

Senat II der Gleichbehandlungskommission
Anonymisiertes Prüfungsergebnis GBK II/487/22 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 beim beruflichen Aufstieg gemäß § 17 Abs. 1 Z 5 GIBG sowie bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 17 Abs. 1 Z 7 GIBG durch die - *sich im Zeitpunkt der Entscheidung der GBK im Liquidationsprozess befindliche* - 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 am erkannt:

Eine mittelbare Diskriminierung der Antragstellerin auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit beim beruflichen Aufstieg durch die Antragsgegnerin

liegt vor.

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

liegt vor.

VORBRINGEN

Im **Antrag** wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Antragstellerin sich beim Online-Supermarkt der Antragsgegnerin auf eine im Internet auf Englisch annoncierte Ausschreibung als „Rider“ beworben und im November 2021 begonnen habe. Beim Einstellungsgespräch, das auf Englisch geführt worden sei, habe ihr das Unternehmen einen schnellen Aufstieg innerhalb des noch sehr jungen Betriebes in Aussicht gestellt. Sie sei tatsächlich innerhalb kurzer Zeit zum Picker/Warehouse Associate aufgestiegen. Da sie in ihrer neuen Position als „Picker“ ständig Tätigkeiten ausgeführt habe, die nicht von ihrer Jobbeschreibung umfasst gewesen

wären - wie etwa Aufgaben des Warehouse Managements und das Einschulen von neuen Pickern und Pickerinnen sowie Shiftleadern und Shiftleaderinnen – habe sie sich erkundigt, ob sie zum „Shiftlead“ befördert werden könne. Dieser innerhalb des Unternehmens übliche Karriereschritt sei ihr jedoch verwehrt worden. Ihr sei erklärt worden, dass der Aufstieg für sie nicht möglich sei, da sie ab dieser Position über bessere Deutschkenntnisse verfügen müsse. Die Antragsgegnerin sei ein internationales Unternehmen mit Englisch als Berufssprache, und dass sie Griechin und ihr eine Beförderung verweigert worden sei, weil sie kein Deutsch spreche, sei eine Diskriminierung. Die Bewerbung und alle Gespräche seien auf Englisch geführt worden und sie sei daher davon ausgegangen, dass es in einem internationalen Unternehmen auch Karrieremöglichkeiten für qualifizierte Personen gebe, die nicht deutschsprachig seien. Sie habe sich innerhalb des Unternehmens an mehreren Stellen beschwert und gegenüber ihrem Vorgesetzten ausgedrückt, dass sie sich diskriminiert fühle. Ende März 2022 habe man ihr daraufhin gesagt, dass das Vertrauensverhältnis zerstört sei und sie sich aussuchen könne, ob sie das Dienstverhältnis einvernehmlich auflösen oder unter Einhaltung der Kündigungsfrist gekündigt werden möchte. Sie habe die zweite Option gewählt und sei am 16.3.2022 mit 16.4.2022 gekündigt worden. Sie fühle sich durch die Herangehensweise der Antragsgegnerin auf Grund ihrer Herkunft beim beruflichen Aufstieg diskriminiert. Außerdem erachte sie ihre Kündigung als im Zusammenhang mit ihrer diesbezüglichen Beschwerde stehend und damit ebenfalls als gleichbehandlungswidrig.

In der schriftlichen Stellungnahme der **Antragsgegnerin** wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Antragstellerin im Zeitraum von 15.11.2021 bis 16.4.2022 beschäftigt gewesen sei. Die Aussage, dass sie in ihrer Position als „Picker“ ständig Tätigkeiten durchgeführt habe, welche nicht vom Jobprofil umfasst gewesen wären, sei inkorrekt. Es möge zwar sein, dass die Antragstellerin am Beginn ihrer Tätigkeit nicht ausschließlich für das Zusammenstellen der Bestellungen zuständig gewesen sei, sondern sich hin und wieder um die Befüllung der Warenregale sowie um die Verstauung von Produkten kümmern habe müssen - dies sei jedoch einzig dem Umstand geschuldet gewesen, dass bei der Antragsgegnerin zu Beginn ihrer Geschäftstätigkeit zu wenig Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen beschäftigt gewesen seien, um die zahlreichen Kundenbestellungen zeitgerecht abuarbeiten. Somit hätten die Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen in außergewöhnlichen Fällen vereinzelt auch Tätigkeiten verrichten müssen, welche in dieser Weise nicht exakt im Jobprofil abgebildet gewesen seien.

Die Äußerung der Antragstellerin, sie sei auf Grund der fehlenden Deutschkenntnisse nicht befördert worden, widerspreche vollkommen der Realität. Zum einen habe sich die Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt ihrer Tätigkeit bei unserer Mandantin offiziell als Schichtleiterin/Shift lead beworben. Offene Positionen würden stets online ausgeschrieben. Diese Stellenangebote seien über sämtliche Internetbrowser sofort auffindbar. Hätte sich die Antragstellerin ernsthaft für die Position als Schichtleiterin bewerben wollen, hätte sie das einfach über eine solche Anzeige tun können. Eine solche Bewerbung sei jedoch nie eingegangen. Des Weiteren sei auch zu dem in Frage kommenden Zeitraum keine Position als Schichtleiter bzw. Schichtleiterin in jenem Hub verfügbar gewesen. Auch kein anderer Mitarbeiter bzw. keine andere Mitarbeiterin der Antragsgegnerin sei in diesem Zeitpunkt in jenem Hub zum Schichtleiter bzw. Schichtleiterin befördert worden. Der Antragstellerin sei also zu keinem Zeitpunkt ein möglicher Karriereschritt bzw. Beförderung verwehrt worden. Vielmehr sei weder eine offene Stelle als Schichtleiter bzw. Schichtleiterin in dem betreffenden Hub offen gewesen noch habe sich die Antragstellerin jemals offiziell auf diese Position beworben. Zahlreiche Schichtleiter und Schichtleiterinnen als auch Hubleiter und Hubleiterinnen seien bei der Antragsgegnerin beschäftigt, welche der deutschen Sprache nicht mächtig seien. Dieses Kriterium spiele in der Bekleidung dieser Tätigkeit keinerlei ausschlaggebende Rolle. Vielmehr setze die Antragsgegnerin hier ohne Blick auf die ethnische Zugehörigkeit oder besondere Sprachkenntnisse gezielt auf eine größtmögliche Diversität, da sie sich genau bewusst darüber sei, dass sie nur auf diese Weise die am besten qualifizierten Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen bekomme. Auch stehe die Beendigung des Dienstverhältnisses in keinem Zusammenhang mit der ethnischen Zugehörigkeit der Antragstellerin. Die Antragsgegnerin habe das Dienstverhältnis auf Grund der Tatsache beendet, dass die Arbeitsleistung der Antragstellerin nicht zufriedenstellend gewesen sei. Zu keinem Zeitpunkt habe die ethnische Zugehörigkeit der Antragstellerin oder deren Wunsch, befördert zu werden, in diesem Zusammenhang eine Rolle gespielt.

BEFRAGUNG VON AUSKUNFTSPERSONEN

Die **Antragstellerin** schilderte als Fahrradbotin eingestellt worden zu sein, die offizielle Unternehmenssprache Englisch sei bei der Einstellung nicht gesondert thematisiert worden. Mit der Kollegenschaft habe sie sich in Englisch unterhalten. Die Änderung ihrer Position sei

erfolgt, weil sie auf Grund ihrer Körpergröße Probleme mit dem Fahrrad gehabt habe. Sie sei dann Picker geworden, was ihr gefallen habe. Den Wunsch, Shift-Leaderin zu werden, habe sie gehabt, weil sie alles gemacht habe, was ein Shift-Leader mache, sie habe ihren Wunsch Herrn C mitgeteilt. Sie habe sich zunächst beklagt, dass sie zu viele Jobs mache, ihr sei auch vorgeworfen worden, dass sie Dinge stehlen würde. Er habe ihr gesagt, dass sie gut sei und er sie zum Shift-Leader machen würde, wenn sie Deutsch lernen würde. Das habe er ihr versprochen. Auf Frage, ob ihre Arbeitsweise kritisiert worden sei, gab sie an, dass sie einmal mit Herrn E ein Problem gehabt habe – dieser habe suggeriert, dass sie etwas gestohlen habe, dann aber gemeint, dass das aber von ihm nur ein Witz gewesen sei. Sonst habe es keine Beschwerden gegeben. Sie hätte andere Shift-Leader kennengelernt, man habe Englisch gesprochen. Sie habe einen Shift-Leader kennengelernt, dessen Deutsch auch nicht gut gewesen sei. Herrn C habe sie nicht mehrmals wegen einer Beförderung angesprochen, sie habe erfahren, dass Deutsch notwendig sei, was sie nicht gekonnt habe. Daneben habe es Probleme mit ihrer Stundenabrechnung gegeben, da habe sie sich bei HR beschwert. Ferner habe sie eine Stellenanzeige betreffend Shift-Leader gesehen, in der Englisch verlangt gewesen sei. Sie habe sich bei HR auch wegen ihrer Bezahlung beschwert, aber Herrn C nicht mehrfach um eine Beförderung gebeten. Über Intervention der AK habe sie dann das Geld erhalten. Die Frage, ob sie Herrn C je auf die von ihm verlangten Deutsch-Kenntnisse angesprochen habe, wenn die Unternehmenssprache Englisch sei, verneinte sie mit dem Hinweis, dass er ihr signalisiert habe, dass eine allfällige Beförderung in seiner Hand liegen würde. Eine konkrete Bewerbung ihrerseits auf eine offene Stelle habe es nicht gegeben. Zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses befragt meinte sie, dass sie eine schriftliche Nachricht von Herrn C erhalten habe, dass sie sich so oft bei HR über ihn beklagt habe und keine Team-Playerin sei, deswegen habe er keine andere Möglichkeit gesehen. Sie habe sich „nicht so oft“ über ihn bei HR beschwert, sondern sie habe eine oder zwei Nachrichten geschickt – eine davon habe sich auf „das Englische“ bezogen, eine weitere auf besser bezahlte Stellenangebote. Die HR-Abteilung habe geantwortet, dass dies ein Problem zwischen ihr und Herrn C sei und HR da nichts machen könne. Auf Frage nach der „Sprachbarriere“ gab sie an, dass sie traurig und zornig gewesen sei und sich dadurch diskriminiert gefühlt habe. Es habe auch Auswirkungen auf ihre psychische Gesundheit gehabt, sie sei neu im Land gewesen und hätte das Gefühl bekommen, nicht willkommen zu sein.

Frau D schilderte, dass sie die ehemalige interimistische Personalleiterin gewesen und das Unternehmen seit fast einem Jahr geschlossen sei. Die Antragstellerin habe als Fahrradbotin begonnen, man habe ihr dann eine Arbeit im Lager angeboten, weil die Antragstellerin für die E-Bikes zu klein gewesen sei und daher Verletzungsgefahr bestanden hätte – diese sei damit einverstanden gewesen und dann „Pickerin“ gewesen. Das Unternehmen sei damals sehr schnell gewachsen und es habe eine hohe Fluktuation gegeben. Einen prädestinierten Karriereweg habe es nicht gegeben – *„es habe sich oft um Jobs für Leute gehandelt, die Fuß fassen hätten wollen“*. Es habe einen Schichtleiter und einen Store-Manager über der Antragstellerin gegeben. Zum Zeitpunkt der Einstellung der Antragstellerin habe man keine Probleme mit dem Recruiting gehabt, im Winter finde man aber eher schwieriger Fahrradboten und Fahrradbotinnen. Sie denke schon, dass der Antragstellerin der Sinn des von dieser offenbar als „Beförderung“ wahrgenommenen Wechsels kommuniziert worden sei, sie selbst sei nicht dabei gewesen, sie könne sich aber daran erinnern, weil sie ein E-Mail von der Führungskraft mit dem Inhalt, dass die Antragstellerin zu klein gewesen sei und daher Verletzungsgefahr bestünde, erhalten habe und sie daher der Antragstellerin eine Vertragsänderung angeboten habe; es sei damit eine geringfügig höhere Entlohnung einhergegangen. Die Unternehmenssprache sei offiziell Englisch gewesen. Ob dies beim Einstieg von der direkten Führungskraft auch so kommuniziert werde, könne sie nicht beurteilen, weil sie nicht dabei gewesen sei. Aber eigentlich habe dies jeder gewusst. Es habe in zentralen Funktionen viele Personen gegeben, die nicht Deutsch gesprochen hätten. Alle freien Stellen seien ausgeschrieben worden – man hätte sich einfach darauf beworben. Sie selbst hätte den ersten Eindruck geprüft und dann mit der Führungskraft Rücksprache gehalten – dann habe es diverse Gespräche mit Fachabteilungen gegeben. Ob es während der Beschäftigung der Antragstellerin im konkreten Store freie Stellen gegeben hätte, wisse sie nach einem Jahr nicht mehr. Die Antragstellerin hätte sich für andere Bezirke offiziell bewerben können, was aber nicht bei ihr eingelangt sei. Ihr selbst sei auch nicht bekannt gewesen, dass diese eine Shift-Leader-Position anstrebe. Die Antragstellerin habe sie mit dem Wunsch kontaktiert, auf Grund eines Umzugs mehr verdienen zu wollen – da habe sie der Antragstellerin dann nach dem Hinweis, dass im Betrieb alle das Gleiche verdienen würden, einen Wechsel in einen näheren Store angeboten, was von dieser abgelehnt worden sei.

Auf Frage nach der Zufriedenheit der Antragsgegnerin mit der Arbeitsleistung der Antragstellerin meinte sie, dass sie öfters von der zuständigen Führungskraft den Hinweis bekommen habe. Sie selbst könne dies bei einem „Masseunternehmen“ nicht beurteilen. Sie habe die Entscheidung daher der Führungskraft überlassen. Herr C sei der Store-Manager und somit der Antragstellerin direkt übergeordnet gewesen, er hätte ein derartiges Gespräch mit dieser geführt. Der Schichtleiter sei nach ihrem Verständnis dafür nicht zuständig. Zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Antragstellerin gab sie an, dass die Fluktuation damals sehr hoch gewesen sei. Kündigungen seien damals über ein „Ticket-System“ vom vorgesetzten Store-Manager beantragt worden. Die erwähnten Hinweise auf Unzufriedenheiten mit der Antragstellerin seien von Herrn C gekommen. Sie wisse nicht, ob deren mangelnden Deutschkenntnisse ursächlich dafür gewesen seien, dass die Antragstellerin „runtergedrückt“ worden sei. Zu neben den Picker-Tätigkeiten zusätzlich übernommenen Aufgaben der Antragstellerin befragt meinte sie, dass sie nicht wisse, um welche Tätigkeiten es sich dabei gehandelt habe – allerdings habe es sich damals um ein Start-up-Unternehmen gehandelt, anfangs hätte zB auch das Head Office bei Mitarbeitermangel Bestellungen ausgeliefert. Jeder habe überall angepackt – auch sie selbst habe viele andere Dinge erledigt. Die Antragsgegnerin sei ein Online-Supermarkt gewesen. Anforderungen, dass Shift-Leader auch Deutsch können müssten, hätte es „*eigentlich nicht*“ gegeben. Meist habe ein unternehmensinterner Aufstieg mit einer Bewerbung begonnen. Es wundere sie zu hören, dass Herr C gegenüber der Antragstellerin gemeint haben soll, dass er die Gehälter erhöhen könne – man sei da wirklich stark eingeschränkt gewesen, jeder habe das Gleiche verdient. Auf Korrektur dahingehend, dass Herr C nach eigener Darstellung der Einzige gewesen sei, der die Antragstellerin hätte „promoten“ können, ergänzte sie, dass es auch eine City-Managerin gegeben habe, die bei Bewerbungsgesprächen dabei gewesen sei. Auf Frage, ob sie die Beschwerde der Antragstellerin bekommen habe, erklärte sie, dass das „*support*“-E-Mail nach Deutschland gegangen sein dürfte. Auf Frage, ob ihr bei Kündigungswünschen auch die jeweilige Motivlage kommuniziert worden sei, gab sie an, dass sie den Wunsch gesehen hätte - „*meistens nicht*“. In Deutschland habe es eine Art „Ombudsstelle“ gegeben, an die man sich wegen Diskriminierungen hätte wenden können.

Herr C hat seiner mehrfachen Ladung als Auskunftsperson unentschuldigt nicht Folge geleistet.

PRÜFUNGSGRUNDLAGEN

Der Senat II der Gleichbehandlungskommission (GBK) stützt sein Prüfungsergebnis auf die schriftlichen Vorbringen der Antragstellerin und 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 bzw. 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 bzw. der Antragstellerin 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 ZellKomm³ [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 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 bzw. 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*

[...]

5. beim beruflichen Aufstieg, insbesondere Beförderungen

[...]

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 bzw. der Antragstellerin sprechen als dagegen (vgl. OGH 9 ObA 144/14p, Arb 13.203 mit weiteren Nachweisen).

Wenn dem Antragsteller bzw. der Antragstellerin die Glaubhaftmachung von Umständen, die einen **nachvollziehbaren Zusammenhang** zwischen der behaupteten Diskriminierung und dessen/deren ethnischer Zugehörigkeit herstellen, gelungen ist, obliegt es dem Antragsgegner bzw. der Antragsgegnerin zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom Antragsgegner bzw. der Antragsgegnerin 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:

Die Antragstellerin hat dem Senat – durch von ihr dem Senat vorgelegte Ausdrucke von Chats belegt - glaubhaft darlegen können, dass Herr C ihr einerseits vermittelt hat, für ihren beruflichen Aufstieg **alleinverantwortlich** (*Zitat: „first of all, the only person that can give you a promotion, is me“*) zu sein und andererseits damit auch – unabdingbar - das Erfordernis, dass sie dafür erst Deutsch lernen müsste, verknüpft hat.

Im vorliegenden Fall ist im Hinblick auf die relevierten mangelnden Deutschkenntnisse der Antragstellerin in Erinnerung zu rufen, dass die Diskriminierung einer Person auf Grund eines durch das GIBG geschützten Grundes nicht nur durch unmittelbare Bezugnahme auf diesen Grund erfolgen kann, sondern – 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 **in besonderer Weise gegenüber anderen Personen benachteiligen können** – auch **mittelbar**, was in der Legaldefinition der mittelbaren Diskriminierung zum Ausdruck gebracht wird.

Die unzureichenden Deutschkenntnisse der Antragstellerin waren sowohl für eine - nicht erfolgte - Beförderung der Antragstellerin als auch durch die im Verlauf der weiteren Ereignisse erfolgte Verknüpfung dieses Umstands mit gegenüber der Antragsgegnerin geäußerten Beschwerden über Herrn C für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses der Antragstellerin ausschlaggebend, weshalb vom Senat das Vorliegen einer **mittelbaren Diskriminierung** der Antragstellerin auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit durch die **Bezugnahme auf die mangelnden Deutschkenntnisse** der Antragstellerin zu prüfen war, da das an sich neutral formulierte Kriterium der „Deutschkenntnisse“ *per se* dazu geeignet ist, Personen mit **Migrationshintergrund** besonders zu benachteiligen.

Die im vorliegenden Fall vorgenommene **Kombination** von beruflichem Aufstieg und dafür *vorab* noch von ihr zu erwerbenden Sprachkenntnissen ist ein dem Anschein nach neutrales Kriterium, das jedoch geeignet ist, Personen, die einer ethnischen Gruppe angehören, gegenüber anderen Personen - *durch das damit in der Regel verknüpfte Element einer nichtdeutschen Erstsprache* - in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, dieses Kriterium ist durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich.

Im Hinblick auf die auch von der der Antragsgegnerin zuzurechnenden Auskunftsperson D bestätigte **Unternehmenssprache Englisch** war für den Senat jedoch *keinerlei sachliche Rechtfertigung* dieser Anforderung des Vorab-Erlernens der deutschen Sprache vor einer Beförderung erkennbar. Für diese Ansicht spricht auch der Umstand, dass andere Führungskräfte ebenfalls nicht Deutsch gesprochen haben. Aus diesem Grund war das **Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung** der Antragstellerin auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit beim beruflichen Aufstieg **zu bejahen**. Das sich die Antragstellerin um keine *konkrete* Stelle beworben hat bzw. der von der Antragsgegnerin ins Treffen geführte Umstand, dass im Zeitraum der Beschäftigung der Antragstellerin keine entsprechende

Führungsposition frei war, ist diesfalls irrelevant, da in Anknüpfung an das EuGH-Urteil im Fall Feryn (URTEIL DES GERICHTSHOFS vom 10.7.2008, Rechtssache C-54/07) davon auszugehen ist, dass die von Herrn C getätigte Vorgangsweise *per se* dazu geeignet war, die Antragstellerin von einer Bewerbung bereits prospektiv *abzuhalten* und somit *ursächlich* für einen nicht erfolgten möglichen beruflichen Aufstieg der Antragstellerin gewesen ist.

Dass damals **keine konkrete Stelle** ausgeschrieben oder zu besetzen war, vermag die durch die *durch das Verhalten von Herrn C ursächliche Abhaltung* der Antragstellerin von einer konkreten Bewerbung verwirklichte mittelbare Diskriminierung nicht zu heilen, weil diese konkrete Aussage von Herrn C eine – von ihm nach eigener Darstellung zu verantwortende - **diskriminierende Beförderungspolitik *pro futuro*** offengelegt hat.

Im Hinblick auf die Rolle von Herrn C als Store Manager und somit als **Erfüllungsgehilfe** der Antragsgegnerin war die Zurechnung seines Verhaltens zur „Beförderungspolitik“ der Antragsgegnerin für den Senat offenkundig. Das **Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung** der Antragstellerin auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit beim beruflichen Aufstieg war **daher zu bejahen**.

Zur **Beendigung** des Arbeitsverhältnisses ist anzumerken, dass zwar in Österreich grundsätzlich **Kündigungsfreiheit** herrscht – eine Kündigung aber nicht aus diskriminierenden Gründen – aufgezählt in § 17 GIBG – ausgesprochen werden darf. Da die seitens der Antragstellerin gegenüber HR geäußerten Beschwerden über Herrn C in Verbindung mit der dadurch erfolgten Zerrüttung des Arbeitsverhältnisses durch die von diesem *de facto* verhinderte berufliche Aufstiegs*möglichkeit* der Antragstellerin *in unmittelbarer Folge* zu der durch Herrn C veranlassten Kündigung der Antragstellerin geführt haben und somit für diese (mit)ursächlich waren, war auch die **mittelbare Diskriminierung der Antragstellerin auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses** sowie die Verletzung des Benachteiligungsverbotes zu **bejahen**.

Da sich die Antragsgegnerin in der Konkursabwicklung befindet und die Antragstellerin allfällige Forderungen nicht gegenüber dem Masseverwalter angemeldet hat, wird auf die Erstattung eines Vorschlags verzichtet.