



## Diskriminierende Kündigung nach einer Fehlgeburt?

### Situation

Frau S arbeitet seit mehreren Jahren als Rezeptionistin in einem Hotel. Als sie schwanger wird, teilt sie dies dem Arbeitgeber in der 12. Schwangerschaftswoche mit. Nach einer Fehlgeburt in der 16. Schwangerschaftswoche ist sie drei Wochen im Krankenstand, bevor sie wieder an ihren Arbeitsplatz zurückkehrt. Eine Woche später wird sie von Ihrem Arbeitgeber gekündigt. Dieser teilt ihr keinen Kündigungsgrund mit, stellt jedoch fest, dass er die bereits während ihres Krankenstands ausgeschriebene Stelle nun mit einem Mann besetzen will.

### Verlauf der Beratung / des Verfahrens

Frau S wendet sich zunächst an die Arbeiterkammer. Dort wird sie darüber informiert, dass nach einer Fehlgeburt zwar ein zeitlich begrenzter Schutz vor Kündigung besteht, diese Frist in ihrem Fall jedoch vom Arbeitgeber eingehalten wurde. Daher ist ihre Kündigung rein arbeitsrechtlich korrekt erfolgt.

Wenn sie aber bei der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses aufgrund ihres Geschlechts benachteiligt wurde, könnte es unabhängig davon der Fall sein, dass ihr Arbeitgeber damit gegen das Verbot der unmittelbaren Diskriminierung nach dem Gleichbehandlungsgesetz verstoßen hat. Der Rechtsberater der Arbeiterkammer empfiehlt Frau S daher zur Prüfung dieser Frage nach telefonischer Rücksprache mit der Gleichbehandlungsanwaltschaft eine Beratung auch in der Gleichbehandlungsanwaltschaft.

Im persönlichen Beratungsgespräch berichtet Frau S, dass bereits während ihres Krankenstands eine Stelle in ihrem Unternehmen ausgeschrieben wurde und ihr Arbeitgeber sie auf ihre besorgte telefonische Nachfrage hin informiert hat, dass es sich nur um Umstrukturierungsmaßnahme handle und sie ihren Arbeitsplatz behalten könne. Trotzdem wurde sie bereits eine Woche nach ihrer Rückkehr aus dem Krankenstand gekündigt. Inzwischen hat sich die Vermutung einer Diskriminierung noch verstärkt. Frau S hat erfahren, dass ihr Arbeitgeber die Stelle wie angekündigt mit einem Mann besetzt hat. Dass auch eine ältere Arbeitskollegin, die während der Schwangerschaft von Frau S immer wieder lautstark verkündet hat, sie wolle sicher keine Kinder mehr, ihren Arbeitsplatz behalten konnte, bestärkt Frau S in der Vermutung, dass ihr Kinderwunsch der Grund für den Arbeitsplatzverlust war.



Die Gleichbehandlungsanwaltschaft informiert Frau S über ihre rechtlichen Möglichkeiten. Sie kann die Kündigung innerhalb einer Frist von 14 Tagen gerichtlich anfechten oder die Kündigung gelten lassen und Ersatz für den Vermögensschaden sowie immateriellen Schadenersatz, also Schadenersatz für die Kränkung durch die Diskriminierung, verlangen.

Sie kann die Vermutung, dass eine Diskriminierung vorliegt, auch im Rahmen eines Einzelfallprüfungsverfahrens vor der Gleichbehandlungskommission überprüfen lassen. Die Entscheidungen der Gleichbehandlungskommission sind allerdings rechtlich nicht verbindlich und sie kann keinen Schadenersatz zusprechen.

Da Frau S von ihrem Arbeitgeber sehr enttäuscht ist, kann sie sich eine weitere Zusammenarbeit nicht vorstellen und will die Kündigung daher nicht anfechten. Sie möchte aber rechtliche Unterstützung der Gleichbehandlungsanwaltschaft in der Form, dass ihr Arbeitgeber zu einer Stellungnahme aufgefordert und ein außergerichtlicher Schadenersatz vorgeschlagen wird. Eine Antwort auf das Interventionsschreiben der Gleichbehandlungsanwaltschaft liegt noch nicht vor.

## **Analyse aus Sicht der Gleichbehandlungsanwaltschaft**

Arbeitnehmerinnen dürfen während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung nicht gekündigt werden. Ein solcher Kündigungsschutz fehlte jedoch bisher für Frauen nach einer Fehlgeburt.

Durch eine Änderung des Mutterschutzgesetzes wurde mit Januar 2016 ein zeitlich begrenzter Schutz vor Kündigung und Entlassung eingeführt. Gemäß § 10 Abs 1a MSchG ist nun eine Kündigung bis zum Ablauf von vier Wochen nach einer Fehlgeburt rechtsunwirksam.

Auch nach Ablauf dieses vierwöchigen Kündigungsschutzes haben Frauen unter bestimmten Umständen die Möglichkeit, sich gegen eine Benachteiligung im Zusammenhang mit ihrem Arbeitsverhältnis zur Wehr zu setzen. ArbeitgeberInnen, die sich nach der Fehlgeburt einer Mitarbeiterin mit offensichtlichem Kinderwunsch von dieser trennen, bevor sie vielleicht erneut schwanger wird, handeln gesetzwidrig. Wenn der maßgebliche Grund für eine Kündigung in der konkreten Annahme des Arbeitgebers liegt, dass eine Arbeitnehmerin bald wieder schwanger werden wird, ist dies vom Verbot der unmittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nach dem Gleichbehandlungsgesetz umfasst.



Der OGH hat bereits im Jahr 2014 nach der Schadenersatzklage einer Arbeitnehmerin, die nach einer Fehlgeburt von ihrem Arbeitgeber gekündigt wurde, in seiner Entscheidung 8 Ob A 81/13i vom 27. 2. 2014 festgehalten, dass eine Kündigung wegen der konkreten Annahme, eine Dienstnehmerin würde bald schwanger werden, eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt.

In seiner Begründung hat der OGH auf folgende Bestimmungen des Gleichbehandlungsgesetzes (GIBG) Bezug genommen:

„§ 3 Z 7 GIBG der hier noch anzuwendenden Fassung vor der Novelle BGBl I 2013/107 lautete wie folgt: *„Aufgrund des Geschlechts, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand, darf im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht (...)*

*7. bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.“*

Gemäß § 5 Abs 1 GIBG liegt eine unmittelbare Diskriminierung dann vor, wenn eine Person aufgrund ihres Geschlechts in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Für das Vorliegen einer unmittelbaren Diskriminierung ist entscheidend, dass die betroffene Person wegen des Geschlechts eine nachteilige Behandlung erfährt.

Der OGH kommt zum Ergebnis, dass das Verbot der unmittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts auch dann verletzt wird, wenn der maßgebliche Grund für eine Kündigung in der konkreten Annahme des Arbeitgebers liegt, dass eine Arbeitnehmerin bald schwanger werden wird, weil für die Entscheidung Kriterien herangezogen werden, die nur ein Geschlecht betreffen, wie eben eine Schwangerschaft, und eine solche Bezugnahme immer eine unmittelbare Diskriminierung darstellt<sup>1</sup>. Auch vom Europäischen Gerichtshof wurde bereits mehrfach klargestellt, dass jede Benachteiligung im Zusammenhang mit einer Schwangerschaft als unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu bewerten ist<sup>2</sup>.

Entsprechend der Beweislastregelung des Gleichbehandlungsgesetzes muss die Arbeitnehmerin in dem Fall glaubhaft machen, dass das verpönte Motiv „Kinderwunsch“ beziehungsweise die zu erwartende Schwangerschaft für die Kündigung ausschlaggebend war, damit der Tatbestand der Diskriminierung gemäß § 3 GIBG erfüllt ist. Der Arbeitgeber muss nachweisen, dass ein anderes als das durch das Gleichbehandlungsgesetz verpönte Motiv für die Kündigung ausschlaggebend war.

In dem Fall, den der OGH zu beurteilen hatte, hat der Arbeitgeber der Arbeitnehmerin gegenüber explizit als Kündigungsgrund angegeben, dass das Kind, das sie verloren hatte, ein Wunschkind gewesen sei und es daher wahrscheinlich sei, dass sie wieder schwanger werde und mit Komplikationen zu rechnen sei. Als konkretes Motiv für die

---

<sup>1</sup> Dazu bereits *Hopf/Mayr/Eichinger* in Gleichbehandlungsgesetz 2009, § 5 Rz 14 mwN.

<sup>2</sup> vgl etwa EuGH 8. 11. 1990, C-177/88, Dekker, Rz 12, oder EuGH 30. 4. 1998, C-136/95, Thibault, Rz 29 ff;



Kündigung wurde vom OGH daher die Befürchtung des Arbeitgebers festgestellt, dass seine Mitarbeiterin in Kürze wieder schwanger werden und dies für ihn mit Kosten verbunden sein könnte. Der Arbeitgeber machte im Verfahren Einwendungen hinsichtlich der mangelnden Qualität der Arbeit seiner Mitarbeiterin geltend, denen der OGH aber nicht gefolgt ist.

Im hier geschilderten Fall ist noch offen, ob der Arbeitnehmerin die Glaubhaftmachung des diskriminierenden Kündigungsmotivs gelingen kann. Die Vermutung einer Diskriminierung im Sinne des Gleichbehandlungsgesetzes ist aber nach Rechtsansicht der Gleichbehandlungsanwaltschaft jedenfalls nicht von der Hand zu weisen.