



Article scientifique

Article

2018

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

## Aktuelle Entwicklungen rund um das Gleichstellungsgesetz

---

Lempen, Karine; Voloder, Aner

### How to cite

LEMPEN, Karine, VOLODER, Aner. Aktuelle Entwicklungen rund um das Gleichstellungsgesetz. In: Revue suisse de jurisprudence, 2018, vol. 114, n° 4, p. 81–89.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:102482>

# Aktuelle Entwicklungen rund um das Gleichstellungsgesetz

Prof. Dr. iur. Karine Lempen (Genf) und lic. iur. Aner Voloder (Zürich)\*

## I. Einleitung

In Kraft seit 1996 verbietet das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (GIG)<sup>1</sup> jede Art von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben sowohl im privat- als auch im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis. Eine im September 2017 von der Ständerätin Bruderer Wyss eingereichte Motion nimmt Bezug auf das GIG, das als Mustervorlage für die Verankerung eines Diskriminierungsschutzes aufgrund von Behinderungen in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen heranzuziehen wäre.<sup>2</sup> Zurzeit wird in den eidgenössischen Räten aber auch eine Revision des GIG beraten, die die Verbesserung der Wirksamkeit des Gesetzes im Bereich der Lohngleichheit zum Ziel hat. In seiner Botschaft vom 5. Juli 2017 bezieht sich der Bundesrat auf eine zehn Jahre nach dem Inkrafttreten des GIG durchgeführte Evaluation.<sup>3</sup> Diese stellte u.a. fest, dass das Gesetz zu selten angewendet wird und die verschiedenen Möglichkeiten, die es bietet, wie z.B. die Beweislast erleichterung, bei den Fachpersonen sowie den Gerichten noch viel zu wenig bekannt sind.<sup>4</sup> Die erwähnte Botschaft weist auch auf eine im Juni 2017 veröffentlichte Studie hin, die im Auftrag des Bundes 190 Entscheide der

*Die Autoren stellen die Hauptergebnisse einer neuen Analyse kantonaler Entscheide nach dem Gleichstellungsgesetz (GIG) vor und spannen einen Bogen zur aktuellen Rechtsprechung auf kantonaler und eidgenössischer Ebene. Sodann befassen sie sich mit der Anwendung des GIG in Fällen von Diskriminierungen aufgrund sexueller Orientierung oder Geschlechtsidentität und werfen einen Blick auf die laufenden Revisionsarbeiten zu mehr Lohntransparenz und einer erleichterten Durchsetzung des verfassungsmässigen Anspruchs auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit.*

*Les auteurs présentent les principaux résultats d'une analyse récente de la jurisprudence cantonale relative à la Loi sur l'égalité (LEg) et font le lien avec la jurisprudence fédérale et cantonale récente dans ce domaine. Ils abordent alors la question de l'applicabilité de la LEg aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre et donnent enfin un aperçu des travaux législatifs en cours visant à accroître la transparence salariale et à faciliter la mise en œuvre du droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale.*

\* Karine Lempen ist Professorin für Arbeitsrecht an der Universität Genf. Aner Voloder ist Projektleiter bei der Fachstelle für Gleichstellung der Stadt Zürich.

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

<sup>2</sup> Motion 17.3866 Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse. Lücken im Behindertengleichstellungsrecht schliessen (inzwischen erledigt).

<sup>3</sup> Botschaft des Bundesrates vom 5. Juli 2017, BBl 2017 5514 f., die auf den Bericht vom 15. Februar 2006 über die Evaluation der Wirksamkeit des GIG Bezug nimmt (zit. Bericht Evaluation GIG), BBl 2006 3161 ff.

<sup>4</sup> Bericht Evaluation GIG (Fn. 3) 3188 f. Auch das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) kommt in seiner Studie über den Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen zum Schluss, dass verschiedene Hindernisse hinsichtlich gerichtlicher Durchsetzung der Ansprüche bestehen, vgl. Christina Hausammann/Josefin de Pietro: Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, SKMR, Teilstudie 2, Bern 2015, 42 f.

kantonalen Schlichtungs- und Gerichtsbehörden nach dem GIG im Beurteilungszeitraum 2004–2015 eingehend analysierte.<sup>5</sup> Im Teil II wird eine Auswahl der Ergebnisse dieser Studie (fortan: Analyse GIG 2017) präsentiert und unter Berücksichtigung der neuesten kantonalen und eidgenössischen Rechtsprechung erläutert. Im Teil III wird auf die Frage der Anwendung des GIG bei Diskriminierungen infolge sexueller Orientierung oder Geschlechtsidentität eingegangen. Teil IV befasst sich mit den zentralen Punkten des GIG-Revisionsentwurfs vom 5. Juli 2017 und analysiert ihn im Kontext der europaweiten legislativen Bemühungen hinsichtlich mehr Lohntransparenz und einer erleichterten Durchsetzung des Anspruchs auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit.

## II. Analyse der Rechtsprechung nach dem Gleichstellungsgesetz

### A. Mutterschaft als häufiger Diskriminierungsgrund

Die Analyse GIG 2017 stellt fest, dass sich die meisten Diskriminierungsfälle auf Lohnungleichheit und diskriminierende Kündigungen (Art. 3 Abs. 2 GIG) gefolgt von sexueller Belästigung (Art. 4 GIG) beziehen. Klagen wegen Rachekündigungen (Art. 10 GIG) sowie Anstellungsdiskriminierungen (Art. 3 Abs. 2 GIG) werden hingegen relativ selten erhoben.<sup>6</sup>

Diskriminierende Kündigungen werden schweizweit auffallend häufig in Verbindung mit Mutterschaft ausgesprochen.<sup>7</sup> Die Tendenz zur Zunahme von solchen Diskriminierungen scheint im Kanton Genf besonders hoch zu sein. Das Genfer Tribunal des prud'hommes gibt an, dass im Zeitraum 2014–2017 etwas mehr als die Hälfte aller in Anwendung des GIG behandelten Fälle eine Diskriminierung aufgrund von Schwangerschaft oder Mutterschaft zum Gegenstand hatten. Es handelte sich hauptsächlich um Entlassungen unmittelbar nach dem Mutterschaftsurlaub, während der Schwangerschaft oder während sich die

Arbeitnehmerin einer Behandlung zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung unterzog.<sup>8</sup>

Zur Verdeutlichung ist an dieser Stelle der Entscheid des Bundesgerichts zu erwähnen, der die Klage einer Sprachlehrerin aus dem Kanton Freiburg behandelte. Nach der Niederkunft wurde der Arbeitnehmerin dreimal gekündigt. Die erste (nichtige) Kündigung wurde während der Sperrfrist von Art. 336c Abs. 1 OR ausgesprochen, die zweite – von der ersten kantonalen Instanz als diskriminierend i.S.v. Art. 5 Abs. 2 GIG qualifiziert – nach dem Mutterschaftsurlaub. Schliesslich erfolgte die dritte (fristlose) Kündigung im Anschluss an die Weigerung der Arbeitnehmerin, ihre Tätigkeit bis zum Vertragsablauf wieder aufzunehmen. Das Kantonsgericht kommt zum Schluss, dass die Kündigung aus wichtigem Grund i.S.v. Art. 337 OR erfolgte. Das Bundesgericht weist die Beschwerde der Klägerin ab und bestätigt das Urteil der Vorinstanz.<sup>9</sup>

In einem weiteren Urteil lässt das Bundesgericht die Frage offen, ob eine betriebsinterne Regelung bzgl. lohnrelevanter Angestelltenbeurteilung eine *indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts* darstellt. Eine Angestellte erhielt in casu keine Leistungsbeurteilung (und keine Lohnerhöhung) da sie u.a. wegen Mutterschaftsurlaub mehrere Monate nicht arbeitstätig war.<sup>10</sup>

### B. Mehrfachdiskriminierung

Das GIG verbietet explizit ungerechtfertigte 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). Eine Mehrfachdiskriminierung – aufgrund des Geschlechts und eines anderen durch Art. 8 Abs. 2 BV geschützten Merkmals (z.B. Herkunft) – wurde in den im Rahmen der Analyse GIG 2017 untersuchten Fällen nie geltend gemacht bzw. gerichtlich festgestellt. Der Sachverhalt in einigen Entscheiden liess jedoch vermuten, dass die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts evtl. auch aufgrund der fremden Herkunft der Arbeitnehmerin hätte

<sup>5</sup> Karine Lempen/Aner Voloder in Zusammenarbeit mit Laetitia Jamet: Analyse der kantonalen Rechtsprechung nach dem GIG (2004–2015), Universität Genf, im Auftrag des Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann, Bern 2017 (zit. Analyse GIG 2017); vgl. auch BBl 2017 5515.

<sup>6</sup> Analyse GIG 2017 (Fn. 5) 20 ff.

<sup>7</sup> Analyse GIG 2017 (Fn. 5) 18 f.

<sup>8</sup> Gemäss Mitteilung des Genfer Tribunal des prud'hommes vom Oktober 2017.

<sup>9</sup> BGer 4A\_35/2017 vom 31. Mai 2017. Fallzusammenfassung abrufbar auf [www.leg.ch](http://www.leg.ch) TF (FR) 31.5.2017.

<sup>10</sup> BGer 8C\_605/2016 vom 9. Oktober 2017.

geltend gemacht werden können (sexuelle Belästigung verbunden mit xenophoben Äusserungen).<sup>11</sup>

### C. Ordentliches oder vereinfachtes Verfahren?

Die Analyse GIG 2017 zeigt, dass GIG-Forderungen sehr oft in Verbindung mit anderen arbeitsrechtlichen Ansprüchen geltend gemacht werden (Klagenhäufung i.S.v. Art. 90 ZPO).<sup>12</sup>

Für vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 30 000 Franken schreibt die ZPO das vereinfachte Verfahren vor (Art. 243 Abs. 1 ZPO). Für Streitigkeiten nach dem GIG gilt dieses jedoch ohne Rücksicht auf den Streitwert (Art. 243 Abs. 2 lit. a ZPO). Es stellt sich also die Frage, ob in Streitigkeiten, in denen der Streitwert 30 000 Franken übersteigt und die Forderungen nach dem GIG mit den übrigen arbeitsrechtlichen Forderungen kumuliert werden, das ordentliche oder das vereinfachte Verfahren gilt. Die Lehre ist sich in dieser Frage uneinig.<sup>13</sup> Der Cour de justice des Kantons Genf entschied vor kurzem, dass das vereinfachte Verfahren ungeachtet des Streitwerts gilt, wenn sich die Klage in grundlegender Weise auf eine i.S. des GIG verbotene Diskriminierungsart bezieht (z.B. diskriminierende Kündigung), selbst wenn die Summe dieser Forderungen im Vergleich zu den übrigen Forderungen (z.B. Lohnnachzahlungen) anteilmässig gering ist.<sup>14</sup> Vorbehalten bleiben Fälle, in denen das GIG in missbräuchlicher oder offensichtlich unbegründeter Weise geltend gemacht wird.<sup>15</sup> Das Genfer Tribunal des prud'hommes

kam in seinem Entscheid vom 16. Juni 2016 bspw. zum Schluss, es sei das ordentliche Verfahren durchzuführen, zumal der Kläger eine in casu offensichtlich unerhebliche Forderung nach dem GIG geltend machte.<sup>16</sup>

Die Frage des durchzuführenden Verfahrens stellt sich auch dann, wenn Gerichte das GIG von Amtes wegen anwenden (Art. 57 ZPO). Aber müsste die Angelegenheit in einem bereits laufenden ordentlichen Verfahren, in dem sich anfangs keine der Parteien auf das GIG berief, fortan im vereinfachten Verfahren abgewickelt werden? Diese Frage bleibt wohl eher eine theoretische, da Gerichte in Praxis das GIG äusserst selten ex officio anwenden.<sup>17</sup>

### D. Beweislasteichterung

Gemäss Art. 6 GIG wird eine Diskriminierung vermutet, wenn sie von Betroffenen glaubhaft gemacht wird (was allerdings bei Klagen wegen Anstellungsdiskriminierung oder sexueller Belästigung nicht gilt). Die zwei Stufen der Beweislasteichterung, nämlich die Stufe der «Glaubhaftmachung» (Angabe von Indizien durch die arbeitnehmende Partei) und die Stufe «des Vorbringens der sachlichen Rechtfertigungsgründe» (Beweislast bei der arbeitgebenden Partei) werden in der Praxis oft nicht klar voneinander getrennt.<sup>18</sup>

Die Analyse GIG 2017 zeigt, dass es trotz der Beweislasteichterung im Art. 6 GIG nicht einfach ist, eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nachzuweisen. Die Glaubhaftmachung wird oft nicht anerkannt, was zur Klageabweisung führt. Erst nach der Überwindung der ersten Stufe der Glaubhaftmachung kann nämlich die Beweislast der arbeitgebenden Partei auferlegt werden. Kann diese keinen Rechtfertigungsbeweis erbringen, gilt die Diskriminierung als nachgewiesen (vgl. Abbildung bezugnehmend auf die Analyse GIG 2017).

<sup>11</sup> Fallzusammenfassungen abrufbar auf [www.leg.ch](http://www.leg.ch), GE 25.2.2008 (Verkäuferin serbischer Herkunft) sowie auf [www.gleichstellungsgesetz.ch](http://www.gleichstellungsgesetz.ch), UR 1 (Tänzerin russischer Herkunft).

<sup>12</sup> Analyse GIG 2017 (Fn. 5) 27.

<sup>13</sup> *François Bohnet und Patricia Dietsch* sind der Ansicht, dass bei Klagen mit mehreren Forderungen, die nicht gesamthaft auf das GIG abgestützt sind, die speziellen Verfahrensregeln nur dann gelten sollten, falls die Ansprüche *im Wesentlichen* in den Anwendungsbereich des GIG fallen, Rz. 6 zu Art. 12 GIG in: Aubert/Lempen, *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité*, Genf 2011; *Florence Aubry Girardin* dagegen vertritt die Ansicht, die speziellen Verfahrensregeln seien immer dann anzuwenden, wenn sich die Forderungen der klagenden Partei auch nur teilweise auf das GIG abstützen, ohne sich die Frage zu stellen, wie sie anteilmässig zur Gesamtheit der Forderungen stehen: 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: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz*, Zürich 2016, 113.

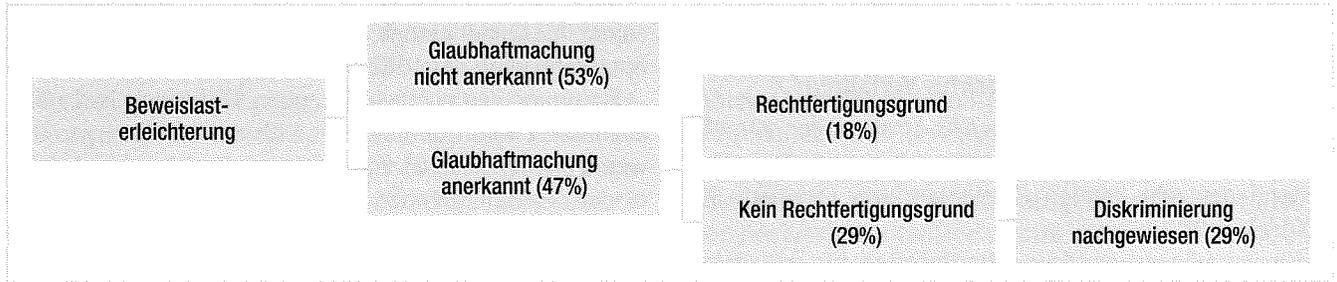
<sup>14</sup> Vgl. *Entscheid der Chambre des prud'hommes de la Cour de justice des Kt. Genf vom 13. April 2017, CAPH/64/2016, E. 2.2.*

<sup>15</sup> *Aubry Girardin* (Fn. 13) 113.

<sup>16</sup> Urteil des Genfer Tribunal des prud'hommes vom 16. Juni 2016, n° C/5866/2015–5, E. 2b; Fallzusammenfassung abrufbar auf [www.leg.ch](http://www.leg.ch) GE 16.6.2016.

<sup>17</sup> Analyse GIG 2017 (Fn. 5) 29.

<sup>18</sup> Ein ähnlicher Schluss wird in den EU-Mitgliedstaaten gezogen, vgl. *Greta Goldenmann: Comparative Study on access to justice in gender equality and anti-discrimination law*, Februar 2011, 24 f. Vgl. Art. 19 der EU-Richtlinie 2006/54, L 204/31, Neufassung vom 26. Juli 2006.

Abbildung: Beweislast erleichterung (Art. 6 GIG)<sup>19</sup>

## E. Rechtsansprüche

### 1. Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklagen

In Analogie zu Art. 28a ZGB sieht Art. 5 Abs. 1 GIG spezielle Klagemöglichkeiten für Betroffene von Diskriminierungen vor.<sup>20</sup> So können neben der Klage auf Zahlung des geschuldeten Lohns i.S.v. Art. 5 Abs. 1 lit. d GIG (vgl. nachstehend II.G.) insbesondere auch Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklagen erhoben werden. Die Letzteren stellen die einzige Klagemöglichkeit für Verbände dar (Art. 7 GIG). Die Analyse GIG 2017 zeigt allerdings, dass diese äusserst selten davon Gebrauch machen.<sup>21</sup>

### 2. Anfechtung einer Rache Kündigung und Wiedereinstellung

Gemäss Art. 10 Abs. 1 GIG ist eine Kündigung der arbeitgebenden Partei im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis anfechtbar, falls sie ohne begründeten Anlass und im Anschluss an eine innerbetriebliche Beschwerde über eine Diskriminierung oder im Anschluss an die Anrufung einer Schlichtungs- oder Gerichtsbehörde ausgesprochen wird. Dabei kann das Gericht insbesondere die Wiedereinstellung der arbeitnehmenden Partei anordnen, wenn es wahrscheinlich erscheint, dass die Voraussetzungen für die Kündigungsaufhebung erfüllt sind (Art. 10 Abs. 3 GIG). Die Analyse GIG 2017 zeigt, dass das Vorhandensein einer Rache Kündigung fast immer verneint wird. Oft kommen die Gerichte zum Schluss, die Kündigung beruhe auf einem «begründeten Anlass» (Art. 10 Abs. 1 GIG) wie z.B. auf einer Reorganisation der Unternehmen oder mangelnder Ar-

beitsleistung.<sup>22</sup> Im unter II. A. erwähnten BGE vom 31. Mai 2017 wurde eine im Anschluss an ein hängig gemachtes Schlichtungsverfahren ausgesprochene fristlose Kündigung als auf einem «wichtigen Grund» i.S.v. Art. 337 OR und demzufolge, *a fortiori*, als auf einem «begründeten Anlass» i.S.v. Art. 10 Abs. 1 GIG beruhend qualifiziert. Folglich seien die Voraussetzungen des Schutzes gegen die Rache Kündigung nicht erfüllt gewesen.<sup>23</sup>

### 3. Entschädigung infolge diskriminierender Kündigung

Art. 5 Abs. 2 GIG sieht für diskriminierende Kündigungen in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen eine Entschädigung (mit strafender und wiedergutmachender Funktion) vor, die genauso wie die Entschädigung 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).

Häufig werden Entschädigungen infolge diskriminierender Kündigung allerdings nur unter dem Blickwinkel des OR geprüft (obwohl das GIG als *lex specialis* heranzuziehen wäre).<sup>24</sup> Eine derart durchgeführte Prüfung hat zur Folge, dass die Beweislast erleichterung nach Art. 6 GIG nicht zum Tragen kommen kann (vgl. vorstehend II.D.).<sup>25</sup>

### 4. Entschädigung infolge sexueller Belästigung

Für sexuelle Belästigung sieht das GIG eine Entschädigung von maximal sechs «schweizerischen Durchschnittslöhnen» vor (Art. 5 Abs. 3 GIG i.V.m. Art. 5 Abs. 4 GIG). Als Basis für die Berechnung nehmen Gerichte in der Praxis

<sup>19</sup> Analyse GIG 2017 (Fn. 5) 24.

<sup>20</sup> Gabriela Riemer-Kafka/Jakob Ueberschlag: Rz. 11 zu Art. 5 GIG, in: Kaufmann/Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum GIG, Basel 2009.

<sup>21</sup> Analyse GIG 2017 (Fn. 5) 24.

<sup>22</sup> Analyse GIG 2017 (Fn. 5) 21.

<sup>23</sup> BGE 4A\_35/2017, E. 4.6.

<sup>24</sup> Analyse GIG 2017 (Fn. 5) 25.

<sup>25</sup> Ähnliches stellt auch die erste GIG-Evaluation fest, vgl. Bericht Evaluation GIG (Fn. 3) 3177.

hingegen den tieferen schweizerischen Medianlohn.<sup>26</sup> Sehr oft wird keine solche Entschädigung zugesprochen. Wenn eine Entschädigung zugesprochen wird, beläuft diese sich lediglich auf etwas mehr als zwei schweizerische Medianlöhne.<sup>27</sup> Zudem befassen sich Gerichte in der Deutschschweiz äusserst selten mit der Frage, ob Arbeitgebende Massnahmen getroffen haben, um die von der klagenden Partei geltend gemachte sexuelle Belästigung zu verhindern.<sup>28</sup>

### 5. Schadenersatz und Genugtuung, Kumulationen

Gemäss Art. 5 Abs. 5 GIG bleiben Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung vorbehalten. Ist die Verletzung derart schwerwiegend, dass sie mit den im GIG vorgesehenen Sonderentschädigungen nicht wiedergutmacht werden kann, kann das Gericht zusätzlich zu den Entschädigungen infolge sexueller Belästigung (Art. 5 Abs. 3 GIG) oder diskriminierender Kündigung (Art. 5 Abs. 2 GIG) eine Geldsumme zur Genugtuung zusprechen (Art. 49 OR). Das Genfer Tribunal des prud'hommes hat bspw. einer Angestellten, die infolge sexueller Übergriffe seitens ihres Vorgesetzten ein Jahr lang arbeitsunfähig war, eine Genugtuung (Art. 49 OR), eine Entschädigung wegen sexueller Belästigung (Art. 5 Abs. 3 GIG) sowie eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung (Art. 336a OR) zugesprochen.<sup>29</sup>

Gerichte machen von der Möglichkeit, diverse Entschädigungen zu kumulieren, dennoch selten Gebrauch.<sup>30</sup> Eine solch restriktive Praxis ist zum Teil auch darauf zurückzuführen, dass Verfahren nach GIG für die arbeitnehmende Partei oft ungünstig enden (vgl. untenstehend II.G).<sup>31</sup>

### F. Gerichts- und Parteikosten

In Streitigkeiten nach dem GIG werden gemäss dem Unentgeltlichkeitsgrundsatz für Verfahren auf kantonaler Ebene keine Kosten erhoben (Art. 95 Abs. 2 ZPO).<sup>32</sup> Gerichtskosten werden dennoch in 16% aller Fälle der Analyse GIG 2017 verhängt. Dies erklärt sich grundsätzlich damit, dass manche Klagen nicht ausschliesslich auf die Bestimmungen des GIG abgestützt werden.<sup>33</sup>

Der Grundsatz der Unentgeltlichkeit gilt nicht für Parteientschädigungen (Art. 95 Abs. 3 ZPO), welche der unterlegenen Partei auferlegt werden können. Die Analyse GIG 2017 zeigt, dass die Führung eines Verfahrens nach dem GIG vor einem kantonalen Gericht trotz des Kostenlosigkeitsprinzips für die arbeitnehmende Partei ein erhebliches finanzielles Risiko mit sich trägt. Gewisse Kantone wie der Kanton Genf<sup>34</sup> schliessen jedoch die Auferlegung der Parteikosten in arbeitsrechtlichen Verfahren explizit aus.

### G. Ausgang des Gerichtsverfahrens

Die Analyse GIG 2017 zeigt, dass Arbeitsverhältnisse zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung grossmehrheitlich bereits aufgelöst sind.<sup>35</sup> Zudem fällt der Entscheid in 62,5% der Fälle vollumfänglich oder mehrheitlich zu Ungunsten der arbeitnehmenden Partei aus.<sup>36</sup>

Der Vergleich nach Diskriminierungsarten zeigt, dass Verfahren infolge sexueller Belästigung sehr oft ungünstig für die arbeitnehmende Partei enden (82.8%). Dies kann damit erklärt werden, dass bei dieser Diskriminierungsart die Beweislast erleichterung (Art. 6 GIG) nicht angewendet werden kann. Allerdings tragen auch Personen, die wegen Lohndiskriminierungen klagen und somit von der Beweislast erleichterung profitieren könnten, ein erhebliches Risiko, dass ihre Klage abgewiesen wird. So fällt der Entscheid in 76.3% der Fälle mit Klagen auf Zahlung des geschuldeten Lohnes (Art. 5 Abs. 1 lit. d GIG) für die klagende Partei ungünstig aus.<sup>37</sup> Lohngleichheitsverfahren

<sup>26</sup> Der CH-Medianlohn betrug 2014 CHF 6 427.00, während sich der CH-Durchschnittslohn gemäss BFS auf CHF 7 308.00 belief.

<sup>27</sup> Analyse GIG 2017 (Fn. 5) 26.

<sup>28</sup> Bereits im Rahmen der Evaluation GIG 2005 tauchte die Frage nach betriebsinternen präventiven Massnahmen nur in einer Minderheit der Urteile auf, und selbst aus diesen ging nicht hervor, ob überhaupt ein Nachweis und, wenn ja, welcher abverlangt wurde, Bericht Evaluation GIG (Fn. 3) 3177.

<sup>29</sup> Vgl. Entscheid der Chambre des prud'hommes de la Cour de Justice des Kt. Genf vom 24. Mai 2016, CAPH/98/2016. Fallzusammenfassung abrufbar auf [www.leg.ch](http://www.leg.ch) GE 24.5.2016.

<sup>30</sup> Entschädigungen wurden nur in 3 von 190 Entscheiden kumuliert, vgl. Analyse GIG 2017 (Fn. 5) 26 f.

<sup>31</sup> Analyse GIG 2017 (Fn. 5) 26 f.

<sup>32</sup> Dies gilt sowohl für Schlichtungs- als auch für Entscheidverfahren (Art. 113 Abs. 2 lit. a und Art. 114 lit. a ZPO i.V.m. Art. 13 Abs. 5 GIG).

<sup>33</sup> Analyse GIG 2017 (Fn. 5) 27.

<sup>34</sup> Vgl. Art. 22 Abs. 2 LaCC (RS E 1 05) des Kt. Genf vom 11. Oktober 2012.

<sup>35</sup> In fast 85% der Fälle; Analyse GIG 2017 (Fn. 5) 14. Dieser Wert ist höher als bei der Evaluation in 2005. Damals bestanden zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung 1/2 bis 2/3 der Arbeitsverhältnisse nicht mehr; vgl. Bericht Evaluation GIG (Fn. 3) 3170 ff.

<sup>36</sup> Analyse GIG 2017 (Fn. 5) 29.

<sup>37</sup> Analyse GIG 2017 (Fn. 5) 29.

ziehen sich zudem i.d.R. über mehrere Jahre hin.<sup>38</sup> Besonders schwierig scheint es, indirekte Lohndiskriminierungen bzgl. *gleichwertiger Arbeit* in sog. *frauenspezifischen Berufen* nachzuweisen. So wies das Bundesgericht vor kurzem die Beschwerde einer Primarlehrerin gegen den Entscheid des Aargauer Verwaltungsgerichts mit der Begründung ab, die Vorinstanz verletze kein Bundesrecht, wenn sie eine Lohndiskriminierung der frauenspezifischen Funktion der Primarlehrperson weder als bewiesen noch als glaubhaft gemacht erachte.<sup>39</sup> Etwas später bestätigte das Bundesgericht ein Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts und wies eine Beschwerde der Berufsverbände und Einzelpersonen wegen geschlechtsbedingter Lohndiskriminierung der Kindergartenlehrkräfte ab.<sup>40</sup>

Klagen wegen diskriminierender Kündigungen scheinen dagegen häufiger von Erfolg gekrönt zu sein – sie werden in «nur» 56.8% der Fälle abgewiesen.<sup>41</sup> In diesem Zusammenhang ist nochmals darauf hinzuweisen, dass sich Gerichte in ihren Entscheiden oft nur auf die OR-Bestimmungen stützen und somit die Beweislastleichterung nicht zum Tragen kommen kann (vgl. vorstehend II.E.3). Es kann allerdings sein, dass die Gerichte bei der Gewährung von Entschädigungen weniger zurückhaltend sind, wenn diese in den allgemeinen Bestimmungen des Arbeitsrechts verankert (z.B. Art. 336a OR)<sup>42</sup>, und bei Arbeitsrichterinnen und -richtern besser bekannt sind.

Es stellt sich die Frage, ob ausschliesslich Diskriminierungsklagen nach GIG von einer relativ hohen Misserfolgsrate (62%) gekennzeichnet sind oder ob dies auch den übrigen arbeitsrechtlichen Verfahren eigen ist.<sup>43</sup> Nach unserem Kenntnisstand liegen bzgl. Ausgang der arbeitsrechtlichen kantonalen Verfahren keine Statistiken vor. Das Genfer Tribunal des prud'hommes gibt jedoch an, dass im Jahr 2015 die arbeitnehmende Partei in 93 von 237 arbeitsrechtlichen Verfahren (summarische Verfahren und GIG-Verfahren nicht inbegriffen), unterlag, bzw. in weni-

ger als 10% ihrer Forderungen obsiegt.<sup>44</sup> Dies entspricht einer Misserfolgsrate von 39.5%, welche also deutlich geringer ist, als diejenige, die bei Diskriminierungsfällen im Rahmen der Analyse GIG 2017 festgestellt wurde.

### III. Anwendung des GIG auf Diskriminierungen aufgrund sexueller Orientierung und/oder Geschlechtsidentität

Das GIG bezweckt die Förderung der tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann im Erwerbsleben (Art. 1 GIG) und statuiert im Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 das entsprechende Diskriminierungsverbot *aufgrund des Geschlechts*. Arbeitsplatzbezogene Benachteiligungen aufgrund Transidentität und/oder Homo- resp. Bisexualität der Arbeitnehmenden sind nicht explizit untersagt. Dennoch können sich, wie nachfolgend anhand neuer Entwicklungen in Lehre und Praxis gezeigt wird, auch Lesben, Schwule und Bisexuelle sowie Trans- und Intersexmenschen<sup>45</sup> (kurz: LGBTI) in Fällen von Diskriminierungen im Erwerbsleben<sup>46</sup> auf das GIG und die darin vorgesehenen Verfahrensleichterungen berufen.

#### A. Herrschende Lehre

Die Anwendbarkeit des GIG auf Diskriminierungsfälle infolge Trans- oder Inter-Seins der Betroffenen wird in der Lehre einhellig befürwortet, da diese Kategorien unmittelbar an den klassischen Geschlechtsbegriff anknüpfen.<sup>47</sup> Etwas kritischer, aber dennoch mehrheitlich bejahend äü-

<sup>38</sup> Analyse GIG 2017 (Fn. 5) 14.

<sup>39</sup> BGer 8C\_693/2016 vom 4. Juli 2017.

<sup>40</sup> BGer 8C\_696/2016 vom 19. September 2017.

<sup>41</sup> Analyse GIG 2017 (Fn. 5), 29.

<sup>42</sup> Vgl. *Aubry-Girardin* (Fn. 13) 100.

<sup>43</sup> Zum Vergleich vgl. *Michael Baumberger*: Durchsetzbarkeit eines nachvertraglichen Konkurrenzverbotes nach OR 340 ff. in der Praxis (Masterarbeit, betreut durch Prof. R. Müller), Bern 2011, 26. Hiernach sind die gestützt auf Art. 340b OR erhobenen Klagen von einer vergleichbar hohen Misserfolgsrate (64%) gekennzeichnet.

<sup>44</sup> Statistiken entstammen einer Mitteilung des Gerichts vom 7. August 2017.

<sup>45</sup> Während sich Intersex auf das uneindeutig weibliche oder männliche Genitalgeschlecht bezieht, ist von Transidentität einer Person dann die Rede, wenn das Geschlecht, dem sie sich zugehörig fühlt, nicht mit dem Geschlecht übereinstimmt, das ihr bei der Geburt aufgrund körperlicher Merkmale zugewiesen wurde, vgl. *Silvan Agius/Christa Tobler*: Trans and intersex people – discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression, EU-Kommission 2012, 12 f.

<sup>46</sup> Eine aktuelle Studie zeigt die Häufigkeit der Diskriminierungen von Homosexuellen auf dem Schweizer Arbeitsmarkt auf; vgl. *Lorena Parrini/Anouk Lloren*: Discriminations envers les homosexuel-le-s dans le monde du travail en Suisse, *Revue Travail, genre et société* n° 38, November 2017; Zur Benachteiligung von Transmenschen im Erwerbsleben vgl. *Helena Jenzer et al.*, *Transpersonen und Arbeitsmarkt in der Schweiz*, 2012.

<sup>47</sup> *Elisabeth Freivogel*, Kommentar zum GIG (Fn. 20) Art. 3 GIG, Rz. 17; *Lempen*, in: *Aubert/Lempen* (Fn. 13) Art. 3 GIG 4, Rz. 4; *Jakob Ueber-schlag*: Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts im

ssert sich die Lehre zur Anwendbarkeit des GIG bei Ungleichbehandlungen aufgrund Homo- bzw. Bisexualität der Betroffenen. So hat die Aufzählung der drei zusätzlichen Kriterien im Art. 3 Abs. 1 GIG (Zivilstand, familiäre Situation und Schwangerschaft) keinen abschliessenden Charakter und kann u.U. auch das Kriterium der *sexuellen Orientierung* umfassen<sup>48</sup>, insbesondere wenn sich Homosexuelle entgegen den gesellschaftlichen Erwartungen an ihr Geschlecht verhalten.<sup>49</sup>

LGBTI Menschen widersprechen den traditionellen sozialen Normen, die ganz bestimmte Erwartungen an typisch männliches/weibliches Erscheinungsbild und/oder Verhalten haben.<sup>50</sup> Das *Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts* zielt gerade darauf, solchen Erwartungen und Stereotypisierungen einen Riegel zu schieben.<sup>51</sup> In der juristischen Lehre wird dieses Verbot zunehmend auch als Diskriminierungsverbot infolge Abweichung von Gendernormen aufgefasst<sup>52</sup>, denn das Geschlecht kann nicht nur als genital-biologische Kategorie qualifiziert werden, sondern insbesondere auch als sozial-bedingte Erwartung an Einzelne, sich geschlechtsrollenkonform zu verhalten. Eine mit dem gesellschaftlichen Wandel einhergehende Auffassung des Geschlechtsbegriffs legitimiert demzu-

folge die Anwendung des Art. 3 GIG auch auf Fälle von Ungleichbehandlungen aufgrund sexueller Orientierung.<sup>53</sup>

## B. Praxis der Schlichtungsbehörden

Die Praxis befasst sich immer mehr mit Fragen der Ungleichbehandlungen aufgrund Geschlechtsidentität und/oder sexueller Orientierung von Arbeitnehmenden, selbst wenn nach unserem Kenntnisstand zu diesen Themen noch kein Gerichtsurteil erging. Mehrere Schlichtungsbehörden nach GIG in der Deutschschweiz behandelten entsprechende Fälle und bejahten einhellig die Anwendbarkeit des GIG. In den Schlichtungsfällen bzgl. Geschlechtsidentität ging es meistens um diskriminierende Kündigungen im Anschluss an das Coming-Out oder in Zusammenhang mit dem Geschlechtsangleichungsprozess der Arbeitnehmenden.<sup>54</sup> Fälle von Diskriminierungen aufgrund sexueller Orientierung behandelten v.a. Klagen infolge Anstellungsdiskriminierung wegen Homosexualität der Stellenbewerber.<sup>55</sup>

## IV. Entwurf des Bundesrates zur Änderung des GIG (2017)

In seiner Antwort auf die Motion 17.3613 Leutenegger Oberholzer «Mit Lohntransparenz zur Lohngleichheit» spricht sich der Bundesrat gegen eine generelle Pflicht zur Lohntransparenz in Unternehmen aus, da eine solche einen erheblichen Eingriff in die Wirtschafts- und Vertragsfreiheit darstellen würde.<sup>56</sup> Am 05. Juli 2017 unterbreitet er der Bundesversammlung hingegen die Botschaft zur Änderung des GIG<sup>57</sup>, die das Ziel verfolgt, Arbeitgebende zu verpflichten, ihre Lohnpolitik hinsichtlich des verfassungsmässigen Lohngleichheitsgrundsatzes (Art. 8 Abs. 3 BV) regelmässig zu überprüfen. Die vorge-

privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Zürich 2009, 15 f.; Irene Grohsmann in: SKMR-Bericht (Fn. 4) Teilstudie 3, LGBTI, 34 f.

<sup>48</sup> Freivogel Kommentar zum GIG (Fn. 20) Art. 3 GIG, Rz. 17; Botschaft des Bundesrates zum GIG, BBl 1993 I 1297; Vgl. auch bzgl. sexueller Belästigung unter Gleichgeschlechtlichen: Lempen, in Aubert/Lempen (Fn. 13) Art. 4 GIG, Rz. 18 sowie Claudia Kaufmann, Kommentar zum GIG (Fn. 20) Art. 4 GIG, Rz. 58; contra offenbar Ueberschlag (Fn. 47) 20.

<sup>49</sup> Lempen in Aubert/Lempen (Fn. 13) Art. 4 GIG, Rz. 18; Grohsmann (Fn. 47) 47 ff. weist allerdings auf eine Schutzlücke hin.

<sup>50</sup> Männer haben männliche Geschlechtsorgane, fühlen sich männlich, verhalten sich maskulin und begehren Frauen; Frauen haben weibliche Geschlechtsorgane, fühlen sich weiblich, verhalten sich feminin und begehren Männer; vgl. Susy Stauber-Moser/Aner Voloder: Gleichstellungsgesetz wird es noch lange brauchen, in: Dunand/Lempen/Mahon (Fn. 13) 122; Parini/Lloren (Fn. 46) 154.

<sup>51</sup> Vgl. Art. 5 des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Diskriminierung der Frau (CEDAW, SR 0.108).

<sup>52</sup> Judith Wyttenbach: Rz. 16 zu Art. 5 CEDAW, in: Schläppi/Ulrich/Wyttenbach, CEDAW-Kommentar, Bern 2015; Lempen: in Aubert/Lempen (Fn. 13) Art. 4 GIG, Rz. 3; Andrea Büchler/Michelle Cottier: Legal Gender Studies, Basel 2012, 409 ff; Laura Adamietz: Geschlecht als Erwartung, Baden-Baden 2011, 237 ff; Susanne Baer: Zur internationalen Rechtslage und denkbaren Konzeptionen von Recht gegen geschlechtsbezogene Diskriminierung, in: Lohrenscheit (Hrsg.), Sexuelle Selbstbestimmung als Menschenrecht, Baden-Baden 2009, 111; Vgl. dazu insbesondere Allg. Empfehlung des CEDAW-Ausschusses Nr. 28, CEDAW/C/GC/28 vom 16. Dezember 2010, Ziff. 5 und 18.

<sup>53</sup> Büchler u. Cottier (Fn. 52) stellen fest, dass die Berufung auf den Diskriminierungsschutz aufgrund des Geschlechts in Fällen von Ungleichbehandlungen wegen sexueller Orientierung oder Geschlechtsidentität v.a. dann vonnöten ist, wenn explizite Normen gegen diese Diskriminierungsarten fehlen.

<sup>54</sup> Fallzusammenfassungen auf [www.gleichstellungsgesetz.ch](http://www.gleichstellungsgesetz.ch): AG 39, AG 53, BE 83, TG 17, ZH 165; vgl. zudem auch Fall ZH 226, in dem es um den Gebrauch des neuen Vornamens einer Transfrau ging.

<sup>55</sup> Fallzusammenfassungen auf [www.gleichstellungsgesetz.ch](http://www.gleichstellungsgesetz.ch); AG 46 u. ZH 71; vgl. auch Fall ZH 218 in dem Diskriminierung wegen Homosexualität in einem bestehenden Arbeitsverhältnis geltend gemacht wurde.

<sup>56</sup> Stellungnahme des Bundesrates vom 30. August 2017.

<sup>57</sup> BBl 2017 5553.

schlagene Regelung ruht auf drei Pfeilern: Lohngleichheitsanalyse, Überprüfung der Analyse und Information über die Ergebnisse.<sup>58</sup>

### A. Lohngleichheitsanalyse

Der Bundesrat schlägt vor, öffentlich- und privatrechtliche Arbeitgebende mit mindestens 50 Angestellten zu verpflichten, alle vier Jahre eine betriebsinterne Lohnanalyse durchzuführen.<sup>59</sup> Die Schwelle von 50 Personen knüpft an Art. 3 des Mitwirkungsgesetzes an, nach dem in Betrieben mit mindestens 50 Arbeitnehmenden diese Vertretungen aus ihrer Mitte bestellen können.<sup>60</sup> Zu beachten ist, dass im Entwurf die Rede von Unternehmen ist, die 50 oder mehr Arbeitnehmende «beschäftigen» und nicht «in der Regel» oder «üblicherweise beschäftigen», wie dies in den Bestimmungen bzgl. Massenentlassung (Art. 335d bzw. Art. 335i Abs. 1 lit. a OR) der Fall ist. Dies spricht dafür, dass in die Analyse auch die Löhne von Temporärangestellten einfließen müssten. Im Übrigen präzisiert die Botschaft, dass Arbeitgebende «die tatsächlich ausbezahlten Löhne aller Arbeitnehmenden analysieren» müssten.<sup>61</sup>

Gemäss Revisionsentwurf ist die Lohnanalyse nach einer wissenschaftlichen und rechtskonformen Methode durchzuführen.<sup>62</sup> Der Bund stellt ein Standard-Analysemodell zur Verfügung, das zurzeit bei Kontrollen der Einhaltung der Lohngleichheit im öffentlichen Beschaffungswesen verwendet wird.<sup>63</sup> Arbeitgebenden steht es jedoch frei, eine andere objektive und nichtdiskriminierende Methode anzuwenden.<sup>64</sup>

### B. Überprüfung

Arbeitgebende, die dem OR unterstehen, lassen ihre Analyse gemäss Revisionsentwurf von einer unabhängigen Stelle überprüfen.<sup>65</sup> Unternehmen, die ein Standard-Analysemodell des Bundes verwendet haben, können dies ei-

nem Revisionsunternehmen i.S. des RAG anvertrauen<sup>66</sup>, das in Folge sicherstellt, ob die Analyse formell korrekt durchgeführt wurde.<sup>67</sup> Die übrigen Unternehmen beauftragen für die Überprüfung eine anerkannte Lohngleichheitsfachperson<sup>68</sup> oder ziehen entweder eine Gewerkschaft oder eine betriebsinterne Arbeitnehmervertretung i.S. des Mitwirkungsgesetzes bei.<sup>69</sup> Dabei wird das Verbandsklagerecht nach Art. 7 GIG «von Gesetzes wegen nicht eingeschränkt». Die Frage, ob die beigezogene Gewerkschaft während der Analyse und deren Überprüfung ihr Klagerecht wahrnehmen kann, kann in einer Vereinbarung zwischen den Sozialpartnerinnen und -partnern geregelt werden.<sup>70</sup>

### C. Information über die Ergebnisse und Klageanreize

Gemäss Revisionsentwurf informieren Arbeitgebende ihre Belegschaft bis spätestens ein Jahr nach Abschluss der Überprüfung schriftlich über das Ergebnis der Lohngleichheitsanalyse.<sup>71</sup> Börsenkotierte Gesellschaften veröffentlichen das entsprechende Ergebnis im Anhang der Jahresrechnung (Art. 959c Abs. 1 Ziff. 4 OR).<sup>72</sup>

Die Botschaft des Bundesrates hebt hervor, dass die Analyse aufzeigt, ob eine systematische Lohndiskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliegt. Die Ergebnisse geben keine Auskunft über die individuelle Situation der Arbeitnehmenden.<sup>73</sup> Es kann vorkommen, dass in Einzelfällen eine Lohndiskriminierung vorliegt, obwohl die Lohnanalyse keine systematische Ungleichbehandlung festgestellt hat. Gegen individuelle Lohndiskriminierungen kann weiterhin mit Lohnklagen nach dem GIG vorgegangen werden.<sup>74</sup> Das Ergebnis der Lohnanalyse kann deshalb lediglich ein Indiz für die Glaubhaftmachung von individuellen Lohndiskriminierungen (Klage auf Zahlung des geschuldeten Lohnes i.S.v. Art. 5 Abs. 1 lit. d GIG) darstellen, welches widerlegt werden kann.<sup>75</sup>

<sup>58</sup> BBl 2017 5520.

<sup>59</sup> Art. 13a E-GIG.

<sup>60</sup> Mitwirkungsgesetz (SR 822.14). Vgl. auch Art. 3 der Richtlinie 2002/14/EG des EU-Parlaments und des Rates vom 11. März 2002.

<sup>61</sup> BBl 2017 5539 (kursiv durch die Autorin und den Autor eingefügt).

<sup>62</sup> Art. 13c E-GIG.

<sup>63</sup> Art. 8 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 BöB (SR 172.056.1). Vgl. dazu: *Oliver Schröter/Claudio Marti*: Lohngleichheitskontrollen im Beschaffungswesen des Bundes, in: Dunand/Lempen/Mahon (Fn. 13) 239 ff.

<sup>64</sup> BBl 2017 5525.

<sup>65</sup> Art. 13d E-GIG.

<sup>66</sup> Revisionsaufsichtsgesetz vom 16. Dezember 2005 (RAG), SR 221.302.

<sup>67</sup> Art. 13d Abs. 1 lit. a und Art. 13e E-GIG; BBl 2017 5544.

<sup>68</sup> Art. 13d Abs. 1 lit. b und Art. 13f E-GIG.

<sup>69</sup> Art. 13d Abs. 1 lit. c und Art. 13g E-GIG; BBl 2017 5543–5545.

<sup>70</sup> BBl 2017 5545.

<sup>71</sup> Art. 13h E-GIG.

<sup>72</sup> Art. 13i E-GIG.

<sup>73</sup> Die Information der Arbeitgebenden wird «keine Angaben enthalten, die im Einzelfall aussagekräftig sind»; BBl 2017 5522.

<sup>74</sup> BBl 2017 5520.

<sup>75</sup> BBl 2017 5541, 5545 f.

## D. In Richtung mehr Lohntransparenz

Der Entwurf des Bundesrates spiegelt die Bestrebungen verschiedener EU-Mitgliedstaaten wider, gesetzgeberisch für mehr Lohntransparenz zu sorgen und somit die Umsetzung des Lohngleichheitsgrundsatzes voranzutreiben.<sup>76</sup> Österreich, Belgien, Dänemark, Frankreich und Italien haben gemäss Empfehlung 2014/124/EU der EU-Kommission<sup>77</sup> die sog. Pflicht zur «Berichterstattung über das Entgelt» eingeführt.<sup>78</sup> Der Entwurf des Bundesrates sieht jedoch, im Gegensatz zur Regelung in Belgien bspw.,<sup>79</sup> keinerlei Sanktionen vor, falls ein Unternehmen die Lohngleichheitsanalyse nicht durchführt. Aufgrund der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens zum Vorentwurf, verzichtete der Bundesrat auf die Eintragung säumiger Unternehmen in eine öffentlich zugängliche Liste<sup>80</sup>, wie dies im Bereich der Bekämpfung der Schwarzarbeit gehandhabt wird (Art. 13 Abs. 3 BGSA). Der Entwurf sieht ebenso wenig eine Verpflichtung für Unternehmen vor, sich einer staatlichen Lohngleichheitskontrolle zu unterziehen, wie das bspw. in Island eingeführt wurde.<sup>81</sup> Selbst wenn also der Revisionsentwurf einen wichtigen Schritt hin zu mehr Transparenz und somit auch zur Durchsetzung des Lohngleichheitsgrundsatzes darstellt, würde seine Annahme wenig an der Tatsache ändern, dass die Hauptlast einer Klage auf Zahlung des geschuldeten Lohnes (Art. 5 Abs. 1 lit. d GIG) weiterhin ausschliesslich auf Schultern der von Diskriminierung betroffenen Einzelpersonen liegt.

## V. Schlussbemerkungen

Beinahe 22 Jahre nach dem Inkrafttreten des GIG lassen sich sowohl besorgniserregende als auch erfreuliche Entwicklungen in der Anwendung dieses Gesetzes feststellen. So zeigen die herrschende Lehre und Praxis der Schlich-

tungsbehörden, dass der Begriff der *Geschlechterdiskriminierung* einhergehend mit dem gesellschaftlichen Wandel heute breiter aufgefasst wird. Betroffene von Ungleichbehandlungen aufgrund Intergeschlechtlichkeit, Geschlechtsidentität und/oder sexueller Orientierung können sich auch auf den Diskriminierungsschutz in Art. 3 GIG und somit auf die entsprechenden Verfahrenserleichterungen berufen.

Es ist dagegen beunruhigend, dass Kündigungen oft in Verbindung mit Mutterschaft ausgesprochen werden, solche Diskriminierungsfälle häufig nicht als solche erkannt und folglich nur unter dem Blickwinkel des OR abgehandelt werden, was einerseits die Anwendung der Beweislast-erleichterung (Art. 6 GIG) und andererseits die Anordnung der Wiedereinstellung (Art. 10 Abs. 3 GIG) verunmöglicht. Es ist daher wichtig, dass insbesondere Anwältinnen und Anwälte sowie Gerichtsbehörden auf die Spezifitäten der im GIG verankerten Rechtsansprüche weiterhin aufmerksam gemacht werden.

Des Weiteren ist es insbesondere bei der Entlohnung nicht einfach, Indizien für eine Diskriminierung zu erbringen, zumal in diesem Bereich wenig Transparenz herrscht. Die vorgesehene GIG-Revision bringt für Betroffene von Lohndiskriminierungen praktisch wenig Entlastung, da das Einfordern des verfassungsmässigen Lohngleichheitsanspruchs nach wie vor in ihrer eigenen Verantwortung verbleibt, selbst wenn die Revision *im Grundsatz* einen Schritt in Richtung Durchsetzung des Lohngleichheitsprinzips bedeutet.

Aber auch Klagen wegen sexueller Belästigung sind von einer hohen Misserfolgsquote gekennzeichnet. Dies ist vor allem darauf zurückzuführen, dass bei dieser Diskriminierungsart die Anwendung der Beweislast-erleichterung ausgeschlossen ist und die Gerichte sexuelle Belästigung deshalb oft als nicht erwiesen qualifizieren. Es ist nochmals zu prüfen, ob der Anwendungsbereich des Art. 6 GIG auch hinsichtlich sexueller Belästigung ausgedehnt werden sollte. Es besteht nämlich die Gefahr, dass Betroffene das Vertrauen in die Justiz verlieren und sich Wiedergutmachung in einer anderen Form verschaffen, wie in den vergangenen Monaten die Bewegung #MeToo in den sozialen Netzwerken zeigte.

<sup>76</sup> Vgl. dazu den rechtsvergleichenden Überblick in der Botschaft des Bundesrates; BBl 2017 5534–5538.

<sup>77</sup> Empfehlung vom 7. März 2014 zur Stärkung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Frauen und Männer durch Transparenz, Fassung gemäss ABl. L 69/112 vom 8. März 2014, § 4.

<sup>78</sup> *Albertine Veldman: Pay transparency in the EU, A legal analysis of the situation in the EU Member States, Iceland, Lichtenstein and Norway*, EU-Kommission, Brüssel 2017, 17 f. und 27–31.

<sup>79</sup> *Loi visant à lutter contre l'écart salarial entre hommes et femmes* vom 22. April 2012, Art 7. Vgl. auch *Veldman* (Fn. 78) Anhang 1, 65.

<sup>80</sup> BBl 2017 5521.

<sup>81</sup> BBl 2017 5535.