

19.006 **Verschiebung der Beförderung infolge Mutterschaftsurlaub**

Entscheid der Beschwerdekommision vom 12. April 2019:

- Für Streitigkeiten gemäss dem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (GIG) steht im Kanton Aargau die Schlichtungsstelle für Gleichstellungsfragen zur Verfügung. Da weder im Gleichstellungsgesetz, im Staatsvertrag noch im GAV der FHNW eine obligatorische Schlichtung vorgesehen ist, ist die Anrufung der Schlichtungsstelle für die Mitarbeitenden der FHNW fakultativ.
- Die Mitarbeitenden der FHNW können gegen sie betreffende personalrechtliche Entscheide Einsprache beim Direktionspräsidenten erheben. Einspracheentscheide wiederum können bei der Beschwerdekommision angefochten werden.
- Art. 3 Abs. 1 GIG enthält ein Diskriminierungsverbot, wonach Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden dürfen, namentlich nicht unter Berufung auf die familiäre Situation oder, bei Arbeitnehmerinnen, auf eine Schwangerschaft. Gemäss Art. 3 Abs. 2 GIG gilt das Verbot insbesondere für die Anstellung, Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung.
- Es ist eine Tatsache, dass Schwangerschaft bzw. Mutterschaft nur Frauen und damit nur ein Geschlecht betreffen kann. Eine Schwangerschaft bzw. ein bevorstehender Mutterschaftsurlaub zum Zeitpunkt der Beförderung darf keinen Einfluss auf diese haben, sofern es sich nicht um Tätigkeiten wie Tänzerinnen, Modeling etc. handelt oder es um Pharmaversuche geht.

II. Erwägungen

1.

1.1 Gemäss § 33 Abs. 4 des Staatsvertrages zwischen den Kantonen Aargau, BaselLandschaft, Basel-Stadt und Solothurn über die Fachhochschule Nordwestschweiz (Staatsvertrag FHNW, SAR 426.070) vom 27.10./09.11.2004 und 18./19.01.2005 befindet die Beschwerdekommision über Beschwerden gegen Verfügungen der FHNW und entscheidet in personalrechtlichen Streitigkeiten.

Für Streitigkeiten gemäss dem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, [GIG], SR 151.1) vom 24. März 1995 steht im Kanton Aargau die Schlichtungsstelle für Gleichstellungsfragen zur Verfügung (§ 57 des Gerichtsorganisationsgesetzes vom 6.12.2011, GOG; SAR 155.200). Sie ist unter anderem zuständig für Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen, öffentlich-rechtlicher Körperschaften und Anstalten, wenn diese nicht dem Personalgesetz (SAR

165.100) oder dem Gesetz über die Anstellung der Lehrpersonen (SAR 411.200) unterstellt sind. Die FHNW ist eine interkantonale öffentlich-rechtliche Anstalt mit Sitz in Windisch im Kanton Aargau (§ 1 Abs. 2 und 3 Staatsvertrag FHNW). Die Anstellungsverhältnisse mit den Mitarbeitenden der FHNW sind durch öffentlich-rechtliche Verträge geregelt. Die Anstellungsbedingungen werden in einem öffentlich-rechtlichen Gesamtarbeitsvertrag (GAV) festgelegt (§ 13 Abs. 1 und 2 Staatsvertrag FHNW). Die Anstellungen der Mitarbeitenden der FHNW sind im GAV für die FHNW vom 23. Oktober 2006/1. Januar 2008 geregelt (vgl. Ziff. 3 ff., S. 23 ff.), unterstehen also keinem aargauischen Personalerlass. Dies bedeutet, dass den Mitarbeitenden der FHNW die Schlichtungsstelle für Gleichstellungsfragen zur Verfügung steht. Da weder im Gleichstellungsgesetz, im Staatsvertrag noch im GAV der FHNW eine obligatorische Schlichtung vorgesehen ist, ist die Anrufung der Schlichtungsstelle für die Mitarbeitenden der FHNW fakultativ (vgl. STAUBER-MOSER, in: Kaufmann/Steiger-Sackmann, Kommentar GIG, 2. Auflage, Basel 2009, Art. 1 N 58).

1.2 Die Mitarbeitenden der FHNW können gegen sie betreffende personalrechtliche Entscheide Einsprache beim Direktionspräsidenten erheben (Ziff. 15.2 GAV, S. 85). Einspracheentscheide wiederum können bei der Beschwerdekommision angefochten werden (Ziff. 15.3 GAV, S. 86). Damit ist die Beschwerdekommision zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.3 Für das Verfahren der Beschwerdekommision gilt nach § 33 Abs. 3 des Staatsvertrages FHNW das Recht des Kantons Aargau. Gemäss Urteil des Verwaltungsgerichts vom 16. Juni 2015 (E. 3.5.2) entscheidet die Beschwerdekommision FHNW auch in Personalsachen stets im Verwaltungsbeschwerdeverfahren gemäss §§ 41 ff. Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRPG, SAR 271.200).

....

Materielles

...

2.

2.1 Art. 8 Abs. 2 und 3 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV, SR 101) sehen ein Diskriminierungsverbot u.a. wegen des Geschlechts bzw. die Gleichstellung von Mann und Frau vor. Diese Grundsätze wurden im Gleichstellungsgesetz (GIG, SR 151.1) präzisiert. So enthält Art. 3 Abs. 1 GIG ein Diskriminierungsverbot, wonach Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden dürfen, namentlich nicht unter Berufung auf die familiäre Situation oder, bei Arbeitnehmerinnen, auf eine Schwangerschaft. Gemäss Art. 3 Abs. 2 GIG gilt das Verbot insbesondere für die Anstellung, Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung.

Art. 6 GIG sieht zugunsten der Arbeitnehmerin eine Beweislastleichterung vor, wonach eine Diskriminierung vermutet wird, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird. Glaubhaftmachen bedeutet, dass es genügt, dem Gericht aufgrund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der in Frage stehenden Tatsache zu vermitteln, ohne dass dabei die Möglichkeit ausgeschlossen sein muss, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten könnten (BGE 142 II 49 E. 6.2).

2.2 Gemäss Ziffer 3.4.4 des Gesamtarbeitsvertrages wird ab dem 6. Anstellungsjahr entweder ein neuer Arbeitsvertrag abgeschlossen oder der bisherige befristete Arbeitsvertrag automatisch in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis überführt. Die „Entfristung“ war damit formal nicht nötig, wie es von der FHNW auch anerkannt wird. Die erfolgte „Schleife“ beruht auf einem Irrtum des Vorgesetzten und stellt keine Benachteiligung oder Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im oben aufgeführten Sinn dar. Vielmehr hätte dies beiden Geschlechtern, also auch männlichen Mitarbeitenden, passieren können. Schliesslich hatte der Vorgesetzte zum Ziel, die Beschwerdeführerin zu befördern, befand sich aber offensichtlich bezüglich des dahinführenden korrekten Weges in einem Irrtum.

2.3

2.3.1 Nach Kenntnis ihrer Schwangerschaft informierte die Beschwerdeführerin am 29. Januar 2016 ihre Vorgesetzten und das Team darüber. Per E-Mail vom 26. April 2016 vereinbarte sie mit ihrem Vorgesetzten, dass das Protokoll Beförderung nach Personalgespräch den Antrag auf Beförderung mit Wirkung ab 1. August 2017 beinhalten sollte. Die Beschwerdeführerin bedankte sich daraufhin für die Unterstützung nach dem Personalgespräch vom 26. April 2016 (E-Mails vom 26.-29.4.2016, Beilage 7 der Beschwerde). Am 20. Oktober 2017 (Beilage 7 der Beschwerde) schrieb die Beschwerdeführerin an ihren Vorgesetzten, dass die Beförderung nun per 1. September 2017 statt „wie vereinbart per 1. August 2017 wirksam“ wurde, und fragte, ob sie aus diesem Grund um eine Lohnerhöhung bitten solle, was ihr Vorgesetzter eher verneinte.

Die FHNW argumentiert in ihrer Stellungnahme, die Beschwerdeführerin habe in den genannten E-Mails ihr Einverständnis zur Beförderung erst nach dem verlängerten Mutterschaftsurlaub gegeben. Es stellt sich die Frage, ob eine Arbeitnehmerin zu einer Verschiebung ihrer Beförderung nach ihrem Mutterschaftsurlaub gültig zustimmen respektive auf eine frühere Beförderung – wenn die Voraussetzungen gegeben waren – gültig verzichten kann.

Gültig verzichten kann eine Arbeitnehmerin auf einen Anspruch nicht, wenn sich dieser aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes ergibt (Art. 341 Obligationenrecht [OR, SR 220]). Dazu zählen neben dem GAV auch das OR sowie andere Rechtsquellen, also ebenso Rechte aufgrund des Gleichstellungsgesetzes (FREIVOGEL, in: Kaufmann/Steiger-Sackmann, Kommentar GIG, 2. Auflage, Basel 2009, Art. 2 N 18 ff.). Damit steht fest, dass die

Beschwerdeführerin mit ihrem Einverständnis nicht auf ihr Recht, zum angekündigten Zeitpunkt befördert zu werden, gültig verzichten konnte.

2.3.2 Der Vorgesetzte, Herr X., anerkannte im Protokoll vom 26. April 2016 (Beilage 3 der Beschwerde), zu dem er keine Änderungswünsche mehr hatte (vgl. E-Mail vom 26. April 2016, Beilage 7 der Beschwerde), dass er wegen der Orientierung über die Schwangerschaft „unter diesen Umständen zum aktuellen Zeitpunkt keine Beförderung beim MB [Management Board] beantragen wolle“. Damit ist belegt, dass der ursprünglich geplante Zeitpunkt der Beförderung aufgrund der Schwangerschaft bzw. der bevorstehenden Mutterschaft verschoben wurde.

Gemäss Art. 3 Abs. 1 und 2 GIG darf ein Geschlecht gegenüber dem anderen auch bezüglich einer Beförderung nicht benachteiligt werden (FREIVOGEL, a.a.O., Art. 3 N 55). Eine direkte Diskriminierung liegt dann vor, wenn sich eine Ungleichbehandlung ausdrücklich auf die Geschlechtszugehörigkeit oder auf ein Kriterium stützt, das nur von einem der beiden Geschlechter erfüllt werden kann, und sich nicht sachlich rechtfertigen lässt.

Es ist eine Tatsache, dass Schwangerschaft bzw. Mutterschaft nur Frauen und damit nur ein Geschlecht betreffen kann. Eine Schwangerschaft bzw. ein bevorstehender Mutterschaftsurlaub zum Zeitpunkt der Beförderung darf keinen Einfluss auf eine Beförderung haben, sofern es sich nicht um Tätigkeiten wie Tänzerinnen, Modeling etc. handelt oder es um Pharmaversuche geht. Dies ist hier nicht der Fall. Der Antrag auf Beförderung für einen Mann in der Situation der Beschwerdeführerin wäre, wie in der E-Mail vom 27. Oktober 2015 angekündigt, wohl schon im Februar 2016 gestellt worden, da es Ende 2015, laut Aussage des Vorgesetzten, offenbar eine Beförderungspause gegeben hat. Die Verschiebung bzw. Nicht-Beförderung wegen Schwangerschaft und Mutterschaftsurlaub ist damit glaubhaft gemacht. Sie ist als direkt diskriminierend anzusehen und verletzt die Vorschrift in Art. 3 Abs. 1 GIG.

2.3.3 Weiter führt der Vorgesetzte im Protokoll vom 26. April 2016 aus: „Y. erfüllt die notwendigen Qualifikationen und wird sich proaktiv um die entsprechenden Einsätze ... kümmern“. Die Beschwerdeführerin erfüllte also zum Zeitpunkt der Protokollerstellung am 26. April 2016 schon die Voraussetzungen respektive würde sie zeitnah erfüllen, wie beim Zertifikat, das sie erst 2018 einholte, dessen Nichtvorhandensein die Beförderung im 2017 aber gleichwohl nicht verhinderte. Zudem waren für 2016 offenbar 1050 Stunden Lehre geplant. Der Mutterschaftsurlaub begann erst am 26. Juli 2016. Es ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin in den sieben Monaten des Jahres 2016 Lehrstunden absolviert hat. Im Semester 2017/18 nahmen ihre Lehrveranstaltungen massiv zu und sie erwarb 2018 das Sammelzertifikat. Zwischen Juli 2016 und Juli 2017 erwarb sie jedoch keine Zusatzqualifikationen, da sie sich in einem verlängerten Mutterschaftsurlaub befand. Trotzdem konnte sie, ohne die zusätzlichen Qualifikationen, auf den 1. September 2017

befördert werden. Dieser Umstand lässt darauf schliessen, dass die verzögerte Beförderung nicht, wie von der FHNW geltend gemacht, aufgrund der fehlenden Qualifikationen verschoben wurde.

2.3.4 Da aber im Februar 2016 aufgrund der Schwangerschaft noch kein Antrag gestellt wurde (sondern erst im Juni 2017), stellt sich die Frage, wie die festgestellte Diskriminierung beseitigt werden kann bzw. zu welchem Zeitpunkt. Wäre Ende Januar oder im April 2016 beim Gespräch ein Antrag eingereicht worden, hätte die Prüfung innert 2-3 Monaten erfolgen können. Mutmasslich hätte ohne bestehende Schwangerschaft eine Beförderung per 1. August 2016 ausgesprochen werden können statt wie vereinbart per 1. August 2017 und dann tatsächlich per 1. September 2017. Zudem erwarb die Beschwerdeführerin ab August 2016 bis Ende Juli 2017 keine zusätzlichen Qualifikationen, befand sie sich doch im verlängerten Mutterschaftsurlaub. Dass sie nur einen Monat nach dem Mutterschaftsurlaub befördert werden konnte, belegt, dass sie die Voraussetzungen schon vor dessen Antritt am 1. August 2016 erfüllt haben muss. Da sie wie oben ausgeführt nicht einvernehmlich auf das Recht auf Nichtdiskriminierung bzw. die damit verbundenen Lohnansprüche aus der Beförderung verzichten konnte, ist ihr Einverständnis unbeachtlich. Die Beförderung ist deshalb auf den 1. August 2016 vorzunehmen.

3.

In personalrechtlichen Entscheiden werden für das Verfahren vor der Beschwerdekommision FHNW keine Kosten erhoben und keine Parteikosten zugesprochen, zumal solche auch nicht geltend gemacht worden sind (§ 33 Abs. 5^{bis} Staatsvertrag FHNW; Entscheid des Personalrekursgerichts PRGE 2-BE.2007.5 vom 3. Juli 2008 E. 3.1).