

*Urteil***Kündigung einer stillenden Mutter**

Im Zuge einer Personalabbaumassnahme wurde auch einer stillenden Mutter gekündigt, die aufgrund des Stillens einseitig erklärt hatte, die Arbeit während der Stillzeit von zu Hause aus zu erledigen. Eine solche Kündigung ist nicht zwingend diskriminierend, wenn die Auflösung des Arbeitsverhältnisses eine Folge des Personalabbaus ist.

Sachverhalt

Der Gesellschaftszweck der Y. AG besteht namentlich im Vertrieb und Handel mit pharmazeutischen Produkten aller Art. Frau A. trat am 1. Juni 2003 eine Stelle als Ärztbesucherin an. Es handelte sich um eine 100-prozentige Tätigkeit, in deren Rahmen die Arbeitnehmerin Arztpraxen und Spitäler bereiste.

Am 14. Juli 2006 informierte A. die Arbeitgeberin, dass sie seit Kurzem schwanger sei.

Y. liess der Arbeitnehmerin darauf zwei verschiedene Vereinbarungen zukommen, die beide das Datum des 17. Oktober 2006 trugen. Die eine enthielt eine Regelung betreffend die Wiederaufnahme der beruflichen Tätigkeit zu 100 Prozent nach Ablauf des 16-wöchigen Schwangerschaftsurlaubs und hielt ausdrücklich fest, dass eine Teilzeitarbeit im Aussendienst nicht infrage komme. Die andere Vereinbarung lautete auf Auflösung des Arbeitsvertrags nach Ablauf des Schwangerschaftsurlaubs. A. wurde gebeten, bis spätestens Ende März oder April 2007 ihre Wahl zwischen den beiden Varianten zu treffen. A. kam dieser Aufforderung nicht nach und begründete ihr Verhalten damit, dass sie den Entscheid erst später habe treffen wollen.

Am 6. April 2007 gebar A. ihr Kind. Vor und während ihrer Schwangerschaft war sie wegen Krankheit arbeitsunfähig erklärt worden.

Zu Beginn des Jahres 2007 unternahm Y. eine massive Umstrukturierung unter dem Motto «Go to Market», was unter anderem eine 20-prozentige Reduktion des Verkaufspersonals im Aussendienst mit sich brachte. Das neue System trat am 1. Juni 2007 in Kraft.

Per Brief vom 6. Juni 2007 liess A. Y. wissen, dass sie ihr Kind nach abgelau-

fenem Schwangerschaftsurlaub weiterhin zu stillen gedenke und deshalb ihre Arbeit bis ans Ende der Stillzeit von zu Hause aus erledigen wolle.

Am 27. Juli 2007 lief der Schwangerschaftsurlaub ab. A. war vom 17. Juli 2007 bis 29. Februar 2008 wiederum vollständig arbeitsunfähig wegen Krankheit.

Mit Schreiben vom 2. August 2007 kündigte Y. den Arbeitsvertrag per 30. November, wobei sie A. ab sofort freistellte. A. bestritt die Gültigkeit der Kündigung mit dem Hinweis, diese sei während einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ausgesprochen worden. Y. liess am 27. Oktober 2007 ein neues Kündigungsschreiben folgen, welches das Ende des Arbeitsverhältnisses auf den 31. Januar 2008 ansetzte; auch diesmal wurde A. ab sofort von ihrer Leistungspflicht befreit.

A. hat sich auch dieser zweiten Kündigung widersetzt. Sie beschuldigt Y., diese Massnahme aus Rache dafür ergriffen zu haben, dass sie einen berechtigten Anspruch auf eine bessere Arbeitsorganisation während der Stillzeit gestellt habe. Ausserdem wirft sie Y. insofern ein diskriminierendes Verhalten vor, als diese die Unannehmlichkeiten der Mutterschaft ihrer Mitarbeiterin habe umgehen wollen.

Am 27. Juli 2008 reichte A. gegen die Y. Klage auf Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung ein.

Aus den Erwägungen

4.1 A. macht eine Verletzung der Art. 336 und 336a OR im Sinne einer ungerechtfertigten Kündigung des Arbeitsvertrags geltend. A. führt aus, dass ihr Brief vom 6. Juni 2007 berechnete Forderungen aus dem Arbeitsvertrag enthalte und sich insbesondere auf die Schutzbestimmungen für stillende Mütter gemäss



Art. 35 ff. des Arbeitsgesetzes und Kapitel 5 der zugehörigen Verordnung 1 berufe. A. ist der Meinung, dass ihre Forderung die Kündigung seitens der Arbeitgeberin ausgelöst habe. Entsprechend wirft sie Y. vor, die Vertragsauflösung angeordnet zu haben, nachdem sie nach Treu und Glauben berechnete Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend gemacht habe. A. erachtet deshalb die Kündigung als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR.

4.2 Für die Beurteilung eines Kündigungsgrunds ist die Feststellung von Tatsachen massgebend. Im gegebenen Fall beruht die Argumentation von A. auf einem Tatbestand, den die kantonalen Richter nicht aufgezeigt haben; im Gegenteil sind diese aufgrund logischer Überlegungen zum Schluss gekommen, dass die Auflösung des Arbeitsverhältnisses als Folge des Personalabbaus im Aussendienst erfolgt sei. Den Richtern kann diesbezüglich keine Willkür vorgeworfen werden. Nach ihrer Ansicht ist die Wahl im Zuge der Einführung des neuen Systems «Go to Market» unter anderem auf A. gefallen, weil diese sehr lange abwesend war und nicht Gelegenheit hatte, sich mit der neuen Organisation vertraut zu machen. Da das Argument der Klägerin sich auf Tatsachen stützt, die vom Kantonsgericht nicht festgestellt worden sind, kann der Vorwurf der Verletzung von Art. 336 ff. OR nicht berücksichtigt werden.



Illustration: Christine Barf

5. In zweiter Linie hebt A. einen Verstoß gegen Art. 3 und 9 des Gleichstellungsgesetzes vom 24. März 1995 hervor. Nach ihrer Meinung enthält der von den kantonalen Richtern anerkannte Kündigungsgrund eine geschlechtsbezogene Diskriminierung. Ausserdem macht sie geltend, ihre Unkenntnis der seit April 2007 in Gang gekommenen Neuorganisation sei ihrer Schwangerschaft und Mutterschaft zuzuschreiben.

5.1 Gemäss Art. 3 Abs. 1 des Gleichstellungsgesetzes dürfen Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden, namentlich nicht unter Berufung auf den Zivilstand, die familiäre Situation oder, bei Arbeitnehmerinnen, auf eine Schwangerschaft. Das Verbot gilt insbesondere im Falle der Auflösung des Arbeitsverhältnisses (Art. 3 Abs. 2 des Gleichstellungsgesetzes).

Ist eine diskriminierende Entlassung geschehen, so hat die betroffene Person Anspruch auf eine Entschädigung, die unter Würdigung aller Umstände und auf der Grundlage des vorgesehene oder bezogenen Lohns bestimmt wird. Die Entschädigung darf den Betrag von sechs Monatslöhnen nicht übersteigen (Art. 5 Abs. 2 und 4 des Gleichstellungsgesetzes). Art. 9 desselben Texts lautet wie folgt: «Wird eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer durch die Kündigung diskriminiert, so

ist Art. 336 b des Obligationenrechts anwendbar.»

Eine Diskriminierung gilt dann als direkt, wenn sie bezüglich der geschlechtlichen Zugehörigkeit oder eines Merkmals, das nur eines der Geschlechter betrifft, ausgeübt wird und objektiv nicht gerechtfertigt ist. Als direkte Diskriminierung bezeichnet man namentlich die Tatsache, dass einer Arbeitnehmerin die Stelle gekündigt wird, weil sie schwanger ist, eine Schwangerschaft ins Auge fasst oder bereits Kinder hat. Eine scheinbare Diskriminierungsbekundung kann allerdings ihren missbräuchlichen Charakter verlieren, wenn sie objektiv gerechtfertigt ist. Objektiv vertretbar ist eine Massnahme dann, wenn sie einem rechtmässigen Zweck dient, der nichts mit der Verteilung der geschlechtlichen Rollen zu tun hat, also etwa eine Massnahme mit sozialpolitischem Ziel.

5.2 Im vorliegenden Streitfall traf Y. nach einer fast anderthalbjährigen Periode aufeinanderfolgender teilweiser oder vollständiger Abwesenheiten von A. den Entschluss, dem Arbeitsverhältnis ein Ende zu setzen. In der Tat hatte sich A. im Februar 2006 für 10 Tage und zwischen April und Juni desselben Jahres für fast zwei Monate arbeitsunfähig erklärt; in der Folge erfüllte sie ihren Dienst noch während 20 Tagen, nämlich bis am 9. Juli 2006, zu nur 50 Prozent. All diese krankheitsbedingten Absenzen gingen der Zeit der Schwangerschaft voraus. Sobald A. in Erwartung war, fehlte sie wieder ab 1. Juli 2006 während zwei Monaten wegen Arbeitsunfähigkeit. Da diese Periode unmittelbar auf die vorangehenden krankheitsbedingten Abwesenheitszeiten folgte, kann sie nicht ohne Weiteres der Schwangerschaft zugeschrieben werden, denn eine Schwangerschaft ist an sich kein Anlass zur Arbeitsunfähigkeit. Nach dem erwähnten zweimonatigen Dienstausschlag nahm A. ihre Arbeit während nicht ganz fünf Monaten wieder zu 50 Prozent auf und beendete dann die Schwangerschaftszeit bis zur Geburt mit einer nochmaligen vollständigen Arbeitsunfähigkeit.

Wegen der zahlreichen Absenzen hatte A. als Ärztbesucherin nicht Gelegen-

heit, sich über die neuen Entwicklungen im Betrieb auf dem Laufenden zu halten und verpasste insbesondere die Einführung in das neue System «Go to Market», das einen 20-prozentigen Personalabbau im Aussendienst mit sich brachte. In dieser Lage hatte Y. unter ihren Mitarbeitenden eine Wahl zu treffen. Nichts deutet darauf hin, dass sie dabei gewisse Arbeitnehmende benachteiligt hätte, indem sie vorwiegend Mütter entliess oder eher Frauen als Männern das Arbeitsverhältnis kündigte. Im besonderen Falle von A. wurde die Vertragsauflösung am Ende des Schwangerschaftsurlaubs angekündigt. Aus dieser Tatsache ist nicht von vornherein auf eine geschlechtsbezogene Diskriminierung zu schliessen. Y. besass genügend objektive Gründe, um sich von A. zu trennen. Angesichts der im Rahmen der Umstrukturierung nötig gewordenen Verminderung der Arbeitnehmerschaft erwies es sich seitens Y. als objektiv gerechtfertigt, nach all den Absenzen von A., die bei Weitem nicht alle durch ihre Schwangerschaft bedingt waren, dieser den Arbeitsvertrag zu kündigen. Die völlig lückenhafte Arbeitspräsenz von A. schliesst das Argument einer benachteiligenden und damit missbräuchlichen Vertragsauflösung entschieden aus.

Zu Recht hat das kantonale Gericht betreffend die Kündigung keine Verletzung des Gleichstellungsgesetzes festgestellt und den Klagegrund zurückgewiesen.

Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts, 25. Oktober 2010 (4A_395/2010)

(Übersetzung aus dem Französischen)