

ARBEITSGEMEINSCHAFT
Büro BASS . Konsumstrasse 20 . 3007 Bern . 031 / 380 60 80 . heidi.stutz@buerobass.ch
büro a&o . Waaghausgasse 5 . 3011 Bern . 031 / 311 59 86 . schaeer@bueroaundo.ch
Elisabeth Freivogel, lic. Iur., LL.M., Advokatin . Hauptstr. 104 . 4102 Binningen . 061 / 421 05 95
freivogel@advokaturbuero-bl.ch

BASS



Dr. Jürg Baillo

**ADVOKATURBÜRO
ELISABETH
FREIVOGEL**

Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes

Inhaltsanalytische Auswertung der Gerichtsfälle in den Kantonen Graubünden, Schwyz, Waadt und Zürich
(Baustein 6)

Einzelbericht im Auftrag des Bundesamts für Justiz

Elisabeth Freivogel, Basel/Binningen
unter Mitarbeit von Judith Wissmann-Lukesch, Zürich
Im Februar 2005

Advokaturbüro Elisabeth Freivogel

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
Zusammenfassung	III
Teil I: Grundlagen	7
1 Ausgangslage	7
1.1 Durchführung der inhaltsanalytischen Auswertung	8
1.2 Methodischer Hinweis	8
1.3 Rücklauf und Datengrundlage	8
Teil II: Ergebnisse	10
2 Fälle, Instanzen, Verfahrensdauer	10
3 Art der Diskriminierung	12
4 Verbandsklagen oder Verbandsbeschwerden	13
5 Beweisverfahren	14
5.1 Beweismittel	15
5.2 Untersuchungsmaxime	16
5.3 Beweiserleichterung	17
5.3.1 Grundsätzliches	17
5.3.2 Glaubhaftmachung	18
5.3.3 Rechtfertigungsgründe	21
5.3.3.1 Grundsätzliches	21
5.3.3.2 Generelle Umschreibungen und Anforderungen	22
5.3.3.3 konkret geprüfte Rechtfertigungsgründe	24
6 Lohngleichheit	27
6.1 Definitionen	27
6.2 Gutachten	28
6.3 Exkurs Folge- bzw. Umsetzungsverfahren	30
7 Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz	31
7.1 Grundsätzliches	31

7.2	Definitionen	32
8	Anstellung und Beendigung der Arbeitsverhältnisse	33
8.1	Nichtanstellung	33
8.2	Kündigung allgemein	33
8.3	Rachekündigung	33
9	Erfolg/Misserfolg	35
9.1	Statistik	35
9.2	Gründe des Erfolgs	37
9.3	Gründe des Misserfolgs	38
9.4	Vermeidung des Misserfolgs	39
10	Fazit	40
11	Anhang	47

Zusammenfassung

Der vorliegende Einzelbericht bildet den Baustein 6 der Wirkungsanalyse zum Gleichstellungsgesetz (GIG). Die im Rahmen der Erhebungen für Baustein 2 eingegangenen Gerichtsurteile aller Instanzen der ausgewählten Kantone Graubünden, Schwyz, Waadt und Zürich (42% der gesamtschweizerisch erhobenen Urteile) wurden - ausgenommen reine Umsetzungsurteile - anhand eines dafür spezifisch erarbeiteten Leitfadens inhaltsanalytisch ausgewertet (71 Urteile in 47 Fällen).

Instanzenzug, Verfahrensdauer, Diskriminierungsart

Rund die Hälfte der Fälle betreffen privatrechtliche, die andere Hälfte öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse. Diese Verteilung ist kantonal sehr unterschiedlich: VD 87,5% PR; ZH 30% PR). Ca. 40% aller Fälle gingen über **mindestens 2 gerichtliche Instanzen** (VD 50%, ZH 37%). Von den grundsätzlich erfolgreich ausgegangenen Fällen mussten sich in Zürich ca. 1/3, in der Waadt ganze 70% über mindestens 2 gerichtliche Instanzen kämpfen (in Graubünden gab es eine Abweisung und einen Vergleich; in Schwyz eine Abweisung und einen Klagerückzug).

Die **Verfahrensdauer** ist sehr unterschiedlich: Im Kanton Waadt beträgt sie durchschnittlich 2 Jahre 2 Monate, wobei die Lohnklagen wesentlich länger dauerten (3 bis 7 Jahre). In Zürich beträgt die durchschnittliche Verfahrensdauer bereinigt 2 1/2 Jahre.

In gut der Hälfte (53%) der Fälle geht es um Lohndiskriminierung, in ca. 1/4 um sexuelle Belästigung, in immerhin 3 Fällen um Beförderung, in je einem um Nichtanstellung, Weiterbildung oder Aufgabenzuteilung. In einem hohen Anteil der Fälle wird zudem rechtswidrige Kündigung geltend gemacht (VD 37,5%, ZH 26%).

Verbandsklage, -beschwerde

In den untersuchten Kantonen gab es insgesamt 10 Verbandsverfahren, an denen insgesamt 19 Verbände mit Feststellungsklagen im eigenen Namen beteiligt waren.

Davon waren 8 Verfahren öffentlichrechtliche Verbandsbeschwerden **kombiniert mit Individualverfahren**. Sie gingen weitgehend zugunsten der betroffenen und beteiligten Berufskategorien aus.

Die Verbandsbeschwerde betreffend Entlöhnung der Kindergärtnerinnen im Kanton Schwyz hingegen war eine **reine Verbandsbeschwerde**, das heisst ein Feststellungsbegehren des Verbandes in eigenem Namen und ohne jede Verbindung mit Leistungsbegehren von Einzelpersonen. Inhaltlich wurde sie von den Gerichten abgewiesen.

Die zweite **reine Verbandsklage** betraf eine Nichtbeförderung einer an einem waadtländer Gericht angestellten Gerichtsschreiberin wegen Schwangerschaft/Mutterschaft. Die Betroffene ging selbst nicht gerichtlich vor. Hingegen klagte der waadtländer Frauenrechtsverband in eigenem Namen und erfolgreich auf Feststellung der Diskriminierung. Diese Klage brachte zudem die gerichtliche Klärung der **Aktivlegitimation der Verbände**, wenn aktuell nur eine Person von einer Diskriminierung betroffen ist.

Die Verbandsklage wurde in den untersuchten Kantonen noch nie in der **Privatwirtschaft** eingesetzt.

Die registrierte Anzahl der Verbandsverfahren kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass nur 2 davon notwendige und idealtypische Verbandsverfahren waren, wie sie der Gesetzgeber vor Augen hatte.

Theorie und Praxis

In den Urteilen sind zwar häufig in einem vorangestellten theoretischen Teil allgemeine Ausführungen und Definitionen zu finden, aber oft ist ein Konnex zur konkreten Fallabhandlung nicht ersichtlich. **Juristische Grundlagen** werden meist in der Form von Zitaten von Präjudizien des Bundesgerichts dargestellt, dann aber nicht oder nicht nachvollziehbar umgesetzt.

Beweisverfahren

Die gemäss Gleichstellungsgesetz überall geltende **Untersuchungsmaxime** wird nur in 1/3 der Zivilrechtsfälle vom Gericht überhaupt angesprochen und führt kaum je zu eigenständiger Beweiserhebung. Speziell wird ungenügend nachgefragt, wenn die Parteien etwas nicht konkret geltend machen (bspw. wenn die Klägerin nur Lohndiskriminierung geltend macht, ihr aber auch gekündigt worden war, klären die Gerichte nicht bezüglich diskriminierender Kündigung ab). Bei sexueller Belästigung scheint den Gerichten zudem nicht klar zu sein, dass die Untersuchungsmaxime trotz fehlender Beweiserleichterung gilt.

In 48 der 71 Urteile kam grundsätzlich die **Beweislast erleichterung** zur Anwendung. Aus

der Mehrheit dieser Urteile ist **keine Zweistufigkeit** des Beweisverfahrens, keine klare Trennung der Ebenen der Glaubhaftmachung einerseits und der Entlastung/Rechtfertigung andererseits ersichtlich. Dies gilt vor allem bei den zivilrechtlichen Verfahren. In den Urteilen des Verwaltungsgerichts Zürich hingegen zeigt sich die mittlerweile grössere Routine. Dieses Gerichts geht bezüglich Beweisverfahren in der Regel übersichtlich vor und hält sich auch an die Zweistufigkeit.

Die Anforderungen an die **Glaubhaftmachung** werden in diesen 48 Urteilen höchst unterschiedlich definiert. Auf erstinstanzlicher Ebene unterschieden sich diese Anforderungen zum Teil kaum vom Vollbeweis. Es kommt sogar vor, dass der Nachweis der Diskriminierungsabsicht verlangt wird. Insbesondere die erstinstanzlichen Gerichte des Kantons Waadt zeigten grosse Probleme in der Umsetzung der Beweiserleichterung. Insgesamt gesehen sind von den oberen Gerichten mittlerweile die **Anforderungen an die Glaubhaftmachung klargestellt** und einheitlich definiert worden: eine gewisse Wahrscheinlichkeit der Diskriminierung, die aber auch geringer als 50% sein kann, muss gegeben sein. Im Kanton Waadt hat dies sichtbar auf das Tribunal Cantonal Cour Civile durchgeschlagen, welches nach früherer Zurechtweisung durch das Bundesgericht die obgenannte Definition übernommen hat.

Bezüglich **Rechtfertigungsgründe** herrscht noch wenig Klarheit. Nur in einer Minderheit der 48 Urteile wird für den Nachweis der Nichtdiskriminierung der Vollbeweis verlangt. Bezüglich **Anforderungen** an die Rechtfertigungsgründe wird nur in 2 Urteilen die Prüfung klar gemäss dem Massstab des legitimen Geschäftsziels, der Geschäftsnotwendigkeit und der Verhältnismässigkeit vorgenommen. Ansonsten werden die Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe sehr unterschiedlich umschrieben. Die unteren Instanzen, besonders die erstinstanzlichen Zivilgerichte und Arbeitsgerichte, neigen dazu, jeden auf den ersten Blick sachlichen Grund als Rechtfertigung einer ungleichen Behandlung zu akzeptieren. Die differenziertere Rechtsprechung der oberen Instanzen, die zusätzliche Anforderungen und Bedingungen definiert und insbesondere verdeutlicht hat, wer was nachzuweisen hat, hat sich bis anhin nicht niedergeschlagen.

Lohnleichheit

Die obigen Ausführungen treffen auch für die Verfahren betreffend Lohnleichheit zu. Insbe-

sondere fällt auf: Es wird **nicht** erkenntlich **zwischen direkter und indirekter Lohndiskriminierung unterschieden**. Wenig Klarheit herrscht auch hier bezüglich Anforderungen an Rechtfertigungsgründe für Lohnunterschieden. Wiederum akzeptieren jedenfalls die unteren zivilrechtlichen Instanzen praktisch jeden auf den ersten Blick sachlichen Grund für eine Lohnunterschied als Rechtfertigung. Die differenziertere Rechtsprechung der oberen Instanzen definiert die Anforderungen an Rechtfertigungsgründe für Lohnunterschieden zusammengefasst wie folgt: Generell können objektive Gründe eine Lohnunterschied nur dann rechtfertigen, wenn sie tatsächlich eine wichtige Rolle für die Ausübung der Tätigkeit spielen und die Löhne oder andere Arbeitsbedingungen des Arbeitgebers wirklich beeinflussen. Werden geschlechtsneutrale, objektive Kriterien, die grundsätzlich zulässig sind, in einem Unternehmen inkonsequent zum Nachteil eines Geschlechts angewandt so liegt trotz "neutraler objektiver Kriterien" Geschlechterdiskriminierung vor.

Speziell im Bereich der Lohnleichheit bleibt die Anwendung der aus den Präjudizien stammenden Definitionen auf den konkreten Fall sehr häufig unklar.

Insbesondere im Kanton Waadt dauern die Lohnleichheitsverfahren auffallend lange. Gut die Hälfte der Lohnleichheitsverfahren sind erfolgreich.

Gutachten

In ca. der Hälfte der Lohnleichheitsfälle wird **ohne Gutachten** entschieden, wobei es sich überwiegend um Einzelklagen bei im Wesentlichen gleicher Arbeit handelt. Die Gerichte vergleichen dann selbst Tätigkeit, Ausbildung, Erfahrung, Dienstalter, Entscheidungsbefugnisse, Verantwortung etc.

In der andern Hälfte der Lohnleichheitsfälle (44%) wird mindestens ein gerichtliches **Gutachten** eingeholt. Die Hälfte davon waren Funktionengutachten, die andere Hälfte Individualvergleiche. In fast allen Fällen folgte das letzturteilende Gericht im Wesentlichen dem Gutachten.

Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz

In 12 der 47 Fälle ging es - auch - um **sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz**. In wenigen Fällen gibt es direkte, aber in nahezu der Hälfte der Fälle indirekte Zeuginnen oder Zeugen der Tat. In der Hälfte der Fälle sind die Klägerinnen gemäss Arztzeugnis krank geworden (Angstzu-

stände, Schlafstörungen, Depressionen, Magen- geschwür). Dreien wurde gekündigt, nachdem sie sich beschwert hatten. Andere hatten selbst gekündigt oder sich erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses über die Belästigung be- schwert. Kein Arbeitsverhältnis dauerte bei Pro- zessbeginn noch an. 70% derjenigen Fälle in denen die sexuelle Belästigung Hauptprozess- thema war (insgesamt 9) endeten nach häufig aufwendigen Verfahren mit zahlreichen Zeu- genbefragungen mit einem teilweisen Erfolg. Die Frage nach **präventiven Massnahmen** des Arbeitgebers taucht nur in einer Minderheit der Urteile auf und es geht daraus nicht hervor, ob überhaupt und welcher Nachweis dem Arbeit- geber diesbezüglich abverlangt wird. Die An- wendung der **Untersuchungsmaxime** wurde in einem Fall explizit verweigert.

Die **Qualität der erstinstanzlichen Urteile** in diesem Bereich ist sehr unterschiedlich. Einige verkennen die rechtlichen Grundlagen vollkom- men. Andere wiederum scheuen sich nicht vor aufwendigen Beweisverfahren, eignen sich er- kennbar vorher fehlendes Wissen und Sach- kenntnisse (bis hin zu EU-Richtlinien) an und setzen diese sorgfältig um. Bezüglich Definition von sexueller Belästigung ist ein in den waadt- länder Urteilen zitiertes schon älteres Genfer Urteil sowie das bekannte Urteil des Zürcher Arbeitsgerichts richtungweisend. Die Urteile des Waadtländer Kantonsgerichts in diesem Bereich sind sorgfältig und haben auch teilweise zur Aufhebung unhaltbarer erstinstanzlichen Urteile geführt.

Klare **Schwierigkeiten** der Gerichte (und auch der Rechtsvertretungen) sind erkennbar, **wenn** neben der sexuellen Belästigung **auch die Kün- digung Prozessthema** ist oder sein sollte. Die Untersuchungsmaxime wird nicht umgesetzt, die Beweislast erleichterung bezüglich Kündigung- zusammenhang nicht angewandt (meist gar nicht erkannt, dass hier dann die Beweislast- erleichterung gilt), die Kündigung nicht unter dem Blickwinkel des Gleichstellungsgesetzes abge- handelt (sondern einzig nach Obligationenrecht mit entsprechend anderer Beweislastverteilung) und folgerichtig werden die Möglichkeiten des Gleichstellungsgesetzes bezüglich Entschädi- gung und Racheündigung übersehen. Bei die- sen **kombinierten sexuelle Belästi- gung/Kündigungsfällen** ist zudem eine grosse Unsicherheit bezüglich der verschiedenen Ent- schädigungen nach Gleichstellungsgesetz sicht- bar. Es werden kaum mehrere Entschädigungen geltend gemacht. Offensichtlich ist weder den

Rechtsvertretungen noch den Gerichten klar, welche Ansprüche auf welcher Entschädigungs- grundlage kumulativ geltend zu machen und zuzusprechen wären und wie die jeweiligen (eben unterschiedlichen) Beweiserfordernisse sind.

Nichtanstellung

Die eine Beschwerde betreffend diskriminieren- de **Nichtanstellung** wurde abgewiesen, weil keine bessere Qualifikation nachgewiesen war. Der Arbeitgeber kannte keine positiven Mass- nahmen, wonach bei gleicher Qualifikation das untervertretene Geschlecht zu bevorzugen sei.

Kündigungsschutz

In 8 Verfahren wurde - zum Teil nur indirekt - **diskriminierende Kündigung** geltend ge- macht, in weiteren 8 missbräuchliche Kündigung oder ungerechtfertigte fristlose Entlassung nach Obligationenrecht ohne Anrufung des GIG - obwohl auch Diskriminierungsfragen zur Debat- te standen. Zudem gab es inhaltlich gesehen 7 **Rachekündigungen**, ohne dass sie als solche erkannt und der spezielle **Kündigungsschutz** des GIG angerufen oder Wiedereinstellung ge- mäss GIG verlangt worden wäre.

Bezüglich diskriminierende Kündigung und Ra- chekündigung herrscht generell (bei Anwältin- nen und Anwälten wie bei den Gerichten) **gros- se Unklarheit**. Oft werden sie nicht als solche erkannt. Dann kommt ausschliesslich das Obliga- tionenrecht zur Anwendung (missbräuchliche Kündigung) mit den entsprechend andern Rechtsgrundlagen und strengeren Anforderun- gen an den Beweis. Selbst wenn eine Kündigung nach Gleichstellungsgesetz abgehandelt wird, wird häufig übersehen, dass dann Untersu- chungsmaxime und die **Beweislasterleichte- rung** gilt. Der spezielle Kündigungsschutz des Gleichstellungsgesetzes mit der Möglichkeit der Anfechtung der Kündigung und der gerichtli- chen **Wiedereinstellung** kommt nicht zum tragen, weil seitens der Rechtskundigen nicht die entsprechenden Bestimmungen des Gleich- stellungsgesetzes angerufen und angewandt oder auch nur konkret abgehandelt werden.

Misserfolg

In ca. 1/3 der abgewiesenen Fälle lag nach Ein- druck der Berichterstatterinnen zumindest ein Grund des Misserfolgs auch darin begründet, dass das Gleichstellungsgesetz entweder gar nicht im Blickfeld lag und deshalb (fälschlicher- weise) auch nicht zur Anwendung kam, oder

Zusammenfassung

dass die Anwendung und **Umsetzung des Gleichstellungsgesetzes mangelhaft** war.

Erfolg

Je nach Kanton mussten 2/3 (VD) bis 1/3 (ZH) derjenigen Fälle, die schliesslich mindestens teilweise erfolgreich waren, sich über mindestens 2 Instanzen kämpfen. Massgeblich für den **Erfolg** waren nebst diesem Durchhaltevermögen vor allem eine Bereitschaft des Gerichts, sich sorgfältig und ernsthaft mit dem Gleichstellungsgesetz auseinander zu setzen und sich die nötigen Kenntnisse anzueignen, die Bereitschaft zu aufwendigen Beweisverfahren inklusive Zeugenbefragungen und/oder Gutachtenerstellung, sowie gute Argumentation und gute Kenntnisse der Rechtsvertretung der Klagpartei.

Teil I: Grundlagen

1 Ausgangslage

Der vorliegende Einzelbericht ist Teil einer umfassenden Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes. Die Federführung für die Durchführung der Evaluation liegt beim Bundesamt für Justiz. Das Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG), das Bundesamt für Statistik (BFS) und das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) sind in der verwaltungsinternen Arbeitsgruppe vertreten, welche die Evaluation begleitet. Der Evaluationsauftrag geht auf eine Motion der Nationalrätin Vreni Hubmann (02.3142) zurück, die vom Nationalrat am 21.6.2002 als Postulat überwiesen wurde. Hubmann verlangte, dass Rachekündigungen in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen nichtig statt anfechtbar sein sollen und dass die Dauer des Kündigungsschutzes angemessen verlängert werden soll (Änderung Art 10 GIG). Da das Thema der Rache Kündigung nicht für sich allein untersucht werden kann, wurde die Evaluation ausgedehnt auf die Frage, inwiefern das Gleichstellungsgesetz seinem Anspruch gerecht wird. Mögliche Schwachstellen des Gesetzes sollen aufgezeigt und ein allfälliger Reformbedarf ermittelt werden. Die Aktivitäten und Tätigkeitsfelder des Eidg. Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann sind nicht Gegenstand der Evaluation, insbesondere auch nicht die Finanzhilfen nach Gleichstellungsgesetz. Diese beiden Bereiche wurden bereits in früheren Evaluationen untersucht.

Wir gehen grundsätzlich davon aus, dass für die Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes ein **Vorgehen auf drei Ebenen** gleichermaßen wichtig ist:

- Eruierung und Auswertung der GIG-Fälle (Gerichte und Schlichtungsstellen).
- Befragung verschiedener an der Umsetzung des GIG Beteiligter zu ihren Erfahrungen.
- Statistische Auswertung der Löhne und der beruflichen Stellung von Frauen und Männern (aufgrund der LSE) als wichtigste Indikatoren für eine ungleiche Erwerbssituation.

Der 3. Punkt ist in einem separaten Auftrag des Bundesamts für Statistik geregelt.¹ Das Forschungsdesign für die ersten beiden Punkte besteht aus folgenden Bausteinen:

- Baustein 1: Literatur- und Dokumentenanalyse
- Baustein 2: Befragung aller zuständigen Gerichte und statistische Grobauswertung der Gerichtsurteile
- Baustein 3: Befragung der Schlichtungsstellen und Auswertung der Schlichtungsfälle
- Baustein 4: Schriftliche Befragung von Gewerkschaften, Berufsverbänden, Frauen- und Männerorganisationen, spezialisierten Beratungsstellen sowie Gleichstellungsbüros
- Baustein 5: Unternehmensbefragung
- Baustein 6: Inhaltsanalytische Auswertung der Gerichtsfälle aus einzelnen Kantonen
- Baustein 7: Mündliche Befragung von Gewerkschaften, Berufsverbänden, Frauen- und Männerorganisationen, spezialisierten Beratungsstellen, Gleichstellungsbüros sowie Anwält/innen

Der vorliegende Einzelbericht stellt die Resultate des Bausteins 6 "Inhaltsanalytische Auswertung der Gerichtsfälle aus einzelnen Kantonen" vor. Durch die detaillierte inhaltsanalytische Auswertung der Gerichtsurteile in den ausgewählten Kantonen soll die Anwendungsrealität des GIG über die verschiedenen Instanzen hinweg analysiert und dokumentiert werden. Dabei werden neben Verfahrensdauer und Verbandsklage insbesondere das Beweisverfahren, Beweislastleichterung und Rechtfertigungsgründe sowie die

¹ Die Lohnanalyse führt das Büro BASS in Zusammenarbeit mit der Universität Bern (Prof. Michael Gerfin) durch.

inhaltlichen Bereiche Lohngleichheit, sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, Beginn und Beendigung von Arbeitsverhältnissen näher untersucht.

1.1 Durchführung der inhaltsanalytischen Auswertung

Im Februar / März 2004 wurden alle potentiell für Fälle nach Gleichstellungsgesetz zuständigen Gerichte der Schweiz vom Bundesamt für Justiz angeschrieben und gebeten anzugeben, wie viele GIG-Verfahren sie bis anhin durchführten und alle Urteile und Abschreibungen dem Bundesamt für Justiz im Hinblick auf eine Auswertung im Rahmen der Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes zuzustellen. Im Bundesamt für Justiz wurden diverse Variablen aus dem Urteilen in einer Datenbank erfasst und anschliessend im Büro BASS ausgewertet (vgl. Einzelbericht zu Baustein 2). Die beim Bundesamt für Justiz eingegangenen Urteile aller Instanzen (inkl. Bundesgericht) aus den Kantonen Graubünden, Schwyz, Waadt und Zürich wurden anschliessend von der Advokatin lic. iur. Elisabeth Freivogel LL.M. (Graubünden, Schwyz, Waadt) und der Rechtsanwältin lic. iur. Judith Wissmann-Lukesch (Zürich) inhaltsanalytisch ausgewertet. Projektentwicklung und Verantwortung liegen bei Elisabeth Freivogel, welche auch diesen Bericht verfasste.

Eine gesamtschweizerische Auswertung war aus Kostengründen nicht möglich. Bei der notwendigen Auswahl war der Kanton Zürich aus zwei Gründen gesetzt: Einerseits handelt es sich dabei um den Kanton mit den meisten Urteilen, andererseits waren ein guter Teil der Urteile bereits in der Datenbank www.gleichstellungsgesetz.ch erfasst. Dann sollte selbstverständlich auch ein Kanton aus der Westschweiz mit einer erheblichen Anzahl von Urteilen einbezogen werden. Die Wahl fiel auf die Waadt, da so - im Gegensatz beispielsweise zum Kanton Genf - neben städtischen auch ländliche Bezirke einbezogen sind. Als Ergänzung wurden die Kantone Graubünden und Schwyz einbezogen als Repräsentanten von Kantonen ohne städtische Zentren und mit sehr wenigen Urteilen.

1.2 Methodischer Hinweis

Bei der vorliegenden Befragung der Gerichte und der darauf basierenden Analyse der Gerichtsurteile handelt es sich um eine Vollerhebung in den ausgewählten Kantonen Graubünden, Schwyz, Waadt und Zürich. Dadurch ist die Stichprobe grundsätzlich identisch mit der Grundgesamtheit. Die Entscheide wurden nach einem dafür spezifisch erarbeiteten und von der verwaltungsinternen Arbeitsgruppe genehmigten Leitfaden für die inhaltsanalytische Auswertung erfasst, ausgezählt und einer inhaltlichen Analyse unterzogen (Leitfaden im Anhang).

1.3 Rücklauf und Datengrundlage

Aus Gründen des ausgeprägten Föderalismus war es selbst für das Bundesamt für Justiz mit einem gewissen Aufwand verbunden, alle potenziell für GIG-Fälle zuständigen Gerichte ausfindig zu machen. Schwierigkeiten ergaben sich vor allem bei den Arbeitsgerichten, die teilweise separat angeschrieben werden mussten und teilweise über die Bezirksgerichte zu erreichen waren. Zudem hatte der Kanton Waadt die Gerichtsstrukturen erst kurze Zeit zuvor grundlegend reformiert. Je nach vorhandener oder inexisterter Fallarchivierung hing es zudem vom Gedächtnis der Beteiligten und damit auch von Personalwechseln ab, ob vor allem ältere Fälle noch eruierbar waren. Zudem sahen sich nicht alle Gerichte im Stande, auch durch Abschreibung infolge Rückzug oder Einigung erledigte Fälle zu eruieren, deren Zahl in der Auswertung also wahrscheinlich unterschätzt ist. Trotzdem war der Rücklauf ausserordentlich hoch (vgl. näher Einzelbericht zu Baustein 2). Die Datengrundlage wurde zudem durch eigene Recherchen ergänzt: Weitere Urteile konnten eruiert werden, erstens aus der Befragung der Schlichtungsstellen (Erwähnung von

Teil I: Grundlagen: 1 Ausgangslage

Nichteinigungen, die vor Gericht kamen), zweitens aus den Gerichtsurteilen selbst (erwähnte Urteile von Vorinstanzen), drittens aus der Fallsammlung des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann, viertens über Gleichstellungsbüros in den Kantonen und fünftens für den Kanton Zürich aus der Internetdokumentation www.gleichstellungsgesetz.ch sowie aus der Kenntnis der Berichterstatteerin Judith Wissmann-Lukesch selbst.

Aus dem Kanton **Graubünden** liegt ein Urteil des Bezirksgerichts Imboden vor, sowie ein Entscheid des Tribunale Administrativo del Cantone dei Grigioni, mit welchem ein Fall durch Vergleich erledigt wurde. Aus dem Kanton **Schwyz** liegt ein Urteil des Bezirksgerichts Schwyz, ein Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz und ein Urteil des Bundesgerichts vor.

Aus dem Kanton **Waadt** liegen folgende Urteile vor: 5 Bundesgericht; 6 Tribunal Cantonal, Cour Civile; 6 Tribunal Cantonal, Chambre des Recours; 2 Tribunal administratif Vaudois; 1 Tribunal du District de Lausanne; 2 Tribunal de Prud'Hommes de Lausanne; 2 Tribunal de Prud'Hommes D'Arrondissement de l'Est Vaudois; 1 Tribunal D'Arrondissement de la Broye et du Nord Vaudois; 1 Tribunal D'Arrondissement de la Broye et du Nord Vaudois/Tribunal de Prud'Hommes d'Yverdon; 2 Tribunal de Prud'Hommes de la Riviera; 1 Tribunal du District de Lavaux; 1 Tribunal Prud'Hommes de Morges; 1 Tribunal Civil du District de Morges; 1 Tribunal de Prud'Hommes de Renens.

Von den obgenannten insgesamt 36 Urteilen betrafen 3 Urteile (in zwei Fällen) nicht Fälle, welche dem Gleichstellungsgesetz unterlagen (beides Fälle sexueller Belästigung am Arbeitsplatz, wovon ein Fall verbunden mit Rache Kündigung). Die Urteile, welche zur Rechtskraft führten, ergingen zwar nach Inkrafttreten des Gleichstellungsgesetzes, die Fälle wurden jedoch von den Übergangsbestimmungen nicht erfasst. Zudem war 1 Urteil ein rein ausführendes Urteil nach Entscheid der oberen Instanz. Entsprechend verbleiben von den obgenannten drei Kantonen insgesamt 32 Urteile, welche gemäss dem Leitfaden inhaltlich analysiert wurden.

Aus dem Kanton **Zürich** wurden insgesamt 75 Urteile eingesandt. Diese kommen von folgenden Gerichten: 50 Verwaltungsgericht, 6 Arbeitsgericht Zürich, 2 Bezirksgerichte, 2 Obergericht, 15 Bundesgerichtsurteile zum Kanton Zürich, 1 konnte nicht zugeordnet werden. Von diesen 75 auswertbaren Urteilen waren 11 inhaltsanalytisch unergiebig (doppelt eingesandt, Zwischenentscheide über Zusammenlegung von Verfahren, Nichteintreten aus formellen Gründen, Abschreibungen zufolge Einigung ohne inhaltliche Hinweise, nicht auf GIG basierend sondern z.B. OR 336 missbräuchliche Kündigung). Von den verbleibenden 64 Urteilen betrafen 28 Folge- bzw. Umsetzungsurteile (24 Verwaltungsgericht und 4 Bundesgericht) zu den Verbandsklagen Gesundheitsberufe, welche nicht voll ausgewertet wurden, sondern im Exkurs Umsetzung Lohngleichheit und Verbandsklagen gesondert behandelt werden. Die verbleibenden 36 Urteile wurden um 3 nicht eingesandte, aber der Berichterstatteerin bekannte Urteile von weiteren Instanzen ergänzt. So konnten im Kanton Zürich total 39 Urteile gemäss dem Leitfaden erfasst und inhaltlich analysiert werden.

Insgesamt wurden somit 71 Urteile anhand des Leitfadens inhaltsanalytisch ausgewertet. Zusätzlich sind 28 reine Umsetzungsurteile aus dem Kanton Zürich separat erfasst. Damit sind 42% aller in der Schweiz seit Inkrafttreten des Gleichstellungsgesetzes ergangenen Gerichtsurteile mit diesem Bericht inhaltlich erfasst und verarbeitet worden.

Teil II: Ergebnisse

2 Fälle, Instanzen, Verfahrensdauer

Wie oben bereits erklärt, wurden 28 Gerichtsurteile des Kantons Zürich nicht in die inhaltsanalytische Auswertung miteinbezogen, weil sie als reine Folgeurteile diesbezüglich nicht interessant sind, denn die für uns interessanten Fragen wurden nicht mit diesen Folgeurteilen, sondern in den diesen vorausgehenden (und selbstverständlich in die Analyse einbezogenen) Grundsatzurteilen behandelt und entschieden.

Inhaltsanalytisch ausgewertet wurden somit insgesamt 71 Urteile. Diese Urteile ergingen in insgesamt 47 Fällen. 60 % (28) dieser Fälle wurden in erster Instanz beendet, 36% davon gingen über 2 und 4% über 3 Instanzen (wobei das Bundesgericht in allen öffentlichrechtlichen Fällen sowie im Kanton Waadt auch in einem Teil der Zivilrechtsfälle bereits 2. Instanz ist!). Somit wurden 40% aller Fälle mindestens an eine 2. Instanz weitergezogen. Im Kanton Waadt wurden 50% der Fälle an eine 2. Instanz weitergezogen, im Kanton Zürich 37%. In den Kantonen Graubünden und Schwyz kann angesichts der wenigen Fälle diesbezüglich keine aussagekräftige Angabe erfolgen.

Tabelle 1: inhaltsanalytisch ausgewertete Fälle und Urteile

	GR	SZ	VD	VD in %	ZH	ZH in %	total	
Anzahl Fälle	2	2	16	100 %	27 (24F)	100 %	47	100%
davon über 1 Instanz	2	1	8	50%	17	63%	28	60%
über 2 Instanzen	-	1	7	43,75%	9 (4F)	33%	17	36%
über 3 Instanzen	-	-	1	6,25%	1	4%	2	4%
Anzahl ausgewertete Urteile total	2	3	27*		39**		71	
Anzahl nicht ausgewertete reine Folgeurteile					28***		28	

*zum Teil pro Instanz auch 2 Urteile möglich; **Verfahren Hauswirtschafts- und Handarbeitslehrkräfte 2x an Bundesgericht und retour an Verwaltungsgericht (nicht doppelt gezählt) *** 24 Verwaltungsgericht + 4 Bundesgericht

Rund die Hälfte (51%) aller ausgewerteten Fälle betreffen privatrechtliche, die andere Hälfte (49%) öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse. In den Kantonen Waadt und Zürich sieht diese durchschnittliche Verteilung allerdings ganz anders aus: Im Kanton Waadt sind gerade nur 12,5% der betroffenen Arbeitsverhältnisse öffentlichrechtlicher Natur, bei 87,5% handelt es sich um Fälle des Privatrechts; im Kanton Zürich hingegen betreffen nur 30% der Fälle privatrechtliche Arbeitsverhältnisse, bei 70% handelt es sich um öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse. Wiederum können bei den andern beiden Kantonen wegen der geringen Anzahl keine aussagekräftigen Angaben erfolgen.

Tabelle 2: inhaltsanalytisch ausgewertete öffentlichrechtliche oder privatrechtliche Arbeitsverhältnisse

	Fälle		öffentlichrechtlich		privatrechtlich	
	Anzahl	in %	Anzahl	in %	Anzahl	in %
GR	2		1		1	
SZ	2		1		1	
VD	16	100 %	2	12,5%	14	87,5%
ZH	27	100 %	19	70%	8	30%
total	47	100 %	23	49%	24	51%

Die **Dauer der Verfahren** wurde hier auf die gesamte Dauer von der ersten Einreichung des Begehrens bei der Rekursinstanz bzw. Schlichtungsbehörde bzw. Gericht bis zur rechtskräftigen Erledigung durch alle Instanzen errechnet.

Graubünden: Das eine Verfahren, das mit Urteil (und nicht Vergleich) beendet wurde, dauerte 1 Jahr und 10 Monate (nur eine Instanz).

Schwyz: Das eine Verfahren, das mit Urteil (und nicht Klagerückzug) beendet wurde (Verbandsklage), dauerte 2 Jahre 6 Monate (2 Instanzen inkl. Bundesgericht)

Waadt: Die insgesamt 16 Fälle dauerten durchschnittlich 2 Jahre und 2 Monate bis zur rechtskräftigen Erledigung. 2 Fälle dauerten allerdings 7 Jahre 7 Monate (2 Instanzen inkl. 2 Bundesgerichtsurteile) respektive 7 Jahre 8 Monate (2 Instanzen inkl. Bundesgericht mit Rückweisung, wobei endgültiges Urteil noch nicht vorliegend!). Beide betrafen Lohngleichheitsprozesse mit Gutachtenerstellung. Nimmt man diese 2 Fälle von der Rechnung aus, so beträgt die durchschnittliche Verfahrensdauer der andern 14 Fälle 1 Jahr 5 Monate. Die 4 Lohngleichheitsfälle ohne die beiden obgenannten Extremfälle dauern aber immer noch durchschnittlich 3 Jahre 4 Monate (wovon im einen Fall 2 Jahre 6 Monate für nur die erste Instanz). Die Fälle betreffend sexuelle Belästigung dauern durchschnittlich gut 14 Monate, wobei die diesbezüglich längste Verfahrensdauer 2 Jahre 5 Monate betrug (3 Instanzen inkl. Bundesgericht). Die Fälle betreffend Nichtanstellung, Nichtbeförderung, diskriminierende Kündigung dauerten durchschnittlich gut 13 Monate.

Zürich: Bei den grossen drei Verbandsverfahren folgte im Anschluss ans rechtskräftige Urteil noch eine Vereinbarung über die Nachzahlungen und Neueinstufungen. Insgesamt dauerte so ein Verfahren im Durchschnitt 3,5 Jahre oder 42 Monate. Dieser Durchschnitt wird insbesondere verfälscht durch das grosse Gewicht von 5 Urteilen betreffend Handarbeits- und Hauswirtschaftslehrerinnen, welche insgesamt einschliesslich Nachzahlungsvereinbarung je 10 Jahre dauerten. Bereinigt man die Durchschnittswerte um diese H+H-Verfahren, so dauerte ein Verfahren im Durchschnitt 2,5 Jahre oder 30 Monate.

3 Art der Diskriminierung

Vorbemerkung: In den einzelnen Fällen kann es gleichzeitig um mehrere Diskriminierungsarten gehen. So kann beispielsweise eine diskriminierende Kündigung wegen Mutterschaft auch gleichzeitig mit Lohndiskriminierung verbunden sein. Rachekündigungen (Kündigungen, die gegenüber einer Person ausgesprochen werden, nachdem sich diese über Diskriminierung, bspw. über Lohndiskriminierung oder über sexuelle Belästigung beschwert hat) sind zudem per definitionem mit andern Diskriminierungsarten verbunden. Dies muss bei den folgenden Auswertungen, die Mehrfachnennungen umfassen, mitberücksichtigt werden.

Im gegenseitigen Vergleich der Kantone Waadt und Zürich fällt sofort auf: Im Kanton Waadt sind beinahe die Hälfte aller Fälle (43,75%) mit **sexueller Belästigung** verbunden und erst an zweiter Stelle mit 37,5% der Fälle kommt Lohndiskriminierung. In Zürich kommt klar an erster Stelle mit 63% aller analysierten Fälle die **Lohndiskriminierung**, während die sexuelle Belästigung mit 18,5% vergleichsweise weit weniger häufig zu Gerichtsverfahren führte (allerdings werden in Zürich offenbar ein beachtlicher Anteil von Fällen bereits auf Ebene Schlichtungsverfahren erledigt, vgl. unten bei sexueller Belästigung). In Zürich gleichauf mit sexueller Belästigung und in der Waadt an dritter Stelle (mit 18,5%) kommen die Fälle diskriminierender Kündigung. Bemerkenswert ist vor allem auch, dass unter Einbezug der Rachekündigungen in einem hohen Anteil der Fälle **rechtswidrige Beendigung** des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht wird (Waadt 37,5%, Zürich 26%). Im Kanton Waadt wurde zudem in einem nicht unerheblichen Anteil der Fälle (18,75%) (auch) diskriminierende Nichtbeförderung geltend gemacht.

Tabelle 3: Diskriminierungsarten

Diskriminierungsarten	GR	SZ	Waadt		Zürich	
			Anzahl	in %	Anzahl	in %*
Nichtanstellung			1	6,25	-	
Lohndiskriminierung	1	1	6	37,5%	17	63%
Aufgabenzuteilung			-	-	1	4%
Beförderung			3	18,75%	-	
Weiterbildung			1	6,25%	-	
sexuelle Belästigung	1		7	43,75%	5	18,5%
andere Arbeitsbedingungen	-	-	-	-	3	11%
Racheündigung	1	1	3	18,75%	2	7,5%
diskriminierende Kündigung	-	-	3	18,75%	5	18,5%
Fälle pro Kanton	2	2	16*	100 %*	27*	100 %*

Mehrfachnennungen möglich. *Die Prozentwerte summieren sich nicht auf 100 und die Anzahl der Nennungen nicht auf das total der Fälle, da pro Entscheid mehrere Diskriminierungsarten genannt sein können!

4 Verbandsklagen oder Verbandsbeschwerden

Im Kanton **Schwyz** wurde ein reines Verbandsbeschwerdeverfahren (d.h. Feststellungsbeschwerde des Verbandes ohne Verbund mit Individualbeschwerden) des Verbands der Kindergärtnerinnen Schwyz durchgeführt und bis vor Bundesgericht weitergezogen.

Im Kanton **Waadt** wurde ebenfalls eine reine Verbandsklage (Feststellungsklage der Ass.Vaudoise pour les Droits de la Femme ohne Verbund mit Individualbeschwerde) eingereicht. Das Verfahren führte zu zwei Urteilen der gleichen (ersten) Instanz, da zuerst in einem ersten Urteil spezifisch über die Eintretensfrage der Klagelegitimation des Verbandes entschieden wurde. Diese Frage der Aktivlegitimation des Verbandes wurde hier - im Gegensatz zu allen andern bekannten Verbandsklageverfahren- deshalb spezifisch erörtert und separat entschieden, weil das Erfordernis des Art. 7 GIG, wonach der Ausgang des Verfahrens sich voraussichtlich auf eine grössere Zahl von Arbeitsverhältnissen auswirken muss, damit der Verband überhaupt zur Prozessführung legitimiert ist, nicht in zum vorneherein offensichtlicher Weise erfüllt war. Die beklagte Partei hatte Nichteintreten mangels Aktivlegitimation verlangt. Der Verband hatte Kenntnis davon erlangt, dass eine Frau, deren Beförderung bereits ganz konkret in Aussicht gestellt war, dann nicht befördert wurde, als sie mitteilte, dass sie schwanger war. Der Verband verlangte Feststellung von Beförderungsdiskriminierung. Aktuell betroffen war, soweit dem Verband bekannt, nur eine Person. Das Gericht spricht dem Verband die **Aktivlegitimation** zu, weil dieser ein kollektives Interesse verteidigt und eine Grundsatzfrage des Gleichstellungsrechts geklärt haben will, wovon wenn nicht aktuell so doch grundsätzlich eine grössere Anzahl betroffen sein kann. Das Gericht hält zudem fest, dass entgegen der Ansicht des Arbeitgebers die Aktivlegitimation des Verbandes auch bei einer diskriminierenden Nichtanstellung gegeben sein kann (Arbeitgeber hatte unter anderem (vergeblich) argumentiert, es handle sich nicht um eine Nichtbeförderung, sondern um eine Nichtanstellung).

Im Kanton **Zürich** kam es seit der Einführung des Gleichstellungsgesetzes zu 8 Verbandsverfahren, wobei pro Verfahren in der Regel mehrere Verbände als beschwerdeführende Partei beteiligt waren. Inhaltlich erfolgte die Definition der Vielzahl betroffener Arbeitsverhältnisse durch Zitate des Artikel 7 GIG sowie anhand der Statuten der Verbände². Sämtliche dieser Verbandsverfahren waren aber kombiniert mit Individualverfahren (und entsprechend verbunden mit Leistungsbegehren) und fungierten als Verstärkung dieser Individualverfahren, waren also letztendlich keine reinen Verbandsklagen respektive -beschwerden. 4 der 8 Verfahren betreffen die Kindergärtnerinnen³ (2 gegen die Stadt Zürich über 2 Instanzen, 2 gegen 4 exemplarisch ausgewählten Gemeinden des Kantons Zürich) und 4 weitere die Gesundheitsberufe⁴ (Krankenpflege, Physio- und Ergotherapie, Lehrkräfte Gesundheitsberufe). Das Verfahren der Kindergärtnerinnen dauerte auf Gerichtsebene 3 Jahre und 8 Monate, inklusive Abschluss der Umsetzungsvereinba-

² Die Aktivlegitimation war im Kanton Zürich nie umstritten, nur einmal die Passivlegitimation des Kantons bei den Kindergarten-Lehrkräften, vgl. FN 3

³ Die Individualklagen von 9 Kindergärtnerinnen waren vor Inkrafttreten des Gleichstellungsgesetzes eingereicht, später aber mit Verbandsklagen ergänzt und die Verfahren vereinigt worden. Das grosse Problem bestand in der Passivlegitimation, da Kindergarten-Lehrkräfte im Kanton Zürich von den Gemeinden angestellt werden und der Kanton nur Besoldungsempfehlungen abgibt. So musste gegen die Stadt Zürich bis ans Bundesgericht und zudem gegen 4 exemplarisch ausgesuchte Gemeinden geklagt werden, um einer diskriminierungsfreien Besoldung auf dem ganzen Kantonsgebiet zum Durchbruch zu verhelfen. Nach dem Urteil des Bundesgerichtes gelang die Umsetzung in einer Vereinbarung mit den Verbänden und Gemeinden dann relativ schnell innert 6 Monaten.

⁴ Die 4 Gesundheitsberufe klagten als kombinierte Verbands- und Individualklagen am ersten Tag des Inkrafttretens des Gleichstellungsgesetzes am 1.7.1996. Hier zog die nach dem Gerichtsurteil getroffene Umsetzungsvereinbarung vielfältige Folgeprobleme für nicht klar erfasste ähnliche Berufsgruppen oder Abweichungen in den Funktionen nach sich, welche dann wiederum zum Teil erst vor Bundesgericht erledigt werden konnten.

Teil II: Ergebnisse: 5 Beweisverfahren

rung 4 Jahre 2 Monate. Das Verfahren der Gesundheitsberufe dauerte 4 Jahre 6 Monate bis zum rechtskräftigen Urteil bzw. 5 Jahre bis zum Abschluss der Umsetzungsvereinbarung⁵.

Tabelle 4: Klagende und beschwerdeführende Verbände*

Verband	Anzahl Fälle in GR,SZ,VD,ZH
Verband des Personals öffentlicher Dienste VPOD	8
Verband Kindergärtnerinnen	4**
Schweizer Berufsverband der Krankenschwestern und Krankenpfleger SBK	2
Schweiz. Physiotherapeuten-Verband SPV	1
Schweiz. Berufsverband der Ausbilderinnen im Gesundheitswesen LEVE	1
ErgotherapeutInnen-Verband Schweiz EVS	1
Verband des christlichen Staats- + Gemeindepersonals der Schweiz VCHP	1
Association pour les droits de la femme ADF	1
Total Verbandsklagen	19*

*zum Teil sind mehrere Verbände an einem Verfahren beteiligt **2 Vergleiche

5 Beweisverfahren

Es wurde untersucht, welche Beweismittel in den analysierten Fällen von den Gerichten abgenommen wurde, wie die Gerichte - insbesondere die Zivilgerichte - mit der Untersuchungsmaxime umgehen, wie im Zusammenhang mit der Beweislastleichterung seitens der Gerichte mit dem zweistufigen Beweisverfahren umgegangen wird, wie Glaubhaftmachung definiert wird und welche Anforderungen an Rechtfertigungsgründe gestellt werden. Objekt und Grundlage dieser Untersuchung sind ausschliesslich die in den insgesamt 47 untersuchten Fällen vorliegenden insgesamt 71 Gerichtsurteile. Entscheide allfälliger nichtgerichtlicher Vorinstanzen (beispielsweise von Verwaltungseinheiten, Regierungsrat oder universitären Disziplinarbehörden) wurden nicht einbezogen. Ebenso wenig wurden die zugehörigen Gerichtsdossiers und Gerichtsakten wie Befragungsprotokolle, Gutachten, Beweisverfügungen oder Zwischenentscheide etc. konsultiert. Somit gilt: was nicht aus den Urteilen selbst direkt ersichtlich ist, wurde nicht erhoben. Dies bedeutet insbesondere, dass beispielsweise keine Vergleiche zwischen Parteibegehren und Urteilen angestellt werden können, denn in der Regel geht aus den Urteilen nicht verlässlich hervor, welche Beweisangebote seitens der Parteien konkret gestellt wurden (sondern meist nur, welche Beweise vom Gericht abgenommen wurden).

⁵ zum Vergleich: Das erste Verfahren, das eine ganze Berufsgruppe betraf (Handarbeits- und Hauswirtschaftslehrkräfte H+H), hatte bis Rechtskraft 8 Jahre, bis zur Vereinbarung über die Umsetzung 10 Jahre gedauert; dieses Verfahren war nur von 16 bzw. 10 Einzelklägerinnen vor Inkrafttreten des Gleichstellungsgesetzes eingereicht und auch danach nie mit einer Verbandsklage ergänzt worden.

5.1 Beweismittel

Die nachfolgende Tabelle gibt darüber Auskunft, welche Beweismittel in den 47 ausgewerteten Fällen laut den 71 ausgewerteten Urteilen von den Gerichten tatsächlich erhoben und abgenommen wurden. Die Rubrik „Anzahl“ gibt dabei darüber Auskunft, in wie vielen der insgesamt 47 Fälle das genannte Beweismittel abgenommen wurde. Diese Rubrik gibt somit Auskunft darüber, in wievielen Fällen beispielsweise Zeugen befragt oder gerichtliche Gutachten eingeholt wurden, sie gibt jedoch keine Auskunft darüber, wieviele Zeuginnen pro Fall einvernommen oder wie viele Gutachten erstellt wurden. Zudem muss darauf hingewiesen werden, dass aus etlichen Urteilen nicht mit letzter Sicherheit ersehen werden kann, ob beispielsweise die Parteien vom Gericht mündlich befragt wurden oder welche Dokumente, insbesondere welche Lohnunterlagen dem Gericht genau vorlagen. Die Kategorien sind deshalb zusammengefasst und die Zahlen geben Auskunft darüber, in wievielen Verfahren das genannte Beweismittel mit Sicherheit erhoben wurde. Über die Gutachten wird zudem im Kapitel „Lohnungleichheit“ näher Auskunft gegeben und auf die Frage der Anzahl der Zeugen und Zeuginnen pro Fall ergeben sich im Kapitel „sexuelle Belästigung“ nähere Angaben.

Bei den beigezogenen Akten handelt es sich insbesondere um Akten der vereinfachten Funktionsanalysen von Besoldungsrevisionen oder um beigezogene Straf- bzw. Ehrverletzungsakten bei Verfahren wegen sexueller Belästigung. Die Rubrik Dokumente bezeichnet beispielsweise Privatgutachten zu Arbeitswert, Aufstellungen der beklagten Arbeitgeber über Vergleichslöhne, Arbeitsverträge oder Anstellungsverfügungen, Stellenbeschriebe und Pflichtenhefte, Lohnabrechnungen, Korrespondenz der Parteien untereinander, Briefe oder E-Mails mit anzüglichem Inhalt etc. Zur Frage, ob das Gericht Beweismittel abgelehnt oder Beweismittel von sich aus angeordnet hat, vergleiche nachfolgendes Kapitel „Untersuchungsmaxime“.

Tabelle 5: Beweismittel, die in den 47 Fällen abgenommen wurden*

Art Beweismittel	in..Fällen*	Bemerkungen
Befragung der Parteien	10	nicht immer erkennbar
Auskünfte	7	
amtliche Erkundigungen	1	
Stellungnahmen eidg. oder kant. Gleichstellungsbüro	12	in der Waadt inzwischen gesetzlich vorgesehen
Akten	11	VFA, Strafakten, Ehrverletzungsakten, Akten der Arbeitslosenkasse etc.
Dokumente	25	Arbeitsverträge, Lohnunterlagen, vergl. Lohnzusammenstellungen, Zeugnisse, Korrespondenz etc.
gerichtliche Gutachten	9	insgesamt 14 Gutachten in 9 Fällen
Arztzeugnisse	5	insbesondere bei sexueller Belästigung
Befragung von Expertinnen oder Experten	7	zum Teil die GutachterInnen, aber nicht nur
Einvernahmen von Zeuginnen oder Zeugen	17	bei sex.Belästigung zum Teil pro Verfahren viele Zeugeneinvernahmen, bis zu 37!

*Die Zahlen geben darüber Auskunft, in wie vielen der 47 ausgewerteten Fälle das genannte Beweismittel abgenommen wurde

Auffallend wenig Beweismittel wurden in den Verfahren wegen diskriminierender Kündigung sowie in denjenigen betreffend sonstige Diskriminierungen (Schwangerschaft, Vaterschaftsurlaub, Aufgabenteilung, Überprüfung Amtsfähigkeit) sichtbar.

5.2 Untersuchungsmaxime

Die Untersuchungsmaxime wurde nur in 8 der insgesamt 24 Zivilrechtsfälle seitens des Gerichts angesprochen.

In den Urteilen, in welchen die Untersuchungsmaxime überhaupt thematisiert wurde, ist sie beispielsweise wie folgt definiert:

- als ausgedehntere Fragepflicht und Erlaubnis, auch nicht behauptete Tatsachen und Beweise einzubeziehen;
- als strengere Anforderungen an Abklärungen des Sachverhalts gemäss BGE 117 Ia 262;
- in einem der Urteile des Bundesgerichts (veröffentlicht BGE 127 III 207): die Untersuchungsmaxime erstreckt sich sowohl auf die Feststellung der Glaubhaftmachung der Diskriminierung (Risiko der Beweislosigkeit bei Klagpartei) als auch auf den Nachweis eines Rechtfertigungsgrundes, der nichts mit dem Geschlecht zu tun hat (Risiko der Beweislosigkeit bei beklagter Partei). Das kantonale Gericht hätte die Edition und Einholung aller Beweismittel verfügen müssen, die es dem Gericht erlauben, seine so definierte Aufgabe zu erfüllen. Auch die Tatsache, dass es sich beim Arbeitgeber um einen Kleinbetrieb handelt, dispensiert den Richter nicht davon, von Amtes wegen alle Fakten zu eruieren und abzuklären, die Auskunft über Tatsachen der Lohnbemessung geben können⁶.

In einem Fall wurde die Untersuchungsmaxime zwar vom Gericht bezüglich Lohngleichheit angesprochen und angewandt, bezüglich offensichtlich vorliegende diskriminierende Kündigung wurde jedoch nicht nachgefragt und der Sachverhalt nicht erhoben, da von der Klagpartei die diskriminierende Kündigung nicht geltend gemacht worden war.

In einem anderen Fall hat das Gericht erklärt, eine Lohndiskriminierung aufgrund von Beförderungsdiskriminierung könne nicht festgestellt werden, weil die konkreten Lohnunterlagen dem Gericht nicht vorliegen. Das Gericht hatte aber die Lohnunterlagen nicht einverlangt.

In einem weiteren Fall wurde die Untersuchungsmaxime direkt angesprochen, jedoch mit eigentümlicher Schlussfolgerung: Aus der Tatsache, dass die Klägerin bezüglich sexueller Belästigung den vollen Beweis zu führen hat, wird gefolgert, dass die Untersuchungsmaxime hier (bei sexueller Belästigung am Arbeitsplatz) nicht gilt.

Nur in insgesamt 8 aller 47 Verfahren (also inklusive die öffentlichrechtlichen) waren Beweise ersichtlich, die das Gericht von sich aus angeordnet oder abgenommen hat. Dabei handelte es sich um folgende Beweisabnahmen: Amtsbericht Eidgenössisches Büro für Gleichstellung (nicht einbezogen sind hier eingeholte Stellungnahmen kantonaler Gleichstellungsbüros, die, beispielsweise im Kanton Waadt, gemäss gesetzlicher Grundlage vom Gericht zwingend eingeholt werden müssen); Arbeitszeitgutachten aus einem anderen Verwaltungsgerichtsverfahren; Berechnungen zu stufengleicher Überführung durch Arbeitgeberin; Aufstellung über Löhne und Stellenbeschriebe von Vergleichspersonen; Strafakten; Ehrverletzungsakten; Akten der Arbeitslosenkasse. Nur bei einem dieser Verfahren handelt es sich um einen Zivilprozess.

⁶ Die Klägerin hatte vor Bundesgericht auch unvollständige Beweiserhebung insbesondere wegen Abweisung spezifischer Beweisanträge geltend gemacht, die sich bezogen hatten auf: Erstellung einer Zusammenstellung aller Löhne aller Vergleichspersonen, die von Seiten eines Experten genannten worden waren, inklusive Titel und über die Zeit; Beizug der Vergleichslöhne beim Bund; Edition aller Mitarbeiterqualifikationen, Edition der Pflichtenhefte, Edition von tatsächlichen Beweisen betreffend Auslandsentsätze.

5.3 Beweiserleichterung

5.3.1 Grundsätzliches

Bezüglich **Glaubhaftmachung** und **Entlastung/Rechtfertigung** ist vorab darauf hinzuweisen, dass in den Urteilen oftmals zwar in einem der eigentlichen Urteilsfindung bezüglich des konkret zu entscheidenden Falles vorangestellten theoretischen Teil allgemeine Ausführungen dazu zu finden sind (dies meist in der Form von Zitaten von Präjudizien des Bundesgerichts), dass jedoch sehr oft ein Konnex zwischen diesen theoretischen Erörterungen und den davon abgekoppelten Erörterungen zur Fallentscheidung nicht ersichtlich ist. Mit andern Worten: Rechtliche Grundsätze werden an einen Ort des Urteils zitiert, aber deren konkrete Umsetzung und Anwendung auf den Fall findet nicht statt oder es bleibt völlig unklar, wie und inwiefern sie in der Beurteilung des konkreten Falles umgesetzt wurden oder überhaupt eine Rolle spielten. In diesen Fällen des fehlenden oder unklaren Konnexes wurden bei der Beantwortung der nachfolgend erörterten Fragen die gerichtlichen Erörterungen zum konkreten Fall ausgewertet (und nicht die theoretischen Zitate des allgemeinen Teils).

In insgesamt 48 der 71 Urteile kam grundsätzlich die Beweislasteilerleichterung des Art. 6 GIG zur Anwendung. Bei diesen 48 handelt es sich um Urteile, die nicht ausschliesslich sexuelle Belästigung oder diskriminierende Nichtanstellung betreffen und nicht durch Vergleich erledigt wurden. Das bedeutet, dass in diesen Verfahren aufgrund der Anwendbarkeit von Art. 6 GIG (Diskriminierung wird vermutet, wenn sie glaubhaft gemacht ist) das **Beweisverfahren zweistufig** abzuwickeln wäre: Zuerst wäre über die Glaubhaftmachung zu entscheiden. Falls die Glaubhaftmachung der Diskriminierung der Klagpartei nicht gelingt, ist die Klage direkt abzuweisen. Falls der Klagpartei die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung gelingt, kommt die zweite Stufe des Beweisverfahrens zum tragen: Dann wäre darüber zu befinden, ob die beklagte Partei mit strengem Beweis (Vollbeweis, Beweismass des Hauptbeweises, denn für die beklagte Partei gilt keine Beweiserleichterung) Nichtdiskriminierung nachweisen kann. Wenn der beklagten Partei dies nicht gelingt, ist die Klage gutzuheissen. Den Gegenbeweis der Nichtdiskriminierung kann die beklagte Partei auf 2 Arten erbringen: Entweder widerlegt sie die Grundlagen, die zur Glaubhaftmachung der Diskriminierung geführt haben, indem sie beweist, dass die behaupteten Tatsachen in Wirklichkeit nicht zutreffen und gar keine Ungleichbehandlung vorliegt (bspw. indem sie beweist, dass die männlichen Arbeitskollegen gar keinen höheren Lohn erhalten); oder sie beweist, dass für eine tatsächlich gegebene (direkte oder indirekte) Ungleichbehandlung rechtsgenügeliche Rechtfertigungsgründe gegeben sind und die von ihr getroffene Massnahme deshalb nicht rechtswidrig ist.

In nicht einmal einem Drittel der 48 Urteile (29%) ging das Gericht klar und erkenntlich **2-stufig** vor in dem Sinne, dass zuerst in einer ersten Stufe geprüft wurde, ob die geltend gemachte Diskriminierung glaubhaft gemacht sei oder nicht, und dann in einer zweiten Stufe, sofern Glaubhaftmachung der Diskriminierung festgestellt war, ob die beklagte Partei Nichtdiskriminierung nachgewiesen hat oder nicht. In 14 Urteilen findet die Prüfung von Gegenbeweisen oder Rechtfertigungsgründen klar nach dem Entscheid über die Glaubhaftmachung statt. In 13 Urteilen werden die 2 Stufen gar nicht unterschieden. Die restlichen 21 zeigen eine erhebliche Vermischung der beiden Ebenen mit entsprechender Unübersichtlichkeit und schlechter Nachvollziehbarkeit der Argumentation.

In nicht einmal jedem fünften Urteil (18,75%) wurde seitens des Gerichts klar unterschieden zwischen dem **(Entlastungs-)Beweis**, dass in Wirklichkeit keine Ungleichbehandlung gegeben ist, und dem **(Rechtfertigungs-)Beweis**, dass eine an sich gegebene Ungleichbehandlung durch rechtsgenügeliche Gründe gerechtfertigt ist.

Wiederum in nicht ganz einem Drittel der Urteile (29%, 14 Urteile) wurde bezüglich Nachweis der Nichtdiskriminierung klar das Beweismass des **Vollbeweises** (wie Hauptbeweis) verlangt.

Definiert wurde dieser Vollbeweis als der Beweis des Gegenteils im Sinne eines normalen Hauptbeweises, der erbracht ist, wenn der Richter von der Verwirklichung der nachzuweisenden Tatsache - also vom Fehlen einer Benachteiligung bzw. von ausreichenden sachlichen Gründen für eine solche - überzeugt ist (BGE 2A.407/202E.3): Ist eine Diskriminierung glaubhaft gemacht, so hat der Arbeitgeber die daraus folgende Vermutung durch den Beweis des Gegenteils zu entkräften. Gemäss einem anderen Urteil (erstinstanzliches Arbeitsgericht) muss er die Inexistenz einer Diskriminierung nachweisen.

Demgegenüber wurde in 11 weiteren Urteilen **klar nicht** dieses Beweismass verlangt. In einem Urteil (erstinstanzliches Arbeitsgericht, von zweiter Instanz dann aufgehoben) wird gar die Beweislast des Arbeitgebers noch zusätzlich erleichtert respektive diejenige der Klägerin noch zusätzlich erschwert, indem laut diesem Urteil **von der Klägerin** nachgewiesen werden muss, dass keine Rechtfertigungsgründe der Lohndifferenz existieren, sowie darüber hinaus muss die Klägerin sogar noch beweisen, dass der Arbeitgeber ihr nur deshalb weniger bezahlt, weil sie eine Frau ist (es wird also der Nachweis des Motivs, der Absicht der Diskriminierung abverlangt -sic!). In 23 Urteilen bleibt das geforderte Beweismass unklar.

Tabelle 6: Beweislast erleichterung, soweit aus Urteilen* ersichtlich

	Urteile*		ja	
	Anzahl	in %	Anzahl	in %
klar 2-stufiges Vorgehen	48	100%	14	29%
Gegenbeweis und Rechtfertigungsgründe unterschieden	48	100%	9	18,75%
klar Vollbeweis für Gegenbeweis/Rechtfertigung verlangt	48	100%	14	29%

* Gemeint sind alle Urteile, in denen die Beweislast erleichterung zur Anwendung kam (also nicht Urteile, die ausschliesslich sex. Belästigung oder diskriminierende Nichtanstellung oder Erledigung durch Vergleich betreffen)

5.3.2 Glaubhaftmachung

Was Glaubhaftmachung genau bedeutet, wird in insgesamt 16 Urteilen näher definiert, aber in zum Teil sehr unterschiedlicher Weise.

Auf erstinstanzlicher Ebene besonders der Zivilprozesse unterscheiden sich die Anforderungen, die an die Glaubhaftmachung gestellt werden, zum Teil kaum vom strengen Vollbeweis. Die gesetzliche Beweiserleichterung kam auf dieser Anwendungsebene praktisch nicht zum tragen, blieb wirkungslos. Es kommt sogar vor, dass der Nachweis der Diskriminierungsabsicht verlangt wird (obwohl das Motiv der Diskriminierung rechtlich gänzlich unerheblich ist und es rechtlich auch keine Rolle spielt, ob die beklagte Partei sich eines Diskriminierungsproblems überhaupt bewusst war oder nicht). Insbesondere die erstinstanzlichen Arbeitsgerichte (Tribunal de Prud'Hommes) des Kantons Waadt, aber auch das erstinstanzliche Zivilgericht (Tribunal Cantonal, Cour Civile) zeigten durchwegs grosse Probleme in der Umsetzung der Beweiserleichterung und generell bei den (auch sehr lange dauernden) Lohngleichheitsverfahren. Es ergin-

gen Urteile, die dann von den oberen Instanzen (Bundesgericht, Tribunal Cantonal, Cour des Recours) mit zum Teil sehr deutlicher Sprache aufgehoben wurden.

Es finden sich folgende Definitionen von Glaubhaftmachung:

Tribunal Cantonal VD, Cour Civile:

Dieses Gericht hatte sich **vorerst** zur Glaubhaftmachung wie folgt geäußert:

■ Das Gericht verlangt bei Anerkennung des Vorliegens ungleicher Entlohnung im Vergleich mit dem Kollegen bei im Wesentlichen gleicher Arbeit und grösserer Erfahrung der Klägerin und Anerkennung, dass formell bessere Ausbildung des Kollegen die Differenz nicht erklären könne, dass Klägerin zusätzlich Indizien vorbringen müsse, die belegen, dass tiefere Entlohnung **wegen** Geschlecht sei. Zudem wurde die Beweiserleichterung auf diskriminierende Kündigung nicht angewandt (Kündigung wegen Mutterschaft geltend gemacht), eventuell weil diesbezüglich das Gleichstellungsgesetz seitens der Klägerin nicht konkret angerufen worden war. Dieses Urteil war nicht weitergezogen worden.

■ In einem weiteren Urteil: Die Wahrscheinlichkeit einer Ungleichbehandlung im Lohn beinhaltet nicht die Vermutung ihrer sexistischen Natur wenn die Arbeitnehmerin wahrscheinlich unterbezahlt ist im Vergleich mit Kollegen männlichen wie weiblichen Geschlechts. **Vom Bundesgericht** wurde darauf wie folgt reagiert: Die Vorinstanz verkennt Art. 6 GIG wenn sie geltend macht, zur Umkehr der Beweislast genüge es nicht, dass die Klägerin im Vergleich mit einem Mitarbeiter des andern Geschlechts eine Ungleichbehandlung bei der Lohnbemessung oder der Beförderung nachweise. Natürlich genügt nicht irgendeine Ungleichbehandlung im Vergleich mit irgendeinem andern Mitarbeiter des andern Geschlechts. Aber **wenn Mitarbeiter des andern Geschlechts eine ähnliche Position im Unternehmen innehaben mit vergleichbaren Pflichtenheften, dann ist bei ungleicher Entlohnung zu vermuten, dass die Lohndifferenz sexistischer Natur ist**, Verweis auf BGE 125 III 368, 372; 125 II 541,550; 125 I 71, 82. **Gelingt es dann dem Arbeitgeber nicht, den Gegenbeweis zu erbringen, so muss die Klage gutgeheissen werden, ohne dass noch die Existenz einer sexistischen Personalpolitik im Unternehmen nachgewiesen werden müsste.** Das Geschlechterdiskriminierungsverbot gilt unbedingt. Was auch immer das kantonale Gericht denken mag, **weder die BV noch das GIG unterstellen seine Anwendung der Bedingung, dass der Arbeitgeber auch unter Männern einerseits oder unter Frauen andererseits nicht diskriminiert.** Eine solche Bedingung, wie von den Vorrichtern angeführt, findet weder in der BV noch im GIG irgendeine Grundlage. Zudem widerspricht eine solche Sichtweise der Zielsetzung des Verfassungs- und Gesetzgebers, denn, würde man der Vorinstanz folgen, würde es genügen, dass ein Arbeitgeber unter den Männern oder unter den Frauen diskriminiert um jedes Diskriminierungsverbot zwischen den Geschlechtern zu umgehen. **Würde ein solches Resultat akzeptiert, könnte Diskriminierung mit Diskriminierung gerechtfertigt werden.** Laut Bundesgericht ist bei Beförderungsdiskriminierung Glaubhaftmachung zudem gelungen, weil a) die Leistung nachgewiesenermassen für den Arbeitgeber vollständig zufriedenstellend war b) die Klägerin die beste Ausbildung (besser als Kollegen) hatte und c) sie als einzige Person unter allen zur Beförderung in Betracht gezogenen Kollegen kein (lohnrelevantes) Weisungsrecht erhalten hat.

Danach hat das **Tribunal Cantonal VD, Cour Civile** in einem weiteren Entscheid Glaubhaftmachung generell wie folgt definiert: es genügt, **wenn dem Richter eine gewisse Wahrscheinlichkeit der Diskriminierung gegeben scheint, selbst wenn er voraussieht (envisager), dass sie im Endeffekt auch nicht existieren könnte.** Glaubhaftmachung ist erfüllt, wenn Diskriminierung wahrscheinlicher erscheint als Nichtdiskriminierung, aber auch, wenn sie eher unwahrscheinlich, aber nicht ausgeschlossen ist. Glaubhaft-

machung ist nicht gegeben, wenn die Klägerin Diskriminierung nur behauptet hat, oder wenn der Richter sie für gänzlich zweifelhaft und unwahrscheinlich hält, Verweis auf BGE 126 III 395; 125 III 368.

Tribunal de Prud'Hommes im Kanton Waadt:

■ Es genügt, dass Klägerin die Existenz einer Geschlechterdiskriminierung **als wahrscheinlich erscheinen lässt**, Verweis auf BGE 127 III 207, 212

■ bei diskriminierender Kündigung: massgebend seien Anforderungen gemäss allg. Grundsätzen der rechtsmissbräuchlichen Kündigung, nämlich: Klägerin muss Indizien darlegen, die darauf schliessen lassen, dass Kündigung **höchstwahrscheinlich rechtsmissbräuchlich** ist. Das Gericht erachtet missbräuchliche Kündigung dann als nachgewiesen, wenn ihm die seitens des Arbeitgebers vorgebrachten Gründe als nicht real erscheinen.

■ 2 Beweisthemen seien auseinanderzuhalten: 1. Ob der Arbeitgeber eine Massnahme ergriffen habe oder nicht und welche. Diesbezüglich würden die regulären Beweisregeln des Art. 8 ZGB gelten. Die Klägerin müsse also **beweisen, ob und welche Massnahmen der Arbeitgeber umgesetzt hat**. 2. Ob diese Massnahmen eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellen. Nur diesbezüglich gelte die Beweislasterleichterung des Gleichstellungsgesetzes. Diese Beweislasterleichterung habe also nur Bedeutung für die Frage nach den Auswirkungen einer vom Arbeitgeber ergriffenen Massnahme. **Die Beweislast sei nicht erleichtert bezüglich der Handlungen des Arbeitgebers; nur für deren Auswirkung**. Eine Tatsache sei dann glaubhaft gemacht, wenn der Richter auf der Grundlage objektiver Elemente den Eindruck erhält, dass die Existenz der fraglichen Tatsachen **hoch wahrscheinlich (überwiegende Wahrscheinlichkeit)** sei. BGE 104 II 74. **Es brauche einen hohen Grad der Wahrscheinlichkeit**. Um den Grad der Beweisanforderung festzulegen müsse das Gericht die Wahrscheinlichkeit der Vermutungen beider Parteien untersuchen, indem es **die vorliegenden Interessen abwägt**. Nur wenn die Klägerin diese hohe Wahrscheinlichkeit der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darlegt, wird Diskriminierung vermutet. Wenn das Gericht Tatsachen feststellt, die eine Diskriminierung als wahrscheinlich erscheinen lassen, wird die Beweislast umgekehrt. Das Gericht ist der Meinung, dass die Lohndifferenz aus unterschiedlicher Qualifikation oder Erfahrung etc. folge und nicht aus einem **Willen des Arbeitgebers, der Klägerin weniger zu bezahlen aus dem einzigen Grunde, weil sie eine Frau ist (sic!)**. Damit sei erstellt, dass nichts eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts als wahrscheinlich erscheinen lasse, **also nicht glaubhaft gemacht**.

Tribunal Cantonal VD, Cour des Recours:

Das vorgenannte Urteil wurde von der 2. Instanz aufgehoben, welche Glaubhaftmachung wie folgt definiert: Der Grad der geforderten Wahrscheinlichkeit ist im Lichte des Art. 1 GIG zu bestimmen. **Die Realisierung der Gleichstellung zwischen Frauen und Männern darf nicht behindert werden durch zu hohe Verfahrenshürden. Die Existenz einer Geschlechterdiskriminierung muss eine gewisse Wahrscheinlichkeit haben, aber man darf nicht verlangen, dass die Diskriminierung wahrscheinlicher sein muss als die Nichtdiskriminierung. Folglich kann die Existenz einer Tatsache auch glaubhaft gemacht sein, selbst wenn die Wahrscheinlichkeit tiefer als 50 % ist.** Bei Lohndiskriminierung: Wenn Arbeitnehmende verschiedenen Geschlechts eine ähnliche Position im Betrieb mit vergleichbarem Pflichtenheft haben, aber unterschiedlich entlohnt werden, ist zu vermuten, dass die Lohndifferenz sexistischer Natur ist und der Arbeitgeber den Beweis der Nichtdiskriminierung erbringen muss BGE 127 III 207. Gelingt der Gegenbeweis nicht, muss die Klage gutgeheissen werden, ohne dass noch irgendeine sexistische Lohn- oder Personalpolitik nachgewiesen sein muss BGE 127 III 207. Vorliegend genügt der Nachweis, dass der Ein-

stiegslohn der Klägerin tiefer war als derjenige aller männlicher Kollegen, welche dieselbe Arbeit ebenfalls zu 100% verrichteten, obwohl sie als einzige über eine berufsspezifische Ausbildung verfügte. Damit ist Diskriminierung glaubhaft gemacht.

Im Gegensatz dazu definiert und präzisiert das Verwaltungsgericht Zürich die Anforderungen an die Glaubhaftmachung regelmässig wie folgt:

Verwaltungsgericht Zürich:

Glaubhaftmachen bezieht sich auf 2 Gesichtspunkte: Einerseits auf die Wahrscheinlichkeit des Vorliegens anspruchsbegründender Tatsachen (Tatfrage), andererseits darauf, ob aus diesen Tatsachen sich der gestellte Anspruch ergibt (Rechtsfrage), BGE 125 I 71 E.4a. Glaubhaftmachen heisst, dass das Gericht nicht von der Richtigkeit der aufgestellten tatsächlichen Behauptungen überzeugt zu werden braucht, sondern dass ihm nur aufgrund obj. Anhaltspunkte der Eindruck einer **gewissen Wahrscheinlichkeit** des Vorhandenseins der in Frage stehenden Tatsachen zu vermitteln ist, ohne dass es dabei die Möglichkeit ausschliessen muss, dass die Verhältnisse sich anders gestalten könnten (BGE 120 II 393). Weniger als Beweis, mehr als Darlegen. Als Beweismass wird nicht verlangt, dass die Diskriminierung wahrscheinlicher ist als die Nichtdiskriminierung. Eine Tatsache **kann auch glaubhaft gemacht sein, wenn die Wahrscheinlichkeit unter 50% liegt.**

Insgesamt gesehen sind von den oberen Gerichten (Bundesgericht, Tribunal Cantonal Cour des Recours, aber auch Verwaltungsgericht Zürich) mittlerweile die Anforderungen an die Glaubhaftmachung klargestellt und einheitlich definiert worden (im Sinne, dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit der Diskriminierung gegeben sein muss, die aber auch geringer als 50% sein kann). Im Kanton Waadt hat dies sichtbar auf das Tribunal Cantonal, Cour Civile durchgeschlagen, welches in einem jüngeren Entscheid (und nach früherer Zurechtweisung durch das Bundesgericht) die obgenannte Definition übernommen hat. Ob dies auch auf der Ebene der Arbeitsgerichte der Fall sein wird, wird sich noch weisen müssen.

5.3.3 Rechtfertigungsgründe

5.3.3.1 Grundsätzliches

Für die Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine (direkte oder indirekte) Ungleichbehandlung gerechtfertigt sein kann, ist allgemein und rechtsdogmatisch gesehen **zu unterscheiden zwischen Rechtfertigung bei direkter Diskriminierung** (ausdrückliche Anknüpfung an das Geschlecht oder an ein Merkmal, das regelmässig nur von den Angehörigen eines Geschlechts erfüllt wird - wie Schwangerschaft oder Bartwuchs oder körperliche Geschlechtsmerkmale) **und Rechtfertigung bei indirekter Diskriminierung** (geschlechtsneutrale Massnahme oder Verhaltensweise, die aber benachteiligende Auswirkungen auf ein Geschlecht hat). **Direkte Ungleichbehandlung** aufgrund des Geschlechts ist im Arbeitsverhältnis höchstens dann zulässig, wenn das Geschlecht selbst zwingend ein wesentliches Merkmal für die Ausübung der Tätigkeit ist (wie bezüglich Anstellung und Beschäftigung bspw. Sänger oder Sängerin, Schauspieler oder Schauspielerin, Models). Gemäss alter in der Juristischen Literatur stark kritizierter Bundesgerichtsrechtsprechung vor Inkrafttreten des Gleichstellungsgesetzes war Ungleichbehandlung dann zulässig, wenn auf dem Geschlecht beruhende biologische oder funktionale Unterschiede eine Gleichbehandlung absolut ausschliessen. **Bei indirekter Diskriminierung** müssen die nachteiligen Auswirkungen einer neutralen Massnahme zuungunsten eines Geschlechts unter Umständen hingenom-

men werden, aber nur dann, wenn die beklagte Partei beweist, dass sie mit der in Frage stehenden Massnahme ein gerechtfertigtes und geschäftsnotwendiges Ziel verfolgt, dass die Massnahme zu dessen Erreichung erforderlich und geeignet ist und es ihr unzumutbar ist, auf die Massnahme zu verzichten und einen Weg mit weniger geschlechtsspezifisch nachteiligen Auswirkungen zu beschreiten. Bei indirekter Diskriminierung stellen sich bezüglich der Rechtfertigungsgründe somit eigentlich Fragen des Geschäftszwecks, der Geschäftsnotwendigkeit und der Verhältnismässigkeit.

In insgesamt 48 Urteilen kommt die Beweiserleichterung des Art. 6 GIG zur Anwendung und können dementsprechend grundsätzlich Rechtfertigungsgründe zur Debatte stehen. Dabei wird nur gerade in 21% dieser Urteile unterschieden zwischen zulässigen Rechtfertigungsgründen bei direkter Diskriminierung einerseits und zulässigen Rechtfertigungsgründen bei indirekter Diskriminierung andererseits. Das Verhältnismässigkeitsprinzip wird in 17% der Urteile in irgendeiner Form angesprochen. Nur gerade in 10% der Urteile wird die Geschäftsnotwendigkeit thematisiert oder werden (unter Verweis auf die alte Rechtsprechung) biologische oder funktionale Unterschiede als mögliche Rechtfertigungsgründe genannt).

Tabelle 7: Rechtfertigung, soweit aus Urteilen* ersichtlich

	Urteile*		ja	
	Anzahl	in %	Anzahl	in %
Wird unterschieden zwischen Rechtfertigungsgründen bei direkter und bei indirekter Diskriminierung ?	48	100%	10	21%
Spielt das Verhältnismässigkeitsprinzip eine Rolle ?	48	100%	8	17%
Spielt die Geschäftsnotwendigkeit eine Rolle ?	48	100%	5	10%
Spielen biologische oder funktionale Unterschiede eine Rolle ?	48	100%	5	10%

* Gemeint sind alle Urteile, in denen die Beweislasterleichterung zur Anwendung kam (also nicht Urteile, die ausschliesslich sex. Belästigung oder disk. Nichtanstellung oder Erledigung durch Vergleich betreffen).

Die Rechtfertigungsgründe werden meist insgesamt nicht systematisch oder in klarer Zuordnung zueinander abgehandelt. Sie werden häufig zwar in einem theoretischen Vorspann erwähnt (d.h. vor der eigentlichen Behandlung des konkreten Falles meist mittels Zitaten aus Präjudizien kurz erörtert), dann aber nicht konkret benannt in der Anwendung auf den Fall. **Häufig ist eine einsichtige Verbindung zwischen den vorangestellten theoretischen Erörterungen und der konkreten Abhandlung des Falles nicht festzustellen.**

5.3.3.2 Generelle Umschreibungen und Anforderungen

Eine wie oben umschriebene klare Unterscheidung zwischen Rechtfertigungsgründen bei direkter Diskriminierung einerseits und bei indirekter Diskriminierung andererseits sowie die entsprechend unterschiedlich definierten Anforderungen an Rechtfertigungsgründe findet sich in den Urteilen selten.

Nur in 11 der 48 Urteile werden Anforderungen an Rechtfertigungsgründe überhaupt in genereller Form umschrieben. Selbst in diesen Urteilen sind jedoch diese generellen Ausführungen häufig als allgemeine

rechtliche Erörterungen vorangestellt, ohne dann aber bei den konkreten Erwägungen zum Fall aufgegriffen und konkret umgesetzt zu werden.

Nur in 2 Urteilen (einmal bei einer diskriminierenden Nichtbeförderung, einmal bei einer diskriminierenden Kündigung) wird für die Prüfung der Rechtfertigungsgründe der **Massstab des legitimen Geschäftsziels, der Geschäftsnotwendigkeit und der Verhältnismässigkeit** angewandt, der in den beiden Urteilen wie folgt umschrieben wird:

- Eine Massnahme mit nachteiligen Auswirkungen für ein Geschlecht ist gerechtfertigt, wenn das angewandte Kriterium ein objektiv gerechtfertigtes Ziel verfolgt und zur Erreichung des Zieles notwendig ist und dem Arbeitgeber kein weniger diskriminierendes Mittel zur Verfügung steht oder es ihm nicht zugemutet werden kann, begleitende Massnahmen zur Reduzierung des diskriminierenden Effektes zu ergreifen (Geschäftsnotwendigkeit).

Im Übrigen werden die **Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe sehr unterschiedlich umschrieben**, wie aus folgenden Beispielen hervorgeht:

■ Wenn biologische und funktionale Unterschiede eine Gleichbehandlung absolut ausschliessen (mit Verweis auf BGE 116 V 198);

■ Bezüglich Rechtfertigung von Lohnunterschieden sei entscheidend, ob im Ergebnis die Einstufungsunterschiede mit haltbaren, durch die Art der auszuübenden Tätigkeit sachlich begründbaren Überlegungen erklärbar seien.

■ objektive Gründe, die den Wert der Arbeit beeinflussen können, wie Ausbildung, Qualifikation, Erfahrung, Pflichtenheft, Leistung (Verweis auf BGE 124 II 409, 436); möglich auch soziale Gründe wie Familienpflichten oder Alter (Verweis auf BGE 118 Ia 35; 117 Ia 270; Konjunktur u. U. BGE 125 I 71; aber Achtung: darin könne sich auch indir. Diskr. verstecken BGE 124 II 409). also generell: objektive Gründe können Lohnunterschiede rechtfertigen, falls sie sehr wichtig für die Ausführung der konkreten Tätigkeit und die Bildung des Lohnes sind und sofern sie alle Löhne des gleichen Arbeitgebers beeinflussen.

■ Einfach objektive Gründe.

■ BGE 127 III 207: objektive Gründe, die den Wert der Arbeit beeinflussen können, wie Ausbildung, Dienstalter, Qualifikation, Erfahrung, konkrete Arbeitstätigkeit, Leistung und die mit der Arbeit verbundenen Risiken (Verweis auf BGE 125 III 368, 373; 124 II 409,428,436). Zudem Gründe, die sich nicht direkt aus Tätigkeit ergeben, sondern aus sozialen Zusammenhängen, wie familiäre Pflichten oder Alter (Verweis auf BGE 125 III 368,373; 118 Ia 35,37; 117 Ia 270, 276).

■ wie oben unter Verweis auf BGE 127 III 207, dann präzisiert wie folgt: Die konjunkturelle Lage kann eine Lohndifferenz rechtfertigen, soweit deren Einbezug mit einem realen Bedarf des Betriebs tatsächlich korreliert (Verweis auf BGE 125 III 368). Die Wichtigkeit der konjunkturellen Lage für die Lohnbestimmung darf aber nicht überschätzt werden. Nur bei besonders gesuchten Spezialisten. Auch da muss dann aber die Kollegin, die gleiche Arbeit verrichtet, auch gleich entlohnt werden. Es liegt beim Arbeitgeber, die konkrete Notwendigkeit nachzuweisen, die zu einer vorübergehenden Vernachlässigung der Lohngleichheit aus Gründen des Arbeitsmarktes führen soll. Generell können objektive Gründe eine Lohndifferenz nur dann rechtfertigen, wenn sie tatsächlich nachgewiesenermassen eine wichtige Rolle für die Ausübung der Tätigkeit spielen und wenn sie tatsächlich und nachgewiesenermassen die Löhne des Arbeitgebers wirklich beeinflussen (BGE 127 III 207; 125 III 368) ! Werden geschlechtsneutrale, objektive Kriterien, die grundsätzlich in sich gesehen zulässig sind, in einem Unternehmen inkonsequent zum Nachteil eines Geschlechts angewandt, speziell wenn das erwähnte Kriterium konkret in Wirklichkeit gar nicht gleicherma-

sen für alle umgesetzt wird, so kann trotz "neutraler objektiver Kriterien" Geschlechterdiskriminierung vorliegen (BGE 127 III 207; 117 Ia 270).

Konkrete Anforderungen an **sachliche Gründe** werden nur selten definiert (8 mal), so zum Beispiel wie folgt:

■ BGE 127 III 207: objektive Gründe können nur dann eine Lohndifferenz rechtfertigen, wenn sie für die Arbeitsleistung eine wirklich (véritablement) wichtige Rollen spielen und folgerichtig die Löhne eines Arbeitgebers tatsächlich beeinflussen (mit Verweis auf BGE 125 III 368, 374).

■ Verwaltungsgericht Zürich in Urteilen zu Gesundheitsberufen: Eine der angefochtenen Entlohnung zugrunde liegende Bewertung hat erst dann die Vermutung der Diskriminierung für sich, wenn sie auch unter Berücksichtigung des weiten Ermessens, wie es einer Verwaltungsbehörde im Rahmen ihrer Besoldungsstruktur zusteht, sachlich nicht mehr vertretbar ist. Um die sachliche Begründetheit der bestehenden Arbeitsbewertung des Gesundheitsberufs im Vergleich mit Polizeisoldaten zu prüfen, hat das VG ein Gutachten angeordnet. Die „naturgemäss nicht deckungsgleichen“ Berufe können anhand eines Bewertungsmassstabs „substanziell und aussagekräftig verglichen“ werden.

■ Das Verwaltungsgericht Zürich führt in einem Urteil zu diskriminierender Aufgabenzuteilung als sachlichen Grund aus: Eine Aufgabenzuteilung (Arbeitszuteilung), die nicht aufgrund des Geschlechts erfolgt, kann im Ergebnis dennoch Auswirkungen zum Nachteil eines Geschlechts haben. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn Teilzeitangestellte von der Ausführung bestimmter Arbeiten ausgeschlossen sind, da überwiegend Frauen Teilzeit arbeiten und aus diesem Grund viel mehr Frauen betroffen sind als Männer. Geschlechtsspezifisch ungleiche Auswirkungen sind generell dann gegeben, wenn Aufgaben nach spezifischen Voraussetzungen verteilt werden, die vergleichsweise überwiegend von Männern erfüllt werden. Die Abklärung muss sich auf die konkrete Arbeit oder Aufgabe beziehen.

Insgesamt gesehen kann festgestellt werden, dass die unteren Instanzen, besonders die **erstinstanzlichen Zivilgerichte und Arbeitsgerichte**, dazu neigen, jeden auf den ersten Blick sachlichen Grund als Rechtfertigung einer ungleichen Behandlung zu akzeptieren.

Die differenziertere Rechtsprechung der **oberen Instanzen** hat demgegenüber im Verlauf der Zeit zusätzliche Anforderungen und Bedingungen definiert und insbesondere verdeutlicht, wer was nachzuweisen hat. Sie lautet zusammengefasst (entwickelt an und bezogen auf Lohndiskriminierung) wie folgt: Generell können objektive Gründe eine Lohndifferenz nur dann rechtfertigen, wenn sie tatsächlich - und wie der Arbeitgeber nachweisen muss - eine wichtige Rolle für die Ausübung der Tätigkeit spielen und wenn sie tatsächlich - und wie ebenfalls vom Arbeitgeber zu beweisen - die Löhne oder andere Arbeitsbedingungen des Arbeitgebers wirklich beeinflussen. Werden geschlechtsneutrale, objektive Kriterien, die grundsätzlich in sich gesehen zulässig sind, in einem Unternehmen inkonsequent zum Nachteil eines Geschlechts angewandt, speziell wenn das erwähnte Kriterium konkret in Wirklichkeit gar nicht gleichermassen für alle umgesetzt wird, so liegt trotz "neutraler objektiver Kriterien" Geschlechterdiskriminierung vor.

Diese Rechtsprechung der oberen Instanzen hat sich bis anhin, soweit ersichtlich, **nicht niedergeschlagen** (ausser dass die weitergezogenen erstinstanzlichen Urteile zum Teil aufgehoben wurden).

5.3.3.3 konkret geprüfte Rechtfertigungsgründe

Wie aus den analysierten Urteilen hervorgeht, wurden folgende Rechtfertigungsgründe konkret geprüft:

■ Das Bundesgericht hält fest (H+H-Urteil E.7-9), Gleichwertigkeit sei nicht eine Frage der Rechtfertigungsgründe, sondern Tatbestandsvoraussetzung für Ungleichbehandlung. Es schützt die Bewertung der Vorinstanz mit Ergebnis Lohnklasse 18, hält aber die Gesamtbelastung bzw. die Frage nach Vollpensum bei 24 oder 26 Stunden für zusätzlich zu prüfenden Rechtfertigungsgrund (124 II 409), was die Vorinstanz dann mit einem Gutachten prüfen lässt.

■ Funktionen, gestellte Anforderungen (Arbeitsplatz- und Funktionsbewertung), individuelle Merkmale der Stelleninhaber (Alter, Dienstalter, Ausbildung) sowie die Art und Weise, wie die betroffenen Personen diese Funktionen ausführen (Leistungsbewertung), alle als zulässig erklärt.

■ Arbeitszeit (unterschiedliche Unterrichts- und Präsenzzeit), Ausbildungsdauer, beides als zulässig erklärt. Ebenso als zulässig erklärt unterschiedliche geistige Anforderungen, wobei (ohne Gutachten) als ohne weiteres einsichtig davon ausgegangen wurde, dass mit wachsendem Alter der zu unterrichtenden Kinder die Anforderungen an die geistigen Fähigkeiten der Lehrkräfte steigen. Im gleichen Fall wurde von der zweiten Instanz (ohne Gutachten) die Tatsache der Anwendung der vereinfachten Funktionsanalyse sowie der Vergleich mit den aus andern Kantonen als zulässig bekannten Lohndifferenzen in Prozent als zulässige Rechtfertigungsgründe akzeptiert.

■ In einem anderen Fall wurde die arbeitgeberische Lohnpolitik tiefer Einstiegslohne als Rechtfertigungsgrund abgewiesen, da sie nicht gleichmässig umgesetzt wurde; ebenso wurde die konjunkturelle Lage als Rechtfertigungsgrund abgewiesen sowie die Tatsache, dass Vergleichspersonen zum Teil zusätzliche Funktionen innehatten.

■ In einem Fall der nicht Nichtbeförderung aufgrund von Schwangerschaft war als Rechtfertigungsgrund geltend gemacht worden, dass die als Folge der Schwangerschaft / Mutterschaft eintretende Abwesenheit vom Arbeitsplatz dem Arbeitgeber unzumutbar sei und die Beförderung nicht wegen der Schwangerschaft abgelehnt worden sei, sondern wegen der daraus folgenden Abwesenheit vom Arbeitsplatz. Als unzulässig abgewiesen. Schwangerschaft und resultierende Abwesenheit vom Arbeitsplatz untrennbar miteinander verbunden.

■ In einem Fall wurde von einer unteren Instanz das seitens des Arbeitgebers angegebene Kriterium der physischen Kraft ausdrücklich als Rechtfertigungsgrund akzeptiert. Dies mit Verweis auf Gesundheitsschutz und Unfallprävention, welche es verbiete, Frau zum Tragen schwerer Lasten zu beschäftigen etc. Dies im Zusammenhang mit einer diskriminierenden Kündigung (mit der obgenannten Begründung). Der Rekurs gegen dieses Urteil wurde abgewiesen, aber nicht wegen Zulässigkeit dieses Rechtfertigungsgrundes, sondern weil die Klägerin der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zugestimmt habe. Danach sei die Anrufung des Gleichstellungsgesetzes rechtsmissbräuchlich.

■ Ausbildung, Erfahrung, Entscheidungsbefugnisse, Verantwortung. Mehr Entscheidungsbefugnisse und damit verbundene grössere Verantwortungsübernahme zugelassen als Rechtfertigungsgrund.

■ Ausbildung, Dienstalter, Qualifikation, Erfahrung, konkrete Tätigkeit und damit verbundene Risiken, Leistung. Vergleichskollege hatte bessere Ausbildung (4-jährige Lehre + Spezialisierung statt 1-jähriger Anlehre), konnte zusätzlich Maschinen unterhalten und qualifiziertere Arbeiten ausführen, auch wenn beide sonst im Wesentlichen die gleiche Arbeit verrichteten. Vor allem qualifiziertere Ausbildung als Rechtfertigungsgrund zugelassen.

■ Dienstalter als Rechtfertigungsgrund abgewiesen, weil nicht gleich für alle Mitarbeitenden umgesetzt! Argument der komplizierteren Arbeit des Vergleichskollegen als Rechtfertigungsgrund abgewiesen, da das Gegenteil durch die Expertise nachgewiesen sei; Leistung als Rechtfertigungsgrund abgewiesen, weil Leistungsdifferenz minim und vor allem die individuelle Leistung in Wirklichkeit beim Arbeitgeber gar nicht generell lohnbestimmend war. Die Vorinstanz in diesem Fall hatte Leistung, Qualifikation, Arbeitsmarkt, Dienstalter, Erfahrung allesamt a priori als zulässige Bemessungsmerkmale erklärt gehabt und ohne kon-

krete Prüfung schon auf der Ebene der Glaubhaftmachung die Klage abgewiesen. In zweiter Instanz wurde dieses erstinstanzliche Urteil aufgehoben und die Klage gutgeheissen.

■ Vorinstanz: Lohnpolitik der tiefen Einstiegslohne (die sich tradierte über die Jahre) als zulässig anerkannt. Durch Bundesgericht aufgehoben (BGE 127 III 207), weil Arbeitgeber nicht nachgewiesen hat, welche Rolle die Erfahrung für die Ausübung der konkreten Tätigkeit spielt, in dem er belegt, welchen Wert er der Erfahrung zuweist und die Gründe dafür darlegt, warum die betriebsintern erworbene Erfahrung nicht gleich viel wert ist wie die extern erworbene Erfahrung (Klägerin hatte hohes Dienstalter, aber praktische keine betriebsexterne Erfahrung).

■ Vorinstanz: fehlende Diskriminierungsabsicht. Arbeitgeber habe nicht beabsichtigt, aufgrund des Geschlechts zu diskriminieren, wurde als Rechtfertigungsgrund zugelassen (sic!), obwohl im allgemeinen Teil des Urteils gegenteilige Rechtsprechung zitiert wird! Von Bundesgericht aufgehoben (BGE 127 III 207). Diskriminierungsverbot gilt gleichermaßen für vorsätzliche wie für unbewusste, ungewollte Diskriminierungen. Es spielt keine Rolle, ob der Beklagte die Absicht gehabt hat, eine sexistische Lohnpolitik zu verfolgen oder nicht. Die entscheidende und zu lösende Frage ist, zu erkennen, ob die Entlohnung selbst diskriminierend ist, nicht, ob die Art ihres Zustandekommens als diskriminierend betrachtet werden muss.

■ Vorinstanz: Bevorzugung eines männlichen Vergleichs-Kollegen auch gegenüber allen andern Mitarbeitern, nicht nur gegenüber Klägerin, als zulässiger Rechtfertigungsgrund anerkannt. Von Bundesgericht aufgehoben (BGE 127 III 207). Die Tatsache, dass ein Mitarbeiter verglichen mit einer Mitarbeiterin *über die Massen* bevorzugt wurde kann die Existenz einer Diskriminierung nicht ausschliessen. Im Gegenteil, eine solche Situation konstituiert gerade Diskriminierung im Sinne von Art. 3 GLG.

■ Vorinstanz: Funktionenbewertung im Kleinbetrieb sei schwierig (Kleinheit des Betriebs zumindest indirekt als Rechtfertigungsgrund anerkannt). Vom Bundesgericht aufgehoben (BGE 127 III 207). Kleinheit hindert nicht daran, verschiedene Tätigkeiten miteinander zu vergleichen um zu bestimmen, ob sie gleichwertig sind.

■ Vorinstanz: Tatsache, dass die Tätigkeit der Klägerin keine typisch weibliche Tätigkeit ist, als Rechtfertigungsgrund der Verweigerung der Lohnanpassung zugelassen. Von Bundesgericht aufgehoben (BGE 127 III 207): **Vorinstanz sei schlechterdings nicht zu verstehen.**

■ Vorinstanz: Tatsache, dass die Klägerin die einzige Frau im fraglichen Tätigkeitsbereich des Arbeitgebers war und deshalb ein Vergleich mit andern Frauen nicht möglich war, als zulässiger Rechtfertigungsgrund anerkannt (!). Von Bundesgericht aufgehoben: Diese Tatsache ist unerheblich. Es spielt keine Rolle, dass es schwierig ist, festzustellen, ob auch andere Frauen als die Klägerin Opfer von Lohndiskriminierung beim Beklagten sind.

■ Restrukturierung als Rechtfertigungsgrund abgewiesen.

■ Im Kanton Zürich werden vom Verwaltungsgericht immer wieder die 6 Kriterien der Vereinfachten Funktionsanalyse (K1 Ausbildung und Erfahrung, K2 Geistige Anforderungen, K3 Verantwortung, K4 Psychische Beanspruchung, K5 Physische Beanspruchung, K6 Beanspruchung der Sinnesorgane), welche der Besoldungsrevision der 90er-Jahre zugrunde liegt, zugelassen und geprüft.

6 Lohnungleichheit

6.1 Definitionen

In 25 der ausgewerteten 47 Fälle (und 41 der 71 Urteile) ging es um Lohnungleichheit.

In der Auswertung (vgl. Leitfaden im Anhang) wurde unter Anderem versucht, herauszufiltern, was die Gerichte unter direkter Lohndiskriminierung einerseits und unter indirekter Lohndiskriminierung andererseits verstehen, wie sie diese beiden Diskriminierungsarten definieren. Das ist in dem Sinne nicht gelungen, als deutlich wurde, dass eine **klare Unterscheidung nicht gemacht** wird. Die Definitionen von Lohndiskriminierung, die sich in den Urteilen finden, scheinen beide Arten zu umfassen, ohne dass sie als solche benannt werden, oder es wird bei der Umschreibung nicht deutlich, ob die definierte Lohndiskriminierung vom Gericht als direkte oder als indirekte verstanden wird.

Die Definitionen fielen teilweise sehr kurz, teilweise länger aus und lauten beispielsweise wie folgt:

- wenn zum Nachteil eines geschlechtstypisch identifizierten Berufes Lohnunterschiede bestehen, welche nicht sachbezogen in der Arbeit selbst begründet sind (Verweis auf BGE 124 II 409);
- Untersagt sind Lohnunterschiede, die auf geschlechtsspezifische Umstände wie geringere Körperkraft, generell höhere Absenzen, früheres Pensionierungsalter und zugunsten der weiblichen Arbeitnehmer geltende Schutzvorschriften abstellen, da diese sich auf die Arbeit selbst beziehen (VG Zürich mit Verweis auf BGE 124 I 49, 118 Ia 270 etc.)
- direkte (explizite Ungleichbehandlung) als auch indirekt (formale Gleichbehandlung, aber ungleiche Betroffenheit aufgrund des Geschlechts); mit Hinweisen auf BGE 126 II 217 E. 4b, 125 I 71 E. 2a, 125 II 385 E. 3a+b, 125 II 530 E. 2a, 125 II 541 E. 2a, 124 II 409 E. 7, 124 II 436 E. 6a, 124 II 529 E. 3a, 113 Ia 107 E. 4a = Pra 76/1987 Nr. 254. Unterschiede in der Entlohnung von Mann und Frau verletzen das Verfassungsrecht auf gleichen Lohn dann nicht, wenn sie auf objektiven Gründen wie Alter, Dienstalter, familiären Belastungen, Erfahrung, Qualifikationsgrad, Risiken, Art und Dauer der Ausbildung, Arbeitszeit oder Aufgabenbereich beruhen.
- BGE 127 III 207: Diskriminierung kann vorkommen entweder a) bei der generellen Klassifizierung verschiedener Funktionen im Sinne "d'une échelle de traitement", oder b) bei der Bemessung des Lohnes einer bestimmten Person wenn man sie vergleicht mit dem Lohn von Personen des andern Geschlechts (Verweis auf BGE 125 III 368,371). In beiden Fällen kann sie folgen entweder aus der Bewertung der Arbeitsanforderungen gemäss Kriterien, die direkt oder indirekt diskriminierend sind, oder aus der Tatsache, dass neutrale Bewertungskriterien, die selbst objektiv zulässig sind, zum Nachteil eines Geschlechts inkonsequent umgesetzt respektive angewandt werden, sei es, dass das zur Begründung der Differenz angeführte Merkmal in Wirklichkeit gar nicht konkret relevant war, sei es, dass es in Wirklichkeit für die Ausführung der konkreten Arbeit überhaupt keine Rolle spielt (Verweis auf BGE 117 Ia 270,276), sei es, dass es nur in bestimmten isolierten Fällen überhaupt einen Einfluss auf die Bewertung der Arbeitsanforderungen hat.

Bezüglich Anforderungen an Rechtfertigungsgründe für Lohndifferenzen kann hier auf das oben unter Kapitel 5.3.2 Rechtfertigungsgründe bereits Erörterte verwiesen werden. Die dortigen Analysen schliessen die zahlreichen Lohnungleichheitsfälle ein, respektive die Erörterungen im genannten Kapitel betreffen auch die und folgen zu einem grossen Teil aus den Lohnungleichheitsfällen.

Auch hier zeigt sich, insbesondere bei den erstinstanzlichen Zivilgerichten, häufig das bereits mehrfach benannte Phänomen, dass (meist höchstrichterliche) Definitionen im theoretischen Teil des Urteils zitiert werden, aber völlig unklar bleibt, was die zitierte Definition mit der nachfolgenden konkreten Fallabwick-

lung zu tun hat respektive inwiefern die Argumentation des Gerichts bei der Begründung seines Urteils daraus folgen soll.

6.2 Gutachten

In nicht ganz der Hälfte (44%) aller Lohngleichheitsfälle wurde mindestens ein gerichtliches Gutachten eingeholt. Insgesamt waren es 14 Gutachten in 11 Fällen. Dabei handelte es sich bei genau der Hälfte dieser 14 Gutachten um Funktionengutachten, das heisst Bewertungen verschiedener Funktionen im Vergleich, bei der andern Hälfte um Individualvergleiche, das heisst um Gutachten, in denen die Wertigkeit der Arbeit bestimmter Personen mit derjenigen der Arbeit anderer beim beklagten Arbeitgeber tätigen Personen verglichen wird. Bei sämtlichen 7 dieser Individualvergleiche war die Tätigkeit aller in den Vergleich einbezogenen Personen jeweils im Wesentlichen gleich oder jedenfalls sehr ähnlich.

Im Kanton Zürich wurde in allen Fällen ein Gutachten eingeholt, die mit einer Verbandsklage verbunden waren, wenn auch beim Verfahren H+H erst auf Geheiss des Bundesgerichts als dieses bereits das zweite Mal im gleichen Fall angerufen wurde. In der Schwyzer Verbandsklage hingegen wurde ein Gutachtenantrag abgelehnt (weil Unterlagen der Vereinfachten Funktionsanalyse plus beigezogene Gutachten aus andern Kantonen gemäss Ansicht des Gerichtes zur Entscheidungsfindung genügten) und diese Ablehnung vom Bundesgericht geschützt.

Die **Funktionen-Gutachten** waren nach analytischer Arbeitsbewertung ABAKABA, oder nach vereinfachter Funktionsanalyse mit 6 Kriterien (zum Teil modifiziert oder ergänzt mit anderer Methode) erstellt worden. Bei zwei Gutachten war der Auftrag auf die Arbeitszeit bzw. das Pensum von 24 bzw. 26 Lektionen begrenzt. Es wurden folgende Funktionen miteinander verglichen: PhysiotherapeutInnen, Lehrkräfte Gesundheitsberufe, ErgotherapeutInnen, Krankenpflegende mit Polizeisoldaten. KindergärtnerInnen mit Primarlehrkräften. Hortnerin im Vergleich mit Schulabwart. SchulpsychologInnen mit Schulärzten.

Die **Individualvergleiche** wurden nach Methode VIWIV (Broschüre des EBG Mein Lohn unter der Lupe) erstellt (1x), oder nach Methode CEPEC (1x), oder nach Methode Regressionsanalysen (2X). Ein Gutachten ging weniger um Bewertungsfragen, sondern um Fragen der Berechnung des geschuldeten Lohnes, Methode Prevox. Bei 2 (im gleichen Fall erstellten) Gutachten ist die Methodik höchst unklar, ausser dass jedenfalls die Position und Arbeit der Klägerin irgendwie mit derjenigen ihrer Arbeitskollegen verglichen wurde, offenbar anhand der seitens der Gutachter beim Arbeitgeber nachgefragten Kriterien. Einer der Gutachter war ein "économiste", der dem Gericht Fragen zu den Kriterien der Lohnbemessung beantworten sollte, ob bei der Klägerin die gleichen in gleicher Weise zur Anwendung gekommen seien wie für die Kollegen und wie der Experte über die Begründetheit der Kriterien und einer nicht sexistischen Perspektive Auskunft gebe, sowie welches die korrekte Bewertung sei. Er hatte gemäss seinen Angaben die massgebliche Literatur studiert (nämlich Prof. Rousson, la fonction personnel und die Publikationen des EBG zu Arbeitsbewertung und Lohndiskriminierung) und "pragmatisch beschlossen", beim Arbeitgeber die Kriterien zu erheben, die dieser als seine Kriterien der Lohnbemessung definiert, und dann diese bezüglich systematischer und konkreter Anwendung bei der Klägerin und ihren Kollegen zu untersuchen. Der zweite Gutachter (nicht Oberexpertise, sondern zusätzlich eingeholt) war Anwalt und beschreibt einfach verschiedene Facetten der im grossen und ganzen unklaren und unsystematischen Lohnpolitik der Beklagten. Dieses Gutachten wurde in der Folge vonseiten des kantonalen Gleichstellungsbüro als unwissenschaftlich und im Hinblick auf die Methode ABAKABA unhaltbar bezeichnet.

Bei diesen Individualvergleichen ging es um folgende Positionen: Hochqualifizierte Akademiker, die für eine private aber vom Bund subventionierte Firma die Aussenhandelsbeziehungen der Schweiz betreuen

Teil II: Ergebnisse: 6 Lohngleichheit

und fördern; hochqualifizierte Position in einem internationalen Finanzinstitut; Arbeiterin in einem Betrieb der Metallindustrie (percage, marquage-découpage, tourneur sur métaux).

In mindestens 9 (82%) der 11 Fälle ist das Gericht, dessen diesbezüglicher Entscheid zum rechtskräftigen Urteil führte, dem Gutachten im Wesentlichen gefolgt. In einem Fall (9%) wurde entgegen dem Gutachten entschieden. In einem Fall war nicht gänzlich klar, ob das obere Gericht aufgrund des Gutachtens das Urteil der Vorinstanz (welche dem Gutachten nicht gefolgt war) aufgehoben und die Klage im Wesentlichen gutgeheissen hatte, oder nicht vielmehr aus rein rechtlichen Gründen.

Erkennbar abgelehnt wurden Gutachtensanträge in diesen Lohngleichheitsverfahren 4 Mal, einmal mit der Begründung, es sei kein Fachgutachten nötig, weil bereits eine analytische Arbeitsbewertung vorausgegangen war, was vom Bundesgericht bzgl. Pflichtstunden nicht geschützt wurde (H+H); einmal mit der Begründung, die Vereinfachte Funktionsanalyse der Besoldungsrevision und das beigezogene Arbeitszeit-Gutachten aus einem andern Kanton böten zusammen mit der bereits bestehenden Rechtsprechung genügend Entscheidungsgrundlage; das dritte Mal wurde die letztgenannte Entscheidung vom Bundesgericht nicht korrigiert und einmal wurde der Antrag auf Erstellung einer Oberexpertise abgelehnt.

Tabelle 8: Gutachten Lohngleichheit

	Fälle total		ja		nein	
	Anzahl	in %	Anzahl	in %	Anzahl	in %
Wurden Gutachten angeordnet?	25	100 %	11	44%	14	56%
	Fälle mit Gutachten		gefolgt		nicht gefolgt	
	Anzahl *	in %	Anzahl	in %	Anzahl	in %
Ist das Gericht den Gutachten im Wesentlichen gefolgt?	11	100%	9*	82%	1	9%
vorliegende Gutachten	Anzahl **	in %	Individualvergleiche		Funktionengutachten	
	14	100%	7	50%	7	50%
Ablehnung Gutachtenantrag	Anzahl abgelehnter Gutachtenanträge, soweit ersichtlich: 6					

*bezieht sich Fälle, d.h. auf Urteil, das zur Rechtskraft führte. Untere Instanzen sind teilw. nicht gefolgt. In einem Fall war unklar, ob aufgrund eines der Gutachten oder aus rein rechtlichen Gründen das Urteil der Vorinstanz aufgehoben wurde.

**teilw. mehrere Gutachten pro Fall !

Ohne Gutachten bewerteten die Gerichte Funktionen anhand bestehender Arbeitsbewertungen (insbesondere vorliegender Vereinfachter Funktionsanalysen), Beizug von in andern Verfahren (teilw. aus andern Kantonen) erstellter Gutachten und/oder unter Bezugnahme auf Bundesgerichtsurteile und dortige Bewertung von Vereinfachten Funktionsanalysen oder Arbeitszeitfragen (BGE 125 II 530 bzw. 541).

Bei Individualvergleichen ohne Gutachtenerstellung machten die Gerichte selbst den Vergleich zwischen der Arbeit von (mindestens) zwei konkreten Personen (Klägerin und mindestens ein, meist mehrere Arbeitskollege/n) bezüglich ihrer konkreten Tätigkeit, Arbeitsplatz, Ausbildung, Erfahrung, Entscheidungsbefugnisse und Verantwortung, teilweise anhand von Lebensläufen, meist auch nach Zeugenbefragungen. Es handelte sich dabei durchwegs um im Wesentlichen gleiche oder sehr ähnliche Arbeit und Positionen.

6.3 Exkurs Folge- bzw. Umsetzungsverfahren

Bei den Ausführungen zu Rücklauf und Datengrundlage (vorne S. 6) wurde bereits darauf hingewiesen, dass im Kanton Zürich 28 der im Bereich Gesundheitsberufe (BetreuerIn, Krankenschwester mbA, Stationsleitung, Hebamme etc) eingesandten Urteile (24 Verwaltungsgericht und 4 Bundesgericht) nicht vollumfänglich gemäss Leitfaden inhaltsanalytisch ausgewertet werden. Dies deshalb nicht, weil es sich dabei um Folge- beziehungsweise Umsetzungsverfahren handelt. Ihnen waren die im Bereich Gesundheitsberufe wichtigen (und vorliegend in die Analyse einbezogenen) Grundsatzurteile bezüglich Bewertung der Hauptfunktionen (wie bspw. Krankenschwestern AKP) vorausgegangen, so dass in den Folgeurteilen keine im Zusammenhang mit der Anwendung des Gleichstellungsgesetzes wichtigen Grundsatzfragen mehr zu entscheiden waren, sondern darin auf die vorausgegangenen Grundsatzurteile aufgebaut und die Folgeurteile daraus abgeleitet werden konnten. Bei diesen Folgeverfahren hatte das Verwaltungsgericht jeweils relativ schnell entschieden, ob die Bewertung der in Frage stehenden Funktion mit der in den Grundsatzurteilen (oder Umsetzungsvereinbarungen) der 4 Gesundheitsberufe vorgenommenen Arbeitsbewertung abgedeckt werden kann und auf diesem Hintergrund in den Jahren 2002 bis 2003 viele Urteile gefällt. In rund der Hälfte der Fälle hat das Gericht gleich entschieden, in der andern Hälfte wurde die Sache an die Gesundheitsdirektion als Vorinstanz zurückgewiesen zur Durchführung einer eigentlichen Arbeitsbewertung. Die Folgeverfahren, welche einer neuen Arbeitsbewertung bedurften, sind zum Teil heute noch hängig (vgl. www.gleichstellungsgesetz.ch, Kanton Zürich, Fälle 77 bis 84 bzw. dort erwähnte analoge Fälle).

7 Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz

7.1 Grundsätzliches

Zum Thema sexuelle Belästigung gibt es auf Gerichtsstufe im Kanton Zürich im Vergleich bspw. zum Kanton Waadt relativ wenige Verfahren und Gerichtsurteile (vgl. Kap. 3 Diskriminierungsarten, vorne S. 10), jedoch (im Gegensatz zum Kanton Waadt) einen beachtlichen Anteil an Schlichtungsverfahren, welche durch Einigung erledigt werden (vgl. dazu Einzelbericht zu Baustein 3 und www.gleichstellungsgesetz.ch). Diese Verteilung der Fälle lässt darauf schliessen, dass sexuelle Belästigung im Kanton Zürich nicht weniger häufig vorkommt, sondern dass die aufgrund des Gleichstellungsgesetzes speziell eingerichtete und fachkompetent zusammengesetzte Zürcher Schlichtungsstelle in diesem Bereich so erfolgreich arbeitet, dass ein hoher Anteil der Betroffenen nicht mehr ans Gericht gelangen muss. Im Kanton Waadt besteht keine solche Schlichtungsstelle.

In 12 der insgesamt 47 analysierten Fälle geht es um sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz.

Nur in einem Viertel der Fälle konnten die Frage klar mit ja beantwortet werden, ob die Beweislast der Opfers (Klägerin) einerseits und die Beweislast des Arbeitgebers (Beklagter) andererseits im Urteil klar auseinander gehalten werden. Aus 3/4 der Fälle war diese Frage entweder gar nicht zu beantworten oder dem Arbeitgeber wurde deutlich gar kein Beweis abverlangt, auch nicht bezüglich präventive Massnahmen. Die Frage nach präventiven Massnahmen des Arbeitgebers tauchte nur in 1/3 der Fälle überhaupt auf.

Ebenfalls nur in einem Viertel der Fälle gab es direkte **Zeuginnen oder Zeugen** der Tat, das heisst Personen, welche aus eigener Anschauung Angaben zur eigentlichen Tat selbst machen können, um die es geht. In fast der Hälfte der Fälle (42%) gibt es aber immerhin indirekte Zeugen oder Zeuginnen, das heisst Personen, die zu den Umständen der Tat, zur Atmosphäre am Arbeitsplatz, oder zur Verfassung des Opfers, oder zu Erzählungen des Opfers oder des Täters ihnen gegenüber, oder zu ähnlichen Begebenheiten bezüglich andern Personen etc. Auskunft geben können.

Tabelle 9: sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz

	Fälle		ja	
	Anzahl	in %	Anzahl	in %
Werden Beweislast bezüglich Tat und Beweislast bezüglich präventive Massnahmen (Entlastungsbeweis) klar auseinandergelalten ?	12	100%	3	25%
Spielen präventive Massnahmen eine Rolle?	12	100%	4	33,3%
gibt es direkte Zeugen oder Zeuginnen der Tat ?	12	100%	3	25%
gibt es indirekte Zeugen oder Zeuginnen der Tat?	12	100%	5	42%
liegen Arztzeugnisse wegen Arbeitsunfähigkeit vor ?	12	100%	6	50%
Besteht das Arbeitsverhältnis nach Abschluss Verfahren noch?	12	100%	0	0%

In der Hälfte der Fälle liegen **Arztzeugnisse** vor, die bestätigen, dass das Opfer in Folge der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz gesundheitlich beeinträchtigt (Angstzustände, Depressionen, Schlafstörungen, Magengeschwür etc) und meist auch arbeitsunfähig ist oder zeitweise gewesen ist.

Soweit aus den Urteilen ersichtlich, muss davon ausgegangen werden, dass kaum eins dieser Arbeitsverhältnisse bei Durchführung des Gerichtsverfahrens noch bestand, sei dies, weil es vonseiten der Klägerin selbst (VD 3), sei es, dass es vonseiten des Arbeitgebers (VD 4, ZH 3) gekündigt worden oder gemeinsam beendet (VD 1) worden war.

7.2 Definitionen

Folgende Definitionen sexueller Belästigung sind den Urteilen zu entnehmen:

- Verhalten eines Organs, Kadermitglieds, Vorgesetzten oder Mitarbeiters, das/der seine Position oder seinen Einfluss im Betrieb (d.h. Abhängigkeitsverhältnis...) dazu benutzt, um eine im Betrieb angestellte ... Person gleich welchen Geschlechts mit anzüglichen Bemerkungen, unsittlichen Anspielungen, Gesten, Berührungen oder Berührungsversuchen, Vorzeigen pornographischer Bilder oder Objekte und ähnlichem Verhalten zu konfrontieren, mit dem Ziel, häufig unter Einsatz von Versprechungen, Drohungen, Erpressung oder diskriminierendem Verhalten am Arbeitsplatz die Duldung oder Vornahme sexueller Handlungen zu erlangen, oder mit dem Ziel oder dem Ergebnis, das bestehende oder zukünftige Arbeitsklima zu vergiften (ZR 97 (1998) Nr. 79). Ein Klima der Einschüchterung, das Feindseligkeit oder Erniedrigung schafft. Es ist nicht nötig, dass das Verhalten sexuelle Dienste zum Ziel hat. Ziel des Täters ist nicht nötig für Tatbestandserfüllung. Nötig ist Angriff auf Persönlichkeit mit sexuellem Inhalt oder Bezug (Arbeitsgericht Zürich vom 30.9.1998, 76 bzw. ZR 99 (2000) Nr.111 in Heft 9 und 10).
- unerwünschte Handlung, die einen Eingriff in die Integrität des Betroffenen darstellt. Insbesondere kann die Belästigung auch durch Worte erfolgen. Ergänzend allg. Fürsorgepflicht AG in OR 328 vor Inkrafttreten GIG. Abstellen auf Durchschnittsempfinden (Obergericht Zürich).;
- Ausnützung eines Abhängigkeits- oder Überordnungsverhältnisses um eine angestellte Person mit anzüglichen Bemerkungen, unsittlichen Gesten, Berührungen oder -versuchen, durch Vorzeigen pornographischer Bilder oder durch Zurschaustellung der Geschlechtsorgane zur Duldung oder Vornahme sex. Handlungen zu bewegen (SJZ 95/1999, 123);
- Alles Verhalten sexueller Natur oder Verhalten, das auf sexueller Erscheinung gründet, wenn die Würde von Personen am Arbeitsplatz tangiert wird. Unerwünschtes Verhalten sexueller Natur oder Verhalten das auf dem Sexuellen gründet und die Würde von Menschen am Arbeitsplatz verletzt oder das Arbeitsklima vergiftet JAR 1992, 166 f(Genfer Urteil);
- Verhalten mit sexuellem Charakter oder aufgrund sexueller Erscheinung, welche die Würde von Personen am Arbeitsplatz beeinträchtigt. Sexistische Kosenamen ohne sexuelle Konnotation fallen nicht darunter;
- Unangebrachtes Verhalten des Direktors mit sexuellem Charakter auch mittels Briefen mit klaren sexuellen Bezügen, Bemerkungen, Schmeicheleien und sexuellen Vorschlägen, welches die Klägerin fortwährend unter psychischen Druck setzt, indem er sich als Vorgesetzter ungehalten zeigt, wenn sie ihm den Eindruck vermittelt, dass sie keine sexuelle Beziehung will;
- Peinliche Einladungen, Avancen verbunden mit Versprechungen der Entschädigung, peinliche Kommentare, sexistische Bemerkungen (Verweis auf JAR 1992,166 Genfer Urteil; Arbeitsgericht ZH vom 30.9.98; EU-Richtlinien).

8 Anstellung und Beendigung der Arbeitsverhältnisse

8.1 Nichtanstellung

Diskriminierung bei **Anstellung** war in den Kantonen Graubünden, Schwyz und Zürich noch nie Gegenstand eines Gerichtsverfahrens.

Im Kanton Waadt hingegen gibt es dazu ein Urteil des Verwaltungsgerichts. Eine Gymnasiallehrerin hatte geltend gemacht, sie sei in diskriminierender Weise entgegen ihrem allseitig zugegebenermassen "excellent dossiers" nicht angestellt worden mit dem Hinweis, es würden Lehrkräfte vorgezogen, die bereits temporär am Gymnasium arbeiteten und schon lange auf Festanstellung warten. Es wurde ein Mann angestellt. Das Gericht wies das Begehren der Klägerin ab, weil ihre bessere Qualifikation als diejenige des angestellten Mannes nicht nachgewiesen sei und weder im schweizerischen noch im kantonalen Recht ein Grundsatz existiere, wonach bei gleicher Qualifikation weibliche Kandidaturen zu bevorzugen seien, solange Frauen untervertreten sind.

8.2 Kündigung allgemein

Bezüglich Diskriminierung bei **Beendigung** des Arbeitsverhältnisses respektive den diesbezüglich zur Anrufung und zur Anwendung zur Verfügung stehenden Rechtsgrundlagen herrscht Unklarheit:

In 8 Verfahren wurde diskriminierende Kündigung geltend gemacht und in weiteren 8 missbräuchliche oder ungerechtfertigte fristlose Entlassung nach Obligationenrecht ohne Anrufung des Gleichstellungsgesetzes, obwohl auch Diskriminierungsfragen zur Debatte gestellt wurden. Ein Teil davon (4) waren zudem inhaltlich **Rachekündigungen** (das heisst Kündigungen, die ausgesprochen wurden nach innerbetrieblichen Beschwerden wegen Diskriminierung), ohne als solche benannt und erkannt zu werden mit der Folge, dass auch die Rechtsfolgen nicht angerufen oder umgesetzt wurden. Nur 3 Mal wurde in einem Prozess Rachekündigung als solche direkt oder indirekt thematisiert. Kein einziges Mal wurde jedoch in einem Urteil eine Rachekündigung auch als solche gemäss Gleichstellungsgesetz abgehandelt. Selbst bei denjenigen, in welchen eine Entschädigung zugesprochen wurde, geschah dies in der Regel nicht auf der Grundlage oder auch nur mit Verweis auf das Gleichstellungsgesetz, sondern rein aufgrund OR oder Personalgesetz. In den 3 Verfahren, in denen Rachekündigung thematisiert war, war 2 Mal auch eine Wiedereinstellung direkt oder indirekt Thema, jedoch nie konkret aufgrund des Gleichstellungsgesetzes beantragt⁷.

8.3 Rachekündigung

In 15% (7) aller analysierten Fälle (47) hätte es sich inhaltlich gesehen um **Rachekündigungen** gehandelt und es hätte theoretisch die Möglichkeit bestanden, den speziellen Kündigungsschutz und die Rechtsfolgen des Art. 10 GIG geltend zu machen. In nicht einmal der Hälfte davon (3) findet sich in den Urteilen ein Hinweis darauf, dass dies im Laufe des Prozesses auch irgendwie geschehen ist. "Irgendwie" deshalb, weil selbst in diesen 3 Fällen die Geltendmachung eher indirekt geschah, offenbar nicht in klaren Anträ-

⁷ Im einen dieser Fälle wurde Wiedereinstellung gestützt auf Personalgesetz verlangt und die Klage unter vielem anderem mit einem eingeleiteten Verfahren begründet. Das Verwaltungsgericht ging auf diverse Verfahrensmängel ein und sprach eine Entschädigung wegen Gehörsverletzung zu, nicht aber auf die Rachekündigung nach Art. 10 GIG. Vor Bundesgericht machte die Klägerin GIG-Verletzung im Sinne diskriminierender Kündigung geltend und verlangte nur noch Entschädigung, wurde aber abgewiesen. Im anderen ging der Kündigung eine Auseinandersetzung um Lohndiskriminierung voraus, die Klägerin machte die Wiedereinstellung aber nicht zum Klagepunkt, sondern erwähnte dies als Begründung ihrer Entschädigungsforderung. Das Gericht ging nicht weiter darauf ein.

Teil II: Ergebnisse: 8 Anstellung und Beendigung der Arbeitsverhältnisse

gen Ausdruck fand und jedenfalls die Gerichte nicht dazu zwang, die Frage überhaupt wirklich abzuhandeln. Letzteres ist in keinem einzigen Urteil geschehen, selbst nicht in den 2 Fällen, in welchen immerhin die Wiedereinstellung thematisiert worden war, was ja ein Rechtsbehelf einzig des Gleichstellungsgesetzes ist. Entsprechend wurde **schon deshalb nie Wiedereinstellung verfügt, weil diese Fragen gar nicht nach dem Gleichstellungsgesetz abgehandelt wurden**. Damit wird gleichzeitig deutlich: Untersuchungsmaxime, Beweislast erleichterung und Anwendung des Rechts von Amtes wegen kommen in diesem Bereich offensichtlich bis anhin nicht zum tragen.

Tabelle 10: Rache Kündigung

Anzahl aller analysierten Fälle	47	100%
davon inhaltlich mit Rache Kündigung verbunden	7	15% aller Fälle
davon verbunden mit sexueller Belästigung	3	43% aller inhaltlichen Rache Kündigungen
mit Lohndiskriminierung	2	28,5% aller inhaltlichen Rache Kündigungen
mit anderen Diskriminierungsarten	2	
Im Prozess als Rache Kündigung mind. indirekt thematisiert	3	43% der inhaltlichen Rache Kündigungen
klar als Rache Kündigungen gemäss GIG geltend gemacht	0	!!!
als Rache Kündigung im Urteil abgehandelt	0	
Wiedereinstellung direkt oder indirekt thematisiert	2	2/3 der thematisierten Rache Kündigungen
Wiedereinstellung aufgrund GIG verlangt	0	
Wiedereinstellung verfügt	0	
als diskriminierende Kündigung GIG abgehandelt	1	
als missbr. Kündigung nur nach OR abgehandelt	2	
Erledigungsart der 7 inhaltlichen Rache Kündigungen	1 Rückzug Klage 1 abgewiesen ohne Behandlung Rache Künd. 1 Entschädigung wg. rechtsmissbr. Künd. aufgrund OR zugesprochen ohne Abhandlung GIG 1 Entschädigung wegen Gehörsverletzung Personalgesetz zugesprochen ohne Abhandlung GIG 1 Nichtbeachtung Teil Wiedereinstellung, Rest mit Zuspr. Entschädigung wg. disk. Kündigung GIG 1 Rachek. nicht geltend gemacht (Kündigung nach Lohnbeschwerde), aber Protest wegen Kündigung aufgrund von Mutterschaft eingelegt (gänzlich ohne Verweis auf GIG ,GIG nur im Zus.mit Lohndiskr. angerufen), vom Gericht Rechtsgrundlagen nicht geklärt, keine Entschädigung in Zus. mit Kündigung 1 Rache Kündigung bzw. Wiedereinstellung von Klägerin nur am Rande erwähnt und nicht weiter darauf bestanden, von Gericht übergangen	
Entschädigung zugesprochen	In 3 der 7 inhaltlichen Rache Kündigungen	
Rechtsgrundlage der zugesprochenen Entschädigung	1 rein OR ohne GIG 1 nach Personalgesetz 1 GIG wegen disk. Kündigung	

3 der 7 Fälle inhaltlicher Rache Kündigung waren verbunden mit sexueller Belästigung, das heisst die Kündigungen wurden ausgesprochen, nachdem sich die Klägerin innerbetrieblich über sexuelle Belästigung beschwert hatte. 2 waren verbunden mit (ebenfalls vor der Kündigung nur innerbetrieblichen) Lohndiskriminierungsbeschwerden.

Die Tatsache, dass Rachekündigungen vom Gericht nicht nach Gleichstellungsgesetz abgehandelt wurden, ist nicht gleichbedeutend mit Abweisung der entsprechenden Klagen insgesamt! In den mit sexueller Belästigung verbundenen Fällen wurden zum Teil Entschädigungen auf der Grundlage rechtsmissbräuchlicher Kündigung gemäss OR, einmal sogar verbunden mit Genugtuung, zugesprochen und in den mit Lohndiskriminierung verbundenen Fällen wurde zum Teil die Lohndifferenz bis Ende Arbeitsverhältnis zugesprochen.

9 Erfolg/Misserfolg

Erfolg/Misserfolg wird für die Zwecke dieser Analyse vorliegend immer wie folgt definiert: Erfolg = ganze oder mindestens teilweise Gutheissung der Rechtsbegehren der Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer (die ja in gerichtlichen Diskriminierungsfällen immer diejenigen sind, die das Verfahren in Gang setzen); Misserfolg = Abweisung dieser Begehren.

9.1 Statistik

Die nachfolgenden Aussagen beziehen sich auf den Ausgang der Verfahren gemäss Endurteil, welches zur Rechtskraft führte. Dabei sind zum Teil sehr lange Verfahren über mehrere Instanzen vorausgegangen (vgl. zur Verfahrensdauer oben Kapitel 2).

Von den Fällen, in welchen es (u.U. nicht ausschliesslich, aber schwergewichtig) um **Lohndiskriminierung** ging, wurden 11,5% weitgehend gutgeheissen, 46% wurden teilweise gutgeheissen (hier wurde ein Vergleich eingeschlossen, da bei Vergleichen in der Regel von einem Kompromiss ausgegangen werden kann) und 42,5% wurden abgewiesen. Werden teilweise und weitgehend gutgeheissene Klagen und Beschwerden zusammengenommen, so kann jedenfalls gesagt werden, dass **mehr als die Hälfte** der Lohngleichheitsverfahren grundsätzlich erfolgreich verlaufen. Diese Aussage trifft nach Kantonen aufgliedert sowohl für den Kanton Waadt als auch für den Kanton Zürich zu. In Graubünden wurde die eine Lohnbeschwerde durch Vergleich erledigt. In Schwyz wurde die eine Verbandsbeschwerde betreffend Lohngleichheit abgewiesen.

Von den Fällen, in welchen es schwergewichtig um **sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz** ging (nicht eingeschlossen sind hier 3 Fälle, in welchen die sexuelle Belästigung quasi ein Nebenschauplatz war!), wurde keine Klage vollständig oder nahezu vollständig gutgeheissen, 70% endeten jedoch mit einem teilweisen Erfolg. Im einen Verfahren im Kanton Graubünden wird die Klage abgewiesen. Im Kanton Schwyz ist kein Verfahren bekannt. Im Kanton Zürich wurden die wenigen dort bekannten Gerichtsverfahren mit teilweiser Gutheissung erledigt. Im Kanton Waadt halten sich Abweisung und teilweise Gutheissung ungefähr die Waage.

Von den 8 Fällen, die schwergewichtig bezüglich ihrer Abwicklung im weitesten Sinne der Rubrik **diskriminierende Kündigung** zugeteilt werden können, wurden in gut 1/3 dieser Fälle die klägerischen Begehren vollständig abgewiesen. Nicht ganz 2/3 wurden zumindest teilweise gutgeheissen. Keines dieser Verfahren war vollumfänglich erfolgreich. Werden die Kantone separat angeschaut, so sieht das Bild allerdings sehr unterschiedlich aus: Aus Graubünden ist kein Verfahren bekannt. Im Kanton Schwyz wurde das einzige bekannte Verfahren, wo es sich zudem um eine Rachekündigung drehte, als durch Klagerückzug erledigt abgeschlossen (erging also keine inhaltliche Entscheidung). Im Kanton Waadt gab es 1 teilweise Gutheissung und 2 Abweisungen (das Verhältnis ist also gerade umgekehrt: 1/3 teilw. Gutheissung, 2/3 Abweisung), wobei allerdings eine der Abweisungen einen Fall betraf, in welchem die Klägerin einen Aufhe-

Teil II: Ergebnisse: 9 Erfolg/Misserfolg

bungsvertrag unterschrieben hatte, den sie danach erfolglos anfocht. Demgegenüber wurden in Zürich nur 1/5 dieser Fälle vollständig abgewiesen und 4/5 wurden teilweise gutgeheissen. Allerdings ist die Anzahl der Fälle, die hier untersucht werden konnten, gering, so dass die Aussagekraft der obgenannten Erfolgsverhältnisse sicher beschränkt ist.

Tabelle 11: Ausgang der Fälle nach 5 Diskriminierungsarten (Schwerpunkt der Fälle)

Total in %		Lohn		Diskr. Künd.		Rachekünd.		Nichtanst./-bef.		Sex. Belästigung	
		Anzahl	in %	Anzahl	in %	Anzahl	in %	Anzahl	in %	Anzahl	in %
	Klage/Beschwerde gutgeheissen	3	11,5%								
	Klage/Beschwerde teilweise gutgeheissen	12*	46%	5	62,5			1	33,3	7	70%
	Klage/Beschwerde abgewiesen	11	42,5%	3	37,5	1**		2***	66,6	3°	30%
100 %	Fälle total	26	100 %	8	100%	1	100%	3	100%	10	100%

*inkl.1 Vergleich **Rückzug ***inkl. Überprüfung Amtsfähigkeit °1 davon Nichteintreten

Es wurde bereits wiederholt darauf hingewiesen, dass ein grosser Teil der erfolgreichen Fälle über lange Zeit und mehrere gerichtliche Instanzen erstritten werden musste (vgl. auch oben Kapitel 2). Um ein diesbezüglich klareres Bild zu bekommen wurden die Fälle, welche ganz oder teilweise erfolgreich ausgegangen sind, das heisst alle Fälle, in welchen die Begehren nicht vollständig abgewiesen wurden, noch daraufhin untersucht, **wie viele Instanzen bis zum Erfolg nötig** waren. Generell gesehen kann gesagt werden, dass ca. die Hälfte der erfolgreichen Fälle mit einer gerichtlichen Instanz erledigt werden und die andere runde Hälfte sich über mindestens 2 Instanzen kämpfen muss. Dieses Bild ist aber verzerrt, wie sich herausstellt, wenn nach Kantonen differenziert wird. In Graubünden wurde das eine "erfolgreiche" Verfahren durch Vergleich vor 1.Instanz erledigt. Im Kanton Schwyz gab es überhaupt noch nie ein erfolgreiches Verfahren (was angesichts der nur 2 bisherigen Fälle allerdings nicht sehr aussagekräftig ist). Hingegen muss bezüglich dem Kanton Waadt festgestellt werden, dass dort nur 30% der grundsätzlich erfolgreichen Verfahren bereits in 1.Instanz erledigt wurden und ganze 70% mindestens 2 Instanzen durchlaufen, 10% gar durch 3 Instanzen hindurch kämpfen mussten. Demgegenüber werden im Kanton Zürich gegen 70% der erfolgreich ausgegangenen Fälle in 1.Instanz endgültig entschieden, 25% müssen sich über 2 und gut 6% über 3 Instanzen kämpfen.

Tabelle 12: Erfolgreiche (d.h. teilweise oder ganz gutgeheissen) Fälle nach Instanzen

	total		nur 1 Instanz		2 Instanzen		3 Instanzen	
	Anzahl	in %	Anzahl	in %	Anzahl	in %	Anzahl	in %
GR	1		1					
SZ	-							
VD	10	100 %	3	30%	6	60%	1	10%
ZH	16	100 %	11	68,75%	4	25%	1	6,25%
total	27	100%	15	55,5%	10	37%	2	7,5%

9.2 Gründe des Erfolgs

Die nachfolgenden Feststellungen beziehen sich auf die analysierten Urteile, nicht wie oben den Ausgang der Fälle. Das bedeutet, dass auch Urteile, welche eventuell in der Folge von einer höheren Instanz aufgehoben wurden, in diese Auswertung einbezogen sind (und natürlich auch das Urteil der höheren Instanz). Erfolg/Misserfolg wird dabei aus der Sicht dieser Auswertung immer wie folgt definiert: Erfolg = mindestens teilweise Gutheissung der Rechtsbegehren der Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer; Misserfolg = Abweisung dieser Begehren.

Die Urteile wurden auf die Frage hin untersucht, was, soweit aus den Urteilen ersichtlich, entscheidend war für den wie oben definierten Erfolg. Die Antwort auf diese Frage ist unvermeidlich von einer gewissen Interpretation des Urteiles durch die jeweiligen analysierende Berichterstellerin abhängig. Aus diesen Gründen wurde die Frage nur dort beantwortet, wo diese Beantwortung relativ leicht fiel und klar ausfiel. Damit entsteht hier kein vollständiges Bild (und es wird auch nicht ausgezählt), es werden keine konkreten quantitativen Aussagen gemacht, sondern die Frage wird inhaltlich beantwortet, soweit die Antwort den Urteilen klar entnommen werden kann.

Urteilen, mit welchen Verfahren im genannten Sinne erfolgreich beendet wurden, können eine oder mehrere der nachfolgend aufgezählten Tatsachen oder Umstände entnommen werden:

- Erkennbarer Wille des Gerichts, sich sorgfältig mit den Fragen auseinander zu setzen, ernsthafte Einlassung; gute Kenntnisse des Gleichstellungsgesetzes seitens des Gerichts ; erkennbares sich kundig machen seitens des Gerichts (bei erstinstanzlichen Urteilen, insbesondere bei sexueller Belästigung, zum Teil erkennbar, dass sich das Gericht diese Kenntnisse bewusst und sorgfältig angeeignet hat);
- Bereitschaft des Gerichts, auch aufwendige Verfahren mit zum Teil sehr vielen Zeugeneinvernahmen (insbesondere, aber nicht nur bei sexueller Belästigung) durchzuführen;
- Bereitschaft des Gerichts (besonders erstinstanzliche Arbeitsgerichte) zu umfangreichen Beweisverfahren
- Lohngleichheit: Anordnung Gutachten und Ergänzungsfragen; (allerdings: Qualität der den Experten oder Expertinnen unterbreiteten Fragestellungen sehr unterschiedlich, wiederum abhängig von der Sorgfalt und Bereitschaft des Gerichts, sich kundig zu machen)
- Die oben erwähnten Tatsachen und Umstände drücken sich auch in der Dichte der Beweismittel aus: Bei erfolgreichen Verfahren wurden viel mehr Beweismittel abgenommen.
- Gute Argumentation und Beweisführung der Klagpartei respektive deren juristischer Vertretung; genügende Kenntnisse des Gleichstellungsgesetzes seitens der juristischen Vertretung, das heisst sich kundig machen und die Rechtsgrundlagen des Gleichstellungsgesetzes und die daraus folgenden Rechtsansprüche überhaupt in den Prozess einführen;
- Vernehmlassungen des eidg. oder kant. Gleichstellungsbüros
- Das Gleichstellungsgesetz selbst: In einem Fall der Kündigung wegen Schwangerschaft wurde rechtsmissbräuchliche Kündigung nach Art. 336 OR abgelehnt mit der Begründung, die Schwangerschaft hindere die Klägerin an der Arbeitsleistung, weswegen die Kündigung zulässig sei (mit Verweis auf BGE 107 II 169). Hingegen wurde Entschädigung aufgrund Art. 5 Abs. 4 GIG zugesprochen, da anerkannt wird, dass Kündigung wegen Schwangerschaft gegen das Gleichstellungsgesetz verstösst. Dem Gericht fällt die eigentümliche Konsequenz aus diesem Entscheid nicht auf, dass damit eine Kündigung als diskriminierend aber diese diskriminierende Kündigung nicht als rechtsmissbräuchlich erklärt wird!
- Nicht zu vergessen: Bei vielen Verfahren führte die Tatsache zum Erfolg, dass genügendes Durchhaltevermögen gegeben war, um abweisende Urteile unterer Instanzen weiterzuziehen (vgl. oben).

9.3 Gründe des Misserfolgs

Die oben definierte Grundlage der Auswertung (Urteile) und die oben erwähnte Verwendung der Begriffe Erfolg/Misserfolg gilt auch hier. Die Urteile wurden auch auf die Frage hin untersucht, was, soweit ersichtlich, entscheidend war für den Misserfolg. Dabei wird auch diese Frage nicht quantitativ, sondern inhaltlich und nur soweit beantwortet, als die Antwort den Urteilen klar entnommen werden kann.

Vorab wird festgehalten: Es wird hier **nicht untersucht, ob und wieviele Abweisungen zu Recht erfolgten!** Vielmehr interessiert, was in den abweisenden Urteilen bezüglich Gründe, die zum Misserfolg geführt haben, besonders auffällt. Es muss an dieser Stelle auch daran erinnert werden, dass etliche dieser Urteile von oberen Instanzen aufgehoben wurden.

Vielen der Urteile, mit welchen die Begehren der Diskriminierung geltend machenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer abgewiesen wurden, können eine oder mehrere der nachfolgend aufgezählten und besonders aufgefallenen Tatsachen oder Umstände entnommen werden:

- Mangelhafte Kenntnis des Gleichstellungsgesetzes seitens des Gerichts bis hin zu offensichtlicher Inkompetenz und Ignoranz, zum Teil gekoppelt mit erkennbarem Unwillen, sich kundig zu machen; in mindestens 3 Fällen (2 davon durch obere Instanz korrigiert, einer nicht weitergezogen) geht die Inkompetenz des urteilenden Gerichts respektive die offensichtliche Missinterpretation und Fehlanwendung des Gleichstellungsgesetzes so weit, dass unweigerlich die Frage auftaucht, ob die Abweisung nicht einzig aufgrund des Unwillens des Gerichts erfolgt, sich überhaupt mit Geschlechter-Diskriminierungsfragen befassen zu müssen;
- Nichtanwendung der Untersuchungsmaxime respektive mangelhafte Sachverhaltsabklärung;
- wenig Beweismittel erhoben oder abgenommen;
- bei Lohngleichheit: Falsche Durchführung des Beweisverfahrens wie bspw. Nichtumsetzung der Untersuchungsmaxime, Nichtumsetzung der 2-Stufigkeit, falsche Würdigung respektive Nichtbeachtung von Glaubhaftmachung, Verweigerung der Überprüfung der Verhältnismässigkeit (im Sinne des Ausmasses) der Lohndifferenz;
- Lohn- und Lohnbemessungs- Intransparenz verbunden mit mangelhafter Kompetenz des Gerichts bezüglich Sachverhaltserhebung und Fragestellung an Gutachter;
- Gutachten mit mangelhafter Methodik und deshalb schwer verständlich (allerdings fraglich, ob untere Instanz Klage deshalb oder aus andern Gründen abgewiesen hat (Gutachten bejahte ungerechtfertigte Lohndifferenz);
- keine Überprüfung Sachverhalt durch Bundesgericht;
- falscher Vergleich geltend gemacht (mit andern Frauenberufen);
- Formfehler, falsches Vorgehen oder falsches Verfahren eingeschlagen (bspw. wurde vom Verwaltungsgericht das Eintreten auf die und Behandeln der Beschwerde einer Assistentin gegen Entscheide der Universität in einem Disziplinarverfahren gegenüber einem Professor wegen sexueller Belästigung abgelehnt, weil der Assistentin im Disziplinarverfahren keine Parteistellung zukommt und sie dementsprechend nicht zur Beschwerde legitimiert ist; sie kann gemäss GIG gegen den Arbeitgeber ein Verfahren einleiten (was sie nicht getan hatte), aber nicht sich am Disziplinarverfahren wie eine Partei beteiligen.
- Falschanschuldigung (1x nachgewiesen bezüglich sexuelle Belästigung);
- bei diskriminierender Nichtanstellung und gleicher Qualifikation: mangelnde verbindliche rechtliche Bestimmungen oder Regeln bezüglich Bevorzugung Frauen bei gleicher Qualifikation, solange Frauen untervertreten, also: mangelnde positive Massnahmen gemäss Art. 3 Abs. 3 GIG;

■ Aufhebungsvertrag zugestimmt, weil bessere Stelle gefunden. Darauf zurückkommen zu wollen als rechtsmissbräuchlich erklärt.

■ diskriminierende Kündigung/Rachekündigung/ missbräuchliche Kündigung: Sowohl bei Gerichten als auch bei Anwältinnen und Anwälten herrscht Durcheinander und Unklarheit, verbunden mit unvollständigen Anträgen und Nichtanwendung der Untersuchungsmaxime und der Beweiserleichterung.

9.4 Vermeidung des Misserfolgs

Die oben erwähnte Verwendung der Begriffe Erfolg/Misserfolg gilt auch hier. Zudem wurden vorliegend die vor Gericht erfolglos gebliebenen Fälle zusätzlich auf die Frage hin analysiert, ob der Misserfolg vermeidbar gewesen wäre und falls ja, wie. Die Antworten auf die erste Frage wurden, soweit möglich, ausgezählt. Nichtsdestotrotz ist festzuhalten, dass die Beantwortung dieser Frage nicht immer leicht fällt und unvermeidlicherweise in einem gewissen Ausmass vom subjektiven Eindruck der analysierenden Berichtserstatterin geprägt ist. Entsprechend sind die nachfolgenden Erörterungen nicht als harte Daten, sondern als fundiert erhobene Einschätzungen fachkompetenter Expertinnen zu verstehen.

Die Berichtserstatterinnen haben die erste Frage in Bezug auf insgesamt 29 abgewiesene Fälle mit ja oder nein beantworten können und sind zum Schluss gekommen, dass der Misserfolg in 9 (ca. 30%) davon eventuell hätte vermieden werden können, und zwar durch:

- bessere Rechtskenntnis der juristischen Vertretung der Klagpartei und/oder des urteilenden Gerichts;
- insbesondere tatsächliche und korrekte Umsetzung von Untersuchungsmaxime und Beweislasterleichterung;
- obiges insbesondere auch in Zusammenhang mit Kündigungen;
- Umsetzung der Untersuchungsmaxime (wenn auch nicht der Beweislasterleichterung) auch im Bereich der sexuellen Belästigung;
- Mehr Sorgfalt verwenden auf Formulierung der Fragen, die Experten vorgelegt werden können/müssen;
- durch Rechtsvertretung vermutlich klarerer Aufbau und klarere Strategie/Argumentation auf der Grundlage des Gleichstellungsgesetzes nötig, damit Gleichstellungsgesetz auch abgehandelt wird respektive nicht so leicht auf das vertrautere Gebiet des Obligationenrechts oder des allgemeinen Personalrechts ausgewichen werden kann.
- bei Lohngleichheitsverfahren: Korrekte (nicht Frauenberufe mit Frauenberufen!) oder klarere Vergleiche beantragen; überhaupt konkrete Vergleiche von konkretem Arbeitsplatz mit konkretem (von gegengeschlechtlicher Person eingenommenem) Arbeitsplatz;
- Formfehler vermeiden und das richtige Verfahren einschlagen respektive Zuständigkeiten korrekt abklären
- bessere Kenntnis/Information der Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer

10 Fazit

Die eingangs und im Leitfaden gestellten Fragen liessen sich zum grossen Teil gut beantworten. Den Urteilen konnte allerdings nicht mit letzter Sicherheit entnommen werden, welche Beweismittel im Einzelnen genau abgenommen worden waren.

Mit vorliegendem Teilbericht soll durch die detaillierte inhaltsanalytische Auswertung der Gerichtsurteile in den ausgewählten Kantonen Graubünden, Schwyz, Waadt und Zürich (inklusive der zugehörigen Bundesgerichtsurteile der Fälle dieser Kantone) die Anwendungsrealität des Gleichstellungsgesetzes über die verschiedenen Instanzen hinweg aufgezeigt werden. Besonders interessieren dabei Verfahrensdauer, Verbandsklage, Beweisverfahren (besonders Beweislasterleichterung und Rechtfertigungsgründe) sowie Lohngleichheit, sexuelle Belästigung und Kündigungsschutz. Mit dieser Analyse der konkreten Rechtsanwendung und gerichtlichen Fallbeurteilung sind erhebliche Mängel bei der Umsetzung und Anwendung des Gleichstellungsgesetzes zu Tage getreten:

Die **Untersuchungsmaxime** wird bei den Zivilgerichten kaum je bewusst und ernsthaft berücksichtigt. Die Sachlage wird dadurch noch verschärft, dass speziell ungenügend nachgefragt und der Sachverhalt nicht erhoben wird, wenn die Parteien etwas nicht konkret geltend machen (bspw. wenn die Klägerin nur Lohndiskriminierung oder sexuelle Belästigung geltend macht, aber ihr dann auch gekündigt worden war). Bei sexueller Belästigung scheint den Gerichten zudem teilweise nicht klar zu sein, dass die Untersuchungsmaxime gilt, auch wo Beweislasterleichterung nicht gilt. Im Zivilprozess, aber auch im öffentlich-rechtlichen Verfahren werden seitens der Gerichte kaum je Beweismittel von sich aus angeordnet.

Auffällig ist das häufig anzutreffende Phänomen, dass **juristische Grundlagen** betreffend Beweislastverteilung, Rechtfertigungsgründe, Definitionen von direkter und indirekter Diskriminierung, insbesondere Lohndiskriminierung etc. in den Urteilen in einem der konkreten Fallbeurteilung vorausgestellten allgemeinen theoretischen Teil mittels Zitaten höchstrichterlicher Rechtsprechung dargestellt werden, dann in der konkreten **Anwendung auf den Fall** aber grosse Defizite bestehen. Häufig werden die Grundlagen nicht konkret umgesetzt oder es ist keine einsichtige Verbindung zwischen theoretischem Teil und konkreter Fallabhandlung ersichtlich.

Aus der Mehrheit der Urteile, in denen die **Beweislasterleichterung** zur Anwendung kommen soll, ist keine Zweistufigkeit des Beweisverfahrens ersichtlich, das heisst werden die Ebenen der Glaubhaftmachung einerseits und der Entlastung/Rechtfertigung andererseits nicht getrennt.

Das notwendige Mass der **Glaubhaftmachung** wird in den analysierten Urteilen höchst unterschiedlich bestimmt: Von "einer gewissen Wahrscheinlichkeit, die auch unter 50% liegen kann"; über "Diskriminierung wahrscheinlicher als Nichtdiskriminierung"; "einen hohen Grad der Wahrscheinlichkeit"; "höchstwahrscheinlich"; bis hin zur richterlichen Ansicht, dass die Klägerin voll beweisen müsse, welche Massnahmen der Arbeitgeber umgesetzt hat und sich die Beweiserleichterung nur auf deren Auswirkungen beziehe, bezüglich derer die Klägerin darzulegen habe, dass sie mit hoher Wahrscheinlichkeit einzig aus dem Willen des Arbeitgebers folgen, die Klägerin ungleich zu behandeln, weil sie eine Frau ist; oder dass die Klägerin nachzuweisen habe, dass der Arbeitgeber eine sexistische Personalpolitik verfolge; findet sich alles.

Aufgrund dessen, dass die unhaltbaren Definitionen meist von oberen Instanzen korrigiert wurden, sind die Anforderungen an die Glaubhaftmachung inzwischen grundsätzlich geklärt: Sowohl das Zürcher Verwaltungsgericht als auch das Waadtländer Kantonsgericht (zum Teil nach Entscheid Bundesgericht) gehen davon aus, dass es genügt, wenn aufgrund objektiver Anhaltspunkte der Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit als gegeben erscheint, die auch unter 50% liegen kann.

Nur in einer Minderheit der Urteile wird - nach Glaubhaftmachung der Diskriminierung - für den **Nachweis der Nichtdiskriminierung** (das heisst entweder Beweis, dass entgegen Glaubhaftmachung in Wirklichkeit keine Ungleichbehandlung vorliegt, oder Beweis, dass eine solche durch rechtsgenügende Gründe gerechtfertigt ist), klar das Beweismass des strengen Voll- respektive Hauptbeweises verlangt.

Auch bezüglich **Rechtfertigungsgründe** herrscht noch wenig Klarheit. Theoretisch und dogmatisch gesehen wäre bezüglich **Anforderungen** an die Rechtfertigungsgründe zu unterscheiden, ob es sich um direkte Diskriminierung oder um indirekte Diskriminierung handelt. **Direkte Ungleichbehandlung** im Arbeitsverhältnis ist höchstens dann **zulässig, wenn das Geschlecht selbst zwingend ein wesentliches Merkmal für die Ausübung der Tätigkeit ist** (wie bezüglich Anstellung und Beschäftigung bspw. Sänger oder Sängerin, Schauspieler oder Schauspielerin, Models). Bei indirekter Diskriminierung hingegen müssen die nachteiligen Auswirkungen einer neutralen Massnahme zuungunsten eines Geschlechts unter Umständen dann hingenommen werden, wenn die beklagte Partei beweist, dass sie mit der in Frage stehenden Massnahme ein gerechtfertigtes und geschäftsnotwendiges Ziel verfolgt, dass die Massnahme zu dessen Erreichung erforderlich und geeignet ist und es ihr unzumutbar ist, auf die Massnahme zu verzichten und einen Weg mit weniger geschlechtsspezifisch nachteiligen Auswirkungen zu beschreiten. **Bei indirekter Diskriminierung** stellen sich bezüglich der Rechtfertigungsgründe somit andere Fragen (eben des **Geschäftszwecks**, der **Geschäftsnotwendigkeit** und der **Verhältnismässigkeit**) als bei direkter Diskriminierung. Nur aus einer kleinen Minderheit der Urteile geht jedoch hervor, dass zwischen zulässigen Rechtfertigungsgründen bei direkter und bei indirekter Diskriminierung unterschieden werden kann oder vielleicht muss. In noch weniger Urteilen wird das Verhältnismässigkeitsprinzip angesprochen oder die Geschäftsnotwendigkeit definiert. Auch der (überholte) Verweis auf biologische oder funktionale Unterschiede kommt ab und zu im allgemeinen Teil der Urteile noch vor, allerdings ohne bei der Fallabhandlung dann noch relevant zu sein.

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

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

In der konkreten Fallbeurteilung kann festgestellt werden, dass die unteren Instanzen, insbesondere die erstinstanzlichen Zivilgerichte, dazu neigen, jeden auf den ersten Blick sachlichen Grund als Rechtfertigung zu akzeptieren, während die Rechtsprechung der oberen Instanzen mittlerweile oft die zusätzliche

Anforderung klarstellt, dass (vom Arbeitgeber) auch nachzuweisen ist, dass die objektiven Gründe konkret tatsächlich wichtig sind und konsequent für alle gleich zum tragen kommen. Dies ist bei den unteren Instanzen (noch) kaum durchgedrungen. Der Nachweis der Geschäftsnotwendigkeit, der Verhältnismässigkeit und der Unzumutbarkeit möglicher Begleitmassnahmen wird selten klar verlangt.

Aber: Aus obiger Beschreibung der immer präziser werdenden Umschreibungen der Anforderungen an Rechtfertigungsgründe hin zum immer klarer werdenden Einbezug des Erfordernisses des Nachweises tatsächlicher Wichtigkeit für die konkrete Tätigkeit oder die konkrete Lohnbemessung oder des Nachweises der tatsächlichen Wichtigkeit für den konkreten Betrieb zeichnet sich eventuell eine Entwicklung ab hin zur Definition der Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe über das legitime Geschäftsziel und Prüfung der Erforderlichkeit und der Rechtmässigkeit des dafür eingesetzten Mittels etc.

Es wird nicht erkenntlich zwischen direkter und indirekter **Lohndiskriminierung** unterschieden. In ca. der Hälfte der Fälle wird (teilweise entgegen entsprechendem Antrag) **ohne Gutachtenerstellung** entschieden, wobei es sich dabei überwiegend um Einzelklagen von Frauen handelt, die bei im Wesentlichen gleicher oder jedenfalls sehr ähnlicher Arbeit und Position weniger Lohn als männliche Kollegen erhalten. Die Gerichte vergleichen dann selbst Tätigkeit, Ausbildung, Erfahrung, Dienstalter, Entscheidungsbefugnisse, Verantwortung etc.

In ca. der Hälfte der Fälle wurde ein gerichtliches Gutachten eingeholt. Dies waren je nach Fall **Funktionsgutachten** (gemäss Vereinfachter Funktionenanalysen oder nach analytischer Arbeitsbewertung ABAKABA) oder **Gutachten basierend auf Individualvergleichen** (Methode VIWIV, CEPEC, oder "pragmatische Kriterienerhebung und Anwendungsüberprüfung" seitens von Ökonomen, sowie Statistische Untersuchung der Diskriminierung mittels Regressionsanalysen). In der weit überwiegenden Anzahl der Fälle ist (spätestens in zweiter Instanz) das Gericht im Ergebnis dem Gutachten im Wesentlichen gefolgt.

Die oben umschriebenen Schwierigkeiten bezüglich Diskrepanz zwischen Theorie und Umsetzung einerseits sowie die verschiedenen Auffassungen bezüglich Glaubhaftmachung und Anforderungen an Rechtfertigungsgründe zeigen sich generell gesehen bei den Lohndiskriminierungsfällen besonders deutlich. Gleichzeitig ist aber festzustellen, dass beispielsweise am Zürcher Verwaltungsgericht (das bereits zahlreiche Fälle zu beurteilen hatte) die Verfahren mit relativ grosser Sicherheit bezüglich Beweiserleichterung und Rechtfertigungsgründe (häufig mit Gutachten) abgewickelt werden.

Insbesondere im Kanton Waadt dauern die Lohngleichheitsverfahren lange (2 Verfahren mit Gutachtenerstellung und über 2 Instanzen inklusive Bundesgericht je über 7 1/2 Jahre, die restlichen durchschnittlich 3 Jahre 4 Monate, wovon eines 2 1/2 Jahre nur für die erste Instanz). Im Kanton Zürich dauerten die Verfahren durchschnittlich 3 1/2 Jahre, wobei dieses Resultat durch die über 10 Jahre dauernden Verfahren der Hauswirtschafts- und Handarbeitslehrkräfte geprägt ist. Ohne letztere beträgt die Zürcher Durchschnittsdauer noch 2 1/2 Jahre.

Gut die Hälfte der Lohngleichheitsverfahren sind (häufig nach Durchlaufen mehrerer gerichtlicher Instanzen) erfolgreich in dem Sinne, dass die Rechtsbegehren zumindest teilweise gutgeheissen wurden.

Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz kommt relativ häufig vor, wenn sie auch im Kanton Zürich (aufgrund der hohen Einigungsquote im vorausgehenden Schlichtungsverfahren vor der für GIG-Belange speziell eingesetzten und fachkompetent zusammengesetzten kantonalen Schlichtungsstelle) eher selten auf Gerichtsstufe Prozessthema ist, verglichen mit dem Kanton Waadt (der keine vergleichbare Schlichtungsstelle kennt). Die volle Beweislast aufseiten der Klagpartei bezüglich Tat wird in den Urteilen immer klar gestellt, hingegen taucht die Frage nach **präventiven Massnahmen** des Arbeitgebers nur in einer Min-

derheit der Urteile auf und selbst aus diesen geht nicht hervor, ob überhaupt und welcher Nachweis dem Arbeitgeber diesbezüglich abverlangt wird. Die Anwendung der **Untersuchungsmaxime** wird in einem Fall explizit verweigert und erscheint als jedenfalls nicht sichergestellt. In der Hälfte der Fälle liegt als Folge der sexuellen Belästigung gemäss Arzzeugnis eine **ernsthafte gesundheitliche Beeinträchtigung** (Angstzustände, Schlafstörungen, Depressionen, Magengeschwür) vor. Alle Arbeitsverhältnisse wurden beendet, teilweise durch die Opfer selbst, teilweise durch Rachekündigungen der Arbeitgeber. In keinem Fall kämpfte das Opfer für die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses.

Die **Qualität der erstinstanzlichen Urteile** in diesem Bereich ist sehr unterschiedlich. Einige verkennen die rechtlichen Grundlagen vollkommen und verweigern insbesondere die Berücksichtigung und Anwendung des Gleichstellungsgesetzes, auch wenn angerufen (sondern entscheiden einzig nach OR). Andere wiederum scheuen sich nicht vor der Befragung zahlreicher Zeuginnen oder Zeugen und aufwendigen Beweisverfahren, Literatur- und Präjudizienrecherchen, eignen sich erkennbar vorher fehlendes Wissen und Sachkenntnisse (bis hin zu EU-Richtlinien) an und setzen diese sorgfältig um. Richtungweisend bezüglich Definition ist offensichtlich ein in den waadtländer Urteilen zitiertes schon älteres Genfer Urteil (JAR 1992, 166 f) und seit Inkrafttreten des Gleichstellungsgesetzes das Urteil des Zürcher Arbeitsgerichts vom 30.9.1998 (ZR 99(2000) Nr.111). Die Urteile des Waadtländer Kantonsgerichts in diesem Bereich sind sorgfältig und haben auch teilweise zur Aufhebung der unhaltbaren erstinstanzlichen Urteile geführt.

Klare Schwierigkeiten der Gerichte (und auch der Rechtsvertretungen) sind erkennbar, wenn neben der sexuellen Belästigung auch die Kündigung Prozessthema ist oder erkennbar sein sollte. Die Untersuchungsmaxime wird nicht umgesetzt, die Beweislasteilerleichterung bezüglich Kündigungszusammenhang nicht angewandt (meist gar nicht erkannt, dass hier dann die Beweislasteilerleichterung gilt), die Kündigung nicht unter dem Blickwinkel des Gleichstellungsgesetzes abgehandelt (sondern einzig nach Obligationenrecht mit entsprechend anderer Beweislastverteilung) und folgerichtig werden die Entschädigungsmöglichkeiten des Gleichstellungsgesetzes übersehen (auch von den Anwältinnen und Anwälten). Bei diesen **kombinierten sexuelle Belästigung / Kündigungsfällen** ist zudem eine grosse Unsicherheit bezüglich der verschiedenen Entschädigungen nach Gleichstellungsgesetz sichtbar (trotz Grundsatzurteil Zürcher Arbeitsgericht). Es werden kaum mehrere Entschädigungen geltend gemacht und offensichtlich ist weder den Rechtsvertretungen noch bei den Gerichten klar, welche Ansprüche auf welcher Entschädigungsgrundlage kumulativ geltend zu machen und zuzusprechen wären und wie die jeweiligen (eben unterschiedlichen) Beweiserfordernisse sind.

Die Verfahren betreffend sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz dauern durchschnittlich 14 Monate. In Graubünden wurde die eine Klage abgewiesen, in Zürich wurden die wenigen dort bekannten Verfahren teilweise gutgeheissen und in der Waadt halten sich Abweisungen und teilweise Guttheissungen die Waage. Teilweise Guttheissung bedeutet allerdings nur, dass jedenfalls der Klägerin etwas zugesprochen wurde, sagt aber nichts darüber aus, wieviel und auf welcher Rechtsgrundlage.

Die **Erfahrungen in Zürich** lassen zudem darauf schliessen, dass das niederschwellige Angebot der speziell eingerichteten Schlichtungsstelle dem Anliegen, Persönliches nicht vor Gericht auszutragen zu müssen, eher entspricht und auch der Präventionsauftrag in Artikel 5 Absatz 3 GIG durch die Schlichtungsstelle wirksam wahrgenommen werden kann, da er immer auch mit Beratungsbedarf der Unternehmen verbunden ist. Zudem ist es möglich, dass Fälle der sexuellen Belästigung auch betriebsintern oder zumindest aussergerichtlich erledigt werden, weil etliche Betriebe interne Regeln betreffend sexuelle Belästigung aufgestellt und betriebsinterne Anrufstellen oder -Personen benannt haben.

Verfahren bezüglich diskriminierende **Nichtanstellung** sind praktisch inexistent und das eine bekannte wurde abgewiesen. Gerade aus diesem Urteil ergibt sich aber ein interessanter Konnex zu Art. 3 Abs. 3

GIG: Liegen Regelungen im Sinne **positiver Massnahmen** (wie bspw. Vorschrift, dass bei gleicher Qualifikation das untervertretene Geschlecht anzustellen sei) vor, so wären bei deren Nichteinhaltung Verfahren wegen diskriminierender Nichtanstellung eher erfolgreich durchzuführen.

Bezüglich **diskriminierende Kündigung** und **Rachekündigung** herrscht generell (bei Anwältinnen und Anwälten wie bei den Gerichten) grosse Unklarheit. Oft werden sie nicht als solche erkannt mit der Folge, dass ausschliesslich das Obligationenrecht zur Anwendung gelangt (rechtsmissbräuchliche Kündigung) mit den entsprechend andern Rechtsgrundlagen und ganz andern (strengeren) Anforderungen an den Beweis sowie der Folge, dass der speziell geschaffene **Kündigungsschutz bei Rachekündigung** zum vorneherein nicht greifen kann, da er gar nicht ins Blickfeld gerät. Wenn es für die Berichterstatte(r)innen aus den Urteilen ersichtlich war, dass sich in 7 Fällen die Frage von Rachekündigung etc. stellte, so war dies für die Gerichte grundsätzlich umso mehr der Fall. Es stellt sich deshalb schon die Frage, warum nicht nachgefragt wird und die sich stellenden Fragen nicht abgehandelt werden. Selbst wenn eine Kündigung nach Gleichstellungsgesetz abgehandelt wird, wird häufig übersehen, dass dann Untersuchungsmaxime und vor allem auch die **Beweislasterleichterung** gilt. Besonders (aber nicht nur) in kombinierten Fällen sexuelle Belästigung/Kündigung wird regelmässig übersehen, dass bezüglich der Kündigungsfrage die Beweislasterleichterung gilt. Der spezielle Kündigungsschutz des Gleichstellungsgesetzes mit der Möglichkeit der Anfechtung der Kündigung und der gerichtlichen **Wiedereinstellung** hat (noch) nicht die Chance erhalten, überhaupt zum tragen zu kommen, weil seitens der Rechtskundigen nicht die entsprechenden Bestimmungen des Gleichstellungsgesetzes angerufen und angewandt oder auch nur konkret abgehandelt werden, sondern deren Blickfeld bis anhin noch auf die Möglichkeiten des Obligationenrechts beschränkt geblieben ist. Meist auf der Grundlage des Obligationenrechts wurden zum Teil Entschädigungen zugesprochen.

Die **Verbandsklage** wurde in den untersuchten Kantonen noch nie im Privatwirtschaftsbereich eingesetzt (bei derjenigen in der Waadt handelte es sich zwar um einen privatrechtlichen Arbeitsvertrag, aber einen öffentlichen Arbeitgeber). Im Kanton **Waadt** hat eine **reine Verbandsklage** die Klärung der Aktivlegitimation der Verbände bei aktuell nur einer betroffenen Person aber Grundsatzfragen des Gleichstellungsrechts gebracht (sowie Klarstellung, dass die Verbandsklage auch bezüglich Nichtanstellung möglich und zulässig ist). Zudem ist diese waadtländer Verbandsklage sicher ein Beispiel dessen, was sich der Gesetzgeber idealtypisch für die Verbandsklage vorgestellt hat: Die Rechtslage wurde bezüglich Beförderungsdiskriminierung aufgrund von Schwangerschaft gegenüber einem Arbeitgeber klagestellt und damit seitens der Rechtsprechung präventiv Gegensteuer gegen diese Art der Diskriminierung gegeben, so dass sie inskünftig für eine Vielzahl von Arbeitnehmerinnen (nicht nur bei diesem Arbeitgeber) möglichst nicht mehr vorkommen sollte. Dies konnte dank der Verbandsklage bewerkstelligt werden, ohne dass sich die aktuell betroffene Arbeitnehmerin irgendwie beteiligen musste. Sie musste selbst nicht gegen ihren Arbeitgeber vorgehen (hat selbst direkt auch nichts vom Verfahren gehabt) und das Arbeitsverhältnis wurde nicht belastet sondern besteht weiterhin. Gleichzeitig wird gerade mit diesem Fall zudem deutlich, dass gute Kenntnisse des Gleichstellungsgesetzes bei Gerichten selbst noch keine Selbstverständlichkeit sind: Die gerügte Beförderungsdiskriminierung wurde nämlich von einem Gericht (respektive einer Gerichtsleitung) gegenüber einer Gerichtsschreiberin ausgeübt und noch im Verbandsklageverfahren war Nichtdiskriminierung argumentiert worden (mit der Begründung, die Betroffene sei nicht wegen der Schwangerschaft nicht befördert worden, sondern weil die später daraus folgende Abwesenheit vom Arbeitsplatz ein Problem sei). Die **reine Verbandsbeschwerde** im Kanton **Schwyz** betraf die Lohnbemessung für eine ganze Berufsgruppe (Kindergärtnerinnen) und entspricht in diesem Sinne ebenfalls der idealtypischen Vorstellung des Gesetzgebers, wie auch bezüglich Anonymität und Schutz der individuell Betroffenen, denn die einzelnen auf Gemeindeebene arbeitenden Lehrkräfte in ländlichem Gebiet wären bei individuel-

ler Beteiligung weit stärker ausgesetzt als es beispielsweise die Kindergärtnerinnen in Basel oder Zürich waren. Die Verbandsbeschwerde wurde hier also ihrer Bestimmung gemäss eingesetzt, war aber in dem Sinne nicht von Erfolg gekrönt, als sie inhaltlich abgewiesen wurde. In **Zürich** sind **Verbandsbeschwerden** zahlreich, aber **ausnahmslos in Kombination mit Individualbeschwerden** eingereicht worden. Das bedeutet unter anderem, dass - im Gegensatz zu den Verfahren in Schwyz und Waadt - die Behandlung der inhaltlichen Anliegen nicht von den Verbandsbeschwerden abhängig war, sondern darüber auch ohne Verbandsbeschwerden (aufgrund der Individualbeschwerden) entschieden worden wäre. Zudem waren die individuellen Beschwerdeführenden Mitglieder der Verbände (und wurden durch die Verbände vertreten). Die Verbandsbeschwerden waren in diesem Sinne also zur Entscheidung der dem Gericht vorgelegten Fragen der Lohndiskriminierung nicht notwendig. Sie wurden höchstwahrscheinlich aus strategischen Überlegungen der Verbände und deren Rechtsvertretung heraus eingereicht, da sie wahrscheinlich als tauglich zum Druck aufsetzen und zur Klarstellung, dass grosse Verbände hinter den Beschwerdeführenden und deren Anliegen stehen, angesehen wurden. In diesen Zürcher Verfahren sind vergleichsweise wenig Individualbeschwerdeführende organisiert⁸. Ob aus der Verkürzung der Verfahrensdauer der grossen Verfahren mit Verbandsbeschwerden im Kanton Zürich (Kindergartenlehrkräfte und Gesundheitsberufe) gegenüber dem ersten grossen Gruppenverfahren ohne Verbandsbeschwerde (Handarbeits- und Hauswirtschaftslehrkräfte) direkt auf eine „Verkürzungswirkung“ von Verbandsklagen geschlossen werden kann, erscheint als fraglich. Auch dieses erste Verfahren wurde bekannterweise von einem Verband (wenn auch nicht mit formeller Beteiligung) mitgetragen und die kantonal erstmaligen Verfahren dauern typischerweise besonders lange (und müssen übers Bundesgericht, unter Umständen durch mehrmaligen Gang ans Bundesgericht) erfochten werden. Ob eine zusätzliche Verbandsklage oder -beschwerde auch bei gleichzeitiger Einleitung von Individualverfahren ergriffen wird, hängt weniger vom Rechtsinstitut der Verbandsklage als solches ab, sondern mehr von strategisch/politischen Überlegungen der Verbände und davon, wie viele der Betroffenen für eine Individualbeschwerde organisiert werden können oder sollen.

Je nach Kanton mussten 2/3 (VD) bis 1/3 (ZH) derjenigen Fälle, die schlussendlich (bezogen auf die Rechtsbegehren der Personen, die das Verfahren eingeleitet haben) mindestens teilweise erfolgreich waren, sich über mindestens 2 Instanzen kämpfen. Massgeblich für den **Erfolg** waren nebst diesem Durchhaltevermögen vor allem eine Bereitschaft des Gerichts, sich sorgfältig und ernsthaft mit dem Gleichstellungsgesetz auseinanderzusetzen und sich die nötigen Kenntnisse anzueignen, die Bereitschaft zu aufwendigen Beweisverfahren inklusive Zeugenbefragungen und/oder Gutachtenerstellung, sowie gute Argumentation und gute Kenntnisse der Rechtsvertretung der Klagpartei.

Ein **Misserfolg** hätte nach Eindruck der Berichterstatterinnen in ungefähr 1/3 aller abgewiesenen Fälle eventuell vermieden werden können. In diesen Fällen lagen die Gründe des Misserfolgs, soweit aus den Urteilen erkennbar, vor allem in den mangelhaften Kenntnissen und der Fehlanwendung oder fehlenden Anwendung des Gleichstellungsgesetzes (insbesondere Untersuchungsmaxime, Beweiserleichterung und Rechtfertigungsgründe, Grundlagen der Entschädigungsansprüche) seitens der Gerichte (eventuell zusätz-

⁸ Exkurs: In andern Kantonen (bspw. BS und BL) haben (zum Teil dieselben) Verbände (mit anderer Rechtsvertretung) in gleichen Zusammenhängen andere strategische Vorgehen gewählt, nämlich: Organisation möglichst sämtlicher betroffener Verbandsmitglieder als am Verfahren beteiligte Individualbeschwerdeführende, vertreten durch die Verbände, diese wiederum vertreten durch die Anwältin, reichen direkt Leistungsbegehren ein (ohne Verbandsbeschwerde und damit verbundene Feststellungsbegehren). Dies weil die Unterbrechung der Verjährung für möglichst viele Betroffene sichergestellt werden soll, was mit Verbandsklage nicht der Fall wäre (und es war auch so klagestellt, dass es um viele (je nach Berufsgruppe) Betroffene geht und grosse Verbände hinter dem Anliegen stehen). Umsetzungsverfahren gab es nur beschränkt (das Urteil wird direkt auf alle umgesetzt, die beteiligt sind) einzig in Bezug auf die Verjährungsfrage, nämlich bezüglich der Frage, für welchen Zeitraum Personen, die nicht als Individualbeschwerdeführenderinnen am Verfahren beteiligt gewesen waren, die Lohndifferenz noch nachverlangen können.

Teil II: Ergebnisse: 10 Fazit

lich auch der Rechtsvertretungen, das kann aus den Urteilen weniger gut herausgelesen werden) und der mangelhaften Sachverhaltsabklärung.

11 Anhang

Leitfaden inhaltsanalytische Auswertung Gerichtsurteile (Baustein 6)

p.m.1: Daten, die bereits in BS 2 erfasst sind, erscheinen hier nicht nochmals. Die Daten aus BS 2 werden jedoch für jedes Urteil, welches hier analysiert wird, diesem Leitfaden im Minimum angehängt.

p.m.2: In ZH sind relativ viele der Urteile Nichteintretensentscheide oder sog. Folge- oder Durchsetzungsurteile (d.h. Urteile, bei denen es sich nicht eigentlich um neue Sachverhalte handelt, sondern um die Durchsetzung vorausgegangener Grundsatzurteile im Einzelfall oder für bestimmte Gruppen). Diese Fälle werden nicht inhaltsanalytisch erfasst.

Antworten sind in Normalschrift zu schreiben. Wird im Urteil auf andere Urteile verwiesen, so sind diese Verweise bei der Beantwortung der Fragen ebenfalls aufzunehmen.

Ergänzende Bemerkungen sind in Kursivschrift zu schreiben. Insbesondere sind immer dann Bemerkungen anzubringen, wenn die Anwendung der theoretischen Erörterungen und Grundlagen auf den oder im konkreten Fall Auffälliges zeigt.

Gericht:

Vermerk, um welche Instanz es sich handelt:

Urteilsdatum:

Verfahrensnummer:

in Sachen (soweit ersichtlich):

Urteile anderer Instanzen in dieser Angelegenheit (Gericht inkl. Bezeichnung der Instanz, Urteilsdatum, Verfahrensnummer):

Dauer des Verfahrens von Einleitung bis rechtskräftige Erledigung:

F-Nr	Fragestellung	Antwort / Bemerkungen
A	Den Fall auf einen Blick	
1	inhaltliche Stichworte (Sex.Bel., Lohn, Rache-kündigung etc.) und Vermerk, falls Verbandsklage/-beschwerde	
2	Ist Klage/Beschwerde ganz oder teilw. gutgeheissen oder abgewiesen worden?	
3	Kurzzusammenfassung des Sachverhalts, wie er aus dem Urteil hervorgeht:	
B	Verbandsklage /-beschwerde (falls keine, weiter zu C)	
4	Wird Aktivlegitimation bezüglich Vielzahl betroffener Arbeitsverhältnisse näher definiert? Falls ja wie?	

C		Beweisverfahren
5	Welche Beweismittel wurden abgenommen ? Parteibefragung, Einholung von Auskünften, amtliche Erkundigungen, Beizug von Akten, Zeugnissen, ExpertInnenbefragung, Dokumente (welche gerichtliche Gutachten, Augenschein	
6	Ist die Untersuchungsmaxime im Urteil angesprochen?	
7	Hat das Gericht Beweise von sich aus angeordnet/abgenommen? Wenn ja, welche ? Falls aus Urteil nicht ersichtlich, dies vermerken.	
Ca		Beweiserleichterung (falls keine, weiter zu D):
8	Wie wird Glaubhaftmachung definiert?	
9	Wird unterschieden zwischen Entlastungsbeweis (Gegenbeweis) und Rechtfertigungsgründen?	
10	Findet die Prüfung von Gegenbeweisen und/oder Rechtfertigungsgründen klar nach Entscheid über Glaubhaftmachung statt ?	
11	Wird bezüglich Gegenbeweis/ Rechtfertigungsgründe unzweideutig der strenge Vollbeweis verlangt ?	
Cb		Rechtfertigungsgründe
12	Wird unterschieden zwischen zulässigen Rechtfertigungsgründen bei direkter Diskriminierung einerseits und bei indirekter Diskriminierung andererseits?	
13	Werden Anforderungen an Rechtfertigungsgründe generell umschrieben und falls ja, wie?	
14	Werden Anforderungen an sachliche Gründe definiert und falls ja, wie?	
15	Spielt das Verhältnismässigkeitsprinzip eine Rolle ?	
16	Spielt die Geschäftsnotwendigkeit eine Rolle ? falls ja, wie wird sie definiert?	
17	Spielen biologische oder funktionale Unterschiede eine Rolle? falls ja, wie werden sie definiert ?	
18	Wie werden 12-17 einander zugeordnet, in welchen Bezug werden sie gesetzt?	

19	Welche Rechtfertigungsgründe wurden konkret geprüft, welche als zulässig akzeptiert oder als unzulässig abgelehnt?	
D	Sexuelle Belästigung (falls keine, weiter zu E)	
20	Wie und mit welchen Urteilsverweisen wird sex. Belästigung definiert ?	
21	Gibt es direkte ZeugInnen (die über die Tat aus eigener Wahrnehmung Angaben machen) und falls ja, wieviele?	
22	Gibt es indirekte ZeugInnen (die zu Angaben des Opfers ihnen gegenüber aussagen) und falls ja wieviele?	
23	Wird Beweislast bezügl. Tat und Beweislast bezügl. präventive Massn. (Entlastungsbeweis) klar auseinandergehalten und korrekt zugeordnet ?	
24	Wird die Beweislast der Arbeitgebenden definiert und falls ja wie ?	
E	Nichtanstellung (falls nicht, weiter zu F)	
25	Fällt etwas auf ?	
F	Diskriminierung allgemein (bei Lohngleichheit gleich weiter zu G !)	
26	Wie wird direkte Diskriminierung definiert ?	
27	Wie wird indirekte Diskriminierung definiert?	
G	Lohngleichheit (falls nicht, weiter zu H)	
28	Wird direkte Lohndiskriminierung definiert und falls ja wie ?	
29	wird indirekte Lohndiskriminierung definiert und falls ja wie ?	
30	Wurde ein Gutachten erstellt ? (falls nein, weiter zu 33)	
31	Welche Art von Gutachten und welche Funktionen wurden verglichen?	
32	Ist das Gericht dem Gutachten gefolgt?	
33	Bei Gutachten gleich weiter zu 35 ! Falls kein Gutachten: wurde ein Gutachtenantrag abgelehnt? Falls ja, mit welcher Begründung ?	
34	Wie ist das Gericht ohne Gutachten mit Bewertungsfragen umgegangen ? (kurze Umschrei-	

	bung)	
H	Rachekündigung (falls nicht, weiter zu I)	
35	Ist prov. Wiedereinstellung verlangt worden ?	
36	Ist sie verfügt worden ? Falls nein, mit welcher Begründung ?	
37	Werden die Beweisanforderungen spezifisch definiert und falls ja, wie ?	
I	Erfolg/Misserfolg	
38	Woran scheiterte die Klage/Beschwerde ?	
39	Wäre der Misserfolg ev. vermeidbar gewesen und falls ja, inwiefern ?	
40	Was war entscheidend für den Erfolg?	
J	Rechtskraft	
41	Wurde dieser Fall mit diesem Urteil endgültig rechtskräftig erledigt ? falls nein, das Urteil der rechtskräftigen Erledigung angeben.	