

Senat I der Gleichbehandlungskommission
Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz
(BGBl. Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 7/2011)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 11. November 2015 über den am 15. November 2012 eingebrachten Antrag von **Herrn A (Antragsteller)** betreffend die Überprüfung einer **Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes** durch eine **sexuelle Belästigung** gemäß **§ 6 Abs. 1 Z 3 GIBG** durch **Herrn B (Antragsgegner)** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 7/2011; alle weiteren Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. II Nr. 102/2011) zu GZ GBK I/473/12 zu folgendem

Prüfungsergebnis

Herr A ist durch eine sexuelle Belästigung gemäß § 6 Abs. 1 Z 3 GIBG durch Herrn B auf Grund des Geschlechtes diskriminiert worden.

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

Der zugleich eingebrachte **Antrag auf Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit und der sexuellen Orientierung durch eine Belästigung gemäß § 21 Abs. 1 Z 3 GIBG** durch Herrn C wurde vom Antragsteller am 14. Oktober 2015 **zurückgezogen**.

¹ Vgl. z.B. VfSlg. 19.321.

Prüfungsgrundlagen

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche und mündliche Vorbringen des Antragstellers und des Antragsgegners.

Dem Senat I der GBK lagen weiters u.a. auf das Arbeitsverhältnis des Antragstellers bezogene Unterlagen (Lohn-/Gehaltsabrechnungen für die Monate Jänner bis August 2012, Klage wegen Geldleistungen im arbeitsgerichtlichen Verfahren gegen die X GmbH) vor.

Vorbringen und Aussagen

Im Antrag und in der vom Senat I der GBK aufgetragenen Antragsergänzung wurde im Wesentlichen folgendes vorgebracht:

Der Antragsteller sei von 10. Oktober 2011 bis 4. Oktober 2012 bei der X GmbH als Kassakraft beschäftigt gewesen. Sein Arbeitskollege und Schichtleiter, der Antragsgegner, habe ihn während seines gesamten Arbeitsverhältnisses (letztmalige Handlungen im September/Oktober 2012) laufend und öfters in seiner Intimsphäre berührt und im Bereich seines Geschlechtes angegriffen. Der Antragsteller habe ihm immer wieder gesagt und zu verstehen gegeben, dass er das nicht wolle und der Antragsgegner damit aufhören solle.

In der auf Ersuchen des Senats I der GBK übermittelten Stellungnahme des Antragsgegners bestritt dieser die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Er habe den Antragsteller niemals unsittlich berührt und weise diese Anschuldigungen auf das Schärfste zurück.

In seiner Tätigkeit als Schichtführer in der Y Filiale ... sei er für die Einhaltung der Richtlinien verantwortlich. Der Antragsteller habe laufend gegen firmeninterne Richtlinien verstoßen und sei von ihm und von Herrn C (Restaurantleiter der Filiale) immer wieder darauf hingewiesen worden dies zu unterlassen. Der Antragsteller habe durch seine unfreundliche Art laufend Probleme mit Kolleginnen und Gästen gehabt. Wegen seiner Unhöflichkeit seien regelmäßig Gästebeschwerden gekommen. Der Antragsteller habe oft Probleme mit den Arbeitskolleginnen und Vorgesetzten gehabt, da er sich selten kooperativ gezeigt habe.

In der mündlichen Befragung führte der Antragsteller ergänzend aus, dass der Antragsgegner ihn ungefähr drei, vier Mal im Intimbereich berührt habe. Einmal hätten sie im Frühdienst gemeinsam gearbeitet. Der Antragsteller sei alleine in der Garderobe gewesen. Sein Dienst habe noch nicht einmal angefangen gehabt, soweit er sich erinnern könne. Der Antragsgegner sei zu ihm in die Garderobe gekommen, habe ihn im Intimbereich berührt und gefragt: „Klein oder groß?“. Der Antragsteller habe ihm gesagt, dass er von ihm weggehen und das nie wieder machen solle. Er glaube, dass er den Antragsgegner auch gestoßen habe. Der Antragsgegner habe mit „Ja, Entschuldigung, Entschuldigung, Entschuldigung ... nein, das ist Spaß“ geantwortet. Er wisse nicht, ob der Antragsgegner ihn ärgern habe wollen. Er könne es nicht erklären, er komme arbeiten, und der Antragsgegner berühre ihn. Er sage ihm einmal, dass er ihn in Ruhe lassen solle, und der Antragsgegner mache es wieder. Diese Bemerkungen seien auch bei der Arbeit selber gefallen, beispielsweise bei der Kassa habe der Antragsgegner her gezeitigt und gefragt: „Klein oder groß?“. Der Antragsteller habe gemeinsam mit seinem Cousin, Herrn D, bei Y gearbeitet. Bei diesem habe der Antragsgegner das auch immer wieder gemacht. Der Antragsteller habe Herrn D erzählt, dass der Antragsgegner ihn einmal in der Garderobe fest gedrückt habe. Mit einem Vorgesetzten habe er nicht darüber gesprochen, da es ihm peinlich gewesen sei.

Zur Auflösung seines Dienstverhältnisses hielt der Antragsteller fest, dass er dieses beendet habe, weil er nicht mehr dort arbeiten habe wollen. Es sei irgendwann einfach zu viel gewesen. Zu viel sei passiert. Er habe den Stress nicht mehr ertragen können. Bei seiner Entscheidung zu gehen habe das Verhalten des Antragsgegners eine entscheidende Rolle gespielt. Gefragt, wie er es trotz der Vorwürfe gegen den Antragsgegner längere Zeit ausgehalten habe, mit diesem zusammenzuarbeiten, brachte der Antragsteller vor, dass seine Mutter damals krebskrank gewesen sei. Er habe ihr davon erzählt. Sie habe ihn ersucht, dass er weiter arbeite, da sie das Geld gebraucht haben. Ausgehalten habe er es aber nicht. Der Antragsteller führte aus, dass er ein Jahr gebraucht habe, bis er wieder Arbeit gefunden habe, weil er „kein Vertrauen mehr in die Leute“ habe. Immer wieder, wenn jemand sich ihm nähere, bekomme er Panik.

Den Vorwurf des Zuspätkommens in die Arbeit bestritt der Antragsteller vehement.

Der Antragsgegner führte in der Befragung zu den örtlichen Gegebenheiten aus, dass die Mitarbeiter/innen dicht beieinander stünden. Es sei sehr eng, wodurch es

sein könne, dass es zu körperlichen Berührungen, zum Beispiel am Po, komme. Dort wo man die Pommes Frites mache, lagern Pommes Frites. Vielleicht sei der Antragsteller dort gestanden, als er Pommes holen habe wollen, vielleicht habe er dabei dessen Hand berührt. Gefragt, ob der Antragsteller in solchen Situationen zu ihm gesagt habe, dass ihn diese Berührungen stören würden, antwortete der Antragsgegner mit der allgemeinen Aussage, dass solche Berührungen an diesem Arbeitsplatz ganz normal seien, weil es eben so eng sei. Das sei alltäglich. Dem Vorhalt, dass es zu den vom Antragsteller vorgebrachten Berührungen in der Garderobe gekommen sein soll, hielt der Antragsgegner lediglich entgegen, dass sich die Garderobe ... im unteren Bereich befinde und fast niemand die Garderobe benutze.

Zur Beendigung des Dienstverhältnisses gab der Antragsgegner an, dass der Antragsteller einen Streit mit einer Schichtführerin, Frau E, gehabt habe. Er selbst sei in der Tiefkühlabteilung gewesen und habe Inventur gemacht. Der Antragsteller sei dann gegangen. So habe er es mitbekommen. Zwischen ihm und dem Antragsteller habe es an diesem Tag keine Auseinandersetzung gegeben. Es sei alles ganz normal gewesen. Gefragt nach seiner Vermutung hinsichtlich des Motivs des Antragstellers, einen Antrag bei der GBK einzubringen, wenn doch nach seiner Darstellung gar nichts passiert sei, führte der Antragsgegner zunächst aus, dass der Antragsteller kein verlässlicher Mitarbeiter gewesen sei. Er sei beispielsweise zornig gewesen, wenn man ihn darauf angesprochen habe, dass er zu spät zur Arbeit gekommen sei. Auf nochmalige Frage nach den vermuteten Gründen für eine Antragseinbringung gab der Antragsgegner an, dass der Antragsteller immer wieder andere Leute beschuldigt habe, jetzt sei halt er dran. Die Anschuldigungen seien nicht korrekt, er habe ihn nicht berührt. Die Probleme seien erst entstanden, als der Antragsteller gegangen sei. Vorher hätten sie sich gut verstanden.

Gefragt, ob er sich vorstellen könne, dass unerwünschte Berührungen an sich zu einer Verschlechterung der Arbeitsleistung führen könnten, bejahte der Antragsgegner, er könne sich vorstellen, dass solche Vorfälle für den Betroffenen unangenehm sein könnten, und führte weiter aus, dass es einige Großbestellungen gegeben habe, bei denen der Antragsteller Fehler gemacht habe. Da habe es dann Beschimpfungen gegeben. Er habe den Antragsteller dann zur Seite genommen und gesagt, dass er das jetzt selbst mache. Er habe dabei eine Handbewegung gemacht und ihn zufällig erwischt. Er möchte aber festhalten, dass er den Antragsteller sicherlich nicht ab-

sichtlich gestoßen habe. Es könne sein, dass er an ihm angekommen sei, als er die Bestellung übernommen habe.

Die geladene Auskunftsperson, D, erschien unentschuldigt nicht zu den Befragungsterminen am 18. August und 14. Oktober 2015. Da der Antragsteller angab, dass Herr D einer weiteren Ladung Folge leisten würde, wurde dieser ein drittes Mal geladen. Die Auskunftsperson E erschien unentschuldigt nicht zum Befragungstermin am 18. August 2015. Das Ladungsschreiben für die Befragung am 14. Oktober 2015 wurde nicht behoben, weshalb sie ebenfalls ein weiteres Mal geladen wurde. Dem Befragungstermin am 11. November 2015 blieben beide genannten Auskunftspersonen abermals unentschuldigt fern.

Der Antragsgegner machte eine weitere Auskunftsperson, einen Arbeitskollegen, der zur selben Zeit wie der Antragsteller im Unternehmen tätig gewesen sei, namhaft. Mangels persönlicher Wahrnehmung der geschilderten Vorfälle durch diese Auskunftsperson verzichtete der Senat I der GBK auf eine Befragung.

Rechtliche Überlegungen

Gemäß § 6 Abs. 1 Z 3 GIBG liegt eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes vor, wenn eine Person durch Dritte in Zusammenhang mit ihrem Arbeitsverhältnis sexuell belästigt wird.

Gemäß § 6 Abs. 2 Z 1 GIBG liegt eine sexuelle Belästigung 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, entwürdigend, beleidigend oder anstößig ist und eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betroffene Person schafft oder dies bezweckt.

Unter einem der sexuellen Sphäre zugehörigen Verhalten sind nach den Erläuterungen zum GIBG „körperliche, verbale und nicht verbale Verhaltensweisen“² zu verstehen. Je nach Massivität des Verhaltens können wiederholte Verhaltensweisen oder auch ein einmaliger Zwischenfall den Tatbestand der sexuellen Belästigung erfüllen, wenn er entsprechend schwerwiegend ist.

² Vgl. *Posch in Rebhahn*, GIBG, §§ 6-7 Rz 76f; OGH 5.6.2008, 9 ObA 18/08z.

Ob die Würde einer Person beeinträchtigt wird, ist nach einem objektiven Maßstab zu beurteilen. Hinzu kommt das subjektive Kriterium, dass für die betroffene Person dieses Verhalten ein unerwünschtes, unangebrachtes oder anstößiges darstellt. 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.³

Insoweit sich die betroffene Person auf einen Diskriminierungstatbestand iSd §§ 3, 4, 6 oder 7 GIBG beruft, hat sie diesen gemäß § 12 Abs. 12 GIBG glaubhaft zu machen. Bei Berufung auf §§ 6 oder 7 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.

Wird ein Arbeitnehmer von seinem Vorgesetzten gezielt im Intimbereich berührt, handelt es sich um ein objektiv der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten, das auf Grund seiner Intensität objektiv geeignet ist, die Würde des Arbeitnehmers zu beeinträchtigen und eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für den Arbeitnehmer zu schaffen. Dasselbe gilt, wenn ein Arbeitnehmer von seinem Vorgesetzten unter Bezugnahme auf sein Geschlecht gefragt wird: „Groß oder klein?“. Empfindet die betroffene Person diese Verhaltensweisen zudem subjektiv als unerwünscht, unangebracht bzw. anstößig, sind sie unter den Tatbestand der sexuellen Belästigung gemäß § 6 Abs. 1 Z 3 GIBG zu subsumieren.

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung der Vorwürfe des Antragstellers ein Ermittlungsverfahren iSd GBK/GAW-Gesetz durch.

Auf Grund der schriftlichen Unterlagen war das Vorbringen des Antragstellers für den erkennenden Senat glaubhaft. Auch bei der ergänzenden Befragung durch den Senat I der GBK machte der Antragsteller einen glaubwürdigen Eindruck. Die Schilderung seiner Betroffenheit erschien dem erkennenden Senat ebenfalls authentisch. So gingen dem Antragsteller selbst nach der langen Zeit die Vorfälle augenscheinlich noch sehr nahe (vgl. Aussagen von Herrn A vom 18. August und 14. Oktober 2015).

Hingegen ließen unklare und widersprüchliche Aussagen des Antragsgegners den erkennenden Senat an dessen Glaubwürdigkeit zweifeln. Der Antragsgegner bestritt

³ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG § 6 Rz 12.

in der mündlichen Befragung abermals, eine sexuell konnotierte Berührung oder Äußerung getätigt zu haben. Sein Hauptargument, der Antragsteller hätte den Vorwurf der sexuellen Belästigung gegen ihn nur vorgebracht, weil er ihn schlecht machen wolle (vgl. Aussage von Herrn B vom 14. Oktober 2015), wertete der Senat als Schutzbehauptung. Im Ermittlungsverfahren konnten keine diesbezüglichen Bestrebungen des Antragstellers festgemacht werden, vor allem vor dem Hintergrund, dass er das Dienstverhältnis von sich aus beendet hat. Auch die Argumentation des Antragsgegners hinsichtlich der angeblich mangelhaften Arbeitsleistung des Antragstellers und dessen Verhaltens gegenüber Mitarbeiter/innen und Kunden/Kundinnen stellt nach Auffassung des Senates keine nachvollziehbare Erklärung dar, wieso der Antragsteller derartige Vorwürfe gegen ihn erheben sollte.

Der Hinweis des Antragsgegners auf die Enge am Arbeitsort und dadurch begünstigte zufällige Berührungen bei der Arbeit ist ebenfalls als Schutzbehauptung zu werten, da die im Vorbringen geschilderten (gezielten und von verbalen Äußerungen begleiteten) Berührungen ihrer Art nach nicht zufällig passieren können.

Zusammenfassend hält der erkennende Senat fest, dass das schriftliche und mündliche Vorbringen des Antragstellers glaubwürdiger war als die Ausführungen des Antragsgegners. Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs. 12 GIBG gelangte der erkennende Senat daher zu der Ansicht, dass es dem Antragsgegner nicht gelungen ist zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass er die sexuell belästigenden Verhaltensweisen nicht getätigt hat. Der alleinige Umstand, dass es keine unmittelbare Wahrnehmung der sexuellen Belästigung durch andere Personen gibt, reicht nach Ansicht des erkennenden Senates nicht aus, das Vorbringen des Antragstellers zu entkräften.

Es liegt somit eine **sexuelle Belästigung** gemäß § 6 Abs. 1 Z 3 GIBG vor.

Vorschlag

Gemäß **§ 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz** hat der Senat, wenn er der Auffassung ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, dem/der 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 der **Antragsgegner, Herr B**, gemäß § 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz aufgefordert, die Diskriminierung zu beenden, und folgender **Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes** erteilt:

Leistung eines angemessenen Schadenersatzes.

Wien, 11. November 2015

Ass.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Barbara Beclin

Vorsitzende des Senates I der GBK