(Un)zulässigkeit von geschlechtsspezifischen Unterschieden bei Bonus und anderen Lohn(neben)leistungen, Lohnersatzleistungen, Beförderung und anderen Arbeitsbedingungen unter besonderer Berücksichtigung der Schwangerschaft und Mutterschaft

verfasst von

Prof. Dr. iur. Kurt Pärli, Nussbaumstrasse 26, 3006 Bern

Professor für Soziales Privatrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel

im Auftrag der schweizerischen Eidgenossenschaft, Departement des Innern, Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG), FE-Vertrag Nr. 303-2026-2

Bern, 31. August 2026

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis **2**

Literaturverzeichnis **5**

Abkürzungsverzeichnis **11**

Rechtsprechungsverzeichnis **13**

Bundesgericht *13*

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts *16*

Kantonale und kommunale Gerichte *16*

Europäischer Gerichtshof EuGH *17*

Entscheide des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte EGMR *17*

I.) Einleitung **18**

1. Ausgangslage *18*

2. Fragestellungen und Vorgehen *20*

II.) Die Grundlagen im Gleichstellungsrecht **21**

1. Rechtliche und tatsächliche Gleichstellung *21*

2. Benachteiligung wegen der Schwangerschaft und Mutterschaft als Diskriminierung *23*

2. Anwendungsbereich und Inhalt des Diskriminierungsverbotes *25*

2.1 Anwendungsbereich des GIG *25*

2.2 Diskriminierungsgegenstände *26*

2.2.1 Übersicht 26

2.2.2 Entlöhnung 26

2.2.3 Beförderung 27

3. EU-Rechtliche Aspekte *29*

3.1 Kurzüberblick einschlägiger Rechtsquellen *29*

3.2 Relevante EuGH-Urteile *30*

3.2.1 Unterschiedliche Taggelder – keine Diskriminierung mangels Vergleichbarkeit der Tätigkeiten 30

3.2.2 Verhältnis zwischen Mutterschafts- und Elternurlaub 31

3.2.3 Anspruch auf Gratifikation bei Mutterschafts- bzw. Erziehungsurlaub 33

4. Schutz vor geschlechtsspezifischer Diskriminierung durch die EMRK *33*

4.1 Vorbemerkungen *33*

4.2 Relevante Rechtsprechung des EGMR *35*

4.2.1 Noch kein Konsens zum gleichberechtigten Anspruch auf Elternurlaub (1998) 35

4.2.2 Verweigerung Elternurlaub an Väter ist diskriminierend 36

4.2.3 Keine Aussage zur notwendigen Dauer des Mutterschaftsurlaubes, aber … 37

5. Zusammenfassendes Zwischenfazit *38*

III.) Arbeitsrechtliche Sonderbestimmungen bei Schwangerschaft, Niederkunft und Mutterschaft 39

1. Regelungen im OR 39

1.1 (Keine) Sonderbestimmung: Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR 39

1.2 Die Mutterschaftsversicherung: (K)eine obligatorische Versicherung im Sinne von Art. 324b OR 41

1.3 Schutz vor Kündigung während Schwangerschaft und nach der Niederkunft 42

1.4 Freistellung während Mutterschaftsurlaub 44

1.5 Ferienkürzung 44

1.6 (K)ein Sonderanspruch auf verlängerte Toilettenpausen bei Schwangerschaft/Mutterschaft 45

1.7 Zwischenfazit 46

2. Regelungen im ArG 47

2.1 Vorbemerkungen zur Entwicklung des Schwangerschafts- und Mutterschutzes im Arbeitsgesetz 47

2.2 Überblick und Anwendungsbereich der Schwangerschaft- und Mutterschutzbestimmungen 48

2.3 Schutz der Gesundheit bei Schwangerschaft und Mutterschaft (Art. 35 ArG) 49

2.3 Schutz bei Beschäftigung (Art. 35a/b ArG) 51

2.4 Auswirkungen auf die Bonusthematik 52

4. Zwischenfazit 53

IV.) Lohn, Bonus und Lohnersatzleistungen 53

1. OR-Bestimmungen zum Lohn und Gratifikation 53

2. Bonus 55

2.1 Bonusarten 55

2.2 (Un)zulässige Kriterien für die Bonusfestsetzung 56

2.3. Bonusanspruch bei Arbeitgeberverzug nach Art. 324 OR 57

2.4 Bonusanspruch während des Anspruchs auf Lohnfortzahlung (Art. 324a/b OR) 58

2.4.1 Allgemeines 58

2.4.2 Bei Schwangerschaft und Mutterschaft 58

2.4.3 (Notwendiger) Exkurs zur Problematik von Anwesenheitsprämien 59

3. Bonusanspruch während des Bezugs des Mutterschaftsurlaubes 60

3.1 Der (vorläufige) Leitentscheid zum Thema 60

3.2 Kritische Würdigung des Entscheides 61

3.2.1 Fragliche Freiwilligkeit der Mutterschaftsentschädigung als Ausschlusskriterium 61

3.2.2 Ferienkürzung als Beispiel einer gesetzlichen Regelung mit Sonderschutzcharakter 63

3.2.3 Bonusanspruch während des Beschäftigungsverbotes 63

3.2.4 Kein Anspruch auf Bonus bei Aufschub der Mutterschaftsentschädigung 64
3.2.5 Gleichbehandlung der Abwesenheiten wegen Dienstleistungen 64

V.) Beantwortung der Gutachtensfragen 65

Literaturverzeichnis

ALBRECHT KATHRIN, Prämien im Berufsfussball, Bern 2016.

ANDRES ELLIE/BAIRD SARAH/BINGENHEIMER JEFFREY BART/MARKUS ANNE ROSSIER, Maternity Leave Access and Health, A Systematic Narrative Review and Conceptual Framework Development, Maternal and Child Health Journal, 1178 ff., Berlin/Heidelberg 2016.

BAUMGARTNER DORIS, Über die Sonderkategorie der Frauen auf dem Arbeitsmarkt, FamPra.ch 2007, S. 298).

BECKER ANDREAS, Zur Zulässigkeit von Bonuskürzungen während mutterschaftsbedingter Abwesenheit. Kommentar zum BGer-Urteil 4A_597/2023 vom 15. Mai 2024, jusnet AR-SVR 17.12.2024 (online-Publikation).

BINDER ANDREA/LEMPEN KARINE, in: Schläppi Erika/Ulrich Silvia/Wyttenbach Judith (Hrsg.), CEDAW - Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, Allgemeine Kommentierung – Umsetzung in der Schweiz – Umsetzung in Österreich, Bern, 2015, Art. 11.

BORTOLANI SERGIO/SCHERER MIRIAM, Art. 322a OR, in: Etter Boris/Facincani Nicolas/Sutter Reto (Hrsg.), Arbeitsvertrag, Stämpflis Handkommentar, Bern, 2021.

BRÜHLWILER JÜRG, Einzelarbeitsvertrag, 3. Auflage, Basel, 2014.

CARDINAUX BASILE, Entwicklungen im Sozialversicherungsrecht (Teil 2) | Le point sur le droit des assurances sociales (2e Partie), SJZ 120/2024, S. 18 ff. (zit.: CARDINAUX, Entwicklungen).

CARDINAUX BASILE, Variable Vergütungen im Arbeitsrecht, SZS 2020, S. 340 ff. (zit.: CARDINAUX, Vergütungen).

CARRON VINCENT/CHATELANAT CHRISTOPHE, Bonus: état des lieux et questions choisies, SJZ 119/2023, S. 288 ff.

CRAMER CONRADIN/BLESI ALFED/HIRSIGER RENÉ, Der Bonus im Arbeitsvertrag, 2. Auflage, Bern 2025.

DEMIR EYLEM, Überblick über das Arbeitsvölkerrecht, in: Pärli Kurt et al., Arbeitsrecht im internationalen Kontext, völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zürich, 2017.

DORMANN JOHANNA, Die familienbezogene Rechtsprechung der sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts im Jahr 2017, FamPra.ch 2018, S. 753 ff.

EGLI HANS-PETER, Lohnfortzahlung und Versicherungsschutz gemäss Art. 324a OR, AJP 2000, S. 1064-1078 (zit.: EGLI, Lohnfortzahlung).

EGLI HANS-PETER, Strittige Fragen zum Thema "Ferien", ArbR 2006, S. 119 ff. (zit.: EGLI, Ferien).

FONTANA KATHARINA, Urteil (Bundesgericht) vom 15.05.2024, SJZ 120/2024, S. 884 ff.

FRITSCH HUBERT/MEIER ANNE, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 15. Mai 2024, Beschwerde in Zivilsachen (4A_597/2023), ARV 2024, S. 277 ff.

GEISER THOMAS, Arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 2024/2025, AJP 2025, S. 1249 ff. (zit.: GEISER, Rechtsprechung 2024/2025).

GEISER THOMAS, Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 2022/2023, AJP 2023, S. 1420 ff. (zit.: GEISER, Rechtsprechung 2022/2023).

GEISER THOMAS, Gutachten i.S. Unterschiedliche Umwandlungssätze für Frauen und Männer in der beruflichen Vorsorge, Konferenz der Gleichstellungsbeauftragten, 2004 (zit.: GEISER, Gutachten).

GEISER THOMAS, Arbeitsrecht im Konzern, AJP 2020, S. 1512 ff., (zit.: Geiser, Konzern).

GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND/PÄRLI KURT, Arbeitsrechts in der Schweiz, 5. Auflage, Bern, 2021.

HÄBERLI CHRISTOPH, Lohnfortzahlung bei Arbeitsverhinderung / II. Arbeitsverhinderung im Privatrecht, in: von Kaenel Adrian/Rudolph Roger (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, 2. Auflage, Zürich/Genf 2024.

HENSCH ANGELA, Gleichstellungsgesetz und Mutterschaftsschutz, in: Von Kaenel Adrian/Rudolph Roger (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht – Expertenwissen für die Praxis, 2. Auflage, Zürich, 2024, S. 5 ff. (zit.: HENSCH, Gleichstellungsgesetz).

HENSCH ANGELA, Sonderregelungen für schwangere und stillende Arbeitnehmerinnen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen, AJP 2012, S. 1088 ff. (zit.: HENSCH, AJP).

HIRSCHI YANNICK, Keine Diskriminierung infolge Mutterschaft, ius.focus 2024 Nr. 193, S. 7 ff.

HIRZEL MONIKA/STUCKY MARCEL, Art 2 GlG, in: Facincani Nicolas/Hirzel Monika/Sutter Reto/Wetzstein Simone (Hrsg.), Gleichstellungsgesetz, Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995, Bern, 2022.

HISCHIER ROGER, Doppelrelevante Tatsachen im Arbeitsprozess, in: Portmann Wolfgang et. al. (Hrsg.), Festschrift für Adrian von Kaenel, Zürich 2022, S. 235-252.

HOTZ SANDRA, Auf dem Weg zur Gleichstellung der Geschlechter?, SJZ 116/2020, S. 3 ff.

JOLLER ELISABETH, Das verfassungsrechtliche Verbot der Geschlechtsdiskriminierung als Verbot der sexistischen Diskriminierung, Eine Studie über Art. 8 Abs. 2 und 3 der schweizerischen Bundesverfassung, Bern 2024.

JUNGHANSS CORNELIA, Regelungskonzept des schweizerischen Arbeitsrechts, in: Pärli Kurt et al., Arbeitsrecht im internationalen Kontext, völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zürich 2017, S. 378 ff.

JUTZI THOMAS/WESS KSENIA, Gesellschaftsgründung mit Mitarbeiterbeteiligung Gestaltungsmöglichkeiten bei unterschiedlichen Rechtsformen / I. - III., in: Wolf Stephan (Hrsg.), Aktuelle Fragen aus dem Gesellschaftsrecht, Bern 2018.

KÄGI-DIENER REGULA, Impulse des CEDAW-Übereinkommens für die Gleichstellung im Erwerbsleben insbesondere in der Quotenfrage, AJP 2006, S. 1451 ff. (zit.: KÄGI-DIENER, AJP).

KÄGI-DIENER REGULA, Art. 8 Abs. 3 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Auflage, Zürich 2023 (zit.: KÄGI-DIENER, Art. 8 Abs. 3 BV).

KÄMPF JOËL, Art. 16s EOG, in: Pärli Kurt (Hrsg.), Erwerbsersatzgesetz (EOG), Kommentar zum Bundesgesetz über den Erwerbsersatz vom 25. September 1952, Basel 2025.

KAUFMANN CLAUDIA, Art. 1 und Art. 3 GlG, in: Kaufmann Claudia/Steiger-Sackmann Sabine (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 3. Auflage, Basel 2022.

KOCHER EVA, Der arbeitsrechtliche Unterschied zwischen Müttern und Vätern, in: Devetzi Stamatia/Janda Constanze (Hrsg.) Freiheit – Gerechtigkeit – Sozial(es) Recht, Festschrift für Eberhard Eichenhofer, Baden-Baden 2015, S. 301-307.

KOKOTT JULIANE/EGLI PATRICIA, Rechtsfragen zu positiven Massnahmen in Staat und Unternehmen, AJP 2000, S. 1485 ff.

KUNZ LAURA/PÄRLI KURT, Art. 5 ATSG, in: Kieser/Kradolfer/Lendfer (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts ATSG, 5. Auflage, Zürich 2024.

KUNZ RAFFAELA/ZIMMERMANN NESA, Art. 14 EMRK, in: Keller Helen/Hertig Randall Maya, Europäische Menschenrechtskonvention, Basel 2026.

LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, Aktuelle Entwicklungen rund um das Gleichstellungsgesetz, SJZ 114/2018, S. 81-89 (zit.: LEMPEN/VOLODER, aktuelle Entwicklungen).

LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, Analyse der kantonalen Rechtsprechung nach dem Gleichstellungsgesetz (2004–2015), Forschungsbericht im Auftrag des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann, Genf 2017 (zit.: LEMPEN/VOLODER, kantonale Rechtsprechung).

LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nach dem Gleichstellungsgesetz (2004–2019), Forschungsbericht im Auftrag des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann, Genf 2017 (zit.: LEMPEN/VOLODER, bundesgerichtliche Rechtsprechung).

LINGGI CHRISTINA, Art. 16b EOG, in: Pärli Kurt (Hrsg.), Kommentar zum Erwerbsersatzgesetz EOG, Basel 2025.

MADUZ CHRISTIAN, Gleichstellung von Frau und Mann im Erwerbsleben, Unter besonderer Betrachtung der Lohnunterschiede und Lohndiskriminierungen, Bern 2024 (= SSA 90).

MEIER MATTHIAS, Die Anwesenheitsprämie, in: ARV 2017, S. 153 ff.

MEIER-GUBSER STEFANIE, Protection du travailleur contre le licenciement, TREX 2024, S. 51 ff.

MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN, Kommentierung zu Art. 1 EMRK, in: Meyer-Ladewig Jens/Nettesheim Martin/von Raumer Stefan (Hrsg.), Handkommentar Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage, Basel 2017.

MÜLLER BALTASAR, Die Umsetzung positiver Schutzpflichten nach Art. 8 EMRK in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen im Schweizer Recht, Zürich 2024.

NUSSBERGER ANGELIKA, Der Einfluss der EMRK auf das deutsche Arbeitsrecht, in: Arbeit und Recht 4 2014, S. 130-135.

OES MARLIES, Art. 16d EOG, in: Pärli (Hrsg.), Erwerbsersatzgesetz (EOG), Kommentar zum Bundesgesetz über den Erwerbsersatz vom 25. September 1952, Basel 2025.

PÄRLI KURT/PETRIK ANDREAS, Arbeit, Krankheit, Invalidität, 2. Auflage, Bern 2024.

PÄRLI KURT, Gutachten "EU-Gleichbehandlungsrecht aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben – Auswirkungen auf die Schweiz", im Auftrag der schweizerischen Eidgenossenschaft, Departement des Innern, Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG), Bern 2021 (zit.: PÄRLI, Gutachten).

PÄRLI KURT, Die EGMR-Rechtsprechung zum Schutz der Privatsphäre und vor Überwachung am Arbeitsplatz, EuZA 2020, S. 224 ff. (zit.: PÄRLI, EuZA).

PÄRLI KURT, Kündigungsschutz – Ein Menschenrecht?, AJP 2018, S. 1533 ff. (zit.: PÄRLI, Kündigungsschutz).

PÄRLI KURT, Väter haben keinen Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung – Ein Kommentar zum Urteil des Bundesgerichtes, BGE 140 I 305, SZS 2015, S. 152 ff. (zit.: PÄRLI, Mutterschaftsentschädigung).

PÄRLI, KURT, Presenteeism, Its Effects and Costs: A Discussion in a Labour Law Perspective, in: International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 34(*1*) 2018, S. 53-75 (zit.: PÄRLI, Presenteeism).

PÄRLI KURT, Einwirkungen des EU- und des internationalen Arbeitsrechts auf das schweizerische Arbeitsrecht, in: Pärli Kurt et. al. (Hrsg.), Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Zürich/St. Gallen 2017, S. 431 ff (zit.: PÄRLI, Einwirkungen).

PÄRLI KURT, Die arbeitsrechtliche Kündigungsfreiheit zwischen Mythos und Realität, AJP 2010, 715 ff. (zit.: PÄRLI, Myhtos).

PÄRLI KURT, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des europäischen Gemeinschaftsrechts, Bern 2009 (zit.: PÄRLI, Vertragsfreiheit).

PÄRLI KURT/ZIMMERMANN LINDA, Kommentar zu Art. 8 EGO, in: Pärli Kurt (Hrsg.), Kommentar zum Erwerbsersatzgesetz (EOG), Bern 2025.

PÄRLI KURT/OBERHAUSSER CAMILLE, Diskriminierungsfreie Messung der Lohngleichheit, in: Jusletter 25. November 2019.

PÄRLI KURT/HUG JULIA, Arbeitsrechtliche Fragen bei Präsentismus (Arbeit trotz Krankheit), in: ARV 1/2012, S. 1 ff.

PERRENOUD STÉPHANIE, Familles et sécurité sociale, Basel 2022, S. 498-506 (zit.: PERRENOUD, sécurité).

PERRENOUD STÉPHANIE, La Protection de la maternité, Bern 2015 (zit.: PERRENOUD, maternité).

PIETRUSZAK THOMAS/RABAEUS NINA, Art. 329b OR. in: Wildhaber Isabelle/Häusermann Daniel (Hrsg.), Kurzkommentar OR, 2. Auflage, Zürich 2025.

PORTMANN WOLFGANG/RUDOLPH ROGER, Art. 319-362 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne et.al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum OR, Art. 319-362 OR, 8. Auflage, Basel 2025.

PRINZ MARC PHILIPPE/GEEL GIAN, Art. 329a OR, in: Etter Boris/Facincani Nicolas/Sutter Reto (Hrsg.), Arbeitsvertrag, Stämpflis Handkommentar, Bern 2021.

POPA DIANA CORINA, Mutterschaftsurlaub – Voraussetzungen und Berechnung, Zürich/St. Gallen 2025.

REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Berner Kommentar, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, Bern 2010.

SCHWESTERMANN MARK-ANTHONY, Bekämpfung von Altersdiskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Unter Berücksichtigung sozialversicherungsrechtlicher Aspekte und Bezugnahme zum Recht der EU, Zürich/St. Gallen 2024 (= SASR 03).

SENTI CHRISTOPH, Das Ermessen des Arbeitgebers bei der Gratifikation nach Art. 322d OR, in: Portmann Wolfgang et al. (Hrsg.), Festschrift für Adrian von Kaenel, Zürich 2022, S. 381 ff. (zit.: SENTI, Ermessen).

SENTI CHRISTOPH, Variabler Lohn und Mitarbeiterbeteiligungen, in: Von Kaenel Adrian/ Rudolph Roger (Hrsg.), Fachhandbuch, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2024, S. 91 ff. (zit.: SENTI, variabler Lohn).

STAEHELIN ADRIAN, Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006.

STEINER OLIVER, Die arbeitnehmerähnliche Person – auf Phantomsuche in der schweizerischen Rechtslandschaft, ArbR 2008, S. 65-107.

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Art. 322d OR, in: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012.

UEBERSCHLAG JAKOB, Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Zürich 2009.

VOLODER ANER/FREIVOGEL ELISABETH, Art. 2 GIG, in: Kaufmann Claudia/Steiger-Sackmann Sabine (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 3. Auflage, Basel 2022.

WYLER RÉMY, Art. 35 ArG, in: Geiser Thomas/von Kaenel Adrian/Wyler Rémy (Hrsg.), Loi sur le travail, Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, Bern 2005.

WETZSTEIN SIMONE, Lohnfortzahlungspflichten des Arbeitgebers nach Niederkunft einer Mitarbeiterin, AJP 3/2018, S. 316 ff.

WETZSTEIN SIMONE/WOLFENSBERGER JULIANE, Art. 3 GIG, in: Facincani Nicolas/Hirzel Monika/Sutter Reto/Wetzstein Simone (Hrsg.), Gleichstellungsgesetz, Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995, Bern 2022.

WIETFELD ANNE CHRISTIN/HINRICHSEN MATS QUINTEN, Das Gesetz zur Umsetzung der Vereinbarkeitsrichtlinie – Elternurlaub, Vaterschaftsurlaub, Urlaub für pflegende Angehörige, flexible Arbeitsbedingungen und Arbeitsfreistellung aufgrund höherer Gewalt, EuZA 2023, S. 363-393.

ZIMMERMANN NESA, La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: Contours et utilité d'un concept en vogue, Diss. Genf/Zürich 2022.

Abkürzungsverzeichnis

ABI. C	Amtsblatt der Europäischen Union – Mitteilungen und Bekanntmachungen
ABI. L	Amtsblatt der Europäischen Union – Rechtsvorschriften
Abs.	Absatz
aBV	Alte Bundesverfassung
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon vom 13. Dezember 2007 (ABI. C 306 vom 17. Dezember 2007,1)
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) vom 20. Dezember 1946, SR 831.10
AHVV	Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV) vom 31. Oktober 1947, SR 831.101
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
ArbR	Arbeitsrecht Aktuell
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG) vom 13. März 1964, SR 822.11
ArGV 1	Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1) vom 10. Mai 2000, SR 822.111
ArGV 3	Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (ArGV 3) (Gesundheitsschutz) vom 18. August 1993, SR 822.113
Art.	Artikel
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (Zürich)
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000, SR 830.1
BBI	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BGE	Entscheidungen des (schweizerischen) Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
bspw.	Beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) vom 25. Juni 1982, SR 831.40
bzw.	Beziehungsweise
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979, SR 0.108)
CEEP	Europäischer Zentralverband der öffentlichen Wirtschaft
d.h.	das heisst
E.	Erwägung
EBG	Eidgenössisches Büro für Gleichstellung zwischen Mann und Frau
EDA	Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten

EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGB	Europäischer Gewerkschaftsbund
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Eidg.	Eidgenössisch(e)
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention), Abgeschlossen in Rom am 4. November 1950, In Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974, SR 0.101
EO	Erwerbsersatzordnung
EOG	Bundesgesetz über den Erwerbsersatz (Erwerbsersatzgesetz, EOG) vom 25. September 1952, SR 834.1
et al.	et alii
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union, Luxemburg
EUV	Vertrag über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon vom 13. Dezember 2007 (ABI.C 306 vom 17. Dezember 2007)
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (München)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende
FamPra	Die Praxis des Familienrechts
ff.	fortfolgende
Fn.	Fussnote
GIG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau (Gleichstellungsgesetz) vom 24. März 1995, SR 151.1
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
Hrsg.	Herausgeber
i.S.	Im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
IAO	Internationale Arbeitsorganisation
ILO	International Labour Organisation
Iusnet AR-SVR	juristischer Fach-Newsletter für Arbeitsrecht (AR) und Sozialversicherungsrecht (SVR)
IVG	Enversicherung (IVG) vom 19. Juni 1959, SR 831.20
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
lit.	litera
MuSchV	Verordnung des WBF über gefährliche und beschwerliche Arbeiten bei Schwangerschaft und Mutterschaft (Mutterschutzverordnung) vom 20. März 2001, SR 822.111.52
MVG	Bundesgesetz über die Militärversicherung (MVG) vom 19. Juni 1992, SR 833.1

MG	Bundesgesetz über die Armee und die Militärverwaltung (Militärgesetz, MG) vom 3. Februar 1995, SR 510.10.
N	Note
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
RL	Richtlinie
Rn.	Randnote
Rz.	Randziffer
S.	Seite(n)
SASR	Schweizerisches Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SSA	Schweizerisches Sozialarchiv
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge (Bern)
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge
TREX	TREX – Der Treuhandexperte
u.a.	unter anderem
UN	Vereinte Nationen
UNICE	Union der Industrie- und Arbeitgeberverbände Europas
Usw.	Und so weiter
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG) vom 20. März 1981, SR 832.2
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
zit.	zitiert

Rechtsprechungsverzeichnis

Bundesgericht

Leitentscheide des schweizerischen Bundesgerichts (BGE)

BGE 107 II 433

BGE 108 Ia 22

BGE 109 Ib 81

BGE 109 Ib 87

BGE 118 II 157

BGE 120 II 209

BGE 123 I 152

BGE 124 II 436

BGE 126 II 217

BGE 126 II 417

BGE 126 III 75

BGE 127 III 207

BGE 128 III 174

BGE 128 III 212

BGE 129 I 265

BGE 129 III 276

BGE 130 III 145

BGE 131 II 361

BGE 134 V 131

BGE 135 III 357

BGE 136 III 313

BGE 138 I 265

BGE 139 I 57

BGE 139 III 155

BGE 139 III 214

BGE 140 I 305

BGE 141 II 411

BGE 141 III 307

BGE 142 II 425

BGE 142 III 381

BGE 143 I 403

BGE 144 II 65

BGE 145 II 153

BGE 146 V 210

BGE 146 V 210

BGE 146 V 378

BGE 148 V 253

Entscheide des schweizerischen Bundesgerichts (BGer)

BGer, Urteil 2C_28/2025 vom 12. Mai 2026

BGer, Urteil 4A_597/2023 vom 15. Mai 2024

BGer, Urteil 9C_165/2022 vom 16. März 2023

BGer, Urteil 4A_427/2023 vom 8. November 2023

BGer, Urteil 4A_479/2021 vom 29. April 2022

BGer, Urteil 4A_169/2021 vom 18. Januar 2022

BGer, Urteil 4A_636/2020 vom 20 Juli 2021

BGer, Urteil 4A_33/2021 vom 19. Juli 2021

BGer, Urteil 4A_208/2021 vom 16. Juli 2021

BGer, Urteil 4A_280/2020 vom 3. März 2021

BGer, Urteil 8C_598/2019 vom 21. Januar 2021

BGer, Urteil 9C_308/2017 vom 17. Mai 2018

BGer, Urteil 4A_651/2017 vom 4. April 2018

BGer, Urteil 8C_605/2016 vom 9. Oktober 2017

BGer, Urteil 4A_435/2015 vom 14. Januar 2016

BGer, Urteil 4A_434/2014 vom 27. März 2015

BGer, Urteil 4A_172/2012 vom 22. August 2012

BGer, Urteil 4A_26/2012 vom 15. Mai 2012

BGer, Urteil 4D_98/2011 vom 20. März 2012

BGer, Urteil 4A_553/2008 vom 9. Februar 2009

BGer, Urteil 4A_249/2007 vom 16. November 2007

BGer, Urteil 4C_36/2007 vom 26. März 2007

BGer, Urteil 4C_364/2004 vom 1. Juli 2005

BGer, Urteil 4C.91/2005 vom 23. Mai 2005

BGer, Urteil 4C.276/2004 vom 12. Oktober 2004

BGer, Urteil 4C.6/2003 vom 24. April 2003

BGer, Urteil 4C.271/2000 vom 15. Februar 2001

BGer, Urteil vom 14.Dezember 1994, publiziert in JAR 1995, S. 214

BGer, Urteil vom 17.November 1994, publiziert in JAR 1995, S. 112

BGer, Urteil vom 2. Dezember 1992, auszugsweise publiziert in JAR 1993, S. 349

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts

BVGer, Urteil A-2435/2018 vom 25. Juni 2019

BVGer, Urteil A_8105/2016 vom 26. Juni 2018

Kantonale und kommunale Gerichte

Kantonsgericht Neuenburg, CDP.2024.36, Urteil vom 27. Juni 2024

Cour de justice GE, CAPH/31/2023 vom 30. März 2024, publiziert in JAR 2024, S. 529

Obergericht Zug, Dossier Nr. Z1 2023 10, Urteil vom 7. November 2023

Arbeitsgericht Zürich, AGer Z 2014 Nr. 22 vom 28. Juli 2014

Verwaltungsgericht Zürich, ZH PB.2010.00064, Urteil vom 5.Oktober 2011

Kantonsgericht Zug, EV 2020 15, Urteil vom 15. März 2021

Kantonsgericht Zug, A2 2021 36, Urteil vom 23. Januar 2023

ArbG ZH, AN 060122 vom 10. April 2006, publiziert in Entscheide des ArbGer ZH 2006, Nr. 9

ArbGer ZH, 22. April 1994, publiziert in JAR 1997, S. 136

Chambre d'appel des prud'hommes du canton de Genève, Urteil vom 13. April 2000 (Aufhebung des Urteils des Tribunal des prud'hommes vom 28. September 1999), publiziert in JAR 2001, S. 208.

Obergericht Appenzell A.Rh., Urteil vom 9. August 1994

Urteils des CAPH GE vom 6. Mai 1993, publiziert in JAR 1994, 249

Europäischer Gerichtshof EuGH

EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2024, Rs. C-314/23, ECLI:EU:C 224:842 (*Air Nostrum*)
EuGH, Urteil vom 16. Mai 2024, Rs. C-673/22, ECLI:EU:C 2024:407 (*INSS (Congés d'une mère de famille monoparentale)*).
EuGH, Urteil vom 13. Februar 2014, R. C-512/11 und C 514/11, ECLI:EU:C 2014:73 (*YTN*)
EuGH, Urteil vom 14. April 2005, Rs. C-519/03, ECLI:EU:C 205:234 (*Kommission /Luxemburg*)
EuGH, Urteil vom 21. Oktober 1999, Rs. C-333/97, ECLI:EU:C 1999:512 (*Lewen*)
EuGH, Urteil vom 16. Oktober 1983, Rs. C-163/82, ELI:EU:C 83:295 (*Kommission/Italien*)

EuGH Schlussanträge
EuGH, Schlussanträge Generalanwalt vom 6. Juni 2024, Rs. C-314/23, ECLI:EU:C:2024:475 (*Air Nostrum*).

Entscheide des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte EGMR

EGMR, vom 2. Februar 2016, Appl. Nr. 7186/09, Di Trizio gegen die Schweiz

EGMR, vom 25. Mai 1985, Appl. Nr. 9214/80, Abdulaziz, Cabales und Balkandali gegen das Vereinigte Königreich

EGMR, vom 7. November 2013, Appl. Nr. 10441/06, Pichkur gegen Ukraine

EGMR, vom 11.Oktober 2022, Appl. Nr. 78630/12, Beeler gegen die Schweiz

EGMR, vom 27. März 1998, Appl. Nr. 20458/92, Petrovic gegen Österreich

EGMR, vom 22. März 2012, Appl. Nr. 30078/06, Konstantin Markin gegen die Russische Föderation

EGMR, vom 6. Juli 2021, Appl. Nr. 66180/09, Gruba und andere gegen die Russische Föderation

EGMR, vom 2. Oktober 2012, Appl. Nr. 33411/05, Hulea gegen Rumänien

I.) Einleitung

1. Ausgangslage

1 Am 25. Mai 2024 entschied das Bundesgericht betreffend eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses, dass eine Arbeitgeberin, mangels anderweitiger Abrede, eine *schwangerschaftsbedingte Arbeitsunfähigkeit* und die Abwesenheit während des *Mutterschaftsurlaubes* für die Festsetzung der *Höhe einer unechten Gratifikation*[1] berücksichtigen dürfe.[2] Das Bundesgericht erblickte darin wie die Vorinstanz[3] *keine unzulässige Diskriminierung* aufgrund des Geschlechts und begründete dieses Ergebnis unter anderem mit dem Argument, die Arbeitnehmerin hätte nach Ablauf des im Arbeitsgesetz (ArG) verankerten achtwöchigen Arbeitsverbotes die Arbeit wieder aufnehmen können (Art. 35a Abs. 3 ArG). Der Mutterschaftsurlaub sei ab der 9. Woche nach der Niederkunft freiwillig.[4]

2 Gleich entschied schon rund zehn Jahre zuvor das Arbeitsgericht Zürich, das klarstellte, eine Nichtberücksichtigung der Zeitspanne des *achtwöchigen Arbeitsverbotes* sei mit dem *Gleichstellungsrechtgesetz nicht vereinbar*. Anders verhalte es sich indes mit der Zeitspanne ab neun Wochen seit der Niederkunft, da der Mutterschaftsurlaub freiwillig sei.[5]

3 In einem dem öffentlichen Personalrecht unterliegenden Fall kommt das Bundesgericht zum Schluss, es sei *zulässig*, einer Mitarbeiterin den Lohnstufenanstieg mangels hinreichender *tatsächlicher Arbeitsleistung* im vergangenen Dienstjahr zu verweigern.[6] Die fragliche Mitarbeiterin war in einem Jahr während mehr als 300 Tagen wegen Krankheit, *Schwangerschaft und Mutterschaftsurlaub* abwesend. Die einschlägig anwendbaren personalrechtlichen Bestimmungen legten fest, ein Lohnstufenanstieg bedinge eine Leistungsbewertung auf der Grundlage einer mindestens sechsmonatigen effektiven Tätigkeit. Die entsprechende Weisung sah vor, dass bei Abwesenheiten von mehr als sechs Monaten im vorangehenden Kalenderjahr aufgrund von bezahlten oder unbezahlten Urlauben, Militärdienstpflicht oder Krankheiten/Unfällen weder eine individuelle Lohnerhöhung noch eine leistungsabhängige Einmalzahlung gewährt würde. Die öffentlich-rechtliche Arbeitgeberin zählte auch den Mutterschaftsurlaub zu diesen Abwesenheiten, da die Aufzählung nicht abschliessend sei.[7] Für

---

1 Als unecht wird ein Bonus bezeichnet, wenn zwar ein Anspruch besteht, die Festsetzung der konkreten Höhe jedoch im Ermessen der Arbeitgeberin liegt, siehe dazu hinten, Rz. 118 ff.

2 BGer, Urteil 4A_597/2023 vom 15. Mai 2024.

3 Obergericht Zug, Dossier Nr. Z1 2023 10, Urteil vom 7. November 2023.

4 BGer, Urteil 4A_597/2023 vom 15. Mai 2024, E. 3.3.1.

5 Arbeitsgericht Zürich, AGer Z 2014 Nr. 22 vom 28. Juli 2014. Die Schlichtungsbehörde kam zum Schluss, dass die Berücksichtigung des ganzen Mutterschaftsurlaubes eine unzulässige Diskriminierung nach Gleichstellungsgesetz darstelle, Quelle: https://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1611.html (zuletzt besucht 31. August2026).

6 BGer, Urteil 8C_605/2016 vom 9. Oktober 2017.

7 BGer, Urteil 8C_605/2016 vom 9. Oktober 2017, E. 5.

das Bundesgericht kann die Frage offenbleiben, ob die dargestellte Regelung eine *mittelbare Diskriminierung* aufgrund der Eigenschaft der Arbeitnehmerin als Schwangere darstelle.[8] Die Sechsmonatsregel diene einer fairen Beurteilung der Leistungen und sei zudem flexibel anwendbar, d.h., ausnahmsweise sei eine Beurteilung auch möglich, wenn die sechs Monate nicht erreicht würden.[9]

4 Die genannten Urteile wurden in der arbeitsrechtlichen Lehre nur vereinzelt und mehrheitlich zustimmend kommentiert.[10] Lediglich erwähnt werden die Urteile in Publikationen zum GlG.[11] Eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Frage der Zulässigkeit von Bonuskürzungen wegen schwangerschafts- und mutterschaftsbedingten Abwesenheiten fand bislang in der Rechtswissenschaft nicht statt.[12]

5 Das Bundesgericht musste sich neben den eingangs erwähnten Urteilen bislang noch nicht mit Bonus- oder Beförderungsansprüchen auf der Grundlage des GlG auseinandersetzen. Immerhin finden sich in den Datenbanken zur Praxis des Gleichstellungsgesetzes[13] mehrere Hinweise auf Schlichtungsverfahren, in denen implizit oder explizit auch Bonusfragen und Beförderungen im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft thematisiert werden.

6 Auf rechtspolitischer Ebene wurde die Sinnhaftigkeit der im ArG verankerten Zweiteilung des Mutterschafsurlaubes in eine Phase des achtwöchigen Arbeitsverbots und die Zeit der Wochen 9 bis 16 nach der Geburt im Rahmen einer Interpellation in Frage gestellt.[14] Dabei wurde die Wichtigkeit des Bezugs eines mindestens 14-wöchigen Mutterschaftsurlaubes sowohl aus medizinischer wie rechtlicher Sicht betont. Weder die Interpellantin noch der Bundesrat erkannten indes den Zusammenhang zwischen dem arbeitsrechtlichen Nachteil bezüglich Bonusanspruch und der vollständigen Inanspruchnahme des gesetzlich zustehenden Anspruchs auf Mutterschaftsurlaub und Mutterschaftsentschädigung.[15]

---

8 BGer, Urteil 8C_605/2016 vom 9. Oktober 2017, E. 7.1.

9 BGer, Urteil 8C_605/2016 vom 9. Oktober 2017, E. 7.2-7.4.

10 BECKER (Ohne Seitenangabe, Online-Publikation); FONTANA, S. 884; FRITSCH/MEIER, S. 277; HIRSCHI, S. 7.

11 KAUFMANN, Art. 3 GlG, N 96-98; LEMPEN/VOLODER (aktuelle Entwicklungen), S. 82; DORMANN, S. 767 (Alle Publikationen erschienen vor dem Urteil vom 25. Mai 2024).

12 Kritisch zum Urteil, aber ohne vertiefte Begründung ist GEISER (Rechtsprechung 2024/2025), S. 1250.

13 Siehe https://www.equality-law.ch/de/

14 25.3867 Interpellation Pochet Leanore vom 20.6.2025: "Mutterschaftsurlaub. Warum ein nur unvollständiger Schutz zwischen der 8. und der 14. Woche?".

15 Siehe den Text der Interpellation 25.3867 (Fn. 14) und die Antwort des Bundesrates vom 27. August 2025 (Siehe je: https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20253867, zuletzt besucht am 31. August 2026).

7 Nach Lehre und Rechtsprechung ist *unbestritten*, dass *Bonuszahlungen*, unabhängig davon, ob es sich um vertraglich vereinbarte oder freiwillige Leistungen der Arbeitgeberin handelt, zur Entlöhnung im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Gleichstellungsgesetz (GIG) gehören.[16] Wie bei allen anderen in Art. 3 Abs. 2 GIG genannten Arbeitsbedingungen dürfen Arbeitnehmende bei der *Entlöhnung* weder direkt noch indirekt aufgrund des Geschlechts, namentlich unter Berufung auf den Zivilstand, auf die familiäre Situation oder, bei Arbeitnehmerinnen, auf eine Schwangerschaft, *benachteiligt* werden. Der Begriff "Entlöhnung" ist dabei wie erwähnt weit zu verstehen.

2. Fragestellungen und Vorgehen

8 Aufgrund der geschilderten Ausgangslage ergeben sich die folgenden Fragen, die mit dem vorliegenden Gutachten beantwortet werden:

> *1. Wie sind im geltenden Arbeits- und Sozialversicherungsrecht schwangerschafts- und mutterschaftsbedingte Abwesenheiten geregelt (Anspruch auf Arbeitsbefreiung und Anspruch auf Lohn und Lohnersatzleistungen)?*
>
> *2. Ist es rechtlich zulässig, dass bei der Leistungsbeurteilung im Zusammenhang mit Ansprüchen auf Bonuszahlungen oder Beförderungen schwangerschafts- und mutterschaftsbedingte Abwesenheiten für die betroffenen Arbeitnehmerinnen in benachteiligender Weise berücksichtigt werden?*
>
> *3. Bestehen allenfalls Regulierungslücken und wie könnten diese geschlossen werden?*

9 Zur Beantwortung dieser Fragen bedürfen verschiedene Themen einer vertieften Analyse. Eine besondere Bedeutung haben Inhalt und Reichweite des in Art. 3 GIG verankerten *Verbotes der direkten und indirekten Diskriminierung* bei den *Inhalten* eines Arbeitsverhältnisses, wobei der Fokus gemäss der Auftraggeberschaft auf die *Entlöhnung* (in einem weiten Sinne verstanden) sowie *Beförderung* und andere Arbeitsbedingungen gelegt werden soll. Das GIG gehört zu den Erlassen, die gemäss dem Willen des (ursprünglichen) Gesetzgebers als autonom nachvollzogenes EU-Recht gelten. Das Bundesgericht berücksichtigt deshalb bei der Auslegung des GIG auch EuGH-Entscheidungen. Eine völkerrechtliche Verpflichtung besteht hierzu nicht. Vor diesem Hintergrund ist es zweckmässig, im Rahmen der vorliegenden Untersuchung auch eine Analyse der EuGH-Rechtsprechung zur Frage vor-

16 BGE 130 III 145; 126 II 217 E. 4.3.2;109 Ib 87 E. 3.; WETZSTEIN/WOLFENSBERGER, Art. 3 GIG, N 77; CARRON/CHATELANAT, S. 296 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322d OR, N. 6; KAUFMANN, Art. 3 GIG, N 96. Siehe dazu weiterführend hinten, Rz. 25 ff.

zunehmen, ob und inwieweit Arbeitgebende im Lichte des EU-Gleichstellungsrechts bei Bonus- und Beförderungsentscheiden schwangerschafts- und mutterschaftsbedingte Abwesenheiten berücksichtigen dürfen oder nicht. Ebenfalls eingegangen wird auf die Rechtsprechung des EGMR zu Mutterschafts- und Elternurlauben. Auch Impulse des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, CEDAW) werden soweit angebracht bei der Analyse berücksichtigt.

10 Besonders in den Blick genommen werden schliesslich geschlechtsspezifische Regelungen im Zusammenhang mit Schwangerschaft, Niederkunft und Mutterschaft(surlaub). Dieser Fokus erfordert eine Auseinandersetzung mit allen *arbeitsrechtlichen Bestimmungen (ArG und OR), die Regelungen bei Schwangerschaft/Niederkunft/Mutterschaft* vorsehen. Dabei interessiert, inwieweit und mit welcher gesetzgeberischen Begründung für die betroffenen Arbeitnehmerinnen Sonderregelungen getroffen wurden.

11 Die gleichheitsrechtliche Analyse wird durch einen (vertieften) Blick auf die *Regelungen zum Lohn und zu Lohnnebenleistungen im OR* ergänzt. Der Vollständigkeit halber sind auch die Regelungen zur *Lohnfortzahlung nach Art. 324a und 324b OR* und das Verhältnis zu den *Bestimmungen zur Mutterschaftsentschädigung* im Bundesgesetz über den Erwerbsersatz (EOG) in die Analyse einzubeziehen.

II.) Die Grundlagen im Gleichstellungsrecht

1. Rechtliche und tatsächliche Gleichstellung

12 Am 14. Juni 1981 wurde der Gleichstellungsartikel in Art. 4 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV) deutlich angenommen und im Rahmen der Revision der Bundesverfassung in Art. 8 Abs. 3 BV überführt.[17] Die Bestimmung verlangt, dass Männer und Frauen in allen Rechts- und Lebensbereichen auf Bundesebene, kantonaler und kommunaler Ebene "vollumfänglich" gleich zu behandeln sind.[18] Bereits zu Art. 4 Abs. 2 aBV stellte das Bundesgericht fest, Mann und Frau seien in allen Rechts- und Lebensbereichen sowie auf allen staatlichen Ebenen (Bund, Kanton und Gemeinde) gleich zu behandeln. Ausnahmen seien lediglich zulässig, wo "der aus dem Geschlecht sich ergebende biologische oder funktionale Unterschied" eine Gleichbehandlung absolut ausschliesse, wie dies etwa beim "Schutz der Frau als Mutter" der Fall sei.[19] Das Bundesgericht versteht in ständiger Rechtsprechung Art. 8 Abs. 3 BV als Differenzierungsverbot. Abweichungen vom Grundsatz der Gleichbehandlung sind nur

17 KAUFMANN, Art. 1 GIG, N 11; JOLLER, S. 44.

18 HOTZ, S. 4.

19 BGE 108 Ia 22 E. 5a.

zulässig, wenn biologische oder funktionale Unterschiede zwischen den Geschlechtern eine Gleichbehandlung ausschliessen.[20]

13 Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV verpflichtet den Gesetzgeber, für die rechtliche und *tatsächliche Gleichstellung*, vor allem in Familie, Ausbildung und *Arbeit* zu sorgen. In Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV ist zudem ein unmittelbar einklagbarer Anspruch auf gleiche Bezahlung für gleiche Arbeit verankert. Mit dem am 24. März 1995 erlassenen GlG wurde der Verfassungsauftrag hinsichtlich der Gleichstellung im Bereich Arbeit umgesetzt. Auch Art. 1 GlG legt den Fokus auf die tatsächliche Gleichstellung. Dazu dient unter anderem das in Art. 3 GlG verankerte Verbot sowohl der direkten als auch der indirekten Diskriminierung. Die sich bereits aus der Verfassung – und aus internationalen Abkommen[21] – ergebende Verpflichtung zur tatsächlichen Gleichstellung richtet sich nicht nur an den Gesetzgeber, sondern auch an die *rechtsanwendenden Behörden* im Rahmen der *Auslegung* von Gesetzen.[22]

14 Die völker- und verfassungsrechtlich geforderte tatsächliche Gleichstellung der Geschlechter wird in Art. 3 Abs. 3 GlG durch die Bestimmung gefördert, wonach angemessene Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung keine Diskriminierung darstellen.[23] Nach Lehre[24] und Rechtsprechung[25] werden solche Massnahmen auch "positive Diskriminierung" oder "positive Massnahmen"[26] genannt. Die Tragweite von Art. 3 Abs. 3 GlG ist umstritten. Namentlich sind der Bundesrat[27] und das Bundesgericht[28] der Auffassung, Art. 3 Abs. 3 GlG bilde für sich alleine noch keine hinreichende gesetzliche Grundlage für positive Massnahmen, was in der Lehre kritisiert wird.[29] Anerkannt ist heute, dass positive Massnahmen als Instrument zur Herstellung der tatsächlichen Gleichstellung sowohl in privatrechtlichen als auch öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen zulässig sind.

---

20 BGE 123 I 152 E. 3a; 129 I 265 E. 3.2; 134 V 131 E. 7.1; 138 I 265 E. 6.1; 140 I 305 E. 4.

21 Siehe namentlich Art. 11 CEDAW, dazu KÄGI-DIENER (AJP), S. 1452; BINDER/LEMPEN, Art. 11 CEDAW, N 90.

22 Botschaft zum GlG, BBl 1993 I 1293.

23 Wetzstein/Wolfensberger, Art. 3 GlG, N 141.

24 KOKOTT/EGLI, S. 1486.

25 BGE 123 I 152 E. 3c.

26 KAUFMANN, Art. 3 GlG, N 188.

27 Botschaft Gleichstellungsgesetz vom 24. Februar 1993, Bl 1993 I 1298.

28 BGE 131 II 361.

29 Siehe die Zusammenstellung der Lehrmeinungen bei Kaufmann, Art. 3 GlG, N 195, mit Verweis auch auf BVGer, Urteil A_8105/2016 vom 26. Juni 2018.

2. Benachteiligung wegen der Schwangerschaft und Mutterschaft als Diskriminierung

15 Art. 3 Abs. 1 GIG enthält ein als Benachteiligungsverbot formuliertes Diskriminierungsverbot.[30] Verboten ist eine direkt oder indirekt an das Geschlecht anknüpfende *benachteiligende Ungleichbehandlung* in einer *vergleichbaren Situation*, ohne dass es für die Ungleichbehandlung eine *sachliche Rechtfertigung* gibt.[31] Fehlt es an einer vergleichbaren Situation, ist eine Ungleichbehandlung nicht rechtfertigungsbedürftig.[32]

16 Das Bundesgericht beurteilt die Vergleichbarkeit von Sachverhalten streng. In gleichstellungsrechtlicher Hinsicht für Aufsehen sorgte die Entscheidung, wonach eine selbstständige Rechtsanwältin und Mutter während ihres Mutterschaftsurlaubes keinen Anspruch auf die sogenannte Betriebszulage hat, die selbstständigerwerbenden Dienstleistenden zusteht.[33] Vergeblich argumentierte die Beschwerdeführerin, das EOG verfolge einen einheitlichen Zweck, in dem ein angemessener Lohnersatz sowohl bei Militärdienst als auch bei Mutterschaft zu gewährleisten sei. Deshalb solle in beiden Fällen ein Anspruch auf eine Grundentschädigung von 80 Prozent des Einkommens bestehen. Die ausschliessliche Gewährung von Betriebszulagen an Dienstleistende sei eine indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Das Bundesgericht lehnte die Beschwerde ab. Es begründete dies damit, dass die Regelungen des EOG an unterschiedliche Sachverhalte anknüpfen: den Dienst, insbesondere Militärdienst, einerseits und die Mutterschaft andersseits. Zudem basierten die Mutterschaftsentschädigung und die Betriebszulagen auf verschiedenen verfassungsrechtlichen Kompetenznormen, was auf eine grundlegende Verschiedenheit hinweise. Das Gericht betonte, dass es in der Natur der Sache liege, dass nur Frauen Anspruch auf eine Mutterschaftsentschädigung haben könnten, während Männer diesen Anspruch nicht hätten.[34] Der Entscheid wurde in der Lehre teilweise kritisch diskutiert.[35] Der Gesetzgeber hat die Problematik erkannt und mit der Revision des EOG am 19. Dezember 2025 in Art. 16ter EOG neu ebenfalls einen Anspruch auf Betriebszulage für selbstständigerwerbende Mütter eingeführt.[36]

17 Nach der Rechtsprechung liegt eine *direkte Diskriminierung* gemäss Art. 3 Abs. 1 GIG vor, wenn sich eine Ungleichbehandlung ausdrücklich auf die Geschlechtszugehörigkeit oder auf

---

30 In der Marginalie zu Art. 3 steht "Diskriminierungsverbot", im Text von Art. 3 Abs. 1 GIG ist indes in Anlehnung an die EU-rechtliche Begrifflichkeit von einem Verbot der Benachteiligung die Rede.

31 Wetzstein/Wolfensberger, Art. 3 GIG. N 6.

32 HENSCH (Gleichstellungsgesetz), Rz. 2.5; SCHWESTERMANN, S. 127.

33 BGE 146 V 378.

34 Siehe zum Urteil PÄRLI/ZIMMERMANN, Art. 8 EOG, Rz. 35 ff.

35 JOLLER, S.408; PÄRLI/ZIMMERMANN, Art. 8 EOG, Rz. 36 f.; PERRENOUD (sécurité), N 10.

36 Aktuell (Juni 2026) steht das Inkrafttreten der neuen Bestimmung noch nicht fest, siehe https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2026/29/de#mod_u17 (zuletzt besucht am 31. August2026).

ein Kriterium stützt, das nur von einem der beiden Geschlechter erfüllt werden kann, und wenn sie sich nicht sachlich rechtfertigen lässt. Von einer *indirekten Diskriminierung* ist hingegen auszugehen, wenn eine formal geschlechtsneutrale Regelung im Ergebnis wesentlich mehr bzw. überwiegend Angehörige des einen Geschlechts ohne sachliche Rechtfertigung gegenüber jenen des anderen erheblich benachteiligt.[37]

18 Art. 3 Abs. 1 GIG erfasst Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts und nennt beispielhaft drei Lebenssituationen, bei deren Vorliegen eine Anknüpfung an das Geschlecht gegeben ist.[38] Es sind dies der Zivilstand, die familiäre Situation und die Schwangerschaft. Nicht ausdrücklich erwähnt ist die Mutterschaft. Diese lässt sich jedoch unter den Begriff "Familiäre Situation" subsumieren.[39] Zudem ist die Liste der Merkmale in Art. 3 Abs. 1 GIG nicht abschliessend, was sich aus dem Wort "namentlich" ergibt.[40]

19 Bei einer Benachteiligung aufgrund der Schwangerschaft oder Mutterschaft handelt es sich gemäss der wohl noch herrschenden Lehre immer um eine direkte Diskriminierung, da Schwangerschaft und (biologische) Mutterschaft nur bei einem Geschlecht vorliegen können.[41] Bei einer Benachteiligung bei Bonuszahlungen oder Beförderungen aus Gründen der Schwangerschaft oder Mutterschutz liegt demzufolge eine *direkte Geschlechtsdiskriminierung* vor, soweit die Benachteiligung nicht sachlich gerechtfertigt werden kann.

20 Diskriminierungen im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft kommen relativ häufig vor. Dies zeigt ein Blick in die Rechtsprechungsdatenbank unter www.equality-law.ch www.gleichstellungsgesetz.ch.[42] Von insgesamt knapp 2000 erfassen Verfahren betrafen 333 Fälle Diskriminierungsfragen im Zusammenhang mit einer Schwangerschaft[43] und 263 Konstellationen rund um die Mutterschaft[44].[45] Auch im Auftrag des EBG durchgeführte Studien belegen die erhöhte Gefahr einer Diskriminierung bei Schwangerschaft und

37 BGE 145 II 153 E. 4.3.5; 144 II 65 E. 4.1; 141 II 411 E. 6.1.2 mit Hinweisen.

38 Nicht von Art. 3 GIG erfasst ist nach Auffassung des Bundesgerichts eine Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung, siehe BGE 145 II 153 E. 4, mit Hinweisen auf die verschiedenen (und nicht übereinstimmenden) Lehrmeinungen.

39 HOTZ, S. 6, KAUFMANN, Art. 3 GIG, N 3 ff.; BGE 146 V 210 E. 5.2; BGer, Urteil 4A_208/2021 vom 16. Juli 2021, E. 3.2.

40 KAUFMANN, Art. 3 GIG, N 37; HENSCH (Gleichstellungsgesetz), Rz. 2.1.

41 KAUFMANN, Art. 3 GIG, N, 20; WETZSTEIN/WOLFENSBERGER, Art. 3 GIG, N 14; MADUZ, S. 152; HENSCH (Gleichstellungsgesetz), Rz. 2.10; UEBERSCHLAG, Rz. 36. Differenziert und kritisch zum vorherrschenden Geschlechterdiskurs und zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Mutterschaft ist (u.a.) JOLLER, S. 406 ff.

42 Die Datenbank https://www.equality-law.ch/de/ erfasst Fälle aus der Deutschschweiz.

43 Siehe https://www.equality-law.ch/de/datenbank/?ff-search=schwangerschaft (zuletzt besucht am 31. August2026)

44 Siehe https://www.equality-law.ch/de/datenbank/?ff-search=mutterschaft (zuletzt besucht am 31. August2026)

45 Auch ein Blick in die Datenbank der Entscheide aus der Romandie zeigt ein ähnliches Bild: http://www.leg.ch/jurisprudence/search&keywords=grossesse/ und http://www.leg.ch/jurisprudence/search&keywords=maternit%C3%A9/ (zuletzt besucht am 31. August2026).

Mutterschaft.[46] Als besonders heikel erweist sich dabei die Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub.[47] Auch in den Medien sind viele Berichte über Benachteiligungen in der Arbeitswelt von Schwangeren und Müttern zu lesen.[48]

2. Anwendungsbereich und Inhalt des Diskriminierungsverbotes

2.1 Anwendungsbereich des GIG

21 Die Bestimmungen des zweiten Abschnitts des GIG gelten für alle Arbeitsverhältnisse nach OR und nach öffentlichem Personalrecht (Art. 2 GIG). Auf die Ansprüche nach GIG kann sich also nur berufen, wer Arbeit im Rahmen eines Arbeitsvertrags nach Art. 319 ff. OR oder in einem öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis leistet. Wer in selbstständiger Stellung eine Arbeitsleistung erbringt, ist vom GIG nicht erfasst.[49] Die *analoge Anwendung des GIG* durch die Gerichte ist indes möglich, wenn und soweit ein entsprechender Schutzbedarf der die Arbeitsleistung erbringenden Person besteht.[50]

22 Während der Arbeitnehmendenstatus Voraussetzung der Geltendmachung eines Anspruchs nach GIG ist, sind die im konkreten Fall verantwortlichen *rechtlichen Arbeitgebenden* die Verpflichtungsadressaten. Arbeitgebender ist, wer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigt, hält Art. 11 des Bundesgesetzes über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrecht (ATSG) fest. Das gilt grundsätzlich im Anwendungsbereich des GIG. Nicht Verpflichtungsadressaten des GIG sind demzufolge bspw. Privat- oder Sozialversicherer.[51] Das Bundesgericht hat hierzu festgehalten, dass eine sich aus den Vorschriften des Bundesgesetzes über die berufliche Vorsorge (BVG) ergebende indirekte Diskriminierung der Frauen nicht vom GIG erfasst sei.[52]

23 Richtig ist, dass gegenüber den Vorsorgeeinrichtungen keine Ansprüche nach GIG möglich sind. Vorsorgeeinrichtungen sind keine Verpflichtungsadressaten des GIG. In der Lehre wird indes zurecht darauf hingewiesen, dass unterschiedliche Umwandlungssätze in der beruflichen Vorsorge das Diskriminierungsverbot nach GIG verletzen, da Vorsorgeleistungen der

---

46 LEMPEN/VOLODER (kantonale Rechtsprechung), S. 18; LEMPEN/VOLODER (bundesgerichtliche Rechtsprechung), S. 22 ff.

47 KAUFMANN, Art. 3 GIG, N 43.

48 Siehe bspw.: https://www.blick.ch/schweiz/muetter-auf-dem-arbeitsmarkt-oft-unerwuenscht-frau-schwanger-diskriminiert-id18369617.html.

49 VOLODER/FREIVOGEL, Art. 2 GIG, Rz. 22.

50 Siehe dazu die Literatur und Rechtsprechung zu arbeitnehmerähnlichen Personen, namentlich STEINER, S. 65 ff., sowie BGE 118 II 157; BGer, Urteil 9C_308/2017 vom 17. Mai 2018, E. 6.2.2 und insbesondere BGer, Urteil 4A_553/2008 vom 9. Februar 2009, E. 5.

51 HIRZEL/STUCKY, Art, 2 GIG, Rz. 4. Selbstverständlich unterstehen die Versicherer als Arbeitgebende ebenfalls den Vorschriften des GIG (im Verhältnis zu ihren Arbeitnehmenden).

52 BGer, Urteil 9C_165/2022 vom 16. März 2023, E. 5.2 und 5.3, siehe dazu CARDINAUX (Entwicklungen), S. 22.

Pensionskasse eng mit dem Arbeitsverhältnis verknüpft seien und deshalb unter den Lohnbegriff des GlG fallen. Arbeitnehmende haben folglich gegenüber den Arbeitgebenden einen Anspruch darauf, gleiche Vorsorgebedingungen im Zusammenhang mit ihrem Arbeitsverhältnis zu erhalten. [53]

2.2 Diskriminierungsgegenstände

2.2.1 Übersicht

[24] Art. 3 Abs. 2 GlG enthält ein umfassendes Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts während des ganzen Lebenszyklus eines Arbeitsverhältnisses.[54] Der Gesetzgeber erwähnt spezifisch die Anstellung, die Aufgabenzuteilung, die Gestaltung der Arbeitsbedingungen, die Entlöhnung, die Aus- und Weiterbildung sowie die Beförderung und die Entlassung. Die Aufzählung ist nicht abschliessend ("insbesondere").

2.2.2 Entlöhnung

[25] Der Anspruch auf diskriminierungsfreien Lohn für gleiche und gleichwertige Arbeit ist bereits in Art. 8 Abs. 3 Satz 3 enthalten[55] und wird in Art. 3 Abs. 2 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 lit. d GlG hinsichtlich der Rechtsfolgen (Anspruch auf Lohnnachzahlung) und Verfahren konkretisiert.[56] Unzulässig ist eine direkt oder indirekt auf das Geschlecht zurückzuführende nicht durch objektive Gründe gerechtfertigte Lohndifferenz bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit.[57] Bei ungerechtfertigter Lohndiskriminierung besteht ein Anspruch auf Nachzahlung der Differenz zwischen dem tatsächlichen und dem geschuldeten (diskriminierungsfreien) Lohn.[58]

[26] Der Begriff "Lohn" ist sehr weit zu verstehen. Er umfasst sowohl den vertraglich geltenden Grundlohn und einen allfälligen zusätzlichen Leistungslohn als auch zusätzliche Zahlungen der Arbeitgeberin, die in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen.[59] Auch freiwillige Leistungen der Arbeitgeberin, die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen, sind als Lohn im gleichstellungsrechtlichen Sinne zu qualifizieren.[60] Das betrifft ins-

---

53 GEISER (Gutachten), Rz. 4.9.

54 PÄRLI (Vertragsfreiheit), Rz. 1498.

55 KÄGI-DIENER, Art. 8 Abs. 3 BV, N 170; MADUZ, Rz. 351 ff.

56 Nach der Rechtsprechung geht das GlG hinsichtlich Lohngleichheit nicht über das hinaus, was bereits in der Verfassung enthalten ist, siehe BGE 126 II 417 E. 4a. Das GlG legt aber die Rechtsfolgen (Lohnnachzahlungspflicht) fest. Zur Konkretisierung im GlG siehe KAUFMANN, Art. 3 GlG, N 81.

57 BGE 144 II 65 E. 4.1; 130 III 145 E. 4.2; BGer, Urteil 4A_636/2020 vom 20. Juli 2021, E. 2, je mit weiteren Hinweisen.

58 BGE 130 III 145 E.6.3; 124 II 436 E. 10k; BGer, Urteil 4A_33/2021 vom 19. Juli 2021, E. 3.1.

59 WETZSTEIN/WOLFENSBERGER, Art. 3 GlG, N 79; KAUFMANN, Art. 3 GlG, N 90-94.

60 KAUFMANN, Art. 3 GlG, N 91.

besondere auch *freiwillige Bonuszahlungen*. Auf diese Thematik ist noch ausführlich einzugehen.[61] Gemäss Bundesgericht umfasst der Lohn im Sinne der verfassungsrechtlichen Lohngleichheit für Mann und Frau *sämtliche Entgelte* für Arbeitsleistungen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, soweit zwischen der entrichteten Leistung und der Arbeit ein enger Zusammenhang besteht.[62]

27 Nicht unter den Lohnbegriff des GIG fallen indes Spesen im Sinne von Art. 327a OR.[63] Für die Abgrenzung zwischen Lohn und Spesen ist sinnvollerweise auf die sozialversicherungsrechtliche Unterscheidung abzustützen. Auf dem Lohn sind Sozialversicherungsbeiträge abzuführen. Art. 5 Abs. 2 AHVG definiert den massgebenden Lohn. Spesen gehören nicht zum massgebenden Lohn und folglich sind auf Spesen auch keine Sozialversicherungsbeiträge geschuldet. Die Verordnung zum AHVG hält in Art. 9 Abs. 1 AHVV fest, dass Beiträge der Arbeitgeberin an tatsächlich entstandene, beruflich bedingte Unkosten nicht massgebenden Lohn darstellen. Abzugrenzen sind Unkosten von den Lebenshaltungskosten. Beteiligt sich eine Arbeitgeberin an den Lebenshaltungskosten der Arbeitnehmenden, handelt es sich um beitragspflichtigen Lohn. Werden überhöhte Spesenpauschalen ausgerichtet, ist der überhöhte Anteil sozialversicherungspflichtiger Lohn.

28 Werden jedoch Spesen an Arbeitnehmende in geschlechtsdiskriminierender Weise in unterschiedlicher Höhe ausgerichtet, verstösst auch dies gegen das GIG, da die Liste der Diskriminierungstatbestände in Art. 3 GIG nicht abschliessend ist. Auch könnten Spesenregelungen unter den Begriff der "Arbeitsbedingungen" subsumiert werden.

29 Lohnrelevanz im Sinne des GIG haben auch Vergütungen, die als Ausgleich für besondere Arbeitsbedingungen ausgerichtet werden. So hat das Verwaltungsgericht Zürich eine Regelung als (indirekt) geschlechtsdiskriminierend qualifiziert, die vorsah, dass die Pikettdienstzeit bei Assistenzärztinnen und -Ärzten als Arbeitszeit anerkannt wurde, nicht aber bei Operationsfachleuten. Letztere wurden als Angehörige eines typisch weiblichen Berufs anerkannt.[64]

2.2.3 Beförderung

30 Vom Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbotes nach GIG sind auch geschlechtsspezifische Benachteiligungen bei *Beförderungen* erfasst. Das Bundesgericht musste sich

61 Siehe dazu ausführlich hinten, Rz. 118 ff.

62 BGE 129 I 265; 126 II 217 E. 8a; 109 Ib 81 E. 4c, siehe auch BBl 2017 5507, Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann.

63 MADUZ, Rz. 346 f.

64 Verwaltungsgericht Zürich, ZH PB.2010.00064, Urteil vom 5. Oktober 2011, E. 5.4 u. E. 11.

bereits vor Jahren in mehreren Fällen mit geschlechtsspezifischen Nichtbeförderungen auseinandersetzen.[65] Auch finden sich mehrere "Beförderungsfälle" in der kantonalen Rechtsprechung.[66] Es zeigt sich dabei, dass Klagen wegen Beförderungsdiskriminierung kaum je erfolgreich waren.[67]

31 Im vorliegenden Zusammenhang sind insbesondere Beförderungsentscheide relevant, bei denen sich schwanger- und/oder mutterschaftsbedingte Abwesenheiten oder die Schwangerschaft/Mutterschaft an sich negativ auswirken. Wie die nachfolgenden Fälle zeigen, sind die Erfolgschancen von Diskriminierungsklagen in diesem Zusammenhang eher klein.

32 Eine Managerin eines weltweit tätigen Konzerns erfuhr nach der Geburt ihres Sohnes verschiedene Nachteile. Sie wollte sich die prozessrechtlichen Vorteile des GIG zu Nutze machen und stützte ihre Klage im Gesamtwert von über CHF 100 000 vollumfänglich auf das GIG. Das angerufene Kantonsgericht Zug erachtete sich indes als nicht zuständig, da sich nur ein Teil der Forderungen auf das GIG stützen liesse. Im Ergebnis lagen die Voraussetzungen für den direkten Weg ans Gericht ohne vorgängiges Schlichtungsverfahren nicht vor. [68] Soweit erkennbar, hat die Managerin den Fall nicht mehr weiterverfolgt.[69] Der Fall wurde vom Kantonsgericht Zug auch nicht an den "richtigen" Spruchkörper überwiesen.[70]

33 Ebenfalls nicht erfolgreich war eine auf das GIG gestützte Klage einer Marketingmitarbeiterin, der ein konzerninterner Stellenwechsel mit Beförderung im internationalen Marketing in Aussicht gestellt wurde. Angesichts einer Risikoschwangerschaft sah die Direktion von der geplanten Massnahme ab. In der Folge erhielt die Frau zunächst die Zusage, nach Mutterschaftsurlaub, Ferien und unbezahlter Freistellung mit einem 60%-Pensum zurückkehren zu können. Ihre Stelle wurde aufgrund von Krankheitsausfällen neu besetzt. Kurz vor Ende des Mutterschaftsurlaubs erfuhr sie von ihrem Vorgesetzten, dass weder ein schrittweiser Wiedereinstieg noch unbezahlter Urlaub möglich sei. Die angerufene Schlichtungsbehörde erwog, dass zwar der vorenthaltene Wechsel ins internationale Marketing nicht diskriminierend gewesen sei, jedoch der faktische Entzug des bisherigen Aufgabenbereichs. Angesichts des zerrütteten Verhältnisses erreichte die Schlichtungsbehörde eine Lösung mit Freistellung während einer dreimonatigen Kündigungsfrist bei voller Lohnzahlung. Zudem wurde

---

65 BGE 130 III 145; 127 III 207; BGer, Urteil 4A_249/2007 vom 16. November 2007; BGer, Urteil 4C.91/2005 vom 23. Mai 2005; BGer, Urteil 4C.276/2004 vom 12. Oktober 2004; zuletzt BGer, Urteil 4A_427/2023 vom 8. November 2023, E. 5.1. Zum Ganzen siehe auch KAUFMANN, Art. 3 GIG, N 150-152.

66 Siehe dazu die Untersuchung von LEMPEN/VOLODER (kantonale Rechtsprechung), S. 20, 29.

67 LEMPEN/VOLODER (kantonale Rechtsprechung), S. 29, 31.

68 Kantonsgericht Zug EV 2020 15 vom 15. März 2021, siehe zu diesem Entscheid HISCHIER, S. 245.

69 Dies entnimmt sich der Fallschilderung in der Datenbank https://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-2126.html (zuletzt besucht am 31. August 2026).

70 Kantonsgericht Zug, Urteil EV 2020 15 vom 15. März 2021, E. 4.

der Arbeitnehmerin ein wohlwollendes Arbeitszeugnis auf der Basis der sehr guten Zwischenzeugnisse ausgestellt.[71]

34 Das Bundesverwaltungsgericht musste sich mit der Nichtbeförderung einer Diplomatin des EDA auseinandersetzen. Die Klägerin begründete ihre Beschwerde gegen die Nichtbeförderung unter anderem damit, dass ihr durch schwangerschafts- und mutterschaftsbedingte Abwesenheiten sowie eine aus familiären Gründen erfolgte vorübergehende Reduktion des Pensums Nachteile entstanden.[72] Das Bundesverwaltungsgericht erachtet die Nichtbeförderungen für zulässig. Es liege weder eine geschlechterspezifische Diskriminierung noch Mobbing vor. Auch vor Bundesgericht scheiterte die Beschwerdeführerin.[73]

35 Die darlegten Fälle belegen die hohen Hürden einer erfolgreichen Klage wegen geschlechtsspezifischer Diskriminierung bei Beförderungen – insbesondere im Zusammenhang mit Schwangerschaft oder Mutterschaft.

3. EU-Rechtliche Aspekte

3.1 Kurzüberblick einschlägiger Rechtsquellen[74]

36 In der EU hat die Geschlechtergleichheit im Erwerbsleben einen sehr hohen Stellenwert. Der Anspruch auf Entgeltgleichheit ist in Art. 157 Abs. 1 und 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Union (AEUV)[75] verankert. Art. 157 Abs. 3 AEUV bildet die Kompetenzgrundlage für den Erlass legislativer Massnahmen. Zentral ist die RL 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen[76] in der die EU-Mitgliedstaaten zum Erlass umfassender gesetzlicher Bestimmungen zum Schutz vor Diskriminierung wegen des Geschlechts verpflichtet werden. Die RL 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Massnah-

71 Zürich, Schlichtungsbehörde nach Gleichstellungsgesetz, Verfahren 03/2019, https://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1932.html (zuletzt besucht am 31. August2026).

72 BVGer, Urteil A-2435/2018 vom 25. Juni 2019.

73 BGer, Urteil 8C_598/2019 vom 21. Januar 2021.

74 Für einen umfassenderen Überblick siehe PÄRLI (Gutachten), Rz. 19 ff.

75 Konsolidierte Fassungen des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (konsolidierte Fassung). Protokolle Anhänge des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union Erklärungen zur Schlussakte der Regierungskonferenz, die den am 13. Dezember 2007 unterzeichneten Vertrag von Lissabon angenommen hat Übereinstimmungstabellen, ABl. C 202 vom 7.6.2016, S. 1-388.

76 Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), ABL. L 204 vom 26.7.2006.

men zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz[77] verpflichtet Arbeitgebende unter anderem, Gefährdungen am Arbeitsplatz zu beurteilen und Schutzmassnahmen zu treffen, ohne Frauen auf dem Arbeitsmarkt zu benachteiligen. Zudem sind die EU-Staaten verpflichtet, einen mindestens 14 Wochen dauernden Mutterschaftsurlaub zu gewähren. Im Jahre 2019 hat der EU-Gesetzgeber mit der Richtlinie (EU) 2019/1158 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben[78] verbindliche Mindeststandards für alle EU-Mitgliedstaaten verabschiedet. Diese Richtlinie sieht unter anderem ein Recht auf bezahlten Elternurlaub für mindestens zwei Monate und auch einen zehntägigen Vaterschaftsurlaub vor.[79]

3.2 Relevante EuGH-Urteile

3.2.1 Unterschiedliche Taggelder – keine Diskriminierung mangels Vergleichbarkeit der Tätigkeiten

37 In der Rechtssache C-314/23[80] musste der EuGH klären, ob unterschiedliche Auslagenersatz-Taggelder für Pilotinnen und Piloten einerseits und Kabinenpersonal andererseits gegen die RL 2006/54/EG verstossen. In Frage stand eine indirekte Diskriminierung, da weit überwiegend mehr Männer zur Gruppe der Pilotinnen und Piloten zählte und das Kabinenpersonal fast ausschliesslich aus Frauen bestand. Grundlage der Entschädigungen bildeten Gesamtarbeitsverträge, welche die Arbeitgeberin je mit der Gewerkschaft der Pilotinnen und Piloten und der Gewerkschaft des Kabinenpersonals abgeschlossen hatte.

38 Der EuGH entschied – anders als dies der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen vorgeschlagen hatte[81] – dass Taggelder im vorliegenden Fall zum Entgelt im Sinne der RL 2006/54/EG zu zählen seien. Taggelder, die Arbeitgebende als pauschalen Ausgleich für Reiseauslagen zahlen, würden einen wirtschaftlichen Vorteil darstellen, was dem Entgeltbegriff im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. e RL 2006/54/EG entspreche.[82] Entscheidend sei, dass

77 Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Massnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (zehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der Richtlinie 89/391/EWG), ABl. L 348 vom 28. November 1992, S. 1-7.

78 Richtlinie (EU) 2019/1158 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates PE/20/2019/REV/1, ABl. L 188 vom 12. Juli 2019, S. 79-93.

79 Siehe zu den Inhalten der Vereinbarkeits-Richtlinie die Übersicht und Analyse bei WIETFELD/HINRICHSEN, S. 364 ff.

80 EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2024, Rs. C-314/23, ECLI:EU:C 224:842 (*Air Nostrum*).

81 EuGH, Schlussanträge Generalanwalt vom 6.6.2024, Rs. C-314/23, ECLI:EU:C:2024:475 (*Air Nostrum*).

82 EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2024, Rs. C-314/23, ECLI:EU:C 224:842 (*Air Nostrum*), Rn. 30.

die Zahlung aufgrund des Dienstverhältnisses erfolgt – nicht, ob sie eine konkrete Arbeitsleistung vergüte.[83] Die Rechtsprechung des EuGH zu anderen Richtlinien (z. B. Urlaubsberechnung oder Entsendung) stehe dem nicht entgegen, da diese Fälle andere Regelungsbereiche betreffen.[84] Pauschale Taggelder würden somit unter den Entgeltbegriff und nicht unter Arbeitsbedingungen nach Art. 14 Abs. 1 lit. c RL 2006/43/EG fallen.

39 Die Tatsache, dass die unterschiedlichen Taggelder in zwei verschiedenen Gesamtarbeitsverträgen ausgehandelt wurden, bildet gemäss den Schlussanträgen des Generalanwaltes an sich keinen Rechtfertigungsgrund.[85] Für den EuGH stellt sich die Frage der Rechtfertigung einer indirekten Diskriminierung gar nicht, denn das Kabinenpersonal und die Pilotinnen und Piloten würden offensichtlich nicht die gleiche Arbeit verrichten. Zudem könne in Anbetracht der für die Ausübung des Pilotenberufs erforderlichen Ausbildung und den mit diesem Beruf verbundenen Verantwortlichkeiten nicht davon ausgegangen werden, dass die Arbeit der Pilotinnen und Piloten mit derjenigen des Kabinenpersonals als gleichwertig im Sinne von Art. 4 der RL 2006/54/EG zu qualifizieren sei.[86] Im Ergebnis liegt für den EuGH keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vor.

3.2.2 Verhältnis zwischen Mutterschafts- und Elternurlaub

40 In Finnland hatten zwei Arbeitnehmerinnen einen Mutterschaftsurlaub bezogen und daraufhin einen unbezahlten Erziehungsurlaub für ihr erstes Kind angetreten. Sie wurden in diesem Zeitraum erneut schwanger. Dies führte dazu, dass die Arbeitgebenden die Mutterschaftsentschädigung für die zweite Schwangerschaft nicht mehr ausrichteten, da es an der entsprechenden Vorbeschäftigungszeit fehlte. Der EuGH erachtet eine solche Praxis als unvereinbar mit der RL 96/43/EG[87] (die Vorgänger-Richtlinie zur RL 2019/1158/EU).[88] Eine Arbeitnehmerin würde dadurch davon abgehalten, ihren Elternurlaub in Anspruch zu nehmen, wenn sie genau wisse, dass ihr dann für den Fall einer erneuten Schwangerschaft in diesem Elternurlaub kein Anspruch auf Mutterschaftsgeld zustünde. Dadurch sei die praktische Wirksamkeit der Richtlinie (Rahmenvereinbarung Elternurlaub) beeinträchtigt.[89] Elternurlaub und Mutterschaftsurlaub dürften sich nicht gegenseitig negativ bedingen. Dies würde

---

83 EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2024, Rs. C-314/23, ECLI:EU:C 224:842 (*Air Nostrum*), Rn. 38.

84 EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2024, Rs. C-314/23, ECLI:EU:C 224:842 (*Air Nostrum*), Rn. 35-37.

85 EuGH, Schlussanträge Generalanwalt vom 6. Juni 2024, Rs. C-314/23, ECLI:EU:C:2024:475 (*Air Nostrum*), Rn. 91 (ausführliche Begründung in den Rn. 82-90).

86 EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2024, Rs. C-314/23, ECLI:EU:C 224:842 (*Air Nostrum*), Rn. 42.

87 Richtlinie 96/34/EG des Rates vom 3. Juni 1996 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub (Richtlinie 96/34/EG).

88 EuGH, Urteil vom 13. Februar 2014, R. C-512/11 und C 514/11, ECLI:EU:C 2014:73 (*YTN*).

89 EuGH, Urteil vom 13. Februar 2014, R. C-512/11 und C 514/11, ECLI:EU:C 2014:73 (*YTN*), Rn. 38.

auch der ständigen Rechtsprechung des EuGH widersprechen, wonach ein durch Unionsrecht gewährleisteter Urlaub nicht den Anspruch auf einen anderen unionsrechtlich gewährleisteten Urlaub beeinträchtigen darf.[90]

41 Im Ausgangssachverhalt des von Spanien lancierten Vorabentscheidungsverfahrens Rs. C-673/22 war streitig, ob eine alleinerziehende Mutter neben ihrem Mutterschaftsurlaub gestützt auf EU-Recht auch ein Anspruch auf den dem anderen Elternteil zustehenden Elternurlaub geltend machen könne, da ansonsten eine Benachteiligung von Einelternfamilien vorliegen würde. Da die Umsetzungsfrist der Vereinbarkeits-Richtlinie 2019/1158/EU erst 2022 endete, wies der EuGH das Vorabentscheidungsersuchen Spaniens ab.[91] Der EuGH machte indes einige bemerkenswerte Ausführungen zum Verhältnis zwischen Mutterschafts- und Elternurlaub.

42 Gemäss Art. 5 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. b RL 2019/1158/EU besteht ein Anspruch auf eine viermonatige Freistellung von der Arbeit für Eltern nach der Geburt oder Adoption eines Kindes, um die Betreuung bis zum Erreichen eines maximalen Alters von acht Jahren zu ermöglichen. Der Vaterschaftsurlaub ist in Art. 4 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. a RL 2019/1158/EU definiert und umfasst eine zehntägige Arbeitsbefreiung für Väter oder – sofern nach nationalem Recht anerkannt – gleichgestellte zweite Elternteile, die direkt nach der Geburt des Kindes zur Betreuung und Pflege in Anspruch genommen werden muss. Der Mutterschaftsurlaub hingegen ist in Art. 8 RL 92/85/EWG geregelt und sieht für schwangere Arbeitnehmerinnen und Wöchnerinnen einen ununterbrochenen Urlaub von mindestens 14 Wochen vor, der sich auf die Zeit vor und/oder nach der Entbindung verteilt.

43 Der EuGH betont nun, dass Elternurlaub und Mutterschaftsurlaub unterschiedliche Zwecke verfolgen. Während der Elternurlaub den Eltern die Möglichkeit gebe, sich bis zu einem bestimmten Alter des Kindes um dessen Betreuung zu kümmern, diene der Mutterschaftsurlaub dem Schutz der körperlichen Verfassung der Mutter sowie der besonderen Bindung zwischen Mutter und Kind in der Phase nach Schwangerschaft und Entbindung. Diese Bindung soll nicht durch die gleichzeitige Berufsausübung beeinträchtigt werden.[92] Der EuGH hat diese Rechtsprechung auch auf Adoptionsfälle angewendet und es als europarechtskonform angesehen, dass bei Adoptiveltern zwischen Vätern und Müttern unterschieden

90 EuGH, Urteil vom 13. Februar 2014, R. C-512/11 und C 514/11, ECLI:EU:C 2014:73 (*YTN*), Rn. 42.

91 EuGH, Urteil vom 16. Mai 2024, Rs. C-673/22, ECLI:EU:C 2024:407 (*INSS (Congés d'une mère de famille monoparentale)*).

92 EuGH, Urteil vom 16. Mai 2024, Rs. C-673/22, ECLI:EU:C 2024:407 (*INSS (Congés d'une mère de famille monoparentale)*), Rn. 28-29, so auch schon EuGH, Urteil vom 14. April 2005, Rs. C-519/03, ECLI:EU:C 205:234 (*Kommission /Luxemburg*), Rn. 32.

wird.[93] In der Lehre wird zu Recht darauf hingewiesen, dass eine solche Argumentation stereotype Vorstellungen über die (erhöhte) Rolle der Mutter fördern.[94]

3.2.3 Anspruch auf Gratifikation bei Mutterschafts- bzw. Erziehungsurlaub

44 Eine Arbeitnehmerin erhielt in den Vorjahren jeweils eine freiwillige Weihnachtsgratifikation. Im Jahre 1996 lehnte die Arbeitgeberin die Zahlung ab, weil sich die Arbeitnehmerin nach dem Mutterschutz im Erziehungsurlaub befand. Das zuständige deutsche Gericht leitete ein Vorabentscheidungsverfahren ein. Der EuGH stellte im Einklang mit den Schlussanträgen des Generalanwaltes fest, dass die Weihnachtsgratifikation als Entgelt im Sinne von Art. 119 EG (heute: Art. 157 AEUV) zu qualifizieren ist. Die Freiwilligkeit der Zahlung steht dem nicht entgegen.[95] Die Nichtberücksichtigung von Zeiten des Beschäftigungsverbotes wegen der Mutterschaft für die Berechnung der Gratifikation stellt eine geschlechtsdiskriminierende Ungleichbehandlung dar.[96] Anders verhält es sich indes beim Erziehungsurlaub. Die Weigerung der Arbeitgeberin, eine freiwillige Sonderzuwendung auch während des Erziehungsurlaubes zu gewähren, stellt keine Diskriminierung dar.[97] Anders würde es sich indes dann verhalten, wenn die freiwilligen Zahlungen an Beschäftigungszeiten und Leistungen vor dem Erziehungsurlaub anknüpften. Hier darf der Anspruch nicht davon abhängig gemacht werden, ob im Auszahlungszeitpunkt eine aktive Beschäftigung vorliegt. [98]

45 Im Ergebnis gleich wie das schweizerische Bundesgericht knüpft der EuGH für die Frage der zulässigen Kürzung der Gratifikation an das Beschäftigungsverbot im nationalen Recht an. In Deutschland beträgt dieses wie in der Schweiz acht Wochen.[99] Der Mutterschaftsurlaub dauert ebenfalls wie in der Schweiz 14 Wochen.[100]

4. Schutz vor geschlechtsspezifischer Diskriminierung durch die EMRK

4.1 Vorbemerkungen

46 Die EMRK ist ein völkerrechtlicher Vertrag zum Schutze von Menschenrechten, welcher durch Ratifizierung für den entsprechenden Staat rechtsverbindlich wird. In den Art. 2 bis 14

---

93 EuGH, Urteil vom 16. Oktober 1983, Rs. C-163/82, ELI:EU:C 83:295 (*Kommission/Italien*), Rn. 16 f.

94 KOCHER, S. 309.

95 EuGH, Urteil vom 21. Oktober 1999, Rs. C-333/97, ECLI:EU:C 1999:512 (*Lewen*), Rn. 20-24.

96 EuGH, Urteil vom 21. Oktober 1999, Rs. C-333/97, ECLI:EU:C 1999:512 (*Lewen*), Rn. 51.

97 EuGH, Urteil vom 21. Oktober 1999, Rs. C-333/97, ECLI:EU:C 1999:512 (*Lewen*), Rn. 38.

98 EuGH, Urteil vom 21. Oktober 1999, Rs. C-333/97, ECLI:EU:C 1999:512 (*Lewen*), Rn. 47.

99 § 3 Gesetz zum Schutz von Müttern bei der Arbeit, in der Ausbildung und im Studium, Mutterschutzgesetz vom 23. Mai 2017 (BGBl. I S. 1228), das zuletzt durch Artikel 13 des Gesetzes vom 22. Dezember 2025 (BGBl. 2025 I Nr. 371) geändert worden ist (Mutterschutzgesetz - MuSchG).

100 Zu den Einzelheiten siehe hier: https://familienportal.de/familienportal/familienleistungen/mutterschaftsleistungen? (zuletzt besucht am 31. August2026).

EMRK sind grundlegende Freiheitsrechte verankert, die mit einem akzessorischen Diskriminierungsverbot in Art. 14 EMRK ergänzt werden.

47 Art. 1 EMRK verpflichtet die Vertragsstaaten, die in der Konvention und ihren Protokollen festgelegten Rechte allen Personen unter ihrer Hoheitsgewalt zu gewähren. Dies umfasst Unterlassungs- und Handlungspflichten.[101] Zu Letzteren zählt der Schutz vor Eingriffen Dritter.[102] Private sind zwar nicht direkt verpflichtet, doch der Staat muss sicherstellen, dass auch sie die EMRK-Rechte achten. Die Ratifikation der EMRK durch einen Staat zieht umfangreiche positive Schutzpflichten nach sich.[103] Zwar können nur Staaten in Strassburg wegen Verletzung von EMRK-Rechten eingeklagt werden.[104] Gegen ein letztinstanzliches Urteil eines nationalen Gerichts kann jedoch ungeachtet der zivil- oder öffentlich-rechtlichen Natur der Streitigkeit in Strassburg Beschwerde eingelegt werden. Auch in diesen Konstellationen beurteilt der EGMR, ob sich die beschwerdeführende Partei auf den Schutzbereich berufen kann und falls ja, ob der Eingriff in den Schutzbereich gerechtfertigt war.[105] Dies ist auch für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse von Bedeutung.[106]

48 Der EGMR hat in seiner Rechtsprechung die EMRK-Rechte (auch) im Zusammenhang mit Arbeits- und Sozialrechten regelmässig weit und im Lichte anderer Menschenrechtsgarantien ausgelegt (Grundsatz der evolutiven und integrativen Auslegung).[107] Die EMRK-Rechte bilden somit zusammen mit den in den Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation IAO (International Laborорganisation ILO) und in UN-Menschenrechtspakten verankerten Rechte eine Art "Weltarbeitsverfassung".[108]

49 Im vorliegenden Zusammenhang stehen Art. 8 und 14 EMRK im Zentrum des Interessens. Nach dem Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 EMRK hat "Jede Person (…) das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz". Ein Eingriff in dieses Recht ist nach Art. 8 Abs. 2 EMRK nur möglich, "soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum

101 MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, Art. 1 EMRK, N 5.

102 DEMIR, Rz. 107.

103 Siehe zur Bedeutung der EMRK-Schutzpflichten für das privatrechtliche Arbeitsverhältnis umfassend MÜLLER, S. 1 ff.

104 Das ergibt sich aus Art. 1 EMRK (Die Hohen Vertragsparteien sichern …) in Verbindung mit Art. 34 EMRK und dem Zusatzprotokoll über das Individualbeschwerdeverfahren. Private sind für das Verfahren in Strassburg nicht passivlegitimiert.

105 NUSSBERGER, S. 130 ff.

106 PÄRLI (Einwirkungen), Rz. 1035-1037.

107 ZIMMERMANN, N 777 m.w.H.

108 Weiteführend dazu PÄRLI (Kündigungsschutz), S.1541.

Schutz der Rechte und Freiheiten anderer". Art. 14 EMRK hält fest, dass die in der Konvention verankerten Rechte ohne Diskriminierung wegen des Geschlechts, Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewähren sind. Verboten ist gemäss der Rechtsprechung der EGMR nicht nur die direkte, sondern auch die indirekte Diskriminierung.[109] In seiner Rechtsprechung betont der EGMR, dass bei auf *das Geschlecht zurückzuführenden Ungleichbehandlungen* ein sehr strenger Rechtfertigungsmassstab gilt.[110]

50 Der EGMR hat Art. 8 EMRK in zahlreichen arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Fällen herangezogen und Konventionsverletzungen beurteilt.[111] In Verbindung mit dem akzessorischen Diskriminierungsverbot in Art. 14 EMRK hat der EGMR aus Art. 8 EMRK eine umfassende staatliche Schutzpflicht abgeleitet, die auch einen Schutz vor Anstellungsdiskriminierung und diskriminierender Kündigung beinhaltet.[112] Auch in sozialversicherungsrechtlichen Verfahren findet das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK Anwendung. Voraussetzung ist, dass ein staatlicher Akt eines der in der EMRK verankerten Rechte zwar nicht verletzt, aber hinreichend berührt. Es reicht, wenn die Gewährung oder Nichtgewährung einer Sozialversicherungsleistung von den Bestimmungen der EMRK erfasst sind.[113]

4.2 Relevante Rechtsprechung des EGMR

51 Der EGMR hat sich in mehreren Entscheiden mit der Unterscheidung zwischen Mutterschaftsurlaub und Elternurlaub auseinandergesetzt. Aus Art. 8 EMKR lässt sich kein Urlaubsanspruch ableiten. Eine auf dem Merkmal des Geschlechts basierende Ungleichbehandlung bei der Gewährung von Urlauben erfordert indes eine spezifische Rechtfertigung.

4.2.1 Noch kein Konsens zum gleichberechtigten Anspruch auf Elternurlaub (1998)

52 Ein erstes Mal musste sich der EGMR 1998 mit der Thematik auseinandersetzen.[114] Im Ausgangsverfahren vereinbarten Eltern, dass die Mutter weiterhin berufstätig bleiben und der Vater die Betreuung des gemeinsamen Kindes übernehmen sollte. Zum Zeitpunkt des

---

109 EGMR, vom 2. Februar 2016, Appl. Nr. 7186/09, Di Trizio gegen die Schweiz, § 44, 88.

110 EGMR, vom 25. Mai 1985, Appl. Nr. 9214/80, Abdulaziz, Cabales und Balkandali gegen das Vereinigte Königreich, § 78, KUNZ/ZIMMERMANN, Art. 14 EMRK, Rz. 25 und 75. Siehe weiter zur Rechtsprechung des EGMR zu Fällen der Geschlechterdiskriminierung: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Gender_Equality_ENG (zuletzt besucht am 31. August2026).

111 Siehe dazu "Factsheets" des Gerichtshofes zu arbeitsrechtlichen Fällen hier: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_work_eng?download=true und zu sozialrechtlichen Fällen hier: https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_social_rights_eng (je besucht am 30.09.2026).

112 PÄRLI (EuZA), S. 225 ff.

113 Siehe exemplarisch EGMR, vom 7. November 2013, Appl. Nr. 10441/06, Pichkur gegen Ukraine; EGMR, vom 11. Oktober 2022, Appl. Nr. 78630/12, Beeler gegen die Schweiz.

114 EGMR, vom 27. März 1998, Appl. Nr. 20458/92, Petrovic gegen Österreich.

Falls im Jahr 1989 sah das österreichische Recht vor, dass Mütter Anspruch auf ein achtwöchiges Wochengeld sowie auf eine Entschädigung während eines einjährigen Elternurlaubs hatten. Die Behörden verweigerten dem Vater jedoch die Zahlung des Karenzurlaubsgeldes, da dieses gesetzlich ausschliesslich Müttern zustand. Der EGMR sah darin keine Verletzung von Art. 8 i.V.m. Art. 14 der EMRK. Der Mutterschaftsurlaub diene der Erholung der Mutter und dem allfälligen Stillen. Zweck des Elternurlaubes sei indes die persönliche Betreuung des Kindes im Anschluss an den Mutterschaftsurlaub.[115] Es bestehe noch kein Konsens unter den Mitgliedstaaten, wonach ein Elternurlaub auch Vätern zu gewähren sei.[116]

4.2.2 Verweigerung Elternurlaub an Väter ist diskriminierend

53 In der "post-Petkovic-Rechtsprechung" hat der EGMR in mehreren Fällen die Verweigerung des Elternurlaubes an Väter als konventionswidrig beurteilt. Der erste Fall im Jahr 2012 betraf einen in der Armee angestellten alleinerziehenden Vater.[117] Obschon gemäss anwendbarem russischem Recht Mütter Anspruch auf drei Jahre Elternurlaub hatten, wurde ihm dieser von den russischen Gerichten verweigert, weil er ein Mann sei und diese Ungleichbehandlung wegen des Sonderstatusverhältnisses im Militär gerechtfertigt werden könne. Der EGMR verwies auf die Ausnahme im Fall Petrovic sowie verschiedene Menschenrechtsgarantien, die geschlechtsspezifische Diskriminierung verbieten.[118] Auch stellte der EGMR fest, dass sich mittlerweile die Situation in Europa stark verändert habe. So gewährten die meisten europäischen Staaten Elternurlaub für beide Elternteile, wobei der EGMR auf die Regelungen einer Vielzahl europäischer Staaten verwies.[119] Indessen anerkannte der EGMR aufgrund der unterschiedlichen Ansätze der Konventionsstaaten einen weiten Ermessensspielraum, insbesondere weil der Fall auch das Militär und somit die nationale Sicherheit betraf.[120] Eine Begründung einer geschlechterbezogenen Ungleichbehandlung darf jedoch in diesem Bereich nicht lediglich mit Tradition, sozialen Gegebenheiten oder stereotypen Rollenbildern begründet werden.[121] Folglich stellte der EGMR eine Verletzung von Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK fest.[122]

---

115 EGMR, vom 27. März 1998, Appl. Nr. 20458/92, Petrovic gegen Österreich, § 36.
116 EGMR, vom 27. März 1998, Appl. Nr. 20458/92, Petrovic gegen Österreich, § 40.
117 EGMR, vom 22. März 2012, Appl. Nr. 30078/06, Konstantin Markin gegen die Russische Föderation.
118 EGMR, vom 22. März 2012, Appl. Nr. 30078/06, Konstantin Markin gegen die Russische Föderation, § 49-61.
119 EGMR, vom 22. März 2012, Appl. Nr. 30078/06, Konstantin Markin gegen die Russische Föderation, § 71 ff.
120 EGMR, vom 22. März 2012, Appl. Nr. 30078/06, Konstantin Markin gegen die Russische Föderation, § § 126, 134, 148.
121 EGMR, vom 22. März 2012, Appl. Nr. 30078/06, Konstantin Markin gegen die Russische Föderation, § 142-143.
122 EGMR, vom 22. März 2012, Appl. Nr. 30078/06, Konstantin Markin gegen die Russische Föderation, § 158-163.

54 Sehr ähnliche Erwägungen stellte der EGMR in einem weiteren russischen Fall an.[123] Hier ging es um drei Angestellte der Polizei, denen kein Anspruch auf Elternurlaub gewährt wurde, obschon sie tatsächlich für die Betreuung des Kindes zuständig waren und die Kindesmütter einer Erwerbstätigkeit nachgingen bzw. aus gesundheitlichen Gründen dazu nicht in der Lage waren. Das russische Recht sah vor, dass weibliche Angestellte voraussetzungslos Elternurlaub beziehen können, während Männer nur Anspruch auf einen solchen haben, wenn die Kindesmutter nicht für die Betreuung des Kindes aufkommen kann.[124] Der EGMR verwarf das Argument der Regierung, die Ungleichbehandlung sei zur Aufrechterhaltung der Funktionalität der Polizei notwendig, weil die Regelung überhaupt keine Unterscheidung hinsichtlich der konkreten Funktion der einzelnen betroffenen Personen im Polizeikorps zuliess.[125] Auch in diesem Fall lag somit eine Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK vor.[126]

55 Einem rumänischen Polizisten wurde der Antrag auf Bezug des Elternurlaubssaldos seiner Frau und Mutter des gemeinsamen Kindes abgelehnt.[127] Die Mutter wollte nicht die ganze Dauer des Elternurlaubes beziehen, da sie ansonsten ihre Festanstellung bei ihrer Arbeitgeberin gefährdet hätte. Auch für das involvierte rumänische Verfassungsgericht stellt die Verweigerung des Elternurlaubes an Väter eine geschlechtsspezifische Ungleichbehandlung dar, für die es keine objektiven und vernünftigen Gründe gibt.[128] Eine Entschädigung für die erlittene Diskriminierung wurde indes durch das nationale Gericht verweigert, was gemäss EGMR zu einer Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK führt.[129]

4.2.3 Keine Aussage zur notwendigen Dauer des Mutterschaftsurlaubes, aber …

56 Der EGMR hat in den zuvor dargestellten Fällen eine Differenzierung zwischen Mutterschafts- und Elternurlaub vorgenommen. Der Mutterschaftsurlaub diene der Erholung der Mutter. Zur notwendigen Dauer des Mutterschaftsurlaubes hat sich der EGMR nicht geäussert. Auch findet sich keine EGMR-Rechtsprechung zur Frage, ob der Bezug des Mutterschaftsurlaubes ab der 9. Woche für die Bonus-Berechnung einer Arbeitnehmerin im nachteiligen Sinne berücksichtigt werden dürfe.

---

123 EGMR, vom 6. Juli 2021, Appl. Nr. 66180/09, Gruba und andere gegen die Russische Föderation.
124 EGMR, vom 6. Juli 2021, Appl. Nr. 66180/09, Gruba und andere gegen die Russische Föderation, § 5 ff.
125 EGMR, vom 6. Juli 2021, Appl. Nr. 66180/09, Gruba und andere gegen die Russische Föderation, § 58 ff.
126 EGMR, vom 6. Juli 2021, Appl. Nr. 66180/09, Gruba und andere gegen die Russische Föderation, § 87 ff.
127 EGMR, vom 2. Oktober 2012, Appl. Nr. 33411/05, Hulea gegen Rumänien.
128 EGMR, vom 2. Oktober 2012, Appl. Nr. 33411/05, Hulea gegen Rumänien, § 41.
129 EGMR, vom 2. Oktober 2012, Appl. Nr. 33411/05, Hulea gegen Rumänien, § 44, 48.

57 Wenn jedoch ein Staat wie die Schweiz einen Mutterschaftsurlaub gewährt[130], lässt sich aus den konventionsrechtlichen Schutzpflichten eine Verpflichtung ableiten, dafür zu sorgen, dass der Mutterschaftsurlaub tatsächlich bezogen werden kann. Es wird zu prüfen sein, ob Nachteile bei der Bonusgewährung oder anderen Rechten aus einem Arbeitsverhältnis wegen des Bezugs des (vollen) Mutterschaftsurlaubes im Ergebnis eine Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK darstellen.[131]

5. Zusammenfassendes Zwischenfazit

58 Die Gutachtensfragen zielen darauf ab, die rechtliche Zulässigkeit geschlechtsspezifischer Unterschiede bei Bonuszahlungen, Lohn(neben)leistungen, Beförderungen und anderen Arbeitsbedingungen – insbesondere im Kontext von Schwangerschaft und Mutterschaft – zu klären. Im Mittelpunkt der bisherigen Ausführungen stehen dabei Inhalt und Grenzen des Diskriminierungsverbotes nach Art. 3 GlG mit Blick auf die Frage, ob und inwieweit schwangerschafts- oder mutterschaftsbedingte Abwesenheiten beim Lohn und bei Leistungsbeurteilungen berücksichtigt werden dürfen. Schwangerschaft und Mutterschaft werden als geschlechtsspezifische Merkmale verstanden, die eine direkte Diskriminierung begründen können, wenn für die benachteiligende Ungleichbehandlung keine sachliche Rechtfertigung vorliegt. In der bisherigen (spärlichen) Rechtsprechung wird betont, dass Bonuszahlungen und Beförderungen unter den Begriff der Entlöhnung bzw. Arbeitsbedingungen fallen (Art. 3 Abs. 2 GlG) und somit dem Diskriminierungsverbot unterliegen.

59 Sowohl für die schweizerischen Gerichte als auch für den EuGH ist die Nichtberücksichtigung des achtwöchigen Arbeitsverbots nach der Niederkunft für freiwillige Leistungen der Arbeitgeberin unzulässig. Anders soll es sich in der Schweiz beim Mutterschaftsurlaub ab der 9. Woche nach der Niederkunft verhalten. Es stelle, so die bisherige Rechtsprechung, keine Diskriminierung dar, wenn diese Zeiten bei der Bonusberechnung nicht berücksichtigt würden. Aus der Analyse der bisherigen Rechtsprechung des EGMR zum Elternurlaub, lassen sich keine unmittelbaren Rückschlüsse auf die Frage schliessen, ob eine Differenzierung innerhalb des Mutterschaftsurlaubes in eine Phase des achtwöchigen Arbeitsverbotes und die darauffolgenden Wochen 9 - 14 im Lichte der EMRK zulässig ist. Ob die Nachteile, die einer Arbeitnehmerin durch den Bezug des ganzen Mutterschaftsurlaubes entstehen, eine Verletzung der EMRK darstellen, wird nach einer noch vorzunehmenden vertieften Auseinandersetzung mit Inhalt und Rechtsnatur des Bonusanspruches zu diskutieren sein.

---

130 Zu erwähnen ist an dieser Stelle, dass die Schweiz als einer der wenigen europäischen Staaten keinen Elternurlaub kennt, siehe dazu den Forschungsbericht "Elternurlaubsmodelle. Systematische Auslegeordnung empirischer Evidenzen und Machbarkeit einer gesamtwirtschaftlichen Kosten-Nutzen-Betrachtung" zum Postulat 21.3961 "Volkswirtschaftliches Gesamtmodell (Kosten-Nutzen) von Elternzeitmodellen", S. 16 ff. (https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2021/20213961/Bericht%20BR%20D.pdf (zuletzt besucht am 31. August 2026)).

131 Siehe dazu hinten, Rz. 144.

60 Im nun folgenden Teil werden die arbeitsrechtlichen Sonderbestimmungen bei Schwangerschaft, Niederkunft und Mutterschaft erörtert. Es wird aufgezeigt, ob und wie das Arbeitsvertragsrecht (OR) und das ArG diese Phasen regeln. Es wird insbesondere zu prüfen sein, inwieweit die bestehende Zweiteilung des Mutterschaftsurlaubs (Arbeitsverbot vs. freiwilliger Urlaub) mit dem Grundsatz der tatsächlichen Gleichstellung vereinbar ist und ob die aktuellen Regelungen Lücken aufweisen, die eine Benachteiligung von Müttern als Arbeitnehmerinnen begünstigen.

III.) Arbeitsrechtliche Sonderbestimmungen bei Schwangerschaft, Niederkunft und Mutterschaft

1. Regelungen im OR

1.1 (Keine) Sonderbestimmung: Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR

61 Nach Art. 324a OR besteht bei *unverschuldeter Verhinderung* an der Arbeitsleistung aus personenbedingten Gründen wie Krankheit, Unfall, Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht oder Ausübung eines öffentlichen Amtes für beschränkte Zeit ein Lohnfortzahlungsanspruch gegenüber der Arbeitgeberin. Der Lohnfortzahlungsanspruch beträgt im ersten Dienstjahr drei Wochen und danach "eine angemessene längere Zeit" (Art. 324a Abs. 2 OR). In der Praxis wird diese angemessene längere Zeit nach den sogenannten Berner-, Basler- und Zürcherskalen bestimmt. Gemeinsames Merkmal der Skalen ist die Berücksichtigung der Diensttreue, d.h., je länger das Arbeitsverhältnis andauert, desto länger ist auch die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin.[132]

62 Es liegt auf der Hand, dass auch eine Schwangerschaft oder Mutterschaft einen "personenbedingten" Grund einer Verhinderung an der Arbeitsleistung darstellen kann. Der Gesetzgeber entschied sich indes im Rahmen der Reform des OR im Jahre 1971 dazu, in Art. 324a Abs. 3 OR die Tatbestände "Schwangerschaft" und "Niederkunft" als eigenständige Gründe für die Verhinderung an der Arbeitsleistung aufzuführen.[133] Im Zusammenhang mit der Einführung der Mutterschaftsversicherung im Jahre 2005 wurde die "Niederkunft" als Tatbestand einer Lohnfortzahlungspflicht gestrichen.[134]

---

132 Zum Ganzen ausführlich PÄRLI/PETRIK, Rz. 177 ff.

133 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels^{bis} des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag) (Vom 25. August 1967), BBl 1967 II 241, 332. Mit der eigenständigen Aufnahme des Tatbestandes "Schwangerschaft" wurde auch die Frage des Verschuldens der Arbeitsunfähigkeit wegen einer Schwangerschaft "umschifft".

134 Parlamentarische Initiative Revision Erwerbsersatzgesetz. Ausweitung der Erwerbsersatzansprüche auf erwerbstätige Mütter Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 3. Oktober 2002, BBl 2002 7550. Zur Bedeutung dieser Streichung und zur Frage, ob die Mutterschaftsversicherung als "obligatorische Versicherung" im Sinne von Art. 324b OR zu zählen ist, siehe hinten, Rz. 67 ff.

63 Die Streichung der "Niederkunft" in Art. 324a Abs. 3 OR führt zur Frage, wie es sich mit dem Lohnfortzahlungsanspruch während des nach Art. 35a Abs. 3 ArG[135] zwingend geltenden achtwöchigen Arbeitsverbots verhält. Sofern eine Arbeitnehmerin keine Mutterschaftsentschädigung beziehen kann, besteht während der acht Wochen ein Lohnfortzahlungsanspruch.[136] Die "Verhinderung an der Arbeit" ist personenbedingt und basiert auf einer gesetzlichen Vorschrift (Arbeitsverbot). Zudem ist die Betreuung eines Neugeborenen auch eine gesetzliche Pflicht.[137] Voraussetzung der Lohnfortzahlung ist jedoch, dass der Lohnfortzahlungsanspruch im fraglichen Dienstjahr noch nicht ausgeschöpft ist.

64 Die Schwangerschaft an sich führt nicht zu einem Lohnfortzahlungsanspruch. Voraussetzung ist vielmehr, dass die Schwangerschaft aus gesundheitlichen Gründen zu einer Arbeitsunfähigkeit führt.[138] An dieser Stelle offenbart sich eine gleichstellungsrechtlich relevante Frage. Die geltende Rechtslage berücksichtigt nicht, dass nur Frauen, nicht aber Männer schwanger werden können. Zwar ist die Schwangerschaft an sich keine Krankheit. Dennoch kann die Schwangerschaft zu einer Arbeitsunfähigkeit führen. Das ist gleichheitsrechtlich relevant, da die Regelung eine relevante Unterscheidung zwischen den Geschlechtern nicht berücksichtigt. Da der Lohnfortzahlungsanspruch zeitlich limitiert ist (eine beschränkte Zeit), hat dies zur Folge, dass der Lohnfortzahlungsanspruch für schwangere Arbeitnehmerinnen für andere in Art. 324a OR genannte Absenzen im Ergebnis geringer ist. Das Bundesgericht hat es indes im Jahre 1992 – also noch vor Erlass des Gleichstellungsgesetzes – abgelehnt, aus Art. 324a Abs. 3 OR einen eigenständigen Lohnfortzahlungskredit für Schwangerschaft (und damals auch Niederkunft) anzuerkennen.[139]

65 Die gleichstellungsrechtlich relevante Nichtberücksichtigung der Schwangerschaft könnte nur durch die Gewährung eines *zusätzlichen Lohnfortzahlungskredites* für schwangerschaftsbedingte Absenzen korrigiert werden. Zwar decken in den meisten Arbeitsverhältnissen von Arbeitgebenden abgeschlossene Kollektiv-Krankentaggeldversicherungen das Risiko der gesundheitlich bedingten Arbeitsunfähigkeit ab. Auch Arbeitsunfähigkeit im Zusammenhang mit der Schwangerschaft ist in aller Regel miterfasst. Das Risiko von Einkom-

135 Zu Art. 35a Abs. 2 ArG siehe hinten, 100 ff.

136 HENSCH (Gleichstellungsgesetz), Rz. 2.107-109; PERRENOUD (maternité), S. 1186; POPA, S. 21; LINGGI, Art. 16b EOG, N 67.

137 WETZSTEIN, S. 319.

138 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b OR, N 16; BGer, Urteil 4C_36/2007 vom 26. März 2007, E. 4.2.

139 BGer, Urteil vom 2. Dezember 1992, Zivilrechtliche Abteilung, auszugsweise publiziert in JAR 1993, S. 349.

menslücken während der Schwangerschaft besteht demnach vor allem für Arbeitnehmerinnen in Betrieben ohne Krankentaggeldversicherungsschutz sowie während der Probezeit, in der regelmässig ohnehin kein Anspruch auf Lohnfortzahlung besteht.[140]

66 Es gibt indes auch Situationen, in denen eine Arbeitsunfähigkeit aus Gründen einer Krankheit einerseits und im Zusammenhang mit einer Schwangerschaft und Niederkunft anderseits gleichbehandelt werden muss. Streitig war hierzu eine kantonale Regelung, die bei Aufschub des Mutterschaftsurlaubs wegen Spitalaufenthalts des Neugeborenen den Anspruch auf Lohnfortzahlung bei gesundheitlicher Beeinträchtigung der Mutter im Zusammenhang mit der Niederkunft ausschloss. Das Bundesgericht erwog, im Allgemeinen trete eine gesundheitliche Arbeitsunfähigkeit als Folge einer Krankheit oder eines Unfalles ein. Bei der Beschwerdeführerin sei jedoch die Niederkunft Ursache der Arbeitsunfähigkeit. Beiden Konstellationen sei gemeinsam, dass die Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung auf gesundheitlichen Gründen beruhe. Es gebe keinen sachlichen Grund, einer Arbeitnehmerin, welche aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage ist, zu arbeiten, den Lohnersatz zu verwehren, bloss weil der Grund der gesundheitlich bedingten Arbeitsunfähigkeit im Nachgang zu einer Geburt und nicht als Folge einer Krankheit oder eines Unfalles eintrete.[141]

1.2 Die Mutterschaftsversicherung: (K)eine obligatorische Versicherung im Sinne von Art. 324b OR

67 Gemäss Art. 324b Abs. 1 OR sind Arbeitgebende von der Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR befreit, wenn die für die beschränkte Zeit geschuldeten Versicherungsleistungen aus einer *obligatorischen Versicherung* mindestens vier Fünftel des Lohnes decken. Sind die Versicherungsleistungen geringer, so haben Arbeitgebende die Differenz zwischen diesen und vier Fünfteln des Lohnes zu entrichten (Art. 324b Abs. 2 OR), wenn die Voraussetzungen gem. Art. 324a OR erfüllt sind und nur für die dort genannte beschränkte Zeit.[142] Falls die Leistungen der obligatorischen Versicherung erst nach einer Wartezeit ausgerichtet werden, schuldet die Arbeitgeberin für diese Zeitspanne ebenfalls vier Fünftel des Lohnes (Art. 324b Abs. 3 OR).

68 Als Leistungen obligatorischer Versicherung im Sinne von Art. 324b OR gelten Taggelder und Renten der Unfallversicherung[143], Taggelder und Renten der Invalidenversicherung[144],

---

140 Der Bundesrat sieht auch deshalb keinen Handlungsbedarf für eine Ausdehnung der Mutterschaftsentschädigung auf die Phase vor der Geburt, siehe dazu "Mutterschaftsurlaub. Erwerbsunterbrüche vor der Geburt". Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 15.3793 Maury Pasquier vom 19. Juni 2015; Bern, 2. März 2018, https://www.buerobass.ch/fileadmin/Files/2018/BSV_2018_ErwerbsunterbruecheGeburt_ArtikelCHSS_d.pdf (zuletzt besucht am 31. August 2026).

141 BGE 142 II 425 E. 5.3.

142 Weiterführend PÄRLI/PETRIK, Rz. 393-396.

143 Art. 16 f. UVG und Art. 18 ff. UVG.

144 Art. 22 ff. IVG und Art. 28 ff. IVG.

Taggelder und Renten der Militärversicherung[145], EO-Entschädigungen für Dienstleistende[146] und für Eltern, die Anspruch auf eine Betreuungsentschädigung haben[147], sowie Leistungen deren Anspruch auf einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag beruhen[148].

69 Ob es sich auch bei der Mutterschaftsversicherung um eine obligatorische Versicherung im Sinne von Art. 324b OR handelt, ist umstritten. Falls die Frage bejaht wird, müssen die Arbeitgebenden bei Löhnen von monatlich mehr als CHF 8250[149] die Differenz zwischen der Mutterschaftsentschädigung und vier Fünftel des Lohnes bezahlen.

70 Folgt man dem Willen des historischen Gesetzgebers, ist die Frage zu verneinen. Im Gesetzgebungsprozess wurde festgehalten, dass die neu eingeführte Mutterschaftsentschädigung die nachgeburtlichen Leistungen der Arbeitgebenden vollumfänglich ersetzen.[150] Konsequenterweise ist die EO-Mutterschaftsentschädigung nicht unter die obligatorischen Versicherungen nach Art. 324b OR zu subsumieren.[151] Richtigerweise spricht sich indes die Mehrheit in der Lehre dafür aus, dass die Mutterschaftsentschädigung von der Ausgleichspflicht in Art. 324b Abs. 2 und 3 OR erfasst ist.[152] Die Mutterschaftsversicherung ist Teil der Erwerbsersatzordnung (EO). Zumindest bezüglich der Beitragspflicht ist die EO fraglos eine obligatorische Versicherung.[153] Eine Ungleichbehandlung bei Art. 324b OR zwischen Mutterschaftsentschädigung und der Entschädigung bei Dienstleistungen ist zudem mit dem verfassungsrechtlichen und auf dem GIG beruhenden Anspruch auf Lohngleichheit nicht zu vereinbaren.[154]

1.3 Schutz vor Kündigung während Schwangerschaft und nach der Niederkunft

71 Im schweizerischen Arbeitsrecht hat die Vertragsfreiheit einschliesslich der Kündigungsfreiheit einen hohen Stellenwert.[155] Kündigungsfristen, Schutz vor missbräuchlicher Kündigung

145 Art. 28 ff. MVG und Art. 40 ff. MVG.

146 Art. 1a ff. EOG.

147 Art. 16n ff. EOG, siehe dazu Botschaft Angehörigenbetreuung, 4138, 4149; KÄMPF, 16s EOG, N 10.

148 GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz. 445a.

149 Siehe Art. 16f EOG.

150 Parlamentarische Initiative, Revision EOG, BBl 2002 7550.

151 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b OR, N 16; STAEHELIN, Art. 324a OR, N 16 a, N 6.

152 PORTMANN/RUDOLPH, Art. 324b OR, N 6 sowie Art. 324a OR, N 36-39, mit Hinweisen aus die (weiteren) befürwortenden Stimmen in der Lehre in N 39.

153 Art. 27 EOG.

154 So u.a. PERRENOUD (maternité), S. 1179 f.

155 GEISER (Konzern), S. 1519.

und der zeitliche Kündigungsschutz nach Art. 336c OR schränken indes die Kündigungsfreiheit nicht unerheblich ein.[156] Die in Art. 336c OR aufgeführten Sperrfristen bezwecken den Schutz der Arbeitnehmenden. Das Arbeitsverhältnis soll nicht in Phasen gekündigt werden dürfen, in denen wegen einer Arbeitsunfähigkeit die Aussicht auf eine neue Stelle höchst ungewiss ist.[157] Eine innerhalb der Sperrfristen nach Art. 336c Abs. 1 lit. a bis d OR ausgesprochene Kündigung ist nichtig (Art. 336c Abs. 2 OR).

72 Gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. c OR darf die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis während der Schwangerschaft und in den 16 Wochen danach nicht künden. In Art. 336c Abs. 1 lit. c^{bis} bis lit.$c^{quinquies}$ wirken sich auch der verlängerte Mutterschaftsurlaub, der Betreuungsurlaub sowie Urlaube im Zusammenhang mit dem Tod der Mutter oder des anderen Elternteils auf die Sperrfristen aus.[158]

73 Während der Schwangerschaft (und nach der Niederkunft) besteht nicht zwangsläufig eine Arbeitsunfähigkeit. Die Kündigungsschonfrist wird vielmehr mit der *fehlenden Konkurrenzfähigkeit der schwangeren Arbeitnehmerin* auf dem Arbeitsmarkt begründet. Gemäss Bundesgericht und bundesrätlicher Botschaft zu Art. 336c Abs. 1 lit. c OR erscheint es unwahrscheinlich, dass eine schwangere Arbeitnehmerin von einer neuen Arbeitgeberin am Ende der ordentlichen Kündigungsfrist angestellt werden könnte.[159]

74 Der Schutz vor einer Kündigung während der Schwangerschaft und nach der Niederkunft ist bemerkenswert, denn gemäss Art. 3 Abs. 2 GlG stellt die Nichtanstellung einer Arbeitnehmerin wegen ihrer Schwangerschaft oder Mutterschaft eine unzulässige Diskriminierung dar. Aus diesem Grund darf die Arbeitslosenversicherung einer schwangeren arbeitslosen Versicherten die Vermittlungsfähigkeit auch nicht absprechen. Das Bundesgericht hält dazu vielmehr fest, es sei unzulässig, die Vermittlungsfähigkeit mit dem Hinweis auf die zu geringe Wahrscheinlichkeit, dass eine Arbeitgeberin die Versicherte siebeneinhalb Wochen vor der Geburt anstellen würde, abzusprechen. Damit würde den in Frage kommenden Arbeitgebenden eine diskriminierende Haltung unterstellt, die als gesetzwidriges Verhalten nicht zur Begründung beigezogen werden dürfe.[160]

---

156 PÄRLI (Mythos), S. 718.

157 Botschaft zur Volksinitiative "betreffend Kündigungsschutz im Arbeitsvertragsrecht" und zur Revision der Bestimmungen über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Obligationenrecht vom 9. Mai 1984, BBl 1984 II 621.

158 Zu alldem: MEIER-GUBSER, S. 56.

159 BBl 1984 II 628; BGE 139 I 57 E. 4.2; 128 III 212 E. 2c und 3a, BGer, Urteil 4A_479/2021 vom 29. April 2022, E. 4.1.

160 BGE 146 V 210 E. 5.1 und 5.2. Siehe zu diesem Urteil die Reflexionen von JOLLER, S. 407.

1.4 Freistellung während Mutterschaftsurlaub

75 Die Einführung der durch die Erwerbsersatzordnung auszurichtende Mutterschaftsentschädigung während 14 Wochen nach der Niederkunft im Bundesgesetz über den Erwerbsersatz (EOG) bedurfte einer Ergänzung einer Bestimmung im Arbeitsvertragsrecht, wonach die betreffenden Arbeitnehmerinnen während der Zeit des Anspruchs auf EO-Mutterschaftsentschädigung von der Arbeitspflicht befreit sind. Mit Art. 329f OR hat der Gesetzgeber die entsprechende Grundlage geschaffen. Die Bestimmung gewährt Arbeitnehmerinnen nach der Niederkunft einen Anspruch auf einen Mutterschaftsurlaub von 14 Wochen. Bei Hospitalisierung des Neugeborenen unmittelbar nach der Geburt entsteht ein um maximal 56 Tage verlängerter Anspruch auf EO-Entschädigung. Auch in dieser Zeitspanne ist die Arbeitnehmerin von der Arbeitspflicht befreit (Art. 329f Abs. 2 OR) und hat einen entsprechend längeren Anspruch auf EO-Mutterschaftsleistungen.[161] Weiter führt der Tod des anderen Elternteils zu einer EO-Entschädigung und korrespondierend zu einer Arbeitsbefreiung (Art. 329f Abs. 3 OR).

1.5 Ferienkürzung

76 Art. 329a OR hält fest, dass Arbeitgebende den Arbeitnehmenden für jedes Dienstjahr wenigstens vier Wochen (bezahlte) Ferien zu gewähren haben. Bei einem unvollständigen Dienstjahr besteht ein proportionaler Anspruch. Daraus folgt, dass der Ferienanspruch durch Arbeit "verdient" werden muss. Zweck der Ferien ist die Erholung von der Arbeit. Daraus ergibt sich auch, dass zwischen gesundheitlich bedingter Abwesenheit, die der Erholung vom Gesundheitsproblem dient und Ferienabwesenheit (Erholung von der Arbeit) unterschieden werden muss. Das hat zur Folge, dass eine Arbeitsunfähigkeit während des Ferienbezugs zum Recht[162] führt, die entsprechenden Tage nachzubeziehen.[163]

77 Schwangerschaft und Niederkunft führen *nicht zu einem längeren Ferienanspruch*. Die Frage, ob sich Abwesenheiten während der Schwangerschaft und nach der Niederkunft auf die Länge des Ferienanspruchs auswirken, beantwortet Art. 329b OR. Diese Bestimmung regelt, unter welchen Voraussetzungen der *Ferienanspruch gekürzt bzw. nicht gekürzt* werden darf.

78 Art. 329b Abs. 1 und 2 OR regeln die Kürzungsfolgen bei *verschuldeter* und bei *personenbedingter unverschuldeter* Verhinderung an der Arbeitsleistung. Keine verschuldete Abwesenheit liegt bei einem unbezahlten Urlaub vor; während dieser Zeitspanne wird gar kein

---

161 Diese Änderung wurde per 1. Juli 2021 eingeführt, zuvor war die Frage umstritten, ob im Falle eines Aufschubes der Mutterschaftsentschädigung eine Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin galt, siehe dazu BGE 142 II 425.

162 STAEHELIN, Art. 329d OR, N 12; BGE 107 II 433 E. 3a.

163 PRINZ/GEEL, Art. 329a OR, N 17; BGer, Urteil 4A _319/2019 vom 17. März 2020, E. 7.

Ferienanspruch erworben. Liegt eine eigentliche Verhinderung an der Arbeitsleistung vor, kommt es auf die Ursache an. Fällt diese in die Risikosphäre der Arbeitgeberin (z.B. bei wirtschaftlichen Krisen), liegt kein Verschulden der arbeitnehmenden Person vor und die Ferien dürfen nicht gekürzt werden. Eine verschuldete Verhinderung (bspw. ein Gefängnisaufenthalt) bewirkt eine Kürzung des Ferienanspruches um einen Zwölftel für jeden vollen Monat der Verhinderung, wobei diese nur erfolgt, wenn die verschuldete Abwesenheit mehr als einen Monat betragen hat.

79 Art. 329b Abs. 2 OR regelt die Voraussetzungen für die Kürzung des Ferienanspruchs bei unverschuldeter und personenbedingter Verhinderung an der Arbeit. Der Gesetzgeber nennt exemplarisch Krankheit, Unfall, Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht, Ausübung eines öffentlichen Amtes oder Inanspruchnahme von Jugendurlaub. Beträgt eine solche Verhinderung insgesamt *nicht mehr als zwei Monate*, darf der Ferienanspruch nicht gekürzt werden.

80 In Art. 329b Abs. 3 lit. a bis e OR sind privilegierte Tatbestände aufgeführt, bei deren Vorliegen der Ferienanspruch überhaupt nicht oder erst nach drei vollen Monaten Abwesenheit gekürzt werden darf. Eine *schwangerschaftsbedingte Abwesenheit* führt nur zur Kürzung, wenn die Abwesenheit *insgesamt mehr als drei Monate* dauerte. Zu *keiner Kürzung* führt der Mutterschaftsurlaub, der Urlaub des anderen Elternteils, der Urlaub im Falle des Todes der Mutter, der Betreuungsurlaub oder der Adoptionsurlaub.[164] Zu ergänzen ist: Die Tatbestände nach Art. 329b Abs. 2 und 3 lit. a OR können nicht kumuliert werden.[165]

81 Die Begründung der besonderen Berücksichtigung der Schwangerschaft und Mutterschaft bezüglich Ferienkürzung liegt auf der Hand. Der Ferienanspruch wird mit geleisteter Arbeit verdient. Schwangerschaftsbedingte Abwesenheit, die Zeitspanne des Arbeitsverbotes und des Mutterschaftsurlaubes sollen hinsichtlich Ferienanspruch gar nicht bzw. erst nach drei Monaten (schwangerschaftsbedingte Arbeitsunfähigkeit) zu einer Kürzung des Ferienanspruches führen. Der Gesetzgeber berücksichtigt somit implizit, dass nicht nur geleistete Arbeit, sondern auch Schwangerschaft und Mutterschaft einen Anspruch auf (weitgehend ungekürzte) Ferien vermitteln.

1.6 (K)ein Sonderanspruch auf verlängerte Toilettenpausen bei Schwangerschaft/Mutterschaft

82 Das Kantonsgericht Neuenburg musst sich im Sommer 2024 mit der Frage beschäftigen, ob ein Unternehmen das Recht hat, von den Mitarbeitenden zu verlangen, dass diese während

164 PIETRUSZAK/RABAEUS, Art. 329b, N 11.

165 REHBINDER/STÖCKLI, Art. 329b OR, N 4. Anders verhält es sich mit den Tatbeständen in Art. 329b Abs. 3 lit. c bis e OR, hier sind keine Kürzungen zulässig, somit besteht bei Bezug einer dieser Urlaube noch immer Anspruch auf die Schonfristen nach Art. 329b Abs. 2 OR.

Toilettenpausen ausstempeln und somit Toilettenzeit nicht als Arbeitszeit gilt. Die Vollzugsbehörde des Arbeitsgesetzes erachtete diese Praxis als Verstoss gegen die Vorschriften zum Schutz der Gesundheit und Persönlichkeit. Gegen die entsprechenden Verfügungen legte die Arbeitgeberin Beschwerde ein. Das angerufene Kantonsgericht kam zum Schluss, Toilettenbesuche wären keine bezahlten Arbeitsunterbrüche. Es würde auch keine an die Höchstarbeitszeit anzurechnende Arbeitszeit vorliegen, da sich die Arbeitnehmenden nicht zur Verfügung der Arbeitgeberin halten müssten.[166]

83 Ganz geheuer war dem Gericht diese Schlussfolgerung nicht. Es wies darauf hin, dass die Stempelpflicht unter dem Gesichtspunkt des Verbots der Geschlechtsdiskriminierung nach Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 GIG problematisch sei, insbesondere weil Frauen während der Menstruation vermehrt die Toilette aufsuchen müssten. Eine generelle Stempelpflicht sei daher unverhältnismässig. Das Gericht forderte von der Arbeitgeberin eine Lösung, um diese Diskriminierung zu verhindern, ohne allerdings konkrete Leitplanken dafür aufzuzeigen.[167]

84 In medizinischer Hinsicht ist erhärtet, dass Frauen während der Schwangerschaft unter einem erhöhten Harndrang leiden.[168] Die Pflicht zum Ausstempeln für die Toilettenpause führt zu einer Lohnreduktion und ist im Lichte von Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 GIG unzulässig. In diese Richtung zielt auch eine parlamentarische Motion, die eine Verankerung eines generellen Anspruchs auf eine Toilettenpause im Arbeitsgesetz fordert. Der Bundesrat lehnt den Vorstoss u.a. mit der Begründung ab, die Bezahlung von Pausen sei eine arbeitsvertragliche Regelung, die in der Regel durch das Betriebsreglement oder einen Gesamtarbeitsvertrag bestimmt werde. Zudem wären Arbeitgebende verpflichtet, den Arbeitnehmenden jederzeit Toiletten zur Verfügung zu stellen, die den gesetzlichen Anforderungen entsprächen. Ausserdem stelle das Thema in den meisten Unternehmen kein Problem dar und es bestehe keine Notwendigkeit, die Bundesgesetzgebung zu ändern.[169]

1.7 Zwischenfazit

85 Es zeigt sich, dass im Arbeitsvertragsrecht wenige Bestimmungen spezifisch die Lebenssachverhalte Schwangerschaft und Mutterschaft regeln. Es gibt indes geschlechtsspezifische Sachverhalte, für die im Arbeitsrecht keine Sonderbehandlung vorgesehen ist. In jüngster Zeit wird in der Literatur und auf rechtspolitischer Ebene die Einführung eines

166 Kantonsgericht Neuenburg CDP.2024.36 vom 27. Juni 2024.

167 Kantonsgericht Neuenburg CDP.2024.36 vom 27.Juni 2024, E. 5d.

168 Quelle statt vieler: LOPES VAN BALEN VA, VAN GANSEWINKEL TAG, DE HAAS S ET AL.: Maternal kidney function during pregnancy: systematic review and meta-analysis. Ultrasound Obstet Gynecol. 2019;54(3):297-307. doi: 10.1002/uog.20137.

169 Motion 24.4369 zur Einhaltung des Arbeitsgesetzes von Giorgio Fonio vom 16. Dezember 2024, https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20244369 (zuletzt besucht am 31. August2026).

Menstruationsurlaubes für Frauen diskutiert, die unter besonders ausgeprägten Menstruationsbeschwerden leiden.[170]

86 Bemerkenswert ist die Antwort des Bundesrats auf eine Interpellation, in der eine Nationalrätin eine stärkere Berücksichtigung spezifischer Frauengesundheitsthemen (auch) im Arbeitsverhältnis forderte. Der Bundesrat sieht keinen Handlungsbedarf. Die Verpflichtungen zum Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz würden unabhängig vom Geschlecht der Arbeitnehmenden gelten. Gesundheitsprobleme könnten sich jedoch geschlechtsspezifisch manifestieren. Diesfalls hätte die Arbeitgeberin auf die Belastung und die besonderen Bedürfnisse betroffener Frauen Rücksicht zu nehmen und im Rahmen der Möglichkeiten angemessene Massnahmen zu ergreifen.[171]

2. Regelungen im ArG

2.1 Vorbemerkungen zur Entwicklung des Schwangerschafts- und Mutterschutzes im Arbeitsgesetz

87 Der Schutz von Frauen im Arbeitsrecht ist von Ambivalenz geprägt: Einerseits sollte er sie vor Ausbeutung und gesundheitlichen Risiken bewahren, andererseits festigte er oft traditionelle Rollenbilder und schränkte ihre Berufsfreiheit ein.[172] Im schweizerischen Fabrikgesetz von 1877 wurde verankert, dass Frauen "unter keinen Umständen" zur Nachtarbeit herangezogen werden durften. Das Nachtarbeitsverbot für Frauen ist auch Gegenstand des von der Schweiz ratifizierten ILO-Übereinkommens Nr. 89. Erst die Revision des Arbeitsgesetzes 1998 brachte einen grundlegenden Wandel. Ausgelöst durch den Verfassungsgrundsatz der Gleichbehandlung (Art. 4 Abs. 2 aBV) wurde das absolute Nachtarbeitsverbot für Frauen in der Industrie aufgehoben. In diesem Zusammenhang kündigte die Schweiz auch das ILO-Übereinkommen Nr. 89.[173]

88 Im Fabrikgesetz von 1877 wurde in Art. 15 Abs. 3 auch ein Beschäftigungsverbot für schwangere Frauen in gesundheitsschädlichen Industriezweigen und ein achtwöchiger Schutzzeitraum um die Geburt eingeführt. Das Fabrikgesetz von 1914 strich zwar den Schutz vor der Geburt, hielt aber am sechs- bis achtwöchigen Beschäftigungsverbot nach der Geburt sowie einem Kündigungsverbot während dieser Zeit fest. Mit der Einführung des Arbeitsgesetzes im Jahre 1964 wurde der Sonderschutz für Schwangere und Mütter in

---

170 Siehe z.B. https://www.etui.org/publications/menstruation-menopause-motherhood-relentless-challenges-working-women (zuletzt besucht am 31. August 2026).

171 Interpellation Nr. 25.3819, Moser Tiana Angelina, Bessere Frauengesundheit reduziert Fehlzeiten am Arbeitsplatz, Antwort des Bundesrates vom 20. August 2025, https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20253819 (zuletzt besucht am 31. August 2026).

172 Dazu illustrativ und mit weiteren Hinweisen: JOLLER, S. 117; BAUMGARTNER, S. 298.

173 JUNGHANSS, Rz. 888 f.

Art. 35 ArG verankert und später durch die Art. 35a und 35b ArG sowie Präzisierungen auf Verordnungsstufe ergänzt.[174]

89 Bestimmungen zum Schutz der Arbeitnehmerinnen bei Schwangerschaft und Niederkunft/Mutterschaft dürfen sich nicht nachteilig auf Chancengleichheit und Gleichberechtigung auswirken. Dieser Imperativ entnimmt sich auch der CEDAW. Art. 11 Abs. 2 lit. d CEDAW verlangt explizit den Schutz schwangerer Frauen vor Gesundheitsgefährdungen am Arbeitsplatz. In Art. 11 Abs. 3 CEDAW ist indes die Verpflichtung der Vertragsstaaten verankert, ihre Schutzgesetze regelmässig an wissenschaftliche Erkenntnisse anzupassen. Es soll vermieden werden, das Vorurteil der Frau als "schwaches Geschlecht" zu perpetuieren.[175]

2.2 Überblick und Anwendungsbereich der Schwangerschaft- und Mutterschutzbestimmungen

90 Die Bestimmungen zum öffentlich-rechtlichen Mutterschutz im ArG und den dazugehörigen Verordnungen umfassen den Schutz der Gesundheit von schwangeren Frauen, Wöchnerinnen und stillenden Müttern. Gleichzeitig werden die Voraussetzungen geregelt, unter denen diese Arbeitnehmerinnen beschäftigt werden dürfen.

91 Art. 35 ArG regelt den Gesundheitsschutz bei Mutterschaft, Art. 35a die Modalitäten der Beschäftigung während der Schwangerschaft, nach der Niederkunft und während der Stillzeit und Art. 35b ArG beinhaltet Vorschriften zur Ersatzarbeit und dem Lohnanspruch, wenn Nachtarbeit Ende Schwangerschaft und nach der Niederkunft verboten ist. Die Ausführungsbestimmungen finden sich in den Art. 60 bis 65 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1), in Art. 34 der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (ArGV 3) sowie in der Mutterschutzverordnung (MuSchV).[176]

92 Die Kontrolle der Einhaltung der Bestimmungen und die Sanktion bei Regelverstössen erfolgt durch die für den Vollzug des ArG zuständigen Behörden.[177] Auf Grundlage der Rezeptionsklausel gem. Art. 342 Abs. 2 OR sind die Schutzvorschriften für Arbeitnehmerinnen während der Schwangerschaft und bei Mutterschaft auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen anwendbar und können zivilrechtlich durchgesetzt werden.[178]

---

174 WYLER, Art. 35 ArG, N 1 ff.

175 BINDER/LEMPEN, Art. 11 CEDAW, N 70.

176 Eine sehr anschauliche Übersicht der Schutzbestimmungen im Verlaufe einer Schwangerschaft/Niederkunft/Mutterschaft findet sich hier: https://wegleitung.ekas.ch/uebersicht-wegleitung/angaben-zu-weiteren-erlassen/angaben-zum-arbeitsgesetz-arg/sonderschutz-fuer-arbeitnehmende-im-arg/sonderschutz-von-schwangeren-frauen-und-stillenden-muettern#content-additions (zuletzt besucht am 31. August2026).

177 Vollzug siehe Art. 41 ff. ArG.

178 HENSCH (Gleichstellungsgesetz), S. 9 f.; JUNGHANSS, Rz. 1766.

93 Das Arbeitsgesetz ist gemäss Art. 1 auf alle öffentlichen und privaten Betriebe anwendbar. Die Ausnahmen zum betrieblichen und persönlichen Geltungsbereich finden sich in den Art. 2-4 ArG. Die Gesundheitsvorschriften gelten nach Art. 3a ArG indes auch für die Verwaltung des Bundes, der Kantone und der Gemeinden sowie für einen Teil derjenigen Personen, die vom persönlichen Geltungsbereich des ArG gemäss Art. 3 ArG ausgenommen sind. Konkret betrifft dies Arbeitnehmende, die eine höhere leitende Tätigkeit oder eine wissenschaftliche oder selbstständige künstlerische Tätigkeit ausüben und "Lehrer an Privatschulen sowie Lehrer, Fürsorger, Erzieher und Aufseher in Anstalten".[179] Ebenfalls nicht in den Genuss der Schutzbestimmungen nach Art. 35a und 35b ArG kommen all diejenigen Frauen, die für Arbeitgebende tätig sind, deren Betriebe vom Geltungsbereich des ArG ausgenommen sind (Art. 2 ArG i.V.m. Art. 3a ArG).

94 Art. 3a ArG verweist "nur" auf Art. 6 ArG (allgemeiner Gesundheitsschutz), auf Art. 35 ArG (Gesundheitsschutz bei Mutterschutz) und auf Art.36a ArG (Kompetenzgrundlage für Sonderbestimmungen anderer Berufsgruppen). Die Bestimmungen in Art. 35a und 35b ArG zur Beschäftigung (einschliesslich Beschäftigungsverbot) und zur Lohnfortzahlung und Ersatzarbeit bei Mutterschaft fallen nicht darunter. Dies hat zur Folge, dass Art. 35a und 35b ArG (also unter anderem das achtwöchige Beschäftigungsverbot!) namentlich für höhere leitende Angestellte nicht gelten.[180] Wie sich dies auf den Bonusanspruch auswirkt, wird noch näher zu analysieren sein.[181]

2.3 Schutz der Gesundheit bei Schwangerschaft und Mutterschaft (Art. 35 ArG)

95 Art. 35 ArG beinhaltet drei Absätze. Im ersten Absatz wird der Grundsatz festgehalten, dass die Arbeitgeberin schwangere Frauen und stillende Mütter so zu beschäftigen und ihre Arbeitsbedingungen so zu gestalten hat, dass ihre Gesundheit und die Gesundheit des Kindes nicht beeinträchtigt werden. Der zweite Absatz ermächtigt den Verordnungsgeber, die Beschäftigung schwangerer Frauen und stillender Mütter für beschwerliche und gefährliche Arbeiten aus gesundheitlichen Gründen zu untersagen oder von besonderen Voraussetzungen abhängig zu machen. Die entsprechenden Vorschriften finden sich in der ArGV 1, 3 und in der MuSchV.[182]

96 Vorliegend von besonderem Interesse ist der dritte Absatz von Art. 35 ArG. Wenn schwangere Frauen und stillende Mütter aufgrund von Vorschriften nach Absatz 2 (bzw. auf Ver-

179 Die ausschliessliche Erwähnung der männlichen Form entspricht nach wie vor dem Gesetzestext.

180 JUNGHANSS, Rz. 896.

181 Siehe dazu hinten, Rz. 1.

182 Art. 63 und 64 ArGV 1 in Verbindung mit der MuSchV.

ordnungsstufe konkretisiert) bestimmte Arbeiten nicht verrichten können, haben sie Anspruch auf 80 Prozent des Lohnes, samt einer angemessenen Vergütung für ausfallenden Naturallohn, soweit ihnen die Arbeitgeberin keine gleichwertige Ersatzarbeit zuweisen kann.

97 Eine Ersatzarbeit gilt als gleichwertig, wenn sie unter Berücksichtigung aller relevanten Faktoren – wie Arbeitsvertrag, persönliche und fachliche Qualifikationen der Arbeitnehmerin, betriebliche Möglichkeiten der Arbeitgeberin sowie der aus gesundheitlichen Gründen begrenzte Zeitraum – insgesamt der vertraglich vereinbarten Tätigkeit entspricht. Zusätzlich muss sie den Anforderungen am üblichen Arbeitsplatz entsprechen, darf die schwangere oder stillende Arbeitnehmerin nicht übermässig belasten, weder demütigend noch abwertend wirken und nicht darauf abzielen, die Arbeitnehmerin von ihrem ursprünglichen Arbeitsplatz zu verdrängen.[183] Erfüllt die Arbeit die genannten Voraussetzungen, kann die Arbeitnehmerin diese noch immer ablehnen, sie verliert dann allerdings ihren Lohnersatzanspruch nach Art. 35 Abs 3 ArG.

98 Falls die Arbeitgeberin einer schwangeren oder stillenden Arbeitnehmerin keine gleichwertige Ersatzarbeit anbieten kann, hat diese Anspruch auf 80 Prozent des üblichen festen *und variablen Lohns* sowie auf eine angemessene Entschädigung für etwaig entgangenen Naturallohn.[184] Dieser Ersatzlohn wird nicht an den Lohnfortzahlungskredit nach Art. 324a OR angerechnet.[185] Der Anspruch beläuft sich indes anders als bei Art. 324a Abs. 1-3 OR nicht auf 100% sondern auf 80%. Die Dauer des Ersatzlohnanspruchs ist im Unterschied zu Art. 324a Abs. 1-3 OR unabhängig von der Anzahl Dienstjahre. Der Ersatzlohnanspruch endet bei Wegfallen der Gefährdung bzw. dem Angebot einer Ersatzarbeit und mit dem Beginn des Anspruchs auf eine Mutterschaftsentschädigung nach EO.[186]

99 Die Regelung in Art. 35 Abs. 1-3 ArG stellt insgesamt eine "lex Schwangerschaft/Mutterschaft" dar. Die Ursache der ausbleibenden Arbeitsleistung ist nicht eine Verhinderung an der Arbeitsleistung wegen der Schwangerschaft an sich, sondern ein vom Gesetz- und Verordnungsgeber gewollter Schutz der Mutter und des Kindes vor Gesundheitsgefährdung. In die Pflicht genommen werden die Arbeitgeberin und die betroffene Arbeitnehmerin durch die Bestimmungen zur Ersatzarbeit bzw. zur Lohnzahlungspflicht ohne Arbeit als Gegenleistung bei fehlendem Angebot einer Ersatzarbeit.

---

183 WYLER, Art. 35 ArG, N 22.

184 ArbG ZH, AN 060122 vom 10. April 2006, zu finden in: Entscheide des ArbGer ZH 2006, Nr. 9; BGer, Urteil 4C.36/2007 vom 26. März 2007, E. 6.

185 PORTMANN/RUDOLPH, Art. 324a OR, N 32 f.; BRÜHWILER, Art. 324a OR, N 10.

186 HENSCH (AJP), S. 1101.

2.3 Schutz bei Beschäftigung (Art. 35a/b ArG)

100 Wie Art. 35 ArG beinhalten auch Art. 35a und 35b ArG Sonderbestimmungen für schwangere und stillende Arbeitnehmerinnen. Bevor diese Bestimmungen erläutert werden, sind ein paar zentrale Grundsätze des Arbeitsrechts in Erinnerung zu rufen.

101 Bei nicht schwangeren und nicht stillenden Arbeitnehmenden bedarf es keines Einverständnisses zur Beschäftigung. Das Eingehen eines Arbeitsverhältnisses geht vielmehr mit der *Pflicht* einher, die *vertraglich übernommene Arbeitsleistung* in der im Vertrag festgelegten Arbeitszeit zu erbringen. Wer gegen diese Pflichten verstösst, kann – je nach Umständen sogar fristlos – entlassen werden. Ausdrücklich hält dies Art. 337d OR fest, wonach das fristlose Verlassen der Arbeitsstelle ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses und zu einem pauschalisierten Schadenersatzanspruch der Arbeitgebenden führt.[187]

102 Die Sonderbestimmungen für schwangere und stillende Arbeitnehmerinnen sehen dagegen vor, dass zum einen die Beschäftigung *nur mit Einverständnis* möglich ist (Art. 35a Abs. 1 und Abs. 3 zweiter Satzteil ArG) und zum anderen Schwangere auf blosse Anzeige hin von der Arbeit fernbleiben oder die Arbeit verlassen dürfen (Art. 35a Abs. 2 Satz 1 ArG). Will also die schwangere oder stillende Arbeitnehmerin nicht arbeiten, stellt dies keine Verletzung der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitspflicht dar.[188] Ein Arztzeugnis, das eine gesundheitlich bedingte Arbeitsunfähigkeit bescheinigt, ist nicht erforderlich.[189]

103 Eine andere Frage ist, ob auch ein Anspruch auf Lohn während der Zeitspanne des Ausbleibens der Arbeitsleistung besteht. Ein solcher Anspruch liegt nur vor, wenn entweder die Voraussetzungen von Art. 324a OR erfüllt sind, oder aber eine Lohnzahlungspflicht der Arbeitgebenden basierend auf Art. 35 Abs. 2 ArG besteht. Eine Sanktionierung derjenigen Arbeitnehmerin, die von ihrem Recht Gebrauch macht, der Arbeit auf blosse Anzeige hin fernzubleiben oder die Beschäftigung abzulehnen, wäre in der Sperrfrist nach Art. 336c OR ohnehin nichtig und nach Ablauf der Sperrfrist – oder in der Probezeit – missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR und würde überdies auch den Tatbestand einer geschlechtsdiskriminierenden Kündigung nach GIG darstellen.[190]

104 Art. 35a Abs. 3 (erster Satzteil) ArG hält das *absolute Beschäftigungsverbot* während acht Wochen nach der Niederkunft fest. Begründet wird dies mit der Erholung der Mutter von der

187 Cour de justice GE, CAPH/31/2023 vom 30.März 2024, publiziert in JAR 2024, S. 529: Annahme eines Falls von Art. 337d OR, nachdem eine stillende Arbeitnehmerin einseitig und trotz Inverzugsetzung ein Recht auf Homeoffice geltend machte.

188 ArbGer ZH, 22. April 1994, publiziert in JAR 1997, S. 136.

189 BGer, Urteil 4C.271/2000 vom 15. Februar 2001, E. 2b.

190 Art. 3 in Verbindung mit Art. 5, 6 und 9 GIG. Allenfalls könnte der besondere Kündigungsschutz nach Art. 10 GIG "aktiviert" werden.

Schwangerschaft und Niederkunft sowie mit der Notwendigkeit, sich dem neugeborenen Kind zu widmen. Bemerkenswert ist indes, dass dieser zentrale Schutz für eine beachtlich grosse Gruppe an Arbeitnehmerinnen gerade nicht gilt.[191] Auch hier wird zu untersuchen sein, wie sich der Ausschluss vom Schutz nach Art. 35a Abs. 3 ArG auf den Bonus-Anspruch auswirkt.[192]

105 Aus medizinischer Sicht geht die Nachtarbeit insbesondere in den letzten Wochen vor der Niederkunft mit einer erhöhten Gesundheitsgefährdung einher. Art. 35a Abs. 4 ArG sieht deshalb vor, dass schwangere Arbeitnehmerinnen ab acht Wochen vor dem (voraussichtlichen) Geburtstermin nicht mehr abends und in der Nacht beschäftigt werden dürfen. Auch hier handelt es sich um ein Beschäftigungsverbot, jedoch nicht um ein vollständiges Verbot, sondern nur um ein Verbot abends und nachts zu arbeiten.

106 Ergänzend verlangt Art. 35b Abs. 1 ArG von der Arbeitgeberin, dass schwangeren Arbeitnehmerinnen, die zwischen 20.00 Uhr und 06.00 Uhr arbeiten, nach Möglichkeit eine gleichwertige Ersatzarbeit anzubieten sei. Das Gleiche gilt auch für die Zeitspanne nach Ende des absoluten Beschäftigungsverbotes (bis zur 8. Woche nach der Niederkunft) bis zur 16. Woche nach der Niederkunft. Während dieser Zeitspanne, also dem Beginn der Schwangerschaft bis acht Wochen vor der Geburt und in den Wochen 9 bis 16 nach der Geburt kann die betroffene Arbeitnehmerin nicht zur Abend- und Nachtarbeit verpflichtet werden. Bietet die Arbeitgeberin keine angemessene Ersatzarbeit an, ist sie zur Zahlung von 80% des Lohnes verpflichtet. Geschuldet sind 80% des Fixlohnes einschliesslich allfälliger Provisionen.

2.4 Auswirkungen auf die Bonusthematik

107 Der (vorläufige) Leitentscheid zum Bonusanspruch auch während der Zeit des Mutterschaftsurlaubes differenziert zwischen der Zeitspanne des absoluten Beschäftigungsverbotes (acht Wochen nach der Niederkunft, Bonuskürzung unzulässig) und den Wochen 9 bis 16 nach der Niederkunft (Bonuskürzung zulässig).[193] Im Lichte der vorangehenden Ausführungen zu Art. 35, 35a/b ArG ergibt sich folgendes Bild:

- Bei Arbeitnehmerinnen in höherer leitender Stellung ist in der Logik der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Bonuskürzung ab Geburt zulässig, weil kein Beschäftigungsverbot gilt;
- Für die Beurteilung, ob eine Ersatzarbeit (Art. 35 Abs. 3 ArG und Art. 35b ArG) zumutbar ist, muss auch die Möglichkeit einer Bonuserzielung mitberücksichtigt werden (wenn die

[191] Siehe dazu vorne, Rz. 94.

[192] Siehe dazu hinten, Rz. 148 - 150.

[193] BGer, Urteil 4A_597/2023 vom 15. Mai 2024, siehe dazu ausführlich hinten, Rz. 135 ff.

bisherige Arbeit mit einer Bonusmöglichkeit verbunden war, muss dies auch mit der Ersatzarbeit möglich sein).

- Bei Arbeitnehmerinnen, die mangels zumutbarer Ersatzarbeit einen Anspruch auf Lohnersatz in der Höhe von 80% des Lohnes haben, ist ein allfälliger Bonusanteil mitgeschuldet. Die Zeitspanne der Lohnzahlung ohne Arbeit darf sich nicht negativ auf den Bonusanspruch auswirken, denn die rechtliche Situation der betroffenen Frauen ist vergleichbar mit derjenigen der Frauen während des achtwöchigen Arbeitsverbotes.
- Arbeitnehmerinnen, die eine zumutbare Ersatzarbeit in den Fällen nach Art. 35 Abs. ArG und Art. 35a Abs. i.V.m. Art. 35b Abs. 2 ablehnen, haben keinen Lohn- und auch keinen Bonusanspruch.

4. Zwischenfazit

108 Die Entwicklung des Schwangerschafts- und Mutterschutzes im ArG zeigt den Spannungsbogen zwischen Gesundheitsschutz und Gleichberechtigung. Während früher Schutzbestimmungen oft Rollenbilder festigten, brachte die Revision des ArG 1998 einen Wandel: Das absolute Nachtarbeitsverbot für Frauen entfiel, doch Sonderregeln für Schwangere und Mütter blieben. Art. 35 ArG gilt für alle Arbeitnehmerinnen und regelt den Gesundheitsschutz, während Art. 35a und 35b ArG insbesondere für Kaderfrauen nicht gelten.

109 Gemäss der bisherigen Rechtsprechung ist eine Bonuskürzung während des Mutterschaftsurlaubs in den ersten acht Wochen nach der Geburt unzulässig, ab der 9. Woche jedoch möglich, ausser bei Arbeitnehmerinnen in leitender Stellung, bei denen sie ab Geburt zulässig ist. Bei zumutbarer Ersatzarbeit muss die Bonuserzielung weiterhin möglich sein; bei Lohnersatz von 80% ist der Bonusanteil mitgeschuldet. Bei Ablehnung zumutbarer Ersatzarbeit entfallen Lohn- und Bonusanspruch.

IV.) Lohn, Bonus und Lohnersatzleistungen

1. OR-Bestimmungen zum Lohn und Gratifikation

110 Die Zahlung des Lohnes ist die Hauptleistungspflicht der Arbeitgeberin.[194] Die Lohnhöhe bestimmt sich nach Art. 322 OR durch vertragliche Abrede, einem auf das konkrete Arbeitsverhältnis anwendbaren GAV oder NAV. Zu ergänzen ist, dass kantonale oder kommunale Mindestlöhne einer vertraglichen Lohnabrede vorgehen.[195] Fehlt es an einer vertraglichen

194 GEISER/MÜLLER/PÄRLI, RZ. 373.

195 Nach BGE 143 I 403 sind kantonale Mindestlöhne zulässig, soweit sie sozialpolitische Motive verfolgen. Zu kommunalen Mindestlöhnen sie BGer, Urteil 2C_28/2025 vom 12. Mai 2026 und BGer, Urteil 2C_30/2025 vom 12. Mai 2026 betreffend den Mindestlohnregelungen der Städte Zürich und Winterthur.

Abrede, ist der übliche Lohn geschuldet, d.h. der Lohn, der in der Branche und im Beruf üblich ist.[196]

111 Art. 322a OR sieht verschiedene Modalitäten vor wie die Lohnhöhe zu berechnen ist, wenn im Arbeitsvertrag vereinbart wird, dass diese vom Geschäftsergebnis abhängt.[197] Als Bemessungsgrundlage können unterschiedliche betriebswirtschaftliche Kennzahlen verwendet werden.[198] Der Lohn kann auch ganz oder teilweise auf Provisionsbasis ausgerichtet werden. Die entsprechenden Bedingungen sind in den Art. 322b und 322c OR geregelt.[199]

112 Vereinbarungen betreffend Lohn auf der Basis "Anteil am Geschäftsergebnis" und "Provision" sind zulässig, soweit die arbeitnehmende Person mindestens ein angemessenes Entgelt für die geleistete Arbeit erhält.[200]

113 Nicht um Lohn handelt es sich bei der in Art. 322d OR genannten Bestimmung zur Gratifikation, die den Fall regelt, wenn die Arbeitgeberin *neben dem Lohn* bei bestimmten Anlässen eine *Sondervergütung* ausrichtet. Ein Anspruch auf eine Gratifikation besteht bei einer entsprechenden Abrede. Fehlt es an einer Abrede, handelt es sich bei der Gratifikation um eine freiwillige Leistung der Arbeitgeberin.[201] Art. 322d Abs. 2 OR hält fest, dass die Ausrichtung der Sondervergütung *pro rata temporis* erfolgt, wenn dies so verabredet ist. Ist beispielsweise die Ausrichtung der Gratifikation Ende Jahr vorgesehen, besteht bei fehlender anderslautender Abrede kein Anspruch auf eine anteilsmässige Gratifikation bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor Ende Jahr.

114 Ein Anspruch auf eine Gratifikation kann sich auch aus einem stillschweigenden Verhalten der Arbeitgeberin ergeben. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Gratifikation ohne Vorbehalt über mindestens drei aufeinanderfolgende Jahre hinweg ausbezahlt wurde.[202] Wird die Gratifikation dabei jährlich in gleicher Höhe gewährt, gilt sie sogar als Bestandteil des Lohns.[203]

115 Vielfach wird ein Bonus mit dem Vermerk der Freiwilligkeit ausgerichtet. Ein Freiwilligkeitsvorbehalt verliert seine Wirkung, wenn er lediglich eine leere Formalität darstellt und die

196 PORTMANN/RUDOLPH, Art. 322a OR, N 6.

197 CARDINAUX, (Vergütungen), S. 349.

198 JUTZI/WESS, S. 10 ff.

199 BGE 139 III 214; 128 III 174.

200 Lehre und Rechtsprechung wenden hierzu Art. 349a Abs. 2 OR (Handelsreisendenvertrag) analog an, siehe BGer, Urteil 4A_435/2015 vom 14. Januar 2016, E. 2.1 und BGE 139 II 214 (im Zusammenhang eines Lohnes auf Provisionsbasis), weiterführend BORTOLANI/SCHERER, Art. 322a, N 15 mit weiteren Hinweisen.

201 Siehe dazu BGE 129 III 276 E. 2.

202 BGE 129 III 276, 278; BGer, Urteil 4D_98/2011 vom 20. März 2012, E. 2.4.

203 BGer, Urteil 4A_434/2014 vom 27. März 2015, E. 5.3.

Arbeitgeberin durch ihr tatsächliches Handeln zeigt, dass sie sich zur Zahlung der Gratifikation verpflichtet fühlt. Dies ist etwa dann anzunehmen, wenn sie den Vorbehalt nie geltend gemacht hat, obwohl dazu Anlass bestand.[204] Damit der Vorbehalt als blosse Floskel gilt, muss die Gratifikation jedoch mindestens 10 Jahre lang regelmässig ausbezahlt worden sein.[205]

116 Wie erwähnt, hält Art. 322d OR fest, eine Sondervergütung stelle eine Entschädigung neben dem Lohn dar. Gestützt darauf hat das Bundesgericht entschieden, eine Sondervergütung mutiere zu einem Lohnanspruch, wenn ein kleiner Lohn einer hohen Gratifikation gegenübersteht.[206] Als Folge erweist sich die Gratifikation auch bei vereinbarter Freiwilligkeit zumindest teilweise als Lohn im Rechtssinne.[207] Bei hohen Einkommen (ab fünffachem Medianlohn) und noch höheren Gratifikationen wendet das Bundesgericht den Grundsatz der Akzessorietät nicht an.[208]

117 Nicht relevant ist die Unterscheidung zwischen Fixlohn, variablem Lohn und Sondervergütung für den Anwendungsbereich des Anspruchs auf gleichen Lohn für gleiche und gleichwertige Arbeit ohne Unterschied des Geschlechts. Alle diese Lohnbestandteile, auch wenn sie von der Arbeitgeberin freiwillig geleistet werden, fallen unter die Lohngleichheit nach Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV und Art. 3 i.V.m. Art. 5 GlG.[209]

2. Bonus

2.1 Bonusarten

118 Ungeachtet der weiten Verbreitung in der Wirtschaftswelt findet sich der Begriff "Bonus" im Arbeitsvertragsrecht nicht. Einen Anknüpfungspunkt bildet immerhin die zuvor bereits erwähnte Bestimmung in Art. 322d OR betreffend der Gratifikation, die eine Sondervergütung (… neben dem Lohn) darstellt.

119 Das Bundesgericht unterscheidet zwischen *Bonus als variabler Lohnbestandteil*, *unechte Gratifikation* (mit einem Anspruch der Arbeitnehmenden) und *echte Gratifikation (*freiwillige Leistung der Arbeitgeberin).[210] Als variabler *Lohn* wird ein Bonus qualifiziert, wenn ein be-

---

[204] BGE 129 III 276.

[205] BGer, Urteil 4A.26/2012 vom 12. Mai 2012, Erwägung 5.2; BGer, Urteil 4A_172/2012 vom 22. August 2012, E. 8.

[206] BGE 139 III 155 E. 5.3.

[207] GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz. 405 ff.; BORTOLANI/SCHERRER, Art. 322d OR, N 25 ff.

[208] BGE 139 III 155; 141 III 307; 142 III 381.

[209] Siehe dazu vorne, Rz. 25

[210] BGer, Urteil 4A_169/2021 vom 18. Januar 2022, E. 3.1 f; BGer, Urteil 4A_280/2020 vom 3. März 2021, E. 3; BGer, Urteil 4A_26/2012 vom 15. Mai 2012, E. 5.1.

stimmter oder aufgrund objektiver Kriterien wie dem Gewinn, dem Umsatz usw. bestimmbarer Bonus vereinbart ist.[211] Bei einem im Voraus festgesetzten und klar vereinbarten Betrag liegt keine Gratifikation, sondern Lohn vor.[212] Um eine Gratifikation handelt es sich, wenn die Ausrichtung v*om Ermessen der Arbeitgeberin* abhängt.[213]

120 Bei einem Bonus als unechte Gratifikation besteht grundsätzlich ein Bonusanspruch. Das Ermessen der Arbeitgeberin ist hier beschränkt auf die Höhe der Gratifikation.[214] Echt ist die Gratifikation dann, wenn das Ermessen der Arbeitgeberin auch die Ausrichtung der Leistung an sich betrifft.[215]

2.2 (Un)zulässige Kriterien für die Bonusfestsetzung

121 Bei der Festlegung des Bonus (als unechte Gratifikation) darf und muss die Arbeitgeberin die Kriterien nach *billigem Ermessen* festlegen. Die Kürzung oder gar Verweigerung einer Bonusleistung muss auf *sachlichen Gründen* wie bspw. schlechtem Geschäftsgang oder ungenügender Arbeitsleistung beruhen. Auch länger dauernde Abwesenheiten namentlich aufgrund gesundheitlich bedingter Arbeitsunfähigkeit, unbezahlten Urlaubs oder Freistellung werden in der Lehre als sachliche Gründe anerkannt.[216]

122 Bei einer vollständigen Freiwilligkeit eines Bonus (echte Gratifikation) ist gemäss Lehre zur beschränkten Bedeutung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes auch eine willkürliche Entscheidung der Arbeitgeberin geschützt, solange keine *persönlichkeitsverletzende Diskriminierung* vorliegt.[217] Eine solche ist nur gegeben, wenn die Arbeitgeberin bestimmte Arbeitnehmende von der Bonuszahlung ohne sachliche Gründe ausschliesst oder benachteiligt. Demgegenüber ist der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt, wenn die Arbeitgeberin bei der Bonusausrichtung einzelne Arbeitnehmende bevorzugt behandelt.[218] Beruht die Benachteiligung der Bonusausrichtung auf einem geschlechtsspezifischen Merkmal, besteht ein Anspruch auf Ausgleich auf der Grundlage von Art. 3 i.V.m. Art. 5 GIG.[219]

---

211 BGer, Urteil 4A_169/2021 vom 18. Januar 2022, E.3.1.1, mit Hinweisen.

212 BGE 142 III 381; 136 III 313; 129 III 276.

213 BGer, Urteil 4A_169/2021 vom 18. Januar 2022, E. 3.1.2.

214 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322d OR, N 2.

215 SENTI (Ermessen), S. 384.

216 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322d OR, N 15; PORTMANN/RUDOLPH, Art. 322d OR, N 14; BORTOLANI/SCHERER, Art. 322d OR, N 63; Letztere mit dem Hinweis, dass bei einer Kürzung einer zugesagten Gratifikation infolge Schwangerschaft Probleme wegen Art. 3 GIG auftreten würden.

217 BGE 129 III 276, BGer, Urteil 4C_364/2004 vom 1. Juli 2005, E. 3.4.

218 BGer, Urteil 4A_651/2017 vom 4. April 2018, E. 3.3.

219 BGE 130 III 145.

123 Die Verhinderung an der Arbeitsleistung ist nach den bisherigen Ausführungen demnach *grundsätzlich* ein sachlicher Grund, der bei der Bonuszuteilung sowohl beim Bonus in der Form einer unechten als auch einer echten Gratifikation berücksichtigt werden darf. Es ist nachfolgend näher zu untersuchen, in welchen Konstellationen ein Bonus trotz Verhinderung an der Arbeitsleistung geschuldet ist.

2.3. Bonusanspruch bei Arbeitgeberverzug nach Art. 324 OR

124 Art. 324 OR bestimmt eine zeitlich nicht beschränkte volle Lohnzahlungspflicht der Arbeitgeberin, wenn diese die Arbeitsleistung nicht annimmt und die Arbeitgeberin somit in Verzug gerät. Voraussetzung des Arbeitgeberinnenverzugs ist, dass die Arbeitsleistung durch die arbeitnehmende Person angeboten wird.[220]

125 Erfasst von Art. 324 OR sind insbesondere Betriebsrisiken wie technische, rechtliche oder wirtschaftliche Probleme, auch wenn diese von der Arbeitgeberin nicht verschuldet sind. Lohnzahlungspflichtig ist die Arbeitgeberin auch, wenn durch ihr Verschulden die Erbringung der Arbeitsleistung durch die arbeitnehmende Person nicht zumutbar ist.[221] Bei einer berechtigten Arbeitsverweigerung bleibt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sowohl der Lohn[222] als auch der Anspruch auf eine vereinbarte Gratifikation erhalten.[223]

126 Unzumutbar wäre die Erbringung der Arbeitsleistung durch die Arbeitnehmerin etwa dann, wenn die Arbeitgeberin verschuldet den Vorschriften zum Schutz bei Schwangerschaft und Mutterschaft nicht nachkommt. Die Arbeitnehmerin dürfte in einer solchen Situation die Arbeitsleistung verweigern und hätte Anspruch sowohl auf Lohn als auch auf eine allenfalls vereinbarte Gratifikation.

127 Kein Arbeitgeberinnenverzug lag indes bei der Nichtbeschäftigung einer Opernsängerin in der Endphase ihrer Schwangerschaft vor. Für das Bundesgericht überwiegt in einer solchen Situation die Gefahr durch den Bühnenauftritt für die Gesundheit der Arbeitnehmerin und des Kindes.[224]

---

220 BGE 135 III 357.

221 GEISER (Rechtsprechung 2022/2023), S. 1421.

222 BGE 120 II 209 E. 9a.

223 BGE 136 III 313 E. 2.3.2.

224 BGE 126 III 75. Im vorliegenden Fall verweist das Bundesgericht zwar nicht auf Art. 324 OR, sondern auf die Ummöglichkeit einer Leistung im Sinne von Art. 119 OR. Entscheidend ist die Aussage des Bundesgerichts in E. 2 f. Die Arbeitnehmerin hätte ihre Arbeitsleistung erbringen wollen. Es war indes klar, dass sie aus gesundheitlichen Gründen dazu nicht in der Lage war. Weil der Arbeitgeber auf die Gesundheit des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen hat (Art. 328 Abs. 1 OR) und er verpflichtet ist, die durch die Umstände gebotenen Massnahmen zu treffen, um dessen Leben, Gesundheit und persönliche Integrität zu schützen (Art. 328 Abs. 2 OR), kann einem Arbeitgeber kein Fehlverhalten vorgeworfen werden, wenn er dem Arbeitnehmer die von ihm angebotene Arbeitsleistung verweigert, weil dieser wegen Krankheit, Invalidität oder Schwangerschaft seine Leistung ohne Gefahr für sich selber nicht erbringen kann.

2.4 Bonusanspruch während des Anspruchs auf Lohnfortzahlung (Art. 324a/b OR)

2.4.1 Allgemeines

128 Bei unverschuldeter Verhinderung an der Arbeitsleistung haben Arbeitnehmende gemäss Art. 324a/b OR während beschränkter Zeit Anspruch auf "den darauf entfallenden Lohn"; das bedeutet, die Arbeitnehmenden sind während der Verhinderung so zu stellen, wie wenn sie gearbeitet hätten. Es stellt sich nun die Frage, ob während der Zeit des Lohnfortzahlungsanspruchs auch Anspruch auf einen Bonus besteht.[225]

129 Handelt es sich beim Bonus um eine variable Lohnentschädigung, ist der Anspruch ohne Weiteres zu bejahen.[226] Aber auch bei echten und unechten Gratifikationen sind Arbeitnehmende während der Dauer der Lohnfortzahlungspflicht so zu stellen, wie wenn sie gearbeitet hätten.[227] Das Bundesgericht hat festgehalten, dass der Anspruch auf den 13. Monatslohn (als Gratifikation) bei Arbeitsverhinderung anwachse, solange ein Lohnfortzahlungsanspruch bestehe.[228] Das bedeutet folglich, dass der Anspruch auf eine Gratifikation auch das Vorhandensein eines Lohnes voraussetzt. Wenn keine Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a/b OR (mehr) besteht, entfällt auch der Gratifikationsanspruch.[229]

130 Hat die Arbeitgeberin eine Krankentaggeldversicherung abgeschlossen, die als gleichwertige Ersatzlösung im Sinne von Art. 324a Abs. 4 OR gilt, ist sie von der Lohnfortzahlungspflicht befreit. Entsprechend der Parallelität von Lohn und Gratifikation entfällt somit auch ein Anspruch auf Letztere.[230]

2.4.2 Bei Schwangerschaft und Mutterschaft

131 Zur Erinnerung: Sind schwangere Arbeitnehmerinnen an der Erbringung ihrer vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung gehindert, so haben sie Anspruch auf Lohnfortzahlung gemäss Art. 324a OR. Bereits erwähnt (und kritisiert) wurde, dass solche Abwesenheiten zum Gesamtanspruch gezählt werden und es mit anderen Worten keinen "Extrakredit" während der Schwangerschaft gibt. Nach der Niederkunft besteht – soweit die beitragsmässigen Voraussetzungen vorliegen – ein Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung. Fehlt ein solcher An-

---

225 Siehe umfassend zum Thema CRAMER/BLESI/HIRSIGER, § 8, Bonus bei Arbeitsverhinderungen und Freistellung, Rz. 393 ff.

226 SENTI (variabler Lohn), S. 94; BGer, Urteil 4C.6/2003 vom 24. April 2003, E. 2.2; BGer, Urteil 4A_215/2018 vom 25. Juli 2018, E. 3.1.2.

227 EGLI, (Lohnfortzahlung), S. 1070; Chambre d'appel des prud'hommes du canton de Genève, Urteil vom 13. April 2000 (Aufhebung des Urteils des Tribunal des prud'hommes vom 28. September 1999), publiziert in JAR 2001, S. 208.

228 BGer vom 14.Dezember 1994, E. 5a, publiziert in JAR 1995, S. 214 (Bestätigung des Urteils des OGer. Appenzell A. Rh. vom 9. August 1994).

229 BGer vom 17.November 1994, publiziert in JAR 1995, E. 5, S. 112 (Bestätigung des Urteils des CAPH GE vom 6. Mai 1993, publiziert in JAR 1994, 249).

230 Weiterführend dazu HÄBERLI, S. 167 ff.

spruch, haben die betroffenen Arbeitnehmerinnen während des achtwöchigen Arbeitsverbotes Anspruch auf Lohnfortzahlung, soweit dafür im entsprechenden Dienstjahr noch ein Kredit vorhanden ist.

132 Da bei "gewöhnlicher" Arbeitsverhinderung aus gesundheitlichen Gründen der Anspruch auf einen Bonus – sei dies in der Form eines variablen Lohnes oder als echte oder unechte Gratifikation – nicht verloren geht, verhält es sich auch bei der Abwesenheit aus gesundheitlichen Gründen während der Schwangerschaft und nach der Niederkunft gleichermassen. Das gilt bei Fehlen eines Anspruchs auf Mutterschaftsentschädigung auch während des achtwöchigen Arbeitsverbotes. Bedingung ist indes, dass der Lohnfortzahlungsanspruch nach Art. 324a Abs. 2 OR noch nicht ausgeschöpft ist.

2.4.3 (Notwendiger) Exkurs zur Problematik von Anwesenheitsprämien

133 Die Thematik "Anspruch auf Bonus" während einer gesundheitlich bedingten Arbeitsunfähigkeit steht auch im Zusammenhang der kontrovers diskutierten Frage, inwieweit im Arbeitsrecht sogenannte Anwesenheitsprämien gültig vereinbart bzw. angeordnet werden dürfen.[231] Merkmal solcher Prämien ist, dass fehlende gesundheitlich bedingte Absenzen mit Extraentschädigungen belohnt werden. Die Wirkung solcher Prämien ist kontrovers. Zwar können diese kurzfristig dazu beitragen, dass Absenzen reduziert werden. Gleichzeitig besteht aber auch die Gefahr, dass Arbeitnehmende trotz ernsthafter gesundheitlicher Beeinträchtigung arbeiten, was erhebliche Folgekosten nach sich ziehen kann (aufgeschobene und dafür länger dauernde Arbeitsunfähigkeit, mangelhafte Arbeitsleistung usw.).[232]

134 Die Nichtgewährung eines Bonus während der Zeitspanne einer unverschuldeten gesundheitlich bedingten Arbeitsunfähigkeit hat den gleichen Effekt wie eine Anwesenheitsprämie. Es werden Anreize gesetzt, gesundheitliche Beschwerden zu ignorieren, was sich sowohl für die Arbeitnehmerin wie auch das ungeborene Kind negativ auswirken kann. Es spricht also sehr vieles dafür, den Bonusanspruch bei gesundheitlich bedingter Arbeitsunfähigkeit, auch und gerade im Zusammenhang mit einer Schwangerschaft, nicht zu reduzieren. Richtig ist, dass ein Bonus in der Gestalt einer Gratifikation grundsätzlich einen Anspruch auf Lohn voraussetzt. Angesichts der vor allem in den ersten Dienstjahren nur sehr kurzen Dauer der Lohnfortzahlungspflicht zeigt sich die Notwendigkeit, de lege ferenda einen "Extrakredit" für Abwesenheiten im Zusammenhang mit der Schwangerschaft und Niederkunft zu prüfen.

---

231 Zum Thema siehe ALBRECHT, S. 14 ff.; PÄRLI/HUG, S. 1 ff.; PÄRLI (presenteeism), S. 53 ff.; MEIER, S. 153 ff.

232 PÄRLI (presenteeism), S. 59 f.

3. Bonusanspruch während des Bezugs des Mutterschaftsurlaubes

3.1 Der (vorläufige) Leitentscheid zum Thema

135 In der Entscheidung des Bundesgerichts vom 15. Mai 2024 ging es um die Frage, ob die Arbeitgeberin berechtigt war, den Bonus in Form einer unechten Gratifikation wegen der Abwesenheit in der 9. bis 16. Woche des Mutterschaftsurlaubes zu kürzen.[233] Im Ausgangssachverhalt stand der Arbeitnehmerin vertraglich ein Anspruch auf einen 16 Wochen dauernden Mutterschaftsurlaub zu, während dem sie den Lohn weiterhin zu 100% erhielt. Der Arbeitsvertrag enthielt weiter einen leistungsabhängigen Anspruch auf Bonus von bis zu 20% des Bruttojahreslohnes. Die Arbeitnehmerin war wegen Mutterschaftsurlaub, Ferien und Krankheit während insgesamt knapp sechs Monaten abwesend. Die Arbeitgeberin kürzte daraufhin den Bonus trotz guter Leistungen mit der Begründung, bei Beurteilung des Bonusanspruchs dürften sowohl qualitative als auch quantitative Aspekte berücksichtigt werden. Das erstinstanzliche Gericht entschied, die Kürzung sei im Umfang des achtwöchigen Beschäftigungsverbotes und des vierwöchigen Ferienanspruches unzulässig.[234] Vor dem kantonalen Obergericht machte die Klägerin geltend, die Kürzung des Bonus wegen der schwangerschaftsbedingten Abwesenheit und dem Bezug des Mutterschaftsurlaubes in den Wochen 9 bis 16 seien eine Diskriminierung im Sinne von Art. 3 GlG, da solche Abwesenheiten per se nur Frauen betreffen könnten.[235]

136 Das Obergericht Zug kommt wie die Vorinstanz ebenfalls zum Schluss, die Bonuskürzung für die Abwesenheit in den Wochen 9 bis 16 nach der Niederkunft verletze des GlG nicht. Als Begründung gab das Obergericht an, beim Mutterschaftsurlaub nach Art. 329f OR handle es sich um ein Recht, das ohne weitere Voraussetzungen in Anspruch genommen werden könne. Auf dieses Recht könne die Mutter ausserhalb des zwingenden arbeitsgesetzlichen Beschäftigungsverbot auch verzichten. Das Gericht verweist weiter auf die Regelung des ArG in Art. 35a Abs. 3, wonach die Mutter in den Wochen 9 bis 16 nach der Niederkunft nur mit ihrem Einverständnis arbeiten dürfe. In dieser Zeitspanne schulde die Arbeitgeberin bei ausbleibender Arbeitsleistung auch keine Lohnfortzahlung. Bei erfüllten Voraussetzungen bestehe jedoch der Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung. Dieser ende vorzeitig, wenn die Mutter ihre Erwerbstätigkeit wieder aufnehme. Ziel sei die Verhinderung einer doppelten Entschädigung (Lohn und Mutterschaftsentschädigung).[236] Aus alledem folgert das Obergericht, die freiwillige Abwesenheit der Arbeitnehmerin ab der 9. bis 16. Woche nach der Niederkunft stelle keine Arbeitsverhinderung als Folge der Niederkunft

233 BGer, Urteil 4A_597/2023 vom 15. Mai 2024.

234 Kantonsgericht Zug, A2 2021 36 Urteil vom 23. Januar 2023.

235 Obergericht Zug, Dossier Nr. Z1 2023 10, Urteil vom 7. November 2023, E. 4.2.3.

236 Obergericht Zug, Dossier Nr. Z1 2023 10, Urteil vom 7. November 2023, E. 4.3.3.1.

dar. Deshalb rechtfertige es sich "– auch im Vergleich mit anderen unverschuldeten Abwesenheiten anderer Arbeitnehmenden, die bei der Bemessung der Höhe der Gratifikation ebenfalls als Kürzungsgrund berücksichtigt werden können – nicht, diese freiwillige Abwesenheit als anrechenbare Beschäftigungszeit zu privilegieren"[237]. Als weiteres Argument führt das Obergericht an, eine "(länger dauernde) Abwesenheit aufgrund einer (auch schwangerschaftsbedingten) Krankheit einer weiblichen Arbeitnehmerin [dürfe] – ebenso wie eine Krankheit eines männlichen Arbeitnehmers – bei der Bemessung der Höhe der Gratifikation als möglicher Kürzungsgrund berücksichtigt werden"[238].

137 Das Bundesgericht schliesst sich der Argumentation des Obergerichts Zugs ohne weitere Reflexion an. Der Bezug des Mutterschaftsurlaubes ab der 9. Woche nach der Niederkunft sei freiwillig, Es sei nicht ersichtlich, inwiefern Mütter gegenüber anderen Arbeitnehmenden benachteiligt würden.[239]

3.2 Kritische Würdigung des Entscheides

3.2.1 Fragliche Freiwilligkeit der Mutterschaftsentschädigung als Ausschlusskriterium

138 Art. 5 ATSG definiert die Mutterschaft wie folgt: "Mutterschaft umfasst Schwangerschaft und Niederkunft sowie die nachfolgende Erholungszeit der Mutter." Die Länge der einzelnen Phasen ist im ATSG nicht bestimmt und wird den Einzelgesetzen überlassen.[240] Die Dauer der nachgeburtlichen Erholungszeit ist in Art. 16c Abs. 2. i.V.m. Art. 16d Abs. 1 EOG geregelt und beträgt 14 Wochen. Es gibt hinreichend Evidenz dafür, dass sich ein 14 Wochen dauernder nachgeburtlicher Urlaub für die Gesundheit der Mutter positiv auswirkt.

139 Die EO wird für alle Leistungen (Taggelder an Dienstleistende, Entschädigung für den anderen Elternteil, Mutterschaftsentschädigung, Betreuungsentschädigung) durch *obligatorische* Beiträge der Versicherten und der Arbeitgebenden finanziert.[241] Anders als etwa die Krankentaggeldversicherung handelt es sich bei der EO grundsätzlich um eine obligatorische Sozialversicherung.

140 Der Bezug der Mutterschaftsentschädigung bzw. des Urlaubes nach Art. 329f Abs. 1 OR ist formaljuristisch zwar freiwillig. Zweck des Mutterschaftsurlaubes ist jedoch die Erholung der Mutter. Sie soll sich von Schwangerschaft und Geburt erholen können und Zeit für die intensive Betreuung des Neugeborenen haben.[242]

---

237 Obergericht Zug, Dossier Nr. Z1 2023 10, Urteil vom 7. November 2023, E. 4.3.3.2.

238 Obergericht Zug, Dossier Nr. Z1 2023 10, Urteil vom 7. November 2023, E. 4.3.3.3.

239 BGer, Urteil 4A_597/2023 vom 15. Mai 2024, E. 3.3.1.

240 PÄRLI/KUNZ, Art. 5 ATSG, Rz. 16 ff.

241 Art. 27 Abs. 1 EOG.

242 BGE 148 V 253, E.6.2.1 und 6.2.3;

141 Gemäss dem auch von der Schweiz ratifizierten ILO-Übereinkommen Nr. 183[243] muss ein *mindestens 14 Wochen dauernder Mutterschaftsurlaub* gewährt werden.[244] Das Übereinkommen schreibt vor, dass mindestens sechs Wochen der Gesamtdauer des Urlaubes nach der Niederkunft bezogen werden können. Der Gesamtanspruch von 14 Wochen ist verbindlich. Da in der Schweiz kein Urlaubsanspruch vor der Geburt vorgesehen ist, muss die Dauer des Mutterschaftsurlaubes *mindestens 14 Wochen nach der Geburt* betragen.

142 Das Bundesgericht hat in einem Leitentscheid auch unter Bezugnahme auf den Mindeststandart eines Mutterschaftsurlaubes gemäss ILO-Übereinkommen Nr. 183 klargestellt, dass der 14-wöchige Mutterschaftsurlaub nicht zwischen den Eltern aufgeteilt werden könne; 14 Wochen Mutterschaftsurlaub dürften nicht unterschritten werden.[245] Mit Blick auf den Ausgangssachverhalt im bundesgerichtlichen Bonus-Mutterschaftsleitentscheid zeigt sich somit: Die Freiwilligkeit des Bezug des Mutterschaftsurlaubes ist in Frage zu stellen, wenn die Mutterschaftsentschädigung in den Wochen 9 bis 14 nach der Niederkunft nicht vom Vater des Kindes bezogen werden kann.

143 Weiter führt die Wiederaufnahme der Arbeit zum sofortigen Verlust des Anspruchs auf die Mutterschaftsentschädigung.[246] Eine Arbeitnehmerin, die ihren Anspruch auf Bonus nicht vereiteln will, muss die Arbeit ab der 9. Woche nach der Niederkunft wieder aufnehmen und so auf den ihr nach Gesetz zustehenden Mutterschaftsurlaub und die damit verbundene EO-Entschädigung verzichten. Es gilt das "Alles-oder-Nichts-Prinzip"; eine auch nur partielle Rückkehr an den Arbeitsplatz ab der 9. Woche nach der Niederkunft führt zum gänzlichen Verlust der Mutterschaftsentschädigung.

144 Wichtig ist zudem: Die Schweiz muss gestützt auf das ILO-Übereinkommen dafür sorgen, dass möglichst optimale Bedingungen für den tatsächlichen Bezug des Mutterschaftsurlaubes vorliegen. Diese Verpflichtung ergibt sich auch aus dem in Art. 9 Abs. 1 des ILO-Übereinkommens Nr. 183 verankerten Verbot der Diskriminierung im Zusammenhang mit der Mutterschaft. Flankiert wird der Diskriminierungsschutz aus dem ILO-Recht auch durch die Verpflichtung aus Art. 8 EMRK in Verbindung mit dem akzessorischen Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK und durch Art. 11 Abs. 2 und 3 CEDAW. Wenn die schweizerische Rechtsordnung zulässt, dass der effektive Bezug der gesamten 14-wöchigen Mutterschaftsentschädigung zu einer Benachteiligung bei der Bemessung der Bonushöhe (oder anderen

---

243 Übereinkommen Nr. 183 über den Mutterschutz. Abgeschlossen in Genf am 15. Juni 2000. Von der Bundesversammlung genehmigt am 14. Dezember 2012. Ratifikationsurkunde von der Schweiz hinterlegt am 4. Juni 2014. In Kraft getreten für die Schweiz am 4. Juni 2015.

244 Art. 4 Abs. 1 ILO-Übereinkommen Nr. 183.

245 BGE 140 I 305 E. 10.2.; MÜLLER, S. 308; PÄRLI (Mutterschaftsentschädigung), S. 152 f.

246 Art. 16d Abs, 3 EOG; BGE 139 V 250. Seit dem 1.7.2024 gilt eine Ausnahme für Parlamentarierinnen, die an Rats- oder Kommissionssitzungen auf Bundes-, Kantons- oder Gemeindeebene teilnehmen. Siehe zum Ganzen, OES, Art. 16d EOG, Rz. 5 ff.

Nachteilen bei den Beschäftigungsbedingungen) führt, wird dadurch die aus den internationalen Verpflichtungen fliessende Schutzpflicht verletzt.[247]

3.2.2 Ferienkürzung als Beispiel einer gesetzlichen Regelung mit Sonderschutzcharakter

145 Das Obergericht Zug begründet seine Entscheidung zur Nichtgewährung des Bonus für die Zeitspanne ab der 9. Woche nach der Niederkunft unter anderem damit, dass die Mutterschaftsabwesenheit im Vergleich zu anderen Abwesenheiten nicht privilegiert behandelt werden dürfe. Der Gesetzgeber hat jedoch bspw. bei Fragen der Ferienkürzung wegen Abwesenheiten und beim Kündigungsschutz den Besonderheiten der Schwangerschaft und Mutterschaft durchaus Rechnung getragen.

146 Wie erwähnt dient der Mutterschaftsurlaub der Erholung der Mutter von den Strapazen der Schwangerschaft und Geburt. Auch *Ferien dienen der Erholung*. Dies zeigt sich unter anderem im Abgeltungsverbot der Ferien nach Art. 329d OR.[248] Der Ferienbezug führt – anders als der Bezug des Mutterschaftsurlaubes ab der 9. Woche – nicht zu einer Reduktion des Bonusanspruchs. Auch führt die Abwesenheit wegen Schwangerschaft oder wegen Inanspruchnahme des Mutterschaftsurlaubes nicht zu einer Kürzung des Ferienanspruchs.[249] Die Bestimmungen zu den Ferien zeigen, dass der Gesetzgeber sich der besonderen Situation der Arbeitnehmerinnen während der Schwangerschaft und nach der Niederkunft durchaus bewusst ist.[250]

3.2.3 Bonusanspruch während des Beschäftigungsverbotes

147 Nach Art. 35a Abs. 3 (erster Satzteil) ArG gilt für die ersten acht Wochen nach der Niederkunft ein absolutes Beschäftigungsverbot. Eine Kürzung des Bonusanspruchs wegen der Abwesenheit in dieser Zeitspanne ist eine geschlechtsspezifische Diskriminierung und somit unzulässig. Gleiches muss auch für die Konstellationen gelten, in denen eine schwangere Arbeitnehmerin gestützt auf die Vorschriften des ArG eine bestimmte Tätigkeit nicht ausüben[251] oder nach der Niederkunft keiner Nachtarbeit nachgehen darf[252] und wegen fehlender Ersatzarbeit Anspruch auf 80% des Lohnes durch die Arbeitgeberin hat[253]. Diese Konstellationen lassen sich mit dem allgemeinen Beschäftigungsverbot vergleichen. Folglich muss in beiden Fällen ein allfälliger Bonusanspruch erhalten bleiben.

---

247 PÄRLI/OBERHAUSSER, Rz. 44 ff.
248 EGLI (Ferien), S. 126.
249 Art. 329b Abs. 3 OR.
250 Siehe vorne, Rz. 76.
251 Art. 35 Abs, 2 ArG.
252 Art. 35a Abs. 4 ArG.
253 Art. 35 Abs. 3 und Art. 35b ArG.

148 Das achtwöchige Beschäftigungsverbot gilt nicht für alle Arbeitnehmerinnen. Namentlich sind höhere leitende Angestellte vom persönlichen Anwendungsbereich des ArG nach Art. 3 lit. d ArG ausgenommen und der Verweis auf die dennoch geltenden Gesundheitsvorschriften in Art. 3a ArG beinhaltet die Bestimmung zum Beschäftigungsverbot (Art. 35a Abs. 3 ArG) gerade nicht.

149 Eine Arbeitnehmerin, die als höhere leitende Angestellte zu qualifizieren ist, untersteht somit dem achtwöchigen Beschäftigungsverbot des ArG nicht.[254] Den betreffenden Arbeitnehmerinnen stehen indes die Ansprüche auf 14-wöchigen Mutterschaftsurlaub nach Art. 329f OR und EO-Mutterschaftsentschädigung zu.[255] In der Logik des bundesgerichtlichen Leitentscheides ist der Bezug des Mutterschaftsurlaubes freiwillig. Gilt das Beschäftigungsverbot nicht, ist der Bezug des Mutterschaftsurlaubes in der Logik des bundesgerichtlichen Leitentscheides zur Bonuskürzung auch in den ersten 8 Wochen nach der Niederkunft freiwillig. Somit wäre eine Kürzung des Bonus auch für diese Zeitspanne zulässig.

3.2.4 Kein Anspruch auf Bonus bei Aufschub der Mutterschaftsentschädigung

150 Der Gesetzgeber hat der Lebensrealität Rechnung getragen, dass Kinder nach der Geburt für kurze oder auch längere Zeit hospitalisiert werden müssen. Entsprechend verlängert sich der 14-wöchige Mutterschaftsurlaub nach OR und der Anspruch auf EO-Entschädigung um bis zu maximal 8 Wochen.[256] An der Dauer des Beschäftigungsverbotes nach ArG ändern diese Regelungen nichts.

151 Die Inanspruchnahme des verlängerten Mutterschaftsurlaubs wird i*n der Logik des bundesgerichtlichen Leitentscheides* ebenfalls als freiwillig qualifiziert und rechtfertigt somit eine Kürzung des Bonusanspruches.

3.2.5 Gleichbehandlung der Abwesenheiten wegen Dienstleistungen

152 Wer sich in einem Arbeitsverhältnis befindet und Militärdienst leistet, ist während dieser Zeitspanne an der Erbringung seiner vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung gehindert, erhält eine EO-Entschädigung für Dienstleistende und hat subsidiär Anspruch auf Lohnfortzahlung nach Art. 324a in Verbindung mit Art. 324b OR (Differenz der EO-Entschädigung und 80% des Lohnes).

---

254 Als höhere leitende Angestellte gelten nach Art. 9 ArGV 1 Personen, die auf Grund ihrer Stellung und Verantwortung sowie in Anhängigkeit von der Grösse des Betriebes über weitreichende Entscheidungsbefugnisse verfügen oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebes oder Betriebsteils einen nachhaltigen Einfluss ausüben können.

255 Allenfalls hat die betreffende Frau einen Anspruch auf Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR, sei es, weil aus gesundheitlichen Gründen eine Arbeitsverhinderung vorliegt oder weil die Pflege des Neugeborenen die Erbringung der Arbeitsleistung verhindert. Eine Lohnfortzahlung setzt jedoch voraus, dass die betreffende Arbeitnehmerin ihren Lohnfortzahlungskredit im fraglichen Dienstjahr noch nicht ausgeschöpft hat.

256 Art. 329f Abs. 2 OR und Art. 16c Abs. 3 i.V.m. Art. 16d Abs. 2 EOG.

153 Die militärische Grundausbildung ist für diensttaugliche Männer, nicht aber für Frauen - eine gesetzliche Pflicht (Art. 2 Abs. 1 MG[257]). Gleiches gilt für die obligatorischen Wiederholungskurse. Im Lichte der Bonus-Mutterschaftsentschädigungs-Rechtsprechung darf sich bei einem Bonus in der Variante der unechten Gratifikation nach Art. 322d OR die Abwesenheit während der Dienstdauer nicht negativ aus den Bonusanspruch auswirken.

154 Anders verhält es sich jedoch mit militärischen Dienstleistungen im Zusammenhang mit militärischer Weiterqualifizierung. Diese Dienstzeiten können eher als freiwillig qualifiziert werden.[258] Somit darf eine Arbeitgeberin die entsprechende Abwesenheit bei der Bonusberechnung berücksichtigten. Würde eine Arbeitgeberin bei Bonuszusprachen Abwesenheiten während freiwilliger militärischer Dienstleistungen nicht berücksichtigen, den Bezug des Mutterschaftsurlaubs ab der 9. Woche nach der Niederkunft hingegen schon, wäre dies eine nach Art. 3 GlG verbotene Diskriminierung.

V.) Beantwortung der Gutachtensfragen

155 Die zu Beginn dieser Untersuchung aufgeworfenen Fragen werden zusammenfassend wie folgt beantwortet:

1. Wie sind im geltenden Arbeits- und Sozialversicherungsrecht schwangerschafts- und mutterschaftsbedingte Abwesenheiten geregelt (Anspruch auf Arbeitsbefreiung und Anspruch auf Lohn und Lohnersatzleistungen)?

In arbeitsrechtlicher Hinsicht finden sich sowohl im Arbeitsgesetz und den dazu gehörigen Verordnungen als auch im Arbeitsvertragsrecht und im Sozialversicherungsrecht verschiedene Bestimmungen, die den besonderen Bedürfnissen von Arbeitnehmerinnen während der Schwangerschaft und nach der Niederkunft Rechnung tragen.

Das Arbeitsgesetz hält verschiedene Pflichten der Arbeitgebenden zum Schutz der Gesundheit der (werdenden) Mutter und des ungeborenen Kindes fest.[259] Die Pflichten betreffen auch die Arbeitszeitgestaltung und verleihen den betroffenen Arbeitnehmerinnen erhöhte Autonomie wie bspw. das Recht, auf blosse Anzeige hin der Arbeit fernzubleiben. Bemerkenswert ist die Auferlegung einer Lohnzahlungspflicht (80% des Lohnes plus allfälliger Bonus) zu Lasten der Arbeitgeberin, wenn die Arbeit schwanger- oder

257 Bundesgesetz über die Armee und Militärverwaltung (Militärgesetz, MG) vom 3. Februar 1995, SR 510.10.

258 Art. 15 MG hält zwar fest, dass Dienstpflichtige zur Übernahme von Funktionen verpflichtet werden können. Faktisch kann man sich indes dem "Weitermachen" entziehen.

259 Siehe vorne, Rz. 87 – 109.

mutterschaftsbedingt nicht erbracht werden kann und auch keine Ersatzarbeit zur Verfügung gestellt wird. Dieser auf dem Arbeitsgesetz basierende Lohnanspruch schmälert den Lohnfortzahlungskredit nach Art. 324a OR nicht.

Arbeitsvertrags- und sozialversicherungsrechtlich zeigt die Analyse der verschiedenen Bestimmungen ein differenziertes Bild.[260]

Adäquat gelöst ist das Zusammenspiel zwischen Befreiung von der Arbeitspflicht im Vertragsrecht und Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung. Während der Dauer der Mutterschaftsurlaubes besteht ein Anspruch auf EO-Entschädigung. Entfällt Letzterer, weil die beitragsmässigen Voraussetzungen nicht vorliegen, besteht zumindest während der Dauer des achtwöchigen Beschäftigungsverbotes nach der Niederkunft ein Lohnfortzahlungsanspruch nach Art. 324a OR (soweit noch ein Lohnfortzahlungskredit vorhanden ist).

Ebenfalls sachgerecht ist die Berücksichtigung von Abwesenheiten im Zusammenhang mit der Schwangerschaft und Mutterschaft bei den Regelungen zur Ferienkürzung. Schwangerschaft und Mutterschaft werden hier privilegiert behandelt. Diese Abwesenheiten wirken sich nicht bzw. nur bei sehr langer Dauer negativ auf den Ferienanspruch aus.

Als problematisch erweisen sich namentlich zwei Themenkomplexe:

Zum einen ist unklar, ob die Mutterschaftsentschädigung als obligatorische Versicherung im Sinne von Art. 324b OR gilt. Wird die Frage bejaht, hat die Arbeitgeberin die Pflicht, die Differenz der Mutterschaftsentschädigung zu 80% des Lohnes im Rahmen von Art. 324a OR zu bezahlen. Gerade für gutverdienende Frauen ist dies relevant. Wenn es sich bei der Mutterschaftsentschädigung indes nicht um eine obligatorische Versicherung handeln soll, hat dies eine geschlechtsspezifische Diskriminierung zur Folge, da die EO-Entschädigungen für Dienstleistende (Militär, Zivilschutz, ziviler Ersatzdienst) unter Art. 324b OR fallen. Der Gesetzgeber – oder allenfalls die Rechtsprechung – könnte die Diskriminierung bzw. die Unklarheit mit einer Anpassung von Art. 324b OR beseitigen.

Zum anderen erweist sich die fehlende besondere Berücksichtigung schwangerschaftsbedingter Abwesenheiten im Rahmen der Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR als

[260] Siehe vorne, Rz. 61 – 86.

nicht sachgerecht. Schwangere Arbeitnehmerinnen haben ein erhöhtes Risiko, aus gesundheitlichen Gründen ihre Arbeit niederlegen zu müssen, was sich jedoch nicht auf die Dauer des Anspruchs auf Lohnfortzahlung auswirkt.

2. Ist es rechtlich zulässig, dass bei der Leistungsbeurteilung im Zusammenhang mit Ansprüchen auf Bonuszahlungen oder Beförderungen schwangerschafts- und mutterschaftsbedingte Abwesenheiten für die betroffenen Arbeitnehmerinnen in benachteiligender Weise berücksichtigt werden?[261]

Bonus ist kein im Gesetz verankerter Begriff. Als Bonus werden variable Lohnbestandteile, aber auch Sondervergütungen neben dem "normalen" Lohn bezeichnet. Bei Letzteren handelt es sich um echte oder unechte Gratifikationen im Sinne von Art. 322d OR. Bei der echten Gratifikation hat die Arbeitgeberin sowohl hinsichtlich der Ausrichtung an sich als auch hinsichtlich der Höhe einen Ermessensspielraum. Unecht ist die Gratifikation dann, wenn der Anspruch an sich gegeben ist, die Bestimmung der Höhe der Gratifikation jedoch im Ermessen der Arbeitgeberin liegt. Bei der Ausübung des Ermessens ist die Arbeitgeberin nicht gänzlich frei. Sie darf insbesondere den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz und das Gleichstellungsgesetz nicht verletzen.

Die Kürzung des Bonus wegen Abwesenheit während der Zeit des achtwöchigen Beschäftigungsverbotes – und auch wegen Abwesenheit während des obligatorischen Militärdienstes – stellt eine Verletzung des Gleichstellungsgesetzes dar. Anders verhält es sich gemäss Rechtsprechung für die Zeitspanne ab der 9. Woche nach der Niederkunft. Hier soll eine Kürzung der Bonusansprüche zulässig sein, da der Bezug des Mutterschaftsurlaubs nach Ende des achtwöchigen Beschäftigungsverbotes freiwillig ist. Die Kürzung des Bonus stelle deshalb einen sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung dar und sei deshalb keine Verletzung des GIG.

Gemäss dieser Logik ist der Mutterschaftsurlaub bei Arbeitnehmerinnen, für die das achtwöchige Beschäftigungsverbot nicht gilt, bereits ab Beginn der Niederkunft freiwillig und konsequenterweise ist auch eine Kürzung des Bonus ab diesem Zeitpunkt zulässig.

Diese Rechtsprechung ist fragwürdig, setzt sie doch Anreize, den 14-wöchigen Mutterschaftsurlaub nicht zu beziehen, was den Zielen des Mutterschaftsurlaubes (Erholung der Mutter und Betreuung des Neugeborenen) zuwiderläuft und dazu führen kann, dass Mütter ihre Gesundheit gefährden. Gleichermassen verfehlt ist es, wenn krankheitsbe-

[261] Siehe vorne, Rz. 110 – 153.

dingte Abwesenheiten (allgemein und auch im Zusammenhang mit einer Schwangerschaft) als Gründe für die Bonuskürzung zugelassen werden. Auch hier werden falsche Signale gesetzt, indem Arbeitnehmende potenziell trotz vorhandener gesundheitlich bedingter Arbeitsunfähigkeit weiterhin ihre Arbeit ausüben.

Die gleichen Argumente greifen auch bei der Frage, ob Abwesenheiten während der Schwangerschaft und während des Mutterschaftsurlaubes als Gründe für die Nichtbeförderung berücksichtigt werden dürfen.

Abwesenheiten während der Schwangerschaft und während des Mutterschaftsurlaubes sind geschlechtsspezifisch. Folglich stellt eine Kürzung des Bonus oder eine Nichtbeförderung eine nach Art. 3 GIG verbotene Diskriminierung dar.

3. Bestehen allenfalls Regulierungslücken und wie könnten diese geschlossen werden?

Reformbedarf besteht bei Art. 324b OR. Der Gesetzgeber könnte klarstellen, dass die Mutterschaftsversicherung als obligatorische Versicherung zu qualifizieren ist. Diese Klarstellung kann indes auch auf dem Wege der Rechtsprechung erfolgen, da das Gesetz nicht definiert, welche Leistungen als solche aus einer obligatorischen Versicherung im Sinne von Art. 324b OR gelten.

Näher zu prüfen ist, ob und in welcher Form Abwesenheiten von Arbeitnehmerinnen während der Schwangerschaft mit einem zusätzlichen Lohnfortzahlungskredit Rechnung getragen werden soll. Als Vorbild könnte die Regelung zur Ferienkürzung dienen. Hier werden schwangerschafts- und mutterschaftsbedingte Abwesenheiten privilegiert behandelt.

Die Problematik der Bonuskürzung wegen des Bezugs des Mutterschaftsurlaubes kann durch die Rechtsprechung korrigiert werden. Es gibt hinreichend Argumente, mit der das Bundesgericht eine Praxisänderung begründen könnte. Die Nichtgewährung des Bonus während der Zeit ab der neunten Woche des Mutterschaftsurlaubes stellt eine nach Gleichstellungsgesetz verbotene Diskriminierung dar. Die Ausführungen des Bundesgerichts, wonach der Bezug des Urlaubes freiwillig sei, überzeugen nicht. Teile des 14wöchigen Urlaubes als freiwillig zu erklären und den Bezug mit Nachteilen zu sanktionieren, widerspricht auch den Verpflichtungen aus dem ILO-Mutterschaftsübereinkommen. Dieses sieht unter anderem vor, dass die Staaten Rahmenbedingungen schaffen müssen, die den tatsächlichen Bezug des Mutterschaftsurlaubes ermöglichen.