

## Tücken in der Anwendung des Gleichstellungsgesetzes<sup>1</sup>

### Inhaltsübersicht:

1. Einleitung
2. Das Beweisverfahren
  - 2.1 Untersuchungsmaxime
  - 2.2 Beweislasterleichterung
    - 2.2.1 Grundsätzliches
    - 2.2.2 Glaubhaftmachung
    - 2.2.3 Rechtfertigungsgründe
3. Lohngleichheit
4. Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz
5. Kündigung und Kündigungsschutz

### 1. Einleitung

Im Rahmen der umfassenden Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes (GIG) wurden sämtliche Entscheide zum GIG aller Instanzen der Kantone Graubünden, Schwyz, Waadt und Zürich inklusive die zugehörigen Bundesgerichtsentscheide auch inhaltsanalytisch ausgewertet. Es handelt sich dabei um *42 % der gesamtschweizerisch erhobenen Urteile zum GIG*. Aufgrund dieser Analyse der konkreten Rechtsanwendung und gerichtlichen Fallbeurteilung sind erhebliche Mängel bei der Umsetzung und Anwendung des Gleichstellungsgesetzes zu Tage getreten. Nachfolgend wird eine Auswahl der Ergebnisse zusammengefasst dargestellt.

### 2. Das Beweisverfahren

#### 2.1 Untersuchungsmaxime

Die gemäss Gleichstellungsgesetz überall geltende Untersuchungsmaxime wird nur in in einem Drittel der Zivilrechtsfälle vom Gericht überhaupt angesprochen und führt kaum je zu einer eigenständigen Beweiserhebung. Bei sexueller Belästigung wird vergessen, dass die Untersuchungsmaxime trotz fehlender Beweiserleichterung gilt.

#### 2.2 Beweislasterleichterung

##### 2.2.1 Grundsätzliches

Bei Anwendbarkeit von Art. 6 GIG ist das Beweisverfahren *zweistufig* abzuwickeln : Zuerst ist über die Glaubhaftmachung zu entscheiden. Falls die Glaubhaftmachung der Diskriminierung der klagenden Partei nicht gelingt, ist die Klage direkt abzuweisen. Falls der klagenden Partei die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung

---

<sup>1</sup> Auszug aus dem Artikel, der in der AJP 11/2006 erscheinen wird

gelingt, kommt die zweite Stufe des Beweisverfahrens zum Tragen: Dann ist darüber zu befinden, ob die beklagte Partei mit strengem Beweis (Vollbeweis, Beweismass des Hauptbeweises, denn für die beklagte Partei gilt keine Beweiserleichterung) Nichtdiskriminierung nachweisen kann. Wenn dies der beklagten Partei nicht gelingt, ist die Klage gutzuheissen. Den Gegenbeweis der Nichtdiskriminierung kann die beklagte Partei auf zwei Arten erbringen: Entweder erbringt sie den *Entlastungsbeweis*, das heisst, sie weist nach, dass die behaupteten Tatsachen in Wirklichkeit nicht zutreffen und gar keine Ungleichbehandlung vorliegt (bspw. indem sie beweist, dass die männlichen Arbeitskollegen gar keinen höheren Lohn erhalten), oder sie erbringt den *Rechtfertigungsbeweis*, das heisst den Beweis, dass für eine tatsächlich gegebene (direkte oder indirekte) ungleiche Behandlung *rechtsgenügli- che Rechtfertigungsgründe* gegeben sind und die von ihr getroffene Massnahme deshalb nicht rechtswidrig ist.

In nicht einmal einem Drittel der Urteile (29%) wurde klar und erkenntlich in diesem Sinne 2-stufig vorgegangen. In über zwei Drittel der Urteile werden entweder die zwei Stufen gar nicht unterschieden oder sie zeigen eine erhebliche Vermischung der beiden Ebenen mit entsprechender Unübersichtlichkeit und schlechter Nachvollziehbarkeit der Argumentation. In nicht einmal jedem fünften Urteil wurde klar unterschieden zwischen dem Entlastungsbeweis und dem Rechtfertigungsbeweis. Nur in nicht ganz einem Drittel der Urteile wurde bezüglich Nachweis der Nichtdiskriminierung das Beweismass des Vollbeweises (Hauptbeweis) verlangt.

### **2.2.2 Glaubhaftmachung**

Das notwendige Mass der Glaubhaftmachung wird in den analysierten Urteilen höchst unterschiedlich umschrieben:

Von "einer gewissen Wahrscheinlichkeit, die auch unter 50% liegen kann"; über "Diskriminierung muss wahrscheinlicher sein als Nichtdiskriminierung"; oder "verlangt wird ein hoher Grad der Wahrscheinlichkeit"; bis zu "Diskriminierung muss als höchstwahrscheinlich erscheinen"; und schliesslich hin zur richterlichen Ansicht, dass die Klägerin voll beweisen müsse, welche Massnahmen der Arbeitgeber umgesetzt hat und sich die Beweiserleichterung nur auf deren Auswirkungen beziehe, bezüglich derer die Klägerin darzulegen habe, dass sie mit hoher Wahrscheinlichkeit einzig aus dem Willen des Arbeitgebers folgen, die Klägerin ungleich zu behandeln, weil sie eine Frau ist; oder dass die Klägerin nachzuweisen habe, dass der Arbeitgeber eine sexistische Personalpolitik verfolge, findet sich alles.

Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung werden je nach urteilendem Gericht somit höchst unterschiedlich definiert. Insbesondere auf erstinstanzlicher Ebene unterscheiden sich diese Anforderungen zum Teil kaum vom Vollbeweis. Es kommt sogar vor, dass der Nachweis der Diskriminierungsabsicht verlangt wird. Insgesamt gesehen sind allerdings von den oberen Gerichten mittlerweile die Anforderungen an die Glaubhaftmachung klargestellt und einheitlich definiert worden: eine gewisse Wahrscheinlichkeit der Diskriminierung, die aber auch geringer als 50% sein kann, muss gegeben sein. Teilweise kann nachverfolgt werden, wie dies auf die unteren Gerichte durchschlägt, wenn sie nach früherer Zurechtweisung durch das Bundesgericht in einem nachfolgenden Urteil die andere Definition übernehmen.

### 2.2.3 Rechtfertigungsgründe

Theoretisch und dogmatisch gesehen ist bezüglich Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe zu unterscheiden, ob es sich um direkte Diskriminierung oder um indirekte Diskriminierung handelt. Direkte Ungleichbehandlung im Arbeitsverhältnis ist höchstens dann zulässig, wenn das Geschlecht selbst zwingend ein wesentliches Merkmal für die Ausübung der Tätigkeit ist (wie bezüglich Anstellung und Beschäftigung von Sängern oder Sängerinnen, Schauspielern oder Schauspielerinnen, Models). Bei indirekter Diskriminierung hingegen müssen die nachteiligen Auswirkungen einer neutralen Massnahme zuungunsten eines Geschlechts unter Umständen dann hingenommen werden, wenn die beklagte Partei beweist, dass sie mit der in Frage stehenden Massnahme ein gerechtfertigtes und geschäftsnotwendiges Ziel verfolgt, dass die Massnahme zu dessen Erreichung erforderlich und geeignet ist und es ihr unzumutbar ist, auf die Massnahme zu verzichten und einen Weg mit weniger geschlechtsspezifisch nachteiligen Auswirkungen zu beschreiten.

Auch die Anforderungen an Rechtfertigungsgründe werden in den Urteilen sehr verschieden umschrieben: Die einen Gerichte verlangen nur, dass Unterschiede durch haltbare, sachlich begründbare Überlegungen erklärbar sind; andere begnügen sich mit "einfach objektiven Gründen" (ohne weitere Definition); oder mit "sachlichen Gründen" (ohne weitere Definition); wieder andere Gerichte hängen eine exemplarische Aufzählung an und verlangen "objektive Gründe wie Ausbildung, Qualifikation, Erfahrung, Alter, konjunkturelle Lage etc."; vor allem obere Gerichte wiederum lassen erkennen, dass *nicht jeder objektive Grund als Rechtfertigung genügt*, sondern zusätzliche Anforderungen wie folgt zu erfüllen sind: *objektive Gründe (wie Ausbildung, Qualifikation, Erfahrung, Leistung etc.) rechtfertigen eine Lohndifferenz, sofern sie sehr wichtig für die Ausführung der konkreten Tätigkeit und die Bildung des Lohnes sind und sofern sie alle Löhne des Arbeitgebers tatsächlich beeinflussen*; oder Gerichte befassen sich mit einem spezifischen objektiven Grund wie der konjunkturellen Lage und präzisieren weitere Bedingungen wie folgt: objektive Gründe wie die konjunkturelle Lage können nur vorübergehend einen Rechtfertigungsgrund für eine Lohndifferenz bilden und nur, soweit deren Einbezug mit einem realen Bedarf des Betriebes korreliert. Zudem wird wiederholt festgehalten, dass bei inkonsequenter (ungleicher) Anwendung zugelassener objektiver Kriterien trotzdem Diskriminierung vorliegt.

Schliesslich findet sich auch die (grundsätzlich andere) Definition, dass eine Massnahme mit ungleicher Auswirkung dann zulässig sei, wenn das Kriterium, an das angeknüpft wird, ein objektiv gerechtfertigtes Ziel verfolgt und zu dessen Erreichung notwendig ist, und kein weniger diskriminierendes Mittel zu Verfügung steht oder es nicht zumutbar ist, begleitende Massnahmen zur Reduzierung des diskriminierenden Effektes zu ergreifen.

### 3. Lohngleichheit

Die obigen Ausführungen treffen auch für die Verfahren betreffend Lohngleichheit zu. Insbesondere herrscht auch hier wenig Klarheit bezüglich der Anforderungen an die

Rechtfertigungsgründe für Lohndifferenzen. Wiederum akzeptieren jedenfalls die unteren zivilrechtlichen Instanzen praktisch jeden auf den ersten Blick sachlichen Grund für eine Lohndifferenz als Rechtfertigung. Die differenziertere Rechtsprechung der oberen Instanzen definiert die Anforderungen an Rechtfertigungsgründe für Lohndifferenzen zusammengefasst wie folgt: Generell können objektive Gründe eine Lohndifferenz nur dann rechtfertigen, wenn sie tatsächlich eine wichtige Rolle für die Ausübung der Tätigkeit spielen und die Löhne oder andere Arbeitsbedingungen des Arbeitgebers wirklich beeinflussen. Werden geschlechtsneutrale, objektive Kriterien, die grundsätzlich zulässig sind, in einem Unternehmen inkonsequent zum Nachteil eines Geschlechts angewandt, so liegt trotz "neutraler objektiver Kriterien" Geschlechterdiskriminierung vor.

Speziell im Bereich der Lohngleichheit bleibt die Anwendung der aus den Präjudizien stammenden (und in den Urteilen der konkreten Fallabhandlung vorangestellten) Definitionen auf den konkreten Fall sehr häufig unklar. Die Diskrepanz zwischen Theorie und Umsetzung einerseits sowie die verschiedenen Auffassungen bezüglich Glaubhaftmachung und Anforderungen an Rechtfertigungsgründe zeigen sich generell gesehen bei den Lohndiskriminierungsfällen besonders deutlich.

In rund der Hälfte der Fälle wird (teilweise entgegen einem entsprechenden Antrag) ohne Gutachtenerstellung entschieden, wobei es sich dabei überwiegend um Einzelklagen von Frauen handelt, die bei im Wesentlichen gleicher oder jedenfalls sehr ähnlicher Arbeit und Position weniger Lohn als männliche Kollegen erhalten. Die Gerichte vergleichen dann selbst Tätigkeit, Ausbildung, Erfahrung, Dienstalter, Entscheidungsbefugnisse, Verantwortung etc. In der anderen Hälfte der Fälle wurde ein gerichtliches Gutachten eingeholt. Gut die Hälfte der Lohngleichheitsverfahren sind (häufig nach Durchlaufen mehrerer gerichtlicher Instanzen) erfolgreich in dem Sinne, dass die Rechtsbegehren zumindest teilweise gutgeheissen wurden.

#### **4. Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz**

Die *volle Beweislast* aufseiten der klagenden Partei bezüglich Tat wird in den Urteilen immer klargestellt, hingegen taucht die Frage nach *präventiven Massnahmen* des Arbeitgebers nur in einer Minderheit der Urteile auf und selbst aus diesen geht nicht hervor, ob überhaupt und welcher Nachweis dem Arbeitgeber diesbezüglich abverlangt wird. Die Anwendung der Untersuchungsmaxime wurde in einem Fall explizit verweigert und erscheint generell nicht sichergestellt.

Die *Qualität der erstinstanzlichen Urteile* in diesem Bereich ist *sehr unterschiedlich*. Klare Schwierigkeiten der Gerichte (und auch der Rechtsvertretungen) sind erkennbar, wenn neben der sexuellen Belästigung auch die *Kündigung* Prozessthema ist oder sein sollte. Die *Untersuchungsmaxime* wird nicht umgesetzt, die *Beweislasterleichterung bezüglich Kündigungszusammenhang* nicht angewandt (meist wird gar nicht erkannt, dass hier die Beweislasterleichterung gilt) und die Kündigung nicht unter dem Blickwinkel des Gleichstellungsgesetzes abgehandelt (sondern einzig nach Obligationenrecht mit entsprechend anderer Beweislasterverteilung). Folgerichtig werden die *Entschädigungsmöglichkeiten des Gleichstellungsgesetzes übersehen* (auch von den Anwältinnen und Anwälten). Bei diesen kombinierten Fällen von sexueller Belästigung und Kündigung ist zudem eine grosse Unsicherheit bezüglich der verschiedenen Entschädigungen nach

Gleichstellungsgesetz<sup>2</sup> sichtbar. Es werden kaum mehrere Entschädigungen geltend gemacht und offensichtlich ist weder den Rechtsvertretungen noch den Gerichten klar, welche Ansprüche auf welcher Entschädigungsgrundlage kumulativ geltend zu machen und zuzusprechen wären und welches die jeweiligen (eben unterschiedlichen) Beweiserfordernisse sind.

## 5. Kündigung und Kündigungsschutz

Bezüglich diskriminierender Kündigung und Rache Kündigung herrscht generell (bei Anwältinnen und Anwälten wie bei den Gerichten) *grosse Unklarheit*. Oft werden sie nicht als solche erkannt mit der Folge, dass ausschliesslich das Obligationenrecht zur Anwendung gelangt (rechtsmissbräuchliche Kündigung) mit den entsprechend anderen Rechtsgrundlagen und ganz anderen (strengerem) Anforderungen an den Beweis sowie der Folge, dass der speziell geschaffene *Kündigungsschutz bei Rache Kündigung* zum vorneherein nicht greifen kann, da er gar nicht ins Blickfeld gerät. Selbst wenn eine Kündigung nach Gleichstellungsgesetz abgehandelt wird, wird häufig übersehen, dass die *Untersuchungsmaxime* und vor allem auch die *Beweislasterleichterung* gilt. Besonders (aber nicht nur) in *kombinierten Fällen von sexueller Belästigung und Kündigung* wird regelmässig übersehen, dass bezüglich der Kündigungsfrage die Beweislasterleichterung gilt.

Der *spezielle Kündigungsschutz des Gleichstellungsgesetzes* mit der Möglichkeit der *Anfechtung der Kündigung* und der gerichtlichen *Wiedereinstellung* hat (noch) nicht die Chance erhalten, überhaupt zum Tragen zu kommen, weil seitens der Rechtskundigen nicht die entsprechenden Bestimmungen des Gleichstellungsgesetzes angerufen und angewandt oder auch nur konkret abgehandelt werden, sondern deren Blickfeld bis anhin noch auf die Möglichkeiten des Obligationenrechts beschränkt geblieben ist.

---

<sup>2</sup> vgl. dazu das Grundsatzurteil des Zürcher Arbeitsgerichts, FN 9.