

NEWSLETTER

MAI 2018

Autorinnen: Sonja Stark-Traber und Jennifer Ehrensperger



Verbot der Diskriminierung bei Schwangerschaft und Mutterschaft – Stolpersteine für Arbeitgeber

Das Gleichstellungsgesetz verbietet jede Art von Diskriminierung im Erwerbsleben aufgrund des Geschlechts, namentlich unter Berufung auf eine Schwangerschaft oder Mutterschaft. Die Praxis zeigt, dass Arbeitgeber das Gleichstellungsgesetz oftmals zu wenig kennen, was finanzielle Folgen nach sich ziehen kann. Vor allem im Umgang mit Arbeitnehmerinnen in der Schwangerschaft bzw. während oder nach dem Mutterschaftsurlaub sollte das Gleichstellungsgesetz verstärkt beachtet werden.

I. EINFÜHRUNG

Seit 1996 verbietet das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann («Gleichstellungsgesetz» bzw. «GIG») ausdrücklich direkte oder indirekte Benachteiligungen am Arbeitsplatz aufgrund des Geschlechts, namentlich unter Berufung auf den Zivilstand, die familiäre Situation oder, bei Arbeitnehmerinnen, auf eine Schwangerschaft (Art. 3 Abs. 1 GIG). Das Diskriminierungsverbot gilt insbesondere für die Anstellung, die Gestaltung der Arbeitsbedingungen, die Aufgabenzuteilung, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Auflösung des Arbeitsverhältnisses (Art. 3 Abs. 2 GIG).

Eine im Juni 2017 veröffentlichte Studie, die im Auftrag des Bundes 190 Entscheide der kantonalen Schlichtungs- und Gerichtsbehörden nach dem Gleichstellungsgesetz im Zeitraum 2004 bis 2015 eingehend analysiert hat, stellte fest, dass insbesondere diskriminierende Kündigungen auffallend häufig in Verbindung mit Schwangerschaft bzw. Mutterschaft ausgesprochen werden. **In fast der Hälfte der Fälle fanden die Diskriminierungen nach der**

Rückkehr der Arbeitnehmerin aus dem Mutterschaftsurlaub statt. In der Praxis sind Diskriminierungen von Arbeitnehmerinnen aufgrund von Schwangerschaft oder Mutterschaft zudem oft auch im Zusammenhang mit der Gestaltung der Arbeitsbedingungen, der Aufgabenzuteilung oder Beförderungen anzutreffen.

Der vorliegende Newsletter soll Arbeitgeber auf Stolpersteine im Umgang mit schwangeren Arbeitnehmerinnen bzw. solchen mit familiären Pflichten sensibilisieren, denn Diskriminierung gegenüber Frauen am Arbeitsplatz ist nicht nur während der Schwangerschaft, sondern auch nach der Geburt verboten, und kann für den Arbeitgeber finanzielle Folgen nach sich ziehen.

II. DISKRIMINIERUNG BEI DER ANSTELLUNG

Das Diskriminierungsverbot im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft ist bereits bei der Begründung von Arbeitsverhältnissen zu beachten. So sind **Fragen nach der familiären Situation,**

nach der Familienplanung oder nach einer bestehenden Schwangerschaft im Rahmen des Anstellungsprozesses grundsätzlich nicht erlaubt, es sei denn, eine Schwangerschaft hätte Auswirkungen auf die Eignung einer Bewerberin zur Ausführung der in Frage stehenden Arbeit. Dies kann zum Beispiel der Fall sein, wenn die Arbeit von einer Schwangeren nicht oder nicht ordnungsgemäss ausgeführt werden kann (z.B. Model-Job) oder wenn die Gesundheit von Kind und/oder Mutter gefährdet würde. In der Lehre wird die Zulässigkeit von Fragen nach einer bestehenden Schwangerschaft auch im Fall von befristeten Arbeitsverhältnissen bejaht, wenn die voraussichtlich durch Schwangerschaft und Geburt verursachten Absenzen einen wesentlichen Teil der Vertragsdauer betreffen und damit den Vollzug des Arbeitsvertrags erheblich tangieren. Im Falle von unzulässigen Fragen nach einer geplanten oder bestehenden Schwangerschaft wird der Bewerberin das sog. Notwehrrecht der Lüge zugestanden.

Verweigert der Arbeitgeber die Einstellung einer Bewerberin wegen Schwangerschaft, so verletzt er damit das Diskriminierungsverbot gemäss Gleichstellungsgesetz. Die Schwangerschaft einer Bewerberin darf nur dann Grund für eine Nichteinstellung bilden, wenn von vornherein feststeht, dass eine schwangere Frau die konkreten Arbeiten nicht ausführen kann. Diskriminierend ist zudem auch die Ablehnung einer Bewerberin aufgrund ihrer familiären Situation, beispielsweise wegen ihrer Mehrfachbelastung aufgrund von Familienpflichten.

Eine Diskriminierung liegt darüber hinaus auch dann vor, wenn ein **befristetes Arbeitsverhältnis** einzig deswegen nicht in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis überführt wird, weil die betreffende Arbeitnehmerin schwanger ist.

III. DISKRIMINIERUNG BEI ANSTELLUNGSBEDINGUNGEN, AUFGABENZUTEILUNG UND ENTLOHNUNG

Das Gleichstellungsgesetz verbietet auch Diskriminierungen im Zusammenhang mit den Anstellungsbedingungen, insbesondere bei der Regelung der Arbeitszeiten, und bei der Aufgabenzuteilung.

So ist es beispielsweise diskriminierend, wenn ein Arbeitgeber die **Probezeit** einer Arbeitnehmerin **aufgrund einer Arbeitsunfähigkeit wegen Schwangerschaft verlängert**. Ebenso unzulässig ist es,

schwangeren Arbeitnehmerinnen den Kontakt mit Kunden zu verbieten, weil diese sich am Bauch stören könnten, oder Kleidervorschriften einzuführen, welche eine schwangere Arbeitnehmerin nicht einhalten kann.

Als diskriminierend erachtet wird es darüber hinaus auch, wenn ein Arbeitgeber **das Arbeitspensum oder das Pflichtenheft einer Arbeitnehmerin wegen deren Schwangerschaft reduziert**. Umgekehrt setzt sich ein Arbeitgeber ebenfalls dem Vorwurf der Diskriminierung aus, wenn er es aus Prinzip und ohne objektive Gründe ablehnt, einer Arbeitnehmerin nach dem Mutterschaftsurlaub eine Reduktion des Arbeitspensums zu bewilligen.

Eine unzulässige Benachteiligung liegt überdies auch dann vor, wenn der Arbeitgeber einer Arbeitnehmerin, welche aus dem Mutterschaftsurlaub zurückkehrt, lediglich eine **Stelle anbietet, die weniger interessant und schlechter bezahlt ist** als die bisherige Stelle. Keine Diskriminierung liegt hingegen vor, wenn einer Arbeitnehmerin nach dem Mutterschaftsurlaub aus objektiven Gründen (z.B. wegen Verschlechterung des Geschäftsgangs im betreffenden Betriebsbereich) ein Posten mit weniger Verantwortung, aber zum gleichen Lohn angeboten wird wie auf der bisherigen Position.

Als indirekte Benachteiligung angesehen wird es, wenn ein Arbeitgeber es **ablehnt, dass Teilzeitmitarbeitende von flexiblen Arbeitszeiten Gebrauch machen können**, da Frauen häufiger Teilzeit arbeiten als Männer und von einer solchen Massnahme daher ungleich mehr betroffen sind.

Abgesehen vom generellen Verbot, Frauen für gleiche Arbeit schlechter als Männer zu bezahlen, ist es schliesslich auch diskriminierend, wenn eine **Lohnerhöhung oder eine Bonuszahlung deshalb verweigert wird, weil eine Arbeitnehmerin wegen Schwangerschaft oder Mutterschaftsurlaub längere Fehlzeiten hatte**.

IV. DISKRIMINIERUNG BEI AUS- UND WEITERBILDUNG SOWIE BEFÖRDERUNG

Diskriminierend ist es auch, wenn ein Arbeitgeber es aufgrund von Schwangerschaft oder Mutterschaft einer Arbeitnehmerin ablehnt, dieser eine Aus- oder Weiterbildung zu bewilligen, beispielsweise mit der Begründung, sie habe ja bereits Mutterschaftsurlaub

bezogen. Ist es einer Arbeitnehmerin aufgrund von Absenzen während der Schwangerschaft oder wegen des Mutterschaftsurlaubs nicht möglich, an einer Weiterbildung teilzunehmen, ist der Arbeitgeber verpflichtet, ihr die Möglichkeit anzubieten, die Weiterbildung nach der Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub zu absolvieren. Eine indirekte Diskriminierung stellt es sodann dar, wenn ein Arbeitgeber **teilzeitarbeitende Mitarbeitende generell von Weiterbildungsprogrammen ausschliesst**, da von einer solchen Massnahme mehrheitlich Frauen betroffen sind.

In der Praxis häufig anzutreffen sind auch Fälle, da Arbeitnehmerinnen aufgrund einer Schwangerschaft oder nach dem Mutterschaftsurlaub eine **Beförderung verweigert** wird. Falls für die Verweigerung kein objektiver Grund vorliegt, verstösst ein solches Vorgehen gegen das Diskriminierungsverbot. Dies gilt im Übrigen auch dann, wenn ein Arbeitgeber verantwortungsvolle Positionen generell nicht an Mitarbeitende mit Kleinkindern vergibt.

V. DISKRIMINIERUNG BEI DER KÜNDIGUNG

Gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. c OR gilt während Schwangerschaft und Mutterschaftsurlaub ein erhöhter Kündigungsschutz: Nach Ablauf der Probezeit ist jede Kündigung während der Schwangerschaft und in den 16 Wochen nach der Niederkunft einer Arbeitnehmerin nichtig. Der Schutz beginnt gemäss Bundesgericht ab dem ersten Tag der Schwangerschaft, genauer gesagt **mit der (natürlichen) Befruchtung der Eizelle und nicht mit deren Einnistung** (BGE 143 III 21). Dabei ist nicht massgebend, ob die Arbeitnehmerin oder der Arbeitgeber Kenntnis von der Schwangerschaft hatten oder nicht. Der Sperrfristen-schutz gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. c OR setzt insbesondere nicht voraus, dass die Arbeitnehmerin den Arbeitgeber über ihre Schwangerschaft informiert hat. Ebenfalls irrelevant ist, ob die Schwangerschaft den Kündigungsgrund bildet oder ob die Kündigung aus anderen Gründen ausgesprochen wurde.

Kündigungen wegen Schwangerschaft während der Probezeit fallen nicht unter den Schutz von Art. 336c OR. Solche Kündigungen verstossen jedoch gegen das Diskriminierungsverbot gemäss Gleichstellungsgesetz, sofern nicht ein objektiver Grund für die Kündigung vorliegt, beispielsweise eine ungenügende Arbeitsleistung der Arbeitnehmerin. Dabei bildet der enge zeitliche Zusammenhang zwischen der Mitteilung der Schwangerschaft und der

Kündigung ein Indiz für das Vorliegen einer diskriminierenden Kündigung.

Diskriminierend sind auch Kündigungen, die ausgesprochen werden, weil der Arbeitgeber eine **Schwangerschaft vermutet oder befürchtet**.

Ebenfalls diskriminierend ist eine **Kündigung, welche nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs ausgesprochen wird**, sofern ein Zusammenhang zwischen der Mutterschaft und der Kündigung besteht. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Arbeitgeber die Kündigung ausspricht, weil er befürchtet, dass die Arbeitnehmerin aufgrund ihrer neuen familiären Situation ihren Arbeitspflichten nicht mehr in gleicher Weise nachkommen wird wie zuvor, oder weil die Arbeitnehmerin aufgrund ihrer Familienpflichten ihre Arbeitszeiten anders organisieren möchte. Kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot liegt hingegen vor, wenn die Kündigung objektiv gerechtfertigt ist, weil sie zum Beispiel infolge einer Reorganisation des Unternehmens oder wegen ungenügender Leistungen der Arbeitnehmerin ausgesprochen wird. Wie eingangs erwähnt kommen diskriminierende Kündigungen nach der Rückkehr der Arbeitnehmerin aus dem Mutterschaftsurlaub auffallend häufig vor.

Eine diskriminierende Kündigung liegt schliesslich auch dann vor, wenn sich eine **stillende Frau weigert, die Arbeit nach dem Mutterschaftsurlaub wieder aufzunehmen** und ihr deshalb gekündigt wird. Eine stillende Frau darf nur mit ihrem Einverständnis beschäftigt werden (Art. 35a Arbeitsgesetz).

Zu beachten ist, dass die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses mittels gegenseitiger Übereinkunft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerin auch während Schwangerschaft und Mutterschaftsurlaub zulässig ist, sofern damit nicht die Umgehung des Kündigungsschutzes bezweckt wird und die Aufhebungsvereinbarung nicht unter Ausübung von Druck auf die Arbeitnehmerin zustande kommt. Die Gültigkeit einer solchen **Aufhebungsvereinbarung** setzt gegenseitige Zugeständnisse von Arbeitgeber und Arbeitnehmerin voraus, wobei dies seitens des Arbeitgebers Zusatzleistungen irgendwelcher Art sein können. Die Arbeitnehmerin kann durch eine solche Aufhebungsvereinbarung allerdings ihre Ansprüche auf Mutterschaftsentschädigung verlieren, wobei der Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, die Arbeitnehmerin darüber aufzuklären, soweit er den Irrtum der Arbeitnehmerin nicht erkennt.

VI. FOLGEN BEI VERLETZUNG DES DISKRIMINIERUNGSVERBOTS

Der von einer Diskriminierung betroffenen Arbeitnehmerin stehen im Rahmen des Gleichstellungsgesetzes diverse Ansprüche und Anfechtungsmöglichkeiten offen.

So kann sie Klage auf **Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung der Diskriminierung** sowie auf **Zahlung des geschuldeten Lohnes** erheben (Art. 5 Abs. 1 GIG).

Besteht die Diskriminierung in der Ablehnung einer Anstellung oder in der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses, hat die betroffene Arbeitnehmerin allerdings lediglich Anspruch auf eine **Entschädigung**. Die Entschädigung wird unter Würdigung aller Umstände festgesetzt und wird auf der Grundlage des voraussichtlichen oder tatsächlichen Lohnes errechnet. Dabei darf die Entschädigung im Falle der Diskriminierung bei der Ablehnung einer Anstellung nicht mehr als drei Monatslöhne betragen und bei diskriminierender Kündigung eines Arbeitsverhältnisses nicht mehr als sechs Monatslöhne (Art. 5 Abs. 2 und Abs. 4 GIG).

Vorbehalten bleiben weitere Ansprüche auf **Schadenersatz** und **Genugtuung** (Art. 5 Abs. 5 GIG).

Das Gleichstellungsgesetz sieht bei der Geltendmachung der vorstehenden Ansprüche eine **Beweislastermilderung** zu Gunsten der Arbeitnehmerin vor: So wird eine Diskriminierung bei der Aufgabenteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung vermutet, wenn diese von der Arbeitnehmerin glaubhaft gemacht wird (Art. 6 GIG). Kann die Arbeitnehmerin Tatsachen anführen, welche eine Diskriminierung als wahrscheinlich erscheinen lassen, so obliegt es dem Arbeitgeber zu beweisen, dass keine Diskriminierung vorliegt, sondern dass die Ungleichbehandlung andere, objektive Gründe hat.

Zu beachten ist, dass die Arbeitnehmerin, welche eine innerbetriebliche Beschwerde betreffend Diskriminierung erhebt oder die Schlichtungsstelle oder das Gericht anruft, für die Dauer des jeweiligen Verfahrens sowie sechs Monate darüber hinaus **Kündigungsschutz** genießt. Die Arbeitnehmerin kann eine in diesem Zeitraum ausgesprochene Kündigung vor Ende der Kündigungsfrist anfechten und deren Aufhebung verlangen. Das Gericht kann für die Dauer des Verfahrens die provisorische Wiedereinstellung der Arbeitnehmerin anordnen, wenn es wahrscheinlich erscheint, dass die Voraussetzungen für die Aufhebung der Kündigung erfüllt sind. Die Arbeitnehmerin kann während des Verfahrens allerdings auch auf die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses verzichten und stattdessen eine Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen gemäss Art. 336a OR geltend machen (Art. 10 GIG).

VII. FAZIT

Die meisten Arbeitgeber sind sich bewusst, dass eine Kündigungssperrfrist für schwangere Arbeitnehmerinnen und in den 16 Wochen nach der Niederkunft gilt (Art. 336c Abs. 1 lit. c OR). Allerdings zeigt die Praxis, dass Arbeitgeber häufig das Gleichstellungsgesetz zu wenig kennen und deshalb Gefahr laufen, aufgrund von diskriminierendem Verhalten im Zusammenhang mit Schwangerschaft und/oder Mutterschaft gegenüber Arbeitnehmerinnen entschädigungspflichtig zu werden. Angesichts der Häufung der Fälle **sollte vor allem bei der Kündigung von Arbeitnehmerinnen nach der Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub das Gleichstellungsgesetz verstärkt beachtet werden**.

Des Weiteren ist generell zu empfehlen, **objektive Gründe für eine Ungleichbehandlung oder Kündigung einer Arbeitnehmerin** (z.B. mangelhafte Leistung, Reorganisation) in den vorerwähnten Konstellationen aus Beweisgründen und im Hinblick auf ein mögliches Verfahren **genau zu dokumentieren**.

Der Inhalt dieses Newsletters stellt keine Rechtsauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Für eine persönliche Beratung wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Suter Howald Rechtsanwälte oder an eine der folgenden Personen:

**Sonja Stark**

Partnerin

sonja.stark@suterhowald.ch**Jennifer Ehrensperger**

Associate

jennifer.ehrensperger@suterhowald.ch**Suter Howald Rechtsanwälte – Attorneys at Law**

Stampfenbachstrasse 52

Postfach

CH-8021 Zürich

Tel. + 41 44 630 48 11

Fax + 41 44 630 48 15

www.suterhowald.ch