

Senat II der Gleichbehandlungskommission
Anonymisiertes Prüfungsergebnis GBK II/477/22 gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) hat über den Antrag von A (in Folge: Antragsteller) wegen Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 7 GIBG durch die B GmbH (in Folge: Antragsgegnerin) nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz, BGBl. I Nr. 66/2004 idgF, iVm § 11 Gleichbehandlungskommissions-GO, BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. II Nr. 275/2013 erkannt:

Eine Diskriminierung des Antragstellers auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die Antragsgegnerin

liegt nicht vor.

VORBRINGEN

Im **Antrag** wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Antragsteller sein Dienstverhältnis bei der Antragsgegnerin am 15.2.2022 begonnen habe. Obwohl er immer pünktlich zum Dienst erschienen sei und noch keinen Tag gefehlt habe, habe er am 4.3. einen eingeschriebenen Brief erhalten, in dem behauptet worden sei, dass er sich seit dem 1.3. ohne Krankenstands-Angabe zuhause aufhielte.

Daraufhin habe er noch am selben Tag versucht mit der Personalabteilung per E-Mail Kontakt aufzunehmen, um den Sachverhalt richtigzustellen. Bis heute habe er keine schriftliche Antwort erhalten. Des Öfteren habe er versucht anzurufen und schließlich eine SMS hinterlassen - wieder ohne Erfolg. Er habe beschlossen, am 9.3. mit dem Brief persönlich hinzugehen. Der Sachverhalt sei ihm dann geklärt erschienen.

Am 12.3. habe er ein Kündigungs-E-Mail erhalten. Während seines aufrechten Dienstverhältnisses seien mehrere Mitarbeiter mit afrikanischem Migrationshintergrund während ihrer Probezeit entlassen worden.

Die Absicht des Unternehmens erscheine ausbeuterisch, da dieses seine Mitarbeiteranzahl nur für kurze Zeit erhöhen wolle. Es liege für ihn eine starke Vermutung von Diskriminierung und Mobbing vor. Es sei versucht worden, ihn mit falschen Behauptungen zu vertreiben.

In der ersten Stellungnahme der **Antragsgegnerin** wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Antragsteller vom 15.2.2022 bis 11.3.2022 als Arbeiter in der Kommissionierung beschäftigt gewesen sei und man das Dienstverhältnis auf Grund seiner nicht ausreichenden Leistung wieder beenden habe müssen. Die Antragsgegnerin distanzieren sich vollkommen von der Behauptung, dass das Dienstverhältnis des Antragstellers auf Grund seiner Herkunft oder Hautfarbe beendet worden sei. Die Auflösung beziehe sich lediglich darauf, dass seine Leistung während des Probemonats leider nicht in vergleichbarer Qualität mit der Leistungssteigerung von anderen Mitarbeiter/innen im ersten Arbeitsmonat einhergegangen sei. Auf Grund des starken Wettbewerbs in der Branche sei die Antragsgegnerin darauf angewiesen, bestmögliche Mitarbeiter/innen zu beschäftigen und müsse sich trennen, sofern die Arbeitsleistung nicht dem geforderten Qualitätsniveau entspreche.

Zur Veranschaulichung wurde ein kurzer Einblick in die Leistung des Antragstellers vorgelegt:

Bereich	Leistung Normalbereich	Leistung Antragsteller
Packtisch — Trocken	25 Einkäufe pro Stunde	10,92 Einkäufe pro Stunde
Sektor 7 - Trocken	70 Artikel pro Stunde	47 Artikel pro Stunde

Außerdem sei versucht worden, den Antragsteller ohne großen Erfolg in verschiedenen Bereichen einzusetzen. In der Zeit seiner Beschäftigung habe es viele Neueintritte sowie auch Austritte gegeben. Dies habe jedoch Mitarbeiter/innen sowohl österreichischer als auch anderer ethnischer Herkunft betroffen. Der Grund dafür seien Wechsel in der Managementebene und damit einhergehende strukturelle Änderungen im Lager sowie hohe Nachfrageschwankungen gewesen, die ebenso zu Anpassungen in der Belegschaft gezwungen hätten. Auf Grund des geringen Unternehmensalters gebe es Nachfrageschwankungen, welche eine kontinuierliche Personalanpassung zur Folge hätten. Des Weiteren sei darauf hinzuweisen, dass die Antragsgegnerin viele Mitarbeiter/innen anderer ethnischer Herkunft beschäftige. Sie sei stolz auf ein vielfältiges und internationales Mitarbeiter/innenfeld, da gerade auch das das Unternehmen ausmache. Auch seien

Mitarbeiter/innen explizit mit afrikanischer Herkunft in Führungspositionen beschäftigt und auch schon länger angestellt. Die Antragsgegnerin bedauere zutiefst, dass der Antragsteller seinen Austritt mit seiner ethnischen Zugehörigkeit in Verbindung bringe und möchte sich von dieser Absicht in jeglicher Hinsicht distanzieren.

In einer ergänzenden Stellungnahme der anwaltlichen Vertretung der Antragsgegnerin wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Antragsgegnerin im Geschäftsbereich der Lieferung von Lebensmitteln (Einzelhandel mit Lebensmitteln, in der Form eines Onlineshops) tätig sei. Unter Lebensmittellieferdiensten herrsche, wie allgemein bekannt, ein äußerst starker Wettbewerb. Die Antragsgegnerin sei daher darauf angewiesen, dass sämtliche geschäftliche Abläufe effizient seien und die Mitarbeiter/innen Arbeiten verrichten, die ihnen liegen und bei denen sie gute Ergebnisse erzielen.

Die Arbeitsleistung des Antragstellers sei jedoch nicht ausreichend gewesen; zu den Details der Bewertung seiner Arbeitsleistung werde auf die erste Stellungnahme verwiesen. Die Antragsgegnerin habe den Antragsteller auf Grund seiner geringen Leistung nach einiger Zeit in einem anderen Bereich arbeiten lassen, um ihm die Möglichkeit zu geben, sich in diesem Bereich allenfalls besser zurechtzufinden. Jedoch sei auch dort dessen Leistung nicht ausreichend gewesen. Die vorzeitige Beendigung des Probearbeitsverhältnisses habe daher ausschließlich sachliche Gründe gehabt, die die Antragsgegnerin in der ersten Stellungnahme konkret quantifiziert habe.

Da sämtliche Personalentscheidungen immer durch die Personalabteilung, die in Gleichbehandlungsfragen geschult sei, evaluiert und anschließend ausgesprochen werden, könne damit ausgeschlossen werden, dass Entscheidungen wie Kündigungen auf Grund unsachlicher und insbesondere diskriminierender Gründe erfolgen. Bei der Antragsgegnerin bestehe, wie in der gesamten Lieferdienstbranche, eine verhältnismäßig hohe Mitarbeiter/innenfluktuation. Die Behauptung, es wären auch Probearbeitsverhältnisse zu anderen Mitarbeitenden mit afrikanischem Migrationshintergrund beendet worden, habe daher nichts mit ethnischer Diskriminierung zu tun. Tatsächlich habe die überwiegende Mehrheit von Mitarbeitenden im Lager der Antragsgegnerin Migrationshintergrund. Auf Grund des hohen Anteils an Mitarbeitenden mit Migrationshintergrund schlage sich dieser Anteil auch bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen nieder. Dies habe nichts mit Persönlichkeitsmerkmalen zu tun, sondern zeige eben eine verhältnismäßige Verteilung der Personalentscheidungen, basierend auf sachlichen Gründen.

Die Antragsgegnerin sei ein junges und weltoffenes Unternehmen, dem Diversität und Inklusivität besonders wichtig seien. Im Sinne der Umsetzung dieser Werte habe die Antragsgegnerin auch eine Richtlinie zum Umgang mit Mitarbeitenden erlassen. Die **Richtlinie „Respektvoller Umgang am Arbeitsplatz & Beschwerdemanagement“** halte Folgendes fest:

„die B GmbH verpflichten sich zu:

- (i) Schaffung eines Arbeitsumfelds, das frei von Belästigung, Mobbing und Diskriminierung ist*
 - (ii) Förderung von Vielfalt, Gleichberechtigung und Integration in allen Aspekten unseres Geschäfts und unserer Tätigkeit*
 - (iii) Gewährleistung der Chancengleichheit für alle Mitarbeiter und Bewerber um eine Stelle*
- Dies gilt für alle Mitarbeiter (einschließlich Leiharbeitnehmer) und auch für Dritte wie Berater, Auftragnehmer, Kunden, Lieferanten oder Besucher.“*

Die Richtlinie sei von Geschäftsleitung, Rechts- sowie Personalabteilung gemeinsam erstellt worden und erkläre im Detail, was beispielsweise unter Diskriminierung zu verstehen sei und dass diese inakzeptabel sei. Es herrsche eine Nulltoleranz bei Verstößen. Für die Vermittlung dieses Themas gebe es unternehmensweites Training für Mitarbeitende. Die Richtlinie sei keine bloße Compliance-Maßnahme, sondern sie drücke die Werte und Einstellung des Unternehmens aus. Der Antragsgegnerin sei es daher auch wichtig, auf die individuellen Bedürfnisse der Mitarbeitenden mit aktuell 35 verschiedenen Nationalitäten, unterschiedlichen Religionsbekenntnissen, Altern und Geschlechtern einzugehen. Als Beispiel sei angeführt, dass die Antragsgegnerin – ohne jegliche gesetzliche Grundlage, sondern aus Wertschätzung gegenüber den Mitarbeitenden und im Wissen um unterschiedliche Bedürfnisse zu jedem Zeitpunkt Rücksicht auf in diesem Fall religiöse oder andere persönliche Feiertage nehme. Urlaubsanträge auf Grund religiöser Feiertage würden gegenüber normalen Anträgen bevorzugt. Da die Vielfalt der Mitarbeitenden den Werten und der Einstellung der Antragsgegnerin entspreche, drücke die Antragsgegnerin dies auch in ihrem Außenauftritt aus. So bestehen auch bei den Social-Media-Aktivitäten der Antragsgegnerin bewusst auch Kooperationen mit Personen mit unterschiedlichen ethnischen Hintergründen und Hautfarben.

BEFRAGUNG VON AUSKUNFTSPERSONEN

Der **Antragsteller** gab an, dass er am 15.2. als Kommissionierer bei der Antragsgegnerin eingestellt worden und drei Tage vorbereitend tätig gewesen sei; danach habe er tatsächlich zu arbeiten begonnen. Er habe im Kühllager und im Lager für Trockenware gearbeitet. Vor Arbeitsbeginn und am Arbeitsende habe er seinen Badge scannen müssen; das habe er täglich gemacht. Er habe die bestellten Produkte einsammeln und dann auf ein Laufband stellen müssen. Es seien dort viele Personen tätig gewesen, es habe auch eine Art Vorarbeiter gegeben. Diese Person habe ihm nie gesagt, dass er zu schlecht oder zu langsam arbeite. Er habe vergessen, wieviele Einkäufe/Stunde er erledigen hätte sollen.

Auf Vorhalt aus der Stellungnahme, der zu Folge er nur ca. die Hälfte der Leistung anderer Personen geschafft habe, meinte der Antragsteller, dass er sich nie Sorgen gemacht und das eingesammelt habe, was auf seinem Gerät gestanden sei. Er habe „seine 400 Produkte eingesammelt“.

Auf dem Gerät sei es farblich gekennzeichnet gewesen, wenn man nicht gut gearbeitet hätte – dann wäre eine rote Farbe aufgeleuchtet, bei guter Arbeit hingegen eine weiße Farbe. Bei ihm habe es nie „negativ“ aufgeleuchtet. Rot sei es dann gewesen, wenn nicht schnell genug Produkte eingesammelt worden wären.

Auf Vorhalt der Stellungnahme, dass er wegen zu langsamer Arbeit gekündigt worden sei, meinte er, dass er nicht glaube, dass dies der Grund gewesen sei. An dem Tag, an dem er gekündigt worden sei, habe er gehört, wie der Supervisor gemeint habe: „*Kündigen, kündigen, kündigen*“. Gemeint sei gewesen, dass dieser viele Leute kündigen habe wollen.

Er glaube, dass er aus zwei Gründen gekündigt worden sei, er habe einmal einen eingeschriebenen Brief erhalten, in dem behauptet worden sei, dass er am 1.3. nicht gearbeitet habe und dafür eine Entschuldigung bringen sollte. Das sei jedoch unrichtig gewesen, weil er an jenem Tag gearbeitet habe. Er habe dann dem Arbeitgeber in einem Büro seine eigenen Aufzeichnungen gezeigt, worauf sich ein Vorgesetzter entschuldigt und auf einen Irrtum verwiesen habe. Wann dieses Gespräch genau gewesen sei, wisse er nicht mehr. Einige Tage später habe er dann die Kündigung per E-Mail erhalten. Von der Personalabteilung, die er per E-Mail kontaktiert habe, habe er keine Antwort erhalten.

Er habe an allen Tagen – von Montag bis Freitag, manchmal auch samstags – gearbeitet und immer seinen Badge gesteckt.

Auf Frage nach dem zweiten von ihm vermuteten Kündigungsgrund gab er an, dass sehr viele Leute mit sehr schlechten Deutsch-Kenntnissen beschäftigt gewesen seien. Eine Frau aus Nigeria sei eines Tages in das Büro des Vorgesetzten gerufen worden und nicht mehr zurückgekehrt. Er habe dann über eine Kollegin gehört, dass sie gekündigt worden sei. Es sei gesprochen worden, dass dies der Fall gewesen sei, *„weil die Leute schlecht verstehen, weil sie schlecht Deutsch sprechen“*. Er habe gedacht, dass es eine Art *„Komplott, eine Art Trick“* sei. Er meine damit, dass diese Leute leicht *„fristlos entlassen“* werden könnten, weil sie nichts verstehen und die Verträge nicht lesen könnten.

Auf Frage, warum er glaube, dass seine Kündigung in Zusammenhang mit seiner Herkunft stehe, gab er an, dass bei der Antragsgegnerin Leute gekündigt würden, die Angst hätten und sich nicht wehren könnten, da sie die die Rechtslage nicht kennen würden. Normalerweise wäre zu erwarten gewesen, dass man vom Vorgesetzten darauf hingewiesen würde, dass man zu langsam arbeite und sich verbessern müsse.

Auf die Frage, warum er glaube, dass die Kündigung mit seiner Herkunft zu tun habe, meinte er, dass *„er nicht zwangsweise sagen möchte, dass es mit seiner Hautfarbe zu tun habe“*. Es gebe auch einige Leute aus Nigeria, die dort seit langem beschäftigt seien. Es sei auch nicht so, dass er deswegen schlecht behandelt worden sei, aber er glaube, dass die Antragsgegnerin *„glaube, mit Personen, die sich nicht auskennen, machen zu können, was sie wolle“*. Es würden dort sehr viele Ausländer arbeiten. Daher glaube er, dass die Antragsgegnerin glaube, mit diesen Personen *„ein leichtes Spiel zu haben“*.

Wer genau außer der genannten Frau aus Nigeria, die ebenfalls in der Probezeit gewesen sei, an oben zitiertem Tag gekündigt worden sei, wisse er nicht – er habe dies vom *„Hören-Sagen“* wahrgenommen. Der Supervisor sei Kroat oder Slowake gewesen, dessen Namen wisse er nicht mehr. Die im Betrieb verwendete Sprache sei Deutsch gewesen.

Er habe nach der Kündigung seine Sachen abgegeben, das sei alles gewesen. Niemand habe ihm persönlich die Kündigung mitgeteilt. Es sei nur in der Woche davor gesprochen worden, dass viele gekündigt würden.

Wenn er nichts mehr zu arbeiten gehabt habe, habe er zum Aufseher gehen müssen. Wie genau es mit dem Rotlicht gewesen sei, habe er vergessen. Wenn er zu langsam gearbeitet hätte, hätte er das sehen können – genau könne er das jetzt aber nicht mehr wiedergeben. Eine Auswertung oder eine Rückmeldung über sein Arbeitstempo habe er nie erhalten.

Auf Frage nach den in der Stellungnahme angesprochenen „strukturellen Änderungen“ meinte er, dass er am 24.6. nicht mehr dort gewesen sei, er könne dazu nichts sagen. Der Vorarbeiter, der von „kündigen, kündigen“ gesprochen habe, sei immer da gewesen.

In den ersten drei Tagen sei er über Vertrag, Gesundheitsinformationen und Bildschirme informiert worden. Am 15. sei er dort gewesen und habe am 18. mit der Arbeit begonnen.

Die Vertreterin der Antragsgegnerin **Frau C** gab an, dass der Antragsteller als Kommissionierer tätig gewesen sei, die Antragsgegnerin betreibe einen Online-Handel. Mit einem Scann-Gerät würden Waren von Mitarbeiter/innen eingesammelt, die Warenaufstellung bleibe immer gleich.

Auf Frage nach den am Scann-Gerät ersichtlichen Farben generell bzw. bei einer allfälligen Minderleistung führte sie aus, dass es grundsätzlich um Zeit und Performance gehen, da eine Bringschuld gegenüber den Kund/innen bestehe. Anfangs werden neue Mitarbeiter/innen bei der Einschulung von Trainer/innen begleitet. Drei Tage lang erfolge eine intensive Einschulung. In den drauffolgenden 2-3 Wochen stünden die Trainer/innen dann für Fragen und Feedback zur Verfügung, es werde auch erklärt, welche Leistung erbracht werden sollte. Anfangs könne man nie in einen grünen Bereich kommen, weil man die Produkte suchen müsse und mit der Zeit dann dabei immer schneller werde. Es gebe eine gewisse „Range“, daran könne man erkennen, wo sich ein/e Mitarbeiter/in befinde. Es existieren Vorgabe seitens der Unternehmensgruppe auf Grund von jahrelangen Erfahrungen, die auch in der Probezeit erfüllt werden müssten.

Die Mitarbeiter/innen müssten nicht schwer tragen, seien aber den ganzen Tag unterwegs, was auch mit körperlicher und geistiger Fitness zu tun habe.

Am Scanner gebe es ein Ampelsystem: orange zeige, dass man „auf einem guten Weg sei“ und grün zeige eine sehr gute Performance. Die Antragsgegnerin als Dienstleistungsunternehmen müsse auf eine gute Performance achten. Das Ampelsystem werde erklärt und es gebe am Ende der ersten Arbeitswoche auch Feedback-Gespräche mit allfällig notwendigen Erklärungen.

Zur Farbe des Geräts des Antragstellers befragt gab sie an, dass man in den ersten beiden Wochen gar nicht über den Status Rot hinauskommen könne, weil die Schnelligkeit noch nicht vorhanden sei. Aber es gebe auch im roten Bereich Abstufungen. Es werde kommuniziert, wenn jemand noch unter dem Durchschnitt sei. Der/Die Mitarbeiter/in sehe nur die Farbe,

der/die Trainer/in jedoch auch die Einordnung innerhalb der Stufe Rot. In den ersten beiden Wochen sei die Farbe Rot daher ganz normal. Die erwähnten Vergleichspersonen in Bezug auf den Antragsteller seien ebenfalls „Einsteiger“ gewesen. Es werde nicht mit bereits länger tätigen Personen verglichen. Es gebe eine Vorgabe, wieviele Produkte/Stunde „gepickt“ werden müssten um die Leistung zu erbringen.

Zum Bereichswechsel befragt gab sie an, dass es – je nach Art der Waren - verschiedene Bereiche mit verschiedenen Temperaturen gebe. Auch müssten Produkte teilweise abgepackt und abgewogen werden. In diesem Bereich zeige die Erfahrung, dass sich hier Frauen leichter täten. Insofern sei ein Bereichswechsel normal – ausgenommen davon seien Tiefkühlprodukte, wo hauptsächlich lange tätige Mitarbeiter/innen eingesetzt seien.

Zur Minderleistung des Antragstellers befragt meinte sie, dass sie davon ausgehe, dass dies dem Antragsteller kommuniziert worden sei. Es wäre der Antragsgegnerin wichtig zu kommunizieren, wie die Performance einer Person sei und warum ein Wechsel statfinde.

Zur Kündigung des Antragstellers in der Probezeit befragt meinte sie, damals noch nicht im Unternehmen tätig gewesen zu sein. Allgemein bespreche sich der Cheftrainer mit anderen Personen im Management und gebe die Leistung der Mitarbeiter/innen anhand des Scann-Geräts bekannt. Wenn jemand die Leistung nicht erbringen könne, müsse man sich von ihm/ihr trennen.

Die Antragsgegnerin habe 2020 ihren Betrieb aufgenommen und habe 2022 noch als Start-up gegolten, die Fluktuation sei daher hoch gewesen. Es habe auch unterschiedliche Vorgaben seitens der Gruppe gegeben. Konkrete Zahlen über die Performance von „eingearbeiteten“ Mitarbeiter/innen könne sie nicht liefern. Sie könne aber bestätigen, dass sich die Leistung des Antragstellers in der Probezeit nicht verbessert habe.

Auf Frage nach der Bedeutung der Farbe „Weiß“ am Scann-Gerät meinte sie, dass man möglicherweise gar nicht eingeloggt oder „auf Stillstand“ sei. Im Picking-Modus gebe es keine Farbe Weiß. Die Messung der konkreten Performance erfolge auf stündlicher bzw. täglicher Basis.

Zu Nachfrageschwankungen befragt meinte sie, dass Leerläufe keine Auswirkungen auf die Bewertung hätten – es gebe auch „*unmeasured hours*“, also zB Stehzeiten, die nicht zur Performance zählen würden. Bei einer niedrigeren Auslastung könnten die Mitarbeiter/innen also nicht langsamer arbeiten, sondern würden danach Pausen machen.

Die Mitarbeiter/innen im Lager seien durchschnittlich betrachtet länger beschäftigt, im Probemonat gebe es eine hohe Fluktuation. Rückmeldungen über die konkrete Performance würden von den Trainer/innen erfolgen, die ja die hinter einer Farbe stehende Zahl sehen würden. Die Auswahl der Personen, die nach dem Probemonat bleiben könnten, richte sich nach Leistung und Nachfrage seitens der Kund/innen. 2022 sei die Nachfrage noch hoch, aber schwankend gewesen. Die Branche sei „sehr schwankend“, beide Aspekte seien in die Entscheidung einbezogen worden.

Zur Kündigung befragt gab sie an, nicht dabei gewesen zu sein. Zur Zeiterfassung befragt meinte sie, dass jeder eine Chipkarte habe, mit der eingestempelt werde. Man käme nur so durch das Drehkreuz. Insofern erfolge ein automatisches Einloggen im System. Abwesenheiten würden nur beim Vergessen der Stempelkarte aufscheinen – dann müsste eine Person aber „durchgelassen“ werden, die Stunden würden dann händisch erfasst.

Zu Aufzeichnungen über Mitarbeitergespräche befragt meinte sie, dass es jetzt dazu eine Dokumentation gebe; über den damaligen Zeitpunkt könne sie nichts sagen. Zur Frage, ob damals im Hinblick auf die bekannt hohe Fluktuation im Probemonat mehr als die tatsächlich benötigten Personen aufgenommen worden seien, könne sie keine Angaben machen, aktuell würde nur die benötigte Zahl aufgenommen werden. Damals habe es 30-50 neue Mitarbeiter/innen pro Woche gegeben, wovon einige gleich gar nicht gekommen seien. Damals habe es über 1000 Mitarbeiter/innen gegeben, derzeit seien es ca. 340.

Die Unternehmenssprache sei Englisch, man müsse sich in Deutsch oder Englisch verständigen können. Am Scann-Gerät seien sieben Sprachen vorhanden. Zum Feedback seitens der Trainer/innen befragt gab sie an, dass dies in der ersten Woche jedenfalls regelmäßig vor Ort erfolge, in der zweiten Woche gegen Ende der Arbeitswoche.

PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) stützt sein Prüfungsergebnis auf die schriftlichen Vorbringen des Antragstellers und der Antragsgegnerin und die oben angeführten Aussagen der dazu angehörten Auskunftspersonen.

Eingangs ist darauf hinzuweisen, dass das GIBG die GBK nicht zur Prüfung von jeglichen Vorwürfen auf Grund einer subjektiv empfundenen Ungerechtigkeit oder von Mobbing im

Allgemeinen ermächtigt, sondern dass sich die Kognitionsbefugnis der GBK ausschließlich auf die Prüfung von Diskriminierungsvorwürfen **im Zusammenhang** mit den in § 17 genannten Gründen beschränkt, wobei dieser Zusammenhang bei Antragseinbringung vom Antragsteller oder der Antragstellerin **glaubhaft** zu machen ist.

Für eine solche Glaubhaftmachung genügt nach der Rsp zwar eine „Bescheinigung“ der behaupteten Tatsachen, wobei der 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 sprechen als dagegen (OGH 9 ObA 144/14p, ARD 6455/14/2015 = Arb 13.203; 9 ObA 177/07f, ZAS 2009/29, 186 [*Klicka*] = DRdA 2010/11, 137 [*Eichinger*]; vgl. auch *Windisch-Graetz*, in *ZellKomm*³ [2018] § 12 GIBG Rz 16). Wird zB eine Bewerbung mit dem Hinweis abgelehnt, man verfüge über keine Sanitäreinrichtungen für männliche Mitarbeiter, liegt ein starkes Indiz für eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts vor (OGH 9 ObA 46/04m, *ecolex* 2004, 420 = ASoK 2005, 26).

Wesentlich ist dabei, dass das GIBG von einem gestuften Beweislastmodell ausgeht (dazu eingehend *Weberndorfer*, Glaubhaftmachung von Diskriminierung am Arbeitsplatz, in *Ulrich/Rippatha*, Glaubhaftmachung von Diskriminierung – Hilfe oder Hemmnis beim Rechtszugang [2018] 35 [72]). Der Antragsteller bzw. die Antragstellerin ist aufgefordert, das verpönte Merkmal sowie die darauf basierende Benachteiligung zu benennen und mittels ausführlicher Darstellung des Geschehens zu konkretisieren. Der Senat der GBK ist dabei von der Richtigkeit und vom Vorliegen der entscheidungsrelevanten Tatsachen zu überzeugen.

Erst wenn dies gelungen ist, obliegt es dem Antragsgegner oder der Antragsgegnerin in einem weiteren Schritt zu beweisen, dass ein anderer als der glaubhaft gemachte Grund für die Ungleichbehandlung maßgeblich war (so überzeugend *Weberndorfer*, in *Ulrich/Rippatha*, Glaubhaftmachung von Diskriminierung 72).

BEGRÜNDUNG

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission hat erwogen:

Die im vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des Gleichbehandlungsgesetzes, BGBl. I Nr. 66/2004 idgF, lauten:

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

...

7. bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.“

„§ 19. (1) Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person auf Grund eines in § 17 genannten Grundes in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

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

Generell ist zur Frage des **Beweismaßes und der Beweislastverteilung** im GBK-Verfahren anzumerken, dass gemäß § 26 Abs. 12 GIBG eine betroffene Person, die sich auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne der §§ 17, 18 oder 21 GIBG beruft, diesen **glaubhaft** zu machen hat. Insoweit genügt daher nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (OGH) eine „Bescheinigung“ des behaupteten nach dem GIBG verbotenen Motivs, 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 – wie bereits oben ausgeführt – mehr für die Darstellung des Antragstellers oder der Antragstellerin sprechen als dagegen (vgl. OGH 9 ObA 144/14p, Arb 13.203 mit weiteren Nachweisen).

Wenn dem Antragsteller oder der Antragstellerin die Glaubhaftmachung von Umständen, die einen **nachvollziehbaren Zusammenhang** der im Antrag behaupteten Schlechterstellung erkennen lassen, gelungen ist, obliegt es dem Antragsgegner oder der Antragsgegnerin zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes von dem Antragsteller oder der Antragstellerin glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne der §§ 19 Abs. 2 oder 20 GIBG vorliegt.

Der Senat geht bei seiner Prüfung von folgenden Erwägungen aus:

Auf Grund der Würdigung der oben angeführten Aussagen ist der Senat zur Auffassung gelangt, dass der Antragsteller i.S.d. Beweismaßregeln des GIBG die von ihm behauptete Glaubhaftmachung einer Diskriminierung bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Probezeit – da er selbst bei seiner Befragung zum vermuteten Grund der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses angegeben hatte, dass *„er nicht zwangsweise sagen möchte, dass es mit seiner Hautfarbe zu tun habe“* – gar nicht erbringen konnte.

Der Senat hat vielmehr die Darstellung der Antragsgegnerin, dass die Performance des Antragstellers - gemessen an *geeigneten* Vergleichspersonen - zu gering gewesen sei und man deswegen das Arbeitsverhältnis mit ihm in der Probezeit beendet habe, als glaubhaft erachtet.

Die Ausführungen der Antragsgegnerin, dass in der ersten Zeit des Arbeitsverhältnisses der Scanner *immer* Rot anzeige, weil die erst aus der Routine erwachsende Arbeitsgeschwindigkeit *noch nicht vorhanden sein könne*, erschienen dem Senat überzeugend, lebensnah und sachlich nachvollziehbar.

Die Angaben des Antragstellers zu diesem Thema, denen zu Folge die Anzeige bei ihm nie *„negativ“* gewesen sei, dürften daher nicht der Realität entsprochen haben.

Der Sinn eines Probearbeitsverhältnisses liegt gerade in der Möglichkeit der wechselseitigen Überprüfung, ob die Erwartungen beider an einem Arbeitsverhältnis beteiligten Seiten

kompatibel sind oder nicht – aus letzterem Fall resultiert daher auch die leichtere Auflösbarkeit des Probearbeitsverhältnisses, um beiden Vertragsparteien ein für sie jeweils sinnvolles Handeln zu ermöglichen.

Auch wenn die Auflösung eines Probearbeitsverhältnisses nicht aus diskriminierenden Gründen i.S.d. § 17 GIBG erfolgen darf, konnte der Senat im vorliegenden Fall, auch im Hinblick auf den allgemein bekannten Umstand, dass in der Liefer- und Zustellbranche überdurchschnittlich viele Personen mit Migrationshintergrund tätig sind, jedoch keinen Hinweis auf ein diskriminierendes Verhalten der Antragsgegnerin gegenüber dem Antragsteller erkennen.

Auch die von beiden Seiten erwähnte generell hohe Personal-Fluktuation erschien dem Senat für ein Unternehmen in der Aufbauphase samt den damals auch Corona-indizierten Nachfrageschwankungen nachvollziehbar und nicht in Zusammenhang mit der ethnischen Zugehörigkeit des Antragstellers stehend.

Es ist vielmehr davon auszugehen, dass tatsächlich **allein** die unterdurchschnittliche Performance des Antragstellers ursächlich für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewesen ist.

Der Senat ist daher zur Auffassung gelangt, dass keine Diskriminierung des Antragstellers auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die Antragsgegnerin vorliegt.