

Senat II der Gleichbehandlungskommission
Anonym. Prüfungsergebnis GBK II/469/21 gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) hat über den Antrag von Frau A (in Folge: Antragstellerin) wegen behaupteter Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 7 GIBG durch 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 der Antragstellerin auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die Antragsgegnerin

liegt nicht vor.

VORBRINGEN

Im **Antrag** wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Antragstellerin bei der Antragsgegnerin als Kellnerin beschäftigt gewesen und wegen der – wie ihr beim Kündigungsgespräch von Frau C mitgeteilt worden sei – zu häufigen Kommunikation in ihrer Muttersprache Ungarisch gekündigt worden sei. Sie habe mit den österreichischen Kollegen ausschließlich Deutsch gesprochen und sei trotz aller ihrer Bemühungen gekündigt worden.

In der schriftlichen Stellungnahme der **Antragsgegnerin** wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass Frau C, die Serviceleiterin im ... , die als Servicemitarbeiterin tätige Antragstellerin persönlich über die Auflösung ihres Arbeitsverhältnisses in Kenntnis gesetzt habe. Sie habe ihr auch die schriftliche Kündigung überreicht. Beim Kündigungsgespräch sei als Zeuge Herr D, Oberkellner, anwesend gewesen.

Der Grund der Kündigung sei gewesen, dass die Antragstellerin in den vergangenen Tagen wiederholt verspätet zur Arbeit gekommen sei. Es sei festzuhalten, dass im Team der Antragsgegnerin Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mit unterschiedlichen Nationalitäten

beschäftigt seien und man dankbar sei, in und mit einem internationalen Team arbeiten zu dürfen. Jede und jeder Einzelne sei ein wertvoller Bestandteil. Damit Teamarbeit funktioniere, sei es Voraussetzung pünktlich zur Arbeit zu kommen. Daran habe sich die Antragstellerin leider wiederholt nicht gehalten.

Das wiederholte Zuspätkommen sei der alleinige Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewesen.

BEFRAGUNG VON AUSKUNFTSPERSONEN

Die **Antragstellerin** schilderte, bereits zweimal – einmal vor COVID im Jahr ... und dann beginnend mit ... – bei der Antragsgegnerin als Kellnerin gearbeitet zu haben. Sie habe einen Abschluss als Englisch-Dolmetscherin, aber nicht im Bereich der Gastronomie. Sie habe Speisen getragen und Tische gedeckt.

Am ... sei ihr Arbeitsverhältnis aufgelöst worden, mehrere Personen seien zu Beginn des damaligen Lockdown gekündigt worden. Damals habe sie auch Ungarisch gesprochen, sie habe damals alles Wichtige lernen müssen.

Ab Mai ... sei sie bei der Antragsgegnerin beschäftigt gewesen, die Kündigung sei am ... ausgesprochen worden, ob sie damals dienstfreigestellt gewesen sei, wisse sie nicht mehr, weil sie unmittelbar danach in 10-tägiger Corona-Quarantäne gewesen sei.

Beim Thema Sprache sei jedes Mal „ein Thema daraus gemacht“ worden, was für sie komisch bzw. beleidigend gewesen sei, weil sie mit den Gästen natürlich Deutsch gesprochen habe. Mit englischsprachigen Gästen habe sie auf Englisch kommuniziert – sprachlich habe es keine Probleme gegeben.

In der Küche bzw. beim Abwasch habe man Ungarisch gesprochen, da sei dann öfters von Kollegen und Vorgesetzten angemerkt worden: „A, nicht auf Ungarisch.“

Ihre Position sei eine sehr niedrige gewesen – die Anmerkungen seien manchmal witzig, manchmal ernst erfolgt. Beim Abwasch hätten nur Ungarisch-sprachige Personen gearbeitet, die teilweise gar nicht Deutsch gekonnt hätten, weshalb sie dort gedolmetscht hätte.

Die Fluktuation sei sehr groß gewesen, im Service hätten ca. 8-10 Personen mit ungarischer Sprache gearbeitet. Man habe hauptsächlich Deutsch gesprochen – wenn eine stressige Situation aufgetreten oder ein Problem schnell zu lösen gewesen sei, habe man Ungarisch gesprochen. Wieviel in der Küche Ungarisch gesprochen worden sei, wisse sie nicht.

Es sei auch anderen Personen gesagt worden, dass diese Deutsch sprechen sollten – nicht nur ihr. Es seien mehrere Personen gekündigt worden – deren Kündigungsgrund kenne sie aber nicht.

Sie glaube, dass die Verwendung der ungarischen Sprache bei ihr der Kündigungsgrund gewesen sei, sie habe damals einen PCR-Test gemacht und an jenem Tag nicht gearbeitet, sie sei krank eingetroffen und habe die Kündigung erhalten. Auf ihre Frage, was sie falsch gemacht habe, sei ihr mitgeteilt worden, dass sie „zuviel Ungarisch“ gesprochen habe. Das habe sie sehr getroffen. Beim Kündigungsgespräch seien Frau C und Herr D anwesend gewesen.

Auf Frage, ob ihr mitgeteilt worden sei, warum sie nicht Ungarisch sprechen sollte, gab sie an, dass kein Grund angegeben worden sei.

Auf Frage, warum sie trotz des Hinweises mit den Kollegen Ungarisch gesprochen habe, obwohl sie gewusst habe, dass dies unerwünscht sei und sie ja auch Deutsch spreche, meinte sie, dass sie grundsätzlich darauf geachtet habe, Deutsch zu sprechen. Sie habe Deutsch als dritte Sprache gelernt und mit den Gästen Deutsch gesprochen, ihre Deutsch-Kenntnisse hätten sich damals gut entwickelt. Sie habe die meiste Zeit Deutsch und nur in Stress-Situationen, wo man schnell handeln habe müssen, Ungarisch gesprochen.

Auf Frage nach dem von der Antragsgegnerin vorgebrachten Kündigungsgrund des Zuspätkommens gab sie an, dass sie immer rechtzeitig in der Arbeit angekommen sei und die ihr anvertrauten Arbeiten immer ausgeführt habe. Einmal habe sie sich wegen eines Unfalls an der Grenze im Sommer um ca. 30 Minuten verspätet.

Auf Frage, ob das Thema des Ungarisch-Sprechens auch Pausenzeiten betroffen hätte, gab sie an, dass das auch vorgekommen sei, man habe aber in den Pausen darauf geachtet, möglichst oft Deutsch zu sprechen, trotzdem sei es kritisiert worden.

Die Frage nach einer schriftlichen Verwarnung wegen Zuspätkommens verneinte sie.

Die Vertreterin der Antragsgegnerin **Frau E** schilderte zur Frage nach dem Kündigungsgrund, dass die Antragsgegnerin sehr viele ungarische Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen beschäftige, die für die Antragsgegnerin aus dem Nahbereich kämen.

Das Einzige, das erwähnt werde, sei, dass nach Möglichkeit in der Anwesenheit von Gästen auf Deutsch kommuniziert werden soll, damit die Gäste mithören können bzw. sich in der Gesprächssituation nicht unwohl fühlen.

Die interne Kommunikation in der COVID-Zeit sei durch Übersetzung bzw. Ersuchen um Übersetzen erfolgt – der Hinweis beziehe sich auf die Anwesenheit von Gästen.

Zur Antragstellerin befragt meinte sie, dass ihr Frau C am ... mitgeteilt habe, dass sie überlege, sich von der Antragstellerin zu trennen. Auf ihr Hinterfragen nach dem Grund habe Frau C angegeben, dass die Antragstellerin einige Mal geringfügig zu spät gekommen sei und ihre Motivation „auch nicht so passe“.

Es sei die Entscheidung von Frau C gewesen – beim Gespräch sei der damalige Oberkellner anwesend gewesen. Das positive Testergebnis sei kurz danach vorgelegen, die verbleibende Zeit sei die Antragstellerin im Krankenstand gewesen.

Es sei üblich, dass sie von den Abteilungsleitungen informiert werde, wenn diese sich von Mitarbeitern trennen möchten. Sie selbst hinterfrage die Entscheidung - wenn die Gründe für sie nachvollziehbar seien, überlasse sie die Kündigungsentscheidung der Abteilungsleitung – es gehe aber nicht ohne das Vetorecht der beiden Direktoren.

Auf Frage, ob ein paarmaliges Zuspätkommen für eine Kündigungsentscheidung ausreiche, meinte sie, dass sie die Häufigkeit des Zuspätkommens nicht hinterfragt habe. Der „Biss“ bei der Antragstellerin sei nicht mehr so gewesen wie in der Vergangenheit. Die Motivation sei ja nicht gewesen, die Antragstellerin zu kündigen, aber das „Gesamtpaket“ habe bei der Antragstellerin nicht mehr gepasst, weshalb man die Kündigung ausgesprochen habe.

Ab wann der „Biss“ gefehlt habe, könne sie nicht mehr sagen, glaublich einige Wochen davor.

Auf Frage, ob mit der Antragstellerin das Gespräch gesucht worden sei, gab sie an, dass bei Besprechungen im Serviceteam darauf hingewiesen werde, was nicht gut gelaufen sei – da nehme man dann auf, wer etwas umsetze etc.. Dies sei nach der damaligen Einschätzung bei der Antragstellerin nicht mehr der Fall gewesen.

Wenn möglich, werde das Vier-Augen-Gespräch gesucht, ob dies bei der Antragstellerin erfolgt sei, wisse sie nicht. Eine Dokumentation erfolge dann, wenn es in die Nähe einer Verwarnung gehe bzw. wenn grobe Verstöße vorliegen – im Fall der Antragstellerin lägen ihr im Akt keine Dokumentationen vor.

Die Formulierung, dass im Kündigungsgespräch die Verwendung der ungarischen Sprache als Kündigungsgrund genannt worden sei, sei „gefühlte“ auszuschließen – man sei von den Mitarbeitern abhängig, auch motiviere man die Mitarbeiter sich untereinander zu unterstützen.

Die Begründung passe für sie gar nicht, im Serviceteam gebe es von 34 Mitarbeitern 19 Ungarisch-sprechende Personen – sie würde dann ohne Serviceteam dastehen. Es passe für sie gar nicht, dass Ungarisch der Kündigungsgrund sein sollte.

Das Einzige sei, dass man ersuche, in Anwesenheit von Gästen Deutsch zu sprechen, damit der Gast das Gesprochene verstehe. Aber beispielsweise in den Rauchpausen oder im Mitarbeiter-Essbereich werde Ungarisch gesprochen, das könne man gar nicht vermeiden.

Wenn sie das Gefühl habe, dass es um sie selbst gehe, frage sie nach.

Der damalige Oberkellner D sei noch beschäftigt. Frau C sei damals Service-Leiterin gewesen. Herr F wisse vom Zuspätkommen, in der Abwesenheit von Herrn D sei er der Ranghöchste und müsse Informationen weitergeben, auch, ob jemand zu spät gekommen oder früher gegangen sei. Es gebe wöchentliche Dienstpläne, die ausgehängt seien. Bei Veränderungen gebe es eine Korrekturzeile.

Die Kommunikationsregeln gegenüber Gästen seien durch Aushang im Mitarbeiter-Esszimmer verschriftlicht worden. 98 % der Gäste seien deutschsprachig.

Verspätungen von mehr als 15 Minuten würden im Arbeitszeitplan vermerkt, kürzere Verspätungen jedoch nicht. Bei der Antragstellerin habe es sich um kurze Verspätungen gehandelt, die jedoch gegenüber anderen Beschäftigten, die pünktlich seien, schwer zu vertreten seien.

Zum fehlenden „Biss“ befragt meinte sie, dass dies am Engagement und am Arbeitstempo bzw. der Organisation bemerkbar sei.

PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) stützt sein Prüfungsergebnis auf die schriftlichen Vorbringen der Antragstellerin, der Antragsgegnerin und die oben angeführten Aussagen der vom Senat 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 sind 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 mit dem Ziel, die **Kausalität** einer besonderen Eigenschaft (*hier die ethnische Zugehörigkeit*) mit einer Benachteiligung so zu verknüpfen, dass der damit befasste Senat der GBK vom Vorliegen einer Diskriminierung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit überzeugt ist.

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, insbesondere nicht*

[...]

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** zwischen der *Beendigung des Arbeitsverhältnisses* und dessen oder deren ethnischer Zugehörigkeit herstellen, 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 Befragungen der oben genannten Personen und vom Senat nachgeforderter Informationen zur „ethnischen“ Zusammensetzung der Belegschaft der Antragsgegnerin – *aus der sich ein hoher Anteil an ungarisch-stämmigem Personal ergeben hat* – hat sich für den Senat das Bild ergeben, dass der von der Antragsgegnerin vorgebrachte Kündigungsgrund des mehrmaligen Zuspätkommens der Antragstellerin für den Senat – gerade auch im Hinblick auf die relevante Branche Hotellerie/Gastronomie – glaubhaft gewesen ist.

Der Umstand, dass keine ausführlichen schriftlichen Dokumentationen des Zuspätkommens – die thematisierten *kurzen* Verspätungen der Antragstellerin waren aus dem vorgelegten Dienstplan nicht ersichtlich – im Personalakt vorhanden waren, hat den Senat nicht an dieser Darstellung zweifeln lassen und ist in Bezug auf die Tourismus-Branche sowie die dort häufig hohe Fluktuation des Personals grundsätzlich nicht als lebensfremd anzusehen.

Mag es auch im Einzelfall als relativ rigide Maßnahme eines Arbeitgebers oder einer Arbeitgeberin angesehen werden, dass bereits eine kurze mehrmalige Verspätung zur Kündigung einer Person führen kann, so ist dieser Schritt dennoch als eine von der Arbeitgeberkompetenz zur *Gestaltung der Betriebsbedingungen* umfasste Maßnahme und daher als grundsätzlich zulässig anzusehen.

Im Hinblick auf den hohen Anteil an aus Ungarn stammenden Beschäftigten der Antragsgegnerin und dem allgemein bekannten Arbeitskräftemangel in der Tourismusbranche konnte die Antragstellerin dem Senat daher eine unmittelbare Diskriminierung auf Grund der

ethnischen Zugehörigkeit bei der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses nicht glaubhaft machen.

Bei Prüfung einer allenfalls vorliegenden mittelbaren Diskriminierung auf Grund der (angeblich zu häufigen) Verwendung der ungarischen Sprache, die darüber hinaus in Widerspruch zur *Dienstanweisung* der Antragsgegnerin, in Gegenwart von Gästen Deutsch zu sprechen, gestanden ist, stellt sich die Frage, ob eine derartige Anweisung – *gemessen an den konkreten Arbeitsumständen* – geeignet ist, eine mittelbare Diskriminierung darzustellen.

Im Hinblick auf den Umstand, dass es sich beim Betrieb der Antragsgegnerin um ein zu einem *sehr hohen* Prozentsatz von deutschsprachigen Gästen frequentiertes Hotel handelt, ist der Senat zur Auffassung gelangt, dass *diesfalls* die Vorgabe einer „Hausprache“ Deutsch im Hinblick auf die überwiegend deutschsprachigen Gäste als sachlich gerechtfertigt und somit zulässig anzusehen ist und daher durch diese Dienstanweisung auch keine mittelbare Diskriminierung der Antragstellerin bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorliegt.

Vermutlich ist die Selbsteinschätzung der Performance der Antragstellerin von der Einschätzung ihrer Vorgesetzten doch deutlich abgewichen – was sich bei der Befragung im dort thematisierten „*fehlenden Biss*“ konkretisiert hat – und hat in zeitlicher Kombination mit den erwähnten Verspätungen der Antragstellerin zu deren Kündigung geführt.

Der Senat weist darauf hin, dass jeder Arbeitnehmer und jede Arbeitnehmerin grundsätzlich gut beraten ist, sich mit einer ihm oder ihr gegenüber seitens einer vorgesetzten Person artikulierten Kritik zunächst in sachlicher Weise auseinanderzusetzen, um danach den erkannten Verbesserungsbedarf an der eigenen Arbeitsleistung umsetzen zu können bzw. andernfalls weitere klärende Gespräche mit der vorgesetzten Person zu suchen.

Gemäß den gestuften Beweislastregeln des GIBG ist es der Antragstellerin daher nicht gelungen, dem Senat glaubhaft zu machen, dass der von ihr behauptete Grund der ethnischen Zugehörigkeit (mittelbar) für die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses durch die Antragsgegnerin (mit)ausschlaggebendes Kriterium gewesen ist.

Das Vorliegen einer Diskriminierung der Antragstellerin auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die Antragsgegnerin war daher zu verneinen.