



Illustration: Jonas Raeber

Schwanger? Das Kleingedruckte

Die Freude über die bevorstehende Geburt eines Kindes ist gross. Oft aber auch die Ungewissheit in Bezug auf den Arbeitsplatz und insbesondere darüber, wie und wann das Arbeitsverhältnis aufgelöst werden kann.



Brigitte Kraus-Meier ist Juristin und Unternehmenskommunikatorin. Als Inhaberin der Agentur Konzis in Zürich begleitet sie Unternehmen in Veränderungsprozessen mit personalrechtlichen Folgen.

Klar ist, dass die Mitarbeiterin während der Schwangerschaft und 16 Wochen nach der Geburt einen Kündigungsschutz genießt. Während dieser Zeit gilt nämlich die Sperrfrist nach Art. 336c I lit. c OR, wonach der Arbeitgeber in dieser Zeit keine rechtsgültige Kündigung aussprechen kann. Die Mitarbeiterin aber darf in dieser Zeit kündigen, tut es aber aus versicherungstechnischen Überlegungen nur selten. Arbeitgeber und Arbeitnehmerin sollten schon vor der Geburt klären, ob und unter welchen Voraussetzungen das Arbeitsverhältnis nach dem Mutterschaftsurlaub fortgeführt werden soll.

Sperrfrist unabhängig von Arbeitsfähigkeit

Die Sperrfrist bei Schwangerschaft und Mutterschaft gilt unabhängig davon, ob eine Arbeitsunfähigkeit vorliegt oder nicht. Rein die Tatsache, dass eine Mitarbeiterin schwanger ist, löst eine Sperrfrist aus. Dies im Übrigen auch dann, wenn die Mitarbeiterin die Schwangerschaft noch nicht bekannt gegeben hat, oder selbst dann, wenn sie von der Schwangerschaft selber noch gar nichts weiss. Für die Sperrfristenberechnung massgeblicher Zeitpunkt der Schwangerschaft ist der Zeitpunkt der Empfängnis. Aus medizinischer Sicht wird in der Regel der Beginn der Schwangerschaft auf den ersten Tag der letzten Menstruation festgelegt. Dies kann zur Folge haben, dass eine bereits ausgesprochene Kündigung dennoch allenfalls gültig ist, auch wenn gemäss ärztlichem Attest dann bereits eine Schwangerschaft bestand.

Lohn während der Schwangerschaft

Lohnanspruch hat die Mitarbeiterin während der Schwangerschaft dann, wenn sie entweder arbeitet, oder wenn sie gemäss medizinischer Beurteilung arbeitsunfähig ist. Ob und wie lan-

ge eine schwangere Mitarbeiterin noch arbeitet, hängt von verschiedenen Faktoren ab. Grundsätzlich besteht die Arbeitspflicht bis zur Geburt, erst dann besteht gemäss Gesetz ein Arbeitsverbot. Nun ist es aber in der Praxis oft so, dass eine Mitarbeiterin schon vor der Geburt ein Arztzeugnis vorlegt, wonach sie ganz oder teilweise arbeitsunfähig ist. Es greift die Lohnfortzahlung gemäss Arbeitsvertrag oder schliesslich gemäss Obligationenrecht, sofern keine Regelung getroffen wurde. In den meisten Fällen besteht überdies eine Krankentaggeldversicherung, die auch bei Arbeitsunfähigkeit infolge Schwangerschaft Taggelderleistungen erbringt.

Drei verschiedene Fristen

Etwas verwirrend ist die gesetzliche Basis bei Schwangerschaft und Mutterschaft deshalb, weil für ein und denselben Sachverhalt verschiedene Fristen mit unterschiedlichen Rechtsfolgen gelten. So ist es zunächst der Mitarbeiterin verboten, während acht Wochen nach der Geburt zu arbeiten. Selbst wenn sie wollte, darf sie von Gesetzes wegen nicht arbeiten (Art. 35a IV ArG). Zwischen der 9. und der 16. Woche nach der Geburt darf die Mitarbeiterin wieder arbeiten, sie kann aber die Arbeit auch verweigern, da sie in dieser Zeit nur mit ihrer Zustimmung arbeiten darf. Lohn respektive Mutterschaftsentschädigung erhält die Mitarbeiterin von Gesetzes wegen aber nur 14 Wochen lang nach der Geburt. Der bezahlte Mutterschaftsurlaub beträgt also generell 14 Wochen. Viele Unternehmen regeln dies aber in ihren Anstellungsbedingungen abweichend und so trifft man oft die Regelung an, dass die Lohnfortzahlung während den gesamten 16 Wochen erfolgt – wenngleich allenfalls zum reduzierten Ansatz von 80 Prozent des Lohnes. Damit wird dann eine Vereinheitlichung der verschiedenen

Fristen vorgenommen. Oft ist den Mitarbeiterinnen aber gar nicht bewusst, dass der Arbeitgeber länger und/oder mehr Lohn bezahlt, als dies von Gesetzes wegen vorgesehen ist.

Mutterschaftsentschädigung

Die Mutterschaftsentschädigung steht grundsätzlich der Mitarbeiterin direkt zu. In der Praxis läuft es aber regelmässig so, dass der Arbeitgeber den Lohn weiter bezahlt und die Mutterschaftsentschädigung dem Arbeitgeber ausbezahlt wird. Nur die Mutterschaft durch Geburt löst einen Anspruch aus, Mutterschaft durch Adoption dagegen nicht. Verschiedene Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit Mutterschaftsentschädigung ausbezahlt wird. Eine zentrale Grundvoraussetzung ist, dass zum Zeitpunkt der Geburt ein Arbeitsverhältnis besteht. Es ist daher nicht ratsam, das Arbeitsverhältnis vor der Niederkunft aufzulösen, da die Mitarbeiterin damit keinen Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung besitzt. Die Dauer der Mutterschaftsentschädigung beträgt 14 Wochen, respektive 98 Tage und besteht nur, solange die Mitarbeiterin nicht wieder arbeitet. Nimmt nämlich die Mitarbeiterin ihre Arbeit nach den ersten acht Wochen des Arbeitsverbots wieder auf, besteht kein Mutterschaftsentschädigungsanspruch mehr, da ja für diese Zeit Lohn bezahlt wird. Praktisch hat dieser Umstand logischerweise zur Folge,

dass mindestens bis zum Ablauf der 14 Wochen der Mutterschaftsentschädigung wohl nur äusserst selten eine Mitarbeiterin die Arbeit wieder aufnimmt. Wohl nur in den beiden Extremfällen, in denen einerseits die 80 Prozent der Mutterschaftsentschädigung für den Lebensunterhalt

«Für die Sperrfristenberechnung massgeblich ist der Zeitpunkt der Empfängnis. Aus medizinischer Sicht wird der Beginn der Schwangerschaft auf den ersten Tag der letzten Menstruation festgelegt.»

nicht reichen und die Mitarbeiterin angewiesen ist, 100 Prozent Lohn zu erhalten, oder andererseits in den Topkaderstellen, bei denen die gesetzliche Mutterschaftsentschädigung kein Kriterium für die Wiederaufnahme der Arbeitstätigkeit ist.

Vertragsauflösung während Sperrfrist

Während der Sperrfrist kann das Arbeitsverhältnis mittels Kündigung nur von der Mitarbeiterin aufgelöst werden. Auch wenn ihr klar ist, dass sie nach der Geburt nicht wieder an den Arbeitsplatz zurückkehren möchte, wird sie nur selten eine Kündigung aussprechen. Sind aber Arbeitgeber

und Arbeitnehmerin in der Lage, vor der Geburt und einvernehmlich zu klären, dass das Arbeitsverhältnis aufgelöst wird (oder auch verändert wird zum Beispiel hinsichtlich Pensum), kann dies mit einer Aufhebungsvereinbarung auch während der Sperrfrist erfolgen. Allerdings darf das Motiv des Aufhebungsvertrags nicht in der Umgehung des Sperrfristenschutzes liegen. Der Vorteil des Aufhebungsvertrags liegt für beide Parteien darin, dass der Zeitpunkt gemeinsam bestimmt werden kann. Frühester Zeitpunkt ist jener der Geburt, der so beschrieben werden kann, ohne dass ein Datum genannt werden muss (das man ja noch nicht wirklich kennt). Die Aufhebung kann auch per einem Monatsende, beispielsweise auf das Ende des Monats, in welchem die Geburt sich ereignet, oder auf den Ablauf des Mutterschaftsurlaubs definiert werden. Die Austrittsmodalitäten können im Aufhebungsvertrag frei miteinander vereinbart werden und so kann ein Arbeitgeber auf den individuellen Fall eingehen. Ein frühzeitiges erstes Gespräch, in dem der Arbeitgeber aufzeigt, was denn die bevorstehende Mutterschaft für die Fortführung des Arbeitsverhältnisses für Konsequenzen hat und wie dieses allenfalls auch aufgelöst werden kann, ermöglicht für beide Parteien eine gute einvernehmliche Lösung zu finden. ■

Brigitte Kraus-Meier

Arbeit und Recht aktuell

Vaterschaftsurlaub



Gloria Eschenbach, lic. iur. Rechtsanwältin, ist Partnerin und Leiterin der Rechtsabteilung der OBT AG in Zürich. Sie berät nationale und internationale Unternehmen in Fragen des Arbeits-, Vertrags- und Gesellschaftsrechts. gloria.eschenbach@obt.ch

BGE 140 I 305

Das Urteil

Als A. zum zweiten Mal Vater wurde, bezog er drei Wochen Ferien und vereinbarte mit der Arbeitgeberin, zu einem späteren Zeitpunkt weitere vier Wochen Ferien zu beziehen, um die Eingewöhnung seines Sohnes in der Kinderkrippe sicherstellen zu können. Am 3. September 2013 stellte er bei der AHV-Zweigstelle der Stadt Bern ein Gesuch um «Elternschaftsentschädigung gemäss EOG» für einen «Elternurlaub» von sechs Wochen. Die Ausgleichskasse wie auch das Verwaltungsgericht des Kantons Bern verneinten seinen Anspruch, so dass A. daraufhin mit einer Beschwerde an das Bundesgericht gelangte. A. machte eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots nach Art. 8 Abs. 3 BV sowie eine Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) geltend. Laut Bundesgericht dürfen Geschlechter nur ungleich behandelt werden, wenn die Gründe auf funktionalen oder biologischen Unterschieden beruhen, die eine Gleichbehandlung absolut ausschliessen (BGE 129 I 265). Wegen des Gleichbehandlungsgebots in Art. 8 Abs. 3 BV können namentlich traditionelle Rollenverteilungen nicht als Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung herangezogen werden. A. begründete die Verletzung des Gleichbehandlungsgebots damit, dass nur während der ersten acht Wochen nach Geburt «zwingende biologische Gründe» eine Ungleichbehandlung rechtfertigen würden. Diese Zeit stehe der Mutter zu Erholungszwecken zur Verfügung, weshalb es der Frau gesetzlich verboten sei, arbeiten zu gehen (Art. 35a ArG). Danach könne die Frau freiwillig wieder die Arbeit aufnehmen. Von der 9. bis 14. Woche des Mutterschaftsurlaubs stehe deshalb der Urlaubs- und Entschädigungsanspruch der Frau nicht mehr

aus zwingenden biologischen Gründen, sondern zum Aufbau einer Bindung zum Kind und damit aus sozialen Überlegungen zu. Dass der Anspruch nur der Frau zustehe, beruhe auf überkommenen gesellschaftlichen Vorstellungen und knüpfe unzulässig an das Geschlecht an, denn ab der 9. Woche werde der Mutterschaftsurlaub faktisch zu einem Elternurlaub, der geschlechtsneutral gewährt werden müsse.

Das Bundesgericht hielt jedoch am Urteil der Vorinstanz fest und begründete seinen Entscheid damit, dass der Wortlaut von Art. 16b EOG klar und unmissverständlich ist und nur Frauen anspruchsberechtigt sind. Der Gesetzgeber habe ganz bewusst den Anspruch nur auf Frauen beschränkt. Der während 14 Wochen entschädigte Mutterschaftsurlaub diene der Mutter zur Erholung und stelle eine Minimallösung der von der EU vorgeschriebenen Dauer des Mutterschutzes dar. Auf das zentrale Argument des Beschwerdeführers, die letzten sechs Wochen des Mutterschaftsurlaubs würden aus sozialen Überlegungen gewährt und führten zu einer unzulässigen Ungleichbehandlung, ging das Bundesgericht nicht ein.

Konsequenz für die Praxis

Väter sind mit Bezug auf die Betreuung ihrer Kinder direkt nach der Geburt und somit auch auf die Intensivierung der Eltern-Kind-Bindung schlechter gestellt als Mütter. Diese Schlechterstellung ist vom Gesetzgeber so gewollt und kann laut Bundesgericht mit biologischen Gründen gerechtfertigt werden, weshalb keine unzulässige Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliegt. Eine Änderung der geltenden Regelung durch Einführung eines für Väter und Mütter geltenden Elternurlaubs kann nur vom Gesetzgeber vorgenommen werden.