



Gleichstellung ist Chefsache

Rechtliche Gleichstellung der Geschlechter im Erwerbsleben

1 Gleichstellungsgesetz: Ein Überblick

1.1 Gesetzeszweck (Art. 1 GIG)

1. Das am 1. Juli 1996 in Kraft getretene Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, abgekürzt GIG) will die tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann im Erwerbsleben fördern (Art. 1 GIG).
2. Das Gesetz
 - konkretisiert den Gleichstellungsartikel der Bundesverfassung (Art. 8 BV) für das Erwerbsleben,
 - enthält Verfahrensbestimmungen, die es Einzelpersonen und Organisationen (vgl. zur Verbandsklage Art. 7 GIG) erleichtern, bei Diskriminierungen die Gerichte anzurufen und Prozesse zu führen,
 - stellt ein Vermittlungsverfahren zur Verfügung.

1.2 Adressaten (Art. 2 GIG)

3. Das GIG gilt für die privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse nach OR wie auch für alle öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse in Bund, Kantonen und Gemeinden (Art. 2 GIG). Die Arbeitnehmenden im öffentlichen und privaten Bereich haben denselben Schutz. Unterschiedlich sind nur die Verfahren (vgl. Art. 13 GIG).

1.3 Diskriminierungsverbot (Art. 3 GIG)

4. Art. 3 GIG verbietet jegliche Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben. Das Verbot erstreckt sich auf das gesamte Arbeitsverhältnis (insbesondere auf die Anstellung, Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung) und bezieht sich auf direkte und indirekte Diskriminierungen.

5. Eine direkte Diskriminierung liegt vor, wenn Regelungen ausdrücklich nach dem Geschlecht differenzieren oder sich auf ein Kriterium stützen, das nur von einem der beiden Geschlechter erfüllt werden kann¹. Direkt diskriminierend wäre bspw., wenn eine Anwaltskanzlei die Assistenzfunktionen ausschliesslich mit Frauen besetzt oder wenn ein Inhaber eines Detailhandelgeschäftes den Verkäuferinnen weniger Lohn bezahlt als den Verkäufern. Auch stellt die Anknüpfung an die Schwangerschaft immer eine direkte Diskriminierung dar, da dieses Merkmal nur Frauen erfüllen können. Die im Rahmen eines Bewerbungsgespräches gestellte Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft ist deshalb - von wenigen Ausnahmen etwa bei Tänzerinnen oder Models abgesehen - grundsätzlich unzulässig².
6. Eine - nicht sofort ersichtliche - indirekte Diskriminierung liegt vor, wenn eine Regelung geschlechtsneutral abgefasst ist, in ihren Wirkungen aber das eine Geschlecht erheblich benachteiligt. Bei der indirekten Diskriminierung geht es nicht um den Vergleich zwischen zwei Individuen, sondern um einen Gruppenvergleich. Die Diskriminierung wird durch die tatsächlichen Auswirkungen einer Massnahme auf Frauen und Männer als Gruppe festgestellt³.
7. Praxis-Beispiele indirekter Diskriminierungen⁴:
 - Ungleicher Lohn bei gleichwertiger Arbeit.
 - Ungleichbehandlung von Teilzeitbeschäftigten, die von der Aufnahme in die betriebliche Pensionskasse ausgeschlossen sind, ein höheres Dienstalter für die gleiche Lohnstufen aufweisen müssen, weniger Stundenlohn erhalten oder Überstundenarbeit erst entschädigt erhalten, wenn die Arbeitszeit eines Vollzeitpensums überschritten wird⁵.
 - Entlassungen nach dem Schema, wer zuletzt kam, muss zuerst gehen, da Frauen aufgrund ihrer unterbrochenen Berufslaufbahn wegen Familienpflichten ungleich mehr betroffen sind.
 - Körpergrössenerfordernisse als Zugangsvoraussetzung bei Polizei, Feuerwehr, Fluggesellschaften etc. stellen eine offensichtliche Diskriminierung dar, weil dadurch ungleich mehr Frauen als Männer zum vornherein ausge-

¹ Elisabeth Freivogel, in Kommentar zum GIG, Basel 1997, N 6 ff. zu Art. 3.

² JAR 2003, 388 mit Hinweisen.

³ Elisabeth Freivogel, a.a.O., N 11 ff. zu Art. 3.

⁴ Elisabeth Freivogel, a.a.O., N 21 ff., N 35 zu Art. 3 mit Hinweisen.

⁵ Edi Class/Rainer Mössinger, Die Rechte der Frau im Arbeitsverhältnis, Zürich 1996, 17 f.

geschlossen werden.

- Altersgrenzen als Zugangsvoraussetzung, weil Frauen real wegen familiärer und beruflicher Doppelbelastung oft länger für denselben beruflichen Stand benötigen.

1.4 Diskriminierung durch sexuelle Belästigung (Art. 4 GIG)

8. Das GIG hält in einem separaten Artikel explizit fest, dass sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz eine Diskriminierung und als solche unzulässig ist. Das Gesetz verpflichtet Arbeitgebende für ein belästigungsfreies Arbeitsklima zu sorgen, und es verleiht den Arbeitnehmenden gegenüber den Arbeitgebenden daraus abgeleitete Rechte. Den Arbeitgebenden treffen aktive Schutzpflichten in Form von Handlungspflichten. Diese gehen in zwei Richtungen: Schutz vor sexueller Belästigung und, wenn diesen Schutzmassnahmen der Erfolg versagt bleibt, Schutz des Opfers vor weiteren Nachteilen, was ein aktives Einschreiten erfordert⁶.
9. Im Anwendungsbereich des GIG geht es nicht darum, was die sexuell belästigte Person gegen die Täterschaft unternehmen und von dieser verlangen kann (diesbezügliche Bestimmungen finden sich im Strafgesetzbuch und bezüglich Schadenersatz oder Genugtuung im ZGB und OR), sondern es wird geregelt, inwiefern die betroffene Person den Arbeitgebenden dafür in die Verantwortung nehmen kann, dass sie am Arbeitsplatz nicht vor sexueller Belästigung geschützt war.

1.5 Rechtsansprüche (Art. 5 GIG)

10. Das Gesetz enthält eine vielfältige Palette von Rechtsansprüchen, die eine betroffene Person je nach Art der Diskriminierung gegenüber dem Arbeitgebenden durchsetzen kann.
11. Wer von einer Diskriminierung betroffen ist, kann beantragen (Art. 5 Abs. 1 GIG):
 - dass eine drohende Diskriminierung verboten oder unterlassen wird,

Beispiel: Der Arbeitgebende macht eine mögliche Beförderung von der Erfüllung be-

⁶ Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362, 6. A., Bern 2006, N 5 zu Art. 328.

stimmter Aufgaben und der Erfüllung entsprechender Ziele abhängig, weist aber der betroffenen Arbeitnehmerin keine solchen Aufgaben zu.

- dass eine bestehende Diskriminierung beseitigt wird,

Beispiel: Eine Arbeitnehmerin ist fortgesetzten sexuellen Belästigungen durch einen Vorgesetzten ausgesetzt, ohne dass der Arbeitgebende einschreitet. Die Arbeitnehmerin kann durch Klage verlangen, dass der Arbeitgebende konkrete Massnahmen, z.B. die Entlassung des Belästigers, trifft.

- dass eine Diskriminierung festgestellt wird, wenn diese nicht mehr beseitigt werden kann, sich aber weiterhin störend auswirkt,

Beispiel: Der Arbeitgebende lässt lediglich die männlichen Mitarbeitenden an einer Weiterbildung teilnehmen. Dies kann die betroffene Arbeitnehmerin aufgrund des ihr nun fehlenden Know-hows bei ihrer Arbeit benachteiligen.

- dass die Zahlung des geschuldeten Lohnes angeordnet wird, wobei auch eine Nachzahlung für den noch nicht verjährten Lohn (Verjährungsfrist fünf Jahre, Art. 128 Ziff. 3 OR) geltend gemacht werden kann.

12. Besteht die Diskriminierung in der Ablehnung der Anstellung oder in der Kündigung eines obligationenrechtlichen Arbeitsvertrages, hat die betroffene Person Anspruch auf eine in Würdigung aller Umstände festzusetzende Entschädigung. Liegt die Diskriminierung in der Ablehnung der Anstellung, ist die Entschädigung auf max. drei entgangene Monatslöhne beschränkt (vgl. zum Verfahren Art. 8 GlG). Im Falle der diskriminierenden Kündigung beträgt die Maximalentschädigung sechs (tatsächliche) Monatslöhne (Art. 5 Abs. 4 GlG; vgl. zum Verfahren Art. 9 GlG i.V.m. Art. 336b OR).
13. Bei einer Diskriminierung durch sexuelle Belästigung kann der betroffenen Person eine Entschädigung zugesprochen werden, wenn der Arbeitgebende nicht beweist, dass er Massnahmen getroffen hat, die zur Verhinderung sexueller Belästigungen nach der Erfahrung notwendig und angemessen sind und die ihm billigerweise zugemutet werden können. Die Entschädigung ist unter Würdigung aller Umstände festzusetzen und wird auf der Grundlage des schweizerischen Durchschnittlohnes errechnet (Art. 5 Abs. 3 GlG)⁷. Die Obergrenze beträgt sechs Monatslöhne (Art. 5 Abs. 4 GlG).
14. Zu den Entschädigungen können Ansprüche auf Schadenersatz (bspw. Ersatz notwendiger Psychotherapiekosten nach sexueller Belästigung) und Genugtuung sowie weitergehende vertragliche Ansprüche hinzukommen (Art. 5 Abs.

⁷ Zum Durchschnittslohn, vgl. <http://www.bfs.admin.ch>.

5 GIG).

1.6 Verfahrenserleichterungen (Art. 6, Art. 12, Art. 13 GIG)

1.6.1 Beweislastenerleichterungen (Art. 6 GIG)

15. Die Klagepartei muss bei allen Diskriminierungsformen, ausgenommen bei diskriminierender Nicht-Anstellung und bei sexueller Belästigung, nicht streng beweisen, dass Diskriminierung vorliegt, sondern diese nur glaubhaft machen können (Art. 6 GIG). Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung sind von den oberen Gerichten klargestellt und einheitlich definiert worden. Verlangt wird eine gewisse Wahrscheinlichkeit der Diskriminierung, die aber auch geringer als 50% sein kann⁸.
16. Kann der betroffene Arbeitnehmende eine Diskriminierung glaubhaft machen, ist es am Arbeitgebenden zu beweisen, dass keine verbotene Diskriminierung (bspw. kein geschlechtstypischer Lohnunterschied) vorliegt. Misslingt dieser (Voll-)Beweis (Entlastungs- oder Rechtfertigungsbeweis⁹), trägt der Arbeitgebende die Folgen der Beweislosigkeit und verliert den Prozess.

1.6.2 Prozessuale Erleichterungen

17. Das Gesetz hält ausdrücklich fest, dass keiner Partei der Beizug einer Rechtsvertretung oder die Durchführung des Prozesses im schriftlichen Verfahren verweigert werden kann (Art. 12 GIG).
18. Diskriminierungsprozesse sind grundsätzlich unabhängig vom Streitwert kostenlos, das heisst es dürfen auch der unterliegenden Partei keine Gerichtskosten auferlegt werden, auch nicht für gerichtlich angeordnete Expertisen (Art. 11 Abs. 4, Art. 12 Abs. 2 GIG, Art. 343 Abs. 3 OR, Art. 13 Abs. 5 GIG). Hingegen bezieht sich diese Bestimmung nicht auf die Anwaltskosten. Gemäss den kantonalen Prozessordnungen hat in der Regel die im Prozess unterliegende Partei der obsiegenden Partei eine vom Streitwert abhängige Parteientschädigung zu entrichten.
19. Das GIG schreibt den Gerichten vor, dass sie den Sachverhalt - unabhängig vom Streitwert - von Amtes wegen abklären müssen (Art. 12 Abs. 2 GIG, Art. 343 Abs. 4 OR).

⁸ Elisabeth Freivogel, Lücken und Tücken in der Anwendung des Gleichstellungsgesetzes, AJP 11/2006, 1347.

⁹ Elisabeth Freivogel, a.a.O., 1346.

1.7 Spezieller Kündigungsschutz bei Rachekündigungen (Art. 10 GIG)

20. Ein spezieller Kündigungsschutz soll ermöglichen, dass sich Arbeitnehmende auf das GIG berufen können, ohne gleich von der Entlassung bedroht zu sein.
21. Nach Art. 10 Abs. 1 GIG ist eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgebenden anfechtbar, wenn sie ohne begründeten Anlass auf eine innerbetriebliche Beschwerde über eine Diskriminierung oder auf die Anrufung der Schlichtungsstelle oder des Gerichts durch den Arbeitnehmenden erfolgt. Anfechtbarkeit der Kündigung bedeutet nicht Nichtigkeit. Das bedeutet, dass die Kündigung vor Ablauf der Kündigungsfrist beim Gericht angefochten werden muss, ansonsten sie vollumfänglich wirksam ist (Art. 10 Abs. 3 GIG).
22. Der Kündigungsschutz gilt für die Dauer des innerbetrieblichen Beschwerdeverfahrens, eines Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens sowie sechs Monate darüber hinaus (Art. 10 Abs. 2 GIG).
23. Erscheint es dem Gericht wahrscheinlich, dass die Voraussetzungen für die Aufhebung der Kündigung erfüllt sind, kann es die provisorische Wiedereinstellung des Arbeitnehmenden für die Dauer des Verfahrens anordnen (Art. 10 Abs. 3 GIG).
24. Stellt sich jedoch die Fortführung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitnehmenden, der einer Rache Kündigung ausgesetzt war, als problematisch heraus (bspw. in besonders konfliktreichen Situationen oder Fällen von sexueller Belästigung), hat er die Wahlmöglichkeit, auf die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses zu verzichten und stattdessen eine Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen zu verlangen (Art. 10 Abs. 4 GIG i.V.m. Art. 336a OR).

1.8 Schlichtungsverfahren (Art. 11 GIG)

25. Das GIG schreibt den Kantonen vor, dass sie für die Vermittlung von Diskriminierungsstreitigkeiten den Gerichten vorgeschaltete Schlichtungsstellen einrichten müssen. Diese sollen versuchen, zwischen den Parteien zu vermitteln und eine einvernehmliche Regelung herbeizuführen. Die Schlichtungsstellen haben aber keine Entscheidkompetenz. Kann keine Einigung erzielt werden, obliegt es der Klagepartei zu entscheiden, ob sie prozessieren will. Kommt hingegen eine Einigung zustande, ist die Streitsache endgültig erledigt.

26. Das GIG schreibt nur vor, dass die Kantone Schlichtungsstellen einrichten müssen. Jeder Kanton entscheidet in eigener Kompetenz, ob er das Schlichtungsverfahren als obligatorisch oder fakultativ erklärt.

2 Häufigste Diskriminierungsarten

2.1 Anstellungsdiskriminierung

2.1.1 Fall 1¹⁰

27. Susi Kraft bewarb sich bei der Bau Fix AG in Solothurn als Direktionsassistentin. Zur Begründung der anderweitigen Besetzung der Vakanz teilte ihr die Bau Fix AG Folgendes mit: „Bezug nehmend auf Ihren Telefonanruf teilen wir Ihnen mit, dass sich die Stelle nicht für eine Kandidatin mit vorschulpflichtigen Kindern eignet. Der Job bringt eine unregelmässige Arbeitszeit, verbunden mit Abend- und Wochenendmehrarbeit mit sich; Mehrarbeit, die wohl kompensiert, Ihrem Kind jedoch aus sozialen Gründen aus unserer Sicht nicht zugemutet werden kann.“

2.1.2 Was sagt das GIG?

28. Nach Art. 3 GIG dürfen Arbeitnehmende auf Grund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden, namentlich nicht unter Berufung auf den Zivilstand, auf die familiäre Situation oder auf Schwangerschaft. Das Verbot gilt für das ganze Arbeitsverhältnis. Besteht die Diskriminierung in der Ablehnung einer Anstellung oder in einer Kündigung, hat die betroffene Person Anspruch auf eine Entschädigung nach Art. 5 Abs. 2 GIG.
29. Untersagt ist nicht nur die Anknüpfung an das Geschlecht oder an ein Kriterium, das nur von einem Geschlecht erfüllt werden kann (direkte Diskriminierung), sondern auch die Anknüpfung an Zugangs- oder Auswahlkriterien, die zwar von Angehörigen beider Geschlechter erfüllt werden können, sich jedoch in Wirklichkeit bezüglich Zugang unterschiedlich auf die Angehörigen des einen Geschlechts im Vergleich zu den Angehörigen des anderen Geschlechts auswirken (indirekte Diskriminierung).

¹⁰ Vgl. www.gleichstellungsgesetz.ch/html_de/103N1333.html; SOG 1999 Nr. 1 mit Hinweisen.

30. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass rechtswidrige Benachteiligung nicht nur bei Anknüpfung an das Geschlecht selbst gegeben ist, sondern auch bei Anknüpfungen an den Zivilstand, die familiäre Situation oder die Schwangerschaft. Die Anknüpfung an die familiäre Situation ist ein typisches Beispiel für indirekte Diskriminierung. Stereotype und generelle Annahmen über die Fähigkeiten eines Geschlechts oder hergebrachte Anschauungen über Rollen der Geschlechter können eine ungleiche Behandlung nie rechtfertigen, sie sind in der ganzen Rechtsordnung rechtlich nicht mehr relevant.
31. Im Fall von Susi Kraft liegt eine indirekte Diskriminierung durch Anknüpfung an die familiäre Situation vor, ist es doch im Berufsalltag so, dass bei Männern die Frage, ob und in welchem Umfang sie diese vorschulpflichtigen Kinder zu betreuen haben, nur selten gestellt wird, da davon ausgegangen wird, Männer seien in erster Linie für die Erwerbsarbeit zuständig und die Frauen für die Erziehungs- und Hausarbeit. Das von der Bau Fix AG angeführte Kriterium (vorschulpflichtige Kinder und Unzumutbarkeit einer unregelmässigen Arbeitszeit für diese Kinder) trifft faktisch überwiegend Frauen, da sie sich immer noch in erster Linie um die Erziehung und Betreuung der Kinder kümmern. Die indirekte Diskriminierung ist in der Ungleichbehandlung der Personengruppe „Mütter mit vorschulpflichtigen Kindern“ zu erblicken, die nach Ansicht der Bau Fix AG keine vollzeitige Erwerbstätigkeit ausüben sollten.
32. Obwohl das Verhalten der Bau Fix AG eindeutig gesetzeswidrig ist, ist die Durchsetzung der tatsächlichen Anstellung nicht möglich. Die Sanktion beschränkt sich in der Möglichkeit, eine Entschädigung zu verlangen. Das Gericht sprach Susi Kraft eine Entschädigung von zwei Monatslöhnen zu (Art. 5 Abs. 2 und 4 GlG).
33. In verfahrensrechtlicher Hinsicht hatte Susi Kraft zwingend innerhalb von drei Monaten ab dem Tag an, an dem ihr die Ablehnung der Anstellung mitgeteilt wurde, Klage zu erheben (Art. 8 Abs. 2 GlG). Nach Ablauf von drei Monaten ist jeder Anspruch verwirkt. Bei Klagen betreffend diskriminatorischer Nichtanstellung genügt ein blosses Glaubhaftmachen nicht. Die Diskriminierung muss bewiesen werden (Art. 6 GlG).

2.2 Lohndiskriminierung

2.2.1 Fall 2¹¹

34. Die berufserfahrene Anwältin Claudia Stark arbeitete vom 23. August 1993 bis 31. August 1997 bei der multinationalen Fortuna Finanz AG als Juristin / Generalsekretärin. Sie hatte beratende Funktion in der Generaldirektion, beteiligte sich mit eigenen Vorschlägen an der Erarbeitung von Entscheidungen betreffend die allgemeine Geschäftspolitik und koordinierte und begleitete die rechtlichen Schritte der Unternehmung. Ihre Stelle war vergleichbar mit derjenigen ihres Vorgängers Daniel Rauch. Leider musste sie feststellen, dass sie im Vergleich mit ihrem Vorgänger 27% weniger verdiente und ihr Gehalt auch verglichen mit weiteren - teilweise schlechter ausgebildeten und weniger Verantwortung tragenden - männlichen Angestellten erheblich weniger betrug. Mit der Begründung, Opfer einer geschlechtsspezifischen Diskriminierung hinsichtlich der Entlohnung zu sein, erhob sie am 22. Mai 1996 Klage mit dem Begehren, die Fortuna Finanz AG sei zu verpflichten, ihr CHF 282'750.-- zu bezahlen und es sei festzustellen, dass der geschuldete Jahreslohn seit 1. Januar 1996 CHF 250'000.-- betrage.

2.2.2 Was sagt das GIG?

35. Art. 8 Abs. 3 Satz 3 der Bundesverfassung sowie Art. 3 und 5 Abs. 1 lit. d GIG gewähren Männern und Frauen einen unmittelbar anwendbaren Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit. Lohndiskriminierung liegt vor, wenn eine Person verglichen mit Angehörigen des anderen Geschlechts für gleichwertige Tätigkeit weniger Lohn erhält oder zum Nachteil geschlechtsspezifisch identifizierter Berufe Lohnunterschiede bestehen, die nicht sachbezogen in der Arbeit selbst begründet sind¹². Der Anspruch auf Lohngleichheit gilt für alle Funktionen, auch für höhere Kaderleute mit akademischer Ausbildung, und ist zwingend und unverzichtbar. Der Begriff des Lohnes ist umfassend zu verstehen und betrifft alle Leistungen, die im direkten Zusammenhang mit der Arbeit stehen, d.h. auch Ferienabgeltungen, Teuerungszulagen, Gratifikationen, Kinderzulagen etc.¹³. Verglichen werden können nur Löhne beim gleichen Arbeitgebenden, weil man grundsätzlich nicht verschiedene Unternehmen oder Ge-

¹¹ Vgl. BGE 130 III 145 ff. = Pra 9/2004 Nr. 132 mit Hinweisen.

¹² Susy Stauber-Moser, Lohngleichheit und bundesgerichtliche Rechtsprechung, AJP 11/2006, 1354 mit Hinweisen.

¹³ Susy Stauber-Moser, a.a.O., 1355 mit Hinweisen.

meinwesen miteinander vergleichen kann, die alle ihre ganz individuellen Lohnsysteme haben. Wenn die Gleichwertigkeit verschiedener Funktionen in einem Unternehmen nicht offensichtlich ist oder nicht anderweitig ermittelt werden kann, müssen Experten bestimmen, ob die fraglichen Funktionen miteinander verglichen werden können und welches die massgebenden Vergleichskriterien sind.

36. Beweisrechtlich muss die von einer Lohndiskriminierung betroffene Person genügend objektive Indizien dafür vorbringen, dass der Lohnunterschied nicht anders als durch das unterschiedliche Geschlecht erklärt werden kann. Alsdann wird die Diskriminierung vermutet und es obliegt dem Arbeitgebenden, den Vollbeweis entweder dafür zu bringen, dass trotz Anschein einer Diskriminierung eine solche nicht gegeben ist bzw. Rechtfertigungsgründe, das heisst objektive Gründe ohne geschlechtsdiskriminierende Wirkung (wie Ausbildung, Dienstalter, Qualifikation, Erfahrung, konkreter Aufgabenbereich, Leistungen, Risiken oder Pflichtenheft), die einem echten unternehmerischen Bedürfnis entsprechen und verhältnismässig sind, vorliegen (Art. 6 GIG). Eine starke Verhandlungsposition des Arbeitnehmenden bei den Lohngesprächen kann ebenso wie die konjunkturelle Lage zu einem Lohnunterschied für die gleiche Arbeit führen. Ungleichheiten, die sich wegen verschiedenen Lohnverhandlungen oder Konjunkturschwankungen ergeben haben, muss der Arbeitgebende allerdings, sobald dies möglich und zumutbar ist, beseitigen, in der Regel innerhalb eines Jahres. Misslingt dem Arbeitgebenden der Vollbeweis, ist der - normalerweise mittels Gutachten zu eruiierende - diskriminierungsfreie Lohn zu bemessen.
37. Nachzuzahlen ist damit die Differenz zwischen dem als diskriminierend festgestellten Lohn und dem Vergleichslohn im Rahmen der fünfjährigen Verjährungsfrist (Art. 128 Ziff. 3 OR), gerechnet ab Klageanhebung bzw. Anrufung der Schlichtungsstelle (Art. 5 Abs. 1 lit. d GIG).
38. Im vorliegenden Fall ergab sich aufgrund des Gutachtens, dass die Stelle von Claudia Stark jener von Daniel Rauch vergleichbar war. Der Lohnunterschied zwischen den beiden von 27% sowie der konkrete Vergleich zwischen ihr und allen übrigen männlichen Kadermitgliedern der Fortuna Finanz AG sprach nach der Auffassung des Experten klar für eine Diskriminierung im Sinne von Art. 3 Abs. 2 GIG. Die Fortuna Finanz AG vermochte die lohnmassige Schlechterstellung nicht durch objektive einem echten unternehmerischen Bedürfnis entsprechende Gründe zu rechtfertigen. Der Anspruch von Claudia Stark auf die Differenz zwischen dem tatsächlich ausbezahlten und dem ihr für

die Dauer des ganzen Arbeitsverhältnisses geschuldeten Lohnes im Umfang von CHF 213'716.-- wurde letztinstanzlich vom Bundesgericht geschützt.

39. Die Lohndiskriminierung war übrigens, wie man aus der Presse erfahren konnte, kein Einzelfall; offenbar wurden alle Frauen unterbezahlt. Zudem hat die Klägerin in ihrem Beruf auch acht Jahre nach der Einreichung der Lohndiskriminierungsklage noch keine neue Stelle gefunden. Auch dies sind interessante (wenn auch kaum erstaunliche) Aspekte im Gleichstellungsrecht¹⁴!

2.3 Diskriminierung durch sexuelle Belästigung

2.3.1 Fall 3¹⁵

40. Die ausländischen Hotelfachschülerinnen, Sue Smith und Alice Ponte, werden in ihrem Praktikumsbetrieb, dem renommierten City Dream Hotel, vom Vorgesetzten Hans Macht verbal und tätlich sexuell belästigt. Die lange Liste der Beschuldigungen reicht von regelmässigen handfesten unerwünschten Berührungen an Brüsten und Gesäss, von Griffen unter den Rock und dem Öffnen von Blusenknöpfen bis zu zahlreichen sexuell belästigenden verbalen Aufforderungen. Sie wenden sich an einen Rechtsanwalt und verweigern die Weiterarbeit bis zur Entlassung von Hans Macht. Dieser bestreitet die Vorwürfe kategorisch, worauf den Praktikantinnen fristlos gekündigt wird. Sie ziehen die Arbeitgeberin vor Arbeitsgericht.

2.3.2 Was sagt das GIG?

41. Der Arbeitgebende hat die Arbeitnehmenden vor sexueller Belästigung zu schützen (Art. 4 GIG). Als sexuelle oder sexistische Belästigung gilt jede Handlung mit sexuellem Bezug, die von einer Seite unerwünscht ist und die eine Person aufgrund ihres Geschlechts herabwürdigt. Es sind unerwünschte Annäherungs- sowie Abwertungsversuche jeder Art in Form von Gesten, Äusserungen, Darstellungen und Handlungen. Es sind unerwünschte körperliche Kontakte, sexuell abfällige Anspielungen, die von jemandem am Arbeitsplatz vor oder angebracht werden und von der Person oder Personengruppe an die sie sich richten, als beleidigend, unangemessen und/oder unerwünscht empfunden werden. Massgebend ist, ob die Handlung nach Durchschnittsempfinden

¹⁴ NZZ vom 25. Februar 2004, 63.

¹⁵ Vgl. ZR 99 (2000) Nr. 111: Kurzzusammenfassung aus http://www.gleichstellungsgesetz.ch/html_de/103N1012.html.

auf die betroffene Person belästigend wirkt. Es kommt nicht darauf an, was die belästigende Person wollte oder beabsichtigte¹⁶.

42. Sanktioniert werden insbesondere folgende Verhaltensweisen¹⁷:

- Bemerkungen über persönliche Vorzüge und Schwächen
- Obszönes Reden (Witze, Bemerkungen)
- Anstarren, Pfeifen, taxierende Blicke
- Unerwünschte Annäherungen
 - Nahes Herankommen beim Gespräch
 - Unerwünschte Einladung mit eindeutiger Absicht
 - Pornographische Bilder am Arbeitsplatz
 - Aufforderungen zu sexuellen Handlungen
- (scheinbar zufällige) Körperkontakte
- Zudringliche Berührungen
- Zurschaustellen der Geschlechtsteile
- Sexueller Missbrauch, Nötigung und Vergewaltigung

43. Die Folgen der sexuellen Belästigung sind in Art. 5 GIG geregelt (vgl. vorstehend Ziff. 10 ff.). Nach Art. 5 Abs. 3 GIG trifft den Arbeitgebenden insbesondere dann eine Entschädigungspflicht, wenn er nicht beweisen kann, dass er Massnahmen getroffen hat, die zur Verhinderung sexueller Belästigungen nach der Erfahrung notwendig und angemessen sind und ihm billigerweise zugemutet werden können. Arbeitgebende, die beweisen können, dass sie alles Nötige unternommen haben, müssen dem Opfer tatsächlich keine Entschädigung bezahlen. Misslingt dieser Beweis, ist eine Entschädigung von bis zu sechs Durchschnittsmonatslöhnen geschuldet (Art. 5 Abs. 3 und 4 GIG). Solche Massnahmen können sein: Bestimmung einer Ansprechstelle, Aufklärungsschriften (mit Grundsatzklärungen, Definition sexueller Belästigung, Geltungsbereich, gesetzlichen Bestimmungen, Rechten und Pflichten der Arbeitnehmenden, formellem und informellem Beschwerdeverfahren)¹⁸, Androhung

¹⁶ Judith Wissmann Lukesch, a.a.O., 1422 f.

¹⁷ Nicole C. Vögeli, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, Chur/Zürich 1996, 51 mit Hinweisen.

¹⁸ Vgl. als Bsp: „Reglement zum Schutz der sexuellen Integrität am Arbeitsplatz“ der ABB;
<http://www.equality-office.ch/d/erwerbsleben-belaestigung-reglemente.htm>.

von internen Sanktionen, Gewissheit der Kenntnisnahme solcher Abwehrmassnahmen durch die Arbeitnehmenden, regelmässige Prüfung der Einhaltung¹⁹. Ein Patenrezept, dessen Umsetzung den Arbeitgebenden automatisch entlastet, gibt es nicht. Die Gerichte prüfen im Einzelfall, ob die unternommenen Schritte wirklich geeignet waren, um sexuelle Belästigung zu verhindern oder zu beseitigen. Die Ausarbeitung eines Reglements oder die Bezeichnung einer Ansprechperson sind nicht immer ausreichend. So müssen die Arbeitnehmenden das Reglement auch kennen und den Eindruck haben, sich an die bezeichnete Person wenden zu dürfen²⁰.

44. Was die Beweislast betrifft, trägt die betroffene Person den Vollbeweis für die sexuelle Belästigung, wobei eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit genügt. Dagegen trägt der Arbeitgebende die Entlastungsbeweislast für präventive Massnahmen gegen sexuelle Belästigung im Betrieb (Art. 6 GIG).
45. Vorliegend gelangte das Gericht nach aufwändigem Beweisverfahren zum Ergebnis, dass sexuelle Belästigung vorliegt. Die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung waren nicht gegeben. Da sich die Anschuldigungen der Opfer als richtig herausstellten, lag keine Ehrverletzung vor und war die Arbeitsverweigerung berechtigt, bis die Arbeitgeberin Schutzmassnahmen ergriff. Entsprechend zog die rechtswidrige und diskriminierende Kündigung Lohnnachzahlungen (Art. 337c Abs. 1 OR) und Entschädigungen gestützt auf Art. 5 Abs. 2 GIG²¹ in der Höhe von sechs (effektiven) Monatslöhnen nach sich. Zusätzlich wurden Entschädigungen wegen ungenügender Prävention des City Dream Hotels in der Höhe von je drei durchschnittlichen Schweizer Monatslöhnen zugesprochen (Art. 5 Abs. 3 GIG). Weil die psychische Gesundheit von Sue Smith und Alice Ponte schwer beeinträchtigt wurde und entsprechende Behandlungen notwendig waren, wurden die Genugtuungsforderungen in der Höhe von je CHF 7'000.-- ebenfalls geschützt (Art. 5 Abs. 5 GIG i.V.m Art. 49 OR).

¹⁹ Judith Wissmann Lukesch, Schutz vor sexueller Belästigung gemäss Gleichstellungsgesetz, AJP 11/ 2006, 1426.

²⁰ Karine Lempen, Überblick über die Rechtsprechung zur sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz, AJP 11/2006, 1419.

²¹ Eine Kombination mit der Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR ist nicht möglich.

2.4 Diskriminierende Kündigung

2.4.1 Fall 4²²

46. Lilly Schatz arbeitet seit 10 Jahren bei der THX Bank AG als Personalverantwortliche. Ihre Qualifikationen waren stets hervorragend. Letzten Frühling ging sie eine Liebesbeziehung mit Romeo Hengst, einem Mitglied der Geschäftsleitung der THX Bank AG, ein. Weil dies mit einer Vertrauensposition nicht vereinbar sei, wird ihr ohne vorgängiges Gespräch gekündigt. Dieser Grund wird per Aushang in der ganzen Bank publik gemacht. Lilly Schatz sieht die Kündigung nicht ein und möchte weiterhin bei der THX Bank AG arbeiten.

2.4.2 Was sagt das GIG?

47. Eine direkte oder indirekte Diskriminierung ist auch bei der ordentlichen Kündigung verboten (Art. 3 GIG). Die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses und die Aufhebung der diskriminierenden Kündigung kann jedoch nicht erzwungen werden. Der betroffene Arbeitnehmende kann lediglich eine Entschädigung verlangen (Art. 5 Abs. 2 und 4 und Art. 9 GIG).

48. Dazu muss vor Ende der Kündigungsfrist beim Arbeitgebenden schriftlich Einsprache erhoben werden (Art. 336b Abs. 1 OR). Wurde die Einsprache rechtzeitig zugestellt, kann innerhalb von 180 Tagen ab Beendigung des Arbeitsverhältnisses Klage auf Zusprechung einer Entschädigung beim Gericht bzw. bei der Schlichtungsstelle anhängig gemacht werden (Art. 336b Abs 2 OR, Art. 11 GIG). Verpasst die gekündigte Partei eine dieser Fristen, ist der Entschädigungsanspruch verwirkt.

49. Die Höhe der Entschädigung wird vom Gericht je nach den Umständen festgesetzt, kann aber maximal sechs Monatslöhne betragen (Art. 5 Abs. 4 GIG).

50. Da vorliegend die THX Bank AG Lilly Schatz keine Pflichtverletzungen vorwerfen konnte, ist das von ihr gewählte Vorgehen, einfach der Frau zu kündigen, als diskriminierend zu qualifizieren. Unter Berücksichtigung der Begleitumstände erachtete die Schlichtungsstelle eine Entschädigung von vier Monatslöhnen als gerechtfertigt.

22 Vgl. http://www.gleichstellungsgesetz.ch/html_de/103N1066.html.

3 Zum Schluss: 10 Tipps im Umgang mit dem GIG

- Fördern Sie die Genderkompetenz im Personalmanagement, damit Diskriminierungen am Arbeitsplatz keine Chance haben!
- Sorgen Sie dafür, dass das GIG nicht nur bei den Personalverantwortlichen, sondern auch bei den Geschäftsleitungen und Direktionen bekannt ist!
- Sensibilisieren Sie die Mitarbeitenden aller Hierarchiestufen gezielt und regelmässig auf verbotene direkte oder indirekte Diskriminierungen!
- Sorgen Sie dafür, dass Anstellungen, Aufgabenzuteilungen, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Aus- und Weiterbildungen, Beförderungen und Entlassungen diskriminierungsfrei erfolgen!
- Vermeiden Sie Lohndiskriminierungen, indem Sie darauf achten, dass die Saläre gerecht verteilt sind!
- Nehmen Sie Ihre Führungsverantwortung für Massnahmen gegen sexuelle Belästigung ernst!
- Die Existenz eines - allen Mitarbeitenden bekannten - Diskriminierungsreglements ist unerlässlich!
- Fördern sie ein von gegenseitigem Respekt getragenes Arbeitsklima!
- Handeln Sie sofort, wenn sie mit konkreten Diskriminierungsvorwürfen konfrontiert werden!
- Machen Sie bekannt, was Diskriminierungen kosten (Prozesskosten, Entschädigungen, Reputationsverlust)!

Literaturauswahl

Margrith Bigler-Eggenberger/Claudia Kaufmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel 1997.

Nicole C. Vögeli, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, Chur/Zürich 1996.

Edi Class/Rainer Mössinger, Die Rechte der Frau im Arbeitsverhältnis, Zürich 1996.

Rita Schmid Göldi/Hans Ueli Schürer, Die Frau im Arbeitsrecht, Zürich 1996.

Marianne Schär Moser/Jürg Baillod, Instrumente zur Analyse von Lohndiskriminierungen, Bern 2006.

Sondernummer AJP 11/2006, Zehn Jahre Gleichstellungsgesetz: aktuelle Fragen und Perspektiven.