



Kantonales Dienstrecht und Mutterschaftsentschädigung

Kommentar zum Urteil 8C_90/2016 des Bundesgerichts vom 11.8.2016 (zur amtlichen Publikation bestimmt)

JAN HENDRIK RITTER, BLaw*

Das Bundesgericht hat in einem Urteil vom 11.8.2016 entschieden, dass einer Angestellten des Kantons Thurgau in der Zeit zwischen Niederkunft und Beginn des Mutterschaftsurlaubs ein Recht auf volle Lohnfortzahlung zusteht. Die auf Rechtsgleichheit und den Vorrang des Bundesrechts abgestellte Argumentation des Bundesgerichts präzisiert den Gestaltungsspielraum der Kantone bei der Ausgestaltung des kantonalen Dienstrechts und baut auf Bestrebungen zur Änderung der Erwerbersatzordnung auf Bundesebene auf.

Inhalt

I. Einleitung	2
II. Sachverhalt und Prozessgeschichte	3
III. Entscheid des Bundesgerichts	3
1. Verstoss gegen das Gebot der rechtsgleichen Behandlung	4
2. Verstoss gegen den Grundsatz des Vorrangs von Bundesrecht	5
3. Rechtfertigung des Eingriffs in die kantonale Organisationsautonomie	6
IV. Schlussfolgerungen	7

I. Einleitung

Obwohl die Schweizerische Bundesverfassung bereits seit 1945 einen Auftrag an den Bund zur Einrichtung einer Mutterschaftsversicherung enthält¹, wurde dieser erst 60 Jahre später im Rahmen einer Revision der Erwerbsersatzordnung (EOG) vom 1.7.2005² realisiert (sog. Mutterschaftsentschädigung).³ Davor war der Mutterschaftsschutz durch das Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG)⁴ und das Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (ArG)⁵ gewährleistet, eine eigentliche Mutterschaftsentschädigung (im Sinne eines bezahlten Mutterschaftsurlaubs) war damit jedoch nicht vorgesehen.⁶

Die Regelungen zur Mutterschaftsentschädigung finden sich in Art. 16b ff. EOG. Berechtigt sind erwerbstätige Mütter (Art. 16b Abs. 1 EOG) während eines Zeitraums von 14 Wochen (Art. 16d EOG). Die Entschädigung wird als Taggeld ausgerichtet (Art. 16e Abs. 1 EOG) und beträgt 80 Prozent des durchschnittlichen Erwerbseinkommens, welches vor Beginn des Entschädigungsanspruchs erzielt wurde (Art. 16e Abs. 1 EOG).

Das EOG bestimmt, dass der Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung mit dem Tag der Niederkunft beginnt (Art. 16c Abs. 1 EOG). Die Mutter kann im Falle eines längeren Spitalaufenthalts des Neugeborenen beantragen, dass die Mutterschaftsentschädigung erst ausgerichtet wird, wenn das Kind nach Hause kommt (Art. 16c Abs. 2 EOG). Die Verordnung zum Erwerbsgesetz⁷ präzisiert, dass der Entschädigungsanspruch aufgeschoben werden kann, wenn die Mutter einen Antrag stellt (Art. 24 Abs. 1 lit. a EOV) und durch ein Arztzeugnis nachgewiesen wird, dass das Neugeborene kurz nach der Geburt mindestens 21 Tage im Spital verbleiben muss (Art. 24 Abs. 1 lit. b EOV). Der Zweck des Mutterschaftsurlaubs, der Mutter Zeit für die Erholung von Schwangerschaft und Niederkunft und für eine intensive Betreuung des Kindes während der ersten Monate zu geben (was während der Hospitalisierung des Kindes nicht möglich ist), ohne dabei in finanzielle Bedrängnis zu kommen,⁸ soll durch die Möglichkeit zum Aufschub der Mutterschaftsentschädigung gewahrt werden.⁹

Die Mutterschaftsentschädigung bildet in der letzten Zeit wieder Gegenstand von Reformvorschlägen. Dabei ist insbesondere auf den Bericht des Bundesrats zum Thema «Einkommen der Mutter bei Aufschub der Mutterschaftsentschädigung infolge längeren Spitalaufenthalts des neugeborenen Kin-

* Unterassistent am Institut für Föderalismus der Universität Freiburg i. Ü. (janhendrik.ritter@unifr.ch).

¹ PERRENOUD STÉPHANIE, *La protection de la maternité. Etude de droit suisse, international et européen*, Bern 2015, S. 1343.

² Bundesgesetz über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft vom 25.9.1952 (Erwerbsersatzgesetz, EOG; SR. 834.1), geändert durch Bundesgesetz vom 3.10.2003 (AS 2005 1429).

³ GÄCHTER THOMAS/FILIPPO MARTINA, Ad Art. 116 in: WALDMANN/BELSER/EPINEY, *Basler Kommentar BV*, Basel 2015, N. 1 u. 22.

⁴ Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18.3.1994 (KVG; SR. 832.10).

⁵ Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13.3.1964 (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11).

⁶ Vgl. Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 3.10.2002, BB1 2002 7522, S. 7526 ff.

⁷ Verordnung zum Erwerbsersatzgesetz vom 24.11.2004 (EOV; SR. 834.11).

⁸ PERRENOUD STÉPHANIE, (FN 1), S. 1113 ff.

⁹ Vgl. *infra* III. 2.

des»¹⁰ hinzuweisen. An diese Problematik knüpft auch der Entscheid des Bundesgerichts vom 11.8.2016 (8C_90/2016, zur amtlichen Publikation vorgesehen) an, welcher hier im Hinblick auf föderalismusrelevante Aspekte Anlass für eine kurze Kommentierung bietet.

II. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Ausgangslage für den Entscheid des Bundesgerichts war folgender Sachverhalt:

Eine Angestellte des Amtes für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Thurgau (AWA) gebar am 1.9.2014 ihre Tochter. Bereits vor der Geburt (welche zwei Monate vor dem errechneten Termin erfolgte) war die Mutter für 14 Tage hospitalisiert worden. Das neugeborene Kind war in der Folge aus medizinischen Gründen bis zum 31.10.2014 hospitalisiert, was dazu führte, dass auch die Mutter gemäss ärztlichem Attest während mehrerer Wochen arbeitsunfähig war. Diese machte deshalb von der Möglichkeit zum Aufschub des Mutterschaftsurlaubs Gebrauch und bezog letzteren ab dem 1.11.2014.

Das AWA hielt gestützt auf § 39a Abs. 1 RRVBesVO mit Verfügung vom 10.9.2014 fest, dass die Mutter für die Zeit bis zur Entlassung des Kindes aus dem Spital keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung und deshalb unbezahlten Urlaub zu beziehen habe.

Sowohl die Personalrekurskommission des Kantons Thurgau als auch das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau bestätigten die Haltung des AWA.

Mittels Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten forderte die Mutter, der Entscheid der Vorinstanz sei aufzuheben. Sie machte geltend, während der Hospitalisierung der Tochter bestünde ein Anspruch auf Lohnfortzahlung wegen Krankheit. Die Betrachtungsweise der Vorinstanz sei geschlechterdiskriminierend und verstosse gegen das auch im öffentlichen Dienstrecht geltende Beschäftigungsgebot in den ersten acht Wochen nach der Niederkunft (vgl. E. 3).

Das Bundesgericht musste eine Antwort auf die Frage finden, ob der Beschwerdeführerin ein Anspruch auf Lohnfortzahlung für die Zeit zwischen der Niederkunft und dem Beginn der Mutterschaftsentschädigung bei Entlassung ihres Kindes aus dem Spital zukommt.

III. Entscheid des Bundesgerichts

In E. 4.5 trägt das Bundesgericht die einschlägigen Rechtsnormen aus dem Dienstrecht des Kantons Thurgau zusammen. Diese finden sich in der Besoldungsverordnung des Grossen Rats (BesVO)¹¹ und der Besoldungsverordnung des Regierungsrats (RRVBesVO)¹². Das kantonale Dienstrecht steht

¹⁰ Bericht des Bundesrats «Einkommen der Mutter bei Aufschub der Mutterschaftsentschädigung infolge längeren Spitalaufenthalts des neugeborenen Kindes» in Erfüllung der Postulate 10.3523 Maury Pasquier vom 17.6.2010 und 10.4125 Teuscher vom 17.12.2010 (publiziert am 20.4.2016), zitiert Bericht des Bundesrats; zugänglich online unter: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/publiservice/publikationen/berichte/ber-br-mutterschaftsentschaedigung-d.pdf> (zuletzt besucht am 23.11.2016).

¹¹ Verordnung des Grossen Rates über die Besoldung des Staatspersonals vom 18.11.1998 (Besoldungsverordnung, BesVO; RB 177.22).

¹² Verordnung des Regierungsrates zur Besoldungsverordnung vom 21.9.1999 (RRVBesVO; RB 177.223).

– was vom Bundesgericht im vorliegenden Urteil nicht explizit erwähnt wird – im Schutzbereich der in Art. 47 Abs. 2 BV¹³ verankerten Organisationsautonomie der Kantone.

§ 20 Abs. 1 BesVO bestimmt, dass Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern bei Arbeitsunfähigkeit infolge von Krankheit oder Unfall während zwölf Monaten Anspruch auf den vollen Lohn haben. § 33 Abs. 1 RRVBesVO präzisiert, dass bei einer Abwesenheit infolge von Krankheit oder Unfall von mehr als fünf Tagen in der Regel ein Arztzeugnis vorzulegen ist.

§ 22 Abs. 1 BesVO gibt Mitarbeiterinnen, welche die Voraussetzungen für die Mutterschaftsentschädigung gemäss EOG erfüllen, Anspruch auf 16 Wochen Urlaub bei voller Besoldung gemäss dem Beschäftigungsgrad vor der Niederkunft. Während dieser in der Regel zwei Wochen vor dem ärztlich bestimmten Niederkunftstermin beginnt (Abs. 2), kann der Regierungsrat in besonderen Fällen anderweitige Regelungen treffen (Abs. 4). Gestützt hierauf bestimmt die RRVBesVO in § 39a Abs. 3, dass wenn eine Mitarbeiterin den Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung nach EOG wegen längerem Spitalaufenthalt des Neugeborenen aufschiebt, der bezahlte Urlaub unterbrochen und für diese Zeit unbezahlter Urlaub bezogen werden muss.

Das Bundesgericht nimmt nun eine Prüfung dieser Normen anhand von übergeordnetem Bundesrecht vor. Dabei ist es möglich, einen auf den Einzelfall ausgerichteten Argumentationsstrang (1.) von einer abstrakten Prüfung der Vereinbarkeit des erwähnten kantonalen Rechts mit Bundesrecht (2.) zu unterscheiden. Aus föderalistischer Sicht ist zudem interessant, dass dem Bundesgerichtsentcheid, welcher auf die finanziellen Auswirkungen und laufende Gesetzgebungsverfahren auf Bundesebene Bezug nimmt, eine über das geltende Recht hinausgehenden Rechtfertigung für einen Eingriff in die kantonale Organisationsautonomie entnommen werden kann (3.).

1. Verstoss gegen das Gebot der rechtsgleichen Behandlung

Das in Art. 8 Abs. 1 BV verankerte Gebot der rechtsgleichen Behandlung besagt in den Worten des Bundesgerichts: «Gleiches muss nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt werden» (E. 4.2). Dieses Gebot sei unter anderem dann verletzt, wenn ein Erlass «hinsichtlich einer entscheidewesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist» (E. 4.2). Das Bundesgericht hält allerdings fest, dass die Frage nach einem vernünftigen Grund für eine rechtliche Differenzierung sich im Verlauf der Zeit ändern kann und dem Gesetzgeber ein weiterer Gestaltungsspielraum zukommt.

Zunächst nimmt das Bundesgericht (E. 5.2) Bezug auf die Vorschriften des Dienstrechts des Kantons Thurgau. Bei ärztlich attestierter gesundheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit gewähre das kantonale Recht (vgl. *supra*) den Angestellten des Kantons einen Anspruch auf vollen Lohnersatz während eines Jahres (§ 20 Abs. 1 BesVO). Demgegenüber sind Mütter gezwungen, unbezahlten Urlaub zu beziehen, wenn nach der Niederkunft infolge Hospitalisation des Neugeborenen der Bezug der Mutterschaftsentschädigung aufgeschoben wurde (RRVBesVO § 39a Abs. 3). An dieser Stelle kann in Erinnerung gerufen werden, dass die Mutter *in casu* auf Grund eines ärztlichen Attests während mehrerer Wochen arbeitsunfähig war.

¹³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101).

Das Bundesgericht unterstreicht, «beiden Konstellationen ist gemeinsam, dass die Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung auf gesundheitlichen Gründen beruht» (E. 5.3). Ein vom Gebot der rechtsgleichen Behandlung geforderter *vernünftiger Grund* für die unterschiedliche rechtliche Würdigung zweier gleichgelagerter Fälle ist in den Augen des Bundesgerichts nicht gegeben. Hierbei wird auf Art. 35a Abs. 3 ArG verwiesen, welcher die Arbeitsaufnahme nach der Niederkunft während acht Wochen verbietet.

Das Gebot der rechtsgleichen Behandlung beinhaltet nach Auslegung des Bundesgerichts einen weiten Gestaltungsspielraum für den Gesetzgeber. Das Bundesgericht rechtfertigt den Eingriff in diesen Gestaltungsspielraum in E. 5.4 unter Verweis auf den Willen des historischen Gesetzgebers, kantonale Rechtsprechung¹⁴, herrschende Lehre und aktuelle Gesetzgebungsbestrebungen auf Bundesebene.¹⁵

Mit anderen Worten kann gesagt werden, dass sich aus Sicht des Bundesgerichts aus der Möglichkeit zum Aufschub der Mutterschaftsentschädigung nach EOG für die Kantone kein Freiraum bei der Schaffung kantonalen Dienstrechts ableiten lässt, die Arbeitsunfähigkeit auf Grund von Krankheit oder Unfall anders zu behandeln als eine Arbeitsunfähigkeit auf Grund der Niederkunft.

Allein auf Grund dieser Argumentation wäre es möglich gewesen, der Beschwerde gegen den Entscheid der Vorinstanz stattzugeben. Stattdessen erarbeitet das Bundesgericht in einem zweiten Argumentationsstrang eine verallgemeinerbare Aussage über die Vereinbarkeit von § 39a Abs. 3 RRVBesVO mit Bundesrecht, was von Bedeutung ist, da, wie das Bundesgericht festhält, auch andere Kantone ähnliche Lösungen in ihrem Personalrecht vorgesehen haben.¹⁶

2. Verstoss gegen den Grundsatz des Vorrangs von Bundesrecht

Unter Verweis auf Artikel 49 Abs. 1 BV und seine bisherige Rechtsprechung¹⁷ definiert das Bundesgericht den Grundsatz des Vorrangs von Bundesrecht wie folgt: In Sachgebieten, welche die Bundesgesetzgebung abschliessend regelt, ist eine Rechtssetzung durch die Kantone grundsätzlich ausgeschlossen. In Sachgebieten, die das Bundesrecht nicht abschliessend ordnet, erlaubt er den Kantonen, Vorschriften zu erlassen, sofern diese nicht «gegen Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und dessen Zweck nicht beeinträchtigen oder vereiteln» (E. 4.1).

Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass die kantonale Regelung, wonach im Falle eines Aufschubs der Mutterschaftsentschädigung unbezahlter Urlaub zu beziehen ist (§ 39a Abs. 3 RRVBesVO), bundesrechtswidrig ist, da sie «die Verwirklichung des Bundesrechts übermässig erschwert oder verhindert» (E. 6.2). Die Argumentation stellt insbesondere auf eine teleologische Auslegung der Mutterschaftsentschädigung und der Möglichkeit zu deren Aufschub nach EOG ab, wie folgende Ausführungen des Bundesgerichts aufzeigen:

In Bezug auf den Mutterschaftsurlaub hält das Bundesgericht fest, dass dessen Sinn und Zweck erstens in der Erholung der Mutter von Schwangerschaft und Niederkunft, zweitens in der intensiven

¹⁴ Entscheid des Genfer Appellationsgerichts in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten vom 17.10.2008, publiziert in JAR 2009 S. 522ff.).

¹⁵ Vgl. Bericht des Bundesrats (FN 10).

¹⁶ Vgl. Übersicht aller kantonalen Regelungen, in: Bericht des Bundesrats (FN 10), S. 44 ff.

¹⁷ Insb. BGE 138 I 468 E. 2.3.1 und BGE 137 I 31 E. 41.

Betreuung des Neugeborenen und drittens in der Entlastung der Arbeitgeber und einer Verbesserung der Chancen von jungen Frauen auf dem Arbeitsmarkt liegt (E. 5.1). Dabei hebt das Bundesgericht hervor, dass durch den bezahlten Mutterschaftsurlaub Mütter vor finanzieller Bedrängnis bewahrt werden sollen.

Hinsichtlich der Möglichkeit zum Aufschub der Mutterschaftsentschädigung nach Art. 16c Abs. 2 EOG unterstreicht das Bundesgericht die «freie Wahl der Mütter», von dieser Regelung Gebrauch zu machen (E. 6.1). Der Regelung im Dienstrecht des Kantons Thurgau führt nach Ansicht des Bundesgerichts dazu, dass Mütter aus finanziellen Gründen gezwungen sein könnten, sich gegen einen Aufschub zu entscheiden. Hierbei verweist das Bundesgericht auch auf Art. 35 Abs. 3 ArG (Arbeitsverbot in den ersten acht Wochen nach der Geburt) und Art. 16d Satz 2 EOG (Verwirkung des Anspruchs auf Mutterschaftsentschädigung bei vorzeitiger Arbeitsaufnahme).

3. Rechtfertigung des Eingriffs in die kantonale Organisationsautonomie

Mit der Föderalismusreform 2004 ist der Begriff der Organisationsautonomie in Art. 47 Abs. 2 BV verankert worden.¹⁸ Dieser umfasst das Recht der Kantone, «ihre internen Belange entsprechend ihren Bedürfnissen auszugestalten».¹⁹

In der Lehre wird z.T. bemängelt, dass es sich bei Art. 47 Abs. 2 BV um ein normativ schwaches Bekenntnis handelt. Dementsprechend wird versucht, Eingriffe in die Organisationsautonomie an die Beachtung allgemeiner rechtsstaatlicher Grundsätze (insb. Art. 5 f. BV), namentlich an eine Vorprüfung der Erforderlichkeit zu knüpfen.²⁰ Damit ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit angesprochen, welcher vom Bundesgericht wie folgt umschrieben wurde: «Dieser verlangt, dass eine Massnahme geeignet ist, das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel zu erreichen, und sich zudem im Hinblick auf die Zweck-Mittel-Relation erforderlich und angemessen erweist.»²¹

Weil das Bundesgericht § 39a Abs. 3 RRVBesVO als Bestandteil des kantonalen Dienstrechts für bundesrechtswidrig erklärt, kommt das Urteil einer Einschränkung der Organisationsautonomie des Kantons Thurgau gleich. Auch wenn das Bundesgericht diesen Aspekt nicht explizit thematisiert, so lassen sich dem Urteil doch mehrere Argumente zur Rechtfertigung des Entscheids im Hinblick auf eine Prüfung der Erforderlichkeit entnehmen:

- Erstens verweist das Bundesgericht auf den Bericht des Bundesrats vom 28. April 2016²², welcher aufzeigt, dass die Anzahl Fälle, in welchen ein Aufschub und demnach ein Lohnerersatz zu Lasten des Arbeitgebers überhaupt in Frage kommt, gering ist (E. 5.4). Mit anderen Worten berücksichtigt das Bundesgericht die finanziellen Folgen seines Entscheids für den Kanton.
- Zweitens berücksichtigt das Bundesgericht kantonale Entscheide und diverse Lehrmeinungen, die sich für einen Anspruch auf Lohnfortzahlung während der Zeit des Aufschubs der

¹⁸ HANGARTNER YVO, *Begriff und Bedeutung der Eigenständigkeit der Kantone (Art. 47)*, ZSR 2012 I 145-157, S. 145 f.

¹⁹ BELSER EVA MARIA/MASSÜGER NINA, Ad Art. 47 in: WALDMANN/BELSER/EPINEY, *Basler Kommentar BV*, Basel 2015, N. 15.

²⁰ Ebd. N. 15.

²¹ BGE 131 I 91, E. 3.3.

²² Vgl. Bericht des Bundesrats (FN 10).

Mutterschaftsentschädigung aussprechen.²³ Das Bundesgericht nimmt somit ausführlich Bezug auf Entwicklungen der Praxis.

- Drittens (und dieser Punkt sticht bei einer föderalistischer Betrachtung besonders heraus) bezieht sich das Bundesgericht auf die erwähnten Bestrebungen auf Bundesebene²⁴, «die Lohnfortzahlung in Fällen des Aufschubs nach Art. 16c Abs. 2 EOG explizit in jedem Fall sicherzustellen» (E. 5.4). Das betreffende Geschäft soll in der laufenden Wintersession 2016 im Ständerat behandelt werden.²⁵ Das Bundesgericht ist hierbei der Ansicht, die notwendige Anpassung der Mutterschaftsentschädigung stehe im Einklang mit der verfassungsrechtlichen Grundlage der Mutterschaftsentschädigung in Art. 116 Abs. 3 BV (E. 5.4).

IV. Schlussfolgerungen

Eine kantonale Regelung (*in casu* § 39a Abs. 3 RRVBesVO), welche im Falle eines Aufschubs der Mutterschaftsentschädigung nach Art. 16c Abs. 2 EOG vorsieht, dass in der Zeit zwischen Niederkunft und Beginn der Mutterschaftsentschädigung unbezahlter Urlaub zu beziehen ist, verstösst gemäss Bundesgericht gegen Sinn und Zweck der Mutterschaftsentschädigung nach Art. 16b ff. EOG und beraubt die Mutter insbesondere der Möglichkeit, vom Aufschub frei Gebrauch zu machen.

Der Entscheid des Bundesgerichts bedeutet eine Einschränkung der kantonalen Organisationsautonomie (Art. 47 Abs. 2 BV). Bemerkenswerterweise lässt sich dem Urteil auch ein Argument zur Rechtfertigung einer solchen Einschränkung entnehmen, die über das geltende Recht hinausgeht. So verweist das Bundesgericht insbesondere auf ein laufendes Gesetzgebungsverfahren auf Bundesebene, welches zum Ziel hat, die Lohnfortzahlung in Fällen des Aufschubs nach Art. 16c Abs. 2 EOG explizit in jedem Fall sicherzustellen.

²³ Vgl. Verweise in E. 5.4.

²⁴ Vgl. Bericht des Bundesrats (FN 10).

²⁵ NZZ-Artikel „Mütter von Frühchen fallen in Rechtslücke“ vom 26.11.2016, S. 15.