

Kündigung nach Beschwerde über rassistische Äußerungen - Diskriminierung

Der serbischstämmige Kläger war von April bis Juli 2024 bei der beklagten Arbeitgeberin als Bodenmarkierer beschäftigt. Während des Dienstverhältnisses kam es durch den Mitarbeiter S*** wiederholt zu abwertenden, an die ethnische Herkunft des Klägers anknüpfenden Äußerungen. Am 17.6.2024 postete S*** in einer arbeitsbezogenen WhatsApp-Gruppe ein Video mit dem Inhalt "Ausländer raus", worauf der Kläger mit Bestürzung reagierte, und die Gruppe verließ. Er bekam nicht mehr mit, dass S*** später, nachdem er vom Gruppenleiter dazu aufgefordert wurde, das Video löschte.

Von 18.6. bis 30.6. befand sich der Kläger im Krankenstand. Während dessen wandte er sich wegen der Vorfälle an seine Vorgesetzten und später, nach Beratung durch die Arbeiterkammer, mit Schreiben vom 1.7.2024 an die Arbeitgeberin, in dem er u.a. Abhilfe gegen die Diskriminierungen verlangte und weiteren Kontakt mit S*** ablehnte. In der Folge kündigte die Arbeitgeberin das Dienstverhältnis des Klägers.

Der Kläger beehrte daraufhin materiellen Schadenersatz in Form von Verdienstentgang vom 13.7. bis 12.12.2024 sowie immateriellen Schadenersatz von EUR 4.000,- netto wegen der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren überwiegend statt. Es sah die Kündigung als Reaktion auf die Beschwerden des Klägers und sprach ihm einen Verdienstentgang sowie einen immateriellen Schadenersatz iHv EUR 1.000,- netto zu. Das Berufungsgericht bestätigte im Kern die Entscheidung des Erstgerichts, gab der Berufung des Klägers aber insoweit Folge, als es den immateriellen Schadenersatz auf EUR 2.000,- erhöhte. Es begründete seine Entscheidung (zusammengefasst) wie folgt:

Gemäß [§ 26 Abs 7 GIBG](#) kann eine Kündigung bei Gericht angefochten werden, wenn das Arbeitsverhältnis wegen der nicht offenbar unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen nach diesem Gesetz gekündigt wurde. Die Gründe, auf die die Annahme einer Diskriminierung gestützt wird, müssen vertretbar sein. Nur wenn schon ohne nähere Prüfung (ex ante) erkennbar ist, dass kein Anspruch besteht, kann die Geltendmachung "offenbar unberechtigt" sein. Ob sich die Ansprüche ex post als zu Recht bestehend erweisen, ist für eine Anfechtung nach [§ 26 Abs 7 GIBG](#) irrelevant.

Der Kläger stieg noch am 17.6.2024 abends aus der WhatsApp-Gruppe der Bodenmarkierer aus. Es sah daher weder die später erfolgte Entschuldigung von S*** in dieser Gruppe noch die Nachricht vom Gruppenleiter, die er am 20.6.2024 in die Gruppe verschickte und die auf eine Distanzierung von ausländerfeindlichem Gedankengut hinauslief. Der Kläger hatte zum Zeitpunkt des Aufforderungsschreibens vom 1.7.2024 außerdem keine Kenntnis davon, dass S*** inzwischen gekündigt hatte und nicht mehr im Unternehmen tätig war. Ebenso wenig kannte er den WhatsApp-Verlauf nach seinem Austritt aus der Gruppe.

In Anwendung der dargestellten Grundsätze machte der Kläger mit seinem Schreiben vom 1.7.2024 sohin keine offenbar unberechtigten Ansprüche geltend.

Die Arbeitgeberin argumentiert, dass dem Kläger kein Verdienstentgang zustehe, da die Kündigung frist- und termingerecht erfolgt sei. Dem entgegnet das Berufungsgericht, dass der Kläger keine Kündigungsentschädigung, sondern einen Schadenersatzanspruch nach dem GIBG geltend macht. Nach [§ 26 Abs 7 GIBG](#) hat der wegen Diskriminierung gekündigte Arbeitnehmer, der die Beendigung gegen sich gelten lässt, Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens und auf eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung. Ein solcher Vermögensschaden manifestiert sich in der Regel durch den Wegfall des Entgelts. Dem Argument der Arbeitgeberin, die Kündigung sei frist- und termingerecht erfolgt, hat der OGH bereits entgegengehalten, dass eine solche Betrachtungsweise im Widerspruch zu den Intentionen von Art 8 der GleichbehandlungsRL [2006/54/EG](#) und [§ 12 Abs 7 GIBG](#) stünde. Bei einer solchen Betrachtung werde auch nicht berücksichtigt, dass die Beendigung des Dienstverhältnisses tatsächlich aus einem

diskriminierenden Grund erfolgt ist und der Arbeitgeber ohne diesen Grund unter Umständen keinen (ausreichenden) Anlass zu einer Beendigung des Dienstverhältnisses gehabt hätte. Die naheliegende Handlungsalternative des Arbeitgebers ist danach zunächst nicht in einer diskriminierungsfreien Beendigung, sondern in der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu sehen. Das Gegenteil hat der Arbeitgeber zu behaupten und zu beweisen. Hätte der Gesetzgeber eine Limitierung des ersatzfähigen Entgeltentgangs nur bis zur Möglichkeit einer rechtmäßigen Kündigung beabsichtigt, hätte er eine solche wohl in das Gesetz aufgenommen, was er jedoch nicht getan hat.

Macht der gekündigte Arbeitnehmer von einer Kündigungsanfechtung - wie hier - keinen Gebrauch, so steht ihm alternativ die Möglichkeit der Geltendmachung von Schadenersatz zu. Eine erfolgreiche Anfechtung würde dazu führen, dass das Arbeitsverhältnis weiter besteht und der Arbeitgeber weiterhin das Entgelt zu zahlen hätte. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist daher nicht nachvollziehbar, warum der Arbeitnehmer bei Wahl der Schadenersatzoption eine automatische Begrenzung der Ersatzpflicht nach dem Vorbild einer Kündigungsentschädigung in Kauf nehmen sollte, zumal dies dazu führen würde, dass der bei einer Beendigungsdiskriminierung zu leistende Ersatzbetrag für den Arbeitgeber bereits im Voraus kalkulierbar wäre. Die finanzielle Wiedergutmachung muss vollständig sein und darf daher nicht von vornherein der Höhe nach begrenzt sein, wenn sie die einzige in Betracht kommende Rechtsfolge im Diskriminierungsfall darstellt.

Für die Frage, ob dem Arbeitnehmer diskriminierungsbedingt ein zu ersetzender Vermögensschaden entstanden ist, ist auf die allgemeinen schadenersatzrechtlichen Regelungen zurückzugreifen. So steht dem Arbeitgeber etwa der Einwand der Schadensminderungspflicht zur Verfügung. Die Schadensminderungspflicht ist (jedoch) nicht von Amts wegen wahrzunehmen, vielmehr trifft den Schädiger (hier die Arbeitgeberin) die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass der Geschädigte seinen Verdienstentgang durch Aufnahme einer anderen Beschäftigung hätte verringern können.

Im vorliegenden Fall hat die Arbeitgeberin behauptet, in Hinblick auf das Alter des Klägers und der bestehenden Arbeitsmarktsituation sei davon auszugehen, dass der Kläger sehr rasch wieder einen neuen Arbeitsplatz finden werde. Es bestehe in der Branche seit längerem akuter Personalmangel. Dieses Vorbringen, das sich lediglich auf die bloß abstrakte Möglichkeit, rasch wieder einen neuen Arbeitsplatz zu finden, bezieht, reicht jedoch nicht aus, der dargelegten Behauptungslast zu entsprechen.

Der Kläger begehrt als Verdienstentgang eine Kündigungsentschädigung samt Sonderzahlungen für fünf Monate vom 13.7. bis 12.12.2024 und brachte hierzu vor, dass er sich am 9.9.2024 selbstständig gemacht habe, das Geschäft aber langsam angelaufen sei. Unter Berücksichtigung der Verluste der Vormonate September und Oktober sei daher auch der November negativ zu werten; erst im Dezember 2024 sei ein Gewinn erzielt worden.

Wie ausgeführt, hat die Arbeitgeberin keinen konkreten Einwand bezüglich einer Schadensminderungspflicht erhoben. Ebenso wenig wurde vorgebracht, dass das Arbeitsverhältnis zum Kläger ohnehin gekündigt worden wäre. Der tatsächlich entstandene Schaden ist daher im vollen Umfang auszugleichen. Zwar muss sich der Kläger, die ab November 2024 erzielten Gewinne anrechnen lassen, zu Recht hat jedoch das Erstgericht diese mit den Verlusten des Klägers im September und Oktober 2024 in Relation gestellt, zumal der Kläger bei einem aufrechten Arbeitsverhältnis diese auch nicht erlitten hätte. Der Zuspruch des Verdienstentgangs iHv EUR 17.652,95 brutto durch das Erstgericht bedarf daher keiner Korrektur.

Beide Berufungen monieren in ihren Rechtsrügen die Höhe des zugesprochenen immateriellen Schadenersatzes.

Gemäß [§ 17 Abs 1 GIBG](#) darf aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit niemand im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis unmittelbar oder mittelbar diskriminiert

werden, insbesondere nicht bei den persönlichen Arbeitsbedingungen (Z 6) und bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Z 7). In beiden Fällen hat der Arbeitnehmer auch Anspruch auf eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung ([§ 26 Abs 6](#) und [7 GIBG](#)). Eine solche Diskriminierung liegt gemäß [§ 21 Abs 1 GIBG](#) auch dann vor, wenn es der Arbeitgeber schuldhaft unterlässt, im Fall einer Belästigung durch Dritte eine angemessene Abhilfe zu schaffen.

Nach dem festgestellten Sachverhalt wurde der serbischstämmige Kläger zu Arbeitsbeginn von S*** mit den Worten "noch ein Ausländer" "begrüßt" und er (sowie weitere Bodenmarkierer) als "Cevapcici" bezeichnet. Der Kläger wendete sich deswegen zwei- oder dreimal an den Bauleiter W***, der jedoch keine Abhilfe schaffte. Dem Kläger ist zuzustimmen, dass es sich hierbei um eine Diskriminierung bei den sonstigen Arbeitsbedingungen ([§ 17 Abs 1 Z 6](#) iVm [§ 21 Abs 1 Z 2 GIBG](#)) handelte.

Am 17.6.2024 versendete S*** das Video mit dem Inhalt "Ausländer raus". In diesem Zusammenhang schaffte die Arbeitgeberin Abhilfe, indem sie dafür Sorge trug, dass das Video umgehend gelöscht wurde, sich S*** entschuldigte sowie mündlich ermahnt wurde und sich der technische Gruppenleiter H*** davon distanzierte. Da S*** (ohnehin) kündigte, war ein weiteres Einschreiten der Arbeitgeberin nicht erforderlich. Für dieses Video kann die Arbeitgeberin sohin nicht belangt werden, da S*** als Dritter anzusehen ist.

Letztlich wurde der Kläger aufgrund des Interventionsschreibens vom 1.7.2024 gekündigt, in dem er sich über die Diskriminierung beschwerte und um Abhilfe bat. Es steht sohin fest, dass der Kläger sowohl bei den Arbeitsbedingungen als auch bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus einem in [§ 17 GIBG](#) genannten Grund bzw. weil er einen Anspruch nach diesem Gesetz geltend machte, diskriminiert wurde.

Die Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung soll angemessen sein, die Beeinträchtigung tatsächlich und wirksam ausgleichen und weitere Diskriminierungen verhindern. Unter Berücksichtigung der bisherigen Judikatur des OGH, der Entschädigungsbeträge für immateriellen Schaden nach dem GIBG überwiegend im niedrigen vierstelligen Bereich zugesprochen hat, und unter Berücksichtigung, dass die Beendigungsdiskriminierung grundsätzlich eine schwerwiegendere Beeinträchtigung als andere Diskriminierungsfälle darstellt, erscheint dem OLG Wien im vorliegenden Fall eine Entschädigung von EUR 2.000,- angemessen, um einerseits die Beeinträchtigung tatsächlich und wirksam auszugleichen und andererseits in Hinkunft derartigen Diskriminierungen entgegenzuwirken. (Revision vom OLG nicht zugelassen)

OLG Wien 18.2.2026, 10 Ra 46/25w