

Analyse der kantonalen Rechtsprechung nach dem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (2004-2015)

Forschungsbericht

FACHBEREICH RECHT

Eidgenössisches Departement des Innern EDI
Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra



IMPRESSUM

TITEL

Analyse der kantonalen Rechtsprechung nach dem Bundesgesetz
über die Gleichstellung von Frau und Mann (2004-2015)

HERAUSGEBER

Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung
von Frau und Mann EBG

AUTOR/-INNEN

Karine Lempen, Aner Voloder

FOTOS

Franziska Frutiger, Biel
Martine Dutruit, Pully

VERTRIEB

Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung
von Frau und Mann EBG
Schwarztorstrasse 51, 3003 Bern
ebg@ebg.admin.ch
www.ebg.admin.ch



Diesen März haben über 10'000 Frauen und Männer anlässlich des Women's March in Zürich ein Zeichen für Frauenrechte gesetzt. Denn trotz der Fortschritte in Sachen Gleichstellung von Frau und Mann ist Diskriminierung aufgrund des Geschlechts auch hierzulande weiterhin an der Tagesordnung.

Dabei sind Diskriminierungsverbot und Gleichstellungsgebot in der Schweiz in Verfassung und Gesetz verankert. Das Gleichstellungsgesetz (GIG) verbietet Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben; von der Anstellung über den Lohn, die Weiterbildung und die Kündigung bis zur sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz.

Soweit das Recht, doch wie sieht es in der Realität aus? 20 Jahre nach Inkrafttreten des GIG stellt sich die Frage nach dessen Wirkung im Alltag.

Kam eine erste Analyse des Gesetzes vor zehn Jahren zum Schluss, dass das GIG zu wenig angewendet wird und bekannt ist, so stellt sich uns heute die Frage, ob sich Verbesserungen oder neue Schwierigkeiten feststellen lassen. Die nun vorliegende Studie legt den Fokus auf die kantonale Rechtsprechung. Sie analysiert rund 200 kantonale Gerichtsentscheide aus den Jahren 2004-2015 und gibt damit Aufschluss über die Wirkung des Gleichstellungsgesetzes in der juristischen Praxis sowie über mögliche Problembereiche. Im Vergleich zur ersten Evaluation halten sich Probleme in der Anwendung des GIG hartnäckig, so wird beispielsweise die Verbandsklage als Instrument nach wie vor wenig genutzt. Dar-

über hinaus verzeichnet die vorliegende Studie einen starken Anstieg von Fällen, in denen es um Diskriminierung aufgrund von Schwangerschaft und Mutterschaft geht. Ob es sich dabei um eine Verschärfung der Diskriminierungsproblematik handelt oder ob sich Frauen heute ganz einfach besser zur Wehr zu setzen wissen, muss im Rahmen der vorliegenden Studie offen bleiben. Und schliesslich behandelt ein Drittel aller Urteile Fälle von Lohndiskriminierung.

Obwohl für den Bund die Vereinbarkeit von Beruf und Familie eine politische Priorität und auch aus wirtschaftlicher Hinsicht von grosser Bedeutung ist, müssen wir feststellen, dass es sogar in Zeiten des Fachkräftemangels Unternehmen gibt, die Mütter nicht hinreichend unterstützen und deren Rechte manchmal sogar missachten.

Dabei ist es auch für die Unternehmen ein Nachteil, wenn eine Mutter aus dem Arbeitsmarkt gedrängt wird. Und wenn eine Frau nicht die Verantwortung übernehmen kann, für die sie qualifiziert ist, verliert auch die Gesellschaft. Zentrale Pfeiler der Vereinbarkeit von Beruf und Familie sind der Schutz vor Diskriminierung und die Gewährleistung der Chancengleichheit. Der Bundesrat erachtet es deshalb als kontinuierliche Aufgabe, über die Schutz- und Beratungsmöglichkeiten bei Diskriminierungsfällen aufzuklären. Eine verstärkte Sensibilisierung setzt jedoch das Vorhandensein von Daten voraus. Und hier leistet die vorliegende Studie einen wichtigen Beitrag.

Und indem die Studie Empfehlungen formuliert, stellt sie Entscheidungshilfen für Verantwortliche aus Politik, Justiz und Wissenschaft zur Verfügung. Darunter die von den AutorInnen empfohlene Absage vom Lohn tabu hin zu mehr Lohntransparenz. Mit der angestrebten Revision des GIG geht der Bundesrat bereits in diese Richtung.

Diesen März haben zahlreiche Frauen und Männer ihre Forderung nach tatsächlicher Gleichstellung auf die Strasse getragen. Dieser nachzukommen, bleibt in der Verantwortung aller. Denn fehlende Gleichstellung kommt nicht nur Frauen teuer zu stehen, sondern die Gesellschaft als Ganzes.

Sylvie Durrer, Direktorin des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT
Département de droit civil

Analyse der kantonalen Rechtsprechung nach dem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (2004-2015)

Forschungsbericht

Im Auftrag des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann
EBG

Karine Lempen, Prof. Dr. iur.

Aner Voloder, lic. iur.

in Zusammenarbeit mit Laetitia Jamet, MLaw

Genf, 16. Juni 2017

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	4
Wichtigste Ergebnisse	6
1. Ausgangslage	8
1.1 Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes (2005)	8
1.2 Studie über den Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen (2015).....	8
1.3 Auftragserteilung (2016)	9
2. Zielsetzung.....	9
3. Methodisches Vorgehen	10
3.1 Datensammlung	10
3.2 Erarbeitung des Evaluationsrasters.....	10
3.3 Bestimmung der auswertbaren Entscheide – Analyse der Entscheide.....	11
3.4 Synthese der Untersuchung	11
4. Ergebnisse der Untersuchung	11
4.1 Anzahl Entscheide nach Kanton (F 2)	11
4.2 Anzahl Entscheide nach Jahr (F 4)	12
4.3 Zusammensetzung des Gerichts (F 5).....	12
4.4 Vertretung der arbeitnehmenden Partei (F 8)	13
4.5 Durchführung einer Schlichtungsverhandlung (F 15).....	13
4.6 Verfahrensdauer auf kantonaler Ebene (F 17) und Berufung (F18).....	13
4.7 Fortbestand des Arbeitsverhältnisses (F 9 und F 10)	14
4.8 Art des Arbeitsverhältnisses (F 14 und F 28).....	15
4.9 Art des Arbeitsvertrags (F 26), Beschäftigungsgrad (F 27), Kaderfunktion (F 30).....	15
4.10 Dauer des Arbeitsverhältnisses (F 31).....	15
4.11 Branche (F 29)	16
4.12 Klagende Partei und Verbandsklagerecht (F 19-20).....	16
4.13 Geschlecht der arbeitnehmenden Partei (F 21)	17
4.14 Angaben über die arbeitnehmende Partei (F 22-24): Alter, familiäre Situation, Zivilstand, Staatsangehörigkeit.....	17
4.15 Mehrfachdiskriminierung (F 36).....	18
4.16 Diskriminierungsgrund (F 34)	18
4.17 Zeitpunkt, zu dem Diskriminierung aufgrund Schwangerschaft oder Mutterschaft stattfindet (F 35).....	19
4.18 Direkte oder indirekte Diskriminierung (F 32).....	19
4.19 Angemessene Massnahmen (F 33).....	20
4.20 Art der Diskriminierung (F 37).....	20

4.21 Rachekündigung (F 38-39).....	21
4.22 Sexuelle Belästigung (F 40-42)	21
4.23 Verfahrensgrundsatz (F 44).....	22
4.24 Beweislast erleichterung (F 46-48).....	23
4.25 Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklagen (F 49 und 50)	24
4.26 Klage auf Zahlung des geschuldeten Lohns (F 51-56)	24
4.27 Entschädigung infolge Anstellungsdiskriminierung (F 57-62)	25
4.28 Entschädigung infolge diskriminierender Kündigung (F 63-69)	25
4.29 Entschädigung infolge sexueller Belästigung (F 70-73).....	26
4.30 Schadenersatz und Genugtuung (F 74-81).....	26
4.31 Kumulation von Entschädigungen (F 82).....	26
4.32 Verbindung mit anderen arbeitsrechtlichen Bestimmungen (F 13)	27
4.33 Gerichts- und Parteikosten (F 83-85)	27
4.34 Ausgang des Schlichtungsverfahrens (F 88-89).....	28
4.35 Ausgang des Gerichtsverfahrens (F 86-87).....	28
4.36 Anwendung des Gleichstellungsgesetzes von Amtes wegen (F 45).....	30
5. Schlussfolgerungen.....	31
A. Rechtssetzende Behörden	34
B. Justizkreise	34
C. Fachstellen für Gleichstellung	35
D. Universitäten.....	35
7. Bibliografie.....	36
7.1 Lehre.....	36
7.2 Berichte des Bundesrats.....	37
8. Anhang – Evaluationsraster.....	38

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Kanton Aargau
AJP/PJA	Aktuelle juristische Praxis – Pratique juridique actuelle
AR	Kanton Appenzell-Ausserrhoden
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (Arbeitsgesetz, SR 822.11)
Art.	Artikel
BBl	Bundesblatt
BE	Kanton Bern
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BL	Kanton Basel-Landschaft
BR	Bundesrat
BS	Kanton Basel-Stadt
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
CERT	Centre d'étude des relations de travail, Universität Neuenburg
CHF	Schweizer Franken
EBG	Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann
Erw.	Erwägung
F	Frage
FR	Kanton Freiburg
GE	Kanton Genf
GlG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, SR 151.1.)
GOG	Gerichtsorganisationsgesetz des Kantons Basel-Stadt vom 3. Juni 2015
GR	Kanton Graubünden
i.S.v.	im Sinne von
LaCC	Loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile des Kantons Genf vom 11. Oktober 2012
lit.	litera, Buchstabe

LTPH	Loi sur le Tribunal des prud'hommes des Kantons Genf vom 26. September 2010
LU	Kanton Luzern
OR	Obligationenrecht vom 30. März 1911 (SR 220)
RK-SR	Kommission für Rechtsfragen des Ständerates
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SG	Kanton St.Gallen
SH	Kanton Schaffhausen
SKMR	Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte
SO	Kanton Solothurn
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SZ	Kanton Schwyz
TG	Kanton Thurgau
UR	Kanton Uri
vgl.	vergleiche
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
z.B.	zum Beispiel
ZG	Kanton Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)

Wichtigste Ergebnisse

Bei der vorliegenden Studie handelt es sich um eine vertiefte Analyse der 190 kantonalen Schlichtungsprotokolle und Gerichtsurteile, die gestützt auf das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (GIG) ergangen sind. Der Beurteilungszeitraum erstreckt sich auf etwas mehr als zehn Jahre (2004-2015).

1. Klagen nach dem Gleichstellungsgesetz werden fast immer von Einzelpersonen erhoben – hauptsächlich von Frauen – und nur äusserst selten von Organisationen (Art. 7 GIG). Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung konnten lediglich 8 Fälle (von 190) ermittelt werden, in denen die letzteren von ihrem Klagerecht Gebrauch machen. In 3 Fällen (von 8) beteiligten sich die Organisationen an den individuellen Klagen der betroffenen Personen (vgl. 4.12-4.13).

2. In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle (84%) ist das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung bereits aufgelöst (vgl. 4.7).

3. Wird infolge einer geschlechtsspezifischen Diskriminierung der Rechtsweg beschritten, dann geschieht dies am häufigsten wegen Lohndiskriminierungen (67 Fälle) oder diskriminierenden Kündigungen (67 Fälle) (vgl. 4.20). Besonders betroffen sind Berufe im Gesundheitswesen (vgl. 4.11).

4. Eine deutliche Mehrheit der Entscheide betrifft *direkte* Diskriminierungen. Eine *indirekte* Diskriminierung wird in lediglich 30.5% aller Fälle geltend gemacht oder festgestellt. Dabei handelt es sich meistens um Lohndiskriminierungsklagen (vgl. 4.18).

5. Etwa ein Drittel aller Fälle von Diskriminierungen i.S.v. Art. 3 GIG bezieht sich auf die Schwangerschaft oder Mutterschaft der Arbeitnehmerin (41 Fälle). Die Diskriminierung findet häufig unmittelbar nach der Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub statt. Meistens wird der Mutter gekündigt (vgl. 4.16-4.17).

6. Die Analyse der Rechtsprechung zeigt, dass mehrere Entscheide bezüglich diskriminierender Kündigungen (i.S.v. Art. 5 Abs. 2 GIG) ausschliesslich unter Berücksichtigung des Obligationenrechts (Art. 336 OR) getroffen werden. Dies hat zur Folge, dass die im Gleichstellungsgesetz verankerte Beweislast-erleichterung (Art. 6 GIG) nicht angewendet werden kann (vgl. 4.24 und 4.28).

7. Wird die Beweislast-erleichterung angewendet, so wird in einem Entscheid selten zwischen zwei Anwendungsstufen (1. Glaubhaftmachung und 2. sachliche Rechtfertigungsgründe) unterschieden. In der Mehrzahl der Fälle (53.4%) wird die Glaubhaftmachung nicht anerkannt und somit die Klage abgewiesen (vgl. 4.24).

8. In 62.5% aller analysierten Entscheide fällt das Urteil mehrheitlich oder vollumfänglich zu Ungunsten der arbeitnehmenden Partei aus, die eine Diskriminierung geltend macht. Klagen wegen Rache-kündigungen (Art. 10 GIG) werden beinahe immer (91.6%) abgewiesen. Der Anteil der zu Ungunsten der arbeitnehmenden Partei ausfallenden Urteile ist ebenfalls sehr hoch (82.8%), wenn diese eine Diskriminierung infolge sexueller Belästigung (Art. 4 GIG) geltend macht (vgl. 4.21-4.22 und 4.35).

9. Forderungen nach Zahlung einer Entschädigung wegen sexueller Belästigung (Art. 5 Abs. 3 GIG) werden in einer deutlichen Mehrzahl der Fälle (76.6%) abgewiesen (vgl. 4.20). Ferner untersuchen die Gerichte kaum, ob die arbeitgebende Partei präventive Massnahmen dagegen ergriffen hat (vgl. 4.13).

10. Für sexuelle Belästigung sieht das Gleichstellungsgesetz eine Entschädigung von maximal sechs «schweizerischen Durchschnittslöhnen» vor (Art. 5 Abs. 3 GIG). Als Basis für die Berechnung nehmen Gerichte in der Praxis hingegen den schweizerischen Medianlohn, dessen Wert tiefer ist, als derjenige des schweizerischen Durchschnittslohns.

11. Im Rahmen der Prozesse wegen Lohndiskriminierungen scheitern die Klagen auf Zahlung des geschuldeten Lohns (Art. 5 Abs. 1 lit. d GIG) in einer deutlichen Mehrzahl der Fälle (76.3%) (vgl. 4.26).

12. Trotz des Grundsatzes des kostenlosen Gerichtsverfahrens (Art. 114 lit. a ZPO) bringen Klagen nach dem Gleichstellungsgesetz ein gewisses finanzielles Risiko mit sich. In der vorliegenden Entscheidsammlung finden sich 23 Urteile, in denen der arbeitnehmenden Partei Parteikosten (Art. 95 Abs. 3 ZPO) auferlegt werden. Diese betragen zwischen CHF 1'200.- und 19'392.- (vgl. 4.33).

1. Ausgangslage

Das Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (GIG)¹ ist seit 01. Juli 1996 in Kraft. Es untersagt direkte oder indirekte Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben, unabhängig davon, ob sie privat- oder öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse betreffen.

1.1 Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes (2005)

Im Auftrag des Bundesamtes für Justiz und in Erfüllung der Motion 02.3142 Hubmann «Keine Rache Kündigung gegen Frauen, die sich wehren» wurde zwischen 2003 und 2005 die Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes evaluiert.²

Die im Rahmen dieser Evaluation durchgeführte Vollerhebung der Entscheide im Zeitraum 1996-2004 bei öffentlich-rechtlichen und zivilen Gerichten, die Klagen nach Gleichstellungsgesetz behandelten, brachte insgesamt 269 auswertbare Gerichtsurteile.³ 71 davon wurden einer vertieften Analyse unterzogen.⁴

Die wichtigsten Resultate dieser Analyse wurden im Bericht des Bundesrates vom 15. Februar 2006 präsentiert.⁵ Der Bericht kommt zum Schluss, dass das Gleichstellungsgesetz zu selten angewendet wird und die verschiedenen Möglichkeiten, die es anbietet, wie z.B. die Beweislast erleichterung, «bei den Anwältinnen und Anwälten sowie den Gerichten noch viel zu wenig bekannt sind».⁶

1.2 Studie über den Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen (2015)

Am 14. Dezember 2012 nahm der Nationalrat das Postulat 12.3543 Naef «Bericht zum Recht auf Schutz vor Diskriminierung» an und beauftragte den Bundesrat mit der Vorlage des entsprechenden Berichts. Daraufhin erhielt das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) den Auftrag, eine wissenschaftliche Studie als Grundlage für den verlangten Bericht des Bundesrates zu erstellen.⁷

In diesem Zusammenhang wurde vom Bundesamt für Justiz und SKMR eine Vollerhebung der Entscheide bei den Gerichten im Zeitraum vom 01. Januar 2004 bis 30. Juni 2014 durchgeführt. Zusammengekommen sind insgesamt 143 Gerichtsentscheide und Schlichtungsprotokolle, die auf dem Gleichstellungsgesetz basieren.⁸ 24 Entscheide, die Kündigungen aufgrund des Zivilstandes, der familiären Situation (Mutterschaft) und Schwangerschaft betrafen, wurden einer eingehenden Untersuchung unterzogen.⁹

Gleich wie der Bericht über die oben erwähnte Evaluation (1.1), kommt auch das SKMR in seiner Studie zum Schluss, dass Betroffene von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts auf verschiedene Hindernisse stossen, ihre Ansprüche gerichtlich durchzusetzen, nämlich:

« ... die Beschränkung des Verbandsklagerechts auf Feststellungsklagen, die Beweisschwierigkeiten wegen fehlender Informationen, die fehlende Beweislast erleichterung bei Anstellungsdiskriminierung und bei sexueller Belästigung sowie die ungenügende Sanktionenregelung. Ein weiterer Punkt stellt das Prozessrisiko dar, mit dem die Gefahr verbunden ist, im Fall des Unterliegens die Prozesskosten der

¹ Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 (Gleichstellungsgesetz, GIG), SR 151.1.

² STUTZ/SCHÄR MOSER/FREIVOGEL, Synthesebericht.

³ STUTZ, Baustein 2, S. 4.

⁴ FREIVOGEL, Baustein 6, S. 9.

⁵ Bericht BR Evaluation GIG, 3161 ff.

⁶ Bericht BR Evaluation GIG, 3189.

⁷ KÄLIN/LOCHER, Synthesebericht, S. 7

⁸ LOCHER, Teilstudie 8, S. 3 f., S. 10.

⁹ LOCHER, Teilstudie 8, S. 21.

Gegenpartei übernehmen zu müssen». Darüber hinaus «gibt es keine staatliche Stelle mit spezifischen Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen gegenüber den Arbeitgebern». Schliesslich «ist die Sensibilisierung aller Beteiligten (Arbeitnehmende, Arbeitgeber, Anwaltschaft, Gerichtsbehörden und weitere staatliche Stellen) trotz der bisher ergriffenen Massnahmen nach wie vor ungenügend».¹⁰

In seinem Bericht vom 25. Mai 2016 vertritt der Bundesrat die Ansicht, dass im Zusammenhang mit den Arbeiten zur Revision der Zivilprozessordnung (ZPO)¹¹ auch die Frage des punktuellen Ausbaus der spezialgesetzlichen Verbandsklagerechte im Gleichstellungsgesetz sowie die Möglichkeit, die Verfahrenskosten bei Diskriminierungsfällen zu reduzieren oder zu eliminieren, eingehend geprüft werden sollte.¹²

Angesichts der nachweislich mangelnden Kenntnisse über das Antidiskriminierungsrecht sieht der Bundesrat die Sensibilisierung aller Beteiligten über die Schutz- und Beratungsmöglichkeiten bei Diskriminierungsfällen als «kontinuierliche Aufgabe».¹³ Er stellt in Aussicht, eine eingehende Untersuchung der Diskriminierungsfälle der SKMR-Studie nach Themen des Gleichstellungsgesetzes in Auftrag zu geben.¹⁴

1.3 Auftragserteilung (2016)

Am 24. März 2016 beauftragte das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG) die Universität Genf und Frau Karine Lempen, Professorin für Arbeitsrecht an der rechtswissenschaftlichen Fakultät, damit, in Zusammenarbeit mit Frau Laetitia Jamet, Assistentin an der rechtswissenschaftlichen Fakultät, in Anlehnung an die oben erwähnten Ausführungen eine vertiefte Analyse durchzuführen (1.2). Am 01. Juli 2016 schloss sich Herr Aner Voloder, Jurist, dem Projektteam an.

Gemäss Auftrag soll die kantonale Rechtsprechung betreffend Gleichstellungsgesetz im Zeitraum zwischen 2004 und 2015 analysiert werden.

2. Zielsetzung

Die Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes war zehn Jahre nach seinem Inkrafttreten Gegenstand einer breit angelegten Untersuchung und diente als Grundlage für den Bericht des Bundesrates im Jahr 2006 (vgl. oben 1.1).

Zwanzig Jahre nach Inkrafttreten des Gleichstellungsgesetzes stellt sich die Frage, inwiefern die im Jahr 2006 erkannten Probleme nach wie vor Bestand haben.

Die 2015 vom SKMR erstellte Studie liefert einige Antworten dazu (1.2). Dennoch konnte angesichts des umfangreichen Untersuchungsgegenstands und der für die Realisierung der Studie zur Verfügung stehenden Ressourcen über die in Anwendung des Gleichstellungsgesetzes ergangenen Entscheide eine derart breit angelegte Analyse nicht durchgeführt werden, wie das 2006 im Rahmen der Evaluation des Gleichstellungsgesetzes der Fall war.

¹⁰ Bericht des Bundesrates vom 25. Mai 2016 in Erfüllung des Postulats Naef 12.3543 vom 14. Juni 2012, «Bericht zum Recht auf Schutz vor Diskriminierung», S. 9, Ziff. 2.2.1; HAUSAMMANN/DE PIETRO, Teilstudie 2, S. 42f.

¹¹ Arbeiten zur Motion 13.3931 «Förderung und Ausbau der Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung» und zur Motion der Kommission der Rechtsfragen des Ständerates (14.4008 «Anpassung der Zivilprozessordnung»).

¹² Bericht BR Diskriminierung, S. 20-21, Ziff. 4.3.2 und 4.3.3.

¹³ Bericht BR Diskriminierung, S. 21, Ziff. 4.3.4.

¹⁴ Bericht BR Diskriminierung, S. 22, Ziff. 4.3.5.

Die vorliegende Untersuchung hat zum Ziel zu überprüfen, inwiefern die Ergebnisse der Evaluation des Gleichstellungsgesetzes nach wie vor aktuell sind und ob allenfalls neue Hindernisse im Zusammenhang mit der Anwendung dieses Gesetzes durch kantonale Gerichte festgestellt werden können.

Abschliessend schlägt der Bericht Massnahmen vor, die zur Verbesserung des Zugangs zur Justiz in Fällen von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben beitragen sollen.

3. Methodisches Vorgehen

Die Analyse wurde in folgenden vier Schritten durchgeführt.

3.1 Datensammlung

Im Dezember 2015 stellte das SKMR dem EBG die im Rahmen der oben erwähnten Untersuchung gewonnenen Daten zur Verfügung, damit sie im Rahmen dieses Auftrags analysiert werden können (1.2).

Diese Datenbasis wurde durch die relevante Rechtsprechung des Arbeitsgerichts Zürich und des Tribunal des prud'hommes des Kantons Genf ergänzt. Diese beiden Gerichte, deren Urteile den Grossteil der auf www.gleichstellungsgesetz.ch und www.leg.ch veröffentlichten Einträge ausmachen, stellten im Rahmen der Untersuchung des SKMR keine Entscheide zur Verfügung, die gestützt auf das Gleichstellungsgesetz ergangen waren.¹⁵

Um die fehlenden Zürcher und Genfer Entscheide zu erhalten, wurde eine Recherche in den Beständen der Datenbank www.gleichstellungsgesetz.ch, beim Bureau de la promotion de l'égalité entre femmes et hommes des Kantons Genf (BPEV) sowie bei der Konferenz der Schweizerischen Gleichstellungsbeauftragten (SKG) durchgeführt. Das Arbeitsgericht Zürich wurde schriftlich um die Zustellung der relevanten Entscheide gebeten.

Schliesslich konnten insgesamt 204 relevante Urteile und Schlichtungsprotokolle aus dem Zeitraum 2004-2015 zusammengetragen werden.

In einer Rechtssache können Instanzen auf verschiedenen Ebenen mehrere Urteile fällen.

3.2 Erarbeitung des Evaluationsrasters

In Anlehnung an den Fragebogen, der während der Evaluation des Gleichstellungsgesetzes bei den zuständigen Gerichten verwendet wurde (vgl. oben 1.1)¹⁶, erarbeiteten die Auftragnehmenden ein neues Evaluationsraster mit 90 Fragen (s. Anhang 1), das in 8 Abschnitte unterteilt wurde:

1. Allgemeine Angaben
2. Verfahrensgeschichte
3. Verfahrensparteien
4. Angaben über die ausgeübte Tätigkeit
5. Juristische Analyse
6. Finanzielle Aspekte
7. Ausgang des Verfahrens
8. Anderes

¹⁵ LOCHER, Teilstudie 8, S. 8.

¹⁶ STUTZ, Baustein 2, Anhang, S. 31-34.

3.3 Bestimmung der auswertbaren Entscheide – Analyse der Entscheide

Einige der 204 zusammengekommenen Urteile und Schlichtungsprotokolle wurden aus der zu untersuchenden Datenbasis ausgeschlossen, da sie in Bezug auf den Gegenstand der Analyse entweder nicht relevant waren oder keine verwertbaren Angaben enthielten.

Darunter befinden sich folgende Entscheide:

- Zuständigkeitsentscheide
- Vorbereitende Verfügungen
- Anträge auf provisorische Massnahmen
- Anträge auf aufschiebende Wirkung
- Materiell irrelevante Entscheide, wie z.B. Ungleichbehandlungen i.S.v. Art. 8 Abs. 1 BV.

Schliesslich wurden für die vorliegende Analyse insgesamt **190 Entscheide** (160 Urteile und 30 Schlichtungsprotokolle) als relevant eingestuft. Für jeden der 190 Entscheide wurde ein Evaluationsblatt (s. oben 3.2) ausgefüllt.

3.4 Synthese der Untersuchung

Die Ergebnisse aus den 190 Evaluationsblättern wurden in 90 Syntheseblätter übertragen (ein Blatt pro Frage).

Schliesslich wurden die Syntheseblätter untereinander verglichen und zusammengefasst, um die Ergebnisse einem bestimmten Thema im Bericht zuzuordnen.

4. Ergebnisse der Untersuchung

4.1 Anzahl Entscheide nach Kanton (F 2)¹⁷

Die Anzahl der zusammengetragenen Entscheide im Beurteilungszeitraum 2004-2015 variiert stark von Kanton zu Kanton. Von insgesamt 204 Entscheiden stammen 83 aus dem Kanton Genf und 48 aus dem Kanton Zürich.

Tabelle 1 : Anzahl Entscheide nach Kanton

AG	AR	BE	BL	BS	FR	GE	GR	LU	SG	SH	SO	SZ	TG	UR	ZG	ZH
8	2	9	14	14	4	83	3	3	4	4	3	1	2	1	1	48

Der Grund für die hohe Zahl der Entscheide aus Genf und Zürich liegt darin, dass gezielt nach Urteilen des Tribunal des prud'hommes des Kantons Genf sowie des Arbeitsgerichts Zürich gesucht wurde (vgl. oben 3.1).

Bereits in der Evaluation des Gleichstellungsgesetzes im Beurteilungszeitraum 1996-2004 machten Urteile aus den Kantonen Genf und Zürich beinahe ein Drittel aller analysierten Entscheide aus.¹⁸

Damals gehörte auch die Waadt zu denjenigen Kantonen, in denen die meisten Entscheide nach Gleichstellungsgesetz ergangen waren. Der Grund dafür, dass der Kanton Waadt in der obigen Tabelle nicht mehr aufgeführt ist, liegt darin, dass dieser Kanton, genauso wie die übrigen nicht erwähnten Kantone, im Rahmen der im Jahr 2014 vom SKMR durchgeführten Umfrage keinen Entscheid zur Verfügung stellte (vgl. oben 1.2).

¹⁷ Die Abkürzung «Fx» bezieht sich auf die Nummer der Frage im Evaluationsraster (vgl. Anhang 1).

¹⁸ Bericht BR Evaluation GIG, 3170.

4.2 Anzahl Entscheide nach Jahr (F 4)

Die Aufteilung der 190 Entscheide (Schlichtungsprotokolle, Urteile erster und zweiter kantonalen Instanz) auf die einzelnen Jahre sieht wie folgt aus:

Tabelle 2: Anzahl Entscheide nach Jahr

2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
18	13	17	14	22	19	23	15	12	16	16	4

Der Beurteilungszeitraum der SKMR-Studie erstreckte sich bis zum 30. Juni 2014. Die zusätzliche Recherche im Rahmen der vorliegenden Analyse berücksichtigte die kantonale Rechtsprechung bis zum 30. August 2015. Aus diesem Grund stand im Jahr 2015 eine im Vergleich zu den anderen Jahren etwas geringere Anzahl Entscheide zur Verfügung.

Die obige Tabelle zeigt einen Durchschnittswert von 15.75 Entscheiden pro Jahr.¹⁹

Demzufolge scheint die Rechtsprechung bezüglich Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben in der Schweiz umfangreicher zu sein als jene (praktisch inexistent), die andere Diskriminierungsarten betrifft (Diskriminierungen bspw. aufgrund ethnischer Herkunft) und mangels Spezialgesetzgebung nicht explizit untersagt ist.²⁰

Auch scheint es in der Schweiz - im Verhältnis zur Bevölkerungszahl - mehr Verfahren bzgl. Lohndiskriminierungen aufgrund des Geschlechts zu geben als in Deutschland, Frankreich oder Polen.²¹

4.3 Zusammensetzung des Gerichts (F 5)

Laut Schweizerischer Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO)²² besteht die Schlichtungsbehörde bei Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz aus einer vorsitzenden Person und einer paritätischen Vertretung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite und des öffentlichen und privaten Bereichs. Ferner müssen die Geschlechter paritätisch vertreten sein (Art. 200 Abs. 2 ZPO). Einige kantonale Gesetze über die Organisation der Gerichte schreiben ebenfalls entweder die paritätische²³ oder zumindest eine angemessene Vertretung der Geschlechter vor.²⁴

Im Rahmen der vorliegenden Analyse wurden folgende Konstellationen festgestellt: Einzelrichterinnen und -richter fällen 13 Entscheide, 105 Entscheide gehen zurück auf ein Gerichtsgremium mit mehreren Personen, deren Geschlecht wiederum aufgrund ihrer Vornamen eruiert werden konnte. In 64 von 105 Verfahren sind die Gerichte paritätisch zusammengesetzt (d.h. mit mindestens je einer Frau oder einem Mann und einer vorsitzenden Person). In 41 Fällen – meistens bei Verwaltungsgerichten – ist die Gerichtszusammensetzung nicht paritätisch.

Zivilgerichte, die eine Klage nach dem Gleichstellungsgesetz behandeln, sind **in den meisten Fällen paritätisch zusammengesetzt**.

¹⁹ Das Jahr 2005 wurde in seiner Gesamtheit berücksichtigt.

²⁰ MATTHEY/STEFFANINI, Teilstudie 6, S. 38-43.

²¹ FUCHS, 201-202. Es ist aufgrund der unterschiedlichen Datenlage jedoch schwierig, diese vier Länder einem direkten Vergleich zu unterziehen.

²² SR 272.

²³ Vgl. Gesetz über das Tribunal des prud'hommes des Kantons Genf (LTPH/GE), RS/GE E 3 10 (Art. 12 Abs. 4 LTPH: « Lorsqu'une demande est fondée sur la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, du 24 mars 1995, le tribunal comprend au moins une personne de chaque sexe »).

²⁴ § 22 des Gesetzes betreffend die Organisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt (Gerichtsorganisationsgesetz, GOG, SG 154.100).

4.4 Vertretung der arbeitnehmenden Partei (F 8)

142 von 190 analysierten Entscheiden enthalten Angaben dazu, ob die arbeitnehmende Partei entweder durch eine Anwältin oder einen Anwalt oder durch eine andere professionelle Vertretung (patentierte Rechtsagentinnen und -agenten oder Mitglieder eines Berufsverbandes) im Verfahren repräsentiert wird.

In 124 (von 142) Fällen hat die arbeitnehmende Partei eine professionelle Vertretung. In einer überwiegenden Mehrheit der Fälle (121 Fälle, **97.6 %**) **ist die arbeitnehmende Partei durch einen Anwalt oder eine Anwältin vertreten.**²⁵ Nur ausnahmsweise (3 Fälle, 2.4%) wird sie von einer anderen beruflich qualifizierten Fachperson vertreten.²⁶ Dabei handelt es sich um drei Verfahren im Kanton Genf, in denen die Vertretung der arbeitnehmenden Partei durch Gewerkschaften sichergestellt ist.

In 18 Fällen hat die arbeitnehmende Partei keine Vertretung. Darunter sind 11 Schlichtungsverhandlungen, zu denen die arbeitnehmende Parteien persönlich erscheinen mussten²⁷, sich dabei jedoch nicht von einem Rechtsbeistand oder einer Rechtsbeiständin haben begleiten lassen.

4.5 Durchführung einer Schlichtungsverhandlung (F 15)

Seit dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung am 01. Januar 2011 geht dem Entscheidungsverfahren ein Schlichtungsversuch vor einer Schlichtungsbehörde voraus (Art. 197 ZPO). In Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz kann die klagende Partei jedoch einseitig auf das Schlichtungsverfahren verzichten (Art. 199 Abs. 2 lit. c ZPO).

180 Fälle enthalten Angaben über Schlichtungsversuche. In 105 davon (**58.3%**) ist die Rede von einer durchgeführten **Schlichtungsverhandlung**.

In 75 Fällen (41.7%) findet keine Schlichtungsverhandlung statt. Eine überwiegende Mehrheit davon bezieht sich auf Verwaltungsverfahren, die ausserhalb des Anwendungsbereichs der ZPO sind.

4.6 Verfahrensdauer auf kantonaler Ebene (F 17) und Berufung (F18)

Tabelle 3: Dauer eines Zivilverfahrens (in Monaten seit Prozessbeginn)

Behörde	Anzahl Fälle	Durchschnitt	Median
Schlichtungsbehörde	10	3.2	3
Zivilgericht erster Instanz	74	15.7	12
Zivilgericht zweiter Instanz	27	27.6	22

Auf kantonaler Ebene beträgt die Durchschnittsdauer eines Zivilverfahrens 16.9 und die Mediandauer 13 Monate.

²⁵ Vgl. Art. 68 Abs. 2 lit. a der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 19. Dezember 2008, SR 272.

²⁶ Vgl. Art. 68 Abs. 2 lit. d ZPO.

²⁷ Vgl. Art. 204 Abs. 1 ZPO; Art. 204 Abs. 3 ZPO nennt Ausnahmen von der Erfordernis des persönlichen Erscheinens.

Tabelle 4: Dauer eines Verwaltungsverfahrens (in Monaten)

Behörde	Anzahl Fälle	Durchschnitt	Median
Verwaltungsgericht	57	25.7	24

Auf kantonaler Ebene beträgt die Durchschnittsdauer eines Verwaltungsverfahrens 25.7 und die Mediandauer 24 Monate.

Die im Rahmen der vorliegenden Studie (2016) ausgewerteten Daten zeigen, dass Verfahren «sehr lange» dauern²⁸, was auch bei der Evaluation des Gleichstellungsgesetzes im Jahr 2005 festgestellt wurde.²⁹

Acht besonders lange Verfahren – hauptsächlich bzgl. Lohndiskriminierungen im öffentlichen Sektor in der Deutschschweiz – drückten die Durchschnittswerte nach oben.

Zur Verdeutlichung, Beispiel 1 - Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 25. November 2008 (VG K 2003/7-16): Das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht dauerte insgesamt sieben Jahre und zehn Monate. Dreizehn natürliche Personen und sechs Berufsverbände im Gesundheitsbereich reichten Klage wegen Lohndiskriminierung ein. Im Rahmen des Verfahrens wurden mehrere Fachgutachten in Auftrag gegeben. Das Verwaltungsgericht fällte zwei Urteile: 2008 und 2010, nachdem das Bundesgericht die Beschwerde an die kantonale Vorinstanz zur Neuurteilung zurückgewiesen hatte.³⁰

Unseres Wissens nach wurden 57 Entscheide an die nächsthöhere kantonale Instanz bzw. an das Bundesgericht weitergezogen.

4.7 Fortbestand des Arbeitsverhältnisses (F 9 und F 10)

32.2%³¹ der Arbeitsverhältnisse bestehen zum Zeitpunkt der Einreichung eines Schlichtungsbegehrens oder einer Gerichtsklage noch fort (bei der Evaluation des Gleichstellungsgesetzes in 2005 waren es 40%³²). 67.8%³³ der Arbeitsverhältnisse sind bereits aufgelöst.

Zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung besteht das Arbeitsverhältnis in nur 16% der Fälle fort.³⁴ Es handelt sich – mit einer einzigen Ausnahme – allesamt um öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse. Die Arbeitsverhältnisse sind damit in 84% der Fälle aufgelöst.³⁵ Diese Werte sind höher als bei der Evaluation des Gleichstellungsgesetzes. Damals «bestanden zum Zeitpunkt des Gerichtsentscheids die Hälfte bis zwei Drittel der Arbeitsverhältnisse nicht mehr».³⁶

²⁸ Bericht BR Evaluation GIG, 3185.

²⁹ STUTZ, Baustein 2, S. 19-20 (Zivilgerichte erster Instanz, Durchschnittsdauer: 10.1 Monate / Zivilgerichte zweiter Instanz, Durchschnittsdauer: 18.7 Monate / Verwaltungsgerichte, Durchschnittsdauer: 21.5 Monate. Zu beachten: Der Ausgangspunkt für die Berechnung der Verfahrensdauer ist hier der Zeitpunkt der Anrufung der zuständigen Behörde und nicht, wie in der vorliegenden Untersuchung, der Prozessbeginn. Aus diesem Grund ist ein direkter Vergleich der Ergebnisse 2005 und 2016 nicht möglich.

³⁰ In der Sache sind drei Bundesgerichtsentscheide ergangen: 2P.78/2005 vom 21. Juli 2005, 8C_78/2009 vom 31. August 2010, teilweise veröffentlicht in BGE 136 II 393 und 8C_1012/2010 vom 31. März 2011. Ausführliche Fallzusammenfassung auf www.gleichstellungsgesetz.ch, SG/Fall 14.

³¹ Angaben verfügbar in 54 von 168 Fällen.

³² Bericht BR Evaluation GIG, 3170.

³³ Angaben verfügbar in 114 von 168 Fällen.

³⁴ Angaben verfügbar in 24 von 155 Fällen.

³⁵ Angaben verfügbar in 131 von 155 Fällen.

³⁶ Bericht BR Evaluation GIG, 3170f.

4.8 Art des Arbeitsverhältnisses (F 14 und F 28)

Von 190 analysierten Entscheiden betreffen 132 privatrechtliche (69.5%) und 58 öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse (30.5%). Die Übervertretung der Zivilverfahren im Vergleich zu Verwaltungsverfahren erklärt sich dadurch, dass sich die Suche nach Entscheiden gezielt an Zivilgerichte richtete (vgl. oben 3.1). Während der Evaluation des Gleichstellungsgesetzes «betrafen gut die Hälfte der Gerichtsentscheide (54%) öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse».³⁷

4.9 Art des Arbeitsvertrags (F 26), Beschäftigungsgrad (F 27), Kaderfunktion (F 30)

In einer überwiegenden Mehrheit der Fälle (85%) ist die arbeitnehmende Partei in einem unbefristeten Anstellungsverhältnis.³⁸

Im Zeitraum vor der Klageerhebung geht die arbeitnehmende Partei in 57 Fällen (58.7%) einer Vollzeit- (Beschäftigungsgrad 100%) und in 38 Fällen (39.1 %) einer Teilzeitbeschäftigung nach.³⁹

Ferner befanden sich die arbeitnehmenden Parteien (oder befinden sich nach wie vor) in etwas mehr als 50% der Fälle in einem Vollzeitarbeitsverhältnis. Zu beachten ist, dass dabei die arbeitnehmende Partei in der Regel weiblich ist (vgl. unten 4.13) und nur insgesamt 40% der Frauen, die in der Schweiz einer Erwerbstätigkeit nachgehen, Vollzeit arbeiten.⁴⁰

In 93 Fällen (82%) hat die arbeitnehmende Partei keine leitende Funktion bzw. keine ihr unterstellten Mitarbeitenden. In 20 Fällen hat sie eine leitende Funktion (18%).⁴¹ Im Allgemeinen haben Frauen gemäss Bundesamt für Statistik eine niedrigere berufliche Stellung und arbeiten häufiger ohne «leitende Funktion» als Männer.⁴²

4.10 Dauer des Arbeitsverhältnisses (F 31)

Tabelle 5: Dauer des Arbeitsverhältnisses (in Jahren)

Anzahl Fälle mit verfügbaren Angaben (n= 130)	Dauer
10	0 (kein Arbeitsverhältnis, Anstellung)
28	< 1
62	1 - 5
21	6 - 10
19	> 10

In der Mehrzahl der Fälle (90/130, 69.2%) werden Diskriminierungsklagen in den ersten fünf Jahren nach Anstellungsbeginn erhoben.

³⁷ Bericht BR Evaluation GLG, 3170.

³⁸ In 107 von 126 Fällen, in denen die entsprechenden Angaben verfügbar sind. In 19 Fällen (15%) handelt es sich um befristete Arbeitsverhältnisse.

³⁹ Angaben verfügbar in insgesamt 97 Fällen.

⁴⁰ <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/wirtschaftliche-soziale-situation-bevoelkerung/gleichstellung-frau-mann/erwerbstaetigkeit/teilzeitarbeit.html> .

⁴¹ Angaben verfügbar in insgesamt 113 Fällen.

⁴² <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/wirtschaftliche-soziale-situation-bevoelkerung/gleichstellung-frau-mann/erwerbstaetigkeit/berufliche-stellung.html> .

4.11 Branche (F 29)

Tabelle 6: Betroffene Branche (n = 154)

Anzahl Fälle	Branche
39	Gesundheit
20	Handel/Detailhandel
17	Dienstleistungen (Versicherungen, Sicherheit)
13	Finanz- und Bankwesen
12	Eidg., kantonale oder kommunale Verwaltung
11	Hotel- und Gastgewerbe
10	Bildung
8	Metall- und Uhrenindustrie; Bau
6	Justizwesen, Recht
6	Pharmaindustrie
3	Reinigung, Gärtnerei
2	Sport
2	Religiöse Einrichtungen
2	Vereine
1	Wissenschaftliche Forschung
1	Immobilien
1	Kultur

Die Gesundheitsbranche ist diejenige mit den meisten einschlägigen Fällen. Von 39 analysierten Fällen in diesem Bereich handelt es sich bei 17 um Klagen wegen Lohndiskriminierungen im Kanton Zürich.

Bereits die Evaluation des Gleichstellungsgesetzes zeigte, dass «gut jeder fünfte Entscheid Pflegeberufe betraf» und Erwerbstätige in diesen Berufsgruppen «am häufigsten wegen Lohndiskriminierung klagten».⁴³

4.12 Klagende Partei und Verbandsklagerecht (F 19-20)

Im Rahmen der vorliegenden Analyse wurden **lediglich fünf Fälle ermittelt, in denen eine reine Verbandsklage nach dem Gleichstellungsgesetz erhoben wurde (Art. 7 GlG).**

In 178 Fällen ist die **arbeitnehmende** Partei die **Klägerin**, in 3 davon agiert sie gemeinsam mit einem Verband.

In 7 Fällen ist die arbeitgebende Seite die klagende Partei. Grundsätzlich handelt es sich dabei um Berufungen gegen Urteile erster Instanz, die zu Gunsten der arbeitnehmenden Partei ausgefallen sind.

⁴³ Bericht BR Evaluation GlG, 3170.

Tabelle 7: Wer ist die klagende Partei? (F 20)

Anzahl Fälle (insgesamt 190)	Klagende Partei
169	Eine natürliche Person
5	Mehrere natürliche Personen
5	Eine oder mehrere Organisationen
3	Mehrere natürliche Personen mit einer Organisation
1	Eine natürliche Person mit einer Behörde (Arbeitslosenkasse)
7	Ein Unternehmen ⁴⁴

Bei der Evaluation des Gleichstellungsgesetzes wurden von insgesamt 269 Fällen lediglich 32 Verbandsklagen identifiziert (11%).⁴⁵ Die vorliegende Untersuchung weist einen noch geringeren Anteil an Verbandsklagen auf (4.2%). Unter insgesamt 190 Urteilen finden sich nur 8 Verbandsklagen (davon 3 gemeinsam mit natürlichen Personen). Vom im Art. 7 GIG vorgesehenen Verbandsklagerecht (nur Klagen auf Feststellung möglich) wird also nach wie vor wenig Gebrauch gemacht.⁴⁶

4.13 Geschlecht der arbeitnehmenden Partei (F 21)

Wie bereits dargelegt (vgl. oben 4.12), wird die Klage in 178 von insgesamt 190 Fällen von einer arbeitnehmenden Partei (im Alleingang oder in Ausnahmefällen zusammen mit einer Organisation) erhoben.

In 154 von 178 Fällen (**86.5%**) ist die arbeitnehmende Partei **weiblichen Geschlechts**.

Männer klagen in 17 von 178 Fällen (9.5%). Darunter sind 6 Fälle, in denen die Kläger der sexuellen Belästigung beschuldigt wurden und 4 Fälle, in denen sie Lohndiskriminierungen geltend machen (2 davon beziehen sich auf «typisch weibliche» Berufe im Gesundheitsbereich).

In 4 Fällen werden Klagen (2.2%) gleichzeitig von Frauen und Männern erhoben.

Schliesslich wurden 3 Fälle (1.6%) durch mehrere natürliche Personen unbekanntes Geschlechts vor ein Gericht gebracht.

4.14 Angaben über die arbeitnehmende Partei (F 22-24): Alter, familiäre Situation, Zivilstand, Staatsangehörigkeit

In 37 Entscheidungen ist das Alter der arbeitnehmenden Partei zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung bekannt. In 16 Fällen (43.3%) ist die Arbeitnehmerin älter als 45. In 21 Fällen (56.7%) ist sie zwischen 18 und 45 Jahre alt, d.h. in einem Alter, in dem Frauen grundsätzlich schwanger werden können.

Berücksichtigt man dazu noch die 32 Entscheide, die das Alter der arbeitnehmenden Partei nicht erwähnen, in denen jedoch Diskriminierungen aufgrund Schwangerschaft oder Mutterschaft geltend

⁴⁴ Hierbei handelt es sich um die 7 Fälle, in denen Arbeitgebende klagen.

⁴⁵ Bericht BR Evaluation GIG, 3175.

⁴⁶ Vgl. 1.2 zu den Möglichkeiten, spezialgesetzliche Verbandsklagerechte im Gleichstellungsgesetz punktuell auszubauen.

gemacht werden (s. unten 4.16), kommt man auf insgesamt **53 Entscheide** (von 138⁴⁷, also 38.4 %), in denen es um **Klagen von Arbeitnehmerinnen im gebärfähigen Alter** geht.

54 Entscheide erwähnen, dass Kinder vorhanden sind. Es handelt sich vor allem um Klagen wegen diskriminierenden Kündigungen in Verbindung mit einer Mutterschaft.

In 21 Entscheiden sind Angaben über den Zivilstand vorhanden. In 18 Fällen ist die arbeitnehmende Partei verheiratet, in einem ist sie ledig. Dazu kommt ein Fall, in dem von einem Konkubinat die Rede ist.

21 Entscheide enthalten Angaben über **die ausländische Staatsangehörigkeit** der arbeitnehmenden Partei.

4.15 Mehrfachdiskriminierung (F 36)

Eine Mehrfachdiskriminierung - aufgrund des Geschlechts und eines anderen durch Art. 8 Abs. 2 BV geschützten Merkmals (z.B. fremder Herkunft) – wurde nie geltend gemacht oder von einem Gericht festgestellt.

Der Sachverhalt in 3 Entscheiden lässt vermuten, dass die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts eventuell auch aufgrund der fremden Herkunft der arbeitnehmenden Partei hätte geltend gemacht werden können. Konkret sind in zwei Fällen sexueller Belästigung auch fremdenfeindliche Äusserungen gegenüber der arbeitnehmenden Partei zu erkennen.⁴⁸

In einem Fall handelt es sich um Diskriminierung einer Arbeitnehmerin, die kurz vor dem Rentenalter steht. Eine Diskriminierung aufgrund des Alters wurde jedoch nicht geltend gemacht.

Das Gleichstellungsgesetz verbietet explizit Ungleichbehandlungen aufgrund des Geschlechts und des Alters ausschliesslich in Verbindung mit Mutterschaft oder Vaterschaft und zwar über das Merkmal der familiären Situation, und bei Frauen, auch der Schwangerschaft (Art. 3 Abs. 1 *in fine* GIG).

4.16 Diskriminierungsgrund (F 34)

Lässt man die Fälle der sexuellen Belästigung (Art. 4 GIG) und Racheündigung (Art. 10 GIG) ausser Betracht, sieht die Verteilung der Entscheide nach Diskriminierungsgrund (Art. 3 Abs. 1 GIG) wie folgt aus:

Tabelle 8: Diskriminierungsgrund (Art. 3 Abs. 1 GIG)

Anzahl Fälle (n= 130)	Grund
83	Geschlecht
6	Geschlecht + familiäre Situation ⁴⁹
0	Geschlecht + Zivilstand
21	Schwangerschaft
20	Mutterschaft
0	Sexuelle Orientierung
0	Geschlechtsidentität

⁴⁷ Wie oben unter 4.13 dargelegt, wurden 154 Entscheide identifiziert, in denen die arbeitnehmende Partei weiblichen Geschlechts war. Subtrahieren wir davon 16 Fälle, in denen die klagende Partei älter als 45 ist, ergibt sich die Zahl der 138 Entscheide.

⁴⁸ Zusammenfassungen dieser Fälle sind auf www.leg.ch, GE 25.02.2008 (Verkäuferin serbischer Herkunft) sowie auf www.gleichstellungsgesetz.ch, UR/Fall 1 (Tänzerin russischer Herkunft) abrufbar.

⁴⁹ Z.B. Verweigerung der Anstellung, weil die Bewerberin Kinder im Schulalter hat.

In 41 von insgesamt 130 in Betracht gezogenen Entscheiden (31.5%) ist die Rede von Diskriminierungen aufgrund von Schwangerschaft oder Mutterschaft, in einem Fall davon aufgrund einer potentiellen Schwangerschaft. In 33 von 41 Fällen (80.4%) geht es dabei um die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung von Seiten der Arbeitgebenden.

Nachfolgend wird dargestellt, zu welchem Zeitpunkt in den 40 Fällen Diskriminierung aufgrund der Schwangerschaft oder Mutterschaft stattfindet.

Diskriminierungen infolge Geschlechtsidentität oder sexueller Orientierung wurden weder geltend gemacht noch festgestellt.

4.17 Zeitpunkt, zu dem Diskriminierung aufgrund Schwangerschaft oder Mutterschaft stattfindet (F 35)

Tabelle 9: Zu welchem Zeitpunkt kommt es zu Diskriminierungen aufgrund Schwangerschaft oder Mutterschaft?

Anzahl Fälle (n= 40)	Zeitpunkt
2	Während der Schwangerschaft, vor Stellenantritt
1	Während der Schwangerschaft und Probezeit
14	Während der Schwangerschaft, nach der Probezeit
4	Während des Mutterschaftsurlaubs
19	Nach der Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub

In beinahe der Hälfte der Fälle (46%) kommt es zu Diskriminierungen nach der Rückkehr der Arbeitnehmerin aus dem Mutterschaftsurlaub. Meistens wird der Mutter gekündigt.

Zur Erinnerung: Eine diskriminierende und nach Ablauf der obligationenrechtlichen Sperrfrist⁵⁰ ausgesprochene Kündigung verleiht lediglich Anspruch auf eine Entschädigung von höchstens sechs Monatslöhnen (Art. 5 Abs. 2 GIG).

Auch die Studie des SKMR von 2014 zeigte, dass die Zeit nach der Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub eine heikle Phase für Frauen darstellt, die oft durch diskriminierende Kündigungen gekennzeichnet ist.⁵¹

4.18 Direkte oder indirekte Diskriminierung (F 32)

118 Entscheide (von 190) geben Auskunft darüber, ob es sich um direkte oder indirekte Diskriminierungen gemäss Art. 3 Abs. 1 GIG handelt (geltend gemacht oder festgestellt). Fälle der sexuellen Belästigung (Art. 4 GIG) oder Rache Kündigung (Art. 10 GIG) wurden hierzu nicht berücksichtigt (es handelt sich um 35 bzw. 12 Fälle, vgl. unten 4.20).

In einer **überwiegenden Mehrheit** der Fälle (83, 70.3%) ist die **Diskriminierung direkt**.

⁵⁰ Gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. c OR darf der Arbeitgeber nach Ablauf der Probezeit nicht kündigen (...) während der Schwangerschaft und in den 16 Wochen nach der Niederkunft der Arbeitnehmerin.

⁵¹ HAUSAMMANN/DE PIETRO, Teilstudie 2, S. 52.

In lediglich 36 Fällen⁵² (30.5%) handelt es sich um indirekte Diskriminierungen, vorwiegend bei Lohngleichheitsklagen.

Die SKMR-Studie von 2014 kommt zum Schluss, dass indirekte Diskriminierungen sowohl von Betroffenen und ihren Vertreterinnen und Vertretern als auch von ihren Arbeitgebenden selten als solche erkannt werden.⁵³ Die niedrige Anzahl identifizierter Fälle von indirekten Diskriminierungen in dieser Analyse ist teilweise wahrscheinlich auch auf diese mangelnden Kenntnisse zurückzuführen.

4.19 Angemessene Massnahmen (F 33)

Lediglich 3 von 190 Entscheiden weisen auf angemessene Massnahmen im Sinne von Art. 3 Abs. 2 GIG hin. Diese 3 Entscheide ergingen in der gleichen Rechtssache - der Beschwerde eines Bewerbers auf eine Professorenstelle der medizinischen Fakultät der Universität Genf.⁵⁴

4.20 Art der Diskriminierung (F 37)

Die Aufteilung der 190 Entscheide nach Art der Diskriminierung sieht wie folgt aus:

Tabelle 10: Art der Diskriminierung

Anzahl Fälle (gesamthaft mehr als 190, da in einem Entscheid mehrere Diskriminierungsarten vorhanden sein können)	Art
67	Entlöhnung
67	Entlassung
35 ⁵⁵	Sexuelle Belästigung
12	Rachekündigung
11	Anstellung
4	Beförderung
3	Aufgabenzuteilung

Im Rahmen der Evaluation des Gleichstellungsgesetzes im Jahr 2004 wurden Lohndiskriminierungen am häufigsten geltend gemacht (154 von 296 Fällen), gefolgt von Fällen sexueller Belästigung (57 von 296). Diskriminierende Kündigungen standen erst an dritter Stelle (50 von 296 Fälle bzw. 16.8%).⁵⁶

Die Verteilung in der Tabelle 10 zeigt ein anderes Bild: Diskriminierende Kündigungen belegen fortan zusammen mit Lohndiskriminierungen den ersten Platz (je 67 von 190 Fällen bzw. je 33.3% für diese Diskriminierungsarten). Die vorliegende Analyse stellt einen **Anstieg der Fälle von diskriminierenden Kündigungen** fest, die häufig **in Verbindung mit Mutterschaft** ausgesprochen werden (vgl. oben 4.16 und 4.17).

Anstellungsdiskriminierungen werden nur selten geltend gemacht (11 Fälle von 190 bzw. 5.7%).

⁵² In einem Fall handelt es sich sowohl um direkte als auch um indirekte Diskriminierung. Demzufolge ist er in beiden Kategorien berücksichtigt.

⁵³ HAUSAMMANN/DE PIETRO, Teilstudie 2, S. 42.

⁵⁴ In dieser Rechtssache erging auch der Bundesgerichtsentscheid 2P.277/2004 vom 19. Januar 2006.

⁵⁵ Nicht inbegriffen sind 9 Fälle, in denen die klagende Partei der sexuellen Belästigung beschuldigt wurde (Täterin oder Täter).

⁵⁶ Bericht BR Evaluation GIG, 3170; vgl. auch STUTZ, Baustein 2, S. 12-13.

4.21 Rache Kündigung (F 38-39)

In 12 von 190 Entscheiden geht es um eine Beschwerde wegen Rache Kündigung i.S.v. Art. 10 GIG.

In 6 Fällen verlangt die betroffene Person explizit die Aufhebung der Kündigung (Art. 10 Abs. 1 GIG). In 7 Fällen wird eine provisorische Wiedereinstellung während der Verfahrensdauer beantragt (Art. 10 Abs. 3 GIG). In 5 Fällen wird subsidiär eine finanzielle Entschädigung ab Verfahrensbeginn verlangt.

Die vorliegende Untersuchung brachte keinen Entscheid hervor, in dem die arbeitnehmende Partei im Sinne von Art. 10 Abs. 4 GIG während des Verfahrens auf die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses verzichtet und stattdessen eine Entschädigung nach Art. 336a OR verlangt hätte.

Das Vorhandensein einer Rache Kündigung wird in beinahe allen zur Verfügung stehenden Fällen aus diversen Gründen **verneint** (11 von 12 Fällen bzw. **91.6%**).

In 5 Fällen vertreten die Gerichte die Ansicht, die Kündigung beruhe auf einem «begründeten Anlass» im Sinne von Art. 10 Abs. 1 GIG wie z.B. auf einer Reorganisation des Unternehmens oder mangelnden Arbeitsleistungen.

In einem Fall war der Kündigungsschutz gemäss Art. 10 Abs. 2 GIG bereits abgelaufen.

In einem anderen Entscheid vermag die arbeitnehmende Partei nicht nachzuweisen, dass eine Beschwerde i.S.v. Art. 10 Abs. 1 GIG erfolgt war.

Schliesslich finden die Richterinnen und Richter in 2 Entscheiden in der gleichen Rechtssache, der arbeitnehmenden Partei sei es nicht gelungen nachzuweisen, dass es sich bei der drei Wochen nach der innerbetrieblichen Beschwerde wegen Diskriminierung erfolgten Entlassung um eine Rache Kündigung handelt. Die Erwägungen in diesen Entscheiden legen nahe, dass die Gerichte verkennen, dass bei Entlassungen im Anschluss an eine innerbetriebliche Beschwerde Rache Kündigung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 GIG *vermutet* wird. Die arbeitgebende Partei kann diese Vermutung widerlegen, indem sie den Nachweis über das Bestehen eines begründeten Anlasses für die Entlassung erbringt.⁵⁷

4.22 Sexuelle Belästigung (F 40-42)

35 von 190 Entscheiden⁵⁸ haben eine Klage wegen sexueller Belästigung zum Gegenstand (Art. 4 GIG). 23 davon stammen aus dem Kanton Genf.

In 30 Entscheiden sind Angaben über die Form der sexuellen Belästigung ersichtlich. In einer Mehrheit der Fälle (17) **kommt sexuelle Belästigung gleichzeitig in Form von Worten und Taten/Gesten vor**. Häufig geht es dabei ausschliesslich um verbale Äusserungen (10 Fälle). Seltener sind hingegen Fälle, in denen die klagende Partei geltend macht, sie hätte ausschliesslich deplatzierte Gesten über sich ergehen lassen müssen (3 Fälle).

In 14 von 35 Fällen (40%) wird das Bestehen einer sexuellen Belästigung bejaht. In 9 Entscheiden wird der belästigende Charakter des Verhaltens aufgrund des Empfindens der betroffenen Person (subjektiv) *und* einer «vernünftig handelnden Person des gleichen Geschlechts» unter vergleichbaren Umständen (objektiv) festgestellt.⁵⁹ Sexuelle Belästigung wird manchmal allein anhand einer objektiven Prüfung (3 Fälle) bzw. anhand vom subjektiven Empfinden der betroffenen Person (2 Fälle) festgestellt.

⁵⁷ Vgl. RIEMER-KAFKA/ÜBERSCHLAG, Rz. 13-14 zu Art. 10 GIG.

⁵⁸ Nicht inbegriffen sind 9 Entscheide, in denen die klagende Partei der sexuellen Belästigung beschuldigt war (Täter bzw. Täterin).

⁵⁹ Vgl. LEMPEN, Rz. 10-11 zu Art. 4 GIG.

In einer überwiegenden Mehrheit der Fälle (21 von 35 bzw. 60%), **gelingt es der arbeitnehmenden Partei nicht, sexuelle Belästigung nachzuweisen** (Beweislast erleichterung gemäss Art. 6 GIG ist nicht anwendbar), was zur Abweisung der entsprechenden Klagen führt. In 4 Entscheiden wird das Vorhandensein einer sexuellen Belästigung mit der Begründung verneint, der Beschuldigte habe nicht vorgehabt, ein Entgegenkommen sexueller Art zu erlangen.

Zur Verdeutlichung, Beispiel 2 - Tribunal des prud'hommes des Kantons Genf, Urteil vom 23. Mai 2011, TRPH/331/2011, Auszug aus der Erwägung 3b: «Das Gericht stellt im vorliegenden Fall fest, es ist der Klägerin (T) nicht gelungen nachzuweisen, dass sie Opfer sexueller Belästigung war. Weder aus den Akten noch aus den Befragungen geht hervor, dass B (der Dienstvorgesetzte von T) ihr Vorteile versprach oder sie zum Erlangen eines Entgegenkommens sexueller Art zwang. Der einzige Beleg mit sexuellem Bezug in den Akten ist ein am 24. September 2009 empfangenes E-Mail von B. Diese Nachricht enthält einen Anhang mit sieben Zeichnungen eines anwachsenden männlichen Gliedes, begleitet durch sexuell konnotierte Bemerkungen (Beweisstück 7). Selbst wenn es sich dabei mit Sicherheit um eine im Arbeitskontext unangemessene Sendung handelte, was die beklagte Partei (hier der Arbeitgeber) auch zugab, kann eine solche Handlung an und für sich dennoch keine sexuelle Belästigung darstellen [...]».

Die Absicht, ein Entgegenkommen sexueller Art erlangen zu wollen, ist jedoch nicht erforderlich, um den Tatbestand der sexuellen Belästigung im Sinne von Art. 4 GIG zu erfüllen. Das Bundesgericht meinte dazu:

«Obwohl sich die in dieser Bestimmung aufgezählten Beispiele lediglich auf Fälle des Machtmissbrauchs beziehen, schliesst die Definition andere Verhaltensweisen, welche die Würde des Arbeitnehmers beeinträchtigen und zur Schaffung eines feindseligen Arbeitsklimas beitragen, nicht aus. Dazu zählen beispielsweise deplatzierte Witzeleien oder das Vorzeigen von anstössigen Fotos.»⁶⁰

In 3 von 35 Entscheiden stellen die Gerichte fest, die arbeitgebende Partei habe den Nachweis der notwendigen Sorgfalt i.S.v. Art. 328 OR und Art. 5 Abs. 3 GIG erbringen können und weisen die Klage der arbeitnehmenden Partei ab, ohne sich zum Vorhandensein der sexuellen Belästigung zu äussern.

Lediglich ein Gericht in der Deutschschweiz befasst sich mit der Frage, ob die arbeitgebende Partei Massnahmen getroffen habe, um die von der arbeitnehmenden Partei geltend gemachte sexuelle Belästigung zu verhindern. Bereits im Rahmen der Evaluation des Gleichstellungsgesetzes «tauchte die Frage nach präventiven Massnahmen der Arbeitgebenden nur in einer Minderheit der Urteile auf und selbst aus diesen geht nicht hervor, ob überhaupt ein Nachweis und, wenn ja, welcher abverlangt wurde».⁶¹ Die vorliegende Analyse zeigt auf, dass diese Frage jedoch im Rahmen von Gerichtsverfahren wegen missbräuchlicher Kündigung (Art. 336 OR) oder ungerechtfertigter Entlassung (Art. 337c OR) grundsätzlich untersucht wird, und zwar dann, wenn eine der sexuellen Belästigung beschuldigte Person gegen die arbeitgebende Partei klagt.

4.23 Verfahrensgrundsatz (F 44)

Verfahren nach dem Gleichstellungsgesetz unterliegen der Untersuchungsmaxime, in deren Rahmen das Gericht «den Sachverhalt von Amtes wegen» feststellt (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO, Art. 12 VwVG), ohne an das Vorbringen oder die Beweisanträge der Beteiligten gebunden zu sein.

Die Evaluation des Gleichstellungsgesetzes 2004-2005 zeigte auf, dass dieser Grundsatz bei den kantonalen Gerichtsinstanzen kaum zum Tragen kam.⁶² Im Rahmen der vorliegenden Studie konnten lediglich 24 Entscheide (von 190) ermittelt werden, in denen der Untersuchungsgrundsatz angewendet

⁶⁰ Bundesgerichtsentscheid 4C.289/2006 vom 05. Februar 2007, Erw. 3.1, mit Verweis auf BGE 126 III 395, Erw. 7b/bb.

⁶¹ Bericht BR Evaluation GIG, 3177. Vgl. auch FREIVOGEL, S. 1349.

⁶² Bericht BR Evaluation GIG, 3175.

wurde: der uneingeschränkte in 7, der eingeschränkte (soziale) Untersuchungsgrundsatz in 17 Fällen.⁶³ Die Urteile geben allerdings selten Auskunft darüber, welcher Verfahrensgrundsatz genau angewendet wurde. Infolgedessen ist es nicht möglich, Schlüsse zu ziehen, die die Ergebnisse aus 2004-2005 bestätigen oder entkräften würden.⁶⁴

Desgleichen kann diese Studie die damals gewonnene Erkenntnis nicht bestätigen, nach der es «Gerichten teilweise nicht klar zu sein scheint, dass die Untersuchungsmaxime auch dort gilt, wo die Beweislast erleichterung nicht gegeben ist, also in Fällen von Diskriminierung bei der Anstellung und von sexueller Belästigung».⁶⁵ Es kann dennoch festgehalten werden, dass sich unter den 24 Entscheiden, in denen die Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes festgestellt wurde, kein Entscheid befindet, der eine Anstellungsdiskriminierung oder sexuelle Belästigung zum Gegenstand hatte.

4.24 Beweislast erleichterung (F 46-48)

108 Entscheide geben Auskunft in Bezug auf die Beweislast erleichterung.

In 50 Fällen (**46.2%**) kann die arbeitnehmende Partei, die das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat (Art. 8 ZGB), von der **Beweislast erleichterung i.S.v. Art. 6 GIG nicht profitieren**.

In der Mehrheit der Fälle (37) liegt der Grund für die Nichtanwendung der Beweislast erleichterung darin, dass die entsprechenden Klagen wegen sexueller Belästigung oder diskriminierender Verweigerung einer Anstellung erhoben werden. Diese fallen nicht in den Anwendungsbereich des Art. 6 GIG.

Die Beweislast erleichterung wird allerdings in 13 Fällen nicht angewendet, obwohl dies der Fall hätte sein müssen. In 5 Fällen handelt es sich beispielsweise um Lohndiskriminierungen, die in den Anwendungsbereich von Art. 6 GIG fallen. **In 8 Fällen unterbleibt die Anwendung der Beweislast erleichterung, weil diskriminierende Kündigungen ausschliesslich unter Berücksichtigung des Obligationenrechts behandelt werden** - dies obwohl das Gleichstellungsgesetz als *lex specialis* von Amtes wegen anzuwenden gewesen wäre.

In 58 Entscheiden (von 108 bzw. **53.8%**) wird die Beweislast erleichterung angewendet.

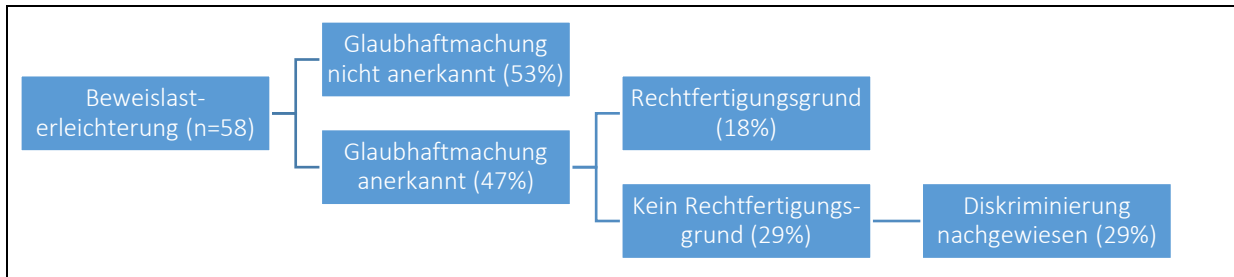
In der Mehrheit der Fälle (31 von 58, 53.4%) wird die **Glaubhaftmachung nicht anerkannt** und somit die Klage abgewiesen. In etwas weniger als 50% der Fälle (27 von 58 bzw. 46.6%) wird – nach der Überwindung der ersten Phase der Glaubhaftmachung – die Beweislast der arbeitgebenden Partei auferlegt. In 10 Fällen kann diese einen Entlastungsbeweis für die glaubhaft gemachte Ungleichbehandlung erbringen und somit die Behauptung einer Diskriminierung entkräften. In 17 Fällen (von 58 bzw. **29.3%**) kann kein Rechtfertigungsbeweis erbracht werden. Somit **wird die Diskriminierung nachgewiesen**. Es ist also trotz der Beweislast erleichterung im Art. 6 GIG nach wie vor nicht einfach, eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts nachzuweisen.

⁶³ Ausführlich zur uneingeschränkten und eingeschränkten Untersuchungsmaxime: DIETSCHY, S. 137-150.

⁶⁴ Vgl. auch KÄLIN/LOCHER, Synthesebericht, S. 63f.

⁶⁵ Bericht BR Evaluation GIG, 3175.

Tabelle 11: Beweislast-erleichterung (Art. 6 GIG)



Genauso wie die Evaluation des Gleichstellungsgesetzes⁶⁶ zeigt auch die vorliegende Untersuchung, dass im Grossteil der Entscheide die zwei Stufen der Beweislast-erleichterung nicht klar voneinander getrennt werden, nämlich die Stufe der «Glaubhaftmachung» (Angabe von Indizien durch die arbeitnehmende Partei) und die Stufe «des Vorbringens der sachlichen Rechtfertigungsgründe» (Beweislast liegt hier bei der arbeitgebenden Partei).⁶⁷ Die zweistufige Urteilsbildung erlaubt es jedoch dem Gericht, unterschiedliche Beweisanforderungen zu berücksichtigen.⁶⁸

4.25 Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklagen (F 49 und 50)

Klagen auf Unterlassung, Beseitigung und Feststellung nach Art. 5 Abs. 1 lit. a-c GIG werden selten erhoben.

In nur einem von 190 analysierten Entscheiden geht es um eine Unterlassungsklage (Entlassungsverbot). In 3 Fällen wird eine Beseitigungsklage nach Art. 5 Abs. 1 lit. b GIG erhoben, in 2 davon die Wiedereinstellung der entlassenen Arbeitnehmerin verfügt. 11 Entscheide erwähnen eine Feststellungsklage, worunter 5 durch Verbände eingereicht wurden, die nicht dazu befugt sind, Entschädigungen zu verlangen (Art. 7 GIG).

4.26 Klage auf Zahlung des geschuldeten Lohns (F 51-56)

Von 190 analysierten Urteilen haben 67 eine Beschwerde wegen Lohndiskriminierung zum Gegenstand, bei 8 davon handelt es sich um Feststellungsklagen der Organisationen (Art. 7 GIG).

In 59 Entscheiden geht es um eine Klage auf Zahlung des geschuldeten Lohns (Art. 5 Abs. 1 lit. d GIG), die entweder von einer (53 Fälle) oder mehreren natürlichen Personen (6 Fälle) erhoben wird. In 45 Fällen sind die Angaben zum geforderten Betrag ersichtlich. Er variiert zwischen CHF 4'000.- und CHF 409'000.- (für eine Person).

45 von 59 Entscheiden (76.3%) fallen zu Ungunsten der arbeitnehmenden Partei aus. In 14 Entscheiden (bzw. 23.7%) fällt der Entscheid zu Gunsten der arbeitnehmenden Parteien aus, die, abgesehen von einer Ausnahme⁶⁹, Beträge zwischen CHF 7'046.- und CHF 35'898.- samt Zinsen erhalten.

⁶⁶ Bericht BR Evaluation GIG, 3175-3176.

⁶⁷ Zu einem ähnlichen Schluss kommt man in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union: GOLDENMAN, S. 24-25.

⁶⁸ Vgl. WYLER, Rz. 12 zu Art. 6 GIG.

⁶⁹ Vgl. www.gleichstellungsgesetz.ch, BS/Fall 49 (Diskriminierende Nichtzahlung einer Abgangsentschädigung für eine Personalfachfrau).

4.27 Entschädigung infolge Anstellungsdiskriminierung (F 57-62)

Das Gleichstellungsgesetz sieht für diskriminierende Ablehnung einer Anstellung eine spezielle Entschädigung vor (Art. 5 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 2 GIG), die den Betrag von drei Monatslöhnen nicht übersteigen darf (Art. 5 Abs. 4 GIG).

Lediglich 11 Entscheide (davon 3 in der gleichen Rechtssache) haben eine individuelle Beschwerde wegen Anstellungsdiskriminierung zum Gegenstand. In 7 Entscheiden ist der verlangte Betrag bekannt und beläuft sich im Durchschnitt auf CHF 42'270.-

In 6 Fällen (von 11) wird die Klage der arbeitnehmenden Partei auf Anstellungsdiskriminierung abgewiesen.

In 3 Fällen wird der Klage stattgegeben und die klagenden Parteien erhalten eine Entschädigung von durchschnittlich CHF 7'762.-. In den restlichen 2 Fällen wird im Schlichtungsverfahren ein Vergleich erzielt.

4.28 Entschädigung infolge diskriminierender Kündigung (F 63-69)

Das Gleichstellungsgesetz sieht für diskriminierende Kündigung eine Entschädigung (mit strafender und wiedergutmachender Funktion) vor (Art. 5 Abs. 2 GIG), die genauso wie die Entschädigung im Obligationenrecht infolge missbräuchlicher Kündigung (Art. 336a OR) unter Würdigung aller Umstände festgesetzt wird und den Betrag von sechs Monatslöhnen nicht übersteigen darf (Art. 5 Abs. 4 GIG).

Eine Entschädigung wird in 59 Fällen verlangt (von 67 Fällen mit diskriminierenden Kündigungen, vgl. oben unter 4.20). Die Klage wird immer von einer Person erhoben. 39 Entscheide enthalten Angaben über die **Höhe der geforderten Entschädigung**, die im Durchschnitt etwa **5.7 Monatslöhnen** entspricht (d.h. beinahe dem gesetzlich festgesetzten Höchstbetrag).

In 33 Fällen (von 59) wird keine Entschädigung für eine diskriminierende Kündigung gewährt. In 26 wird sie **zugesprochen** und beträgt im Durchschnitt CHF 12'868.-, was **3.1 Monatslöhnen** entspricht.

40 Fälle enthalten nähere Angaben über die gesetzliche(n) Bestimmung(en), die Gerichte infolge Forderungen nach einer Entschädigung im Gerichtsprozess anwenden.

Tabelle 12: Auf welche rechtlichen Grundlagen stützt sich das Gericht bei der Prüfung der Entschädigungsforderungen infolge diskriminierender Kündigung?

Anzahl Fälle (n=40)	Rechtliche Grundlage
23	Art. 5 Abs. 2 GIG (diskriminierende Kündigung)
15	Art. 336a OR (missbräuchliche Kündigung)
2	Art. 337c Abs. 3 OR (ungerechtfertigte fristlose Kündigung)

In **15 Fällen** (11 davon aus dem Kanton Genf) werden **Entschädigungen infolge diskriminierender Kündigung unter dem Blickwinkel des Obligationenrechts und nicht gestützt auf das Gleichstellungsgesetz geprüft. Dieses hätte jedoch als Spezialgesetz angewendet werden müssen.** In 4 Fällen hat eine ausschliesslich unter Berücksichtigung des Obligationenrechts durchgeführte Prüfung zur Folge, dass

die im Art. 6 GIG verankerte Beweislastleichterung nicht angewendet werden konnte (vgl. oben 4.15).⁷⁰

4.29 Entschädigung infolge sexueller Belästigung (F 70-73)

Für sexuelle Belästigung sieht das Gleichstellungsgesetz eine Entschädigung von maximal sechs «schweizerischen Durchschnittslöhnen» vor (Art. 5 Abs. 3 GIG). Als Basis für die Berechnung nehmen Gerichte in der Praxis hingegen den schweizerischen Medianlohn, dessen Wert tiefer ist, als derjenige des schweizerischen Durchschnittslohns. Im Jahr 2014 betrug der schweizerische Medianlohn CHF 6'427.-⁷¹ (resp. CHF 38'562.- für sechs Monate), während sich der schweizerische Durchschnittslohn auf CHF 7308.-⁷² (resp. CHF 43'848.- für sechs Monate) belief.

Eine Entschädigung wegen sexueller Belästigung (Art. 5 Abs. 3 GIG) wird in 30 Entscheiden gefordert (von 35 zu diesem Tatbestand). In 3 Fällen macht die klagende Partei lediglich einen Anspruch auf Genugtuung geltend (Art. 49 OR), ohne eine Entschädigung wegen sexueller Belästigung nach Art. 5 Abs. 3 GIG zu verlangen.

Angaben zu **Forderungen** auf Basis von Art. 5 Abs. 3 GIG sind in 24 Entscheiden ersichtlich. Die darauf basierenden Beträge belaufen sich im Durchschnitt auf CHF 25'535.- (resp. zwischen **4 und 5 schweizerischen Medianlöhnen**). Meistens wird dieser Betrag auf der Grundlage des tatsächlichen und nicht auf der Grundlage des Durchschnitts- oder des Mediangehalts festgesetzt.

In 23 Fällen (von 30, d.h. **76.6%**) wird **keine Entschädigung nach Art. 5 Abs. 3 GIG zugesprochen**.

In 7 Fällen (**23.4%**) **spricht das Gericht eine Entschädigung zu**, die im Durchschnitt CHF 13'464.- beträgt (resp. **etwas mehr als 2 schweizerische Medianlöhne**).

4.30 Schadenersatz und Genugtuung (F 74-81)

Gemäss Art. 5 Abs. 5 GIG bleiben «Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung» vorbehalten.

Schadenersatzforderungen werden in 14 Entscheiden geltend gemacht. Darunter sind lediglich 3 (davon 2 in der gleichen Sache), in denen der Schadenersatz auch gewährt wird (rund CHF 5'000.- in jeder Sache).

Eine Genugtuung (Art. 49 OR) in Verbindung mit einer Diskriminierung wird in 29 Fällen verlangt.

In nur einem Entscheid wird eine Genugtuung zugesprochen. In diesem Fall verneint das Gericht das Vorhandensein der behaupteten sexuellen Belästigungen, bestätigt aber, dass gewisse Formen von Mobbing stattgefunden haben, die eine Genugtuung in Höhe von CHF 9'000.- rechtfertigen.

4.31 Kumulation von Entschädigungen (F 82)

Gerichte machen von der Möglichkeit, diverse Entschädigungen nach dem GIG zu kumulieren, selten Gebrauch. Eine solch restriktive Praxis ist zum Teil zweifelsohne auch darauf zurückzuführen, dass Verfahren nach diesem Gesetz für die klagende Partei oft ungünstig enden (vgl. unten 4.35).

In nur 3 von 190 Entscheiden werden Entschädigungen kumuliert.

⁷⁰ Zu einem ähnlichen Schluss kommt auch die Evaluation des Gleichstellungsgesetzes, vgl. Bericht BR Evaluation GIG, 3177. Vgl. auch RAMSEYER/MÜLLER, S. 1332; FREIVOGEL, S. 1350.

⁷¹ [Bundesamt für Statistik > Statistiken finden > Arbeit und Erwerb > Löhne, Erwerbseinkommen und Arbeitskosten > Lohnniveau Schweiz](#).

⁷² Gemäss Auskunft des Bundesamtes für Statistik, Sektion Löhne und Arbeitsbedingungen, vom 27. April 2017.

In 2 Entscheiden (in der gleichen Rechtssache) wird der arbeitnehmenden Partei der geschuldete Lohn (Art. 5 Abs. 1 lit. d GIG) *und* der Schadenersatz (Art. 5 Abs. 5 GIG) gewährt.

In einem anderen Fall wird zu Gunsten der klagenden Partei eine Zahlung des geschuldeten Lohns (Art. 5 Abs. 1 lit. d GIG) und eine Entschädigung infolge diskriminierender Kündigung verfügt (allerdings unter Berücksichtigung von Art. 336a OR).

In einem Fall wird zusätzlich zu einer Entschädigung wegen sexueller Belästigung (Art. 5 Abs. 3 GIG) auch eine Entschädigung infolge diskriminierender Kündigung (Art. 5 Abs. 2 GIG) gefordert. Das Gericht gewährt jedoch lediglich eine Entschädigung wegen sexueller Belästigung mit der Begründung, eine während der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin ausgesprochene Kündigung sei i.S.v. Art. 336 Abs. 2 OR ohnehin nichtig gewesen. Daraus könne in der Folge kein Anspruch auf Entschädigung wegen diskriminierender Kündigung abgeleitet werden.

Schliesslich weist das Gericht in einem Fall (erwiesener) sexueller Belästigung eine Forderung nach Genugtuungsleistung (Art. 49 OR) ab und begründet seinen Entscheid damit, es handle sich in casu nicht um eine schwere Verletzung der sexuellen Integrität des Opfers.

Zur Verdeutlichung, Beispiel 3 - Entscheid des Arbeitsgerichts Zürich vom 23. Februar 2009, AN07841: Frau T, Angestellte in einer Bar-Gelateria, wird wochenlang von zwei Arbeitskollegen sexuell belästigt. Das Gericht stellt fest, der Arbeitgeber habe hinsichtlich der geforderten Prävention nichts unternommen, und verurteilt ihn zur Zahlung einer Entschädigung in Höhe von ungefähr 2.5 schweizerischen Durchschnittslöhnen (Art. 5 Abs. 3 GIG). Das Gericht kommt jedoch zum Schluss, es handle sich dabei um keine ausreichend schwere Verletzung der sexuellen Integrität von T, um zusätzlich zur Entschädigung wegen sexueller Belästigung auch eine Genugtuung zuzusprechen. Die Mehrheit der sexuellen Belästigungen sei verbaler Natur gewesen. Körperlich belästigt sei T «nur» beim Betasten von Busen und Hinterteil gewesen. Ausserdem habe der Arzt, der T behandelte, lediglich einen Einfluss der Übergriffe auf ihre Gesundheit diagnostiziert, ohne zu präzisieren, wie intensiv die Beeinträchtigung gewesen sei.⁷³

4.32 Verbindung mit anderen arbeitsrechtlichen Bestimmungen (F 13)

Die klagende Partei beruft sich bei ihren Forderungen oft ausschliesslich auf Bestimmungen des Gleichstellungsgesetzes (75 Fälle).

Dennoch sind Klagen, in denen Forderungen mit anderen arbeitsrechtlichen Bestimmungen verbunden werden (meistens bzgl. Auflösung des Arbeitsverhältnisses), genauso häufig anzutreffen (79 Fälle). In der Folge wirkt sich das auf die Festsetzung der Gerichtskosten aus (vgl. unten 4.33).

4.33 Gerichts- und Parteikosten (F 83-85)

In Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz werden gemäss dem Grundsatz der Unentgeltlichkeit für Verfahren auf kantonaler Ebene keine Kosten erhoben (Art. 95 Abs. 2 ZPO). Dies gilt sowohl für Schlichtungs- als auch für Entscheidverfahren (Art. 113 Abs. 2 lit. a und Art. 114 lit. a ZPO sowie Art. 13 Abs. 5 GIG).

176 Entscheide werfen die Frage der **Gerichtskosten** auf (Art. 95 Abs. 2 ZPO). In einer überwiegenden Mehrheit der Fälle (148 von 176 bzw. 84%) werden den Parteien keine Gerichtskosten auferlegt.

In 28 Fällen (16%) werden Gerichtskosten jedoch einer der Parteien auferlegt. Die Erhebung der Gerichtskosten erklärt sich grundsätzlich damit, dass entsprechende Klagen nicht ausschliesslich auf die Bestimmungen des Gleichstellungsgesetzes abgestützt werden (vgl. oben 4.32).

⁷³ Zusammenfassung auf www.gleichstellungsgesetz.ch, Fall ZH/200 (Sexuelle Belästigung einer Angestellten in Gelateria).

Der Grundsatz der Unentgeltlichkeit gilt jedoch nicht für **Parteientschädigungen** (Art. 95 Abs. 3 ZPO). Diese Kosten können der unterlegenen Partei auferlegt werden.

In der vorliegenden Analyse konnten 42 Entscheide identifiziert werden, in denen der obsiegenden Partei entsprechende Entschädigungen zugesprochen werden.

In 23 Fällen (von 42 bzw. 56%) werden Parteikosten zu Lasten der unterlegenen arbeitnehmenden Partei verhängt. Der von ihnen zu bezahlende Betrag beläuft sich zwischen CHF 1'200.- und 19'392.-, ausser in einem Sonderfall, in dem diese Kosten CHF 43'545.- betragen.⁷⁴ Die Führung eines Verfahrens nach dem Gleichstellungsgesetz vor einem kantonalen Gericht bringt also trotz des Kostenlosigkeitsprinzips für die arbeitnehmende Partei ein nicht zu unterschätzendes **finanzielles Risiko** mit sich.

In 6 Fällen (von 42 bzw. 14%) werden Parteikosten zu Lasten der arbeitgebenden Partei verhängt. In 13 Fällen (von 42 bzw. 31%), in denen keine der Parteien mehrheitlich obsiegt, werden die Parteikosten entsprechend ihrem Unterliegen aufgeteilt (z.B. 2/3 zu Lasten einer und 1/3 zu Lasten der anderen Partei).

Dennoch kann festgehalten werden, dass **in einer Mehrzahl der analysierten Entscheide (124) keine Parteikosten auferlegt** werden. Der Grund dafür liegt darin, dass gewisse Kantone wie der Kanton Genf⁷⁵ die Auferlegung der Parteikosten in arbeitsrechtlichen Verfahren explizit ausschliessen.

Es wird voraussichtlich im Rahmen der Revision der Zivilprozessordnung geprüft, inwiefern diese Praxis auf alle Kantone ausgedehnt werden könnte.⁷⁶

4.34 Ausgang des Schlichtungsverfahrens (F 88-89)

Es wurden insgesamt 30 Schlichtungsprotokolle analysiert. In 22 davon kommt es zu einer Einigung der Parteien.

In 8 Fällen ist das Schlichtungsverfahren nicht erfolgreich: In einem Fall zieht die klagende Partei das Schlichtungsbegehren während des Verfahrens zurück; in 5 Fällen wird die Klagebewilligung erteilt (Art. 209 ZPO); schliesslich unterbreiten die Schlichtungsbehörden in 2 Verfahren einen Urteilsvorschlag (Art. 210 lit. a ZPO).

4.35 Ausgang des Gerichtsverfahrens (F 86-87)

Die Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes zeigte, dass «die Urteile für die betroffenen Arbeitnehmerinnen mehrheitlich negativ ausfielen».⁷⁷ Die vorliegende Studie stellt keine Verbesserung fest.

⁷⁴ Zusammenfassung auf www.gleichstellungsgesetz.ch, Fall BS/35 (Diskriminierende Kündigung einer Ärztin Pharmaindustrie).

⁷⁵ Vgl. Art. 22 Abs. 2 des Gesetzes des Kantons Genf vom 11. Oktober 2012 über die Anwendung der Schweizerischen Zivilprozessordnung und anderer Bundesgesetze in Zivilsachen (la loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile), LaCC/GE, RS/GE E 1 05: « *Il n'est pas alloué de dépens ni d'indemnité pour la représentation en justice dans les causes soumises à la juridiction des prud'hommes* ».

⁷⁶ Bericht BR Diskriminierung, Ziff. 4.3.3. (bezugnehmend auf die Motion 14.4008 RK-SR).

⁷⁷ Bericht BR Evaluation GIG, 3171: 44% voll zu ihren Ungunsten; 14% mehrheitlich negativ; 16% voll zu Gunsten und 26% mehrheitlich positiv.

Im Gegenteil, in 103 Fällen (von 165⁷⁸ in Anwendung des Gleichstellungsgesetzes bzw. 62.5%⁷⁹; gegenüber 58% im Jahr 2004) fällt der Entscheid vollumfänglich oder mehrheitlich zu Ungunsten der arbeitnehmenden Partei aus. In 62 Fällen (bzw. 37.5%; gegen 42% im Jahr 2004) ist der Ausgang des Verfahrens für die arbeitnehmende Partei günstig oder eher günstig.

Tabelle 13: Ausgang des Verfahrens nach Art der Diskriminierung

Art der Diskriminierung	Anzahl Entscheide	Verfahrensausgang (vollumfänglich oder mehrheitlich) zu Ungunsten der arbeitnehmenden Partei
Beförderung	4	4 (100%)
Rachekündigung	12	11 (91.6%)
Sexuelle Belästigung ⁸⁰	35	29 (82.8%)
Lohn ⁸¹	67	46 (68.6%)
Aufgabenzuteilung	3	2 (66.6%)
Diskriminierende Kündigung	58	33 (56.8%)
Anstellung	11	6 (54.5%)

Der Vergleich nach Art der Diskriminierung zeigt, dass ein Verfahren infolge sexueller Belästigung für die arbeitnehmende Partei sehr oft ungünstig endet. Dies kann damit erklärt werden, dass diese Diskriminierungsart nicht in den Anwendungsbereich des Art. 6 GlG fällt und somit die Beweislast erleichterung nicht angewendet werden kann.

Allerdings tragen auch Personen, die wegen Lohndiskriminierungen klagen, und somit von der Beweislast erleichterung profitieren können, ein erhebliches Risiko, dass ihre Klage abgewiesen wird.

Klagen wegen diskriminierender Kündigungen scheinen häufiger vom Erfolg gekrönt zu sein.

In diesem Zusammenhang ist es interessant festzuhalten, dass sich Gerichte in ihren Entscheiden, die eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses zum Gegenstand haben, oft ausschliesslich auf die Bestimmungen des Obligationenrechts stützen (vgl. oben 4.24). Dies hat zur Folge, dass die im Gleichstellungsgesetz verankerte Beweislast erleichterung nicht angewendet werden (vgl. oben 4.24) und somit zu einem ungünstigen Ausgang des Verfahrens für die arbeitnehmende Partei führen kann. Es kann allerdings auch sein, dass die Gerichte bei der Gewährung von Entschädigungen weniger zurückhaltend sind, wenn diese in den allgemeinen Bestimmungen des Arbeitsrechts verankert⁸² (wie z.B. Art 336a OR), und bei Arbeitsrichterinnen und -richtern besser bekannt sind.

⁷⁸ Zählen wir zu diesen 165 Entscheiden auch 3 Nichteintretensentscheide, 13 Entscheide, in denen das Gleichstellungsgesetz nicht angewendet wurde (vgl. 4.36) und 9 Entscheide, die Klagen von Täterinnen/Tätern von sexuellen Belästigungen zum Gegenstand haben, kommen wir auf die Gesamtzahl von 190 analysierten Entscheiden.

⁷⁹ Zum Vergleich mit einem anderen Bereich des Arbeitsrechts kann auf die Studie über die Durchsetzbarkeit des nachträglichen Konkurrenzverbots i.S.v. Art. 340ff. OR verwiesen werden. Hiernach sind die gestützt auf Art. 340b OR erhobenen Klagen von einer vergleichbar hohen Misserfolgsrate (64%) gekennzeichnet, vgl. BAUMBERGER, S. 26.

⁸⁰ Darin nicht enthalten sind 9 Fälle, in denen eine der sexuellen Belästigung beschuldigte Person sich gegen eine gegen sie verhängte Sanktion wehrt.

⁸¹ Einschliesslich Verbandsklagen (Art. 7 GlG).

⁸² Vgl. dazu AUBRY GIRARDIN, S. 100.

4.36 Anwendung des Gleichstellungsgesetzes von Amtes wegen (F 45)

Unter den 190 im Rahmen dieser Analyse untersuchten Entscheiden befinden sich 13 Entscheide, in denen sich die klagende Partei nicht auf das GIG beruft – obwohl sie dazu befugt ist – und in denen die Gerichte das GIG nicht anwenden, obwohl sie es von Amtes wegen tun müssten (Art. 57 ZPO).

Konkret klagt die arbeitnehmende Partei in 4 Fällen wegen missbräuchlicher Kündigung (Art. 336 lit. d OR), für die im Falle des Obsiegens nur eine Entschädigung in Geld zusteht, obschon sie auch Rachekündigung nach Art. 10 GIG hätte geltend machen und die Aufhebung der Kündigung verlangen können.⁸³

⁸³ Ähnliches wurde auch während der Evaluation des Gleichstellungsgesetzes festgestellt, vgl. RAMSEYER/MÜLLER, S. 1332-1333; FREIVOGEL, S. 1350.

5. Schlussfolgerungen

Die vorliegende Studie hatte zum Ziel zu überprüfen, inwiefern die im Rahmen der Evaluation des Gleichstellungsgesetzes im Jahr 2005 identifizierten Probleme nach wie vor Bestand haben und ob allenfalls Verbesserungen festgestellt werden können. Ferner galt es festzustellen, ob hinsichtlich der Anwendung dieses Gesetzes eventuell neue Schwierigkeiten zu erkennen sind.

Die wichtigste Änderung bezieht sich auf die **am häufigsten geltend gemachten Diskriminierungsarten**. 2005 waren es schweizweit die Lohndiskriminierungsprozesse, gefolgt von Verfahren wegen sexueller Belästigung und diskriminierender Kündigung. 2016 stehen diskriminierende Kündigungen zusammen mit Lohndiskriminierungen an erster Stelle (vgl. 4.20).

In der vorliegenden Untersuchung wurden insgesamt 41 Entscheide ermittelt, die eine Klage wegen **Diskriminierung aufgrund von Schwangerschaft oder Mutterschaft** zum Gegenstand hatten, in 33 bzw. 80.4% davon ging es zudem um diesbezügliche **Entlassungen**. Diskriminierungen aufgrund von Mutterschaft finden meistens unmittelbar nach der **Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub** statt (nach Ablauf der Sperrfrist i.S.v. Art. 336c lit. c OR) (vgl. 4.16-4.17).

Diskriminierende Kündigungen (Art. 5 Abs. 2 GIG) und Rachekündigungen (Art. 10 GIG) werden oft ausschliesslich gemäss Obligationenrecht abgewickelt (Art. 336 lit. a oder d OR). Die Nicht-Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes führt manchmal dazu, dass die Beweislast erleichterung (Art. 6 GIG) nicht angewendet werden kann und ausserdem nur finanzielle Forderungen möglich sind (während gemäss Art. 10 GIG bspw. auch die Aufhebung der Kündigung verlangt werden kann) (vgl. 4.28 und 4.36). Bereits vor zehn Jahren wurde festgestellt⁸⁴, dass **Gerichte vorzugsweise ausschliesslich die allgemeinen Bestimmungen des Arbeitsrechts anwenden**. Diese **Tendenz** scheint sich fortzusetzen.⁸⁵

Der Schutz vor Rachekündigungen gemäss Art. 10 GIG erweist sich in der Praxis als **wenig wirksam**.⁸⁶ Die im Einklang mit dieser Bestimmung ohnehin selten erhobenen Klagen scheitern mit einer Ausnahme allesamt (vgl. 4.21). Im Jahr 2005 zeigte die Evaluation des Gleichstellungsgesetzes, dass zwischen der Hälfte und zwei Dritteln aller Arbeitsverhältnisse zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung bereits aufgelöst worden waren.⁸⁷ Die vorliegende Untersuchung zeigt, dass das Arbeitsverhältnis sogar in 84% der Fälle nicht mehr fortbesteht. Nach wie vor **bringt demzufolge die Erhebung einer Klage nach dem Gleichstellungsgesetz häufig einen Arbeitsplatzverlust mit sich** (vgl. 4.7). Kantonale Verfahren nach diesem Gesetz ziehen sich zudem über mehrere Jahre hin (vgl. 4.6).

Organisationen machen nach wie vor selten von der Möglichkeit Gebrauch, eine Feststellungsklage nach Art. 7 GIG anstelle der von Diskriminierungen betroffenen Einzelpersonen zu erheben. Es konnten nur 8 von 190 Entscheiden ermittelt werden, in denen eine Verbandsklage erhoben wurde, in 3 davon schlossen sich die Organisationen den Klagen der Betroffenen an (vgl. 4.12). **Wie derzeit im Art. 7 GIG geregelt, entbindet das Verbandsklagerecht die Einzelpersonen nicht von der Pflicht, ihr Recht selber vor einem Gericht einzufordern**.⁸⁸

Wie auch vor zehn Jahren **scheitern die wegen Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts erhobenen Klagen in einer Mehrzahl der Fälle**. Die vorliegende Analyse bringt zum Ausdruck, dass 62.5% der Entscheide nach dem Gleichstellungsgesetz vollumfänglich oder mehrheitlich zu Ungunsten der arbeitnehmenden Klagepartei ausfallen (vgl. 4.35). In solchen Konstellationen kommt es **nicht selten**

⁸⁴ Bericht BR Evaluation GIG, 3177. Vgl. auch RAMSEYER/MÜLLER, S. 1332-1333; FREIVOGEL, S. 1350.

⁸⁵ Vgl. in diesem Sinne auch AUBRY GIRARDIN, S. 100.

⁸⁶ HAUSAMMANN/DE PIETRO, Teilstudie 2, S. 42.

⁸⁷ Bericht BR Evaluation GIG, 3170.

⁸⁸ Vgl. dazu Bericht BR Kollektiver Rechtsschutz, S. 24-28.

vor, dass die arbeitnehmende Partei zur Zahlung der Parteikosten, die sich auf mehrere Tausend Franken belaufen, verurteilt wird (vgl. 4.33).

Die **Misserfolgsquote ist besonders hoch (82.8%), wenn eine Diskriminierung wegen sexueller Belästigung geltend gemacht wird** (4.35). In diesem Bereich scheinen die Gerichte zu verkennen, dass die Absicht «ein Entgegenkommen sexueller Art zu erlangen» für die Feststellung des feindlichen Arbeitsklimas (und somit auch sexueller Belästigung i.S.v. Art. 4 GIG) nicht erforderlich ist. Ferner untersuchen Gerichte selten, inwiefern die arbeitgebende Partei ihre Pflicht erfüllt, gegen sexuelle Belästigung vorbeugend vorzugehen, und ihr gegebenenfalls in einem konkreten Fall ein Ende zu setzen (vgl. 4.22). Die im Art. 5 Abs. 3 GIG vorgesehene Sonderentschädigung wird selten zugesprochen (vgl. 4.29). Auch in diesem Zusammenhang kann keine Verbesserung im Vergleich zu den Ergebnissen der Evaluation von 2005 festgestellt werden. Der Bundesrat hat es abgelehnt, die Beweislasteilerleichterung auf den Tatbestand der **sexuellen Belästigung** auszudehnen⁸⁹. **Es bleibt also weiterhin schwierig, den Nachweis für diese Art von Diskriminierungen zu erbringen** (vgl. 4.22).

Selbst wenn die Beweislasteilerleichterung angewendet wird, gelingt es einer von Diskriminierung betroffenen Partei in mehr als der Hälfte der Fälle nicht, die erste Stufe der Glaubhaftmachung zu überwinden (vgl. 4.24). Es ist schwer, Indizien für eine Lohndiskriminierung zu erbringen, wenn man bedenkt, dass in diesem Bereich wenig Transparenz herrscht.⁹⁰

Bezüglich Beweislasteilerleichterung **unterscheidet** auch heute noch **die Mehrheit der Urteile die beiden Stufen des Beweisverfahrens nicht klar voneinander**, nämlich die Stufe der Glaubhaftmachung (das Vorbringen der Indizien durch die arbeitnehmende Partei) und die Stufe des Erbringens von «objektiven Rechtfertigungsgründen» (Vollbeweis durch die arbeitgebende Partei). Schliesslich versäumen es die Gerichte in rund zehn Entscheiden, die Bestimmung im Gleichstellungsgesetz bzgl. Beweislasteilerleichterung (Art. 6 GIG) überhaupt anzuwenden (vgl. 4.24).

In einer überwiegenden Mehrheit der Fälle ist der Gegenstand der Beschwerde eine *direkte* Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Die vorliegende Untersuchung konnte nur wenige Fälle von indirekten Diskriminierungen ermitteln - hauptsächlich im Zusammenhang mit Lohnungleichheit (vgl. 4.18). Dieses Ergebnis steht in Verbindung mit demjenigen der jüngst durchgeführten Studie des SKMR, nach dem der Begriff der indirekten Diskriminierung bei Verfahrensparteien ungenügend bekannt ist.⁹¹

Seit einigen Jahren beginnt die Lehre in der Schweiz sich für Mehrfachdiskriminierungen zu interessieren⁹² (beispielsweise aufgrund des Geschlechts und einer Behinderung). Im Rahmen dieser Studie konnte jedoch **kein Entscheid ermittelt werden, in dem eine Mehrfachdiskriminierung geltend gemacht oder durch ein Gericht festgestellt wurde** (vgl. 4.15). Der Grund für ein solches Ergebnis liegt womöglich darin, dass dieses Phänomen in juristischen Kreisen immer noch wenig bekannt ist. Auch enthält das GIG keine Bestimmung, die es Gerichten, beispielsweise hinsichtlich Sanktionierung, abverlangen würde, die Vielschichtigkeit einer Diskriminierung zu berücksichtigen.

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung ist **kein Fall von Diskriminierung aufgrund Geschlechtsidentität oder sexueller Orientierung** identifiziert worden (4.16). Das mangelnde Bewusstsein in juristischen Kreisen sowie die Ungewissheit hinsichtlich Anwendung des GIG in solchen

⁸⁹ Bericht BR Evaluation GIG, 3193; vgl. auch Bericht BR Diskriminierung, Ziff. 8.2.6.

⁹⁰ Vgl. dazu auch HAUSAMMANN/DE PIETRO, Teilstudie 2, S. 43.

⁹¹ HAUSAMMANN/DE PIETRO, Teilstudie 2, S. 42.

⁹² Vgl. insbesondere die Dissertation von KLEBER.

Fällen⁹³ sind zweifelsohne auch ein Grund dafür, dass es in diesem Bereich bisher keine Verfahren gegeben hat.

⁹³ GROHSMANN, Teilstudie 3, S. 47-49.

6. Empfehlungen

Auf Grund der unter 5. vorgelegten Ergebnisse lassen sich folgende Empfehlungen formulieren, die darauf abzielen, Personen, die im Erwerbsleben von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts betroffen sind, einen besseren Zugang zur Justiz zu ermöglichen.

A. Rechtssetzende Behörden

1. Lohntransparenz verbessern: im Rahmen der laufenden Revision des Gleichstellungsgesetzes Arbeitgebende, die mindestens 50 Mitarbeitende beschäftigen, dazu verpflichten, regelmässig eine Lohnanalyse durchzuführen und diese von einer externen Stelle überprüfen zu lassen – wie vom Bundesrat vorgeschlagen.⁹⁴

2. Kontrolle der Umsetzung des GIG systematisieren: eine zum Art. 40 ff. ArG (Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz) vergleichbare Regelung einführen. Kantonale Behörden benennen, die unter Oberaufsicht des Bundes für die ordnungsgemässe Umsetzung des Gesetzes zuständig sind.

3. Verbandsklagerecht stärken: im Rahmen der Arbeiten zur Förderung der kollektiven Rechtsdurchsetzung in der Schweiz⁹⁵ Instrumente für eine effektivere Gestaltung des Verbandsklagerechts in Verfahren nach dem Gleichstellungsgesetz einführen (vgl. Art. 7 GIG).

4. Die im Verfahren unterlegene Partei von der Bezahlung einer Parteientschädigung befreien: Möglichkeiten prüfen, auf kantonaler Ebene in allen arbeitsrechtlichen Zivilverfahren davon abzusehen, Parteientschädigungen auszurichten, so wie dies im Kanton Genf der Fall ist.⁹⁶

5. Beweislasterleichterung auf Fälle von sexueller Belästigung und Anstellungsdiskriminierung ausdehnen: Erneut die Möglichkeit prüfen, die Beweislasterleichterung (Art. 6 GIG) auf alle Fälle von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts auszudehnen, wie es das Recht der Europäischen Union vorsieht.⁹⁷

B. Justizkreise

6. Weiterbildung der Richterinnen und Richter, der Mitglieder der Schlichtungsbehörden und der Anwaltschaft verbessern: Schulungen zum GIG in Weiterbildungsprogramme integrieren, insbesondere hinsichtlich folgender Punkte:

- Begriffe der indirekten und mehrfachen Diskriminierung;
- System der Beweislasterleichterung;
- Nachweis einer Lohndiskriminierung;
- Verbindung zwischen Entschädigungen nach dem Obligationenrecht und dem GIG;
- Möglichkeit, gewisse Entschädigungen zu kumulieren;
- Klage auf Aufhebung der Racheündigung nach Art. 10 GIG;

⁹⁴ Vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 26. Oktober 2016: «Ein Schritt in Richtung Lohngleichheit: Bundesrat will Botschaft bis Sommer 2017».

⁹⁵ Bericht BR Kollektiver Rechtsschutz; Motion 14.4008 RK-SR «Anpassung der Zivilprozessordnung».

⁹⁶ Art. 22 Abs. 2 LaCC.

⁹⁷ Richtlinie 2006/54 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), L 204/31, 26. Juli 2006, Art. 19.

- Definition der sexuellen Belästigung und der zwei Aspekte der Entlastungsnachweise, die von der arbeitgebenden Partei im entsprechenden Verfahren zu erbringen sind.

7. Datenerhebung systematisieren: die Zusammenarbeit zwischen Gerichtskanzleien und Fachstellen für Gleichstellung fortführen und stärken, um den Zugang zu Entscheiden nach dem Gleichstellungsgesetz zu verbessern.

C. Fachstellen für Gleichstellung

8. Datenerhebung systematisieren: Zusammenarbeit zwischen Gerichtskanzleien und Fachstellen für Gleichstellung fortsetzen und stärken, um den Zugang zu den Entscheiden nach dem Gleichstellungsgesetz zu verbessern. Die Projekte www.gleichstellungsgesetz.ch und www.leg.ch weiterhin im Rahmen der Finanzhilfen des Bundes nach Art. 14 GIG unterstützen.

9. Kenntnisstand bezüglich der Diskriminierungen aufgrund von Mutterschaft erweitern: eine Studie zu Häufigkeit und Formen von Diskriminierungen aufgrund von Schwangerschaft oder Mutterschaft in Auftrag geben, um die Realität dieses Phänomens in der Schweiz und seine Auswirkungen auf das Berufsleben der Frauen besser nachzuvollziehen.

10. Auf die im GIG verankerten Rechte aufmerksam machen: weiterhin alle relevanten Kreise (Einzelpersonen, Unternehmen, Verwaltungen, Sozialpartnerinnen und –partner, Juristinnen und Juristen) auf Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben, auf die im GIG verankerten Rechte sowie die Möglichkeiten ihrer gerichtlichen Durchsetzung aufmerksam machen.

D. Universitäten

11. Den Lehrgang zum GIG in die Grundausbildung integrieren: sicherstellen, dass das GIG fester Bestandteil des Lernstoffs im rechtswissenschaftlichen Bachelorstudium ist und nicht lediglich im Rahmen von einem begrenzten Publikum zugänglichen fakultativen Kursen behandelt wird.

7. Bibliografie

7.1 Lehre

AUBRY-GIRARDIN FLORENCE, « Les problèmes qui se posent aux juges lors de l'application de la LEg », in Dunand/Lempen/Mahon, *Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt*, CERT, Schulthess, Zürich 2016, S. 95-117.

BAUMBERGER MICHAEL, *Durchsetzbarkeit eines nachvertraglichen Konkurrenzverbotes nach OR 340 ff. in der Praxis* (Masterarbeit, betreut durch Prof. Roland Müller), Bern 2011.

DIETSCHY PATRICIA, *Les conflits de travail en procédure civile suisse*, Helbing Lichtenhahn, Basel 2011.

FREIVOGEL ELISABETH, « Inhaltsanalytische Auswertung der Gerichtsfälle in den Kantonen Graubünden, Schwyz, Waadt und Zürich (Baustein 6) », in Stutz/Schär Moser/Freivogel, *Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes, Synthesebericht*, BASS, Basel/Binningen Februar 2005 (zit. FREIVOGEL, Baustein 6).

FREIVOGEL ELISABETH, *Lücken und Tücken in der Anwendung des Gleichstellungsgesetzes*, in AJP/PJA 11/2006 S. 1343-1350.

FUCHS GESINE, *Strategic Litigation for Gender Equality in the Workplace and Legal Opportunity Structures in Four European Countries*, in *Revue Canadienne Droit et Société*, Vol. 28, 2013, S. 189-208.

GOLDENMAN GRETA, *Comparative Study on access to justice in gender equality and anti-discrimination law*, Synthesebericht, Milieu Ltd., Februar 2011.

GROHSMANN IRENE, *Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Teilstudie 3: LGBTI – Juristische Analyse*, SKMR, Bern Juli 2015 (zit. GROHSMANN, Teilstudie 3).

HAUSAMMANN CHRISTINA, DE PIETRO JOSEFIN, *Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Teilstudie 2: Geschlecht – Juristische Analyse*, SKMR, Bern Juli 2015 (zit. HAUSAMMANN/DE PIETRO, Teilstudie 2).

KÄLIN WALTER, LOCHER RETO, *Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Synthesebericht*, SKMR, Bern Juli 2015 (zit. KÄLIN/LOCHER, Synthesebericht).

KLEBER ELEONOR, *La discrimination multiple, Etude de droit international, suisse et européen*, Diss., Schulthess, Genf/Zürich/Basel 2015.

LEMPEN KARINE, Art. 4 LEg, in Aubert/Lempen, *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité*, Genf, Slatkine 2011.

LOCHER RETO, *Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Teilstudie 8: Analyse der Rechtsprechung*, SKMR, Bern Juli 2015 (zit. LOCHER, Teilstudie 8).

MATTHEY FANNY, STEFFANINI FEDERICA, *Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Teilstudie 6: Racisme – Analyse juridique*, SKMR, Neuenburg Juli 2015 (zit. MATTHEY/STEFFANINI, Teilstudie 6).

STUTZ HEIDI, « Befragung der zuständigen Gerichte und statistische Grobauswertung der Gerichtsurteile (Baustein 2) », in Stutz/Schär Moser/Freivogel, *Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes, Synthesebericht*, BASS, Bern Januar 2005 (zit. STUTZ, Baustein 2).

STUTZ HEIDI, SCHÄR MOSER MARIANNE, FREIVOGEL ELISABETH, *Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes, Synthesebericht*, BASS, Bern/Binningen April 2005 (zit. STUTZ/SCHÄR MOSER/FREIVOGEL, Synthesebericht).

RAMSEYER JEANNE, MÜLLER CORINA, *Bewährt, aber noch zu wenig bekannt, Überblick über die Resultate der Evaluation des Gleichstellungsgesetzes*, in AJP/PJA 11/2006, S. 1331-1336.

RIEMER-KAFKA GABRIELA, ÜBERSCHLAG JAKOB, Art. 10 GIG, in Kaufmann/Steiger-Sackmann, *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel 2009.

WYLER RÉMY, Art. 6 LEg, in Aubert/Lempen, *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité*, Genf, Slatkine 2011.

7.2 Berichte des Bundesrats

Bericht des Bundesrats über die Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes in Erfüllung der Motion Vreni Hubmann 02.3142, die der Nationalrat am 21. Juni 2002 als Postulat überwiesen hat, 15. Februar 2006, BBl 2006 3161 (zit. Bericht BR Evaluation GIG).

Bericht des Bundesrats in Erfüllung des Postulats Naef 12.3543 vom 14. Juni 2012, «Recht auf Schutz vor Diskriminierung», 25. Mai 2016 (zit. Bericht BR Diskriminierung).

Bericht des Bundesrats «Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz: Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten», 03. Juli 2013 (zit. Bericht BR Kollektiver Rechtsschutz).

8. Anhang – Evaluationsraster

Referenz zum analysierten Entscheid:

1 – ALLGEMEINE ANGABEN

1. Behörde:

2. Kanton:

3. Verfahrensnummer:

4. Datum:

5. Zusammensetzung des Gerichts:

Frau(en) (+ Anzahl)

Mann/Männer (+ Anzahl)

6. Handelt es sich um professionelle Richterinnen und Richter?

Ja

Nein

7. Verfahrenssprache

Deutsch

Französisch

Italienisch

8. Ist die arbeitnehmende Partei anwaltlich vertreten (selbständige Anwältinnen/Anwälte, andere beruflich qualifizierte Vertreter_innen oder Mitglieder eines Berufsverbandes)?

Ja:

selbständige_r Anwältin/Anwalt

andere beruflich qualifizierte Vertreter_innen (präzisieren)

Nein

9. Besteht das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt der Klageeinreichung fort (inkl. die Situation, aufgrund derer das Arbeitsverhältnis aufgelöst wurde ist und die nach wie vor andauert)?

Ja

Nein

10. Besteht das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung (inkl. die Situation, aufgrund derer das Arbeitsverhältnis aufgelöst wurde ist und die nach wie vor andauert)?

Ja

Nein

11. Urteilszusammenfassung (Stichworte)

12. Geltend gemachte/angewendete Bestimmungen (GIG / OR / ArG / EOG / CEDAW, etc.)

13. Verbindet die Klagpartei ihre Klage nach GIG mit anderen arbeitsrechtlichen Bestimmungen?

Ausschliesslich Klage nach GIG

Klage nach GIG + andere arbeitsrechtliche Bestimmungen

2 – VERFAHRENSGESCHICHTE

14. Welche Behörde fällt den Entscheid?

Schlichtungsbehörde

Zivilgericht

Verwaltungsgericht

15. Wurde ein Schlichtungsverfahren durchgeführt?

Ja

Nein

16. Wie viele Entscheide sind bis dato ergangen?

Datum des Rechtsanhängigkeitsbeginns

Angaben über alle Vorinstanzen:

Name des Gerichts/der Behörde:

Datum des Entscheids:

17. Verfahrensdauer bis dato

18. Wurde gegen den Entscheid Berufung eingelegt?

Ja: Name der höheren Instanz und Nummer des Entscheids:

Nein

3 – VERFAHRENSPARTEIEN

A. Klagepartei

19. Ist die Klagepartei Arbeitnehmer_in oder Arbeitgeber_in?

Arbeitnehmer_in

Arbeitgeber_in

20. Wer ist die Klagepartei? Natürliche Person(en), Organisation (Art. 7 GIG), Behörde(n) oder Unternehmen?

Natürliche Person(en)

Organisation (falls ja, angeben wie viele)

Behörde(n) oder Unternehmen

B. Angaben zur arbeitnehmenden Partei

21. Geschlecht (Anzahl Frauen und/oder Männer)

weiblich

männlich

22. Was ist der Zivilstand der arbeitnehmenden Partei?

ledig

verheiratet

in eingetragener Partnerschaft

23. Wie ist die familiäre Situation der arbeitnehmenden Partei?

mit Kind(ern)

ohne Kinder

Anmerkung:

24. Zusätzliche Angaben zur arbeitnehmenden Partei (Art. 8 Abs. 2 BV):

a. Herkunft/Nationalität

b. Alter

jünger als 18 (Art. 29 ArG)

18-35

35-50

älter als 50

- c. Ist die gesprochene Sprache auch die Sprache des Verfahrens?
- d. Religion
- e. Besteht eine Behinderung?

4 – ANGABEN ZUR AUSGEÜBTEN TÄTIGKEIT

25. Um welchen ausgeübten Beruf handelt es sich?

26. Art des Arbeitsvertrags:

- Befristeter Arbeitsvertrag (Dauer angeben)
- Unbefristeter Arbeitsvertrag

27. Art des Arbeitsverhältnisses:

- Vollzeit
- Teilzeit (Anstellungsgrad angeben)
- Lehre/Praktikum
- Besondere Arbeitsverhältnisse (temporäre Beschäftigung, Arbeit auf Abruf)

28. Ist das Arbeitsverhältnis öffentlich- oder privatrechtlicher Natur?

- öffentlich-rechtlich
- privatrechtlich

29. Branche

30. Kaderfunktion im Unternehmen?

- Ja
- Nein

31. Dauer des Arbeitsverhältnisses

- weniger als 1 Jahr
- 1 bis 5 Jahre
- 6 bis 10 Jahre
- mehr als 10 Jahre
- Kein Arbeitsverhältnis (bei Anstellungsdiskriminierung)

I. DISKRIMINIERUNG

A. Diskriminierungsverbot nach Art. 3 Abs. 1 GlG

32. Ist die geltend gemachte oder festgestellte Diskriminierung direkt oder indirekt? (falls diese nicht übereinstimmen, diejenige angeben, die das Gericht festgestellt hat)

- direkte Diskriminierung
- indirekte Diskriminierung

33. Handelt es sich bei der Ungleichbehandlung um angemessene Massnahmen nach Art. 3 Abs. 3 GlG?

- Ja (Bemerkung)
- Nein

34. Diskriminierung:

- aufgrund des Geschlechts?
- aufgrund des Geschlechts und der familiären Situation?
- aufgrund des Zivilstandes?
- aufgrund der Schwangerschaft?
- aufgrund der Mutterschaft?
- aufgrund der Geschlechtsidentität?
- aufgrund der sexuellen Orientierung?

35. Im Falle einer Diskriminierung aufgrund Schwangerschaft oder Mutterschaft: Zu welchem Zeitpunkt findet sie statt?

- nach Vertragsabschluss, aber vor Stellenantritt
- während der Probezeit
- während der Schwangerschaft
- während des Mutterschaftsurlaubs
- nach der Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaubs

Anmerkung: Wird das Arbeitsverhältnis einvernehmlich aufgelöst? Besteht eine Änderungskündigung?

36. Mehrfachdiskriminierung aus juristischer Sicht? (Alter, Herkunft, etc.)

- Ja (Bemerkung: welcher Art?)
- Nein

B. Diskriminierungsverbot nach Art. 3 Abs. 2 GlG

37. Art der Diskriminierung?

- Anstellung
- Entlohnung
- diskriminierende Kündigung
- Beförderung
- Aufgabenzuteilung
- Gestaltung der Arbeitsbedingungen
- Aus- und Weiterbildung
- Rache Kündigung (Art. 10 GlG)
- sexuelle Belästigung

C. Rache Kündigung (Art. 10 GlG)

38. Was verlangt die arbeitnehmende Partei?

- Aufhebung der Kündigung
- provisorische Wiedereinstellung (während des Verfahrens)
- Entschädigung seit Beginn des Verfahrens
- Entschädigung während des Verfahrens und nach dem Verzicht auf die provisorische Wiedereinstellung

39. Aus welchem Grund stellt das Gericht keine Rache Kündigung fest?

- Der Kündigungsschutz ist zum Zeitpunkt der Kündigung nicht gegeben
- Die Klagpartei ruft das Gericht nach Ablauf der Kündigungsfrist an
- Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes

D. Sexuelle Belästigung (Art. 4 GlG)

40. Wie manifestiert sich die Belästigung? (Beschreibung des Verhaltens)

- Worte (sexistische oder homophobe Bemerkungen, anzügliche oder peinliche Bemerkungen, insbesondere über das Äussere)
- Taten/Gesten (taxierende Blicke, Pfiffe, obszöne Gesten, unanständige Fotos auf dem Bildschirm oder Mobiltelefon, pornografisches Material, Berührungen, Einladungen mit Versprechen von Vorteilen / Androhung von Nachteilen, physische Gewalt, sexuelle Übergriffe, Vergewaltigung)

41. Im Falle von herabwürdigenden Handlungen aufgrund des Geschlechts jedoch ohne expliziten sexuellen Bezug (sexistisch): Welche Bestimmung wendet das Gericht an?

Art. 4 GIG: sexuelle Belästigung

Art. 328 OR: Mobbing

42. Beurteilt das Gericht die belästigende Situation von einem objektiven und/oder einem subjektiven Standpunkt aus?

Stellt die sexuelle Belästigung aufgrund einer objektiven + subjektiven Prüfung fest.

Stellt die sexuelle Belästigung ausschliesslich aufgrund einer objektiven Prüfung fest.

Stellt die sexuelle Belästigung ausschliesslich aufgrund einer subjektiven Prüfung fest.

II. VERFAHRENSGRUNDSÄTZE

43. Um welche Art Verfahren handelt es sich?

ordentliches Verfahren

vereinfachtes Verfahren

Antrag auf provisorische Massnahmen

44. Angewendeter Verfahrensgrundsatz

uneingeschränkte Untersuchungsmaxime

eingeschränkte (soziale) Untersuchungsmaxime

Verhandlungsmaxime

gemilderte Verhandlungsmaxime

Officialmaxime

Dispositionsmaxime

45. Wendet das Gericht das GIG an, obwohl es die Parteien nicht geltend machen?

Ja

Nein

46. Wendet das Gericht die Beweislast erleichterung an? (Art. 6 GIG)

Ja

Nein

47. Ist die Glaubhaftmachung anerkannt? Falls ja, wie wird sie definiert (ab welchem Prozentsatz)?

Ja

Nein

48. Vom Gericht zugelassene Rechtfertigungsgründe

III. UNTERLASSUNGS-, BESEITIGUNGS- UND FESTSTELLUNGSKLAGEN

49. Erhebt die arbeitnehmende Partei eine der folgenden Klagen nach Art. 5 Abs. 1 GIG?

- eine drohende Diskriminierung zu verbieten/unterlassen (Art. 5 Abs. 1 lit. a GIG)
- eine bestehende Diskriminierung zu beseitigen (Art. 5 Abs. 1 lit. b GIG)
- eine Diskriminierung festzustellen (Art. 5 Abs. 1 lit. c GIG)
- keine der erwähnten Klagen

50. Im Falle einer Unterlassungsklage im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis: Was macht die arbeitnehmende Partei geltend?

- Entschädigungen
- Aufhebung der Kündigung
- Wiedereinstellung

6 – FINANZIELLE ASPEKTE

Erhöhte Aufmerksamkeit gilt der Verbindung zwischen GIG und OR

A. Lohndiskriminierung – Klage auf Zahlung des geschuldeten Lohns (Art. 5 Abs. 1 lit. d)

- 51. Wie viele Personen machen Lohnnachzahlungen geltend?
- 52. Gesamtbetrag an Lohnnachzahlungen
- 53. Wie viele Personen erhalten die verlangten Lohnnachzahlungen?
- 54. Erhaltener Gesamtbetrag
- 55. Werden Verzugszinsen geltend gemacht?
- 56. Besteht der Anspruch auf einen höheren Lohn in Zukunft?

B. Anstellungsdiskriminierung

- 57. Wie viele Personen verlangen eine Entschädigung?
- 58. Gesamtbetrag an Entschädigungen
- 59. Wie viele Monatslöhne sind im Entschädigungsbetrag enthalten?
- 60. Wie viele Personen erhalten eine Entschädigung?
- 61. Erhaltener Gesamtbetrag
- 62. Wie viele Monatslöhne sind im erhaltenen Entschädigungsbetrag enthalten?

C. Diskriminierende Kündigung

63. Wie viele Personen verlangen eine Entschädigung?

64. Auf welche gesetzlichen Grundlagen stützt sich die Entschädigungsklage?

Art. 3 GIG + Art. 5 Abs. 2 GIG

Art. 336a Abs. 1 lit. a OR (Grund warum das GIG nicht angewendet wurde)

Art. 337c Abs. 3 OR

65. Gesamtbetrag an Entschädigungen

66. Wie viele Monatslöhne sind im verlangten Entschädigungsbetrag enthalten?

67. Wie viele Personen erhalten eine Entschädigung?

68. Erhaltener Gesamtbetrag

69. Wie viele Monatslöhne sind im erhaltenen Entschädigungsbetrag enthalten?

D. Sexuelle Belästigung

70. Wie viele Personen verlangen eine Entschädigung?

71. Gesamtbetrag an Entschädigungen

72. Wie viele Personen erhalten eine Entschädigung?

73. Erhaltener Gesamtbetrag

E. Schadenersatz

74. Wie viele Personen verlangen Schadenersatz?

75. Gesamtbetrag an Forderungen

76. Wie viele Personen erhalten einen Betrag an Schadenersatz?

77. Erhaltener Gesamtbetrag an Schadenersatz

F. Genugtuung

78. Wie viele Personen verlangen eine Genugtuung?

79. Gesamtbetrag an Forderungen

80. Wie viele Personen erhalten eine Genugtuung?

81. Erhaltener Gesamtbetrag an Genugtuung

G. Kumulationen

82. Gibt es Kumulationen von Entschädigungen?

- Art. 5 Abs. 2 GIG und Art. 5 Abs. 3 GIG
- Art. 5 Abs. 2 GIG und Art. 5 Abs. 3 GIG und Art. 49 OR
- Art. 5 Abs. 3 GIG und Art. 337c Abs. 3 GIG
- Art. 5 Abs. 2 GIG und Art. 49 OR
- Art. 5 Abs. 3 GIG und Art. 49 OR
- Art. 5 Abs. 2 GIG und Art. 41 oder 328 OR
- Art. 5 Abs. 3 GIG und Art. 41 oder 328 OR
- Andere Kumulationen? (mit Klagen, die nicht unbedingt im Zusammenhang mit Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts oder sexueller Belästigung stehen)

H. Gerichtskosten

83. Wurden Gerichtskosten verhängt?

- Nein
- Ja.

84. Falls Gerichtskosten verhängt wurden (Klage vor dem Bundesgericht oder ausserhalb des Anwendungsbereichs des GIG) – um welchen Betrag und um welche Berechnungsmethode handelt es sich?

I. Parteientschädigungen

- keine Parteikosten
- Parteikosten zulasten der arbeitnehmenden Partei (+ Betrag)
- Parteikosten zugunsten der arbeitnehmenden Partei (+ Betrag)

7 – AUSGANG DES VERFAHRENS

A. Im Falle eines Urteils

85. Nichteintretensentscheid (voll oder teilweise) wegen eines Formfehlers?

- Ja
- Nein

86. Das Urteil ist:

- vollumfänglich zugunsten der arbeitnehmenden Partei
- mehrheitlich zugunsten der arbeitnehmenden Partei
- mehrheitlich zuungunsten der arbeitnehmenden Partei
- vollumfänglich zuungunsten der arbeitnehmenden Partei

B. Im Falle eines Schlichtungsverfahrens

87. Ausgang des Schlichtungsverfahrens:

- Schlichtung erfolgreich
- Klagebewilligung
- Urteilsvorschlag

88. Falls die Klagebewilligung ausgestellt wurde – wurde innerhalb von drei Monaten Klage erhoben?

- Ja
- Nein

8 – ANDERES

Besteht eine Zusammenfassung des Entscheids auf www.leg.ch oder www.gleichstellungsgesetz.ch?

- Ja -> Referenz
- Nein

