

Margrith Bigler-Eggenberger

Vortrag am 10. September 2004 in Bern – Konferenz der Schlichtungsstellen für Gleichstellungsfragen

Das Gleichstellungsgesetz in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung : Tatbestände und Verfahrensgrundsätze

Ich freue mich, Sie als Vertreterinnen der ersten Stufe in der Hierarchie des Gleichstellungsgesetzes kennen lernen zu dürfen. Ihre Arbeit besteht im Schlichten einer Arbeitsstreitigkeit im Sinne des Art. 11 GIG. Sie haben somit zur Aufgabe, die Arbeitnehmerinnen und allenfalls auch die Arbeitgeberschaft zu beraten und zu versuchen, eine von beiden Seiten akzeptierbare Einigung im Arbeitsstreit zu finden. In dieser Aufgabe steht Ihnen mehr **Freiheit** zu als den Gerichten, die sich im mehr oder weniger engen Korsett des Zivilprozess- oder Administrativverfahrens zu bewegen haben. Dem Bundesgericht, das sich als letzte Instanz mit streitigen Arbeitsverhältnissen und Diskriminierungsfragen zu befassen hat, steht zwar noch weniger Freiheit zu als den kantonalen Instanzen; aber es hat zumindest die Möglichkeit, den Rahmen des einschlägigen Verfassungs- und Bundesrechts zu umschreiben und damit zu sagen, was alles darin Platz hat. Ich möchte Ihnen diesen Rahmen von Verfassung und Gesetz aus meiner persönlichen Sicht aufzeigen, den das Bundesgericht in formeller und materieller Hinsicht in den Verfahren um die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann gezogen hat.

I. Einleitung

Ich weiss nicht, wie es Ihnen geht, aber ich bin jedes Mal aufs Neue empört, wenn ich die neuesten Lohnstatistiken zu sehen bekomme. Es ist m.E. unglaublich, dass all das, was wir in unserer Jugend bereits als Ungerechtigkeit bekämpft haben, weiter gilt, dass immer noch Frauen um gleiche Chancen im Arbeitsleben und insbesondere um gleichen Lohn für gleiche und gleichwertige Arbeit kämpfen müssen. Sie alle haben wohl den eindrücklichen Satz irgendwann einmal gehört, der sich in einem bereits Jahre alten Bericht der UNO zur wirtschaftlichen Stellung der Frauen findet und der da lautet:

„Die Frauen machen mehr als die Hälfte der Weltbevölkerung aus, leisten fast 2/3 der Arbeitsstunden, erhalten einen Zehntel des weltweiten Einkommens und besitzen weniger als einen Hundertstel der weltweiten Güter.“

Dass sich an der Tatsache der Schlechterstellung von Frauen in der Arbeitswelt weder auf internationalem Boden noch auch in der Schweiz trotz Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV viel verändert hat, ist unbegreiflich, selbst wenn man weiss, wie schwierig Veränderungen im Verhältnis

von Frau und Mann in einem immer noch stark männerbetonten gesellschaftlichen Umfeld zu verwirklichen sind.¹ Es ist unerhört, dass Frauen an ihrem Arbeitsplatz gemobbt oder gar sexuell belästigt werden. Es ist ebenso unerhört, dass Frauen in der Privatwirtschaft, aber teils auch noch in öffentlichrechtlichen Anstellungen nach wie vor bis zu 21 % weniger verdienen als Männer in gleichen oder gleichwertigen beruflichen Positionen. Frauen finden sich immer noch vor allem in sog. typischen Frauenberufen, die sich i.d.R. durch schlechte Entlohnung auszeichnen, und je höher in der Hierarchie wir gehen, umso weniger Frauen sind zu finden.² Und dies, obwohl der Verfassungsgrundsatz vorerst seit 1981 in Art. 4 Abs. 2, sodann in Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV und seit 1. Juli 1996 ebenso das **Gleichstellungsgesetz** jede Diskriminierung im Lohn- und Arbeitsbereich untersagen.

II.- Sachverhalte

1.- **Verfassungsvorschrift und GIG** sind ein grundsätzlich effizientes Werkzeug zur Verbesserung dieser unerfreulichen Situation. Wird es auch genutzt? Ich habe keine Zahlen, wie viele Frauen sich bei Ihnen jährlich melden und wie viele das mühsame Gerichts- oder Administrativverfahren in den Kantonen durchlaufen. Das Bundesgericht hat sich seit 1983, somit seit den ersten Entscheiden zu Fragen der Frauendiskriminierung im Lohnbereich, nur ungefähr um die 50 Male mit dem Grundsatz des gleichen Lohnes für gleiche und gleichwertige Arbeit befassen müssen. Unter der Herrschaft des Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BV konnte nur die Frage nach **diskriminierender Behandlung im Besoldungsbereich** dem Bundesgericht je nach kantonalem Verfahren mit staatsrechtlicher Beschwerde oder – für öffentlichrechtlich Angestellte der Kantone – mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterbreitet werden. Private Arbeitsverhältnisse konnten sich grundsätzlich ebenfalls auf diese Verfassungsbestimmung berufen. Denn Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BV war eine sogen. **Doppelnorm**, die auch privatrechtliche Arbeitsverhältnisse umfasst. Das hat das Bundesgericht bereits sehr früh festgehalten und das entsprach auch der Meinung der Gesetzgebenden. Doch entsprechende Verfahren blieben nach einem ersten misslungenen Versuch im Jahre 1987 bis in die Mitte der 90er Jahre aus.³ Erst in den letzten Jahren haben – jedenfalls vor Bundesgericht – privatrechtliche Auseinandersetzungen um Frauendiskriminierung wieder etwas zugenommen.

2.- Wer waren die Frauen – oder auch Männer⁴-, die sich bisher um ihre Gleichstellung im Arbeitsleben bemüht haben?

¹ Agenda 2003 der Frauen, 23.11.2003

² Vgl. Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann/Bundesamt für Statistik, Auf dem Weg zur Gleichstellung?, Neuenburg 2004

³ BGE 113 Ia 117: Schauspielerin A c. X und Kanton Waadt

⁴ Es gab auch einige wenige Lohnklagen von Männern, die meinten, sich auf Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BV(neu Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV) stützen zu können. Doch in dieser Hinsicht hat das Bundesgericht die Klagen und Beschwer-

1.- Die Ersten waren die **Zürcher Krankenschwestern**. Sie zeigten Mut und Ausdauer, war es doch schwierig, zum ersten Mal sich mit der Vergleichbarkeit ihrer Arbeit mit Tätigkeiten von Männerberufen wie Sanitätspolizei, Strassenmeister u.a.m. auseinanderzusetzen und mussten sie doch nahezu 10 Jahre lang und mit dreimaligem Gang ans Bundesgericht gegen ihre lohnmässige Diskriminierung kämpfen.⁵ Die **Berner Arbeitslehrerinnen** – allerdings mit weniger Erfolg⁶ sowie die **Berner Krankenschwestern**⁷ setzten die Serie fort. Es finden sich sodann Beschwerden der **Kindergärtnerinnen und Kindergärtner** verschiedener Kantone⁸, von **Sozialarbeiterinnen**⁹ und **Physiotherapeutinnen**¹⁰ oder **Berufsschullehrerinnen**; ferner eine **Abteilungsleiterin** im Informatikbereich¹¹; aber auch **Direktionssekretärinnen**, die sich teilweise mit Erfolg gegen eine diskriminierende Schlechterstellung verwehrten¹²– allerdings in einem Fall dauerte dies ebenfalls drei Verfahren lang, weil das Bundesgericht mit den kantonalen Abklärungen unzufrieden war und die Sache zu neuen Feststellungen zurückwies. Doch der Erfolg trat schliesslich voll ein, aber erst nach der Pensionierung der beiden Frauen.¹³

2.- Es waren somit vor allem **Frauen in öffentlichrechtlichen Anstellungen**, die sich gegen lohnmässige und geschlechtsbedingte Diskriminierungen zur Wehr setzten und nahezu immer „ein bisschen“ Recht bekamen. In Anstellungsverhältnissen der Privatwirtschaft steht es grundsätzlich noch schlechter mit Diskriminierungen von Frauen als bei öffentlichrechtlich Angestellten.¹⁴ In diesem Bereich ist die Zurückhaltung, sich in ein Gerichtsverfahren einzulassen, aus verschiedenen Gründen sehr viel grösser. Es war eine **Schauspielerin**¹⁵, die sich als erste bereits anfangs der 80er Jahre als Erste gegen eine Diskriminierung in den Anstellungsbedingungen zu Wehr gesetzt hat – jedoch zum Erstaunen vieler Frauen ohne Erfolg. Dieser Entscheid war eine kalte Dusche, umso mehr, als sich die Folgen für solche mutige Frauen in deren persönlichem und im Berufsleben zeigten. Frauen, die sich für ihre Rechte wehren, sind nicht gerne gesehen. Sie haben es auch heute noch – trotz politischer

den stets unter dem Gesichtspunkt der allgemeinen Gleichheitsbestimmung in Art. 4 Abs. 1/8 Abs. 1 resp. Art. 9) BV gestützt.

⁵ Entscheide vom 11.11.1983; vom 10.10.1986; 14.05.1987.

⁶ BGE 117 Ia 262

⁷ BGE 125 I 71

⁸ BGE 120 Ia 95 (Zürich); 124 II 409 und 124 I 223 (Olten); 124 II 223 (Däniken); 125 I 14 (Basel); 125 II 530 (Bern); usw.

⁹ BGE vom 2.10.1998

¹⁰ BGE 124 II 442 (Hauswirtschaftslehrerinnen Zürich)

¹¹ BGE vom 8.7.1998

¹² BGE vom 8.06.1998 (Solothurn)

¹³ Wallis: BGE vom 14.12.1989 i.S. N.B.c.Tadm Valais, wobei den Klägerinnen erst nach dreimaligem Entscheid des Bundesgerichts und nach ihrer Pensionierung Recht gegeben wurde; Solothurn: BGE vom 8.6.1998 i.S. H.F.-S. gg. RR Solothurn

¹⁴ Gestützt auf Art. 4 Abs. 2/8 Abs. 3 BV: 14 Beschwerden; gestützt auf das GIG 21 Beschwerden und Klagen

¹⁵ BGE 113 Ia 107

und grundsätzlich auch gesellschaftlicher Gleichstellung – schwer, sich ohne schlimme Folgen weiterer Diskriminierungen durchzusetzen.¹⁶

Sodann findet sich ein paar Jahre später ein Entscheid einer **Journalistin**¹⁷ sowie zwei, drei Entscheide über die Klage von **Angestellten und einer Kaderfrau** in einem grösseren Finanzunternehmen. Diese letzten privatrechtlichen Diskriminierungsentscheide zeigen im Übrigen, dass sich das Bundesgericht sehr viel bewusster um die schwierige Stellung diskriminierter Berufsfrauen geworden ist.¹⁸

III.- Wie wird versucht, den Diskriminierungen im Arbeitsleben zu begegnen?

1.- Der Verfassungsgrundsatz.

a) Wie gesagt, besteht seit 1981 in der Verfassung die Vorschrift, dass Mann und Frau bei gleichwertiger Arbeit gleich zu entlohnen sind. Diese Verfassungsbestimmung hat dem Bundesgericht Anlass dazu geboten, zu verschiedenen Problemen Stellung zu nehmen. Das war vor Einführung des GIG nötig, um der Verfassungsbestimmung einen rechtlichen Inhalt zu geben, zu sagen, was darunter zu verstehen sei, damit sich der Grundsatz der diskriminierungsfreien Entlohnung in der Praxis durchsetzen liess. Klargestellt wurde denn auch, dass mit Art. 4 Abs. 2 resp. heute Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV ausschliesslich **Lohnklagen gemeint sind**, die aber nunmehr nicht nur den öffentlichen, sondern ebenso den **privaten** Bereich betreffen. Klar ist auch, dass eine **geschlechtsbedingte** Diskriminierung geltend gemacht werden muss, d.h. das Verfassungsprinzip konnte und kann nur angerufen werden, wenn eine **Benachteiligung von Frauen gegenüber Männern** geltend gemacht wird. Alle andern Lohnbenachteiligungen – zwischen Männern, zwischen Frauen oder in gemischten Berufen – werden unter den allgemeinen Rechtsgleichheitssatz subsumiert und werden nur unter dem Gesichtswinkel der Willkür geprüft.

b) Bereits lange vorher – nämlich 1977 - wurde entschieden, dass eine ungleiche Entlohnung von Frauen und Männern bei **gleicher Arbeit** die Verfassung verletzt. Es ging damals um eine Lehrerin, die sich über eine ungleiche und damit diskriminierende Entlohnung gegenüber ihren Kollegen beklagt hatte. Das war sozusagen ein erster Durchbruch, wobei dieser wohl nur deswegen gelang, weil einerseits die **Volksinitiative** „Gleiche Rechte für Mann und Frau“ als Ergebnis des UNO-Jahres der Frau 1975 kurz vor der Abstimmung stand und

¹⁶ Es wird immer wieder über Anfeindungen durch Aussenstehende, durch Leserbriefschreiber, aber auch durch Mitarbeitende oder Politiker – z.B. gegen die Lohnforderungen und –nachzahlungen der Kindergärtnerinnen des Kantons Solothurn – berichtet.

¹⁷ BGE 125 III 368 ; 216 E.5

¹⁸ Vgl. Den neuesten Entscheid BGE 130 III 145 : Kaderfrau, die sowohl bezüglich der Beförderung als auch betr. Besoldung und Bonus diskriminiert worden ist und vollumfänglich Recht erhalten hat.

weil im Übrigen bereits seit anfangs der 70er Jahre die meisten Kantone Lehrerinnen und Lehrer lohnmassig gleich gestellt hatten.¹⁹

c) Die Klagen und Beschwerden, die **nach 1981** dem Bundesgericht unterbreitet worden sind, beziehen sich somit alle auf den **Vorwurf diskriminierender Entlohnung**. Andere Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, wie etwa diskriminierende Nichtanstellung, Ausschluss aus innerbetrieblicher Weiterbildung oder gar wegen sexueller Belästigung fielen nicht unter den Verfassungsartikel von 1981. Allenfalls hätte man mit privatrechtlicher Klage und Berufung insbesondere Vorwürfe wegen sexueller Belästigung und Mobbing gestützt auf Art. 328 Abs. 2 OR oder Art. 28 ff. ZGB wegen Verletzung der Persönlichkeit erheben können. Doch diese Möglichkeit wurde m.W. nur einmal ergriffen. Der Entscheid ist publiziert in BGE 112 II 141 E.2, 3.

d) Von Anfang an hat das Bundesgericht festgehalten, dass der Lohngleichheitssatz der Verfassung sich **sowohl auf öffentlichrechtliche wie auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse** bezieht. Das war bereits ein enormer Fortschritt, liessen sich doch nun erstmals Lohnklagen auch gegen private Arbeitgeber/innen wegen Diskriminierung dem Bundesgericht gestützt auf Satz 3 auf dem Wege einer Berufung unterbreiten. Diese Charakteristik von Art. 4 Abs. 2/8 Abs. 3 Satz 3 BV als **Doppelnorm, die öffentlich- wie privatrechtliche Streitigkeiten umfasst**, war indessen nur eine geringe Hilfe: Die Schwierigkeiten eines zivilrechtlichen Gerichtsverfahrens mit strenger Beweisaufgabe und mit Streitwerterfordernissen erwiesen sich trotz Art. 343 OR als abschreckend.²⁰ Es war deshalb unter diesem Gesichtspunkt wichtig, dass das GIG geschaffen wurde. das als eine Art Ausführungsgesetz zur Verfassung dient und diese konkretisiert.

e) Bereits vor Einführung des GIG hielt das Bundesgericht in verschiedenen Entscheiden auch fest, dass die Kantone den beschwerdeführenden Frauen **ein gerichtliches Verfahren** zu öffnen haben, um den Vorwurf einer geschlechtsbedingten Lohnungleichheit rechtlich überprüfen zu können.²¹ Und zwar soll dies sowohl für die Überprüfung von (kantonalen) Besoldungsordnungen als auch für Einzelentscheide gelten. Einige Kantone waren nämlich der Meinung, in öffentlichrechtlichen Anstellungsverhältnissen gehe es nicht an, **Besoldungsordnungen**, welche Teil eines „austarierten Lohngefüges“ waren, welche also die gesamte öffentlichrechtliche Angestelltenschaft betrafen, gerichtlich auf eine angeblich diskriminierende Entlohnung infolge zu tiefer Einreihung überprüft werden könnten. Denn damit

¹⁹ Vgl. BGE 103 Ia 517 i.S. Loup c. Ct. de Neuchâtel

²⁰ BGE 113 Ia 107; 125 III 216 E.5

²¹ Zürcher Krankenschwestern in BGE vom 11.11.1983 in ZBl 85/1984, 162 ff.; vom 10.10.1986 in ZBl 88/1987, 306 ff.; vom 14.05.1987 in ZBl. 89/1988,

würde dieses Lohngefüge, das auf komplizierte Weise im Rahmen kantonaler Lohnpolitik geschaffen worden sei, durcheinander geraten resp. bestimmte Einreihungen würden verzerrt und würden zu neuen Ungleichheiten führen. Auf dieses Argument ist das Bundesgericht zum Glück nicht eingegangen, sondern es hat die Kantone darauf verwiesen, dass das Lohngleichheitsprinzip **absolut** zu verstehen sei. Es hat daher stets verlangt, dass die Kantone die Voraussetzungen zu schaffen haben, damit nicht nur individuelle Lohnstreitigkeiten, sondern auch solche generelle Besoldungsordnungen auf ihre Übereinstimmung mit der Verfassung überprüft werden können. Die kantonalen Gerichte haben Lohngleichheitsbeschwerden ungeachtet der Tatsache zu beurteilen, dass damit u.U. ein solches gesamthafes Lohnsystem aus dem Gleichgewicht geraten könnte. Denn anders würde der Anspruch von Frauen auf gleichen Lohn für gleiche und gleichwertige Arbeit gerade im wichtigen Bereich öffentlicher Arbeitsverhältnisse auf unerträgliche Weise eingeschränkt.²²

f) Das Bundesgericht hat auch immer wieder festgehalten, dass es allein Sache des Bundesrechts ist, zu sagen, unter welchen Umständen von einer **diskriminierenden Behandlung** auszugehen sei. Eine solche liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn die Besoldung einer bestimmten Person im Vergleich zu jener eines Angehörigen des andern Geschlechts bei gleicher oder vergleichbarer Arbeit unterschiedlich festgelegt worden ist, ohne dass ein anderer Grund als das unterschiedliche Geschlecht für diese Ungleichbehandlung angeführt werden kann.²³ Das ist etwa der Fall, wenn eine Primarlehrerin für dieselbe Stundenzahl schlechter als ihr Kollege entlohnt wird, oder auch, wenn trotz hoher beruflicher Anforderungen eine Juristin mit jahrelanger Berufserfahrung weder denselben Lohn noch gleiche Beförderungsmöglichkeiten oder dieselben Boni erhält als ihre z.T. sogar schlechter ausgebildeten oder mit weniger beruflicher Erfahrung aufweisenden Kollegen.²⁴

g) Schwieriger ist es mit **indirekten Diskriminierungen**: Nach anfänglichem Zögern hat das Bundesgericht in Anlehnung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auch anerkannt, dass neben der Direkten auch die indirekte Diskriminierung im Arbeitsleben verboten sei. Das ist nun in Art. 3 Abs. 1 GIG klar festgehalten. Im Gegensatz zur leicht feststellbaren direkten Diskriminierung ist es sehr viel schwieriger, zu sagen, wann eine indirekte Diskriminierung gegeben ist.²⁵ Eine solche liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn eine Anordnung, eine Verfügung oder auch eine Rechtsnorm an sich geschlechtsneutral gefasst ist, diese sich aber im Ergebnis überwiegend nachteilig für das eine Geschlecht auswirkt.

²² BGE 126 II 207 E.4; 120 Ia 95; 117 Ia 262; nicht publ. BGE vom 19.11.1998

²³ BGE 130 III 145 E.4 S. 162

²⁴ BGE 130 III 145 E.4 S. 162

²⁵ BGE 125 I 530; 125 I 71; 124 II 409

Typische indirekte Diskriminierungen finden sich z.B. in der unterschiedlichen Behandlung von Teilzeitbeschäftigten gegenüber Vollzeitangestellten betr. Lohnhöhe oder Ferienansprüchen, weil erfahrungsgemäss viel mehr Frauen Teilzeitarbeit leisten als Männer. Werden z.B. die Stundenlöhne tiefer angesetzt oder werden Teilzeitarbeitende vom Ferienanspruch oder von der Beruflichen Vorsorge ausgeschlossen, so erleiden sie eine schwerwiegende Benachteiligung, von der viel mehr Frauen als Männer betroffen sind.

h) Immer aber muss es sich um **geschlechtsbedingte Ungleichheiten** handeln. In dieser Hinsicht ist schon vor Einführung des GlG auch insofern Klarheit geschaffen worden, dass es sich stets um einen Vergleich zwischen frauenspezifischen Berufen und allfälligen Männer- oder aber geschlechtsneutral identifizierten Berufen handeln muss, also z.B. Lehrer/Lehrerinnen, Krankenschwestern/Sanitätspolizisten usw. Es muss sich um nach Anforderungen vergleichbare Tätigkeiten handeln, und diese Tätigkeiten müssen als **gleichwertig** qualifiziert werden können. Gleichwertigkeit bedeutet „ähnliche Arbeit“, die bezüglich der Anforderungen, Verantwortungen und Leistungen tatsächlich vergleichbar ist: z.B. Krankenschwestern im Vergleich zu Sanitätspolizisten. Dazu sind i.d.R. **arbeitwissenschaftliche Beurteilungen** und **Bewertungen** erforderlich, denn nach Auffassung des Bundesgerichts fehlt den rechtsprechenden Organen in aller Regel die Kompetenz, selbst über Gleichwertigkeit entscheiden zu wollen.

i) Solche Expertisen, die zumeist sehr viel Zeit in Anspruch nehmen, sind ihrerseits aber nie eigentlich wissenschaftliche, d.h. unumstösslich auf Wahrheit beruhende Meinungsäusserungen. Das Bundesgericht sagt deshalb immer wieder, es seien **verschiedene Arbeitsbewertungsmethoden** möglich und deren Auslegung, die ja stets subjektiv gefärbt sei, könne unterschiedlich erfolgen. Es komme nur darauf an, dass allfällig diskriminierende Faktoren durchschaubar gemacht und aufgezeigt werde, weshalb die gewählte Methode im konkreten Einzelfall verwendet worden sei. Wie die einzelnen Berufe oder Tätigkeiten bewertet würden, das beruhe weitgehend auf gesellschaftlichen Auffassungen und subjektiven Meinungen. Von diesen könnten nie nur einzelne allein richtig sein. Den zuständigen Arbeitgebenden wird daher vom Bundesgericht ein weites **Ermessen** zugestanden, das sogar dann noch spielt, wenn die Expert/innen dartun können, dass ihre Methode zu einem besseren, d.h. gerechteren Ergebnis für die benachteiligten Frauen führt.²⁶ Verboten ist allein die Wahl geschlechtsdiskriminierender Bewertungskriterien und das wurde bisher bei keinem der verwendeten, an sich geschlechtsneutralen Kriterien festgehalten. Das oberste Gericht hat sich bisher nie gefragt, ob die verwendeten Kriterien wirklich immer geschlechtsneutral sind oder

²⁶ BGE 124 II 409; 125 I 71

ob nicht doch gewisse gesellschaftlich bedingte, d.h. männlich geprägte Vor-Urteile mitgewirkt haben und deswegen zu indirekten Diskriminierungen führen. Und es hat die sehr konkrete Frage stets umgangen, warum denn praktisch alle von Frauen ergriffenen Ausbildungen kürzer sind oder warum die meisten von Frauen ausgeübten Berufe immer geringer entlohnt werden. Es hat auch zumeist die ebenfalls sehr konkrete Frage umgangen, weshalb denn von den politischen Gremien (Kantonsrat, Regierung) die meisten vorwiegend von Frauen ausgeübten Berufe (Kindergärtnerin, Pflegerin usw.) in der Hierarchie der Besoldungsordnungen letztlich nicht nur tiefer eingestuft, sondern im definitiven politischen Entscheid oft gerade nochmals herabgestuft werden, um damit Millionen zu sparen. Bisher hat das Bundesgericht zwar etwa erklärt, eine solche finanzpolitisch bedingte Herabstufung allein für Frauenberufe weise auf eine Diskriminierung hin. Aber es hat m.W. noch nie entsprechende Konsequenzen gezogen.

Hier liegt daher oft der entscheidende Punkt, weshalb es bisher nur wenige Entscheide gibt, in denen die klagenden Frauen vollständig Recht bekommen haben, und es ist m.W. noch nie vorgekommen, dass Frauenberufe höher bewertet worden wären als vergleichbare Männerberufe. Das Bundesgericht meint denn auch, von einer Lohndiskriminierung sei nicht zu sprechen, wenn die Lohndifferenz zu Vergleichsberufen nicht als unverhältnismässig hoch zu betrachten sei. Doch ist in dieser Hinsicht alles möglich: Das Bundesgericht hat Lohnunterschiede als nicht diskriminierend anerkannt, die sich zwischen 7 und 20% bewegen!

j) Verglichen werden kann nur Arbeit im selben Unternehmen oder im selben staatlichen Bereich, also im Kanton oder einer Gemeinde, nicht aber zwischen verschiedenen Kantonen oder Gemeinden.²⁷ Deshalb ist es möglich, dass in einem Kanton etwa die Pflegeberufe zu Lasten der Frauen sehr viel schlechter entlohnt werden als in andern vergleichbaren Kantonen. Der Satz: „Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit“ hat ausschliesslich zum Ziel, die bisherige diskriminierende Stellung der Frauen im Arbeitsleben, konkret am bestimmten, von ihnen eingenommenen Arbeitsplatz, zu beseitigen und nicht generell Lohngerechtigkeit herzustellen.

k) Den Kantonen ist es verwehrt, die **Voraussetzungen einer Diskriminierung** in der Besoldung anders zu umschreiben, als dies das Bundesrecht tut. Das bedeutet insbesondere, dass es nicht angeht, z.B. nur gerade **schuldhaft**, d.h. absichtliche Benachteiligung von Frauen gegenüber Männern zu ahnden. Auf die subjektive Einstellung der Arbeitgeberschaft,

²⁷ BGE 124 II 529; nicht publ. BGE vom 19.6.1995 i.S. M.G.

auf ein schuldhaftes, weil absichtliches Verhalten kann es daher von Bundesrechts wegen nicht ankommen.²⁸

l) Zu Anbeginn weg stand die Frage im Vordergrund, was denn ein **typischer Frauenberuf sei**. Es war daher nötig, diese Frage zu klären. Ob ein solcher vorliegt, beurteilt sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts auf Grund der allgemeinen Lebenserfahrung, aus der Geschichte oder allenfalls aufgrund statistischer Abklärungen. Diese Frage kann u.U. recht schwierig zu beantworten sein, gibt es doch Berufe wie z.B. der Sozialarbeiterberuf, die ursprünglich klarerweise zum weiblichen Tätigkeitsbereich gehörten, in neuerer Zeit aber mehr und mehr auch von Männern ausgeübt werden. Umgekehrt aber haben sich sog. Männerberufe wie der des Primarlehrers immer stärker zu einem von Frauen zu 70% dominierten Beruf entwickelt. In diesem letzten Fall, der ja als Referenzberuf für alle typisch weiblichen Lehrberufe gilt, behilft sich das Bundesgericht damit zu sagen, es handle sich beim Primarlehrerberuf um einen sog. geschlechtsneutralen Beruf. In einem Entscheid zur Beschwerde einer Sozialarbeiterin hat das Bundesgericht nicht auf die klaren Angaben der Beschwerdeführerin abgestellt, die nachgewiesen hatte, dass Frauen in Schulen für Sozialarbeit den weitaus grössten Teil ausmachen. Es hat weitere Abklärungen verlangt, da sich das Gericht zur Beantwortung dieser Frage nicht befugt betrachtet hat. Ein gleiches Problem stellte sich bei den Physiotherapeutinnen. Auch dort wurde schliesslich anerkannt, dass bei rund 75% Schulabgängerinnen und bei einer überwiegenden Zahl angestellter Physiotherapeutinnen im Kanton davon auszugehen ist, dass es sich dabei um einen weiblich identifizierten Beruf handelt. Nach der Rechtsprechung liegt ein solcher „Frauenberuf“ immer vor, wenn mindestens 2/3 der Berufsangehörigen weiblichen Geschlechts sind.

2.- Das Gleichstellungsgesetz

Soweit einige Grundsätze, die sich seit den ersten Lohngleichheitsprozessen aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BV resp. zum neuen Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV ergeben. Sie finden sich alle ebenfalls in Entscheiden, die sich nunmehr primär auf das GIG stützen. Hat sich mit der Einführung dieses Gesetzes etwas geändert und falls ja, was hat sich geändert?

a) Das Gleichstellungsgesetz gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als **Konkretisierung des Verfassungsgrundsatzes** „Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit von Mann und Frau“. Jedoch bedeutet das GIG mehr, es geht darüber hinaus, indem es nicht nur Lohnungleichheit zu beheben versucht, sondern indem es auch andere Sachverhalte mit

²⁸ BGE 124 II 416 E.1d/hh; BGE 130 III 145

enthält, die von der Verfassungsbestimmung nicht erfasst worden sind. So nennt es insbesondere in **Art. 3 Abs. 3** GIG – und das ist neu - auch die **diskriminierende An- resp. Nichtanstellung, Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Aus- und Weiterbildung** sowie die **Beförderung und Entlassung**. Das GIG auferlegt Verwaltung und Gerichten auf allen Stufen der schweizerischen Rechtsordnung die Pflicht, alle diese Frauen im Arbeitsleben benachteiligenden Sachverhalte zu beseitigen, allenfalls auch mit Hilfe von geeigneten und **verhältnismässigen Massnahmen**. Das meinen die Art. 1 mit der Umschreibung des generellen Zieles und die Art. 3 ff. GIG mit ihren konkreten formellen und materiellen Vorschriften. Insoweit geht das GIG weit über die Verfassung hinaus. Dazu kommt auch das Verbot der Diskriminierung durch **sexuelle Belästigung** in Art. 4 GIG – ein Sachverhalt, der so deutlich bisher in der schweizerischen Rechtsordnung nicht festgehalten worden ist und dementsprechend in den parlamentarischen Beratungen höchst umstritten war und Anlass zu gewissen Einschränkungen im GIG gegeben hat. Die wenigen Fälle, die bisher bis vors Bundesgericht gebracht worden sind, betrafen praktisch nur die finanziellen Folgen festgestellter Belästigung.²⁹

b) Allerdings stehen auch in der Praxis des Bundesgerichts zum GIG **Lohndiskriminierungen** weit im Vordergrund. Ganz wenige Entscheide drehten sich um Vorwürfe wegen **sexueller Belästigung**, dieser besonders schädige Form geschlechtlicher Diskriminierung. Noch seltener sind Klagen oder Beschwerden wegen diskriminierender **Nichtanstellung**. Allerdings wird die Anrufung des GIG in solchen Sachverhalten erschwert, weil die **Beweislast erleichterung** des Art. 6 GIG dafür nicht gilt. Das Erfordernis, vollen Beweis für schwer nachweisbare Benachteiligungen zu erbringen, erschwert die Anrufung von Gerichten erheblich. Fehlt es z.B. an Zeugen, so lassen sich wohl kaum anzügliche und peinliche Bemerkungen oder sexistische Sprüche oder gar unerwünschte Annäherungen vor Gericht beweisen. Es sind denn auch nur wenige Fälle bisher bis vor Bundesgericht gebracht worden, und diese betrafen praktisch nur die finanziellen Folgen festgestellter Belästigung gemäss Art. 5 Abs. 3 GIG.³⁰

c) Klargestellt wurde vom Bundesgericht mit Bezug auf **sexuelle Belästigung**, dass zur Entschädigung i.S. des Art. 5 Abs. 3 GIG die öffentlich- wie privatrechtliche Arbeitgeberschaft selbst zu Zahlungen verpflichtet ist und nicht etwa nur der Täter, sofern nachgewiesen werden kann, dass die Arbeitgeberschaft sich nicht oder nur ungenügend um allfällige Klagen oder Beschwerden der Betroffenen gekümmert und keinerlei Massnahmen zur Unterbindung oder Beseitigung entsprechender Belästigung getroffen hat. Als Beispiel kann der Fall einer Kassiererin in einem grossen Verkaufsgeschäft genannt werden, welche infolge der

²⁹ Z.B. BGE 126 III 395; Anspruch auf Entschädigung und auf Leistung i.S. des Art. 5 Abs. 3 GIG

üblen sexistischen Sprüche des unmittelbar Vorgesetzten krank geworden war und der schliesslich deswegen gekündigt wurde. Der Arbeitgeber hatte Kenntnis von den Vorfällen, aber er hat die Frau nur gemahnt, sie solle sich mit ihrem unmittelbaren Vorgesetzten, dem Täter, selbst verständigen!³¹

d) Was die diskriminierende **Nichtanstellung und Beförderung** betrifft, die im GIG ebenfalls genannt wird, scheint auch dieser Sachverhalt äusserst schwer gerichtlich durchsetzbar zu sein. Bezüglich einer diskriminierenden Nichtanstellung gab es m.W. nur gerade ein Verfahren: Es betraf zwei Sozialarbeiterinnen, welche im Gefängniswesen tätig waren und sich um die Anstellung als Gefängniswärterin in einem Männergefängnis bemüht haben. Das Bundesgericht konnte diese Beschwerde vom 10.3.2000 leider nicht materiell beurteilen, weil Fristen verpasst worden waren. Ein anderer – neuester – Entscheid hatte sich u.a. mit der Diskriminierung bei Beförderungen in der innerbetrieblichen Hierarchie eines Unternehmens, zu befassen. Es betraf eine Kaderfrau, welche – abgesehen von diskriminierender Entlohnung – auch anders als ihre fachlich und funktionell genau gleich gestellten, teils weniger gut ausgebildeten und mit weniger Verantwortung belasteten Kollegen nicht zur „directrice adjointe“, sondern lediglich zur „Déléguée du Chef“ befördert worden ist. In diesem Entscheid – 130 III 145 – wurde darin ein Verstoß gegen das Gleichstellungsgebot des Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV wie auch des Art. 3 Abs. 2 GIG anerkannt.

3. Speziell zum Verfahren nach GIG

Es gibt auch einige Verfahrensfragen, die sich vor allem im Rahmen von Klagen und Beschwerden wegen **Entlohnungsdiskriminierungen** gestützt auf das GIG stellen. Darauf soll noch kurz eingegangen werden.

a) Das Ziel des GIG besteht allein darin, die **tatsächliche Gleichstellung** von **Frau und Mann** im Berufsleben herzustellen resp. zu fördern. Das bedeutet, dass es auch unter der Herrschaft des GIG nur um Fragen des privaten und öffentlichen Arbeitsrechts im Verhältnis von Frau und Mann gehen kann. Wie bei Satz 3 von Art. 4 Abs. 2 und 8 Abs. 3 BV geht es nur darum, Benachteiligungen aufgrund des Geschlechts, des Zivilstands und der familiären Situation oder, bei Arbeitnehmerinnen, einer Schwangerschaft zu beheben. Andere Diskriminierungstatbestände, die ausserhalb des Arbeitslebens liegen oder die gleichgeschlechtliche Personen betreffen, werden nach wie vor entweder von Art. 4 Abs. 1 und 2 resp. nunmehr von Art. 8 Abs. 1 und allenfalls Abs. 3 Satz 1 BV erfasst.

³⁰ Ebenfalls BGE 126 III 395 mit Ansprüchen auf Entschädigung i.S. von Art. 5 Abs. 3 GIG

b) Was wird unter einer **geschlechtsbedingten Diskriminierung** i.S. des GIG verstanden? Eine solche liegt – wie bereits zu Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV erwähnt - vor, wenn die Besoldung einer bestimmten Person im Vergleich zu einer andersgeschlechtlichen Person geringer ist und wenn dafür keine sachlich haltbaren Gründe vorgebracht werden können. Es geht darum, darzulegen, dass einer Arbeitnehmerin ein geringerer Lohn ausgerichtet wird als ihrem Kollegen im selben Betrieb, welcher die gleiche oder eine vergleichbare Arbeit leistet; es geht auch darum, dass eine Arbeitnehmerin sich mit schlechteren Anstellungsbedingungen zufrieden geben muss, dass sie von betriebsinternen Weiterbildungen ausgeschlossen ist usw.

c) Die klagenden Frauen müssen einige Voraussetzungen für ein erfolgreiches Gerichtsverfahren beachten: Sie haben das Gericht davon zu überzeugen, dass es sich um eine **geschlechtsbedingte Diskriminierung** handelt, der sie ausgesetzt sind. Ihnen obliegt z.B. zumindest mit Hilfe von Indizien darzulegen, dass Lohnunterschiede zwischen ihnen und ihren Kollegen bestehen, die sich im Blick auf die individuelle Arbeitssituation oder in Bezug auf die generelle Besoldungsordnung nicht anders rechtfertigen lassen als durch das unterschiedliche Geschlecht. Berufen sie sich auf eine diskriminierende Einreihung in einer kantonalen Besoldungsordnung, müssen sie beweisen, dass es sich bei ihrer Berufssparte um einen von **Frauen dominierten** Beruf handelt. Dazu haben sie sich allenfalls auf Statistiken oder historische Tatsachen zu berufen. Gelingt ihnen das, ist die erste Hürde bestanden. Das Gericht hat dann die Arbeitgeberschaft zum **vollen** Beweis zuzulassen, dass entweder keine Benachteiligung der konkreten Frau vorliegt, weil überhaupt keine Lohnunterschiede nach Geschlecht getätigt werden oder dass sog. objektive Rechtfertigungsgründe vorliegen, die eine Diskriminierung auszuschliessen geeignet sind.

d) Diese Hürde ist für klagende Frauen nicht leicht zu nehmen. Aus dieser Erkenntnis heraus hat das Bundesgericht bereits vor Einführung des GIG den Gerichten eine strenge **Prüfungspflicht** in Lohngleichheitsverfahren auferlegt.³² Das bedeutet, dass die Verwaltungs- und Gerichtsinstanzen von Amtes wegen mithelfen müssen, den Prozessstoff zu vervollständigen, sei es durch Befragung, durch Anordnung von Expertisen und Beweisen usw. Auch wenn die Sammlung des Prozessstoffes primär Sache der Klagenden ist, so nimmt es das Bundesgericht dennoch streng mit dieser Prüfungspflicht, die vor Erlass des GIG umso wichtiger war, als damals den betroffenen Frauen der volle Beweis für ihre behauptete Diskriminierung oblag. Das war sehr schwierig, hatten doch Frauen i.d.R. keinen Zugang zu Unterlagen über die betriebliche oder behördliche Lohnpolitik.

³¹ BGE vom 8.1.1999 i.S. X-AG c.P

e) Umso wichtiger und als sehr bedeutsam hat sich deshalb **Art. 6 GIG** erwiesen. Diese Bestimmung sieht nunmehr eine sog. **Beweislasterleichterung** zugunsten der klagenden Frauen vor. Das bedeutet, dass klagende Frauen sich damit begnügen können, ihre Behauptungen einer geschlechtsbedingten Benachteiligung einfach **glaubhaft** zu machen, d.h. es muss ihnen mit den Beweisen oder Indizien, die sie haben, gelingen, das Gericht von der **Möglichkeit** einer Lohndiskriminierung zu überzeugen. Eine solche Wahrscheinlichkeit ist bereits dann gegeben, wenn das Gericht von der Möglichkeit ausgehen kann, dass der behauptete Lohnunterschied tatsächlich nur wegen des Geschlechts der Klagenden besteht. Es obliegt dann dem Arbeitgebenden, den **vollen Beweis** dafür zu erbringen, dass entweder überhaupt keine Diskriminierung besteht oder dass **objektive Gründe** den Lohnunterschied rechtfertigen. Es ist sodann wiederum Sache der Klagenden, darzulegen, weshalb solche Gründe ihrerseits geschlechtsdiskriminierend sind und nicht als Rechtfertigung dienen können. Auf die Absicht der Arbeitgebenden, ihre Mitarbeiterinnen zu benachteiligen, kommt es dabei – wie bereits erwähnt – nicht an.³³

f) Gerade hier liegen allerdings auch die Schwierigkeiten von Lohngleichheitsprozessen:

Welche Faktoren zur Feststellung gleicher oder gleichwertiger Arbeit werden verwendet und wie werden diese bewertet? Sind Ausbildung und geistige Fähigkeiten höher gewichtig als z.B. soziale Kompetenz oder physische und v.a. psychische Anstrengung? Kann der Faktor Ausbildung überhaupt noch eine Rolle spielen bei der Lohnfestsetzung für Angestellte mit bereits Jahrzehnten Diensterfahrung, wie dies im Falle der Berner Arbeitslehrerinnen zutrifft? Das war in allen Fällen frauenidentifizierter Berufe (Pflegerberufe, Kindergärtnerinnen, Hauswirtschafts- und Arbeitslehrerinnen im besonderen) die grosse Problematik. Zur Prüfung dieser Frage ist zumeist ein arbeitswissenschaftliches Gutachten erforderlich. Ein Anspruch darauf lässt sich nach ständiger Rechtsprechung aus dem Verfassungsgrundsatz des Anspruchs auf rechtliches Gehör herleiten und gilt ebenso für die auf das GIG gestützten Verfahren.³⁴ Dass inzwischen verschiedene arbeitswissenschaftliche Methoden bestehen, die manchmal zu ganz unterschiedlich frauenfreundlichen Ergebnissen kommen, darauf habe ich bereits hingewiesen. Wie ebenfalls bereits erwähnt, können solche Beurteilungen je nach Betrachtungsweise unterschiedlich ausfallen. Es gibt nach Auffassung des Bundesgerichts bei der Wahl der Be-

³² BGE 118 Ia 38 E. 2d; 130 III 158 E. 2.1.2; 126 III 395 E. 1.a

³³ BGE 124 II 531 E. 3c; 125 I 82 E. 4; 125 II 550 E. 6; 125 III 372 E. 4,6c; 127 III 212 E. 3, 6

³⁴ BGE 124 II 427 E.9b; 124 II 440 E. 7a, 11b; 124 II 531 E.3b; 125 I 79 E. 2c; 4c; 125 II 387 E.4, 5b; 125 II 536 E. 4h; 550 E.6; 126 II 221 E.6c, 7. Zur Bedeutung arbeitswissenschaftlicher Gutachten: BGE 391 E.5c; 125 II 549 E.5e.

messungsmethoden keine allein „richtige“ Methode, selbst wenn die eine oder die andere überzeugender wäre. Das Bundesgericht sagt, der Ermessensspielraum der Arbeitgeberschaft werde durch das Lohnleichheitsgebot nicht grundsätzlich eingeschränkt³⁵: Verboten ist allein die Wahl geschlechtsdiskriminierender Bewertungskriterien. Den kantonalen Gerichten wird damit praktisch untersagt, sich bei ihrem Entscheid von als „richtig“ oder „überzeugend“ erkannten Arbeitsbewertungs-Gutachten leiten zu lassen. Es hat sich indessen kaum je gefragt, ob die verwendeten Kriterien wie etwa Ausbildung/geistige Anforderungen/Erfahrungen, aber auch physische und psychische Belastungen, Grösse der Verantwortung usw. wirklich geschlechtsneutral beurteilt werden oder ob nicht doch gewisse gesellschaftlich bedingte, **männlich geprägte Vor-Urteile** mitgewirkt haben. Und es hat die Frage stets umgangen, warum praktisch alle von Frauen ergriffenen Ausbildungen kürzer sind oder warum die meisten von Frauen ausgeübten Berufe oder auch individuelle Anstellungen immer geringer entlohnt werden. Es hat auch zumeist die Frage umgangen, weshalb denn wohl – im öffentlichen Bereich vor allem angesichts der Sparhysterie – von den politischen Gremien praktisch ausschliesslich typische Frauenberufe wie besonders die Pflegeberufe und Kindergärtnerinnen in der Hierarchie der Besoldungsordnungen letztlich nicht nur tiefer eingestuft, sondern im politischen Entscheid gerade nochmals herabgestuft werden, womit Millionen eingespart werden können. Bisher hat das Bundesgericht zwar erklärt, eine solche finanzpolitisch bedingte Herabstufung allein für Frauenberufe weise auf eine Diskriminierung hin. Doch es hat bisher noch nie entsprechende Konsequenzen daraus gezogen. Insbesondere hat es bisher der neueren Literatur der sog. Gender-Forschung in keiner Weise Rechnung getragen, die gerade auf sozial bedingte Zusammenhänge in der Schlechterstellung von Frauen hinweist.

g) Wird eine **Lohnungleichbehandlung** festgestellt, so heisst das freilich nicht, dass die

klagende Frau stets Recht erhält. Denn Lohnunterschiede gelten nicht als verfassungs- und gesetzeswidrig, sofern die Arbeitgeberschaft den vollen Beweis erbringt, dass sich die festgestellte Unterschiede oder auch die unterschiedliche Behandlung ihrer Arbeitnehmerinnen mit **objektiven Gründen** rechtfertigen lassen. Es können allerdings nicht irgendwelche Gründe genannt werden: Akzeptable objektive Gründe müssen den Wert der Arbeit beeinflussen (Ausbildung, Erfahrung, Qualifikation, Dienstalter usw.) oder sie können sich auch aus sozialen Rücksichten ergeben (Alter, familiäre Belastung). In solchen Gründen allerdings können wiederum frauendiskriminierende Momente liegen. Das war den Gerichten nicht immer klar, und hier ist kritisches Hinterfragen erforderlich.

³⁵ BGE 124 II 409; 125 I 71

h) Das Bundesgericht hat im Verlaufe der vergangenen Jahre den Katalog solcher sachlicher **Rechtfertigungsgründe** laufend erweitert: den seit 1977 anerkannten Gründen wie Ausbildung, Qualifikation, Erfahrung, Dienstalter und allenfalls familiäre Belastung sind im Verlaufe der Jahre weitere dazugekommen: z.B. einfacherer Zugang zu Ausbildungsstätten, kürzere Ausbildung (Arbeitslehrerin), wobei das Bundesgericht immerhin und mit Recht gewisse Zweifel angemeldet hat, ob sich die Dauer der Ausbildung stets lohnmindernd auswirken könne, ohne diskriminierend zu sein. Ferner die Arbeitszeit (Kindergärtnerinnen sind so im Verlaufe der verschiedenen Verfahren zum Teilzeitberuf herabgestuft worden), oder der Unterschied zwischen theoretischem und klinisch-praktischem Unterricht auf der Stufe der Berufsschullehrkräfte sowie die Motivation der zu Unterrichtenden.³⁶ Was besonders stossend ist, das sind neue **Rechtfertigungsgründe** wie die „konjunkturelle Lage“ oder die Marktsituation, die stets Männer bevorzugt. Jedenfalls haben bisher nur Männer und Männerberufe von der „Marktsituation“ oder der konjunkturellen Lage profitiert, nicht aber z.B. der frauendefinierte Beruf der Pflegenden.³⁷

i) Allerdings ist im Entscheid BGE 125 III 368 festgestellt worden, dass auch in solchen objektiven Gründen der Rechtfertigung selbst wieder ein **geschlechterdiskriminierendes Element** liegen könne. Insbesondere bei Berufung auf die Marktsituation und die Konjunkturlage sind in diesem – ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis betreffenden, aber allgemeingültigen – Entscheid enge Grenzen in zeitlicher und lohnmassiger Hinsicht gezogen worden: Es muss ein unternehmerisches Bedürfnis für die Anstellung der gewünschten Person – i.d.R. eines Mannes! – bestehen und die Ausnahmesituation darf höchstens während eines Jahres zu höherem Lohn führen. Nachher ist der Arbeitgeber verpflichtet, die diskriminierenden Löhne auszugleichen, sei es durch allgemeine Lohnsenkung oder aber durch Erhöhung der ungerechtfertigt zu tiefen Löhne.

j) Wichtig könnte auch sein, dass das GIG **Verbandsklagen** in einem gewissen Rahmen

zulässt: **Art. 7 GIG** schreibt in seinem Abs. 1 vor, dass Organisationen, die nach ihren Statuten die Gleichstellung von Frau und Mann fördern oder die Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wahren und seit mindestens zwei Jahren bestehen, im eigenen Namen feststellen lassen können, dass eine Diskriminierung vorliegt, wenn der Ausgang des Verfahrens sich voraussichtlich auf eine grössere Zahl von Arbeitsverhältnissen auswirken wird.

³⁶ BGE 126 II 217

Die Formulierung von Art. 7 GIG zeigt auf, wie sehr diese Möglichkeit von Verbandsklagen im Parlament seinerzeit umstritten war: Dessen Mehrheit wollte einerseits verhindern, dass sich speziell zum Zweck einer Verbandsklage irgendwelche Organisationen bilden würden. Die Parlamentarier haben damit offensichtlich verkannt, dass Frauenorganisationen, die sich für die Rechte der Frauen einsetzen, z.T. seit Jahrzehnten, wenn nicht seit über 100 Jahren bestehen. Diese Einschränkung war deshalb recht eigentlich lächerlich. Auch die Gewerkschaften und Berufsverbände existieren seit längerem. Zudem ist es ganz klar, wenn sich Arbeitslehrerinnen oder Krankenpflegerinnen oder Kindergärtnerinnen gegen Lohndiskriminierungen zur Wehr setzen, immer eine grosse Zahl von Betroffenen vorhanden ist. Was unter „grösserer Zahl“ im Übrigen zu verstehen ist, hat das Bundesgericht nie – m.E. mit Recht nicht – konkretisiert. Jedenfalls waren in den bisher beurteilten Fällen, in welchen eine Verbandsklage erhoben worden ist, stets Dutzende, wenn nicht Hunderte von Mitgliedern betroffen. Zudem hat das Bundesgericht die Legitimation von Verbänden recht grosszügig bejaht, so z.B. jene des kantonalen Lehrer- und Lehrerinnenvereins, welcher sich für die Lohngleichheit der Kindergärtnerinnen im Kanton eingesetzt hat, wobei diese nur eine relativ geringe Anzahl von Mitgliedern stellen.³⁸ Zudem gehen die Klagenden i.d.R. auf sicher und beziehen immer auch einige Einzelpersonen mit ein. Das hat den Vorteil, dass mit einem – für Verbandsklagen allein möglichen - Feststellungsbegehren auch gleich eine Leistungsklage erhoben und die Zuspprechung des diskriminierenden Lohnanteils gefordert werden kann.³⁹

i) Schliesslich kann noch darauf hingewiesen werden, dass das GIG einige wichtige **Verfahrensregeln** vorsieht, welche den Gang vor Gericht für die Klagenden oder sich Beschwerenden Frauen erleichtern sollen. So ist ein Verfahren, das sich auf das GIG stützt, rasch und ohne Rücksicht auf den Streitwert kostenlos abzuwickeln ist (Art. 12 unter Hinweis auf Art. 343 OR). Das ist zwar eine wichtige Regel, sie vermag aber nicht zu verhindern, dass dennoch viel Durchhaltewillen von den klagenden Frauen gefordert wird, dauern doch die Klagen und Beschwerden gestützt auf Art. 3 GIG in aller Regel enorm lange. Der Grundsatz der Raschheit des Verfahrens wird so laufend missachtet, teilweise deswegen, weil auch die Gutachter/innen Zeit brauchen. Doch das ist nur einer unter wohl vielen andern Gründen.

k) Auch der grundsätzlichen **Kostenlosigkeit** des Verfahrens unabhängig vom Streitwert ist von Seiten der Frauen stets grosse Bedeutung zugemessen worden. Doch zeigt sich eine

³⁷ BGE 113 Ia 107; 125 III 368; 126 II 217

³⁸ Entscheidung vom 5.10.1999 i.S. Lehrer- und Lehrerinnenverband und Cons. gg. Kanton Thurgau; auch 125 I 71 (Berner Arbeitslehrerinnen)

³⁹ Vgl. BGE vom 19.11.1998 i.S. A + 12 Mitbet. c. Stadt Zürich; vom 16.6.1999 i.S. VPOD und Verband Kindergärtnerinnen c. Staat Zürich usw.

Kehrseite: Kostenlosigkeit des Verfahrens bedeutet nur, dass die oft nicht sehr bedeutenden Gerichtskosten erlassen werden. Die unterliegende Partei hat aber stets der obsiegenden Gegenpartei die allfälligen Anwaltskosten zu ersetzen. Das kann je nach Prozessdauer über drei Instanzen hinweg ins grosse Geld gehen. Die Psychiatrielehrerin, die in St.Gallen jahrelang um Lohngleichheit kämpfte, sah sich nach zwei Niederlagen vor Kantonsgericht und vor Bundesgericht mit einer Anwaltsforderung von Tausenden von Franken konfrontiert, wobei erschwerend ins Gewicht fällt, dass sich der Kanton – trotz ausgebauter Rechtsabteilungen und entsprechend rechtskundigen Beamten – einen freierwerbenden Anwalt als Vertreter genommen hat. Das kann nur dazu beitragen, weitere Frauen von Klagen abzuhalten.

Zum Schluss:

Die Anwendung des Verfassungsgrundsatzes und des GIG bedingt, dass betroffene Frauen sich auch wirklich der Arbeitgeberschaft gegenüber über Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu beklagen wagen. In einer Zeit, in welcher gerade Frauen mit grossen Schwierigkeiten im Arbeitsleben zu kämpfen haben, ist das besonders schwierig. Die Erfahrung mit Gleichstellungsprozessen zeigt denn auch, dass klagende Frauen nicht nur enorme Geduld über Jahre haben müssen, ehe letztinstanzlich – manchmal 8, 9 Jahre nach Anhebung der Klage oder Beschwerde - über ihre Benachteiligungen entschieden wird, sondern dass sie sehr oft gerade bei Obsiegen mit **Schwierigkeiten** zu rechnen haben, sei es, dass ihnen gekündigt wird und sie mit Arbeitslosigkeit fertig werden müssen, sei es, dass sie mit Schuldgefühlen beladen werden, weil sie sich für eigene Rechte einzusetzen gewagt haben. Angesichts der grossen finanziellen Belastungen der öffentlichrechtlichen wie privatrechtlichen Arbeitgeberschaft, welche mit erfolgreichen Klagen verbunden ist, ist es auch nicht selten, dass sogar in Leserbriefen oder andern Zeitungsartikeln die prozessführenden Frauen als egoistische Wesen beleidigt werden, die auf Kosten der Steuerzahlenden den Staat in noch grössere finanzielle Schwierigkeiten stürzen. Entsprechend zurückhaltend sind daher die Arbeitnehmerinnen. Die Befürchtungen gewisser Parlamentarier, das GIG könnte geradezu Prozesslawinen auslösen, haben sich jedenfalls bisher bei weitem – und leider - nicht verwirklicht.

Die klagenden Frauen haben mit ihren Gleichstellungsklagen nicht immer Erfolg, selbst wenn alle Anzeichen auf eine Lohndiskriminierung typischer Frauenberufe hinweisen. Das sollte sie aber nicht davon abhalten, in Gleichstellungsfragen stets kritisch und aufmerksam zu bleiben und allenfalls einen Prozess zu wagen. Sie als erste Ansprechpartnerinnen in Ihren Schlichtungsstellen haben die wichtige Aufgabe, einerseits zu versuchen, eine – hoffentlich nicht einseitig zulasten der Frauen gehende – Einigung herbeizuführen und andererseits die

Frauen allenfalls zu ermuntern, den nicht einfachen, nicht leichten, aber oft notwendigen Weg über die Gerichte einzuschlagen. Ich wünsche Ihnen dabei viel Erfolg und Befriedigung.