Die Anstellung im Umfeld des Geschlechtergleichheitskontexts

Dr. iur. Jakob Ueberschlag

Inhaltsübersicht

1. Segregation des Arbeitsmarktes
2. Stellenausschreibungen
2.1 Grundsatz
2.2 Fehlende gesetzliche Rahmenbedingungen im Gleichstellungsgesetz
2.3 Empirische Untersuchung von Stellenausschreibungen
2.4 Regelung de lege ferenda
3. Beispiele für die Zulässigkeit von Reservationen von Arbeitsplätzen für Angehörige eines Geschlechts
3.1 Unabdingbarkeit des Geschlechts i.e.S.
3.1.1 Biologische bzw. physische Notwendigkeit
3.1.2 Authentizitätswahrung
3.1.3 Gesetzliche Beschäftigungsverbote
3.2 Unabdingbarkeit des Geschlechts i.w.S.
3.2.1 Berücksichtigung des gegengeschlechtlichen Schamgefühls
3.2.2 Legitime öffentliche Interessen bzw. zwingender Drittschutz
3.2.3 Rücksicht auf Vorurteile bzw. subjektive Erwartungen Dritter
3.2.4 Tendenzschutz
3.2.5 Keine Unabdingbarkeit des Geschlechts: Fälle «statistischer Diskriminierung»
4. Probleme bei der Geltendmachung von Ansprüchen wegen einer diskriminierenden Nichtanstellung
4.1 Keine Anwendbarkeit der Beweislasterleichterung i.S.v. Art. 6 GlG
4.2 Höhe der Entschädigung
4.3 Mögliche Regelung de lege ferenda
5. Ausgewählte Praxisbeispiele ab 2017 zu finden auf www.gleichstellungsgesetz.ch

1. Segregation des Arbeitsmarktes

Trotz des seit 42 Jahren in der Verfassung und nunmehr 27 Jahren im Gleichstellungsgesetz verankerten Geschlechterdiskriminierungsverbots, der gestiegenen Frauenerwerbsquote und des sich laufend annähernden Ausbildungsniveaus[1] ist der Arbeitsmarkt in der Schweiz nach wie vor stark horizontal wie vertikal segregiert:

– Zum einen verteilen sich die Angehörigen der beiden Geschlechter signifikant unterschiedlich auf die verschiedenen Berufsgruppen. Zu den von Frauen dominierten Berufen, welche sich gleichsam durch tendenziell geringere Verdienst- und Aufstiegsmöglichkeiten auszeichnen, gehören die Gruppe der Gesundheits- und Lehrberufe, Wissenschaftler (Frauenanteil: 69.5 %[2]) sowie jene des Gastgewerbes und der persönlichen Dienstleistungen (Frauenanteil: 66.4 %[3]). Hingegen sind Berufe im Bau-/Ausbaugewerbe und Bergbau (Männeranteil: 97.6 %[4]), technische Berufe, Informatikberufe (Männeranteil: 84.8 %[5]), Berufe in Industrie und Gewerbe (ohne Bau; Männeranteil: 75.7 %[6]) sowie Berufe in Land- und Forstwirtschaft (Männeranteil: 67.1 %[7]) klassische Männerdomänen. Im Jahr 2019 hätten 31.4 % aller er-

[1] Gemäss den Zahlen der SAKE für das 2. Quartal des Jahres 2023 machen die Frauenanteile auf der Sekundarstufe I 47.8 % (2009: 53.3 %), der Sekundarstufe II 48.7 % (2009: 50.2 %) und der Tertiärstufe 44.65 % (2009: 36.4 %) aus; Quelle: Eigene Berechnung aus den Zahlen der Tabelle je-d-03.02.01.17, Ausbildungsstufen der Vollzeit- und Teilzeiterwerbstätigen nach Geschlecht, Nationalität, Altersgruppen, Familientyp 1996–2023, www.bfs.admin.ch.

[2] 2009 betrug dieser Anteil 68.1 %.

[3] 2009 betrug dieser Anteil 70.8 %.

[4] 2009 betrug dieser Anteil 96.2 %.

[5] 2009 betrug dieser Anteil 88.6 %.

[6] 2009 betrug dieser Anteil 75.7 %.

[7] 2009 betrug dieser Anteil 68.6 %.

werbstätigen Männer bzw. 34.1 % aller erwerbstätigen Frauen in eine gegengeschlechtlich dominierte Berufsgruppe wechseln müssen, um eine gleichmässige Verteilung der Geschlechter auf die verschiedenen Berufsgruppen zu erreichen und damit der horizontalen Segregation entgegenzuwirken.[8]

– Zum anderen ist eine beträchtliche Divergenz hinsichtlich der Geschlechteranteile auf den beruflichen Hierarchiestufen (vertikale Segregation) festzustellen. Im 2. Quartal 2023 betrug der Frauenanteil an Arbeitnehmenden in der Unternehmensleitung gerade einmal 31.8 %[9], während dieser für Positionen mit bzw. ohne Vorgesetztenfunktion bei 38.9 %[10] bzw. 53.15 %[11] lag.[12]

Seit geraumer Zeit ist das Phänomen des segregierten Arbeitsmarktes Gegenstand sozialwissenschaftlicher Untersuchungen. Mittlerweile herrscht Einigkeit darüber, dass die Segregation sich lediglich teilweise auf geschlechtsspezifisch divergierende Präferenzen bezüglich der Berufswahl bzw. der gesteckten beruflichen Ziele erklären lässt, hingegen nicht gänzlich darauf zurückgeführt werden kann.[13] Vielmehr spielen gleichsam stereotype Vorstellungen über die mit der Geschlechtszugehörigkeit vermeintlich verknüpften Fähigkeiten und Verhaltensweisen eine zentrale Rolle. Während Männer mit einer grösseren Durchsetzungsfähigkeit, Konkurrenzorientierung, höheren Körperkraft sowie einem ausgeprägteren technischen Verständnis assoziiert und als Garanten für eine kontinuierliche, vollzeitliche Erwerbstätigkeit begriffen werden, unterstellt man Frauen oftmals stärkere soziale Orientierung, höheres Arbeitstempo, Monotonieresistenz und rechnet aufgrund von familienbedingten Erwerbsunterbrüchen mit verminderter Betriebstreue.[14]

2. Stellenausschreibungen

2.1 Grundsatz

Stellenausschreibungen nehmen eine Brückenfunktion wahr, indem sie die Arbeitgebenden und Arbeitsuchenden auf dem Arbeitsmarkt zusammenführen. Den Stellensuchenden bieten sie die Möglichkeit, sich über das Angebot offener Stellen zu informieren und einen auf sie in fachlicher und persönlicher Hinsicht zugeschnittenen Arbeitsplatz zu finden. Den Arbeitgebenden dienen Ausschreibungen der Personalrekrutierung und damit dazu, möglichst viele für ihr Unternehmen geeignete Personen anzusprechen und zu motivieren, sich um die ausgeschriebene Stelle zu bewerben.

Um den Kreis der für eine zu besetzende Stelle in Betracht kommenden Personen einzuschränken, werden die gewünschten Eigenschaften in Ausschreibungen kommuniziert. Nicht zuletzt wegen der Kosten, welche ein weites Bewerberfeld im Selektionsverfahren verursacht,[15] sollen als ungeeignet empfundene Personen erst gar nicht ermutigt werden, sich zu bewerben. Wird dieser Kreis explizit, eindeutig erkennbar oder auch bloss unterschwellig auf Personen eines be-

---

[8] Eigene Berechnung aus den Zahlen der SAKE für das 2. Quartal des Jahres 2019, vgl. Tabelle je-d-03.02.01.22, Berufsabteilungen SBN 2000 nach Geschlecht, Nationalität, Altersgruppen, Familientyp 2002–2019, www.bfs.admin.ch. Im Jahr 2019 wurde die SBN 2000 von der Berufsnomenklatur CH-ISCO-19 abgelöst. Die neue Einteilung der Berufsgruppen ist für die Auswertung der Berufe nach Geschlecht nicht so aussagekräftig wie die alte Einteilung, weshalb hier auf die letzten verfügbaren Daten aus dem Jahr 2019 abgestellt worden ist.

[9] 2009 betrug dieser Anteil 31.6 %.

[10] 2009 betrug dieser Anteil 34.9 %.

[11] 2009 betrug dieser Anteil 56.4 %.

[12] Eigene Berechnung aus den Zahlen SAKE für das 2. Quartal des Jahres 2023, vgl. Tabelle je-d-03.02.01.18, Berufliche Stellung der Vollzeit- und Teilzeiterwerbstätigen nach Geschlecht, Nationalität, Altersgruppen, Familientyp 1991–2023, www.bfs.admin.ch.

[13] HÖPFLINGER/CHARLES/DEBRUNNER, S. 61; FERRO/FLÜCKIGER/SILBER, S. 219.

[14] ENGLER, S. 18 mit weiteren Hinweisen.

[15] Je nach Qualifikationsstufe des zu besetzenden Arbeitsplatzes können die Einstellungskosten unter Berücksichtigung der Einarbeitungskosten 50 bis 200 % eines Jahresgehalts ausmachen, vgl. LORENZEN/WESTERMANN, S. 572 f.

stimmten Geschlechts beschränkt, so interessieren sich Angehörige des anderen Geschlechts in markant geringerem Ausmass für den zur Verfügung stehenden Arbeitsplatz, was wiederum den segregierten Arbeitsmarkt verfestigt. Diese Interpendenz zwischen geschlechtsspezifisch formulierten Ausschreibungen und dem Verhalten der Stellensuchenden ist bereits im Rahmen verschiedener Untersuchungen nachgewiesen worden. So geht aus einer von der Universität Hamburg aus dem Jahre 1997 durchgeführten Studie hervor, dass sich auf 48 % der rein männlich formulierten Ausschreibungen tatsächlich ausschliesslich Männer beworben haben. Die Untersuchung hat ferner gezeigt, dass sich Frauen am ehesten auf weiblich formulierte Ausschreibungen hin beworben haben.[16]

Geschlechtsspezifische Stellenausschreibungen basieren denn auch regelmässig auf eindeutigen Vorstellungen der Arbeitgebenden betreffend das Geschlecht der Personen, mit welchen sie einen Arbeitsplatz besetzen wollen und beinhalten damit ein nicht zu unterschätzendes Diskriminierungspotenzial. Dies untermauert eine deutsche Betriebsbefragung, wonach bei knapp 60 % derjenigen Arbeitsplätze, welche am Ende des Selektionsprozesses Männern vergeben worden sind, auch ausdrücklich Angehörige dieses Geschlechts gesucht worden sind und Frauen keine Chancen gehabt hätten.[17]

2.2 Fehlende gesetzliche Rahmenbedingungen im Gleichstellungsgesetz

Während Stellenausschreibungen im E-GlG noch expressis verbis unter diejenigen Tatbestände subsumiert wurden, für welche das Diskriminierungsverbot gilt,[18] hielt die Gesetz gewordene Fassung nicht mehr daran fest. Nach kontroversen Debatten im Parlament[19] führte ein knappes Abstimmungsresultat im Nationalrat zunächst dazu, dass der gesamte Bereich des Zugangs zur Erwerbstätigkeit inklusive der Stellenausschreibung vom Diskriminierungsverbot ausgenommen werden sollte.[20] Dem Verbot von Anstellungsdiskriminierungen wurde entgegengesetzt, dass damit eine Prozessflut ausgelöst werde und bezüglich Stellenausschreibung im Besonderen sahen die Gegner die Problematik, dass Klagen eingeleitet werden könnten, welche lediglich auf geschlechtsspezifischen Ausschreibungen basierten, die jedoch nicht tatsächlich zu einer Anstellungsdiskriminierung geführt hätten.[21] In der Folge lehnte der Ständerat einen dem Nationalrat folgenden Minderheitsantrag deutlich ab[22], verzichtete hingegen – um den Einbezug der Anstellung zu retten – bewusst auf die Reintegration der Stellenausschreibung.

Stellenausschreibungen wurden entsprechend bewusst vom Schutzbereich des Art. 3 Abs. 2 GlG ausgeschlossen. Sowohl eine grammatikalische als auch eine teleologische Auslegung des Passus *«Das Verbot gilt insbesondere für die Anstellung […]»* würde zwar zweifelsohne diskriminierende Ausschreibungen, als Bestandteil des Anstellungs*prozesses*, mitumfassen. Nichtsdestotrotz liegt ein qualifiziertes Schweigen vor und es gilt den klaren gesetzgeberischen Willen zu respektieren.

Zunächst bedeutet der Ausschluss, dass geschlechtsspezifische Stellenausschreibungen für sich alleine keine Entschädigungsfolgen i.S.v. Art. 5 GlG auszulösen vermögen. Ferner verzichtete der Gesetzgeber bewusst auf die Verhängung von Bussgeldern,[23] wie dies in ausländischen Rechtsordnungen zur Ahndung geschlechtsspezifischer Ausschreibungen teilweise vorgesehen

---

16 DOMSCH/LIEBERUM, S. 161 ff.
17 ENGELBRECH/KRAFT, S. 19.
18 Art. 3 Abs. 2 E-GlG, BBl 1993 I 1325: *«Das Verbot gilt insbesondere für die Stellenausschreibung […].».*
19 Amtl. Bull. StR 1994, S. 820 f.; Amtl. Bull. NR 1994, S. 270 f.
20 Amtl. Bull. NR 1994, S. 256 ff., 261, 97 zu 84 Stimmen.
21 Amtl. Bull. StR 1994, S. 821, zusammenfassend Altbundesrat KOLLER. Ein solcher Fall liegt etwa dann vor, wenn eine Stellenausschreibung versehentlich rein männlich textiert worden ist, eine Frau im Selektionsverfahren reüssiert und alle anderen Bewerberinnen aufgrund objektiver, nicht diskriminierender Gründe aus dem Rekrutierungsprozess ausgeschieden sind.
22 Amtl. Bull. StR 1994, S. 821.
23 BBl 1993 I 1299.

ist. Zumal bei der gerichtlichen Geltendmachung einer Anstellungsdiskriminierung Art. 6 GlG nicht zur Anwendung gelangt, vermögen geschlechtsspezifische Ausschreibungen darüber hinaus auch nicht die darin vorgesehene Beweislasterleichterung zu bewirken. Endlich steht das Verbandsklagerecht i.S.v. Art. 7 GlG auf Feststellung einer Diskriminierung nicht zur Verfügung. Hingegen kommt ihnen bei der Beweiserbringung einer diskriminierenden Nichtanstellung gleichwohl eine gewisse Indizienwirkung zu, mittels welcher entsprechende Ausschreibungen zumindest indirekt einer gewissen Sanktionierung zugänglich sind.[24]

2.3 Empirische Untersuchung von Stellenausschreibungen

Welche Konsequenzen die weitgehende Absenz einer gesetzlichen Sanktionierung von geschlechtsspezifischen Stellenausschreibungen privatrechtlicher Arbeitgeberschaften zeitigen, kann nur anhand von empirischen Daten beantwortet werden. Im Rahmen meiner Dissertation analysierte ich Stellenannoncen aus der Neuen Züricher Zeitung am Sonntag (NZZ) und der Freitagsausgabe der Neuen Luzerner Zeitung (NLZ). Im Zeitraum vom 01.11.2003 bis 01.03.2004 wurden insgesamt 2‘375 Stelleninserate ausgewertet.

Als wichtigstes Ergebnis kann hier in aller Kürze festgehalten werden, dass privatrechtliche Arbeitgebende gesamthaft lediglich 54.61 % (NLZ 49.07 %; NZZ 71.81 %) aller Stelleninserate geschlechtsneutral formuliert hatten. Die Quote ausschliesslich an Männer gerichteter Annoncen belief sich insgesamt auf 24.62 % (NLZ 28.38 %; NZZ 12.96 %) und nur Frauen sprachen summa summarum 12.89 % (NLZ 16.45 %; NZZ 1.85 %) an.

Diese Resultate vergegenwärtigen, dass im Hinblick auf die Ausschreibungspraxis privater Arbeitgeberschaften – obwohl sich die Situation in den letzten 20 Jahren zumindest etwas gebessert zu haben scheint, was anhand einer nicht repräsentativen Stichprobenkontrolle festgestellt werden konnte – Handlungsbedarf seitens des Gesetzgebers besteht, um die Geschlechtsspezifizität von Stellenausschreibungen zu verhindern und damit letztendlich einen gleichberechtigten Zugang zum Arbeitsmarkt zu gewährleisten. Mittels eines Gebots, Stellenausschreibungen geschlechtsneutral zu formulieren, könnte ein wesentlicher Beitrag zum Abbau des aufgezeigten horizontal und vertikal segregierten Arbeitsmarktes geleistet werden.

2.4 Regelung de lege ferenda

Ein schlichtes Verbot der Geschlechtsspezifität von Stellenausschreibungen ist zu wenig wirksam. Dies zeigen Erfahrungen aus Deutschland, wo der als *«lex imperfecta»* ausgestaltete § 11 AGG[25] – welchem zwar eine zwingende Anordnung, hingegen keine eigene Sanktionsfolge für Verstösse zu entnehmen ist – weitgehend ignoriert bleibt.

Vielmehr muss eine effektive Regelung in Analogie zum österreichischen Recht[26] an das Verbot geschlechtsspezifischer Stellenausschreibungen eine Geldstrafe koppeln.[27] Diese ist auf Antrag

---

[24] vgl. zum Ganzen UEBERSCHLAG, Rn. 792 ff., 798.

[25] § 11 Ausschreibung: *«Ein Arbeitsplatz darf nicht unter Verstoss gegen § 7 Abs. 1 ausgeschrieben werden.».*

[26] § 9 GlBG Gebot der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung: *«Der/die Arbeitgeber/in oder private/r Arbeitsvermittler/in (...) darf einen Arbeitsplatz weder öffentlich noch innerhalb des Betriebes (Unternehmens) nur für Männer oder nur für Frauen ausschreiben oder durch Dritte ausschreiben lassen, es sei denn, ein bestimmtes Geschlecht ist unverzichtbare Voraussetzung für die Ausübung der vorgesehenen Tätigkeit. Die Ausschreibung darf auch keine zusätzlichen Anmerkungen enthalten, die auf ein bestimmtes Geschlecht schliessen lassen.»* Das in § 9 GlBG enthaltene Gebot wird im österreichischen Recht durch Strafbestimmungen flankiert, welche in § 10 GlBG verankert sind. Die Strafbestimmungen erlauben es, die Verletzung von § 9 GlBG mit Geldstrafen bis 360 Euro zu sanktionieren.

[27] Neben Österreich sehen auch andere Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Geld-) Strafen für diskriminierende Ausschreibungen vor, so etwa Frankreich (Code du travail Art. L1146-1: Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr und/oder einer Geldstrafe von bis zu 3’750 Euro bzw. Code pénal Art. 225-2: Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren und/oder Geldstrafe bis zu 45’000 Euro) und Grossbritannien (Sex Discrimination Act, sect. 38 Abs. 5: Geldstrafe bis 400 Pfund).

von sich Bewerbenden, des Eidg. Gleichstellungsbüros oder Organisationen i.S.v. Art. 7 GlG zu verhängen. Wirksamkeitsevaluationen in Österreich haben gezeigt, dass das dortige Sanktionsinstrumentarium in kurzer Zeit zu einem Rückgang gesetzeswidriger Ausschreibungen geführt hat.[28]

Darüber hinaus ist es für die Effektivität des Gebots geschlechtsneutraler Ausschreibung unerlässlich, dass die Beweislasterleichterung i.S.v. Art. 6 GlG auch im Bereich des Zugangs zur Erwerbstätigkeit greift, geschlechtsspezifisch textierte Stellenannoncen m.a.W. zur Glaubhaftmachung einer Diskriminierung hinlänglich sind.

Mein Vorschlag wäre die Einführung eines Art. 5bis GlG mit folgendem Inhalt:
*«Wer als Arbeitgeber*in einen Arbeitsplatz öffentlich oder unternehmensintern nur für Männer oder nur für Frauen ausschreibt oder durch Dritte ausschreiben lässt, ohne dass ein bestimmtes Geschlecht unabdingbare Voraussetzung für die Ausübung der vorgesehenen Tätigkeit ist, wird auf Antrag einer sich bewerbenden Person, des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann oder einer Organisation i.S.v. Artikel 7 mit einer Busse bis zu 10'000 Franken bestraft.»*

Die Busse ist unter Würdigung aller Umstände – namentlich auch der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Arbeitgeberschaft – im Einzelfall festzulegen. Vor diesem Hintergrund scheint die österreichische Höchstgrenze von 360 Euro deutlich zu niedrig, zumal finanzstarke Arbeitgebende solche Beträge aus der *«Portokasse»* bezahlen, diese entsprechend kaum abschreckend wirkt.

3. Beispiele für die Zulässigkeit von Reservationen von Arbeitsplätzen für Angehörige eines Geschlechts

Beim Zugang zu einer Anstellung stellt sich die Frage, ob es – abgesehen von zulässigen Förderungsmassnahmen bzw. Quotenregelungen, welche hier ausgeklammert bleiben – Fälle gibt, bei denen es gerechtfertigt ist, dass eine Stelle für die Angehörigen eines bestimmten Geschlechts reserviert werden kann, ohne das Diskriminierungsverbot i.S.v. Art. 3 Abs. 1 GlG zu verletzen.

Die Begriffsbestimmung der direkten Diskriminierung besagt, dass eine geschlechtsspezifische Ungleichbehandlung eine direkte Diskriminierung darstellt, *«wenn sie sich nicht sachlich rechtfertigen lässt»*. Dass damit keinesfalls die Intention verfolgt wird, irgendwelche sachlichen Gründe als Rechtfertigung genügen zu lassen, offenbart sich darin, dass

- seitens des Bundesgerichts immer wieder betont wird, das Diskriminierungsverbot habe rechtlich die Bedeutung, dass ungleiche Behandlungen einer *«besonders qualifizierten Begründungspflicht»*[29] unterstehen würden und schliesslich
- in der von ihm immer wieder verwendeten Formel, wonach eine unterschiedliche Behandlung von Mann und Frau lediglich dann zulässig sei, wenn *«auf dem Geschlecht beruhende biologische oder funktionale*[30] *Unterschiede eine Gleichbehandlung absolut ausschliessen»*.[31]

---

[28] SMUTNY, S. 10 ff.

[29] Statt vieler BGE 129 I 224, E. 2.1; 126 V 73 f., E. 4.c/bb mit Hinweisen.

[30] Im Rahmen der Prüfung, ob eine auf geschlechtsspezifischen Gründen beruhende Nichtanstellung den Tatbestand einer direkten Diskriminierung erfüllt, sind funktionale Unterschiede insoweit einer Sinngebung zugänglich, als sie auf die mit dem Arbeitsplatz zusammenhängende Funktion bzw. Tätigkeit bezogen begriffen werden. Dann ist die auf dem Geschlecht beruhende Differenzierung zulässig, wenn sich die Geschlechtszugehörigkeit ausnahmsweise als für die Ausübung einer bestimmten Funktion bzw. Tätigkeit unverzichtbar erweist. Damit erscheint das Abstellen auf funktionale Gründe als Spiegelbildrechtfertigung der biologischen Gründe: Während biologische Gründe bezüglich der Rechtfertigung nämlich vom Geschlecht selbst ausgehen, welches die Ausübung einer bestimmten Funktion erfordert, liegt der Ausgangspunkt der Rechtfertigungsprüfung bei den funktionalen Gründen bei der Funktion, welche ein bestimmtes Geschlecht erfordert. Letztlich geht es immer um die

Wann biologische Unterschiede eine Gleichbehandlung absolut ausschliessen wurde vom Bundesgericht jeweils *Einzelfallweise* entschieden, blieb jedoch weitestgehend ungeklärt. *Unbestritten* ist jedenfalls, dass die Bezugnahme auf *angeblich biologische Unterschiede*, welche im Ergebnis eher auf tradiertem Rollenverständnis bzw. gesellschaftlich konstruierten, empirisch nicht belegten Geschlechtereigenschaften – wie Männer hätten ein besseres Technikverständnis oder seien intelligenter; Frauen seien in Stresssituationen ruhiger, hätten bessere zwischenmenschliche Fähigkeiten oder seien gegenüber repetitiven Tätigkeiten monotonieresistenter – beruhen, keinesfalls geschlechtsspezifische Ungleichbehandlungen zu rechtfertigen vermögen.

Auch die Lehre geht zusammenfassend davon aus, dass das Reservieren von Stellen für Angehörige eines Geschlechts nur dann keine Diskriminierung darstellt, wenn das Abstellen auf die Geschlechtszugehörigkeit *unabdingbar* ist. Damit ist noch nicht viel gewonnen, zumal die Ausdifferenzierung dieser unbestimmten Formel in der Praxis auf erhebliche Schwierigkeiten stossen dürfte. Deshalb soll im Weiteren der Versuch unternommen werden, die Unabdingbarkeit des Geschlechts in bestimmte Gruppen zu gliedern und ihr gleichsam schärfere Konturen zu verleihen.

3.1 Unabdingbarkeit des Geschlechts i.e.S.

Eine geschlechtsspezifische Ungleichbehandlung ist *ohne zusätzliche Verhältnismässigkeitsprüfung* zulässig, wenn die infrage stehende Tätigkeit – sei es aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen – nur von Angehörigen eines Geschlechts ausgeübt werden kann. Die Unabdingbarkeit hat sich dabei aus der Tätigkeit selbst zu ergeben und nicht aus blossen Begleitumständen wie etwa dem Fehlen getrennter Sanitäreinrichtungen.[32] Dass es keinesfalls auf subjektive Anschauungen der Arbeitgeberschaft ankommen kann, bedarf keiner weiteren Ausführungen. Dabei gilt es, folgende Gruppen zu unterscheiden.

3.1.1 Biologische bzw. physische Notwendigkeit

Am offensichtlichsten als unabdingbare Voraussetzung für die Besetzung einer Stelle mit Angehörigen eines bestimmten Geschlechts sind die seltenen Fälle *biologischer* bzw. *physischer Notwendigkeit*. Zu denken ist dabei namentlich an Anstellungen

- als Amme i.S. eines Bezahlten an die Brust Legens fremder Kinder,
- als Aktmodell für Malende, Bildhauende oder Fotografierende,
- im Rotlichtgewerbe, als Oben-ohne-Tänzerin, Stripper oder
- Testperson geschlechtsspezifischer Medikamente, Hygiene- oder Verhütungsmittel.

3.1.2 Authentizitätswahrung

Als Rechtfertigungsgrund ebenfalls unproblematisch und international anerkannt[33] gelten Fälle der *Authentizitätswahrung*. Dabei handelt es sich um Tätigkeiten, bei denen sich die authentische Erfüllung einer Rolle oder Aufgabe als geschlechtsabhängig erweist wie namentlich

- bei reproduzierenden Sprech- und Gesangskünstler*innen sowie

---

Beantwortung der Frage, ob das Geschlecht für den zur Diskussion stehenden Arbeitsplatz eine unabdingbare Voraussetzung darstellt oder nicht.

[31] Statt vieler BGE 129 I 269, E. 3.2; BGer Urteil vom 29.04.2003, B 53/01, E. 3.2; BGE 126 I 3, E. 2a; BGer Urteil vom 02.02.2000, 2P.244/1999, E. 2a.

[32] vgl. www.gleichstellungsgesetz.ch, BS Fall 27: In casu erhielt eine junge Frau, welche sich um eine offene Lehrstelle als Mechanikerin beworben hat, nach dem Absolvieren einer Schnupperlehre mit sehr guten Ergebnissen, eine Absage, da keine Lehrstelle frei gewesen sei. Wenig später erfuhr sie, dass ein junger Mann als Lehrling eingestellt wurde. Die Arbeitgeberschaft begründete die Abweisung damit, dass keine sanitären Einrichtungen für Frauen vorhanden wären. Die kantonale Schlichtungsstelle erzielte einen Vergleich.

[33] Exemplarisch sei hier Frankreich erwähnt: Code du Travail, Article L123-1, Liste Code du Travail (Partie Réglementaire – Décrets en Conseil d'Etat, Article R1142-1: *«Les emplois et activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante sont les suivants: 1° Artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin; 2° Mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires; 3° Modèles masculins et féminins.».*

– bei Mannequins und Dressmen.[34]

Zwar wurden etliche Frauenrollen der Dramen William Shakespeares in ihren ersten Aufführungen von Männern gespielt, die Opernstimme der Königin der Nacht vermag auch aus einem männlichen Gesangsorgan wohltuend zu klingen und Männerbekleidung kann ebenfalls von Frauen präsentiert werden. Dennoch gilt hier, *«dass wenn zwei das gleiche Tun es nicht dasselbe ist»*. Dies hat nichts mit einer ausgrenzenden oder minderwertigen Behandlung von Angehörigen eines Geschlechts zu tun, welche als Herabwürdigung aufzufassen ist – was mithin gegeben sein muss, damit eine Diskriminierung vorliegt –, denn auch ernsthafte Verfechter des Gleichbehandlungsanliegens werden eine männliche Rolle gespielt von Frauen oder vice versa weniger authentisch finden als eine geschlechtlich passende Besetzung. Hier existieren m.a.W. objektive, von gesellschaftlichen Rollenverständnissen und Vorurteilen losgelöste Massstäbe.

Das im künstlerischen Bereich anerkannte Authentizitätswahrungsargument ist hingegen nur ausnahmsweise auf andere Bereiche zu übertragen.[35] Namentlich stellt das Geschlecht keine unabdingbare Voraussetzung zur Authentizitätswahrung für die Bekleidung einer Stelle als Gleichstellungsbeauftragte/r dar[36], zumal das Gleichstellungsgesetz symmetrisch für beide Geschlechter gilt.

3.1.3 Gesetzliche Beschäftigungsverbote

Soweit ein gesetzliches Beschäftigungsverbot besteht, ist eine Ungleichbehandlung grundsätzlich gerechtfertigt. Solche gesetzlichen Vorgaben müssen hingegen ihrerseits auf die Vereinbarkeit mit Art. 8 BV und Art. 3 GlG geprüft werden, denn ihnen liegen oftmals überkommene soziale Ideale bzw. Vorurteile, aber auch falsche medizinische Vorstellungen – namentlich bezüglich Fertilität – zu Grunde, welche es gerade abzubauen gilt, um die tatsächliche Gleichstellung zu verwirklichen.

Vor dem Hintergrund der Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung z.B. zum früheren Nacht- und Sonntagsarbeitsarbeitsverbot für Frauen[37] ist namentlich fraglich, ob Art. 66 ArGV 1, wonach Frauen – ausser für wissenschaftliche Tätigkeiten, Dienstleistungen der ersten Hilfe und der medizinischen Erstversorgung, kurzfristige Tätigkeiten im Rahmen einer geregelten Berufsausbildung oder kurzfristige Tätigkeiten nicht handwerklicher Art – nicht zu Arbeiten auf Untertage-Baustellen herangezogen werden dürfen, mit den Vorgaben von Art. 8 BV und Art. 3 GlG im Einklang steht.[38] M.E. ist dem nicht so und Art. 66 ArGV 1 deshalb verfassungs- bzw. gesetzeswidrig.

---

[34] Vgl. auch BBl 1993 I 1297.

[35] Vgl. etwa das beim Tendenzschutz unten aufgeführte Beispiel der Geschäftsführerin in einem Frauenverband.

[36] So auch das deutsche Bundesarbeitsgericht Urteil vom 12.11.1998, NZA 1999, S. 371, welches die in der Stellenausschreibung genannten Voraussetzungen – fundierte frauenpolitische Kenntnisse sowie die Fähigkeit zur Wahrnehmung und Lösung von Gleichstellungsproblemen, Erfahrungen in der Frauenarbeit und in der Kommunalverwaltung sowie die Fähigkeit zu selbständiger konzeptioneller Arbeit und eigenen Initiativen, Bereitschaft zur konstruktiven Zusammenarbeit, Verantwortungsbewusstsein, Kontaktfähigkeit, Einfühlungs- und Überzeugungsvermögen und Durchsetzungskraft sowie Verhandlungsgeschick – als nicht von solcher Natur betrachtete, als dass sie nur von den Angehörigen des weiblichen Geschlechts erfüllt werden könnten. Es sei nicht dargelegt worden, dass die im Verhältnis zu den Bürgerinnen auftretenden Beratungssituationen ausschliesslich von Frauen wahrgenommen werden könnten, weil ein Mann die von der Gleichstellungsbeauftragten geschuldete vertragsgemässe Leistung nicht erbringen könne.

[37] Vgl. BGE 116 Ib 270 sowie 116 Ib 284, im Rahmen welcher das Bundesgericht feststellte, dass das Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot Art. 4 Abs. 2 aBV widerspricht.

[38] Vgl. hierzu auch EuGH Urteil vom 12.05.2003, Rs. C-203/03 *«Kommission vs. Republik Österreich»*, Slg. I-2005, S. 935 ff., Rn. 45 f.

3.2 Unabdingbarkeit des Geschlechts i.w.S.

Die Fälle der Unabdingbarkeit des Geschlechts i.w.S. sind nur schwer einzukreisen. Hierbei handelt es sich um die eigentlichen *Grenzfälle* einer legitimen Rechtfertigungsmöglichkeit der Reservation von Stellen für Angehörige eines bestimmten Geschlechts.

Um rechtfertigend zu wirken, ist zunächst vorausgesetzt, dass Angehörige des einen Geschlechts die infrage stehende Tätigkeit *tatsächlich schlechter* als Angehörige des anderen Geschlechts verrichten würden. Sodann gilt es die Frage zu beantworten, ob die *Minderleistung effektiv biologisch* bedingt ist, wenn auch nicht unmittelbar, so doch *legitimerweise reflektiert durch Dritte*, mit welchen die Arbeitnehmenden zu tun haben oder ob an der optimalen Erfüllung der Tätigkeit legitime *öffentliche Interessen* bzw. Gründe des *zwingenden Drittschutzes* bestehen.

Damit die Legitimität einer seitens der Arbeitgeberschaft behaupteten Unabdingbarkeit im Einzelfall bejaht werden kann, müssen die involvierten Interessen schliesslich abgewogen werden, mithin einer *Verhältnismässigkeitsprüfung* standhalten. Dabei ist jeweils ein besonderes Augenmerk darauf zu richten, dass die vorgebrachten Gründe nicht lediglich auf subjektiven Vorstellungen bzw. Vorurteilen der Arbeitgebenden beruhen, sondern einer objektiven Betrachtungsweise zugänglich sind.

Um das Diskriminierungsverbot nicht auszuhöhlen, ist eine rechtfertigende Unabdingbarkeit i.w.S. nur restriktiv zu bejahen.

3.2.1 Berücksichtigung des gegengeschlechtlichen Schamgefühls

Eine Unabdingbarkeit des Geschlechts i.w.S. kann m.E. überall dort angenommen werden, wo das *Schamgefühl* gegenüber dem anderen Geschlecht relevant wird. In solchen Fällen sind nämlich nicht geschlechtsspezifische Vorurteile oder finanzielle Interessen der Arbeitgeberschaft, sondern vielmehr ein Gefühl, welches zwar gesellschaftlich geformt sein mag, dennoch aber biologisch begründet ist, entscheidend. Anders ausgedrückt ist eine Ungleichbehandlung immer dann, *wenn glaubhaft nachgewiesen werden kann, dass die Klientel zur Wahrung ihrer Intimsphäre das andere Geschlecht zurückweist*, legitim. Diesfalls wird nämlich lediglich die biologische Verschiedenheit der Geschlechter anerkannt, nicht hingegen eine herabsetzende bzw. ausgrenzende Unterscheidung getroffen.

Beispiele:

- Nach der hier vertretenen Auffassung ist es deshalb z.B. gerechtfertigt, ausschliesslich Frauen in einem *Dessousgeschäft mit Anprobemöglichkeiten* oder zur Betreuung einer nur für Frauen zugänglichen *Saunalandschaft* zu beschäftigen.
- Gemäss Arbeitsgericht Hamburg kann sich die Unabdingbarkeit des Geschlechts bei einer kleinen Belegarztklinik ferner aus der besonderen betrieblichen Struktur i.V.m. den Erwartungen und Bedürfnissen der Patient*innen ergeben. In casu standen wochentags lediglich zwei Pflegekräfte, im Nachtdienst und an den Wochenenden gar nur eine Person zur pflegerischen Betreuung der Patient*innen (95 % Frauen mit gynäkologisch-chirurgischen Eingriffen) zur Verfügung. Das Gericht erwog u.a., dass die Ablehnung der *Pflege im Intimbereich* durch männliche Personen namentlich seitens älterer Frauen und Angehöriger des islamischen Glaubens, bei der Einsetzung männlicher Pflegekräfte zu gesundheitlichen Gefährdungen führen könne.[39] Anzufügen bleibt, dass gerade in solchen Konstellationen die Betreuung durch weibliche Pflegekräfte der Wahrung der Intimsphäre der Patientinnen und ihrer Persönlichkeitsrechte dient.
- Zu Recht kam das Arbeitsgericht Bonn vor dem Hintergrund wesentlich anderer betrieblicher Strukturen zum Schluss, dass das weibliche Geschlecht nicht unabdingbare Voraussetzung für den Einsatz als Pflegekraft bei einem Pflegedienst, welcher zu 90 % Frauen – auch im Bereich der Intimpflege – betreut. Im zu beurteilenden Fall setzte der Pflegedienst 22 Frauen

[39] AGer Hamburg Urteil vom 10.04.2001, 20 Ca 188/00.

und 3 Männer ein. Durch entsprechende organisatorische und betriebliche Dispositionen bestehe die *Möglichkeit, männliche Pflegekräfte bei solchen Patientinnen, welche die Pflege durch gegengeschlechtliche Personen nicht ablehnen würden, einzusetzen*.[40]

3.2.2 Legitime öffentliche Interessen bzw. zwingender Drittschutz

Des Weiteren können *legitime öffentliche Interessen* an der bestmöglichen Erfüllung einer Aufgabe bzw. Gründe des *zwingenden Drittschutzes* bestehen, welche zur Rechtfertigung einer geschlechtsspezifischen Ungleichbehandlung herangezogen werden dürfen.

Beispiele:

- In diese Kategorie fallen Tätigkeiten im Justizvollzugsdienst wie namentlich die *gegengeschlechtliche Aufsicht über Strafgefangene*. Auch hier gilt es jeweils abzuwägen. Zwingend erforderlich kann eine gleichgeschlechtliche Aufsicht etwa bei Sexualstraftätern oder bei solchen sein, welche aufgrund der Aufsicht von Angehörigen des anderen Geschlechts ein gesteigertes Aggressionspotenzial entwickeln, was den täglichen Umgang mit den Gefangenen erschwert[41] bzw. allenfalls gar deren Resozialisierung gefährdet. Mag man wohl gegengeschlechtliche Vorurteile seitens Gefangener verurteilen, so liegt doch die Sicherheit der Haftanstalten bzw. eine komplikationslose Resozialisierung zweifelsfrei im öffentlichen Interesse und kann entsprechend eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen.[42]
- Der EuGH bestätigte ebenfalls die Zulässigkeit, für männliche Gefangene hauptsächlich Männer und für weibliche Gefangene hauptsächlich Frauen einzustellen. Einschränkend hielt er jedoch zu Recht fest, dass bei der *Leitung von Haftanstalten*, welche nicht in regelmässigem Kontakt mit den Gefangenen stehe, das Geschlecht keine notwendige Voraussetzung für die Besetzung der entsprechenden Posten darstelle.[43]
- Eine ungleiche Behandlung aufgrund des Geschlechts, welche aus *zwingenden Drittschutzgründen* gerechtfertigt ist, kann auch bei der Beschäftigung von weiblichen Betreuungspersonen in *Frauenhäusern* als Zufluchtsort für misshandelte Frauen oder *telefonischer Seelsorge/Beratung* für Gewaltopfer vorliegen, soweit dies aufgrund des Betreuungskonzepts der Trägerschaft entsprechender Einrichtungen erforderlich ist.[44]
- Ferner gilt es etwa beim Polizei- bzw. Grenzwachkorps oder bei privaten Sicherheitsdiensten zu berücksichtigen, dass hinsichtlich *Personenkontrollen im Intimbereich* ein Anspruch darauf besteht, dass diese von gleichgeschlechtlichen Personen durchgeführt werden.[45]

3.2.3 Rücksicht auf Vorurteile bzw. subjektive Erwartungen Dritter

M.E. ist in solchen Fällen – z.B. für den *Landmaschinenverkauf nur Männer* oder nur *junge Frauen als Servicekraft in einer Bar* beschäftigen zu wollen, weil damit eine höhere Akzeptanz bei den Kunden, sowie entsprechend höhere Gewinnchancen erwartet werden – eine Ungleichbehandlung *grundsätzlich nicht zu rechtfertigen* und mögliche Umsatzeinbussen, welche der Arbeitgeberschaft aus der Enttäuschung von traditionellen Rollenerwartungen und damit Vorurteilen seitens Dritter erwachsen, sind hinzunehmen.

Dasselbe gilt gemäss US-amerikanischer Rechtsprechung bei *Flight Attendants.* Die Gerichte entschieden, dass der blosse Einwand einer Fluggesellschaft, die Passagiere würden allgemein lieber von Frauen betreut als von Männern, unbeachtlich sei. Dies selbst dann, wenn die Fluggesellschaft recht niveaulos damit Marketing betreibt, ihr Flugbegleiterpersonal bestehe ausschliesslich aus gut aussehenden Stewardessen, denn die eigentliche Aufgabe (*«essence of the*

---

[40] AGer Bonn Urteil vom 31.03.2001, 5 Ca 2781/00.

[41] So auch die US-amerikanische Rechtsprechung, vgl. dazu THÜSING, RdA 2001, S. 321 f. mit Hinweisen.

[42] Gleichsam kommt in entsprechenden Fällen eine Rechtfertigung über die soeben erörterte Berücksichtigung des gegengeschlechtlichen Schamgefühls in Betracht.

[43] EuGH Urteil vom 30.06.1988, Rs. 318/86 *«Kommission vs. Frankreich»*, Slg. 1988, S. 3559 ff.

[44] Hierzu auch BBl 1993 I 1297; BAG Urteil vom 14.03.1989, 8 AZR 351/86.

[45] Zur Rechtfertigungsmöglichkeit der Berücksichtigung des gegengeschlechtlichen Schamgefühls sind die Grenzen wiederum fliessend.

business») sei nicht Sex-Appeal, welcher als Marketinginstrument genutzt werden könne, sondern das Servieren von Mahlzeiten und Getränken, das Vorführen der Sicherheitsausrüstung und die Hilfestellung beim Ein- und Aussteigen; zu all dem seien Frauen und Männer gleichermassen geeignet.[46]

Offen erscheint allerdings, ob man denselben strengen Massstab auch auf *Fälle mit Auslandbezug* anzulegen hat. Im Hinblick auf die politisch-kulturell-religiös begründeten Ansichten von Geschäftspartnern aus Drittstaaten muss es m.E. z.B. zulässig sein, dass ausschliesslich Männer zu Vertragsverhandlungen in Länder geschickt – bzw. zur Betreuung dortiger Kunden überhaupt eingestellt – werden, in welchen *Frauen als Geschäftspartner nicht akzeptiert* sind. Eigene Vorurteile über deren vermeintliche Einstellung können hingegen eine Ungleichbehandlung auf keinen Fall rechtfertigen. Vielmehr muss die Arbeitgeberschaft in solchen Fällen *nachweisen*, dass dies tatsächlich der Fall ist und es zu keinen Geschäftsabschlüssen kommen kann.

3.2.4 Tendenzschutz

Bislang weitgehend unbeantwortet blieb die Frage, ob bei sog. *«Tendenzbetrieben»*, d.h. Unternehmen, deren Zweck nicht hauptsächlich gewinnorientiert ist und die eine Tätigkeit mit geistigem oder intellektuellem Charakter ausüben, sei es politischer, konfessioneller, gewerkschaftlicher, wissenschaftlicher, künstlerischer, karitativer oder ähnlicher Art,[47] oder Organisationen mit entsprechender Zwecksetzung, die besondere Tendenzrichtung bei der Beurteilung der sachlichen Rechtfertigung einer geschlechtsspezifischen Ungleichbehandlung zu berücksichtigen ist.

Dies ist m.E. dann zu bejahen, wenn der Tendenzbetrieb nachzuweisen vermag, dass seine regelmässig eng mit Grundrechten verknüpfte Tätigkeitsausübung es aufgrund der Zwecksetzung – welche selbstverständlich ihrerseits mit dem Diskriminierungsverbot im Einklang zu stehen hat – erfordert, bezüglich der *Tendenzträger*innen* nach dem Geschlecht zu differenzieren. Die Tendenzträger*inneneigenschaft kommt dabei nicht allen Arbeitnehmenden zu. Über die Qualifikation entscheidet vielmehr deren konkrete Stellung oder Tätigkeit im Betrieb, wobei als wichtige Indizien namentlich Vertretungs- bzw. Repräsentationsfunktionen gelten.

Beispiele:

- Einen solchen Ausnahmefall anerkannte das Arbeitsgericht München im Jahr 2001 zu Recht, indem es einen Frauenverband für berechtigt hielt, bei der Besetzung der Stelle der Geschäftsführerin ausschliesslich Frauen zu berücksichtigen. Allerdings könnten nur *«bestandswichtige»* Gründe das in Fällen einer unmittelbaren Anknüpfung an das Geschlecht besonders hoch zu bewertende Gleichbehandlungsinteresse der Arbeitnehmenden zurückdrängen. Ein solcher Grund liege bei der Besetzung der Stelle der *Geschäftsführerin eines Frauenverbandes* vor, welcher sich als Teil der internationalen Frauenbewegung verstehe und dessen Ziel es sei, Frauen zur Entfaltung ihrer Persönlichkeit und ständiger Weiterbildung anzuregen. Die Glaubwürdigkeit des Verbandes seinen 180'000 Mitgliedern weiblichen Geschlechts gegenüber stehe und falle damit, dass an leitender Stelle ebenfalls eine Frau stehe.[48]
- Aus Tendenzschutzerwägungen kann es m.E. ferner gerechtfertigt sein, wenn eine *feministische Frauenzeitschrift* die Stelle als *Chefredaktor*in* ausschliesslich Frauen vorbehält. Auch hier steht und fällt die Glaubwürdigkeit gegenüber den Lesenden – neben der fachlichen Eignung – damit, dass zumindest an der Spitze eine Frau steht. Nicht zu rechtfertigen wäre hin-

---

[46] THÜSING, RdA 2001, S. 321 mit Hinweisen; auch in der schweizerischen Schlichtungs- bzw. Gerichtspraxis wurde bereits eine Anstellungsdiskriminierung im Zusammenhang mit der Besetzung einer Stelle als Flight Attendant geltend gemacht. In casu bewarb sich ein Mann und wurde von der Fluggesellschaft mit der Begründung abgelehnt, sie stelle nur Frauen an. Das GSGer BS wies die Klage allerdings ab, da die zu beachtende Verwirkungsfrist bereits verstrichen war. Die vom Kläger ergriffene zweite Klage nach einer erneuten Bewerbung wurde mit der Begründung abgewiesen, dass sie lediglich eingereicht wurde, um die Fristverwirkung zu umgehen und in subjektiver Hinsicht nicht ernst gemeint sei (vgl. www.gleichstellungsgesetz.ch, BS Fall 6).

[47] BGE 130 III 702, E. 4.1 mit weiteren Hinweisen.

[48] AGer München Urteil vom 14.02.2001, in NZA-RR 2001, S. 365 f.

gegen, dass die gesamte Belegschaft ausschliesslich aus Frauen zu bestehen hat, zumal es diesfalls schon an der bei jeder einzelnen Person erforderlichen Tendenzträger*inneneigenschaft fehlen dürfte.

3.2.5 Keine Unabdingbarkeit des Geschlechts: Fälle «statistischer Diskriminierung»

Keine rechtfertigende Unabdingbarkeit liegt in Fällen sog. *«statistischer Diskriminierung»*, d.h. solchen, bei denen das Geschlecht im Rahmen der Personalauswahl nur ein Hilfskriterium ist, um nach einem anderen – gegebenenfalls sachlich gerechtfertigten – Kriterium zu unterscheiden.

Beispiel:

- Ein entsprechender Fall liegt dann vor, wenn Frauen vom Anstellungsverfahren zur Besetzung eines Arbeitsplatzes, welcher mit einer *schweren körperlichen Tätigkeit* verbunden ist, aufgrund ihrer statistisch nachweisbaren schwächeren körperlichen Leistungsfähigkeit generell ausgeschlossen werden, zumal die Frage, ob jemand über die körperlichen Voraussetzungen für die Ausübung einer solchen Tätigkeit verfügt, individuell festzustellen ist und nicht wegen der Geschlechtszugehörigkeit vermutet werden darf.[49]
- Spätestens seit BGE 123 I 56 folgt auch das Bundesgericht dieser Auffassung. Während es im Entscheid betreffend die Gemeinde Aeschi[50] im Zusammenhang mit der *Feuerwehrdienstpflicht* noch erkannte, dass der Feuerwehrdienst, welcher mit harter körperlicher Anstrengung oder mit unvermeidlicher Gesundheitsschädigung (z.B. durch Gase oder Dämpfe) verbunden sei, durchaus auf *«die Männer des leistungsfähigsten Alters»* beschränkt werden könne, entschied es im eingangs erwähnten Urteil, der blosse Umstand, dass eine Feuerwehrtätigkeit bestimmte Risiken berge, dürfe nicht zur generellen Dispensierung aller Frauen führen, weil dies bedeuten würde, dass das Leben von Frauen schutzwürdiger und wertvoller wäre als dasjenige von Männern. Auch die körperliche Kraft sei nicht unbedingt geschlechtsspezifisch. Der Umstand, dass im Durchschnitt mehr Männer als Frauen die für den Feuerwehrdienst erforderlichen Eigenschaften besässen, vermöge im Lichte von Art. 4 Abs. 2 aBV (Art. 8 Abs. 3 BV) keine entscheidende Rolle zu spielen.[51]

4. Probleme bei der Geltendmachung von Ansprüchen wegen einer diskriminierenden Nichtanstellung

4.1 Keine Anwendbarkeit der Beweislasterleichterung i.S.v. Art. 6 GlG

Im Rahmen von Art. 6 GlG *«wird eine Diskriminierung vermutet, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird»*. Damit beabsichtigt der Gesetzgeber, die prozessualen Hürden für die Durchsetzung von Gleichstellungsansprüchen herabzusetzen und trägt dem Umstand Rechnung, dass sich die Beweismittel grundsätzlich in den Händen der Arbeitgeberschaft befinden.

Die Beweislasterleichterung gelangt hingegen gemäss Art. 6 GlG lediglich bei Diskriminierungen bezgl. *«Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlöhnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung»* zur Anwendung. Anstellungsdiskriminierungen sind entsprechend vom Anwendungsbereich der Beweislasterleichterung ausgeschlossen. Im Gegensatz dazu sah der E-GlG noch allgemein bei *«Diskriminierung»* eine Beweislasterleichterung vor[52], anlässlich welcher im Parlament eine heftige Diskussion entbrannte.[53] Der Ausschluss der Anstellungsdiskriminierung von Art. 6 GlG war schliesslich ein *politischer Kompromiss*, um zu verhindern, dass diese generell aus dem Anwendungsbereich des Gleichstellungsgesetzes gestrichen wurde.

---

[49] Vgl. auch Landesarbeitsgericht Köln in seinem Urteil vom 08.11.2000, NZA-RR 2001, S. 232 f.
[50] BGer Urteil vom 08.02.1991, ZBl 1991, S. 418 ff.
[51] BGE 123 I 59, E. 2d.
[52] Vgl. Art. 5 E-GlG, BBl 1993 I 1326.
[53] Amtl. Bull. NR 1994, S. 272 ff.; 1995, S. 195 ff., 761 ff.; Amtl. Bull. StR 1994, S. 824 ff.; 1995, S. 318 ff.

Dieser Ausschluss ist aber gerade bei Anstellungsdiskriminierungen sehr *problematisch*, da hier die Gründe, Überlegungen und inneren Motive, welche zum negativen Anstellungsentscheid führen, einzig oder v.a. bei der Arbeitgeberschaft liegen, welche zudem über die einschlägigen Unterlagen verfügt. Bewerber*innen kennen nämlich i.d.R. weder das Feld sich auf eine Stelle bewerbender Personen, geschweige denn deren Qualifikationen und können daher nicht abschätzen, ob eine Absage aufgrund objektiver Kriterien erfolgt ist. Daher ist es der abgelehnten Person oftmals gar nicht möglich, die Hintergründe für den Entscheid zu kennen und entsprechende Beweise zu erbringen.

Die sich bewerbende Person hat nach Art. 8 Abs. 1 GlG zwar das Recht, von der Arbeitgeberschaft eine *schriftliche Begründung* für die Ablehnung ihrer Bewerbung zu verlangen, sofern sie eine Diskriminierung geltend macht. Diese Bestimmung bezweckt nicht zuletzt die Durchsetzung von Ansprüchen in beweisrechtlicher Hinsicht zu erleichtern, indem der nichtangestellten Person die Einschätzung ermöglicht werden soll, ob eine diskriminierende Nichtanstellung vorliegt. Nur dann, wenn Arbeitgebende die verpönte Anknüpfung an das Geschlecht als Grund schriftlich oder mündlich vor Zeugen angibt, was auf der Hand liegend nur in Ausnahmefällen vorkommen dürfte, fällt der Diskriminierungsbeweis leicht. In der absoluten Mehrzahl der Fälle *vermag die Begründungspflicht die Nichtanwendung der Beweislasterleichterung i.S.v. Art. 6 GlG aber nicht zu kompensieren*, zumal sie die Arbeitgeberschaft in der Praxis nicht davon abhält, irgendwelche gesetzeskonforme Gründe vorzuschieben bzw. die Abgabe einer Begründung gänzlich zu verweigern.

In der Vergangenheit wurden Versuche unternommen, den Anwendungsbereich der Beweislasterleichterung auf Anstellungsdiskriminierungen auszudehnen, diese scheiterten aber im Parlament.[54] *De lege ferenda* muss wegen der *strukturellen Beweisnot* der nichtangestellten Personen die Beweislasterleichterung jedoch auch für Anstellungsdiskriminierungen gelten.[55] Dies ist der einzige effektive Weg, um prozessuale Hürden abzubauen.

4.2 Höhe der Entschädigung

Während der E-GlG einen maximalen Entschädigungsanspruch von sechs Monatslöhnen sowohl für diskriminierende Entlassungen als auch für Nichtanstellungen vorsah,[56] wurde dieser Anspruch in der Gesetz gewordenen Fassung bezgl. der Letzteren in *zweifacher Hinsicht zurückgebunden:*

- Der Maximalbetrag der Entschädigung erfuhr einerseits in dem Sinne eine Plafonierung, dass dieser auch dann *nicht überschritten werden darf, wenn mehrere Personen* eine Entschädigung aufgrund einer diskriminierenden Nichtanstellung geltend machen[57]
- und andererseits wurde er um die Hälfte, auf *drei Monatslöhne* gekürzt.[58]

Hauptargument bildete die Auffassung, dass Diskriminierungen im Rahmen eines geschlossenen Arbeitsvertrages schwerer wiegen würden als solche im vorvertraglichen Stadium. Zudem trägt die geltende Fassung den Ängsten und Befürchtungen – insbesondere jener vor nicht abschätzba-

---

[54] Motion der Nationalrätin ROTH-BERNASCONI Geschäftsnummer 06.3028, vgl. die Curia Vista Geschäftsdatenbank auf www.parlament.ch. Die Motion wurde schliesslich am 08.03.2007 mit 81 zu 72 Stimmen knapp abgelehnt.

[55] Immerhin ist auch der Bundesrat offen für eine entsprechende Revision wie aus seiner Stellungnahme vom 17.11.2021 zur Interpellation der Nationalrätin PILLER CARRARD, Geschäftsnummer 21.4315, hervorgeht; vgl. auch Stellungnahme des Bundesrates vom 08.09.2021 zur vom Nationalrat am 04.05.2023 abgelehnten Motion Geschäftsnummer 21.3938 der Nationalrätin MARTI MIN; zu finden jeweils in der Curia Vista Geschäftsdatenbank auf www.parlament.ch.

[56] Art. 4 Abs. 2 E-GlG; BBl 1993 I 1326.

[57] Amtl. Bull. StR 1994, S. 817 ff., 823.

[58] Amtl. Bull. NR 1995, S. 194 f.; Amtl. Bull. StR 1995, S. 318.

ren finanziellen Belastungen der Arbeitgeberschaft aufgrund einer Prozessflut – Rechnung, welche im Rahmen der parlamentarischen Beratung immer wieder Gegenstand von Voten waren.[59]

Als *Berechnungsgrundlage* gilt de lege lata grundsätzlich der (zu erwartenden) durchschnittlichen Bruttolohn unter Einbezug sämtlicher nach Arbeitsvertrag geschuldeter Entschädigungen mit Lohncharakter wie Provisionen, Lohnzulagen, 13. Monatslohn usw.

Zumal die Entschädigung gemäss Bundesgericht eine doppelte Funktion zu erfüllen hat, nämlich
- *Strafe* und damit auch *Prävention* sowie
- *Wiedergutmachung*,

stellt sich die Frage, ob sie diesen Funktionen vor dem Hintergrund der internationalen Anforderungen an einen *wirksamen Rechtsbehelf* gegen Verletzungen des Diskriminierungsverbots gerecht zu werden vermag.

Durch das Bestehen der Möglichkeit, dass die Entschädigung im Falle einer Mehrzahl von diese Ansprechenden – und insbesondere wenn es sich bei der zu besetzenden Stelle um ein Praktikum oder eine Lehrstelle handelt, aber auch bei Teilzeitstellen und solchen in Niedriglohnbranchen – bis auf wenige Franken sinkt, kann im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 und 4 GlG nicht von einem *«wirksamen Rechtsbehelf»*[60], einer *«wirksamen Beschwerde»*[61] bzw. einem den Anforderungen von Art. 18 und Art. 25 der RL 2006/54/EG genügenden, tatsächlichen und wirksamen Rechtsschutz gesprochen werden. Dieser einseitig die Arbeitgeberschaft privilegierende *«Mengenrabatt»* ist mit dem internationalen Recht schlicht unvereinbar. Dies umso mehr, als die Beweislasterleichterung i.S.v. Art. 6 GlG bei Anstellungsdiskriminierungen nicht greift. Das *Prozessrisiko* steht damit in solchen Konstellationen in keinerlei Verhältnis zur in Aussicht stehenden Entschädigung, was dazu beiträgt, dass in der Praxis viele an sich klagelegitimierte Personen auf die Geltendmachung ihrer Ansprüche verzichten. Dies nicht zuletzt auch deshalb, weil sich klagende Personen persönlich exponieren muss und Gefahr läuft, dass sich die Anhebung eines Gleichstellungsprozesses auf ihre Reputation und damit auf die späteren Berufsaussichten negativ auswirken kann.

Im Ergebnis erkennt auch das Bundesgericht die Unvereinbarkeit der Entschädigung mit dem Recht der Europäischen Union, indem es mit Bezug auf deren Höhe festhält, dass die Entschädigung im Einzelfall sehr klein sein kann und *«sur ce point, il est d'ailleurs douteux que le système d'indemnisation voulu par le législateur suisse soit compatible avec la jurisprudence communautaire, comme la doctrine n'a pas manqué de le souligner»*.[62]

4.3 Mögliche Regelung de lege ferenda

Sinnvoller als die Regelung de lege lata scheint m.E. die *Straffunktion* aus der Entschädigung auszuklammern und ihr über einen eigenständigen Straftatbestand Rechnung zu tragen. Sofern nämlich general- (Abschreckung anderer Arbeitgeberschaften) und spezialpräventive (Bestrafung der Arbeitgeberschaft, welche diskriminiert hat) Motive verfolgt werden und es nicht um eine Kompensation des eingetretenen immateriellen oder auch materiellen Schadens geht, ist eine strafrechtliche Verfolgung die treffendere Sanktion.

Entsprechende Lösungen, namentlich Geldstrafen, existieren bereits im europäischen Rechtsraum. Exemplarisch sei *Frankreich* erwähnt, welches sich dazu entschloss, Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts gemäss den Sanktionsbestimmungen des Code du travail[63] mit einer Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr und/oder einer Geldstrafe von bis zu 3'750 Euro zu bele-

[59] Zusammenfassend Amtl. Bull. NR 1995, S. 195; Amtl. Bull. StR 1995, S. 318.
[60] I.S.v. Art. 8 der UNO-Menschenrechtserklärung.
[61] I.S.v. Art. 13 EMRK.
[62] BGE 131 II 370, E. 4.5.
[63] Art. L1146-1, in Kraft seit 01.05.2008.

gen. Gleichsam werden Diskriminierungen vom Code pénal[64] erfasst und mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren und/oder einer Geldstrafe von bis zu 45'000 Euro sanktioniert.

Bezüglich einer strafrechtlichen Sanktionsfolge de lege ferenda drängt sich in Anlehnung an diejenige betreffend Rassendiskriminierung (Art. 261bis StGB) auf, der Täterschaft bei vorsätzlicher Begehung mit einer *Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder einer Geldstrafe* zu entgegnen. Die dort als Vergehen i.S.v. Art. 10 Abs. 3 StGB ausgestaltete Sanktionsfolge erlaubt i.V.m. Art. 34 Abs. 2 StGB die Verhängung von Geldstrafen bis zu 360 Tagessätzen zu maximal CHF 3'000.-/Tagessatz. Die Anzahl Tagessätze bemisst sich dabei in erster Linie nach dem Verschulden und deren Höhe nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen der Täter*innen im Urteilszeitpunkt, *«namentlich nach Einkommen und Vermögen, Lebensaufwand, allfälligen Familien- und Unterstützungspflichten sowie nach dem Existenzminimum».*[65]

Im Gegensatz zum Rassendiskriminierungstatbestand von Art. 261bis StGB sollte auch die *fahrlässige* Begehung einer Anstellungsdiskriminierung strafrechtlich geahndet werden können, zumal die Sanktionsfolge de lege lata überhaupt *kein Verschulden* voraussetzt. Da es sich diesfalls um eine wesentlich geringer einzuschätzende Verfehlung handelt, würde sich m.E. eine als blosse Übertretung i.S.v. Art. 103 StGB auszugestaltende Bussgeldregelung rechtfertigen, welche in ihrer Höhe auf CHF 10'000.- beschränkt ist.[66]

Um auch der *Wiedergutmachungsfunktion* der Entschädigung Berücksichtigung zu verschaffen, darf es bei der Strafsanktion nicht sein Bewenden haben. Hierfür bestünde die Möglichkeit, die Entschädigung als solche beizubehalten, dieser jedoch ausschliesslich eine Wiedergutmachungsfunktion zuzuerkennen. Die Bemessung der Entschädigung *de lege ferenda* sollte sich allerdings nicht mehr am (zu erwartenden) individuellen Monatslohn orientieren, da dies dazu führen würde, dass besser verdienende Personen für dieselbe persönlichkeitsverletzende Nichtanstellung generell eine höhere Entschädigung erlangen könnten. Viel sinnvoller erscheint es die Entschädigungen dem *pflichtgemässen Ermessen* der Gerichte – ohne Bindung an Höchstgrenzen bzw. Plafonierungsregelungen bei mehreren diese ansprechenden Personen – anheimzustellen.

Durch eine solche Separierung der beiden Entschädigungsfunktionen könnte der *Finanzkraft* der Arbeitgeberschaft im Rahmen der *strafrechtlichen* Sanktionierung adäquat Rechnung getragen werden, ohne dass dies zu stossenden Unterschieden in der Höhe der Entschädigung von klagenden Personen, welche in vergleichbarer Weise diskriminiert worden sind, führen würde. General- und Spezialprävention könnten spielen und es wäre sichergestellt, dass das Diskriminierungsverbot auch in Grossunternehmen nicht schadlos unbeachtet bliebe.

Ob die Verankerung einer Geldstrafe den für die Umsetzung erforderlichen politischen Rückhalt finden kann, ist hingegen fraglich, zumal Nationalrätin HUBMANN sowie die Mitunterzeichnenden am 08.02.2006 eine Motion[67] mit dem Auftrag an den Bundesrat einreichten, *«dem Parlament eine Änderung des Gleichstellungsgesetzes zu unterbreiten, sodass bei Verstössen gegen dieses Gesetz massiv höhere Entschädigungen an Diskriminierungsopfer und auch Bussen ausgesprochen werden können»* und dabei sowohl im Bundesrat als auch im Nationalrat[68] auf Ablehnung stiessen. In seiner Antwort vom 17.05.2006 hielt der Bundesrat fest, dass die Einführung von Bussen als Sanktion eine rechtspolitische Frage sei, auf welche seiner Ansicht nach verzichtet werden sollte. Ob die Umsetzungschancen ohne die Forderung nach einer massiven Erhöhung der Entschädigung gestiegen wären, ist zwar zu vermuten, bleibt aber spekulativ.

---

64 Art. 225-1 und Art. 225-2, in der Fassung vom 09.02.2004.
65 Art. 34 Abs. 2 StGB.
66 Art. 106 Abs. 1 StGB.
67 Geschäftsnummer 06.3032.
68 Amtl. Bull. NR 2007, S. 147, mit 88 zu 67 Stimmen.

5. Ausgewählte Praxisbeispiele ab 2017 zu finden auf www.gleichstellungsgesetz.ch

1. Zürich Fall 437: Diskriminierende Nichtanstellung einer Radiomitarbeiterin

19.11.2020: Die Schlichtungsbehörde erzielt einen Vergleich.

Eine Radiomitarbeiterin bewirbt sich am 28.04.2020 als *«Manager Operations Radio».* Nach der telefonischen Zusage und einem Gespräch über die Anstellungsbedingungen teilt sie mit, dass sie sich in der 12. Schwangerschaftswoche befinde. Ihr wird darauf mitgeteilt, dass dies mit der Geschäftsleitung besprochen werden müsse. Am 17.06.2020 erhält sie telefonisch die Mitteilung, dass sie keine Anstellung erhalten würde, weil sie wegen des Mutterschaftsurlaubs von Januar bis April 2021 ausfallen würde. Eine Stellvertretung könne nicht organisiert werden und zudem sei zu befürchten, dass sie wegen Schwangerschaftsproblemen ausfallen könnte. In der Folge stellt das Medienunternehmen einen männlichen Bewerber ein.

Am 14.09.2020 reicht sie ein Gesuch bei der Schlichtungsbehörde ein und beantragt eine Entschädigung von drei Monatslöhnen wegen diskriminierender Nichtanstellung. Das Unternehmen macht geltend, dass die Absage nur erfolgt sei, weil sie nur zu 80 % statt zu 100 % habe arbeiten wollen. Ein reduziertes Pensum für die neu geschaffene Stelle sei nicht möglich gewesen. Die Bewerberin stellt dies in Abrede; sie habe nur nachgefragt, ob auch ein reduziertes Pensum möglich wäre.

Erwägungen/Entscheid

Die Schlichtungsbehörde kommt zum Schluss, dass die nachträgliche Absage wegen der Mitteilung der Schwangerschaft erfolgt sei. Die Parteien einigten sich auf eine Entschädigung von zwei Monatslöhnen.

2. Bern Fall 152: Diskriminierende Nichtanstellung einer Nachtportierin

07.11.2019: Die Schlichtungsbehörde schreibt das Verfahren ab

Eine Nachtportierin bewirbt sich im September 2018 auf eine Stellenausschreibung als *«Front Office Agent/Night Auditor **(m)**».* Sie erhält eine Absage. Noch im gleichen Monat bewirbt sie sich erneut auf dieselbe Stelle, da diese wieder ausgeschrieben worden ist. Im Bewerbungsschreiben bittet sie um Rückmeldung, falls ihre Bewerbung chancenlos sei. Im Oktober 2018 antwortet die Arbeitgeberin ihr per Mail. Darin erklärt sie, dass sie aufgrund der gemachten Erfahrungen männliche Mitarbeiter bevorzugen würde und mit dem Inserat nur männliche Bewerber angesprochen worden seien.

Im April 2019 wird erneut eine Stelle als *«Night Audit **(m/w)** 100%»* ausgeschrieben, worauf sie sich nochmals bewirbt. Per Mail erhält sie wiederum eine Absage. Zur Begründung verweist die Arbeitgeberin auf die Erklärungen der früheren Absagen und führt zusätzlich aus, dass sie keine Chance auf eine Anstellung habe, da sie eine Frau sei.

Daraufhin kontaktiert ihr Anwalt im Juni 2019 die Arbeitgeberin und fordert eine Entschädigung wegen diskriminierender Nichtanstellung. Die Arbeitgeberin bestreitet jegliche Diskriminierung und ist nicht bereit, eine Entschädigung zu bezahlen. Der Anwalt reicht am 05.07.2019 ein Schlichtungsgesuch ein und macht geltend, sie sei bloss aufgrund ihres Geschlechts nicht angestellt worden, was eine Diskriminierung darstelle. In ihrem Namen fordert er eine Entschädigung von CHF 15'957.45 (drei Monatslöhnen).

Entscheid

Noch vor der Schlichtungsverhandlung können sich die Parteien aussergerichtlich einigen. Die Arbeitgeberin erklärt sich dazu bereit, der Nachtportierin CHF 5'320.- zu bezahlen. Aufgrund der aussergerichtlichen Einigung schreibt die Schlichtungsbehörde das Verfahren ab.

3. Zürich Fall 406: Diskriminierende Nichtanstellung eines Kindererziehers
04.11.2019: Die Schlichtungsbehörde erzielt einen Vergleich
Ein Kindererzieher bewirbt sich bei einer Kinderkrippe. Obwohl er die erforderliche Ausbildung mitbringt und ihm mitgeteilt wird, dass seine Unterlagen sehr vielversprechend wirken würden, erhält er eine Absage. Momentan wolle man keinen männlichen Mitarbeiter einstellen. In anderen Kinderkrippen seien männliche Kindererzieher sexuell übergriffig geworden. Deshalb seien teilweise auch die Eltern nicht erfreut, wenn ihre Kinder von einem männlichen Mitarbeiter betreut werden. Ausserdem könne man ihn aufgrund der beschränkten Mittel nicht in einem allfälligen Rechtsstreit mit den Eltern unterstützen.

Der Kindererzieher macht vor der Schlichtungsbehörde eine Entschädigung von CHF 13'500.- (entsprechend drei Monatslöhnen) wegen diskriminierender Nichtanstellung geltend.

Erwägungen/Entscheid
Die Schlichtungsbehörde geht von einer Anstellungsdiskriminierung aus.
Die Parteien einigen sich auf eine Entschädigung von CHF 8'000.-.

4. Luzern Fall 18: Anstellungsdiskriminierung einer Agronomin
26.09.2016 Die Schlichtungsstelle erteilt die Klagebewilligung
26.01.2017 Das Arbeitsgericht weist die Klage ab
03.04.2018 Das Kantonsgericht heisst die Beschwerde teilweise gut
Die Klägerin bewirbt sich im Jahr 2016 auf die Stelle *«**Agronom** ETH oder FH 100 %»*, kurz darauf erhält sie eine Absage. Auf Nachfrage hin begründet die Beklagte die Absage damit, dass sie einen männlichen Angestellten suche, *«da sie es nicht verantworten könne, für die Verantwortungsregion Afrika und Naher, Mittlerer Osten eine weibliche Person alleine dorthin reisen zu lassen»*.

Sie macht vor Arbeitsgericht eine Anstellungsdiskriminierung (Art. 3 GlG) geltend. Sie legt dar, das Stellenanforderungsprofil sei wie auf sie zugeschnitten gewesen. So verfüge sie über die erforderlichen Fachtitel und bringe entsprechende Berufserfahrung in verschiedenen Länderregionen mit, in welchen die Beklagte den Marktaufbau und -ausbau ihrer Produkte (Biopflanzenschutzmittel) ins Auge fasse. Sie habe sich bereits in unterschiedlichen Ländern im Arbeitskontext behauptet und kenne zudem die Arbeits- und Verhaltensweise sowie die Traditionen in muslimischen Ländern aus erster Hand. Weiter führt sie aus, dass die Reisetätigkeit lediglich einen geringen Teil des Arbeitspensums umfasse. Sie fordert eine Entschädigung in der Höhe eines Bruttomonatslohns.

Die Beklagte führt zwei Argumente an, weshalb sie die Stelle unbedingt mit einem Mann besetzen will: Einerseits beruft sie sich auf ihre Fürsorgepflicht als Arbeitgeberin, ohne jedoch im Detail auszuführen, wovor die Frau im vorliegenden Fall geschützt werden soll. Andererseits sei es ihr Ziel, in gewissen islamischen Ländern wirtschaftlich erfolgreich zu sein. Dafür genüge nicht, sich als Person in einem Land bewegen zu können. Wichtig sei in erster Linie, dass Geschäfte abgeschlossen werden könnten und dies sei im vorliegenden Fall mit einer Frau als Geschäftspartnerin schwierig, da Frauen als Geschäftspartnerinnen vielfach nicht akzeptiert würden. Die Beklagte führt weiter aus, sie fördere Mitarbeitende ungeachtet des Geschlechts und wähle ihre Mitarbeitenden geschlechtsneutral aus – bei der vorliegenden Stelle handle es sich um eine Ausnahme. Das Arbeitsgericht befragt nebst den beiden Parteien zusätzlich noch den Zeugen C (Angestellter der Beklagten), der massgeblich am Entscheid, männliche Kandidaten zu bevorzugen, mitgewirkt hat. Dieser führt aus, dass die im Verantwortungsbereich liegenden Regionen *«sehr anspruchsvoll»* seien. Zwar habe eine Geschäftsbeziehung mit einer weiblichen Person für die direkten Geschäftspartner nie ein Problem dargestellt. Es gäbe jedoch Probleme mit Zwischenhändlern, *«welche in den konservativen Gebieten ansässig seien und frauenfeindliche Werthaltungen vertreten könnten»*.

Erwägungen/Entscheid Arbeitsgericht
Es stellt sich die Frage, ob das Geschlecht im gegebenen Fall für den Arbeitsplatz eine unabdingbare Voraussetzung darstellt oder nicht. Laut Arbeitsgericht ist es fraglich, ob bei Fällen mit Auslandbezug ein ähnlich strenger Massstab gilt wie bei Fällen mit reinem Inlandbezug. Das Gericht wirft diese Frage jedoch lediglich auf, ohne weiter darauf einzugehen. Es stellt fest, dass es sich beim Einsatzgebiet der Stelle um teilweise muslimische Regionen handle. Dabei umfasse der Tätigkeitsbereich u.a. den Verkauf von Produkten (Biopflanzenschutzmittel) in ruralen Gebieten. Für diese Stelle sei es unumgänglich, dass Kontakte mit Kunden und Zwischenhändlern geknüpft werden könnten. Sollte einer Frau die Zusammenarbeit verweigert werden, so sei es für sie kaum möglich, Produkte im gleichen Ausmass wie ein männlicher Mitarbeiter vertreiben zu können. Die Tatsache, dass die Reisetätigkeit der Stelle lediglich einen geringen Prozentanteil umfasse, ändere nichts daran, da der Vertrieb der Produkte auch mittels schriftlicher Kommunikation geschehe. Auch sei es nicht von Bedeutung, dass die Klägerin bereits in ähnlichen Regionen Erfahrung gesammelt habe, da ihre früheren Tätigkeiten nicht mit der ausgeschriebenen Stelle vergleichbar seien. Laut Arbeitsgericht überwiegt das wirtschaftliche Interesse der Beklagten, ihre Produkte in muslimischen Ländern erfolgreich vermarkten zu können, gegenüber dem Gleichstellungsinteresse der Klägerin. Somit erachtet das Gericht die Ungleichbehandlung als sachlich gerechtfertigt und verneint eine Anstellungsdiskriminierung.

03.04.2018: Das Kantonsgericht heisst die Beschwerde teilweise gut
Für die Begründung, dass Frauen als Geschäftspartnerinnen nicht akzeptiert seien, fehlen dem Kantonsgericht die Beweise. Es kann entgegen der Vorinstanz weder als gerichtsnotorisch noch als notorisch angesehen werden, dass Frauen in mehreren muslimischen Ländern – und dort v.a. in ländlichen Gebieten – Schwierigkeiten hätten, als Geschäftspartnerinnen akzeptiert zu werden. Die Beklagte hat daher gestützt auf Art. 8 ZGB den Beweis zu erbringen, dass dies in den betroffenen muslimischen Ländern der ausgeschriebenen Stelle zutreffend ist bzw. war. Die Beklagte stütze sich bloss auf ihre eigenen Aussagen und die Zeugenaussage eines Beteiligten am Abweisungsentscheid. Die Stelle sei ausserdem noch nie von einer Frau besetzt worden. Die Beklagte habe deshalb noch gar keine schlechten Erfahrungen mit dem Entsenden von Frauen in die entsprechenden Regionen machen können. Es geht ferner nicht an, dass die Vorinstanz ohne entsprechende Beweiswürdigung als bewiesen ansieht, dass selbst die schriftliche Kommunikation mit einer Frau nicht akzeptiert bzw. ignoriert werde. Aus diesen Gründen kann die Beklagte nicht beweisen, dass die Geschäftspartner in den Drittstaaten eine Frau nicht akzeptieren würden und sie deshalb wirtschaftliche Einbussen hinnehmen müsste. Folglich handelt es sich um Vorurteile der Beklagten selber und um unbewiesene Wertvorstellungen Dritter. Für die Abweisung der Naturwissenschaftlerin gebe es keinen sachlichen Grund, weshalb eine Anstellungsdiskriminierung vorliege.

Das Kantonsgericht heisst die Beschwerde teilweise gut. Es hebt den Entscheid des Arbeitsgerichts auf. Es spricht der Klägerin jedoch nicht den beantragten Monatslohn zu, sondern setzt eine Entschädigung von einem halben Monatslohn fest. Diese geringe Entschädigung lasse sich dadurch rechtfertigen, dass der Beklagten kein schwerwiegendes Fehlverhalten vorgeworfen werden könne. Die Beklagte habe zwar nicht beweisen können, dass Frauen in den entsprechenden Regionen tatsächlich nicht als Geschäftspartnerinnen akzeptiert werden, doch könne dies auch nicht klar verneint werden. Zudem stünden die Chancen der Klägerin, welche keinen Masterabschluss vorweisen könne, auch in einem diskriminierungsfreien Anstellungsverfahren schlecht.
Quelle: Kantonsgerichtsentscheid LGVE 2018 I Nr. 3 vom 03.04.2018

Literaturverzeichnis

DOMSCH MICHEL E./ LIEBERUM UTA BARBARA	Chancengleichheit auf dem Stellenmarkt: eine empirische Anzeigenanalyse, Wirtschaftswissenschaftliches Studium (WiSt), 3/1997, S. 161–165.
ENGELBRECH GERHARD/ KRAFT HERMINE	Sind Frauen das zukünftige Innovationspotential?, Gegenwärtige Hemmnisse und berufliche Möglichkeiten von Frauen – Ergebnisse einer Betriebsbefragung, Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (MittAB), 1/1992, S. 13–26.
ENGLER NINA	Strukturelle Diskriminierung und substantielle Chancengleichheit, Eine Untersuchung zu Recht und Wirklichkeit der Vereinbarkeit von Familie und Beruf im Gemeinschafts- und Verfassungsrecht, Dargestellt am Beispiel der mittelbaren Diskriminierung von Frauen in Teilzeitbeschäftigung, Diss. Jena/Frankfurt a.M. 2004/2005.
FERRO LUZZI GIOVANNI/ FLÜCKIGER YVES/ SILBER JACQUES	Der Einfluss der beruflichen Segregation auf die Lohndifferenz zwischen Frauen und Männern – eine ökonomische Analyse, in: NADAI EVA/BALLMER-CAO THANH-HUYEN (Hrsg.), Grenzverschiebungen, Zum Wandel des Geschlechterverhältnisses in der Schweiz, Zürich/Chur 1998, S. 217–242.
HÖPFLINGER FRANÇOIS/ CHARLES MARIA/ DEBRUNNER ANNELIES	Familienleben und Berufsarbeit: Zum Wechselverhältnis zweier Lebensbereiche, Zürich 1991.
LORENZEN BERND/ WESTERMANN FRITZ	Einführung neuer Mitarbeiter, in: WAGNER DIETER/ZANDER ERNST/HAUKE CHRISTOPH (Hrsg.), Handbuch der Personalleitung, Funktionen und Konzeptionen der Personalarbeit im Unternehmen, München 1992, S. 571–584.
SCHLIEMANN HARALD (Hrsg.)	Das Arbeitsrecht im BGB, Kommentar, 2. Aufl., Berlin/New York 2002. [zit. Bearbeiter*in, in: SCHLIEMANN]
SMUTNY PETRA	Gutachten gemäss § 5 Abs. 1 Gleichbehandlungsgesetz zum Gebot der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung (§ 2c GlBG), Wien 2000.
THÜSING GREGOR	Zulässige Ungleichbehandlung weiblicher und männlicher Arbeitnehmer – Zur Unverzichtbarkeit i.S. des § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB, RdA 5/2001, S. 319–325. [zit. RdA 2001]
UEBERSCHLAG JAKOB	Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Art. 3 Abs. 2 GlG); Unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Rechts, Diss. Luzern 2009.