

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

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 9. November 2021 über den am 11. August 2020 eingelangten Antrag der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **A (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes bei den sonstigen Arbeitsbedingungen** gemäß **§ 3 Z 6 GIBG** (BGBl I Nr 66/2004 idgF), **bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** und **durch eine sexuelle Belästigung durch den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin** gemäß **§ 6 Abs 1 Z 1 GIBG** durch **Z GmbH (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/970/20, zu folgendem

PRÜFUNGSERGEBNIS:

1. **A ist aufgrund des Geschlechtes bei den sonstigen Arbeitsbedingungen gemäß § 3 Z 6 GIBG durch Z GmbH diskriminiert worden.**
2. **A ist aufgrund des Geschlechtes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG durch Z GmbH diskriminiert worden.**
3. **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.**

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 von 20. Jänner 2020 bis zur Kündigung, die ihr von ihrer Kollegin, B, am 16. März 2020 im Auftrag von Ing. Y überreicht worden sei, als Sekretärin bei der Antragsgegnerin beschäftigt gewesen. Die Antragstellerin habe Ing. Y über eine Partnerschaftsplattform

¹ Vgl. zB VfSlg. 19.321.

kennengelernt. Sie habe ihm allerdings von Anfang an mitgeteilt, dass sie kein Interesse an einer Beziehung mit ihm habe.

Zu Beginn des Arbeitsverhältnisses habe Ing. Y der Antragstellerin erklärt, sie hätte als Assistentin für sein Wohl zu sorgen, wobei er unter anderem gemeint habe, dass sie gemeinsam spazieren gehen sollten. Zudem habe er ihr mitgeteilt, sie müsse die Arbeitsstunden nicht so genau aufschreiben. Die Antragstellerin habe das jedoch nicht gewollt und ihm das auch gesagt.

Die Antragstellerin sei oft mit Ing. Y alleine in der Arbeit gewesen. Dabei habe er sie wie zufällig berührt. Die Antragstellerin habe ihm daraufhin mitgeteilt, dass sie dies nicht wolle. Daraufhin habe Ing. Y sie gefragt, ob sie denn noch wisse, wie sie sich kennengelernt hätten. Bei der Antragstellerin sei durch dieses Verhalten der Eindruck entstanden, er behandle sie wie ein Objekt und gehe davon aus, dass sie über die arbeitsvertraglich vereinbarten Pflichten zur Verfügung stehe, da sie sich über eine Partnerschaftsvermittlung kennengelernt gehabt haben.

Ing. Y habe wiederholt zur Antragstellerin gesagt, sie beide seien ein super Paar. Als sie einmal gemeinsam in der Kaffeeküche gestanden seien, habe er gemeint, die Antragstellerin solle genauso wie jetzt stehen bleiben. Auf ihre Nachfrage, warum sie das tun solle, meinte er, er könne so ihre Brustwarzen am besten sehen.

Bereits im Dezember habe Ing. Y der Antragstellerin angeboten, ihr eines seiner gebrauchten E-Pianos zu schenken, da er sich ein neues kaufen habe wollen. Sie habe dies abgelehnt. Dennoch habe er ihr zu Weihnachten ein E-Piano geschenkt, welches er direkt zu ihr nach Hause liefern habe lassen. Die Antragstellerin habe dieses Geschenk anfangs nicht annehmen wollen, weil sie den Verdacht gehabt habe, es wäre an Erwartungen geknüpft. Ing. Y habe dies jedoch sofort in einer Kommunikation über WhatsApp verneint und erklärt, er würde einfach gerne Menschen beschenken.

In den letzten Wochen vor der Kündigung habe Ing. Y die Antragstellerin jedoch des Öfteren darauf hingewiesen, dass sie sein großzügiges Geschenk nicht vergessen und Dankbarkeit zeigen solle.

Schließlich habe er die Antragstellerin gekündigt, wobei er seinen Ärger über die lange Kündigungsfrist kundgetan habe und sie zunächst zu einer einvernehmlichen Kündigung überreden habe wollen. Nach der Kündigung habe er der Antragstellerin telefonisch mitgeteilt, sie solle freiwillig für den Rest ihrer Kündigungsfrist in Kurzarbeit gehen, weil eigentlich keine Arbeit für sie da wäre. Als sie dies verweigert habe, habe er wütend reagiert und gemeint, dass sie dann eben das Firmengebäude reinigen solle. Er habe mit einer fristlosen Kündigung gedroht und sich auf einen Punkt im Arbeitsvertrag berufen, wonach sie auch „niedere Arbeit“ auf Anweisung erledigen müsse. Da er in den Monaten zuvor auch im Firmengebäude gewohnt habe, seien somit auch die Privaträume von Ing. Y von der Antragstellerin gereinigt worden.

Das von Ing. Y gesetzte Verhalten sei für die Antragstellerin demütigend und herabsetzend gewesen und habe in erheblichem Ausmaß ihre Würde als Frau beeinträchtigt.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK von der Antragsgegnerin übermittelten Stellungnahme vom 7. September 2020 bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Die Antragstellerin sei in der Zeit von 20. Jänner 2020 bis zu Ihrer Kündigung am 16. März in der kleinen Firma von Ing. Y beschäftigt gewesen. Da ihm seine langjährige Sekretärin und Assistentin, B, mitgeteilt gehabt habe, dass sie ihr Beschäftigungsausmaß aus familiären Gründen reduzieren habe wollen und zudem im ersten Halbjahr 2020 einen längeren Aufenthalt im Ausland (...) geplant habe, sei er auf der Suche nach einer Person, die im Wesentlichen alle Aufgaben von B übernehmen würde. Vom Beginn an ihrer Anstellung habe die Antragstellerin deshalb gemeinsam mit B in deren Büro gearbeitet und sich von ihr in erster Linie die Supporttätigkeiten für die Softwareprodukte der Antragsgegnerin erklären lassen.

Zum Aufgabenbereich seiner Assistentin haben zudem die Beantwortung von Telefongesprächen, die Besorgung von Speisen und Getränken inklusive Bewirtung seiner Geschäftspartner und die nicht unwesentliche Tätigkeit, ihm als Geschäftsführer „den Rücken frei zu halten“, gehört. Dazu seien immer wieder auch persönliche Strategiegelgespräche über die generelle Abstimmung, Ausrichtung und Koordinierung der einzelnen Belange seiner Firma notwendig gewesen. Es verstehe sich von selbst, dass für diese Art von Tätigkeit eine 100 Prozent Loyalität und ein absolutes gegenseitiges Vertrauen unumgänglich sei. Die Auswahl einer solchen Mitarbeiterin sei daher nicht gerade einfach. B sei für ihn immer so etwas wie eine wirtschaftliche Beraterin, „gute Seele“ und „psychische Stütze“ (gewesen), welche ihm auch in schwierigen Situationen immer wieder Mut zugesprochen habe und gut gemeinte freundschaftliche Ratschläge gegeben habe.

Einen Ersatz für B zu finden, sei nicht leicht gewesen – er habe jedoch gedacht, die Antragstellerin könnte die richtigen Voraussetzungen für diese Tätigkeit mitbringen. Es stimme, dass er die Antragstellerin im Spätherbst 2019 auf einer Partnervermittlungsplattform auf der Suche nach einer neuen Lebenspartnerin kennengelernt habe. Sie haben sich oft geschrieben – manchmal sogar täglich. Sie habe den Eindruck einer sehr verlässlichen und empathischen Person gemacht und ihre Sympathie sei gewachsen – ohne, dass sie sich je gesehen gehabt haben. Die Antragstellerin habe ihm erzählt, dass sie gerade eine Ausbildung zur ... gemacht habe und sehr häufig auf der ... in Sichtentfernung an seiner Firma ... vorbeigerauscht sei. Sie habe ihm aber auch mitgeteilt, dass sie vorgehabt habe, die Ausbildung abzubrechen, da ihr die Dienstzeiten (oft nachts) nicht wirklich zugesagt haben. Da ihm zu dieser Zeit seine Sekre-

tärin, B, darüber in Kenntnis gesetzt habe, dass sie nicht mehr so viele Stunden ab 2020 arbeiten würde und zudem länger im Ausland sein würde, habe er der Antragstellerin das Angebot gemacht, bei ihm in der Firma anzufangen. Zugleich habe er sie informiert, dass ihr Aufgabebereich sehr vielfältig sein würde und ein enges Vertrauensverhältnis dafür erforderlich sei. Sie habe ihm gesagt, dass sie sich dies alles sehr wohl vorstellen könnte, und da sie auch privat aufeinander neugierig gewesen seien, haben sie im Advent 2020 einen Kennenlern-Termin in einem Kaffeehaus in ... vereinbart. Die Begrüßung sei sehr herzlich gewesen und die Antragstellerin habe ihm viel über sich und ihre bisherigen Tätigkeiten erzählt. Zudem haben sie ausführlich über Partnerschaftsplattformen geplaudert und sie habe ihm auch viel über ihr Privatleben anvertraut. Im Anschluss daran habe er ihr seine Firma gezeigt und bei einer Tasse Kaffee haben sie vereinbart, dass die Antragstellerin nach Ende ihrer Kündigungszeit bei der ... bei ihm als Sekretärin bzw. Assistentin anfangen könne. Ihr Verhältnis sei von großer Freundschaft geprägt gewesen und er habe der Antragstellerin zugetraut, die Lücke die der Abgang von B mit sich bringen würde, füllen zu können. Zu Weihnachten habe er eine Dose selbstgebackener Kekse von ihr und zu Silvester eine ihr selbst zubereitete vegane Gulaschsuppe bekommen. Bereits zu Beginn ihres Schriftverkehrs habe ihm die Antragstellerin erzählt, dass sie gerne Klavier lernen würde, jedoch kein Instrument zum Üben zu Hause hätte. Als die Antragstellerin an jenem Tag des Kennenlernens bei ihm in der Firma gewesen sei, habe er ihr auch seine Musikinstrumente gezeigt und sie sei so begeistert von seinem E-Piano gewesen, dass er es ihr am liebsten gleich mitgegeben hätte – leider hätte es nicht in ihrem Mini-Cooper Platz gehabt. Da er aus beruflichen Gründen ständig die neuesten Keyboards und E-Pianos teste und auch immer wieder Instrumente angekauft habe, habe er beschlossen, ihr „sein“ E-Piano zu schenken. Später sei ihm eingefallen, dass dieses genaugenommen immer noch seiner Tochter, ..., gehört und er es von ihr nur zum Üben geliehen gehabt habe, da sie nicht mehr darauf gespielt habe. Somit habe er jedoch sein Angebot, dass er der Antragstellerin gegeben gehabt habe, nicht so einfach einlösen können. Er habe daher beschlossen, das gleiche E-Piano für die Antragstellerin zu bestellen und zu ihr liefern zu lassen.

In diesem Zusammenhang wolle Ing. Y erwähnen, dass er ein Mensch sei, der große Freude daran habe, andere Menschen zu beschenken. Zudem habe er das große Glück gehabt, dass ihm bei ... kurz vorher € 250.000,- als Investition versprochen worden seien (zu welcher es dann leider doch nicht gekommen sei.) Jedenfalls habe Ing. Y für die Antragstellerin den Nachfolger seines Instrumentes bestellt, da das gleiche Modell leider nicht mehr im Handel erhältlich gewesen sei. Es stimme, dass die Antragstellerin dieses erst gar nicht annehmen habe wollen – erst als er ihr mitgeteilt habe, dass sie ohnehin einen Monat Rückgaberecht hätte und zudem keinerlei Erwartungen oder Verpflichtungen mit dem Geschenk verbunden wären, habe sie es angenommen. Zudem haben sie vereinbart, dass er ihr bereits in den Weihnachtsferien ein paar Klavierstunden geben würde – zu welchen es aber niemals gekommen sei.

Ing. Y lege Wert auf die Feststellung, dass das Angestelltenverhältnis mit der Antragstellerin erst am 20. Jänner 2020 begonnen habe. Trotzdem sei es der Wunsch der Antragstellerin gewesen, dass sie bereits vor diesem Zeitpunkt mehrmals in seiner Firma anwesend sein habe können – weil sie bereits ein besonderes Naheverhältnis zu den Kätzchen aufgebaut gehabt habe und sie den Firmenbetrieb etwas besser kennenlernen habe wollen. Es stimme, dass er sie zu dieser Zeit an einem Nachmittag zu einem Spaziergang in unmittelbarer Nähe des Firmengebäudes eingeladen habe, was sie jedoch abgelehnt habe. *(Er habe damals grundsätzlich an jedem Nachmittag einen kleinen Spaziergang gemacht und sich daher bei der Einladung auch nichts gedacht.)* Zudem sei dies zu einem Zeitpunkt geschehen, als die Antragstellerin noch gar nicht bei ihm beschäftigt gewesen sei! Während der Zeit ihres Arbeitsverhältnisses habe er die Antragstellerin weder zu Spaziergängen noch zu anderen privaten Unternehmungen eingeladen!

Als die Antragstellerin am 20. Jänner offiziell ihre Arbeitsstelle bei der Antragsgegnerin angetreten habe, habe Ing. Y ihr erzählt, dass er bereits kurz nach Weihnachten 2019 eine sehr nette Person – ebenfalls über die Partnerschaftsplattform – kennengelernt gehabt habe, bald darauf persönlich getroffen habe und sie sich ineinander verliebt hätten. (Bis heute lebe er mit dieser Person in einer sehr glücklichen, erfüllten und harmonischen Partnerschaft.) Als er der Antragstellerin davon erzählt habe, dass seine Freundin, X, eine Landwirtschaft mit Milchkühen betreibe, habe sie sich sehr abfällig darüber geäußert. Er sei echt erschüttert und zugleich zutiefst betroffen gewesen als sie im Zusammenhang mit seiner Freundin die Bemerkung fallen gelassen habe: „Blöd fickt gut!“ Er habe darauf empört mit den Worten „Sag, was bildest du dir eigentlich ein!“ reagiert und den Raum verlassen... (Er habe sich zu diesem Zeitpunkt tatsächlich überlegt, ob er sie aufgrund dieser Entgleisung sofort kündigen sollte – habe ihr aber dann doch noch eine Chance gegeben...).

Über die Gründe, warum die Antragstellerin nun derartige Unterstellungen gegen Ing. Y vorbringe und ihn der Diskriminierung beschuldige, könne er nur spekulieren. Ihre Schilderung: „ich hätte ihr in der Teeküche auf die Brustwarzen gestarrt“ sei absurd und völlig aus der Luft gegriffen und er verwehre sich entschieden dagegen! Er habe noch nie eine Frau sexuell belästigt und so etwas liege ihm auch komplett fern. Er könne sich erinnern, dass er sich mit der Antragstellerin einmal über die #MeToo-Bewegung unterhalten habe. Seiner Meinung nach habe diese Bewegung zwar sehr viel Positives bewirkt, er frage sich jedoch, ob sie möglicherweise auch dazu beigetragen habe, die Hemmschwelle von Personen zu senken, die ganz bewusst und gezielt – aus unterschiedlicher Motivation heraus – andere durch falsche Vorwürfe in Verruf bringen wollen. Die Antragstellerin habe ihm dabei zugestimmt und gemeint, sie hätte ja gar keine Ahnung, wie einfach dies wäre... im Nachhinein komme dieser Äußerung eine ganz besondere Bedeutung zu!

Wenn in der schriftlichen Stellungnahme von einer „Mitarbeiter/Chef-Beziehung“ die Rede sei, welche über das „übliche Maß“ hinausgehen würde, dann stimme er dem zu. Er glaube

tatsächlich, dass es nur wenige Firmenchefs gebe, die alle ihre Mitarbeiter als „gute Freunde“ behandeln und so viel Vertrauen wie er entgegenbringen. Dahinter sehe er aber nichts Verwerfliches – im Gegenteil. Auch wenn es nicht „üblich“ sei, so bedeute die Pflege eines amikalen Umgangs mit seinen Mitarbeitern noch lange nicht, dass man sich dabei automatisch etwas zu Schulden kommen lasse. Allein die Tatsache, dass er seinen Mitarbeitern auch die Schlüssel von seinem Büro überlasse, wo sie theoretisch Tag und Nacht in seiner Abwesenheit Zugang hätten, zeige viel von seiner Einstellung. Dazu komme, dass er lange Zeit täglich allen seinen Mitarbeitern die Möglichkeit eines kostenlosen Jausen-Einkaufs inklusive ausgiebiger Pausen während der Arbeitszeit eingeräumt gehabt habe.

Wenn er gesagt habe, „wir beide wären ein „super“ Paar“ – dann könne dies nur „ironisch“ gemeint gewesen sein bzw. in Bezug auf den Ursprung ihres Kennenlernens (Partnerschaftsplattform). Auch habe er die Antragstellerin niemals auch nur ansatzweise mit „zweifelhaften Absichten“ berührt! In diesem Zusammenhang verweise er wieder auf seine Assistentin, B, welche jahrelang mit ihm gemeinsam und allein in einem Raum gearbeitet gehabt habe. Der Senat könne sie gerne befragen, ob er sich auch nur ansatzweise jemals Ähnliches zu Schulden kommen lassen habe...

Im Herbst 2019 habe eine Mitarbeiterin fünf verwaarloste Katzenbabys entdeckt, die offenbar kein Zuhause gehabt haben und ständig vor dem Firmengebäude herumgestreunt seien. Er habe sich rasch dazu überreden lassen, Katzenfutter zu besorgen und rasch seien die Kätzchen zu „allgemeiner Firmenattraktion“ geworden. Da die Katzen „wild“ aufgewachsen seien, sei es sehr schwer gewesen, diese zu streicheln oder zu zähmen. Die Antragstellerin, eine ausgewiesene Katzenliebhaberin und – wie sie sich selbst genannt habe – „Anwältin der Tiere“, habe viel Zeit damit verbracht, sich um die Katzen zu kümmern. Sie habe sie gefüttert und mit ihnen nach Lust und Laune auch während ihrer Arbeitszeit gespielt. Bis zum Zeitpunkt, als sie damit begonnen habe, überall Katzenfallen aufzustellen, um die Tiere einzufangen und kastrieren zu lassen, habe er auch nichts dagegen gehabt, dass sie sich so intensiv um die Kätzchen gekümmert habe. Er habe sich allerdings bemüht, die Tiere mit sanften Mitteln an den Menschen zu gewöhnen, und habe eine Kastration erst später durchführen lassen wollen, was zu immer größeren Spannungen mit seiner Mitarbeiterin geführt habe...

Entgegen der Aussage der Antragstellerin habe er jedoch nur wenig Zeit allein mit ihr verbracht, da ausschließlich B für das „Einarbeiten“ der neuen Mitarbeiterin in ihrem Büro zuständig gewesen sei, damit er in seinem eigenen Büro grundsätzlich nur allein und ungestört programmieren habe können und er ab Februar 2020 sehr viel unterwegs gewesen sei, um ein neues Firmengebäude und Zuhause in ... zu suchen, welches er am 1. März 2020 – also bereits zwei Wochen vor der Kündigung der Antragstellerin (!) – bezogen habe und keinen seiner Mitarbeiter – auch nicht die Antragstellerin – seither mehr persönlich getroffen gehabt habe! Zudem wolle er wiederholen, dass er seit Jänner 2020 eine sehr nette Freundin, X, habe

und daher überhaupt gar keinen Bedarf an „Nähe“ zu einer anderen weiblichen Person gehabt hätte!

Die Antragstellerin habe, so wie jeder andere Mitarbeiter, viele persönliche Freiheiten während ihrer Arbeitszeit gehabt. Zahlreiche „bezahlte“ Kaffeepausen seien selbstverständlich gewesen und er habe es bei ihr genauso wie bei allen anderen gehandhabt, nämlich, dass er auch ihre Arbeitszeitaufzeichnungen niemals kontrolliert habe. Er sei ein hilfsbereiter Mensch, schenke gerne – und wenn er dies tue, dann ohne jede Berechnung und er erwarte sich vor allem keine Gegenleistung! Er knüpfe auch niemals Bedingungen an irgendwelche Geschenke. *Ohne sich hervortun zu wollen, sei Ing. Y erlaubt zu erwähnen, dass er eine große Freude daran habe – und dies geschehe gar nicht so selten – wenn er einem Bettler auf der Straße einen 100 Euro-Schein in den Hut werfe und noch bevor er sein Glückfassen könne, einfach in der Menge verschwinde...*

Natürlich es komme auch hin und wieder vor, dass jemand ein Geschenk nicht annehmen möchte, oder sich dabei nicht wohl fühle. In so einem Fall versuche er, dem Beschenkten zu erklären, dass er keinerlei Gegenleistungen erwarte und an das Geschenk keinerlei Bedingungen knüpfe! Leider sei ein Teil der Gesellschaft so konditioniert, dass jedoch genau dies erwartet werde – frei nach dem Motto: „Wenn mir jemand etwas schenkt, dann will er sicher auch etwas von mir!“ Dem sei bei ihm aber nicht so! Er sei sehr oft in seinem Leben von anderen beschenkt worden, sodass er immer das Bedürfnis habe, mit anderen zu teilen. Als er mit seinen Mitarbeitern 2019 am Weihnachtsmarkt im ...-Einkaufszentrum in ... am ...-Stand die Produkte zum Kauf angeboten habe, seien diese völlig verwundert gewesen, wenn er (trotz relativ schlecht gehender Geschäfte) sein Produkt (Verkaufspreis ca. € 500,-) einfach so an fremde Personen verschenkt habe...

Es sei für Ing. Y immer schön zu sehen, wenn sich sein Gegenüber über ein Geschenk freue und es auch wertschätze. Es sei jedoch unrichtig, dass er die Antragstellerin in der Zeit vor ihrer Kündigung mehrmals mit Absicht an das geschenkte E-Piano erinnert und zu mehr Dankbarkeit aufgefordert hätte. Wenn sie manchmal über Musik gesprochen haben, habe er sich von Zeit zu Zeit erkundigt, wie es ihr mit dem Klavier-Üben gehe. Die Darstellung, er hätte sich Dankbarkeit oder gar „Gegenleistungen“ von ihr erwartet, weise er mit größter Entschiedenheit zurück!

Zudem sei er in den Wochen vor ihrer Kündigung gar nicht mehr in der Firma gewesen, sondern ab 1. März 2020 dauerhaft in seinem neuen Zuhause in ... in ... von wo er auch am 16. März 2020 das Kündigungsschreiben für die Antragstellerin seiner Sekretärin, B, am Telefon diktiert habe.

Es entspreche der Tatsache, dass er – nachdem klar gewesen sei, dass die Investoren ... leider „abgesprungen“ seien, und er das Betriebsgebäude auch aus wirtschaftlichen Gründen räumen habe müssen – in Ermangelung einer anderen vorhandenen Arbeit, der Antragstellerin

Ende März 2020 einmalig einige Zusammenräum- und Reinigungsarbeiten aufgetragen gehabt habe. Sämtliche ... (die Softwarekunden der Antragsgegnerin) seien damals bereits wegen Corona geschlossen gewesen und somit seien auch keine Supportarbeiten für die Antragstellerin angefallen. Es stimme, dass er auf der Couch in seinem Büro auch manchmal übernachtet habe. Er habe die Antragstellerin jedoch niemals beauftragt, seine privaten Sachen aufzuräumen. Im Gegenteil: Selbst in jener Zeit, als er noch eine Reinigungskraft in der Firma beschäftigt habe, habe diese den Auftrag gehabt, sämtliche Räume, außer seinem Büro, zu reinigen, da er immer darauf Wert gelegt habe, dass seine privaten Sachen von jemand anderem aufgeräumt würden. Den Großteil davon habe er zu diesem Zeitpunkt übrigens schon längst nach ... in sein neues Zuhause übersiedelt, bevor er der Antragstellerin den Auftrag mit den Zusammenräum- bzw. Reinigungsarbeiten erteilt habe, welche zudem im ausschließlichen Zusammenhang mit der Räumung des Firmengebäudes gestanden sei. Diesen Arbeitsauftrag habe die Antragstellerin zuerst gar nicht in Angriff nehmen wollen und ihm sofort mit der Arbeiterkammer „gedroht“. Erst als er sie per WhatsApp an den Dienstvertrag erinnert habe, habe sie diesen schlampig und widerwillig erledigt. Anschließend habe sie sich bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses für mehrere Wochen (von einem Arzt ...) krankschreiben lassen. Sie habe mehrmals im Vorfeld erwähnt, dass ihre Schwester die Frau (bzw. Partnerin) von einem praktischen Arzt mit Vornamen ... sei... (!).

Die bereits am 16. März 2020 ausgesprochenen Kündigung sei, wie bereits erwähnt, aus wirtschaftlichen Überlegungen erfolgt. Zuvor sei es bereits zu Kündigungen weiterer Arbeitnehmerinnen seiner Firma gekommen, zu welcher ihm die Antragstellerin der die wirtschaftliche Situation in vollem Umfang bekannt gewesen sei, selbst geraten gehabt habe! Zudem habe ihm B mitgeteilt, dass sie (wegen Corona) nun doch nicht ins Ausland gehen und weiterhin seine Assistentin bleiben würde.

Abschließend wolle Ing. Y explizit festhalten, dass er weder in der Zeit des „Partnerschaftsplattform-kennenlernens“ noch in der Zeit als Mitarbeiterin (ab. 20. Jänner 2020) die Antragstellerin jemals sexuell belästigt, noch in irgendeiner Weise diskriminiert habe! Trotz ihres anfänglich sehr freundschaftlichen Verhältnisses habe er mit ihr jedoch ein paar schwerwiegende Meinungsverschiedenheiten gehabt – speziell was die weitere Vorgangsweise bezüglich der Katzen und schließlich das Zusammenräumen bzw. Reinigungsarbeiten am Ende ihrer Dienstzeit anbelangt habe. In diesem Zusammenhang sei auch noch einmal an die völlig inakzeptable Äußerung der Antragstellerin bezüglich seiner Freundin erinnert, welche letztlich jedoch nicht für ihre Kündigung ausschlaggebend gewesen sei.

Möge die ausführliche Stellungnahme dazu dienen, dass sich die Kommission ein unbefangenes Urteil über ihn bilden könne, welches den tatsächlichen Gegebenheiten bzw. Vorkommnissen entspreche.

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 Ing. Y (informierter Vertreter der Antragsgegnerin) am 9. November 2021. Als weitere Auskunftsperson wurde B am 9. November 2021 befragt. Des Weiteren bezieht sich der Senat in seiner Entscheidungsfindung auf den Dienstvertrag der Antragstellerin vom 14. Jänner 2020, den WhatsApp-Schriftverkehr zwischen der Antragstellerin und Ing. Y betreffend E-Piano (undatiert) sowie die WhatsApp-Nachricht von Ing. Y an die Antragstellerin vom 24. März 2020 betreffend Arbeitsaufgaben.

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 [...]

- 6. bei den sonstigen Arbeitsbedingungen*
- 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. [...]"*

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

Generell ist zur Frage des Beweismaßes und der Beweislastverteilung im GBK-Verfahren anzumerken, dass eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne der §§ 3 und 6 GIBG beruft, diesen glaubhaft zu machen hat. Insoweit genügt daher nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (OGH) eine „Bescheinigung“ der behaupteten Tatsachen, wobei jedoch der bei der GBK zu erreichende Überzeugungsgrad gegenüber der beim „Regelbeweis“ geforderten „hohen Wahrscheinlichkeit“ auf eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ herabgesenkt ist.

Vereinfacht gesagt muss mehr für die Darstellung des 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, die Antragstellerin sei vom Geschäftsführer verbal und körperlich sexuell belästigt worden, ihr seien Arbeitsaufgaben zugewiesen worden, die aus dem Rahmen der Tätigkeit als Sekretärin gefallen seien, und die Zurückweisung des belästigenden Verhaltens des Geschäftsführers stehe in einem Zusammenhang mit ihrer Kündigung, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch und geht von folgendem Sachverhalt aus:

Die Antragstellerin war ab 20. Jänner bei der Antragsgegnerin als Sekretärin tätig. Die wöchentliche Normalarbeitszeit betrug 30 Stunden an fünf Tagen.

Die Antragstellerin und der Geschäftsführer der Antragsgegnerin, Y, lernten sich im Oktober 2019 über die Partnerschaftsplattform ... kennen. Die Antragstellerin gab ihm zu verstehen, dass sie keine Beziehung mit ihm wolle, sie blieben allerdings in regelmäßigem schriftlichen Austausch.

Die Antragstellerin war zu diesem Zeitpunkt bei der ... als ... in Ausbildung, war jedoch mit den Arbeitszeiten unzufrieden, was sie auch Y erzählte. Dieser bot ihr daraufhin eine Stelle in seinem Unternehmen an, nachdem ihm seine langjährige Sekretärin und Assistentin, B, die für beide Firmen von Y tätig war, mitgeteilt hatte, dass sie ihr Beschäftigungsausmaß aus familiären Gründen reduzieren wolle und darüber hinaus im ersten Halbjahr 2020 einen längeren Aufenthalt im Ausland plane.

Im Advent 2019 fand ein erstes persönliches Kennenlernen zwischen der Antragstellerin und dem Geschäftsführer der Antragsgegnerin statt, bei dem er ihr auch das Unternehmen zeigte

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

und sie vereinbarten, dass die Antragstellerin nach Ablauf ihrer Kündigungsfrist bei der ... bei der Antragsgegnerin als Sekretärin bzw. Assistentin anfangen könne.

Zum Aufgabenbereich der Assistentin gehörten u.a. Supporttätigkeiten für die Softwareprodukte, die Beantwortung von Telefongesprächen sowie die Besorgung von Speisen und Getränken inklusive Bewirtung der Geschäftspartner.

Y schenkte der Antragstellerin zu Weihnachten 2019 ein E-Piano, nachdem diese bei der Besichtigung des Unternehmens erzählt hatte, dass sie gerne Klavier lernen wolle. Die Antragstellerin schrieb Y daraufhin eine WhatsApp-Nachricht, dass sie hoffe, dass das Jobangebot und das E-Piano nicht an Erwartungen geknüpft seien. Dieser bekräftigte in seiner Antwort an die Antragstellerin, dass er sich keine „Gegenleistung“ erwarte.

Im Jänner konsumierte die Antragstellerin innerhalb der Kündigungsfrist ihres Arbeitsverhältnisses zur ... Urlaub und bot der Antragsgegnerin an, in dieser Zeit – vor Beginn des Arbeitsverhältnisses – zur Einschulung ins Unternehmen zu kommen. Bei dieser Gelegenheit lud Y die Antragstellerin zu einem Spaziergang ein, was diese ablehnte.

Im Laufe des Arbeitsverhältnisses wurde die Antragstellerin bei mehreren Gelegenheiten vom Geschäftsführer der Antragsgegnerin verbal und körperlich sexuell belästigt, indem er sie wie zufällig berührte und sie, als sie dies ablehnte, fragte, ob sie denn noch wisse, wie sie sich kennengelernt hätten, ihr wiederholt sagte, dass sie ein super Paar seien, und als sie gemeinsam in der Kaffeeküche standen, meinte, sie solle genauso wie jetzt stehen bleiben, und auf Nachfrage der Antragstellerin erklärte, er könne so ihre Brustwarzen am besten sehen.

Der Geschäftsführer der Antragsgegnerin lernte kurz nach Weihnachten 2019 seine neue Lebensgefährtin kennen. Mit 1. März 2020 übersiedelte er nach ... in ..., wo sich seither auch der Firmensitz befindet.

Bedingt durch die Corona-Pandemie ging die bisherige Assistentin, B, nicht ins Ausland.

Das Arbeitsverhältnis der Antragstellerin wurde am 16. März 2020 arbeitgeberseitig gekündigt.

Nach Ausspruch der Kündigung erteilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin am 24. März 2020 mit Verweis auf den Dienstvertrag den Auftrag, mangels Tätigkeiten, für die die Antragstellerin primär eingesetzt worden ist, im Zuge der Übersiedlung entsprechende Arbeiten (Zusammenräumen, Reinigungsarbeiten, etc.) zu tätigen.

Im Dienstvertrag vom 14. Jänner 2020 war hierzu unter „Sonstige Vereinbarungen“ insbesondere Folgendes geregelt: *„Der Dienstnehmer ist verpflichtet, alle mit diese [sic] Tätigkeit verbundenen Arbeitsleistungen zu verrichten. Dem Arbeitgeber steht es frei, den Arbeitnehmer auch mit anderen einschlägigen Tätigkeiten zu betrauen. Der Arbeitnehmer ist damit einverstanden, vorübergehend auch geringwertige Tätigkeiten auszuüben.“*

Die Antragstellerin teilte dem Geschäftsführer mittels WhatsApp-Nachricht am 26. März 2020 mit, dass sie am 25. März 2020 von 8:00 bis 15:00 Uhr und am 26. März 2020 von 7:30 bis 11:00 Uhr im Unternehmen gewesen sei und u.a. die Böden gewischt und die Fenster geputzt habe.

Die Antragstellerin ging in der Folge bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses in Krankenstand.

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

Zu den von der Antragsgegnerin sechs Wochen nach der Abstimmung am 9. November 2021 übermittelten Unterlagen wird eingangs festgehalten, dass diese nicht mehr in die Entscheidung einbezogen werden konnten. Der Antragsgegnerin bot sich ausreichend Zeit, Unterlagen vorzulegen, die ihr Vorbringen unterstützen können. Bereits im ersten Anschreiben, mit dem die Antragsgegnerin vom Antrag der GAW in Kenntnis gesetzt wurde, wurde sie auf die Möglichkeit, Unterlagen vorzulegen, hingewiesen. Von dieser Möglichkeit machte die Antragsgegnerin während des laufenden Verfahrens nicht Gebrauch. Im Ladungsschreiben vom 11. Oktober 2021 wurde abermals auf die Möglichkeit der Übermittlung von Unterlagen vor dem Befragungstermin hingewiesen. Warum seitens der Antragsgegnerin trotz des klaren Hinweises im Ladungsschreiben diese Unterlagen nicht bereits vorab übermittelt oder jedenfalls spätestens im Rahmen der mündlichen Befragung des Geschäftsführers am 9. November von diesem thematisiert wurden, ist nicht nachvollziehbar, zumal sich der zu überprüfende Sachverhalt bereits aus dem Antrag der GAW ergab und in der Sitzung nochmals abgefragt wurde.

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.

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.⁴

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 unsittliche Redensarten⁵, anzügliche Bemerkungen über die Figur und „zufällige“ Körperberührungen.⁶ Letztlich ist einzelfallabhängig, ob ein bestimmtes Verhalten bereits der

⁴ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 7.

⁵ Vgl. *Posch* in *Rebhahn/GIBG*, §§ 6-7 Rz 76f.

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

sexuellen Sphäre zugehörig ist, wobei auf eine Betrachtung des Gesamtgeschehens abzustellen ist⁷.

Um von einer sexuellen Belästigung iSd § 6 Abs 2 sprechen zu können, muss durch ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten des Weiteren die Würde einer Person beeinträchtigt oder deren Beeinträchtigung zumindest bezweckt werden.⁸ Ein die Würde verletzendes Verhalten liegt erst ab einem gewissen Mindestmaß an Intensität vor. Nach den Gesetzesmaterialien zum ArbBG sollen Beispiele wie das Nachpfeifen oder die unerwünschte Einladung zum Kaffee oder zum Essen „grundsätzlich“ nicht genügen, um bereits die Voraussetzung der Verletzung der Würde und damit den Tatbestand der sexuellen Belästigung zu erfüllen. Anders zu sehen ist dies aber unter Umständen dann, wenn zwar die einzelnen Belästigungshandlungen nicht das gebotene Mindestmaß an Intensität erreichen, dafür aber immer wieder erfolgen.⁹ 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 (§ 6 Abs 2). 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.¹⁰ 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.¹¹

Was das ablehnende Verhalten der betroffenen Person betrifft, so dürfen an dieses keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Die ausdrückliche oder stillschweigende Zurückweisung oder Ablehnung eines sexuell belästigenden Verhaltens durch die betroffene Person ist nämlich keine Tatbestandsvoraussetzung. Demnach ist ein Verhalten nicht erst dann abgelehnt und somit unerwünscht, wenn sich die betroffene Person lautstark zur Wehr setzt.¹²

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.¹³

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

⁸ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 21.

⁹ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 24.

¹⁰ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 25.

¹¹ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 26; 114 ErläutRV 735 BlgNR 18. GP 33.

¹² Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 26.

¹³ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 12.

Das Verhalten muss weiters eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betroffene Person schaffen oder dies bezwecken. Die „Arbeitsumwelt“ wird häufig erst durch mehrere Belästigungshandlungen im beschriebenen Sinn beeinflusst und verändert. Allerdings kann auch schon eine einzelne Belästigungshandlung derart schwerwiegend und in ihren Auswirkungen nachhaltig sein, dass damit für die betroffene Person ein einschüchterndes, feindseliges oder demütigendes Umfeld geschaffen wird.¹⁴ Durch körperliche Kontakte gegen den Willen der betroffenen Person (sog. „Begrapschen“) wird im Allgemeinen die Toleranzgrenze überschritten. 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. Auch im Gebrauch ordinärer Worte sowie in unsittlichen Anträgen trotz Aufforderung, dieses Verhalten abzustellen, oder sonst erkennbarer Unerwünschtheit kann bereits eine sexuelle Belästigung liegen.¹⁵

Sexuelle Belästigung liegt somit 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 anstößiges ist.

Das Verhalten von Y ist der Antragsgegnerin als Arbeitgeberin iSd § 6 Abs 1 Z 1 GIBG zuzurechnen, da er deren Geschäftsführer ist.

Der Geschäftsführer der Antragsgegnerin hat ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten gesetzt, das die Würde der Antragstellerin beeinträchtigte, indem er sie insbesondere wie zufällig berührte und sie, als sie dies ablehnte, fragte, ob sie denn noch wisse, wie sie sich kennengelernt hätten; ihr wiederholt sagte, dass sie ein super Paar seien; und als sie gemeinsam in der Kaffeeküche standen, meinte, sie solle genauso wie jetzt stehen bleiben, und auf Nachfrage der Antragstellerin erklärte, er könne so ihre Brustwarzen am besten sehen. Die geforderte Intensität ist hier jedenfalls gegeben, da selbst, wenn bestimmte der vorgebrachten Belästigungshandlungen für sich gesehen nicht das gebotene Mindestmaß an Intensität erreichen würden, wiederkehrend ein belästigendes Verhalten seitens des Geschäftsführers der Antragsgegnerin gesetzt wurde.

Das Verhalten des Geschäftsführers der Antragsgegnerin war auch unerwünscht für die Antragstellerin, was sich darin zeigte, dass die Antragstellerin seine Handlungen verbal abwehrte.

¹⁴ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 28.

¹⁵ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG² (2021) § 6 Rz 29/1.

Weiters ist die Voraussetzung, dass eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitswelt für die betroffene Person geschaffen werden muss/bezweckt wird, erfüllt. Die Antragstellerin fühlte sich, wie festgestellt, aufgrund des wiederholten belästigenden Verhaltens des Geschäftsführers der Antragsgegnerin nicht mehr wohl in der Arbeit und ging bis zum Ende ihres Arbeitsverhältnisses in Krankenstand.

Der Antragstellerin gelang es, im vorliegenden Fall den glaubhaften Anschein einer sexuellen Belästigung darzulegen. Denn ihre Schilderung – der Geschäftsführer der Antragsgegnerin habe insbesondere eine anzügliche Bemerkung gemacht, mehrmals auf ihr Kennenlernen auf einer Partnerschaftsplattform Bezug genommen und sie wie zufällig berührt – ließ darauf schließen, dass sie von der Antragsgegnerin im Zusammenhang mit ihrem Arbeitsverhältnis sexuell belästigt wurde. Dass das Verhalten des Geschäftsführers der Antragsgegnerin für die Antragstellerin unerwünscht war und sie sich aufgrund des Umstandes, dass der Geschäftsführer immer wieder Verhaltensweisen setzte, die sie als unangebracht empfand, nicht mehr wohl in der Arbeit fühlte, konnte diese bei ihrer mündlichen Befragung durch den Senat glaubwürdig und nachvollziehbar darlegen. Bei dieser Befragung kam auch die persönliche Betroffenheit der Antragstellerin zum Ausdruck.

Daher verlagerte sich die Beweislast auf die Antragsgegnerin.

Es ist für den Senat evident, dass neben dem Vorwurf der sexuellen Belästigung noch einige weitere Konflikte zwischen der Antragstellerin und Y bestanden haben.

Aufgabe des Senates ist jedoch ausschließlich die Überprüfung jenes Sachverhaltes, dem eine mögliche Diskriminierung nach dem GIBG inhärent ist.

Das Vorbringen, der Geschäftsführer habe die Antragstellerin zu einem Spaziergang eingeladen, wurde von der Antragsgegnerin grundsätzlich bestätigt. Allerdings betonte diese, dass die Einladung vor Beginn des Arbeitsverhältnisses ausgesprochen worden sei. Auch argumentierte die Antragsgegnerin, dass der Geschäftsführer damals grundsätzlich an jedem Nachmittag einen kleinen Spaziergang gemacht habe und er sich daher bei der Einladung nichts gedacht habe.

Ebenso verhält es sich mit dem Geschenk eines E-Pianos. Die Antragsgegnerin hielt dem in ihrer Stellungnahme entgegen, dass der Geschäftsführer von der Antragstellerin zu Weihnachten selbstgebackene Kekse und zu Silvester eine selbstzubereitete vegane Gulaschsuppe bekommen habe. Diese wechselseitigen Geschenke stehen nach Auffassung des Senates in keinem Verhältnis zueinander, weshalb er sich dem Argument der Antragsgegnerin nicht anschließt.

Vielmehr verweist der Senat darauf, dass die Situationen (Einladung zum Spaziergang, Geschenk eines E-Pianos) zwar vor Beginn des Arbeitsverhältnisses stattfanden, allerdings nachdem bereits ein Einvernehmen zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin darüber

gefunden worden war, dass sie zukünftig als Sekretärin im Unternehmen tätig sein wird. Die Antragstellerin und die Antragsgegnerin befanden sich zu diesem Zeitpunkt somit in einem vorvertraglichen Verhältnis, in dem einen Arbeitgeber bzw. eine Arbeitgeberin bereits gewisse Fürsorgepflichten treffen.

Die Antragstellerin kommunizierte in den betreffenden Situationen ihre Grenzen, indem sie die Einladung zum Spaziergang ausschlug bzw. in einer WhatsApp-Nachricht ihre Bedenken in Bezug auf das geschenkte E-Piano äußerte, wohingegen der Geschäftsführer nicht die notwendige professionelle Grenzziehung entsprechend seiner neuen Rolle als zukünftiger Arbeitgeber der Antragstellerin vornahm.

Die Antragsgegnerin widersprach auch dem weiteren Vorbringen, der Geschäftsführer habe die Antragstellerin im Rahmen des Arbeitsverhältnisses zum einen wie zufällig berührt und gefragt, ob sie noch wisse, wie sie sich kennengelernt haben, und zum anderen gesagt, dass sie ein super Paar seien.

Die Argumentationslinie der Antragsgegnerin war nach Ansicht des Senates nicht geeignet, den Vorwurf zu entkräften. Die Entgegnung der Antragsgegnerin hinsichtlich der Berührungen bestand lediglich darin, dass der Geschäftsführer die Antragstellerin niemals auch nur ansatzweise mit „zweifelhaften Absichten“ berührt habe. An dieser Stelle verweist der Senat auf die obigen Ausführungen, dass die Haftung des/der unmittelbaren Belästigers/Belästigerin grundsätzlich verschuldensunabhängig ist und es demnach unerheblich ist, ob er die Absicht hatte, die Antragstellerin zu belästigen. Das weitere Argument, dass der Geschäftsführer seit Jänner 2020 eine Freundin gehabt habe und daher überhaupt gar keinen Bedarf an „Nähe“ zu einer anderen weiblichen Person gehabt hätte, wertet der Senat als Schutzbehauptung. 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; Sexualität wird eingesetzt, um Macht zu demonstrieren.¹⁶ Wie oben ausgeführt, ist evident, dass es zwischen der Antragstellerin und Y aufgrund des Umstandes, dass sie sich über eine Partnerschaftsplattform kennengelernt hatten, keine eindeutigen Grenzziehungen im Arbeitsverhältnis gab. Dieser Eindruck bestätigt sich für den Senat in den Ausführungen der Antragsgegnerin, dass wenn der Geschäftsführer gesagt habe, „wir beide wären ein „super“ Paar“, dies nur „ironisch“ gemeint gewesen sein könne bzw. in Bezug auf den Ursprung ihres Kennenlernens (Partnerschaftsplattform).

Zum Vorbringen, der Geschäftsführer habe zur Antragstellerin in der Kaffeeküche gesagt, sie solle so stehen bleiben, und auf ihre Nachfrage erklärt, er könne so ihre Brustwarzen am besten sehen, führte die Antragsgegnerin ebenfalls das Argument des fehlenden Interesses an der Antragstellerin an. Hierzu verweist der Senat auf seine obigen Ausführungen. Dass es nach

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

dem Vorhalt des Geschäftsführers auch nicht möglich gewesen wäre, die Brustwarzen der Antragstellerin zu sehen, da sie einen Wollpulli bzw. eine Jacke angehabt habe, schließt für den Senat nicht aus, dass er die Aussage dennoch getätigt hat.

Zusammengefasst geht der Senat somit davon aus, dass der Geschäftsführer der Antragsgegnerin durch die von ihm getätigten Äußerungen und Handlungen, objektiv ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten gesetzt hat, das aufgrund der Intensität geeignet war, die Würde der Antragstellerin zu beeinträchtigen, für die Antragstellerin persönlich unerwünscht war und zudem objektiv geeignet war, eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt zu schaffen.

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 den sonstigen Arbeitsbedingungen** gemäß **§ 3 Z 6 GIBG** vor.

Beim Begriff der „sonstigen Arbeitsbedingungen“ handelt es sich um einen Auffangtatbestand, der weit auszulegen ist.¹⁷ Er umfasst neben den rechtlichen auch die faktischen Rahmenbedingungen für die Leistungserbringung der Arbeitnehmern/Arbeitnehmerinnen im laufenden Arbeitsverhältnis.¹⁸ Es werden darunter u.a. konkrete Arbeitsaufgaben, insbesondere, wenn sie aus dem Rahmen der üblichen Tätigkeiten vergleichbarer Arbeitnehmer/Arbeitnehmerinnen fallen, die Zuweisung von untergeordneten Tätigkeiten, die Zuweisung von Arbeiten und Aufgabenbereichen, die weder der Qualifikation noch dem Arbeitsvertrag entsprechen, und die Betrauung mit Hilfstätigkeiten verstanden.¹⁹

Das Vorbringen der Antragstellerin, dass sie vom Geschäftsführer der Antragsgegnerin aufgefordert worden sei, Zusammenräum- und Reinigungstätigkeiten im Zuge der Übersiedlung des Unternehmens vorzunehmen, ist unstrittig.

Der Senat verweist in diesem Zusammenhang auf die Entscheidung des OGH, wonach „[a]uf Weisung des Dienstgebers der Angestellte auch eine von seinem bisherigen Aufgabenkreis abweichende Tätigkeit übernehmen [muss], wenn diese noch im Rahmen der ursprünglich vereinbarten Beschäftigung liegt“.²⁰

Nach Auffassung des Senates fallen Reinigungsarbeiten nicht in den Rahmen der ursprünglich vereinbarten Beschäftigung der Antragstellerin als Sekretärin bzw. Assistentin und ist es im

¹⁷ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 3 Rz 132.

¹⁸ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 3 Rz 129.

¹⁹ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² (2021) § 3 Rz 133.

²⁰ OGH 2.2.2005, 9 ObA 120/04v.

Lichte dieser OGH-Entscheidung fraglich, ob das im Dienstvertrag vereinbarte Direktionsrecht die Zuweisung solcher Tätigkeiten – wenn auch nur vorübergehend – rechtfertigen kann.

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 in Hinblick auf die Zurückweisung der sexuellen Belästigung durch den Geschäftsführer der Antragsgegnerin ausschließlich sachliche Motive für die Zuweisung der Zusammenräum- und Reinigungsarbeiten an die Antragstellerin ausschlaggebend waren.

3. 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.²¹

Die Antragstellerin brachte im Wesentlichen vor, dass der Geschäftsführer der Antragsgegnerin sie in den Wochen vor der Kündigung öfter darauf hingewiesen habe, dass sie sein großzügiges Geschenk nicht vergessen und Dankbarkeit zeigen solle.

Die Ausführungen der Antragstellerin waren für den Senat glaubwürdig. Im Hinblick auf die WhatsApp-Nachricht des Geschäftsführers der Antragsgegnerin anlässlich des Krankenstandes der Antragstellerin *„Vielleicht kannst du Die [sic] Zeit ja auch zum Üben auf deinem großzügigen Weihnachtsgeschenk nutzen. Ich selber habe leider kein so gutes Klavier, wie du!“* war der Eindruck der Antragstellerin, dass sie nicht aus rein sachlichen Gründen gekündigt worden war, nachvollziehbar.

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

Die Antragsgegnerin hielt dem im Wesentlichen entgegen, dass die Kündigung der Antragstellerin aus wirtschaftlichen Überlegungen erfolgt sei und es bereits zuvor zu Kündigungen weiterer Arbeitnehmer bzw. Arbeitnehmerinnen gekommen sei. Darüber hinaus habe die langjährige Sekretärin und Assistentin, B, aufgrund der Corona-Pandemie von ihrem Auslandsaufenthalt abgesehen, weshalb kein Ersatz für sie benötigt worden sei.

Die Argumentation der Antragsgegnerin zu den wirtschaftlichen Verhältnissen des Unternehmens bzw. der Unternehmen, deren Geschäftsführer Y ist, ist nach Ansicht des Senates nicht

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

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

konsistent. Der Geschäftsführer der Antragsgegnerin gab in der mündlichen Befragung an, dass er für die andere Firma die Tochter seiner Lebensgefährtin eingestellt habe, da er für seine neue Entwicklung jemanden gebraucht habe, der die Homepage mache. C habe die Homepage gemacht und betreut.

Die Auskunftsperson B führte in der mündlichen Befragung aus, dass sie dann nur noch an zwei Tagen gearbeitet habe und es für sie zu viel Arbeit gewesen sei, dass sie beide Firmen betreue. Sie habe das Rechnungsprogramm an C abgegeben und ihr erklärt wie es funktioniere. Sie kümmere sich seither nicht mehr um die zweite Firma.

Darüber hinaus kümmerte sich die neue Mitarbeiterin laut Angaben des Geschäftsführers um die Bestellungen anlässlich der ... am 31. März 2020.

Nachdem die Antragstellerin ursprünglich als Nachfolgerin von B, die für beide Firmen tätig war, eingestellt worden ist, ist für den Senat nicht nachvollziehbar, wieso nicht die Antragstellerin weiterhin für die in den Sekretariatsbereich fallenden Aufgaben (Betreuung der Bestellungen und des Rechnungsprogramms) herangezogen wurde.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs 12 GIBG gelangte der Senat daher zu der Ansicht, dass es der Antragsgegnerin nicht gelungen ist das Vorbringen der Antragstellerin zu entkräften und zu beweisen, dass ausschließlich sachliche Motive für deren Kündigung ausschlaggebend waren.

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 wird folgender **Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes** erteilt:

Leistung eines angemessenen Schadenersatzes

Wien, 9. November 2021
Dr.ⁱⁿ Eva Matt
Vorsitzende des Senates I der GBK