

**Schweizerische Konferenz der Gleichstellungsbeauftragten
Conférence Suisse des Délégué-e-s à l'Égalité entre Femmes et Hommes
Conferenza Svizzera delle Delegate alla Parità fra Donne e Uomini**

SECO
Direktion für Arbeit
Internationale Arbeitsfragen
Effingerstrasse 31
3003 Bern

Per Mail
elisabeth.muller@seco.admin.ch

Liestal, den 30. August 2011

Vernehmlassung: Parlamentarische Initiative 07.455 – Ratifikation des IAO-Übereinkommens Nr. 183 über den Mutterschutz

Sehr geehrte Damen und Herren,

Die Schweizerische Konferenz der Gleichstellungsbeauftragten (SKG), in der alle öffentlichen Gleichstellungsbüros der Schweiz zusammengeschlossen sind, nimmt die Gelegenheit gerne wahr und unterbreitet Ihnen ihre Stellungnahme zur Parlamentarischen Initiative betreffend Ratifikation des IAO-Übereinkommens Nr. 183 über den Mutterschutz.

1. Vorbemerkung

Die SKG begrüsst es sehr, dass die Schweiz das IAO-Übereinkommen Nr. 183 ratifizieren will. Um zu gewährleisten, dass ihre Rechtsordnung mit den internationalen Anforderungen übereinstimmt, muss die Schweiz den Grundsatz der bezahlten Stillpausen definitiv im Arbeitsgesetz verankern. Diese Änderung bedeutet für berufstätige Mütter, die ihr Kind weiter stillen wollen, einen wichtigen Fortschritt.

2. Zum Geltungsbereich des Übereinkommens Nr. 183

In der Schweiz werden Mutterschaft und Stillen nicht in einem einzigen Gesetz geregelt, sondern mit verschiedenen Bestimmungen im Obligationenrecht (OR), im Arbeitsgesetz (ArG) vom 13. Mai 1964 und in den dazugehörigen Verordnungen, namentlich der Verordnung 1 (ArGV 1), im Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (GIG), im Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG) und im Bundesgesetz vom 25. September 1952 über den Erwerbersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft (EOG).

Wie einleitend erwähnt, besteht der Hauptfortschritt für die Mütter bei einer Ratifikation dieses Übereinkommens durch die Schweiz darin, dass die Stillpausen in Zukunft nicht nur als Arbeitszeit gelten, sondern auch entschädigt werden. Um die Ratifikation zu ermöglichen, braucht es eine Änderung des Arbeitsgesetzes vom 13. März 1964 (ArG). In Art. 35a ArG muss ausdrücklich erwähnt werden, dass diese Pausen bezahlt sind.

Gemäss Art. 2 Abs. 2 Ü 183 kann ein ratifizierender Staat «nach Anhörung der in Betracht kommenden repräsentativen Verbände der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer begrenzte Gruppen von Arbeitnehmern ganz oder teilweise aus dem Geltungsbereich des Übereinkommens ausnehmen, wenn die Anwendung des Übereinkommens auf diese Gruppen besondere Probleme von erheblicher Bedeutung aufwerfen würde».

Das ArG schliesst effektiv zahlreiche Kategorien von Personen und Unternehmen ganz oder teilweise von seinem Geltungsbereich aus, namentlich:

- die Verwaltungen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden
- die Betriebe, die der Bundesgesetzgebung über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs unterstehen
- die landwirtschaftlichen Betriebe
- Betriebe mit überwiegend gärtnerischer Pflanzenproduktion
- das in der Schweiz wohnhafte Personal öffentlicher Verwaltungen ausländischer Staaten oder internationaler Organisationen
- die Besatzungen von schweizerischen Flugbetriebsunternehmen
- Arbeitnehmende, die eine höhere leitende Tätigkeit oder eine wissenschaftliche oder selbständige künstlerische Tätigkeit ausüben
- die Lehrkräfte an Privatschulen
- die Heimarbeitnehmenden
- die Handelsreisenden im Sinne der Bundesgesetzgebung.

Für die öffentlichen Verwaltungen gilt gemäss Art. 3a ArG, dass Art. 35 ArG über den Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmerinnen bei Schwangerschaft auf die Bundesverwaltung und die kantonalen und kommunalen Verwaltungen anwendbar ist, wie im erläuternden Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates (im Folgenden erläuternder Bericht) auf Seite 5 erwähnt wird. Dabei muss allerdings präzisiert werden, dass Art. 35a ArG über die Beschäftigung bei Mutterschaft und Art. 60 ArGV 1 über Arbeitszeit und Stillzeit bei Schwangerschaft und Mutterschaft nicht auf sie anwendbar sind. In der Tat sind laut Kommentar des SECO zu Art. 3 ArG¹ «die nicht auf Artikel 35 abgestützten Bestimmungen zum Schutz schwangerer und stillender Frauen nicht auf die von Artikel 3a betroffenen Arbeitsverhältnisse anwendbar. Es handelt sich dabei vorab um die Artikel 35a ArG (Beschäftigung bei Mutterschaft) und 35b ArG (Ersatzarbeit und Lohnzahlung)». Doch gerade die vorgesehenen Änderungen von Art. 35a ArG, die de facto für zahlreiche Gruppen von Arbeitnehmerinnen insbesondere im öffentlichen Sektor nicht gelten, beinhalten für die Mütter eine echte Verbesserung.

Es ist davon auszugehen, dass die Schweiz gemäss Kommentar des erläuternden Berichts zum Art. 2 Ziff. 3 Ü 183 von der Möglichkeit Gebrauch machen wird, bei den in Artikel 3 und eventuell 10 des Übereinkommens Nr. 183 vorgesehenen Massnahmen die vom ArG nicht erfassten Kategorien von Arbeitnehmerinnen auszuschliessen. In Anbetracht der Zahl der teilweise oder ganz vom Geltungsbereich des ArG ausgeschlossenen Personen und Betriebe stellt sich dann die Frage, ob es sich bei den vom Geltungsbereich des Übereinkommens ausgeschlossenen Personen noch um «begrenzte Gruppen von Arbeitnehmerinnen» handelt, wie es in Art. 2 Abs. 2 Ü 183 heisst.

Eine prüfenswerte Lösung wäre, sämtliche Fragen im Zusammenhang mit Mutterschaft und Erwerbstätigkeit in einem eigenen Gesetz zu regeln.

3. Zu Beschäftigungsschutz und Nichtdiskriminierung

Artikel 8 Ü 183 stipuliert, dass der Arbeitgeber einer Frau während der Schwangerschaft, des Mutterschaftsurlaubs und bei krankheits- oder komplikationsbedingter Abwesenheit sowie während eines (durch die innerstaatliche Gesetzgebung vorzuschreibenden Zeitraums) nach ihrer Rückkehr zur Arbeit nicht kündigen darf, ausser aus Gründen, die nichts mit der Schwangerschaft, der Geburt, ihren Folgen und dem Stillen zu tun haben. Artikel 9 Ü 183 verpflichtet die Mitgliedstaaten, geeignete Massnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass Mutterschaft nicht zu Diskriminierung bei der

¹ Wegleitung zum Arbeitsgesetz und den Verordnungen 1 und 2, Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Bern April 2001, Fünfte Überarbeitung 2010. www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00009/00027/01569/index.html?lang=de

Beschäftigung führt. Artikel 8 und 9 beinhalten einander ergänzende Regelungen, die sich bezüglich Schutzdauer, Schutzmassnahmen und Sanktionen unterscheiden. Der erste Artikel setzt eine begrenzte Schutzdauer fest, während der eine Entlassung aus Gründen, die im Zusammenhang mit der Mutterschaft stehen, von Rechts wegen nichtig ist. Artikel 9 sieht eine längere Schutzzeit vor und verbietet alle Formen von Diskriminierung der Arbeitnehmerinnen im Zusammenhang mit ihrer Mutterschaft.

Das Schweizer Recht kennt dieses Nebeneinander von begrenzter und längerer Schutzdauer im Zusammenhang mit der Mutterschaft. So sind Arbeitnehmerinnen wie folgt vor Kündigung geschützt:

- Nach Art. 336c Abs. 1 lit. c OR während eines begrenzten Zeitraums, nämlich während der Schwangerschaft und während 16 Wochen nach der Geburt. Erfolgt die Kündigung während dieser Zeit, wird sie als Kündigung zur Unzeit betrachtet und ist nichtig.
- Nach Art. 336 Abs. 1 lit. a OR und nach Art. 3 Abs. 1 und 2 GIG sowie Art. 5 Abs. 1 und 2 GIG, während einer längeren Zeit, nämlich während der ganzen Dauer des Arbeitsvertrags, wenn die Kündigung zwar ausserhalb der eigentlichen Schutzzeit, aber von einer Partei ausgesprochen wird wegen eines in der Person der andern Partei liegenden Grundes (wobei Mutterschaft und Stillen als in der Person liegende Gründe gelten²). Eine solche Kündigung gilt als missbräuchlich oder diskriminierend und gibt Anspruch auf eine Entschädigung.

Dazu ist zu präzisieren, dass das in Art. 8 der Bundesverfassung und in Art. 3 und 5 GIG festgehaltene Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts sich auf das gesamte Arbeitsverhältnis (und nicht nur auf Kündigungen) erstreckt und namentlich auch für Diskriminierungen bei Anstellung, Aufgabenteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung und Beförderung gilt³. Doch wie die SKG schon in ihrer Stellungnahme zur Teilrevision des Obligationenrechts (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung) festgestellt hat,⁴ erscheint eine Entschädigung im Umfang von drei Monatslöhnen für eine Diskriminierung bei der Anstellung nicht nur nicht konform mit den Anforderungen der EU, was die Wirksamkeit der Sanktion betrifft, sondern auch ungenügend mit Blick auf mehrere, von der Schweiz ratifizierte internationale Abkommen, welche das Recht auf eine wirksame Beschwerde an eine innerstaatliche Instanz garantieren. Diese Sanktion ist umso weniger wirksam, als es betreffend Anstellung keine Beweislastumkehr im Sinne von Art. 6 GIG gibt. Daher scheint das Schweizer Recht den Anforderungen von Art. 9 des IAO-Übereinkommens Nr. 183 nicht vollständig zu genügen. Dazu müsste die maximale Entschädigung bei Diskriminierung in der Ablehnung einer Anstellung (Art. 5 Abs. 4 GIG) ebenfalls von drei auf sechs Monatslöhne erhöht werden.

Die Autorinnen und Autoren des erläuternden Berichts haben sich die Frage gestellt, ob der im Übereinkommen vorgesehene Schutz vor Kündigung aus Gründen des Stillens während der ganzen Stilldauer gilt oder auf eine in der innerstaatlichen Gesetzgebung festgelegte Zeit nach Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub beschränkt ist, und haben dazu die Meinung des IAA eingeholt. Dieses antwortete, dass das Ü 183 es den ratifizierenden Staaten überlasse, die Dauer des Schutzes nach Rückkehr an den Arbeitsplatz zu bestimmen, und keine Verpflichtung vorsehe, diese Dauer auf die ganze Stillzeit auszudehnen.

Die SKG ist der Meinung, dass nicht nur unklar ist, ob der Schutz vor Kündigung wegen Stillens für die ganze Stilldauer gilt, sondern dass es vor allem fraglich ist, ob die (stillende oder nicht stillende) Mutter in der Schweiz bei ihrer Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub wirklich geschützt ist, wie es Art. 8 Ü183 verlangt.

Gemäss IAA scheint das Schweizer Recht mit dem Übereinkommen vereinbar, da eine Frau, die stillt und nach Ablauf der 14 Wochen Mutterschaftsurlaub an den Arbeitsplatz zurückkehrt, noch während 2 Wochen Kündigungsschutz geniesst, weil Art. 336c Abs. 2 OR einen Kündigungsschutz während 16 Wochen nach der Niederkunft vorsieht.

² Gabriel Aubert et Karine Lempen (Ed.), Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève, Slatkine, 2011, p.56-57

³ Aubert/Lempen, a.a.O., S.42

⁴ <http://www.equality.ch/d/stellungnahmen.htm>

Die SKG teilt die Meinung des IAA nicht. Sie möchte zuerst in Erinnerung rufen, dass der 16-wöchige Kündigungsschutz nach der Geburt für alle Mütter gilt, ob sie nun stillen oder nicht. Ausserdem kommt es, wie Josiane Aubert in der Begründung ihrer Motion 10.3514⁵ zu recht feststellt, «häufig vor, dass Arbeitnehmerinnen den Mutterschaftsurlaub dank eines Ferien- oder Überstundenguthabens oder, wenn sie es sich erlauben können, durch unbezahlten Urlaub verlängern». Ausserdem kommt eine grosse Zahl von Frauen, insbesondere alle Genferinnen, zahlreiche Arbeitnehmerinnen, die einem GAV unterstehen, und praktisch alle Angestellten im öffentlichen Dienst (beim Bund, bei 22 Kantonen und mehreren Städten) bereits in den Genuss eines 16-wöchigen Mutterschaftsurlaubs. Die Frauen, die ihre Arbeit nach 16 Wochen wieder aufnehmen, geniessen daher keinen Kündigungsschutz bei der Rückkehr aus dem Urlaub.

Der Bundesrat hat in seiner Antwort vom 1. September auf die genannte Motion die Meinung vertreten, Art. 336c OR bezwecke, «die Arbeitnehmerin in Situationen zu schützen, in denen es für sie besonders schwierig ist, bis zum Ablauf der Kündigungsfrist eine neue Stelle zu finden», und «die Tatsache, sein Kind zu stillen, (sei) – anders als die Schwangerschaft und die Zeit unmittelbar nach der Niederkunft – kein solches Hindernis». Dieses Argument vermag nicht zu überzeugen. Die SKG ist im Gegenteil der Auffassung, dass sich die Mutter eines Säuglings und ganz besonders die Frau, die ihre Arbeit während des Tages unterbricht, um ihr Kind zu stillen oder Milch abzupumpen, gegenüber ihrem Arbeitgeber in einer ähnlich verletzlichen Situation befindet wie die schwangere Frau oder die Frau nach der Geburt. Als solche muss sie deshalb angemessen geschützt werden, und genau das ist das Anliegen von Art. 8 des Übereinkommens Nr. 183. Bedenkt man schliesslich, dass Art. 336c Abs. 1 lit. a OR Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die einen obligatorischen Dienst leisten, nicht nur für die Dauer des Dienstes Schutz vor Kündigung gewährt, sondern zusätzlich vier Wochen vor- und nachher, sind die zwei Wochen Schutz, die manche Mütter nach ihrer Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub geniessen, eindeutig ungenügend.

- **Die SKG ist daher der Ansicht, dass die Schweizer Gesetzgebung in der Frage des Schutzes der Arbeitnehmerin nach deren Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub nicht vereinbar ist mit Artikel 8 des Übereinkommens Nr. 183 und beantragt, das Obligationenrecht so zu ändern, dass alle Mütter während sechs Monaten nach der Geburt über einen Kündigungsschutz verfügen.**

4. Zu den stillenden Müttern

Die SKG begrüsst das Recht der Mütter auf bezahlte Stillpausen, wie es in Art. 10 Ü 183 vorgesehen ist, sehr.

Dass in Art. 35a ArG und in Art. 60 ArGV 1 nicht explizit von bezahlten Stillpausen die Rede ist, hat heute hauptsächlich zwei Auswirkungen:

- Einerseits stellt sich die grosse Mehrheit der Frauen bei der geltenden Formulierung nicht einmal die Frage, ob diese Pausen bezahlt seien, sondern geht selbstverständlich davon aus, dass sie es sind.
- Andererseits müssen stillende Mütter, deren Lohn um den Betrag für die Stillzeit gekürzt wird, vor Gericht gehen, wenn sie den vorgenommenen Abzug doch noch ausbezahlt bekommen wollen.

In der Tat befreit die Bestimmung in Art. 35a ArG zwar die Arbeitnehmerin von der Pflicht, in dieser Zeit die Arbeitsleistung zu erbringen, aber sie verpflichtet den Arbeitgeber nicht, während der Stillzeit Lohn zu bezahlen. Art. 60 ArGV 1 enthält ebenfalls keine Lohnzahlungspflicht, sondern legt fest, welche Stillzeiten als Arbeitszeit angerechnet werden. Da es keine ausdrückliche Regelung dazu gibt, stützt sich die Lohnzahlungspflicht auf die Bestimmungen im OR zum Arbeitsvertrag, insbesondere auf Art. 324a OR. Gemäss diesem Artikel haben Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die unverschuldet und aus Gründen, die in ihrer Person liegen, an der Arbeitsleistung gehindert werden, Anspruch auf Lohn. Die Entschädigung der Stillzeiten nach der Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub hängt demnach davon ab, ob das Stillen als Grund gilt, der in der Person der Arbeitnehmerin liegt und sie an der Arbeit hindert. Da in Art. 324a Abs. 1 OR die möglichen Gründe für eine Arbeitsverhinderung nicht abschliessend aufgezählt werden, muss die Rechtsprechung entscheiden,

⁵ http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20103514

ob diese Bestimmung auf das Stillen anwendbar ist. Bisher liegt jedoch vom Bundesgericht dazu noch kein Entscheid vor.

Zu dieser Frage äussert sich der Bundesrat in seiner Antwort auf die Motion 10.3516, die Maria Roth-Bernasconi am 17. Juni 2010 eingereicht hat⁶. Er ist der Meinung, dass «die Artikel 35 und 35a ArG und die Ausführungsbestimmungen dazu, namentlich Artikel 60 Absatz 2 ArGV 1, der besonderen Situation stillender Mütter Rechnung (tragen), indem diese nur insofern zur Arbeitsleistung verpflichtet sind, als dadurch ihre Gesundheit nicht gefährdet wird und sie die nötige Zeit für das Stillen bekommen. Gleichzeitig bietet Artikel 324a OR einen sachgerechten Rahmen für die Lohnfortzahlung. Diese Bestimmung deckt mit Blick auf ihre Voraussetzungen auch den Fall des Stillens ab. Die Auslegung und Anwendung dieser Bestimmung kann weiterhin den Gerichten überlassen bleiben; ein Bedarf, die Frage explizit im Gesetz zu regeln, besteht nicht».

Im Gegensatz zur Erklärung des Bundesrates ist die SKG der Ansicht, dass Art. 324a OR in keiner Weise den richtigen Rahmen für die Regelung dieser Frage darstellt. Beleg dafür ist die Tatsache, dass diese Frage noch nie vor Bundesgericht entschieden wurde, obwohl Art. 35 und 35a ArG bereits seit dem 1. August 2000 in Kraft sind. Unseres Wissens hat bisher erst eine einzige Frau im Kanton Genf ein Verfahren gegen ihren Arbeitgeber angestrengt, weil dieser ihr die Zeit, die sie für das Abpumpen der Milch für ihr Kind benötigte, vom Lohn abgezogen hatte. Ihre Klage wurde vom Arbeitsgericht abgewiesen mit der Begründung, die gesetzliche Grundlage für eine Lohnzahlungspflicht für diese Arbeitszeit fehle.⁷

Eine Verankerung der Lohnzahlung für die Stillpausen in Art. 35a ArG bedeutet daher für die Mütter einen echten Fortschritt. Die SKG bezweifelt jedoch, dass mit einer solchen Änderung von Art. 35a ArG die Situation derjenigen Frauen, die zum Stillen den Arbeitsplatz verlassen, ebenfalls geregelt werden kann. Sie ist daher der Ansicht, dass in Art. 60 ArGV 1 die Lohnzahlungspflicht für die Hälfte der Stillzeit, wenn ausserhalb des Betriebes gestillt wird, ausdrücklich erwähnt werden muss. Wird keine Änderung von Art. 60 ArGV 1 vorgesehen, besteht die Gefahr, dass weiterhin die heute vorherrschenden Auslegungen beigezogen werden.

- **Die SKG beantragt, Art. 60 Abs. 2 lit. a und b ArGV 1 zu ändern und darin die Entschädigung der Stillzeit ausdrücklich zu erwähnen.**

Für die wohlwollende Prüfung unserer Anliegen danken wir Ihnen im Voraus

Mit freundlichen Grüssen

*Im Namen der Schweizerischen Konferenz der Gleichstellungsbeauftragten
Die Präsidentin:*



Sabine Kubli

Kontaktadresse:

Fachstelle für Gleichstellung von Frau und Mann des Kantons Basel-Landschaft
Kreuzboden 1a – 4410 Liestal
Tel.: 061 926 82 82 – Fax: 061 926 82 89 – E-mail: sabine.kubli@bl.ch

⁶ http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20103516

⁷ Nummer der Rechtssache: C/16045/2010-5. Die Klägerin hat beim Appellationshof des Arbeitsgerichts des Kantons Genf Rekurs eingelegt, der noch nicht entschieden ist.