

DIE DISKRIMINIERUNG «AUFGRUND DES GESCHLECHTS» IM SINNE DES GIG: EIN KONZEPT IN ENTWICKLUNG?

Prof. Dr. Karine Lempen

Zusammenfassung der Thesen des Beitrags *Repenser la discrimination « à raison du sexe » au sens de la loi fédérale sur l'égalité (LEg) à la lumière de la CEDEF*

in Zeitschrift für Schweizerisches Recht 2021 II 191 (ZSR 2021 II 191)

1. Um die Wirksamkeit des GIG zu verbessern, sollte bei der Auslegung des Begriffs der Diskriminierung «aufgrund des Geschlechts» (Art. 3 GIG) die Entwicklung dieses Konzepts seit den frühen 1990er Jahren stärker mitberücksichtigt werden. In der jüngsten Rechtsprechung des CEDAW-Ausschusses, des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Gerichtshofs der Europäischen Union spiegelt sich diese Entwicklung, lässt sich doch namentlich eine zunehmende Berücksichtigung der schädlichen Auswirkungen von Geschlechterstereotypen (Art. 5 CEDAW) auf die Gesellschaft feststellen.
2. Ein fundierteres Verständnis der Diskriminierung «aufgrund des Geschlechts» zieht die Ausweitung des Anwendungsbereichs des GIG auf Diskriminierungen aufgrund vorgefasster, «standardisierter» Männlichkeits- oder Weiblichkeitserwartungen – insbesondere wegen des Aussehens, des Erscheinungsbildes, des Verhaltens oder der emotionalen und sexuellen Orientierung (wenn beispielsweise ein Mann von seinen Kollegen belästigt wird, indem sie ihn wegen seines zierlichen Körperbaus, seiner Art, wie er die Vaterrolle wahrnimmt oder wegen seiner Homosexualität als «Weichei» betiteln) – nach sich.
3. Bei einer *direkten* Diskriminierung aufgrund des Geschlechts muss geprüft werden, ob es einen kausalen Zusammenhang zwischen der strittigen Massnahme (z. B. die Verweigerung einer Beförderung) und dem Kriterium «Geschlecht» gibt, ohne sich dabei auf einen Vergleich von Personen des weiblichen mit Personen des männlichen biologischen Geschlechts zu beschränken. Das Durchbrechen dieser binären Sichtweise ermöglicht es beispielsweise, die Lohndiskriminierung zwischen Frauen aufgrund von Mutterschaft oder die Diskriminierung von Transmenschen aufgrund ihrer Identität zu erfassen. Bei einer *indirekten* Diskriminierung wiederum darf man nicht vergessen, dass eine scheinbar geschlechtsneutrale Massnahme auch dann eine diskriminierende Wirkung haben kann, wenn es nicht möglich ist, einen erheblichen Unterschied bei den Frauen- bzw. Männeranteilen in den von der Massnahme betroffenen Gruppen festzustellen. Anhand einer *qualitativen* (und nicht quantitativen) Analyse kann beispielsweise die diskriminierende Wirkung einer Vorschrift, die das Tragen jeglicher Kopfbedeckung im Unternehmen verbietet, aufgezeigt werden. Quantitativ mag diese Regelung gleich viele Frauen wie Männer betreffen, qualitativ aber kann sie besonders schwerwiegende Folgen für Frauen mit einer bestimmten Religion oder ethnischen Herkunft haben.
4. Soweit uns bekannt ist, wurde bisher in Gerichtsverfahren im Zusammenhang mit dem GIG noch nie eine Mehrfachdiskriminierung geltend gemacht. Eine solche könnte beispielsweise bei der Festlegung der Entschädigung nach Art. 5 GIG, deren Höhe «unter Würdigung *aller Umstände*» festgesetzt werden muss, berücksichtigt werden. Eine Arbeitnehmerin, die sowohl aufgrund ihres Geschlechts wie auch ihrer Behinderung diskriminiert wird, kann ausserdem einen Anspruch auf angemessene Vorkehrungen im Sinne des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtskonvention BRK) geltend machen, wobei die Vorkehrung beispielsweise in der Bereitstellung eines Stillzimmers, das für Arbeitnehmerinnen im Rollstuhl zugänglich ist, bestehen kann.
5. Eine vermehrte Berufung auf «Mehrfach»-Diskriminierung, auf Diskriminierung «durch Assoziierung» und auf den «Anspruch auf angemessene Vorkehrungen» im Sinne der BRK würde zu einer breiteren Rechtsprechung zum GIG beitragen und die Wirksamkeit dieses Gesetzes verbessern.