



Diskriminierende Entlassung

Das Gleichstellungsgesetz (GIG) sieht die Förderung der tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann vor. Der 2. Abschnitt des GIG (Art. 2 bis 7 GIG) gilt sowohl für die privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse nach Obligationenrecht (OR) als auch für alle öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisse in Bund, Kantonen und Gemeinden (Art. 2 GIG). Der 3. Abschnitt des GIG (Art. 8 bis 10 GIG) beschränkt sich auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse und findet auf öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnisse keine direkte Anwendung. Das Diskriminierungsverbot gilt insbesondere für die Anstellung, Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung (Art. 3 Abs. 2 GIG). Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich insbesondere auf die diskriminierende Entlassung.

■ Von Leena Kriegers-Tejura

Direkte/indirekte Diskriminierung

Eine **direkt diskriminierende** Kündigung liegt vor, wenn die Kündigung sich ausdrücklich auf das Geschlecht einer Person bezieht oder auf ein Kriterium, das nur von einem der beiden Geschlechter erfüllt werden kann. Eine Kündigung ist beispielsweise aus folgenden Gründen direkt diskriminierend:

- Kündigung, weil eine Person eine Frau/ein Mann ist;
- Kündigung, weil die Arbeitnehmerin schwanger ist;
- Kündigung, weil die Arbeitnehmerin stillt und ihr Recht auf Stillzeit beansprucht.

Eine **indirekt diskriminierende** Kündigung liegt vor, wenn sich die Kündigung zwar auf ein geschlechtsneutrales Kriterium bezieht, aber das eine Geschlecht im Resultat benachteiligt wird. Wenn z. B. im Rahmen einer Reorganisation nur Teilzeitmitarbeitende entlassen werden, kann dies eine indirekte Diskriminierung sein, wenn es sich bei den Teilzeitmitarbeitenden vorwiegend um Frauen handelt. Faktisch werden die Frauen benachteiligt, was als indirekt diskriminierend gilt. Wird allerdings durch eine Reorganisation/Massenentlassung ein legitimes Ziel verfolgt und sind die Kündigungen verhältnismässig und sachlich begründet, liegt keine Diskriminierung vor. Dies kann immer nur im Einzelfall entschieden werden.

Folgen diskriminierender Kündigung

a) Entschädigung

Besteht die Diskriminierung in der Kündigung eines obligationenrechtlichen Arbeitsverhält-

nisses, so hat die betroffene Person lediglich Anspruch auf eine Entschädigung (Art. 5 Abs. 2 GIG). Gemäss Art. 5 Abs. 4 GIG kann bei einer diskriminierenden Kündigung eine Entschädigung von bis zu sechs Monatslöhnen gefordert werden. Vorbehalten bleiben Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung sowie weitergehende vertragliche Ansprüche (Art. 5 Abs. 5 GIG).

Bei dieser Entschädigung geht es um eine Art Schadenersatz und Strafe sogleich. Damit sollen Diskriminierungen vorgebeugt werden. Die Entschädigung hat keinen Lohncharakter, weshalb davon keine Sozialabgaben abgezogen werden. Allerdings ist zu beachten, dass bei einem (aussergerichtlichen) Vergleich oft von einer Entschädigung «brutto» im Sinne einer «Lohnzahlung» ausgegangen wird, wovon die Sozialabgaben doch abgeführt werden.

b) Verfahren

Will eine Person eine Entschädigung wegen einer diskriminierenden Kündigung geltend machen, muss ein bestimmtes Verfahren beachtet werden. Der Arbeitnehmende muss vor Ablauf der Kündigungsfrist eine Einsprache an den Arbeitgeber erheben, dies gestützt auf Art. 9 GIG in Verbindung mit Art. 336b OR. Ziel ist es, nach der Einsprache Einigungsgespräche zu führen. Zu beachten ist, dass der Anspruch auf Entschädigung vor Gericht tatsächlich nur geltend gemacht werden kann, wenn die Einsprache rechtzeitig und in der korrekten Form (schriftlich) erfolgt ist.

Das Gesetz sieht die Möglichkeit vor, nach der Einsprache Einigungsgespräche zu führen. Das Einigungsgespräch wird im OR zwar vorgesehen, in der Praxis findet dies jedoch nicht immer statt und ist auch nicht zwingend erforderlich, um den Entschädigungsanspruch geltend zu machen. Wenn einmal eine Kündigung erfolgt ist, besteht regelmässig auf Seiten des Arbeitgebers kein Interesse daran, das Arbeitsverhältnis fortzuführen. Erfolgt keine Einigung über die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses, was oft der Fall ist, hat der Arbeitnehmende innert 180 Tagen nach Ablauf des Arbeitsverhältnisses eine Klage beim zuständigen Gericht einzureichen. Es handelt sich dabei nicht um sechs Monate, sondern um 180 Kalendertage (nicht Arbeitstage). Zur Wahrung der Frist reicht es, wenn die Klage am letzten Tag der Frist bei der Post aufgegeben wird. Das Datum des Poststempels ist massgebend.

Glaubhaftmachung anstelle eines strikten Beweises

Der diskriminierende Kündigungsgrund muss vom Arbeitnehmenden lediglich glaubhaft gemacht werden (Art. 6 GIG). Dies ist eine Besonderheit im gleichstellungsrechtlichen Verfahren, da normalerweise ein Anspruch bewiesen werden muss. Im Verfahren nach Gleichstellungsgesetz hat der Gesetzgeber eine prozessuale Vereinfachung vorgesehen. Bezüglich Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung wird eine Diskriminierung vermutet, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird.

Für eine Glaubhaftmachung braucht nicht die volle Überzeugung des Gerichts herbeigeführt zu werden, sondern es genügt, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit für eine Diskriminierung spricht. D. h., es wird eine weniger starke Beweisintensität verlangt.

Kann die klagende Partei die Diskriminierung glaubhaft machen, wird die Diskriminierung gemäss Art. 6 GIG vermutet. Damit kommt es zur Beweislastumkehr und die beklagte Partei (regelmässig der Arbeitgeber) kann den Beweis dafür erbringen, dass die Kündigung nicht aus geschlechterdiskriminierenden Gründen erfolgte, sondern dass die Kündigung objektiv gerechtfertigt war.



Rachekündigung

Das Gleichstellungsgesetz schützt Arbeitnehmende auch vor Rachekündigungen. Wenn eine Person im Arbeitsverhältnis eine **innerbetriebliche Beschwerde** wegen einer Geschlechterdiskriminierung einreicht oder ein Verfahren bei der Schlichtungsbehörde oder beim Gericht anhängig gemacht hat, darf der Arbeitgebende während des Verfahrens und sechs Monate darüber hinaus nicht ohne sachlichen Grund kündigen (Art. 10 Abs. 1 und 2 GlG).

Eine Rachekündigung muss vor Ablauf der Kündigungsfrist gerichtlich angefochten werden. Das Gericht kann in diesem Fall eine **provisorische Wiedereinstellung** für die Dauer des Verfahrens anordnen, wenn es wahrscheinlich erscheint, dass die Voraussetzungen für die Aufhebung der Kündigung erfüllt sind (Art. 10 Abs. 3 GlG). Der Arbeitnehmende kann aber auch während des Verfahrens auf die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses verzichten und stattdessen eine Entschädigung nach Art. 336a OR geltend machen (Art. 10 Abs. 4 GlG).

Praxisbeispiel

Mit seinem Urteil 4A_59/2019 vom 12. Mai 2020 bejahte das Bundesgericht eine diskriminierende Kündigung, welche gegenüber einer Frau ausgesprochen wurde, die aus dem Mutterschaftsurlaub zurückkam.

Im konkreten Fall hatte die Arbeitnehmerin kurz vor ihrem Mutterschaftsurlaub einen

neuen Posten als Kommunikationschefin angenommen. Während des Mutterschaftsurlaubes suchte die Arbeitgeberin jedoch einen neuen Kommunikationschef und besetzte die Stelle neu. Gleich nach Rückkehr der Arbeitnehmerin überreichte die Arbeitgeberin ihr die Kündigung mit der Begründung, sie sei für die Stelle nicht geeignet. Im Arbeitszeugnis wurde die Arbeitnehmerin allerdings gut qualifiziert, auch als Kommunikationschefin.

Die Arbeitnehmerin erhob Einsprache gegen diese Kündigung. Die Arbeitgeberin begründete daraufhin die Kündigung mit einer Reorganisation und bestritt, dass diese aus geschlechterdiskriminierenden Gründen erfolgt sei. Die Argumentation der Arbeitgeberin konnte das Bundesgericht nicht überzeugen.

Aus den Erwägungen ergibt sich, dass die erste Instanz die Klage der Arbeitnehmerin abgewiesen hatte, wohingegen die Vorinstanz des Bundesgerichts drei Monatslöhne Entschädigung wegen diskriminierender (missbräuchlicher) Kündigung zugesprochen hatte. Die Arbeitgeberin wollte diesen Entscheid nicht akzeptieren und zog den Fall ans Bundesgericht weiter. Die Arbeitgeberin wies vor dem Bundesgericht zwar nach, dass der neue Kommunikationschef objektiv besser qualifiziert war als die klagende Arbeitnehmerin. Dies reichte dem Bundesgericht aber nicht, um die Missbräuchlichkeit zu verneinen. Vielmehr hätte die Arbeitgeberin beweisen müssen, dass sie einen objektiven Grund

hatte, die Arbeitnehmerin zu entlassen. Die Arbeitgeberin hatte die Arbeitnehmerin zur Kommunikationsmanagerin gemacht, obwohl diese wenig Erfahrung für diese Position mitbrachte. Der Strategiewechsel und die darauffolgende Umstrukturierung änderten nichts daran. Ausserdem war die Arbeitnehmerin während 10 Jahren in verschiedenen Funktionen bei der Arbeitgeberin angestellt gewesen und brachte dadurch eine gewisse Vielfalt mit. Gemäss dem Bundesgericht hätte die Arbeitgeberin der Arbeitnehmerin wohl eine andere Stelle im Betrieb angeboten, wenn nicht die Schwangerschaft der Grund für die Kündigung gewesen wäre.

Wesentlich war in diesem Fall die Beweislast-erleichterung gemäss Art. 6 GlG. Die Diskriminierung wird vermutet, wenn sie glaubhaft gemacht wird. Dann obliegt es dem Arbeitgeber, den Beweis dafür zu erbringen, dass die Kündigung objektiv gerechtfertigt war. Und dieser Beweis gelang der Arbeitgeberin im konkreten Fall nicht, weshalb die missbräuchliche Kündigung bejaht wurde.



AUTORIN

Leena Kriegers-Tejura ist selbstständige Rechtsanwältin und Partnerin bei Morad, Bürgi & Partner in Zürich. Sie ist Fachanwältin SAV Arbeitsrecht und Dozentin/Expertin bei Fachhochschulen, Höheren Fachschulen und

Erwachsenenbildungsinstituten. Auf Anfrage führt sie auch betriebsinterne Schulungen zu arbeitsrechtlichen Themen durch.

Das digitale KOMPETENZKAFFEE

Sie möchten einen unkomplizierten und unverbindlichen Austausch zu den Themen Kompetenz- und Performance-Management, 360°-Analysen, Future Skills, Werte und Kompetenzentwicklung?

Dann schauen Sie doch einfach rein ins **KOMPETENZKAFFEE** und nutzen Sie die ungezwungene Atmosphäre zum Fragen, Zuhören und Profitieren.

Termine und Details finden Sie unter www.kompetenzkaffee.ch

