

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 13. Jänner 2015 über das am 24. April 2012 eingebrachte Verlangen der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) für **Frau A (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des **Geschlechtes** durch eine **sexuelle Belästigung** gemäß **§ 6 Abs. 1 Z 3 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 7/2011; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) durch **Herrn B (1. Antragsgegner)** sowie über die am 23. Juli 2012 eingebrachte Ergänzung des Verlangens betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung auf Grund des **Geschlechtes** bei der **Festsetzung des Entgelts** gemäß **§ 3 Z 2 GIBG** und bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß **§ 3 Z 7 GIBG** durch die **X GmbH (2. Antragsgegnerin)** 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/423/12, zu folgendem

Prüfungsergebnis

1. **Frau A ist auf Grund des Geschlechtes durch eine sexuelle Belästigung durch Herrn B gemäß § 6 Abs. 1 Z 3 GIBG diskriminiert worden.**
2. **Frau A ist auf Grund des Geschlechtes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die X GmbH gemäß § 3 Z 7 GIBG diskriminiert worden.**
3. **Frau A ist nicht auf Grund des Geschlechtes bei der Festsetzung des Entgelts durch die X GmbH gemäß § 3 Z 2 GIBG diskriminiert worden ist.**

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

Prüfungsgrundlagen

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche und mündliche Vorbringen der Antragstellerin und der Antragsgegner/innen sowie die mündliche Befragung der Auskunftsperson Frau C. Des Weiteren bezieht sich der Senat I der GBK in seiner Entscheidungsfindung auf das Protokoll der Zeugenvernehmung der Antragstellerin durch die Polizeiinspektion ... vom 13. Februar 2012, den Arbeitszeitnachweis der Antragstellerin für den Monat Februar 2012, die Beschuldigtenvernehmung des 1. Antragsgegners durch das Stadtpolizeikommando ... vom 9. März 2012, das Interventionsschreiben der GAW an die 2. Antragsgegnerin vom 12. März 2012, die Stellungnahme der 2. Antragsgegnerin an die GAW vom 20. März 2012, die Tagesabrechnungen der 2. Antragsgegnerin für den Zeitraum 21. Mai bis 4. Juni 2012 und 28. Juni bis 12. Juli 2012, das Protokoll des Bezirksgerichtes ... vom 16. Oktober 2012 zu GZ ... sowie den Protokollvermerk und die gekürzte Urteilsausfertigung des Bezirksgerichtes ... vom 4. Dezember 2012 zu GZ ...

Dem Senat I der GBK lagen weiters u.a. Arbeitsverträge sowie die Lebensläufe der Antragstellerin und des 1. Antragsgegners vor.

Vorbringen und Aussagen

Im Verlangen der GAW wurde im Wesentlichen folgendes vorgebracht:

Die Antragstellerin sei seit 23. August 2010 bei der 2. Antragsgegnerin im „Y“ ... als Kellnerin und Schichtleiterin beschäftigt. Sie bringt vor, dass sie von ihrem Kollegen, dem 1. Antragsgegner, der seit November 2011 bei der 2. Antragsgegnerin beschäftigt sei, sexuell belästigt worden sei. Die Belästigungen haben ca. im Dezember 2011 begonnen. Immer wieder habe der 1. Antragsgegner versucht, die Antragstellerin an Hintern und Busen zu fassen.

Die Antragstellerin habe am 10. Februar 2012 um ca. 13:20 Uhr folgenden Übergriff durch den Antragsgegner erfahren: Er sei hinter sie getreten und habe mit beiden Händen ihren Hintern umfasst. Dabei habe er geäußert: „Ein bisschen weiter nach

¹ Vgl. z.B. VfSlg. 19.321.

rechts und es wäre perfekt.“ Er habe sodann gemeint, dass es sich dabei nur um einen Scherz gehandelt habe und ihr mit der flachen Hand auf den Hintern geschlagen. Die Antragstellerin habe dem 1. Antragsgegner unmissverständlich zu verstehen gegeben, dass er damit aufhören solle.

Die Antragstellerin teilte mit, dass diese Situation von den Überwachungskameras aufgezeichnet worden sei. Außerdem sei bei diesem Vorfall auch eine Zeugin, Frau C, anwesend gewesen.

Die Antragstellerin habe die Vorfälle bei der Polizei zur Anzeige gebracht. Sie habe auch ihren Vorgesetzten, Herrn D, informiert. Diesem liege das Video vor. Es habe auf seine Veranlassung hin ein Einzelgespräch mit der Antragstellerin in Anwesenheit eines Rechtsanwaltes gegeben.

Der 1. Antragsgegner sei nach wie vor im Unternehmen beschäftigt. Die Antragstellerin habe in ihrer Eigenschaft als Schichtführerin bis vor kurzem auch den Dienst an den 1. Antragsgegner übergeben müssen. Es sei nun vereinbart worden, dass sie eine halbe Stunde vorher gehen dürfe, um dem 1. Antragsgegner nicht zu begegnen.

In der Ergänzung zum Verlangen der GAW wurde im Wesentlichen folgendes vorgebracht:

Obwohl die Antragstellerin nach den der GAW vorliegenden Informationen eine höherwertige Position als der 1. Antragsgegner einnehme, erhalte sie das gleiche Entgelt. Die Antragstellerin sei zusätzlich zu ihrer Funktion als Schichtleiterin als erste Stellvertreterin des Supervisors, Herrn E, tätig. Der 1. Antragsgegner sei zweiter Stellvertreter. Die Tatsache, dass die Antragstellerin erste Stellvertreterin sei, sei im Jänner 2012 auch von ihrem Vorgesetzten, Herrn D, bei einer Besprechung der Schichtleiter/innen mitgeteilt worden. Die Tätigkeit als erste Stellvertreterin bringe mit sich, dass die Antragstellerin in der Abwesenheit des Supervisors die Vertretung nach außen innehabe. Sie übernehme in diesen Fällen das Firmenhandy und sei für alle mit einer Schichtleitung verbundenen Büroarbeiten, so etwa die Bestellungen für alle Schichten, verantwortlich. Demgegenüber sei der 1. Antragsgegner nicht für die Bestellungen zuständig. Die Antragstellerin sei außerdem für den Tagesreport verantwortlich. Nach dem Arbeitstag habe sie eine E-Mail an die Geschäftsleitung und ihren Vorgesetzten, Herrn D, mit dem Betrag über die Tageslosung und eine Liste der Personen, die anwesend gewesen seien, übermitteln müssen. Die Antragstellerin habe diesbezüglich auch explizite Bürotage gehabt. Der 1.

Antragsgegner habe im Gegensatz zur Antragstellerin nie im Büro gearbeitet, sondern nur im Verkaufsbereich. Er habe auch weder einen Schlüssel noch einen Code für das Büro gehabt.

Nach den der GAW vorliegenden Informationen habe die Antragstellerin trotz der glaubhaft vorgebrachten höherwertigen Verwendung und der längeren Betriebszugehörigkeit das gleiche Entgelt wie der 1. Antragsgegner erhalten.

Am 5. Juni 2012 sei der Betrieb auf Grund der Umbauarbeiten am Standort Z für drei Wochen geschlossen und seien alle Mitarbeiter/innen beurlaubt worden. Am 6. Juni 2012 habe die Antragstellerin einen Anruf von Herrn Ds Sekretärin zwecks einer Terminvereinbarung am Firmensitz ... erhalten. Bei dem darauf folgenden Gespräch am 8. Juni 2012 sei der Antragstellerin von Herrn D mitgeteilt worden, dass es derzeit wenig Umsatz gäbe und man sich daher entscheiden habe müssen, Mitarbeiter/innen zu kündigen. Die Entscheidung sei nun auf sie gefallen. Die Antragstellerin habe einen Vorschlag zu einer einvernehmlichen Lösung des Arbeitsverhältnisses abgelehnt und sei somit am 8. Juni 2012 gekündigt worden.

In der auf Ersuchen des Senats I der GBK übermittelten Stellungnahme der rechtsfreundlichen Vertretung des 1. Antragsgegners bestritt dieser die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Es sei richtig, dass die von der Antragstellerin geschilderte Situation am 10. Februar 2012 um ca. 13:20 Uhr von den Überwachungskameras aufgezeichnet worden sei. Entgegen den Behauptungen der Antragstellerin sei auf diesem Überwachungsvideo aber erkennbar, dass der 1. Antragsgegner sie entgegen ihrer Behauptung eben nicht „mit beiden Händen am Hintern berührt“ habe.

Darüber hinaus ergebe sich aus der Aussage des 1. Antragsgegners bei der Stadtpolizei ... am 9. März 2012, dass die Antragstellerin ihn noch am 23. Jänner 2012 gebeten habe, sie zur gemeinsamen Arbeitsstelle am Standort Z mitzunehmen. Dies widerspreche aber völlig ihrer Behauptung, sie fühle sich vom 1. Antragsgegner belästigt bzw. hätten diese Belästigungen bereits im Dezember 2011 begonnen. Entgegen der Ansicht der Anwältin für Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt seien die Behauptungen der Antragstellerin weder lebensnah noch glaubhaft, vielmehr durch die Videoaufnahme und den Umstand widerlegt, dass die Antragstellerin auf eigenen Wunsch mit dem 1. Antragsgegner zur Arbeit fahren habe wollen.

Hinsichtlich dieser Causa habe die Staatsanwaltschaft ... mit Schreiben des Vereines Tatausgleich vom 10. Juli 2012 dem 1. Antragsgegner einen außergerichtlichen Tatausgleich angeboten. Da dieser keinerlei wie immer gearteten Anlass für einen außergerichtlichen Tatausgleich sehe, habe die rechtsfreundliche Vertretung dieses Angebot mit Schreiben vom 25. Juli 2012 abgelehnt.

Auch in dieser Angelegenheit sehe der 1. Antragsgegner daher keinen wie immer gearteten Anlass zur Leistung eines angemessenen Schadenersatzes. Die Unrichtigkeit der Behauptungen der Antragstellerin lasse sich durch die Videoaufnahme und vorzulegende Urkunden, insb. Einzelgesprächsnachweise, belegen, der 1. Antragsgegner blicke dem weiteren Vorgehen der Staatsanwaltschaft ... in dieser Causa mit Gelassenheit entgegen. Für den Fall der Einleitung eines gerichtlichen Strafverfahrens werden die Videoaufnahmen des behaupteten Vorfalles am 10. Februar 2012 vom Gericht auszuwerten sein, ebenso die vorzulegenden Einzelgesprächsnachweise und diverse Fotos.

In der auf Ersuchen des Senats I der GBK übermittelten Stellungnahme der rechtsfreundlichen Vertretung der 2. Antragsgegnerin bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Es werde bestritten, dass die 2. Antragsgegnerin bezüglich einer allfälligen sexuellen Belästigung der Antragstellerin durch den 1. Antragsgegner untätig geblieben sei, sowie, dass die Antragstellerin bezüglich ihres Gehaltes ungleich behandelt worden sei und daher eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliege. Insbesondere werden die Angaben der GAW bestritten, wonach die Antragstellerin eine höherwertige Arbeit ausgeübt habe als der 1. Antragsgegner und daher auf Grund des Bezuges von gleich hohem Entgelt eine Ungleichbehandlung vorliege. Weiters werde ausdrücklich bestritten, dass die Kündigung der Antragstellerin aus diskriminierenden Gründen ausgesprochen worden sei bzw. dass die Kündigung in irgendeiner Weise diskriminierend gewesen sei.

Richtig sei, dass die Antragstellerin seit 23. August 2010 bei der 2. Antragsgegnerin beschäftigt gewesen sei und am 8. Juni 2012 arbeitgeberseitig gekündigt worden sei. Im Zeitraum vom 23. August 2010 bis 31. Juli 2011 habe die Antragstellerin die Position einer Servicemitarbeiterin mit einem Grundlohn von 1.360,- Euro bekleidet. Mit Vertragsänderung vom 1. August 2011 habe sie die Position der Schichtleiterin mit einem Grundlohn von 1.700,- Euro erhalten. Wenige Monate später, am 7.

November 2011 sei der 1. Antragsgegner in das Unternehmen der 2. Antragsgegnerin als *Schichtleiter* mit dem gleichen Grundlohn von 1.700,- Euro eingetreten. Mit 1. Jänner 2012 sei es zu einer Änderung des Vertragstextes beim 1. Antragsgegner und bei der Antragstellerin gekommen, behielten diese jedoch ihre Positionen als Schichtleiter/Schichtleiterin. Erst mit Vertragsänderung vom 1. Februar 2012 seien sowohl die Bezeichnung der Position des 1. Antragsgegners als auch jener der Antragstellerin von *Schichtleiter/Schichtleiterin* in *Schichtleiterin-Supervisor-Stellvertreter/Stellvertreterin* geändert worden. Mit dieser Vertragsänderung sei das Gehalt der beiden Mitarbeiter/innen von 1.700,- Euro auf 1.800,- Euro (Grundlohn) angehoben worden. Der von der Antragstellerin vorgelegten Beilage ./2 sei unmissverständlich zu entnehmen, dass diese nicht den Arbeitsvertrag darstelle, sondern lediglich einen Änderungsvertrag mit Wirksamkeit ab dem 1. Jänner 2012.

Hinsichtlich der konkreten Tätigkeit der beiden Mitarbeiter/innen werde auf die Ausführungen der 2. Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 20. März 2012 verwiesen, Im Betrieb der 2. Antragsgegnerin gebe es die Unterscheidung zwischen „Erstem“ und „Zweitem“ Stellvertreter/Stellvertreterin nicht. Es gebe hier lediglich einen Supervisor, Herrn E, und haben sowohl der 1. Antragsgegner als auch die Antragstellerin die gleiche Position als Supervisor-Stellvertreter/in innegehabt. Der Antragstellerin seien weder theoretisch mehr Befugnisse als dem 1. Antragsgegner zugeschrieben worden, noch sei jemals eine faktische Ausübung solcher höherwertigen Befugnisse notwendig bzw überhaupt zulässig gewesen.

Der 1. Antragsgegner und die Antragstellerin seien seit den Ereignissen von März 2012 nicht mehr zugleich im Betrieb anwesend gewesen. Es ergebe sich daher schon aus Zweckmäßigkeitserwägungen, dass die beiden Supervisor-Stellvertreter/innen die gleichen Befugnisse und Aufgaben (für den Fall der Abwesenheit von Herrn E) haben. Jegliche andere Disposition hätte zur Folge, dass der Betrieb während der Schicht des 1. Antragsgegners in seiner Handlungsfähigkeit eingeschränkt wäre und nicht so umfassend handeln könnte, wie er es während der Schicht der Antragstellerin könne. Diese Überlegung allein lege bereits nahe, dass die beiden Dienstnehmer/innen mit denselben Befugnissen ausgestattet gewesen seien.

Die von er GAW dargestellte Beschreibung der Tätigkeiten der Antragstellerin entspreche auch den Tätigkeiten des 1. Antragsgegners. Die Annahme, dass der 1. Antragsgegner beispielsweise das Firmenhandy nicht zu übernehmen gehabt

habe, sei absurd, da dies zur Folge gehabt hätte, dass während der Schichten des 1. Antragsgegners das Telefon unbesetzt und daher im Betrieb niemand erreichbar gewesen wäre. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb ein Betrieb auf das Besetzen des Firmenhandys verzichten solle. Im Übrigen sei die Beantwortung von Anrufen, die auf dem Firmenhandy eingehen, ebenso wenig mit einer erhöhten Verantwortung oder einer höherwertigen Tätigkeit verbunden, zumal dieses nur dazu diene, für die Geschäftsführung und vereinzelt in Ausnahmefällen für Lieferanten erreichbar zu sein.

Allfällige geringfügige Unterschiede in den täglichen Tätigkeiten ergeben sich tatsächlich nur aus der Tatsache, dass die Antragstellerin und der 1. Antragsgegner unterschiedliche Schichten übernommen haben. Hintergrund sei, dass die Antragstellerin – auf Grund ihres eigenen ausdrücklichen Wunsches – lediglich die Frühschicht übernommen habe, was dazu geführt habe, dass der 1. Antragsgegner (meist) zur Spätschicht eingeteilt worden sei. Selbstverständlich fallen zu den unterschiedlichen Tageszeiten nicht dieselben Aufgaben an, sodass ein Unterschied in den konkreten Tätigkeiten aus faktischen Gründen tatsächlich vorliegen müsse. Diese faktischen Gründe bringen jedoch in keiner Weise einen Nachteil der Antragstellerin mit sich. Die Einteilung der Schichten, wonach die Antragstellerin die Frühschichten und der 1. Antragsgegner die Spätschichten übernommen habe, habe dem ausdrücklichen Wunsch der Antragstellerin entsprochen. Die regelmäßige Belegung unterschiedlicher Dienstsichten durch unterschiedliche Mitarbeiter rechtfertige jedenfalls keine unterschiedliche Entlohnung dieser Mitarbeiter (und mache eine solche mit Sicherheit nicht notwendig um eine Diskriminierung zu verhindern).

Weiters sei die Behauptung unrichtig, dass die Antragstellerin explizite Bürotage gehabt habe. Sollte die Antragstellerin jedoch selbständig Bürotätigkeiten ausgeübt haben, dann sei dies jedenfalls ohne Wissen und Erlaubnis der 2. Antragsgegnerin erfolgt. Die im Verlangen der GAW angesprochenen administrativen Tätigkeiten benötigten für ihre Erledigung rund eine Stunde pro Tag. Diese seien in der Regel vom Supervisor, Herrn E, zu übernehmen, in dessen Abwesenheit jedoch vom jeweils anwesenden Supervisor-Stellvertreter – also entweder von der Antragstellerin oder vom 1. Antragsgegner. Sogar seien auch die Bürotätigkeiten keine Tätigkeiten, die lediglich von der Antragstellerin übernommen worden seien, weshalb auch diese keine Höherwertigkeit ihrer Tätigkeit zu begründen vermögen.

Um Bürotage zu vermeiden, habe die Dienstgeberin für das Betriebslokal einen Laptop zur Verfügung gestellt, mit welchem der Großteil der administrativen Arbeiten auch im Betriebslokal erledigt werden habe können. Administrative Tätigkeiten seien durch die Supervisor-Stellvertreter/innen nur in Ausnahmefällen ausgeübt worden, nämlich wenn der Supervisor, Herr E, nicht im Dienst gewesen sei.

Ebenso unrichtig sei die Behauptung, wonach der 1. Antragsgegner keinen Schlüssel für das Büro gehabt habe. Selbstverständlich verfüge auch er über einen solchen Schlüssel.

Zu den Bestellungen sei anzumerken, dass es sich dabei keineswegs um Bestellungen im Sinne des betrieblichen Einkaufes handle. Vielmehr handle es sich bei der erwähnten Tätigkeit eher um das Ausfüllen immer gleich bleibender Bestelllisten (weder die Waren, noch die Mengen variieren für gewöhnlich). Sollte es also gelegentlich dazu gekommen sein, dass die Antragstellerin die Bestellliste ausfüllen habe müssen, so könne dies keinesfalls im Sinne einer hochwertigen Tätigkeit gewertet werden, welche ein höheres Entgelt rechtfertigen oder gar zwingend notwendig machen würde. Tatsächlich habe die Antragstellerin manche Bestellungen erledigt, dies habe aber lediglich jene Bestellungen betroffen, welche in der Frühschicht gemacht worden seien. Andere Bestellungen, beispielsweise bezüglich Lebensmittellieferungen der Firma V GmbH, haben hingegen aus logistischen Gründen immer von der Spätschicht aufgegeben werden müssen. Dies sei sohin vom 1. Antragsgegner erledigt worden.

Zusammenfassend sei zu diesem Punkt festzuhalten, dass die Antragstellerin und der 1. Antragsgegner sehr wohl die gleichen Tätigkeiten ausgeübt haben. Lediglich die Tageszeit ihrer jeweiligen Dienste habe variiert, sodass es naturgemäß zu vereinzelt Unterschieden in der jeweils ausgeübten Tätigkeit gekommen sei. Auf Grund der Ausübung der gleichen Tätigkeit sei auch das gleiche Entgelt bezahlt worden. Die längere Zugehörigkeit der Antragstellerin zum Betrieb der 2. Antragsgegnerin mache einen Unterschied im Entgelt keinesfalls erforderlich. Ausschlaggebend sei nämlich lediglich die Zeit, in der die Antragstellerin als „Schichtleiterin“ beschäftigt gewesen sei, nicht die Dauer ihrer gesamten Tätigkeit bei der 2. Antragsgegnerin. Das knappe Jahr, in welchem die Antragstellerin als Servicemitarbeiterin angestellt gewesen sei, sei für die Beurteilung der Angemessenheit der Gehälter irrelevant, da es sich um eine gänzlich andere Tätigkeit gehandelt habe. Die Antragstellerin sei lediglich drei Monate vor dem

1. Antragsgegner als Schichtleiterin angestellt worden, sodass ein Entgeltunterschied hier keineswegs erforderlich sei.

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Antragstellerin stehe in keinem Zusammenhang mit den Vorfällen vom März 2012. Der Grund für die Beendigung des Dienstverhältnisses mit der Antragstellerin liege ausschließlich in der Tatsache, dass der Umsatz stark abgenommen habe. Tatsächlich habe die 2. Antragsgegnerin ... Umsatzeinbußen von bis zu 80 Prozent erlitten, was klarmache, dass die Beendigung des Dienstverhältnisses ausschließlich wirtschaftliche Gründe gehabt habe. Grund für diesen Umsatzrückgang sei die Tatsache, dass am Standort Z (wo sich der Betrieb der 2. Antragsgegnerin befinde) ... eröffnet worden sei. Bis zum 4. Juni 2012, also vor Eröffnung ..., habe die 2. Antragsgegnerin den gewohnten Umsatz erwirtschaftet. Von 5. Juni 2012 bis zum 27. Juni 2012 seien sämtliche Betriebe ..., wo auch die 2. Antragsgegnerin ihren Betrieb habe, geschlossen und die Mitarbeiter zwangsbeurlaubt worden. Ab der Wiedereröffnung des Betriebes am 28. Juni 2012 seien die Umsatzeinbußen in Höhe von 80 Prozent feststellbar gewesen.

Die beiden von der Antragstellerin genannten „neuen“ Mitarbeiter (Herr F und Herr G) seien zu einem Zeitpunkt eingestellt worden, als der 2. Antragsgegnerin die Höhe der Umsatzeinbußen noch nicht bekannt sein haben können. Die beiden neuen Mitarbeiter seien nicht etwa als Ersatz für die Antragstellerin, sondern schon bevor sich abgezeichnet habe, dass die wirtschaftliche Situation einige Kündigungen notwendig machen würde, eingestellt worden. Herr F sei am 16. April 2012, also knapp zwei Monate vor Ausspruch der Kündigung der Antragstellerin eingestellt worden, Herr G schon am 28. März 2012, also über zwei Monate vor Ausspruch der Kündigung. im Übrigen sei das Dienstverhältnis mit den beiden genannten Personen ebenfalls bereits beendet worden.

Als der Umsatz jedoch so massiv zurückgegangen sei, habe die 2. Antragsgegnerin Kündigungen aussprechen müssen. Dass gerade die Antragstellerin und nicht etwa der 1. Antragsgegner oder ein anderer Mitarbeiter gekündigt worden sei, hänge unter anderem auch mit der von den jeweiligen Mitarbeitern erbrachten Leistung zusammen. Beispielsweise habe der 1. Antragsgegner höhere Kompetenzen und eine höhere Ausbildung, sowie mehr Berufserfahrung. Im Hinblick auf die durchaus längere Berufserfahrung des 1. Antragsgegners könne von einer Schlechterbehandlung der Antragstellerin durch Zahlung des gleichen Gehaltes nicht die Rede sein.

Die Tatsache, dass die Antragstellerin während des Betriebsurlaubes zum Firmensitz fahren habe müssen, sei für die Frage einer Benachteiligung im Beruf bzw. bei der Kündigung gänzlich unerheblich. Die Antragstellerin sei lediglich höflich gebeten worden, den Firmensitz aufzusuchen. Ziel dieses Treffens sei die Führung eines persönlichen Gespräches gewesen, was im Übrigen die übliche Vorgehensweise bei sämtlichen Mitarbeitern sei. Der übliche Brief, welchen die 2. Antragsgegnerin aushändige, wenn sie von ihrem Kündigungsrecht Gebrauch mache, sei selbstverständlich auch der Antragstellerin übergeben worden. Einziger Unterschied zur üblichen Vorgehensweise bei einer Kündigung sei im Fall der Antragstellerin gewesen, dass der Betrieb zu diesem Zeitpunkt geschlossen gewesen sei und das Gespräch sohin am Firmensitz stattfinden habe müssen.

Die Antragstellerin führte zum Vorfall am 10. Februar 2012 ergänzend aus, dass sie nach hinten gegangen sei, wo ein Nirosta sei, ein enger Gang, um mit Frau C die Abrechnung ihres Frühdienstes zu machen. Der 1. Antragsgegner habe seinen Dienst angetreten und hinten vorbeigehen müssen. Die Antragstellerin und Frau C haben sich beide so zum Tisch gestellt, dass er besser vorbei könne. Der Antragsgegner sei vorbeigegangen und habe ihr mit beiden Händen auf den Po gegriffen. Er habe dann auch noch gesagt – sie könne es leider nicht mehr exakt wiedergeben –: „Bissl weiter nach rechts und es wäre perfekt“. Die Antragstellerin habe sich unwohl gefühlt in dieser Situation. Dieser Vorfall sei für sie deshalb von besonderer Bedeutung gewesen, weil es ihr dabei einfach psychisch gereicht habe. Kurz danach habe sie sich an die 2. Antragsgegnerin gewandt. Zuerst habe sie mit Herrn H geredet, dann mit Herrn D. Sie habe das Gefühl gehabt, er würde ihr nicht glauben. Als wäre das ein „Blabla“, das nicht der Rede wert sei. Man habe ihr nicht geglaubt. Eine genaue Uhrzeit habe sie nicht gesagt, jedoch habe sie angegeben, es müsse zwischen 13:15 und 13:45 Uhr passiert sein. Da haben sie mit der Abrechnung begonnen.

Als Grund für ihre Kündigung sei die ...-Eröffnung am Standort Z angegeben worden. Dadurch sei viel weniger Umsatz und man müsse ein paar kündigen. Ihr Eindruck sei jedoch gewesen, weil sie gerichtlich vorgegangen sei. Bevor sie gekündigt worden sei, habe jeder schon eine Zeit lang vorher gewusst, wann ... fertig sein werde. Herr D habe ein oder zwei Monate vorher zwei neue Mitarbeiter aufgenommen, und nachdem sie gegangen sei, sei Herr H als „Supervisor“ wieder neu aufgenommen worden.

Der 1. Antragsgegner hielt zum Vorfall am 10. Februar 2012 fest, dass es nicht bewusst zu irgendwelchen Berührungen gekommen sei. In der Lokalität sei es ziemlich eng. Es handle sich um einen Gang, der 80 cm breit sei. Dass man bei irgendjemandem ankomme, lasse sich oft nicht vermeiden.

Gefragt, wie er sich erklären könne, dass die Antragstellerin solche Vorwürfe erhebe, gab der 1. Antragsgegner an, dass es immer wie ein kleiner Konkurrenzkampf gewesen sei, jeder habe diese Schichtleiterposition innehaben wollen. Er sei gleich in das Unternehmen als Schichtleiter eingetreten. Er sei vorher nicht im Service tätig gewesen. Es sei geplant gewesen, dass Frau C die Position übernehme, die dann er bekommen habe. Im Unternehmen seien damals ca. 8.000 bis 12.000 Euro pro Tag über den Tisch gegangen und dieses Team sei eingespielt gewesen, auch was die nicht korrekte Aufteilung des Trinkgelds betreffe. Bei diesem System habe er nicht mitgespielt. Somit sei er nicht wirklich in diesem Schichtleiter-Team integriert gewesen. Es sei um enorme Summen gegangen und da wäre für dieses Team Frau C ideal gewesen. Es sei so weit gegangen, dass die Antragstellerin mit Frau I, Frau J und Frau C gesprochen habe, dass man ihn mehr oder weniger loswerden müsse.

Den Grund der Kündigung der Antragstellerin wisse er nicht. Es habe sich durch die ...-Eröffnung sehr viel geändert am Standort Z. Im Zuge des Umsatzeinbruches sei im Laufe der nächsten Monate auf sieben Personen reduziert worden.

Herr D, Prokurist der 2. Antragsgegnerin, hielt zum fehlenden Überwachungsvideo für den Zeitraum ab 13:20 Uhr fest, dass der Techniker, der für die 2. Antragsgegnerin bei Bedarf die Sicherungen mache, das Video damals nicht mehr sichern habe können. Es sei nicht mehr da gewesen. Diese Aufzeichnungen seien immer in Teilbereiche gestückelt.

Gefragt, wann die Antragstellerin ihm von dem Vorfall erzählt habe, gab Herr D an, er denke, unmittelbar nach dem Vorfall. Er habe sofort den Personalmanager angerufen und gefragt, was zu tun sei. Dieser habe gesagt, dass es sofort zur Anzeige gebracht werden solle. Er habe zur Antragstellerin gesagt, dass sie das machen solle. Sie habe es damals schon angezeigt gehabt. Weiters seien die Dienste sofort so eingeteilt worden, dass die Antragstellerin und der 1. Antragsgegner nicht mehr zusammenarbeiteten.

Die Kündigung der Antragstellerin sei ausgesprochen worden, weil am Standort Z ... eröffnet und sich das Geschäft um 80 Prozent reduziert habe. Die 2. Antragsgegnerin habe die Mitarbeiterzahl dem Umsatz anpassen müssen. Man habe damals auch

andere Mitarbeiter gekündigt. Es seien die für die 2. Antragsgegnerin fachlich besten Mitarbeiter ausgewählt worden, um zu bleiben. Der 1. Antragsgegner habe eine fachlich bessere Ausbildung. Er habe auch eine weit längere Dienstzeit in solchen Positionen und sei dadurch für die 2. Antragsgegnerin die geeignetere Person. Die gegen den 1. Antragsgegner vorgebrachten Vorwürfe hätten Herrn D hinsichtlich der Kündigungsentscheidung nicht beeinflusst. Die 2. Antragsgegnerin habe so lange abgewartet, bis irgendetwas in diese Richtung zu unternehmen wäre, bis das Gericht die Situation beurteilt gehabt habe. Er habe sich überhaupt keine Meinung bilden wollen, weil er sehr viele unterschiedliche Schilderungen bekommen habe. Er habe damals, als die Kündigung ausgesprochen worden sei, ausschließlich nach der fachlichen Qualifikation beurteilt, und die sei dem 1. Antragsgegner einfach zuzusprechen.

Wer zeitgleich mit der Antragstellerin gekündigt worden sei, konnte Herr D in der mündlichen Befragung nicht auswendig angeben. Er nehme an, es seien vier oder fünf in diesem Zeitrahmen gekündigt worden. Es seien, glaube er, nicht alle zugleich gekündigt worden.

Gefragt, wie er sich erklären könne, warum die Antragstellerin einen solchen Vorfall erfinden solle, antwortete Herr D, dass er das nicht wisse. Er könne es sich nicht erklären. Er habe sie bewusst nicht gefragt, weil er diese Anschuldigung nicht irgendwie herunterspielen habe wollen und auch nicht diesen Anschein erwecken. Er habe die Anschuldigung von Anfang an ernst genommen. Es seien Mitarbeiter befragt worden, die auch das Gegenteil behauptet haben. Er wisse jetzt nicht mehr genau, wer. Es habe in vielen Gesprächen sehr widersprüchliche Aussagen gegeben, auch von Frau C. Was Frau C zum Vorfall gesagt habe, wisse er nicht. Sie hätten diese Gespräche nicht aufgezeichnet.

Frau C gab an, dass ihr aus eigener Wahrnehmung nur der Vorfall am 10. Februar 2012 bekannt sei. Sie hätten ganz normal die Abrechnung gemacht, hinten in der Küche. Da sei der 1. Antragsgegner dazugekommen. Da es ein schmaler Gang sei - da seien Bierfässer dahinter, Regale und so - sei er bei der Antragstellerin hinten vorbeigeschlichen und habe sie an der Taille genommen. Er habe auch irgendeinen Scherz dazu gemacht und ihr einen Klaps auf den Po gegeben. Die Antragstellerin habe gesagt, dass er das lassen solle. Es sei ihr auf jeden Fall unangenehm gewesen.

Gefragt, ob sie irgendwann von Herrn D oder Herrn E zu diesem Vorfall befragt worden sei, erwiderte Frau C, dass sie es nicht glaube. Sie habe nur die Aussage bei der Polizei gemacht und vor Gericht. Gefragt, ob sie bei der Polizeieinvernahme den Schlag auf das Gesäß vergessen habe, antwortete Frau C: „genau“, sie sei auch jetzt nervös.

Gefragt zum Gespräch der Antragstellerin mit Herrn D führte Frau C aus, dass sie nur wisse, dass Herr D mehr zum 1. Antragsgegner geholfen habe, obwohl er erst seit kurzer Zeit da gewesen sei.

Zur Kündigung der Antragstellerin wisse sie nichts Konkretes. Gefragt, ob sie es für möglich halte, dass die Kündigung der Antragstellerin mit den Vorwürfen in Zusammenhang stehe, gab Frau C an, dass sie es schon glaube, weil sonst keiner gekündigt worden sei. Es seien genau die gegangen, die belästigt worden seien, und die Antragstellerin sei gekündigt worden, obwohl andere Mitarbeiter aufgenommen worden seien. Sie habe zwei Wochen vor Ende Juli dann selbst gekündigt. Gefragt, ob es dienstgeberseitig im Zeitraum von Juni bis Juli zu weiteren Kündigungen gekommen sei, führte Frau C aus, dass sie es nicht glaube. Sie hätten selbst gekündigt. Ihr Cousin habe von alleine gekündigt. Ein weiterer habe auch von alleine gekündigt, weil er sich wieder selbstständig gemacht habe. Herr H sei dann wieder da gewesen. Sie habe dann gekündigt, weil sie etwas anderes in Aussicht gehabt habe.

Ihr sei nicht bekannt, dass die 2. Antragsgegnerin fünf Kündigungen auf Grund des Baues von ... ausgesprochen habe.

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.

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

Je nach Massivität des Verhaltens können wiederholte Verhaltensweisen oder auch ein einmaliger Zwischenfall den Tatbestand der sexuellen Belästigung erfüllen, wenn er entsprechend schwerwiegend ist. Entscheidend ist, ob das Verhalten dem objektiven Gehalt nach einer sexuellen Belästigung entspricht.

Insoweit sich die betroffene Person auf einen Diskriminierungstatbestand iSd §§ 3, 4, 6 oder 7 GIBG beruft, hat er/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 eine Arbeitnehmerin von einem Arbeitskollegen am Gesäß berührt, handelt es sich um ein objektiv der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten, das auf Grund seiner Intensität objektiv geeignet ist, die Würde der Arbeitnehmerin zu beeinträchtigen und eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die Arbeitnehmerin zu schaffen. Empfindet die betroffene Person dieses Verhalten zudem subjektiv als unerwünscht, unangebracht bzw. anstößig, ist dies 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 der Antragstellerin ein Ermittlungsverfahren iSd GBK/GAW-Gesetz durch.

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

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

Im vorliegenden Fall wurde der 1. Antragsgegner vom Vorwurf der sexuellen Belästigung gemäß § 218 Abs. 1 Z 1 StGB mit rechtskräftigem Urteil des Bezirksgerichtes ... vom 4. Dezember 2012 gemäß § 259 Z 3 StPO freigesprochen, da u.a. auf dem dem Gericht zur Verfügung stehenden Videomaterial der Überwachungskamera keinerlei geschlechtliche Handlungen an der Antragstellerin ausgemacht werden konnten. Hierzu gibt der erkennende Senat zu bedenken, dass dem Gericht nur eine Aufnahme bis 13:20 Uhr zur Verfügung gestellt wurde – das Videomaterial endete an dieser Stelle (vgl. Aussage von Herrn D vom 13. Jänner 2015) –, die Antragstellerin jedoch laut dem von ihr vorgelegten Arbeitsnachweis für Februar 2012 an besagtem Tag bis 13:49 Uhr gearbeitet hat. Im Verfahren vor Gericht wurde die Unvollständigkeit der Aufnahme in Bezug auf den relevanten Zeitraum nicht einmal thematisiert. Zudem ist festzuhalten, dass das Berühren des Gesäßes zum damaligen Zeitpunkt (noch) nicht den Tatbestand der sexuellen Belästigung iSd Strafgesetzbuches (§ 218 StGB: „geschlechtliche Handlung“) erfüllte, dieses Verhalten aber sehr wohl unter den hier zu prüfenden Tatbestand des Gleichbehandlungsgesetzes fällt.

Auf Grund der schriftlichen Unterlagen war das Vorbringen der Antragstellerin für den erkennenden Senat glaubhaft. Auch bei der ergänzenden Befragung durch den Senat I der GBK machte die Antragstellerin einen glaubwürdigen Eindruck. Sie bestätigte das behauptete Vorbringen, sich durch die Berührung ihres Gesäßes durch den 1. Antragsgegner sexuell belästigt gefühlt zu haben, ohne Widerspruch zu den Angaben im Verlangen. Die Schilderung ihrer Betroffenheit erschien dem erkennenden Senat authentisch.

Die Angaben der Antragstellerin wurden zudem von der befragten Auskunftsperson Frau C glaubwürdig bestätigt (vgl. Aussage von Frau C vom 6. November 2014).

Inwiefern die Antragstellerin und Frau C im Verfahren vor dem Bezirksgericht ... zu GZ ... in den relevanten Punkten widersprüchliche Angaben hinsichtlich des Vorfalls vom 10. Februar 2012 gemacht haben sollen, war für den Senat aus dem Protokoll der Hauptverhandlung vom 16. Oktober 2012 nicht erkennbar.

Vielmehr waren die Aussagen des 1. Antragsgegners nach Auffassung des erkennenden Senates wenig aussagekräftig und ließen Zweifel an der Glaubwürdigkeit des 1. Antragsgegners aufkommen. So wertete der Senat I der GBK

das Hauptargument, die Antragstellerin hätte den Vorwurf sexueller Belästigung gegen ihn nur vorgebracht, weil das bestehende Team ihn loswerden habe wollen, als Schutzbehauptung. Es erscheint nicht nachvollziehbar, wieso sich die Antragstellerin in Kenntnis dessen, dass der Bereich, in dem der vorgebrachte Vorfall stattgefunden hat, videoüberwacht ist (vgl. Aussage von Herrn D vom 13. Jänner 2015), dem Risiko einer Falschaussage aussetzen hätte sollen.

Zusammenfassend hält der erkennende Senat fest, dass das schriftliche und mündliche Vorbringen der Antragstellerin glaubwürdiger war als die Ausführungen des 1. Antragsgegners.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs. 12 GIBG gelangte der erkennende Senat daher zu der Ansicht, dass es dem 1. Antragsgegner nicht gelungen ist, zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass er das sexuell belästigende Verhalten nicht getätigt hat.

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

Gemäß § 3 Z 7 GIBG darf auf Grund des Geschlechtes (...) im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Insoweit sich die betroffene Person auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne der §§ 3, 4, 6 oder 7 GIBG beruft, hat er/sie diesen gemäß § 12 Abs. 12 GIBG glaubhaft zu machen. Dem/der Beklagten obliegt es bei Berufung auf §§ 3 oder 4 zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder das andere Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne des § 5 Abs. 2 vorliegt.

Steht die Kündigung einer Arbeitnehmerin in einem Zusammenhang damit, dass sie sich gegen das sexuell belästigende Verhalten eines Dritten wehrt und ihre Arbeitgeberin um Abhilfe ersucht, und liegen nicht ausschließlich sachliche Gründe für die Kündigung vor, ist dies unter den Tatbestand der Diskriminierung auf Grund

des Geschlechtes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 7 GIBG zu subsumieren.

Die 2. Antragsgegnerin argumentierte, die Antragstellerin sei – ebenso wie weitere Mitarbeiter/innen – wegen des Umsatzrückganges gekündigt worden.

Zum Nachweis des Umsatzrückganges wurden von der 2. Antragsgegnerin gemeinsam mit der Stellungnahme die Tagesabrechnungen für den Zeitraum 21. Mai bis 4. Juni 2012 sowie 28. Juni bis 12. Juli 2012 übermittelt (Beilage ./D zur Stellungnahme der 2. Antragsgegnerin vom 30. August 2012). Die weiteren Mitarbeiter/innen, die von einer Kündigung betroffen waren, wurden hingegen weder in der schriftlichen Stellungnahme noch in der mündlichen Äußerung von der – rechtsfreundlich vertretenen – 2. Antragsgegnerin namhaft gemacht. Zudem lagen dem Senat I der GBK bis zum Zeitpunkt der Beschlussfassung am 13. Jänner 2015 keine Unterlagen mit Belegen zu den Kündigungen der weiteren Mitarbeiter/innen, vor. Der erkennende Senat stützte sich daher in seiner Entscheidungsfindung auf die glaubwürdige Aussage von Frau C, wonach bis zum Zeitpunkt ihrer arbeitnehmerseitigen Kündigung Mitte Juli 2012 keine arbeitgeberseitigen Kündigungen stattgefunden haben (vgl. Aussage von Frau C vom 6. November 2014). Wenig nachvollziehbar erscheint idZ auch die Erklärung von Herrn D, wonach der 1. Antragsgegner (Lehre als Einzelhandelskaufmann) die bessere Ausbildung als die Antragstellerin (Lehre als Gastronomiefachfrau) habe, zumal der 1. Antragsgegner nach eigenen Angaben nie im Service tätig gewesen ist (vgl. Aussage von Herrn B vom 6. November 2014).

Der zeitliche Ablauf stellte sich für den Senat I der GBK wie folgt dar: Ca. Mitte Februar 2012, kurz nach dem vorgebrachten Vorfall am 10. Februar, beschwerte sich die Antragstellerin bei der 2. Antragsgegnerin über sexuelle Belästigungen durch den 1. Antragsgegner (vgl. Aussage von Frau A vom 6. November 2014; Beschuldigtenvernehmung des 1. Antragsgegners durch das Stadtpolizeikommando ... vom 9. März 2012, Seite 4). Am 12. März 2012 wurde seitens der GAW ein Interventionsschreiben an die 2. Antragsgegnerin übermittelt. Am 24. April 2012 langte das Verlangen der GAW betreffend die Überprüfung einer sexuellen Belästigung durch den 1. Antragsgegner beim Senat I der GBK ein. Am 8. Juni 2012 wurde die Antragstellerin gekündigt.

Nach Auffassung des erkennenden Senates sind dies starke Indizien dafür, dass die Beschwerde der Antragstellerin jedenfalls mit ein Grund gewesen ist, weshalb man sich im Zuge des Umsatzrückganges vorrangig von ihr getrennt hat. Entgegen den Beteuerungen in der Stellungnahme an die GAW vom 20. März 2012 (Beilage ./5 zur Ergänzung des Verlangens der GAW vom 23. Juli 2012) und anders als von Herrn D in dessen mündlicher Befragung dargestellt (vgl. Aussage von Herrn D vom 13. Jänner 2015), wurde von der 2. Antragsgegnerin augenscheinlich nicht „das Urteil der dafür zuständigen Stellen“ abgewartet. Die Hauptverhandlung vor dem Bezirksgericht ... zu GZ ... fand erst am 16. Oktober 2012 statt, das Urteil wurde am 4. Dezember 2012 gefällt.

Aus der Sicht des Senats ist außerdem der Eindruck entstanden, dass die Arbeitgeberin keine Kenntnisse über den Tatbestand der sexuellen Belästigung im GIBG hat, insbesondere nicht zur Unterscheidung desselben von strafrechtlich relevantem Verhalten. Ein Arbeitgeber/eine Arbeitgeberin handelt nach Ansicht des Senats jedoch fahrlässig, wenn im Betrieb nicht ausreichend Information über sexuelle Belästigung vorliegt, weil dadurch auch von den Führungskräften nicht der Fürsorgepflicht entsprechende adäquate Abhilfe geschaffen werden kann.

Es ist zudem verwunderlich, warum bei einem derart schwerwiegenden Vorwurf, wie dem der sexuellen Belästigung, seitens der 2. Antragsgegnerin keine Aufzeichnungen zu den Befragungen der Mitarbeiter/innen gemacht wurden. Die Ausführungen von Herrn D zu den Gesprächen mit den Mitarbeiter/innen und insbesondere der wichtigsten Zeugin, Frau C, blieben nach Auffassung des Senats I der GBK vage.

Auf Grund der Aussagen der befragten Auskunftspersonen ist nach Meinung des erkennenden Senates bei Abwägung aller Umstände eher davon auszugehen, dass das gegenständliche Arbeitsverhältnis von der 2. Antragsgegnerin aus diskriminierenden Motiven beendet worden ist.

Das Vorliegen anderer, mitausschlaggebender Motive („Motivbündel“) kann eine/n Arbeitgeber/in vom Vorwurf einer diskriminierenden Behandlung nicht entlasten,⁴ da den Realitäten der Arbeitswelt folgend, davon auszugehen ist, dass bei der

⁴ OGH 2. 4. 2009, 8 ObA 8/09y.

Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter Umständen auch mehrere Motive – darunter auch sachliche – eine Rolle spielen können.⁵

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs. 12 GIBG gelangte der erkennende Senat sohin zu der Ansicht, dass es der 2. Antragsgegnerin nicht gelungen ist, zu beweisen, dass nur sachliche Motive und nicht auch die Beschwerde der Antragstellerin für die Kündigung ausschlaggebend waren.

Es liegt somit eine **Diskriminierung** bei der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gemäß § 3 Z 7 GIBG vor.

Gemäß § 3 Z 2 GIBG darf auf Grund des Geschlechtes (...) im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht bei der Festsetzung des Entgelts.

Der Entgeltbegriff ist nach der Rechtsprechung des EuGH weit zu fassen, sodass man darunter alle Leistungen versteht, die ein/e Arbeitnehmer/in als Gegenleistung für die Zurverfügungstellung seiner/ihrer Arbeitskraft an den/die Arbeitgeber/in erhält.

Insoweit sich die betroffene Person auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne der §§ 3, 4, 6 oder 7 GIBG beruft, hat er/sie diesen gemäß § 12 Abs. 12 GIBG glaubhaft zu machen. Dem/der Beklagten obliegt es bei Berufung auf § 3 oder 4 zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes, vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder das andere Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne des § 5 Abs. 2 vorliegt.

Das Vorbringen der Antragstellerin, sie habe im Vergleich zu ihrem männlichen Kollegen trotz höherwertiger Tätigkeit dasselbe Bruttogehalt erhalten, indizierte eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bei der Festsetzung des Entgelts gemäß § 3 Z 2 GIBG.

Nach Durchführung des Ermittlungsverfahrens gelangte der Senat I der GBK zur Auffassung, dass sich nicht genügend Anhaltspunkte ergeben haben, dass die Antragstellerin tatsächlich höherwertige Tätigkeiten als die männliche

⁵ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG § 17 Rz 8.

Vergleichsperson verrichtet hat. Beide hatten die Positionen als Schichtleiter/in und Supervisor-Stellvertreter/in inne, wobei die Antragstellerin vorwiegend die Frühschicht, die Vergleichsperson vorwiegend die Spätschicht übernahm. Unterschiede in den tatsächlichen Tätigkeiten ergaben sich aufgrund der verschiedenen Tageszeit, betrafen aber nicht die Wertigkeit der Tätigkeiten. Insbesondere oblag beiden im Fall der Abwesenheit des Supervisors die Vertretung nach außen, die Entgegennahme von Telefonaten und die Abwicklung von Bestellungen. Die Antragstellerin hatte die genannten Positionen lediglich drei Monate früher als die männliche Vergleichsperson inne, sodass ein Entgeltunterschied auch aufgrund längerer Berufserfahrung nicht indiziert erschien.

Es liegt somit **keine Diskriminierung** bei der **Festsetzung des Entgelts** gemäß § 3 Z 2 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 Arbeitgeber/in 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 **1. 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.

Da der Senat I der GBK zur Auffassung gelangt ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, wird die **2. Antragsgegnerin, X GmbH** seitens des erkennenden Senates 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,**
- 2. Mitarbeiter/innenschulung betreffend das Gleichbehandlungsgesetz, insbesondere sexuelle Belästigung und Abhilfemaßnahmen dagegen, Weitergabe interner Information über mögliche Beratungsstellen für Belästigungsoffer und Aufklärung hinsichtlich der Unterschiede zum Strafrecht.**

Wien, 13. Jänner 2015

Ass.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Barbara Beclin

Vorsitzende des Senates I der GBK