlechtes durch eine Belästigung durch den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin** gemäß **§ 6 Abs 1 Z 1 iVm § 6 Abs 2 Z 2 GIBG** vor.

Zum Begriff der sexuellen Belästigung allgemein sowie zur Zurechnung Ys zur Antragsgegnerin kraft seiner Ausübung von Arbeitgeberfunktionen gegenüber der Antragstellerin wird auf Punkt 1. verwiesen.

§ 6 Abs 2 Z 2 stellt darauf ab, dass die Zurückweisung oder Duldung eines der sexuellen Sphäre zugehörigen Verhaltens ausdrücklich oder stillschweigend zur Grundlage einer (nachteiligen) 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 („Karrierebehinderung“).

¹⁵ Zum Beendigungsbegriff ist dabei festzuhalten, dass § 17 GIBG dem § 3 GIBG nachgebildet wurde und von einem gemeinsamen Begriffsverständnis auszugehen ist. Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 17 Rz 125.

Die Aufforderung der Antragstellerin an den Antragsgegner, das Foto ihres Gesäßes sofort zu löschen, kann als Zurückweisung iSd § 6 Abs 2 Z 2 GIBG gesehen werden. Die Antragstellerin konnte zudem glaubhaft darlegen, dass ein zeitlicher Zusammenhang zwischen der Zurückweisung der sexuellen Belästigung und der Auflösung des Dienstverhältnisses besteht. So ereignete sich der Vorfall des Fotos am 29. Dezember 2021 und die einvernehmliche Auflösung des Dienstverhältnisses am 12. Jänner 2022. Anders als der Tatbestand der Beendigung des Dienstverhältnisses iSd § 3 Z 7 GIBG ist der Tatbestand der Karrierebehinderung iSd § 6 Abs 2 Z 2 GIBG deutlich weiter formuliert (argumento „oder zur Grundlage einer anderen Entscheidung in der Arbeitswelt“). Im Hinblick auf die einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses erfordert die Karrierebehinderung iSd § 6 Abs 2 Z 2 GIBG nicht die erhöhte Anforderung einer geschlechtsdiskriminierenden Handhabung derselben. Somit kann auch die Entscheidung der Antragsgegnerin der Antragstellerin eine einvernehmliche Auflösung – zumindest implizit – nahezulegen, Gegenstand der Karrierebehinderung sein. Die Glaubhaftmachung ist damit nach Ansicht des Senates geglückt.

Daher verlagerte sich die Beweislast auf die Antragsgegnerin.

Y und W konnten in ihrer Befragung glaubhaft darlegen, dass sich die Arbeitsleistung der Antragstellerin im Laufe der Zeit in Bezug auf ihrer Tätigkeit in der Eigenproduktion verschlechterte. Sie schilderten insbesondere, dass häufig mangelhaft verarbeitetes oder verdorbenes Obst und Gemüse in den von der Antragstellerin zubereiteten Obst- und Gemüsebechern zu finden war und diesbezügliche Hinweise bzw. Kritikgespräche ins Leere gingen. Auch die Tatsache, dass der Antragstellerin eine Stelle in der Feinkostabteilung angeboten wurde – dies wohl in der Hoffnung, dass es der Antragstellerin hier leichter fallen würde, die erforderliche Genauigkeit an den Tag zu legen – sprach gegen eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus diskriminierenden Gründen. Nach Ansicht des Senates konnte damit aufgezeigt werden, dass der Beendigung des Arbeitsverhältnisses kein geschlechtsdiskriminierender Grund innewohnte, sondern vielmehr fachliche Gründe den Ausschlag gaben.

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

VORSCHLAG

Gemäß **§ 12 Abs 3 GBK/GAW-Gesetz** hat der Senat, wenn er der Auffassung ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, dem 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 AG (Y)**, 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 und**
- 2. Schulung Ys über das Gleichbehandlungsgesetz.**

Wien, 11. Oktober 2023

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK